

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 248.827 van 4 november 2020
in de zaak A. 231.996/XII-8972**

In zake: de NV AQUAENERGIA
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Gauthier Eryyn en Astrid De Houwer
kantoor houdend te 1060 Brussel
Hermann-Debrouxlaan 40
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

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

Tussenkommende partij:

de NV AWO
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Wouter Moonen en Thomas Christiaens
kantoor houdend te 3500 Hasselt
Gouverneur Roppesingel 131
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 13 oktober 2020, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van De Watergroep 25/09/2020 waarbij perceel 9 van de overheidsopdracht voor werken met als voorwerp ‘Raamovereenkomst voor het vernieuwen en/of uitbreken van bestaande drinkwateraftakkingen in de

distributiezones 1-10' werd gegund aan de nv AWO, en niet aan nv. AQUAENERGIA”.

II. Verloop van de rechtspleging

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

Met een verzoekschrift van 21 oktober 2020 heeft de nv AWO gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 29 oktober 2020, om 11.00 uur.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Gauthier Eryvn en Astrid De Houwer, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaat Ian Arnouts, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Thomas Christiaens, die verschijnt voor de tussenkomende 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 voor het vernieuwen en/of uitbreken van bestaande drinkwateraftakkingen in de distributiezones 1-10”.

De opdracht is onderverdeeld in 10 percelen:

- Perceel 1, distributiezaone 1, Westhoek
- Perceel 2, distributiezaone 2, Leie
- Perceel 3, distributiezaone 3, Gaver-Meetjesland
- Perceel 4, distributiezaone 4, Waasland
- Perceel 5, distributiezaone 5, Dender-Pajot
- Perceel 6, distributiezaone 6, Noord-Oost Ring
- Perceel 7, distributiezaone 7, Dijle-Hageland
- Perceel 8, distributiezaone 8, Haspengouw
- Perceel 9, distributiezaone 9, Lage Kempen
- Perceel 10, distributiezaone 10, Kempen en Maasland

3.2. De opdracht is bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 2 april 2020 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 6 april 2020.

3.3. De Belgische overheidsopdrachtenregelgeving in de speciale sectoren is van toepassing.

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

3.5. De eerste fase van de plaatsingsprocedure, de oproep tot kandidaatstelling, wordt geregeld door de “selectienota 20200015”. De tweede fase, de gunningsfase, wordt geregeld door het “bestek 20200015” .

3.6. In de selectienota worden de volgende modaliteiten met betrekking tot de percelen opgenomen:

- “• Er zal een raamovereenkomst afgesloten worden met 1 deelnemer per perceel.
- Indien de inschrijver later in aanmerking komt voor gunning van meerdere percelen, dan dient aan de volgende voorwaarden voldaan te zijn:

Aantal percelen	Bedrag van omzet
1	€ 600.000
2	€ 1.200.000
3	€ 1.800.000
4	€ 2.400.000
5	€ 3.000.000
6	€ 3.600.000
7	€ 4.200.000
8	€ 4.800.000
9	€ 5.400.000
10	€ 6.000.000

”

3.7. In het bestek wordt inzake de percelen bepaald:

“•Inschrijvingsformulieren: Gelieve in het inschrijvingsformulier aan te duiden (via dropdown) voor welk perceel u wenst in te schrijven. Voor elk perceel waarvoor u wenst in te schrijven dient er een inschrijvingsformulier te worden toegevoegd.

[...]

• Er mogen offertes ingediend worden voor één, meer of alle percelen.

Het aantal percelen die per inschrijver kunnen worden toegewezen is:

Aantal percelen	Minimum gemiddelde totale jaarlijkse omzet over de laatste drie afgesloten boekjaren
1	€ 600.000
2	€ 1.200.000
3	€ 1.800.000
4	€ 2.400.000
5	€ 3.000.000
6	€ 3.600.000
7	€ 4.200.000
8	€ 4.800.000
9	€ 5.400.000
10	€ 6.000.000

Indien de inschrijver een offerte voor meerdere percelen indient, vermeldt hij de voorkeurvorgorde voor de gunning van deze percelen (bijlage 9). Voor elk perceel zal de inschrijver een afzonderlijke offerte indienen op basis van een afzonderlijk inschrijvingsformulier.”

3.8. Negentien aanvragen tot deelneming worden ontvangen, waaronder deze van de verzoekende partij en van de nv AWO .

3.9. Bij beslissing van 28 juli 2020 selecteert de verwerende partij onder meer de verzoekende partij en de nv AWO.

3.10. De verzoekende partij en de nv AWO dienen een offerte in voor perceel 9.

3.11. Het gunningsverslag dateert van 8 september 2020.

Aan de nv AWO wordt het hoogste puntenaantal toegekend voor perceel 9. De verzoekende partij wordt als tweede gerangschikt.

3.12. Op 25 september 2020 beslist de verwerende partij om het perceel 9 toe te wijzen aan de nv AWO.

Dit is de bestreden beslissing.

3.13. Per aangetekend schrijven en per e-mailbericht van 28 september 2020 wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat haar offerte voor het perceel 9 niet is gekozen.

3.14. Per e-mailbericht van 7 oktober 2020 meldt de verzoekende partij aan de verwerende partij dat de nv AWO “zich niet kandidaat heeft gesteld” voor perceel 9 en verzoekt zij om “uw eventuele motivatie of actie [te] laten weten”.

Per e-mailbericht van 8 oktober 2020 antwoordt de verwerende partij:

“De eisen inzake kwalitatieve selectie werden in de selectienota (punt 2.2) algemeen (en dus niet per perceel) omschreven.

Er werd nergens bepaald dat de kandidaten dienden aan te geven voor welke percelen zij zich kandidaat wensten te stellen.
Het opgeven van de keuze inzake de percelen werd dan ook niet voorzien in ‘bijlage 1 aanvraag tot deelneming’.
In de selectiebeslissing werd vervolgens bepaald dat de geselecteerde kandidaten in aanmerking kwamen voor de opdracht in haar geheel.”

IV. Tussenkoms

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

V. Ontvankelijkheid

5. De ontvankelijkheid van de vordering, in zoverre deze is gericht tegen de impliciete weigeringsbeslissing, en derhalve ook de daarop betrokken exceptie van de verwerende partij, houden verband met de grond van de zaak.

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 het enig middel

Uiteenzetting

7. In een enig middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 2, 25°, *juncto* artikel 120, artikel 137 en artikel 147 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), van de artikelen 57 en 62 van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de speciale sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), van het beginsel van de gelijke behandeling van de inschrijvers en non-discriminatie voortvloeiend uit de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en artikel 4 van de wet overheidsopdrachten 2016, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, “waaronder het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel, het proportionaliteitsbeginsel, het mededingingsbeginsel en de materiële en formele motiveringsplicht”.

Samengevat licht de verzoekende partij toe dat het bestek weersprekt dat alle aanvragen tot deelneming en offertes worden vermoed te worden ingediend voor alle percelen. De kandidaten dienden in hun aanvraag tot

deelneming, door middel van hun Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA), aan te geven voor welk perceel zij zich kandidaat stellen.

Uit het proces-verbaal van opening van de aanvragen tot deelneming blijkt dat de nv AWO zich enkel voor de percelen 8 en 10 kandidaat heeft gesteld. Perceel 9 is aldus gegund aan een ondernemer die hiervoor geen kandidatuur of aanvraag tot deelneming heeft ingediend en bijgevolg niet mocht worden geselecteerd.

Beoordeling

8. Artikel 2, 25°, van de wet overheidsopdrachten 2016 definieert de onderhandelingsprocedure met voorafgaande oproep tot mededinging als “de plaatsingsprocedure waarbij elke belangstellende ondernemer naar aanleiding van een oproep tot mededinging een aanvraag tot deelneming mag indienen, waarbij alleen de geselecteerde kandidaten een offerte mogen indienen en waarbij over de voorwaarden van de opdracht kan worden onderhandeld met de inschrijvers, en die uitsluitend van toepassing is op de opdrachten die onder het toepassingsgebied van titel 3 vallen”.

Artikel 137 van dezelfde wet bepaalt:

“De aanbestedende entiteit kan beslissen een opdracht te plaatsen in de vorm van afzonderlijke percelen waarvan zij de omvang en het voorwerp bepaalt.

De aanbestedende entiteit vermeldt in de aankondiging van de opdracht, in het verzoek tot bevestiging van belangstelling, of wanneer tot mededinging is opgeroepen in een aankondiging inzake het bestaan van een kwalificatiesysteem, in de uitnodiging tot inschrijving of tot onderhandeling, of offerte kunnen worden ingediend voor één, voor meer, dan wel voor alle percelen.

De voorwaarden en regels van artikel 58, § 2, zijn van toepassing. De verwijzing naar de aankondiging van een opdracht moet evenwel gelezen worden als een verwijzing naar de aankondiging van de opdracht of de uitnodiging tot bevestiging van belangstelling, tot inschrijving, of tot onderhandeling.”

Artikel 57 van het koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren 2017 bepaalt voorts:

“Bij opdrachten verdeeld in percelen kan de aanbestedende entiteit het minimale niveau bepalen dat vereist is voor de kwalitatieve selectie :

1° voor elk perceel afzonderlijk;

2° in geval van gunning van meerdere percelen aan dezelfde inschrijver.

Wanneer de aanbestedende entiteit toepassing maakt van het eerste lid, 2°, onderzoekt ze bij de gunning van de percelen in kwestie, of er is voldaan aan het vereiste minimale niveau.

Wanneer de opdrachtdocumenten het opleggen en de aanbestedende entiteit toepassing maakt van het eerste lid, 2°, vermeldt de inschrijver die offertes voor meerdere percelen indient, zijn voorkeurvolgorde voor de gunning van deze percelen.”

Artikel 62, eerste lid, van hetzelfde koninklijk besluit herhaalt dat in een onderhandelingsprocedure met voorafgaande in oproep tot mededinging enkel de geselecteerde kandidaten een offerte mogen indienen.

9. In zoverre de tussenkomende partij de ontvankelijkheid van het middel betwist om reden dat de verzoekende partij “haar feitelijk relaas niet [zou verbinden] aan een juridische argumentatie waaruit de onwettigheid van de bestreden beslissing kan blijken”, wordt de exceptie verworpen. Uit het betoog van de tussenkomende partij blijkt dat zij, net als de verwerende partij, goed heeft begrepen dat de grief van de verzoekende partij betrekking heeft op de draagwijdte van de selectiebeslissing van 28 juli 2020 en van daaruit de mogelijkheid voor de nv AWO om een offerte in te dienen voor het in geding zijnde perceel 9.

10. Ten gronde wordt in de eerste plaats vastgesteld dat noch in de aankondiging van de opdracht, noch in de selectienota (zie randnummer 3.6), noch in de bijlage 1 bij de selectienota bevattende het modelformulier van de aanvraag tot deelneming, aan de geïnteresseerde ondernemingen wordt gevraagd om reeds bij de aanvraag tot deelneming aan te geven voor welke percelen zij zich kandidaat wensen te stellen. Het verplicht bij de aanvraag tot deelneming te voegen UEA lijkt niet anders te kunnen worden begrepen. Het standaard UEA vermeldt: “Vermeld, indien van toepassing, het perceel/de percelen waarop de ondernemer wil inschrijven.” en lijkt, aldus gelibelleerd, terug te koppelen naar de

opdrachtdocumenten, die in deze fase van de plaatsingsprocedure –zoals opgemerkt– niet lijken op te leggen een dergelijke keuze aan te geven.

Dit spoort op het eerste gezicht met het feit dat de eisen inzake kwalitatieve selectie in de selectienota algemeen en dus, anders dan bedoeld in het aangehaalde artikel 57, eerste lid, 1°, van het koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren 2017, niet voor elk perceel afzonderlijk worden omschreven. Dit laatste wordt door de verzoekende partij overigens niet betwist.

11. De verzoekende partij lijkt zich, om het tegendeel aan te tonen, te beroepen op het bestek dat in het kader van een onderhandelingsprocedure met voorafgaande oproep tot mededinging de gunningsfase regelt. Deze fase is evenwel de tweede fase van de plaatsingsprocedure. De gevolgtrekkingen die de verzoekende partij maakt uit de besteksbepalingen met betrekking tot de mogelijkheid om offertes in te dienen voor één, meer of alle percelen, reeds in de fase van de selectie en de aanvraag tot deelneming, lijken geen steun te vinden in de opdrachtdocumenten en in de door de verzoekende partij als geschonden ingeroepen bepalingen van de wet overheidsopdrachten 2016 en het koninklijk besluit plaatsing 2017.

12. Noch de overheidsopdrachtenregelgeving, noch de toepasselijke opdrachtdocumenten lijken bijgevolg de kandidaat op te leggen zijn keuze voor één, meerdere of alle percelen reeds in de aanvraag tot deelneming uit te drukken en vast te leggen.

Het vertrouwelijk stuk 5 van het administratief dossier van de verwerende partij, bevattende de aanvraag tot deelneming van de nv AWO, lijkt in het verlengde van hetgeen voorafgaat, nergens een beperking tot specifieke percelen te vermelden. Het relevante vak van het UEA zoals bijgevoegd door de nv AWO is in zoverre blanco gebleven.

13.1. De verzoekende partij verwijst evenwel naar het proces-verbaal van opening van de aanvragen tot deelneming, dat enkel melding maakt van de percelen 8 en 10. De verzoekende partij leidt hieruit af dat de nv AWO zich enkel

kandidaat heeft willen stellen voor deze percelen 8 en 10 en bijgevolg enkel is geselecteerd voor deze percelen. In die redenering mocht de nv AWO geen offerte indienen voor andere percelen, waaronder het perceel 9, laat staan dit perceel gegund krijgen.

13.2. In haar nota verklaart de verwerende partij dat de nv AWO “vermoedelijk [...] in [het] elektronisch inschrijvingsformulier bij de vraag over de percelen ten indicatieven titel een vermelding [heeft] gemaakt van percelen 8 en 10”. De verwerende partij vervolgt dat deze vermelding niet relevant is, aangezien dit niet werd vereist door de opdrachtdocumenten die bepalen dat de keuze inzake de percelen pas in de offerte diende te gebeuren. Bovendien moet volgens de verwerende partij bij een eventuele tegenstrijdigheid de eigenlijke aanvraag tot deelneming primeren op de informatie uit het proces-verbaal van opening.

13.3. De controle door de aanbestedende overheid van de inhoud van het proces-verbaal van opening lijkt te moeten gebeuren met eerbiediging van de toepasselijke opdrachtdocumenten.

Daargelaten de ruimere vraag of in die redenering een inschrijver die, zonder daartoe verplicht te worden door de opdrachtdocumenten, reeds in de aanvraag tot deelneming zijn keuze van percelen uitdrukt, al dan niet moet worden gesanctioneerd als zijn latere offerte blijf zou geven van een andere keuze, is uit het voorliggende dossier gebleken dat noch het aanvraagformulier van de nv AWO, noch het bijgevoegde UEA een uitdrukkelijke beperking tot specifieke percelen bevatten. Deze vaststelling lijkt op het eerste gezicht te hebben kunnen volstaan voor de verwerende partij om geen rekening te houden met de afwijkende inhoud van het proces-verbaal van opening van de aanvragen tot deelneming.

14. De verzoekende partij kan dan ook niet worden bijgevalen in haar standpunt dat de selectiebeslissing ten aanzien van de nv AWO restrictief moet worden begrepen in functie van de percelen vermeld in het proces-verbaal van opening van de aanvragen tot deelneming.

Aangezien de verwerende partij op het eerste gezicht terecht heeft kunnen oordelen dat de selectie van de nv AWO gold voor de opdracht in zijn geheel, lijkt de nv AWO met respect voor de door de verzoekende partij als geschonden ingeroepen bepalingen en beginselen, wel degelijk een offerte voor perceel 9 te hebben kunnen indienen om ditzelfde perceel later ook gegund te krijgen.

15. Het enig middel is niet ernstig.

VIII. Besluit

16. Het enig middel is niet ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv AWO tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt 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 partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op een rolrecht van 150 euro.

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

Johan Bovin,
bijgestaan door

Silja Doms,

De griffier

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De voorzitter

Silja Doms

Johan Bovin