RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

nr. 245.242 van 26 juli 2019
in de zaak A. 228.477/XII-8756

In zake: de NV ETEC
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Dirk Beyens en Danny Verlinden
kantoor houdend te 2610 Wilrijk
Boekstraat 77A
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Karel Van Hoorebeke en Rebecca Denys
kantoor houdend te 9000 Gent
Coupure Rechts 162
bij wie woonplaats wordt gekozen

tussenkomende partij:

de NV RENOTEC
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Joris Wouters en Christophe Lenders
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 27
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 28 juni 2019, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "de gunningsbeslissing van de afdeling Wegen en Verkeer Oost-Vlaanderen van het Agentschap Wegen en Verkeer […] [van] 28 mei 2019 inzake uitvoering van betonherstellingen aan de onderbouw viaduct B401 […]".

De vordering strekt er eveneens toe “bij wijze van voorlopige maatregel” “de uitvoering van de opdracht die het voorwerp uitmaakt van de bestreden gunningsbeslissing van 14 juni 2019 [...] zou worden geschorst, dan wel, voor zover er nog geen uitvoering aan werd gegeven, aan verwerende partij het verbod op te leggen uitvoering te geven aan de bestreden gunningsbeslissing tot Uw Raad heeft geoordeeld over het schorsingsverzoek van verzoekende partij”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 16 juli 2019 heeft de NV Renotec gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 23 juli 2019, om 10.30 uur.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Danny Verlinden en Karine Turkry, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaat Rebecca Denys, die tevens *loco* advocaat Karel Van Hoorebeke verschijnt voor de verwerende partij en advocaat Joris Wouters, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Ines Martens 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 Oost-Vlaanderen schrijft een openbare aanbesteding uit voor aanneming van werken met als voorwerp "Uitvoeren van betonherstellingen aan onderbouw viaduct B401".

De opdracht is onderworpen aan het bestek nr. 1M3D8H/18/50.

Het bestek omschrijft het voorwerp van de opdracht als volgt:

"Werken aan onderbouw brug 1.401.001.1 (pijler 20 t.e.m. 24 en brugdek 20 t.e.m. 23)
- Het markeren, sonderen en afbakenen van de te herstellen zones;
- Het uitvoeren van de nodige betonherstellingen d.m.v. PCC-reparatiemortels (klasse R4);
- Het uitvoeren van de nodige injecties in scheuren;
- Het beschermen van het zichtbare ter plaatse gestort beton d.m.v. een carbonatatieremmende coating;
- Het vervangen van wapeningen en het aanbrengen van wapeningsbeschermer;
- Het herstellen van de waterafvoer: demonteren en hergebruiken van afvoerbuizen en hulpstukken;
- Het opmaken van de nodige werf- en omleidingssignalisatieplannen per fase der werken;
- Het gefaseerd plaatsen/in dienst houden/verwijderen van de nodige werf- en omleidingssignalisatie;
- Het onderhoud van de werken gedurende de waarborgperiode."

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 5 december 2018, met aanvullende bekendmakingen op 9 en 10 januari 2019.

In het aankondigingsbericht van 5 december 2018 worden onder meer de volgende deelnemingsvoorwaarden meegedeeld:

" III.1.2) Economische en financiële draagkracht
Eventuele minimumeisen: zie bestek
III.1.3) Technische en beroepsbekwaamheid
Eventuele minimumeisen: klasse 3
Categorie: C, E"

Voorts wordt in de aankondiging ook vermeld:

"De aanbestedingsstukken zijn rechtstreeks, volledig, onbeperkt en gratis beschikbaar op
https://enot.piblicprocurement.be/enot-war/preViewNotice?noticeId=327587"

Het bestek bepaalt onder "I. Administratief gedeelte" punt "3. Administratieve voorschriften bij toepassing van het koninklijk besluit van 18.04.2017 plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren (kb plaatsing) (BS 09.05.2017)":

"[...]
Art. 67 Financiële en economische draagkracht
Onverminderd de bepalingen betreffende de erkenning van opdrachtnemer van werken, tonen de inschrijvers hun financiële en economische draagkracht aan met het volgende document/de volgende documenten:
- het bewijs van een verzekering tegen beroepsrisico's.

De inschrijver verklaart op het UEA of hij al dan niet voldoet aan de selectiecriteria. De voor te leggen stukken dienen tevens aan het UEA te worden toegevoegd.
De inschrijver dient de vereiste bewijsstukken toe te voegen aan de offerte.
Art. 68 Technische bekwaamheid
Onverminderd de bepalingen betreffende de erkenning van aannemers van werken, tonen de inschrijvers hun technische bekwaamheid aan met de volgende referentie(s):
Betreffende de renovatie van de onderbouw van vergelijkbare bruggen
Een lijst van de belangrijkste werken uitgevoerd vijf jaar voorafgaand aan de aankondiging van deze opdracht, waaruit zijn ervaring in de bedoelde materie moet blijken en die worden gestaafd met getuigschriften van goede uitvoering. Deze getuigschriften vermelden:
- de inhoud van de opdracht;
- het bedrag van de opdracht;
- de uitvoeringsperiode van de opdracht;
- de naam en contactgegevens van een contactpersoon bij het bedrijf, de instelling of de organisatie waarvoor de opdracht werd verricht;
- of de werken werden uitgevoerd volgens de regels van de kunst en of ze op regelmatige wijze tot een goed einde werden gebracht

Betreffende het uitvoeren van betonherstellingen en injecties langs de onderzijde van bruggen
Referenties omtrent gelijksoortige opdrachten. De referenties worden gestaafd door getuigschriften van goede uitvoering ondertekend door de opdrachtgever. Deze getuigschriften vermelden:
- de inhoud van de opdracht;
- het bedrag van de opdracht;
- de uitvoeringsperiode van de opdracht;

- de naam en contactgegevens van een contactpersoon bij het bedrijf, de instelling of de organisatie waarvoor de opdracht werd verricht;
- of de werken werden uitgevoerd volgens de regels van de kunst en of ze op regelmatige wijze tot een goed einde werden gebracht

Betreffende de uitvoering van werken met een fasering/verkeerssituatie vergelijkbaar aan deze i.k.v. deze opdracht

Referenties omtrent gelijksoortige opdrachten. De referenties worden gestaafd door getuigschriften van goede uitvoering ondertekend door de opdrachtgever. Deze getuigschriften vermelden:
- de inhoud van de opdracht;
- het bedrag van de opdracht;
- de uitvoeringsperiode van de opdracht;
- de naam en contactgegevens van een contactpersoon bij het bedrijf, de instelling of de organisatie waarvoor de opdracht werd verricht;
- of de werken werden uitgevoerd volgens de regels van de kunst en of ze op regelmatige wijze tot een goed einde werden gebracht

De aandacht van de inschrijver wordt er op gevestigd dat het ontbreken van de gevraagde documenten kan leiden tot substantiële onregelmatigheid van de offerte."

3.2. De opening van de offertes vindt plaats op 18 januari 2019.

Er worden acht offertes ingediend, waaronder door de verzoekende partij en de NV RENOTEC, die de respectievelijk laagste en tweede laagste offerte indienen.

3.3. Het gunningsverslag met gemotiveerde gunningsbeslissing van 13 mei 2019 vermeldt onder "3. Selectie: Uitsluitingsgronden en selectiecriteria":

"Er werd nagegaan of de inschrijvers voldeden aan de verplichtingen m.b.t. de uitsluitingsgronden en de kwalitatieve selectie zoals omschreven in de artikelen 67 t.e.m. 71 van de Wet inzake overheidsopdrachten d.d. 17 juni 2016, de artikelen 59 t.e.m. 74 van het KB Plaatsing d.d. 18 april 2017 en zoals nader gespecificeerd in de opdrachtdocumenten 1M3D8H/18/50.

[...]

3.2. Kwalitatieve selectie (art. 71 Wet Overheidsopdrachten en art. 66-68 KB Plaatsing)

3.2.1. Economische en financiële draagkracht (art. 71 Wet Overheids-opdrachten en art. 67 KB Plaatsing)

De inschrijver diende volgens art. 71 Wet Overheidsopdracht en art. 67 KB Plaatsing zijn financiële en economische draagkracht aan te tonen door de voorlegging van:

- Het bewijs van een verzekering tegen beroepsrisico's

Inschrijver:	Economisch en financiële draagkracht:
ETEC	Geen bewijs toegevoegd
Renotec	OK
T. De Neef Engineering	OK
Trafiroad	OK
Antwerpse Bouwwerken	OK
Van Huele Gebrs	OK
Willemen Infra	OK
Tibergyn	OK

3.2.2.Technische en beroepsbekwaamheid (art. 71 Wet Overheidsopdrachten en art. 68 KB Plaatsing)

De inschrijver diende volgens art. 71 Wet Overheidsopdracht en art. 68 KB Plaatsing zijn technische en beroepsbekwaamheid aan te tonen door de voorlegging van:

[...]

Inschrijver:	Vastgesteld feit:
ETEC	NIET OK - geen referenties betreffende de uitvoering van betonherstellingen en injecties langs de onderzijde van bruggen - geen referenties betreffende de uitvoering van werken met een fasering/verkeerssituatie vergelijkbaar aan deze i.k.v. deze opdracht
Renotec	OK
T. De Neef Engineering	NIET OK - geen referenties betreffende de uitvoering van werken met een fasering/verkeerssituatie vergelijkbaar aan deze i.k.v. deze opdracht
Trafiroad	OK
Antwerpse Bouwwerken	OK
Van Huele Gebrs	OK
Willemen Infra	OK
Tibergyn	OK

"

Onder "Algemeen besluit selectie van inschrijvers" wordt gesteld:

"[…]
Werden niet geselecteerd: ETEC
T. De Neef Engineering"

Er wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan NV Renotec die de economisch meest voordelige offerte indiende voor een bedrag van 598.096,79 euro.

3.4. Bij beslissing van 28 mei 2019 van de Administrateur-generaal van het Agentschap Wegen en Verkeer wordt het gunningsverslag goedgekeurd en wordt beslist de opdracht te gunnen aan NV Renotec.

Dit is de bestreden beslissing.

Bij aangetekende brief van 14 juni 2019 wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat haar offerte niet is geselecteerd. In bijlage wordt de gemotiveerde beslissing gevoegd.

IV. Tussenkomst

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

V. Ontvankelijkheid van het beroep

5. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over de door de verwerende partij opgeworpen ontvankelijkheidsexceptie wegens gebrek aan belang in hoofde van de verzoekende partij uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak over die exceptie zou alleen nodig zijn indien de

grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

VI. Schorsingsvoorwaarden

6.1. 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.

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

VII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

7. De verzoekende partij voert in een eerste middel de schending aan de artikelen 22 en 65, lid 1, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: het koninklijk besluit Plaatsing). De verzoekende partij betoogt dat de verwerende partij haar niet heeft geselecteerd op basis van selectiecriteria inzake financiële economische draagkracht en technische bekwaamheid die wel in het bestek waren opgenomen, maar niet in de aankondiging van de opdracht gepubliceerd op 5 december 2018, terwijl overeenkomstig de aangevoerde bepalingen de selectiecriteria en desgevallend gevraagde referenties moeten opgenomen worden in de aankondiging van de opdracht. De verwerende partij kon dan ook niet wettig de verzoekende partij niet selecteren op basis van selectiecriteria die niet in de aankondiging van de opdracht waren opgenomen, maar enkel in het bestek.

De verzoekende partij licht toe dat zij door de verwerende partij niet werd geselecteerd omdat zij bij haar offerte geen bewijs van verzekering beroepsrisico's had toegevoegd en, volgens de verwerende partij (wat de verzoekende partij betwist in het derde middel), ook geen referenties inzake de technische bekwaamheid zoals voorzien in artikel 68 van het bestek. Zij kon evenwel, in toepassing van de aangevoerde bepalingen, bij de selectie van de inschrijvers enkel verwijzen naar wat inzake selectiecriteria was opgesomd in de aankondiging van de opdracht, en niet naar de verdergaande eisen gesteld in het bestek, waar de aankondiging wat betreft de technische en beroepsbekwaamheid

zelfs niet naar verwijst. De verzoekende partij verwijst hiervoor naar het arrest van de Raad van State nr. 206.395 van 2 juli 2010.

Beoordeling

8. Artikel 22 van het koninklijk besluit Plaatsing luidt:

> "Overeenkomstig artikel 61 van de wet en onder voorbehoud van de erin bepaalde uitzonderingen, maakt een opdracht het voorwerp uit van een aankondiging van opdracht die de inlichtingen omvat opgenomen in bijlage 4."

Bijlage 4. "Inlichtingen die in de aankondiging van opdracht moeten worden opgenomen (als bedoeld in de artikelen 16 en 22)" bepaalt onder punt 11:

> "c) een lijst en een beknopte omschrijving van de criteria betreffende de persoonlijke situatie van ondernemers die tot hun uitsluiting kunnen leiden en van selectiecriteria; eventueel vereiste specifieke minimumeisen ten aanzien van de bekwaamheid; vermelding van vereiste informatie (eigen verklaringen, documentatie)."

Artikel 65, eerste lid, van het koninklijk besluit Plaatsing luidt:

> "Onverminderd artikel 42, § 3, eerste lid, 2°, van de wet, worden de selectiecriteria alsook de aanvaardbare bewijsmiddelen door de aanbestedende overheid vermeld in de aankondiging van de opdracht of, in afwezigheid van een dergelijke aankondiging, in de opdrachtdocumenten."

9. De verplichting voor de aanbestedende overheid om de selectievereisten in de aankondiging op te nemen, zoals voorgeschreven door het geschonden geachte artikel 65, eerste lid, van het koninklijk besluit Plaatsing, dient de transparantie en de gelijke behandeling van de inschrijvers opdat zij met gelijke kennis kunnen beoordelen of zij deelnemen aan de opdracht en desgevallend met voldoende kennis van de vereisten een offerte kunnen indienen.

Uit de feiten weergegeven *sub* 3.1. blijkt dat in de aankondiging wat betreft de selectievereisten inzake economische en financiële draagkracht uitdrukkelijk wordt verwezen naar het bestek dat gelijktijdig met de aankondiging elektronisch ter beschikking werd gesteld van de geïnteresseerden via het e-notification platform. De verzoekende partij betwist niet dat zij kennis heeft genomen van de selectievereisten in het bestek voorafgaand aan het indienen van haar offerte, aangezien zij enkel stelt dat het niet bijvoegen van het bewijs van verzekering tegen beroepsrisico's een vergetelheid in haren hoofde betrof. De verzoekende partij toont voorts niet aan in welke zin zij ten opzichte van de andere inschrijvers werd benadeeld door de kennisname van de selectievereiste door verwijzing naar het bestek.

De verzoekende partij toont bijgevolg niet met de vereiste *prima facie* ernst aan dat zij is benadeeld door het feit dat zij niet-geselecteerd is op basis van selectiecriteria "die niet in de aankondiging van de opdracht waren opgenomen, maar enkel in het bestek".

Het arrest nr. 206.395 waar de verzoekende partij naar verwijst, is in huidige zaak niet relevant. In de zaak die aanleiding gaf tot voormeld arrest werd immers, in tegenstelling tot wat de voorliggende zaak betreft, in de aankondiging niet verwezen naar de eisen gesteld in het bestek, dat evenmin gelijktijdig met de aankondiging elektronisch ter beschikking werd gesteld.

De doelstelling van het aangehaalde artikel 65, lid 1, van het koninklijk besluit Plaatsing lijkt dan ook te zijn bereikt. In ieder geval blijkt niet dat de gunningprocedure te dezen een andere uitkomst had kunnen hebben indien de vereisten inzake inzake economische en financiële draagkracht *in extenso* zouden zijn opgenomen in de aankondiging en niet enkel door een verwijzing naar het bestek.

10. Gelet op voorgaande vaststelling heeft de verzoekende partij ook geen belang meer bij het middel voor zover zij aanvoert dat de verwerende partij haar niet kon niet-selecteren op grond van het selectiecriterium inzake technische en beroepsbekwaamheid dat niet in de aankondiging van de opdracht was

opgenomen -zelfs niet door middel van verwijzing naar het bestek- maar enkel in het bestek.

11. Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

12. In een tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 65, lid 1 tot 4, van het koninklijk besluit Plaatsing, doordat de verwerende partij in het bestek onder artikel 67 heeft opgenomen dat, onverminderd de bepalingen betreffende de erkenning van de opdrachtnemer van werken, de inschrijvers hun financiële en economische draagkracht aantonen met het volgende document "bewijs van een verzekering tegen beroepsrisico's", zonder enige verdere specificatie, terwijl de aangevoerde bepalingen voorzien dat de aanbesteder verplicht is om elk kwalitatief selectiecriterium van economische en financiële en/of technische aard te verbinden aan een gepast niveau enerzijds en, wanneer de aanbesteder criteria gebruikt die er zich niet toe lenen om een minimumniveau vast te stellen, dat criterium gepaard moet gaan met een tweede criterium van dezelfde aard waarbij wel een minimaal niveau wordt bepaald anderzijds. De bestreden beslissing is naar het standpunt van de verzoekende partij bijgevolg behept met een onwettigheid nu de verwerende partij de niet-selectie van de verzoekende partij heeft gebaseerd op een criterium strijdig met de aangevoerde bepalingen.

Beoordeling

13. Artikel 65, tweede tot vierde lid, van het koninklijk besluit Plaatsing luiden:

"De aanbestedende overheid is verplicht om elk kwalitatief selectiecriterium van economische, financiële en/of technische aard, te verbinden aan een gepast niveau, behalve wanneer één van de gebruikte criteria zich daar niet toe leent.

Indien de aanbestedende overheid een economisch, financieel of technisch criterium gebruikt dat zich niet leent tot de vaststelling van een niveau, moet dit criterium gepaard gaan met een tweede criterium van dezelfde aard dat zich wel daartoe leent.

Elk criterium moet geformuleerd worden op een voldoende duidelijke wijze teneinde de selectie van de kandidaten of van de inschrijvers toe te laten."

Uit deze bepalingen volgt dat de aanbestedende overheid de kwalitatieve selectiecriteria en het vereiste niveau ervan vaststelt. Het vereiste niveau van een criterium staat los van het criterium zelf.

14. Zoals hoger vastgesteld, is de verzoekende partij niet-geselecteerd omdat zij geen bewijs van een verzekering tegen beroepsrisico's heeft voorgelegd, niet omdat haar verzekering ontoereikend zou zijn ten opzichte van een aan de opdracht gepast niveau.

Bijgevolg lijkt de verzoekende partij vooralsnog geen belang te hebben bij het middel dat in strijd met de geldende bepalingen geen "minimaal niveau" zou zijn opgelegd van voormeld selectiecriterium. Deze onwettigheid kan haar in de gegeven omstandigheden immers geen enkel nadeel hebben toegebracht.

15. Het tweede middel is niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

16. In een derde middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen (hierna: motiveringswet) en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, meer in het bijzonder het

redelijkheids-, gelijkheids-, mededingings-, zorgvuldigheids- en transparantiebeginsel en het materiëlemotiveringsbeginsel.

In wat als een *eerste onderdeel* kan worden beschouwd, betoogt de verzoekende partij dat de verwerende partij met de bestreden beslissing de motiveringsplicht schendt die zij als administratieve overheid op basis van de motiveringswet en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur dient na te leven, en die impliceert dat de beslissingen op een deugdelijke en wettelijke manier worden geformuleerd, dit wil zeggen op juiste juridische en feitelijke gronden.

Vooreerst licht de verzoekende partij toe dat het bestek weliswaar onder artikel 67 "financieel en economische draagkracht" voorziet dat de inschrijvers een bewijs van verzekering tegen beroepsrisico's moeten voorbrengen en onder artikel 68 dat zij hun technische bekwaamheid moeten aantonen met een aantal referenties die in het artikel in kwestie zijn opgesomd, maar in het bestek nergens is omschreven dat dit selectiecriteria waren. Het enkele feit dat het bestek de aandacht erop vestigt dat het ontbreken van de in artikel 67 en 68 gevraagde documenten "kan" leiden tot een substantiële onregelmatigheid impliceert dit niet. Substantiële onregelmatigheden en selectiecriteria zijn immers essentieel twee verschillende zaken. De selectie van de kandidaat is een onderzoek naar de geschiktheid van de kandidaat zelf, het onderzoek naar de substantiële onregelmatigheid betreft de offerte zelf. Nu wordt vastgesteld dat de niet-selectie van de verzoekende partij wordt gemotiveerd op basis van het ontbreken van een document inzake de verzekering tegen beroepsrisico's en het ontbreken van de in het hierboven artikel 68 voorgeschreven referenties, is de beslissing tot niet -selectie van de verzoekende partij gemotiveerd op selectiecriteria die niet in overweging hadden kunnen of mogen genomen worden, wat een schending van de motiveringsplicht inhoudt.

Daarnaast betoogt de verzoekende partij dat bij de beoordeling van het -door haar zelf als dusdanig beschouwde- selectiecriterium "technische bekwaamheid" de verwerende partij inzake de door de verzoekende partij

voorgebrachte referenties stelt : “niet ok, geen referenties betreffende de uitvoering van de betonherstellingen en injecties langs de onderzijde van bruggen, geen referenties betreffende de uitvoering van werken met een fasering/ verkeerssituatie vergelijkbaar aan deze in het kader van deze opdracht”, zonder enige toelichting waarom er geen adequate referenties zouden zijn voorgebracht. De verzoekende partij had nochtans twee getuigschriften van goede uitvoering van werken bij haar referte gevoegd, die volgens haar wel degelijk adequaat waren als referentie.

In wat als een *tweede onderdeel* kan worden beschouwd, betoogt de verzoekende partij dat de verwerende partij eveneens het zorgvuldigheidsbeginsel heeft geschonden.

Vooreerst stelt de verzoekende partij dat de verwerende partij, wanneer zij vaststelde dat de verzoekende partij bij haar offerte geen verzekeringsattest verzekering tegen beroepsrisico had bijgevoegd, aan de verzoekende partij diende te vragen alsnog het attest (dat zij wel degelijk had), over te maken nu dit overduidelijk een loutere vergetelheid betrof die op eenvoudig verzoek dadelijk had kunnen worden rechtgezet, en nu het niet ging om een doorslaggevende factor in de beoordeling van de financiële en technische bekwaamheid. In het bestek wordt immers voorzien welke verzekeringen de inschrijver voor de opdracht moet afsluiten en dat de opdrachtnemer voor de aanvang van de werken via een attest het bewijs dient voor te brengen dat alle in het bestek voorziene verzekeringspolissen zijn afgesloten onder een sanctie voor elke dag vertraging.

Daarnaast stelt de verzoekende partij dat de verwerende partij op basis van de omschrijving op de voorgebrachte referenties niet kon oordelen dat de getuigschriften geen referenties zouden zijn betreffende de uitvoering van betonherstellingen en injecties langs de onderzijde van bruggen, en betreffende de uitvoering van werken met een fasering/verkeerssituatie vergelijkbaar aan deze in het kader van de aan de orde zijnde opdracht. Als opdrachtgeefster van de werken die de verzoekende partij als referentie had opgegeven, kon de verwerende partij

zelf perfect de inhoud ervan kennen wanneer zij het bestek zou hebben geraadpleegd, dan wel aan de verzoekende partij zou hebben gevraagd, wat haar perfect toegelaten was, nu die bijkomende informatie de offerte van de verzoekende partij in geen enkele mate zou veranderen, en wat ook zou gedaan zijn door een normaal zorgvuldig bestuur. Door geen nadere inlichtingen in te winnen betreffende de concrete inhoud van de door de verzoekende partij opgegeven referenties, heeft de verwerende partij dus ook het zorgvuldigheidsbeginsel miskend.

Beoordeling

Wat de aangevoerde schending van de motiveringsplicht betreft

17. Artikel 67, § 1, van het koninklijk besluit Plaatsing luidt:

> "Met betrekking tot de economische en financiële draagkracht, kan de aanbestedende overheid eisen stellen om ervoor te zorgen dat ondernemers over de nodige economische en financiële draagkracht beschikken om de opdracht uit te voeren.
>
> In het algemeen kan de financiële en economische draagkracht van de ondernemer worden aangetoond door één of meer van de volgende referenties:
>
> [...]
>
> 3° het bewijs van een verzekering tegen beroepsrisico's of, in voorkomend geval, een bankverklaring."

Door in het bestek uitdrukkelijk onder verwijzing naar dit artikel te stipuleren dat de inschrijvers hun economische en financiële draagkracht aantonen door het voorleggen van een bewijs van verzekering tegen beroepsrisico's, heeft de verwerende partij afdoende duidelijk aangegeven dat dit een selectiecriterium betrof. Bovendien werd daarbij uitdrukkelijk gestipuleerd dat de inschrijver op het UEA dient te verklaren of hij al dan niet voldoet aan de selectiecriteria, en dat de voor te leggen stukken tevens aan het UEA dienen te worden toegevoegd. Wanneer daaraan niet is voldaan, mocht de verwerende partij, zo lijkt, de betrokken inschrijver niet selecteren, op straffe van anders het bestek en de gelijke behandeling van de inschrijvers te schenden.

Het motief in het gunningverslag (dat deel uitmaakt van de bestreden beslissing) onder de hoofding “kwalitatieve selectie” dat “de inschrijver [...] volgens art. 71 Wet Overheidsopdracht en art. 67 KB Plaatsing zijn financiële en economische draagkracht [diende] aan te tonen door de voorlegging van - Het bewijs van een verzekering tegen beroepsrisico’s”, en de vaststelling dat de verzoekende partij “geen bewijs [heeft] toegevoegd”, wat de verzoekende partij op zich niet betwist, lijkt bijgevolg in huidige stand van het geding afdoende in het licht van de (formele) motiveringsplicht.

18. Voor zover de verzoekende partij in dit onderdeel aanvoert dat de beslissing tot niet-selectie ook was gemotiveerd op grond van het ontbreken van de in artikel 68 voorgeschreven referenties en aldus op een selectiecriterium dat niet in overweging had kunnen worden genomen, volstaat in huidige stand van het geding de vaststelling dat zij hierbij geen belang heeft aangezien zij reeds op grond van het ontbreken van het bewijs van verzekering tegen beroepsrisico’s terecht niet werd geselecteerd.

Wat de aangevoerde schending van het zorgvuldigheidsbeginsel en de overige beginselen betreft

19. In de mate de verzoekende partij in dit onderdeel aanvoert dat de verwerende partij het bewijs van verzekering tegen beroepsrisico’s diende op te vragen bij de verzoekende partij, maakt de verzoekende partij niet aannemelijk dat de verwerende partij hierdoor één van de in het middel aangevoerde rechtsregels of -beginselen heeft geschonden.

In het bijzonder kan uit het zorgvuldigheidsbeginsel geen algemene verplichting worden afgeleid in hoofde van een aanbestedende overheid om bij de inschrijvers ontbrekende documenten op te vragen met betrekking tot het onderzoek van de selectievereisten. De aanbestedende overheid beschikt op grond van artikel 66, § 3, eerste lid, van de wet 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten weliswaar over de mogelijkheid om de inschrijver te vragen om de inlichtingen en documenten met betrekking tot het toegangsrecht en de selectie aan te vullen of toe

te lichten mits dergelijke verzoeken worden gedaan met volledige inachtneming van de beginselen van gelijke behandeling en transparantie en, indien gebruik wordt gemaakt van de openbare of de niet-openbare procedure, zonder dat dit aanleiding mag geven tot een wijziging van de essentiële elementen van de offerte. Deze mogelijkheid is echter geen verplichting. Het is in de eerste plaats een opdracht voor de inschrijver om zijn offerte met de nodige zorgvuldigheid op te stellen.

Het gegeven dat in het bestek met betrekking tot de uitvoeringsregels van de opdracht tevens vereist wordt dat in het kader van de uitvoering van de werken, voorafgaand aan de aanvang van de werken, een attest wordt voorgelegd van alle verzekeringspolissen vereist voor de uitvoering van de werken, lijkt op het eerste gezicht geen afbreuk te doen aan voorgaande vaststelling dat het voorleggen van een bewijs van verzekering tegen beroepsrisico's als een selectievereiste wordt opgelegd. De selectievereisten dienen immers te worden onderscheiden van de uitvoeringsmodaliteiten van een overheidsopdracht. In de omschrijving van de betrokken selectievereiste wordt ook geenszins verwezen naar de betreffende besteksbepaling met betrekking tot de uitvoering van de opdracht.

20. In de mate de verzoekende partij in dit onderdeel aanvoert dat de verwerende partij nadere inlichtingen diende in te winnen betreffende de concrete inhoud van de bij haar offerte gevoegde referenties in het kader van het selectiecriterium technische en beroepsbekwaamheid, volstaat in huidige stand van het geding de vaststelling dat zij hierbij geen belang heeft aangezien zij reeds op grond van het ontbreken van het bewijs van verzekering tegen beroepsrisico's terecht niet werd geselecteerd.

VIII. Besluit

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

IX. Voorlopige maatregelen

22. Krachtens artikel 17, § 1, tweede lid, 2°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kunnen voorlopige maatregelen slechts worden bevolen indien minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of reglement *prima facie* kan verantwoorden.

Aangezien geen van de middelen ernstig is gebleken, dient de vraag tot het opleggen van voorlopige maatregelen te worden verworpen.

X. Kosten

23. De kosten van de vordering dienen ten laste van de verzoekende partij te worden gelegd.

Tevens is er te dezen grond om met toepassing van artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en artikel 67, § 1, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 'tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State', de verwerende partij de door haar gevraagde basisrechtsplegingsvergoeding van 700 euro toe te kennen, nu zij door de verwerping van de vordering tot schorsing als in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

BESLISSING

1. Het verzoek van de NV Renotec tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid en de vraag tot het opleggen van voorlopige maatregelen.

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.

4. 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 26 juli 2019, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Patricia De Somere,	staatsraad, waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Johan Pas,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Johan Pas	**Patricia De Somere**