

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

**nr. 245.220 van 23 juli 2019
in de zaak A. 228.472/XII-8755**

In zake: de NV A.P.C. LEIDINGEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Wouter Moonen, Jarien Bloemen en Nick Parthoens
kantoor houdend te 3500 Hasselt
Gouverneur Roppesingel 131
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de CVBA VLAAMSE MAATSCHAPPIJ VOOR
WATERVOORZIENING
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Frederik Vandendriessche, Ian Arnouts en Niels
Sneyers
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 27 juni 2019, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[d]e selectiebeslissing van 7 juni 2019, ter kennis gebracht per schrijven van 12 juni 2019 waarbij, bij wijze van uittreksel, aan de verzoekende partij werd meegedeeld dat zij voor de overheidsopdracht RC1900029 -Raamovereenkomst voor het uitvoeren van grote aanpassingswerken voor de distributiezones 7, 8, 9 en 10 niet werd geselecteerd.”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota en een administratief dossier ingediend.

XII-8755-1/10

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 18 juli 2019, om 11.00 uur.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Koen Geelen, die *loco* advocaat Wouter Moonen verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaten Ian Arnouts en Niels Sneyers, die verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Thomas Maes 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 uit in de vorm van een onderhandelingsprocedure met voorafgaande oproep tot mededinging voor een opdracht van werken met als voorwerp het sluiten van een “[r]aamovereenkomst voor het uitvoeren van grote aanpassingswerken voor de distributiezones 7, 8, 9 en 10.”

3.2. De verzoekende partij dient een aanvraag tot deelneming in.

3.3. Op 7 juni 2019 wordt een selectieverslag opgesteld. Er wordt vastgesteld dat de verzoekende partij “blijk [heeft] gegeven van aanzienlijke en voortdurende tekortkomingen tijdens de uitvoeringen van [drie] verschillende overheidsopdrachten (in opdracht van De Watergroep)”, dat deze “tekortkomingen niet ouder zijn dan 3 jaar”, dat de verzoekende partij “noch het bestaan noch het bewijs van corrigerende maatregelen [heeft] bijgevoegd aan de kandidatuurstelling”, zodat de verzoekende partij bijgevolg “wordt [...] uitgesloten van de huidige opdracht”.

3.4. Diezelfde 7 juni 2019 beslist de verwerende partij, verwijzend naar het selectieverslag, om de verzoekende partij uit te sluiten van deelname aan de opdracht.

Dit is de bestreden beslissing.

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 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.

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.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting

5.1.1. De verzoekende partij voert in een eerste middel de schending aan van “de artikelen 151 en 73 van de wet van 17 juni 2016 ‘Inzake overheidsopdrachten’ [...], iuncto artikel 46 van het Koninklijk besluit van 18 juni 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de speciale sectoren’”.

Zij vat het middel zelf als volgt samen:

“Doordat de verwerende partij in de selectienota heeft opgelegd dat het uitsluitingsonderzoek gebaseerd is op de invulling van een Uniform Europees Aanbestedingsdocument;

Terwijl voor opdrachten met een waarde geraamd beneden de Europese drempels de aanbestedende overheid niet gerechtigd is een Uniform Europees Aanbestedingsdocument op te leggen of een beoordeling te maken op grond van de ingediende Uniforme Europese Aanbestedingsdocumenten van de kandidaten in deze opdracht.”

Beoordeling

5.1.2. Met de verwerende partij dient er te worden vastgesteld dat uit het administratief dossier, de nota en een toepassing van de ramingsregels op de opdracht blijkt dat de geraamde waarde van de opdracht *prima facie* ruimschoots boven de Europese drempelbedragen ligt, zodat de regeling inzake het UEA te dezen wel degelijk van toepassing lijkt te zijn.

Voor zoveel als nodig kan er ten overvloede worden opgemerkt dat de opdracht ook Europees werd bekendgemaakt, bekendmaking waar de verzoekende partij zelf overigens naar blijkt te verwijzen in het verzoekschrift. In zoverre zij ter terechtzitting doet gelden dat er geen enkel aanknopingspunt was voor haar om te veronderstellen dat het een Europese opdracht betreft, mist het middel dan ook feitelijke grondslag.

In zoverre de verzoekende partij ter terechtzitting nog verwijst naar de vereiste erkenning klasse 4 en het maximumbedrag dat aan de vereiste erkenning is verbonden en dat onder de Europese drempelwaarde ligt, kan er in de eerste plaats worden verwezen naar de uiteenzetting van de verwerende partij in de nota, waarin de bijzondere situatie van de raming van de waarde van de opdracht bij een raamovereenkomst en de verhouding daarvan tot de erkenningsreglementering wordt toegelicht. De verzoekende partij blijkt zich in haar berekening te beperken tot de waarde van één deelopdracht bij een raamovereenkomst, daar waar voor de bepaling van de Europese drempelwaarde op het eerste gezicht rekening dient te worden gehouden met de waarde van de volledige raamovereenkomst, die te dezen op het eerste gezicht boven de Europese drempelwaarde ligt.

Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting

5.2.1. De verzoekende partij voert in een tweede middel de schending aan van “artikel 69 van de wet overheidsopdrachten 2016, van artikel 4 en 5 io. artikel 29, §1 van de wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten (Wet Rechtsbescherming), van artikel 48 van het Koninklijk besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen [...] en van het motiveringsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, alsook van andere beginselen van behoorlijk bestuur, meer bepaald de hoorplicht en het zorgvuldigheids- en het redelijkheidsbeginsel”.

Zij brengt het middel aan in vier middelonderdelen, die zij zelf als volgt samenvat:

“Doordat, eerste onderdeel, de verwerende partij besluit dat alle in acht

genomen feiten die aanleiding hebben gegeven tot de uitsluitingsbeslissing minder dan drie jaar oud zijn;

Terwijl het PV van vaststelling dd. 24 februari 2016 en de ambtshalve maatregel dd. 29 maart 2016 wel degelijk meer dan drie jaar oud zijn, zodat de toepassingsvoorwaarden ex artikel 69 van de wet overheidsopdrachten 2016 worden miskend en de motivering in rechten en in feiten onjuist is;

En terwijl het zorgvuldigheidsbeginsel ertoe strekt dat een overheid haar besluitvorming laat voorafgaan door een zorgvuldige feitenvinding;

En doordat, tweede onderdeel, de verwerende partij beslist de beslissing tot uitsluiting te nemen louter op grond van een opsomming van processen-verbaal en maatregelen van ambtswege;

Terwijl het bestreden besluit niet motiveert op welke grond de verwerende partij besluit dat deze feiten blijken geven van aanzienlijke en voortdurende tekortkoming ten aanzien van een wezenlijk voorschrift, zodat de verweermogelijkheden worden aangetast en niet wordt aangetoond dat de toepassingsvoorwaarden van artikel 69 van de wet overheidsopdrachten 2016 voldaan zijn;

En doordat, derde onderdeel, de verwerende partij beslist de beslissing tot uitsluiting te nemen louter op grond van een opsomming van processen-verbaal en maatregelen van ambtswege;

Terwijl het bestreden besluit niet doet blijken dat de maatregelen een uiting vormen van een gebrek aan vertrouwen in de goede uitvoering van de opdracht;

En terwijl de verwerende partij in haar handelwijze ten overstaan van de verzoekende partij nooit heeft laten blijken dat de opgelegde maatregelen van ambtswege een uiting vormen van een facultatieve uitsluitingsgrond hoewel de verwerende partij daar stelselmatig toe in de mogelijkheid was, zodat de uitsluiting als kennelijk onredelijk moet worden beschouwd;

En doordat, vierde onderdeel, de verwerende partij tot de uitsluiting heeft beslist zonder de verzoekende partij te horen;

Terwijl op grond van de hoorplicht, als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, de maatregel in artikel 69,7° van de wet overheidsopdrachten 2016 enkel maar genomen kan worden nadat de aannemer wordt gehoord;

En terwijl de aannemer over een hoorrecht beschikt op grond van artikel 48 van het Koninklijk besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en dit hoorrecht niet werd verleend.”

Beoordeling

5.2.2.1. In het eerste middelonderdeel voert de verzoekende partij in essentie aan dat één van de drie ‘aanzienlijke en voortdurende tekortkomingen’ die in het selectieverslag worden aangehaald, buiten de referentieperiode van drie jaar valt.

Er dient evenwel op het eerste gezicht met de verwerende partij te worden vastgesteld dat er in het selectieverslag naast de betrokken tekortkoming nog twee andere ‘aanzienlijke en voortdurende tekortkomingen’ blijken te worden ingeroepen. Deze twee tekortkomingen lijken allebei *prima facie* wel degelijk binnen de referentieperiode te vallen, en lijken bovendien elk op zich de bestreden beslissing tot uitsluiting zowel in feite als in rechte te kunnen dragen. Het eerste middelonderdeel lijkt aldus betrekking te hebben op een overtollig motief van de bestreden beslissing. Bijgevolg, zelfs indien ernstig, kan het middelonderdeel niet tot schorsing leiden.

De verwerende partij lijkt in dit verband overigens niet ten onrechte in de nota op te werpen dat de verzoekende partij die twee andere tekortkomingen op zich niet betwist.

Er blijkt, anders dan de verzoekende partij het ziet, dan ook niet dat de toepassingsvoorwaarden van artikel 69 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016) te dezen zouden zijn miskend.

Het eerste middelonderdeel is niet ernstig.

5.2.2.2. In het tweede middelonderdeel voert de verzoekende partij in essentie een miskenning aan van de formele motiveringsplicht, in zoverre in het selectieverslag louter zou worden verwezen naar processen-verbaal en maatregelen van ambtswege die in het verleden werden genomen ten aanzien van de verzoekende partij.

In de nota met opmerkingen lijkt de verwerende partij terecht te doen gelden dat de betrokken processen-verbaal en maatregelen van ambtswege destijds geldig ter kennis zijn gebracht van de verzoekende partij. De verzoekende partij blijkt dat ook niet te betwisten. De betrokken processen-verbaal en maatregelen van ambtswege blijken zelf uitvoerig gemotiveerd te zijn geweest. Aldus mag de verzoekende partij worden geacht afdoende op de hoogte te zijn van welke ‘aanzienlijke en voortdurende tekortkomingen’ er toen werden vastgesteld in haar uitvoering van de betrokken opdrachten. Bijgevolg dient de verzoekende

partij op het eerste gezicht te worden geacht wel degelijk kennis te hebben van welke ‘aanzienlijke en voortdurende tekortkomingen’ er ook nu worden ingeroepen.

Aldus lijkt het normdoel van de formele motiveringsplicht te dezen te zijn bereikt door de verwijzing in het selectieverslag naar de toen opgestelde processen-verbaal en genomen maatregelen van ambtswege. Hoe dan ook lijkt de formele motiveringsplicht op het eerste gezicht niet te vereisen dat de verwerende partij in de bestreden beslissing de inhoud van de betrokken processen-verbaal en maatregelen van ambtswege zou hernemen. Zulks valt buiten de reikwijdte van de formelemotiveringsplicht. Er zijn *prima facie* geen redenen om hier anders te oordelen. Er blijkt in elk geval niet dat de verzoekende partij door de in het selectieverslag opgenomen motieven in de onmogelijkheid zou zijn gebracht om zich afdoende te verweren tegen de thans genomen beslissing.

Het tweede middelonderdeel is niet ernstig.

5.2.2.3. In het derde middelonderdeel doet de verzoekende partij in de eerste plaats gelden dat er niet blijkt dat er sprake is van een gebrek aan vertrouwen in de goede uitvoering van de opdracht.

Die stelling dient reeds op het eerste gezicht te worden verworpen als niet dienstig. Het feit dat de verwerende partij ervoor heeft gekozen om twee eerdere aanzienlijke en voortdurende tekortkomingen bij de uitvoering van eerdere opdrachten in te roepen ten aanzien van de verzoekende partij en de verzoekende partij op die grond uit te sluiten van deelname aan de huidige opdracht, vormt immers op het eerste gezicht op zich reeds een voldoende uiting van gebrek aan vertrouwen in de goede uitvoering van de huidige opdracht door de verzoekende partij. Er anders over oordelen lijkt op het eerste gezicht geheel zinledig.

Dat de verwerende partij niet zou hebben beslist om met toepassing van artikel 48 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 ‘tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten’ (hierna: koninklijk besluit algemene uitvoeringsregels overheidsopdrachten) een

afzonderlijke algemene beslissing tot uitsluiting van de verzoekende partij van alle overheidsopdrachten voor de verwerende partij te nemen ten tijde van het vaststellen van de ingeroepen tekortkomingen, doet, zo lijkt het op het eerste gezicht, geen afbreuk aan de mogelijkheid voor de verwerende partij om nadien bij de plaatsing van een latere opdracht alsnog tot uitsluiting te beslissen op grond van diezelfde tekortkomingen. Er blijkt alleszins op het eerste gezicht niet dat zulks een onwettige, onzorgvuldige of onredelijke handelwijze zou uitmaken.

Het derde middelonderdeel is niet ernstig.

5.2.2.4. Wat het vierde middelonderdeel betreft, inzake de miskennis van de hoorplicht als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, dient te worden vastgesteld dat een beslissing inzake niet-selectie in beginsel geen maatregel is waarop de hoorplicht als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur van toepassing is. Er zijn op het eerste gezicht geen redenen voorhanden om te dezen tot een ander oordeel te komen.

Artikel 69 van de wet overheidsopdrachten 2016 voorziet daarnaast niet in enige normatieve plicht tot het horen van de betrokken kandidaat of inschrijver. Artikel 48 van het koninklijk besluit algemene uitvoeringsregels overheidsopdrachten, waar de verzoekende partij nog naar verwijst, is te dezen reeds op het eerste gezicht niet van toepassing. Die bepaling betreft immers de hypothese van het nemen van een afzonderlijke uitsluitingsbeslissing door de aanbestedende overheid en niet de niet-selectie in het kader van de plaatsing van een latere overheidsopdracht, geval dat hier aan de orde is. De verwerende partij wijst in de nota op het eerste gezicht terecht op het aanzienlijk verschil in draagwijdte tussen beide categorieën van beslissingen.

Ook het vierde middelonderdeel is niet ernstig.

5.2.2.5. Het tweede middel is in geen van zijn vier onderdelen ernstig.

VI. Besluit

6. Geen van de middelen is ernstig gebleken. De vordering tot

schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwierpt 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 drieëntwintig juli tweeduizend negentien, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Johan Bovin,	staatsraad, waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Joris Casneuf,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Joris Casneuf

Johan Bovin