

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 182.127 van 17 april 2008
in de zaak A. 187.179/XII-5351.**

In zake : de BVBA CAROLA,
die woonplaats kiest bij
advocaat A. Eeckhout,
kantoor houdende te Zwalm,
Zwalmstraat 8/1

tegen :

het VLAAMSE GEWEST, vertegenwoordigd door de Vlaamse
Regering,
dat woonplaats kiest bij
advocaat K. Ronse,
kantoor houdende te Brussel,
G. Macaulaan 33.

tussenkomen partij :

de NV ABOG,
die woonplaats kiest bij
advocaat F. Geerts,
kantoor houdende te Gent,
Sint-Martensstraat 6.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het enig verzoekschrift dat de BVBA Carola op 20 februari
2008 heeft ingediend om de schorsing van de tenuitvoerlegging en de nietigverklaring
te vorderen van :

- “- de beslissing van 6 december 2007 van de heer ir. Chris Caestecker,
genomen namens de Vlaams minister van Openbare Werken, Energie,
Leefmilieu en Natuur, waarbij de offerte van verzoekster niet wordt
geselecteerd in het kader van de openbare aanbestedingsprocedure voor
aanneming van diensten 'Groenonderhoud (grasbermen en beplanting) op
de A17/N31 en A18 in het district D321 (Jabbeke)' en de opdracht wordt
gegrond aan de onderneming ABOG NV.
- de impliciete beslissing van de heer ir. Chris Caestecker, genomen namens
de Vlaams minister van openbare Werken, Energie, Leefmilieu en Natuur,

waarbij de voormelde opdracht voor 'groenonderhoud (grasbermen en beplanting) op de A17/N31 en A18 in het district D321 (Jabbeke)' niet aan verzoekster wordt gegund”;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gezien het verslag opgesteld door eerste auditeur P. Barra;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen;

Gelet op de beschikking van 25 maart 2008 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 10 april 2008;

Gezien het op 12 maart 2008 ingediende verzoekschrift waarbij de NV A.B.O.G. vraagt in het administratief kort geding te mogen tussenkomen; dat zij voordeel blijkt te halen uit de bestreden beslissing en erbij belang heeft dat de vordering wordt afgewezen; dat haar verzoek dienvolgens moet worden ingewilligd;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat A. Eeckhout, die verschijnt voor verzoekende partij, van advocaat B. Ronse, die verschijnt voor de verwerende partij, en van advocaat F. Geerts die verschijnt voor de tussenkomende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur P. Barra;

Gelet op de artikelen 17 en 18 en titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973,

OVERWEEGT WAT VOLGT :

De gegevens van de zaak

1. In het Bulletin der Aanbestedingen van 14 september 2007 wordt de volgende opdracht bekendgemaakt op initiatief van de verwerende partij :

“Groenonderhoud (grasbermen en beplanting) op de A17/N31 en A18 in het district D321 Jabbeke”.

De gunningswijze is de openbare aanbesteding; het betreft volgens de bekendmaking een opdracht werken.

De opdracht wordt beheerst door het bestek nr. 1M3D8J/07/20. Op het schutblad is er sprake van een “openbare aanbesteding voor aanneming van diensten”; op bladzijde 3 wordt ook duidelijk geopteerd voor de kwalificatie diensten.

Het bestek vermeldt onder “Bij de offerte te voegen bescheiden” (artikel 90, § 2) :

“Naast de bescheiden en nota’s, vereist door de wettelijke en reglementaire bepalingen en door de documenten waarnaar dit bijzonder bestek verwijst, dient de inschrijver nog de volgende documenten bij zijn offerte te voegen:
[...]

7) Een referentielijst van gelijkaardige werkzaamheden, uitgevoerd tijdens de laatste 3 jaren, op autosnelwegen en/of op gewestwegen met minimum 2 x 2 rijstroken, gescheiden door een middenberm.

Deze lijst dient vergezeld te zijn van een verklaring van goede uitvoering, ondertekend door de betreffende opdrachtgever(s).

De aannemingssom van deze contracten dient daarbij (bij voorkeur) te worden vermeld.

Deze documenten worden als essentieel aanzien voor het beoordelen van de conformiteit van de offerte, met de besteksvoorschriften”.

2. De verzoekende partij dient met een brief gedagtekend op 28 september 2007 haar offerte in samen met een aantal referenties met verklaringen van goede uitvoering.

3. Op 2 oktober 2007 worden de tien offertes geopend; de offerte van de verzoekende partij bedraagt 766.967,58 euro en die van de NV ABOG 773.431,83 euro; dit zijn de twee laagste offertes.

4. Er wordt een gunningsverslag opgesteld op 5 december 2007.

Hierin wordt vermeld dat de offerte van de NV ABOG van 773.431,83 euro wordt voorgedragen als laagste regelmatige inschrijver onder de volgende verantwoording :

“De laagste bieding werd ingediend door Carola BVBA. Deze offerte voldoet niet aan de kwalitatieve selectie gevraagd in art. 90 § 2 punt 7) van het bestek nl. het voorleggen van referenties van gelijkaardige werkzaamheden, uitgevoerd tijdens de laatste drie jaren, op autosnelwegen en/of autowegen met minimum 2x2 rijstroken, gescheidendoor een middenberm en dit als hoofdaannemer zowel door de firma Carola BVBA noch door haar “voorganger” de natuurlijke persoonfirma Schilders Carola, op wie de

rechtspersoon in dit geval een beroep kan doen (naar analogie met art. 95 van het K.B. van 8 januari 1996).

Bijgevolg kan de firma Carola BVBA niet worden geselecteerd in deze gunningsprocedure, en kan ze niet verder beoordeeld worden op conformiteit/regelmatigheid.

De eerstvolgende laagste offerte ingediend door de NV ABOG voldoet aan de kwalitatieve selectie van art. 90 § 2 van het bestek. De bieding bevat geen abnormale hoge of lage eenheidsprijzen in vergelijking met de raming.

De aannemer heeft de vereiste documenten bij zijn offerte toegevoegd.

Ik beschouw de bieding van ABOG NV als regelmatig en stel voor ze goed te keuren als laagste regelmatige offerte”.

5. Op 6 december 2007 beslist de directeur-generaal ir. Caestecker de opdracht te “gunnen” aan NV ABOG onder verwijzing naar het “gemotiveerde gunningsverslag” van 5 december 2007. In die beslissing lijkt het voorwerp van de vordering begrepen.

6. Met een brief van 7 december 2008 vraagt de verwerende partij bij monde van een directeur-ingenieur aan de verzoekende partij om binnen tien dagen eventuele bijkomende referenties op te geven zoals bedoeld in het bestek namelijk gelijkaardige werkzaamheden, uitgevoerd tijdens de laatste 3 jaren, op autosnelwegen en/of op gewestwegen met minimum 2 x 2 rijstroken, gescheiden door een middenberm met een verklaring van goede uitvoering ondertekend door de betreffende opdrachtgever.

7. Met een brief van 15 december 2007 antwoordt de verzoekende partij als volgt aan de verwerende partij :

“Gevolg gevend aan Uw in betreft vermeld schrijven kunnen wij ter aanvulling nog het volgende mededelen:

- Wij hebben tijdens de laatste 3 jaren reeds een duidelijke ervaring in soortgelijke werken. Inderdaad, tijdens het jaar 2005 hebben wij reeds soortgelijke werken uitgevoerd voor de NV D. Stadsbader - Flamand (getuigschrift in bijlage) in het kader van ‘Maaien met opkuis langs de autosnelweg A10/A18 met inbegrip van het gebruik van een signalisatievoertuig met botsabsorbeerder en voorsignalisatievoertuig met botsabsorbeerder voor werken van 6de cat.’.

Art. 90, § 2 punt 7 vermeldt niet dat deze werken dienden uitgevoerd te zijn als ‘hoofdaannemer’ van een bestuur zoals gevraagd in Uw schrijven. Wij hebben dus reeds als eigen bedrijf soortgelijke werken tot algehele voldoening uitgevoerd.

- Ondanks het feit dat wij onder deze bvba nog een relatief jong bedrijf zijn belet dit niet dat wij over personeel beschikken, die de nodige ervaring hebben om deze werken tot een goed gevolg uit te voeren. Inderdaad, tot ons personeel behoren ook werknemers die vroeger tewerkgesteld waren voor het uitvoeren van de maaiwerken op de A18 tijdens de volledige periode van de werken vanaf 1992 tot 1998 bij het aannemingsbedrijf Frans Schepens. -destijds hoofdaannemer.

Deze, samen met mijn echtgenote Roland Tonniau al meer dan 20 jaar zelfstandig in de groensector en mezelf Carola Schilders al 20 jaar werkzaam in de sector van groenonderhoud langs wegen en waterwegen staan we garant voor een goede en vertrouwde uitvoering van de in bestek vermelde diensten.”.

Bij deze brief steekt een “getuigschrift” opgemaakt op 12 december 2007 en ondertekend door de NV D. Stadsbader-Flamand uit Harelbeke-Stasegem; hierin wordt verklaard dat de “onderneming Carola Schilders (bvba Carola) voor mij tijdens het jaar 2005 tot mijn gehele voldoening de volgende werken heeft uitgevoerd” namelijk “Maaien let opkuis langs de autosnelweg A10/A18 met inbegrip van het gebruik van een signalisatievoertuig met botsabsorbeerder en een voorsignalisatievoertuig met botsabsorbeerder voor werken van 6^{de} Cat. REF : JDF6/0505/002 Plaats van uitvoering AUTOSNELWEG A10/A18”.

8. Met een brief van 1 februari 2008 antwoordt de verwerende partij aan de verzoekende partij. Onder verwijzing naar artikel 21bis van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen diensten, deelt de verwerende partij de verzoekende partij mee dat haar offerte niet werd geselecteerd om volgende reden :

“De door u voorgelegde referenties als onderaannemer van de N.V. D. Stadsbader - Flamand (zie uw brief d.d. 15.12.2007) kunnen niet worden aanvaard.

De hoofdaannemer is immers als enige contractant verantwoordelijk voor alle prestaties. De aanbestedende overheid kan dan ook bezwaarlijk verklaringen van goede uitvoering afleveren aan onderaannemers of dergelijke verklaringen van een hoofdaannemer aanvaarden.

Ik verwijs u hierbij naar de bepalingen van art. 71, 2/ lid, 2/ van het K.B. d.d. 08.1.96 en 90 § 2, 7 van het bijzonder bestek. U werd derhalve als inschrijver niet geselecteerd.”

Er wordt voorts gewezen op de mogelijkheid beroep in te dienen bij de Raad van State binnen de zestig dagen.

9. Met een brief van 11 februari 2008 antwoordt de verzoekende partij aan de verwerende partij :

“U vermeldt dat wij niet geselecteerd zijn op het grond van het K.B. van 08-01-1996, art. 71, 2/ lid, 2/, dat uitdrukkelijk zegt: ‘... indien het gaat om diensten aan privaatrechtelijke personen worden de diensten aangetoond door deze personen,...’. Hier is het dus daadwerkelijk voor de firma N.V. D. Stadsbader - Flamand dat wij gewerkt hebben (privaatrechtelijke persoon van wie wij een getuigschrift gekregen hebben). Trouwens als de werken door het opdrachtgevend bestuur aanvaard werden, waren het dan ook onze werken die aanvaard zijn!!!

Tevens Uw verwijzing naar het Bijzonder Bestek (BLK 1M3D8J/07/20) voor art 90§2.7 klopt niet. Hier staat uitdrukkelijk vermeld dat de werken diende uitgevoerd worden voor een ‘opdrachtgever’ en dat deze opdrachtgever een verklaring dient op te maken en te ondertekenen voor ‘goede uitvoering’ en dit is gebeurd door onze privaatrechtelijke persoon, met name de N.V. D. Stadsbader-Flamand, die onze ‘opdrachtgever’ was!

Gelet op de weerlegging van Uw beide punten waarop U onze bieding niet selecteert vragen wij per kerende Uw beslissing te herzien en ons toch nog te selecteren”.

10. Met een brief van 12 februari 2008 schrijft de raadsvrouw van de verzoekende partij een brief aan de verwerende partij en kondigt een schorsingsprocedure aan.

11. Bij beschikking van 13 februari 2008 legt de Voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brugge de verwerende partij verbod op om de toewijzingsbeslissing te betekenen aan de gekozen inschrijver onder verbeurte van een dwangsom. Deze beschikking wordt gekoppeld aan een binnen de vijftien kalenderdagen in te dienen schorsingsberoep bij de Raad van State en aan het daaruitvolgend arrest.

12. Met een brief van 14 februari 2008 brengt de verwerende partij aan de verzoekende partij het gunningsverslag en de gunningsbeslissing ter kennis.

De exceptie

13. De exceptie betreffende de ontvankelijkheid die de verwerende partij inroept dient niet te worden onderzocht noch dient er over uitspraak te worden gedaan, nu hierna zal blijken dat de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing niet zijn vervuld.

De grondvoorwaarden voor de schorsing

14. Krachtens artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen;

15. De verzoekende partij voert de schending aan van “artikel 10 en 11 van de Grondwet, artikel 1 en 15 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, van artikel 2 en 48, lid 2, a), ii) van de Richtlijn 2004/18 van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, van artikel 71 en 95 van het van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken en van het legaliteitsbeginsel, “patere legem quam ipse fecisti” en het gelijkheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur”.

Volgens haar wordt in de bestreden beslissing de niet-selectie verantwoord door er op te wijzen dat haar referenties geen betrekking hebben op opdrachten uitgevoerd als hoofdaannemer. Het bijzonder bestek legt dit echter niet als voorwaarde op en stelt enkel dat een verklaring van goede uitvoering van de opdrachtgever volstaat. Nergens in artikel 90, § 2, punt 7, van het bestek wordt vermeld dat de referenties dienen te zijn verworven als hoofdaannemer. Hier is dus door het bestuur het legaliteitsbeginsel geschonden, “namelijk dat het zijn eigen regels moet naleven en correct toepassen”. Artikel 71 van het voornoemde koninklijk besluit en artikel 48 van de voornoemde richtlijn laten toe om de technische draagkracht aan te tonen middels referenties inzake diensten aan private personen. Die bepalingen worden geschonden door de verwerende partij nu deze stelt dat enkel diensten als hoofdaannemer voor een bestuur kunnen worden in aanmerking genomen. Ook het gelijkheidsbeginsel en het beginsel van de vrije mededinging verzetten er zich ten slotte tegen dat de technische bekwaamheid enkel zou kunnen worden aangetoond met referenties van een aanbestedende overheid. De redenering van de verwerende partij houdt in dat geen enkele onderneming die nog nooit rechtstreeks voor de overheid heeft gewerkt, in aanmerking kan komen.

16. Bevreemdend is in dit dossier dat voor de verwerende partij een beslissing wordt genomen op 6 december 2007 en daarna toch nog in contact wordt getreden en gediscussieerd wordt met de verzoekende partij over haar op 6 december 2007 besliste niet-selectie.

In de bestreden beslissing van 6 december 2007 wordt de niet-selectie van de verzoekende partij, zoals reeds hiervoor aangehaald, als volgt -onrechtstreeks via het gunningsverslag- gemotiveerd :

“Deze offerte voldoet niet aan de kwalitatieve selectie gevraagd in art. 90 § 2 punt 7) van het bestek nl. het voorleggen van referenties van gelijkaardige werkzaamheden, uitgevoerd tijdens de laatste drie jaren, op autosnelwegen en/of autowegen met minimum 2x2 rijstroken, gescheiden door een middenberm en dit als hoofdaannemer zowel door de firma Carola BVBA noch door haar “voorganger” de natuurlijke persoon firma Schilders Carola, op wie de rechtspersoon in dit geval een beroep kan doen (naar analogie met art. 95 van het K.B. van 8 januari 1996)”.

Deze motieven lijken juist te zijn en ook wel aanvaard door de verzoekende partij nu die, toen de verwerende partij daarop wees, haar offerte aanvulde met een nieuwe verklaring, ditmaal dus van de NV Stadsbader- Flamand. Nergens blijkt echter dat de ogenschijnlijk voor de toewijzing bevoegde ambtenaar directeur-generaal Caestecker, de zogenaamde nieuwe motivering waartegen de verzoekende partij kritiek levert, tot de zijne heeft gemaakt.

De briefwisseling en de motivering van na de bestreden beslissing van 6 december 2007 lijken aldus geen uitstaans te hebben met die bestreden beslissing zelf. De verzoekende partij formuleert in haar middel bijgevolg kritiek op een a posteriori motivering, namelijk op het niet aanvaarden van het getuigschrift van voormelde NV Stadsbader-Flamand.

Die kritiek treft dus niet de bestreden beslissing tot niet-selectie, die als een gemotiveerde eindbeslissing ten opzichte van de verzoekende partij lijkt te moeten worden aangemerkt.

De verzoekende partij dient te dezen en in de huidige stand van de procedure dus te worden beschouwd als een onregelmatige inschrijver. Een dergelijke inschrijver heeft in principe geen belang om de toewijzing van een opdracht aan een andere inschrijver aan te vechten, laat staan de implicite beslissing om hem de opdracht niet toe te kennen. Dit lijkt te dezen niet anders, nu de verzoekende partij niet aantoont dat de gehele gunningsprocedure zou zijn gevitieerd.

OM DIE REDENEN BESLIST DE RAAD VAN STATE :

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van de NV ABOG in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

Artikel 2.

De vordering tot schorsing wordt verworpen.

Artikel 3.

De uitspraak over de bijdrage in de betaling van de kosten van de vordering tot schorsing wordt uitgesteld.

De kosten van de tussenkomst, bepaald op 125 euro, komen ten laste van de tussenkomende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op zeventien april 2008, door :

de H.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
Mevr.	S. DOMS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.