

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 214.266 van 29 juni 2011
in de zaken I. A. 179.484/XII-4956
II. A. 181.735/XII-5054**

In zake: I. + II.
de BVBA ENVIRO ENGINEERING
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Wim Mertens en Andy Beelen
kantoor houdend te 3580 Beringen
Scheigoorstraat 5
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

I. + II.
de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister
van Justitie
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Caroline Segers en Jens Debièvre
kantoor houdend te 1000 Brussel
Havenlaan 86c b 113
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, in de zaak A. 179.484/XII-4956, ingesteld op 18 december 2006, strekt tot de nietigverklaring van:

- “1. De beslissing van de Minister van Justitie d.d. 08.09.2006 waarbij o.m. Abesco cvba uit Tienen werd geselecteerd en toegelaten tot het volgend stadium van de procedure, namelijk het onderzoek van de offertes in het raam van de administratieve regelmatigheid (stuk 1).
2. De beslissing van de Minister van Justitie d.d. 08.09.2006 waarbij o.m. de offerte van Abesco cvba uit Tienen als administratief en technisch regelmatig werd beschouwd en o.m. haar offerte wordt toegelaten tot het

volgend stadium van de procedure, namelijk het onderzoek van de offertes in het raam van het gunningscriterium ‘prijs’ vermeld in het bestek (stuk 2)
3. De beslissing van de Minister van Justitie d.d. 08.09.2006 waarbij de opdracht wordt gegund aan Abesco cvba uit Tienen (stuk 3)”.

Het beroep in de zaak A. 181.735/XII-5054, ingesteld op 15 maart 2007, strekt tot de nietigverklaring van:

“De beslissing van de Minister van Justitie d.d. 21.12.2006 om af te zien van de gunning van de opdracht betreffende de opvolging van de milieudossiers voor de gevangenen gelegen in het Vlaamse en het Brussels Hoofdstedelijk Gewest”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 167.756 van 13 februari 2007 is de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de beslissingen, aangevochten in de zaak A.179.484/XII-4956, verworpen, waarop verzoekende partij de voortzetting vroeg.

Verwerende partij heeft in beide zaken een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft in beide zaken een memorie van wederantwoord ingediend.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft in beide zaken een verslag opgesteld.

Verzoekende partij heeft in beide zaken een laatste memorie met vraag tot voortzetting van de procedure ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 22 februari 2011.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft in beide zaken verslag uitgebracht.

Advocaat Barbara Spapen, die loco advocaat Wim Mertens verschijnt voor de verzoekende partij en, advocaat Caroline Segers, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens 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 in het geding zijnde opdracht diende te worden begeven met de procedure van de openbare aanbesteding, volgens “bestek nr. MILIEU/2006” “voor de opvolging van de milieudossiers voor de gevangenen gelegen in het Vlaamse en Brusselse Hoofdstedelijk Gewest voor rekening van de federale overheidsdienst Justitie”.

3.2. In artikel 14.2.1. van het bestek wordt gesteld:

“De kandidaat-inschrijvers hebben het recht om een bezoek te brengen aan de plaats waar de diensten zullen moeten worden uitgevoerd”.

In artikel 8.3. van het bestek wordt bepaald: “De inschrijvers voegen bij hun offerte alle documenten gevraagd in het raam van de selectiecriteria (zie rubriek 11 hierna).

° Bewijs voorleggen van aanwezigheid op bezoekdagen”.

In voormeld artikel 11, wordt vervolgens onder 11.1. gesteld: “enkel de offertes van de inschrijvers die voldoen aan de selectiecriteria worden in aanmerking genomen om deel te nemen aan de toetsing van de offertes aan de gunningscriteria vermeld in punt 11.3. van dit bestek, voor zover de ingediende offertes administratief en technisch regelmatig zijn”.

Vervolgens wordt in artikel 11 een opsomming gegeven van de selectiecriteria, die zijn onderverdeeld in:

- zes uitsluitingscriteria
- selectiecriteria inzake de financiële draagkracht van de inschrijver
- twee selectiecriteria met betrekking tot de technische bekwaamheid van de inschrijver.

In de in bijlage bij het bestek gevoegde offerteformulieren, wordt “pro memorie” nog vermeld welke documenten “verplicht bij de offerte dienen te worden gevoegd”, onder meer “alle documenten en inlichtingen gevraagd in het raam van de selectiecriteria”.

3.3. Bij beslissingen van 8 september 2006:

- selecteert de minister van Justitie tien inschrijvers waaronder verzoekende partij en cvba Abesco “aangezien zij volledig beantwoorden aan de selectiecriteria vermeld in het bestek”;
- beslist zij dat alle geselecteerde offertes administratief en technisch regelmatig zijn en ze toe te laten tot het onderzoek in het raam van het gunningscriterium “prijs”;
- beslist zij dat cvba Abesco de offerte met de laagste prijs heeft ingediend en aan deze de opdracht te gunnen.

3.4. Bij brief van 16 oktober 2006 wordt aan verzoekende partij meegedeeld dat haar offerte voor de gunning van de opdracht niet is “weerhouden” en wordt haar de voormelde gemotiveerde gunningsbeslissing van 8 september 2006 bezorgd.

3.5. Op 18 december 2006 stelt verzoekende partij het eerste hier besproken beroep tot nietigverklaring in (A. 179.484/XII-4956). Zij vordert eveneens de schorsing van de tenuitvoerlegging.

3.6. Bij beslissing van 21 december 2006 beslist de minister van Justitie om af te zien van de gunning van de betrokken opdracht.

Deze beslissing luidt:

“- Gelet op de wet van 24 december 1993 met betrekking tot de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, en meer bepaald op artikel 18;

- Gelet op het bestek nr. MILIEU/2006;

• Gelet op het feit dat bij de opening van de offertes op 17/02/2006 de volgende inschrijvers werden genoteerd:

- Enviro Engineering uit Sint-Truiden
- BOVA management consulting uit Lochristi
- Shanks uit Roeselare
- Ecorem uit Aartselaar
- Ibeve uit Heverlee
- Abesco uit Tienen
- Mava uit Sint-Stevens-Woluwe
- ABO uit Gent
- Aeolus uit Diest
- Milieutechniek uit Lier
- Sertius uit Merelbeke

- Gelet op het feit dat de procedure tot op heden volgend verloop kende.

In een eerste fase werden de inschrijvers getoetst aan de selectiecriteria. Alle inschrijvers, met uitzondering van de firma Ibeve, konden worden geselecteerd.

In een tweede fase werden de offertes van de geselecteerde inschrijvers onderzocht in het raam van de administratieve regelmatigheid. Alle offertes waren administratief regelmatig.

In een derde fase werden de administratief regelmatige offertes onderzocht in het raam van de technische regelmatigheid. Alle offertes waren technisch regelmatig.

Na deze drie fasen is gebleken dat de offerte van de firma Abesco cvba, Esperantolaan 13/3 uit 3300 Tienen, de administratief en technisch regelmatige offerte is met de laagste prijs.

In de gunningfase werd alvorens over te gaan tot de betekening van de gunning aan Abesco, een standstill-periode ingelast, conform de Europese wetgeving. De overige inschrijvers werden hierbij schriftelijk ingelicht van de intentie tot gunning van de opdracht aan Abesco.

- Gelet op het feit dat tijdens de periode van standstill en na inzage van het dossier de aanbestedende overheid schriftelijk in kennis gesteld werd door de advocatenassociatie Geyskens-Vandeurzen & Vennoten, optredend in hoofde van de firma Enviro Engineering, dat een schorsingsprocedure - schorsing bij uiterste dringende noodzakelijkheid - zal opgestart worden bij de Raad van State in het geval wordt overgegaan tot gunning van de opdracht. Volgens Enviro Engineering, als tweede gerangschikt voor toewijzing van de opdracht, kan de firma Abesco geen bewijs van plaatsbezoek voorleggen aan de verschillende strafinrichtingen, een plaatsbezoek dat nochtans verplicht werd opgelegd door de aanbestedende overheid op straffe van uitsluiting.

- Gelet op het feit dat na bestudering van het dossier de aanbestedende overheid dient te concluderen dat Enviro Engineering inderdaad geldige argumenten heeft om de beslissing tot gunning aan Abesco aan te vechten. Er bestaat namelijk betwisting over het al dan niet verplicht zijn van de aanwezigheid op de plaatsbezoeken, waarvoor de plaatsen en de data werden vastgelegd in het lastenboek. Het betreft een dubbelzinnigheid gecreëerd door de aanbestedende overheid.
- Gelet op het feit dat de aanbestedende overheid bovendien vaststelt dat:
 1. meerdere inschrijvers deze mogelijkheid tot verschillende interpretatie ook daadwerkelijk op verschillende wijze interpreteerden;
 2. het voorwerp waar dubbelzinnigheid over bestaat, een essentieel element betreft in de procedure, waarbij mogelijks de uitslag wordt beïnvloed omdat, naargelang de interpretatie die men gaf omtrent het al dan niet verplichte plaatsbezoek, dit in principe ook een weerslag heeft op de in te dienen offerteprijs;
 3. er geen rechtzetting meer kan gebeuren aangezien de ambiguïteit waarvan sprake pas aan het licht kwam in de gunningfase;
 4. indien beslist wordt de opdracht toe te wijzen, er steeds een voordeel of nadeel optreedt in hoofde van meerdere inschrijvers, waardoor de gelijke behandeling van elke inschrijver niet kan gerespecteerd worden;
 5. indien er desondanks toch beslist wordt over te gaan tot gunning, deze beslissing bij een procedure voor de Raad van State dreigt geschorst en vernietigd te worden.
- Heb ik beslist op basis van artikel 18 van de wet van 24 december 1993 met betrekking tot de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, af te zien van de gunning van onderhavige opdracht”.

3.7. Bij arrest nr. 167.756 van 13 februari 2007 wordt de op 18 december 2006 door verzoekende partij ingestelde vordering tot schorsing verworpen op grond van het ontbreken van het rechtens vereiste nadeel zulks onder verwijzing naar de laatstgenoemde beslissing van 21 december 2006.

3.8. Bij verzoekschrift van 15 maart 2007 vraagt verzoekende partij de nietigverklaring van deze beslissing (A. 181.735/XII-5054). Dit beroep is het tweede hier besproken beroep.

IV. Samenhang en samenvoeging

4. De twee zaken betreffen dezelfde opdracht en het is dienvolgens passend ze samen te voegen.

5. Indien het beroep wordt afgewezen in de zaak gekend onder A. 181.735/XII-5054 is de beslissing om af te zien van de gunning definitief en dienen de beslissingen, aangevochten in de eerst ingestelde zaak gekend onder A. 179.484/XII-4956, te worden beschouwd als impliciet opgeheven en verzoekende partij is dan zonder belang. Dienvolgens zal hierna eerst het beroep in de zaak gekend onder A. 181.735/XII-5054 worden behandeld.

V. Het beroep in de zaak A. 181.735/XII-5054

A. Ontvankelijkheid van het beroep

6. Verwerende partij werpt in een exceptie op dat verzoekende partij geen belang heeft bij haar beroep aangezien bij nietigverklaring zoals gevraagd, de beslissingen van 8 september 2006 zou herleven en de opdracht aan cvba Abesco zou moeten worden gegund.

7. Terecht stelt verzoekende partij daartegenover dat haar belang erin bestaat haar belang bij haar beroep tegen de beslissing van 8 september 2006 te behouden (A. 179.484/XII-4956). Bij gebrek aan het hier besproken beroep tegen de niet-gunning, zou deze in elk geval definitief zijn geworden en zouden de drie voormelde beslissingen als impliciet ingetrokken dienen te worden beschouwd.

De exceptie wordt verworpen.

B. Gegrondheid van het beroep

Standpunt van de partijen

8.1. Een *eerste middel* steunt op “de schending van art. 18 van de wet van 24.12.1993 met betrekking tot de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991, van de materiële motiveringsplicht en van het redelijkheidsbeginsel”.

Verzoekende partij betoogt daartoe dat Ibeve Heverlee niet is geselecteerd op grond van het ontbreken van een bewijs van aanwezigheid op de bezoekdagen, dat zulks niet in de bestreden beslissing tot uiting werd gebracht, hoewel daarin op die eerste beslissing van 8 september 2006 wordt teruggekomen en dat verwerende partij in die eerste beslissing impliciet overwoog dat er geen onduidelijkheid was over de sanctie.

8.2. Verwerende partij brengt tegen het eerste middel in dat de zes uitsluitingscriteria geen gewag maakten van de aanwezigheid op bezoekdagen, noch van het bijbrengen van een attest hiervan. De persoon die toelichting bij de procedure heeft gegeven, heeft klaarblijkelijk aan verzoekende partij meegedeeld dat de deelname aan bezoekdagen wel een selectie criterium was, wat tegen de duidelijke bewoordingen van het bestek ingaat. Aan twee andere inschrijvers had de dienst meegedeeld dat het niet afleveren van een bewijs van plaatsbezoek juist geen uitsluitingscriterium betreft. Het is die tegenstrijdigheid die tot de beslissing van niet-gunning noopte. Ibeve Heverlee is niet geselecteerd op grond van een ontbrekend attest van goed gedrag en zeden en het ontbreken van jaarrekeningen, dus op twee selectiecriteria, en niet wegens het ontbreken van het attest van plaatsbezoek.

8.3. In haar memorie van wederantwoord herhaalt verzoekende partij dat de aanwezigheid op de bezoekdagen een selectie criterium was aangezien verwerende partij op 8 september 2006 “ontegenzeglijk heeft beslist dat het ontbreken van het bewijs van aanwezigheid op de bezoekdagen de niet-selectie toeliet”.

9.1. Het *tweede middel* is genomen uit “de schending van art. 18 van de wet van 24.12.1993 met betrekking tot de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991, van de materiële motiveringsplicht en van het redelijkheidsbeginsel”.

Verzoekende partij doet daartoe gelden dat met uitzondering van cvba Abesco alle inschrijvers zich op de bezoekdagen hebben gemeld, dat de verplichting daartoe dus het uitgangspunt van “nagenoeg alle” inschrijvers was,

zodat stellen dat hierover dubbelzinnigheid bestond gelijkstaat met de inschrijver die afweek (Abesco) in bescherming te nemen ten koste van al de andere regelmatige inschrijvers.

9.2. Bij het tweede middel werpt verwerende partij op dat er wel degelijk “verschillende inschrijvers” waren (Ibeve en Abesco) die geen plaatsbezoek hebben afgelegd en “nog een andere inschrijver niet aanwezig was op de bezokedag van het perceel waarvoor deze had ingeschreven” (Aeolus) zodat zulks volstond om vast te stellen dat de genoemde verwarring wel degelijk bestond. In het bestek staat overigens dat de kandidaat-inschrijvers “het recht hebben” om een plaatsbezoek af te leggen.

9.3. In haar memorie van wederantwoord herhaalt verzoekende partij dat er “helemaal geen dubbelzinnigheid [was] over de kennelijk substantiële aard van de aanwezigheid op de plaatsbezoeken onder de inschrijvers, laat staan een dubbelzinnigheid die de uitslag beïnvloedde”.

10. Het *derde middel* is genomen uit “de schending van art. 23, 4° van de Grondwet, van art. 43 Vlarem I, van art. 3.2.2. en 3.2.4. van het decreet van 5 april 1995 houdende algemene bepalingen inzake milieubeleid en van de materiële en formele motiveringsplicht”.

11. Verzoekende partij stelt daartoe dat de aangevoerde bepalingen worden geschonden door de bestreden beslissing omdat daarin enerzijds wel wordt afgezien van de gunning, maar anderzijds niet wordt beslist om een nieuwe procedure op te starten of deze in het vooruitzicht te stellen, zodat er aldus voor de gevangenen enkel nog een interne milieucoördinator is.

12. Verwerende partij werpt onder meer tegen dat de bekommernis om het leefmilieu, in hoofde van verzoekende partij geen rechtstreeks en persoonlijk nadeel is.

In haar memorie van wederantwoord verwijst verzoekende partij naar haar statuten en het daarin beschreven doel en naar “het feit dat zij voorheen in opdracht van de verwerende partij instond voor de ondersteuning

voor de interne milieucoördinator” om haar belang te ondersteunen bij het middel “dat immers bestaat in de schending van de substantiële verplichting om in dergelijke ondersteuning te voorzien”.

13. Na het auditoraatsverslag, waarin wordt vastgesteld dat bij geen van de drie middelen verzoekende partij een belang heeft, beperkt zij zich tot deze summiere reactie in haar laatste memorie:

“De verzoekende partij verwijst naar de uiteenzetting opgenomen in het verzoekschrift houdende beroep tot nietigverklaring en de memorie van wederantwoord.

Ondergeschikt,

De eerste auditeur erkent dat er door de heer Logghe ambtenaar van verwerende partij aan verzoekende partij is meegedeeld dat een plaatsbezoek verplicht was en dat het ontbreken van het bewijs van plaatsbezoek zou leiden tot een niet selectie.

Verwerende partij kan dan geen voordeel halen uit het feit dat haar ambtenaar verzoekende partij misleid heeft.

Een eventueel afzien van de gunning heeft niet noodzakelijk het gevolg dat de opdracht aan Asbesco diende gegund te worden. Verwerende partij had ook een andere beslissing kunnen nemen, wat zij trouwens gedaan heeft.

Alleszins kunnen in die omstandigheden de kosten van de procedure niet lastens verzoekende partij gelegd worden”.

14. Het *eerste en tweede middel* zijn gesteund op het uitgangspunt dat aanwezigheid op het plaatsbezoek een criterium was op grond waarvan bij gebreke van die aanwezigheid, de betrokken inschrijver niet mocht worden geselecteerd.

In die stelling wordt verzoekende partij niet bijgevalen. De in het geding zijnde besteksbepalings stelt immers: “de kandidaat-inschrijvers hebben het recht om een bezoek te brengen”. Daaruit kan geen verplichting worden afgeleid. Hieruit volgt meteen dat verwerende partij mocht uitgaan van het standpunt dat er “betwisting over het al dan niet verplicht zijn van de aanwezigheid op de plaatsbezoeken” bestond, nu uit het dossier blijkt dat één van haar aangestelden ten opzichte van verzoekende partij van die verplichting uitging en dat van die verplichting gewag werd gemaakt in de beslissing tot niet-selectie van Ibeve Heverlee. De tegenstrijdigheid tussen het concrete handelen en de inhoud van de besteksbepalings mag als grond tot verwarring worden

aangemerkt met gevolgen voor de keuze van de regelmatige offerte met de laagste prijs. De keuze van cvba Abesco zou inderdaad in het gedrang komen indien zou worden uitgegaan van een verplichting tot plaatsbezoek dat door die inschrijver blijkbaar niet is verricht.

Het eerste en tweede middel zijn dienvolgens niet gegrond.

15. Wat het *derde middel* betreft, zoals in het auditoraatsverslag vastgesteld en door verzoekende partij in haar laatste memorie niet betwist, heeft dit middel geen betrekking op de bestreden beslissing, die als zodanig slechts de stopzetting inhoudt van de in het geding zijnde opdracht.

16. Het beroep in de zaak A. 181.735/XII-5054 wordt dienvolgens verworpen.

VI. Het beroep in de zaak A. 179.484/XII-4956

17. Bij de bespreking van de zaak A. 181.735/XII-5054 is hiervoor gebleken dat de beslissing om de betrokken opdracht niet te gunnen, niet moet worden nietigverklaard zodat die beslissing definitief is.

Impliciet staat aldus vast dat de te dezen bestreden beslissingen die de gunning van de opdracht en de voorbereiding daarvan betreffen, zijn opgeheven, minstens geen effecten meer zullen teweegbrengen.

Verzoekende partij heeft dienvolgens geen belang meer bij het beroep tegen die beslissingen zodat het wordt verworpen.

VII. De kosten

18. Gelet op de omstandigheden in de zaak 179.484/XII-4956 past het de verwerende partij in de kosten daarvan te verwijzen.

BESLISSING

1. De zaken nrs A. 179.484/XII-4956 en 181.735/XII-5054 worden samengevoegd.

2. De beroepen worden verworpen.

3. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing en het beroep tot nietigverklaring, in de zaak 179.484, begroot op 350 euro.

4. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, in de zaak 181.735, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 29 juni 2011, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Lust,	staatsraad,
Geert van Haegendoren,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest