

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 244.979 van 27 juni 2019
in de zaak A. 224.817/XII-8522**

In zake: de BVBA AD
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Dirk Van Heuven en Maité Bultheel
kantoor houdend te 2600 Antwerpen
Cogels Osylei 61
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de PROVINCIE OOST-VLAANDEREN

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 20 maart 2018, strekt tot de nietigverklaring van “het besluit van de deputatie van de provincie Oost-Vlaanderen van 11 januari 2018 houdende onregelmatigverklaring van de inschrijving van de bvba AD en houdende toewijzing van de opdracht ‘Destelbergen – saneren van waterloop nr. S.197 tussen Asserij en Damslootmeer’ aan de firma [Quintelier]” en van “de impliciete beslissing houdende niet-toewijzing van deze opdracht aan [de bvba AD]”.

Tevens vordert de bvba AD als vergoeding tot herstel een bedrag van 21.260 euro, ondergeschikt 20.197 euro, meer vergoedende rente.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

XII-8522-1/11

Eerste auditeur Jozef Stevens heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij en de verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 25 juni 2019.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Dirk Van Heuven, die verschijnt voor de verzoekende partij, en jurist Christophe Wille en ingenieur diensthoofd van de dienst Integraal Waterbeleid Luc De Winne, die verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Ann Eylenbosch 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 verwerende partij schrijft een overheidsopdracht voor werken uit met als voorwerp “Destelbergen – Saneren van de waterloop nr. S.197 tussen Asserij en het Damslootmeer”.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 27 oktober 2017.

De plaatsingswijze is de openbare procedure met als enig gunningscriterium de prijs.

De raming bedraagt 211.788,40 euro, btw niet inbegrepen, of 255.843,96 euro, btw inbegrepen.

In het toepasselijk bestek W12/002 wordt, wat de kwalitatieve selectie betreft, onder meer vermeld dat de inschrijvers dienen te beschikken over de vereiste erkenning van aannemers, namelijk “B (waterbouwkundige werken), op basis van de raming: Klasse 2” en:

“de inschrijver moet aantonen dat hij tijdens de laatste 3 jaar voor minstens 1 000 000 EUR analoge werken aan onbevaarbare waterlopen heeft uitgevoerd, gestaafd door getuigschriften van goede uitvoering, uitgeschreven door de opdrachtgevers van deze werken”.

3.2. De verzoekende partij dient een offerte in met een prijs van 212.600 euro, btw niet inbegrepen, wat het laagste bod is.

3.3. In het nazichtsverslag van 8 december 2017 wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de nv Quintelier en de offerte van de verzoekende partij te weren om de volgende reden:

“- AD bvba : De firma brengt onvoldoende geldige attesten voor. De attesten van de gemeente Laarne, de stad Kortrijk en de stad Brugge betreffen geen onbevaarbare waterlopen maar werken aan baangrachten en kunnen niet in aanmerking genomen worden. Ook het attest opgemaakt door [X], werfleider bij Aswebo, voor de werken uitgevoerd aan waterlopen – oeverversterkingswerken binnen het Collectorproject Nerenweg Kalken, komt niet in aanmerking gezien het attest niet getekend werd door de opdrachtgever maar door de hoofdaannemer en ook hier betreft het hoofdzakelijk werken aan baangrachten. De 2 attesten van de stad Roeselare komen niet in aanmerking. Uit extra info opgevraagd bij technische dienst van Roeselare blijkt dat de 2 attesten gaan over dezelfde werken en dat na 2015 geen werken meer werden uitgevoerd aan onbevaarbare waterlopen o.w.v. overdracht van de waterlopen naar de provincie.

De lijst van gegunde werken in uitvoering, niet gestaafd door attesten van goede uitvoering, kunnen niet meegenomen worden.

[...]

Voor de inschrijvers AD bvba, [...] zijn de getuigschriften van goede uitvoering ontoereikend. Deze firma's zijn bijgevolg onregelmatig en dienen geweerd te worden.”

3.4. Op 11 januari 2018 valt de verwerende partij het nazichtsverslag bij en beslist de opdracht te gunnen aan de nv Quintelier als laagste regelmatige inschrijver voor een prijs van 220.413,96 euro, btw niet inbegrepen.

IV. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

4.1. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel I.11 van het bestek, het patere-legem-quam-ipse-fecistibeginsel, het redelijkheidsbeginsel, het gelijkheids- en niet-discriminatiebeginsel “zoals vervat in artikel 4, lid 1 Overheidsopdrachtenwet 2016 en de artikelen 10 en 11 Gw”, “artikel 4, 5° j° artikel 5, 6° Rechtsbeschermingswet van 17 juni 2013” en de materiële motiveringsplicht.

De verzoekende partij voert aan dat de verwerende partij haar eigen bestek niet heeft nageleefd, wat de selectiebepaling betreft inzake het bijbrengen van referenties inzake analoge werken aan onbevaarbare waterlopen. Zij erkent dat de door haar bijgebrachte referenties van Laarne, Brugge en Kortrijk weliswaar geen onbevaarbare waterlopen betreffen in de zin van de wet van 28 december 1967 ‘betreffende de onbevaarbare waterlopen’ (hierna: de wet van 28 december 1967) doch dat het bestek dit ook niet vereiste. Aldus mocht zij referenties bijbrengen van onbevaarbare waterlopen “in de spreekwoordelijke betekenis van het woord” – de verzoekende partij bedoelt hier wellicht spraakgebruikelijke betekenis van het woord – en diende de verwerende partij ze

te aanvaarden en niet te verwerpen als “baangrachten”. Immers, zo betoogt de verzoekende partij, zijn “[a]lle baangrachten [...] én een waterloop én onbevaarbaar en zijn zodoende te beschouwen als onbevaarbare waterlopen”. Zij brengt hier een brochure bij van de Vlaamse Milieumaatschappij (hierna: VMM) waarin onbevaarbare waterlopen worden onderverdeeld in die van eerste, tweede en derde categorie en niet-geklasseerde grachten. “In het bestek wordt enkel gesteld dat de inschrijver moet aantonen dat hij ‘analoge werken aan onbevaarbare waterlopen heeft uitgevoerd’, zonder een specifieke categorie van onbevaarbare waterlopen te vereisen en zonder niet-geklasseerde onbevaarbare waterlopen uit te sluiten en aldus evenmin geklasseerde en ongeklasseerde baangrachten. Indien verwerende partij [zo vervolgt de verzoekende partij] heeft beoogd dat enkel referenties mochten worden opgegeven van geklasseerde onbevaarbare waterlopen, dan had zij zulks expliciet moeten opnemen, quod non”.

4.2. In haar memorie van wederantwoord merkt de verzoekende partij op dat de wet van 28 december 1967 waarop de verwerende partij zich beroept om het begrip onbevaarbare waterlopen te definiëren, in het bestek niet van toepassing is verklaard. Het is dan ook volgens haar niet ernstig dat de verwerende partij nu pas betoogt dat de bijzondere kennis van die wet hier belangrijk is voor de uitvoering van de opdracht. In die zin verwijst de verzoekende partij hier opnieuw naar de spraakgebruikelijke betekenis van dergelijke waterlopen en dient een baangracht dan ook als een dergelijke waterloop te worden beschouwd.

De verwijzing van de verwerende partij in haar memorie van antwoord naar het feit dat de werken zullen moeten worden uitgevoerd in kwetsbaar en soms moeilijk te bereiken gebied en dat in hoofdzaak daarom referenties voor onbevaarbare waterlopen zijn gevraagd omdat voor dergelijke waterlopen bijzondere reglementaire eisen zijn gesteld om zo’n opdrachten uit te voeren, wijst de verzoekende partij van de hand. Zij merkt hierbij onder meer op dat het bestek een plan van aanpak bij de offerte oplegt waarbij verwezen wordt naar de uitvoering van de opdracht in kwetsbaar en soms moeilijk te bereiken

gebied en de verwerende partij over het door de verzoekende partij voorgelegde plan geen opmerkingen heeft gemaakt; voorts is in het bestek geen verwijzing opgenomen naar de wet van 28 december 1967.

Ten slotte merkt de verzoekende partij op dat de verwerende partij bij een vorige opdracht onbevaarbare waterlopen heeft geïnterpreteerd als inclusief baangrachten.

4.3. In haar laatste memorie, na een voor haar negatief uitvallend auditoraatsverslag, beklemtoont de verzoekende partij dat “onbevaarbare waterlopen” niet zomaar gelijk te stellen zijn met gerangschikte onbevaarbare waterlopen. Zij wijst hier opnieuw op de brochure van de VMM waarin niet geklasseerde grachten worden beschouwd als onbevaarbare waterlopen.

Ten slotte merkt zij op dat de gekozen inschrijver blijkbaar slechts referenties ten bedrage van 712.552,57 euro heeft ingediend en toch werd verkozen wat klemmt met het gelijkheidsbeginsel.

Beoordeling

4.4. De artikelen 1 en 2 van de wet van 28 december 1967 luiden:

“Artikel 1. In onderhavige wet wordt verstaan onder:

1. Onbevaarbare waterlopen: de rivieren en beken welke door de regering niet bij de bevaarbare waterlopen gerangschikt zijn, stroomafwaarts van het punt waarop hun waterbekken ten minste 100 hectare bedraagt. Dit punt wordt de oorsprong van de waterloop genoemd. Waterlopen, geclassificeerd met toepassing van artikel 4 en artikel 4bis, worden geacht deel uit te maken van de onbevaarbare waterlopen;

2. Waterbekken: de oppervlakte van het geheel van de gronden waarvan de waterafvoer door de waterloop wordt verzekerd stroomopwaarts van een bepaald punt.

3. kunstmatige waterloop: een door de mens gegraven waterloop die gezien zijn functie ingedeeld wordt bij de onbevaarbare waterlopen.

Art. 2. De onbevaarbare waterlopen worden in drie categorieën gerangschikt.

Worden gerangschikt :

1. In de eerste categorie: de gedeelten van de onbevaarbare waterlopen, stroomafwaarts van het punt waar hun waterbekken ten minste 5 000 hectare bedraagt;
2. In de tweede categorie: de onbevaarbare waterlopen of gedeelten ervan die noch in de eerste noch in de derde categorie gerangschikt zijn;
3. In de derde categorie: de onbevaarbare waterlopen of gedeelten ervan, stroomafwaarts van het punt waarop hun waterbekken ten minste 100 hectare bedraagt, tot ze de grens hebben bereikt van de gemeente waar die oorsprong zich bevindt of tot ze uitmonden, hetzij in bevaarbare waterlopen, hetzij in onbevaarbare waterlopen van de eerste of van de tweede categorie.”

4.5. Met de verwerende partij mag worden aangenomen dat met “onbevaarbare waterlopen” moet worden verstaan deze gedefinieerd in de wet van 28 december 1967 onder meer gelet op het feit dat in het toepasselijk bestek er geen andere definitie is gegeven. Aangezien er een wettelijke definitie is, is er geen noodzaak om een spraakgebruikelijke betekenis te hanteren.

In de definitie van deze wet zijn grachten, zoals in de kwestieus geweerde referenties van de verzoekende partij bedoeld, niet opgenomen onder de drie vastgelegde categorieën.

4.6. De verzoekende partij vindt geen steun in de brochure van de VMM waarin onder het begrip onbevaarbare waterlopen naast de drie wettelijke categorieën een vierde wordt vernoemd, namelijk “Niet geklasseerde grachten”.

Naast het feit dat deze indeling aldus afwijkt van deze opgenomen in de wet van 28 december 1967, dient ook te worden vermeld dat deze vierde categorie volgens deze brochure wordt beheerd door de aangelanden terwijl de tweede categorie wordt beheerd door de provincie. Het lijkt dan ook enigszins evident dat de verwerende partij met de opdracht onbevaarbare waterlopen zoals bedoeld in de voormelde wet wenst te zien geruimd.

Voorts is het verweer dat het te dezen (deels) gaat om natuurgebied waarin de opdracht ook moet worden uitgevoerd, en dat hiervoor

bijzondere regels gelden, onder meer opgenomen in artikel 17 van de voormelde wet en in bepaalde milieuwetgeving, niet zonder grond om slechts referenties te aanvaarden met betrekking tot onbevaarbare waterlopen zoals bedoeld in de voormelde wet.

Het feit dat het plan van aanpak van de verzoekende partij inzake die bijzondere gebieden, niet door de verwerende partij is verworpen, leidt niet tot een ander oordeel. Het selectievereiste is een autonoom criterium.

4.7. Het argument van de verzoekende partij dat bij een vorige opdracht de verwerende partij wel baangrachten als onbevaarbare waterlopen heeft aanzien, wat de verwerende partij ten stelligste betwist, wordt evenmin bijgevalen, alleen al omdat er in beginsel geen gelijkheid geldt in onwettigheid.

4.8. Ten slotte, in de mate dat de verzoekende partij opwerpt dat de gekozen inschrijver zelf niet voldoet aan de gevraagde referenties, is dit een kritiek die niet tijdig in het debat is gebracht niettegenstaande ze gesteund is op stuk 7 gevoegd bij het inleidend verzoekschrift. Overigens betreft dit stuk 7 niet de kwestieuze opdracht doch de opdracht “saneringswerken aan waterloop nr. 5.029 te Aalst, tussen de Wagenstraat/Neerveldstraat en zijn monding in de Molenbeek te Aalst”.

4.9. In die omstandigheden toont de verzoekende partij niet aan dat de ingeroepen bepalingen en beginselen zijn geschonden.

Het middel wordt verworpen.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

4.10. De verzoekende partij voert de schending aan van “artikel 4, lid 1 Overheidsopdrachtenwet 2016”, “artikel 65, lid 2 KB Plaatsing 2017” en “het

gelijkheids- en niet-discriminatiebeginsel, zoals vervat in artikel 4, lid 1 Overheidsopdrachtenwet 2016 en de artikelen 10 en 11 Grondwet”.

De verzoekende partij voert de onwettigheid aan van de kwestieuze besteksbeplating inzake de referenties. Zij meent dat deze besteksbeplating niet proportioneel is. Er is volgens haar een “[k]ennelijke mismatch tussen nodige erkenningsklasse en gevraagde referenties”. “In casu wordt voor relatief eenvoudige werken waarvoor slechts een erkenningsklasse 2 nodig is, (van 135.000 tot 270.000€) met een toewijzingsprijs die onder deze drempel ligt, ervaringsreferenties gevraagd ten bedrage van 1.000.000€ over amper 3 jaar”. Dergelijk ervaringsvereiste is volgens de verzoekende partij kennelijk disproportioneel en schendt het gelijkheidsbeginsel aangezien het “grote spelers” bevoordeelt.

4.11. In haar memorie van wederantwoord beklemt de verzoekende partij dat er te dezen een te hoog ervaringsvereiste is gevraagd, namelijk referentiewerken ten bedrage van 1.000.000 euro voor een werk erkenningsklasse twee, *in casu* de ramingsprijs van 211.788,40 euro.

Zij besluit dat zij “zonder meer aan de drempel van 1.000.000€ [had] kunnen geraken, had zij geweten van de begrenzing van de gevraagde referenties tot die onbevaarbare waterlopen die vallen onder de wet van 28 december 1967 of had ze de kans gekregen haar referenties aan te vullen”.

4.12. Na een voor haar ongunstig auditoraatsverslag merkt de verzoekende partij in haar laatste memorie nog op dat het hier om een punctuele opdracht gaat, geen raamovereenkomst of een opdracht gedurende drie jaar.

Beoordeling

4.13. De verzoekende partij wordt niet bijgevalen.

In de eerste plaats toont de verzoekende partij onvoldoende haar belang bij het middel aan aangezien zij, overigens erkend in klasse 4, naar eigen bewering blijkbaar geen moeite zou hebben gehad om de drempel van 1.000.000 euro te halen indien zij wist dat de verwerende partij onbevaarbare waterlopen zou interpreteren zoals gedefinieerd in de wet van 28 december 1967.

Voorts toont de verzoekende partij niet concreet aan op welke wijze de verwerende partij hier haar beoordelingsruimte heeft miskend door te dezen een totaal aan referenties te eisen van 1.000.000 euro over drie jaar, in acht genomen haar raming. Er wordt dan ook niet aangetoond dat de proportionaliteit of de gelijkheid is geschonden.

Het middel wordt verworpen.

V. Besluit en kosten

4.14. Het beroep tegen de gunningsbeslissing wordt verworpen. Hieruit vloeit voort dat het beroep tegen de impliciete beslissing de opdracht niet te gunnen aan de verzoekende partij wordt verworpen. Het verzoek tot schadevergoeding tot herstel wordt op zijn beurt afgewezen nu niet is voldaan aan de voorwaarde vervat in artikel 11*bis* van de gecoördineerde wetten op de Raad van State dat de onwettigheid van de bestreden beslissing is vastgesteld.

4.15. De kosten, het rolrecht en de bijdrage, komen ten laste van de verzoekende partij.

4.16. Gelet op het bepaalde in artikel 70, § 1, vijfde lid, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’, dient het rolrecht dat verband houdt met het verzoek tot een schadevergoeding tot herstel aan de verzoekende partij te worden terugbetaald.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De Raad van State verwerpt het verzoek tot schadevergoeding tot herstel.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro en een bijdrage van 20 euro.

Het onverschuldigde recht in verband met het verzoek tot een schadevergoeding tot herstel, begroot op 220 euro, dient aan de verzoekende partij te worden terugbetaald.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 27 juni 2019, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Dierk Verbiest