

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 250.356 van 20 april 2021
in de zaak A. 233.241/XII-9056**

In zake: de NV DC INDUSTRIAL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D’Hooghe en Alexandre Peytchev
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de NV DE VLAAMSE WATERWEG
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Steven Van Geeteruyen en Laura Kempeneers
kantoor houdend te 3700 Tongeren
Pieelpoel 13
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partijen:

1. de NV DEME ENVIRONMENTAL CONTRACTORS
2. de NV DREDGING INTERNATIONAL
3. de NV GHENT DREDGING
samen vormend een tijdelijke maatschap
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Bob Martens, Alec Van Vaerenbergh en Andi Zrza
kantoor houdend te 1000 Brussel
Wolstraat 70
bij wie woonplaats wordt gekozen
4. de NV HENS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Ria Hens
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
Verlatstraat 23-25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 22 maart 2021, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van de Vlaamse Waterweg die zij met een aangetekend schrijven en een e-mail van 5 maart 2021 aan DC Industrial ter kennis heeft gebracht houdende (i) de selectie van Aannemingsbedrijf Aertssen NV; Hens NV en TM DEC-Dredging International-Ghent Dredging in het kader van de overheidsopdracht ‘Exploitatie DOP Vliegveld Lochristi’ (besteknr. ARW-20-049), en (ii) de niet-selectie van DC Industrial”.

II. Verloop van de rechtspleging

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

Met een verzoekschrift van 31 maart 2021 hebben de nv Deme Environmental Contractors, de nv Dredging International en de nv Ghent Dredging, samen vormend een tijdelijke maatschap, gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

Met een verzoekschrift van 31 maart 2021 heeft de nv Hens gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 13 april 2021, om 11.00 uur.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaat David D’Hooghe, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Laura Kempeneers, die verschijnt voor de verwerende partij, advocaten Bob Martens en Andi Zrza, die verschijnen voor de eerste, tweede en

derde tussenkomende partij, en advocaat Hilde Vermeiren, die *loco* advocaat Ria Hens verschijnt voor de vierde tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Inge Vos 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 voor werken uit met als voorwerp “Exploitatie DOP Vliegveld Lochristi”.

Het betreft volgens de selectieleidraad een gemengde opdracht in de zin van artikel 21 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), waarbij er zowel sprake is van een overheidsopdracht voor werken als van een opstalrecht dat aan de opdrachtnemer wordt verleend.

De aankondiging en de selectieleidraad vermelden onder meer:

“Het doel van de opdracht is de realisatie van de aanvulling met 4,5 tot 5 miljoen m³ bodemmaterialen op de Site Oud Vliegveld. Hiervoor is de aanbestedende overheid op zoek naar een opdrachtnemer die de betrokken site zal exploiteren. In het kader van deze exploitatie zal de opdrachtnemer bepaalde prestaties moeten leveren [...]. Bovendien zal de opdrachtnemer een opstalrecht op de betrokken site verkrijgen voor de duur van de opdracht om deze site te exploiteren.”

Als gunningswijze wordt gekozen voor de mededingingsprocedure met onderhandeling.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 20 juli 2020 en het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 24 juli 2020.

3.3. De selectieleidraad 'ARW-20-049 Exploitatie DOP Vliegveld Lochristi' bevat aangaande de technische en beroepsbekwaamheid de volgende selectievereisten:

“Technische en beroepsbekwaamheid

De kandidaten tonen hun technische en beroepsbekwaamheid aan door overlegging van de volgende referentieprojecten:

- 1 referentieproject die betrekking heeft op de exploitatie van een site voor de berging van bodemmateriële OF die betrekking heeft op de exploitatie van een stortplaats EN waarbij de exploitatie minstens 3 jaar door de kandidaat werd uitgevoerd.
- 1 referentieproject m.b.t. het aanleggen, onderhouden en exploiteren van een persleiding voor grond/specie-transport waarbij minstens 50.000 m³/maand baggerspecie/bodemmaterialen meer dan 4 km diende te worden verpompt EN in totaliteit minstens 1 miljoen m³ werd verpompt en opgespoten.

Teneinde geselecteerd te kunnen worden dienen beide referenties duidelijk aan te tonen dat de kandidaat ervaring heeft met soortgelijke opdrachten en dit zowel met betrekking tot:

- de exploitatie van een DOP/stortplaats, dit zowel wat betreft de dagdagelijkse werking als m.b.t. vergunningstechnische aspecten die bij dergelijke exploitatie komen kijken
- de operationele werking van een persleiding voor grond/specie-transport (ontwerp en dimensionering, aanleg, bepalen verpompbaarheid specie, verpompbare debieten, onderhoud van leiding, ...)

Een referentieproject kan een activiteit omvatten die in één of meerdere contractuele bestellingen werden uitgevoerd voor eenzelfde opdrachtgever binnen eenzelfde inhoudelijk programma.

Voor de beoordeling van dit selectie criterium dient de kandidaat een fiche m.b.t. het referentieproject bij diens aanvraag tot deelneming te voegen, waarin duidelijk het volgende wordt toegelicht:

- Voorwerp en korte beschrijving van het referentieproject;
- Locatie van de site;
- Indien van toepassing, opdrachtgever in wiens opdracht deze site werd geëxploiteerd
- Looptijd van de exploitatie door de kandidaat;
- Bergingscapaciteit van de site;
- Jaarlijks bergingsvolume aan bodemmateriële of afvalstoffen.

Bovendien dient de kandidaat een attest van goede uitvoering bij diens aanvraag tot deelneming te voegen uitgaande van de opdrachtgever voor

wie de exploitatie in het kader van het referentieproject gebeurde, indien van toepassing.

De kandidaat verklaart op het UEA of hij al dan niet voldoet aan de selectiecriteria. De kandidaat voegt daarnaast ook de vereiste bewijsstukken toe aan de aanvraag tot deelneming zoals hierboven aangegeven. Zie IV.7. voor meer informatie over het UEA.”

Aangaande de mogelijkheid om een beroep te doen op de draagkracht van derden voor het vervullen van de selectiecriteria bepaalt de selectieleidraad wat volgt:

“IV.6 Beroep op de draagkracht van andere entiteiten

De kandidaat kan zich, met het oog op het voldoen aan de selectiecriteria uit IV.5., beroepen op de draagkracht van onderaannemers of andere entiteiten, ongeacht de juridische aard van zijn band met die entiteiten.

In geval van beroep draagkracht, zijn de volgende regels van toepassing:

- De kandidaat voegt de nodige documenten toe aan zijn aanvraag tot deelneming, waaruit de verbintenis van deze onderaannemers of andere entiteiten blijkt om de voor de opdracht noodzakelijke middelen ter beschikking te stellen van de kandidaat.

Voor de opmaak van de bovenvermelde verbintenis kan gebruik gemaakt worden van het model “Verbintenis terbeschikkingstelling middelen”, dat als bijlage 2 bij deze selectieleidraad gevoegd werd.

- Op deze onderaannemers of entiteiten op wiens draagkracht men beroep doet, mogen geen uitsluitingsgronden van toepassing zijn zoals bedoeld in bepaling IV.4., onverminderd de mogelijkheid om corrigerende maatregelen te laten gelden. Voor deze onderaannemers of entiteiten dienen tevens de vereiste documenten bedoeld in bepaling IV.4. bij de aanvraag tot deelneming te worden gevoegd.

- Indien de kandidaat beroep doet op draagkracht in het kader van studie- en beroepskwalificaties of relevante beroepservaring, is hij verplicht om voor de uitvoering van de opdracht daadwerkelijk beroep te doen op de onderaannemers op wiens draagkracht hij beroep doet.

Het inzetten van andere onderaannemers is onderworpen aan de voorafgaande toestemming van de aanbestedende overheid.

- Indien de kandidaat een beroep doet op de draagkracht in het kader van economische en financiële criteria, zijn de kandidaat en de entiteiten of onderaannemers waarop deze zich beroept, hoofdelijk aansprakelijk voor de uitvoering van de opdracht.

De entiteiten of onderaannemers in kwestie dienen deze hoofdelijke aansprakelijkheid schriftelijk te aanvaarden in de bovenvermelde verbintenis.

Onder dezelfde voorwaarden kan een combinatie van ondernemers zich beroepen op de draagkracht van de deelnemers aan de combinatie of van andere entiteiten.

Indien de kandidaat geselecteerd wordt om in de tweede fase van de plaatsingsprocedure een offerte in te dienen, zal de aanbestedende overheid controleren of de vermeldingen inzake beroep op de draagkracht in de offerte overeenstemmen met die in de aanvraag van deelneming.”

Wat de indiening van het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (hierna: UEA) betreft, bepaalt de selectieleidraad onder meer:

“IV.7 Uniform Europees Aanbestedingsdocument

De kandidaat legt overeenkomstig artikel 73 van de Wet Overheidsopdrachten een ingevuld Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA) voor. Het UEA bestaat uit een eigen verklaring dat op de kandidaat geen uitsluitingsgrond van toepassing is (zie IV.4.) en dat de kandidaat voldoet aan de selectiecriteria (zie IV.5.).

[...]

Vereiste ondersteunende documenten

De invulling van het UEA neemt niet weg dat de kandidaat daarnaast ook de vereiste bewijsstukken voor de toetsing aan de voorgeschreven selectiecriteria (Zie IV.5.) en de vereiste bewijsstukken voor het nazicht van de uitsluitingsgronden (Zie IV.4.) toevoegt aan zijn aanvraag tot deelneming.

[...]

Bijkomende vereisten

De kandidaat moet tevens:

- een ingevuld UEA voorleggen voor elke deelnemer van een combinatie van ondernemingen die optreedt als kandidaat, en voor elke onderaannemer of andere entiteit op wiens draagkracht de kandidaat beroep doet (Zie IV.6.);
- in geval de kandidaat een combinatie van ondernemingen is, aanduiden welke deelnemer aan de combinatie zal optreden als vertegenwoordiger naar de aanbestedende overheid toe, in deel II.B. van het UEA.

De aanbestedende overheid kan de kandidaten tijdens de procedure ten allen tijde verzoeken de vereiste ondersteunende documenten geheel of gedeeltelijk in te dienen wanneer dit noodzakelijk is voor het goede verloop van de procedure.”

Aangaande de toe te voegen documenten bepaalt de selectieleidraad:

“IV.8 Toe te voegen documenten

De aanvraag tot deelneming bestaat minstens uit de volgende documenten:

- ingevuld Uniform Europees Aanbestedingsdocument voor de kandidaat;
- verbintenis van onderaannemers of andere entiteiten op wiens draagkracht de kandidaat beroep doet in het kader van het voldoen aan de selectiecriteria (IV.5.);
- ingevuld Uniform Europees Aanbestedingsdocument voor de onderaannemers of andere entiteiten op wiens draagkracht de kandidaat zich beroept, en voor alle deelnemers aan de combinatie zonder rechtspersoonlijkheid;
- de overige bewijsmiddelen inzake uitsluiting (IV.4.);
- de vereiste documenten in het kader van de selectiecriteria (IV.5.);
- ingevuld formulier voor de aanvraag tot deelneming;
- indien de kandidaat ervoor kiest de aanvraag tot deelneming en het UEA te ondertekenen, de nodige documenten toe waaruit de bevoegdheid blijkt van de persoon of de personen die ondertekenen om de onderneming te binden (uittreksel uit de statuten, volmacht, ...);”

3.4. Zeven kandidaten, waaronder de verzoekende partij, dienen een aanvraag tot deelneming in.

3.5. Met een schrijven en e-mailbericht van 12 november 2020, verduidelijkt met een e-mailbericht van 17 november 2020, verzoekt de verwerende partij in het kader van het selectie-onderzoek de verzoekende partij om conform artikel 66, § 3, van de wet overheidsopdrachten 2016, de volgende aanvullende informatie/verduidelijkingen aan te leveren: “M.b.t. het door u aangeleverde referentieproject voor het DOP Artilaval Dilsen-Stokkem hadden wij graag aanvullende informatie en een nader bewijs ontvangen omtrent de rol die DC Industrial nv exact op zich heeft genomen in het kader van dit referentieproject en welke de rol van Artilaval nv en Bioterra nv exact was.”

Dit schrijven wordt door de verzoekende partij beantwoord met een schrijven van 19 november 2020.

3.6. In het selectieverslag van 2 februari 2021 wordt bij de beoordeling van de ontvankelijkheid van de aanvragen tot deelneming het

volgende vermeld aangaande de aanvraag tot deelneming van de verzoekende partij:

“DC INDUSTRIAL NV

De aanvraag tot deelneming van DC Industrial nv is onontvankelijk en onregelmatig omwille van de hiernavolgende reden.

Bij het eerste nazicht van de aanvraag tot deelneming van deze kandidaat kon niet dadelijk worden vastgesteld dat deze aanvraag tot deelneming onontvankelijk en onregelmatig is. In het formulier voor de aanvraag tot deelneming verklaart de betrokken kandidaat immers dat hij zich NIET beroept op de draagkracht van een onderaannemer of een andere entiteit om te voldoen aan de selectiecriteria. Bij grondig onderzoek van de aanvraag tot deelneming van deze kandidaat op basis van de selectiecriteria is evenwel gebleken dat deze kandidaat wel degelijk beroep doet op de draagkracht van andere entiteiten teneinde te kunnen voldoen aan de selectiecriteria. Voor verdere verduidelijking omtrent de entiteiten op wiens draagkracht deze kandidaat beroep heeft gedaan bij de selectiecriteria en de wijze waarop, wordt verwezen naar punt 2.2.2 van onderhavig verslag.

De aanbestedende overheid verduidelijkt in dit verband dat de betrokken kandidaat dan ook wel degelijk verder in het selectie-onderzoek werd betrokken, daar de onontvankelijkheid en de onregelmatigheid van deze aanvraag tot deelneming slechts in een later stadium van het onderzoek gebleken is. Het verder betrekken van deze kandidaat in het onderzoek, doet evenwel geen afbreuk aan het feit dat de aanvraag tot deelneming van DC Industrial nv onontvankelijk en onregelmatig is en dat om deze reden de betrokken kandidaat niet kan worden geselecteerd.

Naar aanleiding van het onderzoek naar de selectiecriteria is gebleken dat DC Industrial nv minstens beroep doet op de draagkracht van Bioterra nv. De betrokken kandidaat heeft evenwel nagelaten een UEA voor Bioterra nv bij diens aanvraag tot deelneming te voegen. Nochtans is het toevoegen van een UEA bij de aanvraag tot deelneming voor de entiteiten of onderaannemers op wiens draagkracht beroep wordt gedaan verplicht ingevolge artikel 73 van de WOO en ingevolge de selectieleidraad. In dit verband wordt verwezen naar de uiteenzetting m.b.t. Van Loo Projects nv, waar deze bepalingen nader worden verduidelijkt.

Bovendien heeft de aanbestedende overheid de betrokken kandidaat niet de mogelijkheid gegeven om nadien nog een UEA voor Bioterra nv in te dienen, aangezien artikel 73 WOO immers duidelijk stelt dat het UEA moet worden voorgelegd op het ogenblik van de indiening van de aanvragen tot deelneming. In dit verband wordt ook verwezen naar het hierboven reeds aangehaalde arrest van de Raad van State (RvS 10 juli 2018, nr. 242.092).

Conclusie: In navolging van deze rechtspraak van de Raad van State wordt de aanvraag tot deelneming van DC Industrial nv onontvankelijk en onregelmatig bevonden en wordt deze kandidaat dan ook niet geselecteerd.

Zoals gesteld, werd de betrokken kandidaat wel verder in het selectie-onderzoek betrokken, daar de onontvankelijkheid en de onregelmatigheid van deze aanvraag tot deelneming slechts in een later stadium van het onderzoek gebleken is. De aanvraag tot deelneming van deze kandidaat wordt dan ook nader besproken in onderhavig selectieverslag. Het verder betrekken van deze kandidaat in het onderzoek, doet evenwel geen afbreuk aan het feit dat de aanvraag tot deelneming van DC Industrial nv onontvankelijk en onregelmatig is en dat om deze reden de betrokken kandidaat niet kan worden geselecteerd.
(...)”

Aangaande de uitsluitingsgronden en selectiecriteria vermeldt het selectieverslag voorts:

“Er werd voor elke kandidaat nagegaan of deze zich niet in een geval van uitsluiting bevindt conform de artikelen 67 tot 69 en of deze voldoet aan de in het bestek vastgestelde selectiecriteria conform artikel 71 Wet overheidsopdrachten, (...)

Alle kandidaten hebben een Uniform Europees aanbestedingsdocument (UEA) bij hun aanvraag tot deelneming gevoegd voor zichzelf en in voorkomend geval voor de derden op wiens draagkracht de kandidaat beroep doet in de zin van artikel 78 van de WOO, met uitzondering van (...), DC Industrial nv (...). Zie in dit verband de opmerkingen voor deze kandidaten onder punt 1.3.

[...]

2.2 Selectiecriteria

Er werd - conform artikel 71 WOO en artikel 65-73 KB Plaatsing - nagegaan of de kandidaten voldoen aan de selectiecriteria vermeld in de selectieleidraad.

[...]

2.2.2 Technische en beroepsbekwaamheid

[...]

Voorafgaand: Algemene opmerking inzake het beroep op de draagkracht van een andere entiteit

Vooraleer nader besproken wordt of de overgebleven kandidaten al dan niet voldoen aan het selectie criterium inzake de technische en beroepsbekwaamheid verduidelijkt de aanbestedende overheid wanneer er

sprake is van het beroep op de draagkracht van een andere entiteit om te voldoen aan de selectiecriteria in de zin van artikel 78 van de WOO en artikel 73 van het KB Plaatsing. Van beroep op de draagkracht van een andere entiteit is sprake van zodra een kandidaat zich beroept op referenties, ervaring, expertise, ... van een andere zelfstandige rechtspersoon en dit ongeacht de juridische aard van de band met deze rechtspersoon. Er is aldus ook sprake van beroep op draagkracht wanneer bijvoorbeeld een onderneming beroep doet op referenties van een dochteronderneming, die aldus een zelfstandige rechtspersoon betreft. Conform de WOO en het KB Plaatsing worden er specifieke voorwaarden verbonden aan de mogelijkheid om zich te beroepen op de draagkracht van een andere entiteit.

DC INDUSTRIAL NV

Wat het gevraagde referentieproject 1 betreft, wordt er door deze kandidaat een referentieproject naar voren gebracht in de aanvraag tot deelneming, dat de kandidaat zelf benoemt als het project Artilaval. Dit project heeft betrekking op een voormalige zand- en grindwinningsput te Dilsen-Stokkem waar een DOP activiteit werd opgestart. Hoewel het betrokken project aan al de gestelde minimumeisen lijkt te voldoen, was het op basis van de documenten gevoegd bij de aanvraag tot deelneming geheel niet duidelijk welke rol de kandidaat (zijnde de rechtspersoon DC Industrial nv) bij de uitvoering van dit project had gespeeld. De aanbestedende overheid verwijst naar de volgende passages uit de aanvraag tot deelneming, die de indruk wekken dat het betrokken referentieproject juist door andere rechtspersonen werd uitgevoerd en dat de expertise en ervaring zich derhalve ook bij deze andere rechtspersonen bevindt in plaats van bij de kandidaat:

‘Artilaval nv (net als Bioterra nv) is een dochteronderneming van DCI en is eigenaar van een voormalige zand- en grindwinningsput te Hoeveweg z/n te Dilsen-Stokkem, het is ook de naam van het project waarbij in deze voormalige zand- en grindwinningsput een DOP activiteit werd opgestart. De voorbereidingsfase voor de bouw en milieuvergunning werd vanaf 2005 georganiseerd door Bioterra nv.

Later volgde de exploitatie van de DOP door Bioterra nv, initieel was er bergingscapaciteit van 1.160.000 m³.’ (...)

‘Artilaval en Bioterra zijn volledig verantwoordelijk voor de opvolging van de aanvoer, de berging in de groeve, de grondmechanische verdichting en de realisatie van de eindafwerking en natuurinrichting van de groeve.’ (...)

‘De DOP Artilaval wordt dagdagelijks in eigen beheer uitgebaat door Bioterra NV, Artilaval is de eigenaar van de groeve.’ (...)

‘Volgende onderdelen m.b.t. de vergunningstechnische herbestemming van de groeve van ‘recreatieve nabestemming’ naar ‘natuur’ werden

ingevuld door Bioterra NV, Luc Nizet van DCI en Dhr. Johan Rutten van studiebureau J.R. EConsult BV te Kinrooi.’ (...)

Gelet op de bovenstaande vermeldingen in de aanvraag tot deelneming van deze kandidaat was het bijzonder onduidelijk welke rol de kandidaat zelf had gespeeld in het kader van dit referentieproject. Om deze reden heeft de aanbestedende overheid op 12/11/2020 verduidelijking gevraagd aangaande de rol die de kandidaat exact op zich heeft genomen in het kader van dit referentieproject en welke de rol van Artilaval nv en Bioterra nv exact was.

De kandidaat heeft tijdig de aanvullende informatie aangeleverd en uit deze aanvullende informatie is wel degelijk gebleken dat de rol die de kandidaat zelf bij dit referentieproject heeft gespeeld dermate klein is dat deze zich niet zelf op dit project kan beroepen om aan te tonen dat de kandidaat zelf aan het betrokken selectie criterium m.b.t. het gevraagde referentieproject 1 voldoet. In dit verband kan verwezen worden naar de volgende passages uit de aangeleverde aanvullende informatie:

‘Artilaval nv is eigenaar van een voormalige zand- en grindgroeve te Dilsen-Stokkem/Maasmechelen. Artilaval nv heeft in het jaar 2004 de voormalige zand- en grindgroeve te DilsenStokkem/Maasmechelen verworven.’

‘Artilaval nv heeft nooit zelf personeel in dienst gehad. Ze heeft steeds beroep gedaan op de managementovereenkomst met Bioterra nv, dewelke een centrale sturing heeft – zowel operationeel als administratief – vanuit hun gedeelde maatschappelijke zetel te Bilzerweg 15 B-3600 Genk.’

‘Alle nodige stappen in het kader van de nieuwe vergunning van de voormalige groeve zijn gezet door personeel van Bioterra (in het bijzonder Dhrn. Wouter Geebelen en Wouter Vermin) en DC Industrial (Dhr. Luc Nizet, bijgestaan door de expertise van haar raadgever Dhr. Johan Rutten (JR Econsult).’

‘Alle aanvragen m.b.t. de mogelijkheid tot het verwerken van gronden (te Bioterra Genk) en/of valoriseren van gronden (te Dilsen-Stokkem/Maasmechelen) komen allen toe in het kantoor van Bioterra te Genk en worden door het commercieel, administratief en technisch personeel afgehandeld. De verwerkingsmogelijkheden worden afgetoetst aan de acceptatiecriteria van zowel Bioterra nv als Artilaval nv. Het is overduidelijk dat beide activiteiten complementair zijn en best volledig binnen hetzelfde kader gemanaged worden. Bioterra NV wordt hiervoor vergoed door Artilaval nv via een fee per aangevoerde ton.’

Uit de bovenstaande passages blijkt overduidelijk dat de kandidaat enkel ervaring heeft opgebouwd m.b.t. de vergunningstechnische aspecten (fase

vergunningstraject) die bij dit referentieproject zijn komen kijken. De exploitatie van de site werd uitgevoerd door Bioterra nv in opdracht van Artilaval nv. Uit de aanvullende informatie blijkt overigens dat Artilaval nv niet over eigen personeel beschikt, waardoor deze steeds beroep doet op Bioterra nv.

Hiermee is duidelijk dat de kandidaat zelf niet aan alle eisen m.b.t. het gevraagde referentieproject 1 voldoet, want de kandidaat heeft niet ingestaan voor de exploitatie van de betrokken site en heeft derhalve geen ervaring opgedaan met betrekking tot de dagdagelijkse werking van een dergelijke site in het kader van het voorgestelde referentieproject. De kandidaat beroept zich in feite dan ook op de draagkracht van Bioterra nv om aan alle selectie-eisen m.b.t. het gevraagde referentieproject 1 te voldoen. Dit gegeven als dusdanig lijkt ook door de kandidaat te worden bevestigd in de aangeleverde aanvullende informatie:

‘Uit de bijgevoegde publicaties van het Belgisch Staatsblad blijkt dan ook dat zowel Bioterra nv als Artilaval nv dezelfde bestuurder bezitten, zijnde DC Industrial nv. DC Industrial nv is de moedermaatschappij van Bioterra nv en Artilaval nv, en kan gebruik maken van haar referenties, erkenningen en certificaten.’

Zoals in punt 1.3 van onderhavig selectieverslag reeds werd vermeld, dient er een UEA bij de aanvraag tot deelneming te worden gevoegd voor elke entiteit op wiens draagkracht beroep wordt gedaan. Aangezien de kandidaat heeft nagelaten een UEA voor Bioterra nv bij diens aanvraag tot deelneming te voegen, is de aanvraag tot deelneming van de kandidaat sowieso onontvankelijk en onregelmatig.

Bovendien koppelt artikel 73 van het KB Plaatsing ook de volgende voorwaarde aan de mogelijkheid om zich te beroepen op de draagkracht van een andere entiteit:

‘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.’

In de aanvraag tot deelneming van de kandidaat werd het bewijs niet geleverd dat de kandidaat zal kunnen beschikken over de nodige middelen van Bioterra nv. Evenmin werd in dit verband een verbintenis vanwege Bioterra nv voorgelegd. Dit heeft tot gevolg dat de kandidaat zich niet op de draagkracht van Bioterra nv kan beroepen met het oog op het voldoen aan de selectiecriteria. Bijgevolg voldoet de kandidaat niet aan de gestelde selectie-eisen m.b.t. het gevraagde referentieproject 1.

Wat het gevraagde referentieproject 2 betreft, verwijst de kandidaat naar haar werkzaamheden voor het Agentschap Maritieme Dienstverlening en

Kust. De kandidaat wijst op de totale hoeveelheid aan zand die werd opgespoten, op variërende persafstanden van 2 tot 5 km en op specifieke weekproducties, maar het is onduidelijk of er effectief sprake is geweest van persleiding voor grond/specietransport waarbij minstens 50.000 m³/maand baggerspecie/bodemmaterialen meer dan 4 km diende te worden verpompt. Bij de eerste bevraging van deze kandidaat omtrent selectiecriteria, waarbij de informatie omtrent het gevraagde referentieproject 1 werd opgevraagd (zie supra), werd omtrent het tweede gevraagde referentieproject nog geen verduidelijking gevraagd. Aangezien evenwel na deze eerste bevraging gebleken is dat de betrokken kandidaat niet geselecteerd kan worden omwille van een andere reden (zie punt 1.3 en onderhavig punt), heeft de aanbestedende overheid ervoor geopteerd om de verduidelijking m.b.t. het tweede gevraagde referentieproject niet meer op te vragen met het oog op de administratieve vereenvoudiging en teneinde de betrokken kandidaat niet onnodig te belasten.

De kandidaat voldoet niet aan het selectie criterium inzake de technische en beroepsbekwaamheid.
(...)”

Vervolgens wordt voorgesteld om de verzoekende partij en drie andere kandidaten niet te selecteren.

Komen volgens het selectieverslag wel in aanmerking voor selectie: de nv Aannemingsbedrijf Aertssen, de nv Hens en de tm DEC-Dredging International-Ghent Dredging.

3.7. In de niet-gedateerde gemotiveerde selectiebeslissing wordt de motivering en het besluit in het selectieverslag geheel onderschreven en worden vier kandidaten, waaronder de verzoekende partij, niet geselecteerd. Tevens wordt beslist om de nv Aannemingsbedrijf Aertssen, de nv Hens en de tm DEC-Dredging International-Ghent Dredging te selecteren en uit te nodigen tot het indienen van een offerte.

3.8. Met een aangetekend schrijven en e-mailbericht van 5 maart 2021 wordt de verzoekende partij van deze beslissing in kennis gesteld en worden haar de motieven voor haar niet-selectie meegedeeld.

IV. Tussenkoms

4. De nv Deme Environmental Contractors, de nv Dredging International en de nv Ghent Dredging, samen vormend een tm, en de nv Hens blijken voordeel te halen uit de bestreden beslissing en hebben er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moeten hun verzoeken tot tussenkoms worden ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid

Uiteenzetting

5.1. De verwerende partij werpt een exceptie van gebrek aan belang op in zoverre de vordering is gericht tegen de eerste bestreden beslissing waarbij drie kandidaten worden geselecteerd. De verzoekende partij werd (terecht) niet geselecteerd voor onderhavige opdracht, waardoor zij zelf geen belang kan hebben bij het aanvechten van de selectie van de drie geselecteerde kandidaten. Hiervoor verwijst de verwerende partij naar de weerlegging van het tweede middel, waarin wordt verduidelijkt dat de niet-selectie van de verzoekende partij terecht was. Bovendien heeft de verzoekende partij volgens haar evenmin belang bij het enige (eerste) middel dat werd aangevoerd tegen de eerste bestreden beslissing.

5.2. De vierde tussenkomsende partij betoogt dat de verzoekende partij geen belang heeft bij de vordering tot schorsing van de bestreden beslissingen daar zij zelf niet werd geselecteerd. Doordat zijzelf terecht niet werd geselecteerd heeft zij geen belang bij het aanvechten van de selectie van de drie geselecteerde kandidaten, waaronder zichzelf. Daarenboven dient volgens haar te worden vastgesteld dat de verzoekende partij, zoals blijkt uit de selectiebeslissing, nog om andere redenen niet geselecteerd mag worden, waarbij zij verwijst naar de opmerkingen in het selectieverslag aangaande de minimumeis inzake de economische en financiële draagkracht en het gevraagde referentieproject 2.

Beoordeling

5.3. In de mate dat wordt aangevoerd dat de verzoekende partij belang ontbeert omdat zij terecht niet werd geselecteerd, hangt de exceptie samen met de beoordeling van de middelen.

Voorts blijkt uit het selectieverslag dat de verwerende partij zich weliswaar de vraag heeft gesteld of de verzoekende partij aan de minimumeisen inzake de economische en financiële draagkracht en het gevraagde referentieproject 2 voldeed, doch dat zij, aangezien na de eerste bevraging is gebleken dat de betrokken kandidaat niet mocht worden geselecteerd omwille van een andere reden, ervoor heeft geopteerd om de betrokken omzetcijfers en verduidelijking met betrekking tot het tweede gevraagde referentieproject niet meer op te vragen. Nu aldus niet blijkt dat de verwerende partij het niet voldoen aan deze criteria als motief voor niet-selectie heeft gehanteerd en evenmin vaststaat dat de verzoekende partij niet aan deze selectievereisten voldeed aangezien dit blijkbaar nog nader diende te worden onderzocht, kan de exceptie in zoverre evenmin worden aangenomen.

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 beslissingen in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

Overeenkomstig artikel 15, tweede lid, echter wordt de vordering tot schorsing voor de Raad van State uitsluitend ingesteld volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of minstens één ernstig middel wordt aangevoerd, dan wel een klaarblijkelijke onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissingen kunnen verantwoorden.

VII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting

7. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 70, § 1 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna : koninklijk besluit plaatsing 2017), van artikel 61 van de wet overheidsopdrachten 2016, *juncto* artikel 16 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, evenals van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel.

Het middel wordt door de verzoekende partij samengevat als volgt:

“20. Zowel de aankondiging van als de selectieleidraad voor onderhavige opdracht maken, in strijd met voormelde bepalingen en beginselen, geen melding van de (dwingende) erkenningseisen. De Vlaamse Waterweg heeft deze eisen dan ook (helemaal) niet in aanmerking genomen bij de beoordeling van de kandidaatstellingen zodat geenszins blijkt dat de drie

door Vlaamse Waterweg geselecteerde kandidaten effectief (zullen kunnen) voldoen aan de erkenningsvereisten.

Niets verantwoordt dat in de fase van selectie geen enkele toetsing aan de erkenningsvereisten gebeurt. In de mate dat de Vlaamse Waterweg van oordeel zou zijn geweest dat zij niet in staat was om — zelfs ten voorlopigen titel - de erkenningsvereisten vast te stellen omdat het voorwerp van de opdracht nog niet (voldoende) bepaald zou zijn geweest, is het besluit onvermijdelijk dat de aankondiging én de selectie voorbarig was.

De miskennis van de in het middel vermelde bepalingen houdt in dat de gevoerde procedure in zijn geheel onwettig is en geen enkele selectiebeslissing kan verantwoorden, ook niet die van de ten deze drie geselecteerde kandidaten.”

De verzoekende partij wijst er in de nadere uiteenzetting van haar middel nog op dat een onderzoek van de mate waarin de kandidaten aan de erkenningsvereisten voldoen - *quod non in casu* - onvermijdelijk aan het licht zou hebben gebracht dat de nv Bioterra (i) zich in het kader van de toekenning van de erkenning aan de nv DC Industrial reeds had verbonden om haar middelen ter beschikking van de nv DC Industrial te stellen en (ii) de nv Bioterra niet beschikt over een autonome erkenning.

8. De verwerende partij werpt een exceptie van gebrek aan belang op bij dit middel omdat de verzoekende partij zelf terecht niet werd geselecteerd. De verzoekende partij heeft volgens haar evenmin belang bij haar eerste middel, omdat zij nooit eerder bij de aanbestedende overheid melding heeft gemaakt van de door haar aangevoerde zogenaamde onwettigheid in de selectieleidraad en in de aankondiging van de opdracht, laat staan dat zij enig beroep heeft ingesteld tegen de vaststelling van de selectieleidraad zelf en met name de voorwaarden voor de selectie of tegen de aankondiging van de opdracht. Hierdoor heeft de verzoekende partij volgens de verwerende partij haar kans om verweermiddelen aan te voeren tegen de selectieleidraad of tegen de aankondiging van de opdracht verkeken en beschikt zij thans niet meer over het rechtens vereiste belang om zogenaamde onwettigheden in de selectieleidraad of in de aankondiging van de opdracht aan te voeren tegen de genomen selectiebeslissing.

9. De eerste, tweede en derde tussenkomende partij werpen eveneens een exceptie van gebrek aan belang op bij dit middel omdat de aangevoerde beweerde onwettigheid aan de verzoekende partij *in casu* geen enkel nadeel lijkt te hebben berokkend. Zij werpen ook op dat de verzoekende partij aan geen enkel van de vooropgestelde kwalitatieve selectiecriteria voldeed en uit het selectieverslag op geen enkele wijze blijkt dat de niet-selectie van de verzoekende partij te wijten zou zijn aan (het gebrek van) enige erkenningsvereiste.

10. Ook de vierde tussenkomende partij werpt een exceptie van gebrek aan belang op bij dit middel omdat de vermeende onwettigheid door de verzoekende partij nooit eerder werd gemeld, terwijl deze vermeende onwettigheid volstrekt kan blijken uit de documenten van de aankondiging en de selectieleidraad. De verzoekende partij heeft zich zonder meer kandidaat gesteld en nagelaten de verwerende partij over de door haar vermeende onwettigheid te signaleren of tijdig enige opmerking te maken, waardoor zij zelf niet zorgvuldig heeft gehandeld en zichzelf het recht heeft ontzegd om de onregelmatigheid van het bestek als middel aan te voeren.

Beoordeling

11. Te dezen heeft de verzoekende partij ondanks de beweerde gebrekkigheid van de aankondiging dan wel de selectieleidraad zonder meer een aanvraag tot deelneming ingediend en dus deelgenomen aan de procedure.

Uit het selectieverslag blijkt dat de aanvraag tot deelneming van de verzoekende partij vervolgens onontvankelijk werd bevonden omdat zij heeft nagelaten om bij haar aanvraag tot deelneming een ingevuld UEA te voegen voor de nv Bioterra, als zijnde een andere entiteit op wiens draagkracht de verzoekende partij volgens de verwerende partij een beroep doet voor het voldoen aan het selectievereiste inzake het eerste referentieproject. De verzoekende partij wordt voorts niet geselecteerd omdat zij zich inzake de vereiste technische bekwaamheid beroept op de draagkracht van de nv Bioterra om aan alle selectie-eisen met betrekking tot het gevraagde referentieproject 1 te voldoen, terwijl de vereiste

verbintenis in hoofde van de nv Bioterra dat de verzoekende partij zal kunnen beschikken over de nodige middelen, ontbreekt.

De aangevoerde onwettigheid betreffende de erkenningsvereisten lijkt de verzoekende partij in de concrete omstandigheden van de zaak dan ook geen nadeel te hebben toegebracht.

12. De opmerking van de verzoekende partij dat een vermelding van de erkenningsvereisten en een onderzoek van de mate waarin de kandidaten aan de erkenningsvereisten voldoen onvermijdelijk aan het licht zou hebben gebracht dat de nv Bioterra zich in dat kader reeds had verbonden om haar middelen ter beschikking van de nv DC Industrial te stellen en dat de nv Bioterra niet beschikt over een autonome erkenning, lijkt evenmin van aard om tot een ander besluit te leiden: de verzoekende partij blijkt immers - net als de meeste andere kandidaten -, ook zonder uitdrukkelijke vermelding van eventuele erkenningsvereisten in de aankondiging in haar aanvraag tot deelneming de haar toegekende erkenningen te hebben vermeld, doch zonder dat zij de “overeenkomst met betrekking tot het ter beschikking stellen van personeel en middelen” die de verzoekende partij thans in de huidige procedure neerlegt als stuk 12 en waaruit volgens haar een dergelijke verbintenis blijkt, bij haar aanvraag tot deelneming heeft gevoegd. Bovendien valt op het eerste gezicht niet in te zien hoe de vermelding van de erkenningsvereisten en een onderzoek van de mate waarin de kandidaten aan de erkenningsvereisten voldoen van aard zou zijn om het vastgestelde gebrek aan voorlegging van een UEA in hoofde van de nv Bioterra te verhelpen.

De conclusie is dan ook dat de vermeende schending van de voornoemde bepalingen *prima facie* geen invloed heeft kunnen uitoefenen op de draagwijdte van de bestreden beslissingen noch dat de verzoekende partij een waarborg werd ontnomen, waardoor zij overeenkomstig artikel 14, § 1, tweede lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, het vereiste belang bij het middel lijkt te ontberen.

De excepties zijn in de huidige stand van de procedure in de aangegeven mate gegrond.

13. Het eerste middel is onontvankelijk en dus niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting

14. In een tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 68 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, van artikel 78 van de wet overheidsopdrachten 2016, *juncto* artikel 73, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, alsook van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële motiveringsverplichting “(ook vervat in art. 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de formele motivering van [de] bestuurshandelingen)”.

Het middel wordt door de verzoekende partij samengevat als volgt:

“27. De Vlaamse Waterweg is er in het licht van de beschikbare informatie ten onrechte van uitgegaan dat het referentieproject ‘DOP Artilaval Dilsem-Stokkem’ een referentie is van de nv Bioterra, om daaruit af te leiden dat Bioterra als derde entiteit een verbintenisverklaring en een UEA had moeten indienen. Uit de kandidaatstelling en de bijkomend verstrekte toelichting blijkt echter afdoende dat het referentieproject ‘DOP Artilaval Dilsem-Stokkem’ een eigen referentieproject van DC Industrial is.

De loutere betrokkenheid van haar dochtervennootschap Bioterra nv bij de realisatie van dit project doet inderdaad geen afbreuk aan het gegeven dat deze samenwerking kadert in de ruimere groepsstructuur c.q. de economische eenheid van de ‘Group De Cloedt’. Deze referentie kan dan ook niet enkel aan Bioterra worden toegerekend. Integendeel blijkt uit de gegevens vervat in de kandidaatstelling dat de betrokken referentie net aan de volledige groep ‘De Cloedt’ c.q. DC Industrial valt toe te schrijven.

Dit is des te meer het geval nu de ervaring/referenties van Bioterra eerder in aanmerking werden genomen met het oog op de vaststelling van de erkenning van DC Industrial, én Bioterra in het kader van die erkenningsaanvraag ook een verbintenis heeft ingediend dat zij haar middelen ter beschikking stelt van DC Industrial (stuk 12). De nv Bioterra beschikt zelf niet over de rechtens vereiste erkenning om overheidsopdrachten van werken uit te voeren. Door in de gegeven

omstandigheden aan te nemen dat DC Industrial zich zelf niet kan beroepen op het referentieproject van Dilsem-Stokkem en dat daartoe een UEA en verbintenisverklaring vanwege Bioterra nv was vereist, heeft de Vlaamse Waterweg de in het middel ingeroepen bepalingen en beginselen miskend.

Minstens diende de Vlaamse Waterweg in de gegeven omstandigheden (in het kader van de erkenning van DC Industrial ligt wel degelijk een verbintenisverklaring van Bioterra voor - Bioterra heeft zelf geen autonome erkenning) aan te nemen dat geen afzonderlijke verbintenisverklaring en UEA van Bioterra vereist waren.

De Vlaamse Waterweg heeft DC Industrial derhalve ten onrechte niet-geselecteerd.”

In de toelichting van het middel betoogt de verzoekende partij dat haar ruimere groepsstructuur - geheel ten onrechte - door de verwerende partij bij de beoordeling van het voormelde referentieproject volledig buiten beschouwing werd gelaten. De beoordeling miskent volgens de verzoekende partij het gegeven dat een referentie waarbij meerdere vennootschappen betrokken kunnen zijn geweest, wel degelijk aan de daartoe erkende moedervernootschap *casu quo* groepsvennootschap kan toekomen. De loutere vaststelling dat dit project mede is gerealiseerd door de nv Bioterra betekent volgens haar geenszins dat het niet langer zou gaan om een eigen referentie van de nv DC Industrial. De betrokken samenwerking betreft dan ook een ‘groepsgebeuren’ dat niet zonder meer kan worden toegerekend aan één enkele vennootschap. Dit geldt volgens de verzoekende partij des te meer nu de nv DC Industrial zich krachtens artikel 78 van de wet overheidsopdrachten 2016, *juncto* artikel 73, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, te dezen (zelfs) niet (eens) kan beroepen op de draagkracht van nv Bioterra. Krachtens de voormelde bepalingen kan een ondernemer zich inzake beroepservaring immers slechts beroepen op de draagkracht van een derde entiteit “wanneer laatstgenoemde de werken of diensten waarvoor die draagkracht vereist is, zal uitvoeren”. Welnu, in de mate dat (zoals door de Vlaamse Waterweg ten onrechte wordt geopperd) de nv Bioterra louter omwille van haar afzonderlijke rechtspersoonlijkheid als een “derde entiteit” dient te worden beschouwd, zou zij voor onderhavige opdracht zelf niet over de rechtens vereiste erkenning beschikken. Enkel de nv DC Industrial beschikt als controlerende moederentiteit over de vereiste erkenning.

Het arrest van de Raad van State nr. 157.579 van 13 april 2006 waarnaar de verwerende partij in de bestreden beslissing *casu quo* het selectieverslag verwijst, ondersteunt volgens de verzoekende partij het standpunt van de verwerende partij niet.

Voor zoveel als nodig beklemtoont de verzoekende partij dat het Belgisch vennootschapsrecht wel degelijk het bestaan van de groepsvennootschap en het groepsbelang erkent. Het WVV erkent inderdaad dat vennootschappen die zich ten aanzien van elkaar in een groepsrelatie bevinden niet onafhankelijk van elkaar opereren en hun gedragingen onderling (kunnen) afstemmen. Ook de wet overheidsopdrachten 2016 (art. 2, 10°) lijkt volgens haar de notie van een “groepsvennootschap” te erkennen door ook “elke combinatie van personen, zoals een vennootschapsgroep, als een afzonderlijke ‘ondernemer’ te beschouwen.”

Hoe dan ook, zelfs indien de verwerende partij terecht zou hebben aangenomen dat het referentieproject “DOP Artilaval te Dilsem-Stokkem” diende te worden toegerekend aan de nv Bioterra, *quod certe non*, diende de nv DC Industrial in de gegeven omstandigheden geen afzonderlijke verbintenisverklaring vanwege de nv Bioterra bij haar kandidaatstelling te voegen. In het kader van de erkenning van de nv DC Industrial lag immers reeds een verbintenis van de nv Bioterra voor, op grond waarvan de nv DC Industrial effectief een beroep kan doen op de middelen van de nv Bioterra. Zodoende stond volgens de verzoekende partij hoe dan ook vast dat de nv DC Industrial als (enige) erkende en controlerende moedervenootschap rechtstreeks en autonoom een beroep mag doen op alle middelen van de nv Bioterra.

Beoordeling

15. In het tweede middel betoogt de verzoekende partij in essentie dat zij ten onrechte niet werd geselecteerd aangezien het referentieproject “DOP Artilaval Dilsem-Stokkem” wel degelijk een eigen referentie van de nv DC Industrial betreft, die aldus geen beroep doet op de draagkracht van de nv Bioterra om te voldoen aan de selectie-eis inzake technische- en beroepsbekwaamheid. Minstens volstaat het volgens haar dat de nv Bioterra zich er in het kader van de

erkenning van de nv DC Industrial toe heeft verbonden om haar middelen ter beschikking van de nv DC Industrial te stellen.

16. De eerste, tweede en derde tussenkomen partij werpen een exceptie van gebrek aan belang bij dit middel op omdat, zelfs indien de kritiek van de verzoekende partij met betrekking tot dit middel ernstig zou worden bevonden, en haar eerste opgegeven referentieproject dus zou mogen worden aanvaard (*quod non*), dan nog volgens hen dient te worden vastgesteld dat de verzoekende partij niet voldoet aan de selectiecriteria met betrekking tot de economische- en financiële draagkracht, en dat zij evenmin een geldig tweede referentieproject heeft ingediend.

17. Om de redenen hiervoor uiteengezet onder randnummer 5.3. wordt deze exceptie van gebrek aan belang bij dit middel verworpen.

18. Overeenkomstig artikel 68, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 kan de aanbestedende overheid met betrekking tot de technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid voorwaarden opleggen opdat ondernemers over de noodzakelijke personele en technische middelen en ervaring beschikken om de opdracht volgens een passend kwaliteitsniveau uit te voeren en kan de aanbestedende overheid inzonderheid eisen dat de ondernemers een voldoende mate van ervaring hebben die kan worden aangetoond met geschikte referenties inzake in het verleden uitgevoerde opdrachten.

19. Artikel 78 van de wet overheidsopdrachten 2016, waarvan de schending wordt aangevoerd, luidt:

“Een ondernemer kan, in voorkomend geval en voor een bepaalde opdracht, zich beroepen op de economische en financiële draagkracht en de technische en beroepsbekwaamheid van andere entiteiten zoals bedoeld in artikel 71, eerste lid, 2° en 3°.

Indien een ondernemer een beroep doet op de draagkracht van andere entiteiten voor het vervullen van de economische en financiële criteria, kan de aanbestedende overheid eisen dat de ondernemer en die entiteiten hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de uitvoering van de opdracht, voor zover deze mogelijkheid om hoofdelijke aansprakelijkheid te eisen niet

werd uitgesloten in de opdrachtdocumenten. Om uitwerking te hebben dient de hoofdelijke aansprakelijkheid evenwel schriftelijk aanvaard te worden door de entiteit op wiens draagkracht beroep wordt gedaan. Indien de voormelde schriftelijke aanvaarding niet wordt gegeven, kan de kandidaat of inschrijver zich niet op de draagkracht van die entiteit beroepen. Het onderhavig lid doet geen afbreuk aan krachtens andere wetten ingestelde hoofdelijke aansprakelijkheidsregelingen, met name op het vlak van sociale, fiscale of loonschulden.

In het geval van overheidsopdrachten voor werken, diensten en plaatsings- of installatiewerkzaamheden in het kader van een opdracht voor leveringen kan de aanbestedende overheid eisen dat bepaalde kritieke taken rechtstreeks door de inschrijver zelf worden verricht, of wanneer de offerte door een combinatie van ondernemers als bedoeld in artikel 8, § 2, is ingediend, door een deelnemer aan die combinatie.

De Koning kan de nadere materiële en procedurele regels bepalen.”

Artikel 73, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, waarvan eveneens de schending wordt opgeworpen, 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. Wat betreft de in artikel 68, § 4, 6°, bedoelde criteria inzake de studie- en beroepskwalificaties, of inzake de relevante beroepservaring, mogen de ondernemers zich evenwel slechts beroepen op de draagkracht van andere entiteiten wanneer laatstgenoemde de werken of diensten waarvoor die draagkracht vereist is, zal uitvoeren. 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.”

Artikel 73, § 2, van hetzelfde koninklijk besluit, bepaalt voorts:

“§ 2. Wanneer de kandidaat of de inschrijver beroep doet op de draagkracht van andere entiteiten als bedoeld in paragraaf 1, antwoordt de kandidaat of inschrijver op de vraag bedoeld in deel II, C, van het in artikel 38 bedoeld UEA. Hij vermeldt tevens voor welk deel van de opdracht hij beroep doet op deze draagkracht, alsook welke andere entiteiten hij voorstelt. Dit laatste gebeurt :

1° in zijn offerte ingeval de procedure slechts één fase met de indiening van offertes omvat;

2° zowel in zijn aanvraag tot deelneming als in zijn offerte ingeval de procedure een eerste fase met de indiening van aanvragen tot deelneming omvat.

De in het eerste lid bedoelde vermeldingen laten de aansprakelijkheid van de inschrijver onverlet.

In de situatie van het eerste lid, 2°, verifieert de aanbestedende overheid in de latere fases van de procedure of de inschrijver de in de inleidende zin van dat lid bedoelde vermeldingen in zijn offerte heeft opgenomen en of deze overeenstemmen met de vermeldingen in zijn aanvraag tot deelneming, die in de eerste fase tot zijn selectie hebben geleid.

De eerste zin van het eerste lid is slechts van toepassing wanneer een UEA moet worden ingevuld.”

20. De materiële motiveringsplicht houdt in dat iedere administratieve rechtshandeling moet steunen op motieven waarvan het feitelijk bestaan naar behoren is bewezen en die in rechte ter verantwoording van die handeling in aanmerking mogen worden genomen. Bij de beoordeling van de naleving van de materiële motiveringsplicht is de Raad van State niet bevoegd om zijn oordeel omtrent de feiten in de plaats te stellen van het oordeel van het bestuur. Hij is enkel bevoegd om desgevraagd na te gaan of de administratieve overheid is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens, of zij die correct heeft beoordeeld en of zij op grond daarvan binnen de perken van de redelijkheid tot haar besluit is kunnen komen.

Het zorgvuldigheidsbeginsel houdt voor het bestuur de verplichting in om zijn beslissing zorgvuldig voor te bereiden en te steunen op een

correcte feitenvinding. Het bestuur dient zowel bij de voorbereiding van zijn beslissing als bij het nemen ervan zorgvuldig te handelen, wat impliceert dat het zijn beslissing slechts kan nemen na een behoorlijk onderzoek van de zaak en rekening houdend met alle relevante gegevens.

21. De selectieleidraad vereist aangaande de technische en beroepsbekwaamheid onder meer de voorlegging van “1 referentieproject die betrekking heeft op de exploitatie van een site voor de berging van bodemmaterialen OF die betrekking heeft op de exploitatie van een stortplaats EN waarbij de exploitatie minstens 3 jaar door de kandidaat werd uitgevoerd”. Teneinde geselecteerd te kunnen worden dient de betrokken referentie volgens de selectieleidraad duidelijk aan te tonen dat de kandidaat ervaring heeft met soortgelijke opdrachten met betrekking tot “de exploitatie van een DOP/stortplaats, dit zowel wat betreft de dagdagelijkse werking als m.b.t. vergunningstechnische aspecten die bij dergelijke exploitatie komen kijken”.

Aangaande de mogelijkheid om een beroep te doen op de draagkracht van derden voor het vervullen van de selectiecriteria bepaalt de selectieleidraad dat de kandidaat zich, met het oog op het voldoen aan de selectiecriteria uit IV.5., kan beroepen op de draagkracht van onderaannemers of andere entiteiten, ongeacht de juridische aard van zijn band met die entiteiten. In geval van beroep op draagkracht dient de kandidaat onder meer de nodige documenten toe te voegen aan zijn aanvraag tot deelneming “waaruit de verbintenis van deze onderaannemers of andere entiteiten blijkt om de voor de opdracht noodzakelijke middelen ter beschikking te stellen van de kandidaat.”

Wat de indiening van het UEA betreft, bepaalt de selectieleidraad onder meer als bijkomende vereiste dat de kandidaat tevens een ingevuld UEA dient voor te leggen “voor elke deelnemer van een combinatie van ondernemingen die optreedt als kandidaat, en voor elke onderaannemer of andere entiteit op wiens draagkracht de kandidaat beroep doet”.

Onder de documenten die minstens bij de aanvraag tot deelneming dienen te worden gevoegd, vermeldt de selectieleidraad onder meer de

“verbintenis van onderaannemers of andere entiteiten op wiens draagkracht de kandidaat beroep doet in het kader van het voldoen aan de selectiecriteria (IV.5.)”, het “ingevuld Uniform Europees Aanbestedingsdocument voor de onderaannemers of andere entiteiten op wiens draagkracht de kandidaat zich beroept, en voor alle deelnemers aan de combinatie zonder rechtspersoonlijkheid” en “de vereiste documenten in het kader van de selectiecriteria (IV.5.)”.

22. Uit de bestreden beslissing en het bijhorende selectieverslag blijkt dat de aanvraag tot deelneming van de verzoekende partij onontvankelijk en onregelmatig werd bevonden omdat de verzoekende partij heeft nagelaten om bij haar aanvraag tot deelneming een ingevuld UEA te voegen voor de nv Bioterra, als zijnde een andere entiteit op wiens draagkracht de verzoekende partij volgens de verwerende partij een beroep doet voor het voldoen aan de selectievereiste inzake het eerste referentieproject. De verzoekende partij wordt voorts niet geselecteerd in wezen omdat zij volgens de verwerende partij zelf niet aan alle eisen met betrekking tot het gevraagde referentieproject 1 voldoet, want niet heeft ingestaan voor de exploitatie van de betrokken site en derhalve geen ervaring heeft opgedaan met betrekking tot de dagdagelijkse werking van een dergelijke site in het kader van het voorgestelde referentieproject. Aldus beroept de verzoekende partij zich volgens de verwerende partij in feite dan ook op de draagkracht van de nv Bioterra om aan alle selectie-eisen met betrekking tot het gevraagde referentieproject 1 te voldoen, terwijl de vereiste verbintenis in hoofde van de nv Bioterra dat de verzoekende partij zal kunnen beschikken over de nodige middelen ontbreekt (zie hiervoor randnummer 3.6.)

23. In de mate dat de verzoekende partij de motieven voor haar niet-selectie betwist, valt op te merken dat het in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid toekomt om de geschiktheid van een inschrijver om de opdracht zoals omschreven in de opdrachtdocumenten te volbrengen, te beoordelen. Zij beschikt daarbij over een aanzienlijke beoordelingsruimte.

24. Te dezen stelt zich daarbij de vraag of de aanbestedende overheid de in het middel aangehaalde bepalingen heeft geschonden en de grenzen van haar beoordelingsruimte overschreden door aan te nemen dat de verzoekende

partij zelf niet aan alle eisen met betrekking tot het gevraagde referentieproject 1 voldoet, want niet heeft ingestaan voor de exploitatie van de betrokken site en derhalve geen ervaring heeft opgedaan met betrekking tot de dagdagelijkse werking van een dergelijke site in het kader van het voorgestelde referentieproject en zij hiervoor aldus een beroep blijkt te doen op de draagkracht van een andere entiteit, zijnde de nv Bioterra.

25. In de eerste plaats lijkt, anders dan de verzoekende partij dit ziet, nergens uit de bestreden beslissing en het selectieverslag op algemene wijze te kunnen worden afgeleid dat het referentieproject ‘Artilaval Dilsem-Stokkem’ volgens de verwerende partij uitsluitend een referentie zou zijn van de nv Bioterra en geen eigen referentie van de verzoekende partij.

Wel blijkt de verwerende partij, nadat zij de verzoekende partij nader heeft bevraagd over de rol van de verschillende uitvoerders bij het project, te hebben vastgesteld dat de verzoekende partij op grond van dit project enkel ervaring blijkt te hebben opgebouwd met betrekking tot de vergunningstechnische aspecten (fase vergunningstraject) die bij dit referentietraject komen kijken en dat de exploitatie van de site werd uitgevoerd door de nv Bioterra in opdracht van de nv Artival. De betrokkenheid van de nv Bioterra bij de realisatie van dit project lijkt door de verzoekende partij ook niet te worden betwist.

Deze vaststelling lijkt aldus te kaderen binnen de in de selectieleidraad gestelde selectie-eisen overeenkomstig welke de betrokken referentie duidelijk dient aan te tonen dat de kandidaat ervaring heeft met soortgelijke opdrachten met betrekking tot “de exploitatie van een DOP/stortplaats, dit zowel wat betreft de dagdagelijkse werking als m.b.t. vergunningstechnische aspecten die bij dergelijke exploitatie komen kijken”.

Doordat de verzoekende partij zelf in het kader van dit project enkel ervaring lijkt te hebben opgebouwd inzake de vergunningstechnische aspecten, mocht de verwerende partij op het eerste gezicht besluiten dat aan één van de in de selectieleidraad cumulatief gestelde voorwaarden niet was voldaan.

26. Ook de feitelijke uitweidingen van de verzoekende partij aangaande de ruimere groepsstructuur waarvan zij deel uitmaakt en de vennootschapsrechtelijke uitweidingen aangaande de erkenning van het bestaan van de groepsvennootschap en het groepsbelang, lijken hieraan op het eerste gezicht geen afbreuk te doen.

Het begrip “ondernemer” wordt in artikel 2, 10°, van de wet overheidsopdrachten 2016 omschreven als “elke natuurlijke persoon, elke privaatrechtelijke rechtspersoon of elke combinatie van deze personen, met inbegrip van alle tijdelijke samenwerkingsverbanden van ondernemingen, die werken, een werk in de zin van de bepaling onder 19°, leveringen of diensten op de markt aanbiedt. Het betreft, naargelang het geval, een aannemer, leverancier of dienstverlener;”.

Feit is te dezen echter dat het niet een combinatie van personen blijkt te zijn die een offerte heeft ingediend, doch één enkele privaatrechtelijke rechtspersoon.

Luidens de selectieleidraad dient de betrokken referentie duidelijk aan te tonen dat het de kandidaat zelf, te dezen aldus de nv DC Industrial als privaatrechtelijke rechtspersoon, is die ervaring heeft met soortgelijke opdrachten, behoudens indien zij hiertoe een beroep doet op de draagkracht van derden.

27. Wanneer een ondernemer een beroep doet op de ervaring van een combinatie van ondernemingen waaraan hij heeft deelgenomen, moet deze bijgevolg worden beoordeeld aan de hand van de concrete deelneming van deze ondernemer en dus van zijn daadwerkelijke bijdrage aan de uitoefening van een in het kader van een bepaalde overheidsopdracht van die combinatie vereiste activiteit. Een ondernemer mag voor de door de aanbestedende dienst vereiste ervaring geen beroep doen op de door de andere leden van een combinatie van ondernemingen verrichte prestatie waaraan hij niet daadwerkelijk en concreet heeft deelgenomen (HvJ, C-387/14, 4 mei 2017, Esaprojekt sp.z.o.o.).

De verzoekende partij lijkt dan ook niet te kunnen worden bijgevalen waar zij stelt dat de verwerende partij ten onrechte is voortgegaan op de operationele rollen die de nv DC Industrial en de nv Bioterra als afzonderlijke rechtspersonen hebben uitgeoefend in het kader van het litigieuze referentieproject en daarbij haar bijzonder groepsstructuur buiten beschouwing zou hebben gelaten.

Zoals blijkt uit de stukken van het administratief dossier lijkt de verwerende partij *in casu* net in navolging van voormelde rechtspraak de door de verzoekende partij ingeroepen referentie te hebben beoordeeld aan de hand van de concrete deelneming van de verzoekende partij.

Prima facie blijkt de verwerende partij voorts pas tot haar conclusie te zijn gekomen na een uitgebreid onderzoek van de aanvraag tot deelneming van de verzoekende partij en nadat zij de verzoekende partij om aanvullende informatie/verduidelijkingen heeft gevraagd omtrent het referentieproject voor het “DOP Artilaval Dilsen-Stokkem” en daarbij heeft verzocht een nader bewijs te ontvangen omtrent de rol die de nv DC Industrial exact op zich heeft genomen in het kader van dit referentieproject en welke de rol van de nv Artilaval en de nv Bioterra exact was. Een en ander lijkt net van een zorgvuldig onderzoek te getuigen.

28. Voorts is er in hoofde van de kandidaat ook sprake van een beroep op de economische en financiële draagkracht en de technische en beroepsbekwaamheid van andere entiteiten zoals bedoeld in artikel 78 van de wet overheidsopdrachten 2016, indien de betrokken kandidaat een beroep doet op referenties van een dochteronderneming.

Een onderneming die, om het bewijs te leveren van haar technische bekwaamheid en haar financiële en economische draagkracht, verwijst naar de referenties van haar dochterondernemingen moet, ongeacht de juridische aard van de band met haar dochterondernemingen, bewijzen dat zij werkelijk kan beschikken over de middelen van deze laatsten die voor de uitvoering van de opdrachten noodzakelijk zijn (HvJ, C-5/97, 18 december 1997, Ballast Nedam Groep).

Artikel 73, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, bepaalt uitdrukkelijk dat wanneer een ondernemer zich op de draagkracht van andere entiteiten wil beroepen, hij ten behoeve van de aanbestedende overheid dient aan te tonen dat hij zal kunnen beschikken over de nodige middelen, namelijk door overlegging van een verbintenis daartoe van deze andere entiteiten. Deze bepaling vereist in voldoende duidelijke bewoordingen het overleggen van een “verbintenis”, zodat op het eerste gezicht aangenomen moet worden dat een groepsverband op zich niet volstaat als bewijs.

Op het eerste gezicht mocht de verwerende partij te dezen dan ook aannemen dat de loutere verwijzing door de verzoekende partij naar de ondersteuning van haar dochtermaatschappij niet volstond om in het kader van onderhavige opdracht te worden geselecteerd, indien nergens in de aanvraag tot deelneming wordt aangetoond dat de verzoekende partij werkelijk over middelen van de nv Bioterra kan beschikken en dat de nv Bioterra daaromtrent concrete verbintenissen op zich heeft genomen en bovendien werd nagelaten om betreffende deze entiteit op wiens draagkracht de kandidaat beroep lijkt te doen, een UEA toe te voegen aan de aanvraag tot deelneming.

29. In de mate dat de verzoekende partij nog betoogt dat de verwerende partij in de gegeven omstandigheden diende aan te nemen dat geen afzonderlijke verbintenisverklaring en UEA van de nv Bioterra vereist waren omdat in het kader van de erkenning van de nv DC Industrial wel degelijk een verbintenisverklaring van de nv Bioterra voorligt en de nv Bioterra zelf geen autonome erkenning heeft, lijkt zij eraan voorbij te gaan dat het aan de kandidaat zelf toekomt om zijn kwalitatieve geschiktheid om de opdracht uit te voeren op een positieve wijze aan te tonen.

Door te suggereren dat de verwerende partij zelf de publiek beschikbare informatie had moeten raadplegen met betrekking tot de erkenning, lijkt de verzoekende partij ten onrechte het selectieonderzoek een omgekeerde invulling te geven. Overigens toont de verzoekende partij ook niet aan dat de “overeenkomst met betrekking tot het ter beschikking stellen van personeel en middelen” die de verzoekende partij thans in de huidige procedure neerlegt als stuk

12 en waaruit volgens haar een dergelijke verbintenis blijkt, tot de publiek beschikbare informatie behoort.

Op het eerste gezicht blijkt niet dat de verbintenisverklaring die de nv Bioterra in het kader van het erkenningsdossier zou hebben voorgelegd, meer bepaald de voormelde “overeenkomst met betrekking tot het ter beschikking stellen van personeel en middelen”, aan de aanvraag tot deelneming van de verzoekende partij dan wel de aanvullende informatie werd toegevoegd. Aldus blijkt evenmin dat de verwerende partij hiermee op het ogenblik van de bestreden beslissing moest en kon rekening houden.

Bovendien lijkt het bestaan van een dergelijke verbintenis op het eerste gezicht evenmin van aard om het vastgestelde gebrek aan voorlegging van een UEA in hoofde van de nv Bioterra te verhelpen.

30. Dat zij zich niet zou kunnen beroepen op de draagkracht van de nv Bioterra, wegens gebrek aan de vereiste erkenning in hoofde van de nv Bioterra, zoals de verzoekende partij nog aanvoert, lijkt voorts op zich niet aan te tonen dat van de weeromstuit dient te worden aangenomen dat zij zelf aan het litigieuze selectievereiste voldoet.

31. Het tweede middel is niet ernstig.

VIII. Besluit

32. 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 tot tussenkomst van de nv Deme Environmental Contractors, de nv Dredging International en de nv Ghent Dredging, samen vormend een tm, en van de nv Hens worden 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 partijen worden verwezen in de kosten van de tussenkomsten, begroot op een rolrecht van 600 euro, elk voor een vierde.

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

Johan Bovin,
bijgestaan door

Joris Casneuf,

De griffier

Joris Casneuf

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De voorzitter

Johan Bovin