RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 254.465 van 13 september 2022
in de zaak A. 237.034/XII-9254

In zake: de BV AANNEMINGEN VEGAUDI
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Johan Geerts
kantoor houdend te 2140 Antwerpen
Turnhoutsebaan 139A
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE EDEGEM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Wim Rasschaert
kantoor houdend te 9620 Zottegem
Gentse Steenweg 323
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de NV ALGEMENE ONDERNEMINGEN
E.G. VERSTRAETE & VANHECKE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Philippe Van Wesemael en Benoit Forêt
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 235
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 16 augustus 2022, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:

> "- [d]e beslissing van het College van Burgemeester en Schepenen van 1 augustus 2022 waarbij de overheidsopdracht 'Fort Edegem - Restauratie hangar 23' - gegund wordt aan inschrijver Verstraete Vanhecke, voor een bedrag van 1.041.518,69 euro, excl. BTW of 1.260.237,61 euro, incl. BTW, en niet aan verzoeker […].

- [d]e impliciete beslissing om de opdracht niet aan verzoeker te gunnen, hoewel diens offerte als eerste gerangschikt werd, regelmatig is en voldoet aan de selectiecriteria."

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 29 augustus 2022 heeft de nv Algemene Ondernemingen E.G. Verstraete & Vanhecke gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 6 september 2022.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaat advocaat Johan Geerts, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Manik Peferoen, die *loco* advocaat Wim Rasschaert verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Philippe Van Wesemael, die 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 werken uit voor '[d]e restauratie van Hangar 23 (Fort 5)'.

Wat de gunningswijze betreft, wordt gekozen voor een openbare
procedure met de prijs als enige gunningscriterium.

De waarde van de opdracht wordt geraamd op 871.162,84 euro, btw inbegrepen.

3.2. Het bestek omschrijft het voorwerp van de opdracht nader als volgt:

> "Deze werken hebben betrekking op hangar 23 in het binnengebied van Fort 5 in Edegem. De werken betreffen de renovatie van het noordelijke en zuidelijke deel van de hangar.
>
> Toelichting:
> De werken bestaan uit:
> - Een algemene renovatie van de buitenschil van hangar 23
> - Nazicht van de regenwaterafvoer, het vernieuwen van de zakgoot incl. de constructie tussen de noordelijke en zuidelijk hal en het voorzien van een regenwaterafvoersysteem
> - Restauratie en gedeeltelijke reconstructie van het schrijnwerk in de puntgevels en zijgevels van de hallen."

3.3. Wat de kwalitatieve selectie betreft, bepaalt het bestek, in verband met de technische en beroepsbekwaamheid van de inschrijvers, het volgende:

> "Technische en beroepsbekwaamheid van de inschrijver (selectiecriteria)
> De selectie van de uitvoerder(s) voor de restauratiewerkzaamheden inzake in hun algemene en hun restauratie-specifieke bekwaamheid en in het bijzonder van de verantwoordelijke(n) voor de leiding van de restauratiewerkzaamheden zal gebeuren op basis van de volgende criteria aangezien het restauratiewerken met restauratiepremie betreft:
> De aanstelling van de uitvoerders van de werken (aannemer) dient te gebeuren overeenkomstig de artikels 25 en 26 van het Besluit van de Vlaamse regering van 14 december 2001 houdende vaststelling van het premiestelsel voor restauratiewerkzaamheden aan beschermde monumenten en, indien van toepassing, het Decreet van 12 juli 2013 en het Uitvoeringsbesluit van 16 mei 2014 en latere wijzigingen. Deze artikels bepalen de selectie- en gunningscriteria voor de aanstelling van de uitvoerder van de werken. Ten einde de technische bekwaamheid van de

aannemer na te gaan moeten bij de offerte volgende documenten worden gevoegd:

-Studiekwalificaties: diploma's en studiecertificaten van de uitvoerders en/of van het ondernemingskader en, in het bijzonder, van de verantwoordelijke(n) voor de leiding van de restauratie-werkzaamheden;

-Beroepskwalificaties: opgave van het aantal jaar relevante beroepservaring en/of getuigschriften;

-Lijst van de werken uitgevoerd tijdens de laatste vijf jaar;

-Minimum 3 referenties van werken aan beschermde monumenten, vergelijkbaar zowel inhoudelijk als qua omvang, uitgevoerd in de afgelopen 5 jaar, gestaafd door getuigschriften van goede uitvoering. Deze getuigschriften bevatten het bedrag, het tijdstip en de plaats van de uitvoering van de werken en geven duidelijk weer of deze uitgevoerd werden volgens de regels van de kunst en of ze op regelmatige wijze tot een goed einde werden gebracht. In voorkomend geval zullen deze getuigschriften door de bevoegde overheid rechtstreeks aan de aanbestedende overheid toegezonden worden.

[…]"

3.4. De offertes worden geopend op 4 april 2022. Er blijken vier offertes te zijn ingediend, onder meer door de bv Aannemingen Vegaudi – dit is de verzoekende partij – die met 1.098.366,82 euro, btw inbegrepen, de laagste totaalprijs indient, en de nv Algemene Ondernemingen E.G. Verstraete & Vanhecke – dit is de tussenkomende partij – die met 1.251.615,20 euro, btw inbegrepen, de tweede laagste totaalprijs indient.

3.5. De verwerende partij bevraagt de verzoekende partij op 28 april 2022 en op 1 juni 2022.

3.6. Op 28 juli 2022 wordt een "gunningsadvies" opgesteld (hierna gunningsverslag).

Wat de kwalitatieve selectie van de inschrijvers betreft, wordt er inzake de technische en beroepsbekwaamheid het volgende opgemerkt met betrekking tot de offerte van de verzoekende partij:

"Overzicht

Nr	Inschrijver	Referentie	Beschermd	Inhoud	Jaar van uitvoering	Bedrag (excl. btw)	Getuigschrift van

							goede uitvoering
1	Vegaudi	Restauratie hoeve Wayenberch, Geel	-	/	2018-2019	1.628.454,25 €	+
		Renovatie en restauratie landhuis ALTENA, Kontich	-	/	2018-2019	1.849.457,61 €	+
		Restauratie Sint Martinuspastorie, Olen	+	+	2020-2021	1.191.775,01 €	+
		Restauratie winkelpand, Antwerpen	+	+	2018-2020	567.216,00 €	+
		SASK Lier	-	/	2019-2020	567.804,80 €	+
		Gevelrestauratie binnenplein erfgoedhuis Den Wolsack, Antwerpen`	+	-	2021-2022	285.934,67 €	+
		Postgebouw, Grote Markt 44, Sint-Niklaas	-	/	2018-2019	297.132,76 €	+

Tabel 2: Overzicht van de aangeleverde referentieprojecten

Legende:
+ Stuk bijgevoegd en/of conform
- Stuk niet bijgevoegd en/of niet conform
/ Geen inhoudelijk nazicht
* bijkomende opgegeven referenties na bevraging
Blauw [Restauratie Sint Martinuspastorie, Olen en Restauratie winkelpand, Antwerpen] voldoen volledig.

Opmerkingen
Inschrijver Vegaudi levert in eerste instantie 5 referenties aan waarvan 3 projecten niet-beschermd zijn als monument (2 voldoen).

Aangezien in het bestek specifiek gevraagd wordt – vanuit het voorwerp van de opdracht – om minimaal 3 restauratiewerken aan beschermde monumenten met vergelijkbare inhoud en omvang (uitgevoerd de afgelopen 5 jaar) voor te leggen, kunnen evident enkel referenties die hieraan voldoen weerhouden worden.

Deze selectie-eis is mede ingegeven op basis van de vereiste kwaliteitseisen uit de Onroerenderfgoedregelgeving waarin gevraagd wordt om de algemene deskundigheid met betrekking tot de specifieke

projectopdracht aan te tonen, alsook door het specifieke voorwerp en omvang van de werken zelf (in het bestek is een erkenning D24 in klasse 4 gevraagd – er wordt op gewezen dat een erkenning D24 op zich minder streng is dan werken aan beschermde monumenten).
Op 28/04/2022 verstuurt de aanbestedende overheid op basis van bovenstaande vaststelling een schrijven aan deze inschrijver met de vraag een bijkomende referentie in te dienen die voldoet aan de opgenomen selectiecriteria in het bestek, nu de reeds ingediende documenten een eerste positieve beoordeling van deze inschrijver mogelijk maken met een opgave van 2 restauratiewerken aan beschermde monumenten met vergelijkbare inhoud en omvang (zie omzendbrief d.d. 18 februari 1998: indien een eerste positieve beoordeling mogelijk is kan immers een aanbestedende overheid, met het oog op het versterken van de mededinging, doch zonder bijkomende eisen te kunnen stellen ten opzichte van diegene die oorspronkelijk voorzien waren, de niet ingediende documenten en bewijsstukken vragen en inschrijver uitnodigen om deze die reeds in haar bezit zijn te vervolledigen of te verduidelijken).

Op 29/4/2022 voegt de inschrijver een bijkomende referentie toe van een beschermd monument met een getuigschrift van goede uitvoering der werken: ‘Gevelrestauratie binnenplein erfgoedhuis Den Wolsack, Antwerpen’, met een uitvoeringsbedrag van € 285.934,67 excl. BTW.

De aangeleverde referentie toont evenwel niet aan dat het gaat om ervaring met restauratiewerken van beschermd erfgoed met een gelijkaardige inhoud en omvang, gelet op het feit dat (1) de omvang van de werken zeer beperkt is in vergelijking met het concrete in mededinging gestelde project zoals beschreven in het bestek (€ 285.934,67 excl. BTW vs. geraamde opdrachtwaarde van € 796.469,29 excl. BTW) en (2) bovendien de werken enkel de restauratie van een achtergevel betreffen, waardoor deze referentie in globo als ontoereikend wordt beschouwd.

Op woensdag 1/06/2022 verzendt de aanbestedende overheid nogmaals (!) per mail en aangetekend schrijven de vraag aan deze inschrijver om een bijkomende referentie aan te leveren die beantwoord[t] aan de selectiecriteria uit het bestek, nu de reeds ingediende documenten een eerste positieve beoordeling van deze inschrijver mogelijk maken (zie hoger en omzendbrief d.. 18 februari 1998: indien een eerste positieve beoordeling mogelijk is kan immers een aanbestedende overheid, met het oog op het versterken van de mededinging, doch zonder bijkomende eisen te kunnen stellen ten opzichte van diegene die oorspronkelijk voorzien waren, de niet ingediende documenten en bewijsstukken vragen en inschrijver uitnodigen om deze die reeds in haar bezit zijn te vervolledigen of te verduidelijken).

Op maandag 13/06/2022 bezorgt de inschrijver een bijkomende referentie, nl. het ‘Postgebouw, Grote Markt 44, Sint-Niklaas’ met een

uitvoeringsbedrag van € 297.132,76 excl. BTW. Aangezien het (1) niet over een beschermd monument gaat, kan ook deze referentie niet weerhouden worden; deze referentie voldoet (2) evenmin aan de vereiste omvang (€ 297.132,76 excl. BTW vs. geraamde opdrachtwaarde van € 796.469,29 excl. BTW) waardoor ook deze referentie in globo als ontoereikend wordt beschouwd.

De aanbestedende overheid stelt vast dat inschrijver Vegaudi – zelfs na 2 bijkomende bevragingen – er niet in slaagt 3 geschikte referenties over te maken en dus niet voldoet aan dit selectiecriterium. Bijgevolg kan deze inschrijver niet worden geselecteerd."

De overige inschrijvers worden geselecteerd. Hun offertes worden regelmatig bevonden.

Bij het rekenkundig nazicht van de offertes wordt het volgende opgemerkt:

"In afwachting van de bijkomende informatie die gevraagd werd bij de inschrijvers in het kader van de kwalitatieve selectie (zie hoger), werd reeds gestart met het rekenkundig nazicht van de ingediende offertes.

Tijdens de opmaak van het rekenkundig nazicht blijkt echter dat de offerte van Vegaudi niet weerhouden kan worden (de inschrijver kan immers niet worden geselecteerd, zie hoger).
Inschrijver Vegaudi werd in het kader van het prijzenonderzoek (lopende de bijkomende bevragingen in het kader van de kwalitatieve selectie, zie hoger) reeds bevraagd om enkele eenheidsprijzen te verantwoorden, doch werd vastgesteld dat[:]

- de ingeroepen rechtvaardigingselementen niet worden gestaafd aan de hand van boekhoudkundige gegevens of andere stukken.
- Bovendien geldt de verklaring dat de werken kunnen worden uitgevoerd tegen de eenheidsprijzen en conform het lastenboek niet als afdoende verantwoording.

In globo kan uit de prijsverantwoordingen niet worden afgeleid welke concrete en objectieve factoren het schijnbaar abnormaal karakter van de prijzen verantwoorden en rechtvaardigen. Een goede prijsverantwoording is immers een prijsverantwoording waarmee de inschrijver aantoont, op grond van objectieve en concrete elementen die met hem of de opdracht verband houden en die enkel voor hem gelden, dat de prijzen waarvoor verantwoording werd gevraagd, feitelijk en in concreto niet abnormaal zijn.

> De inschrijver die een verzoek om verantwoording van zijn prijzen ontvangt, moet weten dat dit een ernstige aangelegenheid is en dient zich ervan bewust te zijn dat hij zijn prijzen concreet en onderbouwd dient te verantwoorden en zich niet mag beperken tot vaagheden en algemeenheden: hij loopt immers het risico dat zijn offerte onregelmatig wordt verklaard. Dat houdt in dat 'verantwoordingen' die algemeen of nietszeggend zijn en waarbij prijzen of kosten niet door middel van cijferelementen of becijferbare gegevens concreet worden gerechtvaardigd, niet mogen worden aanvaard.
>
> Voor de volledigheid is het rekenkundig nazicht van deze offerte niet geschrapt uit de controletabel in bijlage; de offerte wordt echter niet meegerekend in de rangschikking (doordat deze inschrijver niet kan worden geselecteerd)."

Er wordt vervolgens vastgesteld dat de nv Algemene Ondernemingen E.G. Verstraete & Vanhecke de economisch meest voordelige regelmatige offerte heeft ingediend, en er wordt voorgesteld de opdracht aan deze inschrijver te gunnen.

3.7. Op 1 augustus 2022 beslist het college van burgemeester en schepenen van de verwerende partij, verwijzend naar het gunningsverslag, om de opdracht te gunnen aan de nv Algemene Ondernemingen E.G. Verstraete & Vanhecke tegen het nagerekende totaalbedrag van 1.260.237,61 euro, btw inbegrepen.

Dat is de bestreden gunningsbeslissing.

IV. Tussenkomst

4. De nv Algemene Ondernemingen E.G. Verstraete & Vanhecke blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet haar verzoek tot tussenkomst worden ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

5.1. De verwerende partij betwist de ontvankelijkheid van de vordering in kort geding wat betreft de impliciete weigeringsbeslissing om de opdracht aan de verzoekende partij te gunnen.

5.2. Die exceptie lijkt op het eerste gezicht te mogen worden bijgevallen. De middelen die de verzoekende partij aanvoert, lijken er op het eerste gezicht enkel toe te kunnen leiden dat, indien ernstig, de verwerende partij ertoe gehouden zou zijn het selectieonderzoek van de offerte van de verzoekende partij en het prijs- en kostenonderzoek van de offertes te herdoen, doch niet dat de opdracht onafwendbaar aan de verzoekende partij dient te worden gegund.

De vordering dient als niet ontvankelijk te worden verworpen in zoverre ze is gericht tegen de impliciete weigeringsbeslissing.

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’ (hierna: rechtsbeschermingswet), 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 de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

7. De verzoekende partij voert in een eerste middel de schending aan van het gelijkheidsbeginsel zoals vervat in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en artikel 4 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’

(hierna: wet overheidsopdrachten 2016), artikel 71 van de wet overheidsopdrachten 2016, artikel 5 van de rechtsbeschermingswet, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, de artikelen 65 en 68 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), artikel 11.5.2 van het besluit van de Vlaamse Regering van 16 mei 2014 ‘betreffende de uitvoering van het Onroerenderfgoeddecreet van 12 juli 2013’ (hierna: onroerenderfgoedbesluit), en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het *patere legem quam ipse fecisti*-beginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht.

In een eerste onderdeel acht zij deze bepalingen en beginselen geschonden:

> “Doordat […] het bestek 3 referenties van beschermde monumenten vereist, bij uitsluiting van vastgesteld onroerend erfgoed (zo blijkt achteraf, bij de beoordeling van de offertes), hoewel het bestek geen definitie bepaalt van het begrip ‘monument’;
>
> dat het voorwerp van de opdracht betrekking heeft op renovatiewerken met slechts een klein onderdeel restauratiewerken, aan een industriële loods (hangar) met beperkte erfgoedwaarde;
>
> dat deze selectiecriteria blijkbaar werden bepaald op basis van regelgeving (Besluit van de Vlaamse Regering van 14 december 2001 ‘houdende vaststelling van het premiestelsel voor restauratiewerkzaamheden aan beschermde monumenten’) die reeds sinds 2015 buiten werking is;
>
> […]
>
> terwijl, eerste onderdeel, de in het bestek bepaalde selectievoorwaarden krachtens artikel 71 Wet overheidsopdrachten [2016] verband dienen te houden met én in verhouding dienen te staan met het voorwerp van de opdracht, zodat de toegang tot de opdracht niet onnodig wordt beperkt;
>
> en terwijl de selectiecriteria voldoende duidelijk moeten zijn, zodat het voor elke inschrijver duidelijk is op welke wijze eraan kan worden voldaan;
>
> en terwijl artikel 11.5.2 van het Onroerenderfgoedbesluit bepaalt dat van de ‘uitvoerders’ relevante studie- en beroepskwalificaties worden vereist.”

In een tweede onderdeel acht zij de aangehaalde bepalingen en beginselen geschonden:

> "Doordat […] verwerende partij de referenties in strijd met de bepalingen van het bestek en alleszins enorm strikt en buitenproportioneel beoordeeld heeft;
>
> Dat verwerende partij de referenties van verzoeker immers niet heeft aanvaard en aldus besluit tot niet-selectie van verzoeker, hoewel verzoeker ontegensprekelijk 3 referenties met betrekking tot beschermde monumenten, 2 referenties met betrekking tot deels beschermde monumenten en deels vastgesteld bouwkundig erfgoed en 2 referenties met betrekking tot vastgesteld bouwkundig erfgoed heeft voorgelegd, alle werken aan gebouwen met een zeer duidelijke erfgoedwaarde, en verzoeker beschikt over een erkenning in de categorie D24 (restauratie van monumenten), klasse 6;
>
> En doordat verwerende partij, meer in het bijzonder, zonder enige motivering van oordeel is dat de referentie 'Herenhuis den Wolsack' zowel qua inhoud als qua omvang niet voldoende vergelijkbaar zou zijn met de voorliggende opdracht (quod non);
>
> Dat verzoekende partij nochtans in haar brief van 13 juni 2022 […] heeft becijferd dat de eigenlijke restauratiewerken (werk aan onderdelen met erfgoedwaarde) voor de voorliggende opdracht slechts ca 287.000 euro vertegenwoordigen zodat referentie Den Wolsack (voor een bedrag van 285.934,67 euro, dat enkel betrekking heeft op effectieve restauratiewerken aan onderdelen met erfgoedwaarde) wél degelijk voldoende vergelijkbaar is qua omvang alsook qua inhoud;
>
> Dat verwerende partij op dit argument niet antwoordt in de bestreden beslissing maar gewoon poneert dat de waarde van de referentie te laag is ten aanzien van de raming van de voorliggende opdracht (€ 796.469,29);
>
> Dat ook de stelling van verwerende partij dat referentie Den Wolsack inhoudelijk niet voldoende vergelijkbaar zou zijn met de voorliggende opdracht, op niets gebaseerd en pertinent onjuist is, gezien verzoeker aan Den Wolsack ruwbouwwerken, dakwerken, binnenbepleistering, buitenschrijnwerk (incl historisch glas) en schilderwerken heeft uitgevoerd […];
>
> En doordat verwerende partij kennelijk slechts 3 van de 7 voorgelegde referenties heeft beoordeeld, namelijk enkel deze die naar haar mening (volledig) betrekking hadden op beschermde monumenten (in de zin van de Vlaamse erfgoedwetgeving), namelijk Pastorie Sint-Martinusparochie, Stadswoning met trapgevel en Herenhuis den Wolsack;

Dat nochtans ook de referenties ‘Hoeve Waeyenberch’ en ‘landhuis Altena en kapel’ deels betrekking hebben op een monument;

Dat bovendien ook uit het geheel van de voorgelegde referenties de technische en beroepsbekwaamheid van verzoeker blijkt, gezien alle werken duidelijk betrekking hebben op gebouwen met een erfgoedwaarde en alle vastgesteld bouwkundig erfgoed betreffen (de tweede trap van bescherming van erfgoed in het Vlaams Gewest);

Dat de technische bekwaamheid van verzoeker verder ook volgt uit de erkenning in de categorie D24 ‘restauratie van monumenten’;

Dat het begrip monument in het bestek niet gedefinieerd wordt als monument in de zin van de Vlaamse erfgoedwetgeving zodat het dan ook geïnterpreteerd diende te worden in de taalkundige betekenis van het woord;

En doordat, verwerende partij verzoeker slechts informeel en in heel algemene termen bevraagd heeft over de voorgelegde referenties in het bijzonder en haar technische en beroepsbekwaamheid in het algemeen;

Dat de focus van de bevraging van verzoeker duidelijk lag op het prijsonderzoek en niet op het bevragen van de voorgelegde referenties in het bijzonder en de technische en beroepsbekwaamheid in het algemeen, gezien in de tweede bevraging immers verwezen werd naar artikel 36 KB Plaatsing [2017];

Dat verzoeker desondanks steeds correct, uitgebreid en stipt op deze vragen heeft geantwoord;

Dat verweerder de uitgebreide toelichting van verzoeker niet beantwoordt in de bestreden beslissing, gezien nergens uit blijkt dat met de door verzoeker verstrekte toelichting rekening werd gehouden;

En doordat van bij aanvang van de plaatsingsprocedure bleek dat verwerende partij er alles aan zou doen om de opdracht niet aan haar te gunnen, gelet op de aard en wijze waarop verzoeker bevraagd werd en de ontijdige (slechts 3 kalenderdagen, waarvan 1 werkdag vooraf) mededeling van een verplicht plaatsbezoek.”

Beoordeling

8. Overeenkomstig artikel 66, § 1, eerste lid, 2º, van de wet overheidsopdrachten 2016, mag de opdracht enkel worden gegund nadat de

aanbestedende overheid erop heeft toegezien dat de offerte afkomstig is van een inschrijver die voldoet aan de door haar vastgestelde selectiecriteria.

Overeenkomstig artikel 71 van de wet overheidsopdrachten 2016 dienen de kwalitatieve selectiecriteria verband te houden met en in verhouding te staan tot het voorwerp van de opdracht.

Artikel 65 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 bepaalt nader dat de aanbestedende overheid verplicht is om elk kwalitatief selectie-criterium van economische, financiële en/of technische aard, te verbinden aan een gepast niveau, behalve wanneer één van de gebruikte criteria zich daar niet toe leent, en dat elk criterium moet geformuleerd worden op een voldoende duidelijke wijze teneinde de selectie van de kandidaten of van de inschrijvers toe te laten.

Eerste middelonderdeel

9. In het eerste middelonderdeel bekritiseert de verzoekende partij in essentie de selectievereiste die oplegt dat minimum drie referenties betrekking moeten hebben op werken aan beschermde monumenten, vergelijkbaar zowel inhoudelijk als qua omvang, uitgevoerd in de afgelopen 5 jaar.

9.1. De verzoekende partij voert daarbij in de eerste plaats aan dat het bestek geen duidelijke definitie bevat van het begrip “monument”.

De Raad van State stelt vast dat in het bestek, in de opsomming van de op de opdracht toepasselijke regelgeving (op pagina 3), wordt opgemerkt dat “de werken betrekking hebben op een beschermd monument” en dat vervolgens wordt verwezen naar de diverse normatieve teksten inzake de bescherming van onroerend erfgoed, waaronder het Onroerenderfgoeddecreet van 12 juli 2013 en het Onroerenderfgoedbesluit van 16 mei 2014. Ook onder het betreffend selectiecriterium, zoals weergegeven *sub* 3.3, wordt naar voornoemd Onroerenderfgoeddecreet en -besluit verwezen.

Voorts dient bij het beoordelen van de duidelijkheid van een bestekbepaling rekening te worden gehouden met diegenen waarvoor het bestek bedoeld is. Er mag worden verondersteld dat de in het bestek gebruikte terminologie voor professionelen in de betrokken sector een voldoende duidelijke inhoud heeft. De verzoekende partij mag worden verondersteld als aannemer actief in de sector van de restauratie van beschermd onroerend erfgoed een goede kennis te hebben van de op die sector van toepassing zijnde wet- en regelgeving. Het betoog in het verzoekschrift dat zij bij gebrek aan definitie in het bestek van het begrip “beschermd monument”, dat begrip dan maar in zijn taalkundige betekenis mocht invullen, lijkt in dat licht niet te kunnen worden bijgevallen.

De verzoekende partij maakt bijgevolg op het eerste gezicht niet aannemelijk dat het begrip “beschermd monument” onduidelijk zou zijn, en dat zij dit begrip kon interpreteren in zijn gewone taalkundige betekenis, en niet in de zin van artikel 2.1,16°, van het Onroerenderfgoeddecreet 2013 dat een “beschermd monument” definieert als “een monument dat voorlopig of definitief beschermd is overeenkomstig hoofdstuk 6 [van dit decreet]”.

9.2. In de tweede plaats voert de verzoekende partij aan dat het betrokken selectiecriterium niet in verband en in verhouding staat tot het voorwerp van de opdracht.

Het voorwerp van de opdracht betreft “[d]e restauratie van Hangar 23 (Fort 5)”. Fort V met inbegrip van alle oude gebouwen, grachten en omwallingen te Edegem, is beschermd als monument, zodat mag worden verondersteld dat Hangar 23, die deel uitmaakt van Fort 5, eveneens als een beschermd monument dient te worden beschouwd, wat de verzoekende partij op zich niet lijkt te betwisten. Met de verwerende en tussenkomende partijen wordt op het eerste gezicht aangenomen dat de werken aan een beschermd monument – niet enkel de restauratiewerken doch ook de renovatie- en nieuwbouwwerken – plaatsvinden in een volledig beschermde omgeving en al deze werken aldus in hun geheel als werken aan een beschermd monument moeten worden beschouwd. Dit lijkt op het eerste gezicht bijkomend te worden bevestigd door het feit dat deze werken onder het rechtstreeks toezicht van het Agentschap Onroerend Erfgoed staan. Het argument van de verzoekende partij dat het voorwerp van de

opdracht renovatiewerken, met slechts een klein onderdeel restauratiewerken, aan “een industriële loods (hangar) met beperkte erfgoedwaarde” betreft, en dat het betrokken selectiecriterium om die reden geen verband zou houden of niet in verhouding zou staan met het voorwerp van de opdracht, lijkt bijgevolg op het eerste gezicht ernst te missen.

De verzoekende partij toont op het eerste gezicht evenmin aan dat de verwerende partij, door enkel rekening te houden met de referenties inzake beschermde monumenten en niet ook met de referenties inzake geïnventariseerd of vastgesteld onroerend erfgoed in de zin van het Onroerenderfgoeddecreet, met als gevolg dat zij het aantal mogelijke referenties sterk heeft beperkt, onredelijk of disproportioneel zou hebben gehandeld.

9.3. De verzoekende partij voert ten slotte de schending aan van 11.5.2 van het Onroerenderfgoedbesluit, dat vereist dat bij de aanstelling van uitvoerders (enkel) relevante studie- en beroepskwalificaties worden vereist. Deze bepaling zou volgens de verzoekende partij zijn miskend omdat de verwerende partij de betrokken selectievoorwaarde zou hebben gesteund op artikel 25 van het reeds in 2015 opgeheven besluit van de Vlaamse regering van 14 december 2001 ‘houdende vaststelling van het premiestelsel voor restauratiewerkzaamheden aan beschermde monumenten’, dat veel strenger is dan de huidige regels vervat in het Onroerenderfgoeddecreet en -besluit.

De voorliggende overheidsopdracht voor werken strekt ertoe te voldoen aan de behoeften van de aanbestedende overheid. Er dient dan ook te worden verondersteld dat die overheid in principe over een aanzienlijke beoordelingsruimte beschikt om de selectiecriteria vast te stellen. De omstandigheid dat de huidige erfgoedwetgeving aan de verwerende partij niet de verplichting zou opleggen om referenties die enkel betrekking hebben op ‘beschermd onroerend erfgoed’ te eisen, belet op het eerste gezicht niet dat zij dit, op eigen initiatief, wel kan verlangen, mede gelet op, zoals de verwerende partij stelt, de complexiteit en grootorde van de opdracht.

Uit het dossier blijkt overigens op het eerste gezicht – de verzoekende partij lijkt dit alvast niet te betwisten – dat de drie andere

inschrijvers er wel in geslaagd zijn minimum drie referenties van werken aan beschermde monumenten voor te leggen. De grief van de verzoekende partij dat de verwerende partij door het hanteren van de betrokken selectieversie de mededinging disproportioneel zou beperken, lijkt dan ook feitelijke grondslag te missen.

10. Daargelaten of het eerste middelonderdeel onontvankelijk is, zoals door de verwerende en de tussenkomende partijen wordt opgeworpen, toont de verzoekende partij op het eerste gezicht niet aan dat de verwerende partij met de bestreden beslissing de in het middel aangevoerde bepalingen en beginselen zou hebben geschonden.

11. Het eerste middelonderdeel is niet ernstig.

Tweede middelonderdeel

12. Wat het in ondergeschikte orde aangevoerde tweede middelonderdeel betreft, voert de verzoekende partij in essentie aan dat de door haar aan de verwerende partij voorgelegde referenties ten onrechte werden verworpen.

Het komt in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid toe om de voorgelegde referenties te beoordelen op hun overeenstemming met het gevraagde in het bestek, en op grond daarvan te oordelen over de geschiktheid van een inschrijver om de opdracht te volbrengen. Zij beschikt daarbij over een zekere beoordelingsruimte. De Raad van State mag zich, gesteld voor de toetsing van een dergelijke beoordeling, niet in de plaats stellen van het bestuur maar mag desgevraagd wel nagaan of de beoordeling met de vereiste zorgvuldigheid is gebeurd en berust op voldoende veruitwendigde en draagkrachtige motieven.

13. In het gunningsverslag wordt, wat de verzoekende partij betreft, vastgesteld dat zij initieel slechts twee referenties heeft voorgelegd die voldoen aan deze vereisten, met name de “Restauratie Sint Martinuspastorie, Olen” en de “Restauratie winkelpand, Antwerpen”. De referenties betreffende de “Restauratie hoeve Wayenberch, Geel”, de “Renovatie en restauratie landhuis Altena,

Kontich” en “SASK Lier” worden blijkens de overzichtstabel verworpen omdat zij geen betrekking hebben op beschermde monumenten.

Op het eerste gezicht lijkt er geen enkel element in het dossier voorhanden dat deze vaststellingen tegenspreekt.

De argumentatie in het verzoekschrift dat het telkens “werken aan gebouwen met een zeer duidelijke erfgoedwaarde” betreft, kan niet worden bijgevallen gelet op het feit dat het bestek vereist dat het om werken aan beschermde monumenten dient te gaan. Zoals hoger beoordeeld, dient uit het bestek te worden afgeleid dat het begrip “beschermd monument” in zijn juridische en niet louter taalkundige betekenis dient te worden opgevat en dat gebouwen met “duidelijke erfgoedwaarde”, zelfs indien zij vastgesteld onroerend erfgoed betreffen, op het eerste gezicht niet lijken daaronder te vallen.

14. De stelling in het verzoekschrift dat de verwerende partij “zonder enige motivering van oordeel is dat de referentie ‘Herenhuis den Wolsack’ zowel qua inhoud als qua omvang niet voldoende vergelijkbaar zou zijn met de voorliggende opdracht”, lijkt op het eerste gezicht feitelijke grondslag te missen.

In het gunningsverslag wordt als volgt beslist over die referentie:

> “Op 29/4/2022 voegt de inschrijver een bijkomende referentie toe van een beschermd monument met een getuigschrift van goede uitvoering der werken: ‘Gevelrestauratie binnenplein erfgoedhuis Den Wolsack, Antwerpen’, met een uitvoeringsbedrag van € 285.934,67 excl. BTW.
>
> De aangeleverde referentie toont evenwel niet aan dat het gaat om ervaring met restauratiewerken van beschermd erfgoed met een gelijkaardige inhoud en omvang, gelet op het feit dat (1) de omvang van de werken zeer beperkt is in vergelijking met het concrete in mededinging gestelde project zoals beschreven in het bestek (€ 285.934,67 excl. BTW vs. geraamde opdrachtwaarde van € 796.469,29 excl. BTW) en (2) bovendien de werken enkel de restauratie van een achtergevel betreffen, waardoor deze referentie in globo als ontoereikend wordt beschouwd.”

Aldus blijkt de weigering van de betrokken referentie wel degelijk uitdrukkelijk gemotiveerd te zijn. Het eerste uitgedrukte motief dat de omvang van de werken van de referentie aanzienlijk lager ligt dan de omvang van de huidige opdracht, lijkt op het eerste gezicht reeds te volstaan om de weigering van deze referentie te kunnen verantwoorden.

Zoals hoger beoordeeld betreffen de werken aan Hangar 23 – niet enkel de restauratiewerken maar ook de renovatie- en nieuwbouwwerken – in hun geheel werken aan een beschermd monument. Ook blijkt dat de inschrijvers, zoals de verzoekende partij heeft gedaan, referenties van werken aan beschermde monumenten mogen voorleggen die naast restauratiewerken ook algemene renovatie- en nieuwbouwwerken omvatten. Het argument in het verzoekschrift dat de verzoekende partij "heeft becijferd dat de eigenlijke restauratiewerken […] voor de voorliggende opdracht slechts ca 287.000 euro vertegenwoordigen zodat referentie Den Wolsack (voor een bedrag van 285.934,67 euro […]) wél degelijk voldoende vergelijkbaar is", kan bijgevolg op het eerste gezicht niet worden bijgevallen. Ook al had de verzoekende partij dit argument reeds aangevoerd bij brief van 13 juni 2022, kan op het eerste gezicht bovendien niet worden aangenomen dat de formelemotiveringsplicht zovér strekt dat de verwerende partij dit argument uitdrukkelijk in de bestreden beslissing had dienen te beantwoorden. Voor zover de verzoekende partij thans, in het kader van de huidige schorsingsprocedure, een stuk voorlegt waaruit zou blijken dat ook andere werken aan het herenhuis "Den Wolsack" werden uitgevoerd, wordt met de verwerende partij op het eerste gezicht vastgesteld dat bij de brief van 9 mei 2022 waarbij deze referentie werd voorgelegd, geen beschrijving van de werken werd opgegeven, en dat de titel van de opdracht te kennen lijkt te geven dat de werken zich beperken tot de gevelrestauratie. Overigens is het op het eerste gezicht niet duidelijk of deze andere werken alsdan een ander bedrag vertegenwoordigen en in voorkomend geval hoeveel.

Het tweede uitgedrukte weigeringsmotief dat "bovendien de werken enkel de restauratie van een achtergevel betreffen, waardoor deze referentie in globo als ontoereikend wordt beschouwd", lijkt op het eerste gezicht een overtollig motief, zodat de kritiek erop in het verzoekschrift niet ontvankelijk is.

15. Het argument dat de verwerende partij “kennelijk slechts 3 van de 7 voorgelegde referenties heeft beoordeeld”, mist op het eerste gezicht feitelijke grondslag. In de overzichtstabel in het gunningsverslag worden alle referenties wel degelijk beoordeeld. Dat vervolgens in de toelichting bij die tabel enkel nader wordt ingegaan op enkele daarvan, leidt niet tot het besluit dat de referenties van de verzoekende partij niet alle zeven onderzocht zouden zijn geworden.

16. Het argument dat “de referenties ‘Hoeve Waeyenberch’ en ‘landhuis Altena en kapel’ ook deels betrekking hebben op een monument” lijkt op het eerste gezicht eveneens te moeten worden verworpen. Uit een eenvoudige raadpleging van de inventaris onroerend erfgoed en de offerte van de verzoekende partij blijkt immers op het eerste gezicht, zoals de verwerende partij stelt in haar nota, dat enkel de gevel met dakbedekking van het herenhuis Wayenberch is beschermd, terwijl de werken in de voorgelegde referentie slaan op de hoeve Wayenberch die niet is beschermd, en dat enkel de kapel Altena is beschermd terwijl de voorgelegde referentie slaat op het landhuis Altena en de tussenzone naar de kapel, welke niet zijn beschermd.

17. Het argument dat de verzoekende partij beschikt over een erkenning als aannemer van werken in de categorie D24 (restauratie van monumenten), klasse 6, leidt evenmin tot een ander besluit. Dat een inschrijver over de voor de opdracht vereiste erkenning beschikt, lijkt immers reeds op het eerste gezicht niet in te houden dat hij daardoor ook meteen aan alle overige in de opdrachtdocumenten bepaalde selectiecriteria voldoet, zoals te dezen het criterium inzake voor de opdracht relevante referenties.

18. Vervolgens doet de verzoekende partij in het tweede middelonderdeel nog gelden dat het verloop van de bevraging door de verwerende partij in verband met de referenties gebrekkig zou zijn.

In dit verband past het om in herinnering te brengen dat het in de eerste plaats aan de inschrijver is om zijn offerte met de nodige zorgvuldigheid op te stellen en om de door de opdrachtdocumenten vereiste stukken, te dezen referenties, voor te leggen.

De aanbestedende overheid beschikt op grond van artikel 66, § 3, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016, onder de daarin vermelde voorwaarden, waaronder het gelijkheidsbeginsel, over de mogelijkheid om een inschrijver te vragen om de inlichtingen en documenten met betrekking tot de selectie aan te vullen of toe te lichten.

Te dezen blijkt de verwerende partij de verzoekende partij zelfs tweemaal de kans te hebben geboden om haar lijst met referenties aan te vullen en op die manier haar offerte alsnog in orde te brengen op het vlak van de kwalitatieve selectie. Gelet op die vaststelling, lijkt de verzoekende partij zich op het eerste gezicht niet te mogen beklagen over de werkwijze van de verwerende partij. Dat bij de bevraging van de verzoekende partij inzake referenties ook meteen bepaalde elementen inzake het prijsonderzoek ter sprake werden gebracht, leidt niet tot een ander besluit.

De stelling dat niet blijkt dat “met de door verzoeker verstrekte toelichting rekening werd gehouden” mist feitelijke grondslag. De twee referenties die de verzoekende partij na respectievelijk de eerste en de tweede bevraging aan de aanbestedende overheid heeft voorgelegd, worden wel degelijk allebei onderzocht in het gunningsverslag. Er blijkt niet dat de aanbestedende overheid het verwerpen van die twee bijkomende referenties nader had moeten motiveren dan zij te dezen heeft gedaan.

De loutere bewering van de verzoekende partij, ten slotte, dat “van bij aanvang van de plaatsingsprocedure bleek dat verwerende partij er alles aan zou doen om de opdracht niet aan haar te gunnen”, lijkt reeds op het eerste gezicht niet gestaafd.

19. Het tweede middelonderdeel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

20. De verzoekende partij voert in een tweede middel de schending aan van het gelijkheidsbeginsel zoals vervat in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en artikel 4 van de wet overheidsopdrachten 2016, artikel 84 van de wet overheidsopdrachten 2016, artikel 5 van de rechtsbeschermingswet, de artikelen 2 en 3 van de motiveringswet, de artikelen 35 en 36 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht.

Zij betoogt dat deze bepalingen en beginselen geschonden zijn:

> "Doordat de verwerende partij lijkt te besluiten tot de onregelmatigheid van de offerte van verzoekende partij op grond van abnormaal lage eenheidsprijzen voor de posten (01) 310 'algemeen bouwinstallatie' (o.a. bescherming van de bioklas) en (34) 524 'leveren en plaatsen van poorten in stalen hekwerk';
>
> Dat het echter niet duidelijk is of het regelmatigheids- en prijsonderzoek louter een overtollig motief is dan wel of de aanbestedende overheid heeft besloten om de offerte van verzoeker (tevens) onregelmatig te verklaren;
>
> Dat het prijsonderzoek van de offerte van verzoeker in het gunningsverslag is opgenomen onder de titel 'Rekenkundig nazicht', terwijl verder onder de titel 'prijs- en kostenonderzoek' geconcludeerd wordt dat er geen abnormale totaalprijzen of eenheidsprijzen zijn vastgesteld;
>
> En doordat verzoeker twee maal op zeer informele (bijna laconieke) wijze werd bevraagd waarbij vragen inzake de prijzen en inzake de referenties (cfr. eerste middel) door elkaar werden gesteld, zodat van een formele vraag tot prijsverantwoording geen sprake is;
>
> Dat verzoeker niettemin een uitgebreide en onderbouwde verantwoording van zijn eenheidsprijs voor de beide posten heeft verstrekt door uitsplitsing van de eenheidsprijs in materiaal, arbeid en marge (overhead);
>
> En doordat de door verzoeker verstrekte uitgebreide prijsverantwoording niet in concreto wordt beoordeeld, maar het gunningsverslag louter zuiver juridische stijlclausules bevat die verwijzen naar de regelgeving en de rechtspraak van uw Raad;
>
> Dat er geen enkele technische of inhoudelijke beoordeling in concreto van de verstrekte verantwoording is gemaakt;
>
> Dat de posten waarover het gaat zelfs niet vermeld worden;

> En doordat het argument dat door verzoeker wordt opgeworpen in zijn ‘prijsverantwoording’ van 13 juni 2022 […] dat beide bevraagde posten verwaarloosbaar zijn, niet wordt beantwoord in het gunningsverslag, hoewel de post (01) 310 ‘algemeen bouwinstallatie’ een aandeel heeft van slechts 2% en post (34) 524 ‘leveren en plaatsen van poorten in stalen hekwerk’ een aandeel van slechts 4% in het totaal ;
>
> En doordat aan verzoeker geen prijsverantwoording werd gevraagd van de totaalprijs van diens offerte niettegenstaande deze 15% lager ligt dan het ‘getrimd gemiddelde’ van de totaalprijzen.”

Beoordeling

21. In het tweede middel voert de verzoekende partij een kritiek op het onderzoek naar abnormale prijzen dat door de verwerende partij werd uitgevoerd.

De niet-selectie van de verzoekende partij, die blijkens de beoordeling van het eerste middel niet onrechtmatig lijkt, volstaat op zich om haar uit de plaatsingsprocedure te weren zodat zij niet langer voor gunning van de opdracht in aanmerking kan komen.

Bijgevolg betreffen het prijsonderzoek en de vermeldingen die in dat verband in het gunningsverslag zijn opgenomen in verband met de offerte van de verzoekende partij op het eerste gezicht een overtollig motief. Kritiek op een overtollig motief, zelfs al zou ze ernstig worden bevonden, kan niet tot de schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing leiden.

22. De verzoekende partij heeft bijgevolg geen belang bij het tweede middel, dat niet ontvankelijk lijkt.

VIII. Besluit

23. Geen van beide middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Algemene Ondernemingen E.G. Verstraete & Vanhecke tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 220 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 dertien september tweeduizend tweeëntwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Patricia De Somere,	staatsraad, waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Silja Doms,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Silja Doms	**Patricia De Somere**