

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 212.054 van 15 maart 2011
in de zaken I. A. 199.229/XII-6504
II. A. 199.232/XII-6505**

In zake: I. + II. de BVBA VANDEZANDE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Bruno De Winter en Carlo Van Caekenberg
kantoor houdend te 9000 Gent
Stapelplein 33
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

I. + II. het VLAAMSE GEWEST, vertegenwoordigd door het
Agentschap Wegen en Verkeer, Elektromechanica en
Telematica
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Kris Wauters
kantoor houdend te 3500 Hasselt
Gouverneur Roppesingel 131
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

I. + II. de NV DESMET MACHINEBOUW ENGINEERING
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Arnoud Declerck en Eva Roels
kantoor houdend te 8530 Harelbeke
Kortrijksesteenweg 387
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vorderingen

1. De vordering in de zaak A. 199.229/XII-6504, ingesteld op
18 februari 2011, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van
de tenuitvoerlegging van:

“a. De beslissing zonder gekende datum van het Vlaams Gewest Departement Mobiliteit en Openbare Werken, Agentschap Wegen en Verkeer – waarbij de verzoekende partij in het kader van de opdracht “Leveringen en werken voor het onderhoud, de herstelling en vernieuwing van mechanische en oleohydraulische uitrustingen van kunstwerken langs de waterwegen en van sommige installaties langs de wegen – perceel 2: West-Vlaanderen op basis van het bestek MDL/09H01b, niet werd geselecteerd en haar offerte als niet regelmatig werd beschouwd;

b. De beslissing zonder gekende datum van het Vlaams Gewest, Departement Mobiliteit en Openbare Werken, Agentschap Wegen en Verkeer - waarbij de offerte van de verzoekende partij in het kader van de opdracht “Leveringen en werken voor het onderhoud, de herstelling en vernieuwing van mechanische en oleohydraulische uitrustingen van kunstwerken langs de waterwegen en van sommige installaties langs de wegen - perceel 2: West-Vlaanderen op basis van het bestek MDL/09H01b, toe te wijzen aan de nv Desmet Engineering en de impliciete beslissing om de opdracht niet te gunnen aan verzoekster partij”.

De vordering in de zaak A. 199.232/XII-6505, ingesteld op 18 februari 2011, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:

“a. De beslissing zonder gekende datum van het Vlaams Gewest Departement Mobiliteit en Openbare Werken, Agentschap Wegen en Verkeer – waarbij de verzoekende partij in het kader van de opdracht “Leveringen en werken voor het onderhoud, de herstelling en vernieuwing van mechanische en oleohydraulische uitrustingen van kunstwerken langs de waterwegen en van sommige installaties langs de wegen - perceel 1: Oost-Vlaanderen op basis van het bestek MDL/09H01b, niet werd geselecteerd en haar offerte als niet regelmatig werd beschouwd;

b. De beslissing zonder gekende datum van het Vlaams Gewest, Departement Mobiliteit en Openbare Werken, Agentschap Wegen en Verkeer - waarbij de offerte van de verzoekende partij in het kader van de opdracht “Leveringen en werken voor het onderhoud, de herstelling en vernieuwing van mechanische en oleohydraulische uitrustingen van kunstwerken langs de waterwegen en van sommige installaties langs de wegen - perceel 1: Oost-Vlaanderen op basis van het bestek MDL/09H01b, toe te wijzen aan de nv Desmet Engineering en de impliciete beslissing om de opdracht niet te gunnen aan verzoekster”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend, dienstig in beide zaken.

Met verzoekschriften van 2 maart 2011 heeft de nv Desmet Machinebouw Engineering gevraagd om in de administratieve kort gedingen te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 10 maart 2011, om 11.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Bruno De Winter en Carlo Van Caekenberghe, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaten Kris Wauters en Sofie Indesteege, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Eva Roels, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven in de beide zaken.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. De verwerende partij plaatst op 2 februari 2010 een vooraankondiging in het Publicatieblad van de Europese Unie voor de uitvoering van een opdracht van diensten betreffende “het onderhoud, de herstelling en de vernieuwing van mechanische en oleohydraulische uitrustingen van kunstwerken langs de waterwegen en van sommige installaties langs de wegen”.

3.2. De opdracht wordt vervolgens aangekondigd in het Publicatieblad van de Europese Unie op 27 maart 2010.

3.3. De verzoekende partij, die naar eigen zeggen de opdracht sinds 1997 uitvoert wat betreft West-Vlaanderen en sinds 2000 wat betreft Oost-Vlaanderen, dient in het kader van voornoemde aankondiging een offerte in.

3.4. Wegens een publicatiegebrek besluit de verwerende partij af te zien van de gunning van de opdracht en beslist zij om de gunningprocedure over te doen.

3.5. Vervolgens wordt een nieuwe opdracht van diensten uitgeschreven onder de vorm van een openbare aanbesteding, beschreven als “leveringen en werken voor het onderhoud, de herstelling en de vernieuwing van mechanische en oleohydraulische uitrustingen van kunstwerken langs de waterwegen en van sommige installaties langs de wegen. De opdracht is opgesplitst in twee percelen. Het eerste perceel heeft betrekking op Oost-Vlaanderen, het tweede op West-Vlaanderen.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Publicatieblad van de Europese Unie op 3 augustus 2010 en het Bulletin der Aanbestedingen van 4 augustus 2010.

3.6. Aangaande de vereisten inzake de economische, financiële en technische draagkracht bevat de aankondiging de volgende bepalingen:

“Afdeling III. Juridische, economische, financiële en technische inlichtingen

III.1) Voorwaarden met betrekking tot de opdracht.

III.1.1) Verlangde borgsommen en waarborgen: 5%

III.1.2) Belangrijkste financierings-en betalingsvoorwaarden en/of verwijzing naar de voorschriften dienaangaande

III.1.3) De vereiste rechtsvorm van de combinatie van ondernemers waaraan de opdracht wordt gegund

III.1.4) Andere bijzondere voorwaarden voor de uitvoering van de opdracht

III.2) Voorwaarden voor deelneming.

III.2.1) Persoonlijke situatie van ondernemers, waaronder de vereisten in verband met de inschrijving in het beroeps-of handelsregister

III.2.2) Economische en financiële draagkracht

III.2.3) Vakbekwaamheid

III.2.4) Voorbehouden opdrachten: neen.

III.3) Voorwaarden betreffende een opdracht voor dienstverlening.

III.3.1) Het verrichten van de dienst is aan een bepaalde beroepsgroep voorbehouden: neen.

III.3.2) Rechtspersonen moeten de namen en beroepskwalificaties opgeven van het personeel dat met de uitvoering van de dienstverleningsopdracht wordt belast: neen”.

Onder rubriek IV.3.3) worden de voorwaarden meegedeeld waaronder het bestek kan worden verkregen.

3.7. De opdracht is onderworpen aan de bepalingen van het bijzonder bestek nr. MDL/09H01b.

Het administratief gedeelte van het bestek bevat de volgende bepaling inzake de technische bekwaamheid:

“De inschrijver toont zijn technische bekwaamheid aan door het voorleggen van:

- ◆ studie- en beroepskwalificaties van de dienstverlener en/of het ondernemingskader en, in het bijzonder, van de verantwoordelijke(n) voor de uitvoering van de werken. [...]
- ◆ een lijst met gedetailleerde beschrijving van de organisatie van het bedrijf met inbegrip van de infrastructuur;
- ◆ een lijst van de voornaamste diensten uitgevoerd tijdens de laatste vijf jaar, waaruit de opgebouwde en gehonoreerde expertise in de bedoelde materie moet blijken. In de lijst dient achtereenvolgens vermeld te worden: [...]
- ◆ een beschrijving van de maatregelen die de dienstverlener treft om de kwaliteit te waarborgen en van de mogelijkheden die hij biedt ten aanzien van ontwerpen en onderzoek om de kwaliteit van zijn studies te bewaken;
- ◆ een lijst van de al dan niet tot de onderneming van de dienstverlener behorende technici of technische diensten, in het bijzonder van die welke belast zijn met de kwaliteitscontrole;
- ◆ een verklaring die de voertuigen, werktuigen, het materieel en de technische uitrusting vermeldt waarover de dienstverlener kan beschikken voor de uitvoering van de diensten;

Een inschrijver kan zich in voorkomend geval beroepen op de draagkracht van andere entiteiten, [...].

De aanbestedende overheid oordeelt aan de hand van de beschrijving en de geleverde documenten of de inschrijver op dit gebied voldoende waarborgen biedt om onderhavige opdracht uit te voeren”.

Voorts schrijft het bestek voor “De aannemer moet voldoen aan de voorwaarden tot erkenning in de categorie K, ondercategorie K1 of K3 en de aanbestedende overheid is van oordeel dat de werken tot de klasse 3 behoren”.

Het bestek bepaalt vervolgens dat inzake de vorm en de inhoud van de inschrijving de bepalingen van de “artikels 89 en 90 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 gelden alsook de bijkomende bepalingen van onderhavig bestek”.

Dienaangaande bepaalt het bestek het volgende:

“Een regelmatige inschrijving omvat een inschrijvingsbiljet, een inventaris en 12 bijlagen. Eventuele bijkomende bijlagen worden in een afzonderlijk deel van de inschrijving opgenomen en doorlopend genummerd vanaf het nummer 101.

De inschrijving wordt voorzien van een algemene inhoudstafel waarop de nummers van alle bijlagen worden vermeld. De inschrijving wordt gebundeld met behulp van ‘tabbladen’ waarop de nummers van de bijlagen worden vermeld. Wanneer een bijlage toch niet zou vervat zijn in de inschrijving, dient deze vervangen te worden door een blad met het volgnummer en de omschrijving van de bijlage en met de vermelding ‘NIHIL’.

Het inschrijvingsbiljet, de inventaris en de bijlagen moeten ingediend worden in 2 exemplaren.

In geval van meerdere exemplaren draagt 1 exemplaar de vermelding ‘ORIGINEEL’, de andere de vermelding ‘DUPLIKAAT N’ (N = 1 of 2)”.

Het bestek verschaft voorts onderrichtingen inzake de bijlagen.

3.8. Vervolgens worden voor elk perceel vier offertes ingediend, namelijk door de volgende inschrijvers: bvba Van De Zande, bvba Vameco, nv Desmet Engineering en bvba Van Hooste.

3.9. De verwerende partij vraagt de verzoekende partij op 4 oktober 2010 om een prijsverantwoording, welke vraag door de verzoekende partij wordt beantwoord bij brief van 12 oktober 2010.

3.10. Op 29 november 2010 wordt voor beide percelen van de opdracht een gunningsverslag opgesteld. In beide gunningsverslagen wordt inzake de technische bekwaamheid vastgesteld dat bvba Vandezande, bvba Vameco en bvba Van Hooste niet alle documenten hebben ingediend die aantonen dat zij technisch bekwaam zijn om de aanneming uit te voeren. Aangezien deze bewijzen op straffe van nietigheid geëist werden in het bestek, wordt in het gunningsverslag besloten dat dit een substantiële onregelmatigheid is, om welke reden de betrokken inschrijvers niet worden geselecteerd.

Inzake de offerte van de verzoekende partij wordt vastgesteld dat enerzijds de lijst met de voornaamste diensten niet volledig is ingevuld (geen bondige omschrijving van de inhoud van de opdracht, diensten worden niet gestaafd door de bevoegde overheid aan de hand van certificaten of een verklaring van de dienstverlener) en, anderzijds, dat de bijlage met een verklaring ontbreekt die de voertuigen, werktuigen, het materieel en de technische uitrusting vermeldt waarover de dienstverlener kan beschikken voor de uitvoering van de diensten.

Wat de nv Desmet Engineering betreft wordt daarentegen vastgesteld dat alle gevraagde documenten werden ingediend, dat deze conform zijn met de richtlijnen en voldoende aantonen dat deze dienstverlener technisch bekwaam is om de aanneming uit te voeren. Tevens wordt geoordeeld dat de offerte regelmatig is.

In beide gunningsverslagen wordt voorgesteld om het betrokken perceel te gunnen aan nv Desmet Engineering.

3.11. Bij twee afzonderlijke besluiten van ongekende datum wordt beslist om respectievelijk perceel 1 en perceel 2 van de opdracht te gunnen aan nv Desmet Engineering.

3.12. Bij brieven van 3 februari 2011 wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat zij niet werd geselecteerd voor de beide percelen van de opdracht.

IV. Samenvoeging

4. Er is grond om de zaken die betrekking hebben op percelen van dezelfde gunningprocedure, samen te voegen.

V. Tussenkomen

5. Met op 2 maart 2011 ter post aangetekend verzoekschriften vraagt de nv Desmet Machinebouw Engineering om in beide zaken in het geding te mogen tussenkomen.

Zij blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissingen en heeft er belang bij dat de vorderingen wordt afgewezen. Dienvolgens moet haar verzoek worden ingewilligd.

VI. Ontvankelijkheid van de vordering

6. De tussenkomen partij betwist in haar verzoekschriften de ontvankelijkheid van de vordering en werpt daartoe twee excepties op. Ter terechtzitting verklaart zij de betrokken excepties niet te handhaven.

VII. De schorsingsvoorwaarden

7. Overeenkomstig 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.

De aankondiging van de kwestieuze opdracht werd echter bekend gemaakt na 24 februari 2010.

Dienvolgens is de wet van 23 december 2009 tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten te dezen van toepassing. De voornoemde wet van 23 december 2009 is immers in werking getreden op 25 februari 2010 krachtens artikel 76 van het koninklijk besluit van 10 februari 2010 tot wijziging van bepaalde koninklijke besluiten tot uitvoering van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten.

Overeenkomstig artikel 7 van de voornoemde wet van 23 december 2009 bepaalt de Koning de datum van haar inwerkingtreding en zijn enkel overheidsopdrachten die zijn bekendgemaakt vanaf die datum, zoals de in het geding zijnde opdracht, onderworpen aan de nieuwe wet.

Luidens het in de wet 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is aldus voor de schorsing van de thans bestreden beslissingen het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist. Bovendien verplicht artikel 65/15, tweede lid, de verzoekende partij tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid. Artikel 65/31 van de wet van 24 december 1993 bepaalt uitdrukkelijk dat het voormelde artikel 65/15 ook van toepassing is op opdrachten die de Europese drempel niet bereiken.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de bestreden beslissingen kunnen verantwoorden.

VIII. Onderzoek van de middelen

8. In beide zaken voert de verzoekende partij vijf gelijkkluidende middelen aan tegen de bestreden beslissing. De middelen zullen dan ook voor beide zaken samen worden besproken.

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

9. Een eerste middel is gericht tegen de beslissing om de verzoekende partij niet te selecteren en haar offerte onregelmatig te verklaren. Het middel is genomen uit de schending van de artikelen 71 en 90, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, van het transparantiebeginsel, evenals van de beginselen van behoorlijk bestuur, meer bepaald het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, de materiële motiveringsplicht, het vertrouwensbeginsel, en het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel.

Eerste en tweede onderdeel

10. In een eerste onderdeel werpt de verzoekende partij op dat de aanbestedende overheid, door haar niet te selecteren wegens het niet voldoen aan de in het bestek gestelde vereisten inzake de technische bekwaamheid, terwijl in de aankondiging van de opdracht geen referenties werden gevraagd, artikel 71 van het voormelde koninklijk besluit heeft geschonden.

In een tweede onderdeel voert zij aan dat de verwerende partij ook het transparantiebeginsel heeft geschonden door te beslissen tot niet selectie van de verzoekende partij ondanks de afwezigheid van selectiecriteria in de aankondiging. Uit het oogpunt van de transparantie is de aanbestedende overheid gehouden reeds vanaf de oproep tot mededinging voor een opdracht de selectiecriteria aan te geven die zij voor de selectie zal hanteren.

11. Luidens artikel 71 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 “[kan] de bekwaamheid van de dienstverlener worden beoordeeld aan de hand van met name zijn vakkundigheid, doeltreffendheid, ervaring en betrouwbaarheid”.

De technische bekwaamheid van de dienstverlener kan worden aangetoond door “één of meer” van de in artikel 71, tweede lid, vermelde referenties, “afhankelijk van de aard, de hoeveelheid en het gebruik van de te verlenen diensten”.

Artikel 71, vijfde lid, van voormeld besluit bepaalt bovendien uitdrukkelijk het volgende:

“De aanbestedende overheid geeft in de aankondiging van opdracht of in de uitnodiging tot het indienen van een offerte aan, welke van deze referenties zij verlangt”.

12. Te dezen werden de selectievoorwaarden niet opgenomen in de aankondiging, doch werden deze pas in het bestek vermeld. Op het eerste gezicht toont de verzoekende partij evenwel niet aan dat zij door dit feit werd benadeeld.

Er dient immers te worden vastgesteld dat de verzoekende partij haar offerte heeft ingediend met kennis van de vereisten inzake technische bekwaamheid zoals omschreven in het bestek. In bijlage 6 van haar offertes merkt de verzoekende partij aldus uitdrukkelijk op “hierbij vindt u de bewijsstukken die gevraagd worden in het bestek”.

De doelstelling van artikel 71, vijfde lid, en van het transparantiebeginsel lijkt dan ook bereikt te zijn, te meer daar het bestek door de inschrijvers in het kader van de openbare aanbesteding onmiddellijk kon worden opgevraagd en volgens de verwerende partij zelfs onmiddellijk elektronisch beschikbaar was op de e-notificationapplicatie.

In elk geval blijkt op het eerste gezicht niet dat de gunningprocedure te dezen een andere uitkomst had kunnen hebben indien de vereisten inzake technische bekwaamheid zouden zijn opgenomen in de aankondiging in de plaats van in het bestek.

Om die reden kunnen het eerste en tweede onderdeel van het eerste middel op het eerste gezicht niet worden aanvaard.

Derde onderdeel

13. In een derde onderdeel werpt de verzoekende partij nog op dat het bestek ten onrechte geen concrete minimumeisen oplegt met betrekking tot de technische bekwaamheid, zodat de verwerende partij ook inhoudelijk niet over criteria beschikte om de verzoekende partij te weren uit de selectie.

14. Op het eerste gezicht heeft de verzoekende partij geen belang bij dit onderdeel nu de beslissing aangaande niet-selectie niet gesteund is op het niet voldoen aan bepaalde minimumeisen inzake technische bekwaamheid, doch wel op het feit dat de verzoekende partij niet de overeenkomstig het bestek op straffe van nietigheid vereiste documenten heeft toegevoegd om de technische bekwaamheid te kunnen beoordelen. Zij toont niet aan op welke wijze zij werd benadeeld door het feit dat het bestek geen minimumeisen zou opleggen inzake technische bekwaamheid.

15. Het derde onderdeel van het eerste middel is dan ook niet ontvankelijk.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

16. Een tweede middel is genomen uit de schending van de artikelen 71, 72, 90 § 2 en 110 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, het mededingingsbeginsel, de artikelen 2 en 3 van de Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen, en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, meer bepaald het gelijkheidsbeginsel, redelijkheidsbeginsel, vertrouwensbeginsel, het zuinigheidsbeginsel, de materiële motiveringsplicht, het evenredigheidsbeginsel en zorgvuldigheidsbeginsel.

In een eerste onderdeel voert de verzoekende partij aan dat de verwerende partij zowel op grond van de ingediende documenten als op grond van het gegeven dat de verzoekende partij al meer dan 10 jaar de betrokken opdrachten voor de verwerende partij uitvoert, had moeten weten dat de verzoekende partij technisch bekwaam is om de opdrachten uit te voeren. Minstens moet worden vastgesteld dat aan de verwerende partij, door telkens de technische bekwaamheid van de verzoekende partij te aanvaarden en te bevestigen, een bestuursgedrag kan worden toegeschreven dat bij de verzoekende partij aanleiding geeft tot een rechtmatige verwachting dat de erkenning in categorie K en K1 klasse 6, en de lijst van referenties zoals de verzoekende partij deze gewoonlijk toevoegde, voldoende was om deze aspecten van technische bekwaamheid te beoordelen. Om die reden zou ook het vertrouwensbeginsel zijn geschonden. Bovendien had de verwerende partij volgens de verzoekende partij op grond van het zorgvuldigheids- en redelijkheidsbeginsel, evenals vanuit het mededingingsbeginsel en de zuinigheidsplicht bij de verzoekende partij toelichtingen en aanvullingen moeten opvragen indien bepaalde documenten onvolledig waren en ontbraken, te meer daar artikel 72, § 4, van het genoemde besluit uitdrukkelijk in die mogelijkheid voorziet. Zij wijst er ook op dat de verwerende partij zelf contactpersoon is voor verscheidene referenties. Ook de afwezigheid van materiaallijst zou duidelijk een materiële vergissing betreffen. Bovendien beschikte de verwerende partij reeds over deze lijst nu deze was neergelegd bij de offerte in het kader van de eerste procedure, die niet tot gunning leidde.

In een tweede onderdeel voert de verzoekende partij in essentie aan dat de verwerende partij haar offerte niet substantieel onregelmatig mocht verklaren. Zij wijst erop dat het niet nakomen van een bepaling waaraan het bestek de nietigheidssanctie verbindt slechts in principe tot substantiële onregelmatigheid van de offerte leidt, doch geen automatisme vormt. Te dezen kan dit volgens haar niet leiden tot substantiële onregelmatigheid omdat de technische bekwaamheid van de verzoekende partij niet aan een zorgvuldig onderzoek is onderworpen en voorts de afwezigheid van de materiaallijst louter op een materiële vergissing berust. Het niet toepassen van de nietigheidssanctie schendt ook geenszins de gelijkheid der inschrijvers aangezien zowel de verklaring inzake het materiaal als de aanvullingen van de lijst inzake de voornaamste diensten documenten zijn die een weergave geven van een feitelijke objectieve toestand,

zoals die ook vóór de opening van de offertes bestond. Ten slotte wijst zij erop dat de toepassing van de nietigheidssanctie op haar offerte niet in redelijke verhouding staat tot de begane onregelmatigheid gelet op het geringe belang van de ontbrekende documenten. Om die reden zouden de bestreden beslissingen het evenredigheidsbeginsel schenden. Een loutere verwijzing naar de nietigheidssanctie in het bestek zou ook geen afdoende motivering inhouden.

Beoordeling

17. Te dezen schrijft het bestek uitdrukkelijk voor dat de inschrijver zijn technische bekwaamheid dient aan te tonen door het voorleggen van onder meer:

“Artikel 71. Technische bekwaamheid

[...]

- een lijst van de voornaamste diensten uitgevoerd tijdens de laatste vijf jaar, waaruit de opgebouwde en gehonoreerde expertise in de bedoelde materie moet blijken. In de lijst dient achtereenvolgens vermeld te worden: het jaartal van de uitvoering, de titel, het bedrag, de aanbestedende publiek- of privaatrechtelijke instanties, de contactpersoon (met naam, kantooradres, telefoon- en faxnummer) en een bondige beschrijving van de inhoud van de opdracht. Deze diensten worden gestaafd aan de hand van hetzij certificaten opgesteld door de bevoegde autoriteiten, hetzij, bij ontstentenis daarvan of in geval van studies voor particulieren, door een verklaring van de dienstverlener zelf”;

“- een verklaring die de voertuigen, werktuigen, het materieel en de technische uitrusting vermeldt waarover de dienstverlener kan beschikken voor de uitvoering van de diensten”.

Voorts bepaalt het bestek uitdrukkelijk het volgende:

“Artikel 90: Vermeldingen in de inschrijving

[...]

Bijlage 6: Gegevens inzake de technische bekwaamheid van de aannemer

De bijlage omvat de bewijsstukken die gevraagd worden in artikel 71 van dit bestek als aanvulling aan het KB 08.01.1996, die de technische bekwaamheid van de aannemer aantonen.

Deze documenten moeten bij de offerte gevoegd worden op straffe van nietigheid. Deze maatregel wordt gemotiveerd door het feit dat de aanbestedende overheid de geschiktheid en bekwaamheid van de aannemer moet kunnen nagaan tijdens de selectiefase van de gunningsprocedure”.

18. Op het eerste gezicht komt het bevreemdend over dat een onderneming die de opdracht blijkbaar al jarenlang uitoefende voor de verwerende partij, niet wordt geselecteerd. Dit vindt echter zijn oorzaak in de voormelde veeleer strenge besteksbepaling, waarvan de wettigheid door de verzoekende partij als dusdanig in haar verzoekschrift evenwel niet lijkt te worden betwist.

Inzake de offerte van de verzoekende partij wordt vastgesteld dat enerzijds de lijst met de voornaamste diensten niet volledig is ingevuld (er zou geen bondige omschrijving zijn van de inhoud van de opdracht en de diensten zouden niet gestaafd worden door de bevoegde overheid aan de hand van certificaten of een verklaring van de dienstverlener) en, anderzijds, dat de verklaring ontbreekt die de voertuigen, werktuigen, het materieel en de technische uitrusting vermeldt waarover de dienstverlener kan beschikken voor de uitvoering van de diensten.

19. De verwerende partij merkt dus niet op dat de verzoekende partij technisch niet bekwaam is om de opdrachten uit te voeren, doch stelt enkel vast dat zij niet de door het bestek op straffe van nietigheid voorgeschreven documenten heeft ingediend om dit aan te tonen.

20. Op het eerste gezicht ontslaat het feit dat een inschrijver een bepaalde opdracht in het verleden reeds uitgevoerd heeft voor een aanbestedende overheid en dus ook reeds geselecteerd werd in het kader van vroegere opdrachten, deze inschrijver niet van de verplichting om op zorgvuldige wijze een offerte in te dienen overeenkomstig de besteksvereisten van een nieuwe opdracht. Op het vertrouwensbeginsel lijkt met andere woorden niet te kunnen worden gesteund door een zittende dienstverlener om zich te onttrekken aan de besteksvorschriften die gelden voor een nieuwe opdracht.

21. Overeenkomstig artikel 68 van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 gaat de aanbestedende overheid bij openbare aanbesteding op grond van de inlichtingen betreffende de eigen situatie van iedere dienstverlener en van de inlichtingen en documenten die nodig zijn voor de beoordeling van de

financiële, economische en technische minimumeisen over tot kwalitatieve selectie van de inschrijvers.

Door vast te stellen dat de verzoekende partij niet de vereiste documenten heeft gevoegd bij haar offerte, lijkt de verwerende partij de in het middel aangehaalde bepalingen en beginselen niet te hebben geschonden, te meer omdat het bestek bepaalde dat deze documenten dienden te worden toegevoegd op straffe van nietigheid.

Overeenkomstig artikel 72, § 4, van het voormelde koninklijk besluit beschikt de aanbestedende overheid slechts over de mogelijkheid om de inschrijvers te verzoeken de neergelegde documenten aan te vullen of toe te lichten. Het betreft echter geen verplichting.

Te dezen lijkt het op het eerste gezicht niet in strijd met het redelijkheidsbeginsel dat de verwerende partij van deze mogelijkheid geen gebruik heeft gemaakt gelet op voormelde besteksbepalingen die voorschrijven dat de bewuste documenten op straffe van nietigheid bij de offerte dienden te worden gevoegd.

De vaststelling dat de bewuste materiaallijst niet was toegevoegd bij de offerte, lijkt in het licht van het voorgaande, dan ook reeds een afdoende motief te vormen voor de bestreden beslissing.

Voorts lijkt op het eerste gezicht te moeten worden vastgesteld dat de “lijst werkfiches” die de verzoekende partij voegt bij haar offerte inderdaad niet beantwoordt aan hetgeen op straffe van nietigheid gevraagd was in het bestek. Bij de opdrachten die de verzoekende partij in haar stuk 34 aankruist en die binnen de relevante periode vallen, staat op het eerste gezicht de verwerende partij nergens als klant vermeld. Voorts wijst zij in haar offerte wel op algemene wijze op het feit dat zij reeds jaren onderhoudswerken uitvoert in Oost- en West Vlaanderen, doch voegt dienaangaande, ondanks voormelde bestekseisen, geen concrete gegevens toe. De lijsten met dienstbevelen voor de provincies Oost- en West-Vlaanderen die de verzoekende partij thans neerlegt als stukken 32 en 33 lijken niet te zijn toegevoegd aan haar offerte.

Ook de erkenning en certificaten die de verzoekende partij wel toevoegt aan haar verzoekschrift zijn op het eerste gezicht niet van aard om voormelde gebreken te verhelpen, precies gelet op de nietigheidssanctie bepaald in het bestek.

Indien de verwerende partij de verzoekende partij zou hebben toegelaten om de betrokken documenten alsnog toe te voegen, zou haar kunnen worden verweten te hebben gehandeld in strijd met haar eigen bestek en dus met het *patere legem* beginsel, dan wel met het gelijkheidsbeginsel.

22. Op het eerste gezicht kon de verwerende partij ook slechts rekening houden met de stukken die bij de offerte werden ingediend en niet met documenten die werden ingediend in het kader van een eerdere procedure. Overigens lijkt niet te kunnen worden uitgesloten dat de voertuigen, werktuigen, het materieel en de technische uitrusting waarover de dienstverlener kan beschikken voor de uitvoering van de diensten inmiddels is gewijzigd. Wat de eigen ervaring met de verzoekende partij in het verleden betreft, lijkt op het eerste gezicht te moeten worden aangenomen dat deze ervaring niet lijkt te beletten dat de verwerende partij gehouden is om haar besteksbepalingen voor de voorliggende opdracht op gelijke wijze toe te passen op alle inschrijvers.

23. Voorts lijkt het dat indien het bestuur aan sommige bepalingen van het bestek uitdrukkelijk de sanctie van de nietigheid verbindt, het zich laat begrijpen dat die besteksbepalingen van essentieel belang worden geacht. Het niet nakomen van de in die bepalingen voorgeschreven verplichtingen leidt in principe tot een substantiële onregelmatigheid. Het lijkt wel mogelijk anders indien de keuze voor die nietigheidssanctie niet op deugdelijke motieven steunt, hetgeen door een de verzoekende partij eventueel kan worden aangetoond. Op het eerste gezicht wordt door de verzoekende partij niet aangevoerd, laat staan aangetoond dat de nietigheidssanctie in het bestek de grenzen van de redelijkheid zou te buiten gaan.

24. Voorts blijkt uit de gunningverslagen niet dat de verwerende partij voormelde besteksbepalingen ten aanzien van alle inschrijvers niet met

eenzelfde gestrengheid heeft toegepast, zodat evenmin het gelijkheidsbeginsel lijkt te zijn geschonden.

25. De motivering van de bestreden beslissing moet, teneinde te voldoen aan de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen; die motivering moet afdoende zijn ten einde een belanghebbende in staat te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt.

In de mate dat in het middel de schending wordt ingeroepen van de formele motiveringsverplichting volstaat de vaststelling dat de aan de verzoekende partij ter kennis gebrachte gunningsverslagen de redenen van niet-selectie vermelden waaronder de motieven die in dit middel inhoudelijk worden betwist. Aldus lijkt voldaan aan de belangrijkste bestaansreden van de formele motiveringsplicht.

26. Het tweede middel is niet ernstig.

C. Vierde middel

Uiteenzetting van het middel

27. Een vierde middel is genomen uit de schending van artikel 1 en 3 van de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers, van artikel 2 van het koninklijk besluit van 26 september 1991 tot vaststelling van bepaalde toepassingsmaatregelen van voormelde wet, van artikel 5 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, evenals van het zorgvuldigheidsbeginsel, doordat de opdracht zou zijn toegewezen aan een inschrijver die niet over de vereiste erkenning beschikt om de opdracht uit te voeren.

De verzoekende partij wijst erop dat nv Desmet Engineering slechts een erkenning heeft voor werken tot de klasse 3, terwijl de werken te dezen minstens een klasse 4 vereisen en zelfs een klasse 5 indien men beide percelen samentelt. Hoewel de verwerende partij de opdracht heeft gekwalificeerd als een opdracht van diensten is volgens de verzoekende partij, gelet op het toepassingsgebied zoals omschreven in artikel 1 van het koninklijk besluit van 29 september 1991, niettemin de wet van 20 maart 1991 van toepassing op de werken die het voorwerp uitmaken van de bestreden opdrachten. Bovendien heeft de verwerende partij het erkenningsvereiste zelf opgelegd in het bestek.

Beoordeling

28. Krachtens artikel 3, § 1, van de voormelde wet van 20 maart 1991 mogen opdrachten voor aanneming van werken als bedoeld in artikel 2, waarvan de omvang een bij koninklijk besluit vastgesteld bedrag overschrijdt, slechts worden gegund aan aannemers die op het ogenblik van de gunning hiervoor zijn erkend dan wel de bewijzen hebben geleverd dat zij voldoen aan de voorwaarden gesteld door of krachtens deze wet.

Krachtens artikel 3 van het voormelde koninklijk besluit van 26 september 1991 worden de erkende aannemers voor elke categorie of ondercategorie in acht klassen ingedeeld. Het maximale bedrag, btw niet inbegrepen, voor de aanneming van werken die aan de aannemer voor klasse 3 mag worden gegund is 500.000 euro. Voor de gunning van een opdracht is de vereiste erkenningsklasse deze welke overeenstemt met het goed te keuren bedrag van de inschrijving.

29. De in het geding zijnde opdracht werd door de aanbestedende overheid echter niet gekwalificeerd als opdracht voor aanneming van werken, maar wel van diensten, welke kwalificatie door de verzoekende partij als dusdanig niet lijkt te worden betwist. Zij voert enkel aan dat voormelde kwalificatie niet wegneemt dat de wet van 20 maart 1991 niettemin van toepassing is op de werken die het voorwerp uitmaken van de bestreden opdracht.

30. Voormelde erkenningsvereisten zoals opgelegd door de wet van 20 maart 1991 en het koninklijk besluit van 26 september 1991 lijken echter uitsluitend te gelden voor opdrachten van werken, en niet voor opdrachten van leveringen of diensten.

31. Nu de verzoekende partij nalaat aan te tonen dat de opdracht als opdracht van werken dienen te worden gekwalificeerd, lijkt zij zich dan ook niet dienstig te kunnen beroep op een schending van de wet van 20 maart 1991 en het koninklijk besluit van 26 september 1991.

32. Zelfs indien de erkenningsreglementering toch zou gelden voor de werken die beweerdelijk vervat zitten in de litigieuze dienstenopdracht, dient te worden vastgesteld dat de verzoekende partij niet aantoont dat deze werken een bedrag van 500.000 euro overschrijden.

33. Ook uit het feit dat het bestek voorschrijft “de aannemer moet voldoen aan de voorwaarden tot erkenning in de categorie K, ondercategorie K 1 of K 3 en de aanbestedende overheid is van oordeel dat de werken tot de klasse 3 behoren”, kan op het eerste gezicht niet worden afgeleid dat de aanbestedende overheid uitsluitend op die grond zou zijn gehouden om de reglementering inzake de erkenning van aannemers voor werken na te leven. Zij heeft deze reglementering immers niet als dusdanig, mocht dit al in rechte mogelijk zijn, toepasselijk verklaard, doch louter een besteksvereiste vastgesteld, door middel van een verwijzing naar een onderdeel van de betrokken regelgeving. Er lijkt dus niet te moeten worden nagegaan of te dezen de klasse juist is gekozen, afgewogen aan de gehele erkenningsreglementering.

De verwerende partij was er wel toe gehouden haar specifiek besteksvereiste na te leven. De verzoekende partij toont niet aan dat dit niet het geval zou zijn gebeurd nu de gekozen inschrijver, zoals gevraagd in het bestek, beschikt over een erkenning in categorie K1, klasse 3.

34. Ten slotte zet de verzoekende partij in haar middel nergens concreet de reden uiteen waarom artikel 5 van de wet van 24 december 1993 zou

zijn geschonden, zodat dit onderdeel van het middel niet ontvankelijk is. Voor het overige is het vierde middel niet ernstig.

D. Vijfde middel

Uiteenzetting van het middel

35. In een vijfde middel wordt de schending aangevoerd van artikel 68, 70, 71, 72 en 90, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen en de beginselen van behoorlijk bestuur, meer bepaald het beginsel inzake de materiële motiveringsplicht, het vertrouwensbeginsel, het gelijkheidsbeginsel, het non- discriminatiebeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel.

Uit het gunningsverslag blijkt volgens de verzoekende partij dat de gekozen inschrijver, nv Desmet Engineering, op diverse punten er niet in slaagt om de door de aanbestedende overheid gevraagde documenten voor te leggen, minstens laat de motivering van het gunningsverslag niet toe om vast te stellen dat deze inschrijver aan alle selectiecriteria voldeed of zelfs de documenten aan een inhoudelijk onderzoek zijn onderworpen. Wat het vereiste betreft van financiële en economische draagkracht wijst zij erop dat geen passende bankverklaring wordt voorgelegd en een arbeidsongevallenverzekering niet kan worden gelijkgesteld met een verzekering tegen beroepsrisico's. Bovendien zou een overzicht van de omzet van 2009 ten onrechte ontbreken. Voorts zou wat betreft de technische bekwaamheid uit het gunningsverslag niet kunnen worden afgeleid dat de lijst van voornaamste diensten van de gekozen inschrijver volledig conform was met de besteksvereisten.

Zeker gelet op de rigiditeit waarmee de verwerende partij de offertes van de verzoekende partij heeft beoordeeld, dwingt het gelijkheidsbeginsel de verwerende partij om eenzelfde rigiditeit aan de dag te leggen bij de beoordeling van de offertes van de overige inschrijvers.

Beoordeling

36. Het bestek (blz. 50) bepaalt dat de inschrijver zijn financiële en economische draagkracht aantoont door:

- het voorleggen van passende bankverklaringen of het bewijs van een verzekering tegen beroepsrisico's,
- een verklaring betreffende de totale omzet en de omzet in werken van de onderneming over de laatste drie boekjaren.

Tevens bepaalt het bestek, in overeenstemming met artikel 70, laatste lid, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, dat indien de inschrijver om gegronde redenen niet in staat is de gevraagde referenties voor te leggen hij zijn financiële en economische draagkracht kan aantonen met andere documenten die de aanbestedende overheid geschikt acht.

37. De aanbestedende overheid heeft zich - bewust of onbewust - op het eerste gezicht te dezen een grotere discretionaire bevoegdheid toebedeeld bij het beoordelen van de documenten inzake het aantonen van de financiële en economische draagkracht dan bij de technische bekwaamheid. In tegenstelling tot wat geldt voor de technische bekwaamheid, lijkt het bestek bovendien niet voor te schrijven dat deze gegevens op straffe van nietigheid bij de offerte dienen te worden gevoegd.

38. In de gunningsverslagen wordt hierover het volgende opgemerkt:

“Desmet voegt een ‘Verzekeringsattest tegen arbeidsongevallen’ van AXA bij, en een overzicht van de omzet over de jaren 2006-2007-2008.

Vandezande voegt de jaarrekeningen bij van de jaren 2006-2007 en 2008, en Vameco voegt periode jaarrekening in van 2006-2007, 2007-2008, 2008-2009 en het eerste en tweede kwartaal van 2010.

Vameco bezorgt tevens een getuigschrift van de verzekeraar Zurich, waaruit blijkt dat zij een verzekering burgerlijke aansprakelijkheid heeft.

Van Hooste bezorgt een getuigschrift van de verzekeraar AG Insurance, waaruit blijkt dat zij een verzekering burgerlijke aansprakelijkheid heeft. Zij

geven geen verklaring betreffende de totale omzet en de omzet in werken van de onderneming over de laatste drie boekjaren”.

Vervolgens wordt besloten:

“Alle inschrijvers hebben de nodige erkenning en hebben, met uitzondering van de BVBA Van Hooste, aangetoond dat ze voldoende economische en financiële draagkracht hebben”.

39. Uit het voorgaande blijkt dat geen van de inschrijvers alle vereiste documenten betreffende de financiële en economische bekwaamheid hebben ingediend.

Uiteindelijk blijkt de verwerende partij beslist te hebben om enkel bvba Van Hooste op deze grond niet te selecteren aangezien wat deze inschrijver betreft elke verklaring omtrent de omzet van de onderneming over de laatste drie boekjaren ontbreekt.

Op het eerste gezicht gaat voormelde beslissing de grenzen van de redelijkheid niet te buiten en houdt zij geen schending in van de in het middel aangehaalde bepalingen en beginselen.

40. Inzake de technische bekwaamheid van de gekozen inschrijver blijkt uit de neergelegde offerte dat de opgegeven referentielijst vier kolommen vermeldt, met name de beknopte omschrijving der werken en plaats van de werf, de bouwheer (met naam en adres), het jaar of de jaren van uitvoering en het bedrag. Bovendien blijken deze referenties ondersteund te worden door getuigschriften van goede uitvoering waarin tevens de namen van de contactpersonen staan vermeld. Dit onderdeel van het middel lijkt dan ook feitelijke grondslag te missen.

41. Het vijfde middel is dan ook niet ernstig.

E. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

42. In een derde middel wordt de schending aangevoerd van artikel 15 van de voormelde wet van 24 december 1993, van de artikelen 110, § 1, en 115 van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 nu de opdracht volgens de verzoekende partij niet toegewezen werd aan de inschrijver met de laagste regelmatige offerte, namelijk de verzoekende partij.

Beoordeling

43. De verzoekende partij werd niet geselecteerd voor beide percelen omdat zij niet alle documenten heeft ingediend die in het bestek op straffe van nietigheid vereist waren inzake het aantonen van de technische bekwaamheid.

44. In het tweede en derde middel voerde de verzoekende partij aan dat zij ten onrechte niet werd geselecteerd. Deze middelen bleken echter niet ernstig, zodat zij - als niet-geselecteerde inschrijver aan wie geen opdracht mag worden toegewezen - geen belang meer had om het niet-gunnen van de percelen aan haarzelf aan te vechten, evenals het gunnen van die percelen aan de gekozen inschrijver, tenzij zij wat dit laatste voorwerp van haar vorderingen betreft, kon aantonen dat de opdracht aan geen van de inschrijvers mocht worden gegund. Te dezen was enkel de tussenkomende partij als inschrijver geselecteerd en diende verzoekende partij dus aan te tonen dat deze inschrijver ten onrechte was geselecteerd, hetgeen zij poogde te doen in haar vierde en vijfde middel. Deze middelen zijn hiervoor echter eveneens niet ernstig bevonden.

In die omstandigheden heeft de verzoekende partij geen belang meer bij haar vorderingen en in elk geval niet bij het hier besproken derde middel, dat uitgaat van een mogelijke vergelijking van de offertes waartoe zij te dezen niet zou mogen worden toegelaten en waarbij zij overigens niet eens uiteenzet waarom zij de laagste regelmatige offertes zou hebben ingediend.

Het derde middel is niet ernstig.

IX. Besluit

45. Geen van de middelen blijkt ernstig. Het onderzoek van de middelen heeft tevens uitgewezen dat de verzoekende partij zelfs belang ontbeert bij haar vorderingen tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid die dan ook dienen te worden verworpen.

BESLISSING

1. De zaken A. 199.229/XII-6504 en A. 199.232/XII-6505 worden gevoegd wat de vorderingen tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid betreft.

2. Het verzoek van de nv Desmet Machinebouw Engineering tot tussenkomst in de administratieve kort gedingen wordt ingewilligd.

3. De Raad van State verworpt de vorderingen.

4. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vorderingen tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 350 euro.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomsten in beide zaken, begroot op 250 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 15 maart 2011, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest