

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 248.730 van 23 oktober 2020
in de zaak A. 227.318/XII-8690**

In zake: de BVBA ADEDE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Frank Verhaegen
kantoor houdend te 9040 Sint-Amandsberg
Victor Braeckmanlaan 53
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Kris Wauters
kantoor houdend te 1170 Brussel
Terhulpssteenweg 187
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomen de partij:

de nv AANNEMINGEN M. & J. BRAET
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Peter Flamey
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Jan Van Rijswijcklaan 16
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 14 maart 2019, strekt tot de
nietigverklaring:

“1. van de beslissing vanwege het Agentschap Maritieme
Dienstverlening en Kust – Afdeling Kust dd. 12 december 2018,
waarbij de offerte van [de bvba Adede] in het kader van de

- overheidsopdracht ‘Opsporen en ruimen van conventionele en toxische explosieven’ (bestek nr. 16EH/18/23) niet werd gekozen;
2. alsmede van de beslissing waarbij [het Vlaamse Gewest] de betreffende opdracht aan een andere inschrijver gunt, de N.V. Aannemingen M. en J. Braet te Nieuwpoort voor een bedrag van 900.000,00 euro incl. btw,
 3. alsook van de daaruit blijkende impliciete beslissing om de betreffende overheidsopdracht niet aan [de bvba Adede] te gunnen.”

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 243.853 van 28 februari 2019 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.

De tussenkomende partij heeft een memorie ingediend.

Auditeur Frederic Eggermont heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 8 september 2020.

Staatsraad Patricia De Somere heeft de stand van de zaak uiteengezet.

Advocaat Frank Verhaegen, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Kris Wauters die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Glenn Declercq, die *loco* advocaat Peter Flamey verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederic Eggermont 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 Maritieme Dienstverlening & Kust, afdeling Kust, schrijft een opdracht uit voor het “Opsporen en ruimen van conventionele en toxische explosieven”.

De opdracht voor werken wordt gegund met een openbare procedure. Het bestek nummer 16EH/18/23 is van toepassing. De aanbestedende overheid heeft het recht de opdracht geheel of gedeeltelijk te verlengen in één of meerdere malen met een maximale looptijd van vier jaar.

3.2. De opdracht wordt op 26 september 2018 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen. Nadien volgen nog drie rectificatieberichten.

3.3. Het voorwerp van de opdracht is volgens het bestek “het opsporen en ruimen van conventionele en toxische explosieven (CTE) op de stranden en in de duinen van de Vlaamse Kust”.

De werken worden in het bestek als volgt omschreven:

“De werken omvatten het vrijmaken van de stranden van CTE’s (mijnen, granaten, tellermijnen, projectielen en bommen...) tot op een diepte van minimum 2m onder het strandpeil op het ogenblik van de uitvoering.

- De uit te voeren handelingen omvatten hoofdzakelijk:
- het opsporen van ferromagnetische anomalieën op het droog strand, getijdenstrand en onder de laagwaterlijn
- aan de hand van opgemaakte kaarten, graaftabellen en beoordelingen, het vrijgraven van de verdachte anomalieën, het bepalen van de aard van de eventuele gevonden CTE’s.
- Het verlenen van de nodige bijstand bij:
 - het verwijderen of het ter plaatse vernietigen door het Ministerie van Landsverdediging, Dienst voor Opruiming en Vernietiging van Ontploffingstuigen (DOVO)
 - de zoekingswerken uitgevoerd door de archeologische diensten.
- Het uitgraven en afvoeren van anomalieën die geen CTE zijn.”

3.4. Het bestek bepaalt vijf gunningscriteria met elk een eigen weging:

1. de inschrijvingsprijs (20 punten);
 2. kwaliteit van de veiligheid (10 punten);
 3. kwaliteit van de volledigheid en nauwkeurigheid van het ruimen van de CTE (10 punten);
 4. kwaliteit van het team (7 punten);
 5. kwaliteit van de bewaring van het bestaande milieu (3 punten),
- met als uitsluitingscriterium het niet-behalen van een minimum van 21/30 punten voor de criteria 2 tot en met 5.

3.5. Drie ondernemingen dienen een aanvraag tot deelneming met offerte in: de verzoekende partij, de nv Aannemingen M. & J. Braet en de bvba BOM-be.

3.6. De opening van de offertes vindt plaats op 29 oktober 2018.

3.7. Op 19 november 2018 wordt een gunningsverslag van de ingediende offertes opgesteld.

De verwerende partij komt na onderzoek tot de conclusie dat zowel de verzoekende partij als de nv Aannemingen M. & J. Braet voldoen aan alle selectievoorwaarden. Zij worden aldus geselecteerd. De bvba BOM-be wordt niet geselecteerd omdat zij niet voldoet aan de vereiste technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid.

Vervolgens voert de verwerende partij een regelmatigheidsonderzoek. Zowel de offerte van de verzoekende partij als de offerte van de gekozen inschrijver worden regelmatig bevonden, en aan de vijf gunningscriteria getoetst.

Wat het criterium prijs betreft, heeft de verzoekende partij een prijsopgave gedaan van 679.348,39 euro, btw inbegrepen, en de gekozen inschrijver een prijsopgave van 643.613,74 euro, btw inbegrepen. Volgens de in het bestek vastgelegde formule worden aan de gekozen inschrijver 20 punten toegekend, en aan de verzoekende partij 19 punten.

Voor de overige vier gunningscriteria wordt aan de beide inschrijvers het maximum van de punten toegekend. De gekozen inschrijver behaalt aldus een totaalscore van 50/50 en de verzoekende partij 49/50.

3.8. Hierop beslist de verwerende partij op 12 december 2018 om de opdracht te gunnen aan de nv Aannemingen M. & J. Braet. Bij deze beslissing wordt het gunningsverslag van 19 november 2018 gevoegd om er integraal deel van uit te maken, en het wordt geheel onderschreven.

Dit is de bestreden gunningsbeslissing.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4. De verwerende partij werpt in de memorie van antwoord op dat de verzoekende partij geen belang heeft bij de nietigverklaring van de impliciete beslissing.

Beoordeling

5. Een beroep tegen de impliciete beslissing om de opdracht niet aan de verzoekende partij te gunnen is niet *a priori* onontvankelijk.

Het onderzoek naar de ontvankelijkheid van het beroep in de mate dat het gericht is tegen de impliciete weigeringsbeslissing om de opdracht aan de verzoekende partij te gunnen, hangt te dezen samen met het onderzoek en het gegrond bevinden van de middelen.

V. Vertrouwelijkheid

6. Bij de uiteenzetting van het eerste en het tweede middel vraagt de verzoekende partij dat de vertrouwelijkheid van bepaalde stukken wordt opgeheven. Die vragen worden bij de beoordeling van die middelen onderzocht en beantwoord.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

7. De verzoekende partij voert in een eerste middel de schending aan van artikel 71 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’

(hierna: wet overheidsopdrachten 2016), de artikelen 65, 67, 73, § 1, en 76, § 1, van het koninklijk besluit van 18 juli 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), van Deel C, Titel 1, Hoofdstuk 12, Afdeling 3, van het toepasselijk bestek nr. 16EH/18/23, van het algemeen rechtsbeginsel *patere legem quam ipse fecisti*, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijk motivering van de bestuurshandelingen’ (hierna: motiveringswet), “annex het beginsel van behoorlijk bestuur betreffende de motiveringsverplichting luidens hetwelk overheidsbeslissingen op in feite juiste en in rechte pertinente motieven dienen te zijn gesteund” en van het zorgvuldigheidsbeginsel.

8. In een eerste onderdeel acht de verzoekende partij het onmogelijk dat de gekozen inschrijver kan voldoen aan het selectiecriterium wat de economische en financiële draagkracht betreft, die wordt aangetoond met de “specifieke omzet” met betrekking tot het opsporen en ruimen van conventionele en toxische explosieven (hierna: CTE), die gemiddeld over de laatste drie boekjaren 500.000 euro exclusief btw moet bedragen. Volgens haar heeft de gekozen inschrijver enkel in het jaar 2015 een specifieke omzet gerealiseerd in het kader van de voorgaande door de afdeling Maritieme Dienstverlening en Kust aanbestede opdracht tot het opsporen en ruimen van CTE langsheen de kust. In de daaropvolgende jaren tot 2018 heeft de verzoekende partij deze opdracht uitgevoerd. Zij benadrukt dat het voorwerp van de voorliggende overheidsopdracht zeer specifiek is, dergelijke opdrachten beperkt zijn en dat de verzoekende partij en de inschrijver bvba BOM-be als gespecialiseerde ondernemingen ter zake gelden, doch niet de gekozen inschrijver, een algemene bouwonderneming, zodat een gemiddeld omzetcijfer van 500.000 euro binnen dit specifiek activiteitengebied door slechts zeer weinig ondernemingen kan worden gehaald. De verwijzing door de tussenkomende partij in de schorsingsprocedure naar twee grootschalige projecten uit de periode 2016, 2017 en 2018 vallen geheel of gedeeltelijk buiten de relevante periode, met name de periode 2015-2017, aldus de verzoekende partij, waarbij zij erop wijst dat het boekjaar van de tussenkomende partij gelijk loopt met een kalenderjaar. Ook betwist de

verzoekende partij de door de gekozen inschrijver opgegeven bedragen: die betreffen geenszins de specifieke omzet van het CTE-luik binnen die grotere opdracht, die veel meer omvat dan het opsporen en ruimen van CTE.

De verzoekende partij wenst ook, in het licht van haar gerede twijfel, inzage te krijgen in de afgelegde verklaringen.

9. In een tweede onderdeel betoogt de verzoekende partij dat de aanbestedende overheid ten onrechte rekening heeft gehouden met de door onderaannemers voorgelegde stukken, ter beoordeling van het selectiecriterium inzake technische bekwaamheid waarbij de inschrijvers moeten aantonen minstens te beschikken over drie voltijdse deskundigen, met minimaal drie jaar ervaring in het opsporen en ruimen van CTE. Uit het meegedeelde gunningsverslag blijkt dat, wat de opgave van referenties betreft, door de tussenkomende partij enkel intentieverklaringen met enkele onderaannemers werden toegevoegd, zonder dat hieruit blijkt of er wel degelijk sprake is van een verbintenis in de zin van artikel 73, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2017.

Voorts klaagt de verzoekende partij aan dat uit het gunningsverslag niet blijkt dat de aanbestedende overheid heeft nagegaan of de onderaannemers waarop de tussenkomende partij een beroep doet om te voldoen aan de hoger omschreven eisen inzake technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid, al dan niet voldoen aan de selectiecriteria en of er voor hen uitsluitingsgronden bestaan. Minstens bevat het gunningsverslag geen motivering aangaande dit onderzoek.

Indien wordt geoordeeld dat de intentieverklaringen van de onderaannemers op wiens draagkracht de tussenkomende partij een beroep doet, werkelijke verbintenissen tot terbeschikkingstelling van de nodige middelen bevatten en dat in de offerte van de tussenkomende partij is aangetoond dat de onderaannemers voldoen aan de selectievoorwaarden en niet worden getroffen

door uitsluitingsgronden, dan wenst de verzoekende partij inzage te verkrijgen in de betrokken onderdelen van de offerte.

10. In de memorie van wederantwoord antwoordt de verzoekende partij op de replieken van de verwerende partij en de tussenkomenende partij nog het volgende.

11. Wat het eerste onderdeel betreft, kan zij zich over de in de offertedocumenten opgegeven referenties geen oordeel vormen aangezien die als vertrouwelijk worden bestempeld en zij geen inzage verkrijgt. Wat de twee projecten te Diksmuide betreft, waar de tussenkomenende partij ook naar heeft verwezen in de schorsingsprocedure, benadrukt zij dat deze haar bekend zijn, aangezien zij zelf voor het luik opsporen en ruimen van CTE een offerte heeft ingediend, als onderaannemer voor een andere inschrijver, dan wel rechtstreeks bij de aanbestedende instantie. Deze kennis laat haar toe om volgende conclusies te maken: die projecten vallen grotendeels buiten de relevante periode en de component opsporen en ruimen van CTE is maar een klein onderdeel van de opdracht zodat de door de tussenkomenende partij opgegeven bedragen niet overeenstemmen met de werkelijkheid. De vier referenties vermeld op de website van de tussenkomenende partij onder de afdeling EOD (explosieven ontmijsningsdienst), laten niet toe te besluiten dat de EOD-activiteit een belangrijk deel van haar omzet vertegenwoordigt. Over de nieuwe stukken, met name de saldibalans grootboekrekeningen en de jaarrekeningen en boekhoudstukken voor de relevante jaren 2015, 2016 en 2017, die de tussenkomenende partij bij haar memorie voegt, kan de verzoekende partij evenmin oordelen aangezien die ook als vertrouwelijk worden bestempeld. Aangezien de tussenkomenende partij één rechtspersoon is, kan uit de gepubliceerde jaarrekeningen geen informatie worden gehaald aangaande de specifieke omzet inzake opsporen en ruimen van CTE. Uit de jaarverslagen van de raad van bestuur over de boekjaren 2015, 2016 en 2017, die deel uitmaken van de jaarrekeningen die bij de Nationale Bank van België zijn neergelegd, blijkt eerder dat zij op het vlak van het opsporen en ruimen van CTE over de relevante jaren 2015, 2016 en 2017 kampte met een dalende omzet.

Wat de verklaring van de bedrijfsrevisor betreft, merkt de verzoekende partij op dat zij daar geen bewering over kan doen nu deze niet wordt vrijgegeven; wél blijft zij erbij dat het verslag van de bedrijfsrevisor geen bijzondere bewijswaarde heeft, aangezien een dergelijke verklaring niet tot de professionele opdrachten behoort die de bedrijfsrevisor door of krachtens de wet worden toevertrouwd. Ten slotte blijft zij erbij dat de beoordeling of al dan niet voldaan is aan de omzetvereiste niet formeel gemotiveerd is: in het gunningsverslag wordt niet aangegeven welke de door de inschrijvers opgegeven omzet is of hoe deze omzet werd bepaald, noch hoe de verklaring van de bedrijfsrevisor is tot stand gekomen (op grond van controle van facturen of op een andere wijze).

12. Wat het tweede onderdeel betreft, betwist de verzoekende partij de repliek van de verwerende partij, dat de gekozen inschrijver geen beroep zou hebben gedaan op de draagkracht van deze onderaannemers voor het vervullen van de selectiecriteria, maar deze louter zou hebben betrokken bij de uitvoering van de opdracht. Zij wijst erop dat de verwerende partij dit standpunt in de schorsingsprocedure nooit heeft ingenomen en dat ook de tussenkomenende partij dit argument niet ontwikkelt. Voorts blijkt wel degelijk uit de evaluatie dat de tussenkomenende partij, om te voldoen aan de criteria, documenten heeft overgelegd uitgaande van onderaannemers en dat daarmee door de verwerende partij werd rekening gehouden: er werden intentieverklaringen voorgelegd, er werden stukken van deze onderaannemers in de offerte opgenomen, alsook cv's van deskundigen van gelieerde onderaannemers, met vermelding van de door hen uitgevoerde relevante projecten. De verzoekende partij blijft er dan ook bij dat de voorgelegde intentieverklaringen niet overeenstemmen met de verbintenisvereiste, bepaald in artikel 73, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2017. Zij kan overigens de argumentatie omtrent de inhoud van deze stukken niet beoordelen en ontmoeten, nu deze vertrouwelijk zijn. De beslissing is volgens haar ook op dit vlak niet formeel gemotiveerd, aangezien uit het gunningsverslag niet blijkt op welke wijze de intentieverklaringen zouden voldoen aan de verbintenisvereiste. Evenmin heeft de aanbestedende overheid nagegaan of de onderaannemers waarop de gekozen inschrijver een beroep doet voldoen aan de

selectiecriteria en of op hen geen uitsluitingsgronden van toepassing zijn, zoals voorgeschreven door artikel 73, § 1, tweede lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, minstens wordt hierover niets in het verslag vermeld. De uitsluitingsgronden vermeld in de artikelen 67 tot 70 van de wet overheidsopdrachten 2016 zijn eveneens van toepassing op elke entiteit op wiens draagkracht de inschrijver beroep doet om te voldoen aan de kwalitatieve selectievereisten, en hij dient hieromtrent attesten van de bevoegde overheid van het land waar de entiteit is gevestigd, voor te leggen.

13. In de laatste memorie herhaalt de verzoekende partij, wat het eerste onderdeel betreft, dat er wel degelijk voldoende redenen zijn om te twijfelen aan de specifieke omzet in hoofde van de tussenkomende partij, zelfs wanneer het voldoende is om slechts een gemiddelde omzet per boekjaar van 500.000 euro te behalen. Terwijl volgens de opstelling van het stuk dat uitgaat van de tussenkomende partij, zoals weergegeven in het auditoraatsverslag, de totale omzet over de boekjaren 2015, 2016 en 2017 een bedrag vertegenwoordigt “van meer dan 500.000, dat correct is opgeteld”, benadrukt zij dat de totale omzet minstens 1.500.000 euro moet bedragen. De verzoekende partij verwijst opnieuw naar de concrete stukken die zij aan haar dossier heeft toegevoegd waaruit blijkt dat de EOD-activiteiten van de tussenkomende partij beperkt zijn, in die mate dat de omzetvereiste moeilijk haalbaar is.

De verzoekende partij vraagt voorts de opheffing van de vertrouwelijkheid van de omzetverklaringen, alsook de stukken die aan het dossier zijn toegevoegd – de jaarrekeningen en de proef- en saldibalansen – zodat zijzelf deze stukken kan inzien, aangezien zowel de verwerende partij als de tussenkomende partij hun verweer steunen op de inhoud van die vertrouwelijke stukken. Zij meent dat er te dezen geen gevaar is voor de schending van de commerciële belangen en geen van de andere partijen op heden heeft aangetoond op welke wijze of om welke reden de kennisname door de verzoekende partij van de beperkte financiële informatie de commerciële belangen van de

tussenkomende partij zou schaden noch hoe deze voor haar een commercieel of concurrentieel voordeel zou opleveren.

De verzoekende partij herhaalt dat zij reeds aan de hand van publiek beschikbare informatie, namelijk de verslagen van de raad van bestuur over de boekjaren 2015-2017, heeft kunnen vaststellen dat de omzet van de zogenaamde “EOD-afdeling” van de tussenkomende partij onder druk staat.

Ook wat het tweede onderdeel van het eerste middel betreft, betoogt de verzoekende partij dat de beoordeling in het auditoraatsverslag dat er wel degelijk sprake is van effectieve verbintenissen, volledig is gesteund op de inhoud van de verklaringen, waarin zij omwille van vertrouwelijkheidsredenen geen inzage kan krijgen en waartegenover zij dan ook geen verweer kan voeren. Zij benadrukt dat omtrent de aard van de verbintenissen of het onderzoek daaromtrent in het verslag ook met geen woord wordt gerept. Ook hier wijst zij erop dat geen van de procespartijen op heden heeft aangetoond op welke wijze of om welke reden de kennisname door de verzoekende partij van de betrokken intentieverklaringen de commerciële belangen van de tussenkomende partij zou kunnen schaden. Zij herhaalt dan ook haar vraag tot opheffing van de vertrouwelijkheid.

De verzoekende partij wijst er voorts op dat haar middel in zoverre zij aanvoert dat de aanbestedende overheid niet heeft nagegaan of de onderaannemers waarop de tussenkomende partij een beroep doet, voldoen aan de selectiecriteria en of er voor hen uitsluitingsgronden bestaan, in het auditoraatsverslag niet werd beoordeeld. Zij vordert dan ook met toepassing van artikel 24, tweede en derde lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State om het auditoraat te gelasten met het onderzoek “van de zaak [...] met betrekking tot de gegrondheid van het middel en, in voorkomend geval, de ontvankelijkheid en gegrondheid van de overige middelen”.

Beoordeling

Eerste onderdeel

14. Artikel 67, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 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 :

[...]

2° een verklaring betreffende de totale omzet en, in voorkomend geval, de omzet van de bedrijfsactiviteit die het voorwerp van de opdracht is, over ten hoogste de laatste drie beschikbare boekjaren, afhankelijk van de oprichtingsdatum of van de datum waarop de ondernemer met zijn bedrijvigheid is begonnen, voor zover de betrokken omzetcijfers beschikbaar zijn;

[...].”

Met toepassing van deze bepaling heeft de verwerende partij in het bestek het volgende bepaald:

“De inschrijvers tonen hun financiële en economische draagkracht aan door de volgende documenten:

[...]

2) Een verklaring betreffende de totale omzet en de omzet van de bedrijfsactiviteit die het voorwerp van de opdracht is (uitvoeren opdrachten opsporen en ruimen van CTE) over ten hoogste de laatste drie beschikbare boekjaren, afhankelijk van de oprichtingsdatum of van de datum waarop de inschrijver met zijn activiteit is begonnen;

Selectie criterium: De specifieke omzet moet gemiddeld over de laatste drie boekjaren 500.000 euro excl. BTW bedragen.

De inschrijver dient de vereiste bewijsstukken toe te voegen aan de offerte.”

15. In zoverre de schending wordt aangevoerd van de artikelen 65, 71, en 76, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, is het middel niet ontvankelijk, aangezien de verzoekende partij niet uiteenzet waarom de in de

opdrachtdocumenten opgenomen eis inzake de economische en financiële draagkracht niet in overeenstemming zou zijn met deze wetsbepalingen. Het middel formuleert geen kritiek nopens het niveau gesteld in de opdrachtdocumenten en evenmin omtrent de bewijsmiddelen die kunnen worden gehanteerd. Voorts komt het onderzoek van de regelmatigheid van de offertes pas aan bod na de selectie en betreft de kritiek hier de selectie.

16. In het gunningsverslag, waarnaar de bestreden beslissing verwijst, wordt het resultaat van het onderzoek van de inschrijvers, waaronder de gekozen inschrijver, aan de hand van dit selectiecriterium als volgt weergegeven:

“2. Braet

Braet doet opgave van de totale omzet en van de specifieke omzet over de laatste drie jaar, gestaafd door een verklaring van de bedrijfsrevisor
Er wordt voldaan aan de selectievoorwaarde.”

Deze weerslag in het gunningsverslag is afdoende wanneer de verwerende partij deze verklaring aanvaardt. Minstens toont de verzoekende partij niet aan dat, indien een aanbestedende overheid van oordeel is dat voldaan is aan een selectiecriterium, zoals hier voor de drie geselecteerde inschrijvers het geval blijkt te zijn, de formelemotiveringsplicht oplegt dat meer wordt toegelicht dan te dezen reeds gedaan in het gunningsverslag.

In ieder geval blijkt uit de aan de Raad van State voorgelegde vertrouwelijke stukken van het administratief dossier, die de Raad bij zijn beoordeling mag betrekken, dat de gekozen inschrijver wel degelijk een specifieke omzet heeft die voldoet aan de vereiste van een gemiddelde over de laatste drie boekjaren van 500.000 euro, btw niet inbegrepen. Het feit dat de specifieke omzet in de boekjaren 2016 en 2017 volgens de verzoekende partij (aanzienlijk) lager is, doet aan die vaststelling geen afbreuk, aangezien de specifieke omzet in een bepaald boekjaar (aanzienlijk) lager en in een ander boekjaar (aanzienlijk) hoger kan zijn dan 500.000 euro, zodat het gemiddelde over de drie boekjaren wel aan het selectiecriterium kan voldoen.

De verwerende partij heeft aldus een verklaring, bevestigd door bedrijfsrevisoren, aanvaard, zoals is toegestaan bij artikel 67, § 1, tweede lid, 2°, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 en in het op de opdracht toepasselijk bestek. Er is geen grond om te twifelen aan het behalen van die specifieke omzetvereiste, zoals de verzoekende partij aanvoert, des te meer omdat uit de saldibalansen van de “grootboekrekeningen” die de tussenkomende partij bij haar memorie voegt, blijkt dat de “omzet EOD” in de boekjaren 2015, 2016 en 2017 exact overeenstemt met de omzetcijfers die werden opgegeven in de offerte en in de verklaring van de bedrijfsrevisoren. De verzoekende partij maakt bijgevolg niet aannemelijk dat de aanbestedende overheid onzorgvuldig of in strijd met het beginsel *patere legem quam ipse feciste* zou hebben gehandeld.

17. De voornoemde vaststellingen volstaan om te besluiten dat het eerste onderdeel moet worden verworpen, zonder dat de vertrouwelijkheid van de verklaring van de tussenkomende partij, de bedrijfsrevisoren en de saldibalansen moet worden gelicht.

De enige relevante cijfers voor de verzoekende partij uit de stukken waarvan zij de opheffing van de vertrouwelijkheid vraagt, betreft de “omzet EOD”. De Raad van State acht de kennisname door de verzoekende partij van deze financiële informatie omtrent de omzet echter niet nodig, nu hij zelf heeft kunnen vaststellen dat een duidelijk onderscheid werd gemaakt wat de “omzet EOD” betreft, en dat over de drie betrokken boekjaren de vereiste minimumomzet werd gehaald, wat ook volgens de verzoekende partij een louter wiskundige aangelegenheid is. Het is 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 betrekken en dit ook deed.

18. Het eerste onderdeel is ongegrond.

Tweede onderdeel

19. Artikel 73, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 luidt:

“Overeenkomstig artikel 78 van de wet, kan een ondernemer zich eventueel en voor een welbepaalde opdracht beroepen op de draagkracht van andere entiteiten, ongeacht de juridische aard van zijn band met die entiteiten, met betrekking tot de in artikel 67 bedoelde criteria inzake economische en financiële draagkracht en de in artikelen 68 en 70 bedoelde criteria inzake technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid. [...] Wanneer een ondernemer zich op de draagkracht van andere entiteiten wil beroepen, toont hij ten behoeve van de aanbestedende overheid aan dat hij zal kunnen beschikken over de nodige middelen, met name door overlegging van een verbintenis daartoe van deze andere entiteiten.

De aanbestedende overheid gaat overeenkomstig de artikelen 73 tot 76 van de wet na of de entiteiten op wier draagkracht een ondernemer zich wil beroepen, aan de selectiecriteria voldoen en of voor hen uitsluitingsgronden bestaan, onverminderd de mogelijkheid tot corrigerende maatregelen overeenkomstig artikel 70 van de wet. De aanbestedende overheid eist dat de ondernemer een entiteit waartegen gronden tot uitsluiting bestaan als bedoeld in de artikelen 67 en 68 van de wet of die niet voldoet aan een toe te passen selectie criterium, vervangt. De aanbestedende overheid kan bovendien eisen dat de ondernemer een entiteit waarbij er niet-verplichte uitsluitingsgronden als bedoeld in artikel 69 van de wet aanwezig zijn, vervangt. Het niet ingaan op een verzoek tot vervanging geeft aanleiding tot een beslissing tot niet-selectie. Onder dezelfde voorwaarden kan een combinatie van ondernemers zich beroepen op de draagkracht van de deelnemers aan de combinatie of van andere entiteiten.”

Wat de technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid betreft, wordt in het bestek het volgende bepaald:

“De inschrijvers tonen hun technische bekwaamheid aan door de volgende referentie(s):

- 1) De inschrijver legt een nota voor waarin aangetoond wordt dat hij beschikt over volgende aantoonbare kennis en ervaring:
 - o grondige kennis van de CTE, die kunnen worden aangetroffen in het onderzoeksgebied;
 - o kennis van de algemene samenstelling en van de specifieke gevaren van de verschillende soorten CTE, die kunnen worden aangetroffen in het onderzoeksgebied;
 - o kennis van en ervaring met de verschillende detectiemethodes op het vlak van CTE;

- o de aanmaak van kaartmateriaal.
- o identificatie van de CTE: deze identificatie omvat niet alleen het benoemen van de CTE, doch tevens het benoemen van de hoofdtoort, ondersoort, kaliber of type, eventueel geplaatste ontsteker(s), land van herkomst, wapeningstoestand en gevarentoestand; kennis van en ervaring met de verschillende detectiemethodes op het vlak van CTE;
- o kennis van de gevaren verbonden aan het laagsgewijs ontgraven van CTE;
- o kennis op het vlak van identificatie van CTE en het veiligstellen van de situatie.

Selectie criterium: De inschrijver moet aantonen te beschikken over alle elementen hierboven vermeld;

- 2) Een nominatief overzicht van deskundigen waarop hij beroep kan doen voor het uitvoeren van deze opdracht. Aan de hand van een gedetailleerde referentielijst van opdrachten uitgevoerd gedurende de laatste 5 jaren, met vermelding van de opdrachtoomschrijving, de naam en de coördinaten van de opdrachtgever, de datum van uitvoering van de opdracht, toont de inschrijver aan dat de door hem voorgestelde deskundigen over de vereiste kennis en ervaring beschikken.

Selectie criterium: De inschrijver moet minstens beschikken over drie voltijdse deskundigen met minimaal 3 jaar ervaring in het opsporen en ruimen van CTE afkomstig uit WO I en II, zodat er garanties kunnen worden geboden dat op twee locaties gelijktijdig kan geruimd worden.

- 3) [...]
- 4) [...].”

20. In het gunningsverslag, waarnaar de bestreden beslissing verwijst, wordt het resultaat van het onderzoek van de inschrijvers, waaronder de gekozen inschrijver, wat de “aantoonbare kennis en ervaring” betreft, als volgt weergegeven:

“2. Braet

Gelet op de toegevoegde intentieverklaring met enkele onderaannemers worden ook de voorgelegde stukken van deze onderaannemers in beschouwing genomen.

- De nodige documentatie en voorbeeldrapporten zijn toegevoegd waaruit de grondige kennis van de CTE, die kunnen worden aangetroffen in het onderzoeksgebied, blijkt.
- De nodige documentatie, voorbeeldrapporten en veiligheidsvoorschriften zijn toegevoegd waaruit de kennis van de algemene samenstelling en van de specifieke gevaren van de

verschillende soorten CTE, die kunnen worden aangetroffen in het onderzoeksgebied, blijkt.

- De kennis van en ervaring met de verschillende detectiemethodes op het vlak van CTE, wordt aangetoond door het voorleggen van voorbeeldrapporten en beschrijvingen van methodes.
- Er worden voorbeeldkaarten voorgelegd ter staving van de kennis inzake de aanmaak van kaartmateriaal.
- De nodige documenten, voorbeeldrapporten en veiligheidsvoorschriften worden voorgelegd waarbij de kennis bij identificatie van de CTE wordt gestaafd.
- De methodiek van uitgraving wordt toegelicht waarbij de kennis van de gevaren verbonden aan het laagsgewijs ontgraven van CTE wordt bevestigd.
- De kennis op het vlak van identificatie van CTE en het veiligstellen van de situatie blijkt uit de voorgelegde procedures en voorbeeldrapporten.

Er wordt voldaan aan de selectievoorwaarde.”

Wat het “nominatief overzicht van deskundigen” betreft waarop een inschrijver een beroep kan doen voor het uitvoeren van deze opdracht, wordt gesteld:

“2. Braet

Braet maakt de CV's met vermelding van de uitgevoerde relevante projecten over van de verschillende deskundigen, eigen en via gelieerde onderaannemers, waarover men kan beschikken.

Er wordt voldaan aan de selectievoorwaarde.”

21. Uit de verklaring van de tussenkomende partij daaromtrent in het offerteformulier en de motivering in het gunningsverslag blijkt dat, en ook op welke wijze, de gekozen inschrijver zich, wat de technische en beroepsbekwaamheid betreft, mag beroepen op de draagkracht van de in de offerte opgelijste onderaannemers.

De verzoekende partij betwist in de eerste plaats de bewijswaarde van de betrokken “intentieverklaringen” van de opgelijste onderaannemers. Uit de aan de Raad van State voorgelegde vertrouwelijke stukken van het administratief dossier, die de Raad bij zijn beoordeling mag betrekken, blijkt dat de gekozen inschrijver voor het selectiecriterium betreffende

de technische bekwaamheid - kennis en ervaring bedrijfsvoorstellingen, certificaten en referenties heeft voorgelegd van diverse onderaannemers en voor het tweede selectie criterium betreffende de technische bekwaamheid - referenties en deskundigen ook diploma's, getuigschriften en attesten van onderaannemers heeft voorgelegd. Voorts heeft de gekozen inschrijver in "Deel 3: Selectiecriteria" bij het onderdeel "artikel 78 Beroep op de draagkracht van andere entiteiten" in 11 bijlagen de "intentieverklaringen" van de onderaannemers gevoegd waar zij een beroep op doet.

Die "intentieverklaringen" blijken inhoudelijk ondubbelzinnige verbintenissen in te houden van elk van de onderaannemers die door de gekozen inschrijver zijn opgelijst, zodat het te dezen duidelijk is hoe de gekozen inschrijver zich mag beroepen op de draagkracht van andere entiteiten die zich hiertoe hebben verbonden. De aangewende bewoordingen bevestigen de vaststelling, die reeds in het tussenarrest nr. 243.853 van 28 februari 2019 in de schorsingsprocedure werd gemaakt, dat er sprake is van effectieve verbintenissen. Wanneer aldus uit zulke verklaringen een verbintenis blijkt van de betrokken entiteit op wiens draagkracht een inschrijver een beroep doet, maakt de verzoekende partij niet aannemelijk waarom de aanbestedende overheid niet mocht aanvaarden dat de gekozen inschrijver zich beriep op de technische bekwaamheid van de betrokken onderaannemers. Bijgevolg toont de verzoekende partij niet aan dat de verwerende partij artikel 73, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 en het zorgvuldigheidsbeginsel zou hebben geschonden door toe te laten dat de gekozen inschrijver zich beroept op de draagkracht van de in de offerte opgelijste onderaannemers.

De voormelde motivering doet er voorts van blijken dat de verwerende partij heeft nagegaan of deze onderaannemers voldoen aan de selectiecriteria en of er voor hen uitsluitingsgronden bestaan. Een bijkomend onderzoek aan het auditoraat opdragen om tot deze vaststelling te komen, is niet nodig. Indien een aanbestedende overheid van oordeel is dat voldaan is aan het selectie criterium, zoals hier voor de gekozen inschrijver en voor de verzoekende

partij het geval blijkt te zijn, legt de formelemotiveringsplicht niet op dat meer wordt toegelicht dan te dezen reeds is gedaan in het gunningsverslag.

22. Het voornoemde volstaat om te besluiten dat het tweede onderdeel moet worden verworpen, zonder dat de vertrouwelijkheid van de betrokken delen van de offerte van de gekozen inschrijver moet worden gelicht. De Raad van State heeft namelijk de waarachtigheid ervan kunnen vaststellen alsook het gegeven dat iedere “intentieverklaring” in wezen een verbintenis inhoudt.

23. Het tweede onderdeel is ongegrond.

Conclusie bij het middel

24. Enige schending van de in het middel ingeroepen bepalingen en beginselen is niet aannemelijk gemaakt. Het eerste middel is ongegrond.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

25. De verzoekende partij voert in een tweede middel de schending aan van de artikelen 76, §§ 1 tot 3 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, van het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, het Standaardbestek 250 voor de Wegenbouw (hierna: Standaardbestek 250), de Praktische Leidraad voor “Het preventief opsporen en ruimen van niet ontplofte conventionele en toxische explosieven in de ondergrond en de waterbodems” (hierna: Praktische Leidraad), de artikelen 2 en 3 van de motiveringswet en de materiële motiveringsplicht als beginsel van behoorlijk bestuur, het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel.

De verzoekende partij betoogt dat de offerte van de gekozen inschrijver substantieel onregelmatig is, omdat niet zou zijn voldaan aan de

technische bepalingen van het Standaardbestek 250, meer bepaald artikel 11.1 van afdeling 11, dat verwijst naar de Praktische Leidraad. Deze bepalingen schrijven de begeleiding voor door een erkend archeoloog, en een opsporingsploeg bestaande uit minimum twee CTE-deskundigen die beiden erkend zijn als metaaldetectorist conform het decreet van 12 juli 2013 ‘betreffende het onroerend erfgoed’ (hierna: het erfgoeddecreet) terwijl de gekozen inschrijver geen erkend archeoloog is en uit de beoordeling van het tweede gunningscriterium blijkt dat hij een ontmijnningsteam voorstelt dat slechts bestaat uit één CTE-deskundige en een kraanman met CTE-ervaring.

26. In haar memorie van wederantwoord benadrukt de verzoekende partij dat het bestek het Standaardbestek 250 van toepassing verklaart zodat de bepalingen inzake “detecteren, opsporen en ruimen van CTE” (hoofdstuk 4, afdeling 11) die verwijzen naar en gesteund zijn op de Praktische Leidraad en de bepalingen van de voormelde leidraad ook van toepassing zijn. Zij betwist de argumentatie van de verwerende partij en de tussenkomende partij dat het bestek zou voorzien in een voorrang van het bestek op het Standaardbestek 250. Volgens haar blijkt uit een eenvoudige lezing van de eerste zin van hoofdstuk A. “Algemeen”, dat het bestek slechts in een voorrang voorziet van de bestekbepalingen op de administratieve bepalingen van het Standaardbestek 250, doch niet op de technische bepalingen ervan. Voorts betwist zij hun argumentatie dat met de bestekbepaling 1.5 Deelopdracht “Opsporen en ruimen van CTE” dat luidt dat “het opsporen en ruimen van CTE binnen het projectgebied gebeurt onder begeleiding van een aanvaard CTE-deskundige” zou worden afgeweken van de technische bepaling uit het toepasselijk Standaardbestek 250, waar duidelijk wordt gesteld dat “het opsporen, blootleggen en identificeren van CTE gebeurt door een opsporingsploeg, bestaande uit minimum twee CTE-deskundigen die voldoen aan de bepalingen van 11.2.4.”. Indien anders hierover wordt geoordeeld, moet er volgens haar worden besloten dat het bestek tegenstrijdigheden bevat, minstens onduidelijk is. De verzoekende partij meent dat zij dergelijke grieven met betrekking tot het bestek wel nog ontvankelijk mag

aanvoeren, aangezien die volgens haar een situatie van rechtsonzekerheid creëren en geenszins meteen zichtbaar zijn.

Wat haar kritiek betreft dat de tussenkomende partij geen erkende archeoloog is, betwist zij haar repliek dat het project opsporen en ruimen van conventionele en toxische explosieven langs de Kust geen grootschalig CTE-saneringsproject zou zijn. Voorts herhaalt zij, in antwoord op de repliek van de verwerende partij en de tussenkomende partij dat de tussenkomende partij wel degelijk een beroep doet op een archeologisch onderzoeksbureau, dat zij in de onmogelijkheid is om deze feitelijke bewering te onderzoeken, aangezien de offertedocumenten die hierop betrekking hebben als vertrouwelijk worden bestempeld. Zij merkt evenwel hierbij op dat niet elk “archeologisch onderzoeksbureau” door het agentschap Onroerend Erfgoed als archeoloog (natuurlijke persoon of rechtspersoon) erkend is.

De verzoekende partij betwist eveneens hun argumentatie dat de titel van CTE-deskundige niet gereglementeerd en niet beschermd is. Met verwijzing naar artikel 11.2.4 “Personeel” van het Standaardbestek 250, artikel 3.5.1 van het erfgoeddecreet en afdeling 5 en 6 van het erfgoedbesluit, benadrukt zij dat de CTE-deskundige niet enkel ervaring moet hebben, maar in de eerste plaats kennis moet hebben van onder meer de eigenlijke explosieven met al hun kenmerken en van de verschillende methodes van detectie, en dat hij bovendien een metaaldetectorist moet zijn en dat die titel wel degelijk gereglementeerd is. Gelet op die eisen inzake ervaring, kennis en erkenning, meent zij dat een kraanman met CTE-ervaring niet gelijk te stellen is met een CTE-deskundige.

Ten slotte blijft zij erbij dat deze onregelmatigheid wel degelijk substantieel is.

27. In haar laatste memorie blijft de verzoekende partij erbij dat indien artikel 1.5 Deelopdracht “Opsporen en ruimen van CTE” wordt gelezen als

een afwijking op het Standaardbestek 250, het bestek niet correct wordt geïnterpreteerd en de draagwijdte van de bestekbepalingen wordt miskend; minstens moet worden besloten dat het bestek tegenstrijdigheden op essentiële punten bevat en op dit vlak onduidelijk is. Er bestaat volgens haar geen hiërarchie tussen de technische bepalingen van het Standaardbestek 250 en de overige bestekbepalingen en er is slechts een voorrang van de bestekbepalingen op de administratieve bepalingen uit het Standaardbestek 250. Zij herhaalt dat het bestek integendeel bepaalt dat naast de wettelijke en reglementaire voorschriften “[d]e technische bepalingen van het standaardbestek 250 voor de Wegenbouw (SB 250, verste 3.1a)” van toepassing zijn.

Wat de voorgeschreven begeleiding door een erkend archeoloog betreft, merkt zij op dat zij zich over de vaststelling dat de tussenkomende partij voor de begeleiding en rapportage een beroep kan doen op een archeoloog die door het agentschap Onroerend Erfgoed erkend is, niet kan uitspreken aangezien zij geen inzage heeft in de intentieverklaringen van de entiteiten op wiens draagkracht een beroep wordt gedaan. Bovendien, zo leidt zij af uit het auditoraatsverslag, wordt op diens draagkracht enkel een beroep gedaan in het kader van het aantreffen van vondsten “conform [artikel] 90 van het bestek”. Zij herhaalt dat een CTE-deskundige echter ook erkend dient te zijn als metaaldetectorist.

Ten slotte benadrukt zij dat het in het kader van een eerlijk proces, noodzakelijk is dat zij inzage verkrijgt in de relevante documenten.

Beoordeling

28. De verzoekende partij voert twee kritieken aan die de offerte van de tussenkomende partij substantieel onregelmatig zouden maken: enerzijds, het ontberen van een tweede CTE-deskundige, anderzijds, het niet beschikken over een erkend archeoloog.

29. Het Standaardbestek 250 bepaalt in de artikelen 11.3 en 11.4 dat het detecteren van CTE gebeurt onder leiding van een CTE-deskundige, die beschikt over de erkenning als metaaldetectorist conform het erfgoeddecreet, en het opsporen, blootleggen en identificeren van CTE gebeurt door een opsporingsploeg, bestaande uit minimum twee CTE-deskundigen, die eveneens over de voormelde erkenning beschikken.

In de Praktische Leidraad is te lezen:

“2.3 Opmaak bestek

2.3.1 Bestekvoorschriften

[...]

Bij grootschalige CTE-saneringsprojecten en/of sanering in zones waar er op basis van historische bronnen duidelijke evidentie is van de kans op aanwezigheid van archeologische structuren in de bodem (loopgrachten, depots,...) is een combinatie van CTE-sanering en archeologisch onderzoek noodzakelijk. Dit houdt in dat de CTE-sanering wordt begeleid door een erkend archeoloog. Deze archeoloog voert de nodige registraties uit, conform de bepalingen van het onroerenderfgoeddecreet.”

Onder punt “B. Technische bepalingen, 1. Algemene bepalingen” van het bestek wordt het volgende bepaald:

“1.4. Deelopdracht ‘Detecteren van CTE’

Het detecteren van CTE binnen het projectgebied gebeurt onder leiding van een competente en aanvaarde CTE-deskundige en heeft tot doel de verdachte anomalieën gelegen binnen het projectgebied in kaart te brengen.

[...]

1.5. Deelopdracht ‘Opsporen en ruimen van CTE’

Het opsporen en ruimen van CTE binnen het projectgebied gebeurt onder de begeleiding van een aanvaard CTE-deskundige en heeft tot doel het projectgebied CTE vrij te maken.

Vooraleer te starten met het opsporen van CTE, raadpleegt de deskundige het detectieverslag en bespreekt dit samen met de aanbestedende overheid om de prioriteiten en modaliteiten te bespreken.”

Onder punt “B. Technische bepalingen, 1. Postgewijze beschrijving van de opdracht” van het bestek wordt nog het volgende bepaald:

“1.8. Inzetten van een archeoloog

Inzet van een archeoloog voor de begeleiding en rapportage volgens de beschrijving in art. 90 AUR.

De post voor het inzetten van een archeoloog wordt uitgedrukt in VH uren.

Post 11 Inzetten van een archeoloog.”

Het bestek stelt bijgevolg voorop dat het detecteren, opsporen en ruimen van CTE gebeurt onder de begeleiding van één CTE-deskundige, en dat een archeoloog moet worden ingezet voor de begeleiding en rapportage van vondsten tijdens de werken.

30. In het bestek is onder punt “A Algemeen”, bepaald:

“De teksten van dit bestek vervolledigen, wijzigen of vervangen de teksten van:

[...]

2. het Standaardbestek administratieve bepalingen van toepassing voor de Standaardbestekken 250 (Wegenbouw), [...].”

Wat de technische specificaties onder punt “B. Administratieve voorschriften bij toepassing van de wet van 17/06/2020 inzake overheidsopdrachten” betreft, wordt in het bestek, bepaald:

“Naast de wettelijke en reglementaire voorschriften zijn de volgende documenten van toepassing op deze aanneming:

[...]

- de technische bepalingen van het standaardbestek 250 voor de Wegenbouw (SB 250, versie 3.1a);

[...].”

Het gegeven dat het bestek het Standaardbestek 250 – dat op zijn beurt verwijst naar de Praktische Leidraad – algemeen van toepassing verklaart, sluit niet uit dat het bestek hierop afwijkingen mag bepalen. De verzoekende partij maakt niet aannemelijk dat hierover onduidelijkheid zou kunnen bestaan: het voormelde artikel 1.5 van het bestek bepaalt duidelijk iets anders dan het artikel 11.4 van het Standaardbestek. De verzoekende partij verduidelijkt niet waarom het Standaardbestek 250 op dit vlak van dwingende

aard zou zijn, maar bevestigt integendeel zelf dat er geen hiërarchie bestaat. In dat geval heeft het bestek, dat de regels voor de specifieke opdracht bevat, wel degelijk voorrang.

31. Bovendien blijkt uit de offerte van de tussenkomende partij zoals vastgesteld in het gunningsverslag bij het tweede selectie criterium, “nominatief overzicht van deskundigen” dat de tussenkomende partij over “verschillende deskundige, eigen en via gelieerde onderaannemers” beschikt, die allen beschikken over de erkenning als metaaldetectorist conform het erfgoeddecreet. Enkel de titel van “erkende metaaldetectorist” is in België gereguleerd, namelijk in het erfgoeddecreet. Ook de kraanman van de tussenkomende partij, zo blijkt uit de offerte, is een erkend metaaldetectorist. Het uitgangspunt van de verzoekende partij faalt bijgevolg in feite.

Uit de offerte van de tussenkomende partij blijkt dat deze eveneens een archeoloog, erkend conform het erfgoeddecreet, heeft opgegeven, zodat het betoog ook op dit punt faalt.

32. Bijgevolg is niet aangetoond dat het lichten van de vertrouwelijkheid van het document waaruit blijkt met welke erkende archeoloog de tussenkomende partij zal werken, 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 heeft betrokken.

33. Het middel is niet gegrond.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

34. In een derde middel voert de verzoekende partij de schending aan van het algemeen rechtsbeginsel *patere legem quam ipse fecisti*, van het Standaardbestek 250 en de Praktische Leidraad, de artikelen 2 en 3 van de motiveringswet en van het materiële motiveringsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel.

De verzoekende partij betoogt in een eerste onderdeel dat aangezien de gekozen inschrijver geen erkende archeoloog is en, volgens de evaluatie van de verwerende partij, slechts een ontminningsteam van één CTE-deskundige aanbiedt, de gekozen inschrijver onterecht voor de gunningscriteria 2 tot 4, respectievelijk “kwaliteit van de veiligheid” (10 punten), “kwaliteit van de volledigheid en nauwkeurigheid van het ruimen van de CTE” (10 punten) en “kwaliteit van het team” (7 punten) telkens de maximale score heeft behaald. Deze puntentoekening is dus “hoogst onzorgvuldig opgebouwd”, en de onderliggende motieven daartoe zijn niet deugdelijk en pertinent te noemen. De verzoekende partij meent dat het prijsverschil tussen haar inschrijving en die van de gekozen inschrijver te verklaren is door het feit dat zij wel aandacht heeft gehad voor de kwetsieuze voorschriften die voorschrijven te werken met erkende archeologen en met een ontminningsteam van twee CTE-deskundigen die ook metaaldetectoristen zijn, en de gekozen inschrijver niet.

In een tweede onderdeel doet de verzoekende partij gelden dat een meting met behulp van magnetische systemen, zoals door de tussenkomende partij voorgesteld, niet kan garanderen dat alle CTE worden gedetecteerd zoals voorgeschreven door hoofdstuk 4.4.3 van de Praktische Leidraad en omschreven in het derde gunningscriterium “kwaliteit van de volledigheid en nauwkeurigheid van het ruimen van de CTE” (10 punten). Wat dit criterium betreft, heeft de verwerende partij aan zowel de gekozen inschrijver als aan de verzoekende partij

de maximumscore gegeven. Nochtans meent zij dat de door haar voorgestelde methode door middel van elektromagnetometrie wél een garantie op volledigheid van het ruimen van CTE biedt, dit in tegenstelling tot de methode van de gekozen inschrijver. Deze beoordeling is dus volgens haar eveneens onzorgvuldig gebeurd.

Zij wijst er ten slotte op dat, voor zover de Raad, ter beoordeling van dit tweede onderdeel, omtrent bepaalde technische aspecten deskundig advies nodig heeft, zich de aanstelling van een deskundige opdringt, met als opdracht de door de gekozen inschrijver voorgestelde detectiemethode te onderzoeken en technisch advies te geven over de vraag of deze methode de vereiste volledigheid en nauwkeurigheid van het ruimen van CTE garandeert.

35. De verzoekende partij benadrukt in de memorie van wederantwoord omtrent het eerste onderdeel dat de kwaliteiten waarover een CTE-deskundige volgens het standaardbestek moet beschikken rechtstreeks verband houden met de kwaliteit van de veiligheid en met de volledigheid en de nauwkeurigheid van het ruimen van CTE en dat de samenstelling van het effectief ingezette team – bij de tussenkomende partij is dat een CTE-deskundige en een kraanman met CTE-ervaring, terwijl bij de verzoekende partij dat een team is van twee CTE-deskundigen, waarvan één een opleiding als kraanman heeft genoten – rechtstreeks verband houdt met de kwaliteit van het team. Zij wijst erop dat “[d]e reden waarom het Standaardbestek 250 en de Praktische Leidraad, beide van toepassing op de aanneming, voor het opsporen en ruimen van CTE een ontmiijningsploeg van minimum 2 CTE-deskundigen voorschrijven, is gelegen in de bezorgdheid om de veiligheid en de kwaliteit (volledigheid en nauwkeurigheid) te garanderen”. Omwille van die reden, is volgens haar eveneens “de tussenkomst van een erkend archeoloog vereist: de archeoloog wordt betrokken bij de risico-inschatting (kans op aanwezigheid van CTE aan de hand van historische gegevens) en bij de registratie van de CTE als archeologische vondsten”.

Wat het tweede onderdeel betreft, blijft de verzoekende partij erbij dat haar techniek meer garanties op volledigheid en nauwkeurigheid biedt dan de techniek van de tussenkommende partij en dat dit door de verwerende partij en de tussenkommende partij niet wordt weerlegd, er zelfs niet op wordt geantwoord.

Zij vordert, ter bevestiging van haar stelling, het advies van een niet-partijdige expert.

36. In de laatste memorie benadrukt de verzoekende partij dat het eerste onderdeel “is geënt op de vaststelling dat de tussenkommende partij geen erkende archeoloog is (minstens op die archeoloog geen beroep wordt gedaan als metaaldetectorist) en voor het opsporen en ruimen van CTE slechts 1 CTE-deskundige inzet”, zodat de gelijke quoterings van de verzoekende partij en de tussenkommende partij niet redelijk is. Niettegenstaande onderdelen van de waardering van de offerte van de tussenkommende partij voor het tweede gunningscriterium, waarin wordt ingegaan op de beheersing van de gevaren bij toxische munitie, het duikteam en de instelling van een veiligheidsperimeter in afwachting van de tussenkommende DOVO, nuttige elementen kunnen bevatten, neemt dit volgens haar niet weg “dat het opsporen en ruimen van CTE wordt uitgevoerd door 1 CTE-deskundige, wat minder waarborgen biedt op het vlak van veiligheid en kwaliteit dan de werkwijze van de verzoekende partij (inzet van 2 CTE-deskundigen). De reden waarom het Standaardbestek 250 en de Praktische Leidraad eisen dat met 2 CTE-deskundigen wordt gewerkt, is nu juist gelegen in het waarborgen van de veiligheid en de kwaliteit”.

Betreffende het tweede onderdeel blijft de verzoekende partij erbij dat de detectiemethode van de tussenkommende partij minder garanties biedt op de volledigheid van de detectie in vergelijking met haar eigen methode, nu deze ertoe zal leiden dat anomalieën met een lage magnetische signatuur (bijvoorbeeld tellermines) aan detectie zullen ontsnappen, wat een invloed heeft

op de volledigheid van de detectie zodat de gelijke quotering van de beide inschrijvers, ook hier niet redelijk verantwoord is.

De verzoekende partij merkt ten slotte nog op dat de aanstelling van een deskundige noodzakelijk kan zijn om de Raad van State te adviseren.

Beoordeling

Eerste onderdeel

37. De gunningscriteria 2 tot en met 4 worden als volgt omschreven in punt “B. Administratieve voorschriften bij toepassing van de wet van 17/06/2016 inzake overheidsopdrachten” van het bestek:

“Criterium 2: kwaliteit van de veiligheid (10 punten)

Het plan van aanpak beschrijft in detail het verloop van activiteiten en handelingen.

De inschrijver toont aan met behulp van een eigen risicoanalyse op basis van een inschatting van de te verwachten CTE welke collectieve en persoonlijke beschermingsmaatregelen er genomen worden. (4 punten)

De inschrijver geeft tevens een beschrijving van het specifiek in te zetten materieel in functie van deze veiligheidsvoorschriften. (3 punten)

De inschrijver geeft aan hoe de maatregelen inzake veiligheid ingerekend worden in de inschrijving en dit volgens de bepalingen van art. 30, 1° en 30, 2° van het KB van 25.01.2001 betreffende de tijdelijke of mobiele bouwplaatsen. (2 punten)

De inschrijver deelt mee welke (aanvullende) verzekeringscontracten voor deze opdracht worden afgesloten. (1 punt)

Criterium 3: kwaliteit van de volledigheid en nauwkeurigheid van het ruimen van de CTE (10 punten)

De inschrijver beschrijft de detectiemethode in functie van de gegarandeerde volledigheid van de ontmijning, de gegarandeerde maximale detectiediepte, het gegarandeerde minimale gewicht van de detectie, het percentage aan valse targets en staft dit met eigen procedures of voorschriften. (8 punten)

De nauwkeurigheid van de plaatsbepaling en dieptebepaling dient te worden aangetoond. (2 punten)

Criterium 4: kwaliteit van team (7 punten)

De inschrijver geeft nominatief een team van medewerkers op die zal instaan voor de uitvoering van de werken met betrekking tot het detecteren, uitgraven, bepalen van het springtuig, assistentie bij ontmijning... Bij de vermelding van de teamleden wordt expliciet de

ervaring met ontminning vermeld alsook de specifieke terreinkennis. (5 punten)
Het bevat ook een noodplan met interventietijd van personeel en materieel. (2 punten).”

38. Zowel de verzoekende partij als de gekozen inschrijver krijgen 10/10 voor het tweede en het derde gunningscriterium, en tevens het maximum van 7/7 op het vierde gunningscriterium “kwaliteit van het team”.

39. De verzoekende partij stelt in wezen vast, zoals in het tweede middel, dat de tussenkomende partij werkt met een ontminningsteam van één CTE-deskundige en een kraanman met CTE-ervaring, terwijl zij werkt met twee CTE-deskundigen waarvan één opgeleid tot kraanman, en een erkende archeoloog, die ook allen metaaldetectoristen zijn, en dit niet het geval zou zijn bij de gekozen inschrijver. Zij meent bijgevolg dat zij op die criteria beter, en de tussenkomende partij minder, had moeten scoren.

Reeds bij de beoordeling van het tweede middel werd vastgesteld dat zij hierbij uitgaat van een verkeerd uitgangspunt: de gekozen inschrijver werkt ook met CTE-deskundigen die metaaldetectorist zijn – ook ander personeel, waaronder een kraanman, zijn als metaaldetectorist gekwalificeerd volgens het erfgoeddecreet – en hij doet ook een beroep op een erkend archeologisch onderzoeksbureau. Voorts blijft de verzoekende partij in gebreke aan te tonen waarom de enkele vaststelling dat de gekozen inschrijver werkt met een ontminningsteam met één CTE-deskundige en een kraanman met CTE-ervaring, die allebei ook metaaldetectoristen zijn, noodzakelijkerwijze zou moeten leiden tot een mindere quotering dan haar werkwijze, die bestaat uit de inzet van twee CTE-deskundigen, waarvan één opgeleid is tot kraanman.

40. Het eerste onderdeel is ongegrond.

Tweede onderdeel

41. In dit onderdeel bekritiseert de verzoekende partij de door de gekozen inschrijver gekozen werkwijze om de volledigheid en nauwkeurigheid van het ruimen van de CTE – dit is het derde gunningscriterium dat wordt gequoteerd op 10 punten – te garanderen. Zij betoogt dat met die werkwijze niet is voldaan aan punt 4.4.3 van de Praktische Leidraad.

Uit artikel 4.4.3 van de Praktische Leidraad volgt dat het de aannemer zelf is die de meest optimale detectiemethode bepaalt, zolang er maar een gebiedsdekkende detectie wordt gegarandeerd.

42. In de eerste plaats wordt vastgesteld dat, buiten de loutere bewering in het algemeen dat de detectiemethode van de gekozen inschrijver geen volledig gebiedsdekkende detectie zou garanderen, de verzoekende partij geen nadere kritiek formuleert op de betrokken motieven in het gunningsverslag, die een uitgebreide beschrijving bevatten van de voorstellen van beide inschrijvers inzake kwaliteit van de volledigheid en de nauwkeurigheid van het ruimen van de CTE aan de hand van de detectiemethode.

Uit die motivering blijkt dat beide inschrijvers als detectiemethode de “ferromagnetische survey” en “magnetometers” beschrijven. De tussenkomen partij maakt voor de droge uitvoering gebruik van “fluxgate magnetometers in gradiënt geplaatst voor de detectie waardoor hinderende omgevingsfactoren tot een minimum beperkt worden”; “Er wordt gebruik gemaakt van twee verschillende detectiesystemen waardoor de interne controle ook geborgd wordt. Tijdens de benadering wordt ook een magnetic locator aangewend en wordt ook gezocht naar gemaskeerde targets door uitvoering van een nadetectie”. De verzoekende partij werkt ook met een “ferromagnetische survey” en “magnetometers” en maakt voor de droge uitvoering van de opdracht gebruik van “multi-sonde gradiometrie” en “[i]ndien de omgevingsfactoren te storend zijn, kan overgeschakeld worden naar een tweede aanvullende meting

met een elektromagnetometer [...] Dit zal eerder beperkt zijn op het strand [...]. Tijdens de benadering wordt nog gebruik gemaakt van een metaaldetector”.

Op grond van de lezing van de uitgebreide motivering waarin de werkwijze van zowel de verzoekende partij als de tussenkomende partij wordt toegelicht en gelijkwaardig bevonden, ziet de Raad van State niet in en de verzoekende partij verduidelijkt niet op concrete en bevattelijke wijze waarom haar methode beter zou zijn.

43. Daargelaten het al dan niet verplichtend karakter van de Praktische Leidraad, blijft de verzoekende partij in gebreke aan te tonen dat motieven aangaande de overeenstemming van de werkwijze van de tussenkomende partij met de voorschriften die de opdracht beheersen ondeugdelijk zouden zijn, en dat de werkwijze, zoals door de tussenkomende partij voorgesteld, niet dezelfde garanties zou bieden als de hare.

44. Het volstaat niet beweringen en hypothesen over de door de tussenkomende partij voorgestelde methode voor het ruimen van conventionele en toxische explosieven neer te schrijven opdat de Raad van State ertoe wordt gebracht om een deskundige aan te stellen om de juistheid van een en ander na te gaan. Om eventueel tot de aanstelling van een deskundige aanleiding te kunnen geven, moeten de beweringen en hypothesen door een minimum aan concrete en verifieerbare gegevens gestaafd en geloofwaardig worden gemaakt. Aan dit vereiste voldoet de verzoekende partij niet.

45. Het tweede onderdeel moet worden verworpen.

Conclusie bij het middel

46. Enige schending van de in het middel ingeroepen bepalingen en beginselen is niet aangetoond. Het derde middel is ongegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 20 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

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

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Pierre Barra,	staatsraad,
Patricia De Somere,	staatsraad,

bijgestaan door

Greta Scheveneels,	griffier.
--------------------	-----------

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Dierk Verbiest