

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 193.438 van 19 mei 2009
in de zaak A. 192.078/XII-5777.**

In zake : de NV AANNEMINGEN JANSSEN,
die woonplaats kiest bij
advocaat C. De Wolf,
kantoor houdende te Maarkedal,
Etikhovestraat 6

tegen :

de GEMEENTE EDEGEM,
die woonplaats kiest bij
advocaat D. De Keuster,
kantoor houdende te Antwerpen,
Lange Lozanastraat 270.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de nv Aannemingen Janssen op 4 april 2009 heeft ingediend om de schorsing van de tenuitvoerlegging te vorderen van “de beslissing tot het opstarten van een gunningsprocedure inzake overheidsopdrachten op basis van de selectieleidraad die werd goedgekeurd door verwerende partij op 17 december 2008, met als voorwerp: ‘Publiek-private samenwerking voor de ontwikkeling van een gemeentehuis, de Indika-site, het oud-gemeentehuis, het schoolhuis en de heraanleg van het gemeenteplein’”;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gezien het verslag opgesteld door auditeur I. Vos;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen;

Gelet op de beschikking van 12 mei 2009 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 19 mei 2009, om 11.00 uur;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat C. De Wolf, die verschijnt voor verzoekende partij, en van advocaat J. Rooms, die loco advocaat D. De Keuster verschijnt voor verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur I. Vos;

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. Op 17 december 2008 beslist de gemeenteraad van de gemeente Edegem om een overheidsopdracht uit te schrijven, onder de vorm van een onderhandelingsprocedure met bekendmaking, voor de ontwikkeling van het gemeentehuis, de Indika-site, het oud-gemeentehuis, het schoolhuis en de heraanleg van het gemeenteplein.

2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Publicatieblad van de Europese Unie van 20 januari 2009. De opdracht wordt aangekondigd als een opdracht van werken en als volgt omschreven :

“Betreft een publiek-private samenwerking voor de ontwikkeling van het gemeentehuis, de Indika-site, het oud-gemeentehuis, het schoolhuis en de heraanleg van het gemeenteplein.
De beschrijving van de opdracht is opgenomen in een selectiedocument dat op eenvoudig verzoek gratis kan opgevraagd worden”.

Wat betreft de selectievoorwaarden bevat de aankondiging een verwijzing naar het selectiedocument dat kan worden opgevraagd.

3. De selectieleidraad, die eveneens door de gemeenteraad werd goedgekeurd op 17 december 2008, bepaalt dat het bestek zal bestaan uit tenminste drie loten, namelijk :

- lot 1: de ontwikkeling van het gemeentehuis aan de Kontichstraat 17-19 met inbegrip van het voormalige politiegebouw,

- lot 2: de ontwikkeling van de Indika-site aan de Prins Boudewijnlaan, inclusief buitenaanleg,
- lot 3: de ontwikkeling van het oud-gemeentehuis en de heraanleg van het gemeenteplein, inclusief de uitbating van een horecagelegenheid in het oud-gemeentehuis en de afbraak van het schoolhuis.

Voorts bepaalt de selectieleidraad dat met betrekking tot lot 3, de gemeente via het systeem van “Open Oproep” van de Vlaamse Bouwmeester een ontwerper zal selecteren en belasten met de opdracht om een architecturaal concept te ontwikkelen voor de inrichting van het gemeenteplein. De kandidaat zal dus voor lot 3 niet zelf moeten instaan voor het ontwerp, doch de geselecteerde ontwerper moeten opnemen in het bouwteam en indien nodig in de projectvennootschap. Het architecturaal concept zal dan in overleg tussen de kandidaten en de ontwerper gerealiseerd moeten worden.

Volgens de leidraad verwacht de gemeente Edegem van de kandidaat met andere woorden een totale oplossing: concept, bouw, onderhoud, financiering, informatica, ... De opdracht vertoont volgens de gemeente dan ook de kenmerken van een DBFM-contract, zijnde Design, Build, Finance en Maintenance - met uitzondering van lot 3 waar de gemeente zelf verantwoordelijk is voor het aspect “design”.

In de selectieleidraad worden de volgende selectiecriteria opgenomen :

“V. Selectiecriteria

8. Een kandidatuur moet verplicht worden ingediend door een team bestaande uit een architect, een aannemer en een financiële instelling. Het verdient aanbeveling aan het team ook een uitbater toe te voegen voor de horeca.

Het team is niet verplicht enige juridische vorm aan te nemen. Het team moet achteraf wel een projectvennootschap oprichten. Teamleden die op grond van deontologische regels geen aandeelhouder en/of bestuurder mogen zijn van een dergelijke vennootschap kunnen na een gemotiveerd verzoek vrij worden gesteld van participatie in de projectvennootschap.

De architect, de aannemer en eventueel de horeca-uitbater mogen slechts deelnemen aan één team. Een financiële instelling mag aan meerdere teams participeren.

7. De aannemer, verplicht lid van het team, moet op het ogenblik van de gunning, hetzij erkend zijn, hetzij de bewijzen hebben geleverd dat hij voldoet aan de voorwaarden om erkend te worden voor de categorie D, klasse 8. Hiertoe dient hij ofwel het attest bij te voegen ofwel de bewijzen die worden

vereist door artikel 3, §1, 2/ van de wet van 20 maart 1991 (zie ook ministerieel besluit van 27 september 1991).

8. De economische en financiële draagkracht zal worden beoordeeld aan de hand van drie criteria, zijnde solvabiliteit, liquiditeit en rendabiliteit. Voor deze criteria moet de inschrijver bewijzen dat zij voldoende zijn om de opdracht tot een goed einde te brengen. Elk teamlid moet, ieder voor zijn deel, dit bewijs leveren.

- * Voor de solvabiliteit zal minstens de ratio van de 'algemene schuldgraad' worden gehanteerd (vreemd vermogen / totaal vermogen).
- * Voor de liquiditeit zal minstens de ratio 'liquiditeit in enge zin' worden gehanteerd (vorderingen op ten hoogste één jaar & geldbeleggingen & liquide middelen / schulden op ten hoogste één jaar).
- * Voor de rendabiliteit zal minstens de ratio 'bruto rendabiliteit van het eigen vermogen na belastingen' worden gehanteerd (cash-flow na belastingen / eigen vermogen).

Voor meer informatie kan worden verwezen naar het handboek 'Bedrijfsfinanciering' van H. Ooghe, S. Manigart en M. Deloof (Intersentia, 2003, ISBN 90-5095-329-8).

De inschrijver moet deze ratio's berekenen voor alle teamleden aan de hand van de jaarrekeningen van de drie (3) laatste jaren. De jaarrekeningen moeten worden toegevoegd.

De inschrijver mag bijkomende informatie verstrekken door bijvoorbeeld te wijzen op een garantie van de moederverenootschap bij de bepaling van de solvabiliteit. In elk geval kan enkel rekening worden gehouden met bijkomende informatie indien deze worden gestaafd met bewijsstukken. De gemeente Edegem behoudt zich het recht voor ook andere ratio's te bepalen alsmede de ratio's te herberekenen door correcties uit te voeren op de gegevens in de jaarrekeningen.

9. De vakbekwaamheid van elk team zal worden beoordeeld aan de hand van de volgende criteria :

- * ervaring met het concept voor administratieve gebouwen in het algemeen en administratieve gebouwen voor lokale overheden in het bijzonder;
- * ervaring met het concept van publieke ruimtes;
- * ervaring met de bouw van administratieve ruimtes;
- * ervaring met projecten in publieke en private samenwerking met lokale overheden
- * ervaring met horeca
- * organisatorische bekwaamheid
- * technische bekwaamheid

Voor de eerste vier criteria moet een overzicht worden verstrekt van de gerealiseerde projecten in de afgelopen 5 jaar. Tevens mogen projecten in uitvoering worden vermeld. Er moet minstens één relevante ervaring worden aangetoond.

Voor de ervaring met horeca moet een overzicht verstrekt worden van de beroepsactiviteiten over de laatste drie jaar.

Voor de organisatorische bekwaamheid moet de inschrijver aantonen hoe hij deze opdracht organisatorisch zal aanpakken. De onderscheiden

verantwoordelijkheden en de coördinatie tussen de verschillende teamleden én hun onderaannemers moet worden aangeduid.

De inschrijver dient hierover een nota op te stellen.

Voor de technische bekwaamheid moet de inschrijver meedelen welke personen verantwoordelijk zijn voor het project. Hierbij moet één projectleider worden aangeduid. De CV's moeten worden bijgevoegd”.

De aanvragen tot deelneming moeten krachtens de selectieleidraad ten laatste op maandag 6 april om 11u worden ingediend.

4. Op 10 maart 2009 richt de raadsman van de verzoekende partij een brief aan het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Edegem waarin hij er enerzijds op wijst dat het toepassen van de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking in dit geval zou gebeuren zonder deugdelijke wettelijke grondslag, en, anderzijds, dat door het hypothetisch uitbreiden van het voorwerp van de opdracht de mededinging op onwettige wijze beperkt zou worden door onwettige selectiecriteria.

5. Voormelde brief wordt beantwoord door een niet-vertrouwelijke brief van de raadsman van verwerende partij op 21 april 2009, waarin voormelde kritieken worden betwist.

6. Uit het proces-verbaal van de ontvangst van de aanvragen tot deelneming van 6 april 2009 blijkt dat 5 kandidaten een aanvraag hebben ingediend. Verzoekende partij blijkt geen aanvraag te hebben ingediend.

De excepties

7. Verwerende partij werpt vijf excepties op betreffende de ontvankelijkheid van de vordering tot schorsing.

Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over die excepties uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak daarover zouden slechts noodzakelijk zijn indien zou blijken dat de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de schorsing zijn vervuld, wat, zoals hierna zal blijken, te dezen niet het geval is.

De grondvoorwaarden voor de schorsing

8. 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.

Het nadeel

9. Verzoekende partij meent dat de voormelde voorwaarde van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel in voorliggend geval evident is vervuld aangezien verzoekende partij, een louter aannemingsbedrijf, door de bestreden beslissing en meer bepaald de in de selectieleidraad opgenomen selectiecriteria, op onherroepelijke en definitieve wijze van de uitvoering van de opdracht wordt uitgesloten. Als aannemingsbedrijf beschikt verzoekende partij immers niet over de relevante ervaring die door de selectieleidraad wordt gevraagd betreffende bepaalde onderdelen van de opdracht, hoewel het allerm minst zeker is dat deze onderdelen van de opdracht - onderhoud, financiering en informatica - ook effectief zullen worden uitgevoerd aangezien het voorwerp van de opdracht nog niet vastligt. Hierdoor worden kleine en middelgrote ondernemingen zoals verzoekende partij uitgesloten omdat zij betreffende voormelde componenten niet over voldoende relevante ervaring beschikken.

Op grond van een op heden onzeker voorwerp wordt de toepassing van een uitzonderingsprocedure, met name de onderhandelingsprocedure, verantwoord, waarbij de rechtsbescherming voor niet-gekozen inschrijvers aanzienlijk beperkter is. Bovendien kan in het kader van de onderhandelingsprocedure het aantal gegadigde kandidaten worden beperkt tot drie, terwijl in de selectieleidraad niet wordt aangegeven hoe deze beperking zal worden doorgevoerd, wat grotere bouwgroepen bevoordeelt.

Verzoekende partij meent dat zij in geval van deelname, tegen een beslissing inzake niet-selectie geen wettigheidskritieken zal kunnen inbrengen, aangezien de Raad van State alsdan zal oordelen dat deze wettigheidskritieken verzoekende partij bekend waren op het ogenblik dat zij haar kandidatuur heeft ingediend.

Voorts stelt zij dat zij, door geen kandidatuur in te dienen, het vereiste belang zal ontberen om in kennis te worden gesteld van de latere beslissingen in het kader van de lopende gunningsprocedure, en om alsnog tegen die beslissingen een schorsings- of annulatieberoep in te dienen bij de Raad van State.

Beoordeling

10. Uit de uiteenzetting van verzoekende partij kan worden begrepen dat zij de uitvoering van de opdracht nastreeft. Zij blijkt evenwel zelf geen aanvraag tot deelneming te hebben ingediend.

Op het eerste gezicht lijkt het nochtans niet evident om op grond van de selectieleidraad en in het licht van de argumentatie van de verwerende partij in haar nota met verwijzing naar gegevens op de website van verzoekende partij zonder meer aan te nemen dat verzoekende partij niet geselecteerd kon worden.

Ze kan zich voorts moeilijk beroepen op het feit dat zij als louter aannemingsbedrijf van de opdracht meent te zijn uitgesloten, wanneer zij de voorwaarde dat een kandidatuur verplicht moet worden ingediend door een team bestaande uit een architect, een aannemer en een financiële instelling als dusdanig niet lijkt te betwisten. Bovendien blijkt uit de selectieleidraad dat de toevoeging van een uitbater voor de horeca aan het team niet verplicht is. Evenmin blijkt dat zij minstens gepoogd zou hebben om een architect en een financiële instelling te vinden om samen daarmee een kandidatuur in te dienen.

Verzoekende partij lijkt er voorts ook ten onrechte van uit te gaan dat op grond van de selectieleidraad kleine en middelgrote ondernemingen, waaronder zij zichzelf situeert, principieel zouden zijn uitgesloten van deelneming aan de opdracht, aangezien deze inzake onderhoud, financiering en informatica niet van voldoende relevante ervaring zouden kunnen getuigen. In de selectieleidraad lijken immers geen specifieke selectievoorwaarden inzake ervaring met onderhoud, financiering en informatica te zijn opgenomen. Deze laatste elementen worden slechts vermeld onder titel 4.2.2. “Een nieuwe visie op dienstverlening en huisvesting” van de selectieleidraad.

In het licht van voormelde gegevens kan het standpunt van verzoekende partij “dat het geen zin had om haar kandidatuur in te dienen met het oog op het bekomen van de opdracht, nu zij niet beschikt over de vereiste relevante

ervaring die voor bepaalde onderdelen als referentie wordt gevraagd”, niet worden gevolgd.

Indien ze bij deelname aan de procedure bovendien haar kritiek zou hebben geuit omtrent de gevolgen van de procedure, lijkt het dat er evenmin sprake zou zijn geweest van een “geaccepteerd risico” in hoofde van verzoekende partij.

Aldus lijkt het aangevoerde nadeel in eerste instantie verband te houden met de handelwijze van verzoekende partij zelf, namelijk haar beslissing om niet deel te nemen aan de opdracht.

Het rechtens vereiste moeilijk te herstellen ernstig nadeel is aldus niet aangetoond. Aan de tweede van de door het voormelde artikel 17 gestelde voorwaarden is niet voldaan. Die vaststelling volstaat om de vordering tot schorsing te verwerpen.

**OM DIE REDENEN
BESLIST DE RAAD VAN STATE :**

Artikel 1.

De vordering tot schorsing wordt verworpen.

Artikel 2.

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

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op
negentien mei 2009, door :

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

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.