

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 258.676 van 2 februari 2024
in de zaak A. 240.876/XII-9448**

In zake: 1. de NV TERRA ENGINEERING & CONSULTANCY
2. de BV 360 SURVEY
samen vormend een tijdelijke maatschap
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Rika Heijse
kantoor houdend te 9052 Gent
Dorpsstraat 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Veerle Tollenaere
kantoor houdend te 9000 Gent
Koning Albertlaan 128
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 3 januari 2024, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van :

- “- de beslissing van ongekende datum van het Vlaamse Gewest, intern verzelfstandigd Agentschap Onroerend Erfgoed, meegedeeld bij mail van 19 december 2023, om de offerte van de tijdelijke maatschap ‘Terra Engineering & Consultancy – 360Survey bv’ voor de raamovereenkomst voor geofysisch bodemonderzoek op diverse sites in Vlaanderen (2023-2027) onregelmatig te bevinden en te weren op grond van niet-selectie;
- de beslissing van ongekende datum van het Vlaamse Gewest, intern verzelfstandigd Agentschap Onroerend Erfgoed, houdende de gunning van de raamovereenkomst voor geofysisch bodemonderzoek op diverse sites in Vlaanderen (2023-2027) aan een niet nader gekende inschrijver;

- de impliciete beslissing van ongeken­de datum van het Vlaamse Gewest, intern ver­zelfstandigd Agentschap Onroerend Erfgoed, om de raamovereenkomst voor geofysisch bodemonderzoek op diverse sites in Vlaanderen (2023-2027) niet aan de tijdelijke maatschap ‘Terra Engineering & Consultancy – 360Survey bv’ te gunnen”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terecht­zitting, die heeft plaatsgevonden op 23 januari 2024.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Rika Heijse, die verschijnt voor de verzoekende partijen, en advocaat Sander Kaïret, die *loco* advocaat Veerle Tollenaere verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelings­hoofd Ann Eylenbosch heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht voor diensten uit met als voorwerp ‘Raamovereenkomst voor geofysisch bodemonderzoek op diverse sites in Vlaanderen (2023-2026)’. De eerste procedure, bekendgemaakt op 2 juni 2023, wordt na een negatief advies van de inspectie van Financiën stopgezet.

De verwerende partij schrijft opnieuw een overheidsopdracht voor diensten uit met als voorwerp ‘Raamovereenkomst voor geofysisch bodemonderzoek op diverse sites in Vlaanderen (2023-2027)’, met een gewijzigd bestek.

Het betreft een raamovereenkomst die wordt gegund aan en gesloten met één dienstverlener voor een looptijd van twee jaar, verlengbaar met twee jaar.

De opdracht wordt nationaal bekendgemaakt.

Er wordt gekozen voor de vereenvoudigde onderhandelings-procedure met voorafgaande bekendmaking.

3.2. In het bestek dat op de opdracht van toepassing is, wordt het voorwerp van de opdracht nader omschreven als volgt:

“De opdrachten bestaan uit het uitvoeren en interpreteren van geofysisch bodemonderzoek met de bedoeling inzicht te verwerven in de staat en de aard van het ondergronds aanwezige bodemarchief. Het gaat om diverse onderzoeksprojecten op diverse locaties in Vlaanderen waarbij ook gebruik gemaakt wordt van de diverse geofysische prospectietechnieken die momenteel beschikbaar zijn. Het gaat zowel om terreinen gelegen in landelijk gebied met weinig of geen gebouwen als om zones binnen meer verstedelijkte [gebieden] met gebouwen in de onmiddellijke omgeving.”

Met betrekking tot de selectie van de inschrijvers wordt in deel II, punt A.1.2 ‘Selectiecriteria (art. 71 Wet, art. 65-69 en 70-71 KB Plaatsing)’ van het bestek het volgende bepaald:

“De inschrijver dient te voldoen aan onderstaande selectiecriteria.

Geschiktheid om de beroepsactiviteit uit te oefenen:

De vereisten met betrekking tot de geschiktheid om de beroepsactiviteit uit te oefenen zijn:

- aantoonbare ervaring met geofysisch bodemonderzoek
- minstens 2 jaar actief zijn in de sector van geofysisch bodemonderzoek

De inschrijver bewijst zijn geschiktheid om de beroepsactiviteit uit te oefenen aan de hand van een portfolio van gerealiseerde projecten.

Technische en beroepsbekwaamheid:

De minimale vereisten qua technische en beroepsbekwaamheid zijn:

- minstens de vier gevraagde geofysische bodemprospectietechnieken kunnen toepassen: met name magnetometrie, weerstandsmeting, GPR en electromagnetische inductie (EMI).

De inschrijver bewijst zijn technische en beroepsbekwaamheid aan de hand van een portfolio van gerealiseerde projecten waarbij van de vier verschillende technieken werd gebruik gemaakt.

Bijkomend wordt elke inschrijver die niet voor alle gevraagde elementen prijsopgave aanlevert uitgesloten van verdere deelneming.

De inschrijver dient de vereiste bewijsstukken toe te voegen aan de offerte zoals hierboven aangegeven.”

In deel II, punt A.5 ‘Gunningscriteria’ wordt het volgende bepaald:

“De gunningscriteria zijn, samen met het hen toegekende gewicht

- De tarifiering, opgesplitst in terreinwerk met basis-interpretatie en data-oplevering en -archivering en uitgebreide archeologische rapportering en data-oplevering en -archivering (60 punten)
- De samenstelling en deskundigheid van het team aangetoond door voorlegging van CV’s en gelijkaardige referenties. (30 punten)
- De kwaliteit van de visie op de opdracht. (10 punten).”

Voorts zijn nog de volgende technische voorschriften uit deel III van het bestek in deze zaak relevant:

“Er worden van de opdrachtnemer volgende onderzoeken/analyses verwacht:

Geofysisch onderzoek

Het raamakkoord betreft geofysisch onderzoek om het begraven of minder goed zichtbare cultuurland- en natuurlandschap van verschillende soorten archeologische sites in het Vlaamse Gewest te inventariseren. Hierbij dient de opdrachtnemer steeds gebruik te maken van een combinatie van technieken, naar gelang de omstandigheden en vraagstelling, zoals elektromagnetische inductie (EMI), magnetometrie (MAG), elektrische weerstandsmeting, grondradar,... Welke combinatie van technieken wordt gebruikt, en bij welke resolutie, wordt steeds gemotiveerd. In functie van rapportage wordt ook steeds via booronderzoek een verificatie uitgevoerd. De opdrachtnemers dienen de vier vermelde technieken (magnetometrie, weerstandsmeting, GPR en EMI) te kunnen aanbieden. Indien niet wordt de offerte niet in aanmerking genomen.”

3.3. Vijf ondernemingen dienen een offerte in, waaronder de verzoekende partij, zijnde een tijdelijke maatschap bestaande uit de nv Terra Engineering & Consultancy (hierna: TEC) en de bv 360 Survey.

Op 22 november 2023 wordt een gunningsverslag opgesteld door het agentschap Onroerend Erfgoed.

Onder punt A.2.4 ‘Besluit selectie’ wordt gesteld:

“Op volgende inschrijvers zijn er geen uitsluitingsgronden van toepassing en zij voldoen aan de selectiecriteria:

Naam inschrijver: [Z.]

Naam inschrijver: Universiteit Gent

Op volgende inschrijver is een uitsluitingsgrond van toepassing, zonder dat deze aanvaardbare corrigerende maatregelen doet gelden, en deze wordt daarom uitgesloten van deelname aan de plaatsingsprocedure:

Naam inschrijver: Niet van Toepassing

Volgende inschrijvers voldoen niet aan de selectiecriteria en worden daarom niet geselecteerd:

Naam inschrijver: [X.], deze inschrijver heeft beslist om geen prijsofferte te maken voor weerstandsmeting mobiel terwijl dit expliciet gevraagd is en vermeld is als uitsluitingsgrond.

Naam inschrijver: Terra Engineering & Consultancy: Het portfolio bevat geen project dat aantoonst dat elektrische weerstandsmeting is gebruikt, wat expliciet gevraagd is om de technische en beroepsbekwaamheid aan te tonen.

Naam inschrijver: [Y.], Het portfolio bevat geen project dat aantoonst dat elektrische weerstandsmeting is gebruikt, wat expliciet gevraagd is om de technische en beroepsbekwaamheid aan te duiden.”

In het gunningsverslag wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de Universiteit Gent.

3.4. De verwerende partij keurt op 15 december 2023 het gunningsverslag goed en beslist om de opdracht te gunnen aan de Universiteit Gent.

Dit is de bestreden beslissing.

Op 19 december 2023 worden de verzoekende partijen ervan in kennis gesteld dat “[hun] offerte voor bovenvermelde opdracht onregelmatig is

bevonden en geweerd werd”. Voornoemd citaat uit het gunningsverslag wordt opgenomen in de kennisgevingsbrief.

3.5. Met een e-mailbericht van 20 december 2023 vragen verzoekende partijen de beslissing te herzien:

“Ik contacteerde u als gevolg van uw onderstaand bericht, waarbij wij in kennis werden gesteld dat onze inschrijving onregelmatig bevonden en dus geweerd werd.

De reden die hiervoor wordt aangehaald is dat ons portfolio geen project aantoonde waarbij elektrische weerstandsmeting wordt gebruikt.

Wij willen vriendelijk aangeven dat we het niet eens zijn met deze uitsluiting.

In onze projectenlijst hebben we daadwerkelijk 5 projecten toegevoegd waarbij er weerstandsmeting werd toegepast. Op blz 31 van onze bijlage kan u deze lijst terugvinden. De projecten waarbij er weerstandsmeting werd toegepast, zijn aangeduid met ER (Electrical Resistivity). Misschien dat deze afkorting niet voldoende duidelijk was.

Wij vragen u dan ook vriendelijk om uw besluit te hernemen en ons alsnog mee op te nemen in de verdere beoordeling.”

Met een e-mailbericht van 22 december 2023 antwoordt verwerende partij als volgt:

“Dank voor uw bericht. [W]e hebben dit bekeken en moeten bevestigen dat de lijst waar u naar verwijst behoort bij het CV van de heer P. en niet kan beschouwd worden als het portfolio van Terra Engineering. De Heer P. is immers maar van in het voorjaar van 2023 in dienst bij Terra en de projecten uit die lijst zijn eigenlijk projecten die thuishoren in de portfolio van [X.] of van de Universiteit Gent vermits de heer P. in die periode bij [X.] of bij de Universiteit Gent (?) in dienst was. De projecten dateren uit 2013, 2016 en 2020.

Het onderdeel van de bijlage (die u met deze mail heb meegestuurd) tussen bladzijde 34 en volgende van de Pdf identificeren we wel als een portfolio (heet ook: Qualifications Projects) van projecten van Terra en daar ontbreken projecten die elektrische weerstandsmeting inzetten.”

IV. Vertrouwelijkheid van de stukken – administratief dossier

Standpunt van de partijen

5. De verzoekende partijen vragen ter terechtzitting kennis te kunnen nemen van het volledig gunningsverslag (met weergave van de totale offertebedragen) en de adviezen van de inspectie van Financiën, stukken die in het administratief dossier als vertrouwelijk zijn neergelegd. Zij vragen daarnaast dat de beslissing tot goedkeuring van het tweede bestek, genomen na de stopzetting van de eerste procedure, als bijkomend stuk aan het administratief dossier zou worden toegevoegd.

6. De verwerende partij verzoekt om alle stukken uit het administratief dossier waarbij wordt verwezen naar commerciële informatie als vertrouwelijke stukken te behandelen. Kennisname van dergelijke informatie door concurrentiële ondernemingen zou de positie van de inschrijvers kunnen schaden, aangezien deze ondernemingen alsdan op gedetailleerde wijze inzichten verwerven in de werking van de concurrerende onderneming. De gegevens zouden door de inschrijvers gebruikt kunnen worden om daarop hun eigen toekomstige offertes te steunen, waardoor de concurrentie tussen de ondernemingen wordt beïnvloed bij het inschrijven op toekomstige opdrachten.

Beoordeling

7. Te dezen kan worden vastgesteld dat de stukken waarvan de verwerende partij de vertrouwelijke behandeling vraagt afzonderlijk zijn neergelegd, dat de vertrouwelijkheid ervan uitdrukkelijk is aangegeven en vermeld in de inventaris en dat de motieven voor die vraag worden weergegeven. Er belet de Raad van State dus alvast op formeel vlak niets om in te gaan op de gevraagde vertrouwelijke behandeling.

8. Overeenkomstig artikel 26 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) komt het aan de Raad van State toe om het aangevoerde vertrouwelijk karakter van de betrokken stukken van het administratief dossier te beoordelen en daarbij de vereisten van een effectieve rechtsbescherming en een eerlijk proces af te wegen tegen die van de bescherming van het zakengeheim.

De Raad acht het niet raadzaam om reeds in de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid – en dus zonder diepgaand onderzoek – de vertrouwelijkheid te lichten van de als vertrouwelijk neergelegde stukken, aangezien niet kan worden uitgesloten dat deze stukken inderdaad gegevens bevatten die onder het zakengeheim vallen, zoals de verwerende partij stelt.

Voorts blijken de verzoekende partijen op het eerste gezicht niet te zijn gehinderd, bij het aanvoeren van middelen tegen de bestreden beslissing, door het feit dat deze stukken vertrouwelijk zijn gebleven. Er blijkt op het eerste gezicht aldus niet hoe de niet-inzage van de als vertrouwelijk neergelegde stukken, te dezen afbreuk zou doen aan hun recht op een eerlijk proces.

9. Hoe dan ook belet het vertrouwelijk karakter van de neergelegde stukken de Raad van State niet deze bij zijn beoordeling van de aangevoerde middelen te betrekken.

Zoals zal blijken bij de beoordeling van het enig middel, is het lichten van de vertrouwelijkheid van deze stukken niet noodzakelijk voor de oplossing van het geschil, evenmin als het toevoegen van de beslissing tot goedkeuring van het tweede bestek aan het dossier.

V. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

10. 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

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 het enig middel

Standpunt van de partijen

11. De verzoekende partijen voeren de schending aan van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, de artikelen 4, 5, § 1, 53 en 71 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, artikel 76, §§ 1 en 2, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), de materiële motiveringsplicht, het gelijkheidsbeginsel, het legaliteitsbeginsel (beginsel *patere legem quam ipse fecisti*) en het zorgvuldigheidsbeginsel,

“Doordat de bestreden beslissingen, enerzijds, de offerte van verzoekster[s] onregelmatig verklaren en anderzijds, de offerte niet selecteert, Terwijl de motieven op grond waarvan de offerte van verzoekster[s] onregelmatig wordt verklaard, dan wel niet geselecteerd wordt, (i) zonder feitelijke grondslag zijn, niet formeel gemotiveerd zijn en materieel niet draagkrachtig zijn, (ii) de bewoordingen van het bestek inzake de selectie-eisen en inzake de technische specificaties schenden, (iii) gesteund zijn op een interpretatie van de bestekeisen die de gelijkheid onder de inschrijvers schendt en het verbod op disproportionele selectie-eisen schendt, Zodat de bestreden beslissingen die genomen zijn met de hierboven aangehaalde schendingen van wetsbepalingen, onwettig zijn.”

Zij lichten toe dat het bestek, onder het selectiecriterium technische en beroepsbekwaamheid, vereist dat de inschrijver “minstens de vier gevraagde geofysische bodemprospectietechnieken moet kunnen toepassen: met name magnetometrie, weerstandsmeting, GPR en electromagnetische inductie

(EMI)” en in de technische voorschriften, inzake het geofysisch onderzoek vereist dat “de opdrachtnemers de vier vermelde technieken (magnetometrie, weerstandsmeting, GPR en EMI) dienen te kunnen aanbieden. Indien niet wordt de offerte niet in aanmerking genomen.” Zij stellen dat de motivering op grond waarvan hun offerte wordt geweerd, is gesteund op twee elementen: de offerte is onregelmatig en wordt geweerd (eerste onderdeel), en de offerte is niet geselecteerd omdat het portfolio geen project bevat dat aantoonde dat elektrische weerstandsmeting is gebruikt (tweede onderdeel).

12. Wat het tweede onderdeel van het middel betreft, stellen de verzoekende partijen dat de verwerende partij het selectie criterium ten onrechte zo interpreteert dat het bewijs moet worden geleverd aan de hand van eerder uitgevoerde projecten “op naam van de rechtspersoon van de inschrijver zelf”. Uit de toelichting in het e-mailbericht van 22 december 2023 blijkt dat de verwerende partij de eerdere projecten die de personeelsleden van TEC in het kader van hun tewerkstelling bij een andere werkgever uitvoerden, niet beschouwt als projecten op naam van TEC.

Volgens de verzoekende partijen schendt deze interpretatie van de betrokken bestekbepaling de aangehaalde bepalingen en beginselen, onder meer om de volgende redenen.

12.1. Vooreerst stellen de verzoekende partijen dat deze interpretatie, namelijk dat het voornoemde bewijs moet worden geleverd met een portfolio op naam van de rechtspersoon zelf, niet blijkt uit de bewoordingen van het bestek inzake de selectiecriteria. Uit het portfolio van de verzoekende partijen blijkt dat zij wel degelijk de vier gevraagde bodemprospectietechnieken kunnen toepassen. Het voorgestelde team geofysici heeft er ervaring mee, wat duidelijk blijkt uit het portfolio (bijlage 3 bij de offerte) en de cv’s van de archeologen (bijlage 5 bij de offerte). Bijgevolg ligt een schending voor van de materiële motiveringsplicht: de motivering is onzorgvuldig en schendt de eisen van het bestek.

12.2. Vervolgens stellen de verzoekende partijen dat deze interpretatie van de bestekbepaling ertoe leidt dat het doel van de specifieke selectie-eis wordt

ondergraven en zinloos wordt gemaakt, minstens dat deze interpretatie de gelijkheid onder de inschrijvers schendt en beoogt specifieke inschrijvers te bevoordelen.

Zij stellen dat de kwaliteit van de dienstverlening voor de onderhavige opdracht voornamelijk wordt bepaald door de bewerking en interpretatie van de opmetingen, wat een passende opleiding en vakkennis vereist die enkel door een fysieke persoon wordt verworven en niet door een rechtspersoon. Het materiaal om de elektrische weerstandsmeting te kunnen uitvoeren, wordt doorgaans gehuurd door de dienstverlener. Het is dus logisch dat de technische en beroepsbekwaamheid enkel moet worden aangetoond aan de hand van een portfolio waaruit de ervaring blijkt van de concrete teamleden die de bodemprospectie zullen verrichten. Het is zinledig om te beweren dat de studie- en beroepsbekwaamheid moet worden aangetoond aan de hand van projecten die door de onderneming als rechtspersoon in het verleden zijn uitgevoerd. Dat zou betekenen dat een onderneming die in het verleden met andere teamleden, die niet meer in dienst zijn, projecten heeft uitgevoerd, haar studie- en beroepsbekwaamheid zou kunnen aantonen, “terwijl [bijvoorbeeld] het concreet voorgestelde team totaal geen passende opleiding of geen ervaring in de gevraagde bodemprospectietechnieken zou hebben verworven”.

De gelijkheid onder de inschrijvers wordt hierdoor geschonden. Volgens de verzoekende partijen is er geen enkele redelijke verantwoording denkbaar waarom een onderneming, die reeds twee jaar actief is in de sector van geofysisch bodemonderzoek, niet over de vereiste technische draagkracht zou beschikken om de opdracht uit te voeren, wanneer de uitvoering gebeurt door personeelsleden die in het verleden reeds met de vier technieken hebben gewerkt, weze het voor een andere onderneming of een universiteit. De ervaring van de onderneming die reeds twee jaar actief is in geofysisch bodemonderzoek biedt de garantie dat de onderneming voldoende technische draagkracht heeft om personeel ter beschikking te stellen en het nodige materiaal ter beschikking te stellen. De concrete teamleden zullen de vereiste studie- en beroepservaring aanbrengen die nodig is om de opdracht kwalitatief uit te voeren. Voor dit soort studie- en beroepskwalificaties ervaring eisen die op naam van de rechtspersoon is

verworven, zonder dat ervaring van het concreet in te zetten teamlid volstaat, is volgens de verzoekende partijen bovendien een discriminatie ten opzichte van de mogelijkheid om beroep te doen op de draagkracht van een derde. De draagkracht van het eigen personeel zou zonder waarde zijn terwijl de draagkracht van een derde wel zou worden erkend en aanvaard.

12.3. De interpretatie van de verwerende partij schendt volgens de verzoekende partijen ook artikel 71 van de wet overheidsopdrachten 2016 doordat ze niet in een redelijke verhouding staat tot het voorwerp van de opdracht en verder gaat dan nodig om te garanderen dat de inschrijver met het concreet voorgestelde team de opdracht kan uitvoeren. Ook artikel 68 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 legt de verplichting op aan de opdrachtgevers om enkel die selectievoorwaarden op te leggen die garanderen dat ondernemers over de noodzakelijke personele en technische middelen en ervaring beschikken om de opdracht volgens een passend kwaliteitsniveau uit te voeren.

De verzoekende partijen benadrukken dat de uitvoering van de techniek van de elektrische weerstandsmeting niet courant wordt gevraagd in de sector van archeologische bodemprospectie en dat het dus niet evident is om op dit vlak ervaring op te doen. *De facto* komt als gevolg van de bestekbepaling, in de interpretatie van de verwerende partij, enkel de Universiteit Gent in aanmerking, en is de interpretatie bijgevolg bedoeld om één marktspeler te bevoordelen, wat een schending is van de artikelen 4 en 5, § 1, van de wet overheidsopdrachten 2016.

12.4. De verzoekende partijen stellen concreet dat zij voldoen aan de vereiste technische en beroepsbekwaamheid wat de elektrische weerstandsmeting betreft, via het teamlid P. Uit de lijst van uitgevoerde projecten in bijlage 3 bij de offerte, blijkt dat vijf projecten uitgevoerd door P. betrekking hebben op de uitvoering van “elektrische weerstandsmeting”, afgekort “ER”.

13. De verwerende partij antwoordt in haar nota op het tweede onderdeel ten gronde als volgt. Bij de samenvatting van dit verweer wordt de volgorde van de aangevoerde kritieken in het verzoekschrift gevolgd.

13.1. De bewoordingen van het selectie criterium in het bestek kunnen niet anders worden gelezen dan dat een portfolio van de inschrijver zelf wordt gevraagd. Indien de verwerende partij een portfolio van archeologen en geofysici zelf had gewenst, dan had zij dit zo geformuleerd in haar bestek. Zij heeft integendeel bij het vereisen van een portfolio niet gepeild naar de studie- of beroepskwalificaties van de individuele personeelsleden.

Het is in de eerste plaats aan de inschrijver om zijn offerte met de nodige zorgvuldigheid op te stellen en om de door de opdracht documenten vereiste stukken, te dezen referenties, voor te leggen. De aanbestedende overheid dient de voorgelegde referenties en de overeenstemming daarvan met het bestek te beoordelen en zij beschikt daarbij over een zekere beoordelingsruimte. Indien niet voldaan is aan de gestelde minimumvereisten, dan kan de aanbestedende overheid de inschrijver niet selecteren, vermits zij in dat geval haar eigen bestek zou schenden. 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.

Te dezen bestaat het portfolio van de verzoekende partijen enerzijds uit (standaard)cv's van archeologen tewerkgesteld bij TEC en anderzijds cv's van de geofysici van de bv 360 Survey en een lijst van projecten uitgevoerd door de bv 360 Survey. De verwerende partij heeft uit dit onoverzichtelijk document een "portfolio", te verstaan als een lijst van door de inschrijver uitgevoerde projecten, moeten ontwarren. Het gedeelte dat louter de cv's van de teamleden omvat, beschouwt de verwerende partij niet als een portfolio, aangezien een cv van de medewerkers niet hetzelfde is als een portfolio van de door de inschrijver uitgevoerde projecten. Dat de verwerende partij geen cv's als portfolio verwachtte, blijkt overigens ook uit het bestek zelf. Een overzicht van projecten uitgevoerd door TEC waarbij de gevraagde technieken werden gebruikt, wordt niet gevoegd. Bij de lijst van de bv 360 Survey wordt wel een omschrijving gegeven van de uitgevoerde projecten en de toegepaste techniek. Deze lijst "Qualifications Projects" heeft de verwerende partij beschouwd als portfolio. Uit deze lijst blijkt

dat slechts drie van de vier gevraagde technieken door de inschrijver werden uitgevoerd. De materiële motiveringsplicht wordt niet geschonden door de offerte van de verzoekende partijen te weren bij gebreke van een portfolio dat gerealiseerde projecten omvat waarbij de vier gevraagde technieken werden gebruikt.

13.2. Voor zover de verzoekende partijen aanvoeren dat de interpretatie van de verwerende partij het doel van het selectie criterium zou ondergraven, minstens de gelijkheid tussen de inschrijvers, vertrekken zij van een verkeerde uitlegging van het bestek en de noden van de verwerende partij. De aanbestedende overheid beschikt over een ruime beoordelingsvrijheid bij het vaststellen van selectiecriteria, en zij mag daarbij veeleisend zijn.

Het voorwerp van de opdracht betreft een raamovereenkomst voor het uitvoeren en interpreteren van geofysisch bodemonderzoek op diverse locaties in Vlaanderen, waarbij gebruikgemaakt wordt van de diverse prospectietechnieken die op vandaag beschikbaar zijn. De verwerende partij verwacht dat de opdrachtnemer bij de uitvoering van de opdracht, afhankelijk van de concrete bestelling, een veranderlijke en variërende combinatie van technieken en resoluties hanteert. De opdrachtnemer moet in het kader daarvan in staat zijn om elk van de gevraagde technieken aan te bieden en de ervaring en techniciteit hebben om deze tot een goed eind brengen. De vereiste om de gerealiseerde projecten voor te leggen, impliceert uiteraard dat de inschrijver over gekwalificeerd personeel beschikt, maar is daartoe niet te beperken. Het voorleggen van eerdere door een rechtspersoon uitgevoerde projecten garandeert dat die inschrijver als rechtspersoon op organisatorisch, administratief en economisch vlak in staat is om dergelijke projecten tot een goed einde te brengen.

De verwerende partij wenst aldus op gespecialiseerde en ervaren ondernemingen een beroep te doen, die alle technieken kunnen aanbieden en kunnen aantonen dat zij dit in het verleden reeds hebben gedaan. Een dergelijk motief houdt geen schending van het gelijkheidsbeginsel in. Het is niet onredelijk om te eisen dat de inschrijver projecten kan voorleggen waaruit blijkt dat alle gevraagde technieken reeds werden toegepast, noch maakt dit een ongelijkheid tussen mogelijke inschrijvers uit.

Indien een bepaalde onderneming een van de technieken nog niet uitgevoerd zou hebben, staat het haar vrij om een tijdelijke maatschap met een andere onderneming te vormen, die wel reeds de vereiste ervaring met die technieken heeft opgedaan, dan wel om een beroep te doen op een onderaannemer. Niets verhindert de verzoekende partijen om, nu zij onlangs een personeelslid hebben aangeworven dat deze techniek zou kunnen uitvoeren, ervaring op te doen buiten het raam van de huidige opdracht en projecten te realiseren met toepassing van deze techniek en zo een portfolio op te bouwen. Op heden voldoen zij echter niet aan de vereisten van de aanbestedende overheid. Dit betekent niet dat de opdracht zou zijn opgesteld om een bepaalde onderneming te bevoordelen of de markt op onevenredige wijze te beperken. Dat een kleinere groep van ondernemingen als gevolg van dit selectiecriterium kan deelnemen aan de opdracht, is inherent aan het onderdeel kwalitatieve selectie waarbij de overheid peilt naar de technische en beroepsbekwaamheid (ervaring) door middel van een portfolio met gerealiseerde projecten. Voor de huidige opdracht hebben meerdere inschrijvers een portfolio ingediend met projecten gerealiseerd met toepassing van alle technieken. Een van de niet-geselecteerde inschrijvers legde een portfolio met de vier technieken voor, maar stelde dat hij technisch gezien geen mobiele opstelling van de elektrische weerstandsmeting kon aanbieden.

13.3. Voor zover de verzoekende partijen stellen dat door enkel projecten van de onderneming zelf te aanvaarden een schending van artikel 71 van de wet overheidsopdrachten 2016 *juncto* artikel 68 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 zou voorliggen, en dit niet in redelijke verhouding zou staan tot het voorwerp van de opdracht, antwoordt de verwerende partij dat de selectie-eis wel degelijk in verband staat met het voorwerp van de opdracht. Zij heeft een opdracht uitgeschreven waarbij er geofysisch onderzoek moet gebeuren volgens vier verschillende technieken, afhankelijk van de concrete vraagstelling. In het kader daarvan vereist de verwerende partij dat de inschrijver een portfolio voorlegt waaruit blijkt dat hij twee jaar actief is in de geofysische sector, aantoonbare ervaring heeft met bodemonderzoek én projecten heeft gerealiseerd met toepassing van die vier verschillende technieken. Zij heeft geen portfolio gevraagd om na te gaan of de opdracht kan worden uitgevoerd met het concreet voorgestelde team. De vraag om een portfolio met gerealiseerde projecten in te dienen, peilt dan ook

naar het vermogen van de onderneming om de vier gevraagde prospectietechnieken aan te bieden en als organisatie projecten tot een goed einde te brengen, wat niet kan worden vereenzelvigd met de ervaring van een personeelslid.

13.4. De bewering dat enkel referenties op naam van een fysieke persoon zouden kunnen verworven worden, gaat volgens de verwerende partij in tegen de rechtspraak van de Raad van State. Als de referenties bedoeld zijn ter beoordeling van de know-how, de efficiëntie, de ervaring en de betrouwbaarheid van de dienstverlening, moeten zij eveneens betrekking hebben op de dienstverlener zelf en niet op een door een bedrijfsleider opgedane ervaring gedurende zijn beroepsloopbaan in dienst van andere ondernemingen.

Voor zover de verzoekende partijen verwijzen naar het cv van P., een van hun personeelsleden, en stellen dat hij in het kader van het behalen van zijn diploma een thesis heeft verdedigd waarin elektrische weerstandsmeting aan bod kwam, doet dit geen afbreuk aan het gegeven dat de verzoekende partijen er niet in slagen om een reeds gerealiseerd project met gebruik van de weerstandsmetingstechniek voor te leggen. Zoals hoger gesteld, kan de ervaring van het betrokken personeelslid bij een andere onderneming (of universiteit) niet aanvaard worden als een eigen project van de verzoekende partijen.

Beoordeling

14. De voorliggende gunningsprocedure strekt ertoe te voldoen aan de behoeften van de aanbestedende overheid. Die overheid beschikt in principe over een beoordelingsruimte om voor deze opdracht de selectiecriteria vast te stellen inzake de geschiktheid om de beroepsactiviteit uit te oefenen en inzake de technische en beroepsbekwaamheid, doch deze beoordelingsruimte is niet onbegrensd.

Luidens artikel 71 van de wet overheidsopdrachten 2016 dient de aanbestedende overheid immers deze voorwaarden te beperken tot die welke kunnen garanderen dat een inschrijver over de technische bekwaamheden en

beroepsbekwaamheden beschikt om de te gunnen opdracht uit te voeren, en dienen alle voorwaarden verband te houden met en in verhouding te staan tot het voorwerp van de opdracht. Aan de hand van de selectiecriteria moet de aanbestedende overheid zich met andere woorden ervan kunnen verzekeren dat de gekozen inschrijver in staat zal zijn om de te gunnen opdracht op kwalitatieve wijze uit te voeren. Een kwalitatief selectie criterium dat vreemd is aan die doelstelling is onwettig.

Voorts mag de aanbestedende overheid, op grond van artikel 68, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, met betrekking tot de technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid voorwaarden opleggen opdat ondernemers over de noodzakelijke personele en technische middelen en ervaring beschikken om de opdracht volgens een passend kwaliteitsniveau uit te voeren. Artikel 68, § 2, van hetzelfde besluit bepaalt dat de aanbestedende overheid de technische of beroepsbekwaamheid van de inschrijvers om de diensten te verstrekken, kan beoordelen aan de hand van met name hun knowhow, efficiëntie, ervaring en betrouwbaarheid, en de rechtspersonen kan verplichten om in hun aanvraag tot deelneming of in hun offerte de namen en de beroepskwalificaties te vermelden van de personen die belast zijn met de uitvoering van de opdracht.

De Raad van State mag de selectiecriteria en het niveau dat door de aanbestedende overheid wordt vastgesteld aan een toetsing onderwerpen in die zin dat de Raad desgevraagd mag onderzoeken of de door de aanbestedende overheid bepaalde selectiecriteria niet het voornoemd wettelijk kader te buiten gaan, op ontoelaatbare wijze de mededinging beperken of de gelijkheid onder de inschrijvers in het gedrang brengen.

Voorts mag de Raad van State zich, gesteld voor de toetsing van de beoordeling of de voorgelegde referenties aan de selectiecriteria voldoen, niet in de plaats stellen van het bestuur, maar desgevraagd wel nagaan of de beoordeling met de vereiste zorgvuldigheid is gebeurd en berust op voldoende veruitwendigde en draagkrachtige motieven.

15. In het bestek wordt inzake de technische en beroepsbekwaamheid bepaald dat de inschrijvers minstens de vier gevraagde geofysische bodemprospectietechnieken moeten kunnen toepassen. Voorts wordt voorgeschreven dat de inschrijver die bekwaamheid bewijst aan de hand van een portfolio van gerealiseerde projecten waarbij van de vier verschillende technieken werd gebruikgemaakt.

Blijkens de offerte van de verzoekende partijen hebben zij een “portfolio” als bijlage 3 bij hun offerte gevoegd, naast een document “CV’s archeologen” als bijlage 5 bij hun offerte. In dit portfolio worden voor TEC de cv’s van drie teamleden gevoegd. Blijkens de tabel met overzicht van projecten uitgevoerd door het teamlid P., blijkt dat in vijf projecten de techniek van elektrische weerstandsmeting (ER) is gebruikt. Voor de bv 360 Survey worden de cv’s van twee teamleden gevoegd, alsook een lijst van gerealiseerde projecten met aanduiding van deze en andere teamleden. Anders dan de verwerende partij stelt in haar nota, blijkt aldus dat het teamlid P. niet enkel een thesis in verband met elektrische weerstandsmeting heeft verdedigd, maar ook betrokken is geweest bij de uitvoering van vijf projecten waarin die techniek werd gebruikt.

Uit de motivering in het gunningsverslag blijkt dat de verzoekende partijen te dezen niet werden geselecteerd omdat “[h]et portfolio [...] geen project [bevat] dat aantoont dat elektrische weerstandsmeting is gebruikt, wat expliciet gevraagd is om de technische en beroepsbekwaamheid aan te tonen”.

Uit het e-mailbericht van 22 december 2023 van de verwerende partij blijkt dat zij tot die conclusie is gekomen omdat de projecten die horen bij het cv van P. niet kunnen worden beschouwd als het portfolio van TEC. De projecten zijn volgens de verwerende partij “eigenlijk projecten die thuishoren in [het] portfolio van [X] of van de Universiteit Gent” aangezien P. in die periode aldaar in dienst was.

16. Het tweede onderdeel van het enig middel bevat een kritiek op de toepassing van de betrokken bestekbepaling door de verwerende partij bij de toetsing van de offertes.

Met de verwerende partij wordt vastgesteld dat het selectie criterium in het bestek, blijkens de bewoordingen ervan, op het eerste gezicht zo kan worden gelezen dat een portfolio van de inschrijver als rechtspersoon wordt gevraagd. In die interpretatie lijken de referenties van projecten gerealiseerd door de individuele teamleden van de rechtspersoon niet te kunnen worden aanvaard.

De vraag rijst evenwel of de bestekbepaling, in die interpretatie, alsdan in overeenstemming is met de bepalingen van de artikelen 4 en 71 van de wet overheidsopdrachten 2016, *juncto* artikel 68 van het koninklijk besluit plaatsing 2017.

17. Het portfolio met gerealiseerde projecten van de inschrijver lijkt op het eerste gezicht een bewijsmiddel te zijn om de ervaring van de inschrijver met geofysisch bodemonderzoek te kunnen beoordelen. De verwerende partij stelt in haar nota dat het voorleggen van door de rechtspersoon uitgevoerde projecten garandeert dat die inschrijver als rechtspersoon op organisatorisch, administratief en economisch vlak in staat is om dergelijke projecten tot een goed einde te brengen, wat niet gelijk te stellen is met de beroepsbekwaamheid van de teamleden van de onderneming. Aldus omschreven, lijkt deze vereiste op het eerste gezicht te vallen onder de vereisten met betrekking tot de “geschiktheid” van de inschrijver om de beroepsactiviteit uit te oefenen, die hij dient te bewijzen aan de hand van een portfolio van gerealiseerde projecten.

Dat het voornoemd portfolio met gerealiseerde projecten op naam van de inschrijver als rechtspersoon eveneens het bewijsmiddel dient te zijn om aan te tonen dat de inschrijver “minstens de vier gevraagde geofysische bodemprospectietechnieken [kan] toepassen”, lijkt op het eerste gezicht minder evident.

De verwerende partij stelt zelf dat de vereiste om de gerealiseerde projecten voor te leggen “uiteraard [impliceert] dat deze inschrijver over gekwalificeerd personeel beschikt”, maar daartoe niet te beperken is. De bekwaamheid van de inschrijver om minstens de vier gevraagde technieken te

“kunnen toepassen”, lijkt echter enkel te kunnen worden beoordeeld aan de hand van de opleiding en ervaring van de fysieke personen in dienst van de inschrijver. Het voorleggen van een portfolio van gerealiseerde projecten uit het verleden van de inschrijver als rechtspersoon lijkt als bewijs hiervoor integendeel niet pertinent te zijn.

Anders dan de verwerende partij het ziet, lijken de referenties, wanneer ze bedoeld zijn ter beoordeling van de “know-how, efficiëntie, ervaring en betrouwbaarheid” van de dienstverlener overeenkomstig artikel 68, § 2, 1°, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, op het eerste gezicht niet beperkt te zijn tot de dienstverlener zelf. Artikel 68, § 2, 2° van hetzelfde besluit bepaalt immers in dit verband dat de aanbestedende overheid de rechtspersonen kan verplichten om in hun offerte de namen en de beroepskwalificaties te vermelden van de personen die belast zijn met de uitvoering van de opdracht.

Ook de omstandigheid dat, volgens de verwerende partij, de ene of de andere techniek zal moeten worden gebruikt, afhankelijk van de concrete locatie, en de keuze van de gebruikte techniek steeds zal moeten worden verantwoord, lijkt op het eerste gezicht een technische en beroepsbekwaamheid van de uitvoerende teamleden te veronderstellen.

18. Het komt de Raad van State bijgevolg op het eerste gezicht voor dat het motief om de verzoekende partijen niet te selecteren, namelijk dat het portfolio van gerealiseerde projecten van de inschrijver, wat de techniek van de elektrische weerstandsmeting betreft, enkel projecten bevat die in het verleden zijn uitgevoerd door een teamlid van de inschrijver in een periode toen hij in dienst was van een andere werkgever, niet deugdelijk is. De verzoekende partijen wijzen op het eerste gezicht terecht op het aberrant gevolg van deze interpretatie dat een inschrijver zijn technische en beroepsbekwaamheid zou kunnen aantonen aan de hand van projecten uitgevoerd door teamleden die niet meer in dienst zijn, terwijl de inschrijver de passende opleiding en ervaring van het voorgesteld team niet moet aantonen om te kunnen worden geselecteerd.

Bijgevolg is de Raad van State in het kader van de schorsingsprocedure niet ervan overtuigd dat de beslissing om de verzoekende partijen niet te selecteren, in verhouding staat tot de doelstelling die met het selectie criterium wordt nagestreefd, namelijk garanderen dat de gekozen inschrijver in staat zal zijn om de opdracht op een kwaliteitsvolle manier uit te voeren.

Uit het gunningsverslag blijkt overigens dat drie van de vijf inschrijvers niet zijn geselecteerd omdat zij niet voldoen aan het selectie criterium, in het bijzonder wat de elektrische weerstandsmeting betreft. Dit lijkt de kritiek van de verzoekende partijen, dat door het aldus interpreteren van het betrokken selectie criterium de mededinging lijkt te worden beperkt, op het eerste gezicht te bevestigen.

19. Het enig middel, tweede onderdeel, is in de aangegeven mate ernstig.

VII. Besluit

20. Het enig middel is in de aangegeven mate ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt dan ook ingewilligd.

VIII. De impliciete weigeringsbeslissing

21. Voor zover de vordering ook is gericht tegen de beslissing om de opdracht niet aan de verzoekende partijen te gunnen, is ze niet ontvankelijk.

De verzoekende partijen zetten immers niet uiteen, en tonen bijgevolg in de huidige stand van de procedure ook niet aan, dat het in de aangegeven mate hiervoor ernstig bevonden middel ook tot de uitzonderlijke vaststelling zou moeten leiden dat de verwerende partij geen andere keuze meer had dan de opdracht aan haar te gunnen.

IX. Kosten

22. Het is passend, gelet op het inwilligen van de vordering tot schorsing en het daaropvolgende nog noodzakelijke procedureverloop, de kosten, de gevorderde rechtsplegingsvergoedingen inbegrepen, in beraad te houden.

BESLISSING

1. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 15 december 2023 van het Vlaamse Gewest waarbij de offerte van de tijdelijke maatschap Terra Engineering & Consultancy nv - 360 Survey bv voor de raamovereenkomst voor geofysisch bodemonderzoek op diverse sites in Vlaanderen (2023-2027) niet wordt geselecteerd en de opdracht wordt gegund aan de Universiteit Gent.

2. De Raad van State verwerpt de vordering voor het overige.

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

Patricia De Somere,	staatsraad, waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	

Greta Scheveneels,	griffier.
--------------------	-----------

De griffier	De voorzitter
--------------------	----------------------

Greta Scheveneels	Patricia De Somere
--------------------------	---------------------------