

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 258.403 van 11 januari 2024
in de zaak A. 240.690/XII-9436**

In zake: de BV AQUALINER
vennootschap naar Nederlands recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Steven Van Garsse en Simon Verhoeven
kantoor houdend te 2018 Antwerpen-Berchem
Prins Boudewijnlaan 18
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Kathleen De hornois en Wim Naudts
kantoor houdend te 1930 Zaventem
Luchthaven Brussel Nationaal 1J
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partijen:

1. de CV BRABO HAVENLOODSEN EN BOOTLIEDEN
2. de NV XO BOATING BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Alexander Van Eyck
kantoor houdend te 2560 Kessel
Torenvenstraat 16
bij wie woonplaats wordt gekozen
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Stijn Verbist
kantoor houdend te 3550 Heusden-Zolder
Pastoor Paqualaan 184

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 8 december 2023, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[d]e beslissing van verwerende partij d.d. 24 november 2023 inzake de

overheidsopdracht ‘Personenvervoer over het water in en rond Antwerpen (bestek nr. MDK/2022/17/Staf)’ [...] waarin is beslist om de opdracht te gunnen aan de combinatie zonder rechtspersoonlijkheid van vennootschappen Brabo Havenloodsen en Bootlieden CV en XP [lees: XO] Boating Belgium NV en niet te gunnen aan [de bv Aqualiner]”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 19 december 2023 hebben de cv Brabo Havenloodsen en Bootlieden en de nv XO Boating Belgium gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 28 december 2023.

Staatsraad Inge Vos heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Steven Van Garsse en Simon Verhoeven, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaten Kathleen De hornois, Louis Swennen, Matthias Van Schel en Jasper Stuer, die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaat Alexander Van Eyck, die verschijnt voor de tussenkomende partijen, zijn gehoord.

Auditeur Frederick Ongena 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. Het agentschap voor Maritieme Dienstverlening en Kust (MDK) schrijft een overheidsopdracht uit voor diensten met als voorwerp ‘Personenvervoer over het water in en rond Antwerpen’.

De opdracht wordt geplaatst via een mededingingsprocedure met onderhandeling overeenkomstig artikel 38 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016).

De opdracht wordt zowel nationaal als Europees bekendgemaakt.

3.2. In de selectieleidraad wordt het voorwerp van de opdracht als volgt gekaderd en omschreven:

“Achtergrondinformatie over het huidige personenvervoer in en rond Antwerpen

In de periode 2016-2017 voerde het Havenbedrijf Antwerpen een marktbevraging uit voor diensten inzake ‘Personenvervoer over het water in Antwerpen en in de haven van Antwerpen’. De opdracht voor de exploitatie van De Waterbus werd vervolgens gegund en ging van start op 1 juli 2017.

[...]

In 2019 werd door de Vlaamse Regering beslist personenmobiliteit over water, met inbegrip van Waterbus, te optimaliseren door het beheer ervan in handen te geven van één overheidsinstantie. MDK werd in navolging hiervan aangeduid als bevoegde overheidsentiteit middels het Besluit van de Vlaamse Regering van 16 oktober 2020. Eind 2020 keurde de Vlaamse Regering de overdracht goed van de lopende opdracht, waarbij MDK met ingang van 1 januari 2021 alle rechten en plichten als opdrachtgever overnam.

[...]

MDK wenst nu over te gaan tot de aanbesteding van een nieuwe opdracht voor de exploitatie van De Waterbus. Hiertoe werd reeds een vrijblijvende marktconsultatie gevoerd in juli-augustus 2022.

[...]

Korte omschrijving van het voorwerp van de toekomstige opdracht

De diensten die in het kader van deze opdracht worden toevertrouwd aan de opdrachtnemer omvatten het personenvervoer over het water in en rond Antwerpen. Het beoogde vervoersgebied kan aangepast/uitgebreid

worden. Voor de bepalingen inzake het vervoersgebied, wordt verwezen naar IV. Technische voorschriften.

De dienst wordt aangemerkt als een dienst die het publiek belang dient, en wordt bijgevolg georganiseerd als een Dienst van Algemeen Economisch Belang ('DAEB').

De opdrachtnemer krijgt een algemene werkingstoelage ter dekking van de exploitatiekosten van De Waterbus. In het bestek worden hiertoe de concrete modaliteiten opgenomen.

De opdrachtnemer is verantwoordelijk voor de schepen en de volledige exploitatie ervan, evenals de promotie en verdere ontwikkeling van het vervoersaanbod. Dit gebeurt uiteraard steeds in samenspraak met en mits akkoord van de opdrachtgever.

Belangrijk is tevens dat de opdrachtnemer wordt geacht het materieel – zoals opgenomen in bijlage – dat ter uitvoering van het personenvervoer op water [wordt] ingezet over te nemen. Bepalingen omtrent de eventuele mogelijkheden inzake externe financiering en overname na afloop van de opdracht, worden opgenomen in het bestek.

In het kader van de continuïteit van de dienstverlening, wordt de opdrachtnemer geacht ook eventuele bijkomende (reserve)schepen – en al het noodzakelijke materieel dat ermee verband houdt – te voorzien. In het bestek zullen de specifieke vereisten nader worden toegelicht (o.a. capaciteit (personen/fietsen), duurzaamheid, vaarsnelheid, etc.).

De opdrachtnemer houdt er rekening mee dat werkzame personeelsleden ten behoeve van de lopende opdracht mogelijk zullen moeten overgaan naar de nieuwe exploitant tegen lopende voorwaarden. Het bestek zal hieromtrent verdere bepalingen voorzien.

Het doel van de opdracht is om een concurrentieel alternatief te bieden voor de wagen en zo (deels) een antwoord te bieden aan de congestie op het wegennet.

De nadruk ligt op woon-werkverkeer. Daarnaast is de dienst in het algemeen een aanvulling op ander collectief vervoer.

De vervoersdienst zal een betalende dienst zijn met tarieven die concurrentieel zijn met andere vormen van openbaar vervoer. De opdrachtnemer houdt eveneens rekening met de bepalingen van het Decreet van 26 april 2019 betreffende de basisbereikbaarheid, volgens dewelke de Vlaamse Regering instaat voor de coördinatie van het tariefbeleid voor het openbaar personenvervoer over water en het bepalen van exacte tarieven.

Het vaargebied op heden wordt weergegeven op de kaart[.] Dit kan op termijn aangepast en/of uitgebreid worden naar andere stopplaatsen en vaarwegen binnen het Vlaams gewest.

[...]

De vereisten inzake haltes, dienstregeling, frequentie, tarifiering, kaartsystemen, personeel, infrastructuur, veiligheid, reizigersinformatie, financiering, klachtenbehandeling, communicatie en duurzaamheid zullen worden opgenomen in het bestek.

Het aantal reizigers is doorheen de jaren sterk toegenomen (met uitzondering van 2020 omwille van de COVID-19 crisis). In 2021 waren

er net geen 590.000 reizigers, ondanks verschillende coronamaatregelen toch beter dan het vorige recordjaar 2019 waar 579.000 reizigers werden vervoerd. Het totaal aantal gebruikers per jaar voor de jaren 2017, 2018 en 2019 bedroeg respectievelijk 105.009, 314.519 en 578.034. In de 2e helft van november 2021 heeft de 2 miljoenste reiziger, sinds de start in 2017, gebruik gemaakt van De Waterbus.

Deze opdracht is een opdracht voor diensten in de zin van art. 2, 21° van de Wet inzake overheidsopdrachten van 17 juni 2016.”

Wat de facultatieve uitsluitingsgronden betreft, bepaalt punt III.4 van de selectieleidraad dat de kandidaat zich niet in één van de in artikel 69 van de wet overheidsopdrachten 2016 bedoelde situaties mag bevinden. Tevens wordt bepaald dat de kandidaat op eigen initiatief in zijn aanvraag tot deelneming kan aangeven of hij corrigerende maatregelen heeft genomen. Ook voorziet de selectieleidraad erin dat indien de aanbestedende overheid overweegt om een facultatieve uitsluitingsgrond in te roepen, zij aan de kandidaat de mogelijkheid dient te bieden om corrigerende maatregelen aan te dragen in de loop van de plaatsingsprocedure en dat, wanneer de kandidaat corrigerende maatregelen aanvoert en het geleverde bewijs toereikend wordt geacht, de betrokken kandidaat niet wordt uitgesloten van de plaatsingsprocedure.

Punt III.5 van de selectieleidraad bepaalt voorts inzake de technische en beroepsbekwaamheid als selectie criterium dat de kandidaat minstens één referentie dient voor te leggen:

“Referentieprojecten inzake personenvervoer over water

De kandidaat dient aan te tonen dat hij beschikt over een passende technische bekwaamheid voor het uitvoeren van de opdracht. Hij dient daarbij aan te tonen te (kunnen) beschikken over de nodige kennis en ervaring voor het realiseren van deze opdracht. De kandidaat dient een referentielijst voor te leggen waarin deze aantoont ervaring te hebben met het personenvervoer over het water en die hij gedurende de afgelopen vijf jaar in zijn hoofd- en voor eigen rekening verricht heeft en die relevant zijn voor deze opdracht:

- Minimaal één referentie inzake gerealiseerde en/of geëxploiteerde projecten betreffende de inrichting en exploitatie van personenvervoer over het water, die qua type identiek of vergelijkbaar zijn met de gevraagde diensten;
- Voor elke referentie geeft de kandidaat een beknopte beschrijving, eventueel geïllustreerd met foto's en schetsen, de betrokken stad / regio en het aantal inwoners, de identiteit en de contactgegevens van

de opdrachtgever, aanvangsdatum en duur van het project, informatie over de financiering en, zo veel als mogelijk, attesten van goede uitvoering, alsook alle andere mogelijke informatie die voor de opdrachtgever relevant en interessant zijn voor de beoordeling van de referenties.”

3.3. Uit het proces-verbaal van opening van 6 februari 2023 blijkt dat twee kandidaten een aanvraag tot deelneming hebben ingediend:

- 1) de bv Aqualiner, dit is de verzoekende partij;
- 2) de combinatie van ondernemingen (hierna: Brabo-XO) bestaande uit de cv Brabo Havenloodsen en Bootlieden en de nv XO Boating Belgium.

De verwerende partij onderzoekt vervolgens de aanvragen tot deelneming. Een gemotiveerd selectieverslag wordt opgesteld. Daarin wordt onder meer vastgesteld dat beide kandidaten voldoen aan de selectiecriteria.

Op 15 mei 2023 beslist de verwerende partij overeenkomstig het selectieverslag om beide kandidaten te selecteren en uit te nodigen tot het indienen van een offerte.

3.4. Op 16 mei 2023 ontvangen beide kandidaten via het e-procurementplatform een uitnodiging tot de indiening van een offerte voor de betrokken opdracht op uiterlijk 24 juli 2023.

Via deze uitnodiging krijgen zij toegang tot het bestek met nr. MDK2022/17/Staf dat op de opdracht van toepassing is.

Ook dit bestek herhaalt onder punt II.A.1 dat op de inschrijver geen uitsluitingsgrond van toepassing mag zijn. Het bestek geeft uitdrukkelijk aan dat hierin de facultatieve uitsluitingsgronden zijn begrepen en dat de inschrijver corrigerende maatregelen kan bewijzen.

Het bestek bepaalt in punt A.5.1 dat de ingediende offertes zullen worden beoordeeld op grond van twee gunningscriteria: ‘Prijs’ (55 punten) en ‘Kwaliteit en plan van aanpak’ (45 punten), dat drie subgunningscriteria omvat.

Het bestek vermeldt aangaande het gunningscriterium 'Prijs':

“1) Prijscriterium (55 punten)

De opdrachtnemer voert de opdracht uit conform de bepalingen in dit bestek en rekening houdende met de doelstelling van de opdracht.

Op basis van de technische bepalingen geeft de inschrijver aan tegen welk kostentarief hij de dienstverlening kan uitvoeren per Dienstregelinguur (DRU). Een DRU is een vaaruur dat per schip daadwerkelijk word[t] gepresteerd bij het uitvoeren van het gevraagde bedieningsniveau. Overige vaaruren voor bijvoorbeeld opstart en afsluiten worden hierbij niet in rekening gebracht.

De opdrachtnemer zal in het kader van deze opdracht bij aanvang beschikken over acht (8) vaartuigen (inclusief reservevaartuigen). Voor het bepalen van de DRU-prijs [zal] rekening gehouden worden met de volgende raming (louter indicatief op basis van het huidige bedieningsniveau, het betreft geen minimale hoeveelheden):

- Aantal vaartuigen = 6 (+ 2 reserve)
- Aantal DRU per dag = 18;
- Aantal dagen (gemiddeld) per maand = 30;
- Aantal maanden per jaar = 12 maanden;
- Totale DRU = 6 vaartuigen x 18 uur x 30 dagen x 12 maanden = 38.880 DRU per dienstjaar;
- Aantal jaren = 8 jaar, met een optie van nog eens 7 jaar.

De beoordeling van dit gunningscriterium wordt gebaseerd op onderstaande:

Element	Eenheid	Inschrijfprijs
DRU kosten	EUR per DRU	- [Bedrag in te vullen]

De tegemoetkoming die de opdrachtnemer ontvangt situeert zich buiten de btw-sfeer en is aldus niet onderworpen aan btw.

De punten van de prijs zullen als volgt toegekend worden:

$$(P_{\min} / P_x) * A = Q$$

waarbij:

$P_{\min}$ = laagste regelmatige totale prijs

P_x = totale prijs van de inschrijving die beoordeeld wordt

A = het maximum van de punten

Q = quotering van de inschrijving.”

3.5. Beide inschrijvers dienen tijdig een offerte in.

3.6. Op 24 augustus 2023 worden aan beide inschrijvers bijkomende vragen tot verduidelijking gesteld, die door beide inschrijvers worden beantwoord.

3.7. Met een e-mailbericht van 26 september 2023 nodigt de verwerende partij de inschrijvers uit om te onderhandelen over de door hen ingediende offerte. De onderhandelingen vinden plaats op 2 en 5 oktober 2023.

3.8. Op 6 oktober 2023 worden de inschrijvers uitgenodigd om een definitieve offerte (BAFO) in te dienen tegen uiterlijk 17 oktober 2023.

Beide inschrijvers dienen tijdig hun definitieve offerte in.

3.9. Een gunningsverslag wordt opgesteld op 24 oktober 2023.

De definitieve offertes worden formeel (vorm en inhoud, volledigheid, ondertekening) en materieel (inhoudelijke conformiteit, rekenkundig nazicht en algemeen prijsonderzoek) regelmatig bevonden. De definitieve offertes worden vervolgens getoetst aan de gunningscriteria.

De twee inschrijvers behalen op het prijscriterium de volgende scores:

Inschrijver	Score prijscriterium
Aqualiner BV	37,34
Brabo-XO	55

De twee inschrijvers behalen op het kwaliteitscriterium de volgende scores:

	Aqualiner BV	Brabo-XO	Maximum aantal punten
Plan van aanpak	30,00	30,00	45,00
- Opstart, uitrol en instandhouding van de exploitatie van het personenvervoer over water	12,00	12,00	15,00
- Visie en vervoerplan met optimalisaties	12,00	9,00	15,00
- Financieel meerjarenplan en SLA's	9,00	12,00	15,00

De definitieve eindrangschikking is de volgende:

1. Brabo-XO (88 punten)

2. Aqualiner BV (70,34 punten).

3.10. Op 16 november 2023 schrijft de verzoekende partij de bevoegde minister aan over de stand van zaken omtrent de lopende plaatsingsprocedure, gelet op het nakend einde van de huidige opdracht en de voorziene start van de nieuwe opdracht op 1 januari 2024.

Met een brief van 23 november 2023 antwoordt de bevoegde minister dat haar diensten haar verzekeren de nieuwe overeenkomst te laten ingaan vóór het jaareinde.

3.11. Op 24 november 2023 beslist de Vlaamse minister van Mobiliteit en Openbare Werken om de opdracht te gunnen aan de combinatie Brabo-XO voor een periode van acht jaar, verlengbaar met zeven jaar, voor een bedrag van 11.121.510,40 euro voor 2024, jaarlijks aanpasbaar volgens de bepalingen zoals opgenomen in het bestek.

Dit is de bestreden beslissing.

3.12. Met een aangetekende brief en een e-mailbericht van 24 november 2023 wordt de verzoekende partij in kennis gesteld van de voormelde beslissing. Als bijlage wordt een kopie gevoegd van de gunningsbeslissing en het gunningsverslag.

IV. Tussenkost

4. De cv Brabo Havenloodsen en Bootlieden en de nv XO Boating Belgium blijken voordeel te halen uit de bestreden beslissing en hebben er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg wordt hun verzoek tot tussenkost ingewilligd.

V. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

5. 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: de 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.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 66, 2° (lees: 66, § 1, 2°), van de wet overheidsopdrachten 2016 en artikel 51 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017) *juncto* de artikelen 6 en 69, 5° en 8°, van de wet overheidsopdrachten 2016, artikel 4, eerste lid, en artikel 5, § 1, tweede lid, en § 2, eerste lid, 2°, van de wet overheidsopdrachten 2016, de artikelen 4, 8°, en 5, 9°, van de rechtsbeschermingswet *juncto* de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ (hierna: de motiveringswet), de materiële motiveringsplicht, de formele motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel.

Zij acht deze bepalingen en beginselen geschonden:

“doordat de verwerende partij met de bestreden beslissing de opdracht aan de gekozen inschrijver heeft gegund en [hem] bijgevolg heeft toegelaten tot deelname aan de plaatsingsprocedure;

terwijl de gekozen inschrijver uitgesloten had moeten worden wegens het zich voordoen van een belangenconflict in hoofde van de gekozen inschrijver in toepassing van artikel 69, 5° juncto artikel 6 wet 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten, meer bepaald dat er sprake is van een draaideurconstructie zoals bedoeld in artikel 51 KB 18 april 2017 plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren, minstens op moment van indiening van de aanvraag tot deelneming op 6 februari 2023 en van de uitnodiging tot indiening van een offerte op 16 mei 2023; dat op dat moment het geen twee jaar geleden was, zoals bedoeld in artikel 51 KB 18 april 2017 plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren dat de CEO/algemeen directeur van Brabo, Havenloodsen en Bootlieden CV, lid van de combinatie die de gekozen inschrijver uitmaakt, ophield werkzaam te zijn als waarnemend algemeen directeur bij verwerende partij; dat er een verband bestaat tussen de vroegere activiteiten die [V.D.] heeft uitgevoerd voor de aanbestedende overheid (waarnemend algemeen directeur van DAB Vloot, entiteit binnen het agentschap Maritieme Dienstverlening en Kust) en de activiteiten in het kader van de opdracht (personenvervoer over het water); dat, hoewel het handelt om een facultatieve uitsluitingsgrond, wordt aangenomen dat een aanbestedende overheid slechts in uitzonderlijke dwingende omstandigheden niet overgaat tot uitsluiting; dat verwerende partij gelet op de formele motiveringsplicht minstens had moeten motiveren waarom de gekozen inschrijver alsnog niet uitgesloten diende te worden; dat er hiervoor in het licht van de materiële motiveringsplicht evenwel de jure en de facto geen objectieve, correcte en aanvaardbare motieven kunnen worden aangedragen aangezien de deelname aan een plaatsingsprocedure via een draaideurconstructie een mededingingsbelemmerende handeling vormt zoals bedoeld in artikel 5, § 1, tweede lid wet 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten die overeenkomstig artikel 5, § 2, 1° van diezelfde wet leidt tot wering van de betrokken aanvraag tot deelneming en offertes; dat er minstens geen minder ingrijpende maatregelen konden worden genomen om het belangenconflict te verhelpen zoals bedoeld in artikel 69, 5° wet 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten of corrigerende maatregelen worden aangedragen zoals bedoeld in artikel 70 wet 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten gelet op de positie van [V.D.] als CEO/algemeen directeur bij Brabo, Havenloodsen en Bootlieden CV; dat in de mate dat de gekozen inschrijver in het kader van de deelname aan de plaatsingsprocedure, bijvoorbeeld via het Uniform Europees Aanbestedingsdocument, heeft verklaard dat [hij] zich niet bevindt in een situatie van uitsluiting [hij] hieromtrent valse verklaringen heeft afgelegd, minstens informatie heeft achtergehouden wat een bijkomende aanleiding en grondslag is om de gekozen inschrijver uit te sluiten; dat verwerende partij in het licht van de zorgvuldigheidsplicht het voorgaande grondig had dienen te onderzoeken en motiveren in de bestreden beslissing.”

In de toelichting bij het middel betoogt de verzoekende partij dat niet kan worden betwist dat er sprake is van een draaieurconstructie en dit minstens op het moment van indiening en opening van de aanvraag tot deelneming (6 februari 2023) en de uitnodiging tot indiening van de offerte (16 mei 2023). Op die momenten, zo stelt zij vast, was het nog geen twee jaar geleden dat de huidige CEO of algemeen directeur V.D. van de cv Brabo, Havenloodsen en Bootlieden waarnemend directeur was bij DAB Vloot en DAB Loodswezen, beiden entiteiten van de verwerende partij. Ook aan de toepassingsvoorwaarde dat er “een verband bestaat tussen de vroegere activiteiten die de voormelde persoon heeft uitgevoerd voor de aanbestedende overheid en de activiteiten in het kader van de opdracht” is volgens haar voldaan. Zij wijst erop dat V.D. onder meer waarnemend directeur was van DAB Vloot, naar eigen zeggen een rederij gespecialiseerd in het management van schepen die voornamelijk worden ingezet voor opdrachten van de overheid en die bemande en bedrijfsklare vaartuigen inzet, zoals veerboten, en dus ook veerdiensten aanbiedt, onder meer in Oostende, Nieuwpoort, op het kanaal Gent-Terneuzen, maar ook op de Schelde. Uit de informatie waarover zij beschikt blijkt volgens haar ook dat V.D. zeker op de hoogte was van de deelname van voormelde vennootschap aan een overheidsopdracht van zijn voormalige werkgever, minstens moet zijn geweest.

De verzoekende partij stelt dat, hoewel het in beginsel gaat om een facultatieve uitsluitingsgrond, de aanbestedende overheid ter zake niet over een beoordelingsvrijheid beschikt en de betrokken inschrijver moet uitsluiten wanneer: (1) er geen minder ingrijpende maatregelen zijn dan de uitsluiting om het belangenconflict te verhelpen; en (2) er geen of naar het oordeel van de aanbesteder geen afdoende corrigerende maatregelen werden aangedragen.

Dit doet volgens de verzoekende partij geen afbreuk aan artikel 5 van de wet overheidsopdrachten 2016 waaruit volgt dat wanneer een ondernemer handelingen stelt die de normale mededingingsvoorwaarden kunnen vertekenen, de aanbesteder gehouden is de aanvraag tot deelneming en de offertes van deze ondernemer te weren.

Voorts benadrukt zij dat het ter zake niet aan de verzoekende partij toekomt om te bewijzen dat, en zo ja in welke mate, het belangenconflict, in

het bijzonder de draaideurconstructie, een invloed heeft gehad op het verloop van de plaatsingsprocedure. Uit rechtspraak van het Hof van Justitie volgt volgens haar dat het aan de aanbestedende overheid is om hieromtrent een zorgvuldig onderzoek te voeren en een gemotiveerde beslissing te nemen.

Zij voegt hieraan toe dat in de mate dat de gekozen inschrijver in het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (hierna: UEA) heeft verklaard zich niet in een uitsluitingsgrond te bevinden, hij valse verklaringen heeft afgelegd wat op zichzelf een uitsluitingsgrond uitmaakt.

De verzoekende partij doet gelden dat, als er sprake is van de voormelde uitsluitingsgronden, de aanbestedende overheid gehouden is hieromtrent een gedegen onderzoek te voeren, wat zijn neerslag dient te vinden in de betrokken beslissing, minstens dient dit te blijken uit het administratief dossier.

Volgens de verzoekende partij had de gekozen inschrijver aldus uitgesloten moeten worden, wat niet is gebeurd. Minstens had de verwerende partij moeten motiveren welke dwingende uitzonderlijke omstandigheden er desgevallend voorhanden zijn om de gekozen inschrijver alsnog toe te laten tot de opdracht. Uit niets blijkt volgens haar dat de verwerende partij hieromtrent enig, laat staan zorgvuldig, onderzoek heeft gevoerd.

De verzoekende partij voegt hieraan nog toe dat zelfs in de mate dat de gekozen inschrijver corrigerende maatregelen zou hebben aangedragen – die dan volgens de selectieleidraad vermeld dienden te zijn in het UEA –, deze in redelijkheid niet zouden kunnen worden aanvaard. Immers, de enige corrigerende maatregel die volgens haar eventueel denkbaar is, is dat V.D. “van zijn functie als CEO/algemeen directeur van Brabo, Havenloodsen en Bootlieden cv ontheven wordt”. Nog los van het feit dat er geen enkele aanwijzing is dat dit zou zijn gebeurd, verandert dit volgens haar evenwel niets “omdat de tijd niet kan worden teruggedraaid”. Het kwaad, namelijk de deelname aan een plaatsingsprocedure via een draaideurconstructie, is immers geschied. Hetzelfde geldt volgens haar *mutatis mutandis* wat gebeurlijk minder ingrijpende maatregelen om het belangenconflict op te lossen, betreft.

Beoordeling

7. Artikel 69 van de wet overheidsopdrachten 2016 luidt:

“Tenzij in het geval waarbij de kandidaat of inschrijver, overeenkomstig artikel 70, aantoonst toereikende maatregelen te hebben genomen om zijn betrouwbaarheid aan te tonen, kan de aanbestedende overheid, in elk stadium van de plaatsingsprocedure, een kandidaat of inschrijver van deelname aan deze procedure uitsluiten, in de volgende gevallen :

[...]

4° wanneer de aanbestedende overheid over voldoende plausibele aanwijzingen beschikt om te besluiten dat de kandidaat of inschrijver handelingen zou hebben gesteld, overeenkomsten zou hebben gesloten of afspraken zou hebben gemaakt, die gericht zijn op vervalsing van de mededinging in de zin van artikel 5, lid 2;

5° wanneer een belangenconflict in de zin van artikel 6 niet effectief kan worden verholpen met andere minder ingrijpende maatregelen;

[...]

8° wanneer de kandidaat of inschrijver zich in ernstige mate schuldig heeft gemaakt aan valse verklaringen bij het verstrekken van de informatie die nodig is voor de controle op het ontbreken van uitsluitingsgronden of de naleving van de selectiecriteria, of hij informatie heeft achtergehouden, of niet in staat was de ondersteunende documenten die vereist zijn krachtens artikel 73 of artikel 74 over te leggen;

[...]

De in het eerste lid bedoelde uitsluitingen van deelname aan overheidsopdrachten gelden slechts voor een periode van drie jaar vanaf de datum van de betrokken gebeurtenis of, wanneer het een voortdurende inbreuk betreft, vanaf de beëindiging van de inbreuk.

[...]

Behoudens andersluidende bepaling in de opdrachtdocumenten, is de aanbestedende overheid niet gehouden tot nazicht van de facultatieve uitsluitingsgronden in hoofde van de personen die lid zijn van het bestuurs-, leidinggevend of toezichthoudend orgaan van de kandidaat of inschrijver of daarin vertegenwoordigings-, beslissings- of controlebevoegdheid hebben.”

Luidens artikel 51, eerste lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 wordt, onverminderd de artikelen 6 en 69, eerste lid, 5°, van de wet overheidsopdrachten 2016, als een belangenconflict beschouwd, elke situatie waarbij een fysieke persoon die gewerkt heeft voor een aanbestedende overheid als interne medewerker, al dan niet in hiërarchisch verband, als betrokken ambtenaar, openbare gezagsdrager of andere persoon die op welke wijze ook aan

de aanbestedende overheid verbonden is, later tussenkomt in het kader van een overheidsopdracht geplaatst door deze aanbestedende overheid, en waarbij er een verband bestaat tussen de vroegere activiteiten die de voormelde persoon heeft uitgevoerd voor de aanbestedende overheid en de activiteiten in het kader van de opdracht. Op grond van artikel 51, tweede lid, van datzelfde besluit is de toepassing van deze bepaling niettemin beperkt tot een periode van twee jaar te rekenen vanaf het ontslag van de betrokken personen, of vanaf eender welke andere vorm van beëindiging van de vroegere activiteiten.

Zoals blijkt uit het verslag aan de Koning heeft deze vorm van belangenconflict in de zin van artikel 6 van de wet overheidsopdrachten 2016 betrekking op een situatie waarin een fysieke persoon in een recent verleden bij een aanbestedende overheid heeft gewerkt en die naderhand, “hetzij als personeelslid van een onderneming, hetzij als zelfstandige of via een E-BVBA”, optreedt in het kader van een overheidsopdracht geplaatst door dezelfde aanbestedende overheid voor wie hij in het verleden heeft gewerkt.

Het “tussenkomen in het kader van een overheidsopdracht” verwijst volgens het verslag aan de Koning zowel naar verrichtingen met betrekking tot de plaatsingsprocedure (opstellen en indienen van een aanvraag tot deelneming of van een offerte, deelname aan onderhandelingen, ...) als naar verrichtingen in het kader van de uitvoering van het geheel of een deel van de opdracht.

Voorts kan er slechts van dit mechanisme sprake zijn indien er een verband bestaat tussen de vroegere activiteiten van de betrokken persoon bij de aanbestedende overheid en zijn verrichtingen in het kader van de opdracht.

De facultatieve uitsluitingsgrond is volgens het verslag aan de Koning beperkt in de tijd omdat na deze periode van twee jaar algemeen beschouwd kan worden dat de band tussen de betrokken persoon en zijn vroegere werkgever in zodanige mate minder hecht is geworden dat de informatie waarover hij beschikt geen reële belangenconflicten meer zou kunnen scheppen.

8. De verzoekende partij werpt op dat de vaste vertegenwoordiger van de bv KSH, huidige CEO/algemeen directeur van de cv Brabo Havenloodsen en Bootlieden, tot 21 mei 2021 waarnemend directeur was bij de DAB Vloot en de DAB Loodswezen van de verwerende partij. Dit betekent volgens de verzoekende partij dat er sprake is van een verboden draaieurconstructie waardoor de gekozen inschrijver van de plaatsingsprocedure had moeten worden uitgesloten.

9. Zowel de verwerende partij als de tussenkomende partijen bevestigen dat V.D. de vaste vertegenwoordiger is van de bv KSH en dat deze vennootschap met ingang van 1 augustus 2021 is aangesteld als CEO/algemeen directeur van de cv Brabo Havenloodsen en Bootslieden, een van de twee leden van de combinatie van de gekozen inschrijver. Daarnaast blijkt dat de voormelde vennootschap sinds 7 september 2021 eveneens is aangesteld als lid van de raad van bestuur van de cv Brabo Havenloodsen en Bootslieden.

Eveneens wordt niet betwist dat V.D. voordien een functie heeft bekleed bij de verwerende partij. Meer bepaald was hij tot 31 juli 2021 waarnemend directeur bij de DAB Vloot en de DAB Loodswezen. Uit de vertrouwelijke stukken van het administratief dossier blijkt dat V.D. op 21 mei 2021 vrijwillig ontslag heeft ingediend hetgeen werd aanvaard met ingang van 1 augustus 2021.

10. Op het eerste gezicht blijkt niet dat de verwerende partij deze situatie had moeten onderkennen als een draaieurconstructie in de zin van het voormelde artikel 51 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 en facultatieve uitsluitingsgrond in de zin van het voormelde artikel 69, eerste lid, 5°, van de wet overheidsopdrachten 2016.

Met de verwerende partij en de tussenkomende partijen lijkt te kunnen worden vastgesteld dat de entiteit die *in casu* als aanbestedende overheid fungeert, het agentschap voor Maritieme Dienstverlening en Kust (hierna: MDK) is. Uit de beschrijving van de aanbestedende overheid in de selectieleidraad en het referentienummer van het bestek blijkt het meer concreet te gaan over de Stafdienst van MDK. Het agentschap telt daarnaast vier operationele entiteiten,

waaronder naast de twee diensten met afzonderlijk beheer (DAB's) waarin V.D. waarnemend directeur was, ook een afdeling scheepvaartbegeleiding en een afdeling kust. Zoals blijkt uit artikel 10 van het besluit van de Vlaamse regering van 7 oktober 2005 'tot oprichting van het intern verzelfstandigd agentschap zonder rechtspersoonlijkheid Agentschap voor Maritieme Dienstverlening en Kust' zijn de betrokken DAB's met de uitoefening van afzonderlijke taken belast, weliswaar onder supervisie van het hoofd van het agentschap. Zij blijken in dat verband ook zelf op te treden als aanbestedende diensten. Op het eerste gezicht lijkt dan ook aangenomen te kunnen worden dat de aanbestedende overheid die de voorliggende opdracht heeft geplaatst, zijnde MDK, niet zonder meer gelijkgesteld kan worden met de aanbestedende overheden voor wie V.D. in het verleden heeft gewerkt, meer bepaald de twee diensten met afzonderlijk beheer binnen het agentschap die met de uitoefening van afzonderlijke taken zijn belast.

De verzoekende partij lijkt op het eerste gezicht evenmin te kunnen worden bijgevalen waar zij aangeeft dat er een verband bestaat tussen de vroegere activiteiten die V.D. heeft uitgevoerd voor de aanbestedende overheid en de activiteiten in het kader van de voorliggende opdracht, welke band zij hoofdzakelijk lijkt af te leiden uit de beschrijving van de taken van de DAB Vloot en het voorwerp van de in het geding zijnde opdracht. In artikel 4 van het voormelde besluit van de Vlaamse regering van 7 oktober 2005 wordt, wat de taken van het agentschap betreft, immers uitdrukkelijk een onderscheid gemaakt tussen enerzijds, de onder artikel 4, § 1, 1°, a) tot g), vermelde taken voor de maritieme dienstverlening, waaronder het veilig loodsen en beloodsen van schepen, het ter beschikking stellen van bemande en bedrijfsklare vaartuigen en het exploiteren van veren, en, anderzijds, de onder artikel 4, § 1, 5°, vermelde, en pas bij besluit van de Vlaamse regering van 16 oktober 2020 'tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 7 oktober 2005 tot oprichting van het intern verzelfstandigd agentschap zonder rechtspersoonlijkheid Agentschap voor Maritieme Dienstverlening en Kust, wat betreft de toewijzing van de exploitatie van de personenmobiliteit over water' toegewezen taak wat het optreden als exploitant voor het openbaar personenvervoer over water betreft, als vermeld in artikel 34/1 van het decreet van 26 april 2019 'betreffende de basisbereikbaarheid'. Uit de selectieleidraad blijkt dat MDK, wat deze laatste taak betreft, pas met ingang van 1 januari 2021 alle rechten en plichten als

opdrachtgever in het kader van de lopende overheidsopdracht voor de exploitatie van De Waterbus heeft overgenomen.

Overeenkomstig artikel 10 van hetzelfde besluit van 7 oktober 2005 zijn de DAB Vloot en de DAB Loodswezen belast met de uitoefening van de taken vermeld in artikel 4, § 1, 1°, a), en d) tot g). De activiteiten die V.D. als waarnemend hoofd van de DAB Vloot en de DAB Loodswezen heeft uitgevoerd, lijken op het eerste gezicht dan ook verband te houden met de voormelde taken voor de maritieme dienstverlening, en niet met de activiteit inzake het openbaar personenvervoer over water die het voorwerp van de voorliggende opdracht uitmaakt.

Ook de briefwisseling die de verzoekende partij nog voorlegt aangaande het operationeel overleg tussen de verzoekende partij en MDK in het kader van de lopende opdracht lijkt niet van aard om anders te oordelen. Naast de vaststelling dat V.D. nergens in deze briefwisseling wordt vermeld, lijkt uit het enkele feit dat bepaalde personeelsleden van de DAB Vloot omwille van vereiste afspraken in het kader van de uitoefening van de haar toegewezen taken soms bij dit overleg werden betrokken, niet te kunnen worden afgeleid dat er een verband bestaat tussen de vroegere activiteiten die V.D. heeft uitgevoerd voor de aanbestedende overheid en de activiteiten in het kader van de voorliggende opdracht.

Daarbij komt nog dat de termijn van twee jaar weliswaar nog niet was verstreken op het ogenblik van het indienen van de aanvraag tot deelneming, maar wel op het ogenblik van de indiening van de definitieve offerte.

11. De verzoekende partij lijkt voorts eraan voorbij te gaan dat de selectieleidraad weliswaar uitdrukkelijk bepaalt dat de verplichte uitsluitingsgronden ook van toepassing zijn in hoofde van personen die lid zijn van een bestuurs-, leidinggevend of toezichthoudend orgaan van de kandidaat of daarin een vertegenwoordigings-, beslissings- of controlebevoegdheid hebben, doch dat de opdrachtdocumenten op het eerste gezicht geen andersluidende bepaling in de zin van het voormelde artikel 69, vierde lid, van de wet

overheidsopdrachten 2016 bevatten waarbij dergelijk nazicht wordt opgelegd aan de aanbestedende overheid wat de facultatieve uitsluitingsgronden betreft.

12. In het licht van het voorgaande kan op het eerste gezicht evenmin worden aangenomen dat de verwerende partij had moeten vaststellen dat de gekozen inschrijver zich in ernstige mate schuldig zou hebben gemaakt aan valse verklaringen bij het invullen van het UEA en zich bevond in de facultatieve uitsluitingsgrond vervat in artikel 69, eerste lid, 8°, van de wet overheidsopdrachten 2016.

13. De verzoekende partij verwijst daarnaast nog naar artikel 5 van de wet overheidsopdrachten 2016 waaruit volgens haar volgt dat wanneer een ondernemer handelingen stelt die de normale mededingingsvoorwaarden kunnen vertekenen, de aanbesteder gehouden is de aanvraag tot deelneming en de offertes van deze ondernemer te weren, doch zonder dat zij deze bewering nader concretiseert en aannemelijk maakt dat er aanleiding was om toepassing te maken van artikel 5, § 2, 1°, van de wet overheidsopdrachten 2016. Evenmin maakt zij in het licht van het voorgaande aannemelijk dat de aanbestedende overheid te dezen over voldoende plausibele aanwijzingen beschikte om te besluiten dat de kandidaat of inschrijver handelingen zou hebben gesteld, overeenkomsten zou hebben gesloten of afspraken zou hebben gemaakt, die gericht zijn op vervalsing van de mededinging in de zin van artikel 5, § 1, tweede lid, en op grond waarvan de aanbestedende overheid tot het bestaan van een facultatieve uitsluitingsgrond in de zin van artikel 69, eerste lid, 4°, van de wet overheidsopdrachten 2016 had moeten besluiten.

14. Indien uit het administratief dossier blijkt dat wel degelijk is nagegaan of de inschrijvers zich niet in een toestand van uitsluiting bevinden en dat er daarbij geen bijzondere problemen zijn gerezen, lijkt de formele motiveringsplicht niet te vereisen dat dit onderzoek *in extenso* wordt weergegeven in de bestreden beslissing. Het volstaat vanuit het oogpunt van de op de aanbestedende overheid rustende plicht om haar beslissing met redenen te omkleden, dat uit die beslissing blijkt – of minstens kan worden afgeleid – dat is nagegaan of de inschrijvers zich niet bevinden in een toestand van uitsluiting.

Te dezen blijkt uit het administratief dossier dat reeds in het selectieverslag, dat in de selectiebeslissing wordt bijgevalen, werd vastgesteld dat voor beide geselecteerde kandidaten geen enkele uitsluitingsgrond van toepassing is.

Uit het gunningsverslag, dat in de bestreden gunningsbeslissing wordt bijgevalen, blijkt dat de verwerende partij de uitsluitingsgronden nogmaals heeft onderzocht in hoofde van de best gerangschikte inschrijver en heeft besloten dat de gekozen inschrijver niet valt onder een uitsluitingsgrond. Daarbij wordt ook vastgesteld dat de verklaring van de gekozen inschrijver dat hij niet valt onder een van de uitsluitingsgronden, waaronder de facultatieve uitsluitingsgronden, correct is.

De verzoekende partij toont niet aan dat, indien de aanbestedende overheid van oordeel is dat de gekozen inschrijver zich niet in een toestand van uitsluiting bevond, de formele motiveringsplicht vereist dat meer wordt toegelicht dan te dezen reeds is gedaan in het gunningsverslag.

15. Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

16. In een tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 4, eerste lid, en 66, § 1, 2°, van de wet overheidsopdrachten 2016, de artikelen 4, 8°, en 5, 9°, van de rechtsbeschermingswet *juncto* de artikelen 2 en 3 van de motiveringswet, de materiële motiveringsplicht, de formele motiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel en het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*.

Zij acht deze bepalingen en beginselen geschonden:

“doordat de verwerende partij met de bestreden beslissing de opdracht aan de gekozen inschrijver heeft gegund en bijgevolg heeft geoordeeld dat de

gekozen inschrijver voldoet aan bepaalde selectiecriteria, waaronder de gevraagde referentie in het kader van de technische en beroepsbekwaamheid, en bijgevolg de gekozen inschrijver geselecteerd heeft;

terwijl verwerende partij de gekozen inschrijver niet mocht selecteren aangezien deze niet over de vereiste referentie zoals omschreven in de selectieleidraad beschikt; dat verwerende partij, ondanks haar beoordelingsvrijheid ter zake wat betreft de beoordeling van selectiecriteria waaronder referenties, gehouden is haar eigen opdrachtdocumenten te respecteren en bijgevolg geen kandidaten mag selecteren die geen referentie voorleggen die voldoet aan de in de opdrachtdocumenten gegeven omschrijving; dat niet is gemotiveerd waarom en hoe de gekozen inschrijver werd geselecteerd en naar het oordeel van de verwerende partij voldeed aan het betrokken selectie criterium; dat er in het licht van de materiële motiveringsplicht *de jure* en *de facto* geen correcte, objectieve en draagkrachtige motieven voorhanden zijn om de gekozen inschrijver te selecteren.”

In de toelichting bij haar middel betoogt de verzoekende partij dat de formele motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel zijn geschonden, nu er inzake de selectiecriteria in het gunningsverslag of in de gunningsbeslissing niets wordt gemotiveerd, zodat niet kan worden uitgesloten dat de verwerende partij geen onderzoek heeft gevoerd naar de selectiecriteria, onder meer wat de gevraagde referentie betreft, en zij niet weet wat de verwerende partij ter zake al dan niet heeft onderzocht en beslist en welke beweegredenen daaraan wel of niet ten grondslag liggen. Zij licht toe dat zij als huidige opdrachtnemer evident over de gevraagde referentie beschikt en deze ook heeft uitgewerkt in haar aanvraag tot deelneming, maar dat wat de gekozen inschrijver betreft, zij enkel uit de gunningsbeslissing kan afleiden dat deze is geselecteerd.

Zij benadrukt voorts dat de motivering inzake het voldoen aan de selectiecriteria weliswaar in beginsel beknopt mag zijn, maar dat wanneer de aanbestedende overheid bij de beoordeling van de referenties geconfronteerd wordt met een bepaald probleem, zoals met een referentie die op het eerste gezicht niet voldoet, een summiere motivering niet volstaat vanuit het oogpunt van de formele motiveringsplicht.

In elk geval kan de gekozen inschrijver volgens de verzoekende partij niet over de vereiste referentie beschikken waardoor tevens de materiële motiveringsplicht is geschonden.

Zij licht toe dat de kernactiviteit van de cv Brabo Havenloodsen en Bootlieden bestaat in het beloodsen en laten aanmeren van inkomende zeeschepen, naast de organisatie van de opleiding van loodsen en bootlieden en enkele aanvullende diensten. Wat de nv XO Boating Belgium betreft, die overigens slechts drie jaar geleden werd opgericht, stelt zij vast dat deze verkoper en verhuurder is van pleziervaartuigen, in dat verband privé-events organiseert en mogelijks wel ervaring heeft op het vlak van personenvervoer over het water, maar dit kennelijk schepen betreft waarop zich maximum zes personen kunnen bevinden. Dit is volgens haar volstrekt niet identiek of vergelijkbaar met de zeer intensieve operatie onder hoge druk die de verzoekende partij thans uitvoert, zijnde een “openbaar vervoer over water”-netwerk van meerdere lijndiensten in Antwerpen die passagiers over de Schelde vervoert, gedurende 365 dagen per jaar “van 13 tot 18 u per dag met permanent 8 waterbus vaartuigen en met een capaciteit van tussen de 125 en 248 passagiers” en “201.327 afmeermomenten op jaarbasis”.

Ook op het vlak van veiligheid is er een groot verschil, stelt zij nog. Zo is het pakket aan vereiste certificaten voor de schepen en voor het varende personeel alsook de ervaring met het varen van waterbussen volgens de verzoekende partij op geen enkele manier te vergelijken met de vereisten voortvloeiend uit de regelgeving rond het varen met een type watertaxi waaraan enkel lichte eisen worden gesteld. In principe mag volgens haar “iedereen met een klein vaarbewijs met een watertaxi varen en dus binnen de voorziene capaciteit van zo’n watertaxi mensen vervoeren”, wat van een totaal andere orde is dan “een snelle en grote waterbus op de Schelde”.

Uit de berichten in de media leidt de verzoekende partij af dat de nv XO Boating Belgium verwijst naar de zogenoemde “Waterlimo”. Ook ten aanzien van dit project stelt zij vast dat het geen referentieproject betreft dat qua type identiek of vergelijkbaar is met de voorliggende opdracht. Binnen de “Waterlimo” worden volgens de verzoekende partij immers ook schepen

gehanteerd die maximum 6 personen kunnen vervoeren en geenszins tussen 125 en 248 personen zoals bij De Waterbus.

Zij besluit dat de gekozen inschrijver niet mocht worden geselecteerd.

Beoordeling

17. Overeenkomstig artikel 66, § 1, eerste lid, 2°, 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 dient de aanbestedende overheid deze voorwaarden te beperken tot die welke kunnen garanderen dat een kandidaat of inschrijver over de technische bekwaamheden en beroepsbekwaamheden beschikt om de te gunnen opdracht uit te voeren, en houden alle voorwaarden verband met en staan ze in verhouding tot het voorwerp van de opdracht.

Het komt in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid toe om de geschiktheid van een inschrijver om de opdracht zoals omschreven in het bestek te volbrengen, te beoordelen. Daarbij dient zij de regels die zij zelf heeft vastgesteld in de opdrachtdocumenten te respecteren. Wanneer niet is voldaan aan de gestelde minimumeisen inzake selectie mag de aanbestedende overheid de betrokken inschrijver niet selecteren, op straffe van haar eigen opdrachtdocumenten te schenden.

18. Met betrekking tot de selectiecriteria wordt in de selectieleidraad onder meer vereist dat de kandidaat zijn technische en beroepsbekwaamheid bewijst aan de hand van minimaal één referentie inzake gerealiseerde en/of geëxploiteerde projecten betreffende de inrichting en exploitatie van personenvervoer over het water, die qua type identiek of vergelijkbaar zijn met de gevraagde diensten.

19. Uit het administratief dossier lijkt op het eerste gezicht te mogen worden afgeleid dat er niet zomaar over de selectiefase van de plaatsingsprocedure werd heengestapt en dat er wel degelijk een inhoudelijk onderzoek van de aanvragen tot deelneming heeft plaatsgevonden.

Zoals blijkt uit het selectieverslag, dat in de selectiebeslissing wordt bijvallen, heeft de verwerende partij daarbij vastgesteld dat de beide kandidaten voldoen aan de kwalitatieve selectiecriteria.

Daarbij wordt in het selectieverslag ook opgemerkt dat de gekozen inschrijver voor het selectie criterium inzake de technische en beroepsbekwaamheid, meer bepaald met betrekking tot de vereiste referentieprojecten inzake personenvervoer over het water, een beroep doet op de draagkracht van drie andere entiteiten, waaronder de bv Rederij Flandria.

Het selectieverslag besluit dienaangaande:

“Referentieprojecten inzake personenvervoer over water (Technische en beroepsbekwaamheid):

- Aqualiner BV, OK
- Brabo - XO: OK.”

Ook het gunningsverslag dat in de bestreden gunningsbeslissing wordt bijgevalen, verwijst naar de eerdere selectie van de beide kandidaten.

In zoverre in het middel wordt aangevoerd dat de verwerende partij geen onderzoek zou hebben gevoerd naar de selectiecriteria, onder meer wat de gevraagde referentie betreft, mist het dan ook feitelijke grondslag.

20. Wat de aangevoerde schending van de materiële motiveringsplicht betreft, voert de verzoekende partij in essentie aan dat de gekozen inschrijver in elk geval niet over de vereiste referentie kan beschikken aangezien eventuele referenties die door de cv Brabo Havenloodsen en Bootlieden en de nv XO Boating Belgium werden aangebracht volgens haar

geenszins als “een qua type identieke of vergelijkbare referentie” zouden kunnen worden beschouwd.

Zoals blijkt uit het selectieverslag heeft de gekozen inschrijver met betrekking tot de vereiste referentie inzake personenvervoer over het water evenwel een beroep gedaan op de draagkracht van drie andere entiteiten, waaronder de bv Rederij Flandria. Uit de aanvraag tot deelneming van de gekozen inschrijver, neergelegd als vertrouwelijk stuk maar waarop de Raad van State vermag acht te slaan, blijkt dat de gekozen inschrijver niet alleen referenties heeft bijgevoegd in hoofde van elk van de beide leden van de combinatie, maar daarnaast ook een afzonderlijke referentielijst heeft toegevoegd inzake de onderaannemers op wiens draagkracht een beroep wordt gedaan.

Uit de referentielijst gevoegd als bijlage bij de aanvraag tot deelneming blijkt dat, waar de verzoekende partij doet gelden dat de gekozen inschrijver niet zou beschikken over ervaring inzake schepen met een capaciteit die vergelijkbaar is met hetgeen nodig is om de huidige opdracht uit te voeren, haar grief feitelijke grondslag lijkt te missen. Uit de opgegeven referenties blijkt immers dat, middels het beroep op derden, de gekozen inschrijver beschikt over ervaring wat het personenvervoer over het water betreft inzake schepen met een capaciteit tot 250 personen. Uit de specifieke vaarroutes die voor deze schepen worden opgegeven, blijkt voorts op het eerste gezicht niet dat die vaarroutes niet als vergelijkbaar met de huidige opdracht zouden kunnen worden beschouwd. Het gegeven dat het mogelijk is om tijdens de vaart pannenkoeken te nuttigen, zoals aangevoerd door de verzoekende partij, lijkt ten slotte niet te verhinderen dat de betrokken referenties vallen onder de omschrijving “personenvervoer over het water”.

21. Door het aanvaarden van deze referenties lijkt de verwerende partij op het eerste gezicht haar eigen opdrachtdocumenten niet te hebben miskend.

Het selectie criterium lijkt te peilen naar de bekwaamheid van de inschrijver inzake de operationalisering van personenvervoer over het water, waarbij minimaal één referentie werd gevraagd.

De omstandigheid dat een referentie “inzake gerealiseerde en/of geëxploiteerde projecten betreffende de inrichting en exploitatie van personenvervoer over het water, die qua type identiek of vergelijkbaar zijn met de gevraagde diensten” wordt gevraagd, doet op het eerste gezicht niet besluiten dat enkel referenties inzake gereguleerd personenvervoer over het water of inzake dezelfde grootteorde, meer bepaald boten met eenzelfde capaciteit wat het aantal passagiers betreft als de lopende opdracht, konden worden opgegeven.

De verwerende partij maakt op het eerste gezicht aannemelijk dat haar interpretatie van het – door haar gestelde – selectiecriterium ook logisch is in het licht van haar doelstelling om voor de voorliggende overheidsopdracht een effectieve en eerlijke mededinging te garanderen. Uit de voorafgaande marktbevraging was immers gebleken dat de interesse van de markt voor de opdracht beperkt was nu slechts één onderneming daaraan blijkt te hebben deelgenomen.

Dat wat de aangebrachte referenties betreft ook bepaalde verschillen op het vlak van veiligheid en vereiste certificaten kunnen worden aanvaard, lijkt voorts aannemelijk in het licht van de randvoorwaarden van de opdracht. Die voorzien erin dat het huidige materieel ter uitvoering van het personenvervoer op het water, waaronder de schepen, wordt overgenomen door de opdrachtnemer en dat de opdrachtnemer er rekening mee dient te houden dat werkzame personeelsleden ten behoeve van de lopende opdracht overgaan naar de nieuwe exploitant tegen de lopende voorwaarden.

Op het eerste gezicht maakt de verzoekende partij bijgevolg niet aannemelijk dat de verwerende partij, door te besluiten dat de door de gekozen inschrijver voorgelegde referenties voldoen aan het voormelde selectievereiste zoals opgenomen in punt III.5 van de selectieleidraad, haar eigen opdrachtdocumenten heeft geschonden.

22. Anders dan de verzoekende partij het ziet, lijkt de formele neerslag in het selectieverslag van het nazicht van de selectiecriteria, wanneer er, zoals te dezen, volgens de aanbestedende overheid geen probleem rijst, wel

degelijk te volstaan. De formele motiveringsplicht lijkt niet te vereisen dat dit onderzoek *in extenso* wordt weergegeven, indien uit het administratief dossier blijkt dat de kandidaten wel degelijk werden getoetst aan de selectiecriteria en dat er daarbij geen bijzondere problemen zijn gerezen.

In zoverre de verzoekende partij in haar verzoekschrift en ter zitting verwijst naar het volledig ontbreken in de bestreden gunningsbeslissing en het gunningsverslag van enige motivering omtrent de selectie, lijkt zij eraan voorbij te gaan dat de voorliggende procedure een eerste fase met de indiening van aanvragen tot deelneming omvat, die geleid heeft tot een selectiebeslissing en bijbehorend selectieverslag.

Wel is het zo dat de verzoekende partij als geselecteerde kandidaat blijkbaar pas in het kader van het voorliggende beroep naar aanleiding van de neerlegging van het administratief dossier kennis heeft genomen van de inhoud van de selectiebeslissing en het selectieverslag. In tegenstelling tot hetgeen de verzoekende partij ter terechtzitting aanvoert, heeft dit gegeven, dat op het eerste gezicht verklaard wordt door het feit dat artikel 7 van de rechtsbeschermingswet ter zake niet in een mededelingsverplichting aan de geselecteerde kandidaten voorziet, evenwel niet tot gevolg dat de reeds in de selectiebeslissing en het selectieverslag opgenomen motivering als een ontoelaatbare motivering *post factum* zou kunnen worden aangemerkt. Zij heeft over de motivering inzake selectie ook debat kunnen voeren ter terechtzitting.

23. Het tweede middel is niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

24. In een derde middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 4, eerste lid, en 84 van de wet overheidsopdrachten 2016, de artikelen 35 en 36 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, de artikelen 4, 8°, en 5, 9°, van de rechtsbeschermingswet *juncto* de artikelen 2 en 3 van de

motiveringswet, de materiële motiveringsplicht, de formele motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel.

Zij acht deze bepalingen en beginselen geschonden:

“doordat de verwerende partij met de bestreden beslissing de offerte van de gekozen inschrijver regelmatig heeft verklaard en de opdracht aan de gekozen inschrijver heeft gegund; terwijl verwerende partij de offerte van de gekozen inschrijver had moeten weren als substantieel onregelmatig wegens een abnormaal lage totaalprijs; dat verwerende partij minstens overeenkomstig artikel 36 KB 18 april 2017 plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren een prijsverantwoording inzake de totaalprijs van de gekozen inschrijver had moeten vragen; dat verwerende partij minstens geen zorgvuldig prijs- en kostenonderzoek heeft gevoerd gelet op het significante prijsverschil tussen de offerte van de verzoekende partij, de huidige dienstverlener, en de offerte van de gekozen inschrijver; dat niet is gemotiveerd waarom er volgens verwerende partij geen sprake is van een abnormaal lage totaalprijs inzake de offerte van de gekozen inschrijver en waarom zij geen prijsverantwoording aan de gekozen inschrijver heeft gevraagd.”

In de toelichting bij het middel zet de verzoekende partij uiteen dat er een substantieel prijsverschil bestaat tussen de offerte van de verzoekende partij en de tussenkomende partijen. Zij benadrukt dat de prijs die door de tussenkomende partijen wordt geboden slechts 20 % hoger ligt dan de prijs die de verzoekende partij in 2017, zes jaar eerder, heeft geboden. Dit toont volgens de verzoekende partij reeds aan dat de prijsbieding van de tussenkomende partijen volstrekt onrealistisch is aangezien de verschillende kostencomponenten waaruit de kost per DRU is opgebouwd (brandstof, loonkosten, rentelasten, onderhoudskosten, etc.) inmiddels significant gestegen zijn.

Aangezien de tussenkomende partijen een substantieel lagere prijs bieden dan de zittende dienstverlener, had de verwerende partij hieromtrent een bijzonder nauwkeurig onderzoek moeten voeren om te achterhalen of er geen sprake is van een abnormale prijszetting in hoofde van de tussenkomende partijen.

De verzoekende partij merkt op dat uit de beknopte motivering inzake het prijsonderzoek in het gunningsverslag begrepen kan worden dat er

volgens de verwerende partij geen probleem rijst. Volgens de verzoekende partij betreft het echter een loutere stijlformulering en had de verwerende partij meer uitgebreid en concreet moeten motiveren waarom er in de gegeven omstandigheden naar haar oordeel geen sprake was van een abnormaal lage prijs. Minstens moet één en ander blijken uit het administratief dossier, waarop de verzoekende partij evenwel geen zicht heeft.

Beoordeling

25. In het algemeen prijsonderzoek bedoeld in artikel 35 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 moet de aanbestedende overheid nagaan of de in de offertes aangeboden prijzen abnormaal lijken, met andere woorden of de ingediende offertes een aanwijzing bevatten dat deze abnormaal zouden kunnen zijn. Dat kan met name het geval zijn wanneer de in een offerte aangeboden prijs aanmerkelijk hoger of lager is dan de prijs van de andere offertes of dan de gebruikelijke marktprijs.

De aanbestedende overheid beschikt in het kader van het algemeen prijsonderzoek als bedoeld in artikel 35 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 over een beoordelingsruimte om al dan niet over te gaan tot een bijzonder onderzoek naar abnormale prijzen, als bedoeld in artikel 36 van het voornoemde besluit.

De Raad van State mag, gesteld voor de toetsing van de beoordeling van de motieven van een aanbestedende overheid om prijzen al dan niet als abnormaal te beschouwen en om al dan niet een prijsverantwoording te vragen, zijn eigen beoordeling niet in de plaats stellen van die van het bestuur. Het komt aan de Raad van State enkel toe om desgevraagd na te gaan of de betrokken motieven van dat onderzoek naar behoren zijn bewezen en of de beoordeling van het bestuur met de vereiste zorgvuldigheid en binnen de perken van de redelijkheid is geschied.

In dit verband herinnert de Raad van State eraan dat indien een aanbestedende overheid in het kader van het algemeen prijs- en kostenonderzoek met toepassing van artikel 84 van de wet overheidsopdrachten 2016 en artikel 35

van het koninklijk besluit plaatsing 2017 tot de vaststelling komt dat er geen abnormale prijzen zijn, de formele motiveringsplicht niet vereist dat dit onderzoek *in extenso* wordt weergegeven in het gunningsverslag of in de bestreden beslissing.

Op grond van de materiële motiveringsplicht moet echter wel uit het administratief dossier blijken dat de aanbestedende overheid een algemeen prijs- en kostenonderzoek heeft gevoerd, onder meer dat zij de prijzen van elke offerte op zorgvuldige wijze heeft nagekeken. De motieven op grond waarvan zij alsdan van oordeel is dat de aangeboden prijzen niet abnormaal zijn, dienen uit het dossier te blijken.

26. Te dezen vermeldt het gunningsverslag dat de ingediende definitieve offertes, overeenkomstig artikel 35 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, zijn onderworpen aan een prijs- of kostenonderzoek. Het gunningsverslag vermeldt tevens dat uit het prijs- of kostenonderzoek blijkt dat er geen prijzen of kosten worden aangeboden die abnormaal laag of hoog lijken zodat geen van de inschrijvers onderworpen wordt aan een nadere prijs- of kostenbevraging.

Dat de aanbestedende overheid een algemeen prijs- en kostenonderzoek heeft gevoerd met betrekking tot de ingediende definitieve offertes, vindt ook bevestiging in de vertrouwelijke stukken van het administratief dossier, die de Raad van State bij zijn onderzoek mag betrekken. Zo bevatten die stukken een ‘Financiële analyse prijsoffertes Aqualiner B.V. en Brabo-XO’, waaruit blijkt dat de verwerende partij zowel de initiële als de definitieve offertes heeft onderworpen aan een prijs- en kostenonderzoek waarin de zogenaamde DRU-prijzen worden betrokken.

In zoverre de verzoekende partij aanvoert dat er geen prijsonderzoek zou zijn gevoerd, lijkt het middel aldus feitelijke grondslag te missen.

27. De verzoekende partij voert voorts aan dat de verwerende partij minstens geen zorgvuldig prijs- en kostenonderzoek heeft gevoerd, gelet op het

significante prijsverschil tussen de offerte van de verzoekende partij, de huidige dienstverlener, en de offerte van de gekozen inschrijver. Zij stipt daarbij aan dat de prijs die door de tussenkomenende partijen wordt geboden slechts 20 % hoger ligt dan de prijs die de verzoekende partij in 2017 heeft geboden, terwijl de kostencomponenten significant zouden zijn gestegen.

Met de verwerende partij en de tussenkomenende partijen wordt op het eerste gezicht aangenomen dat dit gegeven niet noopt tot de vaststelling dat er sprake is van een schijnbaar abnormale prijs aangezien de verzoekende partij de enige inschrijver was bij de vorige procedure, de prijs van de tussenkomenende partijen alsnog 20 % hoger ligt en het gaat om verschillende plaatsingsprocedures met verschillende opdrachtdocumenten waarbij onder meer de overname van de bestaande schepen in het kader van de voorliggende opdracht een lagere kost lijkt te impliceren.

Uit de voormelde financiële analyse blijkt bovendien dat de prijsopbouw van de offertes op systematische wijze werd onderzocht, waarbij de offertes ook ten opzichte van elkaar werden vergeleken. Met de verwerende partij lijkt op het eerste gezicht te kunnen worden aangenomen dat aan het verschil in prijs bijzondere aandacht is besteed en dat de verwerende partij niet zonder meer over dit verschil is heengestapt. Daarbij blijken in de voormelde financiële analyse ook een aantal verklaringen voor het prijsverschil te worden geboden, zoals de keuze van de verzoekende partij om een duurder leasingconcept te hanteren.

Daarenboven blijkt uit de vertrouwelijke stukken van het administratief dossier dat de Inspectie van Financiën een advies heeft uitgebracht waarin werd vastgesteld dat de raming niet significant afwijkt van de offerte van de gekozen inschrijver.

28. De Raad van State neemt vooralsnog dan ook aan dat de verwerende partij een zorgvuldig prijsonderzoek heeft gevoerd, waarvan de neerslag is terug te vinden in het gunningsverslag, dat in de bestreden beslissing wordt bijgevalen, en in het administratief dossier. Nu de verwerende partij tot de conclusie kwam dat de tussenkomenende partijen geen abnormaal lijkende prijs

aanboden, diende zij geen ruimere formele motivering in de bestreden beslissing zelf op te nemen. De door de verzoekende partij aangehaalde bepalingen en beginselen lijken derhalve niet te zijn geschonden.

29. Het derde middel is niet ernstig.

VII. Besluit

30. Geen van de middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt dan ook verworpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de cv Brabo Havenloodsen en Bootlieden en de nv XO Boating Belgium 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 200 euro, een bijdrage van 24 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 770 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

De tussenkomende partijen worden verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op een rolrecht van 300 euro, elk voor de helft.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op elf januari tweeduizend vierentwintig,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Inge Vos,	staatsraad, waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Inge Vos