

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 253.098 van 24 februari 2022
in de zaak A. 235.544/XII-9182**

In zake: de NV WILLEMEN INFRA
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Isabelle Cooreman
kantoor houdend te 1082 Brussel
Keizer Karellaan 586 bus 9
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Frank Judo en Sven Frankard
kantoor houdend te 1000 Brussel
Keizerslaan 3
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV STADSBADER
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Joris Wouters
kantoor houdend te 2600 Antwerpen
Borsbeeksebrug 36
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 25 januari 2022, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:

“De beslissing van niet-selectie van 10 december 2021 [van het Vlaamse Gewest, Agentschap Wegen en Verkeer, afdeling West-Vlaanderen], waarbij [de nv Willemen Infra] niet wordt geselecteerd in het kader van de overheidsopdracht ‘E403 Kortrijk-Roeselare richting Brugge – structureel onderhoud’.

De gunningsbeslissing van diezelfde datum waarbij voormelde opdracht aan nv Stadsbader wordt gegund.

De impliciete weigeringsbeslissing van diezelfde datum waarbij voormelde opdracht niet aan [de nv Willemen Infra] wordt gegund.”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 9 februari 2022 heeft de nv Stadsbader gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 17 februari 2022.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Maxim Lecomte, die *loco* advocaat Isabelle Cooreman verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Frank Judo, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Joris Wouters, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Thomas Maes heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht voor werken uit met als voorwerp ‘E403 Kortrijk-Roeselare richting Brugge – structureel onderhoud’. De opdracht wordt geplaatst met een openbare procedure; de prijs is het enig gunningscriterium.

Volgens het administratief dossier – stuk 6 dat volgens de verwerende partij de raming bevat van de waarde van de opdracht tijdens de voorbereiding van het dossier – wordt de waarde van de opdracht geraamd op 5.348.137,63 euro, btw niet inbegrepen.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 16 september 2021 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 21 september 2021.

In de aankondiging van de opdracht wordt verwezen naar het vereiste van een erkenning als aannemer van werken “Klasse 7: tot 5.330.000 EUR, Categorie: C”.

In het bestek wordt voorts het volgende vermeld:

“Indien een UEA bij de offerte dient te worden gevoegd, en er wordt gebruik gemaakt van de UEA-tool (<https://uea.publicprocurement.be>), dan worden de inschrijvers verzocht het bij de aankondiging gevoegde UEA in XML-formaat te vervolledigen via de UEA-tool en het ingevulde UEA vervolgens in PDF-formaat op te laden samen met de andere offertedocumenten.”

3.3. Er worden vier offertes ingediend voor de opdracht, onder meer door de verzoekende partij en de nv Stadsbader.

3.4. Op 2 december 2021 wordt een gunningsverslag opgesteld. Wat de verzoekende partij betreft, wordt het volgende vastgesteld bij het selectieonderzoek:

“Overeenkomstig art. 38 § 3 KB Plaatsing dient een UEA bij de offerte te worden gevoegd als de geraamde waarde van de opdracht gelijk is aan of hoger is dan de drempel voor Europese bekendmaking. Het UEA geldt als voorlopige verklaring dat de inschrijver voldoet aan de verplichte en facultatieve uitsluitingsgronden enerzijds en de selectiecriteria anderzijds. Deze verklaring zal in laatste instantie worden gecontroleerd ten aanzien van de inschrijver met de economisch meest voordelige offerte, zie punt 6. Inschrijver Willemen Infra nv voegt geen UEA toe bij de offerte. Overeenkomstig art. 38 en 76 § 1, lid 4, 3° KB Plaatsing dient dit te worden beschouwd als een substantiële onregelmatigheid, zie punt 4. Bij gebreke

aan een UEA kan er geen uitspraak worden gedaan over de voorlopige selecteerbaarheid van deze inschrijver. Deze inschrijver wordt aldus niet verder besproken.”

Vervolgens wordt bij het regelmatigheidsonderzoek opgemerkt:

“Inschrijver Willemen Infra nv voegt geen UEA toe bij de offerte. Overeenkomstig art. 38 en 76 §1, lid 4, 3° KB Plaatsing dient dit te worden beschouwd als een substantiële onregelmatigheid (reeds hoger besproken). [...]

Algemeen besluit regelmatigheid van de ingediende offertes

De inschrijver Willemen Infra nv heeft geen UEA toegevoegd bij zijn offerte en is bijgevolg substantieel onregelmatig.”

Wat de offerte van de nv Stadsbader betreft, worden er geen opmerkingen inzake de selectie gemaakt. Wat het regelmatigheidsonderzoek betreft, bevindt de verwerende partij deze offerte regelmatig na onder meer bij het prijsonderzoek vragen tot prijsverantwoording te hebben gesteld.

De offerte van de nv Stadsbader blijkt vervolgens de laagste regelmatige, economisch meest voordelige offerte te zijn, met een totaalprijs van 4.790.551,28 euro, btw niet inbegrepen.

3.5. Op 10 december 2021 beslist de verwerende partij om het gunningsverslag goed te keuren en de opdracht te gunnen aan de nv Stadsbader.

IV. Tussenkoms

4. De nv Stadsbader blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissingen en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Haar verzoek tot tussenkoms wordt ingewilligd.

V. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

5. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, gelezen in samenhang met de artikelen 15 en 31 van de wet van

17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’, moet enkel worden onderzocht of in de voorliggende vordering tot schorsing die is ingesteld volgens de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid wordt aangevoerd.

VI. Onderzoek van het enig middel

Standpunt van de partijen

6. De verzoekende partij voert de schending aan van de artikelen 6, 7, 11, 38, 39 en 76 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), het zorgvuldigheidsbeginsel, het patere-legem-quam-ipse-fecistibeginsel en de verplichting tot materiële motivering op grond van correcte motieven in feite en in rechte.

Zij vat haar middel als volgt samen:

“Doordat een UEA wordt geëist hoewel hoegenaamd niet blijkt dat het Europese drempelbedrag voor werken overschreden werd. Terwijl uit de aankondiging en [het] bestek integendeel bleek dat het bedrag van 5.330.000 EUR exclusief btw, gekoppeld aan het maximumbedrag klasse 7 in het kader van de erkenning als raming kon worden weerhouden, lager dan het Europees drempelbedrag voor werken van 5.350.000 euro exclusief btw (periode 2020-2021). Zodat de offerte van verzoekende partij regelmatig moest worden verklaard en zij diende te worden geselecteerd (hetgeen had geleid tot gunning aan verzoekende partij).”

In de toelichting bij het middel benadrukt de verzoekende partij dat het veld voor het ramingsbedrag in de aankondigingen van de opdracht blanco werd gelaten, zodat zij uit het bedrag van de erkenningsklasse mocht afleiden dat de opdracht onder het Europese drempelbedrag (hierna: EU-drempel) lag en zij aldus geen Uniform Europees Aanbestedingsdocument (hierna: UEA) bij haar offerte diende te voegen. Het bestek stelt het indienen van een UEA niet verplicht.

Het offertebedrag van de verzoekende partij, namelijk 4.783.288,43 euro, btw niet inbegrepen, lag alleszins ruim beneden de EU-drempel. Er was volgens de verzoekende partij geen enkele indicatie dat de EU-drempel was overschreden. De verzoekende partij mocht terecht het bedrag van de erkenningsklasse hanteren als aanknopingspunt. De verzoekende partij kan niet worden verweten dat zij dan maar “veiligheidshalve” een UEA had moeten toevoegen. Immers, beneden de EU-drempel mag er zelfs geen UEA worden gevraagd. De verwerende partij heeft onzorgvuldig gehandeld door in de aankondiging te laten uitschijnen dat de EU-drempel niet was overschreden en in de gunningsbeslissing te beslissen dat zulks wel het geval was. De offerte van de verzoekende partij werd dan ook ten onrechte substantieel onregelmatig verklaard wegens het niet-bijvoegen van een UEA.

7. De verwerende partij doet in haar nota gelden dat het bedrag van de raming van de opdracht “lopende de voorbereiding van de plaatsingsprocedure [is] geëvolueerd”:

“[...] Zo werd [...] de ramingsprijs van post 84 aangepast van 210€/lm naar 300€/lm tussen het ogenblik van het voorstel tot goedkeuring en de publicatie van de opdracht, hetgeen resulteerde in een bijkomende geraamde waarde van +36.000 euro. Enkel hierdoor werd de Europese drempel al bereikt. Een raming hoeft immers niet in een specifieke vorm gegoten te worden, maar moet blijken uit onderling overeenstemmende indicaties. Nu hier de som van de bijkomende waarde en de aanvankelijke raming boven de drempel komt, staat onomstotelijk vast dat deze drempel werd overschreden.

[...]

Hieruit volgt dan ook dat bijvoorbeeld de toename van post 84 voor een verhoging heeft gezorgd van de geraamde waarde van de opdracht die initieel 5.348.137,63 euro excl. BTW bedroeg doch achteraf boven de Europese drempel kwam te liggen, met name op 5.384.137,[63] EUR excl. BTW, dit door de toename van 36.000 EUR in post 84.

[...] Aldus kan enkel besloten worden dat de geraamde waarde van de opdracht op het ogenblik van de publicatie wel degelijk de Europese drempel bereikte.”

Het bedrag van de raming op het ogenblik van de publicatie lag volgens de verwerende partij aldus boven de EU-drempel. De opdracht werd Europees bekendgemaakt, zo benadrukt zij, en er werd een model-UEA bij de

aankondiging gevoegd. Het betreft aldus een opdracht boven de EU-drempel voor werken waarop de bepalingen inzake het UEA van toepassing zijn. De verzoekende partij had wel degelijk een UEA moeten bijvoegen, zodat haar offerte terecht substantieel onregelmatig werd verklaard omwille van het ontbreken daarvan. Het bestek bevat voorts een bepaling dat een UEA bij de offerte dient te worden gevoegd indien dat vereist is. De verwerende partij wijst er nog op dat de drie andere inschrijvers wel een UEA hebben bijgevoegd en dat de verzoekende partij vooraf geen opmerkingen heeft gemaakt of vragen gesteld.

8. De tussenkommende partij wijst erop dat de opdracht het voorwerp was van een Europese bekendmaking, dat een model-UEA bij de bekendmaking werd gevoegd en dat het bestek wel degelijk verwees naar het bijvoegen van een UEA indien dat vereist was. De inschrijvers mochten er dan ook van uitgaan dat de EU-drempel overschreden was. Ook een inschrijver met een offerte beneden de EU-drempel dient volgens de tussenkommende partij een UEA bij te voegen wanneer de raming de drempel overschrijdt. Zij gaat ervan uit dat de raming zal blijken uit het administratief dossier en doet gelden dat het aan de verzoekende partij zal toekomen om het onrealistisch karakter ervan aan te tonen. De verwijzing naar het bedrag van de in de aankondiging gevraagde erkenningsklasse wordt door de tussenkommende partij verworpen als irrelevant, nu de in de opdrachtdocumenten gevraagde erkenningsklasse steeds slechts indicatief is. De verzoekende partij mocht dus niet op grond van dat gegeven ervan uitgaan dat de opdracht onder de EU-drempel lag. De verzoekende partij had minstens een vraag om uitleg moeten stellen aan de verwerende partij. De tussenkommende partij wijst er ten slotte op dat de andere inschrijvers wel een UEA hebben bijgevoegd.

Beoordeling

9.1. De op de voorliggende opdracht van toepassing zijnde Europese drempel voor werken bedraagt 5.350.000 euro, zoals bepaald in artikel 11 van het koninklijk besluit plaatsing 2017.

Wanneer de geraamde waarde de toepasselijke EU-drempel bereikt, lijkt het overeenkomstig artikel 73 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ en de artikelen 38 en 39 van het koninklijk besluit plaatsing

2017 in beginsel voor de aanbestedende overheid verplicht om een UEA te laten voorleggen door de inschrijver maar mag zij, wanneer de EU-drempel niet wordt bereikt, daarentegen geen UEA eisen. Hieruit lijkt ook te moeten worden afgeleid dat het bijvoegen van een UEA wanneer dit niet is vereist, in beginsel geen aanleiding lijkt te kunnen geven tot een onregelmatigverklaring.

Het niet naleven van de verplichting een UEA bij de offerte te voegen, is volgens artikel 76, § 1, vierde lid, 2°, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 een substantiële onregelmatigheid. De aanbestedende overheid dient deze offerte overeenkomstig artikel 76, § 3, van hetzelfde besluit nietig te verklaren.

9.2. Artikel 3, eerste lid, van de wet van 20 maart 1991 ‘houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken’ luidt:

“De overheidsopdrachten en de concessies voor werken bedoeld in artikel 2, waarvan de geraamde waarde een bij koninklijk besluit vastgesteld bedrag overschrijden, kunnen slechts uitgevoerd worden door ondernemers, zowel publiek- als privaatrechtelijke, die op het moment van de sluiting van de opdracht of van de concessieovereenkomst :

1° hetzij te dien einde erkend zijn;

2° hetzij het bewijs geleverd hebben dat zij de voorwaarden opgelegd door of krachtens deze wet vervullen.”

Artikel 7, §§ 1 en 2, van dezelfde wet luidt:

§ 1. Voor de toepassing van deze wet worden de werken ingedeeld in verschillende klassen volgens het bedrag van de inschrijving en in verschillende categorieën en ondercategorieën volgens hun aard. Deze indeling wordt bij koninklijk besluit bepaald.

§ 2. Overeenkomstig de indeling van § 1 kan aan de aannemers een erkenning verleend worden in klassen, categorieën en ondercategorieën van werken die hen mogen worden gegund.”

Artikel 3, §§ 1 en 2, van het koninklijk besluit van 26 september 1991 ‘tot vaststelling van bepaalde toepassingsmaatregelen van de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken’ luidt:

“§ 1. De erkende aannemers worden voor elke categorie of ondercategorie in acht klassen ingedeeld.

§ 2. Het maximale bedrag exclusief B.T.W. van de aanneming van werken die aan de aannemer mag worden gegund is voor elk van de eerste zeven klassen vastgesteld als volgt :

[...]

klasse 7 : 5 330 000 EUR.”

10.1. Uit het administratief dossier – stuk 6 – blijkt dat de opdracht door de verwerende partij werd geraamd op 5.348.137,63 euro, btw niet inbegrepen, dit is beneden de toepasselijke EU-drempel van 5.350.000 euro.

Op grond van deze raming lijkt de verwerende partij in beginsel geen UEA te hebben mogen vereisen en lijkt zij de verzoekende partij niet te hebben mogen weren wegens het niet bijvoegen van een UEA.

10.2.1. In haar nota doet de verwerende partij echter gelden dat het ramingsbedrag nadien nog gewijzigd had moeten worden, waarbij zij een betoog voert, gesteund op een aanpassing van de geraamde eenheidsprijs van post 84 ‘Geprefabriceerde betonnen geleideconstructie voor voertuigen volgens 8-2.2.1, met kerend vermogen H4b en werkingsbreedte W2’ van de meetstaat. Zij besluit dat het geraamde totaalbedrag van de opdracht met 36.000 euro diende te worden verhoogd tot 5.384.137,63 euro, btw niet inbegrepen, wat boven de EU-drempel van 5.350.000 euro is, en dat dit de reden is van de Europese publicatie.

10.2.2. Dat betoog lijkt echter niet zonder meer te kunnen worden bijgevalen. Immers, op het eerste gezicht lijkt het onvoldoende steun te vinden in het administratief dossier zelf. Zoals reeds opgemerkt, blijkt het administratief dossier – stuk 6 – enkel een raming te bevatten van een bedrag beneden de EU-drempel. Er wordt evenmin een herziene raming boven de EU-drempel voorgelegd, daterend van vóór de publicatie van de opdracht. De verwerende partij legt enkel een aantal e-mailberichten tussen haar eigen medewerkers voor, die vooral gaan over het type betonnen geleideconstructie dat juist dient te worden gebruikt. Die berichten betreffen op het eerste gezicht de technische uitvoeringswijze van die specifieke post van de opdracht. Er blijkt alleszins *prima*

facie niet afdoende duidelijk uit die berichten, noch uit enig ander stuk van het administratief dossier, dat het geraamde totaalbedrag van de opdracht door de aanbestedende overheid vóór de publicatie ervan uitdrukkelijk herzien zou zijn geworden van 5.348.137,63 euro, btw niet inbegrepen, naar 5.384.137,63 euro, btw niet inbegrepen, en aldus van onder de EU-drempel naar boven de EU-drempel zou zijn getild.

10.3.1. Voorts betoogt de verwerende partij dat “[e]en raming [...] niet in een specifieke vorm gegoten [hoeft] te worden, maar moet blijken uit onderling overeenstemmende indicaties”. Zo wijst de verwerende partij naast haar uiteenzetting over post 84 ook op de Europese bekendmaking en op het feit dat er bij de in te vullen offerte een UEA was gevoegd. Ook merkt zij op dat de verzoekende partij de enige inschrijver is die geen UEA bij haar offerte heeft gevoegd en dat zij haar evenmin vragen hierover heeft gesteld. De tussenkommende partij laat een soortgelijke argumentatie gelden.

10.3.2.1. De Raad van State valt het aldus relativeren van het belang van de voorafgaande volwaardige en accurate raming van de waarde van de opdracht op het eerste gezicht niet bij.

De raming van het bedrag van de opdracht lijkt immers een cruciale voorafgaande stap te zijn bij het opstarten van een plaatsingsprocedure. De raming is immers op vele vlakken een decisief feitelijk element voor de hele plaatsingsprocedure. Ze bepaalt namelijk het juridische statuut van de opdracht en legt daarmee zowel de diverse kenmerken als de fasering van de te volgen plaatsingsprocedure in hun plooi. Zij kan daarnaast ook beslissend zijn voor het specifieke rechtsbeschermingsregime dat op de opdracht van toepassing zal zijn.

Dit wordt uitdrukkelijk met zoveel woorden bevestigd in de regelgeving inzake overheidsopdrachten zelf. Immers, overeenkomstig artikel 6 koninklijk besluit plaatsing 2017, bepaalt “[d]e raming van het bedrag van de opdracht bij het opstarten van de procedure [...] de regels die gedurende het hele verloop ervan toepasselijk zijn, voor zover de toepassing van deze regels afhankelijk is van [de] geraamde waarde van de opdracht of van de verplichte voorafgaande Europese bekendmaking”.

De raming van de opdracht, de stappen die de aanbestedende overheid daarbij moet doorlopen en de modaliteiten die zij daarbij in acht moet nemen, zijn dan ook uitvoerig vastgelegd in de regelgeving – artikel 7 van hetzelfde besluit.

Gelet op deze vaststellingen lijkt de verwerende partij op het eerste gezicht niet te kunnen worden bijgevalen in de mate dat zij doet gelden dat het voldoende is dat een raming kan blijken uit onderling overeenstemmende indicaties.

Van een zorgvuldige aanbestedende overheid lijkt op het eerste gezicht te mogen worden verwacht dat zij de nodige aandacht besteedt aan het opstellen van een volwaardige raming van de waarde van de opdracht, liefst gegoten in een duidelijk ramingsdocument dat door de aanbestedende overheid voortdurend wordt geactualiseerd.

Zulks lijkt *a fortiori* te gelden wanneer, zoals te dezen, het geraamde totaalbedrag van de opdracht zich vlakbij de EU-drempel bevindt en, blijkens de argumentatie van de verwerende partij zelf, door de aanbestedende overheid net vóór de publicatie van de opdracht nog boven de toepasselijke EU-drempel zou zijn getild, waardoor *prima facie* het hele juridische regime van de opdracht wordt gewijzigd, met aanzienlijke gevolgen voor de inschrijvers, zoals de verzoekende partij hier ervaart.

Zoals reeds opgemerkt lijkt het enig stuk waarop in de huidige stand van het geding, evenwel met de rechtens vereiste prima-faciezekerheid, acht mag worden geslagen, de raming zoals ze blijkt uit het administratief dossier zelf – stuk 6 – dit is een geraamd totaalbedrag beneden de hier toepasselijke EU-drempel.

10.3.2.2. De verzoekende partij doet bovendien terecht gelden dat zij misleid werd door de informatie vermeld in de aankondiging van de opdracht.

Die informatie lijkt inderdaad minstens onduidelijk, zo niet dubbelzinnig niettegenstaande van een zorgvuldige aanbestedende overheid mag

worden verwacht dat zij ook op dit vlak transparant is en dus klaar en duidelijk communiceert.

In de aankondiging van de opdracht werd het veld “geraamde totale waarde” blanco gelaten door de aanbestedende overheid. Hoewel er geen rechtsplicht lijkt te bestaan voor de aanbestedende overheid om dat veld in te vullen, lijkt de verwerende partij daarmee aan de mogelijke inschrijvers wel een determinerend aanknopingspunt te hebben ontnomen wat de EU-kwalificatie van de opdracht betreft.

Zoals de verzoekende partij terecht doet gelden, werd er in de aankondiging, zo lijkt, een ander aanknopingspunt inzake de waarde van de opdracht opgelegd, namelijk de erkenningsvereiste klasse 7, dat zich beneden de toepasselijke EU-drempel bevindt. Door een erkenning klasse 7 te vereisen, lijkt de aanbestedende overheid immers zelf te kennen te geven aan de mogelijke inschrijvers dat de opdracht in beginsel een geraamde waarde heeft beneden het maximumbedrag van die erkenningsklasse, namelijk 5.330.000 euro, btw niet inbegrepen, en dus ook beneden de toepasselijke EU-drempel.

In zoverre de verwerende partij nu doet gelden dat de raming herzien diende te worden en de opdracht een hoger geraamd totaalbedrag had, volgt daaruit meteen dat zij in de aankondiging aldus *prima facie* een verkeerde erkenningsklasse heeft opgelegd aan de mogelijke inschrijvers.

Hoewel het zo is dat de vermelding van de erkenningsvoorwaarden in de aankondiging van de opdracht voorlopig is en niet zonder meer absoluut bindend, aangezien overeenkomstig artikel 3 van het voormelde koninklijk besluit van 26 september 1991 deze voorwaarden definitief worden bepaald door het goed te keuren bedrag van de inschrijving, lijkt het vermelden van een bepaalde erkenningsklasse door de aanbestedende overheid, bij gebrek aan andere indicaties over de waarde van de opdracht, wel degelijk een aanknopingspunt te mogen zijn voor een normaal zorgvuldig inschrijver om de financiële omvang van de betrokken opdracht in te schatten. Een normaal zorgvuldig inschrijver mag overigens veronderstellen dat de aanbestedende

overheid de correcte erkenningsklasse in de aankondiging heeft vermeld en dit op grond van een zorgvuldige raming.

Ook het eigen offertebedrag van de verzoekende partij lag aanzienlijk – overigens net zoals dat van twee van de drie (voorlopig) regelmatig bevonden inschrijvers – onder de toepasselijke EU-drempel. Hoewel zulks op zich zeker geen bepalend element kan zijn, lijkt dat gegeven in de concrete omstandigheden van de zaak voor een normaal zorgvuldig en ervaren inschrijver wel een bijkomend aanknopingspunt te mogen vormen wat de EU-kwalificatie van de opdracht betreft.

Dat de opdracht ook Europees werd aangekondigd en er een model-UEA bij werd gevoegd, lijkt geen afbreuk te doen aan de vaststelling dat reglementair enkel het bedrag van de raming van de opdracht determinerend is ten aanzien van de EU-drempel. Dat een opdracht wordt gepubliceerd in het EU-Publicatieblad maakt haar daarom nog geen EU-opdracht.

De omstandigheid dat het bestek bepaalt dat er een UEA bij de offerte diende te worden gevoegd indien dat vereist was, doet geen afbreuk aan de zojuist reeds vastgestelde onduidelijkheid. Er blijkt niet dat het bestek ondubbelzinnig het bijvoegen van een UEA vereist. Het bestek bevat daarentegen op het eerste gezicht een standaardclausule die in het midden laat of er te dezen al dan niet een UEA moet worden voorgelegd. Dat er ook een deels door de aanbestedende overheid ingevuld UEA-model ter beschikking werd gesteld of dat de andere inschrijvers wel een UEA hebben ingediend, doet dan ook niet anders oordelen.

Ten slotte kan het de verzoekende partij te dezen niet worden verweten dat zij geen vragen heeft gesteld aan de verwerende partij. Het komt, zoals reeds opgemerkt, immers in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid toe duidelijk en ondubbelzinnig te communiceren wat van een inschrijver wordt verwacht, wat hier dus niet het geval lijkt. Hierbij mag nog worden bedacht dat door de regelgever aan het niet indienen van een UEA een quasi-onafwendbare sanctie is verbonden. Het lijkt dan ook van een zorgvuldige aanbestedende overheid te mogen worden verwacht dat zij in hoofde van de inschrijvers op een

overheidsopdracht geen enkele redelijke twijfel laat bestaan over het al dan niet verplicht zijn van het indienen van een UEA.

11. Uit het voorgaande leidt de Raad van State af dat de verwerende partij *prima facie* niet aantoont dat zij de offerte van de verzoekende partij mocht weren door het ontbreken van een UEA bij die offerte als een substantiële onregelmatigheid te beoordelen. Die voorlopige conclusie verantwoordt de schorsing van de tenuitvoerlegging van de beslissing om de offerte van de verzoekende partij te weren en de opdracht te gunnen aan de nv Stadsbader.

In de mate dat de verzoekende partij de schorsing vordert van de tenuitvoerlegging van de impliciete beslissing om de opdracht niet te gunnen aan de verzoekende partij, wordt de vordering verworpen. De verzoekende partij toont niet aan dat er te dezen uitzonderlijke omstandigheden zijn, die wijzen op een rechtsplicht om de opdracht aan haar te gunnen.

VII. Besluit

12. Het enig middel is ernstig.

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

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Stadsbader tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van het Vlaamse Gewest, Agentschap Wegen en Verkeer, afdeling West-Vlaanderen van 10 december 2021 met betrekking tot de overheidsopdracht ‘E403 Kortrijk-Roeselare richting Brugge – structureel onderhoud’, waarbij de offerte van de nv Willemen Infra niet wordt geselecteerd en de opdracht wordt gegund aan de nv Stadsbader.

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van vierentwintig februari tweeduizend tweeëntwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,
bijgestaan door

Greta Scheveneels,

De griffier

Greta Scheveneels

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De voorzitter

Pierre Barra