

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 222.725 van 5 maart 2013
in de zaak A. 207.863/XII-7231**

In zake: de NV FIRE TECHNICS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Gerard Soete
kantoor houdend te 8400 Oostende
Kerkstraat 8 bus 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE LOCHRISTI
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Dirk Van Heuven en Jonas Riemslaghe
kantoor houdend te 2600 Antwerpen
Cogels Osylei 61
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 4 februari 2013, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van de gemeente Lochristi, genomen door haar college van burgemeester en schepenen op 15 januari 2013, waarbij eenparigheid van stemmen werd beslist:

‘Artikel 1

Goedkeuring wordt gehecht aan het verslag van nazicht van de offertes van 20 december 2012 voor de opdracht met als voorwerp ‘aankoop tankwagen 12.000 liter’, opgesteld door de technische dienst, waaruit blijkt dat de offertes van nv Fire Technics en nv Somati Vehicles onregelmatig zijn en bijgevolg dienen te worden geweerd, en waaruit blijkt dat Vanassche nv de economische meest voordelige regelmatige bieder is.

Artikel 2

NV Fire Technics en nv Somati Vehicles worden onverwijld op de hoogte gebracht van de motieven voor hun verwerping.

Artikel 3

De opdracht wordt heden nog niet gegund.

Het eventueel voorzien van de nodige kredieten wordt meegenomen bij de besprekingen voor het opmaken van de eerste budgetwijziging van 2013.

Artikel 4

Aan Vanassche nv wordt gevraagd de gestanddoeningstermijn met 180 kalenderdagen te verlengen tot 18 augustus 2013.

Artikel 5

Afschrift wordt bezorgd aan nv Vanassche, aan de gemeentelijke brandweer, aan de gemeenteontvanger en haar secretariaat.””

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 28 februari 2013, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Gerard Soete, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Jonas Riemslag, 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. De gemeente Lochristi schrijft een overheidsopdracht voor de aanneming van leveringen uit voor de aankoop van een tankwagen 12.000 liter ten behoeve van de gemeentelijke brandweer.

Als gunningswijze wordt gekozen voor een algemene offerteaanvraag.

De waarde van de opdracht wordt geraamd op 227.272,73 euro, btw niet inbegrepen.

3.2. De aankondiging van de opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 1 juni 2012 en het Publicatieblad van de Europese Unie op 7 juni 2012.

In de aankondiging worden vereisten gesteld inzake de technische bekwaamheid.

3.3. Het bestek herneemt de in de aankondiging gestelde selectievoorwaarden en vermeldt als gunningscriteria prijs (200 punten), operationele waarde (180 punten) en leveringstermijn (20 punten).

3.4. De openingszitting vindt plaats op 24 juli 2012.

Drie inschrijvers dienen een offerte in: nv Fire Technics, verzoekende partij, nv Vanassche en nv Somati Vehicles.

3.5. In het verslag van nazicht van de offertes van 20 december 2012 wordt met betrekking tot de kwalitatieve selectie vastgesteld dat noch inschrijver Somati Vehicles noch verzoekende partij voldoen aan selectiecriteria inzake de technische bekwaamheid, gesteund op onvoldoende referenties.

De offerte van inschrijver Vanassche wordt vervolgens als enige getoetst aan de gunningscriteria en voorgesteld wordt om hem de opdracht te gunnen.

3.6. Op 15 januari 2013 neemt het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Lochristi de bestreden beslissing, zoals hiervoor als voorwerp van de vordering aangehaald.

3.7. Bij aangetekende brief en e-mailbericht van 21 januari 2013 wordt aan verzoekende partij meegedeeld dat haar “inschrijving niet geselecteerd is” om de volgende redenen, die als dusdanig reeds in het gunningsverslag werden vermeld:

“- Uw firma voldoet niet aan de technische minimumvereisten.
- NV Fire-Technics geeft 2 referenties op voor respectievelijk 36 en 2 wagen en legt hiervan tevens attesten van goede uitvoering voor. Deze referenties betreffen leveringen uitgevoerd door de moederfirma ‘Rosenbauer International AG’.
Bij de offerte van nv Fire-Technics werd geen verklaring tot actieve inzet van de firma ‘Rosenbauer AG’ bijgevoegd.
- NV Fire-Technics legt niet de in artikel 71 van het KB van 8 januari 1996 vereiste verbintenis voor waaruit blijkt dat beroep kan worden gedaan op de draagkracht van de onderaannemer. Er wordt verwezen naar het arrest van Raad van State nr. 217.835 van 9 februari 2012 in de zaak nv Heijmans Infra, bv Heijmans Infra Techniek en thv nv Heijmans Infra – bv Heijmans Infra Techniek tegen de Belgische staat wat bepaalt dat het enkele feit dat de inschrijver behoort tot een groep van ondernemingen niet volstaat om aan te tonen dat hij zich voor voorliggende opdracht kon beroepen op de draagkracht van deze andere ondernemingen of kon beschikken over de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke middelen; het tot een zelfde groep behoren laat evenmin toe ipso jure een verbintenis te veronderstellen ten aanzien van de inschrijver vanwege de andere ondernemingen, inzonderheid wanneer zoals hier het gaat om onderscheiden rechtspersonen en de inschrijver zich beroept op de referenties van een onderneming die het moederbedrijf is terwijl hij geen verbintenis aanduidt of voorlegt waaruit blijkt dat dit moederbedrijf zich op enig vlak engageert ten aanzien van de inschrijver.
De offerte van nv Fire Technics dient bijgevolg als onregelmatig te worden beschouwd”.

Als bijlage wordt tevens een kopie overgemaakt van de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van 15 januari 2013.

3.8. Op 23 januari 2013 vraagt verzoekende partij om kopie te ontvangen van de ‘technische evaluatie’.

3.9. Bij brief van 25 januari 2013, verzonden op 5 februari 2013, wordt het verslag van nazicht aan verzoekende partij bezorgd.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

4. In de bestreden beslissing wordt in artikel 3 bepaald dat de opdracht nog niet wordt gegund. Zoals ter terechtzitting wordt bevestigd door de raadsman van verwerende partij, is zulks ook de bedoeling van verwerende partij. Er blijkt bijgevolg nog geen uitvoerbare gunningsbeslissing voor te liggen, zodat de vordering op dat punt niet ontvankelijk is.

Deze vaststelling werd ter terechtzitting als ambtshalve exceptie door de Raad van State opgeworpen. De partijen hebben betreffende die exceptie hun standpunten kunnen laten kennen.

V. De schorsingsvoorwaarden

5.1. 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.

5.2. 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.

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

VI. Onderzoek van de middelen

Vijfde middel

Uiteenzetting

6. Een vijfde middel is genomen uit de schending van artikel 45 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken’.

Volgens verzoekende partij wijken de door verwerende partij gestelde eisen inzake de technische bekwaamheid immers af van de dwingende regels van artikel 45 van voormeld koninklijk besluit. Meer bepaald zou de minimale termijn van drie jaar voor de referenties ten onrechte zijn teruggebracht op twee jaar. Dit vitieert volgens haar de gehele gunningsprocedure.

Beoordeling

Exceptie

7.1. Verwerende partij werpt betreffende het vijfde middel een exceptie van gebrek aan belang op. Verzoekende partij heeft volgens haar geen belang bij dit middel omdat de kritiek van verzoekende partij geen betrekking heeft op de reden waarom zij niet werd in aanmerking genomen. Daarnaast zou zij het vereiste belang ontberen omdat zij geen vragen stelde over de selectiecriteria en voorbehoudsloos een offerte indiende.

7.2. In de eerste plaats lijkt de kritiek van verzoekende partij in het vijfde middel inderdaad gericht tegen de vaststelling van de voormelde selectievoorwaarde inzake referenties zoals opgenomen in de aankondiging en het

bestek, en niet tegen de concrete toepassing van die voorwaarde op haar inschrijving, meer bepaald de reden van haar niet-selectie.

Overeenkomstig de leer van het arrest van de algemene vergadering van de Raad van State, afdeling bestuursrechtspraak, nr. 152.173 van 2 december 2005 inzake nv Labonorm, verhindert echter de mogelijkheid van een verzoekende partij om onmiddellijk een beroep tot nietigverklaring en een vordering tot schorsing in te stellen tegen de beslissing waarbij het bestek wordt vastgesteld, niet dat de onrechtmatigheden die een inschrijver zoals te dezen aan een besteksbepaling verwijt, ook nog op ontvankelijke wijze worden ingeroepen tegen latere beslissingen in het kader van de gunningsprocedure.

Voorts lijkt het bestek geen bepaling te bevatten die ertoe zou hebben verplicht om meteen zichtbare wettigheidsbezwaren onverwijld te melden, maar in elk geval lijkt het niet zo dat op het eerste gezicht bij indiening van de offerte de selectievoorwaarden verzoekende partij zouden hebben belet om op zinvolle wijze aan de procedure deel te nemen.

7.3. De exceptie dient aldus in haar beide onderdelen te worden verworpen.

Ernstig karakter van het middel

8.1. Artikel 45 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, waarvan de schending wordt ingeroepen, luidt als volgt:

“De technische bekwaamheid van de leverancier kan op één of meer van de volgende manieren worden bewezen, afhankelijk van de aard, de hoeveelheid en het gebruik van de te leveren produkten:

1° door middel van een lijst van de voornaamste leveringen die hij gedurende de afgelopen drie jaar heeft verricht, hun bedrag, data en de publiek- of privaatrechtelijke instanties waarvoor zij bestemd waren:

– indien het leveringen aan een overheid betreft, worden de leveringen aangetoond door certificaten die door de bevoegde overheid zijn opgesteld of geïssueerd;

– indien het gaat om leveringen aan privaatrechtelijke personen, worden de certificaten opgesteld door de koper; bij ontstentenis daarvan is een verklaring van de leverancier toegelaten;

2° [...]”

8.2. Het komt aldus aan de aanbestedende overheid toe datgene te bepalen waarvan blijkt moet worden gegeven om de technische bekwaamheid van de inschrijvers aan te tonen binnen het kader zoals dat door artikel 45 van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 is vastgelegd. De Raad van State mag daarbij niet in de plaats van de aanbestedende overheid treden. De Raad lijkt hetgeen door de aanbestedende overheid wordt geëist wel aan een toetsing te mogen onderwerpen in die zin dat de Raad desgevraagd mag onderzoeken of de aanbestedende overheid met die vereisten niet het kader van artikel 45 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 te buiten gaat, op ontoelaatbare wijze de mededinging beperkt of de gelijkheid onder de inschrijvers in het gedrang brengt.

Voorts valt op te merken dat het bewijs van de technische bekwaamheid van de leveranciers enkel mag worden verstrekt door bewijsmiddelen of factoren die limitatief worden opgesomd in voormeld artikel 45.

8.3. Te dezen worden zowel in de aankondiging van de opdracht als in het bestek de volgende vereisten gesteld inzake de technische bekwaamheid:

“Een lijst van referenties (minimum 3 !), inclusief tevredenheidsattest van de opdrachtgever, betreffende het bouwen van tankwagens (met volume tussen 7.500 liter en 15.000 liter) tijdens de voorbije 2 jaar. Deze lijst en tevredenheidsattesten dienen op straffe van nietigheid bij de offerte te worden gevoegd.

Een certificaat ISO 9001-2008 met betrekking tot de bouw van brandweervoertuigen, geldig op de dag van opening van de inschrijvingen”.

8.4. Met verzoekende partij dient te worden vastgesteld dat in de aankondiging en het bestek sprake is van een lijst van referenties met betrekking tot de voorbije twee jaar, terwijl in artikel 45 van het hiervoor aangehaalde besluit sprake is van een lijst van de voornaamste leveringen “gedurende de afgelopen drie jaar”.

8.5. Op het eerste gezicht lijkt te kunnen worden aangenomen dat de beperking van de referentieperiode tot twee jaar het kader van artikel 45 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 te buiten gaat aangezien deze bepaling zelf de duur van de referentieperiode lijkt vast te leggen op drie jaar.

Uit de economie van de regelgeving inzake overheidsopdrachten lijkt te mogen worden afgeleid dat die termijn van drie jaar voor de referentieperiode niet mag worden verkort omdat zulks van aard lijkt om de mededinging te beperken. Te dezen uit dat beperkend karakter zich eveneens in de overige gestelde minimale eisen inzake het aantal referenties (minimaal 3) en de omvang ervan (enkel volumes tussen 7.500 liter en 15.000 liter komen in aanmerking) waarmee verwerende partij de mededinging ook al beperkte.

Voor de kwestieuze beperking van de referentieperiode tot twee jaar, voor wat een gespecialiseerde tankwagen lijkt, geeft verwerende partij dan nog geen enkele verklaring, ook niet ter terechtzitting.

Bovendien blijkt van de enkele inschrijvers die een offerte hebben ingediend slechts één inschrijver aan de vereisten inzake technische bekwaamheid te voldoen. Door de gestelde selectie-eisen bleken op het eerste gezicht de andere twee Belgische inschrijvers immers niet in staat om zich te beroepen op eigen referenties en dienden zij blijkbaar noodgedwongen een beroep te doen op referenties van buitenlandse ondernemingen.

8.6. Het vijfde middel is in de besproken mate ernstig.

BESLISSING

1. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 15 januari 2013 van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Lochristi om de inschrijving van de nv Fire Technics voor de overheidsopdracht voor de aankoop van een tankwagen van 12.000 liter ten behoeve van de gemeentelijke brandweer niet te selecteren.

2. De Raad van State verwierpt de vordering voor het overige.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 5 maart 2012, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest