

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 246.121 van 19 november 2019
in de zaak A. 229.432/XII-8820**

In zake: de BVBA WAGRO
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Kris Lemmens en Jan De Leyn
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
De Burburestraat 6-8/5
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de CVBA VLAAMSE MAATSCHAPPIJ VOOR
WATERVOORZIENING
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Frederik Vandendriessche en Linde Bevernaege
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partijen:

1. de NV ONDERNEMINGEN N. VINDEVOGEL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Carlos De Wolf
kantoor houdend te 9680 Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Charlotte De Wolf
kantoor houdend te 9000 Gent
Fortlaan 95
2. de NV VERBRAEKEN INFRA
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Gauthier Ervyn en Astrid De Houwer
kantoor houdend te 1060 Brussel
Gulden-Vlieslaan 77
bij wie woonplaats wordt gekozen
3. de NV VISSER & SMIT HANAB
bijgestaan en vertegenwoordigd door

advocaten Jens Debièvre en Elisabeth Robbroeckx
kantoor houdend te 1000 Brussel
Havenlaan 86c, b 113
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 29 oktober 2019, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van cvba Vlaamse Maatschappij voor Watervoorziening van 4 oktober 2019 waarbij bvba Wagro voor de overheidsopdracht voor werken met als voorwerp ‘Raamovereenkomst 2019 voor het uitvoeren van grote aanpassingswerken in de distributiezones 1-4’ niet geselecteerd werd. Deze beslissing werd aan bvba Wagro ter kennis gebracht op 14 oktober 2019”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met verzoekschriften van 6 november 2019 hebben de nv Ondernemingen N. Vindevogel, de nv Verbraeken Infra en de nv Visser & Smit Hanab gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 14 november 2019, om 10.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Jan De Leyn en advocaat Karolien Van Butsel, *loco* advocaat Kris Lemmens, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaat Frederik Vandendriessche, die verschijnt voor de verwerende partij, advocaat Carlos De Wolf, die verschijnt voor de eerste tussenkomende partij, advocaten Astrid De Houwer en Gauthier Eryvn, die verschijnen voor de tweede

tussenkomen de partij, en advocaten Jens Debièvre en Elisabeth Robbroeckx, die verschijnen voor de derde tussenkomen de partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Ann Eylenbosch heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor werken met als voorwerp ‘Raamovereenkomst 2019 voor het uitvoeren van grote aanpassingswerken in de distributiezones 1-4’.

De raamovereenkomst betreft het uitvoeren van grote aanpassingswerken in de distributiezones 1, 2, 3 en 4 van het werkingsgebied van de verwerende partij. Het gaat om de leveringen en de werken die nodig zijn voor het aanleggen, aanpassen en vervangen van leidingen en uitvoeren van huishoudelijke aftakkingen, al of niet in combinatie met wegen- en/of rioleringswerken.

De opdracht valt onder de regelgeving van de speciale sectoren.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 5 juni 2019 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 10 juni 2019.

3.3. De opdracht bestaat uit de volgende vier percelen: perceel 1 (RC1900103): distributiezone 1 – Westhoek, perceel 2 (RC1900104): distributiezone 2 – Leie, perceel 3 (RC1900105): distributiezone 3 – Meetjesland en perceel 4 (RC1900106): distributiezone 4 – Waasland.

In de selectienota is bepaald dat een raamovereenkomst zal worden gesloten met één deelnemer per perceel.

3.4. De opdracht wordt gegund via een onderhandelingsprocedure met voorafgaande oproep tot mededinging.

3.5. De bepalingen inzake de selectiefase zijn vastgesteld in een document 20190039, dit is de selectienota.

Wat de technische en beroepsbekwaamheid betreft, moeten de kandidaten over een erkenning in (onder)categorie C2 en klasse 4 beschikken.

Tevens moeten zij een referentielijst voorleggen.

In de loop van de procedure maakt de verwerende partij de volgende wijziging inzake de vereiste referenties bekend:

“Geachte,

Op 5 juni 2019 werd u de selectienota en bijhorende opdrachtdocumenten ter beschikking gesteld via e-Tendering voor de opdracht 20190039/RC1900103-106: Raamovereenkomst 2019 voor het uitvoeren van grote aanpassingswerken in de distributiezones 1- 4.

Omwille van een erratum in de kwalitatieve selectiecriteria met betrekking tot technische en beroepsbekwaamheid van de kandidaat (zie 2.2.2) stuur ik u hierbij een aangepaste versie van de selectienota waarmee rekening dient gehouden te worden bij het indienen van uw aanvraag tot deelneming:

Erratum 1: de bepalingen onder de paragraaf

‘2.2.2.2 Referenties:

Voor deze opdracht van werken mogen enkel die kandidaten een aanvraag tot deelneming indienen, die een referentielijst van uitgevoerde werken kunnen voorleggen voor:

- categorie C2: minimaal 3 referenties m.b.t. het uitvoeren van drinkwaterleidingen, minimale diameter 150 mm, uitgevoerd in de jongste drie jaren, waarvan minimaal één beëindigd is in de periode van 365 kalenderdagen, voorafgaand aan het indienen van de offerte. Het opdrachtbedrag van minimaal één referentie bedraagt ten minste 150.000 euro, het opdrachtbedrag van de andere referenties bedraagt minimaal 50.000 euro.

De kandidaat hanteert hiervoor de referentielijst uit bijlage 3 van de opdrachtdocumenten. Hij vermeldt hierop per opdracht: een omschrijving, de uitvoeringsperiode, het uitvoeringsbedrag, de opdrachtgever (netwerkbeheerder) en de naam (en functie) van de persoon die bij de opdrachtgever kan worden gecontacteerd.

Voor elk van de hierboven vermelde referenties dient daarenboven een getuigschrift van goede uitvoering bijgevoegd te worden. Het getuigschrift

is opgesteld en ondertekend door de opdrachtgever (dit is niet de hoofdaannemer).’

dienen gewijzigd te worden naar:

‘2.2.2.2 Referenties:

Voor deze opdracht van werken mogen enkel die kandidaten een aanvraag tot deelneming indienen, die een referentielijst van uitgevoerde werken kunnen voorleggen voor:

- categorie C2: minimaal 3 referenties m.b.t. het uitvoeren van drinkwaterleidingen, minimale diameter 150 mm, waarvan minimaal één minimale diameter 250, uitgevoerd in de jongste drie jaren, waarvan minimaal één beëindigd is in de periode van 365 kalenderdagen, voorafgaand aan het indienen van de aanvraag tot deelneming. Het opdrachtbedrag van minimaal één referentie bedraagt ten minste 150.000 euro, het opdrachtbedrag van de andere referenties bedraagt minimaal 50.000 euro.

De kandidaat hanteert hiervoor de referentielijst uit bijlage 3 van de opdrachtdocumenten. Hij vermeldt hierop per opdracht: een omschrijving, de uitvoeringsperiode, het uitvoeringsbedrag, de opdrachtgever (netwerkbeheerder) en de naam (en functie) van de persoon die bij de opdrachtgever kan worden gecontacteerd.

Voor elk van de hierboven vermelde referenties dient daarenboven een getuigschrift van goede uitvoering bijgevoegd te worden. Het getuigschrift is opgesteld en ondertekend door de opdrachtgever (dit is niet de hoofdaannemer).’

De gewijzigde documenten worden bijgevoegd:

Erratum - 20190039 — Selectienota RC Grote aanpassingswerken distributiezones 1-4 — versie 20-06-2019;

Erratum - 20190039 — Bijlage 3 — Referentielijst Technische en beroepsbekwaantheid — versie 20-06-2019.

Verder blijft alles behouden zoals eerder kenbaar gemaakt.”

Naast de verplichting tot het overmaken van een Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA) is in artikel 2.2.3 van de selectienota bepaald:

“De kandidaat voegt ook de vereiste bewijsstukken toe aan de aanvraag tot deelneming zoals hierboven (punten 2.2.1 en 2.2.2) aangegeven.”

In artikel 3.1 van de selectienota worden de documenten vermeld die door de kandidaat moeten worden toegevoegd aan de aanvraag tot deelneming:

“De kandidaat dient volgende documenten toe te voegen aan de aanvraag tot deelneming:

- Een ingevuld UEA (zie 2.3 en bijlage 2)
- Documenten inzake bevoegdheid om de onderneming te verbinden (zie 3.2)
- Documenten aangaande de uitsluitingsgronden (zie 2.1.2)
- Documenten aangaande de kredietwaardigheid (zie 2.2.1)
- Bewijs dat aan de voorwaarden voor erkenning in de voorgeschreven categorie of ondercategorie is voldaan (zie 2.2.2.1)
- De referentielijst van uitgevoerde werken, inclusief een getuigschrift van goede uitvoering, opgesteld en ondertekend door de opdrachtgever (dit is niet de hoofdaannemer) voor alle referenties (zie 2.2.2.2 en bijlage 3)

Indien de kandidaat niet alle bovenvermelde documenten toevoegt aan de aanvraag tot deelneming, kan deze als niet conform beschouwd worden.”

De aanvragen tot deelneming dienden uiterlijk 4 juli 2019 elektronisch te worden ingediend via het e-tenderingportaal.

3.6. Verscheidene kandidaten hebben een aanvraag tot deelneming ingediend, waaronder de verzoekende partij en de verzoekende partijen tot tussenkomst.

3.7. Op 4 oktober 2019 neemt de verwerende partij de selectiebeslissing; de verzoekende partij wordt niet geselecteerd; de verzoekende partijen tot tussenkomst worden allen geselecteerd. De niet-selectiebeslissing van de verzoekende partij is de bestreden beslissing.

3.8. Bij aangetekend schrijven van 14 oktober 2019 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat zij niet is geselecteerd voor de opdracht. Een uittreksel uit het selectieverslag is toegevoegd:

“3.3.2.2 Referenties

Voor deze opdracht van werken mogen enkel die kandidaten een aanvraag tot deelneming indienen, die een referentielijst van uitgevoerde werken kunnen voorleggen voor:

‘categorie C2: minimaal 3 referenties m.b.t. het uitvoeren van drinkwaterleidingen, minimale diameter 150 mm, waarvan minimaal één minimale diameter 250, uitgevoerd in de jongste drie jaren, waarvan minimaal één beëindigd is in de periode van 365 kalenderdagen, voorafgaand aan het indienen van de aanvraag tot deelneming. Het opdrachtbedrag van minimaal één referentie bedraagt ten minste

150.000 euro, het opdrachtbedrag van de andere referenties bedraagt minimaal 50.000 euro.

[...]

Wagro bvba

Wagro bvba voegt een referentielijst met 6 referenties toe. Voor slechts 1 referentie werd de diameter opgegeven. Voor de overige referenties blijkt dit ook niet uit de attesten van goede uitvoering. Ook werd er maar voor 1 referentie opgegeven dat deze betrekking heeft op drinkwaterleidingen. Dit blijkt voor de overige referenties ook niet uit de attesten van goede uitvoering. Bovendien werd er niet voor alle referenties een attest van goede uitvoering bijgevoegd. Hierdoor voldoet de kandidatuur van Uniconnect nv niet aan de vereisten, zoals vermeld in punt 2.2.2.2 van de selectienota. Bijgevolg is WAGRO nv niet geselecteerd.”

3.9. Op 24 en 25 oktober 2019 reageert de verzoekende partij ten aanzien van de verwerende partij op haar niet-selectie.

IV. Tussenkoms

4. De nv Ondernemingen N. Vindevogel, de nv Verbraeken Infra en de nv Visser & Smit Hanab blijken voordeel te halen uit de bestreden beslissing en hebben er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg worden hun verzoeken tot tussenkoms ingewilligd.

V. Regelmatigheid van de rechtspleging

5. De verzoekende partij heeft op 7 november 2019 een pleitnota ingediend.

In de rechtspleging voor de Raad van State is niet voorzien in een pleitnota. Ze wordt slechts in aanmerking genomen in de mate dat ze de neerslag vormt van wat de verzoekende partij ter terechtzitting naar voren brengt, vaststelling waarmee de verzoekende partij ter terechtzitting instemt.

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, 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.

VII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

7. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 66, § 1, 1° en 2°, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, “waaronder het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel, het proportionaliteitsbeginsel, het

mededingingsbeginsel en de materiële en formele motiveringsplicht” “doordat uit het selectieverslag volgt dat De Watergroep de kandidatuurstelling van bvba Wagro niet dan wel minstens kennelijk onzorgvuldig heeft onderzocht, terwijl De Watergroep onder meer op grond van art. 66, § 1, 1° en 2° van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten én haar eigen selectieleidraad slechts tot selectie en gunning mag overgaan na de toets aan de in de opdrachtdocumenten vermelde criteria, voorwaarden en eisen”.

Zij licht toe dat de al bondige motivering uit het selectieverslag – hiervoor geciteerd *sub* randnummer 3.8 – “bovendien erg onzorgvuldig en incoherent” is opgesteld:

- “• De Watergroep beweert zonder verdere toelichting dat niet voor alle referenties attesten van goede uitvoering werden [bijgevoegd], hetgeen in feite onjuist is.
- De Watergroep verwijst naar de kandidatuur van een concurrent, zijnde Uniconnect, hetgeen de vraag doet rijzen of de juiste kandidatuur werd beoordeeld.
- De Watergroep heeft de kandidatuurstelling van bvba Wagro getoetst aan de selectiecriteria van de percelen 7-10 in plaats van 1-4 van de toepasselijke selectieleidraad ‘20190039- Selectienota’.”

Volgens de verzoekende partij heeft zij wel degelijk voor alle ingediende referentieprojecten een bijhorend attest van goede uitvoering bij haar kandidatuur gevoegd. Voorts verwijst de verwerende partij in haar selectieverslag als de te beoordelen kandidatuur ten onrechte naar die van de nv Uniconnect, wat de ernst van de beoordeling aantast. Ten slotte merkt de verzoekende partij op dat in het selectieverslag wordt verwezen naar een selectie-eis uit een andere opdracht, namelijk die voor de percelen 7 tot 10; bij die opdracht wordt geëist dat de drie voor te leggen referenties betrekking hebben op het uitvoeren van drinkwaterleidingen met een minimale diameter van 150mm “waarvan minimaal één minimale diameter 250”; dit laatste, namelijk de vereiste minimale 250 mm, is geen eis bij de opdracht, namelijk inzake de percelen 1 tot 4, waarvoor de verzoekende partij kandideert.

Beoordeling

8.1. Aangezien de opdracht zich situeert in de speciale sectoren, mag de aangevoerde schending van artikel 66 wet overheidsopdrachten 2016, dat geldt voor de klassieke sectoren, worden begrepen als de schending van het corresponderende artikel 147 van dezelfde wet. Dit geldt ook voor de beoordeling van het tweede middel. Noch de verwerende partij, noch de tussenkomen de partijen lijken hier aan te geven enig nadeel te hebben geleden door de verkeerde verwijzing van de verzoekende partij.

De verzoekende partij blijkt de aangevoerde schending van het redelijkheidsbeginsel en het proportionaliteitsbeginsel niet nader toe te lichten zodat het middel in die mate niet ontvankelijk lijkt.

Evenmin werkt de verzoekende partij de aangevoerde schending van de formelemotiveringsplicht nader uit; zij betwist de motivering voor haar niet-selectie inhoudelijk zodat ook deze schending om die reden alleen reeds, zo lijkt, dient te worden verworpen.

8.2. De verwerende partij lijkt de kandidatuur van de verzoekende partij wel degelijk aan de toepasselijke selectiecriteria te hebben getoetst, namelijk aan de – sub 3.5 aangehaalde – gewijzigde criteria die minstens één referentie vereisen voor een drinkwaterleiding met een minimale diameter van 250 mm. Ter terechtzitting betwist de verzoekende partij niet dat deze gewijzigde criteria behoorlijk zijn bekendgemaakt en op haar kandidatuur van toepassing zijn. Overigens lijkt de verzoekende partij een referentie te hebben bijgebracht die beantwoordt aan de eis van een minimale diameter van 250 mm zodat haar belang bij de aangevoerde kritiek niet evident lijkt.

8.3. In de mate dat in het selectieverslag wordt verwezen naar de kandidatuur van de nv Uniconnect lijkt het om een materiële verschrijving te gaan en bedoelde de verwerende partij de verzoekende partij. Deze onzorgvuldigheid lijkt de bestreden beslissing niet bepalend te vitiëren, minstens maakt de verzoekende partij dit niet aannemelijk.

8.4. Wat ten slotte de opmerking in het selectieverslag betreft dat de verzoekende partij bij haar kandidatuur niet voor alle referenties een attest van goede uitvoering zou hebben toegevoegd terwijl dit volgens de verzoekende partij wel het geval is, lijkt deze kritiek slechts op haar belang en ernst te moeten worden onderzocht in de mate dat uit de beoordeling van het tweede middel zou blijken dat de verwerende partij niet op grond van de overige motieven alleen reeds mocht besluiten dat de kandidatuur van de verzoekende partij niet voldoet aan de eisen van artikel 2.2.2.2 van de selectienota. Zoals hierna zal blijken is het tweede middel echter niet ernstig.

8.5. Het middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

9. De verzoekende partij voert de schending aan van “[h]et beginsel van de gelijke behandeling van de inschrijvers en non-discriminatie, dat voortvloeit uit de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en artikel 4” van de wet overheidsopdrachten 2016, van de artikelen 4, 73, §§ 1 en 3, 66, § 1, 1° en 2°, en § 3, van de wet overheidsopdrachten 2016, van het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, “waaronder het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel, het proportionaliteitsbeginsel, het mededingingsbeginsel en de materiële en formele motiveringsplicht”.

Zij acht deze bepalingen en beginselen geschonden:

“doordat De Watergroep de kandidatuurstelling van bvba Wagro ten onrechte niet selecteert omdat slechts één referentie expliciet vermeldt dat ze betrekking heeft op drinkwaterleidingen, terwijl de toepasselijke selectienota niet vereiste dat dit expliciet werd opgenomen in alle referenties én de referenties in kwestie wel degelijk allemaal betrekking hadden op dergelijke opdrachten van drinkwaterleidingen.

doordat De Watergroep de kandidatuurstelling van bvba Wagro ten onrechte niet selecteert omdat niet alle door bvba Wagro bijgebrachte referenties een diameter vermelden, terwijl de toepasselijke selectienota niet vereiste dat dit expliciet werd opgenomen in de referenties én de

referenties in kwestie wel degelijk allemaal betrekking hadden op opdrachten waarbij een diameter van minimale diameter 150 mm werd gehanteerd.

doordat De Watergroep de referenties van bvba Wagro niet, dan wel minstens kennelijk onzorgvuldig heeft onderzocht, terwijl de ratio legis van de bepalingen inzake de technische bekwaamheid een zo ruim mogelijke mededinging is waarbij ondernemingen die in staat zijn om de opdracht uit te voeren ook daadwerkelijk kunnen meedingen naar de opdracht én de gevoegde referenties net tegemoet komen aan die ratio legis.

doordat De Watergroep onderliggende bewijsstukken vereist betreffende de selectie-eisen op het moment van de kandidatuurstelling, terwijl bvba Wagro een UEA had bijgevoegd conform de selectienota en de Watergroep bijgevolg pas bij de selectie mocht overgaan tot het opvragen van deze onderliggende bewijsstukken.”

In de toelichting bij een eerste middelonderdeel verwijst de verzoekende partij naar plannen voor 3 van de 6 referenties die zij vertrouwelijk bijbrengt en die moeten aantonen dat deze betrekking hebben op drinkwaterleidingen waarbij een minimale diameter van 150 mm wordt gerespecteerd. Overigens zouden volgens de verzoekende partij alle zes referenties aan die eisen voldoen.

De verzoekende partij vervolgt dat de verwerende partij het karakter van voorlopig bewijs van het UEA heeft miskend en heeft nagelaten om vóór het nemen van de selectiebeslissing de ondersteunende documenten aan de verzoekende partij op te vragen. Als zorgvuldige overheid had de verwerende partij de referentielijst moeten en kunnen verifiëren, temeer daar één van de referenties betrekking had op een eerder project voor de verwerende partij zelf.

“[G]elet op (i) de indiening van een UEA, (ii) de bewoordingen in de selectienota en (iii) het feit dat bvba Wagro over de vereiste erkenning C2 beschikt die aantoont dat er voldoende ervaring en bekwaamheid aanwezig is voor het uitvoeren van werken met betrekking tot watervoorziening en leggen van allerhande leidingen” doet de raadplegingsmogelijkheid van een aanbestedende overheid, vervat in artikel 66, § 3, van de wet overheidsopdrachten 2016, zich volgens de verzoekende partij te dezen ten aanzien van de verwerende partij voor als een “raadplegingsplicht”.

Dit alles geldt volgens de verzoekende partij des te meer daar de selectienota niet zou voorschrijven dat de referentielijst expliciet dient te vermelden dat het werken met betrekking tot drinkwaterleidingen betreft of welke de diameter van de uitgevoerde leidingen is. Deze voorschriften zouden bijgevolg niet essentieel zijn en zich niet verzetten tegen vragen door de verwerende partij om bijkomende toelichting aan de verzoekende partij.

De verzoekende partij voegt ten slotte toe dat de bestreden beslissing de mededinging beperkt en strijdt met de eigen selectiecriteria, vervat in artikel 2.2.2.2 van de selectienota. “De Watergroep vereist namelijk in de referenties expliciet te vermelden dat het om werken in verband met drinkwaterleidingen gaat, alsook dat de afmetingen van de diameters worden vermeld. Dit wordt echter niet vereist in de selectiecriteria”.

In een tweede middelonderdeel betoogt de verzoekende partij dat de verwerende partij niet aantoonst dat zij haar strenge interpretatie van de selectiecriteria consistent heeft toegepast bij de beoordeling van de overige kandidatuurstellingen. De verzoekende partij verzoekt de Raad van State “alle stukken m.b.t. de selectie en het onderzoek van de referenties van de overige inschrijvers die deel uitmaken van het administratief dossier [...] maar nog niet aan bvba Wagro medegedeeld werden als niet-vertrouwelijke stukken te behandelen, voor zover hiervan de vertrouwelijkheid zou worden gevraagd” zodat haar “de kans” wordt gegeven “inzage in deze stukken te krijgen om de beoordeling en handel[...]wijze van De Watergroep na te kunnen gaan”.

Zij besluit dat “[m]ocht Uw Raad de vertrouwelijkheid van de referenties van de overige inschrijvers en de beoordeling daarvan door De Watergroep toch aanvaarden (voor zover dit aangevoerd zou worden), [...] bvba Wagro Uw Raad en diens Auditoraat [verzoekt] deze stukken aan een onderzoek te onderwerpen”.

Beoordeling

Eerste onderdeel

10.1. Uit de selectienota – zoals deels geciteerd *sub* 3.5 – blijkt dat een kandidaat drie referenties moet voorleggen met betrekking tot het uitvoeren van drinkwaterleidingen met een minimale diameter van 150 mm, waarvan één met een minimale diameter van 250 mm. Voorts eist de selectienota uitdrukkelijk dat inzake het bijbrengen van de referenties de kandidaat “hiervoor de referentielijst uit bijlage 3 van de opdrachtdocumenten” “hanteert”. Ook legt de selectienota op dat de kandidaat “de vereiste bewijsstukken” “aan de aanvraag tot deelneming zoals hierboven (punten 2.2.1 en 2.2.2)” toevoegt en wordt vermeld dat de kandidaat die niet alle documenten, waaronder de referentielijst met getuigschrift van goede uitvoering, aan de aanvraag tot deelneming toevoegt, als niet conform kan worden beschouwd. Op de in te vullen referentielijst is onder meer ruimte voorzien voor de “omschrijving van de opdracht (voorwerp, looptijd ...)”.

Op het eerste gezicht lijkt hieruit te mogen worden afgeleid dat een kandidaat bij de indiening van zijn kandidatuur een behoorlijk ingevulde, volledige referentielijst moet indienen; het standpunt van de verwerende partij dat uit die lijst met stukken moet blijken wat het voorwerp is van de referenties en dus dat het wel degelijk om drinkwaterleidingen met een bepaalde minimale diameter gaat, lijkt dan ook logisch en aanvaardbaar.

10.2. De verzoekende partij heeft zes referenties bij haar kandidatuur gevoegd. Uit de referentielijst en de bijgevoegde stukken blijkt op het eerste gezicht niet dat minstens drie referenties betrekking hebben op drinkwaterleidingen met de vereiste minimale diameter.

10.3. Uit het selectieverslag blijkt dat de verwerende partij de verzoekende partij niet heeft geselecteerd onder meer om reden dat slechts voor één referentie een diameter werd opgegeven en dat slechts voor één referentie blijkt dat die betrekking heeft op een drinkwaterleiding.

10.4.1. De verzoekende partij merkt op dat haar zes referenties wel degelijk voldoen aan de selectie-eisen en dat de eis om ook een Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA) – zoals bedoeld in artikel 73 van de wet overheidsopdrachten 2016 – bij de kandidatuur te voegen, ertoe leidt dat de verwerende partij niet zomaar op grond van de ingediende referentielijst de kandidatuur van de verzoekende partij als onvolledig mocht afwijzen. Een UEA houdt volgens haar het voorlopig bewijs in dat is voldaan aan de kwalitatieve selectiecriteria.

Hierbij betoogt zij dat uit artikel 73, § 3, van de wet overheidsopdrachten 2016 volgt dat pas op het ogenblik van de selectie, en dus niet van de kandidaatstelling, de onderliggende ondersteunende documenten mogen worden gevraagd. Voorts lijkt de verzoekende partij ook op te merken dat de voeging van een UEA bij de kandidatuur, samengenomen met de bewoordingen van de selectienota en de erkenning van de verzoekende partij, de raadplegingsmogelijkheid van de verwerende partij muteert in een raadplegingsplicht.

10.4.2. De verzoekende partij kan hier op het eerste gezicht niet worden gevolgd.

Uit de memorie van toelichting bij artikel 72 van het wetsontwerp dat artikel 73 van de wet overheidsopdrachten 2016 is geworden (*Parl.St.* Kamer 2015-16, nr. 1541/001, 128), blijkt dat de aanbestedende overheid steeds het recht moet hebben alle of een deel van de ondersteunende stukken op te vragen, wanneer hij dit nodig acht voor een goed verloop van de procedure. Het verplicht voegen van een UEA bij de kandidaatstelling lijkt aldus het gelijktijdig opvragen van ondersteunende documenten – zoals hier het geval is – niet te verhinderen.

De verzoekende partij lijkt niet te betwisten dat uit haar kandidatuur zelf niet blijkt dat minstens drie van haar referenties aan de selectie-eisen voldoen. Haar thans bijgebrachte stukken waaruit dit wel zou blijken, zijn niet in het beslissingsproces betrokken en uit 2.2.2.2 van de selectienota blijkt, zoals hiervoor *sub* 10.1 overwogen, dat de kandidaat reeds bij

zijn kandidatuur zelf dient aan te geven dat het om drinkwaterleidingen met een bepaalde minimale diameter gaat, wat de verzoekende partij heeft nagelaten; de these geopperd door de verzoekende partij dat de mogelijkheid tot het achteraf opvragen van ondersteunende documenten op grond van het voormelde artikel 73, § 3, hier een plicht is geworden, lijkt zich hier dan ook niet voor te doen aangezien het enkele feit van het in de UEA vermelden van “ja” op de vraag of dat de kandidaat “voldoet aan de voorgeschreven selectiecriteria”, niet lijkt te beantwoorden aan wat voorgeschreven is in 2.2.2.2 van de selectienota, namelijk het bij de kandidaatstelling zelf met een referentielijst aantonen van het voldoen aan de kwestieuze eisen.

Evenmin lijkt de verzoekende partij voldoende bijzondere omstandigheden bij te brengen waaruit zou blijken dat de verwerende partij te dezen met toepassing van artikel 147, § 4, van de wet overheidsopdrachten 2016, waaruit opnieuw slechts een mogelijkheid blijkt voor een aanbestedende overheid om bijkomende informatie of documentatie op te vragen, verplicht zou zijn dit te doen.

Dat de verzoekende partij beschikt over een erkenning C2 doet niet anders oordelen. Evenmin toont de verzoekende partij aan dat het beginsel van de mededinging de beslissingsruimte van de verwerende partij hier aantast.

Deze vaststelling alleen kan de niet-selectie dragen.

10.5. Er mag dan ook worden besloten dat de handelwijze van de verwerende partij misschien als streng kan worden aangemerkt doch dat de verzoekende partij er niet in slaagt aan te tonen dat deze strijdig is met de door haar ingeroepen bepalingen en beginselen zodat het middelonderdeel niet ernstig is.

Tweede onderdeel

11.1. De verzoekende partij vraagt hier klaarheid over de beoordeling van de andere kandidaten wat de selectie-eisen betreft inzake de door hen bijgebrachte referenties.

De verwerende partij heeft de stukken uit het administratief dossier hieromtrent, zoals de kandidaatstellingen en het volledige selectieverslag, vertrouwelijk neergelegd. Ter terechtzitting vraagt de verzoekende partij de zaak met een week uit te stellen en haar inzage te verlenen van deze stukken. Ondergeschikt vraagt de verzoekende partij het Auditoraat en de Raad zelf dit onderzoek naar de ernst van de beoordeling van de referenties bij de geselecteerde kandidaten te voeren.

11.2. Het lijkt niet raadzaam om reeds in de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid – en dus zonder diepgaand onderzoek – de vertrouwelijkheid te lichten van de referenties zoals bijgebracht door de kandidaten, aangezien niet kan worden uitgesloten dat het zakengeheim van de betrokken kandidaten daar gevolgen van zal dragen. In de huidige stand van het geding lijkt het voorts niet aangetoond dat het lichten van de vertrouwelijkheid van deze stukken noodzakelijk zou zijn vanuit het oogpunt van het recht op een eerlijk proces, temeer daar de Raad van State de vertrouwelijk neergelegde stukken wel bij zijn beoordeling van het aangevoerde middel mag en zal betrekken. De verzoekende partij lijkt zich overigens, zij het in ondergeschikte orde, met deze zienswijze te kunnen verzoenen.

11.3. Ter terechtzitting adviseert het Eerste Auditeur-Afdelingshoofd de Raad als volgt:

“Uit het dossier blijkt op het eerste gezicht niet dat de aanbestedende overheid de kandidatuur van de verzoekende partij op een ongelijke wijze zouden hebben behandeld ten opzichte van de andere kandidaturen. Uit het selectieverslag blijkt dat kandidaten niet werden geselecteerd omdat gegevens inzake het type leiding of diameter niet uit de kandidaatstelling konden worden opgemaakt. Aan geen enkele kandidaat lijkt de mogelijkheid te zijn gegeven om de kandidatuur aan te vullen of te verduidelijken.”

De Raad ziet vooralsnog geen reden om deze zienswijze niet bij te vallen.

Het middelonderdeel is niet ernstig.

12. Het middel is niet ernstig.

VIII. Besluit

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

BESLISSING

1. De verzoeken van de nv Ondernemingen N. Vindevogel, de nv Verbraeken Infra en de nv Visser & Smit Hanab tot tussenkomst worden ingewilligd.

2. De Raad van State verworpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 20 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

De tussenkomende partijen worden verwezen in de kosten van de tussenkomsten, begroot op een rolrecht van 450 euro, elk voor een derde.

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

Pierre Barra,

wnd. kamervoorzitter,
staatsraad,

bijgestaan door

Greta Scheveneels,

griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Pierre Barra

XII-8820-18/18