RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 259.205 van 20 maart 2024
in de zaak A. 233.505/XII-9076

In zake : de GmbH EQOS ENERGIE DEUTSCHLAND,
vennootschap naar Duits recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Joris Wouters
kantoor houdend te 2600 Antwerpen
Borsbeeksebrug 36
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

de VLAAMSE VERVOERMAATSCHAPPIJ DE LIJN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jens Debièvre en Matthias Castelein
kantoor houdend te 1000 Brussel
Havenlaan 86 C b 113
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 26 april 2021, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van de raad van bestuur van de Vlaamse Vervoermaatschappij (VVM) De Lijn van 24 februari 2021 waarbij de opdracht voor werken met als voorwerp 'Raamovereenkomst voor kabel- en bovenleidingswerken voor het Antwerpse tramnet' wordt gegund aan de tijdelijke maatschap (tm) Antwerpen Boven en niet aan de verzoekende partij.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Ann Eylenbosch heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij heeft een verzoek tot voortzetting van het geding en een laatste memorie ingediend. De verwerende partij heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 5 december 2023.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Geert Van Engelgem, die *loco* advocaat Joris Wouters verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaten Jeffrey Roegiers en Brecht Plessers, die *loco* advocaten Jens Debièvre en Matthias Castelein, verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

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

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

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht voor werken uit met als omschrijving ‘Raamovereenkomst voor kabel- en bovenleidingswerken voor het Antwerpse tramnet’.

Er wordt gekozen voor de onderhandelingsprocedure met voorafgaande oproep tot mededinging overeenkomstig artikel 124, § 1, (lees: artikel 120, § 1) van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’

(hierna: wet overheidsopdrachten 2016), bepaling die geldt voor de “speciale sectoren”.

Voorafgaand heeft de verwerende partij, bij beslissing van 19 oktober 2011, de studieopdracht voor de aanpassingswerken aan het tractienet in Antwerpen toegewezen aan de nv Technum - Tractebel Engineering (hierna: Tractebel). Deze studieopdracht omvat, luidens de algemene beschrijving ervan, het volledige traject van conceptstudie tot en met medewerking bij de definitieve oplevering, waaronder inbegrepen het verlenen van bijstand aan de VVM De Lijn bij de aanbesteding, de beoordeling van de offertes, het opvolgen van de werven, het bijwonen van werfvergaderingen en de algemene begeleiding tot en met de definitieve oplevering van de werken.

In uitvoering hiervan heeft Tractebel in een eerste fase een voorontwerpstudie gemaakt, en in een tweede fase een ontwerpstudie bestaande uit alle tekeningen en studieplannen, een bestek met de administratieve en technische bepalingen, een beschrijvende opmeting, een samenvattende meetstaat en een model van inschrijving. De derde fase van de studieopdracht omvat de technische bijstand aan de VVM De Lijn bij de aanbesteding, waarbij de taak van het studiebureau onder meer erin bestaat om “[b]innen de 30 dagen na het indienen van de finale dossiers een vergelijkende analyse te maken van alle aanbiedingen en een rapport hierover op te stellen. Het rapport bevat een gemotiveerd advies omtrent de keuze van de inschrijvers, met inbegrip van de studie en een op puntstelling van suggesties of varianten in voorkomend geval en dit op technisch en economisch gebied. Indien nodig wordt de termijn verlengd met de periode die nodig is om bijkomende verantwoordingen op te vragen door het bestuur van de VVM De Lijn.”

3.2. De opdracht voor werken wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 13 januari 2020 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 17 januari 2020, met rectificatiebericht op respectievelijk 12 en 17 februari 2020.

3.3. Twee ondernemingen, de verzoekende partij en de tm Antwerpen Boven, dienen een kandidatuur in.

In een selectieverslag van 13 maart 2020 wordt geconcludeerd dat de twee kandidaten voldoen aan de gestelde criteria en wordt voorgesteld de onderhandelingen met hen op te starten.

Dit selectieverslag wordt opgesteld en goedgekeurd door een beoordelingscommissie, bestaande uit vier leden, waarvan twee leden optreden voor “De Lijn Antwerpen”, en twee leden voor “Tractebel”.

Op 29 mei 2020 beslist de verwerende partij de twee voornoemde kandidaten te selecteren, alsook om “de gunningscriteria en de verdeling van de gewichten” goed te keuren.

3.4. In het ‘Eerste deel: Algemene Administratieve Bepalingen’ van het bestek dat op de opdracht van toepassing is, wordt het voorwerp van de opdracht als volgt omschreven:

> “1.02 Voorwerp van de opdracht
> De uit te voeren werken betreffen een raamovereenkomst voor het vernieuwen en optimaliseren van kabels en bovenleidingen van het Antwerpse tramnet. De werken betreffen hoofdzakelijk:
> - het voorzien van de noodzakelijke tijdelijke maatregelen voor de voedingen en het ondervangen van de bovenleidingen om de normale exploitatie te blijven garanderen
> - Bijplaatsen van kabels tussen tractiestations en bovenleidingsnet, incl. de nodige voedingsschakelaars en sectieschakelaars
> - vernieuwing van de bovenleiding en de bijbehorende masten en ophangconstructies
> - het uitvoeren van de nodige uitvoeringsstudies om de bovenvermelde werkzaamheden mogelijk te maken
> - de opdracht kan gespreid uitgevoerd worden over verschillende locaties.”

In punt 1.05 ‘Gunningscriteria van de opdracht (art. 85 KB Plaatsing)’ worden de gunningcriteria en hun weging bepaald als volgt:

“

1) Gunningcriterium: prijs	40 pt.
2) Gunningcriterium: Plan van aanpak voor het opmaken van de uitvoeringstudie voor kabelwerken en het vernieuwen van bovenleidingen, in het bijzonder de uitvoering [van] het vernieuwen van bestaande bovenleidingen met behoud van de exploitatie en [...] het aanleggen van kabels op het openbaar domein.	20 pt.
3) Gunningcriterium: Technische waarde van het aangeboden materiaal	15 pt.
4) Gunningcriterium: Plan van aanpak aan de hand van een uitgewerkt voorbeeld voor het uitvoeren van de Bovenleiding voor de zone rond Berchem Station […]	15 pt.
5) Gunningcriterium: Plan van aanpak aan de hand van een uitgewerkt voorbeeld voor de aanleg van kabels & dossier voor aanvraag kabelaanleg voor de kabelwerken behorende tot de zone van TS111 Diksmuidelaan […]	10 pt.

.”

3.5. Aan de geselecteerde ondernemingen worden het bestek en de meetstaat toegestuurd, met de uitnodiging een eerste offerte in te dienen tegen 10 juli 2020.

Na een evaluatie en een voorlopige rangschikking van de offertes, getoetst aan de gunningscriteria, wordt aan de beide ondernemingen de kans geboden om, in drie onderhandelingsrondes, telkens nadere toelichtingen en verduidelijkingen te bezorgen aan de verwerende partij en een aangepaste tweede, derde en vierde (BAFO) offerte in te dienen. Tractebel verleende tijdens de drie onderhandelingsrondes technisch advies aan de verwerende partij en had ook rechtstreeks contact met de beide inschrijvers.

3.6. Een beoordelingscommissie stelt een “Aanbestedingsverslag” op. Deze commissie bestaat uit zes leden, waarvan drie leden optreden voor “De Lijn Antwerpen” (die het verslag ondertekenen op 15 februari 2021) en drie leden voor “Tractebel” (die het verslag ondertekenen op 4 februari 2021, behoudens één handtekening zonder datum).

De volgende passages uit dit aanbestedingsverslag zijn te dezen relevant:

> “2. Bespreking en vergelijking eerste offertedossiers ingediend op 10/07/2020

2.a. Rekenkundig nazicht

Analyse van de opgegeven prijzen in de meetstaten van alle ingediende inschrijvingen werd uitgevoerd met eDelta.

Ingediende prijzen

	Inschrijver	TOTAAL
1	Eqos Energie Deutschland	83.887.024, 15 €
2	TM Antwerpen Boven (Fabricom nv + Van den Berg nv)	103.215.599,11 €

Er werden geen rekenkundige fouten zoals afrondingsfouten, niet opgetelde posten in de totalen, gevonden tijdens het nazicht.

Na rekenkundig nazicht blijft het resultaat van de ingediende prijzen dus behouden.

[…]

2.d. Algemeen prijsonderzoek

Onderstaande tabel geeft een opsplitsing van de ingediende dossiers per discipline werken weer, wat ons een ander inzicht geeft op de ingediende prijzen.

[…]

Uit deze analyse blijkt dat de discipline bovenleidingswerken bij Eqos Energie Deutschland ongeveer 46% goedkoper is dan de tweede inschrijver TM Antwerpen Boven. Anderzijds stellen we vast dat de kabelwerken bij TM Antwerpen Boven globaal ongeveer 33% lager liggen dan de eerste inschrijver.

Analyse van de eenheidsprijzen tussen beide aannemers geeft aan dat er redelijke verschillen zitten in bepaalde eenheidsprijzen tussen beide inschrijvers.

Besluit:

Er zal nadere toelichting en verduidelijking gevraagd worden aan beide inschrijvers omtrent de samenstelling van bepaalde prijzen/posten.

2.e. Beoordeling en vergelijking op basis van de gunningcriteria

[…]

Voorlopig algemeen resultaat van de gunningscriteria voor de eerste ingediende offertes:

	Inschrijver	Criterium 1	Criterium 2	Criterium 3	Criterium 4	Criterium 5	TOTAAL
1	Eqos Energie Deutschland	40,00	7,20	6,00	7,50	7,00	67,70
2	TM Antwerpen Boven (Fabricom nv + Van den Berg nv)	32,51	12,40	3.00	9.90	2.90	60.71

Besluit: op basis van bovenstaande analyse en onduidelijkheden werd aan beide inschrijvers de kans geboden om nadere toelichtingen en verduidelijkheden te bezorgen aan De Lijn samen met een verbeterde en verhelderende offerte in die zin.

3. Bespreking en vergelijking tweede offertedossiers ingediend op 02/10/2020

Naar aanleiding van een aantal onduidelijkheden vastgesteld in de eerste offertes en naar aanleiding van de besprekingen en toelichtingen tijdens de eerste onderhandelingsfase, werden beide inschrijvers gevraagd om een aangepaste prijsofferte in te dienen met uiterste datum van indienen 2 oktober 2020. Hiervoor werd een terechtwijzend bericht gepubliceerd met een aangepast bestek en meetstaat zodat dit als nieuwe basis kon dienen voor het indienen van een tweede offerte door beide inschrijvers. De vergelijking van deze 2 offertes wordt in onderstaand hoofdstuk behandeld.

3.a. Rekenkundig nazicht

Analyse van de opgegeven prijzen in de meetstaten van alle ingediende inschrijvingen werd uitgevoerd met eDelta.

Ingediende prijzen

Er werden

	Inschrijver	TOTAAL
1	Eqos Energie Deutschland	79.438.930,37 €
2	TM Antwerpen Boven (Fabricom nv + Van den Berg nv)	89.552.062,00 €

geen rekenkundige fouten zoals afrondingsfouten, niet opgetelde posten in de totalen, gevonden tijdens het nazicht.

Na rekenkundig nazicht blijft het resultaat van de ingediende prijzen dus behouden.

[…]

3.d. Algemeen prijsonderzoek

Onderstaande tabel geeft een opsplitsing van de ingediende dossiers per discipline werken weer, wat ons een ander inzicht geeft op de ingediende prijzen.

[…]

Uit de toelichting van beide inschrijvers betreffende hun lage totaal prijzen voor bovenleidingen bij Eqos en voor kabelwerken bij TM Antwerpen Boven blijkt dat deze aanvaardbaar zijn.

Besluit:

We stellen een prijsverschil vast tussen beide inschrijvers van ongeveer 10%.

3.e. Beoordeling en vergelijking op basis van de gunningcriteria

[…]

Voorlopig algemeen resultaat van de gunningscriteria voor de tweede ingediende offertes:

	Inschrijver	Criterium 1	Criterium 2	Criterium 3	Criterium 4	Criterium 5	TOTAAL
1	Eqos Energie Deutschland	40,00	7,20	6,60	7,50	7,00	68,30
2	TM Antwerpen Boven (Fabricom nv + Van den Berg nv)	35,48	12,80	3,00	9,90	2,90	64,08

Besluit:

Op basis van bovenstaande analyse en onduidelijkheden werd aan beide inschrijvers de kans geboden om nadere toelichtingen en verduidelijkheden te bezorgen aan De Lijn samen met een verbeterde en verhelderende offerte in die zin.

4. Bespreking en vergelijking derde offertedossiers ingediend op 06/11/2020

Beide inschrijvers werd een aangepaste prijsofferte gevraagd met uiterste datum van indienen 6 november 2020, dit naar aanleiding van de terugkoppeling naar de inschrijvers toe, als gevolg van interne evaluatie van de ingediende documenten in de tweede onderhandelingsronde. Ook hiervoor werd een terechtwijzend bericht gepubliceerd met een aangepaste meetstaat zodat dit als nieuwe basis kon dienen voor het indienen van een derde offerte door beide inschrijvers. De bespreking van dit derde offertedossier wordt in onderstaand hoofdstuk behandeld.

4.a. Rekenkundig nazicht

Analyse van de opgegeven prijzen in de meetstaten van alle ingediende inschrijvingen werd uitgevoerd met eDelta.

Ingediende prijzen

	Inschrijver	TOTAAL
1	Eqos Energie Deutschland	80.490.316,03 €
2	TM Antwerpen Boven (Fabricom nv + Van den Berg nv)	87.835.616,84 €

Er werden geen rekenkundige fouten zoals afrondingsfouten, niet opgetelde posten in de totalen, gevonden tijdens het nazicht.

Na rekenkundig nazicht blijft het resultaat van de ingediende prijzen dus behouden.

[…]

Besluit:

We stellen een totaal prijsverschil vast tussen beide inschrijvers van ongeveer 8%.

Voor beide inschrijvers [bleef] er ook in de derde offertes voor bepaalde posten onduidelijkheid [bestaan] omtrent wat wel en niet inbegrepen was in bepaalde posten/eenheidsprijzen. Daarom werd aan beide inschrijvers hieromtrent bijkomende informatie en verduidelijking opgevraagd. Beide inschrijvers werd ook gevraagd om een aangepaste en verbeterde offerte in die zin in te dienen.

4.e. Beoordeling en vergelijking op basis van de gunningcriteria

[…]

Voorlopig algemeen resultaat van de gunningscriteria voor de derde ingediende offertes:

	Inschrijver	Criterium 1	Criterium 2	Criterium 3	Criterium 4	Criterium 5	Totaal
1	Eqos Energie Deutschland	40,00	10,00	6,60	7,50	7,00	71,10
2	TM Antwerpen Boven (Fabricom nv + Van	36,65	12,80	7.00	9.90	2.90	69.25

	den Berg nv)						

Besluit:
Op basis van bovenstaande analyse en onduidelijkheden werd aan beide inschrijvers de kans geboden om nadere toelichtingen en verduidelijkheden te bezorgen aan De Lijn samen met een verbeterde en verhelderende offerte in die zin.
5. Bespreking en vergelijking vierde en laatste offertedossiers ingediend op 02/12/2020
Beide inschrijvers werd een aangepaste prijsofferte gevraagd met uiterste datum van indienen 2 december 2020, dit naar aanleiding van de terugkoppeling naar de inschrijvers toe, als gevolg van interne evaluatie van de ingediende documenten in de derde onderhandelingsronde. Ook hiervoor werden aangepaste documenten opgemaakt en aan beide inschrijvers bezorgd zodat dit als nieuwe basis kon dienen voor het indienen van een vierde offerte door beide inschrijvers. De bespreking van dit vierde offertedossier wordt in onderstaand hoofdstuk behandeld.

5.a. Rekenkundig nazicht

Analyse van de opgegeven prijzen in de meetstaten van alle ingediende inschrijvingen werd uitgevoerd met eDelta.
Ingediende prijzen

	Inschrijver	TOTAAL
1	Eqos Energie Deutschland	83.073.169,44 €
2	TM Antwerpen Boven (Fabricom nv + Van den Berg nv)	86.303.538,58 €

Er werden geen rekenkundige fouten zoals afrondingsfouten, niet opgetelde posten in de totalen, gevonden tijdens het nazicht.
Na rekenkundig nazicht blijft het resultaat van de ingediende prijzen dus behouden.
[…]

5.d. Algemeen prijsonderzoek

Onderstaande tabel geeft een opsplitsing van de ingediende dossiers per discipline werken weer, wat ons een ander inzicht geeft op de ingediende prijzen.
[…]
Besluit:
We stellen een prijsverschil vast tussen beide inschrijvers van ongeveer 4%.
Op basis van de ontvangen prijssamenstellingen en toelichtingen kunnen we concluderen dat de prijzen van beide inschrijvers als normaal kunnen beschouwd worden.

5.e. Beoordeling en vergelijking op basis van de gunningcriteria

[…]
Algemeen resultaat van de gunningscriteria voor de vierde en laatste ingediende offertes:

	Inschrijver	Criterium 1	Criterium 2	Criterium 3	Criterium 4	Criterium 5	Totaal
1	Eqos Energie Deutschland	40,00	10,00	7,50	7,50	7,00	72,00
2. ”	TM Antwerpen Boven (Fabricom nv + Van den Berg nv)	38,50	12,80	7,90	9,90	5,00	74,10

Er wordt bijgevolg voorgesteld de opdracht te gunnen aan de tm Antwerpen Boven.

3.7. Op 24 februari 2021 beslist de raad van bestuur van de verwerende partij om het aanbestedingsverslag goed te keuren en de opdracht toe te wijzen aan de tm Antwerpen Boven.

Dit is de bestreden beslissing.

3.8. Met een aangetekende brief van 25 februari 2021 wordt de verzoekende partij in kennis gesteld van de gunningsbeslissing.

In een brief van 16 maart 2021 aan de verwerende partij bekritiseert de verzoekende partij de (totstandkoming van) de bestreden beslissing in de mate dat er geen “doeltreffende maatregelen” ter voorkoming van een belangenconflict zouden zijn genomen.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

Exceptie

4. In de memorie van antwoord werpt de verwerende partij een exceptie van onontvankelijkheid van het beroep op, gesteund op een gebrek aan belang: een redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver mag geen

rechtsmisbruik plegen door pas na de sluiting van de opdracht “meteen zichtbare wettigheidsbezwaren” op te werpen die reeds van bij de aanvang kenbaar waren. De verzoekende partij heeft onredelijk lang getalmd om de wettigheidsbezwaren van een belangenconflict en voorafgaande betrokkenheid op te werpen, terwijl het beginsel van de rechtszekerheid en de vereiste van een doeltreffende rechtsbescherming in het kader van overheidsopdrachten impliceren dat een dergelijk onzorgvuldig gedrag moet worden afgestraft om te vermijden dat de verwerende partij mogelijks met een onevenredige kost wordt opgezadeld.

4.1. De verwerende partij licht in dit verband vooreerst toe dat de werken die het voorwerp uitmaken van de opdracht een hoge mate van specialisatie vereisen, en slechts een paar ondernemingen over de vereiste technische en beroepsbekwaamheid beschikken om werken van een dergelijke omvang in het kader van een raamovereenkomst uit te voeren. Dit gegeven wordt versterkt doordat de Groep Engie een holding is van diverse dochtervennootschappen die op deze markt opereren, waaronder Tractebel en de nv Fabricom (hierna: Fabricom). Zij stelt dat er aanwijzingen zijn dat ook de bedrijfsactiviteiten van de enige twee inschrijvers voor deze opdracht verstrengeld zijn, en dat het zeer waarschijnlijk is dat de verzoekende partij informeel was ingelicht via onderaannemers of leveranciers van de deelname van Fabricom aan de opdracht. Door het feit dat de verzoekende partij geen vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid tegen de gunningsbeslissing heeft ingesteld, en door het gebrek aan enig inhoudelijk verweer, komt des te meer tot uiting dat zij louter en alleen speculeert op een schadevergoeding.

Voorts licht de verwerende partij toe dat de verzoekende partij al van bij de aanvang van de plaatsingsprocedure wist van de betrokkenheid van Tractebel, als externe dienstverlener, en van de deelname van Fabricom in de tm Antwerpen Boven. Het initieel bestek van 28 mei 2020 vermeldt op de titelpagina én in een kader dat Tractebel optreedt als ontwerper voor de opdracht. Dit bestek wordt ook ondertekend door Tractebel. Voorts wordt de verzoekende partij uitgenodigd bij e-mailbericht van 3 juni 2020 om een eerste offerte in te dienen, waarbij Tractebel zichtbaar “in CC” wordt gezet, alsook wordt zij met

e-mailberichten van 20 en 23 november 2020 uitgenodigd om in het kader van de onderhandelingsfasen (in de context van Covid-19) een online Teamsvergadering te houden, samen met M.V. van Tractebel. In elk geval staat vast dat de verzoekende partij nooit enige vraag heeft gesteld of enige opmerking heeft geformuleerd betreffende de (voorafgaande) betrokkenheid van Tractebel gedurende de plaatsingsprocedure.

4.2. De verwerende partij betoogt voorts dat een inschrijver die zich benadeeld acht, actief de onwettigheden dient te signaleren. Door dit na te laten heeft de verzoekende partij de effectieve rechtsbescherming in het kader van de betrokken overheidsopdracht verhinderd. Nochtans geldt het principe dat de rechtsbescherming doeltreffend moet zijn en niet zonder meer mag worden uitgehold door de passiviteit van de benadeelde partij. Uit de overwegingen van het arrest van het Hof van Justitie van 12 maart 2015, eVigilo, C-538/13, kan *a contrario* worden afgeleid dat het voorliggende beroep tot nietigverklaring onontvankelijk is wegens het overschrijden van de redelijke termijn om de wettigheid van de aanbesteding in vraag te stellen op grond van een belangenconflict en een voorafgaande betrokkenheid, die reeds van bij de aanvang van de plaatsingsprocedure bekend waren. In het licht van de beginselen van rechtszekerheid en van een doeltreffende rechtsbescherming, kan niet worden aanvaard dat de benadeelde inschrijver dergelijke zwaarwichtige en meteen zichtbare wettigheidsbezwaren pas opwerpt na het verkrijgen van de voor hem negatieve gunningsbeslissing. Er is daarbij volgens de verwerende partij geen sprake van een onevenredige inperking van het recht op toegang tot de rechter aangezien de verzoekende partij gedurende meer dan anderhalf jaar op de hoogte was van de “nauwe banden” tussen Tractebel en de gekozen inschrijver en zij hier op geen enkele manier melding van heeft gemaakt, laat staan daartegen een formeel bezwaar heeft geuit.

5. In haar laatste memorie handhaaft de verwerende partij haar exceptie.

Zij kan niet akkoord gaan met de stelling dat de verzoekende partij pas bij de kennisgeving van de bestreden beslissing op de hoogte was van een potentieel belangenconflict, in het bijzonder wat het tweede onderdeel betreft inzake de vermeende voorafgaande betrokkenheid van Tractebel bij de opmaak van de opdrachtdocumenten. Het optreden van Tractebel als ontwerper van de opdracht en zijn betrokkenheid bij de plaatsingsprocedure blijkt duidelijk uit het bestek en de uitnodigingen tot onderhandeling. De verzoekende partij handelt volgens haar dan ook met een verregaande onzorgvuldigheid door pas nadat zij naast de opdracht grijpt, kritiek te formuleren op aspecten die tot de kern van de opdracht behoren. Zij heeft blijkbaar ook gewacht tot de wachttermijn van vijftien dagen was verstreken om bij brief van 16 maart 2021 wettigheidsbezwaren te formuleren.

Beoordeling

6. In zoverre de verwerende partij betoogt dat door het niet instellen van een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid tegen de bestreden beslissing, de verzoekende partij haar belang bij de vordering tot nietigverklaring heeft verloren, gaat zij eraan voorbij dat een verzoekende partij in het contentieux van de overheidsopdrachten bij de nietigverklaring van een gunningbeslissing, die een afsplitsbare bestuurshandeling uitmaakt, een gekwalificeerd moreel belang heeft dat zij ontleent aan het feit dat zij is voorbijgegaan door die beslissing. Dat belang wordt door de nietigverklaring van de gunningbeslissing gediend, spijts de sluiting en zelfs de uitvoering van de daaropvolgende overeenkomst. De omstandigheid dat inschrijvers de mogelijkheid wordt geboden om een vordering bij uiterst dringende noodzakelijkheid bij de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in te stellen tegen een gunningsbeslissing, vóór het sluiten van de overeenkomst, doch zij dit niet doen, verhindert voorts niet dat zij toch nog een beroep tot nietigverklaring kunnen instellen.

7. In zoverre de verwerende partij betoogt dat de verzoekende partij reeds van bij de aanvang van de plaatsingsprocedure kennis had van het

vermeende belangenconflict tussen Tractebel en de gekozen inschrijver en de voorafgaande betrokkenheid van Tractebel bij de plaatsingsprocedure, zodat het beroep tot nietigverklaring onontvankelijk zou zijn wegens het overschrijden van de redelijke termijn om dergelijke zwaarwichtige en meteen zichtbare wettigheidsbezwaren op te werpen, kan zij evenmin worden bijgevallen.

De verwerende partij toont immers niet aan dat de verzoekende partij voorafgaand aan de bestreden beslissing kennis had van het belangenconflict. Weliswaar ontkent de verzoekende partij niet dat zij wist dat Tractebel ook aanwezig was tijdens een online Teamsvergadering in het kader van de onderhandelingen, doch zij maakt aannemelijk dat zij pas bij de kennisneming van de bestreden beslissing kennis kreeg van de samenstelling van de beoordelingscommissie en dus van het feit dat Tractebel de offertes mee heeft beoordeeld in het licht van de gunningscriteria.

8. De exceptie wordt verworpen.

V. Onderzoek van het enig middel, eerste onderdeel

Standpunt van de partijen

9. In een enig middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 4, 6, 52 en 133 van de wet overheidsopdrachten 2016, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ (hierna: motiveringswet), de formele motiveringsplicht, het gelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het transparantiebeginsel.

De verzoekende partij acht deze bepalingen en beginselen geschonden:

> “Doordat, eerste onderdeel, de verwerende partij de opdracht waarvan Tractebel Engineering ontwerper is, heeft gegund aan de TM Antwerpen Boven (waarvan Fabricom NV lid is) op basis van het aanbestedingsverslag

dat is opgesteld door de door verwerende partij samengestelde beoordelingscommissie die samengesteld was uit zes leden waarvan drie van de zes leden afgevaardigden zijn van ontwerper Tractebel Engineering; Dat dezelfde beoordelingscommissie tevens het verloop van de onderhandelingen heeft bepaald en al de ingediende offertes heeft beoordeeld in het licht van de in het bestek vooropgestelde gunningscriteria; Dat Tractebel Engineering en Fabricom NV nauw verbonden vennootschappen zijn nu zij onder meer beiden dochterondernemingen zijn van Engie en er derhalve sprake is van een belangenconflict in de zin van artikel 6 van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten; Dat verwerende partij in de bestreden beslissing op geen enkele wijze motiveert of zij dit belangenconflict heeft onderkend en welke maatregelen zij heeft genomen om dit belangenconflict te voorkomen of op te lossen; Dat elke motivering over het belangenconflict ontbreekt;
[…]
Terwijl, eerste onderdeel, verwerende partij overeenkomstig artikel 6 van de wet van 17 juni 2016 gehouden was de nodige maatregelen te nemen om het belangenconflict te voorkomen, te onderkennen en op te lossen teneinde vertekening van de mededinging te vermijden en de gelijke behandeling van alle inschrijvers te verzekeren; Dat verwerende partij de opdracht niet mocht gunnen aan de TM Antwerpen Boven gelet op het belangenconflict; Dat verwerende partij de kwestie van het belangenconflict in ieder geval nader diende te onderzoeken; Dat verwerende partij ertoe gehouden was te voorzien in een motivering waaruit blijkt of zij het belangenconflict heeft onderkend en welke maatregelen zij heeft genomen om dit belangenconflict te voorkomen of op te lossen; Dat verwerende partij in de voorliggende omstandigheden en de nauwe banden tussen Tractebel Engineering en Fabricom nv minstens moest motiveren waarom artikel 6 van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten in deze geen toepassing zou vinden;
[…]
Zodat de bestreden beslissing de in het middel aangehaalde wetsbepalingen en beginselen schendt.”

10. De verzoekende partij zet vooreerst de draagwijdte van het begrip belangenconflict uiteen, en stelt vervolgens vast dat te dezen sprake is van een belangenconflict.

10.1. De verzoekende partij voert aan dat artikel 6 van de wet overheidsopdrachten 2016 als doel heeft te voorkomen dat de gelijke behandeling van de inschrijvers wordt geschonden door het feit dat er banden bestaan tussen de aanbestedende overheid enerzijds en één van de inschrijvers anderzijds.

Uit het arrest van het Hof van Justitie van 12 maart 2015, eVigilo, C-538/13, punten 44 en 47, blijkt volgens de verzoekende partij dat de schijn van vooringenomenheid voldoende is om te spreken van een

belangenconflict, alsook dat de tussenkomst van een (privaat) studiebureau bij de plaatsing van een overheidsopdracht dient beschouwd te worden als een “andere persoon die op welke wijze ook aan de aanbesteder verbonden is”, met wie een belangenconflict zou kunnen ontstaan. Het begrip belangenconflict wordt aldus ruim omschreven, waarbij elke schijn van partijdigheid volstaat. Het verbod geldt van zodra rechtstreeks of onrechtstreeks een toestand van belangenvermenging met een kandidaat of inschrijver ontstaat of zou kunnen ontstaan. Het voorhanden zijn van de mogelijkheid om de belangen van de aanbestedende overheid te vermengen met de eigen belangen is hierbij voldoende.

Op grond van de wet overheidsopdrachten 2016, de zorgvuldigheidsplicht en het voornoemde arrest eVigilo is de aanbestedende overheid verplicht alles in het werk te stellen om belangenconflicten te erkennen, te voorkomen en deze eventueel op te lossen. Op de aanbestedende overheid rust een actieve onderzoekplicht bij het aanstellen van derden om belangenconflicten te vermijden. Een schending van deze verplichting brengt tevens een schending mee van de eerlijke mededinging en het gelijkheidsbeginsel.

De verplichting tot objectiviteit die aan elke publieke dienst wordt opgelegd, is in het bijzonder van toepassing op de overheidsopdrachten. Te dezen bestaat het risico dat door het op onregelmatige wijze toekennen van bijzondere voordelen aan personen die betrokken zijn bij de plaatsing en de uitvoering van een overheidsopdracht, de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de aanbestedende overheid, alsook het gelijkheidsbeginsel tussen inschrijvers, worden aangetast. De *ratio legis* van artikel 6 van de wet overheidsopdrachten 2016 bestaat er ook in te vermijden dat personen die betrokken zijn bij de gunning en uitvoering van een opdracht, zich zouden laten leiden door andere motieven dan de verdediging van de belangen van de aanbestedende overheid waarvoor ze optreden. In het bijzonder dient een belangenconflict vermeden te worden ter vrijwaring van de integriteit van de overheidsopdrachtenprocedures. Deze integriteit is immers noodzakelijk voor een optimale marktwerking. Mededingers moeten erop kunnen vertrouwen dat kandidaatstellingen en offertes worden beoordeeld op hun verdiensten.

Gelet op het bovenstaande heeft de aanbestedende overheid

tevens een transparantieplicht, die tot doel heeft te waarborgen dat elk risico op favoritisme en willekeur door de aanbestedende overheid ten aanzien van bepaalde inschrijvers wordt uitgebannen. Wanneer uit de miskenning van het voornoemde artikel 6 blijkt dat eveneens de fundamentele regels inzake gelijkheid, non-discriminatie en onpartijdigheid zijn geschonden, dan dient de gunningsbeslissing vernietigd te worden.

10.2. De verzoekende partij vervolgt dat te dezen sprake is van een belangenconflict in de zin van artikel 6, § 1, van de wet overheidsopdrachten 2016.

Enerzijds was Tractebel een sleutelfiguur in het kader van de opdracht: zij stelde het bestek op als ontwerper en was met drie leden (van de zes) vertegenwoordigd in de beoordelingscommissie. Tractebel beschikte bijgevolg over een zekere invloed bij de beoordeling van de offertes, te meer zij zelf het bestek had opgesteld. Als ontwerper van het bestek en lid van de beoordelingscommissie is Tractebel te beschouwen als een “andere persoon die op welke wijze ook aan de aanbesteder verbonden is”, dan wel als een “persoon die bij de plaatsing of op het resultaat ervan invloed kan hebben”, in de zin van artikel 6, § 1, van de wet overheidsopdrachten 2016.

Anderzijds staat vast dat er een nauwe verbondenheid is tussen Tractebel en Fabricom, lid van de tm Antwerpen Boven.

Ze zijn beide dochterondernemingen van Engie, hun zetel is gelegen op hetzelfde adres, ze vernoemen beide “engie” in hun internetadres. De beide dochterondernemingen maken gebruik van de mogelijkheid geboden in artikel 113 van het wetboek van vennootschappen (thans artikel 3:26 van het wetboek van vennootschappen en verenigingen) om een vennootschap vrij te stellen van de verplichting om een geconsolideerde jaarrekening en een jaarverslag over de geconsolideerde jaarrekening op te stellen indien de vennootschap zelf de dochtervennootschap is van een moedervennootschap die een geconsolideerde jaarrekening en een jaarverslag over de geconsolideerde jaarrekening opstelt, laat controleren en openbaar maakt. Engie beschikt over het merendeel van de aandelen van Tractebel en Fabricom, zo blijkt uit de

jaarrekeningen van 2019 van deze laatsten.

Daarnaast hebben ze een aantal dezelfde leden in hun raden van bestuur respectievelijk in het dagelijks bestuur. De raad van bestuur van Fabricom bestaat uit vijf leden, waarvan twee natuurlijke personen, S.P. en N.D., belast zijn met het dagelijks bestuur, naast andere natuurlijke personen en de cvoa Engie Management Company Belgium, die eveneens belast is met het dagelijks bestuur van Tractebel. De voornoemde twee personen S.P. en N.D. zijn eveneens lid van de raad van bestuur van Tractebel. Ook in die optiek is er dus sprake van een rechtstreekse band tussen de beide ondernemingen, via hun respectieve bestuurders en leden van het dagelijks bestuur.

Ten overvloede wijst de verzoekende partij erop dat de beide ondernemingen (sinds 24 juni 2019) deel uitmaken van de tijdelijke handelsvennootschap (thans tijdelijke maatschap) ‘Fabricom-Strabag-Tractebel’.

Uit de voorgaande vaststellingen blijkt dat Tractebel een rechtstreekse, minstens een onrechtstreekse, band heeft met Fabricom, lid van de tm Antwerpen Boven, en aldus “direct of indirect, financiële, economische of andere persoonlijke belangen” heeft die geacht kunnen worden haar onpartijdigheid en onafhankelijkheid bij de plaatsing of de uitvoering in het gedrang te brengen. Tractebel heeft een bestek opgesteld voor een opdracht waaraan haar zusteronderneming zou deelnemen, en heeft bovendien ingestaan voor de beoordeling van de offertes, waaronder de offerte ingediend door haar zusteronderneming via de tm Antwerpen Boven.

10.3. Daarnaast is volgens de verzoekende partij tevens voldaan aan het vermoeden van artikel 6, § 3, 2°, van de wet overheidsopdrachten 2016, nu er sprake is van een situatie waarin Tractebel zelf of via een tussenpersoon eigenaar, mede-eigenaar of werkend vennoot is van Fabricom, dan wel in rechte of in feite, zelf of desgevallend via een tussenpersoon, een vertegenwoordigings-, beslissings- of controlebevoegdheid uitoefent bij Fabricom. Gelet op de hierboven beschreven nauwe banden en verwevenheid tussen Tractebel en Fabricom zijn volgens de verzoekende partij de voorwaarden van het bedoelde wettelijk vermoeden vervuld.

10.4. De verzoekende partij benadrukt dat de loutere schijn van partijdigheid volstaat, en dat het niet aan haar toekomt om te bewijzen dat er partijdig is gehandeld.

Zij merkt op, “voor zover als nodig”, dat de onderhandelingen een merkwaardig verloop hebben gekend. Zij bood in haar eerste offerte een zeer scherpe prijs aan in vergelijking met die van de tm Antwerpen Boven, en haar offerte kreeg tot en met de derde onderhandelingsronde de hoogste score. De verwerende partij motiveerde om onduidelijke redenen dat zij nogmaals wilde onderhandelen, waaruit volgens haar kan worden afgeleid dat de tm Antwerpen Boven de mogelijkheid kreeg om stelselmatig haar offerteprijs te laten dalen tot een niveau dat volstond om haar totaalscore hoger te laten uitvallen dan die van de verzoekende partij. Dit verloop van de onderhandelingen versterkt de schijn van partijdigheid.

11. De verzoekende partij stelt vervolgens vast dat de verwerende partij, niettegenstaande de voormelde vaststellingen, geen onderzoek heeft gevoerd naar de banden tussen de ondernemingen Tractebel en Fabricom, noch enige maatregel heeft genomen om het belangenconflict doeltreffend te voorkomen, te onderkennen en op te lossen. De verwerende partij heeft het belangenconflict genegeerd. Evenmin heeft Tractebel zich gewraakt, ondanks de verplichting daartoe overeenkomstig artikel 6, § 3, derde lid, van de wet overheidsopdrachten 2016.

In ieder geval moet volgens de verzoekende partij vastgesteld worden dat de verwerende partij in de bestreden beslissing geen enkele motivering heeft opgenomen aangaande het hierboven omschreven belangenconflict, noch redenen heeft aangegeven op grond waarvan er geen sprake zou zijn van een belangenconflict niettegenstaande de verbondenheid tussen ontwerper en lid van de beoordelingscommissie Tractebel enerzijds en Fabricom anderzijds. Er wordt evenmin uiteengezet welke maatregelen zij genomen zou hebben om tegemoet te komen aan het belangenconflict. Voorts ontbreekt elke motivering omtrent de keuze van de verwerende partij om de opdracht alsnog te gunnen aan een inschrijver die gevat is door een

belangenconflict.

In die zin zijn de artikelen 2 en 3 van de motiveringswet en de op de verwerende partij rustende formele motiveringsplicht geschonden.

De verzoekende partij vervolgt dat de verwerende partij, op grond van het zorgvuldigheidbeginsel, verplicht was alle “nodige maatregelen” te nemen die het belangenconflict zouden hebben voorkomen, dat conflict zouden onderkennen en het zouden oplossen. Daarnaast diende de verwerende partij alle inschrijvers gelijk te behandelen en elke schijn van partijdigheid de kop in te drukken.

Te dezen nam de verwerende partij geen enkele maatregel, en blijkt uit niets dat het belangenconflict is onderkend, een handelwijze die in de voorliggende omstandigheden zonder meer onzorgvuldig is en waardoor de gelijkheid van de inschrijvers is geschonden.

12. In haar memorie van antwoord betwist de verwerende partij, wat het eerste onderdeel betreft, dat artikel 6 van de wet overheidsopdrachten 2016 zou zijn geschonden. De verzoekende partij vergist zich vooreerst omtrent de inhoud en de draagwijdte van die bepaling en toont niet aan, bij gebrek aan de minste schijn van partijdigheid, waarom de bestreden beslissing zou zijn aangetast door een situatie van een belangenconflict.

12.1. Volgens de verwerende partij is er te dezen geen sprake van een verboden toestand van belangenconflict met een kandidaat of inschrijver in de zin van artikel 6, § 2, van de wet overheidsopdrachten 2016. De verzoekende partij betrekt de substantiële bestanddelen van een belangenconflict niet op de verhouding tussen, enerzijds, de verwerende partij en de ermee verbonden dienstverlener Tractebel en, anderzijds, de inschrijver tm Antwerpen Boven. Het criterium “zeer nauwe banden” dat zij voortdurend naar voren schuift, heeft geen wettelijke grondslag.

De verzoekende partij brengt een viertal elementen aan op grond waarvan zij concludeert dat de verbondenheid “tussen Fabricom NV en

Tractebel Engineering" vaststaat. Deze argumentatie kan evenwel geen enkele objectieve afhankelijkheidsrelatie aantonen tussen Tractebel en de tm Antwerpen Boven, noch op het vlak van aandeelhouderschap, noch op het vlak van bestuur, noch op het vlak van gezamenlijke economische activiteiten. Zodoende is om die reden niet voldaan aan de definitie van een belangenconflict, zoals het begrip wordt omschreven in artikel 6, § 1, tweede lid, van de wet overheidsopdrachten 2016. Ten eerste verstrekt de verzoekende partij geen objectieve gegevens omtrent de verhouding tussen de twee deelgenoten in de tm Antwerpen Boven, namelijk Fabricom en de nv Van den Berg. De jaarrekeningen die zij voorlegt, bevatten daartoe geen enkel aanknopingspunt. Er is niet de minste aanwijzing dat Tractebel "financiële, economische of andere persoonlijke belangen" aanhoudt in de tm Antwerpen Boven of diens leden, zelfs niet indirect via de Groep Engie, laat staan dat het gaat om belangen "die geacht kunnen worden haar onpartijdigheid en onafhankelijkheid bij de plaatsing of de uitvoering in het gedrang te brengen". Ten tweede wordt in de rechtspraak van de Raad van State aanvaard dat het feit dat twee ondernemingen op hetzelfde adres gevestigd zijn, niet noodzakelijkerwijze een concrete indicatie is van een afhankelijkheidsrelatie. Ten derde toont de verzoekende partij niet aan op welke wijze Tractebel enige impact zou hebben, zelf of via een tussenpersoon, op de (besluitvorming binnen) de tm Antwerpen Boven. De uittreksels die zij voorlegt, wijzen niet uit dat er sprake zou zijn van enige vertegenwoordigings-, beslissings- of controlebevoegdheid vanwege Tractebel in de tm Antwerpen Boven. Ook op bestuursvlak is er bijgevolg geen link tussen enerzijds Tractebel, die in 2011 werd aangesteld als externe dienstverlener voor deze opdracht, en de inschrijver tm Antwerpen Boven, die (wellicht) pas jaren later werd opgericht in functie van de voorliggende opdracht. Ten vierde duidt de verzoekende partij geen enkele operationele band aan tussen Tractebel en de tm Antwerpen Boven, voor zover dat al per definitie een indicatie zou inhouden van een belangenconflict dat de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de verwerende partij in het gedrang zou brengen.

12.2. Voorts betoogt de verwerende partij dat een belangenconflict naar Belgisch recht niet wordt gedefinieerd als een situatie waarbij bepaalde belangen de onpartijdigheid en onafhankelijkheid in het gedrang "kunnen" brengen. Blijkens het arrest van de Raad van State van 9 mei 2019, nr. 244.455,

bvba Willer, volstaat het niet om zomaar om het even welke “link” op te werpen om vervolgens te beweren dat het om een duidelijk geval van belangenconflict gaat. Om te spreken van een belangenconflict in de zin van artikel 6, § 1, tweede lid, van de wet overheidsopdrachten 2016, moet de verzoekende partij de financiële, economische of andere persoonlijke belangen concreet aantonen, en het feit dat die belangen de onpartijdigheid en onafhankelijkheid bij de plaatsing van de opdracht effectief in het gedrang hebben gebracht. Een mogelijke schijn van partijdigheid door het feit dat Tractebel en een deelgenoot van de gekozen inschrijver twee dochterondernemingen zijn van dezelfde holding (Groep Engie) volstaat bijgevolg niet. De interpretatie dat er sprake moet zijn van een reële beïnvloeding op de plaatsing of uitvoering van de betrokken overheidsopdracht is in overeenstemming met de rechtspraak van het Gerecht van de Europese Unie luidens welke de uitsluiting van een inschrijver moet berusten op het bestaan van een reëel risico van een belangenconflict (arrest van 13 oktober 2015, Intrasoft International sa, T-403/12). In het door de verzoekende partij geciteerde arrest eVigilo van het Hof van Justitie wordt zelfs uitdrukkelijk aangegeven dat het een zaak van het recht van de lidstaten is om te bepalen of de eventuele vooringenomenheid van een externe dienstverlener voor onbestaande wordt gehouden indien uit de feiten blijkt dat er geen enkele impact was op de bestreden beslissing; en dat er niet noodzakelijk in elke lidstaat een regeling moet bestaan die een belangenconflict reeds vaststelt van zodra de partijdigheid van de deskundige louter op basis van een objectieve situatie kan worden vastgesteld. Welnu, in voornoemd artikel 6, § 1, tweede lid, wordt uitdrukkelijk bepaald dat er slechts sprake is van een belangenconflict indien er belangen spelen die redelijkerwijze “geacht kunnen worden de onpartijdigheid en onafhankelijkheid bij de plaatsing of de uitvoering in het gedrang te brengen”, met andere woorden die de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de aanbestedende overheid in het gedrang “hebben gebracht”.

12.3. De verwerende partij vervolgt dat Tractebel zich niet bevond in één van de twee gevallen van een onweerlegbaar vermoeden van belangenconflict in de zin van artikel 6, § 3, van de wet overheidsopdrachten 2016, en bijgevolg niet verplicht was zichzelf te wraken. Zij herhaalt dat de verzoekende partij niet aantoont dat Tractebel een (doorslaggevende) invloed kan uitoefenen op de tm Antwerpen Boven.

13. Bij gebrek aan een situatie van belangenconflict diende de verwerende partij bijgevolg geen specifieke passende maatregelen te treffen in de zin van artikel 6, § 1, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016. Indien de kandidatuurstelling van tm Antwerpen Boven daadwerkelijk een risico inhield op een belangenconflict met Tractebel, ten zeerste *quod non*, dan nog kwam het in de eerste plaats toe aan Tractebel als externe dienstverlener om de verwerende partij hiervan te verwittigen en om, desgevallend, zichzelf te wraken. Klaarblijkelijk zag Tractebel (terecht) de noodzaak niet in van het aankaarten van de "link" met een deelgenoot van de tm Antwerpen Boven (Fabricom) als een potentieel belangenconflict. Voor zover de verwerende partij het tijdens de plaatsingsprocedure zelf kon beoordelen, bleek er inderdaad geen sprake te zijn van (te) nauwe banden tussen Tractebel, enerzijds, en de tm Antwerpen Boven, anderzijds. Het kan de verwerende partij op geen enkele manier worden verweten dat zij niet op de hoogte was van de, overigens steeds wisselende, aandeelhoudersstructuur binnen de Groep Engie. Getuige hiervan is de naamswijziging in "Equans" vanaf 1 juli 2021. Aangezien de verzoekende partij op geen enkele manier aangeeft waarom er een vertekening van de mededinging dreigde, valt niet in te zien waarom de verwerende partij in de bestreden beslissing in detail zou moeten motiveren welke onderzoeken zij heeft gevoerd en welke maatregelen zij eventueel heeft genomen om belangenconflicten doeltreffend te voorkomen, te onderkennen of op te lossen.

De verwerende partij vervolgt dat, ondanks de langlopende en correcte werkrelatie tussen haar en Tractebel, en ondanks de onafhankelijke beslissingsmacht die zij zich telkens voorbehoudt in de studieopdrachten met externe dienstverleners, zij wel degelijk steeds *in concreto* nagaat of een belangenconflict zich mogelijks kan aandienen. De stelling van de verzoekende partij dat de verwerende partij "klaarblijkelijk geen onderzoek heeft gevoerd naar de banden tussen de ondernemingen Tractebel Engineering en Fabricom nv" is dan ook niet meer dan een ongefundeerde bewering. De verwerende partij weet in elk geval, op basis van de jarenlange en intensieve samenwerking met Tractebel, dat er strikte maatregelen gelden binnen de Groep Engie om belangenconflicten tussen de diverse vennootschappen van de holding te vermijden. Zij wijst op niet-limitatieve wijze op een aantal van die maatregelen. Zo zijn Tractebel en

Fabricom twee verschillende entiteiten met onderscheiden rechtspersoonlijkheid, en behoren ze organisatorisch tot totaal onderscheiden business units met andere doelstellingen en activiteiten in onderscheiden sectoren. Het gegeven dat er een holding boven de beide ondernemingen staat, doet daaraan geen afbreuk. Voorts hebben Tractebel en Fabricom een verschillende ceo, verschillende uitvoerende management comités en slechts een kleine overlap van bestuur. Op het niveau van de fysieke infrastructuur is de IT-infrastructuur verschillend en onafhankelijk, en zijn de kantoorlocaties volledig afgescheiden. Zoals reeds aangegeven is de locatie van de zetel niet relevant. Tractebel maakt onder meer gebruik van *firewalls* om haar gegevens af te schermen van de andere *business units*. Binnen de Groep Engie hecht men veel belang aan de integriteit van de bedrijfscultuur. Tal van richtlijnen en beleidsdocumenten worden uitgewerkt ter bestrijding van fraude en corruptie. Opleidingen worden georganiseerd om de medewerkers op dit vlak te onderrichten, hen bewust te maken van allerlei situaties die kunnen leiden tot een verhoogde blootstelling aan fraude en corruptie, en hen te leren omgaan met deze risico's. Dergelijke richtlijnen met uitdrukkelijke verwijzingen naar de problematiek van de belangenconflicten zijn onder meer neergelegd in het Ethisch Handvest, de Handleiding Ethiek in de Praktijk, en de Integriteitsreferentie.

Bijgevolg bestond er in hoofde van de verwerende partij geen enkele noodzaak om bovenop deze maatregelen die Tractebel standaard neemt, nog specifieke "passende maatregelen" te treffen of enige motivering hieromtrent in de bestreden beslissing op te nemen.

14. Volgens de verwerende partij is het normdoel van artikel 6 van de wet overheidsopdrachten 2016 bereikt: de bestreden beslissing werd in alle onpartijdigheid en onafhankelijkheid genomen en de gelijkheid tussen de ondernemers en de objectieve vergelijkbaarheid van de offertes werd integraal gevrijwaard. De verzoekende partij toont niet aan welke gedragingen van Tractebel de gelijkheid tussen de beide inschrijvers zouden hebben geschonden, laat staan dat deze gedragingen objectief in haar nadeel waren. Zij levert overigens geen inhoudelijke kritiek op de beoordeling van de offertes.

In zoverre de verzoekende partij suggereert dat de verwerende

partij de onderhandelingen doelbewust heeft gerekt tot op het punt dat de prijs van de tm Antwerpen Boven genoeg gezakt was, blijkt het tegendeel uit het gunningsverslag waarin het verloop van de onderhandelingen maximaal transparant wordt weergegeven. De evolutie in de totaalprijzen valt onder meer te verklaren door de aanpassingen in de samenvattende meetstaat. De verwerende partij benadrukt dat het voor haar cruciaal was om maximaal de vergelijkbaarheid van de offertes na te streven. Bovendien heeft de verzoekende partij meerdere rondes nodig gehad om een aantal niet-conformiteiten in haar offerte te regulariseren.

In zoverre de verzoekende partij zich onwetend waant over de bijkomende toelichtingen die de verwerende partij nog wenste, blijken die duidelijk uit het aanbestedingsverslag. Bij wijze van voorbeeld geeft de verwerende partij mee dat de verzoekende partij reeds in de eerste ronde erop werd gewezen dat het de taak van de opdrachtnemer en niet van de verwerende partij was om in overleg te treden met de verscheidene onderaannemers en derden zoals de stad Antwerpen en de hulpdiensten (criterium 2 ‘Plan van aanpak’). Ook werd de verzoekende partij in de vierde ronde erop gewezen dat er nog steeds onduidelijkheid was omtrent het al dan niet inbegrepen zijn van bepaalde prestaties voor een aantal posten. Het was voor de verwerende partij cruciaal om maximaal de vergelijkbaarheid van de offertes na te streven en een correcte contractuele basis te creëren voor een langdurige raamovereenkomst zonder geschillen omtrent verrekeningen en dergelijke.

15. Ten overvloede geeft de verwerende partij een aantal voorbeelden van hoe de werkrelatie tussen haar en Tractebel functioneerde en hoe op basis daarvan de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de beoordeling van de offertes werd gewaarborgd. Zo vraagt Tractebel bij de opmaak van elk document consequent aan de verwerende partij of er nog opmerkingen of aanvullingen zijn (bijvoorbeeld de e-mails van 16 juli 2020 en 20 augustus 2020). Op die manier valt niet in te zien hoe Tractebel zomaar volstrekt vooringenomen een eenzijdige beoordeling van de offertes zou kunnen doordrukken. In een e-mail van 30 oktober 2020 maakt Tractebel alle voorbehoud omtrent een vraag vanwege Engie. Dit getuigt geenzins van een voorkeursbehandeling die Engie zou genieten door de zogezegd “zeer nauwe banden” met Tractebel, wel

integendeel. In een mail van 20 november 2020 geeft Tractebel aan op welke wijze enkele niet-conformiteiten in de offerte van de verzoekende partij kunnen worden geremedieerd. Dat is niet bepaald de houding van een onwillige en vooringenomen dienstverlener zoals de verzoekende partij Tractebel voortdurend afschildert. Ten slotte had de verwerende partij uiteraard steeds het laatste woord, zowel op technisch als op juridisch vlak, wat de opmaak van de opdrachtdocumenten en de beoordeling van de kandidaturen en offertes betreft. Op die manier staat vast dat er zich geen enkele situatie van een belangenconflict heeft voorgedaan, noch kon voordoen, en dit door de passende maatregelen die werden getroffen door alle betrokkenen om de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de verwerende partij bij het verloop van de plaatsingsprocedure integraal te vrijwaren. In arrest nr. 238.972 van 24 augustus 2017, nv Sterrebuilding, heeft de Raad van State overwogen dat de tussenkomst van een externe dienstverlener niet per definitie de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de aanbestedende overheid in het gedrang brengt.

16. In haar memorie van wederantwoord benadrukt de verzoekende partij, wat het eerste onderdeel betreft, het volgende.

16.1. Anders dan de verwerende partij het ziet, dient het begrip belangenconflict in de zin van artikel 6 van de wet overheidsopdrachten 2016 ruim geïnterpreteerd te worden. Zij verwijst daartoe naar de bewoordingen van artikel 6, §§ 1 en 2, en naar rechtsleer.

16.2. Zij vervolgt dat de verbondenheid tussen Tractebel en Fabricom de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van Tractebel wel degelijk in het gedrang kan brengen. Tractebel is vooreerst een “andere persoon” die “op welke wijze ook aan de aanbesteder verbonden is” in de zin van artikel 6 van de wet overheidsopdrachten 2016. Tractebel kan tevens worden beschouwd als “elke persoon die bij de plaatsing of op het resultaat ervan invloed kan hebben” in de zin van artikel 6, aangezien zij onder meer lid was van de beoordelingscommissie en instond voor de redactie van het gunningsverslag, wat onder meer blijkt uit het administratief dossier. Het betreft overigens alternatieve en geen cumulatieve voorwaarden. Tractebel is daarnaast, zoals uiteengezet in het verzoekschrift, een persoon die direct of indirect, financiële, economische of andere persoonlijke

belangen heeft die geacht kunnen worden zijn onpartijdigheid en onafhankelijkheid bij de plaatsing in het gedrang te brengen.

De verzoekende partij benadrukt dat zowel Tractebel als Fabricom zich openlijk profileren als een onderdeel van de Engie Groep; dat uit het moederschap van Engie dan ook de verbondenheid tussen Tractebel en Fabricom volgt; dat Fabricom deelgenoot is van de tm Antwerpen Boven. Dit zijn meer dan voldoende elementen om te besluiten dat Tractebel, minstens indirecte, financiële, economische of andere persoonlijke belangen heeft (via Engie) die geacht kunnen worden haar onpartijdigheid en onafhankelijkheid in het gedrang te brengen. In zoverre de verwerende partij stelt dat de verzoekende partij geen objectieve gegevens zou aanbrengen over de verhouding tussen de nv Fabricom en de nv Van den Berg binnen de tm Antwerpen Boven, en er aldus geen aanwijzing zou zijn van het feit dat Tractebel belangen aanhoudt in de tm Antwerpen Boven, antwoordt de verzoekende partij dat het haar niet toekomt gegevens over deze verhouding te verstrekken. Wel stelt zij vast dat de tm Antwerpen Boven slechts twee deelgenoten kent, en het bijgevolg meer dan waarschijnlijk is dat Fabricom toch een zeker aandeel zal hebben binnen de tm Antwerpen Boven. Het zijn deze twee ondernemingen die zich hoofdelijk hebben verbonden tot uitvoering van de opdracht. Dit volstaat om aannemelijk te maken dat Tractebel minstens indirecte financiële, economische of andere persoonlijke belangen heeft met betrekking tot Fabricom. Gelet op de verbondenheid via dezelfde moeder Engie, is dit uiteraard het geval.

Ook de kwestie van de gezamenlijke bestuurders is relevant, niet om aan te tonen dat Tractebel een impact zou hebben op de besluitvorming binnen de tm Antwerpen Boven, maar wel dat Tractebel minstens indirecte financiële, economische of andere persoonlijke belangen heeft in Fabricom als lid van de tm Antwerpen Boven. De bewering dat die gezamenlijke bestuurders geen bestuursfunctie zouden hebben binnen de tm Antwerpen Boven is naast de kwestie, aangezien de tm Antwerpen Boven geen rechtspersoonlijkheid heeft en bestaat uit twee ondernemingen, waarvan Fabricom er één is. De genoemde bestuurders, die dus bestuurder zijn van zowel Tractebel als Fabricom, hebben wel degelijk een bestuursfunctie binnen Fabricom en zijn daar zelfs belast met het dagelijks en/of operationeel bestuur van de onderneming. Ook in die optiek moet

besloten worden dat Tractebel minstens indirecte financiële, economische of andere persoonlijke belangen heeft met betrekking tot Fabricom, welke geacht kunnen worden haar onpartijdigheid en onafhankelijkheid bij de plaatsing in het gedrang te brengen.

16.3. Rekening houdend met het reeds aangehaalde arrest eVigilo van het Hof van Justitie, komt het niet aan de inschrijver, te dezen de verzoekende partij, toe om de bewijslast te dragen en de partijdigheid aan te tonen van de deskundigen die voor de beoordeling van de offertes instaan. Van de aanbestedende overheid wordt een actieve houding verwacht bij het nagaan of er sprake is van een belangenconflict. Het behoren tot eenzelfde groep van ondernemingen, beantwoordt wel degelijk aan een situatie waarbij er belangen spelen die “redelijkerwijze geacht kunnen worden de onpartijdigheid en onafhankelijkheid bij de plaatsing in het gedrang te brengen”. Door een te grote bewijslast bij de verzoekende partij te willen leggen, zou artikel 6 van de wet overheidsopdrachten 2016 dode letter blijven. Er kan niet van de verzoekende partij worden verwacht dat zij een reële en daadwerkelijke beïnvloeding bewijst. Daarom wordt in artikel 6 bepaald dat er sprake moet zijn van belangen die “geacht kunnen worden” de onpartijdigheid of onafhankelijkheid van de betrokken persoon bij de plaatsing of uitvoering in het gedrang te brengen. Een schijn van partijdigheid volstaat. De verwijzing naar het arrest nr. 244.455 van 9 mei 2019, bvba Willer, gaat niet op, gelet op de verschillende feitelijke omstandigheden. Ook het arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 13 oktober 2015, Intrasoft International sa, T-403/12, is weinig relevant aangezien het de uitsluiting van een inschrijver op grond van een reëel risico van belangenconflict betrof, terwijl te dezen de kritiek erin bestaat dat Tractebel deel uitmaakte van de beoordelingscommissie en het gunningsverslag heeft opgesteld.

16.4. De bewering dat Tractebel zich niet zou bevinden in een van de situaties bedoeld in artikel 6, § 3, van de wet overheidsopdrachten 2016, waarin in ieder geval een belangenconflict wordt vermoed, doet geen afbreuk aan de vaststelling dat er te dezen sprake is van een (algemeen) belangenconflict dat beantwoordt aan de omschrijving van het begrip zoals bepaald in artikel 6, § 1, tweede lid, van de wet overheidsopdrachten 2016.

16.5. In het kader van de op haar rustende zorgvuldigheidsplicht noopte de verbondenheid tussen Tractebel en de gekozen inschrijver de verwerende partij tot het nemen van maatregelen, minstens het bevragen van Tractebel. Zij kan zich niet verschuilen achter het feit dat Tractebel geen melding zou hebben gemaakt van een belangenconflict wegens de aanwezigheid van Fabricom bij één van de inschrijvers. De wisselende aandeelhoudersstructuur doet geen afbreuk aan de vaststelling dat Tractebel en Fabricom tot dezelfde groep behoren. Van de beweerde interne maatregelen wordt niet bewezen dat ze daadwerkelijk worden nageleefd. Die interne maatregelen zijn niet bij machte te ontkrachten dat de leden van de beoordelingscommissie die behoren tot de Engiegroep, moeilijk op een onafhankelijke wijze kunnen oordelen, laat staan scores toekennen, aan een inschrijver waarvan een entiteit behoort tot dezelfde groep en waarbij Tractebel en Fabricom dezelfde (dagelijkse en operationele) bestuurders hebben.

16.6. Volgens de verzoekende partij blijkt uit niets dat de bestreden beslissing in alle onpartijdigheid en onafhankelijkheid zou zijn genomen. Anders dan de verwerende partij poneert, is het normdoel van artikel 6 van de wet overheidsopdrachten 2016 niet bereikt. De e-mailcommunicatie die de verwerende partij voorlegt, laat niet toe om tot een ander besluit te komen. Daaruit blijkt integendeel dat Tractebel zelfs het gunningsverslag heeft opgesteld. De voorgelegde communicatie is slechts een selectie om haar argumentatie te ondersteunen en bewijst weinig tot niets.

17. In haar laatste memorie, na een voor haar ongunstig uitvallend auditoraatsverslag, volhardt de verzoekende partij.

17.1. Zij stelt vooreerst dat voor het absoluut vermoeden van belangenconflict in de zin van artikel 6, § 3, 2°, van de wet overheidsopdrachten 2016 “een” vertegenwoordigings-, beslissings- of controlebevoegdheid volstaat, en een “doorslaggevende” bevoegdheid niet wordt vereist.

17.2. Wat vervolgens de toepassing van artikel 6, § 1, van de wet overheidsopdrachten 2016 betreft, werpt de verzoekende partij tegen dat zij op geen enkele wijze kan controleren of de door de verwerende partij genoemde

maatregelen daadwerkelijk voorhanden zijn en of deze zijn toegepast, wat de huidige concrete opdracht betreft, aangezien zij logischerwijze geen deel uitmaakt van de Engiestructuur. Daarbij rijst volgens haar de vraag welke garanties de verwerende partij als aanbestedende overheid heeft dat een private onderneming (tevens inschrijver en belanghebbende) telkens de door haar genoemde maatregelen naleeft. Bovendien zijn de aangehaalde maatregelen algemene maatregelen die niets vermelden over de samenstelling van de beoordelingscommissie voor de huidige overheidsopdracht, hoe deze tot stand is gekomen, en op grond van welke specifieke motieven kon besloten worden dat Tractebel tóch mocht vertegenwoordigd zijn in deze beoordelingscommissie. Het belangenconflict of het risico daarop dient concreet voor elke opdracht en zeker voor de in het geding zijnde opdracht te worden onderzocht. De bestreden beslissing bevat geen enkele motivering ter zake. Ook in het administratief dossier zit geen enkel stuk waaruit blijkt dat de verwerende partij voor deze opdracht *in concreto* onderzoek heeft gedaan naar het belangenconflict. Nochtans betreft het een opdracht waar sowieso sprake is van verwevenheid tussen Tractebel en de gekozen inschrijver (via Fabricom). De verwerende partij kon er bijgevolg niet mee volstaan om hieraan geen aandacht te besteden en louter voort te gaan op beweerde bestaande maatregelen die binnen de Groep Engie zouden worden genomen.

17.3. De verzoekende partij herhaalt dat niet van haar mag verwacht worden dat zij de effectieve partijdigheid aantoont. De schijn van partijdigheid volstaat. Het is aan de verwerende partij om aan te tonen dat zij het Ethisch Handvest (en alle andere maatregelen) correct heeft toegepast bij het samenstellen van de beoordelingscommissie voor deze overheidsopdracht. Het spreekt voor zich dat de verwerende partij bij elke overheidsopdracht een afzonderlijke risicoanalyse moet maken.

17.4. In zoverre de verwerende partij aanvoert dat de samenstelling van de beoordelingscommissie een maatregel zou zijn om een “eenzijdig” doordrukken van de ontwerper te vermijden, alsook het gegeven dat het slechts een advies zou betreffen aan de raad van bestuur van de verwerende partij, die de finale beslissing neemt, kan ook deze redenering volgens de verzoekende partij niet worden gevolgd. Artikel 6 van de wet overheidsopdrachten 2016 is een

overname van artikel 24 van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG (hierna: richtlijn 2014/24). Volgens die richtlijnbepaling is er sprake van belangenvermenging in iedere situatie waarbij personen een invloed “kunnen” hebben, direct of indirect, met financiële, economische of andere persoonlijke belangen. Noch de wet overheidsopdrachten 2016, noch richtlijn 2014/24 (en hun voorbereidingen) bepalen dat de invloed “doorslaggevend” zou moeten zijn. Dat er geen sprake zou zijn van een “doorslaggevende” invloed en dat Tractebel niet eenzijdig een beoordeling kon opmaken, is bijgevolg niet relevant. Wel van belang is dat er sprake is van een schijn van partijdigheid, waarbij de betrokkene(n) in de mogelijkheid is (zijn) om het besluitvormingsproces te beïnvloeden. Dit besluitvormingsproces betreft dan uiteraard niet louter het nemen van de formele gunningsbeslissing, maar ook het gunningsverslag dat voorafgaandelijk door de beoordelingscommissie is opgesteld.

17.5. Welke bijkomende “passende maatregelen” de verwerende partij dan had moeten nemen, is volgens de verzoekende partij evident: zij had überhaupt de betrokken vertegenwoordigers van Tractebel niet mogen selecteren om deel uit te maken van de beoordelingscommissie. Minstens was de verwerende partij gehouden om in het kader van de huidige opdracht de nodige concrete maatregelen te nemen om ervoor te zorgen dat het belangenconflict zou worden voorkomen of opgelost. In het kader van de huidige opdracht heeft de verwerende partij evenwel helemaal niets gedaan. Bovendien rijst volgens de verzoekende partij de vraag “hoe het dan moet” bij toekomstige opdrachten waar zij en de gekozen inschrijver concurrenten zijn. Er kan niet verwacht worden dat zij deze gang van zaken zal moeten blijven ondergaan.

17.6. Dat de beoordelingscommissie slechts een “advies” zou verstrekken, is volgens de verzoekende partij evenmin van belang. Zo oordeelde de Raad van State dat ook het opstellen van een analytisch verslag en een voorstel van beslissing, dat door het college van burgemeester en schepenen zonder meer werd gevolgd, binnen het toepassingsgebied van de belangenconflicten valt (arrest nr. 173.479 van 12 juli 2007, nv General Industrial Assistance Catro). Zij verwijst voorts naar een advies van de Commissie voor Overheidsopdrachten

(van 11 februari 1980), waaruit blijkt dat indien de ontwerper en de aannemer-inschrijver twee verschillende ondernemingen zijn, maar met gemeenschappelijke belangen, het risico van bevoor(oor)deling niet veronachtzaamd mag worden. Te dezen heeft Tractebel het gunningsverslag opgesteld, zodat sprake is van invloed. Dit volstaat om toepassing te maken van artikel 6 van de wet overheidsopdrachten 2016. Dezelfde mogelijkheid tot invloed was voorhanden bij de beslissingen om telkens nieuwe onderhandelingsrondes te organiseren. Er is een schijn van vooringenomenheid terwijl de verwerende partij niets heeft ondernomen om dit probleem op te lossen.

18. In haar laatste memorie onderschrijft de verwerende partij het standpunt dat is ingenomen in het auditoraatsverslag.

18.1. Zij benadrukt daarbij vooreerst dat het aan de aanbestedende overheid enkel toekomt de “objectieve gegevens” waaruit de vermeende onpartijdigheid zou blijken, te onderzoeken en te beoordelen.

18.2. Vervolgens benadrukt zij dat de kritiek van de verzoekende partij slechts betrekking heeft op drie van de zes leden van de beoordelingscommissie, en dat deze commissie slechts een niet-bindend advies geeft aan de verwerende partij.

18.3. Wat het absoluut vermoeden van belangenconflict in de zin van artikel 6, § 3, 2°, van de wet overheidsopdrachten 2016 betreft, stelt de verzoekende partij op niet overtuigende wijze in haar laatste memorie dat er geen “doorslaggevende” bevoegdheid wordt vereist in de wettekst. Dergelijke restrictieve lezing kan niet worden aanvaard. Het is immers tegenstrijdig om het toepassingsgeval van “een vertegenwoordigings-, beslissings- of controlebevoegdheid” zodanig te interpreteren dat het ook zou slaan op een situatie waarin er geen doorslaggevende bevoegdheid is. In dat geval is er hoegenaamd geen sprake van een belangenconflict aangezien de impact nihil of hoogstens verwaarloosbaar is.

18.4. Wat het relatieve vermoeden van een belangenconflict wegens een objectieve verwevenheid in de zin van artikel 6, § 1, tweede lid, van de wet

overheidsopdrachten 2016 betreft, herhaalt de verwerende partij de in haar memorie van antwoord naar voren geschoven objectieve maatregelen die zij heeft getroffen om de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van haar besluitvormingsproces te waarborgen, en die door de verzoekende partij niet worden tegengesproken. Het betreft een zestal concrete en preventieve maatregelen die zij heeft getroffen om de verwevenheid van Tractebel en Fabricom niet te laten uitmonden in een reëel belangenconflict en waaromtrent er, bij gebrek aan “tegenindicaties” van de verzoekende partij, redelijkerwijze van kan worden uitgegaan dat de verwerende partij deze interne maatregelen wel degelijk heeft nageleefd ter vrijwaring van de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van het besluitvormingsproces. Volgens de verwerende partij valt niet in te zien welke “passende maatregelen” zij (bijkomend) had kunnen nemen om een belangenconflict te verijdelen. In zoverre de verzoekende partij in haar laatste memorie stelt dat het enig alternatief was de gehele niet-selectie van Tractebel voor de beoordelingscommissie, valt deze draagwijdte niet af te leiden uit artikel 6 van de wet overheidsopdrachten 2016, te meer dit zou beletten dat een aanbestedende overheid in haar behoeften kan voorzien. In dit verband is het wel degelijk relevant dat er sprake is van een beperkte nichemarkt. De verwerende partij moet bijna onvermijdelijk beroep doen op technische specialisten om zich te laten adviseren bij het beoordelen van de prijs en de kwaliteit van de aangeboden offertes, zeker indien de verschillen tussen concurrerende marktpartijen verder worden uitgepuurd in het kader van onderhandelingen om te komen tot een BAFO. Zodoende is het niet meer dan logisch dat zij beroep deed op het gekwalificeerd personeel van Tractebel. Dat de verwerende partij preventieve maatregelen heeft getroffen, toont juist aan dat zij terdege zich ervan bewust was en is dat in deze beperkte nichemarkt het risico op belangenconflicten niet ondenkbeeldig is.

18.5. Volgens de verwerende partij wijst de verzoekende partij nog steeds geen wettelijke bepaling aan die haar zou opleggen om een motivering ter zake op te nemen of om bij elke afzonderlijke overheidsopdracht een afzonderlijke risicoanalyse te maken. Enerzijds is de aanbestedende overheid niet ertoe gehouden om in het ongerijmde negatieve motiveringen op te stellen, om aan te tonen dat zij aan alle mogelijke wettelijke bepalingen voldoet. Anderzijds draait de verzoekende partij de zaken om. Het is niet omdat de verwerende partij

“slechts”
algemene maatregelen heeft getroffen om belangenconflicten te vermijden, dat deze “in concreto” niet doeltreffend zouden zijn om de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van het besluitvormingsproces te vrijwaren. Er zijn geen tegenindicaties dat deze maatregelen hun doel zouden hebben voorbijgeschoten. Bijgevolg kan er van een schijn van partijdigheid geen sprake zijn, nu reeds preventief die schijn van partijdigheid werd weggewerkt door de concrete en doeltreffende maatregelen die de verwerende partij voorafgaandelijk heeft getroffen.

18.6. De verwerende partij benadrukt nog dat de verzoekende partij in haar gehele betoog nalaat om een concrete invloed van de voorgewende belangenconflicten aan te tonen, die in haar nadeel heeft gespeeld. Het feit dat de verwerende partij de onderhandelingen zou hebben gebruikt om alles in het werk te stellen om de prijs zo te onderhandelen dat de gekozen inschrijver een lagere prijs kon aanbieden, werd door de verwerende partij in haar memorie van antwoord duidelijk tegengesproken. Meer bepaald werden het bestek en de meetstaten gewijzigd via een verbeterend bericht naar aanleiding van onduidelijkheden, onder meer over wat wel en niet inbegrepen was in bepaalde posten/eenheidsprijzen. De verzoekende partij verliest daarbij uit het oog dat de puntenkloof hierdoor kleiner is geworden. Het is niet omdat de verzoekende partij er niet in geslaagd is om in de onderhandelingsfase een economisch meer voordelige offerte dan de gekozen inschrijver aan te bieden, dat hierdoor een bewijs voorligt van een gebrek aan zorgvuldigheid en integriteit ingevolge het “oneindig” onderhandelen. De verzoekende partij laat hoe dan ook na om aan te tonen wat de relevantie van haar kritiek is op het finale puntenverschil voor het (enige) bekritiseerde gunningscriterium prijs. De puntenkloof van 6,99 punten is na onderhandelingen immers “slechts” gezakt tot 4,52 punten, wat niet volstaat als indicatie om hieruit een voordeel, ingevolge een vermeend belangenconflict, af te leiden. Bovendien vecht de verzoekende partij de inhoudelijke beoordelingen niet aan, zodat de puntenkloof ook om die reden niet kan worden overbrugd. Nochtans hangt de beoordeling van een mogelijk belangenconflict ook samen met het gegeven dat geen enkele invloed is aangetoond op het verloop van het besluitvormingsproces.

Beoordeling

19. Artikel 6, § 1, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 heeft betrekking op de verplichting voor de aanbestedende overheid om belangenconflicten te voorkomen, te onderkennen en op te lossen. Het luidt als volgt:

> "De aanbesteder treft de nodige maatregelen om tijdens de plaatsing en de uitvoering belangenconflicten doeltreffend te voorkomen, te onderkennen en op te lossen, teneinde vertekening van de mededinging te vermijden en de gelijke behandeling van alle ondernemers te verzekeren."

Artikel 6, § 1, tweede en derde lid, van de wet bepaalt welke situaties onder het begrip belangenconflict vallen:

> "Het begrip belangenconflict beoogt ten minste iedere situatie waarin een bij de plaatsing of de uitvoering betrokken ambtenaar, openbare gezagsdrager of andere persoon die op welke wijze ook aan de aanbesteder verbonden is, met inbegrip van de namens de aanbesteder optredende aanbieder van aanvullende aankoopactiviteiten, alsook elke persoon die bij de plaatsing of op het resultaat ervan invloed kan hebben, direct of indirect, financiële, economische of andere persoonlijke belangen heeft die geacht kunnen worden hun onpartijdigheid en onafhankelijkheid bij de plaatsing of de uitvoering in het gedrang te brengen.
> De Koning kan ook andere situaties benoemen als belangenconflicten."

Deze omschrijving stemt in essentie overeen met de omschrijving vervat in artikel 24 van richtlijn 2014/24.

Artikel 6, § 2, van de wet overheidsopdrachten 2016 luidt:

> "Het is elke ambtenaar, openbare gezagsdrager of ieder ander persoon die op welke wijze ook aan de aanbesteder verbonden is, met inbegrip van de namens de aanbesteder optredende aanbieder van aanvullende aankoopactiviteiten, verboden, op welke wijze ook, rechtstreeks of onrechtstreeks tussen te komen bij de plaatsing of de uitvoering van een overheidsopdracht zodra hij daardoor, persoonlijk of via een tussenpersoon, zou kunnen terechtkomen in een toestand van belangenconflict met een kandidaat of inschrijver.In uitzonderlijke omstandigheden is dit verbod evenwel niet van toepassing, indien dit verbod de aanbesteder zou beletten te voorzien in haar behoeften."

De memorie van toelichting bij het ontwerp dat geleid heeft tot de wet overheidsopdrachten 2016 (*Parl.St.* Kamer 2015-16, nr. 1541/001, 23-24) vermeldt over deze bepaling het volgende:

> "De tweede paragraaf stemt grotendeels overeen met artikel 8, § 1, van de wet van 15 juni 2006, gewijzigd, wat de Nederlandse versie betreft, bij de wet van 5 augustus 2011. Het verbod om rechtstreeks of onrechtstreeks tussen te komen bij de plaatsing of de uitvoering, indien men zou kunnen terechtkomen in een toestand van belangenconflict, is echter niet langer op absolute wijze geformuleerd. […] Inderdaad valt niet uit te sluiten dat er uitzonderlijke gevallen bestaan waarbij het voor de aanbesteder absoluut onmogelijk zou zijn om nog verder te gaan met het afwikkelen van de gunningsprocedure, wanneer de betrokken ambtenaar of openbare gezagsdrager zichzelf zou wraken, meer bepaald wanneer geen enkele andere ambtenaar of gezagsdrager nog juridisch gemachtigd zou zijn om de procedure verder af te wikkelen en na uitputting van alle interne middelen waarop beroep gedaan kan worden door de aanbesteder (bijvoorbeeld een delegatie naar een andere ambtenaar). In dergelijke gevallen zal toepassing kunnen worden gemaakt van artikel [69], eerste lid, 5°, dat bepaalt dat de aanbestedende overheid, in elk stadium van de gunningsprocedure, een kandidaat of inschrijver van deelname aan de gunningsprocedure kan uitsluiten, wanneer een belangenconflict niet effectief kan worden verholpen met andere minder ingrijpende maatregelen."

De memorie van toelichting bij het ontwerp dat geleid heeft tot de voornoemde wet van 15 juni 2006 'overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten' (*Parl.St.* Kamer 2005-06, nr. 2237/001, 27) (hierna: wet van 15 juni 2006) vermeldt over artikel 8 onder meer het volgende:

> "Wat de personen betreft die verbonden zijn aan een aanbestedende overheid, bevat de tekst de nodige toelichtingen. De onverenigbaarheid heeft niet enkel betrekking op het statutair personeel, maar ook op ieder ander persoon die op welke wijze dan ook aan de aanbestedende overheid verbonden is, bijvoorbeeld via een arbeidsovereenkomst of in geval van gratis dienstverlening. Ze beoogt eveneens de natuurlijke of rechtspersonen die verbonden zijn aan een aanbestedende overheid via een overheidsopdracht voor diensten, wanneer die een opdracht vervullen met het oog op het ontwerp van en het toezicht op de uitvoering van een overheidsopdracht of bij deze aanbestedende overheid een opdracht als consultant uitoefenen waardoor zij haar keuze kunnen beïnvloeden. […]
> Deze bepaling heeft […] tot doel te vermijden dat personen die betrokken zijn bij de gunning en uitvoering van een opdracht, zich zouden laten leiden

door andere motieven dan de verdediging van de belangen van de aanbestedende overheid waarvoor ze optreden."

Artikel 6, § 3, van de wet overheidsopdrachten 2016 omschrijft twee gevallen waaruit een absoluut vermoeden van een belangenconflict wordt afgeleid, als volgt:

"Een belangenconflict wordt alleszins vermoed te bestaan :
1° […]
2° indien de ambtenaar, de openbare gezagsdrager of de natuurlijke persoon bedoeld in paragraaf 1, tweede lid, zelf of via een tussenpersoon eigenaar, mede-eigenaar of werkend vennoot is van één van de kandiderende of inschrijvende ondernemingen dan wel in rechte of in feite, zelf of desgevallend via een tussenpersoon, een vertegenwoordiging[s]-, beslissings- of controlebevoegdheid uitoefent.
De ambtenaar, de openbare gezagsdrager of de natuurlijke persoon die zich in een toestand van belangenconflict bevindt, is verplicht zichzelf te wraken. Hij stelt er de aanbesteder schriftelijk en onverwijld van op de hoogte."

20. De verzoekende partij voert in essentie aan dat Tractebel, als een door de verwerende partij aangestelde onderneming, zonder meer heeft deelgenomen aan de beoordeling van de offertes, terwijl zij zich volgens haar bevond in een toestand van belangenconflict. Tractebel en Fabricom, een deelgenoot van de gekozen inschrijver, maken immers deel uit van dezelfde groep en hebben een aantal dezelfde bestuurders.

Het komt in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid toe om de concrete gegevens te beoordelen teneinde vast te stellen of er sprake is van een belangenconflict.

Het komt daarentegen niet aan de Raad van State toe om een eigen beoordeling in de plaats van deze van het bestuur te stellen. Hij mag desgevraagd wel nagaan of de beslissing op in rechte en in feite aanvaardbare motieven is gesteund en of deze voortvloeien uit een zorgvuldig onderzoek en of deze beoordeling binnen de perken van de redelijkheid blijft.

21. Te dezen maakt de verzoekende partij vooreerst niet aannemelijk dat artikel 6, § 3, van de wet overheidsopdrachten 2016, dat twee hypothesen bevat waaruit een absoluut vermoeden van belangenconflict kan worden afgeleid, van toepassing is op de voorliggende situatie.

Uit de vergelijking van artikel 6, § 4, van de wet overheidsopdrachten 2016, waarin sprake is van “de natuurlijke persoon of rechtspersoon bedoeld in paragraaf 1, tweede lid”, en artikel 6, § 3, waarin enkel sprake is van “de natuurlijke persoon bedoeld in paragraaf 1, tweede lid”, kan immers afgeleid worden dat in die laatste bepaling niet de situaties worden bedoeld waarbij, zoals te dezen, een rechtspersoon, zelf of via een tussenpersoon, eigenaar, mede-eigenaar of werkend vennoot is van een inschrijvende onderneming of daarin een vertegenwoordigings-, beslissings- of controlebevoegdheid uitoefent.

22. Een volgende vraag is dan of er te dezen sprake is van een belangenconflict in de zin van artikel 6, § 1, tweede lid, van de wet overheidsopdrachten 2016, met andere woorden of de met de aanbestedende overheid verbonden persoon (Tractebel) direct of indirect “financiële, economische of andere persoonlijke belangen” heeft die zijn onpartijdigheid of onafhankelijkheid in het kader van de gunning of de uitvoering in het gedrang kan brengen.

De definitie van het begrip belangenconflict in artikel 6, § 1, tweede lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 veronderstelt enerzijds de aanwezigheid van een met de aanbestedende overheid verbonden persoon, die geacht wordt een invloed op de plaatsing of de uitvoering van een overheidsopdracht te kunnen uitoefenen, en, anderzijds, het bestaan van een direct of indirect, financieel, economisch of ander persoonlijk belang dat geacht kan worden de onpartijdigheid en onafhankelijkheid bij de plaatsing of de uitvoering in het gedrang te brengen.

Met de aanbestedende overheid verbonden persoon

23. Zoals de verzoekende partij terecht aanvoert, moet Tractebel, als ontwerper van het bestek, als betrokkene bij de onderhandelingen en als lid van de beoordelingscommissie, worden beschouwd als een “persoon die op welke wijze ook aan de aanbesteder verbonden is”, in de zin van artikel 6, § 1, van de wet overheidsopdrachten 2016.

In de hiervoor aangehaalde parlementaire voorbereiding van de wet van 15 juni 2006 (overweging 19) wordt overigens uitdrukkelijk verwezen naar een situatie zoals die welke zich te dezen voordoet, namelijk die van een rechtspersoon die verbonden is met een aanbestedende overheid via een overheidsopdracht voor diensten met het oog op het ontwerpen van een overheidsopdracht of die bij deze aanbestedende overheid een opdracht als consultant uitoefent waardoor hij haar keuze kan beïnvloeden.

De omstandigheid dat de beoordelingscommissie te dezen slechts een advies heeft verstrekt terwijl de verwerende partij finaal de beslissing heeft genomen, doet aan het voorgaande geen afbreuk. Dit is des te minder het geval nu de verwerende partij het gunningsverslag opgesteld door de beoordelingscommissie zonder meer heeft overgenomen.

De vereiste van een belang dat geacht kan worden de onpartijdigheid en onafhankelijkheid bij de plaatsing of de uitvoering in het gedrang te brengen

24. Opdat er sprake zou zijn van een toestand van belangenconflict moet er een belang zijn dat de onpartijdigheid van de aanbestedende overheid (of de daaraan verbonden persoon) in het gedrang “kan” brengen. Anders dan de verwerende partij stelt, moet een daadwerkelijke invloed op de gunningsbeslissing of een voordeel voor de gekozen inschrijver niet worden aangetoond. Het is voldoende dat er objectieve gegevens zijn waaruit afgeleid kan worden dat de mogelijkheid daartoe volstaat.

Er mag van de afgewezen inschrijver niet worden verlangd dat hij in het kader van een beroep tegen de gunningsbeslissing concreet aantoont dat

de met de aanbestedende overheid verbonden persoon partijdig is geweest. Het is immers moeilijk of zelfs onmogelijk voor een inschrijver, die in de regel geen toegang heeft tot informatie en bewijsmateriaal aan de hand waarvan hij die partijdigheid kan aantonen, om een dergelijk bewijs te leveren (zie arrest van het Hof van Justitie van 12 maart 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, punt 43).

Een of meer objectieve elementen kunnen volstaan om te concluderen dat de aanwezigheid van een belangenconflict de uiteindelijke beslissing kan hebben beïnvloed. In zoverre de verwerende partij hiertegen opwerpt dat er sprake moet zijn van een reële beïnvloeding op de plaatsing van de opdracht, en zij zich daarvoor beroept op het arrest van de Raad van State nr. 244.455 van 9 mei 2019, bvba Willer en het arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 13 oktober 2015, Intrasoft International sa, T-403/12, EU:T:2015:774, stelt de Raad van State vast dat deze rechtspraak niet zonder meer transponeerbaar is naar de huidige zaak, gelet op de verschillende feitelijke en juridische context.

25. Te dezen zijn dergelijke objectieve elementen voorhanden.

Vooreerst bestaat er een structurele band tussen Tractebel en Fabricom, deelgenoot van de tm Antwerpen Boven. Zij behoren tot dezelfde groep en hebben drie gemeenschappelijke bestuurders. Zij zijn, ten tijde van de bestreden beslissing, beide dochterondernemingen van Engie Energy Service International en onderworpen aan de overheersende invloed van deze moedervennootschap die de meerderheid (*quasi* 100 % volgens de jaarrekeningen 2019) van het maatschappelijk kapitaal van zowel Tractebel als Fabricom bezit.

De omstandigheid dat Fabricom een offerte heeft ingediend samen met de nv Van den Berg, in een tijdelijke maatschap, doet aan de voorgaande vaststelling geen afbreuk. Een tijdelijke maatschap is een zuiver contractuele vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid waarbij de vennoten hoofdelijk en onbeperkt aansprakelijk blijven. Er wordt niet beweerd, laat staan

aangetoond, dat Fabricom slechts een beperkt aandeel van de gegunde werken voor haar rekening zou nemen.

Ook al bestaat er geen wettelijke of reglementaire bepaling die rechtspersonen met structurele verwevenheid met de aanbestedende overheid (of de daaraan verbonden persoon) verbiedt om in te schrijven op door de aanbestedende overheid geplaatste overheidsopdrachten (zie ook overweging 21), stelt de Raad van State wel vast dat ten gevolge van de voornoemde structurele band tussen Tractebel en Fabricom minstens een schijn van partijdigheid of vooringenomenheid bestaat.

Voorts wijzen ook de omstandigheden waarin de beslissing werd genomen, namelijk op grond van een, zonder meer gevolgd, gunningsverslag dat werd opgesteld door een beoordelingscommissie waarvan drie van de zes leden vertegenwoordigers zijn van een zustermaatschappij van de gekozen inschrijver, op een schijn van partijdigheid. In zoverre de verwerende partij betoogt dat “slechts” drie van de zes leden van de beoordelingscommissie vertegenwoordigers zijn van Tractebel, is dit gegeven niet van aard om te doen besluiten dat Tractebel geen invloed heeft kunnen uitoefenen op de beoordeling in het gunningsverslag, wel integendeel. Uit een e-mailbericht van 11 december 2020 van M.V., lid van de beoordelingscommissie voor Tractebel, aan N.M., lid van de beoordelingscommissie voor de verwerende partij – e-mailbericht aangehaald door de verwerende partij in haar memorie van antwoord – blijkt overigens dat M.V. de “draft versie van het aanbestedingsverslag na de vierde ronde” heeft opgesteld en aldus de pen heeft gevoerd . Bovendien ontkent de verwerende partij te dezen niet dat deze beoordelingscommissie het verloop van de onderhandelingen heeft bepaald. Zij bevestigt in haar memorie van antwoord integendeel dat Tractebel, op basis van de voorafgaande studieopdracht, “kon en mocht […] worden betrokken bij de redactie van het bestek, bij het voeren van de onderhandelingen en bij het opstellen van het selectieverslag en het gunningsverslag”, alsook dat Tractebel tijdens de drie onderhandelingsrondes “technisch advies verleende aan Verwerende partij en ook rechtstreeks contact had met beide inschrijvers”. Ook al is het verloop van de onderhandelingen,

waarbij de offerte van de tm Antwerpen Boven na vier onderhandelingsrondes uiteindelijk de score voor de offerte van de verzoekende partij heeft overtroffen, te dezen geen sluitend bewijs dat er invloed is geweest, wordt de verzoekende partij bijgevallen waar zij stelt dat dit verloop de schijn van partijdigheid te dezen nog versterkt.

Maatregelen genomen door de verwerende partij

26. De voornoemde objectieve gegevens hadden aanleiding moeten geven tot een onderzoek door de aanbestedende overheid (arrest eVigilo voornoemd, punten 45 en 47). De verwerende partij had, overeenkomstig artikel 6, § 1, van de wet overheidsopdrachten 2016 in het licht van die objectieve gegevens de plicht om na te gaan of er sprake was van een belangenconflict, en om passende maatregelen te nemen om een dergelijk conflict te voorkomen en te beëindigen.

27. Spijts de beweringen ter zake van de verwerende partij in de huidige procedure, blijkt uit het administratief dossier niet dat zij *in concreto* heeft onderzocht of een belangenconflict zich mogelijks kon aandienen, gelet op de banden tussen Tractebel en Fabricom.

In zoverre zij in de memorie van antwoord stelt dat zij in elk geval “weet”, op grond van de jarenlange en intensieve samenwerking met Tractebel, dat er strikte maatregelen gelden binnen de Groep Engie om belangenconflicten tussen de diverse vennootschappen van de holding te vermijden, welke maatregelen zij alsdan op niet-limitatieve wijze opsomt, volstaan die maatregelen uiteraard niet om haar zelf, als aanbestedende overheid, van haar actieve onderzoekplicht te ontslaan.

Voor een buitenstaander kan het onduidelijk zijn of de twee ondernemingen die dochterondernemingen zijn van dezelfde moedervennootschap, onafhankelijk van elkaar handelen. Een derde moet niet voetstoots aannemen dat de motieven van de ene betrokken onderneming – die de

derde nu eenmaal niet kan nagaan – niet beïnvloed zijn door haar vennootschapsrechtelijke relaties met de andere. De vraag rijst daarbij, zoals de verzoekende partij in haar laatste memorie terecht opmerkt, welke garanties de verwerende partij als aanbestedende overheid heeft dat een private onderneming de door haar genoemde maatregelen daadwerkelijk naleeft. Voorts merkt de verzoekende partij ook terecht op dat de door de verwerende partij aangehaalde maatregelen algemene richtlijnen zijn, alsmede een bespreking van de interne vennoten- en organisatorische structuur en een verwijzing naar het ‘Ethisch Handvest’. De verwerende partij zegt daarentegen niets over maatregelen in verband met de samenstelling van de beoordelingscommissie voor deze concrete overheidsopdracht.

In ieder geval blijkt niet dat de verwerende partij bij het nemen van haar beslissing met de bedoelde interne maatregelen genomen door de Groep Engie rekening heeft gehouden, en al zeker niet dat zij alsdan zou hebben beslist dat deze in voorliggend geval volstaan om een belangenconflict te voorkomen en te beëindigen.

28. Uit wat voorafgaat, volgt dat de verwerende partij zich bij de toepassing van artikel 6 van de wet overheidsopdrachten 2016 niet op een zorgvuldige wijze van haar onderzoekverplichting heeft gekweten. Minstens moet worden vastgesteld dat noch in de gunningsbeslissing, noch in het administratief dossier, motieven daaromtrent zijn terug te vinden.

De in het middel ingeroepen bepalingen zijn, in de aangegeven mate, geschonden.

VI. Besluit

29. Het eerste onderdeel van het enig middel is in de aangegeven mate gegrond.

Nu die conclusie volstaat voor de nietigverklaring van de bestreden beslissing, is het niet nodig in te gaan op het tweede onderdeel van het enig middel, dat immers niet tot een ruimere nietigverklaring kan leiden.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van de raad van bestuur van de Vlaamse Vervoermaatschappij De Lijn van 24 februari 2021 waarbij de opdracht voor werken met als voorwerp ‘Raamovereenkomst voor kabel- en bovenleidingswerken voor het Antwerpse tramnet’ wordt gegund aan de tm Antwerpen Boven.

2. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 20 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 770 euro, die verschuldigd is aan de verzoekende partij.

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

Paul Lemmens,	kamervoorzitter,
Patricia De Somere,	staatsraad,
Inge Vos,	staatsraad,

bijgestaan door

Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Greta Scheveneels	**Paul Lemmens**