

**RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK**

**XIIe KAMER**

**A R R E S T**

**nr. 251.924 van 26 oktober 2021  
in de zaak A. 230.976/XII-8911**

In zake: de NV DILIËN METAALWERKEN  
bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaat Andy Beelen  
kantoor houdend te 3740 Bilzen  
Grensstraat 4  
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE ZONHOVEN  
bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaten Gitte Laenen en Wouter Poelmans  
kantoor houdend te 2800 Mechelen  
Antwerpsesteenweg 16-18  
bij wie woonplaats wordt gekozen

---

*I. Voorwerp van het beroep*

1. Het beroep, ingesteld op 2 juni 2020, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Zonhoven van 31 maart 2020 waarbij de overheidsopdracht ‘Vervanging van het buitenschrijnwerk en het isoleren en afwerken van de buitengevels van het gemeentehuis – lot 1’ wordt gegund aan de nv Moors.

*II. Verloop van de rechtspleging*

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Eerste auditeur Inge Vos heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 12 oktober 2021.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Andy Beelen, die verschijnt voor de verzoekende partij en advocaat Fabian Swennen, die loco advocaten Gitte Laenen en Wouter Poelmans verschijnt 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 uit voor werken, namelijk ‘vervanging van het buitenschrijnwerk en het isoleren en afwerken van de buitengevels van het gemeentehuis – lot 1’.

Het voorwerp van de opdracht betreft de afbraak van de buitenluifels en beglaasde uitbouwen, het vervangen van het buitenschrijnwerk, het dichtmetselen van overtollige raamopeningen, de binnenafwerking van de

dagkanten, de gevelbekleding in verticale metalen kokers en een beperkte buitenaanleg van het gemeentehuis van Zonhoven.

De opdracht wordt geraamd op 739.924,89 euro, btw niet inbegrepen.

De plaatsingswijze is de mededingingsprocedure met onderhandeling.

Op 25 juni 2019 beslist de verwerende partij tot goedkeuring van de selectieleidraad bij deze opdracht.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 26 juni 2019.

Zowel de aankondiging als de selectieleidraad vermelden het volgende selectie criterium inzake de technische en beroepsbekwaamheid van de inschrijver:

“Een lijst van gelijkaardige projecten waar specifiek gewerkt werd met aluminium gevelbekleding die gedurende de afgelopen vijf jaar werden verricht, met vermelding van de kostprijs, de uitvoeringsdatum en een attest van goede uitvoering ondertekend door de opdrachtgever. Het ontbreken van de attesten geeft aanleiding tot uitsluiting.”

3.2. Vijf kandidaten dienen een aanvraag tot deelneming in. Vier ervan worden geselecteerd, waaronder de verzoekende partij.

3.3. Met een aangetekend schrijven van 3 oktober 2019 verzoekt de verwerende partij de geselecteerde kandidaten vóór 19 november 2019 een offerte in te dienen. In dit schrijven wordt tevens verwezen naar een internetlink waarop de opdrachtdocumenten, zoals het bestek, kunnen worden geraadpleegd.

3.4. Het op de opdracht toepasselijk bestek, nr. 861.1-IV 065/1, herneemt de selectiecriteria. De gunningscriteria en hun weging worden in het bestek als volgt bepaald: ‘ervaring/referenties’ op 30 punten en de prijs op 70 punten.

3.5. Twee ondernemingen dienen een offerte in, namelijk de nv Moors en de nv Diliën Metaalwerken.

3.6. Met een e-mailbericht van 6 februari 2020 nodigt de verwerende partij de beide inschrijvers uit om over hun ingediende offerte te onderhandelen. In dit bericht wordt onder meer vermeld:

“Wij zouden graag volgende items met jullie bespreken:

- principeschets post 40.04 en 42.72 (materiaal, bevestiging, details, ...)
- werkmethode en termijn (om zo weinig mogelijk hinder te veroorzaken voor werknemers en bezoekers van het gemeentehuis)
- mogelijke start van de werken

Gelieve dit zoveel als mogelijk voor te bereiden.”

Tijdens die onderhandelingen verlagen de beide inschrijvers hun prijs.

3.7. Op 24 maart 2020 wordt het verslag van nazicht van de offertes opgesteld. In dit verslag worden de offertes van de beide inschrijvers regelmatig bevonden en wordt een overzicht van de onderhandelingen weergegeven waarbij de voormelde prijsverlagingen worden toegelicht.

Na de beoordeling van de offertes aan de hand van de gunningscriteria wordt de finale rangschikking voorgesteld:

| Nr. | Naam                      | Totale score |
|-----|---------------------------|--------------|
| 1   | de nv Moors               | 83,48        |
| 2   | de nv Diliën Metaalwerken | 80           |

3.8. Op 31 maart 2020 beslist de verwerende partij om het verslag van nazicht goed te keuren en de opdracht te gunnen aan de nv Moors tegen het nagerekende inschrijvingsbedrag van 657.552,15 euro, btw niet inbegrepen. Dit is de bestreden beslissing.

#### *IV. Onderzoek van het derde middel*

##### *Standpunt van de partijen*

4. De verzoekende partij voert de schending aan van de artikelen 71 en 81 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: de wet overheidsopdrachten 2016), van de artikelen 36, 37 en 40 van 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: de rechtsbeschermingswet), van de formele en de materiële motiveringsplicht en van het zorgvuldigheidsbeginsel.

De verzoekende partij neemt als uitgangspunt dat een selectie criterium peilt naar de geschiktheid van de inschrijver terwijl een gunningscriterium peilt naar de kwaliteit van de offerte. Op grond van artikel 81, § 2, eerste lid, 3°, b), van de wet overheidsopdrachten 2016 mag weliswaar de ervaring van het personeel voor de uitvoering van de opdracht ook als gunningscriterium worden gebruikt maar louter wanneer de kwaliteit van dat personeel een aanzienlijke invloed kan hebben op het niveau van de uitvoering van de opdracht.

Te dezen blijkt volgens haar uit niets dat bij het eerste gunningscriterium in het bestek aan die cumulatieve vereisten zou zijn voldaan zodat de verwerende partij met het eerste gunningscriterium in wezen een selectie criterium toepast wat verboden is.

Zo is de kwaliteit en ervaring van het personeel volgens haar te onderscheiden van de ervaring van de onderneming, waarnaar het eerste gunningscriterium verwijst. De verwerende partij peilt met dit criterium niet naar het personeel. Voorts, zo vervolgt zij, heeft de verwerende partij in de selectieleidraad en nadien in het bestek inzake ervaring en referenties exact dezelfde termen gehanteerd. De verwerende partij vermeldt volgens de verzoekende partij trouwens nog eens zelf expliciet in het bestek onder I. 5. dat zij hiermee peilt naar de bekwaamheid van de inschrijver en niet naar de kwaliteit van de inschrijving. Dat blijkt ook uit het feit dat door de verwerende partij onder I.10 van het bestek wordt bepaald dat de inschrijver met de meeste ‘ervaring/referenties’ als zeer goed wordt beoordeeld.

Er is volgens de verzoekende partij overigens weinig of geen terugkoppeling naar de concrete opdracht, die betrekking heeft op het vervangen van het buitenschrijnwerk en het isoleren en afwerken van buitengevels van het gemeentehuis.

5.1. In haar memorie van antwoord werpt de verwerende partij in de eerste plaats op dat het middel niet-ontvankelijk is wegens gebrek aan belang. De verzoekende partij heeft immers nooit eerder het bestek in vraag gesteld, laat staan aangevochten, terwijl zij klaarblijkelijk toch van mening was dat er iets schort aan één van de gunningscriteria. Niettegenstaande de verzoekende partij een wettigheidsbezwaar heeft tegen één van de gunningscriteria, heeft zij besloten om onvoorwaardelijk en zonder voorbehoud in te gaan op de uitnodiging van de verwerende partij om een eerste offerte in te dienen. Zij heeft een aantal referentieprojecten toegevoegd aan haar offerte en derhalve invulling gegeven aan het gunningscriterium dat zij nu betwist.

Uit de Labonorm-rechtspraak (arrest nr. 152.173 van 2 december 2005) kan volgens de verwerende partij worden afgeleid dat een benadeelde de keuze heeft om, ofwel bestekbepalingen meteen en rechtstreeks aan te vechten op het ogenblik dat ze door hem kunnen worden vastgesteld, ofwel

deze samen met de uiteindelijke gunningsbeslissing aan te vechten. Onder verwijzing naar het arrest nr. 206.598 van 13 juli 2010 inzake Neorec betoogt zij dat een beroep van een inschrijver echter als onzorgvuldig en onontvankelijk moet worden beschouwd wanneer deze inschrijver zijn bezwaren tegen de bestekvoorwaarden pas kenbaar maakt tijdens de schorsings- of vernietigingsprocedure gericht tegen de gunningsbeslissing in het geval dat de aanbestedende dienst uitdrukkelijk in het bijzonder bestek zelf de inschrijvers heeft verplicht om tijdig en voorafgaandelijk melding te maken van eventuele bezwaren tegen bepaalde bestekbepalingen.

De verwerende partij beklemtoont daarbij dat *in casu* bezwaarlijk kan worden gesteld dat dit wettigheidsbezwaar niet eerder zichtbaar zou zijn geweest nu de verzoekende partij zonder meer bij machte was om te constateren dat ‘ervaring/referenties’ een gunningscriterium uitmaakte, waaraan haar offerte zou worden getoetst.

5.2. Ten gronde voert de verwerende partij aan dat het peilen naar ervaring en referenties hier wel degelijk mag worden beschouwd als een wettig gunningscriterium. Dit volgt volgens haar onomstotelijk uit artikel 67, lid 2, eerste alinea, b, van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 ‘betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG’, overweging 94 bij die richtlijn en artikel 81, § 2, eerste lid, 3°, b), van de wet overheidsopdrachten 2016.

De verwerende partij merkt op dat zij met het eerste gunningscriterium ‘ervaring/referenties’ niet zozeer op algemene en abstracte wijze wenste te peilen naar de capaciteiten van de inschrijvers zelf, maar wel naar de wijze waarop de inschrijvers hun personeel en materieel zouden inzetten om de kwalitatieve uitvoering van de opdracht in kwestie te kunnen waarborgen. De vooropgestelde renovatiewerken aan een ouder bestaand gebouw, zoals het gemeentehuis, vereisen volgens haar enige precisie, wat zeker het geval is voor

het deel van de opdracht dat de afwerkingswerkzaamheden en gevelbekleding omvat.

Het was volgens haar niet haar opzet om dit criterium uitsluitend te linken aan de verdiensten en merites van de inschrijvers in algemene zin, los van de context van de huidige opdracht, maar wel om de intrinsieke mate van meerwaarde van de offertes te beoordelen.

Voorts wijst zij nog op de grote beoordelingsvrijheid van de aanbestedende dienst bij de keuze van de gunningscriteria. Zowel in de Europese richtlijnen als in de Belgische reglementering is een “exemplatieve lijst” van gunningscriteria opgenomen. De gekozen gunningscriteria moeten verband houden met het voorwerp van de opdracht. Bovendien moeten ze betrekking hebben op de aard van de opdracht of op de wijze van uitvoering ervan. Dit is volgens haar hier het geval. Ook beklemtoont de verwerende partij dat de aanbestedende dienst over een beoordelingsmarge beschikt om de beoordelingsmethode van de gunningscriteria te bepalen en dat deze beoordelingsvrijheid enkel wordt beperkt door de modaliteiten beschreven in de opdrachtdocumenten en de beginselen van behoorlijk bestuur.

Ten slotte, wat betreft de aangevoerde schending van meerdere bepalingen uit de rechtbeschermingswet samengenomen met het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht, merkt de verwerende partij nog op dat de verzoekende partij volledig nalaat aan te tonen hoe de voormelde bepalingen en beginselen zouden zijn geschonden.

6.1. In haar memorie van wederantwoord verwijst de verzoekende partij, wat de exceptie van niet-ontvankelijkheid betreft, naar het arrest nr. 247.073 van 18 februari 2020 inzake Modero Gerechtsdeurwaarders e.a. waarin de Raad van State het principe bevestigde dat de inschrijver in zijn beroep tegen de gunningsbeslissing op ontvankelijke wijze de onwettigheid mag inroepen van

het bestek, zelfs indien hij de beslissing tot vaststelling van het bestek als zodanig niet heeft aangevochten bij de Raad van State.

Het bestek schrijft volgens haar geenszins voor dat wettigheidsbezwaren tegen het bestek binnen een bepaalde termijn moeten worden gemeld bij gebreke waarvan de inschrijver zich niet meer op de vermeende onwettigheid van het bestek mag beroepen. In de kwestieuze besteksbepaling wordt zelfs nergens enig verval van recht of verlies van belang vermeld en wordt slechts op een algemene wijze gewag gemaakt van “bezwaren” en niet specifiek van “wettigheidsbezwaren”. Het recht op toegang tot de Raad van State als rechter mag dan ook niet, wat dit middel betreft, aan de verzoekende partij worden ontzegd.

6.2. Ten gronde wijst de verzoekende partij erop dat de verwerende partij ten onrechte aanvoert dat zij met het criterium ervaring en referenties wilde peilen naar de wijze waarop de inschrijvers hun materieel en personeel zouden inzetten om de kwalitatieve uitvoering van de opdracht te kunnen waarborgen. Feit is volgens de verzoekende partij immers dat de verwerende partij in de besteksbepalingen zelfs geen vragen heeft gesteld naar het personeel of specifieke inlichtingen over die personeelsleden heeft opgevraagd maar zich gericht heeft op de inschrijver. Het gaat hier dus om meer dan een loutere ‘terminologische misvatting’ in het bestek zoals de verwerende partij beweert.

7.1. In haar laatste memorie benadrukt de verwerende partij nogmaals dat de door haar aangevoerde exceptie geenszins betekent dat de verzoekende partij de toegang tot de rechter, zoals gewaarborgd door artikel 6 van het Europees Verdrag over de Rechten van de Mens, zou worden belemmerd. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens verwacht immers bij de beoordeling van het recht op toegang tot de rechter van de verzoekende partij een bijzondere waakzaamheid en een actieve houding.

Voorts merkt zij op dat de verzoekende partij *in casu* een meteen zichtbaar wettigheidsbezwaar in het bestek had kunnen vaststellen en aldus wel degelijk over alle nodige informatie beschikte om haar rechten te doen gelden.

Ten slotte wijst zij op het arrest in de zaak C-538/13 van 12 maart 2015 inzake eVigilo Ltd van het Hof van Justitie van de Europese Unie. In tegenstelling tot de onderneming in die zaak was de verzoekende partij hier wel degelijk in staat om de besteksbepalingen te begrijpen op het loutere zicht ervan.

De verwerende partij volhardt dan ook in haar exceptie.

7.2. Wat de grond van de zaak betreft, verwijst de verwerende partij in essentie naar haar standpunt in haar memorie van antwoord.

8. De verzoekende partij betwist in haar laatste memorie dat haar middel onontvankelijk zou zijn in de mate dat zij de schending aanvoert van het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht. Zij meent dat zij de schending ervan heeft aangetoond in samenhang met de schending van de artikelen 71 en 81 van de wet overheidsopdrachten 2016.

Wat betreft het belang bij het middel en de gegrondheid ervan, sluit de verzoekende partij zich aan bij het voor haar gunstige standpunt in het auditoraatsverslag.

### *Beoordeling*

9. In de eerste plaats werpt de verwerende partij een exceptie van onontvankelijkheid van het middel op. Wat de aangevoerde schending van de artikelen 36, 37 en 40 van de rechtsbeschermingswet, van het zorgvuldigheidsbeginsel en de formele en materiële motiveringsplicht betreft, zou

de verzoekende partij niet toelichten hoe deze bepalingen en beginselen te dezen zouden zijn geschonden.

Luidens artikel 2, § 1, 3°, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’ bevat het verzoekschrift tot nietigverklaring “het voorwerp van de eis, aanvraag of beroep en een uiteenzetting van de feiten en de middelen”. Onder “middel” in de zin van deze bepaling moet worden verstaan de voldoende duidelijke omschrijving van de geschonden geachte rechtsregel en van de wijze waarop die regel naar het oordeel van een verzoekende partij door de bestreden handeling wordt geschonden. Voldoende duidelijk betekent dat geen veronderstellingen moeten worden gemaakt over de juiste bedoelingen van de verzoekende partij, waardoor in werkelijkheid de verwerende partij, en nadien de Raad van State, ertoe worden gebracht in de plaats van de verzoekende partij het verzoekschrift te redigeren.

De toelichting bij het middel is beperkt tot een uiteenzetting hoe naar het oordeel van de verzoekende partij de artikelen 71 en 81 van de wet overheidsopdrachten 2016 zijn geschonden. Er mag worden aangenomen dat de schending van de materiële motiveringsplicht en van het zorgvuldigheidsbeginsel hierbij mag worden betrokken.

Met de verwerende partij dient echter te worden vastgesteld dat de verzoekende partij heeft nagelaten om de wijze waarop volgens haar de artikelen 36, 37 en 40 van de rechtsbeschermingswet – mochten ze al van toepassing zijn – en de formele motiveringsplicht door de bestreden beslissing werden geschonden, uiteen te zetten.

De conclusie is dan ook dat het middel niet ontvankelijk is in de mate dat een schending wordt aangevoerd van de artikelen 36, 37 en 40 van de rechtsbeschermingswet en van de formele motiveringsplicht.

10.1. De verwerende partij werpt een tweede exceptie van onontvankelijkheid van het middel op. Volgens haar heeft de verzoekende partij nagelaten zich te gedragen naar een bestekbepaling die haar zou verplichten haar wettigheidsbezwaren tegen het bestek tijdens de gunningsprocedure op tijd bij de aanbestedende dienst aan te kaarten. De verzoekende partij zou zich thans niet meer mogen beroepen op de onwettigheid van de besteksbepaling inzake het eerste gunningscriterium ‘ervaring/referenties’.

De besteksbepalingen (punt I.7) waarop de verwerende partij haar exceptie steunt, luiden:

“Door het indienen van een offerte aanvaarden de inschrijvers onvoorwaardelijk de inhoud van het bestek en de bijhorende opdrachtdocumenten en de invulling van de plaatsingsprocedure zoals deze in het bestek beschreven is en aanvaarden zij zelf door de bepalingen ervan gebonden te zijn.

Indien een inschrijver in dat verband een bezwaar heeft, dient hij dat schriftelijk en per aangetekende post binnen zeven kalenderdagen na ontvangst van het bestek, bekend te maken aan de aanbestedende overheid met omschrijving van de reden. Als de inschrijver in de opdrachtdocumenten fouten of leemten ontdekt die van dien aard zijn dat ze de prijsberekening of de vergelijking van de offertes onmogelijk maken, meldt hij dit onmiddellijk en schriftelijk aan de aanbestedende overheid ten laatste tien dagen vóór de limietdatum en het limietuur voor het indienen van de offertes.”

In het arrest nr. 152.173 van 2 december 2005 inzake de nv Labonorm oordeelde de Raad van State dat onrechtmatigheden die een inschrijver aan een besteksbepaling verwijt, in beginsel nog op ontvankelijke wijze mogen worden aangevoerd tegen latere beslissingen in het kader van de plaatsingsprocedure. Zo ook is het de verzoekende partij in de onderhavige zaak in beginsel toegelaten om onrechtmatigheden die zij aan een bepaling van het bestek verwijt, ook nog op ontvankelijke wijze in te roepen tegen de latere gunningsbeslissing.

10.2. De Raad van State merkt op dat de hiervoor aangehaalde besteksbepalingen niet de verplichting voor de inschrijvers bevatten om

onverwijld meteen zichtbare wettigheidsbezwaren tegen de beslissing tot vaststelling van het bestek te melden aan de aanbestedende dienst, bij gebreke waarvan zij zich niet meer op de vermeende onwettigheid van het bestek zouden mogen beroepen. De meer algemene draagwijdte die de verwerende partij aan deze bepalingen geeft, wordt bijgevolg niet bijgevalen.

10.3. Voorts moet worden vastgesteld dat de verwerende partij evenmin aantoonde dat de verzoekende partij onzorgvuldig of niet diligent zou hebben gehandeld door niet onmiddellijk, nog vóór de indiening van haar offerte, bezwaar, eventueel in rechte, te maken tegen de omschrijving van het eerste gunningscriterium in het bestek.

De kwestieuze besteksbevestiging heeft de verzoekende partij niet belet om op zinvolle wijze aan de opdracht deel te nemen aangezien de verwerende partij haar offerte ontvankelijk heeft bevonden en heeft beoordeeld.

De verwerende partij wordt voorts niet bijgevalen waar zij betoogt dat het hier gaat om een wettigheidsbezwaar dat meteen zichtbaar zou zijn. De kritiek van de verzoekende partij op het litigieuze criterium wordt door de verwerende partij betwist aan de hand van een uitvoerige argumentatie, waarbij zij er ook nadrukkelijk op wijst dat het peilen naar ervaring en referenties in het kader van de huidige toepasselijke regelgeving als een gunningscriterium mag worden beschouwd. Het bezwaar is dan ook niet dermate evident dat aan een inschrijver verweten zou kunnen worden niet onmiddellijk de aanbestedende dienst of een rechter te hebben geadieerd.

Dit geldt des te meer nu te dezen mag worden aangenomen dat de verzoekende partij pas bij kennisname van het verslag van nazicht van de offertes volledig inzicht heeft gekregen in de wijze waarop het litigieuze gunningscriterium door de verwerende partij werd ingevuld. Ten onrechte meent de verwerende partij dan ook dat de voorliggende zaak zich fundamenteel

onderscheidt van de casus in het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie inzake eVigilo Ltd.

10.4. Conclusie is dan ook dat de verwerende partij niet aantoont dat de verzoekende partij het louter aan zichzelf te wijten zou hebben dat de verwerende partij geen rekening heeft kunnen houden met kritiek op het bestek. Er is derhalve geen reden om het desbetreffende middel onontvankelijk te verklaren.

De exceptie wordt verworpen.

11.1. Ten gronde voert de verzoekende partij aan dat de verwerende partij met het eerste gunningscriterium in wezen een selectiecriterium hanteert.

11.2. Artikel 71 van de wet overheidsopdrachten 2016 luidt:

“Het selectiecriterium of de selectiecriteria kunnen betrekking hebben op :  
1° geschiktheid om de beroepsactiviteit uit te oefenen; en/of  
2° de economische en financiële draagkracht; en/of  
3° de technische en beroepsbekwaamheid.

De aanbestedende overheid mag alleen deze criteria als voorwaarde voor deelname opleggen aan de kandidaten en inschrijvers. Zij beperken deze voorwaarden 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 houden verband met en staan in verhouding tot het voorwerp van de opdracht.

De Koning geeft nadere invulling aan de modaliteiten voor het vaststellen van deze voorwaarden.”

Overeenkomstig artikel 81, § 2, eerste lid, 3°, van de wet overheidsopdrachten 2016 wordt de economisch meest voordelige offerte uit het oogpunt van de aanbestedende dienst vastgesteld rekening houdend met de beste prijs-kwaliteitverhouding die wordt bepaald op grond van de prijs of de kosten alsook criteria waaronder kwalitatieve, milieu- of sociale aspecten, die verband houden met het voorwerp van de betrokken opdracht. Nog volgens deze bepaling

mag het daarbij onder meer gaan om criteria inzake “de organisatie, de kwalificatie en de ervaring van het personeel voor de uitvoering van de opdracht, wanneer de kwaliteit van dat personeel een aanzienlijke invloed kan hebben op het niveau van de uitvoering van de opdracht”.

Overeenkomstig artikel 81, § 3, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 worden gunningscriteria geacht verband te houden met het voorwerp van de overheidsopdracht wanneer ze betrekking hebben op de in het kader van die opdracht te verrichten werken, leveringen of diensten, in alle opzichten en in elk stadium van de levenscyclus ervan.

Het onderzoek van de offertes aan de hand van de gunningscriteria peilt naar de intrinsieke waarde van de offertes en dient te worden onderscheiden van de selectie van de kandidaten, die verband houdt met de geschiktheid van de inschrijvers om de betrokken opdracht uit te voeren.

De criteria aan de hand waarvan de aanbestedende diensten de economisch meest voordelige offerte kunnen bepalen rekening houdend met de beste prijs-kwaliteitverhouding, zijn niet limitatief opgesomd in artikel 81, § 2, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016.

De keuzevrijheid voor de aanbestedende dienst om de gunningscriteria te bepalen is echter niet onbeperkt. Die keuze mag geen betrekking hebben op andere criteria dan die welke strekken tot bepaling van de economisch meest voordelige offerte en ze moeten verband houden met het voorwerp van de opdracht.

Ongeacht de keuzevrijheid waarover de aanbestedende dienst bij de vaststelling van de gunningscriteria beschikt, dienen deze bovendien te worden geformuleerd op een wijze waardoor alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers in staat zijn deze criteria op dezelfde wijze te interpreteren.

11.3. Zowel de aankondiging als de selectieleidraad vermelden het volgende selectie criterium inzake de technische en beroepsbekwaamheid van de inschrijver:

“Een lijst van gelijkaardige projecten waar specifiek gewerkt werd met aluminium gevelbekleding die gedurende de afgelopen vijf jaar werden verricht, met vermelding van de kostprijs, de uitvoeringsdatum en een attest van goede uitvoering ondertekend door de opdrachtgever. Het ontbreken van de attesten geeft aanleiding tot uitsluiting.”

Het eerste gunningscriterium in het bestek luidt:

| NR. | BESCHRIJVING                                                                                                                                                                                                                                                                        | GEWICHT |
|-----|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------|
| 1.  | ERVARING/ REFERENTIES<br>Voor de score zal de jury de aangeleverde documenten beoordelen en afzonderlijk quoteren. De inschrijver met de meeste ervaring/ referenties wordt beoordeeld als zeer goed (30 punten), goed (20 punten), voldoende (10 punten) of onvoldoende (0 punten) | 30      |

De beoordeling van de gunningscriteria in het verslag van nazicht, waarop de bestreden gunningsbeslissing steunt, luidt:

“Inschrijver 1: Diliën Metaalwerken nv

| NR | BESCHRIJVING         | GEWICHT |
|----|----------------------|---------|
| 1. | ERVARING/REFERENTIES | 10      |
| 2. | PRIJS                | 70      |

Inschrijver 2: Moors nv

| NR | BESCHRIJVING         | GEWICHT |
|----|----------------------|---------|
| 1. | ERVARING/REFERENTIES | 20      |
| 2. | PRIJS                | 63,48”  |

Wat het eerste gunningscriterium ‘ervaring/referenties’ betreft, wordt de puntentoekenning in het verslag van nazicht als volgt nader toegelicht:

“Gelet op het feit dat inschrijver 2 (Moors nv) meer referenties van verschillende grootte en budget, inclusief attesten van goede uitvoering ondertekend door de opdrachtgever, heeft toegevoegd, ontvangt deze inschrijver de score ‘goed’. Inschrijver 1 (Diliën Metaalwerken nv)

voegde 3 referenties met getuigschriften van goede uitvoering toe en ontvangt daarom de score ‘voldoende’.

Conform de bepalingen uit het bestek werd volgende puntenverdeling toegepast: Zeer goed = 30 punten Goed = 20 punten Voldoende = 10 punten Onvoldoende = 0 punten.”

11.4. Het eerste gunningscriterium ‘ervaring/referenties’ betreft in beginsel niet de intrinsieke waarde van de offerte, maar de geschiktheid van de inschrijver en mag dan ook niet als gunningscriterium worden gehanteerd, behoudens met toepassing van voormeld artikel 81, § 2, eerste lid, 3°, b) van de wet overheidsopdrachten 2016, namelijk wanneer het criterium betrekking heeft op “de organisatie, de kwalificatie en de ervaring van het personeel voor de uitvoering van de opdracht, wanneer de kwaliteit van dat personeel een aanzienlijke invloed kan hebben op het niveau van de uitvoering van de opdracht”.

Zo een aanbestedende dienst zich wil beroepen op een dergelijke uitzondering, mag van die dienst worden verwacht dat zij zulks aantoonst of dat duidelijk uit de dossierstukken blijkt dat aan deze voorwaarden is voldaan.

Er is echter, zoals hierna zal blijken, niet aan de voorwaarden voldaan om op grond van voormeld artikel 81, § 2, eerste lid, 3°, b) van de wet overheidsopdrachten 2016 ‘ervaring/referenties’ als gunningscriterium te kunnen hanteren.

11.5.1. Zo blijkt het gunningscriterium ‘ervaring/referenties’ zoals omschreven in het bestek slechts op algemene wijze te peilen naar de “inschrijver” met de “meeste ervaring/referenties”, en dus geenszins naar de ervaring van het bij de uitvoering van de kwestieuze opdracht betrokken personeel.

Ook blijkt nergens uit het bestek dat de verwerende partij de inschrijvers specifieke inlichtingen zou hebben gevraagd aangaande het personeel

of het projectteam dat voor de uitvoering van de opdracht zal worden ingezet, noch omtrent de organisatie, de kwalificatie en de ervaring van dat personeel.

Evenmin maakt de verwerende partij aannemelijk dat de kwaliteit van het personeel een aanzienlijke invloed kan hebben op het niveau van de uitvoering van de opdracht, zoals dat bijvoorbeeld het geval kan zijn bij een overheidsopdracht voor intellectuele diensten. In casu betreft het een overheidsopdracht voor werken, namelijk de vervanging van het buitenschrijnwerk en het isoleren en afwerken van de buitengevels van een gemeentehuis. De koppeling aan specifieke prestaties in het kader van de voorliggende opdracht, waarnaar de verwerende partij verwijst in haar memorie van antwoord, blijkt nergens aanwezig te zijn in de omschrijving van het gunningscriterium in het bestek, waar slechts op algemene wijze verwezen wordt naar ‘de inschrijver’ met de ‘meeste ervaring/referenties’.

Zo ook schrijft de verwerende partij in het bestek niet voor dat het personeel dat de opdracht moet uitvoeren, daadwerkelijk moet voldoen aan bepaalde kwaliteitsnormen en alleen mag worden vervangen met toestemming van de aanbestedende dienst.

11.5.2. Het verslag van nazicht doet evenmin anders oordelen.

De bewering van de verwerende partij in haar memorie van antwoord dat zij met het eerste gunningscriterium niet wenste te peilen naar de verdiensten en merites van de inschrijvers in het algemeen maar wel naar de intrinsieke meerwaarde van de offertes, blijkt niet uit dit verslag.

In dit verslag wordt integendeel louter vastgesteld dat de ene inschrijver “meer referenties van verschillende grootte en budget, inclusief attesten van goede uitvoering ondertekend door de opdrachtgever” heeft toegevoegd en aldus meer punten krijgt toebedeeld voor het betrokken

gunningscriterium dan de andere inschrijver die “3 referenties met getuigschriften van goede uitvoering” heeft toegevoegd.

Er blijkt dus enkel te zijn geoordeeld op grond van de algemene referenties van de inschrijver, geenszins op grond van de ervaring van het personeel voor de uitvoering van de specifieke opdracht.

Ook blijken in wezen slechts het aantal en de omvang van de referenties te zijn beoordeeld wat evenmin lijkt te beantwoorden aan de doelstelling van een onderzoek naar de intrinsieke kwaliteit van een offerte.

Voorts wordt vastgesteld dat de gekozen inschrijver dezelfde lijst van dertien referenties die hij heeft opgegeven in zijn aanvraag tot deelneming, vervolgens heeft gevoegd bij zijn offerte. Anders dan vermeld in het verslag van nazicht blijkt uit het administratief dossier overigens niet dat de gekozen inschrijver bij zijn aanvraag tot deelneming of bij zijn offerte attesten van goede uitvoering ondertekend door de opdrachtgever heeft toegevoegd, noch dat in de opgegeven referentielijst enig budget of kostprijs werd vermeld. Deze vaststelling in het auditorsverslag wordt in haar laatste memorie niet betwist door de verwerende partij.

Aldus kan evenmin worden aangenomen dat niet de algemene ervaring van de inschrijver, maar wel de ervaring van bepaalde uitvoerders van de inschrijver werd beoordeeld in het kader van het gunningscriterium.

De beweerde wens van de verwerende partij om met het criterium ‘ervaring/referenties’ niet zozeer op algemene en abstracte wijze te peilen naar de capaciteiten van de inschrijvers zelf, dan wel naar de wijze waarop de inschrijvers hun personeel en materieel zouden inzetten om de kwalitatieve uitvoering van de opdracht in kwestie te kunnen waarborgen, vindt dan ook geen bevestiging in de bestreden beslissing en de beoordeling van de offertes in het bijhorende verslag van nazicht.

Indien al zou worden aangenomen dat dergelijke wens verenigbaar zou kunnen zijn met de bewoordingen van het bestek, dient in elk geval te worden vastgesteld dat dit niet de wijze blijkt te zijn waarop de verwerende partij het litigieuze gunningscriterium bij de beoordeling van de offertes effectief heeft gehanteerd. Het gunningscriterium blijkt evenmin te zijn geformuleerd op een wijze die alle redelijk geïnformeerde en zorgvuldige inschrijvers toelaat het in die zin en op dezelfde wijze te interpreteren.

11.6. Aldus wordt niet aangetoond dat dit criterium, zoals het in wezen werd toegepast, mag worden beschouwd als een gunningscriterium en niet als een selectiecriterium.

Deze vaststelling is van aard om de gehele gunningsprocedure aan te tasten.

In de mate dat een schending wordt aangevoerd van de artikelen 71 en 81 van de wet overheidsopdrachten 2016 samengenomen met de materiële motiveringsplicht en van het zorgvuldigheidsbeginsel is het middel dan ook gegrond.

#### *V. Verzoek tot aanvullend auditoraatsverslag*

12. In haar laatste memorie vraagt de verzoekende partij om een aanvullend auditoraatsverslag waarbij het eerste en het tweede middel zouden worden onderzocht. Zij meent immers dat de draagwijdte van die beide middelen die van het derde middel te buiten gaat. Het gegrond bevinden van het eerste en tweede middel zou volgens haar niet alleen leiden tot de nietigverklaring van de gunningsbeslissing doch ook tot de vaststelling dat de offerte van de verzoekende partij de economisch meest voordelige is.

Hierbij merkt de verzoekende partij, wat haar eerste middel betreft, onder andere op dat aangezien zij omzeggens evenveel referenties heeft ingediend als de nv Moors, zij beiden eenzelfde score hadden dienen te krijgen voor het eerste gunningscriterium. Aangezien de offerte van de verzoekende partij beter scoort op het prijscriterium, diende de opdracht aan haar te worden gegund.

Wat het tweede middel betreft, wijst de verzoekende partij er onder meer op dat uit het auditoraatsverslag blijkt dat de dertien referenties die de nv Moors heeft voorgelegd bij haar offerte, niet aan de besteksvoorwaarden inzake het eerste gunningscriterium voldoen. De offerte van de verzoekende partij diende dus in elk geval door de verwerende partij als de meest voordelige te worden beschouwd.

### *Beoordeling*

13. Het gegrond bevinden van het derde middel is gesteund op de essentiële overweging dat de verwerende partij met haar eerste gunningscriterium ‘ervaring/referenties’ in wezen een selectiecriterium heeft gehanteerd, namelijk een criterium dat de inschrijver en niet de offerte beoordeelt, hetgeen in strijd is met de artikelen 71 en 81 van de wet overheidsopdrachten 2016.

Deze bevinding tast de gunningsprocedure fundamenteel aan. Immers, ofwel is het bestek onwettig doordat daarin een gunningscriterium is opgenomen dat in wezen een selectiecriterium is, ofwel dient te worden vastgesteld dat het criterium verkeerd werd toegepast door het gunningscriterium ten onrechte te interpreteren als een selectiecriterium.

De verwerende partij betoogt dat zij met het eerste gunningscriterium beoogde het personeel van de inschrijver te beoordelen in functie van de opdracht, en dat het bestek dus niet onwettig is. Aan de hand van de ingediende offertes die dit personeelsaspect helemaal niet toelichten, was de

verwerende partij echter niet in staat tot een dergelijke beoordeling. Om die reden doet de opmerking van de verzoekende partij dat haar referenties gelijkwaardig zijn aan die van de nv Moors of zelfs dat die van de nv Moors niet in aanmerking mogen worden genomen, niet ter zake. Geen van beide offertes leende zich tot die toetsing zodat met geen van beide offertes rekening mag worden gehouden voor de beoordeling van het eerste gunningscriterium.

De opmerking van de verzoekende partij dat het eerste gunningscriterium buiten beschouwing moet worden gelaten en dat haar offerte op grond van het tweede gunningscriterium alleen, de prijs, als de meest voordelige moet worden aanzien, overtuigt evenmin.

De verwerende partij heeft slechts 70 punten op de 100 voorbehouden voor het tweede gunningscriterium. Door enkel rekening te houden met dit ene criterium zou de Raad zich in de plaats stellen van de aanbestedende dienst en aldus het bestek herschrijven, wat hem niet is toegelaten. Het gunningscriterium ‘ervaring/referenties’ blijkt een dermate fundamenteel deel van het bestek en dus van de gunningsprocedure te zijn dat, indien met dit criterium geen rekening gehouden mag worden, het gevolg is dat de opdracht aan geen enkele inschrijver kan worden gegund.

In die omstandigheden wordt het verzoek tot heropening van het debat met het oog op de redactie van een aanvullend auditorsverslag verworpen.

## **BESLISSING**

**1. De Raad van State vernietigt de beslissing van 31 maart 2020 van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Zonhoven waarbij de overheidsopdracht ‘Vervanging van het buitenschrijnwerk en het isoleren en afwerken van de buitengevels van het gemeentehuis – lot 1’ wordt gegund aan de nv Moors.**

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

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

|                     |                  |
|---------------------|------------------|
| Paul Lemmens,       | kamervoorzitter, |
| Pierre Barra,       | staatsraad,      |
| Patricia De Somere, | staatsraad,      |
| bijgestaan door     |                  |
| Silja Doms,         | griffier.        |

**De griffier**

**De voorzitter**

**Silja Doms**

**Paul Lemmens**