

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 199.431 van 12 januari 2010
in de zaak A. 179.674/XII-4970.**

In zake : de BVBA TAKELBEDRIJF PHILIPPE,
die woonplaats kiest bij
advocaat L. Plancke,
kantoor houdende te Gent,
Pleispark 31

tegen :

het VLAAMSE GEWEST,
dat woonplaats kiest bij
advocaat K. Ronse,
kantoor houdende te Brussel,
G. Macaulaan 33.

D E R A A D V A N S T A T E, XIIe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat de bvba Takelbedrijf Philippe op 9 februari 2007 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van “a) de beslissing van 14 december 2006 uitgaande van de adjunct directeur van de Vlaamse Overheid, Agentschap Infrastructuur, Wegen en Verkeer Oost-Vlaanderen, [...] van niet-selectie voor de openbare aanbesteding voor aanneming van diensten inzake bestek nr. 16DD/06/40 van verzoekster [...] en van (b) de beslissing waarbij de kwestieuze opdracht aan een concurrent zal worden toegewezen, het weze aan de BVBA D&S”;

Gelet op het arrest nr. 166.765 van 16 januari 2007 waarbij de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt verworpen;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen, de voortzetting door de verwerende partij en gezien de laatste memorie van de verzoekende partij;

Gelet op de beschikking van 4 september 2009 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 6 oktober 2009;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat L. Casier, die loco advocaat L. Plancke verschijnt voor de verzoekende partij, en van advocaat B. Ronse, 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. Verwerende partij schrijft een openbare aanbesteding uit voor een aanneming van diensten “Project FAST. Incidentenafhandeling op de autosnelweg E40. Takelen en bergen van vrachtoertuigen met MTM > 3,5 ton, vanaf het toegangscomplex Zwijnaarde tot Beernem (km. 43,700 tot km. 72,100) en op B402 tussen de verkeersborden F5 en F7”. De opdracht wordt aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen van 24 mei 2006.

2. Het bestek bepaalt onder “administratieve voorschriften” onder meer het volgende:

“Art. 69, 69bis, 70 en 71. Kwalitatieve selectie
Door in te schrijven op deze opdracht, verklaart de inschrijver zich niet in een toestand van uitsluiting te bevinden, zoals bedoeld in art. 69.

[...]

Zijn technische bekwaamheid toont hij aan door het voorleggen van:

[...]

6. Een verklaring die de gemiddelde jaarlijkse personeelsbezetting tijdens de laatste 3 jaren weergeeft en die aan het minimum voldoet, nl. 1 administratieve en 6 uitvoerende personeelsleden.

[...]

Enkel de inschrijvingen die op basis van de hierboven genoemde selectiecriteria voldoende gekwalificeerd geacht worden om de opdracht te kunnen uitvoeren, komen voor verder onderzoek in aanmerking”.

3. De inschrijvingen worden geopend op 27 juni 2006. Naast verzoekende partij hebben drie andere ondernemingen een offerte ingediend.

4. In een schrijven van 3 juli 2006 vraagt verwerende partij aan verzoekende partij om haar offerte te vervolledigen met een aantal documenten, waaronder “een verklaring die de gemiddelde jaarlijkse personeelsbezetting tijdens de laatste 3 jaren weergeeft (min. voorwaarden: 1 administratieve en 6 uitvoerende personeelsleden)”.

5. Met een e-mail van 14 juli 2006 vraagt verwerende partij onder meer nog verduidelijking over het volgende:

“Volgens de ‘Historiek van het takelbedrijf Philippe BVBA’, die we per mail hebben ontvangen, heeft de firma in 2005 al 6 uitvoerende mankrachten plus een administratieve medewerker.

In tegenstrijd met dit verhaal krijgen we van jullie het attest van de Sociaal Secretariaat (HDP) dat het personeelsbestand op 30/06/2006 telt 2 arbeiders en 1 bediende”.

6. In een op 25 oktober 2006 gedateerd “verslag van de aanbesteding” wordt eerst vastgesteld dat “alle inschrijvers voldoen aan de kwalitatieve selectiecriteria [...], met uitzondering van de laagste inschrijver Takelbedrijf Philippe BVBA”. Wat betreft de regelmatigheid van de offerte van verzoekende partij wordt het volgende gesteld:

“Principieel kan aanvaard worden dat een rechtspersoon in het kader van de kwalitatieve selectie een beroep doet op gegevens van haar ‘voorganger’ (de natuurlijke persoon die zij nu vervangt) en op voorwaarde dat ze sinds de oprichting van de BVBA zelf voldoende personeel tewerkstelt. Uit de bijgevoegde documenten blijkt echter dat dit niet het geval is.

Bij haar offerte van 27 juni 2006 voegde de BVBA als bijlage ‘personeel’ (gedateerd op 27 juni 2006 en geparafeerd op de openingszitting) een opsomming van de personeelsleden, zijnde 5 personen. Verder werd niets bijgevoegd over het personeel.

Bij de nadien opgevraagde documenten voegt de BVBA als bijlage ‘2.5 Personeel’ opnieuw een opsomming van de personeelsleden, maar uitgebreid tot 7 personen. Als bijlage ‘2.9 personeelsbezetting tijdens laatste 3 jaren’ voegt zij naast een historiek ook enkele attesten van haar sociaal secretariaat. Het attest over de BVBA zelf (met als datum 24 juli 2006) vermeldt dat de BVBA op 30/06/06 2 arbeiders in dienst had en op 24/07/06 4 arbeiders.

Dit impliceert dat de BVBA op 27 juni 2006, bij de indiening van haar offerte, slechts 2 arbeiders in dienst had en dus niet voldeed aan de minimumvereiste van 6 uitvoerende personeelsleden. Na deze datum werden blijkbaar 2 arbeiders extra aangeworven.

In het kader van de kwalitatieve selectie kan hiermee echter geen rekening gehouden worden [...]. De bekwaamheid van een inschrijver moet immers beoordeeld worden op basis van zijn situatie op het moment van de

openingszitting. Latere wijzigingen in deze situatie komen niet meer in aanmerking voor de beoordeling (in tegenstelling tot de gevallen van uitsluiting (arts. 69 en 69bis KB 8/1/1996) die permanent kunnen worden geëvalueerd tijdens de gunningsprocedure). De offerte voldoet derhalve niet aan de kwalitatieve selectiecriteria”.

Blijkens vermeldingen op dit verslag wordt de opdracht toegewezen aan de bvba D&S.

7. Bij brief van 14 december 2006 wordt verzoekende partij op de hoogte gebracht dat haar offerte niet werd geselecteerd. Als motivering wordt de hiervoor aangehaalde passage uit het aanbestedingsverslag hernomen.

De gegrondheid van het beroep

8. In een *enig middel* voert verzoekende partij de schending aan van “de artikelen 68 t.e.m. 74 van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, de artikelen 2 en 3 van de Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen, art. 69, 69bis, 70 en 71 kwalitatieve selectie van de titel II ‘Administratieve voorschriften, A. Administratieve voorschriften’ van het bestek nr. 16/DD/06/40, [...] van art. 15 van de Wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten alsmede van het gelijkheidsbeginsel, beginsel van gelijkheid van de inschrijvers, de beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het zorgvuldigheidsbeginsel en art. 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, onder andere machtsoverschrijding”.

Verzoekende partij ontwikkelt in dit middel een aantal punten van kritiek tegen de bestreden beslissingen waarvan de eerste drie door haarzelf als volgt worden samengevat: “(1) dat verzoekster tot bewijs van haar technische bekwaamheid zich op de draagkracht en bekwaamheid van een rechtsvoorganger mag beroepen (2) dat de zaakvoerders dienen te worden inbegrepen in de personeelsbezetting en (3) dat voor de beoordeling van de gemiddelde jaarlijkse personeelsbezetting tijdens de laatste drie jaar geen rekening mag worden gehouden met fluctuaties van het personeelsbestand binnen het jaar”.

Wat de eerste grief betreft, betoogt verzoekende partij dat zij zich “ten proeve van haar financiële en economische draagkracht of technische

bekwaamheid [...] in beginsel op de draagkracht en bekwaamheid van een rechtsvoorganger mag beroepen”. Zij verduidelijkt dat het te dezen om een familiebedrijf gaat dat reeds in 1973 werd opgericht, doch dat pas op 19 september 2005 de vorm van een bvba heeft aangenomen. “De periode waarin de beide huidige zaakvoerders van de BVBA Takelbedrijf Philippe als fysieke persoon handelden vooraleer hun activiteiten in een door hen opgerichte vennootschap in te brengen, dient in ieder geval in aanmerking te worden genomen voor het beoordelen van de technische bekwaamheid en ervaring van de dienstverlener”.

Vervolgens stelt verzoekende partij dat zij een beroep mag doen op haar eigen zaakvoerders om te voldoen “aan het in het bestek opgelegde kwalitatief selectie criterium dat de inschrijver bij zijn offerte onder meer moet indienen: ‘Een verklaring die de gemiddelde jaarlijkse personeelsbezetting tijdens de laatste 3 jaren weergeeft en die aan het minimum voldoet, nl. 1 administratieve en 6 uitvoerende personeelsleden’”. Zij wijst hiertoe op het feit dat zij “bij de indiening van haar offerte expliciet heeft vermeld dat de twee zaakvoerders, het weze Antonie Verniers en Philippe Verniers, uitvoerende krachten in de BVBA zijn” en dat het bestek niet verbiedt dat een zaakvoerder ook een uitvoerende kracht kan zijn; “het bestek [legt] [immers] niet op dat zij met ‘personeelsbezetting’ enkel ‘werknemers’ zou bedoelen”. Door toch een dergelijke vereiste op te leggen zou volgens verzoekende partij “een voorwaarde aan het selectie criterium worden toegevoegd die niet werd vermeld in het bestek”.

Ten slotte werpt verzoekende partij op dat “het bestek als kwalitatief selectie criterium eist dat de dienstverlener bij zijn offerte onder meer een verklaring indient, die de gemiddelde jaarlijkse personeelsbezetting tijdens de laatste drie jaren weergeeft”; zij verwijst naar de bij haar offerte gevoegde attesten van het sociaal secretariaat Hulp Der Patroons vzw waaruit volgens haar “een jaarlijks gemiddelde van 6,3 uitvoerende en 1 administratieve kracht over de laatste drie jaar” blijkt en stelt dat zij dienvolgens aan de voorwaarde bepaald in het bestek voldoet; zij betoogt dat “eventuele fluctuaties in het personeelsbestand binnen het jaar hieraan geen afbreuk kunnen doen en het tegenovergestelde aannemen een ongeoorloofde voorwaarde zou toevoegen aan hetgeen in het bestek wordt opgelegd”.

9. Verwerende partij herneemt het door haar in de bestreden beslissing ingenomen standpunt: uit de bij de offerte van verzoekende partij

gevoegde en later meegedeelde attesten blijkt dat verzoekende partij “op 27 juni 2006 bij de indiening van de offerte slechts twee arbeiders in dienst had en dus niet voldeed aan de minimum vereiste van 6 uitvoerende personeelsleden”. Zij betoogt dat “de bekwaamheid van een inschrijver moet beoordeeld worden op basis van de situatie op het moment van de openingszitting” en dat “latere wijzigingen in deze situatie [...] niet meer in aanmerking [komen] voor de beoordeling”. Verwerende partij stelt dat de ingediende bewijsstukken “minstens” “dubbelzinnig of onvolledig” zijn en dat “de aannemer zelf het risico loopt van zijn onzorgvuldigheid”. Zij besluit dat verzoekende partij “op het ogenblik van de inschrijving [...] dus niet [voldeed] aan het minimum vereiste van personeelsbezetting, aangezien zij op het ogenblik van de openingszitting onvoldoende personeel had” en dat verwerende partij “dan ook terecht de offerte van verzoekster [kon] afwijzen als onregelmatig”.

10. In het auditorsverslag wordt het middel gegrond bevonden. Er wordt vastgesteld dat het bestek enkel een verklaring vereist die de gemiddelde jaarlijkse personeelsbezetting tijdens de laatste 3 jaren weergeeft, en waaruit blijkt dat zes personeelsleden de opdracht van takelen en bergen uitvoeren. Het bestek bepaalt hierbij niet dat die zes personeelsleden werknemers dienen te zijn. De twee zaakvoerders, die zelf ook “takelen en bergen”, voldoen dan ook aan de voorwaarde van uitvoerende personeelsleden.

Vervolgens wordt vastgesteld dat verwerende partij de personeels-situatie van verzoekende partij ten onrechte enkel heeft beoordeeld zoals deze was “op datum van de openingszitting, nl. 27 juni 2006” terwijl de besteksvoorwaarde een gemiddelde jaarlijkse bezetting over de laatste drie jaar betreft en voorts dat verwerende partij daarbij ook geen rekening heeft gehouden met de twee meewerkende zaakvoerders. Verwerende partij weerspreekt ook niet de berekening die verzoekende partij maakt en waaruit blijkt dat zij, gedurende de laatste drie jaar, een jaarlijks gemiddelde bereikt van 6,3 uitvoerende en 1 administratieve kracht.

Het auditoraat besluit dat verwerende partij het bestek heeft geschonden, nu zij, in strijd met haar eigen besteksbepaling, het personeelsbestand van verzoekende partij heeft beoordeeld op één datum, die van de opening van de offertes, en niet op grond van een jaarlijks gemiddelde tijdens de laatste drie jaren.

11. De Raad van State kan deze bevindingen van het auditoraat bijvallen, des te meer nu verwerende partij nalaat op enigerlei wijze op die conclusies te antwoorden in een laatste memorie en zich tot een louter verzoek tot voortzetting van de procedure heeft beperkt.

Er dient aldus te worden vastgesteld dat terecht in het middel wordt aangevoerd dat een administratief voorschrift van het bestek is geschonden. Aldus blijkt verzoekende partij ten onrechte niet geselecteerd en staat niet vast dat het de gekozen inschrijver is die de laagste regelmatige offerte heeft ingediend, zodat ook artikel 15 van de voormelde wet van 24 december 1993 is geschonden volgens welke bepaling de opdracht dient te worden toegewezen aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte indiende. Het middel is in zoverre gegrond.

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

Artikel 1.

Vernietigd wordt de beslissing, medegedeeld bij brief van 14 december 2006 van de adjunct van de directeur Agentschap Infrastructuur, Wegen en Verkeer Oost-Vlaanderen, waarbij de offerte van de bvba Takelbedrijf Philippe niet wordt geselecteerd voor de toewijzing van de overheidsopdracht “Project FAST. Incidentenafhandeling op de autosnelweg E40. Takelen en bergen van vrachtvoertuigen met MTM > 3,5 ton, vanaf het toegangscomplex Zwijnaarde tot Beernem (km. 43,700 tot km. 72,100) en op B402 tussen de verkeersborden F5 en F7” en van de beslissing waarbij deze opdracht wordt toegewezen aan de bvba D&S.

Artikel 2.

De kosten van het beroep tot nietigverklaring, bepaald op 175 euro, komen ten laste van de verwerende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op
twaalf januari 2010, 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.