

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 212.507 van 7 april 2011
in de zaak A. 188.775/XII-5479**

In zake: BVBA ALGEMEEN GROENBEHEER BAART
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Peter Flamey en Joost Bosquet
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Jan van Rijswijcklaan 16
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

STAD ANTWERPEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Christophe Coen
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 210A
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 20 juni 2008, strekt tot de
nietigverklaring van

“(1) het Besluit van het College van Burgemeester en Schepenen van 11 april 2008 waarbij na kennisname van de inschrijvingen in de openbare aanbesteding voor het uitvoeren van maaiwerken over het ganse grondgebied van de Stad Antwerpen in de jaren 2008, 2009 en 2010 ten behoeven van stads- en buurtonderhoud/groen en begraafplaatsen (bestek nr. 2008/8055) de offerte van [de bvba Algemeen Groenbeheer Baart] niet werd geselecteerd en de percelen 1 tot en met 5 en 7 tot en met 24 werden gegund aan diverse concurrerende ondernemingen, het perceel 6 niet wordt gegund en beslist wordt dit in eigen beheer uit te voeren, evenals het gunningsverslag wordt bevestigd, (2) evenals de impliciete beslissing van dezelfde datum tot niet gunning van de opdracht voor diverse percelen aan [de bvba Algemeen Groenbeheer Baart]”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Auditeur Inge Vos heeft een verslag opgesteld.

Verzoekende partij en verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 15 maart 2011.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Joost Bosquet, die verschijnt voor verzoekende partij, en advocaat Anthony Poppe, die loco advocaat Christophe Coen verschijnt voor verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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 stad Antwerpen schrijft een overheidsopdracht, onder de vorm van een openbare aanbesteding, uit voor het uitvoeren van maaiwerken over het ganse grondgebied van Antwerpen gedurende de periode 2008-2010.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 31 januari 2008.

Luidens de aankondiging is de opdracht onderverdeeld in 24 percelen en moeten inschrijvingen worden ingediend voor één of meer percelen.

3.2. De opdracht is onderworpen aan de bepalingen van het bestek nr. 2008/8055 “Het uitvoeren van maaiwerken over het ganse grondgebied gedurende de periode 2008/2010”.

Het bestek omschrijft de aard van de opdracht en de selectiecriteria.

3.3. Uit het proces-verbaal van de opening van de inschrijvingen van 5 maart 2008 blijkt dat tien inschrijvers een offerte indienen. Verzoekende partij dient een offerte in voor alle 24 percelen. Tevens geeft zij kortingen op in geval van samenvoeging van bepaalde percelen.

3.4. Bij schrijven per e-mail van 10 maart 2008 informeert verzoekende partij bij verwerende partij naar de gunningsbeslissing.

In een antwoordschrijven van 12 maart 2008 merkt de bevoegde ambtenaar op dat, bij een eerste berekening, verzoekende partij voor 18 van de 24 percelen de laagste bieder is, doch dat de uitvoering van deze percelen de capaciteit van verzoekende partij ver zou overtreffen. Indien dit niet het geval zou zijn, wordt verzoekende partij gevraagd de capaciteit van het personeel en het machinepark te staven met de nodige cijfers in functie van de te onderhouden oppervlakte. Verzoekende partij wordt tevens uitgenodigd voor een gesprek op 13 maart 2008.

3.5. Met een niet-ondertekend schrijven van 13 maart 2008 deelt verzoekende partij aan verwerende partij mee dat zij wenst af te zien om in aanmerking te komen voor de gunning van de percelen 1, 2, 3, 11, 14, 20, 21, 22 en 23 aangezien zij bij de gunning van de overige percelen, namelijk de percelen 4, 5, 6, 7, 8, 9, 12, 16, 17 en 18 het maximum aan capaciteit voor haar bedrijf heeft bereikt. Tevens verklaart zij dat aangezien zij voor deze percelen een goede

uitvoering wil garanderen, zij wenst af te zien van de reeds vermelde percelen, dit op basis van punt 2 en 3, omschreven in het bestek bij de selectiecriteria.

3.6. In een schrijven per e-mail van 20 maart 2008 merkt de bevoegde ambtenaar op dat de juridische dienst geen gunstig advies geeft zonder bijkomende verantwoording in verband met de capaciteit van het bedrijf. Aan verzoekende partij wordt gevraagd om een overzicht te bezorgen waaruit blijkt dat zij de tien percelen aankan met de beschikbare mensen en middelen.

3.7. Verzoekende partij maakt diezelfde dag via e-mail een verantwoording over.

3.8. In het verslag inzake het administratief nazicht van de offertes van 31 maart 2008, zoals bezorgd aan verzoekende partij, wordt met betrekking tot de offerte van verzoekende partij het volgende opgemerkt:

“Uitsluiting van de firma AGB

De inschrijving van de firma AGB wordt geweigerd op basis van selectiecriteria 1, 2 en 3 van het bestek.

Deze firma schreef voor 19 van de 24 percelen als laagste in. Zij gaven een korting op 6 percelen.

Motivering

1 Op basis van de referenties.

De firma geeft een aantal kleinere werken op. De ervaring om te werken met openbare besturen is aanwezig. De omvang van dit bestek is evenwel niet vergelijkbaar met de opgegeven referenties. AGB bewijst aan de hand van de door hem opgegeven referenties bijgevolg niet dat hij in staat is een opdracht van de grootte waarvoor hij inschreef aan te kunnen.

2 Op basis van het selectie criterium aantal werknemers in functie van het uit te voeren onderhoud

Uit de offerte van AGB bleek dat deze firma slechts over 8 ervaren arbeiders beschikt en geen opgave doet van onderaannemers of samenwerkingsverbanden met derden. Aan de firma is bijkomend verantwoording gevraagd over de beschikbare capaciteit. Hieruit bleek dat AGB slechts over een capaciteit beschikt voor het uitvoeren van maximum 10 percelen in plaats van de 19 percelen, waarvoor hij inschreef. Hierdoor voldoet AGB niet aan het tweede selectie criterium en kan hij niet geselecteerd worden conform de wetgeving op de overheidsopdrachten. Voor de uitvoering van

19 percelen is de opgegeven capaciteit van 8 personeelsleden ontoereikend gelet op:

- De grootte van de te maaien oppervlakten en de maaifrequentie van elke 7 of 10 dagen
- De spreiding van de percelen over gans stadsgrondgebied. Met de doorlooptijd is geen rekening gehouden bij de inschrijving.
- De moeilijkheidsgraad van de percelen 1, 2, 3 met 250 groenobjecten in het stadscentrum en de bijkomende parkeerproblemen met name het plaatsen van parkeerverbod.
- het tijdelijk stockeren en afvoeren van de maaispecie
- De klimatologische omstandigheden, met name regenperiodes, die maken dat er vertraging kan optreden in het maaischema.

3 Op basis van de beschikbare mechanische middelen

Uit de offerte van AGB bleek dat deze firma beschikt over:

2 maaimachines van 2 m maaibreedte met opvang (capaciteit 8000 m²/uur)

2 machines van 1.5 m breedte met opvang (capaciteit 4000m²/uur)

1 machine van 5 m maaibreedte voor mulching (capaciteit 15000 m² /per uur)

In deze capaciteitsopgave wordt geen rekening gehouden met de doorlooptijd om van de ene groenzone naar de andere te gaan.

Het opgegeven machinepark is dus ontoereikend om de in het bestek aangegeven maaieregimes te kunnen uitvoeren en zo aan de vereiste beeldkwaliteitseisen te kunnen voldoen. Voor uitvoering van bv. maaieregime M2 zijn minstens 2 maaimachines met capaciteit van 12 000 m² per uur nodig. De firma heeft hiervoor slechts 1 machine met deze capaciteit opgegeven.

Op grond van al deze criteria dient de firma AGB uit Lommel te worden uitgesloten.

Het feit dat bvba AGB voor 19 van de 24 percelen als laagste inschreef, wijzigt hier niets aan.

De firma deed geen opgave van onderaannemers of samenwerkingsakkoorden met derden”.

3.9. Daarnaast wordt nog een afzonderlijke capaciteitsberekening gemaakt voor de negentien percelen waarbij verzoekende partij de laagste bieder is en wordt geconcludeerd dat zij de negentien percelen met het beschikbare potentieel aan arbeidskrachten niet conform het bestek kan uitvoeren.

3.10. Op 11 april 2008 beslist het college van burgemeester en schepenen om de offerte van verzoekende partij uit te sluiten op grond van de volgende motivering:

“Uitsluiting van de firma AGB

Alle firma's met uitzondering van de firma AGB, voldoen aan de selectiecriteria. Deze firma schreef voor 19 van de 24 percelen als laagste in. Zij gaven een korting op 6 percelen. De firma deed geen opgave van onderaannemers of samenwerkingsakkoorden met derden.

Motivering

1 Op basis van de referenties.

De firma geeft een aantal kleinere werken op. De ervaring om te werken met openbare besturen is aanwezig. De omvang van dit bestek is niet vergelijkbaar met de opgegeven referenties.

2 Op basis van het selectie criterium aantal werknemers in functie van het uit te voeren onderhoud

Aan de firma is bijkomend verantwoording gevraagd over de beschikbare capaciteit.

Hieruit bleek dat het uitvoeren van 10 van de 19 percelen mogelijk zou zijn.

Deze werkwijze is echter niet conform met de wet op de overheidsopdrachten.

Voor de uitvoering van 19 percelen is de opgegeven capaciteit van 8 personeelsleden echter ontoereikend gelet op:

- De grootte van de te maaien oppervlakten en de maaifrequentie van elke 7 of 10 dagen
- De spreiding van de percelen over gans stadsgrondegebied. Met de doorlooptijd is geen rekening gehouden bij de inschrijving.
- De moeilijkheidsgraad van de percelen 1, 2, 3 met 250 groenobjecten in het stadscentrum en de bijkomende parkeerproblemen met name het plaatsen van parkeerverbod.
- het tijdelijk stockeren en afvoeren van de maaispacie
- De klimatologische omstandigheden, met name regenperiodes, die maken dat er vertraging kan optreden in het maaischema.

3 Op basis van de beschikbare mechanische middelen

Het opgegeven machinepark is ontoereikend om de in het bestek aangegeven maaieregimes te kunnen uitvoeren en zo aan de vereiste beeldkwaliteitseisen te kunnen voldoen. Voor uitvoering van maaieregime M2 zijn minstens 2 maaimachines met capaciteit van 12 000 m² per uur nodig. De firma heeft hiervoor slechts 1 machine met deze capaciteit opgegeven.

4 Op basis van inschrijvingsprijs.

De firma AGB schreef een bedrag in voor de 19 percelen dat gemiddeld 54 % lager ligt dan dit van de 2^{de} laagste bidders. De wet op de overheidsopdrachten voor diensten voorziet echter geen verantwoording voor abnormale eenheidsprijzen.

Op grond van al deze criteria dient de firma AGB uit Lommel te worden uitgesloten.

Het feit dat bvba AGB voor 19 van de 24 percelen als laagste inschreef, wijzigt hier niets aan.

De firma deed geen opgave van onderaannemers of samenwerkingsakkoorden met derden”.

Er wordt ook beslist om perceel 6 niet te gunnen en dit perceel in 2008 in eigen beheer uit te voeren aangezien er onvoldoende krediet beschikbaar is op de begroting 2008.

De overige percelen worden toegewezen aan diverse inschrijvers.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

Exceptie van gebrek aan belang

Standpunt van de partijen

4.1. Verzoekende partij wijst erop dat zij inschrijver voor de opdracht was en dat zij een gekwalificeerd moreel belang ontleent aan het voorbijgaan van haar offerte. Voorts merkt zij op dat in haar enig middel de kwalitatieve selectie door verwerende partij wordt betwist.

4.2. Verwerende partij stelt dat verzoekende partij geen belang heeft bij haar middel en dus bij haar beroep daar zij geen enkele kans maakt om de opdracht zelf toegewezen te krijgen; verzoekende partij heeft, aldus verwerende partij, immers zelf erkend dat zij niet in staat is om daadwerkelijk de 24 percelen uit te voeren. Voorts wijst verwerende partij erop dat het gegrond bevinden van het enig middel het bestek zelf aantast zodat verzoekende partij al helemaal niet meer in aanmerking kan komen voor de kwestieuze opdracht.

Beoordeling

5.1. Een verzoekende partij ontleent aan haar voorbijgaan in beginsel een gekwalificeerd moreel belang dat gediend wordt, zelfs spijs het sluiten en de uitvoering van de overeenkomst betreffende de opdracht, door een nietigverklaring van de toewijzingsbeslissing.

5.2. De exceptie van gebrek aan belang, inzonderheid de stelling dat verzoekende partij geen enkele kans maakte om de opdracht zelf toegewezen te krijgen, valt samen met de beoordeling van het enig middel.

5.3. Ten slotte wijst de Raad van State erop dat de onwettigheid van een besteksbeplating kan worden aangevoerd als middel tegen een eindbeslissing.

5.4. De exceptie wordt verworpen.

V. Onderzoek van het enig middel

Standpunt van verzoekende partij

6. In het enig middel voert verzoekende partij de schending aan van artikel 15 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, van de artikelen 71 en 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 richtlijnconform geïnterpreteerd, van artikel 110, § 3, van voormeld koninklijk besluit, de artikelen 3 en 4 van het bijzonder bestek, het Europeesrechtelijk transparantie- en niet-discriminatiebeginsel zoals afgeleid uit artikel 43 tot en met 55 van het EG-verdrag, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en de beginselen van behoorlijk bestuur met in het bijzonder het zorgvuldigheids- en vertrouwensbeginsel, en de ontstentenis van de rechtens vereiste feitelijke en juridische grondslag.

In een eerste onderdeel merkt verzoekende partij op dat de gehanteerde selectiecriteria criteria betreffen die de inschrijvers niet toelaten het

vereiste minimale niveau betreffende de technische bekwaamheid en financieel-economische draagkracht na te gaan, niveau dat *post factum* en eenzijdig in de bestreden beslissing zou zijn opgelegd en zou stoelen op een willekeurige benadering van het aantal vereiste maaimachines en personeel, gegevens waarvan het bestek geen gewag zou maken. Onder verwijzing naar rechtspraak van het Hof van Justitie (arrest Beentjens van 20 september 1988 en Bellini en CEI van 9 juli 1987) en het arrest nv Hydrex van de Raad van State van 21 december 1998 komt het volgens verzoekende partij aan de aanbestedende overheid toe om in de aankondiging van de opdracht, minstens in het bestek, zelf op eenduidige wijze de referenties te bepalen die zij wenst te ontvangen, evenals het niveau dat de ondernemingen moeten bereiken om in aanmerking te worden genomen bij de selectie. Doordat het vereiste niveau *in casu* niet vooraf gekend was, kon verzoekende partij niet oordelen al dan niet voor bepaalde percelen of een combinatie van percelen in te schrijven en heeft verwerende partij gehandeld in strijd met de artikelen 71 en 74 van voormeld koninklijk besluit, richtlijnconform geïnterpreteerd. Zij wijst er ook op dat artikel 44, § 2, van Richtlijn 2004/18/EG bepaalt dat de minimumvereisten inzake selectie een verband moeten hebben en proportioneel moeten zijn met het voorwerp van de opdracht. Verzoekende partij beroept zich tevens op de directe werking van voormelde bepaling nu deze Richtlijn reeds op 31 januari 2006 in het nationaal recht diende te zijn omgezet.

In een tweede onderdeel wijst zij erop dat de opdracht krachtens het bestek was onderverdeeld in diverse percelen die afzonderlijk konden worden gegund. Volgens verzoekende partij dienden de selectiecriteria dan ook per perceel te worden afgetoetst, te meer daar het een opdracht volgens prijslijst betrof en uit het bestek niet kon worden afgeleid op welke sequenties de percelen in gelijktijdige uitvoering zouden komen. Uit de bestreden beslissing blijkt volgens haar daarentegen dat voor wat betreft de referenties plots werd vereist dat de omvang van de referenties gelijkaardig was aan de totale omvang (24 percelen) en dat de vereiste capaciteit aan tewerkgestelde werknemers en uitrusting werd getoetst ten aanzien van alle percelen van de opdracht. Volgens verzoekende partij zijn de gehanteerde selectiecriteria minstens disproportioneel ten aanzien van het voorwerp, de aard en de omvang van de voorliggende opdracht door de invulling die de bestreden beslissing eraan heeft gegeven. De interpretatie dat iedere inschrijver tevens een voldoende materiële en humanitaire

capaciteit dient aan te tonen in functie van alle percelen van de volledige opdracht beperkt de mededinging op disproportionele wijze.

In een derde onderdeel voert verzoekende partij aan dat als één van de motieven van de niet-selectie van de offerte van verzoekende partij werd verwezen naar vermeende abnormale prijszetting, met miskenning van het onderscheid tussen gunnings- en selectiecriteria, en zonder dat een voorafgaande verantwoording dienaangaande werd opgevraagd bij verzoekende partij overeenkomstig artikel 110, § 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996.

Ten slotte meent verzoekende partij in een vierde onderdeel dat ook het vertrouwensbeginsel werd geschonden nu uit de stukken zou blijken dat verwerende partij, in strijd met de bepalingen van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 – het betreft immers geen onderhandelingsprocedure - met haar contact heeft opgenomen met de uitdrukkelijke suggestie tot het opstellen van een verklaring houdende de beperking van haar inschrijving. Deze verklaring wordt vervolgens *post factum* tegen haar gebruikt om haar offerte niet te selecteren.

7. In haar memorie van wederantwoord betoogt verzoekende partij met betrekking tot de verwijzing door verwerende partij naar de gegevens uit de inventaris die de inschrijvers zouden hebben toegelaten om het vereiste niveau te bepalen, dat verwerende partij voorbijgaat aan het gegeven dat de opdracht bij prijslijst werd georganiseerd en de inschrijver zodoende krachtens het bestek niet diende uit te gaan van de gelijktijdige uitvoering van alle percelen waarvoor werd ingeschreven. De interferentie tussen de percelen is volgens haar een gegeven dat niet in het bestek werd ingeschreven en zodoende met schending van het bestek *post factum* werd gehanteerd. Zij wijst er ook op dat de beoordeling per perceel geenszins in strijd is met de geest van de wet overheidsopdrachten nu de opdeling in percelen bijvoorbeeld geregeld plaatsvindt om de erkenningsgraad van de aannemers in geval van een overheidsopdracht voor aanneming van werken te beperken en zo een grotere mededinging te bekomen.

Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie in het arrest Beentjens en uit artikel 44, § 2, van de Richtlijn blijkt volgens verzoekende partij

wel degelijk dat de Richtlijn en het koninklijk besluit “een aantal documenten weergeven dewelke de lidstaten kunnen verzoeken te laten voorleggen, waarbij het *in concreto* aan de aanbestedende overheid zal toekomen het vereiste prestatieniveau te bepalen”.

Volgens verzoekende partij is het ook geenszins absurd eerst per perceel de selectie en vervolgens de gunning te doorlopen. In de hypothese van verwerende partij zouden aannemers met een zogenaamd beperkt machinepark, hoewel zij perfect een ettelijk aantal percelen kunnen uitvoeren, bij voorbaat hun kansen tot toewijzing dienen te beperken door slechts voor een beperkt aantal percelen in te schrijven zonder dat vaststaat of deze gelijktijdig zullen worden uitgevoerd en zonder dat vaststaat welke van deze percelen hun zullen worden toegekend.

Voorts stelt verzoekende partij vast dat verwerende partij het weigeringsmotief inzake de abnormale prijszetting afdoet als een overtollig motief, terwijl zulks niet blijkt uit de bestreden beslissing zelf. In elk geval kan verwerende partij volgens haar niet ontkennen dat een dergelijk motief werd gehanteerd zonder de door artikel 110, § 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 vereiste prijsverantwoording te vragen.

Ten slotte zou de argumentatie van verwerende partij ongeloofwaardig zijn waar zij voorhoudt dat de contacten met verzoekende partij beperkt bleven tot een verzoek om toelichting. Ook is het volgens verzoekende partij geenszins zo dat een inschrijver die naderhand op aansturen van het bestuur verklaart af te zien van de inschrijving voor bepaalde percelen, zou handelen in strijd met de wetgeving overheidsopdrachten. Hoewel de offerte gedurende de gestanddoeningstermijn juridisch bindend blijft, betreft dit volgens verzoekende partij geen wijziging van de offerte, doch wel een kennisgeving om voor bepaalde percelen geen interesse meer te betonen.

8. In haar laatste memorie voegt verzoekende partij er wat het eerste middelonderdeel betreft nog de volgende argumentatie aan toe.

In de interne Belgische regelgeving bevatten de voorschriften inzake selectie enkel een opsomming van de bewijsmiddelen die de aanbestedende overheid moeten toelaten een verificatie van de bekwaamheid door te voeren. Artikel 44 van de Richtlijn 2004/18/EG, dat directe werking heeft en gezien de omzettingstermijn op 31 januari 2006 verstreken is, van toepassing is ten tijde van de bestreden beslissingen, handelt echter over minimumeisen die moeten worden vermeld in de aankondiging. “Het komt dan ook aan de aanbestedende overheid toe in de aankondiging van de opdracht, minstens in het bestek, zelf op eenduidige wijze de referenties te bepalen die zij wenst te ontvangen, evenals het niveau dat de ondernemingen moeten bereiken om in aanmerking genomen te worden bij de selectie. Wanneer geen dergelijke minimumvereisten gesteld zijn, zal de aanbestedende overheid enkel het aantal inschrijvers door niet-selectie kunnen beperken wanneer deze de overtuigingsstukken niet kunnen voorleggen en dus niet meer achteraf een bijzonder prestatieniveau kunnen hanteren”. Het niet opnemen in de aankondiging van de minimumeisen strijdt voorts met het transparantie- en gelijkheidsbeginsel. Inzake gunningscriteria is er trouwens een gelijkaardige evolutie naar grotere transparantie opgetreden.

In ondergeschikte orde formuleert verzoekende partij nog volgende prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie:

“Dienen de artikelen 43 tot en met 55 van het EG-Verdrag en, in uitvoering hiervan, artikel 44 van de Europese Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, op zichzelf genomen en in samenlezing met de draagwijdte van de Europese beginselen inzake transparantie en gelijkheid, zo geïnterpreteerd te worden dat de aanbestedende overheid ertoe verplicht is om in de aankondiging van de opdracht en/of in het bestek steeds eenduidig de referenties te bepalen die zij wenst te ontvangen, alsook de niveaus in verhouding tot de opdracht die de ondernemingen moeten bereiken om in aanmerking genomen te worden bij de selectie?”

Beoordeling

9.1. In de voorliggende zaak worden de selectiecriteria als volgt omschreven in het bestek:

“Selectiecriteria

1. referenties met betrekking tot het uitvoeren van groenonderhoud met vermelding van bedrag, datum en voor welk publiek- of privaatrechtelijke instanties ze bestemd waren;
2. het aantal werknemers in dienst van de inschrijver en in functie van het uit te voeren onderhoud
3. de mechanische middelen waarmee de inschrijver zich voorneemt deze dienstverlening uit te voeren, met aanduiding van merk, type en karakteristieken
(cfr. Artikel 11 [...]).”

Artikel 11 van het bestek waarnaar voormelde bepaling verwijst, somt onder meer de volgende bij de offerte te voegen bescheiden op:

- “6. opgave van referenties met betrekking tot het uitvoeren van groenonderhoud tijdens de laatste drie jaar met vermelding van het bedrag, datum en voor welk publiek- of privaatrechterlijke instanties ze bestemd waren (cfr. Art. 4)
7. opgave van het aantal werknemers in dienst van de inschrijver en in functie van het uit te voeren onderhoud (cfr. Art. 4)
8. opgave van de mechanische middelen waarmee de inschrijver zich voorneemt deze dienstverlening uit te voeren, met aanduiding van merk, type en karakteristieken (cfr. Art. 4)”.

Wat de vermoedelijke hoeveelheden, de oppervlakte per perceel en het aantal beurten per jaar per perceel betreft verwijst het bestek naar de bijgevoegde bijlagen en inventaris.

Uit deze besteksgegevens valt af te leiden dat de inschrijver onder meer wat de opgave van het aantal werknemers en van de mechanische middelen betreft, dit dient te doen in functie van de percelen waarvoor hij een offerte indient.

In die optiek is de kritiek van verzoekende partij dat de in het bestek opgenomen selectiecriteria een inschrijver niet op voorhand toelaten na te gaan of hij aan die criteria kan beantwoorden, onjuist. De besteksbepalingen in hun onderlinge samenhang gelezen geven een inschrijver zelf een voldoende inzicht in het vereiste aantal personeelsleden en machines voor de uitvoering van de door hem begeerde percelen.

De beoordeling van de kwalitatieve selectie gebeurde dan met verrekening van het aantal, de aard en de interferentie van de uitvoering van deze percelen.

Verzoekende partij meent dat er geen minimumeisen in de aankondiging zijn opgenomen waar dit door artikel 44 van Richtlijn 2004/18 wel vereist wordt.

Artikel 44.2. van Richtlijn 2004/18 luidt:

“De aanbestedende diensten kunnen minimumeisen inzake draagkracht en bekwaamheden overeenkomstig de artikelen 47 en 48 stellen waaraan de gegadigden en de inschrijvers moeten voldoen. De in de artikelen 47 en 48 bedoelde inlichtingen en de minimumeisen inzake draagkracht en bekwaamheden moeten verband houden met en in verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht. Deze minimumeisen worden vermeld in de aankondiging van de opdracht”.

Los van de vraag of deze bepaling een aanbestedende overheid voorschrijft minimumeisen in de aankondiging op te leggen – de bepaling heeft het over “kunnen”, dus een mogelijkheid – dient te dezen te worden aangenomen dat, gelet op de aard van de opdracht die tientallen combinaties kan opleveren naargelang de hoeveelheid en de soort percelen waarvoor een inschrijver opteert, de in het bestek opgegeven selectiecriteria afdoende concreet zijn geformuleerd, en gelet op de concrete omstandigheden van de zaak, als minimumeisen moet worden beschouwd die een inschrijver toelaten met kennis van zaken een offerte in te dienen.

De opmerking van verzoekende partij dat verwerende partij *post factum* en eenzijdig in de bestreden beslissing minimumeisen zou hebben opgelegd die stoelen op een willekeurige benadering van het aantal machines en personeel, gegevens waarvan het bestek geen gewag zou maken, gaat dan ook evenmin op nu de Raad van State de in het bestek opgenomen selectiecriteria als minimumeisen leest. In de bestreden beslissing worden trouwens de financiële en economische draagkracht en technische bekwaamheid van verzoekende partij getoetst in relatie tot het totaal van het aantal percelen van de opdracht waarvoor zij heeft ingeschreven, zijnde alle percelen, respectievelijk tot het totaal van de percelen waarvoor zij heeft ingeschreven en de laagste offerte heeft aangeboden.

Ten onrechte meent verzoekende partij dat minimumeisen steeds dermate concreet geformuleerd moeten zijn dat ze een discretionaire beoordeling door de aanbestedende overheid uitsluiten.

Daar de voorgestelde prejudiciële vraag uitgaat van de hiervoor niet aanvaarde opvatting dat het bestek geen minimumeisen, minstens wat de technische bekwaamheid betreft, bevat en aldus een verkeerd uitgangspunt heeft, dient zij niet te worden gesteld.

Het eerste middelonderdeel is niet gegrond.

9.2. De argumentatie van verzoekende partij dat de gehanteerde selectiecriteria minstens disproportioneel zouden zijn omdat iedere inschrijver een voldoende materiële en humanitaire capaciteit zou moeten aantonen in functie van alle percelen van de volledige opdracht, mist feitelijke grondslag. Verwerende partij heeft de referenties slechts getoetst in functie van de percelen waarvoor verzoekende partij had ingeschreven, zijnde 24 percelen, en de opgave van het aantal werknemers en het materieel in relatie tot de 19 percelen waarvoor zij de laagste offerte had ingediend.

De stelling van verzoekende partij dat de selectiecriteria in de voorliggende zaak per perceel dienden te worden afgetoetst gelet op de onderverdeling van de opdracht in percelen kan niet worden onderschreven. Verzoekende partij heeft voor alle 24 percelen ingeschreven. De omstandigheid

dat zij haar offerte, die ten opzichte van haar een verbindend karakter heeft, zou hebben gewijzigd of (deels) ingetrokken, is niet aanvaardbaar nu deze handeling niet beantwoordt aan bepaalde voorwaarden van artikel 105 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, namelijk een behoorlijk ondertekende schriftelijke verklaring afgelegd vóór het plaatsgrijpen van de openingszitting. Hieruit vloeit voort dat verwerende partij ermee rekening diende te houden dat verzoekende partij voor alle 24 percelen ingeschreven bleef. De selectiecriteria dienen te worden getoetst aan alle percelen waarvoor een inschrijver een offerte indient. Uit het bestek en de inventaris kon worden afgeleid hoe groot de percelen waren en aan welk maairegime ze onderworpen zijn met gebeurlijke interferentie in de uitvoering. Verwerende partij handelde aldus in overeenstemming met het bestek wanneer ze 24 respectievelijk 19 percelen in haar beoordeling betrok bij de kwalitatieve selectie van verzoekende partij.

Overigens ziet de Raad van State niet in hoe verwerende partij in de gedachtegang van verzoekende partij – zonder de gelijke behandeling van de overige inschrijvers te schenden – had moeten besluiten welke percelen waarvoor verzoekende partij de laagste inschrijver was aan haar konden worden gegund en voor welke percelen de offerte van verzoekende partij dan alsnog zou moeten worden uitgesloten wegens het bereiken van haar capaciteit.

Het tweede middelonderdeel is niet gegrond.

9.3. In de bestreden beslissing wordt als vierde motief voor de uitsluiting van de offerte van verzoekende partij vermeld:

“4 Op basis van inschrijvingsprijs.

De firma AGB schreef een bedrag in voor de 19 percelen dat gemiddeld 54 % lager ligt dan dit van de 2de laagste bidders.

De wet op de overheidsopdrachten voor diensten voorziet echter geen verantwoording voor abnormale eenheidsprijzen”.

De kritiek op dit motief doet niet ter zake nu uit wat voorafgaat blijkt dat verzoekende partij terecht niet geselecteerd is.

Het derde middelonderdeel kan niet tot vernietiging leiden.

9.4. Uit de voordien weergegeven briefwisseling blijkt niet dat verwerende partij nadrukkelijk heeft aangestuurd op een beperking van de inschrijving van verzoekende partij. Er werd haar enkel gevraagd de capaciteit van het personeel en het machinepark te staven met de nodige cijfers in functie van de te onderhouden oppervlakte. In elk geval blijkt er nergens uit dat verwerende partij enige toezegging heeft gedaan omtrent de toewijzing van sommige percelen in geval van intrekking of wijziging van de offerte.

Het vierde middelonderdeel is niet gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 7 april 2011, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Geert van Haegendoren,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest