

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 189.133 van 23 december 2008
in de zaak A. 190.671/XII-5651.**

In zake : de BVBA ESTATE AND LANDSCAPE MANAGEMENT,
die woonplaats kiest bij
advocaat I. Cooreman,
kantoor houdende te 1070 Brussel,
Ninoofsesteenweg 643

tegen :

de REGIE DER GEBOUWEN,
die woonplaats kiest bij
advocaat L. Wynant,
kantoor houdende te 1050 Brussel,
Louizalaan 221

tussenkommende partij :

de NV INTERPLANT,
die woonplaats kiest bij
advocaat C. Gysen,
kantoor houdende te Mechelen,
Antwerpsesteenweg 16-18.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de BVBA Estate and Landscape Management op 12 december 2008 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing te vorderen van “de beslissing van de Regie der Gebouwen, goedgekeurd door de Vice-Eerste Minister en Minister van Financiën en Institutionele hervormingen de Heer Didier Reynders op 27.11.2008, waarbij de opdracht m.b.t. het onderhoud van de Franse Tuin, Park en Beplantingen m.b.t. het Koninklijk Museum Midden Afrika en het Koloniënpaleis aan de Leuvensestraat 13 te Tervuren volgens bestek 08/21.0705/178D1372/050A werd toegewezen aan de NV Interplant en waarbij de offerte van de BVBA Estate and Landscape Management nietig verklaard werd bij toepassing van artikel 70 en 71 van de administratieve

bepalingen van het bestek en van de daarmee samenhangende impliciete beslissing om de opdracht niet te gunnen aan de BVBA Estate and Landscape Management”;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 15 december 2008 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 22 december 2008, om 11.00 uur;

Gezien het op 19 december 2008 ingediende verzoekschrift waarbij de NV Interplant 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 I. Cooreman, die verschijnt voor de verzoekende partij, van advocaat L. Wynant, die verschijnt voor de verwerende partij, en van advocaat T. Swerts, die loco advocaat C. Gysen 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 5 juni 2008 wordt een opdracht aangekondigd namelijk “Tervuren Museum Midden Afrika - Koloniënpaleis: Onderhoud Franse Tuin, Park en beplantingswerken”. De aanbestedende overheid is de Regie der Gebouwen. De opdracht wordt aangemerkt als diensten, categorie 12. De gunningswijze is de openbare aanbesteding.

De raming van de werken bedraagt 4.758.155,60 euro, BTW inbegrepen.

De opdracht wordt beheerst door het bestek nr. 08/21.0705/178D. Het voorwerp van de opdracht wordt als volgt omschreven :

“De opdracht betreft enerzijds het onderhoud van het Park en de Franse Tuin voor het Koninklijk Museum voor Midden-Afrika en het Koloniënpaleis en anderzijds het onderdeel ‘Beplantingswerken’ (cfr. Post 4.1 ‘Aanleg van éénjarige’ - post 5 ‘Aanleg van knol- en bolgewassen’ - post 6 ‘aanleg van bij groenaanleg bijhorende constructies’).”.

De uitvoeringstermijn van de opdracht loopt van 1 november 2008 tot en met 31 oktober 2012.

Inzake referenties vermeldt bladzijde 15 van het bestek :

“2. Referenties:
Technische bekwaamheid :

De aanbestedende overheid eist de indiening van hetzij 1 hetzij 2 referenties (cfr. infra) met betrekking tot een opdracht van groenonderhoud uitgevoerd in gemeentelijke, provinciale, regionale of federale parken of uitgevoerd in parken, toebehorend aan de privé-sector.

[...]

De inschrijvers moeten het bewijs leveren van goede uitvoering :

* hetzij van 2 contracten van groenonderhoud (cfr. supra) van parken (cfr. supra) van minstens 300.000 euro (excl. BTW), uitgevoerd in de laatste drie (nvdr, cfr. art. 71, waarvan niet kan worden afgeweken!) jaar voor de datum van publicatie van deze opdracht;

* hetzij van 1 contract van groenonderhoud (cfr. supra) van parken (cfr. supra) van minstens 600.000 euro (excl. BTW) en uitgevoerd in de afgelopen drie jaar voor de datum van publicatie van deze opdracht.

De getuigschriften van goede uitvoering van de vermelde contracten bevatten het bedrag, het tijdstip en de plaats van uitvoering van de opdrachten en de publiek- of privaatrechtelijke instanties waarvoor zij bestemd waren.

Ze geven duidelijk weer of ze op een regelmatige wijze tot algehele voldoening tot een goed einde worden gebracht. In dit verband kan enkel het model van getuigschrift, welke als bijlage nr. 2 is toegevoegd aan het offerteformulier, worden aanvaard.

Indien het diensten aan overheden betreft worden de diensten aangetoond door certificaten die door de bevoegde overheid zijn opgesteld of goedgekeurd. Indien het gaat om diensten aan privaatrechtelijke personen worden de certificaten opgesteld door deze personen of, bij ontstentenis door een verklaring van de inschrijver.

Gelet op het prestige van het Park van Tervuren zijn deze referenties van uitzonderlijk belang en worden op straffe van nietigheid van de offerte voorgeschreven.

(nvdr voor referenties in privé parken volstaat een verklaring van de dienstverlener wel, die eventueel nader kan worden onderzocht, cfr. letterlijk art. 71)”.

De offertes worden geopend op donderdag 10 juli 2008.

De verzoekende partij dient een offerte in voor een bedrag van 3.645.579,06 euro, BTW inbegrepen. Bij de offerte worden een aantal referenties gevoegd.

Er wordt een aanbestedingsverslag opgesteld op 17 november 2008. De lijst met de inschrijvers en hun prijs wordt als volgt weergegeven :

Inschrijver	Woonplaats	Bedrag
BVBA Brankaer	Overijse	3.107.865,42 €
BVBA Estate Landscape Management	Merchtem	3.645.579,06 €
NV Interplant	Londerzeel	3.755.912,26 €
NV Slegers Tuinbouw	Beverst	3.830.654,12 €
NV ABOG	Wetteren	4.087.797,82 €

Inzake het “Onderzoek laagste offerte op naam van bvba Estate and Landscape Management uit Merchtem - 3.645.579,96 € (BTW incl.)” vermeldt het verslag :

“B. Onderzoek referenties

De aannemer voldoet niet aan de vereiste gesteld in het bijzonder bestek wat betreft de gevraagde referenties. Uit het onderzoek van de referenties waar in dit verslag reeds naar wordt verwezen blijkt dat deze aannemer slechts één referentie kan voorleggen die voldoet aan de vereisten van het bijzonder bestek (bedrag >300.000€ maar <600.000€). In dit geval zijn er 2 referenties vereist. Het bijzonder bestek bepaalt duidelijk dat deze vereiste wordt voorgeschreven op straffe van nietigheid. De offerte van bvba Estate and Landscape Management uit Overijse is dus derhalve nietig en wordt verder niet meer onderzocht”.

In een overzicht van referenties worden onder meer de 18 referenties van de verzoekende partij beoordeeld. Van de zes referenties boven de 300.000 euro wordt er slechts één aanvaard; volgende referenties boven de 300.000 euro worden als volgt besproken :

“1. Vossem: Truman Hall onderhoudswerkzaamheden, aanplantingen en onderhoud seizoensaanplantingen. Bedrag 583.127,31€ (excl. BTW). Periode: 2002-2004. Opdrachtgever: American Embassy. Het tijdstip van uitvoering is niet in overeenstemming met de in het bestek opgelegde periode; de referentie kan niet aanvaard worden.

[...]

11. Brussel: Brussels Expo. onderhoud van bosaanplantingen, bloemperken, parkings en taluds. Bedrag: 405.440€ (excl. BTW). Periode: 2004-2007. Opdrachtgever: Park Expo Brussel - in orde”.

Op 27 november 2008 wijst de verwerende partij de opdracht toe aan de NV Interplant uit Londerzeel voor een bedrag van 3.755.912,26 euro, BTW inbegrepen. In de overwegingen staat onder meer vermeld :

“Dat de offerte op naam van Bvba Estate Landscape Management uit Merchtem voor een bedrag van 3.645.579,06€ nietig is bij toepassing van art. 70+71 van de administratieve bepalingen van het bijzonder bestek 08/21.0705/178D1372/050A aangezien zij niet voldoet aan de vereiste van referenties opgelegd in deze artikelen”.

Bij brief van 2 december 2008 brengt de verwerende partij aan de verzoekende partij de toewijzingsbeslissing en het aanbestedingsverslag ter kennis.

De grondvoorwaarden voor de schorsing

2. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, 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.

3. Wat de eerste en de derde in het voormelde artikel gestelde voorwaarden betreft, beroept de verzoekende partij zich inzake het nadeel op de mogelijkheid om zelf de in het geding zijnde opdracht te kunnen uitvoeren, die zij door de gevraagde schorsing wil vrijwaren. Zij verwijst daarbij ook naar de “prestigieuze referentiewaarde” van de opdracht. Voorts motiveert zij haar keuze voor de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid door te verwijzen naar het risico, dat de bestreden toewijzingsbeslissing aan de gekozen inschrijver zou worden betekend, uitgedrukt in de wachttermijn van 10 kalenderdagen waarvan in de

voormelde brief van 2 december 2008 gewag werd gemaakt, onder verwijzing naar artikel 21bis van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten.

Betreffende de eerste en derde voorwaarde geeft de verwerende partij geen opmerkingen en gedraagt de tussenkomende partij zich naar de wijsheid van de Raad van State.

4. Door de betekening van de bestreden toewijzingsbeslissing zou tussen de verwerende en de tussenkomende partij een overeenkomst tot stand komen tengevolge waarvan, in de lijn van de rechtspraak van de Raad van State, arrest nr. 87.983 van 15 juni 2000 van de algemene vergadering van de afdeling bestuursrechtspraak, een gewone vordering tot schorsing naar alle waarschijnlijkheid zou worden afgewezen. Het bestaan van die overeenkomst zou de betrachting van de verzoekende partij om zelf de opdracht nog uit te voeren, ernstig bemoeilijken en zou een mogelijk herstel in natura verder af brengen. Aldus moet worden aanvaard dat de verzoekende partij door de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden toewijzingsbeslissing het rechtens vereiste moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan ondergaan mede gelet op de aard en de waarde van de in het geding zijnde opdracht. Niet duidelijk is echter welk belang de verzoekende partij erbij heeft om ook de schorsing te verkrijgen van de impliciete weigering haar de opdracht toe te wijzen. Reeds de schorsing van de tenuitvoerlegging van de eerste bestreden beslissing volstaat om het aangevoerde nadeel tegen te gaan.

Voorts, wegens de dreigende betekening die door de verwerende partij in haar brief van 2 december 2008 wordt aangekondigd en de verplicht gestelde procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid overeenkomstig het voormelde artikel 21bis, wordt te dezen aanvaard dat de verzoekende partij een beroep deed op de procedure tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

5. Wat de tweede voorwaarde betreft, voert de verzoekende partij in een *enig middel* de schending aan van “de artikelen 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 16 § 1 van het koninklijk besluit dd. 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken”, van “de artikelen 70 en 71 van het bestek nr. 08/21.0705/178D”, van “de artikelen 2 en 3 van de Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen en het beginsel ‘patere legem quam ipse fecisti’, van het algemeen rechtsbeginsel houdende materiële motiveringsverplichting van de bestuurshandelingen, het beginsel van de gelijkheid der inschrijvers, de gelijke behandeling, het beginsel van non-discriminatie, het transparantiebeginsel en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en meer in het bijzonder het redelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het motiveringsbeginsel en het vertrouwensbeginsel en de regel ‘in dubio pro reo’”.

De verzoekende partij betoogt daartoe dat de verwerende partij ten onrechte de referentie met betrekking tot de Amerikaanse ambassade niet aanvaardt omdat die enkel betrekking zou hebben op de periode 2002-2004, terwijl deze referentie betrekking heeft op de periode 2002-2007.

6. De verwerende partij werpt in de eerste plaats op dat de verzoekende partij geen blijk geeft van het wettelijk vereiste belang. Zij beroept zich hiertoe op artikel 71 van het bestek dat bepaalt dat de inschrijvers het bewijs moeten leveren van de goede uitvoering van diensten “in de laatste drie jaar voor de datum van publicatie van deze opdracht”. Te dezen diende de verzoekende partij aldus referenties bij te brengen die overeenkomen met werken die zijn uitgevoerd “in de periode van 28 mei 2005 tot 28 mei 2008”. Van de achttien door de verzoekende partij aangebrachte referenties komen er slechts twee in aanmerking, hetgeen zij zelf erkent :

- de Amerikaanse Ambassade - 583.127,31 euro - volgens haar voor de periode 2002-2007

- Brussels Expo - 405.440 euro - periode 2004-2007.

De verzoekende partij laat echter na aan te tonen wat de exacte omvang is van de werken in de periode van 28 mei 2005 tot 28 mei 2008. Het is namelijk niet ondenkbaar dat de prestaties vooral werden uitgevoerd in de periode vóór 28 mei 2005.

Voorts stelt de verwerende partij dat, wat de referentie van de Amerikaanse Ambassade betreft, zij uit het getuigschrift met betrekking tot deze werken afleidt dat de werken dateren van 2002-2004, en niet van 2002-2007. De verwerende partij heeft geen bijkomende informatie zoals facturen ontvangen vanwege de verzoekende partij waaruit zij de periode van de werken kon afleiden. Zodoende was het getuigschrift het enige document waarop de verwerende partij zich kon steunen.

7. De tussenkomenende partij wijst er op dat volgens het bestek de referenties van uitzonderlijk belang zijn en op straffe van nietigheid worden voorgeschreven. Aangezien de verzoekende partij niet voldeed aan de vereisten van het bestek met betrekking tot de referenties, was de verwerende partij verplicht om de verzoekende partij uit te sluiten.

8.1. De exceptie van de verwerende partij betreffende het belang is niet aanvaardbaar vermits zij indruist tegen haar eerdere handelwijze. Uit het administratief dossier blijkt immers dat de verwerende partij de referentie van de verzoekende partij met betrekking tot Brussels Expo in orde heeft geacht, niettegenstaande dat de opgegeven periode voor deze referentie 2004-2007 is. Thans een bijzondere interpretatie geven aan de periode waarin de referenties zich dienen te situeren, namelijk van 28 mei 2005 tot 28 mei 2008, gaat in tegen deze eerdere handelwijze.

8.2. Er wordt door de partijen een kopie overgelegd van een getuigschrift waarin door de Amerikaanse ambassade wordt medegedeeld dat de verzoekende partij vanaf 2002 opdrachten uitvoerde tot - een tussen partijen bediscussieerd jaar - 2004 of 2007.

Op het eerste gezicht is het meer waarschijnlijk dat 2007 is vermeld, in plaats van 2004, gelet op het voorgedrukte symbool “(*)”, dat zich blijkbaar met het handgeschreven cijfer heeft vermengd. Uit de datum van de ondertekening lijkt voorts een argument te kunnen worden geput dat deze optie ondersteunt, nu ook daar 2007 is ingevuld en uit het feit dat de verzoekende partij met stukken aantoont dat de opdracht in 2007 liep. Het lijkt niet met het beginsel van zorgvuldigheid te stroken, dat te dezen de aanbestedende overheid zich niet de moeite heeft getroost, aangezien redelijkerwijze twijfel kon rijzen terzake, om de verzoekende partij nader te bevragen. Aldus lijkt de bestreden beslissing ook niet deugdelijk gemotiveerd. Het middel is in die zin ernstig en volstaat om er de gevraagde schorsing op te steunen. Deze kan ertoe bijdragen dat een nieuwe evaluatie van de offertes wordt uitgevoerd, in overeenstemming met de in het middel aangehaalde bepalingen, zodat de verzoekende partij een nieuwe kans verwerft om haar offerte als laagste regelmatige te zien worden beoordeeld. Het lijkt immers niet meer vast te staan dat de opdracht is toegewezen aan de laagste regelmatige inschrijver.

Uit hetgeen voorafgaat volgt, wat de eerste bestreden beslissing betreft, dat is voldaan aan de voorwaarden gesteld in artikel 17, §1 en 2 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, die vervuld moeten zijn wil een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden toegewezen.

OM DIE REDENEN
BESLIST DE RAAD VAN STATE :

Artikel 1.

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

Artikel 2.

Bevolen wordt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van de voor de Regie der Gebouwen bevoegde minister van 27 november 2008, waarbij de opdracht met betrekking tot het onderhoud van de Franse Tuin, Park en Beplantingen van het Koninklijk Museum voor Midden Afrika - Koloniënpaleis aan de Leuvensestraat 13 te Tervuren, wordt toegewezen aan de NV Interplant en waarbij de offerte van de BVBA Estate and Landscape Management wordt nietig verklaard bij toepassing van artikel 70 en 71 van de administratieve bepalingen van het bestek.

Artikel 3.

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt voor het overige verworpen.

Artikel 4.

De uitspraak over de bijdrage in de betaling van de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid 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
drieëntwintig december 2008, door :

de HH.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
	F. BONTINCK,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

F. BONTINCK.

D. VERBIEST.