

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

**nr. 220.490 van 30 augustus 2012
in de zaak A. 205.862/XII-7026**

In zake : 1. de BVBA ANDRE MARTENS GROND-
 EN KRAANWERKEN
 2. de NV ABOG
 samen vormend de tijdelijke handelsvereniging BVBA ANDRE
 MARTENS GROND- EN KRAANWERKEN – NV ABOG
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Dirk Peeters
 kantoor houdend te 8310 Brugge
 Baron Ruzettelaan 27
 bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

de DEPUTATIE VAN DE PROVINCIERAAD VAN
WEST-VLAANDEREN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bart Staelens
kantoor houdend te 8000 Brugge
Stockhouderskasteel
Gerard Davidstraat 46 bus 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 1 augustus 2012, strekt tot de
schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van:

“1. de beslissing van de Deputatie van de Provincie West-Vlaanderen van
12 juli 2012, waarvan een uittreksel ter kennis gebracht werd middels
aangetekende brief met postdatum 17 juli 2012 [...] waarbij de tijdelijke
handelsvereniging B.V.B.A. André Martens Grond- en Kraanwerken – N.V.
Abog voor de openbare aanbesteding uitgeschreven voor de
‘onderhoudswerken aan de onbevaarbare waterlopen 2^{de} categorie – zone
Noord – dienstjaar 2012’ [...] niet werd geselecteerd,

2. de beslissing van 12 juli 2012 tot gunning van de opdracht bij openbare aanbesteding voor de ‘onderhoudswerken aan de onbevaarbare waterlopen 2^{de} categorie – zone Noord – dienstjaar 2012’ [...] aan de ‘BVBA Verhegge Marc uit Zedelgem’ voor de prijs van 552.079,27 EUR (incl.btw)”.

Daarenboven vorderen de verzoekende partijen dat de Raad van State voorlopige maatregelen zou bevelen.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 22 augustus 2012.

Staatsraad Carlo Adams heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Matthias Lierman, die loco advocaat Dirk Peeters verschijnt voor de verzoekende partijen, en advocaat Samuel Mens, die loco advocaat Bart Staelens verschijnt voor de 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 verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor het uitvoeren van “onderhoudswerken aan onbevaarbare waterlopen in de provincie

West-Vlaanderen”. Het gaat in hoofdzaak om maai-, ruimings- en oeverversterkingswerken.

De opdracht wordt aanvankelijk georganiseerd via een oproep van een lijst van gegadigden en zou vervolgens via een beperkte aanbesteding worden gegund.

De verzoekende partijen reageren hierop en zij worden in een lijst van gegadigden opgenomen die met een besluit van de deputatie van de provincieraad van West-Vlaanderen van 15 maart 2012 wordt goedgekeurd, weze het met als opmerking: “beperkte referenties oeverversterkingswerken”.

Na protest van enkele geselecteerde inschrijvers op de lijst met geselecteerde kandidaten, omdat onder meer de verzoekende partijen niet zouden voldoen aan de vooropgestelde vereisten met betrekking tot de kwalitatieve selectie, wordt het besluit van de deputatie van 15 maart 2012 tot goedkeuring van de selectielijst van gegadigden met een nieuw besluit van 3 mei 2012 ingetrokken en wordt beslist de procedure te heropstarten via een openbare aanbesteding en per zone.

3.2. De opdracht waarop de huidige zaak betrekking heeft, met name de opdracht voor onderhoudswerken aan waterlopen 2^e categorie zone Noord, wordt vervolgens gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen van 4 mei 2012 en de Bouwkroniek van 11 mei 2012.

Op 12 juni 2012 vindt de openingszitting plaats. Er blijken 10 offertes te zijn ingediend, waarvan die van de verzoekende partijen de laagste offerte is.

In het gunningsverslag van 22 juni 2012 wordt voorgesteld de opdracht aan de BVBA Verhegge Marc te gunnen. Met betrekking tot de offerte van de verzoekende partijen wordt het volgende overwogen:

“Volgende kandidaten worden uitgesloten voor verder onderzoek omwille van volgende redenen:

(...)

Inschrijver 7: De firma Martens beschikt individueel niet over 3 gelijksoortige referenties in omvang (hoofdzakelijk referenties tussen 100.000 en 200.000 €). De firma Abog heeft GEEN referenties van maaierwerken, ruimingswerken of beschermingswerken aan waterlopen toegevoegd. Bijgevolg voldoet de TV Martens – Abog niet aan het referentie criterium”.

Overeenkomstig dat verslag beslist de deputatie van de provincieraad van West-Vlaanderen op 12 juli 2012 de opdracht te gunnen aan de BVBA Verhegge Marc voor een bedrag van 552.079,27 euro, btw inbegrepen.

Met een aangetekend schrijven van 17 juli 2012 worden de verzoekende partijen ervan in kennis gesteld dat zij niet werden geselecteerd voor de opdracht en worden hen de motieven voor niet-selectie overgemaakt. Met een aangetekend schrijven van dezelfde datum wordt aan de BVBA Verhegge Marc kennis gegeven van de beslissing om haar de opdracht te gunnen en wordt haar het bevel gegeven de werken aan te vatten op 1 oktober 2012.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

4. De verwerende partij werpt een exceptie van niet-ontvankelijkheid op wegens gebrek aan het vereiste belang in hoofde van de verzoekende partijen omdat het contract van de opdracht reeds gesloten zou zijn.

Er bestaat vooralsnog geen noodzaak om over die exceptie uitspraak te doen. Dit zou enkel het geval zijn indien zou blijken dat de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de schorsing zijn vervuld, hetgeen, zoals hierna zal blijken, te dezen niet het geval is.

V. Onderzoek van de vordering

5. 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 vernietiging van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

Evenwel 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.

Luidens het in de wet van 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is voor de schorsing van de thans bestreden beslissing het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist.

Verder verplicht artikel 65/15, tweede lid, de verzoekende partij tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

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

1. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6.1. De verzoekende partijen werpen in een eerste middel de schending van artikel 19 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken (hierna: Overheidsopdrachtenbesluit), van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen en van het zorgvuldigheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en het gelijkheidsbeginsel op.

In een eerste onderdeel voeren de verzoekende partijen aan dat de vereiste in het bestek van “minstens 3 referenties van uitgevoerde opdrachten van gelijksoortige werken in aard en omvang (...)” te vaag is. Artikel 19 van het Overheidsopdrachtenbesluit somt op limitatieve wijze op welke referenties kunnen worden geëist met betrekking tot technische bekwaamheid en bepaalt dat de aanbestedende overheid in de aankondiging van de opdracht of de uitnodiging tot het indienen van een offerte aangeeft welke van de in artikel 19 opgenomen referenties zij verlangt. Indien de verwerende partij referenties van een bepaald niveau voor ogen had, dan had zij dat duidelijk in de aankondiging moeten opnemen. Zij is echter onzorgvuldig te werk gegaan bij het bepalen van de selectiecriteria en bij het nemen van haar beslissingen die bovendien niet afdoende werden gemotiveerd. De verwerende partij heeft immers een kwantitatief criterium gebruikt om de verzoekende partijen niet te selecteren, terwijl dit noch in de aankondiging, noch in het bestek was opgenomen. Door te bepalen dat de referenties gelijkaardig moesten zijn in “aard en omvang” werd volgens de verzoekende partijen geen kwantitatief criterium bepaald en is de bepaling vaag en onbruikbaar om al dan niet tot selectie over te gaan. Punt 5 van het bestek omschrijft overigens enkel de aard van de werken, maar bevat geen bedrag waaraan de werken in de referenties moeten voldoen.

In een tweede onderdeel laten de verzoekende partijen gelden dat de tijdelijke vereniging (als entiteit en som van de twee verzoekende partijen) aan het selectiecriterium van de referenties van “uitgevoerde opdrachten van gelijksoortige werken in aard en omvang” voldoet. Zij achten het vertrouwensbeginsel geschonden doordat bij de beoordeling van hun kandidatuur een andere en veel strengere draagwijdte aan het selectiecriterium is gegeven dan voorzien in het bestek en doordat enkel referenties van een bepaalde omvang zijn aanvaard. Hadden de verzoekende partijen geweten dat enkel referenties van een bepaald niveau zouden worden aanvaard, dan hadden zij bij hun offerte nog meer documenten ingediend, die zij nu als stuk bij hun verzoekschrift voegen. Zij hadden dit echter niet gedaan omdat zij op basis van de oorspronkelijke opdracht wel waren geselecteerd, terwijl zij thans op basis van dezelfde criteria niet meer zouden voldoen. De beslissing van 3 mei 2012 tot intrekking van de goedkeuring van de selectielijst had als reden de vaagheid van de omschrijving van de criteria met betrekking tot materiaal maar had geen betrekking op het feit dat bepaalde kandidaten toen wel of niet voldeden aan het selectiecriterium van de gevraagde referenties, zeker niet wat de verzoekende partijen betreft. Voor de nieuw uitgeschreven opdracht was de aard van de werken identiek en werd de omvang ervan aanzienlijk verminderd door het opsplitsen in zones. Er was dan ook geen reden om te veronderstellen dat de verwerende partij, bij het opnieuw uitschrijven van dezelfde opdracht, identieke selectiecriteria wat de referenties betreft geheel anders zou invullen. Uit de bestreden beslissingen blijkt volgens de verzoekende partijen geenszins waarom hun referenties kwantitatief en kwalitatief niet zouden overeenstemmen met de gevraagde referenties van uitgevoerde opdrachten van gelijksoortige werken in aard en omvang.

In een derde onderdeel stellen de verzoekende partijen dat uit de motivering in de bestreden beslissing van 12 juli 2012 dat de eerste verzoekende partij individueel niet beschikte over 3 gelijksoortige referenties in omvang (hoofdzakelijk referenties tussen 100.000 euro en 200.000 euro) logischerwijze moet worden afgeleid dat de aanbestedende overheid van oordeel was dat de tweede verzoekende partij wel daarover beschikte, dat bijgevolg de tijdelijke

handelsvereniging als één inschrijver dus wel over 3 gelijksoortige referenties in omvang beschikte en dat de tijdelijke handelsvereniging als één inschrijver dus wel aan dit selectie criterium voldeed. Uit de motivering dat de tweede verzoekende partij geen referenties van maaiwerken, ruimingswerken of beschermingswerken aan waterlopen heeft toegevoegd, moet worden afgeleid dat de aanbestedende overheid van oordeel was dat de eerste verzoekende partij wel die referenties heeft toegevoegd en dat bijgevolg de tijdelijke handelsvereniging als één inschrijver wel de nodige referenties heeft toegevoegd. Minstens volgt uit de motivering dat de eerste verzoekende partij individueel niet beschikte over 3 gelijksoortige referenties in omvang dat de aanbestedende overheid niet heeft onderzocht of de tweede verzoekende partij wel daarover beschikte en of de tijdelijke handelsvereniging als één inschrijver dus wel aan het selectie criterium voldeed. Uit de motivering dat de tweede verzoekende partij geen referenties van maaiwerken, ruimingswerken of beschermingswerken aan waterlopen heeft toegevoegd, blijkt volgens de verzoekende partijen alleszins dat niet werd onderzocht of de eerste verzoekende partij wel die referenties heeft toegevoegd en of de tijdelijke handelsvereniging als één inschrijver aldus wel aan dit selectie criterium voldeed. De verwerende partij schendt artikel 19 van het Overheidsopdrachtenbesluit, het redelijkheids-, het zorgvuldigheids- en het gelijkheidsbeginsel door niet alleen referenties te vragen van de inschrijver, maar ook van de leden van de inschrijver, terwijl dit niet wettelijk is voorzien.

Beoordeling

6.2.1. Artikel 19, eerste lid, van het Overheidsopdrachtenbesluit bevat regels in verband met de kwalitatieve selectie voor overheidsopdrachten voor aanneming van werken en luidt als volgt:

“Onverminderd de bepalingen betreffende de erkenning van aannemers van werken, kan de technische bekwaamheid van de aannemer aangetoond worden door één of meer van de volgende referenties:

1° door studie- en beroepskwalificaties van de aannemer en/of van het ondernemingskader en, in het bijzonder, van de verantwoordelijke(n) voor de leiding van de werken;

- 2° door de lijst van de werken uitgevoerd tijdens de laatste vijf jaar, en gestaafd door getuigschriften van goede uitvoering voor de belangrijkste werken. Deze getuigschriften bevatten het bedrag, het tijdstip en de plaats van uitvoering van de werken en geven duidelijk weer of deze uitgevoerd werden volgens de regels van de kunst en of ze op regelmatige wijze tot een goed einde werden gebracht. In voorkomend geval zullen deze getuigschriften door de bevoegde overheid rechtstreeks aan de aanbestedende overheid toegezonden worden;
- 3° door een verklaring die de werktuigen, het materieel en de technische uitrusting vermeldt waarover de aannemer zal beschikken voor de uitvoering van het werk;
- 4° door een verklaring die de gemiddelde jaarlijkse personeelsbezetting van de onderneming en de omvang van het kader weergeeft tijdens de laatste drie jaren;
- 5° door een verklaring waarin de technici of de technische diensten vermeld worden die, al dan niet deel uitmakend van de onderneming, ter beschikking zullen staan van de aannemer voor de uitvoering van het werk”.

Artikel 19, vierde lid, van dat besluit bepaalt dat de aanbestedende overheid in de aankondiging van de opdracht of in de uitnodiging tot het indienen van een offerte aangeeft welke van die referenties zij verlangt.

Als voorwaarde voor deelneming vereist de aankondiging te dezen onder meer “minstens 3 referenties van uitgevoerde opdrachten van gelijksoortige werken in aard en omvang tijdens de laatste 5 jaar, gestaafd door of een getuigschrift of een proces-verbaal van oplevering of een proces-verbaal van vooruitgang van de werken vanwege de aanbestedende overheden”, met per referentie een korte beschrijving van de aard en de omvang van de werken.

Daarmee is op het eerste gezicht in de aankondiging en het bestek op voldoende duidelijke wijze omschreven welke referenties werden gevraagd van de kandidaat-inschrijvers, met name 3 referenties die werken van gelijksoortige aard betreffen (waarbij in punt 5 van het bestek ook expliciet werd verwezen naar de omschrijving van de aard van de werken) en waarbij het werken van gelijksoortige omvang moet betreffen. Vermits het om gelijksoortige werken in aard en omvang moet gaan, lijkt het om cumulatieve voorwaarden te gaan.

De omschrijving “gelijksoortige omvang” is op het eerste gezicht voldoende duidelijk en vormt, anders dan de verzoekende partijen voorhouden, wel een kwantitatieve vereiste voor de referenties. Daartoe lijkt de aanbestedende overheid niet verplicht te zijn een concreet bedrag in de selectievoorwaarde op te nemen. Gelet op de omschrijving van de vereiste referenties lijkt het te dezen voor een inschrijver voldoende duidelijk dat hij referenties moet voorleggen met een gelijksoortige waarde als de waarde van de opdracht waarvoor hij inschrijft, die zowel uit het bedrag van zijn eigen offerte blijkt als uit de raming van 562.522,55 euro zoals opgenomen in de aankondiging.

Dergelijke selectievereiste komt op het eerste gezicht voldoende duidelijk over om de aanbestedende overheid bij het onderzoek van de offertes effectief te laten oordelen of de voorgelegde referenties van een gelijksoortige omvang zijn. De verzoekende partijen tonen niet aan dat zij 3 referenties hebben voorgelegd voor gelijksoortige werken, die ongeveer dezelfde waarde hadden als het inschrijvingsbedrag van hun offerte, dan wel de raming.

Met de omschrijving referenties van werken “van een gelijksoortige omvang” heeft de verwerende partij zich een zekere discretionaire beoordelingsmarge voorbehouden, hetgeen als dusdanig niet verboden is. De verzoekende partijen tonen alleszins niet aan dat de verwerende partij de grenzen van een zorgvuldige beoordeling te buiten is gegaan door hun referenties niet als van gelijksoortige omvang te beschouwen. De voorgelegde referenties hebben immers slechts betrekking op opdrachten onder de 220.000 euro (btw inbegrepen), terwijl de offerte een bedrag van 545.945,10 euro (btw inbegrepen) betrof en de raming van de opdracht een bedrag van 562.522,55 euro (btw niet inbegrepen) betrof.

Het eerste onderdeel van het eerste middel is niet ernstig.

6.2.2. Uit de behandeling van het eerste onderdeel blijkt reeds dat in het bestek en de aankondiging op voldoende duidelijke wijze de vereiste van

3 referenties voor werken van een gelijksoortige aard en omvang werd voorzien. Er kan dan ook niet worden gesteld dat de aanbestedende overheid een strengere toepassing van het selectiecriterium zou hebben gemaakt door referenties te eisen van een zelfde waarde en door de voorgelegde referenties buiten beschouwing te laten omdat zij slechts betrekking hadden op werken met een waarde tussen 100.000 en 200.000 euro.

De kritiek van de verzoekende partijen dat zij voor de vorige opdracht op basis van dezelfde criteria werden geselecteerd zodat zij er op konden vertrouwen ook nu geselecteerd te worden, mist op het eerste gezicht feitelijke grondslag. In de oorspronkelijke aankondiging van de oproep van een lijst van gegadigden werd immers bepaald dat de kandidaten een referentielijst dienden voor te leggen “van tijdens de laatste 3 jaren uitgevoerde opdrachten van aanneming van gelijksoortige omvang en aard gestaafd door een proces-verbaal van oplevering of van vooruitgang der werken vanwege de aanbestedende overheden”, zonder dat daarbij een minimum aantal referenties werd bepaald. In de aankondiging van de opdracht waarop de bestreden beslissingen betrekking hebben, werd daarentegen uitdrukkelijk bepaald dat de inschrijvers “minstens 3 referenties van uitgevoerde opdrachten van gelijksoortige werken in aard en omvang tijdens de laatste 5 jaar” dienden voor te leggen. De omschrijving van de vereiste inzake referenties is aldus niet identiek. Er werd een minimum aantal referenties toegevoegd zodat op het eerste gezicht niet valt in te zien hoe de verzoekende partijen, gelet op deze gewijzigde vereiste, er op konden vertrouwen dat zij opnieuw geselecteerd zouden worden. Hoe dan ook werd de selectiebeslissing van 15 maart 2012 met een beslissing van 3 mei 2012 ingetrokken, zodat de eerste beslissing wordt geacht niet te hebben bestaan. De verzoekende partijen lijken zich hier niet op te kunnen beroepen om een schending van het vertrouwensbeginsel aan te tonen, welke ook de motieven voor de intrekking waren.

Omwille van die intrekking kan uit de argumentatie van de verzoekende partijen dat zij eerst voor een opdracht van een grotere omvang

werden geselecteerd terwijl zij nadien niet voor een kleinere opdracht werden geselecteerd, evenmin een schending van het vertrouwensbeginsel worden afgeleid.

Wat de voorgehouden schending van de formele motiveringsplicht betreft, wordt in de eerste bestreden beslissing het volgende overwogen:

“de offerte van TV Grond- en Kraanwerken Martens André BVBA te Jabbeke + NV ABOG te Wetteren om reden dat de inschrijver Grond- en Kraanwerken Martens André BVBA te Jabbeke individueel niet beschikt over 3 gelijksoortige referenties in omvang (hoofdzakelijk referenties tussen 100.000 en 200.000 EUR) en de inschrijver NV ABOG te Wetteren geen referenties van maaierwerken, ruimingswerken of beschermingswerken aan waterlopen heeft toegevoegd en dienvolgens de tijdelijke vereniging niet voldoet aan de vereiste van de referenties”.

Daarmee wordt op het eerste gezicht op voldoende duidelijke wijze aangegeven waarom de offerte van de verzoekende partijen wordt geweigerd, met name omdat zij niet beschikken over 3 referenties voor werken van gelijkaardige aard en omvang, waarbij nog wordt verduidelijkt dat de eerste verzoekende partij slechts referenties met een waarde van 100.000 tot 200.000 euro voorlegt, waarmee dus impliciet wordt gesteld dat deze qua omvang niet voldoen, en dat de tweede verzoekende partij geen referenties voorlegt met betrekking tot de gevraagde werken. Gelet op de op het eerste gezicht voldoende duidelijke omschrijving van deze selectievoorwaarde in het bestek, valt niet in te zien hoe de formele motiveringsplicht met de bestreden beslissingen zou zijn geschonden.

Het tweede onderdeel van het eerste middel is niet ernstig.

6.2.3. Uit de behandeling van de twee vorige onderdelen blijkt dat de gevraagde referenties cumulatief op de aard en de omvang van de werken betrekking hadden en dat de offerte van de verzoekende partijen werd geweigerd omdat zij niet beschikten over de vereiste drie referenties voor werken van

gelijkaardige aard en omvang, met name omdat de referenties van de eerste verzoekende partij niet naar omvang voldeden en omdat de tweede verzoekende partij geen referenties voorlegde met betrekking tot de gevraagde werken.

Het gaat niet op te stellen dat uit de bestreden beslissingen zou blijken dat voor de eerste of de tweede verzoekende partij niet zou zijn onderzocht of de vereiste referenties werden voorgelegd. Op het eerste gezicht blijkt integendeel voldoende duidelijk uit de motivering van die beslissingen dat voor beide leden van de tijdelijke handelsvereniging werd nagegaan of zij met hun eigen voorgelegde referenties gezamenlijk voldeden aan de gevraagde 3 referenties met betrekking tot gelijksoortige werken in aard en omvang. De opmerking van de verzoekende partijen dat de aanbestedende overheid aldus zou hebben vereist dat elk lid van de tijdelijke handelsvereniging afzonderlijk de gevraagde referenties zou voorleggen, mist op het eerste gezicht feitelijke grondslag.

Het derde onderdeel van het eerste middel is niet ernstig.

2. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

7.1. De verzoekende partijen werpen in een tweede middel machtsafwending en de schending van het zorgvuldigheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel, het redelijkheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel op.

De verzoekende partijen stellen met verwijzing naar de omzendbrief van 10 februari 1998 Overheidsopdrachten Kwalitatieve selectie van aannemers, leveranciers en dienstverleners dat, nu de verwerende partij op 15 maart 2012 heeft beslist om de verzoekende partijen te selecteren voor de lijst van gegadigden, de geselecteerde kandidaten in staat worden geacht de opdracht uit te voeren.

De daaropvolgende opdracht die na intrekking van de selectiebeslissing werd uitgeschreven is nagenoeg identiek, met als enige verschil dat de opdracht thans in zones wordt opgesplitst, zodat de aard van de werken dus identiek is en de omvang aanzienlijk kleiner. Verder werden wat betreft de referenties identieke selectiecriteria vastgesteld als voor de eerdere opdracht. Bijgevolg kon de verwerende partij niet wettig beslissen dat de verzoekende partijen nu niet voldeden aan de selectiecriteria van het voorleggen van de referenties.

Vervolgens herhalen de verzoekende partijen dat de verwerende partij een ander criterium heeft toegepast om af te wijzen dan hetgeen in het bestek was opgenomen en dat, indien de verwerende partij referenties van een bepaald niveau voor ogen had, zij dit op een heldere en eenduidige wijze kenbaar had moeten maken in de aankondiging.

Door voor de referenties een bedrag te vereisen dat op voorhand niet was meegedeeld, schendt de verwerende partij volgens de verzoekende partijen de gelijkheid en beperkt zij de mededinging. Niet alleen de selectiecriteria zelf, maar ook de beoordeling ervan moet proportioneel zijn met het voorwerp van de opdracht. In casu werd deze proportionaliteit geschonden. De verzoekende partijen verwijzen ook naar artikel 44.2 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 dat bepaalt dat de minimumvereisten een verband moeten hebben en proportioneel moeten zijn met het voorwerp van de opdracht.

Verder had de verwerende partij, nadat zij bij een eerste onderzoek in het kader van de beperkte aanbesteding met identieke selectiecriteria van oordeel was dat de verzoekende partijen wel aan de criteria voldeden, op zorgvuldige wijze tot selectie of niet-selectie moeten overgaan, wat onder meer inhoudt dat zij ontbrekende documenten had kunnen opvragen. Aangezien één van de leden van de tijdelijke handelsvereniging de nodige documenten had

voorgelegd en er dus voldoende redenen waren om aan te nemen dat de inschrijver wel aan de selectiecriteria zou voldoen, had de verwerende partij niet op lichtzinnige wijze tot afwijzing van de inschrijver moeten overgaan. In de omzendbrief van 10 februari 1998 wordt bepaald dat in het geval een document ontbreekt of een bewijsstuk niet wordt ingediend, de aanbestedende overheid haar houding moet bepalen, rekening houdend met de grondbeginselen inzake mededinging, goed en zuinig beheer en gelijkheid. In de omzendbrief is immers ook voorzien dat wanneer bepaalde documenten en getuigschriften niet werden ingediend, de aanbestedende overheid moet nagaan of deze indiening werd opgelegd op straffe van nietigheid.

Beoordeling

7.2.1. Opdat een middel of een onderdeel ervan ontvankelijk zou zijn, volstaat het niet de schending van een beginsel of een bepaling in te roepen. Een verzoeker moet ook uiteenzetten waarom en op welke wijze hij de ingeroepen bepaling of het beginsel geschonden acht. Te dezen zetten de verzoekende partijen in hun verzoekschrift niet uiteen waarom er bij het nemen van de bestreden beslissingen sprake zou zijn van machtsafwending, laat staan dat zij daartoe voldoende ernstige, welbepaalde en overeenstemmende vermoedens aanvoeren. In die mate is het tweede middel op het eerste gezicht niet-ontvankelijk en derhalve niet ernstig.

7.2.2. Wat de voorgehouden schending van het zorgvuldigheids-, het vertrouwens-, het redelijkheids- en het gelijkheidsbeginsel betreft, hernemen de verzoekende partijen in essentie hun kritiek uit het eerste middel, zodat in de eerste plaats naar de behandeling van dat middel kan worden verwezen. Daarbij werd reeds vastgesteld dat de aankondiging en het bestek op voldoende duidelijke wijze de van de kandidaten gevraagde referenties lijken te omschrijven, dat de selectiecriteria bij de beoordeling niet afwijkend of enger blijken te zijn geïnterpreteerd dan in de aankondiging of het bestek was vooropgesteld en dat de verzoekende partijen niet aantonen dat de aanbestedende overheid de grenzen van

een zorgvuldige beoordeling te buiten is gegaan door te oordelen dat de referenties van de verzoekende partijen niet voldeden. Op het eerste gezicht blijkt dan ook niet dat de verwerende partij onzorgvuldig zou hebben gehandeld bij het vaststellen van de selectiecriteria, noch bij de beoordeling ervan.

Ook wat betreft de voorgehouden schending van het vertrouwensbeginsel kan worden verwezen naar hetgeen hierover reeds bij de behandeling van het tweede onderdeel van het eerste middel is gesteld.

Waar de verzoekende partijen nog verwijzen naar de omzendbrief van 10 februari 1998, weze herhaald dat de beslissing van 15 maart 2012 werd ingetrokken en dat binnen de huidige opdracht geen eerdere selectie werd uitgevoerd. Het door de verzoekende partijen uit de omzendbrief aangehaalde citaat heeft daarentegen betrekking op een procedure in twee fasen, waarbij in een eerste fase reeds kandidaten worden geselecteerd.

De verzoekende partijen tonen niet aan dat de litigieuze bepaling uit de aankondiging en het bestek aangaande de vereiste referenties geen verband zou houden met, noch in verhouding zou staan tot het voorwerp van de opdracht, zoals vereist overeenkomstig artikel 16 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996. Door referenties van “gelijksoortige werken in aard en omvang” te vragen en aldus een uitdrukkelijk verband te leggen met de aard en omvang van de voorliggende opdracht, is de aanbestedende overheid op het eerste gezicht immers niet aan die vereiste tegemoetgekomen.

Artikel 20, § 3, van het voormelde koninklijk besluit geeft de aanbestedende overheid de mogelijkheid doch niet de verplichting om de inschrijvers te verzoeken de neergelegde documenten aan te vullen of toe te lichten. De omzendbrief van 10 februari 1998 vermeldt als aanbeveling aan de aanbestedende overheden “na te gaan, wanneer bepaalde documenten en getuigschriften niet werden ingediend, of deze indiening werd opgelegd op straffe van nietigheid”, maar er wordt evenzeer in opgemerkt dat de aanwending van de

mogelijkheid om documenten te vervolledigen aan een inschrijver die niet behoorlijk heeft bewezen dat hij aan de voor de opdracht gestelde eisen voldoet, geen recht geeft uitgenodigd te worden om zijn verzuim goed te maken.

De verwerende partij lijkt het zorgvuldigheidsbeginsel niet te hebben geschonden door in de specifieke omstandigheden van de zaak geen ontbrekende documenten op te vragen. Zoals reeds werd opgemerkt bij de behandeling van het eerste middel, waren de selectiecriteria niet identiek aan die van de eerdere opdracht. De verzoekende partijen merken in de inventaris bij hun verzoekschrift zelf op dat al de referenties die zij bij hun kandidatuurstelling in het kader van de eerste opdracht hadden gevoegd, opnieuw bij hun offerte van 12 juni 2012 in het kader van de huidige opdracht werden gevoegd. De verwerende partij heeft bij haar beoordeling dus met al die referenties rekening kunnen houden.

Ten slotte heeft de verwerende partij, in tegenstelling tot hetgeen de verzoekende partijen voorhouden, op het eerste gezicht niet aangenomen dat één van de leden niet voldeed aan het voormelde selectie criterium, doch wel dat de beide leden van de tijdelijke handelsvereniging hieraan niet voldeden.

Het tweede middel is in die mate niet ernstig.

VI. Voorlopige maatregelen en besluit

8. De verzoekende partijen vragen in het verzoekschrift tevens om met toepassing van artikel 65/15 van de voormelde wet van 24 december 1993 voorlopige maatregelen te bevelen, meer bepaald om de verwerende partij te bevelen een nieuwe beslissing te nemen en het aan de BVBA Verhegge Marc gegeven bevel de werken aan te vatten op 1 oktober 2012 in te trekken.

Vermits geen van de middelen ernstig is bevonden en de gevraagde schorsing niet wordt bevolen, kan ook het verzoek tot voorlopige maatregelen niet worden ingewilligd.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid en de vordering tot het bevelen van voorlopige maatregelen.

2. De verzoekende partijen worden verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 350 euro, elk voor de helft.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 30 augustus 2012, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Carlo Adams,	staatsraad, waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Tiny Temmerman,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Tiny Temmerman

Carlo Adams