

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

**nr. 251.256 van 12 juli 2021
in de zaak A. 233.889/XII-9098**

In zake: de BV BOSKALIS NEDERLAND
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Kris Lemmens, Sofie Bleux en Karolien Van Butsel
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
De Burburestraat 6-8, bus 5
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

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

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 15 juni 2021, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van het Vlaamse Gewest tot vaststelling van het bestek nr. MT/02036 voor de overheidsopdracht voor werken met als benaming “Duurzame onderhoudswerken in de maritieme toegangswegen”.

II. Verloop van de rechtspleging

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 2 juli 2021, om 10.30 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Sophie Bleux, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaten Ruben Dewulf en Frank Judo, die verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Thomas Maes 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 voor ‘duurzame onderhoudsbaggerwerken in de maritieme toegangswegen’.

De opdracht wordt geplaatst met een openbare procedure.

Het bestek MT/02036 omschrijft het voorwerp van de opdracht samengevat als:

“Het voorwerp van de aanneming vormt het uitvoeren van hoofdzakelijk onderhoudsbaggerwerken door middel van sleephopperzuigers in de maritieme toegangswegen in en naar de haven van Oostende, Zeebrugge en Antwerpen, de maritieme toegang op de Noordzee, de maritieme toegang van Wielingen tot de zeesluis te Wintam, in de maritieme toegangswegen op het kanaal Gent-Terneuzen [...].”

Wat de economische en financiële draagkracht van de inschrijvers betreft, omschrijft het bestek onder meer de volgende selectievoorwaarde :

“Onverminderd de bepalingen betreffende de erkenning van opdrachtnemer van werken, tonen de inschrijvers hun financiële en

economische draagkracht aan door het volgende document / de volgende documenten:

[...]

4) bewijs dat de inschrijver een minimum gemiddelde jaarlijkse omzet van 180 miljoen euro (excl. btw) aan gelijkaardige maritieme baggeractiviteiten met sleepopperzuigers tijdens de laatste drie jaren (2018, 2019, 2020) heeft gehad. Het bewijs van gelijkaardige maritieme baggerwerken met sleepopperzuigers wordt alleen aanvaard indien dit conform bijlage 5 ingevuld wordt en gecertificeerd is door een erkende bedrijfsrevisor. Het gebruiken van bijlage 5 is verplicht. De opgegeven omzet is tevens 100% gerealiseerd door de ondergetekende inschrijver. Gelijkaardige maritieme baggerwerken zijn baggerwerken uitgevoerd door sleepopperzuigers op zee of getijdenrivier, met minstens drie meter getijverschil.”

De uiterste datum voor het indienen van de offertes is 6 juli 2021.

De beslissing tot het vaststellen van dit bestek vormt het voorwerp van de vordering.

3.2. De opdracht wordt op 31 mei 2021 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en op 4 juni 2021 in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie.

IV. Schorsingsvoorwaarden

4.1. 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.

4.2. 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’(hierna: rechtsbeschermingswet) 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.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

5. De verzoekende partij voert in een eerste middel de schending aan van artikel 4, eerste lid, en artikel 71, tweede lid, van de wet van 15 (lees: 17) juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016); artikel 67, § 1, eerste en tweede lid, 2° juncto § 3, eerste en tweede lid van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur, en het mededingingsbeginsel.

Zij vat het middel zelf als volgt samen:

“Doordat verwerende partij een bewijs eist van een ‘minimum gemiddelde jaaromzet van 180 miljoen euro (excl. btw) aan maritieme baggeractiviteiten met sleepopperzuigers tijdens de laatste drie jaren (2018, 2019, 2020)’ waarbij het moet gaan om ‘gelijkaardige maritieme baggerwerkzaamheden’ zijnde ‘baggerwerkzaamheden uitgevoerd door

sleephopperzuigers op zee of getijdenrivier, met minstens drie meter getijverschil.’

Terwijl artikel 67, § 3, eerste lid van het KB Plaatsing bepaalt dat een aanbestedende overheid kan eisen dat een bepaalde minimumjaaronzet gerealiseerd wordt met name in het domein waarop de opdracht betrekking heeft;

Dat op grond van de artikelen 4 en 71 van de Overheidsopdrachtenwet de gestelde selectievereisten moeten voldoen aan het vereiste van proportionaliteit;

Dat het domein waarop de opdracht betrekking heeft ruimer is dan het voorwerp van een opdracht;

Dat het domein waarop de opdracht betrekking heeft overeenstemt met de CPV-code;

Dat het domein waarop de opdracht betrekking heeft tevens bepaald wordt door de technische bepalingen van het bestek;

Dat de afbakening van het domein moet gebeuren overeenkomstig het vereiste van proportionaliteit van de gestelde selectievereiste;

Dat zowel in de aankondiging van de opdracht als in het bestek verwezen wordt naar de CPV- code 45252124, respectievelijk 45252124-3 Bagger- en pompwerkzaamheden;

Dat de technische bepalingen van het bestek een beschrijving der werken bevat (blz. 62-65) waarin de woorden ‘getij’ en ‘getijverschil’ niet voorkomen, laat staan ‘minstens drie meter getijverschil’;

Dat door te bepalen dat de inschrijvers hun economische en financiële draagkracht moeten aantonen middels een bewijs dat de inschrijver een ‘minimum gemiddelde jaaromzet van 180 miljoen euro (excl. btw) aan maritieme baggeractiviteiten met sleephopperzuigers tijdens de laatste drie jaren (2018, 2019, 2020)’ heeft gehad waarbij het moet gaan om ‘baggerwerkzaamheden uitgevoerd door sleephopperzuigers op zee of getijdenrivieren, met minstens drie meter getijverschil’, schendt verwerende partij artikel 67, § 3, eerste lid van het KB Plaatsing gezien de afbakening verdergaat dan ‘het domein waarop de opdracht betrekking heeft’.

Dat de afbakening tot ‘baggerwerkzaamheden uitgevoerd door sleephopperzuigers op zee of getijdenrivieren, met minstens drie meter getijverschil’ tevens in strijd is met het vereiste van proportionaliteit zoals neergeschreven in de artikelen 4 en 71 van de Overheidsopdrachtenwet;

Dat door de afbakening van de selectievereiste tot ‘baggerwerkzaamheden uitgevoerd door sleephopperzuigers op zee of getijdenrivieren, met minstens drie meter getijverschil’ verwerende partij tevens het zorgvuldigheidsbeginsel alsook het redelijkheidsbeginsel geschonden heeft te meer nu deze eis geen enkele steun vindt in de beschrijving der werken;

Dat als gevolg hiervan verzoekende partij op een onwettige wijze de toegang tot een overheidsopdracht wordt onthouden.”

Beoordeling

6. Overeenkomstig artikel 4, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016, behandelt de aanbestedende overheid de ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en handelt zij op een transparante en proportionele wijze.

Krachtens artikel 71, tweede lid, van de wet overheidsopdrachten 2016, dient de aanbestedende overheid de selectiecriteria en -voorwaarden te beperken tot die welke kunnen garanderen dat een kandidaat of inschrijver over de juridische en financiële middelen en de technische bekwaamheden en beroepsbekwaamheden beschikt om de te gunnen opdracht uit te voeren. Alle voorwaarden dienen verband te houden met en in verhouding te staan tot het voorwerp van de opdracht.

Artikel 67, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, bepaalt onder meer:

“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 :

1° [...];

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;

3° [...].

Niettemin, wanneer de ondernemer om gegronde redenen niet in staat is de door de aanbestedende overheid gevraagde referenties over te leggen, kan hij zijn economische en financiële draagkracht aantonen met andere documenten die de aanbestedende overheid geschikt acht.”

Wat de in die bepaling vermelde omzetverklaring betreft, bepaalt artikel 67, § 3, eerste en tweede lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, meer specifiek het volgende:

“§ 3. Wat de in paragraaf 1, tweede lid, 2°, bedoelde verklaring van de totale omzet betreft, kan de aanbestedende overheid eisen dat de ondernemers een minimumjaaromzet realiseren, met name in het domein waarop de opdracht betrekking heeft.

De jaarlijkse minimumomzet die van de ondernemers kan worden geëist, bedraagt maximaal twee maal de geraamde waarde van de opdracht, behalve in naar behoren gemotiveerde gevallen, zoals deze in verband met de bijzondere risico's die voortvloeien uit de aard van de werken, diensten of producten. De aanbestedende overheid vermeldt de voornaamste redenen voor het opleggen van een dergelijke eis in de opdrachtdocumenten of in de te bewaren inlichtingen in de zin van artikel 164, § 1, van de wet.”

7. De verwerende partij betwist in de nota de ontvankelijkheid van het eerste middel. Zij doet in essentie gelden dat de verzoekende partij er geen belang bij heeft omdat zij niet aantoonbaar aan de hand van bewijsstukken dat zij niet kan voldoen aan het betrokken selectiecriterium.

In het verzoekschrift bevestigt de verzoekende partij wel degelijk uitdrukkelijk en ondubbelzinnig ten aanzien van de Raad van State dat zij niet kan voldoen aan de betrokken selectievereiste.

Gelet op de ruime omschrijving van de belangvereiste door de wetgever in artikel 14, eerste lid, van de rechtsbeschermingswet – “elke persoon die een belang heeft of heeft gehad om een bepaalde opdracht of concessie te krijgen en die door de beweerde schending is of dreigt te worden benadeeld” – lijkt een dergelijke uitdrukkelijke bevestiging in de huidige stand van het geding voldoende te mogen worden geacht. De verwerende partij lijkt overigens nergens de affirmatie van de verzoekende partij te ontkennen, dat zij als een grote speler actief is in de baggerindustrie.

Er lijkt, in het bijzonder gelet op de korte verhaaltermijn die te dezen geldt, niet te moeten worden vereist van de verzoekende partij dat zij ten aanzien van de Raad van State cijfermatig reeds in haar verzoekschrift tot

schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid een sluitend bewijs zou leveren dat zij in geen enkel denkbaar geval door de aanbestedende overheid geselecteerd zou kunnen worden omwille van het betrokken selectie criterium.

De exceptie mist aldus de vereiste mate van *prima facie* ernst opdat zij in een kort geding bij uiterst dringende noodzakelijkheid zou moeten worden aanvaard.

8. Artikel 67, § 3, eerste lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, laat de aanbestedende overheid toe om in het kader van de kwalitatieve selectie van de ondernemers wat hun economische en financiële draagkracht betreft te eisen dat zij een minimumjaaromzet realiseren “in het domein” waarop de opdracht betrekking heeft.

De verwerende partij heeft te dezen een minimumomzet geëist als selectievoorwaarde. Zij vereist meer bepaald dat de ondernemers het bewijs leveren dat zij een minimum gemiddelde jaarlijkse omzet hebben gehad van 180 miljoen euro, btw niet inbegrepen, aan gelijkaardige maritieme baggeractiviteiten met sleepopperzuigers tijdens de laatste drie jaren (2018, 2019, 2020). Het begrip “[g]elijkaardige maritieme baggerwerken” wordt vervolgens nader gedefinieerd als “baggerwerken uitgevoerd door sleepopperzuigers op zee of getijdenrivier, met minstens drie meter getijverschil”.

9. Zoals de verwerende partij doet gelden heeft de aanbestedende overheid inderdaad een aanzienlijke beoordelingsruimte bij het vaststellen van de selectiecriteria.

Krachtens het hiervoor vermelde en geschonden geachte artikel 71, tweede lid, van de wet overheidsopdrachten 2016, dient de aanbestedende overheid echter de selectiecriteria te beperken tot die welke kunnen garanderen dat een kandidaat of inschrijver over de juridische en financiële middelen en de technische bekwaamheden en beroepsbekwaamheden beschikt om de te gunnen opdracht uit te voeren. Alle voorwaarden dienen verband te houden met en in verhouding te staan tot “het voorwerp” van de opdracht.

10. Waar het specifiek het selectie criterium van de financiële draagkracht betreft, laat de regelgever volgens de hiervoor aangehaalde bepaling van artikel 67, § 3, wel toe dat de aanbestedende overheid niet enkel een minimum totale jaaromzet oplegt, maar ook een jaaromzet oplegt “in het domein” waarop de opdracht betrekking heeft.

Het voorwerp van de opdracht en het domein van de opdracht mogen niet meteen gelijk worden gesteld, waarbij het domein inherent ruimer lijkt te moeten worden opgevat dan het eigenlijke voorwerp. Het CPV-classificatiesysteem en de dienovereenkomstige CPV-code van de opdracht lijken als leidraad te mogen worden gehanteerd bij het bepalen van het domein van de opdracht in de zin van artikel 67, § 3, eerste lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017.

Te dezen heeft de opdracht in de aankondigingen de CPV-code 45252124 “Bagger- en pompwerkzaamheden” gekregen. In het bestek lijkt de aanbestedende overheid het voorwerp van de opdracht evenwel beperkter te hebben opgevat en omschreven als “onderhoudsbaggerwerken door middel van sleephopperzuigers”. In het selectie criterium luidt het dan weer als “baggerwerken uitgevoerd door sleephopperzuigers op zee of getijdenrivier, met minstens drie meter getijverschil”.

Op het eerste gezicht lijkt zij aldus het aangekondigde domein van de opdracht te hebben beperkt. Op de eerste plaats is er een beperking tot het gebruik van sleephopperzuigers en voorts dienen deze te zijn ingezet op zee of op getijderivieren met minstens drie meter getijdeverschil. Voor deze beperkingen en de noodzaak om deze te vertalen in financiële omzetvereisten lijkt de verwerende partij in haar beslissing of administratief dossier geen motief aan te reiken. Voorts spreekt de verzoekende partij niet tegen dat de verzoekende partij een baggeronderneming is die mogelijkerwijze wel voor de gunning van de opdracht in aanmerking zou kunnen komen.

Door de beperkingen vervat in de betrokken selectievereiste lijkt de verwerende partij op het eerste gezicht een ruime categorie baggerondernemers,

zoals de verzoekende partij, zonder gekend motief de toegang tot de opdracht te hebben ontzegd.

De verwerende partij antwoordt ook niet in haar nota op de argumenten van de verzoekende partij, dat de aanwezigheid van getijdeverschillen geen enkele impact heeft op de uitvoering van de baggerwerken en dat zulks zelfs blijkt uit de technische bepalingen van het bestek, aangezien deze immers geen specifieke uitvoeringsbepalingen bevatten betreffende getijdeverschillen.

11. De vereiste nautische ervaring van de inschrijver met het gebruik van sleephopperzuigers, nodig wegens baggerwerk middenin de vaargeulen en de daarbij horende mobiliteit van het schip waar de verwerende partij op wijst in de nota, lijkt de inhoudelijke ervaring en expertise van de inschrijver met het gebruik van een specifiek omschreven type baggerschip te betreffen. Er wordt daarbij geen motief verduidelijkt waarom dat in wezen technisch gegeven moet worden vertaald in een financieel selectie criterium.

De vraag ten slotte, of de vereiste van minimum 3-meter-getijdeverschil nu al dan niet kan worden betrokken op het voorwerp van de voorliggende opdracht, zoals de verwerende partij argumenteert in de nota, lijkt op het eerste gezicht in het licht van het voorgaande niet relevant te zijn. Het domein van de opdracht valt, zoals opgemerkt, niet samen met het voorwerp ervan.

Dat volgens de verwerende partij de voorliggende opdracht naar uitvoeringsomstandigheden geen evidente opdracht is kan best zijn maar de relevantie van die vaststelling voor het toepassen van een louter financieel selectie criterium lijkt te dezen niet duidelijk.

12. Het eerste middel is bijgevolg in de besproken mate ernstig. Het lijkt niet aangetoond dat de betrokken financiële omzetvereiste in een evenredig verband staat met het voorwerp van de opdracht zodat de correcte toepassing van het geschonden geachte artikel 71, tweede lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 niet lijkt vast te staan.

13. De schorsing die op grond daarvan dient te worden bevolen volstaat om het belang van de verzoekende partij op de ruimst mogelijke wijze te dienen, zonder dat de andere twee middelen, die bekendmakingsgebreken betreffen, nog dienen te worden onderzocht.

VI. Besluit

14. Het eerste middel is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden ingewilligd.

VII. Kosten

15. Het is passend, gelet op de hierna ingewilligde vordering tot schorsing en het daaropvolgende nog noodzakelijke procedureverloop, de kosten, de gevorderde rechtsplegingsvergoeding inbegrepen, in beraad te houden.

BESLISSING

De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van het Vlaamse Gewest van 28 mei 2021 genomen door de bevoegde minister tot vaststelling van het bestek nr. MT/02036 voor de overheidsopdracht voor werken met als benaming “Duurzame onderhoudswerken in de maritieme toegangswegen”.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 12 juli tweeduizend eenentwintig, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,

kamervoorzitter,

bijgestaan door

Silvan De Clercq,

griffier.

De griffier

De voorzitter

Silvan De Clercq

Dierk Verbiest