

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 222.108 van 17 januari 2013
in de zaak A. 207.386/XII-7182**

In zake: de BVBA DE WITTE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Ann Eeckhout
kantoor houdend te 9630 Zwalm
Zwalmstraat 8/1
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Frank Judo en Jochen Honnay
kantoor houdend te 1000 Brussel
Keizerslaan 3
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 20 december 2012, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van de Vlaamse Overheid, Agentschap voor maritieme dienstverlening en kust, afdeling kust dd. 12.11.2012, houdende de gunning van de overheidsopdracht voor aanneming van werken betreffende ‘Onderhoud domeinduinen en groenzones in het district Oostkust’ aan ABOG nv, van de beslissing van de Vlaamse Overheid, Agentschap voor maritieme dienstverlening en kust, afdeling kust dd. 12.11.2012, houdende de beslissing om de offerte van [...] De Witte bvba niet te selecteren alsmede van de impliciete weigeringsbeslissing waarbij de opdracht niet werd toegewezen aan De Witte bvba”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 14 januari 2013, om 10.30 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Lotte Ottevaere, die loco advocaat Ann Eeckhout verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Jochen Honnay, die 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. Het Agentschap voor Maritieme Dienstverlening en Kust, afdeling kust, schrijft bij wijze van openbare aanbesteding een overheidsopdracht voor de aanneming van werken uit met als voorwerp “Onderhoud domeinduinen en groenzones in het district Oostkust — Pachtperiode 2012-2016”.

De opdracht betreft het eerste pachtjaar 2012-2013 en kan worden verlengd met drie pachtjaren volgens de voorwaarden van het bestek. De opdracht wordt geraamd op 500.000 euro, btw inbegrepen, per pachtjaar.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 16 juli 2012. In de aankondiging wordt inzake de selectiecriteria onder meer vermeld dat een erkenning is vereist in de categorie G3,

klasse 5. Voorts bevat de aankondiging de volgende bepalingen inzake de vereiste financiële en economische draagkracht en technische bekwaamheid:

“Art. 18 - Financiële en economische draagkracht

De werken die het voorwerp uitmaken van deze opdracht zijn gerangschikt in de categorie G3 van erkenning, en de aanbestedende overheid is van oordeel dat zij minstens tot de klasse vijf (5) behoren.

Onverminderd de bepalingen betreffende de erkenning van aannemer van werken, tonen de inschrijvers hun financiële en economische draagkracht aan door het volgende document / de volgende documenten:

1. Een passende bankverklaring, afkomstig van een bank met vertegenwoordiging of correspondent in de Europese Unie, van maximaal 2 maanden oud waaruit de financiële draagkracht van de onderneming blijkt;

2. Een opgave van de omzet in groenonderhoud van de onderneming, uitgevoerd in domeinduin en of groenzones in een mariene omgeving, over de laatste drie boekjaren, voorzien van een accountantsverklaring.

In geval van een combinatie van verschillende partners dienen deze documenten door elke partner afzonderlijk te worden ingediend.

Selectievoorwaarde:

De gemiddelde jaarlijkse omzet aan groenonderhoud in domeinduin en of groenzones in mariene omgeving bedraagt over de laatste drie boekjaren minimaal 500.000 euro.”

en

“Art. 19 - Technische bekwaamheid

Onverminderd de bepalingen betreffende de erkenning van aannemers van werken, tonen de inschrijvers hun technische bekwaamheid aan door de volgende referentie(s):

1. Een opgave van de gemiddelde jaarlijkse personeelsbezetting van de onderneming en de omvang van haar kader gedurende de laatste drie jaren met opgave van de aanwezige knowhow (diploma's en cv met uitgebreide relevante ervaringen) bij het kader en het leidinggevend personeel:

2. Een opgave, gestaafd door getuigschriften van goede uitvoering, van analoge onderhoudswerken in domeinduin en of groenzones in mariene omgeving in een periode van drie jaar voorafgaand aan onderhavige aanbesteding. Met deze lijst moet de kandidaat kunnen aantonen dat hij voldoende ervaring heeft met het zelf uitvoeren van dergelijke onderhoudswerken. Van elk werk dient de volgende informatie te worden verstrekt:

- Korte omschrijving van het werk
- Naam opdrachtgever met getuigschrift van goede uitvoering
- Aannemingsom (excl. btw)
- Periode van uitvoering
- Indien uitgevoerd in combinatie: percentage aandeel in combinatie en de juridische participatie verhouding;

Selectievoorwaarde:

De gegadigde aannemer dient minstens één referentiewerk bij te voegen die voldoet aan bovenstaande voorwaarden.

3. Een uitgebreide opgave van de werktuigen, het aangepast materieel en de technische uitrusting waarover de kandidaat beschikt voor de uitvoering van deze opdracht; De aannemer voegt bij zijn offerte een verklaring op erewoord met vermelding van de werktuigen, het materieel en de technische uitrusting waarover hij zal beschikken voor de uitvoering van deze werken. Dit kan zowel eigen materieel zijn als te huren materieel. In het geval er beroep gedaan wordt op materieel van derden dient dit gestaafd te worden met een overeenkomst met deze onderaannemer/verhuurder.

Selectievoorwaarde:

De gegadigde aannemer dient minstens te beschikken over het benodigde materieel om gelijktijdig op twee locaties binnen het district maaierwerken uit te voeren.

4. De inschrijver dient garanties te geven inzake kwaliteits- en milieuborging. Hiervoor worden een kwaliteitsborgingssysteem voorgelegd.

Selectievoorwaarde:

De gegadigde aannemer dient minstens te beschikken over een VCA-certificaat.”

3.3. De opdracht is onderworpen aan de bepalingen van het bestek nr. 16EH/12/22. In het bestek worden zowel de uit te voeren werken als het gebied waarin deze werken dienen te worden uitgevoerd nader omschreven. Ook worden voormelde selectievoorwaarden herhaald.

De opdracht wordt toegekend aan de inschrijver met de laagste offerte.

3.4. De opening van de offertes vindt plaats op 5 september 2012. Acht inschrijvers dienen een offerte in hieronder de nv ABOG en verzoekende partij.

3.5. Op 24 september 2012 wordt een beoordelingsverslag opgesteld. Uit het beoordelingsverslag blijkt dat verzoekende partij niet wordt geselecteerd “omdat de financiële draagkracht en de technische bekwaamheid onvoldoende zijn aangetoond in de offerte”.

In het beoordelingsverslag wordt opgemerkt dat verzoekende partij niet voldoet aan de specifieke selectievoorwaarde inzake de financiële en economische draagkracht, namelijk dat de gemiddelde jaarlijkse omzet aan groenonderhoud in domeinduinen of groenzones in mariene omgeving over de laatste drie boekjaren minimaal 500.000 euro bedraagt, omdat:

“De firma De Witte geeft enkel een algemene omzet en doet geen opgave van de specifieke omzet aan groenonderhoud in domeinduinen of groenzones in mariene omgeving.”

Daarnaast voldoet verzoekende partij volgens het beoordelingsverslag evenmin aan de specifieke selectievoorwaarde inzake de technische bekwaamheid waarin de gegadigde aannemer wordt gevraagd om minstens één referentie bij te voegen die voldoet aan de voorwaarde inzake analoge onderhoudswerken in domeinduinen of groenzones in mariene omgeving in een periode van drie jaar voorafgaand aan de aanbesteding, gestaafd met een attest van goede uitvoering. In het beoordelingsverslag wordt gesteld: “de firma De Witte doet geen opgave van analoge onderhoudswerken”.

Uit het beoordelingsverslag blijkt voorts dat verzoekende partij wel voldoet aan de overige twee gestelde specifieke selectievoorwaarden inzake het benodigde materieel en het vereiste VCA-certificaat.

Vier inschrijvers worden wel geselecteerd en hun offertes worden regelmatig bevonden. Voorgesteld wordt om de opdracht te gunnen aan de nv ABOG als laagste regelmatige inschrijver.

3.6. Vervolgens beslist verwerende partij op 12 november 2012, met verwijzing naar het rapport van de beoordelingscommissie, om de opdracht te gunnen aan nv ABOG.

Dit is de bestreden beslissing.

3.7. Bij aangetekend schrijven van 5 december 2012 deelt verwerende partij aan verzoekende partij mee dat haar offerte niet werd gekozen.

IV. De schorsingsvoorwaarden

4.1. Overeenkomstig artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

4.2. Te dezen is evenwel 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’ van toepassing.

Luidens het door voornoemde wet van 23 december 2009 in de wet van 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is voor de schorsing van de thans bestreden beslissingen het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist.

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

Overeenkomstig artikel 65/31 gelden deze bepalingen ook voor opdrachten die de drempel voor Europese bekendmaking niet bereiken.

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

V. Onderzoek van het enige middel

Uiteenzetting van het middel

5. In het enige 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’, de artikelen 18 en 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’ en “van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, met name de zorgvuldigheidsplicht, de formele en materiële motiveringsplicht en het patere legem beginsel”.

In een eerste onderdeel voert verzoekende partij aan dat zij ten onrechte niet werd geselecteerd omdat zij wel degelijk zou voldoen aan alle selectiecriteria.

In een tweede onderdeel merkt verzoekende partij op dat de beslissing tot niet-selectie niet voldoende gemotiveerd is en niet zorgvuldig werd genomen. Volgens verzoekende partij zijn de gunningsbeslissing en het rapport van de beoordelingscommissie niet afdoende gemotiveerd wat betreft haar niet selectie. Er wordt volgens haar enkel beschreven dat “de firma De Witte niet geselecteerd wordt omdat de financiële en de technische bekwaamheid onvoldoende zijn aangetoond in de offerte”, en er wordt geen nadere uitleg gegeven. Op basis van de voorliggende motieven zou verzoekende partij niet kunnen oordelen of de beslissing tot niet-selectie op voldoende draagkrachtige motieven steunt.

Ten slotte voert zij aan dat, aangezien verwerende partij haar had moeten selecteren en haar offerte regelmatig had moeten verklaren, de opdracht overeenkomstig artikel 15 van de wet van 24 december 1993 aan haar had moeten worden gegund als laagste regelmatige inschrijver.

Beoordeling

Eerste onderdeel

6.1. Wat het eerste motief om verzoekende partij niet te selecteren, namelijk het niet voldoen inzake de financiële en economische draagkracht, betreft voert verzoekende partij aan dat zij wel aan voormelde selectievoorwaarde voldoet omdat zij bij haar offerte een getuigschrift van erkenning in de klasse 5, ondercategorie G3 heeft gevoegd, een bankverklaring van 14 november 2003 van ING en een bankverklaring van 5 september 2012 van KBC, en, ten slotte, een attest van haar boekhouder waaruit blijkt dat zij voor het boekjaar 2011 een omzet in de tuinbouw had van 956.313 euro. Ter zitting wijst zij ook op de vier bij haar offerte gevoegde attesten van goede uitvoering die volgens haar betrekking hebben op groenonderhoud in domeinduin en of groenzones in mariene omgeving.

6.2. Op het eerste gezicht lijken noch de voorgelegde erkenning, noch de bankverklaringen van aard om aan te tonen dat verzoekende partij voldoet aan de gestelde selectievoorwaarde dat de gemiddelde jaarlijkse omzet aan groenonderhoud in domeinduin en of groenzones in mariene omgeving over de laatste drie boekjaren minimaal 500.000 euro bedraagt.

Voorts blijkt uit de offerte van verzoekende partij dat zij slechts een verklaring opgeeft van haar algemene omzet (btw niet inbegrepen) voor de jaren 2004 tot en met 2011 en enkel voor het jaar 2011 een accountantsverklaring voorlegt over de “omzet in tuinbouw”. Aldus blijkt op het eerste gezicht niet dat voldaan is aan de gestelde selectievoorwaarde dat de gemiddelde jaarlijkse omzet aan groenonderhoud in domeinduin en of groenzones in mariene omgeving over de laatste drie boekjaren minimaal 500.000 euro bedraagt.

Ten slotte lijken de vier attesten van goede uitvoering, voor zover ze bij de beoordeling van dit selectie criterium kunnen worden betrokken, geen betrekking te hebben op het in het bestek vereiste groenonderhoud in domeinduin en of groenzones in mariene omgeving.

Door te oordelen dat verzoekende partij in gebreke blijft om haar financiële draagkracht en economische bekwaamheid aan te tonen omdat verzoekende partij “enkel een algemene omzet geeft en geen opgave doet van de specifieke omzet aan groenonderhoud in domeinduin en of groenzones in mariene omgeving” gaat verwerende partij de grenzen van een redelijke beoordeling dan ook niet te buiten. Evenmin blijkt dat zij gehandeld zou hebben in strijd met artikel 18 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 en haar eigen bestek.

6.3. Gelet op het voorgaande lijkt verzoekende partij geen belang meer te hebben bij haar kritiek op het tweede motief inzake niet-selectie dat betrekking heeft op de technische bekwaamheid.

6.4. In de huidige stand van het geding kan bijgevolg *prima facie* worden aangenomen dat verwerende partij terecht mocht besluiten om verzoekende partij niet te selecteren.

Het eerste onderdeel is niet ernstig.

Tweede onderdeel

7. Wat het tweede onderdeel betreft dient op het eerste gezicht te worden vastgesteld dat dit onderdeel feitelijke grondslag lijkt te missen.

De bestreden gunningsbeslissing verwijst uitdrukkelijk naar het beoordelingsverslag dat er luidens de gunningsbeslissing integrerend deel van uitmaakt.

Uit het beoordelingsverslag blijkt dat verzoekende partij niet wordt geselecteerd “omdat de financiële draagkracht en de technische bekwaamheid onvoldoende zijn aangetoond in de offerte”.

In tegenstelling tot wat verzoekende partij betoogt, is de motivering van haar niet-selectie in het beoordelingsverslag evenwel geenszins beperkt tot voormelde zinsnede. In het beoordelingsverslag worden wel degelijk

twee motieven opgegeven waarom volgens verwerende partij enerzijds de financiële draagkracht en anderzijds de technische bekwaamheid onvoldoende zijn aangetoond in de offerte van verzoekende partij. Het middelonderdeel lijkt dan ook feitelijke grondslag te missen.

Het tweede onderdeel is niet ernstig.

VI. Besluit

8. Het enige middel is niet ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

De Raad van State verwerpt de vordering.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 17 januari 2013, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Bram Van Thillo,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Bram Van Thillo

Pierre Barra