

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

**nr. 254.352 van 29 augustus 2022
in de zaak A. 236.925/XII-9246**

In zake: de NV TERRA ENGINEERING & CONSULTANCY (TEC)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Rika Heijse
kantoor houdend te 9052 Gent
Dorpsstraat 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de NV DE VLAAMSE WATERWEG
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jan Van der Snickt en Lisa Semeniouk
kantoor houdend te 9300 Aalst
Leopoldlaan 48
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV WITTEVEEN+BOS BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Peter Flamey
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Jan Van Rijswijcklaan 16
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 29 juli 2022, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van :
“- de beslissing van ongekende datum, meegedeeld op 14 juli 2022, van De Vlaamse Waterweg waarbij de opdracht ‘Raamovereenkomst voor het uitvoeren van milieuhygiënisch onderzoek en opmaak sloopopvolgingsplannen - bestek AST-22-0001’ wordt gegund aan Witteveen + Bos Belgium nv”,

“- de beslissing van ongekende datum, meegedeeld op 14 juli 2022, van De Vlaamse Waterweg waarbij de offerte van Terra Engineering & Consultancy nv voor de opdracht ‘Raamovereenkomst voor het uitvoeren van milieuhygiënisch onderzoek en opmaak sloopopvolgingsplannen - bestek AST-22-0001’ niet wordt geselecteerd”, en

“- de impliciete beslissing van ongekende datum, meegedeeld op 14 juli 2022, van De Vlaamse Waterweg om de opdracht ‘Raamovereenkomst voor het uitvoeren van milieuhygiënisch onderzoek en opmaak sloopopvolgingsplannen – bestek AST-22-0001’, niet aan Terra Engineering & Consultancy nv te gunnen”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 11 augustus 2022 heeft de nv Witteveen+Bos Belgium gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 25 augustus 2022.

Kamervoorzitter Carlo Adams heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Rika Heijse, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Lisa Semeniouk, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Evi Mees, die *loco* advocaat Peter Flamey verschijnt voor de tussenkomende 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 diensten uit voor een “Raamovereenkomst voor het uitvoeren van milieuhygiënisch onderzoek & opmaak sloopopvolgingsplannen” waarbij de prijs als enig gunningscriterium geldt.

De opdracht wordt geplaatst met een openbare procedure en aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen van 21 januari 2022 en in het Publicatieblad van de EU van 26 januari 2022.

3.2. Het bestek omschrijft de selectiecriteria inzake technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid als volgt:

“De inschrijvers tonen hun technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid aan door overlegging van de volgende documenten:

- 1) Erkenning als bodemsaneringsdeskundige type 2 conform het Vlarel art. 6, 6^o en verklaring dat hij zich niet bevindt in één van de gevallen zoals genoemd in art. 53/5 van het Vlarel.
- 2) Registratie/aanvaarding als deskundige bij een erkende sloopbeheerorganisatie (op heden enkel Tracimat vzw) voor de opmaak van sloopopvolgingsplannen en alle bijhorende prestaties volgens de procedures goedgekeurd bij MB van 3/2/2017 (BS 4/5/2017).
- 3) Een lijst van de belangrijkste diensten uitgevoerd gedurende 3 jaar voorafgaand aan de aankondiging van deze opdracht waaruit zijn ervaring in de bedoelde materie moet blijken. Om voor selectie in aanmerking te komen, moet de inschrijver volgende lijsten (gestaafd met een aantal onderzoeksrapporten en conformverklaringen) voorleggen:
 - 3a) Lijst van 20 referenties van technische verslagen grondverzet (nat of droog) waarbij in de lijst ook het kenmerk/datum van conformverklaring wordt toegevoegd ter staving van de kwaliteit van het verslag. In deze lijst van 20 technische verslagen dienen:
 - 5 TV betrekking te hebben op een grondverzetvolume groter dan 10.000 m³. Ter staving dient voor deze 5 projecten de conformverklaring door erkende bodembeheerorganisatie zelf toegevoegd.
 - 5 TV betrekking te hebben op een waterbouwkundig project (aanleg van waterbouwkundige infrastructuur op of aan een waterweg). Ter staving dient voor deze 5 projecten de conformverklaring door erkende bodembeheerorganisatie zelf toegevoegd. Het gaat hierbij om andere TV dan de hogere

genoemde 5 TV voor grondverzetvolume groter dan 10.000 m³.

- 3b) Lijst van 10 referenties van projecten TV nat grondverzet of waterbodemonderzoek (andere dan opgenomen op hoger genoemde lijst van 20 TV grondverzet) m.b.t. de staalname van baggerspecie (waterbodemonderzoek) op niet-tijgebonden waterwegen of waterlopen waarbij de staalname gebeurde vanop het water. Ter staving dient voor 1 project het TV of waterbodemonderzoek zelf toegevoegd.
- 3c) Lijst van 5 referenties m.b.t. OBO's en 5 referenties m.b.t. BBO's, met inhoudelijke variatie, waarbij in de lijst ook het kenmerk/datum van het conformiteitsattest van de OVAM evenals de conformverklaring zelf wordt toegevoegd ter staving van de kwaliteit van het rapport. Een OBBO komt in aanmerking als BBO referentie;
- 3d) Lijst van 10 referenties m.b.t. Sloopopvolgingsplannen, waarbij in de lijst ook het kenmerk/datum van de conformverklaring door Tracimat evenals de conformverklaring zelf wordt toegevoegd ter staving van de kwaliteit van het verslag. In deze lijst van 10 sloopopvolgingsplannen dient 1 SOP betrekking te hebben op de afbraak van watergebonden infrastructuur meer bepaald een brug, stuw, sluis of kaaiplateau. Ter staving dient voor dit project het SOP en bijhorende conformverklaring door Tracimat toegevoegd;

Er dienen dus 4 overzichtelijke referentielijsten voorgelegd (lijst 20 TV, lijst 10 projecten staalname baggerspecie vanop het water, lijst 5 OBO + 5 BBO, lijst 10 SOP). Elke lijst dient opgemaakt in tabelvorm. Een sjabloon voor deze lijsten – met aanduiding van de gevraagde gegevens – wordt weergegeven in bijlage.

Daarnaast dienen volgende onderzoeksrapporten/conformverklaringen toegevoegd [te] worden aan de opgelijste referenties: 5 conformverklaringen TV met grondverzetvolume groter dan 10.000m³; 5 conformverklaringen TV waterbouwkundig project, waarvan 1 met rapport TV; 1 rapport TV nat grondverzet of waterbodemonderzoek, waarbij staalname gebeurde vanop het water, 5 conformverklaringen OBO's, 5 conformverklaringen BBO's, 10 conformverklaringen SOP's en 1 conformverklaring SOP m.b.t. afbraak watergebonden infrastructuur met SOP zelf."

3.3. Op 23 maart 2022 worden de offertes geopend. Er blijken vijf offertes te zijn ingediend, onder meer door de verzoekende partij en de nv Witteveen+Bos Belgium.

De verzoekende partij heeft de laagste offerte ingediend en de nv Witteveen+Bos Belgium de tweede laagste.

3.4. Op 13 juli 2022 wordt een gunningsverslag opgesteld. Hierin wordt vastgesteld dat de verzoekende partij niet voldoet aan het selectie criterium inzake technische en beroepsbekwaamheid zodat zij niet wordt geselecteerd. Dit wordt als volgt gemotiveerd:

“Op 1/06/2022 werd[en] bij Terra Engineering & Consultancy NV de volgende ontbrekende documenten opgevraagd:

- Een lijst van de belangrijkste diensten uitgevoerd tijdens 3 jaar voorafgaand aan de aankondiging van deze opdracht waaruit zijn ervaring in de bedoelde materie moet blijken. Om voor selectie in aanmerking te komen, moet de inschrijver volgende lijsten (gestaafd met een aantal onderzoeksrapporten en conformverklaringen) voorleggen:

3b) Lijst van 10 referenties van projecten TV nat grondverzet of waterbodemonderzoek (andere dan opgenomen op hoger genoemde lijst van 20 TV grondverzet) m.b.t. de staalname van baggerspecie (waterbodem) op niet-tijgebonden waterwegen of waterlopen waarbij de staalname gebeurde vanop het water. Ter staving dient voor 1 project het TV of waterbodemonderzoek zelf toegevoegd.

De gevraagde documenten werden niet voorgelegd. Bijgevolg wordt Terra Engineering & Consultancy NV niet geselecteerd.”

Er wordt voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de inschrijver met de economisch meest voordelige offerte, zijnde de nv Witteveen+Bos Belgium.

3.5. Op 14 juli 2022 beslist de verwerende partij, verwijzend naar het gunningsverslag, om de opdracht te gunnen aan de nv Witteveen+Bos Belgium. Dit is de bestreden gunningsbeslissing.

IV. Tussenkost

4. De nv Witteveen+Bos Belgium blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissingen en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet haar verzoek tot tussenkost worden ingewilligd.

V. Vertrouwelijkheid van stukken

5. Alle partijen in het geding leggen bepaalde stukken over als zijnde vertrouwelijk.

Het enig geschilpunt hierover betreft de vraag van de verzoekende partij in het kader van het enig middel om de offertes van de overige inschrijvers in te zien, meer bepaald wat hun referentielijsten inzake selectie criterium 3b betreft. Deze vraag wordt hierna behandeld bij de beoordeling van het middel.

VI. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

6. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, gelezen in samenhang met de artikelen 15 en 31 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’, moet enkel worden onderzocht of in de voorliggende vordering tot schorsing die is ingesteld volgens de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid wordt aangevoerd.

VII. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

7. De verzoekende partij voert in een enig middel de schending aan van de artikelen 4, 8° en 5, 6° van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen, diensten en concessies’ (hierna: rechtsbeschermingswet), van de artikelen 4, 5 en 71 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), van de artikelen 65 en 68 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing

2017), en van het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel, het non-discriminatiebeginsel en de materiële motiveringsplicht als algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Samengevat voert de verzoekende partij aan dat zij volgens de bestreden beslissing de gevraagde documenten inzake nat grondverzet of waterbodemonderzoek niet heeft voorgelegd. Zij laat gelden dat deze motivering feitelijke grondslag mist omdat zij “wel degelijk referenties heeft overgemaakt ten titel van het nat grondverzet of waterbodemonderzoek onder de bijlage 7”. De meegedeelde referenties hebben betrekking op staalnames vanop het water op niet-tijgebonden waterpartijen zoals vijvers, waterlopen in de provincie West-Vlaanderen en beken, zodat ze wel degelijk beantwoorden aan de selectie-eis inzake staalname van baggerspecie (waterbodem) vanop het water. De verzoekende partij is van oordeel dat het begrip “waterweg of waterloop” niet specifiek is gedefinieerd in het bestek en dus in de meest ruime betekenis dient te worden gelezen. Een enge interpretatie in de zin van louter een rivier of kanaal, zou ertoe leiden dat het selectie criterium discriminerend is en niet proportioneel in het licht van het voorwerp van de opdracht waarbij het typerende kenmerk enkel ervaring kan zijn inzake staalname van baggerspecie vanop het water dat niet-tijgebonden is. Volgens de verzoekende partij beantwoorden vijvers en beken daaraan en houden de ingediende referenties de staving in van relevante ervaring. Een enge interpretatie zou impliceren dat dan enkel referenties kunnen worden voorgelegd van eerdere in de afgelopen drie jaar uitgevoerde opdrachten voor het agentschap Maritieme Dienstverlening en Kust of voor de verwerende partij. Aldus zou enkel de zittende dienstverlener bij deze Vlaamse overheden de vereiste 10 referenties kunnen voorleggen, zodat de overheidsopdracht alsdan is ontworpen met het doel bepaalde ondernemers ten onrechte te bevoordelen of te benadelen.

In de toelichting bij het middel benadrukt de verzoekende partij dat de door haar ingediende referenties wel degelijk voldoen aan selectie-eis 3b. Deze selectie-eis moet ruim worden geïnterpreteerd. Een enge interpretatie en toepassing van de selectie-eis kan volgens haar geen doorgang vinden.

Tot slot vraagt de verzoekende partij inzage in de referentielijsten van de overige inschrijvers inzake selectie-eis 3b. Zij beroept zich

daarbij op artikel 9 van richtlijn 2016/943 van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2016 ‘betreffende de bescherming van niet-openbaar gemaakte knowhow en bedrijfsinformatie (bedrijfsgeheimen) tegen het onrechtmatig verkrijgen, gebruiken en openbaar maken daarvan’ (hierna: richtlijn 2016/943) en op artikel 871bis Ger.W. en stelt voor dat inzage in de betrokken stukken zou worden verleend aan haar advocaat en haar gedelegeerd bestuurder. Zij wijst op het recht op een eerlijk proces en op het principe van de eerlijke mededinging, dat volgens haar van openbare orde is. De openbaarheid weigeren zou ertoe leiden dat het recht van verdediging van de verzoekende partij wordt beperkt. Ter terechtzitting vraagt de verzoekende partij daarom dat de gevraagde inzage zou worden toegelaten met een tussenarrest.

Beoordeling

8. In de mate dat de tussenkomende partij de ontvankelijkheid van het enig middel betwist, lijkt dit middel, anders dan de tussenkomende partij het ziet, op het eerste gezicht geen kritiek op het bestek als dusdanig te bevatten, maar wel primair een kritiek op de interpretatie en toepassing van het bestek door de verwerende partij bij de toetsing van de offertes.

Zelfs indien het enig middel toch zou worden geacht een directe kritiek op de bepalingen van het bestek te bevatten, gericht op het onderuit halen van het bestek als dusdanig, dient te worden opgemerkt dat, anders dan de tussenkomende partij het lijkt te zien, overeenkomstig het arrest van de Algemene Vergadering van de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State nr. 152.173 van 2 december 2005, de mogelijkheid om onmiddellijk een beroep tot nietigverklaring in te stellen tegen de beslissing om het bestek vast te stellen, niet wegneemt dat de onrechtmatigheden die een inschrijver aan een besteksbepaling verwijt, ook nog op ontvankelijke wijze mogen worden ingeroepen tegen latere beslissingen in het kader van de gunningsprocedure. Een verzoekende partij mag aldus in haar beroep tegen de gunningsbeslissing de onwettigheid inroepen van het bestek, zelfs indien zij de beslissing tot vaststelling van het bestek als zodanig niet heeft aangevochten bij de Raad van State. Het voormelde arrest waarborgt op die manier op ruime wijze de toegang tot de rechter van inschrijvers op overheidsopdrachten.

Op het eerste gezicht blijkt niet dat het Hof van Justitie van de Europese Unie in recentere arresten een andere opvatting eropna zou hebben gehouden. In het door de tussenkomende partij ingeroepen arrest van 12 maart 2015 in de zaak C-538/13, *eVigilo*, oordeelde het Hof immers dat “[a]rtikel 1, lid 1, derde alinea, van richtlijn 89/665, zoals gewijzigd bij richtlijn 2007/66, en de artikelen 2, 44, lid 1, en 53, lid 1, onder a), van richtlijn 2004/18 [...] aldus [moeten] worden uitgelegd dat een redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver die de aanbestedingsvoorwaarden pas kon begrijpen toen de aanbestedende dienst, na beoordeling van de inschrijvingen, volledige informatie over de motivering van zijn besluit verstrekte, het recht moet hebben om na het verstrijken van de in het nationale recht gestelde termijn een beroep betreffende de wettigheid van de aanbesteding in te stellen” en dat “[d]at recht van beroep kan worden uitgeoefend tot het verstrijken van de termijn voor beroep tegen het besluit tot gunning van de opdracht”. Aldus verplicht het Hof van Justitie van de Europese Unie in dit arrest de inschrijvers *prima facie* niet tot het onverwijld aanwenden van een rechtsmiddel tegen een vermeend onwettige besteksbepaling en sluit het evenmin uit dat zulke onwettigheden nog nadien worden ingeroepen tegen de eindbeslissing. De aan het beschikkend gedeelte voorafgaande overwegingen van het Hof van Justitie die door de tussenkomende partij worden ingeroepen, leiden op het eerste gezicht niet tot een andere conclusie.

De exceptie van de tussenkomende partij mist de vereiste mate van *prima-facie*-ernst om reeds in een kort geding bij uiterst dringende noodzakelijkheid te worden aanvaard en dient dan ook te worden verworpen.

9. Ten gronde voert de verzoekende partij eerst aan dat zij “wel degelijk een lijst met 10 referenties inzake staalnames vanop niet-tijgebonden water [heeft] overgemaakt”, doch dat de verwerende partij selectie-eis 3b onjuist heeft toegepast door de begrippen “waterweg” en “waterloop” te restrictief te interpreteren.

Selectie-eis 3b wordt in het bestek als volgt omschreven:

“3b) Lijst van 10 referenties van projecten TV nat grondverzet of waterbodemonderzoek (andere dan opgenomen op hoger genoemde lijst van

20 TV grondverzet) m.b.t. de staalname van baggerspecie (waterbodem) op niet-tijgebonden waterwegen of waterlopen waarbij de staalname gebeurde vanop het water. Ter staving dient voor 1 project het TV of waterbodemonderzoek zelf toegevoegd.”

Uit de stukken van het administratief dossier blijkt, hetgeen als dusdanig niet wordt betwist, dat 7 van de 10 door de verzoekende partij opgegeven referenties betrekking hebben op vijvers.

De begrippen “waterweg” en “waterloop” zijn niet gedefinieerd in het bestek. Op het eerste gezicht kan met de verwerende partij worden aangenomen dat een “waterweg” of een “waterloop” in de gangbare betekenis van het woord de aanwezigheid van stroming in het water veronderstelt, hetgeen niet kan worden gelijkgesteld met stilstaand water zoals in een vijver of een poel. Dat de basistechniek voor de eigenlijke staalname dezelfde is, bijvoorbeeld doordat steeds een zekere afstand van de oever in acht moet worden genomen, lijkt niet te beletten dat een onderscheid qua technische vereisten en dus ook qua vereiste ervaring kan bestaan tussen de uitvoering van de opdracht op een parkvijver dan wel op een brede en druk bevaren waterweg zoals een aantal kanalen of een sneller stromende rivier of stroom. In het licht hiervan komt het niet voor dat het niet aanvaarden van referenties die betrekking hebben op vijvers of poelen in het kader van een selectie criterium waarin referenties worden gevraagd betreffende werken die zijn uitgevoerd op niet-tijgebonden waterwegen of waterlopen, getuigt van een onzorgvuldige, onredelijke of niet correcte handelwijze.

Evenmin lijkt te dezen afbreuk te worden gedaan aan artikel 71 van de wet overheidsopdrachten 2016 dat, zoals de verzoekende partij laat gelden, een verband vereist tussen het selectie criterium en het voorwerp van de opdracht. Het voorwerp van de opdracht wordt in het bestek immers omschreven als een raamovereenkomst voor het uitvoeren van milieuhygiënisch onderzoek en de opmaak van sloopopvolgingsplannen voor de verwerende partij, die volgens het bestek “meer dan 1.000 km bevaarbare waterwegen” beheert “en heel wat van de gronden erlangs”. Gelet op die vaststelling lijkt er *prima facie* een band te bestaan tussen het eisen van referenties “m.b.t. de staalname van baggerspecie

(waterbodem) op niet-tijgebonden waterwegen of waterlopen” en het voorwerp van de opdracht.

10. Verder voert de verzoekende partij aan dat het een onverantwoorde belemmering van de mededinging vormt indien de begrippen “waterweg” en “waterloop” zo restrictief worden geïnterpreteerd als de verwerende partij doet. Zij verwijst daartoe naar artikel 65 van het koninklijk besluit plaatsing 2017.

Voor zover de verzoekende partij herhaalt dat het uitsluiten van referenties die betrekking hebben op vijvers disproportioneel is, kan worden verwezen naar de behandeling van deze kritiek in punt 9 *supra*.

Wat de kritiek van de verzoekende partij betreft dat het bestek te ver zou gaan door minstens 40 verschillende referenties te eisen en daarbij te stellen dat 10 referenties betrekking moeten hebben op projecten die op niet-tijgebonden waterlopen of waterwegen zijn uitgevoerd, dient te worden opgemerkt dat de aanbestedende overheid beschikt over een aanzienlijke beoordelingsruimte bij het vaststellen van de selectiecriteria. De aanbestedende overheid mag daarbij in beginsel veeleisend zijn.

Gelet op het voorwerp van de opdracht, die blijkens het bestek een raamovereenkomst van vier jaar betreft met een maximumwaarde van 2,4 miljoen euro, btw niet inbegrepen, lijkt het *prima facie* niet onwettig, onzorgvuldig of onredelijk dat de aanbestedende overheid in het bestek meer dan een handvol referenties in de betrokken materie verlangt. Dat de poule van ondernemingen die in aanmerking komen voor uitvoering van de opdracht daardoor aanzienlijk wordt verkleind, lijkt inherent aan het principe van kwalitatieve selectie. Dat inschrijvers die reeds opdrachten voor de verwerende partij of gelijkaardige overheden belast met het beheer van waterwegen hebben uitgevoerd daardoor een feitelijke voordeel zouden genieten, leidt evenmin tot een ander besluit. Niet elke feitelijk voordelige toestand voor een zittende inschrijver moet immers *ipso facto* worden beschouwd als een mededingingsverstorende situatie.

11. Tot slot voert de verzoekende partij aan dat, gelet op de gestrengheid van selectie-eis 3b, het niet aannemelijk is dat alle inschrijvers even streng zijn beoordeeld op dat criterium. In dit kader vraagt de verzoekende partij om inzage in de referentielijsten van de overige inschrijvers voor selectie-eis 3b, waarbij zij zich beroept op artikel 9 van richtlijn 2016/943 en op artikel 871bis Ger.W.

Dit verzoek om inzage wordt behandeld, gevolgd door de beoordeling van de kritiek ten gronde.

12. Daargelaten de vraag naar de directe werking ervan, betreft richtlijn 2016/943 het bewaren van de vertrouwelijkheid van bedrijfsgeheimen tijdens gerechtelijke procedures. Naar luid van artikel 1 van de voornoemde richtlijn stelt ze “de regels vast betreffende de bescherming tegen het onrechtmatig verkrijgen, gebruiken en openbaar maken van bedrijfsgeheimen”. Het door de verzoekende partij ingeroepen artikel 9 betreft in dat kader louter “gerechtelijke procedures betreffende het onrechtmatig verkrijgen, gebruiken of openbaar maken van een bedrijfsgeheim”. Aldus lijkt deze richtlijn niet de draagwijdte te hebben die de verzoekende partij eraan geeft, namelijk deze van een algemene regeling inzake de behandeling van vertrouwelijke stukken in het kader van om het even welke procedure voor een rechter. De meergenoemde richtlijn lijkt derhalve op het eerste gezicht te dezen niet van toepassing te zijn zoals ook blijkt uit de overwegingen 96 en 97 van het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 7 september 2021 in de zaak C-927/19, *Klaipedos*.

Voor zover de verzoekende partij zich beroept op artikel 871bis Ger.W., moet worden opgemerkt dat de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek niet van toepassing zijn op procedures voor de Raad van State, die in beginsel aan een eigen procedureregeling zijn onderworpen. De uitzondering daarop betreft het geval waarin de eigen procedureregeling voor de Raad van State verwijst naar de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek en deze aldus uitdrukkelijk van toepassing worden gemaakt. Dit is evenwel op het eerste gezicht niet het geval wat de behandeling van vertrouwelijke stukken betreft. Hiervoor voorziet de procedureregeling voor de Raad van State in een eigen regeling, met name deze opgenomen in artikel 87 van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot

regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’.

Uit het voorgaande volgt dat het verzoek om inzage in de referentielijsten van de overige inschrijvers voor selectie-eis 3b enkel wordt behandeld op basis van de eigen procedureregels voor de Raad van State en de relevante bepalingen van de rechtsbeschermingswet.

De Raad van State acht het in het algemeen niet raadzaam om reeds in de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid – en dus zonder de mogelijkheid van een diepgaand onderzoek – de vertrouwelijkheid te lichten van als vertrouwelijk neergelegde stukken, aangezien niet kan worden uitgesloten dat deze gegevens bevatten die onder het zakengeheim van de kandidaten of inschrijvers vallen en zulk lichten ingrijpende en niet omkeerbare gevolgen voor het zakengeheim van de betrokken inschrijvers kan bewerkstelligen. Het feit dat bepaalde stukken als vertrouwelijk werden neergelegd, belet bovendien niet dat de Raad van State en de leden van het auditoraat van deze stukken kennis kunnen nemen en deze in hun beoordeling van de zaak mogen betrekken.

Verder dient concreet te worden vastgesteld dat uit het volledige gunningsverslag – dat als vertrouwelijk stuk 14 werd neergelegd – blijkt dat enkel de gekozen inschrijver aan een volledig selectieonderzoek werd onderworpen overeenkomstig artikel 66, § 2, van de wet overheidsopdrachten 2016. Aldus lijken in de huidige stand van het geding de referentielijsten van de overige inschrijvers in beginsel niet relevant te zijn om de kern van de grief die door de verzoekende partij wordt aangevoerd te onderzoeken, namelijk de stelling dat niet alle inschrijvers met eenzelfde gestrengheid werden getoetst aan de hand van selectie-eis 3b.

Ook lijkt in de huidige stand van het geding geen noodzaak te bestaan om de verzoekende partij inzage te verlenen in de referentielijsten van de gekozen inschrijver. De grief van de verzoekende partij kan immers eenvoudig worden afgetoetst op basis van een inzage in die referentielijst waarbij de Raad van State verifieert of de stelling van de verzoekende partij al dan niet correct is. Op die wijze worden op het eerste gezicht de vereisten van een effectieve

rechtsbescherming en een eerlijk proces van de verzoekende partij afdoende gewaarborgd en correct gebalanceerd tegen die van de bescherming van het zakengeheim van de gekozen inschrijver.

Er dient derhalve niet te worden ingegaan op de vraag van de verzoekende partij om de vertrouwelijkheid van de kwestieuze stukken te lichten dan wel haar de gevraagde inzage te verlenen.

13. Uit de lezing van de referentielijst van de gekozen inschrijver voor selectie-eis 3b (vertrouwelijk stuk 18) blijkt dat deze inderdaad minstens 10 referenties heeft voorgelegd, die reeds op het eerste gezicht betrekking lijken te hebben op opdrachten uitgevoerd op niet-tijgebonden waterwegen of waterlopen. In de huidige stand van het geding lijken in die referentielijst geen opdrachten voor te komen die werden uitgevoerd op vijvers of poelen of andere vormen van stilstaand water, zoals dat bij de verzoekende partij wel het geval is.

De kritiek inzake de miskennis van het gelijkheidsbeginsel bij de toepassing van selectie-eis 3b blijkt aldus reeds op het eerste gezicht feitelijke grondslag te missen en dient te worden verworpen.

14. Het enig middel is niet ernstig.

VIII. Besluit

15. Vermits het enig middel niet ernstig is gebleken, dient de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid te worden verworpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Witteveen+Bos Belgium tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verworpt 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 22 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 770 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op een rolrecht van 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van negenentwintig augustus tweeduizend tweeëntwintig, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Carlo Adams,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Carlo Adams