

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 245.973 van 5 november 2019
in de zaak A. 214.900/XII-7823**

In zake: de BVBA KEEREMAN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Filip Geerts
kantoor houdend te 9300 Aalst
Bauwensplaats 1 bus 10
bij wie woonplaats wordt gekozen
en eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jean-Paul Roeland

tegen:

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

I. Voorwerp van het beroep

Het beroep, ingesteld op 20 maart 2015, strekt tot de
nietigverklaring van :

“- de beslissing van het Agentschap Wegen en Verkeer dd. 19.12.2014 inhoudende de niet-selectie van de offerte van de [bvba Keereman] voor de aanneming betreffende de uitvoering van kleine ingrepen voor busdoorstroming in Vlaams-Brabant (bestek 1M3D8F/14/39);
- de beslissing van het Agentschap Wegen en Verkeer dd. 19.12.2014 inhoudende de gunning, ingevolge open aanbesteding, van de aanneming betreffende de uitvoering van kleine ingrepen voor busdoorstroming in Vlaams-Brabant, aan de NV Soga;
- de (impliciete) beslissing van het Agentschap Wegen en Verkeer dd. 19.12.2014 inhoudende de niet-gunning van voormelde opdracht aan de [bvba Keereman].”

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 230.419 van 5 maart 2015 is de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing verworpen.

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

Auditeur Thomas Maes 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 24 september 2019.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft de stand van de zaak uiteengezet.

Advocaat Filip Geerts, die verschijnt voor de verzoekende partij en advocaat Stijn Maeyaert, die verschijnt 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, via het Agentschap Wegen en Verkeer, afdeling Vlaams-Brabant, een overheidsopdracht uit voor de aanneming van werken met als voorwerp “Kleine ingrepen voor busdoorstroming in Vlaams-Brabant”. De gunningswijze is de open aanbesteding.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 10 oktober 2014.

3.3. Het bestek bepaalt onder artikel 69 “Technische bekwaamheid”:

“Onverminderd de bepalingen betreffende de erkenning van aannemers van werken, tonen de inschrijvers hun technische bekwaamheid aan met de volgende referentie(s):

1) [...]

2) een overzicht van de al dan niet tot de onderneming behorende technici of technische organen, in het bijzonder van die welke belast zijn met de kwaliteitscontrole, die voor de aannemer ter beschikking zullen staan om de werken uit te voeren;

[...]”.

3.4. De opening van de offertes vindt plaats op 25 november 2014. Er blijken zeven offertes te zijn ingediend waaronder deze van de verzoekende partij en de offerte van de nv Soga.

3.5. Bij brief van 2 december 2014 vraagt de verwerende partij aan de verzoekende partij, net zoals aan vier andere inschrijvers, de ontbrekende en door het bestek voorgeschreven verklaringen van de betonproducent en de asfaltproducent op. Aan de verzoekende partij wordt bijkomend de volgende vraag gesteld:

“U verklaart ook dat u steeds beschikt over een Coprokeuring of Benorkeuring voor uw verwerkte producten. Het controleorganisme hiervoor is het Opzoekingscentrum Wegenbouw (OCW). Gelieve te verduidelijken hoe de controle van de kwaliteit der werken door het OCW geregeld is.”

3.6. Met een ter post aangetekende brief van 4 december 2014 antwoordt de verzoekende partij als volgt:

“Hierbij de gevraagde documenten van uw brief van 2 december 2014. In verband met de controle van de kwaliteit der werken gebeurt de controle door Copro of door Benor zelf. Als de materialen Copro- of Benorgekeurd zijn, zijn ze sowieso gecontroleerd. De kwalificaties van de leidinggevendenden, Joannes Keereman en De Man Didier, zijn hier bijgevoegd.”

Bijgevoegd worden Copro-certificaten inzake asfaltmengsels, bitumineuze mengsels en asfaltgranulaten voor hergebruik in bitumineuze mengsels.

3.7. In het gunningsverslag van 16 december 2014 wordt geoordeeld dat de bvba Puttevils, de nv DSV, de verzoekende partij en de nv Wawebo niet voldoen aan de kwalitatieve selectiecriteria.

Vervolgens worden de offertes van de drie overgebleven geselecteerde inschrijvers behalve deze van de nv Krinkels regelmatig bevonden, wordt vastgesteld dat de nv Soga de laagste regelmatige inschrijver is en wordt voorgesteld de opdracht aan deze inschrijver te gunnen.

3.8. Op 19 december 2014 beslist de administrateur-generaal van het Agentschap Wegen en Verkeer, “gelet op de motieven uit het onderzoek en de beoordeling zoals [in het gunningsverslag] omstandig beschreven”, de opdracht te gunnen aan de nv Soga en dit voor een bedrag van 289.256,20 euro, btw niet inbegrepen, of 350.000 euro, btw inbegrepen.

3.9. Met een ter post aangetekende brief van 19 januari 2015 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat zij niet werd geselecteerd. Voor de motieven van de niet-selectie wordt verwezen naar het bijgevoegde gunningsverslag.

3.10. Met een ter post aangetekende brief van 19 januari 2015 deelt de verwerende partij aan de nv Soga mee dat haar offerte werd goedgekeurd voor een bedrag van 350.000 euro, btw inbegrepen.

IV. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

4. De verzoekende partij voert in een eerste middel de schending aan van artikel 24 van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2006) en van artikel 69 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2011).

De verzoekende partij betoogt dat de vraag van de verwerende partij om te verduidelijken hoe de controle van de kwaliteit van de werken door het Opzoekingscentrum Wegenbouw (hierna: OCW) geregeld is verder gaat dan wat is bepaald in artikel 69 van het koninklijk besluit plaatsing 2011. Noch dat artikel 69, noch het bestek schrijft voor dat de inschrijver zou moeten uiteenzetten hoe het controleorgaan waarop hij eventueel een beroep zal doen, precies tewerk zal gaan. Dit is logisch, zeker wanneer het om een extern controleorgaan gaat: het is niet aan de inschrijver om te weten, laat staan te bepalen, hoe het controleorgaan precies tewerk zal gaan. Artikel 69 van het koninklijk besluit plaatsing 2011 en het bestek vereisen enkel de opgave van ‘een overzicht’ van de technici of technische organen die eventueel zullen worden belast met de kwaliteitscontrole. Door aan de verzoekende partij te vragen hoe het controleorgaan de kwaliteit van de werken zou controleren en door het antwoord bovendien beslissend te maken voor de selectie, heeft de verwerende partij een voorwaarde toegevoegd aan de wettelijke bepalingen alsook aan haar besteksbepalingen.

Daarnaast is volgens de verzoekende partij de overweging van de verwerende partij dat “de inschrijver niet aangeeft hoe het OCW de kwaliteit van de werken zal controleren”, naast onwettig, ook zeer bevreemdend. De wijze waarop een controleorgaan tewerk zal gaan houdt immers geen enkel verband met de technische bekwaamheid van de inschrijver. Het valt niet in te zien hoe dit determinerend kan zijn bij het nemen van de selectiebeslissing. De zienswijze van de verwerende partij komt er op neer dat de beoordeling van de technische bekwaamheid van de verzoekende partij afhankelijk is van de manier waarop het externe controleorgaan de werken zal controleren. Het valt ook niet in te zien hoe een eventuele controle op de uitgevoerde werken (hetgeen *a posteriori* gebeurt), *a fortiori* de wijze waarop deze controle precies gebeurt, een relevante rol kan spelen – laat staan determinerend kan zijn – bij de voorafgaande beoordeling van de technische bekwaamheid van de inschrijver.

5. In haar memorie van wederantwoord benadrukt de verzoekende partij dat de bijkomende vraag die de verwerende partij heeft gesteld geen wettelijke basis heeft en geen steun vindt in het bestek. Artikel 69 van het koninklijk besluit plaatsing 2011 noch het bestek vereisen dat de inschrijver aangaande de personen die instaan voor de kwaliteitscontrole iets moet ‘verantwoorden’.

De verzoekende partij doet gelden dat zij de door artikel 69 van het koninklijk besluit plaatsing 2011 en het bestek vereiste informatie heeft gegeven, namelijk een opsomming van de personen of instanties die zullen instaan voor de kwaliteitscontrole. Bij het opgeven van die namen hoeft er geen ‘duiding’ te worden gegeven. De verzoekende partij vraagt om inzage in de offertes van de andere inschrijvers om na te gaan wat de andere inschrijvers in hun offertes hebben vermeld omtrent de controleorganen.

Daarnaast wijst de verzoekende partij erop dat de verwerende partij zich in haar memorie van antwoord van nieuwe motieven bedient die niet terug te vinden zijn in haar administratief dossier en die bovendien niet pertinent

en niet draagkrachtig zijn, waar de verwerende partij in haar memorie van antwoord verwijst naar twijfels over de wijze waarop het OCW zou handelen bij de controle van de werken. Bovendien betreft het een overbodige discussie, want de verwerende partij wist maar al te goed wat het OCW is en dat het OCW effectief controles uitvoert op de werf inzake de kwaliteit van uitgevoerde werken. De verzoekende partij heeft bij alle werken die zij al heeft uitgevoerd voor de verwerende partij nog geen enkele keer het OCW moeten inschakelen. Het is enkel wanneer er een dispuut ontstaat tussen de aanbestedende overheid en de aannemer dat een controleorganisme zoals het OCW wordt ingeschakeld.

Voorts doet de verzoekende partij gelden dat de verwerende partij ten onrechte twijfel zaait over de offerte van de verzoekende partij. Haar verwijzing naar de Copro - of Benorkeuring was inzake de kwaliteit van uitvoering geenszins zonder belang. De deugdelijke uitvoering van wegenwerken hangt mede af van de producten en het materiaal dat wordt gebruikt. De verzoekende partij heeft willen benadrukken dat dienaangaande de nodige garanties bestaan vermits de gebruikte producten een Copro- of Benorkeuring zouden hebben.

Ten slotte benadrukt de verzoekende partij dat de wijze waarop de controle van de werken zal gebeuren volgens haar niet relevant is ter bepaling van de technische bekwaamheid van een inschrijver. De controle dient om na te gaan of de uitvoering degelijk is gebeurd, maar verandert niets aan de technische bekwaamheid of onbekwaamheid van de inschrijvers. Het controleorgaan kan op geen enkele manier dienstig zijn om de technische bekwaamheid van een inschrijver te beoordelen op het moment dat de opdracht nog moet worden gegund. Een controle kan enkel dienstig zijn om een aannemer die bepaalde werken niet naar behoren heeft uitgevoerd, niet in aanmerking te nemen bij de gunning van een latere soortgelijke opdracht. De verwerende partij ziet over het hoofd dat niet elk van de mogelijkheden in artikel 69 van het koninklijk besluit plaatsing 2011 altijd even geschikt is, laat staan noodzakelijk zou zijn, voor het beoordelen van de technische bekwaamheid van de inschrijver.

6. In de laatste memorie benadrukt de verzoekende partij nogmaals dat de vraag die de verwerende partij aan haar heeft gesteld, namelijk hoe het controleorgaan de kwaliteit van de werken zou controleren, waarbij het antwoord op die vraag bovendien beslissend werd gemaakt voor de selectie van de verzoekster, een voorwaarde toevoegt aan de wettelijke bepalingen alsook aan de bestekbepalingen. Die vraag betreft dus niet een loutere toelichting, maar gaat veel verder:

“Vermits enkel een ‘overzicht’ was gevraagd, kan een vraag om ‘aanvulling’ of ‘toelichting’ enkel betrekking hebben op dit overzicht en niet op elementen die helemaal niet waren gevraagd in het bestek. Indien het voor de verwerende partij essentieel (en zelfs doorslaggevend) was te weten hoe het controleorgaan concreet de kwaliteitscontrole zou uitvoeren (daar gelaten het feit dat zulks wettelijk niet kan worden gevraagd en daar gelaten het feit dat het hoe dan ook een raadsel blijft hoe op basis daarvan tot de technische bekwaamheid of onbekwaamheid zou kunnen worden besloten), dan had de verwerende partij dit reeds in haar bestek moeten vermelden.”

Voorts betwist de verzoekende partij dat de betrokken vraag eigenlijk de vraag zou behelzen “hoe het OCW [zijn] diensten *in concreto* ter beschikking zal stellen van de verzoekende partij bij de uitvoering van de voorliggende opdracht”. Zoals de verwerende partij duidelijk in de memorie van antwoord bevestigt, betrof de vraag om toelichting hoe de controle concreet gebeurt, wat, zo herhaalt de verzoekende partij, een absurde vraag is “zeker in het kader van de technische bekwaamheid van de inschrijver”. De verzoekende partij herhaalt dat de verwerende partij zeer goed weet wat het OCW is, met welke activiteiten zij zich inlaat – zowel “primaire” als “secundaire” – en hoe zij tewerk gaat.

Voorts blijft de verzoekende partij erbij dat het niet meer dan evident is dat zij kan verifiëren welke bewijzen de andere inschrijvers bij hun offerte hebben gevoegd en dat zij inzonderheid kan nagaan wat het overzicht van technici of technische organen belast met de kwaliteitscontrole inhoudt en welke informatie die andere inschrijvers dan wel hebben verschaft – al dan niet na er specifiek om te zijn verzocht – inzake de wijze waarop de controle van de

kwaliteit der werken in hun geval geregeld is. Dat gedeelte van de offertes waarvan inzage wordt gevraagd, bevat geenszins commerciële geheimen of vertrouwelijke informatie die de vrijgave ervan kunnen beletten.

Ten slotte benadrukt de verzoekende partij nog dat het gaat om een controle van de uitgevoerde werken en niet over periodieke kwaliteitscontroles en herhaalt zij haar vraag wat dan wel het verband is tussen, enerzijds, de wijze waarop het controleorgaan waarop een inschrijver zo nodig een beroep zal doen, de kwaliteitscontrole zal uitvoeren, en, anderzijds, de beoordeling of die inschrijver technisch bekwaam is om de werken in kwestie uit te voeren.

Beoordeling

7. Overeenkomstig artikel 24, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2006 dient de aanbestedende overheid, wanneer zij beslist de opdracht te plaatsen bij aanbesteding, de opdracht te gunnen aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte heeft ingediend.

Artikel 69 van het koninklijk besluit plaatsing 2011 luidt als volgt:

“In geval van een opdracht voor werken kan de technische bekwaamheid of de beroepsbekwaamheid van de kandidaat of de inschrijver op één of meer van de volgende manieren worden bewezen, afhankelijk van de aard, de hoeveelheid of belangrijkheid en het doel van de werken :

1° door het bewijs dat de kandidaat of de inschrijver voldoet aan bepaalde kwaliteitsnormen overeenkomstig artikel 77;

2° aan de hand van een opgave van de al dan niet tot de onderneming behorende technici of technische organen, in het bijzonder van die welke belast zijn met de kwaliteitscontrole, die de aannemer ter beschikking zullen staan om de werken uit te voeren;

3° aan de hand van de studie- of beroepskwalificaties van de aannemer of het kaderpersoneel van de onderneming en in het bijzonder van degenen die met de leiding van de werken worden belast;

4° enkel in passende gevallen, door de vermelding van de maatregelen inzake milieubeheer die de aannemer kan toepassen in het kader van de uitvoering van de opdracht;

5° aan de hand van een verklaring betreffende de gemiddelde jaarlijkse personeelsbezetting van de aannemer en de omvang van het kaderpersoneel gedurende de laatste drie jaar;

6° aan de hand van een verklaring welke de werktuigen, het materieel en de technische uitrusting vermeldt waarover de aannemer voor het verlenen van de opdracht beschikt;

7° aan de hand van een lijst van de werken die de afgelopen vijf jaar werden verricht, welke lijst vergezeld gaat van attesten die bewijzen dat de belangrijkste werken naar behoren zijn uitgevoerd. Deze attesten worden afgeleverd en ondertekend door de bevoegde overheid. Wanneer de opdrachtgever een privépersoon is, worden ze door hem afgeleverd en ondertekend, zo niet wordt een eenvoudige verklaring van de aannemer aanvaard. Deze attesten vermelden het bedrag van de werken, de plaats en het tijdstip waarop ze werden uitgevoerd. Voorts wordt aangegeven of de werken volgens de regels van de kunst zijn uitgevoerd en regelmatig tot een goed einde zijn gebracht. In voorkomend geval worden de attesten door de bevoegde instantie rechtstreeks aan de aanbestedende overheid toegezonden.”

Het toepasselijke bestek bepaalt onder het hiervoor aangehaalde artikel 69 “Technische bekwaamheid”, dat de inschrijvers hun technische bekwaamheid dienen aan te tonen aan de hand van vijf selectiecriteria, waaronder “een overzicht van de al dan niet tot de onderneming behorende technici of technische organen, in het bijzonder van die welke belast zijn met de kwaliteitscontrole, die voor de aannemer ter beschikking zullen staan om de werken uit te voeren”.

8. Bij de offerte van de verzoekende partij blijkt inzake het selectie criterium kwaliteitscontrole een korte verklaring gevoegd die als volgt luidt:

“Betreft kwaliteitscontrole verklaren wij dat onze verwerkte produkten steeds over een Coprokeuring of Benorkeuring beschikken.
Controleorganisme is het OCW (Opzoekingscentrum Wegenbouw).”

De niet-selectie van de verzoekende partij wordt in het gunningsverslag als volgt gemotiveerd:

“De documenten van Keereman bvba betreffende de kwaliteitscontrole van de werken werden ingediend, vermits deze onduidelijk waren, werd

door de aanbestedende overheid bijkomende informatie gevraagd, i.v.m. de kwaliteitscontrole der werken door OCW. Ondanks de bijkomende vraag tot verduidelijking geeft de inschrijver niet aan hoe het OCW de kwaliteit van de werken zal controleren.”

9. De verzoekende partij voert in het eerste middel twee kritieken aan op haar niet-selectie.

10. Een eerste kritiek betreft de rechtmatigheid van de bijkomende vraag hoe de controle van de kwaliteit van de werken door het OCW geregeld is, wat volgens de verzoekende partij verder gaat dan wat het bestek en de wet vragen.

De aanbestedende overheid beschikt bij het uitvoeren van het selectieonderzoek over beoordelingsruimte. Het is de aanbestedende overheid die de inschrijvers dient te selecteren of te weren. De Raad van State is niet bevoegd om die beoordeling door de aanbestedende overheid over te doen of zijn eigen visie daarop in de plaats te stellen van deze van de overheid. De Raad van State mag enkel een onrechtmatige beoordeling sanctioneren.

Overeenkomstig artikel 59, 1°, van het koninklijk besluit plaatsing 2011 kan de aanbestedende overheid van de kandidaten of inschrijvers verlangen dat zij de in het kader van het toegangsrecht en de kwalitatieve selectie verstrekte inlichtingen en documenten nog aanvullen of nader toelichten.

Aldus mocht de aanbestedende overheid nadere toelichting vragen bij de in de offerte initieel verstrekte gegevens inzake het selectiecriterium kwaliteitscontrole. De verzoekende partij gaf bij haar offerte bij het selectiecriterium kwaliteitscontrole enkel aan dat haar verwerkte producten steeds over een Coprokeuring of Benorkeuring beschikken en dat het Controleorganisme het OCW is. Het is dus de verzoekende partij zelf die de verwerende partij op het spoor zette van het OCW, een controleorgaan waarvan de verzoekende partij zelf nog in de laatste memorie bevestigt dat een inschrijver daarop zo nodig een

beroep kan doen voor de controle van de uitgevoerde werken. Het selectie criterium peilt echter naar de technici of technische organen “die voor de aannemer ter beschikking zullen staan om de werken uit te voeren” en dus instaan voor de kwaliteitscontrole tijdens de werken. Dat zijn dus eerder eventueel de leidinggevendenden, waarnaar de verzoekende partij in haar voormelde antwoord van 4 december 2014 verwijst.

Indien een aanbestedende overheid, zoals te dezen het geval blijkt, twijfels heeft bij die initieel meegedeelde gegevens, staat het haar vrij om gebruik te maken van de mogelijkheid die artikel 59, 1°, van het koninklijk besluit plaatsing 2011 haar biedt. Door zulks te doen voegt zij, anders dan de verzoekende partij het ziet, geen voorwaarde toe aan artikel 69 van het koninklijk besluit plaatsing 2011, noch aan de in het bestek opgenomen selectiecriteria.

Het blijkt overigens niet dat de verwerende partij te dezen heeft verzocht om een gedetailleerde uiteenzetting *in abstracto* over hoe het door de verzoekende partij voorgestelde kwaliteitscontroleorgaan, het OCW, in het algemeen functioneert, zoals de verzoekende partij laat uitschijnen. Daarentegen blijkt de verwerende partij aan de verzoekende partij te hebben gevraagd “te verduidelijken hoe de controle van de kwaliteit der werken door het OCW geregeld is”. Die vraag dient te worden gelezen in het licht van de bewoordingen van het betrokken selectie criterium in het bestek. Er wordt aldus aan de verzoekende partij gevraagd uiteen te zetten hoe het OCW zijn diensten *in concreto* ter beschikking zal stellen van de verzoekende partij bij de uitvoering van de voorliggende opdracht. Het blijkt niet dat een normaal zorgvuldig inschrijver die vraag anders had kunnen interpreteren. Met de verwerende partij kan bovendien worden vastgesteld dat het OCW primair een onderzoeks- en ontwikkelingsinstelling blijkt te zijn en zich in beginsel niet bezig houdt met kwaliteitscontroles *tijdens* de uitvoering van individuele overheidsopdrachten. Zoals de verzoekende partij zelf bevestigt in de laatste memorie kan op het OCW eventueel een beroep worden gedaan voor een controle van de uitgevoerde werken maar niet voor periodieke kwaliteitscontroles, terwijl het selectie criterium

peilt naar wie tijdens de uitvoering van de werken belast is met de kwaliteitscontrole. Voorts mag van een inschrijver op een overheidsopdracht worden verwacht dat hij minstens een inzicht heeft in de wijze waarop de door hem in zijn offerte voorgestelde kwaliteitscontrole tijdens de uitvoering van de werken zal verlopen, ook wanneer deze door een derde zal gebeuren en dat de inschrijver in staat is om daarover enige toelichting te verschaffen aan de aanbestedende overheid.

In antwoord op de vraagstelling van de aanbestedende overheid blijkt de verzoekende partij echter zeer kort en ontwijkend te hebben geantwoord. Daarbij heeft zij het OCW zelfs niet meer ter sprake gebracht, hoewel zij juist uitdrukkelijk door de aanbestedende overheid bevraagd was geworden over de rol van die organisatie bij de kwaliteitscontrole. Die handelwijze is niet van aard de twijfels die de verwerende partij had over de rol van het OCW weg te nemen. Het blijkt aldus niet dat de verwerende partij ten onrechte zou hebben besloten dat dit ontwijkend antwoord haar twijfels juist bevestigde. Met de enkele verwijzing naar de gecertificeerde producten – die het materiaal betreft en niet degenen die belast zijn met de kwaliteitscontrole tijdens de uitvoering – en de verwijzing naar de leidinggevendenden, die echter niet waren vernoemd bij de offerte bij dat selectie criterium, schept de verzoekende partij inderdaad geen duidelijkheid.

In het licht van het voorgaande blijkt niet dat de verwerende partij bij het nemen van de bestreden beslissing het ingeroepen artikel 69 van het koninklijk besluit plaatsing 2011 heeft miskend door te besluiten dat de verzoekende partij in gebreke is gebleven om te verduidelijken hoe het OCW zal instaan voor de kwaliteitscontrole en er dus niet is voldaan aan het betrokken selectie criterium.

Gelet op die vaststelling dient de vraag van de verzoekende partij om inzage in de als vertrouwelijke stukken neergelegde offertes van de andere inschrijvers, teneinde na te gaan wat zij hebben vermeld omtrent de controleorganen, niet te worden ingewilligd. Het verlenen van deze inzage kan

immers niet leiden tot de vaststelling dat de eerste kritiek wél dient te worden aanvaard en de bestreden beslissing tot niet-selectie dient te worden vernietigd, nu het de eigen gebrekkige handelwijze van de verzoekende partij is inzake het verschaffen van duidelijkheid over de rol van het OCW in de organisatie van de verzoekende partij *tijdens* de uitvoering van de werken die tot haar niet-selectie heeft geleid.

Waar de verzoekende partij in haar memorie van wederantwoord doet gelden dat de verwerende partij zich in haar memorie van antwoord van nieuwe motieven bedient, wordt vastgesteld dat het voeren van een verweer in het kader van de procedure voor de Raad van State en het daarin verstrekken van enige toelichting over het verloop van de gunningsprocedure en over het nemen van de bestreden beslissing, niet *ipso facto* dient te worden gelijkgesteld met het hanteren van nieuwe motieven voor de bestreden beslissing.

In zoverre de verzoekende partij in haar memorie van wederantwoord nog diverse bezwaren aanbrengt die zij ook onder haar tweede middel doet gelden wordt er verwezen naar het hierna volgend onderzoek van dat middel. Voor het overige gaat het om een niet-ontvankelijke want niet-tijdige uitbreiding van de eerste kritiek die reeds in het verzoekschrift in het debat had kunnen worden gebracht.

De eerste kritiek wordt verworpen.

11. In een tweede kritiek wordt de vraag gesteld naar het verband van de gevraagde bijkomende toelichting met de technische bekwaamheid van de inschrijver.

Hierbij moet worden opgemerkt dat het in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid toekomt om de selectiecriteria te bepalen, binnen de perken die haar worden toegestaan door het overheidsopdrachtenrecht, te dezen

onder meer vastgelegd in artikel 58, § 1, eerste lid, 2°, van het koninklijk besluit plaatsing 2011, luidend:

“De aanbestedende overheid gaat over tot de selectie van de kandidaten of inschrijvers in de mate dat de noodzakelijke inlichtingen en documenten aantonen dat ze cumulatief voldoen aan:

[1°...];

2° de kwalitatieve selectiecriteria van financiële, economische of technische aard of inzake beroepsbekwaamheid die de aanbestedende overheid heeft vastgesteld op grond van de artikelen 67 tot 79.

Zij preciseert deze criteria en het vereiste niveau ervan op zodanige wijze dat ze verband houden met en in verhouding staat tot het voorwerp van de opdracht [...]”.

Het komt niet aan de Raad van State toe om zijn eigen visie op de keuze van relevante selectiecriteria in de plaats te stellen van deze van de overheid. Evenmin komt het aan een inschrijver toe om louter de opportuniteit van de keuze voor bepaalde selectiecriteria te betwisten. Wel mag hij, gelet op het voornoemde artikel 58, § 1, eerste lid, 2°, doen gelden dat het betrokken selectiecriterium geen verband houdt of niet in verhouding staat met het voorwerp van de opdracht.

Artikel 69, 2°, van het koninklijk besluit plaatsing 2011 staat de verwerende partij toe om van de inschrijvers te eisen dat zij in het kader van de kwalitatieve selectie hun technische bekwaamheid of beroepsbekwaamheid aantonen aan de hand van een “opgave van de al dan niet tot de onderneming behorende technici of technische organen, in het bijzonder van die welke belast zijn met de kwaliteitscontrole, die de aannemer ter beschikking zullen staan om de werken uit te voeren”.

Dit selectiecriterium betreft dus niet een loutere controle op de werken achteraf, zoals de verzoekende partij doet gelden en herhaalt in de laatste memorie, maar peilt naar de mate waarin de inschrijver kwaliteitscontrole heeft geïntegreerd in zijn werking als onderneming bij de uitvoering van opdrachten.

In zoverre de verzoekende partij de relevantie van dit selectie criterium *an sich* blijkt te betwisten, wordt opgemerkt dat het wel degelijk een relevant element vormt in het kader van een *ex ante* evaluatie van de technische bekwaamheid of de beroepsbekwaamheid van de kandidaat of de inschrijver. Dat een inschrijver de kwaliteitscontrole reeds in de fase van de uitvoering van de werken betreft – en aldus in de mogelijkheid zal zijn om bij het manifesteren van kwaliteitsproblemen onmiddellijk bij te sturen in plaats van louter achteraf te herstellen – vormt wel degelijk een element dat verband houdt met zijn technische bekwaamheid. Het feit dat de verzoekende partij die inschatting van de regelgever niet blijkt te delen, doet geen afbreuk aan het rechtmatig karakter daarvan.

Waar de verzoekende partij de keuze betwist van de aanbestedende overheid om dit selectie criterium te dezen te hanteren, dient te worden vastgesteld dat het beschikken over interne technici of externe technische organen, die de inschrijver zullen bijstaan inzake kwaliteitscontrole bij de uitvoering van de werken, zelfs reeds op het eerste gezicht wel degelijk verband houdt en in verhouding staat met het voorwerp van de opdracht.

De tweede kritiek dient te worden verworpen.

12. Geen van beide kritieken wordt aanvaard. Bijgevolg is het eerste middel niet gegrond.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

13. De verzoekende partij voert in het tweede middel de schending aan van artikel 24 van de wet overheidsopdrachten 2006, “in combinatie met een schending van de beginselen van behoorlijk bestuur,

inzonderheid het redelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het proportionaliteitsbeginsel”.

13.1. De verzoekende partij doet gelden dat de vraag van de verwerende partij hoe het OCW de kwaliteit van de werken zal controleren en de beslissing die er het gevolg van is geweest, klemmen met de vaststelling dat het Agentschap Wegen en Verkeer als veelvuldig aanbestedder van opdrachten voor werken aan wegeninfrastructuur, zeer goed weet wat het OCW is, met welke activiteiten het OCW zich inlaat en hoe het OCW tewerk gaat. Volgens de verzoekende partij werd haar aldus een vraag gesteld waarop zij niet behoefde te antwoorden, het ging immers om informatie die reeds bekend was aan de verwerende partij.

13.2. De beslissing om de verzoekende partij niet te selecteren staat bovendien op gespannen voet met drie beslissingen die de verwerende partij in het kader van andere aanbestedingsprocedures in dezelfde periode heeft genomen ten aanzien van offertes die de verzoekende partij had ingediend waarin eveneens werd vermeld dat het OCW haar controleorganisme is, in welke beslissingen de verzoekende partij wél werd geselecteerd. Dat de verwerende partij nu tot een volledig ander besluit komt is volgens de verzoekende partij een onbegrijpelijk, onverantwoord, onredelijk en eerder willekeurig gedrag.

De beslissing om de verzoekende partij niet te selecteren op grond van een vermeende ontoereikende technische bekwaamheid klemt ook met het feit dat aan de verzoekende partij reeds tal van gelijkaardige opdrachten werden gegund door de verwerende partij en zij deze heeft uitgevoerd. Ook in het kader van al die gunningsprocedures heeft de verwerende partij dus geoordeeld dat de verzoekende partij technisch bekwaam was om de werken naar behoren uit te voeren. Bovendien heeft de verwerende partij op grond van de uitvoering van die opdrachten reeds in de praktijk kunnen ondervinden dat de verzoekende partij een voldoende technische bekwaamheid heeft om dergelijke werken naar behoren uit te voeren.

13.3. Voorts dient in overweging te worden genomen dat de vraag om een overzicht van de technici of technische organen die belast zijn met de kwaliteitscontrole slechts één van de elementen vormde ter evaluatie van de technische bekwaamheid van de inschrijvers. De verzoekende partij heeft aan alle overige elementen voldaan. De verwerende partij heeft haar beoordelingsruimte op een kennelijk onredelijke, onzorgvuldige en niet-proportionele wijze uitgeoefend door de verzoekende partij niet te selecteren terwijl er in het geheel genomen meer dan voldoende elementen aantoonde dat de verzoekende partij wel degelijk over de nodige technische bekwaamheid beschikt.

13.4. Daarnaast wijst de verzoekende partij erop dat de opdracht geen werken met een hoge moeilijkheidsgraad noch werken van uitzonderlijke aard betrof maar wel standaardwerken in de sector. De deugdelijke uitvoering van dergelijke werken is afhankelijk van de producten en het materiaal die gebruikt worden. Wanneer een aannemer technisch bekwaam is om een asfaltlaag aan te brengen volgens de regels van goed vakmanschap zal het uiteindelijke resultaat toch mede worden bepaald door de kwaliteit van het gebruikte asfalt. De verzoekende partij heeft in haar offerte benadrukt dat alle door haar voor de uitvoering van de opdracht gebruikte producten over een Benor- of Coprokeurmerk beschikken. Dit betekent dat er afdoende garanties werden gegeven dat de gebruikte producten van een degelijke, betrouwbare kwaliteit zijn. Volgens de verzoekende partij getuigt het, gezien de aard van de opdracht en het feit dat alvast omtrent de kwaliteit van de te gebruiken producten geen twijfel kon bestaan, van een verregaande absurditeit om te beslissen dat zij, die sinds 1976 actief is en tal van opdrachten heeft uitgevoerd voor de verwerende partij, technisch niet bekwaam zou zijn om de werken in kwestie uit te voeren.

14. In haar memorie van wederantwoord benadrukt de verzoekende partij dat er niet kan worden ingezien hoe zij plots door de verwerende partij niet langer als technisch bekwaam zou kunnen worden beschouwd om eerder beperkte en eenvoudige wegenwerken uit te voeren, terwijl de verwerende partij haar niet alleen in het verleden al meermaals heeft aangesteld als aannemer voor

wegenwerken maar bovendien zelfs kort ervoor, in het kader van drie andere aanbestedingsprocedures nog als technisch bekwaam had beoordeeld en haar offerte in aanmerking had genomen. In die aanbestedingsprocedures was de informatie over het controleorgaan identiek dezelfde. Dit heeft niet geleid tot een bijkomende vraagstelling vanwege de verwerende partij, noch tot de niet-selectie van de verzoekende partij.

Het argument dat de verzoekende partij in die andere aanbestedingsprocedures een lagere plaats in de eindrangschikking had is een nieuwe argumentatie die niet werd gemaakt bij het nemen van de bestreden beslissing. De stelling is ook helemaal niet correct en kan dus geen uitleg vormen voor de inconsequente houding van de verwerende partij. De verzoekende partij wijst erop dat het selectieonderzoek voor de rangschikking dient te gebeuren en niet nadien. Dit strookt evenmin met de nazichtverslagen voor die aanbestedingsprocedures waaruit eveneens blijkt eerst de selectie wordt uitgevoerd.

Waar de verwerende partij stelt dat zij verplicht was om de verzoekende partij te weren, verliest zij uit het oog dat in artikel 69 van het koninklijk besluit plaatsing 2011 drie belangrijke elementen zijn terug te vinden:

- “1) de bekwaamheid kan (maar moet niet noodzakelijk) op één of meer van de opgesomde manieren bewezen worden;
- 2) de bekwaamheid hoeft niet zo nodig steeds op basis van alle vermelde wijzen bewezen te worden; zelfs één manier kan volstaan;
- 3) de manier waarop de bekwaamheid kan bewezen worden is afhankelijk van de aard, de hoeveelheid of belangrijkheid en het doel van de werken; dit betekent dat in het bestek niet blindelings alle mogelijke manieren moeten worden overgenomen, maar dat de aanbestedende overheid moet nagaan welke manieren dienstig (kunnen) zijn, gelet op o.m. de aard van de opdracht”.

De verwerende partij verklaart nog altijd niet waarom dit ene element inzake het controleorgaan zou toestaan te besluiten dat de verzoekende partij niet aantoonde dat zij technisch bekwaam was om de werken in kwestie naar behoren uit te voeren, terwijl er verschillende andere elementen waren die

dit wel degelijk aantoonen, en de verwerende partij verklaart nog altijd niet hoe dit het weren van de verzoekende partij zou kunnen verantwoorden. De verzoekende partij benadrukt de willekeurige en onbegrijpelijke houding van de verwerende partij.

Ten slotte wijst de verzoekende partij er nog op dat er voor haar geen reden was om uitleg te vragen aan de verwerende partij. Zij heeft het gevraagde overzicht gegeven en er werd in het bestek niet gevraagd om de werkwijze van dit controleorgaan uiteen te zetten.

15. In de laatste memorie merkt de verzoekende partij nog op dat de verwerende partij niet heeft gevraagd naar “de concrete relatie en samenwerking tussen de verzoekende partij en het OCW bij de uitvoering van de opdracht” maar wél “te verduidelijken hoe de controle van de kwaliteit der werken door het OCW geregeld is”.

Voorts herhaalt de verzoekende partij dat de verwerende partij niet aantoont dat zij in het kader van de eerdere gunningsprocedures de technische bekwaamheid van de verzoekende partij niet of niet terdege zou hebben onderzocht, wat dan zegge het verschil zou vormen met de huidige gunningsprocedure, en meent zij dat er geen enkele reden is om die bewering aan te nemen. Minstens, zo vervolgt zij, mag van een aanbestedende overheid worden verwacht dat zij in de gegeven omstandigheden motiveert wat haar tot deze drastische wijziging inzake beoordeling van één en dezelfde inschrijver heeft bewogen.

Ook benadrukt zij nog dat hoe dan ook tal van elementen voorlagen die, zeker in hun geheel genomen, op meer dan afdoende wijze aantoonen dat zij wel degelijk over de nodige technische bekwaamheid beschikt en dat zij bovendien ook aan het betrokken selectie criterium voldeed, nu haar enkel werd gevraagd een overzicht te geven van de organen belast met de kwaliteitscontrole, wat zij heeft gedaan.

De verzoekende partij betwist trouwens dat artikel 58, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2011 en het bestek in die zin kunnen worden gelezen dat een inschrijver “cumulatief” zou moeten voldoen aan alle gevraagde referenties of “criteria” opdat hij als technisch bekwaam zou kunnen worden beschouwd.

De verzoekende partij wijst erop dat de essentie van artikel 69 van het koninklijk besluit plaatsing 2011 ertoe strekt na te gaan of de inschrijver over de nodige technische bekwaamheid beschikt.

Zij betoogt ten slotte nog dat:

“Zelfs indien het gevraagde ‘overzicht’ van technische organen inzake kwaliteitscontrole zou ontbreken (wat in deze niet het geval was) of zelfs wanneer een inschrijver niet over een dergelijk orgaan zou beschikken of er geen beroep zou op doen (wat in deze evenmin het geval was), dan nog valt niet in te zien en werd/wordt door de verwerende partij niet verklaard waarom dit meteen en onverbiddelijk tot de conclusie zou moeten leiden dat de inschrijver technisch niet bekwaam is.

Een dergelijke redenering valt nog minder te begrijpen en te verantwoorden wanneer het gaat om een inschrijver die voordien al diverse gelijkaardige opdrachten heeft uitgevoerd voor diezelfde aanbestedende overheid, die ook de nodige attesten van goede uitvoering van vergelijkbare werken kan voorleggen en die zelfs kort voordien nog door diezelfde aanbestedende overheid als technisch bekwaam werd weerhouden in het kader van andere gunningsprocedures.

In de gegeven omstandigheden op basis van een vermeend niet tegemoet komen aan één ‘criterium’ oordelen dat de inschrijver technisch niet bekwaam zou zijn, is volslagen onredelijke en onverantwoorde besluitvorming.”

Beoordeling

16. In een eerste kritiek doet de verzoekende partij gelden dat de aanbestedende overheid zeer goed weet wat het OCW is en doet en dus om informatie heeft gevraagd die haar reeds bekend was.

17. Bij het onderzoek van het eerste middel werd reeds vastgesteld dat de vraag die de aanbestedende overheid aan de verzoekende partij heeft gericht -“te verduidelijken hoe de controle van de kwaliteit der werken door het OCW geregeld is”- dient te worden gelezen in het licht van de bewoordingen van het betrokken selectie criterium in het bestek. Er wordt aldus aan de verzoekende partij gevraagd uiteen te zetten hoe het OCW haar diensten *in concreto* ter beschikking zal stellen van de verzoekende partij bij de uitvoering van de in het geding zijnde opdracht. Het blijkt niet dat een normaal zorgvuldig inschrijver die vraag anders had kunnen interpreteren. De verzoekende partij bevestigt trouwens zelf in haar laatste memorie bij het eerste middel dat deze organisatie geen rol speelt bij periodieke kwaliteitscontroles tijdens de uitvoering van de werken, maar enkel eventueel bij de controle van de uitgevoerde werken. Ook al formuleert de verwerende partij de vraag heel algemeen naar de regeling van de controle bij het OCW – die de verwerende partij in het algemeen bekend is of die zij kan achterhalen via informatie op de website – kan die vraag niet anders in het licht van het betrokken selectie criterium worden geïnterpreteerd dan als een vraag naar de concrete rol van kwaliteitscontrole tijdens de uitvoering van de betrokken opdracht door de verzoekende partij, nu zij in haar offerte juist naar dit extern orgaan verwijst.

18. De verwerende partij peilt dus naar verduidelijking – wat is de concrete relatie en samenwerking tussen de verzoekende partij en het OCW bij de uitvoering van de opdracht – die de verwerende partij niet reeds bekend was.

De eerste kritiek wordt verworpen.

19. In een tweede kritiek verwijst de verzoekende partij naar eerdere gunningsprocedures waarin zij wel werd geselecteerd, ook al had zij daarbij ook het OCW voorgesteld als controleorganisme. Ook verwijst zij naar eerdere opdrachten die haar door de verwerende partij werden gegund en die zij heeft uitgevoerd.

20. De selectie in het kader van eerdere aanbestedingsprocedures doet echter geen recht ontstaan om ook in het kader van latere gunningsprocedures, zoals de in het geding zijnde, te worden geselecteerd. Dat een aanbestedende overheid in het kader van eerdere gunningsprocedures een aspect inzake selectie niet ten volle zou hebben onderzocht, overigens door de verwerende partij verduidelijkt door verwijzing naar de mindere rangschikking aldaar van de verzoekende partij, houdt niet in dat zij in het kader van een latere gunningsprocedure daaraan geen nadere aandacht zou mogen besteden en vervolgens, indien bij nader toezien blijkt dat inderdaad niet is voldaan aan de selectiecriteria, zij tot niet-selectie mag besluiten, zoals te dezen.

De tweede kritiek wordt verworpen.

21. In een derde kritiek wijst de verzoekende partij erop dat de kwaliteitscontrole slechts één selectie criterium vormt en dat zij aan de overige in het bestek gestelde selectiecriteria heeft voldaan.

Anders dan de verzoekende partij het ziet, volstaat de vaststelling dat een inschrijver niet blijkt te voldoen aan één van de door de aanbestedende overheid opgelegde selectiecriteria wel degelijk reeds op zich om tot niet-selectie van die inschrijver te besluiten. Het feit dat er door hem is voldaan aan andere selectiecriteria doet daaraan geen afbreuk.

De stelling van de verzoekende partij dat een aanbestedende overheid een inschrijver die niet voldoet aan alle selectiecriteria toch zou moeten selecteren, faalt. Dit druist in tegen zowel artikel 58, §1, van het koninklijk besluit plaatsing 2011 dat vereist dat de kandidaten of inschrijvers aantonen dat zij “cumulatief” voldoen aan de kwalitatieve selectiecriteria die de aanbestedende overheid heeft vastgesteld, als tegen het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, dat vereist dat de aanbestedende overheid de door haar zelf gekozen selectiecriteria onverkort toepast op alle inschrijvers. Het blijkt aldus ook niet dat

een aanbestedende overheid die zoals te dezen aldus handelt, buiten de perken van de redelijkheid zou beslissen.

De derde kritiek wordt verworpen.

22. In een vierde kritiek doet de verzoekende partij gelden dat de opdracht geen werken met een hoge moeilijkheidsgraad betreft, dat zij voor de uitvoering van de werken Benor- of Coprogekeurde materialen zal gebruiken en wijst zij op haar lange staat van dienst.

Deze bemerkingen zijn irrelevant in het licht van de voorgaande vaststelling dat het volstaat dat de verzoekende partij niet heeft aangetoond te voldoen aan het selectie criterium inzake kwaliteitscontrole.

De vierde kritiek wordt verworpen.

23. Waar de verzoekende partij in haar memorie van wederantwoord nog doet gelden dat de verwerende partij geen uitleg mocht vragen, werd deze kritiek reeds onder het eerste middel aangevoerd. Er wordt verwezen naar het onderzoek van dat middel en de verwerping van die kritieken.

24. Geen van de kritieken wordt aanvaard. Bijgevolg is ook het tweede middel niet gegrond.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

25. De verzoekende partij voert in het verzoekschrift in het derde middel de schending aan van “de formele, minstens de materiële motiveringsplicht”. Wat de formelemotiveringsplicht betreft, wordt daarbij

verwezen naar de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ (hierna: motiveringswet).

Daartoe wordt betoogd dat de verwerende partij niet verklaart en niet motiveert, laat staan op een correcte, pertinente en draagkrachtige wijze, hoe een zogezegd gebrek aan kennis omtrent de manier waarop het OCW een controle concreet uitvoert, tot het besluit kan leiden dat de verzoekende partij technisch niet bekwaam wordt geacht om de opdracht in kwestie naar behoren uit te voeren. Zich beperken tot de vaststelling dat een bepaalde vraag onbeantwoord werd gelaten, volstaat niet als motivering. De motivering moet duidelijk maken waarom het niet-beantwoorden van de vraag, in de gegeven omstandigheden en alle elementen in acht genomen, moest leiden tot het niet selecteren van de verzoekende partij.

De verwerende partij motiveert ook niet hoe een zogezegd gebrek aan kennis omtrent de wijze waarop OCW een controle concreet uitvoert, tot de conclusie mocht leiden dat de verzoekende partij niet over de nodige technische bekwaamheid beschikte, gelet op het feit dat het slechts om één element ging in een hele reeks van elementen die dienstig werden geacht voor de beoordeling van de technische bekwaamheid. In het bestek was overigens niet gestipuleerd dat het ontbreken van een antwoord of het geven van een ontoereikend antwoord op één van de gestelde vragen, meteen zou leiden tot een niet-selectie. Gezien de verzoekende partij alle gevraagde gegevens heeft meegedeeld, waaronder ook het gevraagde ‘overzicht’ van de controleorganen, valt niet in te zien hoe er nog enige gerede twijfel zou hebben kunnen bestaan omtrent de technische bekwaamheid van de verzoekende partij.

Uit de motivering blijkt niet waarom een bijkomende vraag tot verduidelijking nodig was. Er blijkt evenmin uit, welke relevantie het antwoord op de vraag zou kunnen hebben in het kader van de beoordeling van de technische bekwaamheid.

De verzoekende partij doet ten slotte nog gelden dat, indien de motivering al voldoet aan de formelemotiveringsplicht, er alleszins niet is voldaan aan de materiëlemotiveringsplicht.

26. In haar memorie van wederantwoord benadrukt de verzoekende partij dat de motivering geen verantwoording biedt voor de beslissing tot niet-selectie. Waar de verwerende partij meent dat deze kwestie zou samenvallen met de eerste twee middelen, ziet zij over het hoofd dat het eerste en tweede middel betrekking hebben op het feit dat de verwerende partij foutief heeft gehandeld en het derde middel betrekking heeft op het feit dat nergens in het nazichtverslag of de gunningsbeslissing de nodige motivering terug te vinden is die zou verklaren waarom de verwerende partij aldus heeft gehandeld. Dat de verzoekende partij kritiek heeft op de wijze waarop de verwerende partij heeft gemeend te moeten beslissen en daaromtrent argumenten naar voor brengt, is iets heel anders dan dat zij uitgebreide kritiek zou hebben tegen de zogezegd ontbrekende motivering van de bestreden beslissing. De motivering dient terug te vinden zijn in de gunningsbeslissing, minstens in het administratief dossier. Als dit niet zo is, dan kan *de facto* niet worden geëvalueerd of ze in rechte en in feite aanvaardbaar is en steun vindt in het administratief dossier, zo besluit de verzoekende partij haar betoog.

27. In de laatste memorie doet de verzoekende partij nog gelden dat de verwerende partij niet heeft gemotiveerd waarom het antwoord op de vraag om toelichting over de werking van het OCW nodig en zelfs essentieel zou zijn geweest voor de beoordeling van de technische bekwaamheid, wat haar toelaat om te besluiten dat op grond van een ontoereikend antwoord zij technisch niet bekwaam zou zijn voor uitvoering van de opdracht en waarom dit enkele element moet leiden tot haar niet-selectie, terwijl uit alle andere gevraagde elementen alsook uit de eerdere gunningsprocedures en eerdere samenwerking tussen haar en de verwerende partij al afdoende was gebleken dat zij wel degelijk technisch bekwaam is om een dergelijke opdracht uit te voeren.

Zij herhaalt ten slotte dat het standpunt dat de vaststelling dat een inschrijver niet blijkt te voldoen aan één van de door de aanbestedende overheid opgelegde selectiecriteria op zich reeds volstaat om tot zijn niet-selectie te besluiten, niet correct is.

Beoordeling

28. De artikelen 2 en 3 van de motiveringswet verplichten de overheid ertoe in de akte de juridische en feitelijke overwegingen op te nemen die aan de beslissing ten grondslag liggen. Die motivering moet afdoende zijn, teneinde de belanghebbende in staat te stellen te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt.

29. Zoals reeds opgemerkt bij het onderzoek van het tweede middel volstaat de vaststelling dat een inschrijver niet blijkt te voldoen aan één van de door de aanbestedende overheid opgelegde selectiecriteria wel degelijk reeds op zich om tot zijn niet-selectie te mogen besluiten. Het uitdrukken van die vaststelling in het gunningsverslag volstaat aldus in beginsel om te voldoen aan de formelemotiveringsplicht. Er moet daarbij niet nog nader worden toegelicht waarom het niet-voldoen aan het selectie criterium dient te leiden tot het niet selecteren van de inschrijver.

De bestreden beslissing miskent aldus de formelemotiveringsplicht niet in de door de verzoekende partij aangevoerde zin. Minstens blijkt niet dat het normdoel van de formelemotiveringsplicht te dezen niet zou zijn bereikt. De verzoekende partij heeft immers de motieven van haar niet-selectie op uitvoerige wijze kunnen betwisten.

30. Wat de aangevoerde schending van de materiëlemotiveringsplicht betreft, wordt in de eerste plaats opgemerkt dat deze kritiek blijkt samen te vallen met de grieven in het eerste en het tweede middel.

Waar de verzoekende partij nog doet gelden dat in het bestek niet was bepaald dat het niet voldoen aan een selectie criterium meteen zou leiden tot een niet-selectie, kan zij erop worden gewezen dat dit gevolg rechtstreeks voortvloeit uit de toepasselijke regelgeving, meer bepaald het bij het onderzoek van het tweede middel reeds aangehaalde artikel 58, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2011.

Waar de verzoekende partij er in het derde middel opnieuw op wijst dat zij alle gevraagde gegevens heeft meegedeeld, dat zij niet begrijpt hoe er nog enige twijfel zou hebben kunnen bestaan omtrent haar technische bekwaamheid, dat niet blijkt waarom een bijkomende vraag tot verduidelijking nodig was, herhaalt zij in wezen haar kritieken uit haar eerste en tweede middel. Er wordt verwezen naar het onderzoek en de voorgestelde verwerping van die middelen.

31. Ook het derde middel is niet gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van vijf november tweeduizend negentien, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Patricia De Somere,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest