

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 244.893 van 20 juni 2019
in de zaak A. 228.207/XII-8743**

In zake: de NV HENS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Ria Hens
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
Verlatstraat 23-25
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de PROVINCIE WEST-VLAANDEREN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jo Goethals
kantoor houdend te 8800 Roeselare
Kwadestraat 151B/41
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de NV DEVAGRO
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Mathy Depuydt en Vallery Declercq
kantoor houdend te 8570 Anzegem
Kerkstraat 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 22 mei 2019, strekt tot de schorsing
bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:

- “• De beslissing van de Deputatie van de provincie West-Vlaanderen
d.d. 2 mei 2019 waarbij beslist wordt de offerte van verzoekster voor de
overheidsopdracht ‘Integraal waterproject – Aanleggen van een

XII-8743-1/22

gecontroleerd overstromingsgebied op de Maalbeek te Anzegem', bestek WAT/18/31 niet te selecteren;

- De beslissing van de Deputatie van de provincie West-Vlaanderen d.d. 2 mei 2019 om de opdracht voor werken 'Integraal waterproject – Aanleggen van een gecontroleerd overstromingsgebied op de Maalbeek te Anzegem' te gunnen aan Devagro NV uit Deselgem voor een bedrag van € 847.412,50 excl. BTW, hetzij € 1.025.369,13 incl. BTW.
- De impliciete beslissing van de Deputatie van de provincie West-Vlaanderen d.d. 2 mei 2019 om de opdracht voor werken 'Integraal waterproject – Aanleggen van een gecontroleerd overstromingsgebied op de Maalbeek te Anzegem' niet aan verzoekster te gunnen.”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 5 juni 2019 heeft de nv Devagro gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 13 juni 2019, om 11.00 uur.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Ria Hens, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Jo Goethals, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Mathy Depuydt, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederic Eggermont 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. De provincie West-Vlaanderen schrijft een overheidsopdracht voor werken uit met als voorwerp het “aanleggen van een gecontroleerd overstromingsgebied op de Maalbeek te Anzegem”.

Er wordt geopteerd voor een openbare procedure met als enige gunningscriterium de prijs.

Het bijzonder bestek WAT/18/31 dienstjaar 2018 is op de opdracht van toepassing.

Artikel 65 van dit bestek bepaalt onder meer:

“Artikel 65 ev – Selectiecriterium:

De inschrijver moet om in aanmerking te komen voor gebeurlijke toewijzing aantonen dat hij voldoet aan de volgende voorwaarde:

- Minstens 3 referenties van uitgevoerde opdrachten van gelijksoortige werken in aard (zie pagina 6) en omvang tijdens de laatste 5 jaar, gestaafd door of een getuigschrift of een proces-verbaal van oplevering vanwege de aanbestedende overheden. Per referentie dient een korte beschrijving van de aard en de omvang van de werken worden toegevoegd.”

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 23 november 2018.

3.3. Er worden 11 offertes ingediend, waaronder die van de verzoekende partij.

3.4. Op 21 januari 2019 vindt de openingszitting plaats.

3.5. Op 25 januari 2019 wordt een “Aanbestedingsverslag” opgesteld. Hierin wordt bij de “Controle uitsluitingsgronden én selectiecriteriën (vlgns. KB 18/04/2017 art. 75)” vastgesteld dat “inschrijver nv Hens [...] 6 referenties [heeft] toegevoegd aan zijn inschrijving. Twee getuigschriften werden door de aanbestedende overheden opgemaakt. Vier getuigschriften werden

door (hoofd)aannemers opgemaakt. De 6 referenties omvatten geen korte beschrijving van de aard van de uitgevoerde werken, waardoor de gelijksoortigheid van de werken niet of onvoldoende wordt aangetoond”. Voorgesteld wordt om de offerte van de verzoekende partij niet te selecteren “omwille van het niet of onvoldoende aantonen van de gelijksoortige werken”, en de opdracht te gunnen aan de nv Devagro als laagste regelmatige inschrijver.

3.6. Op 7 februari 2019 keurt de deputatie van de provincie West-Vlaanderen het gunningsverslag goed en beslist onder meer om de offerte van de verzoekende partij niet te selecteren “omwille dat de referenties geen korte beschrijving van de aard van de uitgevoerde werken omvatten, waardoor de gelijksoortigheid van de werken niet of onvoldoende wordt aangetoond”, en de opdracht te gunnen aan de nv Devagro.

3.7. Bij arrest nr. 244.060 van 28 maart 2019 schorst de Raad van State de voormelde beslissing om reden dat ‘het enkele motief tot niet-selectie van de offerte van de verzoekende partij, namelijk dat de referenties “geen korte beschrijving van de aard van de uitgevoerde werken omvatten’, [...] op het eerste gezicht feitelijke grondslag [miste]”.

3.8. Op 4 april 2019 trekt de verwerende partij de voormelde beslissing in.

Op 2 mei 2019 neemt zij een nieuwe beslissing met een nieuwe beoordeling. De verzoekende partij wordt opnieuw niet geselecteerd. De opdracht wordt opnieuw gegund aan de nv Devagro, zijnde de laagste regelmatige inschrijver.

Dit is de thans bestreden beslissing.

De nieuwe motieven tot niet-selectie van de verzoekende partij luiden:

“Overwegende dat nv Hens zes referenties voorlegt. Deze referenties worden niet gestaafd door een proces-verbaal van oplevering vanwege de

aanbestedende overheid. Nazicht leert bovendien dat slechts twee van de zes referenties een getuigschrift bevatten van de bouwheer. Slechts één van de twee bouwheren is een (Nederlandse) overheid. Nochtans was expliciet vereist dat de getuigschriften werden afgeleverd door een overheid wat impliceerde dat enkel overheidsopdrachten als referentie konden gebruikt worden. De werken voor Tomorrowland konden dan ook niet als referentie dienen.

Gelet op het feit dat expliciet werd gesteld dat enkel met (minstens drie) getuigschriften of processen-verbaal van oplevering vanwege de aanbestedende overheid (zelf) de geschiktheid kon worden aangetoond, en de offerte aan deze vereiste niet voldoet, kon nv Hens niet geselecteerd worden.

Overwegende dat er bovendien 3 referenties moeten naar voor gebracht worden van gelijksoortige werken van de aard zoals omschreven in het bestek, maar ook qua omvang, en dit tijdens de voorbije vijf jaar.

Overwegende dat het bestek de volgende, zeer gedetailleerde omschrijving van de omvang en aard van de werken geeft. De opdracht wordt aldaar als volgt beschreven:

‘GOG Maalbeek omvat:

- hermeanderen van de waterlopen en het plaatsen van stuwen ter bevordering van de waterbergende capaciteit van de waterlopen
- het aanleggen van een overstromingsgebied met waterspaar-bekken met knijpconstructie om de piekdebieten in de waterloop op te vangen en stroomafwaarts wateroverlast te vermijden.
- Het herstellen van een historische stuwvijver dienstig voor de werking van de stroomafwaarts gelegen watermolen ‘goed ter Walskerke’ het gebruik van kleinschalig metselwerk dat aansluit met de erfgoedwaarde van de onmiddellijke omgeving.
- Inrichten van een watertappunt voor de omliggende landbouwbedrijven
- Inrichten van een broedheuvel, natuurlijke poel, vispaaiplaats en bomenhaard ter bevordering van de lokale flora en fauna
- Inrichten van grasweide in verband met een natuurlijk beheer door schapen
- Inrichten van een recreatieve en informatieve wandeling door het gebied met accommodatie van Westtoer en het voorzien van een fiets rustpunt.’

Een groot deel van het grondoverschot wordt verwerkt op een naastgelegen blok akkerland van 3,5 ha met behoud van de natuurlijke afwateringshelling en de bestaande afwateringstructuren

De concrete werken worden als volgt beschreven:

- ‘Grondige ruiming werken,
- Herprofileren van (straat)grachten
- Ophogings -en nivelleringswerken van aanpalende percelen
- verwijderen van bomen
- herprofileren en hermeanderen van de Maalbeek met flauwe taludhellingen

- plaatselijke beschermingswerken aan de taluds bestaande uitbeteugeling met palen, kantplanken, riettegels op een zandcementfundering plus grasbezaaiing, bodemversterking en beredeneerde betonstenen, plaatselijke bodemversterkingen schraal betonfundering
- grondwerken voor het realiseren van het bufferbekken en spaarbekken op de Maalbeek
- grondwerken voor het realiseren van historische stuwenvijver voor de watermolen
- bouwen van knijpconstructies in beton
- bouwen van betonnen en metselwerk kopmuren
- leveren en plaatsen van terugslagkleppen
- steenbestortingen-realiseren van een verval in de waterloop
- bouwen van duikers (kokers van 1.5 m x 2.00m doormeter 500 mm)
- aanleggen van een steenslagverharding gemengd met teelaarde en graszaden
- aanleggen van een tappunt voor de omliggende landbouwbedrijven
- aanleggen van een aanzuigplaatsen voor sproeimachines voor de omliggende landbouwbedrijven
- aanleggen van een broedheuvel
- aanleggen van een vispaaiplaats in de Maalbeek
- aanleggen van een natuurlijke poel
- aanleggen van een eikenhouten vlonderpad doorheen het overstromingsgebied
- inrichten van een boomhaard met halfstammige fruitbomen en graasweide
- inrichten van een fietsrustpunt met accommodatie Westtoer
- inrichten van de site met inheemse beplanting in de vorm van meidoornhagen, struweel, elzen stoven, wilgenrijen en populierenrijen
- leveren en plaatsen van afsluitingen
- leveren en plaatsen van leuningen
- verzekeren van de waterafvoer gedurende de uitvoering
- Net onderhoud van de werken gedurende de waarborgtermijn

Overwegende dat nv Hens als volgt de referenties samenvat:

- Het betreft de uitvoering van diverse grondwerken op de linkeroever van de Kleine Nete ter hoogte van de Sint Jobstraat in het kader van het ecologisch herstelproject 'de Hellekens'
- Het betreft de jaarlijkse diverse werken ter voorbereiding van Tomorrowland bestaande uit grondwerken, waterbouwwerken, wegebouwwerken en natuurinrichtingswerken
- het betreft diverse voorbereidende werken voor de bouw van een nieuw sluizencomplex op de Maas, voornamelijk waterbouwwerken, grondwerken en sloopwerken
- het betreft dijkversterking van de primaire waterkering nabij het steurgat in het kader van het Rijksprogramma ruimte voor de rivier

- het betreft ophogingen bestaande uit de volumineuze uitgravingen en geschikt maken van uitgegraven gronden als ophoog materiaal voor de dijk kern voor de bouw van een gecontroleerd overstromingsgebied in het Zennegat, beneden Dijle linkeroever
- het betreft het ontpolderen en verhogen van de op de rechter Schelde oever in het kader van de bouw van een grondwaterkering

Overwegende dat uit deze omschrijving niet valt of te leiden hoe en op welke wijze deze referenties overeenstemmen met de aard en de omvang van de voorliggende opdracht. In elk geval is de totale omvang van de aangehaalde projecten vele malen groter dan de opdracht in casu.

Dat het dan ook onduidelijk is, gelet op het feit dat de voorliggende referenties betrekking hebben op werken die nv Hens in onderaanneming heeft uitgevoerd, waarvoor de nv Hens dan precies instond zodat het voor het aanbestedend bestuur onduidelijk is waartoe nv Hens in staat is en of nv Hens bvb. in staat is zelf knijpconstructies in beton uit te voeren of zelf een beek kan hermeanderen en herprofilen. In elk geval is de beschrijving van de uitgevoerde werken zeer algemeen en kan niet in concreto worden getoetst of de verschillende -gedetailleerd opgelijste onderdelen van de opdracht naar behoren zullen kunnen worden uitgevoerd. De omschrijving van de referenties voldoet ten andere ook niet aan de vereiste van het bestek om een omschrijving te geven van de op pag. 6 van het bestek aangeduide gelijksoortige werken.

Overwegende dat, bijgevolg, de offerte van nv Hens niet kan geselecteerd worden.”

De gekozen inschrijver wordt wel geselecteerd op grond van de volgende motivering:

“Overwegende dat uit de door naar voor gebrachte referenties blijkt dat deze firma in staat is om de opdracht zoals hierboven omschreven uit te voeren. Dit blijkt concreet uit de volgende referenties:

Referentie 1 - infrastructuurwerken op het bedrijventerrein Groenbek (Waregem) met onder andere de volgende werken: bouwen van constructies in gewapend beton, het uitvoeren van de nodige grondwerken, het droog houden en het in stand houden van sleuven,... En de verwijzing naar het grondverzet voor de aanleg van WADI/buffers, en voor het uitvoeren van ophogingen,...

Referentie 2 - Infrastructuurwerken uitbreiding bedrijventerrein Kortrijk met onder andere de volgende werken: bouwen van bufferbekkens, hermeanderen van de Vaernewyckbeek,...

Referentie 3 - Aansluiting R8 met Industriezone (Kuurne) met onder andere de volgende werken: grondwerken-aanvullingen-profilen-verdichten, profileren en construeren van grachten, onderhoud van de werken gedurende de waarborgperiode.”

IV. Tussenkost

4. De nv Devagro blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet haar verzoek tot tussenkost worden ingewilligd.

V. Schorsingsvoorwaarden

5.1. 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.

5.2. 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 beslissing 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 beslissing kunnen verantwoorden.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6.1. De verzoekende partij voert in een eerste middel de schending aan van de artikelen 66, 71 en 81, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’, de artikelen 68 en 59 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’, artikel 65 en volgende van het bestek inzake de selectie van de inschrijvers, de artikelen 8 en 29 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’, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen’, de materiële motiveringsplicht, het zorgvuldigheids- en redelijkheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel, evenals “de algemene principes overheidsopdrachten: vrijheid van toegang tot overheidsopdrachten, mededinging zo breed mogelijk maken, gelijke behandeling van de inschrijvers, formele en transparante procedures, misbruik uitsluiten” en “de miskennis van bewijsstukken”.

Het middel bestaat uit zes onderdelen, die hierna worden uiteengezet en beoordeeld. Het tweede onderdeel wordt daarbij na het vijfde onderdeel uiteengezet en beoordeeld.

Eerste onderdeel

6.2. In het eerste onderdeel doet de verzoekende partij gelden dat de verwerende partij “in strijd met de [door de verzoekende partij] gevoegde referenties en meegedeelde korte beschrijving van de aard van de uitgevoerde werken [...] in het bestreden besluit van 2 mei 2019 nog steeds [motiveert] dat de

referenties gevoegd door verzoekster geen korte beschrijving van de aard van de uitgevoerde werken zou omvatten”.

Beoordeling

6.3. In de bestreden beslissing wordt, in tegenstelling tot hetgeen de verzoekende partij betoogt, niet uitgegaan van een dergelijke vaststelling. Er wordt enkel in het chronologisch feitenrelaas melding gemaakt van het standpunt, in een eerdere fase van de gunningsprocedure, dat een korte beschrijving van de aard van de uitgevoerde werken ontbrak, waardoor de gelijksoortigheid van de werken niet of onvoldoende werd aangetoond, onmiddellijk gevolgd door een verwijzing naar het arrest nr. 244.060 van 28 maart 2019 waarin de Raad van State oordeelde dat dit motief feitelijke grondslag ontbeerde. Het betoog in het verzoekschrift dat de verwerende partij na voormeld arrest “nog steeds” motiveert dat de door de verzoekende partij voorgelegde referenties geen korte beschrijving van de aard van uitgevoerde werken omvatten, mist feitelijke grondslag.

Het eerste middelonderdeel is niet ernstig.

Derde en vierde onderdeel

6.4. In het derde onderdeel van het middel betwist de verzoekende partij dat uit haar referenties niet genoegzaam zou blijken dat ze gelijksoortige werken *in aard* betreffen, namelijk waterbouwkundige werken of grondwerken. Zij benadrukt hierbij dat enkel een korte beschrijving van de aard van de werken in het bestek wordt gevraagd, zijnde een korte beschrijving van het karakter van de werken en niet een beschrijving *casu quo* opsomming van de werkzaamheden zelf. Zij merkt nog op dat ook “de referenties bijgebracht door de tweede laagste inschrijver trouwens een gelijkaardige korte beschrijving van de werken omvatten (infrastructuurwerken met o.a. de volgende werken: bouwen constructies in gewapend beton, grondwerken, in stand houden sleuven, bouwen bufferbekkens, ...)” en dat “door verwerende partij nergens [wordt] gemotiveerd waarom het voor onderhavig opdracht specifiek nodig zou zijn dat referenties met een nog ruimere omschrijving van uitgevoerde werken door de inschrijver zouden moeten worden bijgebracht.”

In een vierde onderdeel betwist de verzoekende partij dat uit haar referenties niet genoegzaam zou blijken dat ze gelijksoortige werken *in omvang* betreffen: “indien werken van grotere omvang naar behoren kunnen worden uitgevoerd, kan de (mindere) omvang van de uit te voeren werken logischerwijs ook naar behoren worden uitgevoerd.” Zij merkt hierbij op dat “de referenties bijgebracht door de tweede laagste inschrijver trouwens ook van een hogere omvang zijn en hieromtrent geen opmerkingen werden gemaakt” en dat “door verwerende partij nergens [wordt] gemotiveerd waarom het voor onderhavig opdracht specifiek nodig zou zijn dat referenties van gelijksoortige werken met een hogere omvang niet zouden mogen worden bijgebracht.”

De verzoekende partij besluit dan ook dat de verwerende partij door haar referenties als niet gelijksoortig in aard en omvang te beschouwen gehandeld heeft “in strijd met artikel 71 van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten en van artikel 68 KB van 18 april 2017 plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren” en dat zij hierdoor “op ontoelaatbare wijze de mededing en de vrijheid van toegang tot de overheidsopdrachten [heeft beperkt] en [...] de gelijkheid onder de inschrijvers in het gedrang [gebracht].”

Beoordeling

6.5. Het komt in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid toe om de geschiktheid van een inschrijver om de opdracht zoals omschreven in het bestek te volbrengen, te beoordelen. Zij beschikt bij de beoordeling van de voorgelegde referenties over een aanzienlijke beoordelingsruimte.

6.6. In de aankondiging en in het bestek is op voldoende duidelijke wijze omschreven welke referenties gevraagd worden van de kandidaat-inschrijvers, te weten drie referenties van “gelijksoortige werken in aard en omvang”. Er wordt expliciet verwezen naar de omschrijving in het bestek van de aard van de werken. Vermits het om gelijksoortige werken in aard en omvang moet gaan, lijkt het om cumulatieve voorwaarden te gaan. Met de omschrijving referenties van werken “van een gelijksoortige omvang” heeft de verwerende partij

zich een zekere beoordelingsruimte voorbehouden, hetgeen als dusdanig niet verboden is.

Het is de inschrijver die verantwoordelijk is voor een zorgvuldige redactie en indiening van zijn offerte.

6.7. Artikel 68 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017) bepaalt:

“§ 1. Met betrekking tot de technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid kan de aanbestedende overheid 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 kan met name eisen dat de ondernemers een voldoende mate van ervaring hebben die kan worden aangetoond met geschikte referenties inzake in het verleden uitgevoerde opdrachten.

§ 2. In geval van een opdracht voor werken, een opdracht voor leveringen waarvoor plaatsings- of installatiewerkzaamheden nodig zijn of een opdracht voor diensten, kan de aanbestedende overheid :

1° de technische of beroepsbekwaamheid van de kandidaten of inschrijvers om de werken of de installatie uit te voeren of de diensten te verstrekken beoordelen aan de hand van met name hun knowhow, efficiëntie, ervaring en betrouwbaarheid;

2° de rechtspersonen verplichten om in hun aanvraag tot deelneming of in hun offerte de namen en de beroepskwalificaties te vermelden van de personen die belast zijn met de uitvoering van de opdracht.

§ 3. De technische en beroepsbekwaamheid van de ondernemer kan worden aangetoond op één of meer van de wijzen bedoeld in paragraaf 4, naargelang de aard, de hoeveelheid of het belang en het gebruik van de werken, leveringen of diensten.

§ 4. Bewijsmiddelen van de technische bekwaamheid van de ondernemer zijn:

1° de volgende lijsten :

a) 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;”

6.8. Door referenties van “gelijksoortige werken in aard en omvang” te vragen en aldus een uitdrukkelijk verband te leggen met de aard en omvang van de voorliggende opdracht, is de aanbestedende overheid tegemoetgekomen aan het vereiste opgenomen in artikel 71 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), dat bepaalt:

“Het selectiecriterium of de selectiecriteria kunnen betrekking hebben op :
1° geschiktheid om de beroepsactiviteit uit te oefenen; en/of
2° de economische en financiële draagkracht; en/of
3° de technische en beroepsbekwaamheid.

De aanbestedende overheid mag alleen deze criteria als voorwaarde voor deelname opleggen aan de kandidaten en inschrijvers. Zij beperken deze voorwaarden tot die welke kunnen garanderen dat een kandidaat of inschrijver over de juridische en financiële middelen en de technische bekwaamheden en beroepsbekwaamheden beschikt om de te gunnen opdracht uit te voeren. Alle voorwaarden houden verband met en staan in verhouding tot het voorwerp van de opdracht.

De Koning geeft nadere invulling aan de modaliteiten voor het vaststellen van deze voorwaarden”.

6.9. Uit de vertrouwelijke stukken die de Raad van State bij zijn beoordeling mag betrekken, blijkt dat de gekozen inschrijver minstens drie referenties heeft voorgelegd. In tegenstelling tot wat de verzoekende partij beweert en tot wat bij haar het geval is, heeft de gekozen inschrijver zich niet beperkt tot een even algemene omschrijving van de uitgevoerde werken zoals de verzoekende partij. Bij de referenties werd een bijzondere toelichting gegeven over het doel van de aanneming en de concrete aard van de uitgevoerde werken. In zoverre mist het betoog van de verzoekende partij feitelijke grondslag. Bij de verzoekende partij ontbreekt niet alleen dergelijke toelichting, eveneens ontbreekt enige toelichting over haar concrete aandeel in de werken waarop de referenties betrekking hebben, zowel qua aard als qua omvang. Minstens lijkt niet “volstrekt duidelijk” welke “meegedeelde waterbouwwerken en de grondwerken” de verzoekende partij als onderaannemer precies heeft uitgevoerd en wat de omvang was van haar aandeel.

6.10. De opdracht is voorts geraamd op 1.217.226,15 euro zonder btw. Uit de offerte van de gekozen inschrijver blijkt dat één referentie in het getuigschrift van goede uitvoering der werken een bedrag vermeldt, dat in de lijn ligt van werken van een gelijksoortige omvang. De overige referenties vermelden

in het getuigschrift een bedrag dat afwijkt van het offertebedrag – 847.411,04 euro zonder btw – en van de raming, maar de gekozen inschrijver heeft bij die referenties bijkomende informatie – een grondverzetstabel, een uittreksel van een samenvattende meetstaat of een grondbalans – toegevoegd. Er mag redelijkerwijs worden van uitgegaan dat de provinciale dienst Waterlopen over de technische deskundigheid beschikt om de referenties in samenhang met de bijkomende informatie waaruit het aandeel van de gekozen inschrijver in de betrokken werken aannemelijk wordt gemaakt, te beoordelen. Op het eerste gezicht is geen aanleiding voorhanden om aan te nemen dat de verwerende partij binnen haar ruime beoordelingsruimte een onwettigheid heeft begaan door te oordelen dat de voorgelegde referenties met de bijkomende omschrijving toelaten te constateren dat de gekozen inschrijver gelijksoortige werken in aard én omvang heeft uitgevoerd.

Zoals reeds opgemerkt, dient *prima facie* te worden vastgesteld dat een dergelijke bijkomende informatie bij de verzoekende partij ontbreekt.

6.11. Het voornoemde volstaat om te oordelen dat de in het derde en vierde middelonderdeel ingeroepen bepalingen en beginselen niet lijken te zijn geschonden doordat op grond van de voorgelegde referenties, de verwerende partij heeft geoordeeld dat de gelijksoortigheid van de werken, qua aard en omvang, niet of onvoldoende door de verzoekende partij wordt aangetoond.

De middelonderdelen zijn niet ernstig.

Vijfde middelonderdeel

6.12. In het vijfde middelonderdeel betoogt de verzoekende partij dat “indien er onduidelijkheden zouden zijn omtrent de bijgebrachte referenties van verzoekster [...] het een zorgvuldig bestuur [behoort] om overeenkomstig [...] artikel 59, 1° inlichtingen in te winnen. Dit komt de mededinging enkel ten goede.”

Beoordeling

6.13. Artikel 59 van het koninklijk besluit plaatsing 18 april 2017 bepaalt:

“Onverminderd artikel 73 van de wet kan de aanbestedende overheid, wanneer dit noodzakelijk is voor het goede verloop van de procedure :
1° inlichtingen inwinnen over de in artikel 66, § 1, 2°, van de wet bedoelde situatie van om het even welke kandidaat of inschrijver. Meer bepaald kan de aanbestedende overheid, wanneer zij twijfels heeft over de persoonlijke toestand van de kandidaten of inschrijvers, ondanks de inlichtingen waarover zij beschikt, zich richten tot de bevoegde Belgische of buitenlandse overheden om de inlichtingen te verkrijgen die zij hieromtrent noodzakelijk acht;
[...]”.

6.14. De aanbestedende overheid beschikt op grond van artikel 59 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 over de mogelijkheid om inlichtingen in te winnen. Deze mogelijkheid is echter geen verplichting. De inschrijvers kunnen in dit verband op het eerste gezicht geen rechten laten gelden. In beginsel wordt elke offerte beoordeeld zoals ze wordt ingediend. Het komt in de eerste plaats aan de inschrijver toe om zijn offerte met de nodige zorgvuldigheid op te stellen.

6.15. Het middelonderdeel is niet ernstig.

Tweede middelonderdeel

6.16. In een tweede middelonderdeel uit de verzoekende partij kritiek op de motivering in de bestreden beslissing dat de referenties niet worden gestaafd door een proces-verbaal van oplevering vanwege de aanbestedende overheid. Zij benadrukt dat de getuigschriften die zij heeft bijgevoegd op één na betrekking hebben op werken die hetzij rechtstreeks, hetzij onrechtstreeks (in onderaanneming) werden uitgevoerd voor een aanbestedende overheid en dat daaruit voldoende duidelijk blijkt dat zij over de technische bekwaamheden en beroepsbekwaamheden beschikt om de te gunnen opdracht uit te voeren.

Beoordeling

6.17. Een onderzoek naar het tweede middelonderdeel lijkt niet noodzakelijk, nu er een determinerend motief voorhanden is om de verzoekende partij niet te selecteren, namelijk het niet hebben voorgelegd van referenties van “gelijksoortige werken in aard en omvang”, ook al mochten die, zoals de verzoekende partij uiteenzet, zijn opgesteld door de hoofdaannemer.

Het middelonderdeel is niet ernstig.

Zesde middelonderdeel

6.18. De verzoekende partij betoogt ten slotte dat de voorgaande onderdelen aantonen dat een schending van artikel 81 van de wet overheidsopdrachten 2016 moet worden aangenomen.

Het niet ernstig bevinden van die middelonderdelen leidt er evenwel toe dat geen schending van het voornoemde artikel 81, dat bepaalt dat de aanbestedende overheid de gunning van overheidsopdrachten steunt op de economisch meest voordelige offerte en waarvan de schending wordt ingeroepen in het zesde onderdeel, voorhanden is.

6.19. Het middelonderdeel is niet ernstig.

Conclusie inzake het eerste middel

6.20. Het middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Eerste onderdeel

6.21. In een eerste onderdeel betoogt de verzoekende partij dat het selectie criterium, in tegenstelling tot wat blijkt uit de bestreden beslissing, niet toelaat “dat de referentie wordt gestaafd door een proces-verbaal van vooruitgang

der werken, zodat de offerte van de tweede laagste inschrijver ten onrechte werd geselecteerd.”

Beoordeling

6.22. Uit de offerte van de gekozen inschrijver blijkt dat de voorgelegde referenties betrekking hebben op reeds afgelopen periodes. Er zijn geen processen-verbaal van vooruitgang der werken opgenomen, maar getuigschriften van goede uitvoering der werken.

Het middelonderdeel mist feitelijke grondslag.

Tweede onderdeel

6.23. In een tweede onderdeel betoogt de verzoekende partij:

“Aan verzoekster wordt verweten dat de beschrijving van de door haar uitgevoerde werken zeer algemeen is en niet in concreto kan worden getoetst of de verschillende — gedetailleerde opgelijste onderdelen van de opdracht naar behoren zullen kunnen worden uitgevoerd.

De beschrijving van de uitgevoerde werken door de tweede laagste inschrijver is evenwel gelijkaardig aan de beschrijving van de uitgevoerde werken door verzoekster (zie supra eerste middel), en indien de beschrijving van de tweede laagste inschrijver afdoende is, geldt dit eveneens voor verzoekster.

[...]

De werken uitgevoerd door verzoekster hebben daarenboven effectief betrekking op waterbouwkundige werken (categorie B) en grondwerken (categorie G) terwijl de werken uitgevoerd door de tweede laagste inschrijver louter infrastructuurwerken (categorie C) behelzen.

Loutere infrastructuurwerken (wegenis- en rioleringswerken) op bedrijventerreinen behelzen geen gelijksoortige werken in aard van de voorliggende opdracht (waterbouwkundige werken en grondwerken).

Het is niet omdat in het kader van 1 uitgevoerde opdracht betrekking hebbende op infrastructuurwerken er een klein onderdeel van kleine omvang betrekking zou hebben op waterbouwwerken of grondwerken, dat daarmede een referentie van een gelijksoortig werk in aard en omvang zou worden bijgebracht.

Er dient ook te worden vastgesteld dat de tweede laagste inschrijver geen erkenning heeft voor de categorie en klasse B(5), zodat door de tweede laagste inschrijver ook geen referenties van gelijksoortige waterbouwkundige werken in aard en omvang kunnen worden bijgebracht.”

Beoordeling

6.24. In zoverre de kritiek wordt herhaald dat de gekozen inschrijver zich ook heeft beperkt tot een algemene omschrijving van de uitgevoerde werken, volstaat het te verwijzen naar de beoordeling van het eerste middel om te oordelen dat die kritiek op het eerste gezicht moet worden verworpen, omdat de gekozen inschrijver, in tegenstelling tot de verzoekende partij, een bijzondere toelichting heeft gegeven over het doel van de aanneming en de aard van de werken. In zoverre het onderdeel verwijst naar de overige kritieken reeds ontwikkeld in het eerste middel, moet het, gelet op de hiervoor gedane *prima facie* beoordeling ervan, worden verworpen.

6.25. De verzoekende partij argumenteert voorts dat het niet is “omdat in het kader van 1 uitgevoerde opdracht betrekking hebbende op infrastructuurwerken er een klein onderdeel van kleine omvang betrekking zou hebben op waterbouwwerken of grondwerken, dat daarmee een referentie van een gelijksoortig werk in aard en omvang zou worden bijgebracht”. De verzoekende partij maakt echter niet aannemelijk dat met een dergelijke referentie niet zou kunnen worden vastgesteld dat een inschrijver opdrachten van gelijksoortige werken in aard en omvang heeft uitgevoerd. De provinciale dienst Waterlopen heeft die feitelijkheid kunnen afleiden in de offerte van de gekozen inschrijver uit de referenties en bijkomende beschrijvingen en er mag er redelijkerwijs worden van uitgegaan dat die dienst over de technische deskundigheid beschikt om tot een dergelijk oordeel te komen, zonder dat de verzoekende partij met haar betoog op het eerste gezicht aantoonde dat de conclusies van de dienst Waterlopen de perken van de redelijkheid te buiten gaan of in twijfel moeten worden getrokken, rekening houdende met de bijzondere beschrijving die de gekozen inschrijver in zijn offerte heeft toegevoegd om de gelijksoortigheid in aard en omvang conform het bestek te duiden, dit in tegenstelling tot wat het geval is voor de offerte van de verzoekende partij.

6.26. In de aankondiging van de opdracht in het Bulletin der Aanbestedingen van 4 januari 2019 wordt als minimumeis opgelegd: klasse 5, categorie B of G.

Het getuigschrift van erkenning, dat de gekozen inschrijver bij zijn offerte heeft gevoegd, toont aan dat hij voldoet aan 6G. Het niet zijn erkend in B5 brengt dus niet met zich mee dat de gekozen inschrijver niet de vereiste referenties kan voorleggen.

6.27. Het middelonderdeel is niet ernstig.

Derde onderdeel

6.28. In het derde onderdeel betoogt de verzoekende partij dat “de 3 referenties bijgebracht door de tweede laagste inschrijver handelen niet over uitgevoerde opdrachten tijdens de laatste 5 jaar, o.a. de referentie m.b.t. de Aansluiting van de R8 met de industriezone Kuurne, heeft betrekking op uitgevoerde werken in het jaar 2011, alleszins niet tijdens de laatste 5 jaar”.

Beoordeling

6.29. De door de gekozen inschrijver voorgelegde referenties, opgesteld door administratieve overheden, hebben betrekking op de periode 2014-16, 2015-16, 2011-15 en 2015-17.

De bewering dat de vereiste referenties geen betrekking hebben op uitgevoerde werken tijdens de laatste vijf jaar mist bijgevolg feitelijke grondslag.

6.30. Het middelonderdeel is niet ernstig.

Vierde onderdeel

6.31. In een laatste onderdeel betoogt de verzoekende partij dat als zij niet mocht worden geselecteerd, dan ook niet de gekozen inschrijver:

“Indien wordt geoordeeld dat de offerte van verzoekster terecht niet zou zijn geselecteerd om reden dat geen referenties worden bijgebracht van uitgevoerde opdrachten van gelijksoortige werken in aard en omvang

tijdens de laatste 5 jaar, dan dient geoordeeld dat in het bestreden besluit de offerte van de tweede laagste inschrijver eveneens ten onrechte wordt geselecteerd, daar:

- De referenties bijgebracht door de tweede laagste inschrijver een gelijkaardige omschrijving van de door haar uitgevoerde werken bevatten dan de omschrijving van de uitgevoerde werken door verzoekster;

Indien het op basis van de referenties van verzoekster niet mogelijk zou zijn om na te gaan of de werken naar behoren kunnen worden uitgevoerd, dient dit eveneens voor de tweede laagste inschrijver te gelden.

- De referenties bijgebracht door de tweede laagste inschrijver betrekking hebben op loutere infrastructuurwerken op bedrijventerreinen en niet op waterbouwkundige werken of grondwerken en aldus geen betrekking hebben op gelijksoortige werken in aard.

- De referenties bijgebracht door de tweede laagste inschrijver betrekking hebben op uitgevoerde werken waarvan de omvang groter is dan de uit te voeren werken, o.a.

- * de referentie m.b.t. de infrastructuurwerken op het bedrijventerrein groenbek, met een totaal kostenplaatje van ongeveer 2,6 miljoen euro (stuk 11)

- * de referentie m.b.t. de Aansluiting van de R8 met de industriezone Kuurne waarvoor een erkenning categorie , klasse 7 (tot 5.330.000 FUR) wordt gevraagd (stuk 12);

Indien de referenties van verzoekster niet voldoen aan het selectie criterium omdat de door haar uitgevoerde werken van grotere omvang zijn, dient dit eveneens voor de tweede laagste inschrijver te gelden.

De referenties bijgebracht door de tweede laagste inschrijver niet handelen over uitgevoerde opdrachten tijdens de laatste 5 jaar, o.a.:

- * de referentie m.b.t. de Aansluiting van de R8 met de industriezone Kuurne, zijnde uitgevoerde werken in 2011 (stuk 12)''.

6.32. Gelet op de beoordeling van het eerste middel en de overige onderdelen van het tweede middel, moet worden geoordeeld, met verwijzing naar de overwegingen ter zake, dat ook het vierde onderdeel niet ernstig is.

Conclusie inzake het tweede middel

6.33. Het middel is niet ernstig.

VII. Besluit

7. Geen van de middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

VIII. Kosten

8. De tussenkomende partij vraagt om haar kosten, rechtsplegingsvergoeding inbegrepen, ten laste van de verzoekende partij te leggen.

De kosten van de tussenkomst zijn ten laste van de tussenkomende partij, die door artikel 30/1, § 2, laatste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van state, uitdrukkelijk van het verkrijgen van een rechtsplegingsvergoeding wordt uitgesloten.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Devagro tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. 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.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op een rolrecht van 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 20 juni 2019,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Johan Bovin,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Johan Bovin