

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 218.353 van 8 maart 2012
in de zaak A. 195.611/XII-6119**

In zake: de BVBA FACE, voordien de BVBA AMPCO BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Carlos De Wolf en Michaël De Mol
kantoor houdend te 9680 Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD GENK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Karel Caers
kantoor houdend te 3580 Beringen
Scheigoorstraat 5
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

BVBA AMPTEC
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Patrick Leenders
kantoor houdend te 3700 Tongeren
Elfde Novemberwal 16
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 23 februari 2010, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de Stad Genk van 23 december 2009 waarbij goedkeuring wordt gehecht aan het gunningsvoorstel van de dienst Aankoop voor de opdracht “aankoop van 2 digitale klankmengtafels t.b.v. het Casino Modern en het Cultuurcentrum” en

de opdracht wordt toegewezen aan de bvba Amptec voor een bedrag van 37.345,26 euro, btw niet inbegrepen.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

De bvba Amptec heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 25 mei 2010. De tussenkomende partij heeft een memorie ingediend.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij, de verwerende partij en de tussenkomende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 8 november 2011.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Carlos De Wolf, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Barbara Spaepen, die loco advocaat Karel Caers verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Ann Louf, die loco advocaat Patrick Leenders verschijnt voor de tussenkomende 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 gemeenteraad van de stad Genk beslist op 19 november 2009 om een overheidsopdracht uit te schrijven voor “de aankoop van 2 digitale klankmengtafels t.b.v. het Casino Modern en het Cultuurcentrum”.

De gunningswijze is de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking.

3.2. In de periode van 20 november 2009 tot en met 23 november 2009 worden voorts nog drie andere overheidsopdrachten uitgeschreven door verwerende partij, die alle verband houden met de audiovisuele uitrusting van het Casino Modern en het Cultuurcentrum.

3.3. Met een brief van 23 november 2009 wordt verzoekende partij uitgenodigd om een offerte in te dienen voor de opdracht.

3.4. Op 8 december 2009 worden de inschrijvingen geopend. Drie ondernemingen hebben een offerte ingediend: de bvba Ampco Belgium, de bvba Amptec en de nv Phlipppo Showlights.

3.5. Er wordt een verslag van nazicht van de offertes opgesteld door de directeur van het Cultuurcentrum. Er wordt voorgesteld de opdracht toe te wijzen aan de bvba Amptec.

3.6. Op 23 december 2009 beslist het college van burgemeester en schepenen van de stad Genk om de opdracht toe te wijzen aan “de meest

voordelige regelmatige bidder”, de bvba Amptec, voor een bedrag van 37.345,26 euro, btw niet inbegrepen.

3.7. Met een brief van 24 december 2009 wordt verzoekende partij door verwerende partij op de hoogte gebracht van het feit dat de opdracht werd toegewezen aan de bvba Amptec.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4. Tussenkomen de partij werpt in een exceptie op dat verzoekende partij geen belang heeft bij het beroep aangezien de opdracht reeds is uitgevoerd en herstel *in natura* dan ook niet meer mogelijk is.

Daarenboven voert zij aan dat uit het dossier blijkt dat verzoekende partij bij haar offerte geen attest van goede oplevering en scholing aangaande een gelijke levering heeft gevoegd. Dergelijk attest werd door het bestek vereist.

5. Deze exceptie wordt niet aanvaard. Verzoekende partij beschikt immers over een gekwalificeerd moreel belang dat gediend wordt en spijs de uitvoering van de overeenkomst betreffende de opdracht, gediend blijft door de nietigverklaring van de toewijzingsbeslissing.

Voorts volstaat de vaststelling dat de door tussenkomen de partij aangevoerde onregelmatigheid van de offerte van verzoekende partij door verwerende partij in het verslag van nazicht van de offertes werd besproken en uitdrukkelijk werd verworpen, stellende dat “het cultuurcentrum [...] echter zeer goede ervaringen [heeft] met de firma Ampco zowel op gebied van levering, scholing als naverkoop”.

V. Onderzoek van het enig middel

Standpunt van de partijen

6. In een enig middel voert verzoekende partij de schending aan van “artikel 17, § 2, 1°, van de wet van 24 december 1993 [betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten]; van artikel 9, lid 3 van de 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 [...]; van de artikelen 120 en 121 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 de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, meer bepaald het gelijkheidsbeginsel, het transparantie- en mededingingsbeginsel, [...] van het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*”.

In een eerste middelonderdeel voert verzoekende partij aan dat er sprake is van “onwettige aanwending van de onderhandelingsprocedure d.m.v. een kunstmatige opsplitsing (saucissonering) [van de opdracht]”. Zij betoogt:

“De opdracht welke bij de bestreden beslissing aan belanghebbende partij werd gegund, kaderde binnen een groter geheel, meer bepaald de audiovisuele uitrusting van het cultuurcentrum van verwerende partij. Teneinde dit doel te bereiken, werden in dezelfde periode, meer bepaald de periode van 20 november 2009 tot en met 23 november 2009, vier verschillende overheidsopdrachten uitgeschreven door verwerende partij, hierbij telkens gebruikmakend van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking, meer bepaald:

- de levering van een klankmonitorset en audiocablageset t.b.v. het Cultuurcentrum [...], voor een geraamd totaalbedrag van euro 38.842,98 exclusief btw [...].
- de levering van twee klankmengtafels t.b.v. het Casino Modern en het Cultuurcentrum [...], voor een geraamd totaalbedrag van euro 53.719,01 exclusief btw [...].

- de levering van microfoonsets t.b.v. het Cultuurcentrum [...], voor een geraamd totaalbedrag van euro 54.958,68 exclusief btw [...].
- de levering van een technische uitrusting t.b.v. het Cultuurcentrum [...].

Voormelde elementen tonen aan dat, met het oog op het vermijden van de toepassing van, enerzijds, de richtlijn 2004/18/EG en, anderzijds, het toepassen van de onderhandelingsprocedure op grond van artikel 17, § 2, 1°, a), verwerende partij doelbewust de verschillende leveringen in verschillende opdrachten heeft opgenomen, niettegenstaande alle leveringen zich situeren binnen één globaal project, m.n. de audiovisuele uitrusting van het cultuurcentrum van verwerende partij.

Dit blijkt trouwens uit het feit dat alle opdrachten klaarblijkelijk aan belanghebbende partij werden gegund, waarbij, voor wat betreft de opdracht inzake de klankmonitorset en de audiocablageset, zelfs uitdrukkelijk werd erkend dat de eenheid van leverancier een bewuste keuze was:

‘Het Cultuurcentrum geeft er de voorkeur aan dat zowel monitors als versterkers van hetzelfde merk zouden zijn.’;

en

‘Daarenboven is de nabijheid van de firma Amptec een zeer groot voordeel in geval van interventies en/of vervangmateriaal nodig zouden zijn’ [...]

De verwerende partij heeft dus een aantal gunningsprocedures opgesteld betreffende de audiouitrusting van haar Cultuurcentrum met een dubbel uitgangspunt, nl.:

- (a) de mededinging beperken door de globale opdracht uit te splitsen in verschillende deelopdrachten en aldus te vermijden dat de globale opdracht het voorwerp diende uit te maken van een Belgische en zelfs Europese bekendmaking;
- (b) haar beoordelingsbevoegdheid bij de gunning van alle opdrachten maximaliseren, door vooreerst, mede als gevolg van de kunstmatige opsplitsing, toepassing te kunnen maken van de onderhandelingsprocedure en, vervolgens, in de verschillende bestekken geen gunningscriteria op te nemen en, aldus, per opdracht, *post factum* de motieven aan te halen die de gewenste gunningsbeslissing onderbouwen.

Onder deze omstandigheden is er dan ook sprake van een kunstmatige opsplitsing of saucissonering die in strijd is met het verbod, zoals opgenomen in artikel 9, derde lid, van de Richtlijn 2004/18/EG.

[...]

Nu in toepassing van artikel 120 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 een beroep op de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking op grond van artikel 17, § 2, 1°, a) van de wet van 24 december 1993, slechts is toegelaten voor zover de geraamde waarde van de opdracht euro 67.000,00 exclusief btw, niet overschrijdt, moet in casu worden vastgesteld dat, wanneer het totaal van de geraamde waarden van de vier opdrachten betreffende de audiovisuele uitrusting van het Cultuurcentrum van verwerende partij wordt in aanmerking genomen, het bedrag van euro 67.000,00 exclusief btw, kennelijk is overschreden.

Meer nog, het betreffende gezamenlijke bedrag overschrijdt eveneens het geraamde bedrag, opgenomen in artikel 27, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, dat het drempelbedrag vermeldt voor de Europese bekendmaking van overheidsopdrachten inzake levering van goederen [...]”.

7. Verwerende partij en tussenkomende partij betwisten het belang van verzoekende partij bij dit middelonderdeel. Zij stellen in essentie dat er een anomalie is in de houding van verzoekende partij: zij heeft enkel een verzoekschrift tot nietigverklaring ingediend tegen de beslissing van verwerende partij inzake de gunning van de opdracht voor de levering van twee digitale klankmengtafels, doch niet tegen de drie overige overheidsopdrachten, waarvoor zij nochtans ook werd aangeschreven. Verzoekende partij heeft zich er dan ook blijkbaar bij neergelegd dat deze opdrachten niet aan haar werden gegund en heeft aldus de beslissingen terzake van verwerende partij aanvaard. Concreet betekent dit dat verzoekende partij de opdrachten erkend heeft als zijnde los van elkaar staande opdrachten die niet als afgesplitste delen van één grote opdracht dienen te worden beschouwd. Verzoekende partij kan dan ook het argument van “saucissonering” niet aanvoeren.

Ten gronde merkt verwerende partij op dat verzoekende partij geen enkele technische uitleg bijbrengt voor haar standpunt. Tussenkomende

partij voegt hieraan toe dat de overheidsopdrachten betrekking hadden op twee locaties namelijk het Casino Modern en het Cultuurcentrum.

8. In de memorie van wederantwoord wijst verzoekende partij er op dat zij niet enkel tegen de huidige bestreden beslissing een annulatieberoep heeft ingesteld, doch eveneens beroep heeft ingesteld tegen de beslissing houdende de gunning van de opdracht voor een klankmonitorset en audio-cablageset, zaak gekend bij de Raad van State onder het rolnummer A. 195.612/XII-6120. Voorts wijst verzoekende partij er op dat een schending voorligt van artikel 9, lid 3, van de richtlijn 2004/18/EG en van artikel 120, laatste lid, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, zodra vaststaat dat een aanbestedende overheid doelbewust een opdracht opsplijt teneinde toepassing te kunnen maken van de onderhandelingsprocedure. Deze onwettigheid kan met het rechtens vereiste belang worden aangevochten voor elke individuele betrokken opdracht.

Ten gronde merkt verzoekende partij nog op dat het Casino Modern afhangt van het Cultuurcentrum, dat het alle vier technisch gelijkaardige opdrachten betreft en dat de vier opdrachten alle binnen een tijdspanne van slechts vier kalenderdagen werden uitgeschreven. Uit de bestreden beslissing blijkt voorts, zo vervolgt zij, dat verwerende partij bij de gunningswijze tussenkomende partij heeft willen bevoordelen; zo wordt in deze beslissing vermeld dat verwerende partij de voorkeur geeft aan het feit dat zowel de monitors als de versterkers van hetzelfde merk zouden zijn en dat “de nabijheid van de firma Amptec een zeer groot voordeel” is “in geval van interventies en/of vervangmateriaal nodig zouden zijn”. De beslissing over de opdracht met als voorwerp de monitoren dagtekent van dezelfde dag als de bestreden beslissing.

9. In haar laatste memorie merkt verwerende partij op dat begrotingstechnisch er slechts één verzamelartikel is waarop het Cultuurcentrum zijn aankopen buitengewone dienst verricht zodat hierin geen argument van eenheid kan gevonden worden. Het feit dat de procedure van de opdrachten in

dezelfde periode is gestart heeft enkel te maken met het tijdig verwerven van de noodzakelijke goederen voor de opening van de nieuwe gebouwen van het Cultuurcentrum. Het voorwerp van elk der opdrachten dient een ander doel. Alle opdrachten in één opdracht vatten zou hebben betekend dat alle materiaal aan dezelfde bieder had moeten worden toegewezen wat zou strijden met de bezorgdheid van verwerende partij om de meest geschikte materialen te verwerven tenzij er met verschillende percelen was gewerkt wat echter geen invloed heeft op de gunningswijze.

10. Ter terechtzitting merkt verzoekende partij op dat de gepaste gunningswijze erin bestond één opdracht met verschillende loten uit te schrijven.

Beoordeling

11. Verzoekende partij was inschrijver voor de vier verschillende opdrachten; geen ervan werd haar gegund. De gunningsbeslissingen van twee van die opdrachten heeft zij met een annulatieberoep aangevochten.

Het feit dat zij geen annulatieberoep heeft ingediend tegen alle vier de gunningsbeslissingen leidt niet ertoe aan te nemen dat zij geen belang heeft bij het aangevoerde middel in voorliggend beroep. De vaststelling die hierna zal worden gedaan dat de voorwaarden om de gunningswijze van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking te hanteren, niet vervuld zijn, leidt er immers toe aan te nemen dat het middel gegrond is en alvast de bestreden beslissing moet worden vernietigd, hetgeen verzoekende partij beoogt.

De exceptie van gebrek aan belang bij het middelonderdeel wordt verworpen.

12. In het laatste lid van artikel 120 van het voornoemd koninklijk besluit van 8 januari 1996 wordt bepaald dat een opdracht niet mag worden gesplitst met het oog op het toepassen van de onderhandelingsprocedure zonder

bekendmaking. Aldus wordt beoogd te verbieden dat opdrachten kunstmatig worden gesplitst met als enig doel gebruik te kunnen maken van de onderhandelingsprocedure.

De vier opdrachten waarnaar verzoekende partij verwijst kaderen alle in de audiovisuele uitrusting van het Cultuurcentrum. De gunningsprocedure van de vier opdrachten is opgestart in dezelfde korte periode van enkele dagen. Over de gunning van de opdrachten is eveneens beslist in eenzelfde korte periode. Voor de vier opdrachten werden dezelfde ondernemingen aangeschreven om een offerte in te dienen. De opdrachten blijken bovendien een homogeen technisch karakter te hebben en zeer nauw samen te hangen.

Dit alles doet besluiten dat in dit geval verzoekende partij op voldoende wijze aantoont dat de vier opdrachten eigenlijk één opdracht vormen, weze het gebeurlijk te verdelen in vier of meer (sub)loten waarvan de geraamde bedragen conform artikel 28 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, dat overeenkomstig artikel 120, derde lid, van dit koninklijk besluit van toepassing is bij de bepaling van het grensbedrag van 67.000 euro, moeten worden samengegeld. Door de opdracht op te splitsen en in vier opdrachten uit te schrijven heeft verwerende partij dan ook onterecht gebruik gemaakt van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking. Deze vaststelling tast de wettigheid aan van het gehele verdere verloop van de gunningsprocedure en leidt dienvolgens tot de onwettigheid van de gunningsbeslissing.

Het middelonderdeel is in de besproken mate gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de Stad Genk van 23 december 2009 waarbij goedkeuring wordt gehecht aan het gunningsvoorstel van de dienst Aankoop voor de opdracht “aankoop van 2 digitale klankmengtafels t.b.v.

het Casino Modern en het Cultuurcentrum” en de opdracht wordt toegewezen aan de bvba Amptec voor een bedrag van 37.345,26 euro btw niet inbegrepen.

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

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 8 maart 2012, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Lust,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest