

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 252.170 van 19 november 2021
in de zaak A. 230.522/XII-8888**

In zake: de NV SPORTINFRABOUW
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Joris Wouters
kantoor houdend te 2600 Antwerpen
Borsbeeksebrug 36
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE ARDOOIE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jo Goethals
kantoor houdend te 8800 Roeselare
Kwadestraat 151B bus 41
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 6 april 2020, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van de gemeente Ardooie van 3 februari 2020 waarbij de overheidsopdracht “Aanleg van Voetbalveld 2 in kunstgras” wordt gegund aan de nv Stadsbader-Flamand en niet aan de nv Sportinfrabouw.

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.

Adjunct-auditeur Frederick Ongena heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 26 oktober 2021.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Joris Wouters, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Jo Goethals, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederick Ongena heeft een andersluidend 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. Het voorwerp van de opdracht is de aanleg van een voetbalveld in kunstgras. De plaatsingswijze is de vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 4 december 2019.

3.2. Het bestek “Kunstgras voetbalveld Sportcentrum De Ark Ardoorie” met referentie 2020/01 is op de opdracht van toepassing.

In het bestek wordt onder de rubriek ‘Kwalitatieve selectie’, ‘Technische en beroepsbekwaamheid van de inschrijver’ – bladzijde 5 van het bestek – het volgende selectie criterium vermeld:

“De kandidaat dient aan te tonen dat deze zelf als hoofdaannemer in de vorige 5 jaar vanaf de datum aanbesteding, 3 FIFA ** gecertificeerde kunstgrasvelden (minimum oppervlakte 6.500 m²) gelijkaardig aan dit project heeft aangelegd.”

Het bestek bepaalt voorts dat de economisch meest voordelige offerte zal worden gekozen op grond van vier gunningscriteria samen te quoteren op 100 punten. Deze criteria en hun respectieve gewicht zijn: de prijs (70), de kwaliteit van de aangeboden materialen (10), de garanties (10) en het onderhoud (10).

Onder hoofdstuk III ‘Technische bepalingen’, ‘2. Opdracht’, ‘Postnr 9. Leveren en plaatsen van kunstgras tapijt op shockpad’ – bladzijde 22 van het bestek – wordt het volgende voorgeschreven:

“Het aangeboden systeem zal beantwoorden aan de volgende minimale eisen:

[...]

b) De vulling van het kunstgras tapijt bestaat uit:

De kunstgrasmat wordt verzwaard met zand teneinde ze op de juiste plaats te houden. Dit dient gedroogd kwartszand te zijn. Er wordt 15 kgr per m² over het ganse veld verspreid en ingewerkt zodat een gelijkmatige verspreiding bekomen wordt.

De vulling bestaat uit kurkgranulaat.

Minimumvereisten:

- Kurkgranulaat, vooraf gewassen en bij levering vrij van stof
- Soortelijk gewicht (los gestort): 0,19 gr/cm³ +/- 15%
- Korrelgrootte: 1-2 mm
- Onafhankelijk onderzoeksrapport dient uit te wijzen dat de kurkinfill minimaal 15 graden Celsius minder opwarmt dan vergelijkbaar kunstgras met SBR infill granulaat
- Voldoet aan de eisen voor brandbestendigheid klasse 1 conform de standaard ASTM E648-08
- Het aangeboden systeem (bestaande uit kunstgras, kurkinfill, zandinfill en optioneel shockpad/foamlayer dient laboratorium goedgekeurd te zijn conform de eisen FIFA 2star, een laboratoriumrapport uitgegeven door een FIFA erkend laboratorium dient na aanbesteding te worden aangeleverd
- Inschrijver dient ten minste 3 referenties te kunnen voorleggen waarbij het veld (kunstgras inclusief de kurkinfill, infill zand en optioneel foam/e-layer) is goedgekeurd volgens de normen van FIFA 2 star door een FIFA erkend testinstituut voor keuring van velden in de praktijk
- Inclusief FIFA laborrapport.”

3.3. Vier inschrijvers dienen een offerte in, namelijk de nv Stadsbader-Flamand, de nv Lesuco, de nv Sportinfrabouw en de nv Scheerlinck Sport.

3.4. Op 29 januari 2020 stelt de verwerende partij een verslag van nazicht op. De vier kandidaten voldoen aan de selectiecriteria en worden allen geselecteerd. Na toetsing van de offertes aan de gunningscriteria wordt de offerte van de nv Stadsbader-Flamand als eerste gerangschikt met 97,30 punten en die van de nv Sportinfrabouw als tweede met 91 punten.

3.5. Op 3 februari 2020 gunt de verwerende partij de opdracht aan de nv Stadsbader-Flamand waarbij het verslag van nazicht integraal deel uitmaakt van de gunningsbeslissing.

3.6. Met een aangetekend schrijven van 4 februari 2020 wordt de verzoekende partij ervan in kennis gesteld dat de opdracht is gegund aan een andere inschrijver.

Met een e-mailbericht van 5 februari 2020 laat de verzoekende partij weten geen bijlagen te hebben ontvangen bij dit schrijven van 4 februari 2020. Nog dezelfde dag bezorgt de verwerende partij, per e-mail, het verslag van nazicht aan de verzoekende partij.

Met een aangetekend schrijven van 7 februari 2020 uit de verzoekende partij kritiek op de gunningsbeslissing. Zij stelt dat de gekozen inschrijver onvoldoende referenties heeft en vraagt om de gunningsbeslissing in te trekken. Zij merkt onder meer het volgende op:

“Wij hebben het gunningsverslag goed bekeken en geconstateerd dat u voornemens bent of dat reeds heeft gedaan om onterecht te gunnen aan het bedrijf Stadsbader. Wij zijn zeer goed bekend met de marktsituatie en volgens onze informatie beschikt Stadsbader niet over de 3 gevraagde referenties zoals gevraagd onderaan bladzijde 22/35 van het bestek: Inschrijver dient ten minste 3 referenties te kunnen voorleggen waarbij het veld (kunstgras inclusief de kurkinfill, infill zand en optioneel foam/e-layer) is goedgekeurd volgens de normen van FIFA 2 star door een FIFA erkend testinstituut voor keuring van velden in de praktijk. Het betreft hier een substantiële onregelmatigheid, wat de inschrijving van Stadsbader ongeldig maakt.”

Op 14 februari 2020 antwoordt de verwerende partij als volgt:

“In antwoord op uw bezwaarschrift van 7 februari 2020 tegen de gunning aan nv Stadsbader, kunnen we het volgende meedelen. Het selectie criterium (technische en beroepsbekwaamheid) vereist het volgende: ‘Minstens 3 referenties aan te bieden van kunstgrasvelden gelijkaardig aan dit project, met een minimum oppervlakte van 6.500 m² die gekeurd zijn door FIFA (met twee sterren) en in de voorbije 5 jaar werden aangelegd’. De firma Stadsbader voldoet aan dit criterium gezien in hun offerte een uitgebreide referentielijst is toegevoegd (39 referenties). Gezien de selectiecriteria gelijkaardige referenties (en dus geen identieke referenties) vereist, vormt het geen probleem dat niet alle referenties werden uitgevoerd met een invulling met zand en SBR rubber, terwijl het voorliggend project met kurk-invulling zal worden uitgevoerd. De aanleg van het kunstgrasveld is in beide gevallen volledig hetzelfde, met als enig verschil dat een ander materiaal (rubber dan wel kurk) voor

de ‘infill’ wordt gebruikt. De infill zelf heeft in beide gevallen hetzelfde effect en bereikt dezelfde speltechnische eigenschappen die FIFA vooropstelt.

Er is dus geen wezenlijk verschil in de knowhow die nodig is voor de aanleg van kunstgras met zand en SBR rubber, dan wel zand en kurk. De firma Stadsbader heeft dus wel degelijk de vereiste ervaring en knowhow om de opdracht op een kwalitatieve wijze uit te voeren.

Volledigheidshalve kunnen we nog verwijzen naar rechtspraak van de Raad van State omtrent het begrip ‘gelijkaardig’.

De Raad van State stelt immers dat gestelde selectiecriteria niet al te strikt mogen geïnterpreteerd worden omdat daarmee de mededinging wordt beknot. Als ‘gelijkaardige’ referenties worden gevraagd, betekent dat dus niet dat ‘identieke’ referenties vereist zijn (cf. RvS 16 februari 1999, nr. 78.755).

Essentieel is dat via de referenties wordt aangetoond dat de inschrijver capabel is om de bedoelde werken uit te voeren.”

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

Uiteenzetting van de exceptie van niet-tijdigheid

4.1. De verwerende partij merkt op dat zij de verzoekende partij met een brief van 4 februari 2020 ter kennis bracht dat de opdracht aan een andere inschrijver werd gegund. Gelet op het e-mailverkeer van 5 februari 2020 had de verzoekende partij op die dag alle informatie ter beschikking om beroep in te dienen. De verwerende partij meent dat de beroepstermijn van zestig dagen, zoals bepaald in artikel 23, § 2, 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), is beginnen lopen op 5 februari 2020 omdat de brief van 4 februari 2020 de gunningsbeslissing bevatte. Aldus eindigde volgens haar de beroepstermijn op zondag 5 april 2020.

Aangezien de rechtsbeschermingswet niet voorziet in een regeling die de termijn verlengt in het geval de laatste dag ervan op een zaterdag

of een zondag valt, is het beroep dat werd ingesteld op maandag 6 april 2020 volgens de verwerende partij niet tijdig.

Beoordeling

4.2.1. In het auditorsverslag wordt voorgesteld de exceptie te verwerpen. Er wordt op gewezen dat, zelfs al zou mogen worden aangenomen dat de beroepstermijn ten vroegste op 5 februari 2020 startte – het is echter niet zeker dat bij de kennisgeving van 4 februari 2020 de gunningsbeslissing en het verslag van nazicht waren gevoegd – en eindigde op zaterdag 4 april 2020, de beroepstermijn met toepassing van artikel 68 van de rechtsbeschermingswet wordt verlengd tot de eerste werkdag en het beroep dus tijdig is.

Artikel 68 van de rechtsbeschermingswet bepaalt immers, aldus dit verslag, dat “de berekening van de termijnen gebeurt overeenkomstig Verordening (EEG, Euratom) nr. 1182/71 van de Raad van 3 juni 1971 houdende vaststelling van de regels die van toepassing zijn op termijnen, data en aanvangs- en vervaltijden in het [recht van de Europese Unie]”. Artikel 3, vierde lid, van deze verordening bepaalt dat, indien de laatste dag van een anders dan in uren omschreven termijn een feestdag, een zondag of een zaterdag is, deze termijn dan afloopt bij het einde van het laatste uur van de daaropvolgende werkdag.

4.2.2. In haar laatste memorie weerspreekt de verwerende partij deze conclusie niet.

4.2.3. De Raad van State valt het standpunt in het auditorsverslag bij.

De exceptie wordt verworpen.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Standpunt van de partijen

5. De verzoekende partij voert de schending aan van de artikelen 4, 81 en 83 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), van de artikelen 5, 9°, en 29, § 1, van de rechtsbeschermingswet, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, van artikel 76 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), van het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, van de materiële- en de formelemotiveringsplicht, van het gelijkheidsbeginsel en van het beginsel van de eerlijke mededinging.

Zij vat haar middel samen als volgt:

“Doordat de verwerende partij de opdracht heeft gegund aan de nv Stadsbader-Flamand; Dat uit de bestreden beslissing blijkt dat de offerte van de nv Stadsbader-Flamand als regelmatig is beschouwd nu de opdracht aan deze inschrijver is gegund en er geen opmerkingen worden gemaakt onder het hoofdstuk 4. ‘Regelmatigheidsonderzoek van de offertes van geselecteerde inschrijvers’ van het verslag van nazicht; Dat uit het gunningsverslag evenwel geenszins blijkt of voldaan is aan de minimale technische eisen met betrekking tot de kurkgranulaatvulling van het kunstgrasapijt zoals uiteengezet op blz. 22 van het bestek;

Terwijl de technische bepalingen van het Bestek voor wat betreft het kunstgrasapijt, en meer in het bijzonder de vulling van het kunstgrasapijt in kurkgranulaat, (Postnr. 9, blz. 22/35 van het bestek) een aantal minimale eisen voorop stellen; Dat daarbij met betrekking tot [het] aan te bieden kurkgranulaat onder meer is gesteld dat het aangeboden systeem goedgekeurd moet zijn conform de eisen FIFA 2 Star; Dat de inschrijver volgens het bestek tevens ten minste drie referenties moest voegen bij de offerte waarbij het veld is goedgekeurd volgens de normen van FIFA 2 star door een FIFA erkend testinstituut voor keuring van velden in de praktijk; Dat de verwerende partij de opdracht slechts mocht gunnen aan een inschrijver met een regelmatige offerte wat impliceert dat deze offerte voldoet aan de minimale eisen van blz. 22 van het bestek [...]; Dat uit niets blijkt dat de offerte van de nv Stadsbader-Flamand op dit punt is onderzocht en dat nazicht is gedaan van de vraag of deze referenties zijn voorgebracht en of deze referenties voldoen; Dat uit het schrijven van verwerende partij dd. 14 februari 2020 veeleer het tegendeel blijkt en moet afgeleid worden dat de nv Stadsbader-Flamand niet over de op blz. 22 van het bestek gevraagde referenties beschikt; Dat geenszins vaststaat dat de offerte van de nv Stadsbader-Flamand regelmatig is; Dat in die optiek evenmin vast staat dat de opdracht is gegund aan een inschrijver met een regelmatige offerte; Zodat de bestreden beslissing de in het middel aangehaalde wetsbepalingen en beginselen schendt.”

In de toelichting bij het middel betoogt de verzoekende partij dat de offerte van de begunstigde onderneming in strijd is met de minimale eisen van het bestek en derhalve substantieel onregelmatig is.

Het bestek voorziet op bladzijde 22 in een aantal minimale eisen wat het kurkgranulaat als vulling van het kunstapijt betreft. Onder meer het volgende wordt voorgeschreven:

“Inschrijver dient ten minste 3 referenties te kunnen voorleggen waarbij het veld (kunstgras inclusief de kurkinfill, infill zand en optioneel foam/e-layer) is goedgekeurd volgens de normen van FIFA 2 star door een FIFA erkend testinstituut voor keuring van velden in de praktijk.”

Een toetsing hiervan is volgens de verzoekende partij niet opgenomen in het nazichtsverslag. Evenmin wordt in het bestek gerept over de

gevraagde referenties. De verzoekende partij “weet dat inschrijver nv Stadsbader-Flamand niet over de referenties beschikt zoals gevraagd op blz. 22 van het bestek”, namelijk een kunstgrasveld met kurkinfill dat beantwoordt aan de voormelde minimale technische eis. Ten onrechte tracht de verwerende partij, zo betoogt de verzoekende partij, in haar schrijven van 14 februari 2020 de referenties gevraagd bij de selectie-eisen op bladzijde 5 van het bestek te vermengen met de referenties gevraagd bij de minimale technische eisen op bladzijde 22 van het bestek.

6. De verwerende partij antwoordt onder meer dat de zogenaamde minimumeis op bladzijde 22 van het bestek “geen minimumvereiste is zoals bedoeld in de van toepassing zijnde wetgeving”. Deze “eis” is aldaar per vergissing opgenomen en slaat op de selectie van de inschrijver, hetgeen reeds op bladzijde 5/35 van het lastenboek, op de aldaar correcte plaats, is weergegeven. Deze eis heeft volgens de verwerende partij immers niets te maken met een technische specificatie van de offerte van de inschrijver. Het middel steunt op een administratieve vergissing waarop uiteraard geen gegrond middel kan worden gesteund.

Ook merkt de verwerende partij op dat de verzoekende partij de selectie van de begunstigde inschrijver niet betwist.

7. In haar memorie van wederantwoord benadrukt de verzoekende partij in de eerste plaats dat de gekozen inschrijver niet kan hebben voldaan aan de minimale bestekseis “van het kunnen voorleggen van drie specifieke referenties met betrekking tot het kurkgranulaat als vulling van het kunstgrastapijt” terwijl zijzelf daar wel aan heeft voldaan.

In de mate dat de verwerende partij aanvoert dat de op bladzijde 22 van het bestek gevraagde referenties niet mogen worden gelezen als een minimale bestekseis maar als een selectie criterium, merkt de verzoekende partij op dat niet valt in te zien waarom dit zo zou zijn. Voorts beweert de

verwerende partij, noch toont zij aan dat de gekozen inschrijver dergelijke referenties heeft.

8. In haar laatste memorie benadrukt de verzoekende partij dat de verwerende partij in de bestreden beslissing op geen enkele manier motiveert “waarom de offerte van de gekozen inschrijver alsnog kon aanvaard worden niettegenstaande de drie referenties in het kader van het kurkgranulaat als vulling van het kunstgrasapijt, niet zijn voorgelegd door de gekozen inschrijver”. Ten onrechte was de verwerende partij van oordeel dat gelijkaardige referenties zouden volstaan, wat hier betekent dat referenties met rubbergranulaat in plaats van het voor deze opdracht vereiste kurkgranulaat ook in aanmerking mogen worden genomen. Dit zou volgens de verzoekende partij misschien mogelijk zijn voor de selectiecriteria doch niet voor de op bladzijde 22 van het bestek gevraagde referenties. De referenties gevraagd op bladzijde 22 van het bestek betreffen ontegensprekelijk enkel vulling met kurkgranulaat en de verwerende partij heeft bij de beoordeling van de voorgelegde referenties geen “discretionaire [...] beoordelingsvrijheid”.

De verzoekende partij wijst erop dat de verwerende partij in haar brief van 14 februari 2020 zelf toegeeft dat niet alle referenties van de gekozen inschrijver werden uitgevoerd op de manier als voor de litigieuze opdracht is vereist.

Voorts benadrukt de verzoekende partij dat een onverenigbaarheid van de offerte met de technische specificaties in beginsel te beschouwen valt als een substantiële onregelmatigheid. Te dezen gaat het om een minimumeis die sowieso een essentieel karakter heeft.

9. In haar laatste memorie benadrukt de verwerende partij nogmaals dat de gevraagde referenties op bladzijde 22 van het bestek niets van

doen hebben met de technische regelmatigheid van de offerte doch wel met de technische bekwaamheid van de inschrijver.

Beoordeling

10. Met toepassing van artikel 71, derde lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 bepaalt artikel 68 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 dat een aanbestedende overheid met selectiecriteria inzake technische en beroepsbekwaamheid voorwaarden kan opleggen “opdat ondernemers over de noodzakelijke personele en technische middelen en ervaring beschikken om de opdracht volgens een passend kwaliteitsniveau uit te voeren” en “met name [kan] eisen dat de ondernemers een voldoende mate van ervaring hebben die kan worden aangetoond met geschikte referenties inzake in het verleden uitgevoerde opdrachten”.

Overeenkomstig artikel 53, § 1, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 “neemt [de aanbestedende overheid] de technische specificaties, waarin de voor een werk [...] gestelde kenmerken worden voorgeschreven, op in de opdrachtdocumenten”. Overeenkomstig artikel 76, § 1, eerste lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 gaat de aanbestedende overheid na of de offertes regelmatig zijn. Luidens artikel 76, § 1, derde lid, van hetzelfde besluit is een offerte “substantieel onregelmatig wanneer ze van aard is de inschrijver een discriminerend voordeel te bieden, tot concurrentievervalsing te leiden, de beoordeling van de offerte van de inschrijver of de vergelijking ervan met de andere offertes te verhinderen, of de verbintenis van de inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onbestaande, onvolledig of onzeker te maken”. Overeenkomstig artikel 76, § 1, vierde lid, 3°, van hetzelfde besluit leidt “de niet-naleving van de minimale eisen en de vereisten die als substantieel worden aangemerkt in de opdrachtdocumenten” tot een substantiële onregelmatigheid.

11. Op bladzijde 5 van het bestek wordt onder de rubriek ‘Uitsluitingsgronden en kwalitatieve selectie’, ‘Technische en beroepsbekwaamheid van de inschrijver’, het volgende selectie criterium vermeld: “De kandidaat dient aan te tonen dat deze zelf als hoofdaannemer in de vorige 5 jaar vanaf de datum aanbesteding, 3 FIFA ** gecertificeerde kunstgrasvelden (minimum oppervlakte 6.500 m²) gelijkaardig aan dit project heeft aangelegd”.

De verwerende partij formuleert aldus een selectie criterium dat beoogt de technische en beroepsbekwaamheid na te gaan door het eisen van drie referenties inzake in het verleden uitgevoerde “gelijkaardige” opdrachten.

Op bladzijde 22 van het bestek onder hoofdstuk III ‘Technische bepalingen’, ‘2. Opdracht’, ‘Postnr 9. Leveren en plaatsen van kunstgras tapijt op shockpad’, worden acht minimumeisen vermeld waaraan de vulling van het kunstgras tapijt dient te voldoen. Eén van die eisen bepaalt dat een inschrijver ten minste drie referenties dient te kunnen voorleggen waarbij het veld (kunstgras inclusief de kurkinfill, infill zand en optioneel foam/e-layer) is goedgekeurd volgens de normen van FIFA2-star door een FIFA-erkend-testinstituut voor keuring van velden in de praktijk.

Een voor deze zaak relevant verschil tussen het voormelde selectie criterium en de voormelde minimumeis is dat er bij het selectie criterium sprake is van referenties van kunstgrasvelden “gelijkaardig” aan het kwestieus project, terwijl het bij de minimumeis gaat om referenties met betrekking tot een uitvoering met specifiek een kurkvulling.

12. Uit het verslag van nazicht blijkt dat alle vier de inschrijvers worden geselecteerd op grond van het selectie criterium vermeld op bladzijde 5 van het bestek.

De verzoekende partij voert niet aan dat de gekozen inschrijver ten onrechte zou zijn geselecteerd op grond van dit selectiecriterium.

Voorts wordt geen offerte van de inschrijvers onregelmatig bevonden wegens strijdigheid met de technische specificaties.

Daarnaast blijkt uit dit verslag ook dat de offertes werden getoetst aan de gunningscriteria. Bij het tweede gunningscriterium 'Kwaliteit' wordt vermeld:

“Om de kwaliteit van de verschillende offertes te beoordelen, werd vergeleken of de voorgestelde materialen in de offertes overeenstemmen met de in het bestek opgenomen minimum kwaliteitseisen voor de volgende onderdelen: fundering, shockpad, kunstgras, kurk en FIFA**/Quality (PRO).

Elk onderdeel wordt apart beoordeeld en punten worden gegeven op 2. Eventuele aanpassingen aan de oorspronkelijke kwaliteitseisen van het bestek werden toegelaten op vraag van enkele inschrijvers, mits grondige motivatie (mail dd. 23/12).”

Hierbij wordt aan de offerte van de gekozen inschrijver bij de post 'Kurk' 1 op 2 punten toegekend met de motivering: “Voldoet niet aan gewicht en grootte (wel motivering)”. Overigens krijgen twee andere inschrijvers een zelfde quoteringsmet een vergelijkbare opmerking. Er wordt bij de toetsing van de offertes aan die minimumeisen niet uitdrukkelijk verwezen naar referenties vermeld in de minimumeis.

De verzoekende partij maakt geen opmerkingen over deze motivering.

Uit het nazichtsverslag mag worden afgeleid dat de verwerende partij in het kader van het regelmatigheidsonderzoek geen uitdrukkelijke, noch impliciete toepassing heeft gemaakt van de minimumeis inzake referenties.

13. Uit de brief van 14 februari 2020 van de verwerende partij aan de verzoekende partij, nadat deze uitleg vroeg over het nazichtsverslag, blijkt dat de verwerende partij geen rekening heeft gehouden met de referenties vermeld in de minimumeis in het kader van het regelmatigheidsonderzoek. Zij benadrukt, wat de beoordeling van de referenties in het kader van het selectiecriterium betreft, dat er geen wezenlijk verschil bestaat in de *know how* die nodig is voor de aanleg van kunstgras met zand en SBR-rubber, dan wel zand en kurk.

14. De minimumeis inzake referenties kan niet worden beschouwd als een technische minimumeis waaraan de offerte moet voldoen aangezien hij refereert naar de inschrijver en niet naar de offerte zelf. De verzoekende partij toont in elk geval niet aan dat deze eis inpasbaar is in de voormelde artikelen 53 van de wet overheidsopdrachten 2016 en 76 van het koninklijk besluit plaatsing 2017.

Terecht heeft de verwerende partij dan ook bij het regelmatigheidsonderzoek met deze minimumeis inzake referenties geen rekening gehouden. De omstandigheid dat deze eis wordt vermeld onder de technische specificaties waaraan de offertes moeten voldoen, moet worden beschouwd als een materiële vergissing.

Dit betekent dat de verzoekende partij niet aantoont dat de offerte van de gekozen inschrijver niet voldoet aan de minimumeisen inzake technische specificaties of dat ze onterecht regelmatig is verklaard. Hierbij mag overigens worden opgemerkt dat uit het nazichtsverslag blijkt dat bij de toetsing aan de gunningscriteria die uitdrukkelijk refereren naar de in het bestek opgenomen minimum kwaliteitseisen voor onder meer de kurkinfill, evenmin onregelmatigheden zijn vastgesteld.

Het middel dat uitgaat van een schending van de minimumeis inzake het bijbrengen van referenties inzake kurkvulling bij het regelmatigheidsonderzoek, dient dan ook te worden verworpen.

15. Het middel is ongegrond.

B. Tweede middel

Standpunt van de partijen

16. In ondergeschikte orde brengt de verzoekende partij in haar memorie van wederantwoord een nieuw middel bij waarbij zij de schending aanvoert van de artikelen 66 en 81 van de wet overheidsopdrachten 2016, van artikel 4 van dezelfde wet, van het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* en van de materiële- en formelemotiveringsplicht.

Zij vat haar middel samen als volgt:

“Doordat de verwerende partij de opdracht heeft gegund [...] aan de nv Stadsbader-Flamand; Dat verwerende partij in de memorie van antwoord dd. 20 juli 2020 in het kader van huidige procedure voor uw Raad stelt dat de op pagina 22/35 van het bestek gevraagde ten minste drie referenties in het kader van de minimumvereisten voor de onder postnr. 9 genoemde vulling uit kurkgranulaat (9.b)), geen minimale technische eisen zouden betreffen maar moeten gelezen worden als selectiecriteria (ingevolge een administratieve vergissing); Dat verwerende partij de nv Stadsbader-Flamand heeft geselecteerd nu de opdracht aan deze inschrijver is gegund; Terwijl, in zoverre de op pagina 22/35 van het bestek gevraagde ten minste drie referenties in het kader van de minimumvereisten voor de onder postnr. 9 genoemde vulling uit kurkgranulaat (9.b)) gelezen moeten worden als selectiecriteria, moet vastgesteld worden dat de nv Stadsbader-Flamand deze referenties niet heeft voorgelegd en derhalve niet geselecteerd mocht worden; Dat door verwerende partij nergens wordt gemotiveerd waarom de nv Stadsbader-Flamand alsnog mocht

geselecteerd worden niettegenstaande deze de op pagina 22/35 van het bestek genoemde referenties niet heeft voorgelegd;
Zodat de bestreden beslissing de in het middel aangehaalde wetsbepalingen en beginselen schendt.”

In de eerste plaats merkt de verzoekende partij op dat zij het middel niet eerder kon aanvoeren omdat de verwerende partij pas in haar memorie van antwoord de stelling naar voor brengt dat de eisen vermeld op bladzijde 22 van het bestek een administratieve vergissing betreffen en moeten worden gelezen als selectiecriteria.

Ten gronde merkt de verzoekende partij op dat de gekozen inschrijver niet voldoet aan de eis van het voorleggen van “ten minste 3 referenties” – wat volgens de verwerende partij dus een selectie criterium zou zijn – “waarbij het veld (kunstgras inclusief de kurkinfill, infill zand en optioneel foam/e-layer) is goedgekeurd volgens de normen van FIFA 2 star door een FIFA erkend testinstituut voor keuring van velden in de praktijk”. Voorts betoogt zij dat de bestreden beslissing ter zake niet gemotiveerd is.

Ten slotte merkt zij op dat de verwerende partij ook niet kan volhouden dat de op bladzijde 22 van het bestek gevraagde referenties voor niet-geschreven mogen worden gehouden. Evenmin kunnen deze referenties gelijk worden gesteld met die vermeld op bladzijde 5 van het bestek aangezien de eerste veel specifiekere zijn geformuleerd dan de tweede.

17. De verzoekende partij betoogt in haar laatste memorie in de eerste plaats dat haar middel ontvankelijk is. Zij benadrukt dat zij pas na kennisname van de memorie van antwoord vernam dat de verwerende partij ervan uitgaat dat de eisen vermeld op bladzijde 22 van het bestek selectie-eisen zijn.

18. In haar laatste memorie wijst de verwerende partij erop dat haar opvatting in de memorie van antwoord dat de referenties bedoeld op bladzijde 22

van het bestek de technische bekwaamheid van de inschrijver betreffen, de verzoekende partij bekend waren vooraleer zij haar beroep heeft ingediend zodat het middel onontvankelijk is omdat het niet tijdig in het debat is gebracht.

Beoordeling

19. In tegenstelling tot wat de verwerende partij opmerkt, kan uit haar brief van 14 februari 2020 niet apert worden afgeleid dat de kwestieuze eis vermeld op bladzijde 22 van het bestek moet worden beschouwd als een selectie criterium. In dit antwoord wordt zelfs niet uitdrukkelijk verwezen naar deze eis.

In die omstandigheden dient het middel ontvankelijk te worden bevonden.

20. De verwerende partij betoogt in haar memorie van antwoord dat de kwestieuze eis inzake het voorleggen van drie referenties die betrekking hebben op kurkinfill, een selectie criterium betreft. Bij de beoordeling van het eerste middel heeft de Raad van State vastgesteld dat dit inderdaad het geval is.

Zoals bij de beoordeling van het eerste middel is opgemerkt – randnummer 12 – blijkt uit het verslag van nazicht dat alle inschrijvers werden geselecteerd op grond van het selectie criterium vermeld op bladzijde 5 van het bestek. Noch uit het verslag, noch uit de bestreden beslissing blijkt of de gekozen inschrijver ook voldoet aan het selectie criterium vermeld op bladzijde 22 van het bestek. Uit die stukken blijkt niet eens of en in hoeverre de verwerende partij rekening gehouden heeft met dat criterium, dat per vergissing onder de materiële specificaties is opgenomen. Aldus blijkt niet of de verwerende partij geoordeeld heeft dat dit criterium voor ongeschreven gehouden moet worden, dan wel dat de gekozen inschrijver aan dat criterium beantwoordt. Welke houding de verwerende partij ten aanzien van dit criterium ook aangenomen heeft, zij heeft in

elk geval niet gemotiveerd waarom zij de ene of de andere oplossing heeft aangenomen. Het is derhalve voor de verzoekende partij niet mogelijk om te weten waarom de gekozen inschrijver geselecteerd is, en het is voor de Raad van State niet mogelijk om zijn wettigheidstoezicht uit te oefenen op grond van de motieven vermeld in het verslag of in de bestreden beslissing.

In die omstandigheden schendt de bestreden beslissing minstens de formelemotiveringsplicht.

In zoverre is het middel gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van de gemeente Ardooie van 3 februari 2020 waarbij de overheidsopdracht ‘Aanleg kunstgrasterrein KVC Ardooie’ wordt gegund aan de nv Stadsbader-Flamand.

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 negentien november tweeduizend eenentwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Paul Lemmens,	kamervoorzitter,
Pierre Barra,	staatsraad,
Patricia De Somere,	staatsraad,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Paul Lemmens