

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 182.748 van 8 mei 2008
in de zaak A. 79.551/XII-1514.**

In zake : de NV LES ACIERIES DE LA MEUSE,
die woonplaats kiest bij
advocaat L. Van Hout,
kantoor houdende te Berlaar,
Markt 78

tegen :

de VLAAMSE VERVOERMAATSCHAPPIJ “DE LIJN”,
die woonplaats kiest bij
advocaat D. Lindemans,
kantoor houdende te 1000 Brussel,
Keizerslaan 3.

DE RAAD VAN STATE, XIIe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat de NV Les Acieries de la Meuse op 27 juli 1998 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van de beslissing van de verwerende partij “d.d. 27 mei 1998 tot toewijzing aan de firma JEZ Ferroviarios, van de opdracht van lot I en lot II <van de opdracht SW 151/98 voor de levering van spoortoestellen voor de spoorvernieuwing te Antwerpen en de verlenging van de tramlijn naar Zwijndrecht>”;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op de beschikking van 15 januari 2002 die de neerlegging ter griffie van het verslag en van het dossier gelast;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen en gezien de laatste memories;

Gelet op de beschikking van 26 november 2007 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 15 januari 2008;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat A. Vandaele, die loco advocaat L. Van Hout verschijnt voor de verzoekende partij, en van advocaat J. Honnay, die verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op 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. De verwerende partij schrijft een openbare aanbesteding uit voor het leveren van spoortoestellen.

Er wordt in vijf percelen voorzien.

Perceel I betreft “Wissels en wisseltongen in mangaanstaal”.

Perceel II : “Puntstukken, strijkgereedschappen en tussenrails in mangaanstaal”.

Onder “selectiecriteria” wordt in het bestek bepaald :

“Als bewijs van minstens 5 jaar ervaring in het vervaardigen van spoortoestellen voegt de inschrijver bij zijn aanbieding een referentielijst van leveringen van de laatste 5 jaar.

Deze referenties kunnen slechts in aanmerking genomen worden voor zover ze vergezeld zijn van behoorlijk ingevulde getuigschriften opgesteld door de opdrachtgevers”.

2. Voor beide voornoemde percelen zijn er 2 inschrijvers :

- perceel I : de verzoekende partij met 15.921.000 frank en S.L. JEZ Sistemas Ferroviarios met 10.411.500 frank, BTW niet inbegrepen.
- perceel II : de verzoekende partij met 19.081.000 frank en S.L. JEZ Sistemas Ferroviarios met 13.442.000 frank, BTW niet inbegrepen.

3. Bij haar offerte voegt S.L. JEZ Sistemas Ferroviarios een brief van 19 maart 1998 van de NMBS :

“Nous certifions que la société espagnole JEZ nous fourni des coeurs de croisement monoblocs au manganèse depuis bientôt dix ans et que ces fournitures, tant en nombre qu'en divers types de coeurs, donnent entière satisfaction”.

(Vertaald : “Wij bevestigen dat de Spaanse vennootschap JEZ ons puntspoorstukken in mangaanstaal levert sinds tien jaar en dat deze leveringen zowel in aantal als qua diverse types van kruisingen volledige voldoening geven”).

Zij voegt eveneens een uitgebreide referentielijst “Foreign customer references” (“Referenties buitenlandse klanten”) bij, evenwel zonder getuigschriften.

4. Directeur-generaal Van Wesemael onderzoekt in een nota van 27 mei 1998 de offertes : hij is van oordeel, wat de kwalitatieve selectiecriteria betreft, dat de referenties van beide inschrijvers “OK” zijn en dat beide inschrijvers voldoende ervaring hebben. Hij stelt voor de beide percelen toe te wijzen aan JEZ, de laagste regelmatige inschrijver.

5. De raad van bestuur beslist op 27 mei 1998, overwegende dat alle offertes conform zijn en technisch voldoen aan de eisen gesteld in het lastenboek en dat de bieding van JEZ de laagste conforme is, toe te wijzen zoals voorgesteld.

6. Met een brief van 3 juni 1998 vraagt de verzoekende partij de gemotiveerde toewijzingsbeslissing, die wordt toegezonden met brief van 12 juni 1998.

De gegrondheid van het beroep

7. De verzoekende partij formuleert de volgende middelen :

“Eerste middel : manifest gegrond middel.

Het middel is afgeleid uit de schending van artikel 15 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en telecommunicatie; uit de schending van het bericht tot aankondiging van de overheidsopdracht, gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen van 27 februari 1998; uit de schending van artikel 38, § 1 (Selectiecriteria) van het bijzonder lastenboek SW 151/98 dat de betreffende overheidsopdracht regelt; uit de afwezigheid van het niet afdoende karakter van of minstens uit een

manifeste beoordelingsvergissing inzake de determinerende motivering en uit machtsoverschrijding,

doordat de bestreden beslissing, wat betreft de percelen I en II, de overheidsopdracht gunt aan de firma JEZ, die niet beschikt over een ervaring van 5 jaar voor de spoortoestellen en die daarvan, geen afdoend bewijs kan leveren gelet op het niet neerleggen van een lijst met referenties van de opdrachtgevers van de laatste 5 jaar met betrekking tot dit domein,

terwijl de verwerende partij, die voor zichzelf als kwalitatief selectie criterium voor de inschrijvers oplegt, dat men over een referentielijst dient te beschikken van de laatste 5 jaar met betrekking tot het domein zoals bij de aanbesteding werd gevraagd, niet als een regelmatige offerte kan beschouwen, de offerte van een aannemer die niet beschikt over deze ervaring en die zulks niet aantoonst bij wege van een bewijzende lijst,

en terwijl de verwerende partij zich niet kan beperken te stellen dat «alle offertes conform zijn en technisch voldoen aan de eisen gesteld in het lastenboek» zonder een manifeste beoordelingsvergissing te begaan en zonder haar beslissing op onvoldoende wijze te motiveren,

zodat, de verwerende partij, door te beslissen dat de offerte van JEZ conform is met de kwalitatieve selectiecriteria en dus conform is met het bijzonder lastenboek, de wettelijke en reglementaire bepalingen het middel heeft geschonden, haar beslissing niet afdoende heeft gemotiveerd en haar macht heeft overschreden.

Tweede middel : manifest gegrond middel

Het middel is afgeleid uit de schending van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, uit de schending van artikel 111, § 1, 3/ van het hoger vermeld koninklijk besluit van 10 januari 1996 en uit de schending van substantiële op straffe van nietigheid voorgeschreven vormvoorschriften,

doordat de bestreden beslissing geen enkele uitdrukkelijke motivering bevat met betrekking tot de eerbiediging door de toewijzende overheid van het kwalitatief selectie criterium dat voorschrijft dat men 5 jaar ervaring moet hebben in de levering van identiek materiaal als datgene waarover het in de overheidsopdracht gaat,

terwijl de verwerende partij, die zichzelf zulk een kwalitatief selectie criterium oplegt, haar beslissing op een adequate wijze dient te motiveren met betrekking tot voormeld criterium,

zodat de verwerende partij door zich tevreden te stellen met de vermelding dat alle offertes conform zijn met en voldoen aan de technische vereisten van het bijzonder lastenboek, haar beslissing niet op adequate en afdoende wijze gemotiveerd heeft, de in het middel geïssueerde wettelijke en reglementaire bepalingen geschonden heeft en derhalve op substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven vormvoorschriften heeft geschonden”.

8. De verwerende partij betoogt daartegen in haar memorie van antwoord dat JEZ bij haar offerte een referentielijst heeft gevoegd, waaruit duidelijk blijkt dat ze reeds vijf jaar ervaring heeft in het vervaardigen van spoortoestellen, dat bovendien een getuigschrift, afkomstig van de NMBS, eveneens bewijst dat JEZ reeds minstens vijf jaar ervaring heeft in het vervaardigen van spoortoestellen, dat bovendien mag worden opgemerkt dat de betrokken “puntspoorstukken” technisch zeer gespecialiseerde onderdelen zijn en dat a fortiori voldoende capaciteit bij JEZ aanwezig was om technisch minder gesofisticeerde spoortoestellen te maken, dat,

indien JEZ in haar refertelijst enkel verwezen had naar de ervaring met leveringen aan de NMBS en enkel de betrokken brief had bijgevoegd, JEZ reeds voldoende ervaring zou hebben aangetoond, zodat de aanbesteding haar moest worden gegund omdat zij de laagste reglementaire inschrijver was, dat de verzoekende partij zich vergist wanneer zij stelt dat het kwalitatief selectie criterium bepaalt dat men 5 jaar ervaring moet hebben in de levering van identiek materiaal als datgene waarover het in de overheidsopdrachten gaat. Aangezien het bijzonder bestek daarbij vermeldt dat de inschrijver vijf jaar ervaring moet hebben in het vervaardigen van “spoortoestellen”, voldoet JEZ duidelijk aan die voorwaarde.

9. In haar memorie van wederantwoord argumenteert de verzoekende partij nog onder meer :

“Om vooralsnog aan te tonen dat de firma JEZ Ferroviarios wel degelijk zou voldoen aan de gestelde selectiecriteria en meer bepaald blijkt zou geven van de vereiste technische ervaring, wordt thans in de memorie van antwoord verwezen naar een stuk uit het administratief dossier en meer bepaald naar een getuigschrift van de NMBS, waarbij de verwerende partij voorhoudt dat de daarin aangehaalde puntspoorstukken in mangaanstaal zeer gespecialiseerde onderdelen zouden zijn zodat de betrokken firma a fortiori ook voldoende (technische) capaciteit zou hebben om technisch minder gesofisticeerde spoortoestellen te maken.

Terzake doet verzoekende partij gelden dat uit niets blijkt dat de voorgaande vaststellingen, toelichtingen en overwegingen zoals gepreciseerd in de memorie van antwoord in casu de grondslag zouden hebben gevormd van de aangevochten gunningsbeslissing, wel integendeel.

[...]

Wat het onderzoek en de beoordeling van deze offerte betreft, zoals dit werd uiteengezet in de memorie van antwoord, valt niet alleen op te merken dat zulks aldus is geschied na het treffen van de kwestieuze gunningsbeslissing, maar bovendien dat deze post facta beoordeling berust op een manifeste vergissing dienaangaande, nl. door de aangevoerde ervaring inzake de levering van puntspoorstukken in mangaanstaal voor treinen gelijk te stellen en zelfs te verheffen boven de vereiste ervaring in het vervaardigen van spoortoestellen (wissels, wisseltongen, puntstukken, strijkgereels en tussenrails in mangaanstaal) voor trams”.

10. In haar laatste memorie beklemtoont de verzoekende partij het voormelde en volgens haar wezenlijk onderscheid onder verwijzing naar “verklaringen van specialisten” en een fotoverslag.

11. De verwerende partij noemt in haar laatste memorie de voormelde argumentatie een nieuw middel dat niet in het inleidend verzoekschrift is vervat.

12. S.L. JEZ Sistemas Ferroviarios heeft, zoals vermeld, een getuigschrift van de NMBS betreffende haar ervaring inzake puntspoorstukken bijgevoegd. De twee offertes worden onderzocht en vastgesteld wordt dat beide inschrijvers inzake de selectiecriteria voldoende ervaring hebben en overwogen wordt dat alle offertes technisch voldoen aan de eisen gesteld in het bestek. De verzoekende partij kan aldus niet worden bijgevalen waar zij in haar memorie van wederantwoord stelt dat “uit niets blijkt dat die vaststellingen en overwegingen de grondslag zouden hebben gevormd van de aangevochten beslissing”, of dat er hier een “post facta” beoordeling werd gegeven.

De toetsing aan het selectie criterium dat de ervaring in “spoortoestellen” betreft blijkt voorts niet ondeugdelijk doordat ervaring in treinspoormateriaal wordt aanvaard als voldoende ervaring voor tramspoomateriaal. Het mag immers apert heten dat de belasting van spoorrails zwaarder is door hoger gewicht en hogere snelheid van een trein in vergelijking met een tram zodat, mede gelet op de algemene verwoording van “spoortoestellen”, de gelijkstelling aanvaardbaar is. De beweerde schending van het bestek of van de toewijzingsregel vervat in artikel 15 van de wet van 24 december 1993 is dienvolgens niet aangetoond.

Het eerste middel is bijgevolg niet gegrond.

Inzake de toetsing aan het betrokken selectie criterium kan de bestreden beslissing geen ondeugdelijkheid inzake materiële motivering worden verweten, nu deze door de verzoekende partij juist wordt gelegd in de voormelde gelijkstelling.

Gelet op haar evident karakter, diende deze niet nader te worden verduidelijkt zodat ook aan de formele motiveringsverplichting is voldaan.

Ook het tweede middel is aldus niet gegrond.

OM DIE REDENEN BESLIST DE RAAD VAN STATE :

Artikel 1.

Het beroep wordt verworpen.

Artikel 2.

De kosten van het beroep tot nietigverklaring, bepaald op 173,53 euro, komen ten laste van de verzoekende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op acht mei 2008, door de XIIe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
	J. LUST,	staatsraad,
	G. VAN HAEGENDOREN,	staatsraad,
Mevr.	S. DOMS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.