

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 243.914 van 8 maart 2019
in de zaak A. 227.401/XII-8696**

In zake: de NV AANNEMINGSBEDRIJF NORRE-BEHAEGEL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jo Goethals
kantoor houdend te 8800 Roeselare
Kwadestraat 151 B/41
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Frank Judo en Stijn Maeyaert
kantoor houdend te 1000 Brussel
Keizerslaan 3
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 12 februari 2019, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de goedkeuringsbeslissing van de Administrateur Generaal van de Afdeling Wegen en Verkeer van het Agentschap Wegen en Verkeer van het Vlaamse gewest omtrent de beslissing van de leidend ambtenaar en het afdelingshoofd van de afdeling Wegen en Verkeer Vlaams Brabant –die ook worden aangevochten- met betrekking tot de openbare procedure in verband met het bestek 1M3D8F/18/24 over een overheidsopdracht voor aanneming van werken X21/N272/17 met betrekking tot het structureel onderhoud op verschillende locaties op de N272 (Pepingen, Gooik, Galmaarden) en N285 (Ternat) waarbij de opdracht werd gegund aan Stadsbader nv [...] en niet aan de laagste (regelmatige) inschrijver, met name [de nv Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel]”.

XII-8696-1/12

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 28 februari 2019, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Jo Goethals, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Stijn Maeyaert, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Inge Vos heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. Het agentschap Wegen en Verkeer, afdeling Vlaams-Brabant, van het Vlaamse Gewest schrijft een overheidsopdracht uit voor werken betreffende “Structureel onderhoud N272 en N285”.

De opdracht wordt gegund volgens een openbare procedure waarbij de prijs het enig gunningscriterium is.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 23 augustus 2018.

3.3. In het toepasselijk bijzonder bestek met nr. 1M3D8F/18/24 wordt inzake selectie “Art. 68 Technische bekwaamheid” vermeld:

“Onverminderd de bepalingen betreffende de erkenning van aannemers van werken, tonen de inschrijvers hun technische bekwaamheid aan met de volgende referenties:

- 3 referenties omtrent gelijksoortige opdrachten met uitvoering van asfaltverhardingen, zowel qua omvang (min. 5000 m²) als qua uitvoeringstermijn, uitgevoerd tijdens de laatste vijf jaar (lees: de datum van de voorlopige oplevering vermeld in het opleveringsdocument van de referentieopdrachten valt binnen een periode van vijf jaren voorafgaand de publicatie van deze opdracht). De referenties worden gestaafd door getuigschriften van goede uitvoering ondertekend door de opdrachtgever.”

3.4. Zes inschrijvers dienen een offerte in tegen de volgende inschrijvingsbedragen:

“

Inschrijver:	Inschrijvingsbedrag incl. BTW:
Colas Centrum nv	1.542.485,75
Grondwerken De Mol nv	1.488.227,44
nv Norré-Behaegel	1.431.014,97
Stadsbader nv	1.431.672,04
Viabuild	1.507.740,28
Willemen Infra	1.441.540,40

”

3.5. In het gunningsverslag wordt de technische bekwaamheid van de inschrijvers betreffende de voormelde voorwaarde van drie referenties met betrekking tot gelijksoortige opdrachten als volgt beoordeeld : bij vier inschrijvers wordt vermeld dat uit nazicht blijkt dat dit “ok” is, terwijl bij de nv Grondwerken De Mol en de verzoekende partij “niet ok” wordt vermeld. De bijgaande motivering luidt telkens: “uit getuigschriften van goede uitvoering valt de oppervlakte van de aangelegde asfaltverharding niet af te leiden”.

Bijgevolg worden de nv Grondwerken De Mol en de verzoekende partij niet geselecteerd. De offertes van de vier geselecteerde inschrijvers worden regelmatig bevonden en op grond van de rangschikking van de offertes

wordt op 28 november 2018 voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de nv Stadsbader als inschrijver die de economisch meest voordelige offerte heeft ingediend.

3.6. Op 3 december 2018 beslist de verwerende partij om de opdracht overeenkomstig het gunningsverslag aan de nv Stadsbader te gunnen.

3.7. Met een e-mailbericht en een aangetekend schrijven van 28 januari 2019 wordt aan de verzoekende partij medegedeeld dat zij niet werd geselecteerd.

IV. Schorsingsvoorwaarden

4.1. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

4.2. Te dezen is evenwel ook de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’ van toepassing.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissingen in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

Overeenkomstig artikel 15, tweede lid, echter wordt de vordering tot schorsing voor de Raad van State uitsluitend ingesteld volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Overeenkomstig artikel 31 gelden deze bepalingen ook voor opdrachten die de drempelbedragen voor Europese bekendmaking niet bereiken.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of minstens één ernstig middel wordt aangevoerd, dan wel een klaarblijkelijke onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissingen kunnen verantwoorden.

V. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

5. De verzoekende partij voert in het enig middel de schending aan van de artikelen 66, § 3, 71, eerste lid, 3°, en 81 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), van de artikelen 68 en 76, §§ 1 en 3, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), samen genomen met artikel 68 van het bijzonder bestek en het principe *audi et alteram partem*, van artikel “29/1, 2°”, van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’ (hierna: wet van 17 juni 2013), van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ (hierna: formelemotiveringswet), ondergeschikt van het “materieel motiveringsbeginsel” en ten slotte van “de algemene beginselen van behoorlijk zorgvuldigheidsbeginsel [*sic*]”, het redelijkheidsbeginsel en het proportionaliteitsbeginsel .

De verzoekende partij voert daartoe in wezen aan dat de overweging in het gunningsverslag op grond waarvan zij niet wordt geselecteerd, feitelijk niet juist is omdat zij minstens drie getuigschriften van goede uitvoering zou hebben voorgelegd waaruit de oppervlakte van de aangelegde asfaltverharding valt af te leiden. Zij wijst erop dat er ter zake reeds twee expliciete attesten bij haar offerte waren gevoegd. Bovendien is het volgens haar evident dat de verwerende partij zelf de gangbare eenheidsprijzen van “bitumen” kent en in staat is om de oppervlakte uit de prijzen af te leiden. Zij benadrukt voorts dat slechts weinig

attesten met oppervlakteaanduiding worden verstrekt en dat ook de verwerende partij zelf dergelijke attesten niet verstrekt. Aangezien overheden niet de gewoonte hebben om de oppervlakte op de attesten weer te geven, mag men er volgens de verzoekende partij van uitgaan dat de verwerende partij de omrekening zelf kan maken. Ook betoogt zij dat de verwerende partij zelf de werken op de luchthaven, waarop haar eerste referentie betrekking heeft, opvolgt en aldus perfect weet dat aldaar drie lagen van 40.000 m² werden gegoten. Daarnaast werden heel wat van de door de verzoekende partij voorgelegde attesten uitgereikt door de verwerende partij zelf zodat zij perfect in staat was om desnoods nog een controle uit te voeren. Voorts zou de verwerende partij ook zelf recent nog een attest voor herstel van asfaltwegen in Diest ten belope van 250.000 euro hebben afgegeven.

Minstens legt de verwerende partij volgens de verzoekende partij in de bestreden gunningsbeslissing voorwaarden op die niet vooraf in de opdrachtdocumenten werden meegedeeld en die volgens de verzoekende partij derhalve onwettig zijn. De besteksbepaling schrijft immers niet voor dat op de kwestieuze attesten ook daadwerkelijk expliciet moet worden vermeld hoeveel m² er gegoten is. Het volstaat volgens haar dan ook dat het attest “betrekking heeft op” asfalteringswerken met een minimale oppervlakte van 5000 m². Hogere eisen stellen dan het voorleggen van dergelijke certificaten van goede uitvoering zou volgens haar ook strijdig zijn met artikel 68, §§ 3 en 4, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 dat expliciet bepaalt welke bewijzen voor technische bekwaamheid mogen worden gevraagd.

Meest ondergeschikt voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 66, § 3, van de wet van 17 juni 2016, artikel 29/1 van de wet van 17 juni 2013, de formelemotiveringswet, de materiëlemotiveringsplicht, het principe *audi et alteram partem*, het redelijkheids-, zorgvuldigheids- en proportionaliteitsbeginsel doordat de verwerende partij geen gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid vervat in het voormelde artikel 66, § 3, om verduidelijking te vragen en de bestreden gunningsbeslissing evenmin een motivering bevat dienaangaande. Aangezien er al twee expliciete attesten voorlagen, ging het volgens haar nog slechts over één referentie waaruit diende te worden afgeleid dat deze betrekking had op meer dan 5000 m². Het betreft volgens de verzoekende partij dan ook een schoolvoorbeeld van een dossier waarin om

verduidelijking kon worden gevraagd. De sanctie die de verwerende partij oplegt, is volgens haar disproportioneel en onredelijk gelet op het feit dat de attesten wel degelijk voorliggen. Ware de verwerende partij zorgvuldig geweest, dan zou zij volgens de verzoekende partij hebben vastgesteld dat zij wel degelijk aan de selectiecriteria voldeed.

Beoordeling

6. Op grond van artikel 68, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 mag de aanbestedende overheid met betrekking tot de technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid voorwaarden opleggen opdat ondernemers over de noodzakelijke personele en technische middelen en ervaring beschikken om de opdracht volgens een passend kwaliteitsniveau uit te voeren. De aanbestedende overheid mag onder andere eisen dat de ondernemers een voldoende mate van ervaring hebben die kan worden aangetoond met geschikte referenties inzake de in het verleden uitgevoerde opdrachten. Artikel 68, § 3, bepaalt voorts dat de technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid van de ondernemer kan worden aangetoond op één of meer van de wijzen bedoeld in paragraaf 4, naargelang van de aard, de hoeveelheid of het belang en het gebruik van de werken, leveringen of diensten. Artikel 68, § 4, 1°, a), vermeldt als bewijsmiddel van de technische bekwaamheid van de ondernemer: “een lijst van de werken die gedurende de afgelopen periode van maximaal vijf jaar werden verricht en vergezeld gaat van certificaten die bewijzen dat de belangrijkste werken naar behoren zijn uitgevoerd, zowel met betrekking tot de wijze van uitvoering als met betrekking tot het resultaat; indien noodzakelijk om een toereikend mededingingsniveau te waarborgen, kunnen de aanbestedende overheden aangeven dat bewijs van relevante werken die langer dan vijf jaar geleden zijn verricht toch in aanmerking wordt genomen.”

De bestreden gunningsbeslissing moet, teneinde te voldoen aan de formelemotiveringsplicht die de verzoekende partij afleidt uit de artikelen 2 en 3 van de formelemotiveringswet, de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen; die motivering moet afdoende zijn teneinde de belanghebbende in staat te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht

hem ter beschikking stelt. Overeenkomstig de artikelen 4 en 5 *juncto* artikel 29, § 1, van de wet van 17 juni 2013 dient de gemotiveerde beslissing, naargelang de plaatsingsprocedure en het soort beslissing “de namen van de al dan niet geselecteerde kandidaten of inschrijvers en de juridische en feitelijke motieven die hun selectie of niet-selectie rechtvaardigen” te bevatten. De verzoekende partij verduidelijkt niet waarom zij verwijst naar artikel 29/1 [lees wellicht: 29,§1,] noch waarom dat artikel te dezen toepasselijk zou zijn.

De materiële motiveringsplicht houdt in dat er voor elke bestuurshandeling rechtens aanvaardbare motieven moeten bestaan. Dit betekent onder meer dat die motieven steunen op werkelijk bestaande en concrete feiten die relevant zijn en met de vereiste zorgvuldigheid door het bestuur werden vastgesteld. Bovendien moet de overheid de gegevens die in rechte en in feite juist zijn, correct en zorgvuldig beoordelen en op grond van deze gegevens in redelijkheid tot een beslissing komen. Een beslissing schendt de materiële motiveringsplicht wanneer de motieven waarop ze steunt onjuist of onwettig zijn of de beslissing niet kunnen dragen. Het komt de Raad van State daarbij in principe niet toe het feitenonderzoek over te doen om zich aldus, wat de appreciatie van de zaak betreft, in de plaats te stellen van het bestuur. Het behoort daarbij wel tot de bevoegdheid van de Raad van State om, desgevraagd, na te gaan of de ingeroepen feiten werkelijk bestaan en of de appreciatie daarvan met de vereiste zorgvuldigheid is gebeurd.

7. Uit de motivering in het gunningsverslag blijkt dat de verzoekende partij te dezen niet geselecteerd werd omdat uit de getuigschriften van goede uitvoering de oppervlakte van de aangelegde asfaltverharding niet valt af te leiden.

8. Het komt in de eerste plaats toe aan de aanbestedende overheid om de voorgelegde referenties te beoordelen op hun overeenstemming met het gevraagde in het bestek, waarbij zij ter zake lijkt te beschikken over een zekere beoordelingsruimte. Wel dient de aanbestedende overheid bij die beoordeling de regels die zijzelf heeft vastgelegd in de opdrachtdocumenten te respecteren, alsook de beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel. Wanneer niet is voldaan aan de gestelde minimumeisen

inzake selectie mag de aanbestedende overheid de betrokken inschrijver niet selecteren, op straffe van haar eigen bestek te schenden.

9. De verzoekende partij betwist niet dat te dezen drie referenties dienden te worden aangetoond en dat slechts in twee van de door haar voorgelegde certificaten van goede uitvoering expliciet de oppervlakte van de aangelegde asfaltverharding was aangegeven.

Wat de derde gevraagde referentie betreft, toont zij op het eerste gezicht niet aan dat de verwerende partij de oppervlakte van de aangelegde asfaltverharding uit de voorgelegde certificaten zonder meer kon afleiden.

De inschrijver moet zelf zijn kwalitatieve geschiktheid om de opdracht uit te voeren op een positieve wijze aantonen. Door te stellen dat de verwerende partij allerlei berekeningen zou moeten beginnen maken, lijkt de verzoekende partij ten onrechte het selectieonderzoek een omgekeerde invulling te geven. De verzoekende partij blijkt bij haar offerte een bundel certificaten van goede uitvoering te hebben gevoegd waarin slechts op twee ervan een indicatie is gegeven van de omvang van de opdracht. Wat de overige attesten betreft, lijkt in de offerte op geen enkele wijze nader te zijn aangegeven wat de omvang is. De verzoekende partij lijkt dan ook zelf tekort te zijn gekomen aan haar verplichting om op zorgvuldige wijze een offerte in te dienen.

10. De argumenten van de verzoekende partij om de deugdelijkheid van het motief – althans wat de derde gevraagde referentie betreft – te betwisten, kunnen derhalve op het eerste gezicht niet overtuigen. De beslissing om op grond van dit motief de verzoekende partij niet te selecteren, lijkt misschien streng te zijn maar daarom nog niet buiten de grenzen van de redelijkheid te vallen.

11. In de mate dat de verzoekende partij voorts betoogt dat de verwerende partij in de bestreden gunningsbeslissing voorwaarden zou hebben opgelegd die niet vooraf in de opdrachtdocumenten waren opgenomen omdat nergens in de besteksbepaling wordt bepaald dat op de kwestieuze attesten ook daadwerkelijk expliciet moet worden vermeld hoeveel vierkante meter er gegoten is, kan zij niet worden bijgevalen.

Met de verwerende partij mag worden aangenomen dat indien referentieopdrachten worden gevraagd inzake minstens 5.000 m² aan asfalteringswerken en daarbij uitdrukkelijk wordt bepaald dat deze door getuigschriften van goede uitvoering dienen te “worden gestaafd”, lijkt het niet buiten de perken van de redelijkheid te vallen dat aan de hand van de voormelde getuigschriften, al dan niet met een aanvullende, duidelijke toelichting in die zin, in de offerte van de inschrijver dient te worden aangetoond dat de werken effectief minstens 5.000 m² asfalteringswerken behelsden.

De verzoekende partij heeft uitsluitend certificaten van goede uitvoering voorgelegd en aldus blijkt de motivering in het gunningsverslag beperkt te zijn tot deze attesten. Uit die motivering kan met andere woorden *prima facie* niet worden afgeleid dat de verwerende partij in de bestreden gunningsbeslissing als voorwaarde zou hebben gesteld dat de oppervlakte van de uitgevoerde asfalteringswerken noodzakelijkerwijze diende te blijken uit de attesten van goede uitvoering zelf.

Dit vindt ook bevestiging in het administratief dossier. Uit de als vertrouwelijk neergelegde offertes van de geselecteerde inschrijvers – waar de Raad acht op mag slaan – lijkt immers te mogen worden afgeleid dat die geselecteerde inschrijvers niet alleen certificaten van goede uitvoering hebben toegevoegd aan hun offerte, doch daarnaast ook, hetzij een overzicht van referenties met duidelijke toelichting, hetzij een uittreksel van de samenvattende meetstaat van de betrokken opdrachten, waaruit ook op duidelijke wijze de uitgevoerde oppervlakte van de asfalteringswerken blijkt.

Het blijkt *prima facie* dan ook niet dat de verwerende partij in de bestreden gunningsbeslissing hogere eisen zou hebben gesteld dan aangekondigd in het bestek en dan toelaatbaar op grond van het voormelde artikel 68 van het koninklijk besluit plaatsing 2017.

12. Meest ondergeschikt voert de verzoekende partij een schending aan van artikel 66, § 3, van de wet overheidsopdrachten 2016, artikel 29/1 van de wet van 17 juni 2013, de formelemotiveringswet, de materiëlemotiveringsplicht, het redelijkheids-, zorgvuldigheids- en proportionaliteitsbeginsel, doordat de

verwerende partij geen gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid vervat in het voormelde artikel 66, § 3, om verduidelijking te vragen en de bestreden gunningsbeslissing evenmin een motivering bevat dienaangaande.

Wat de mogelijkheid tot het opvragen van de stukken betreft, dient erop te worden gewezen dat, zelfs wanneer het bestek – zoals ook te dezen – niet uitdrukkelijk bepaalt dat bepaalde stukken op straffe van nietigheid dienen te worden toegevoegd, het bestuur tot de niet-selectie mag besluiten op grond van de loutere vaststelling dat een in het kader van de kwalitatieve selectie uitdrukkelijk gevraagd en verplicht bij te voegen stuk door de inschrijver niet werd bijgevoegd.

Overeenkomstig artikel 66, § 3, van de wet overheidsopdrachten 2016 beschikt de aanbestedende overheid slechts over de mogelijkheid om de inschrijvers te verzoeken de neergelegde documenten aan te vullen of toe te lichten. Het betreft echter geen verplichting.

In de mate dat de verzoekende partij daarnaast nog verwijst naar het beginsel *audi et alteram partem* dient te worden vastgesteld dat aan de toepassingsvoorwaarden van de hoorplicht als beginsel van behoorlijk bestuur niet lijkt te zijn voldaan aangezien een beslissing inzake niet-selectie wegens het niet voldoen aan de vereisten inzake technische bekwaamheid geen maatregel lijkt die, zoals het algemeen beginsel van de hoorplicht veronderstelt, het ontnemen van een eerder verleend voordeel inhoudt of een sanctie is, maar enkel bestaat in het niet verlenen van een gevraagd voordeel.

VI. Besluit

13. Het enig middel is niet ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 20 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 8 maart 2019, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest