

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 223.152 van 15 april 2013
in de zaak A. 208.291/XII-7306**

In zake: de BVBA J.O.S. HANGING BASKETS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Marc De Boel
kantoor houdend te 9000 Gent
Coupure 5
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD ANTWERPEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Cies Gysen en Gitte Laenen
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV THREE LION
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Harry Hendrickx
kantoor houdend te 2390 Malle
Hoge Warande 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 22 maart 2013, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de gunningsbeslissing van [de stad Antwerpen] d.d. 1 maart 2013 [...] om de overheidsopdracht voor aanneming van leveringen met betrekking tot het afsluiten van een raamcontract voor het leveren en verzorgen van bloemenmanden,

bloementorens en bloembakken, niet te gunnen aan [de bvba J.O.S. Hanging Baskets], doch te gunnen aan de nv Three Lion”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 4 april 2013 heeft de nv Three Lion gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 11 april 2013, om 10.30 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Inneke Bockstaele en Jaspar D’Hooghe, die loco advocaat Marc De Boel verschijnen voor de verzoekende partij, advocaten Stéphanie Taelemans en Gitte Laenen, die loco advocaat Cies Gysen verschijnen voor de verwerende partij, en advocaat Harry Hendrickx, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederic Eggermont 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. Verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor de levering van goederen met als onderwerp: “raamcontract voor het leveren en

verzorgen van bloemenmanden, bloementorens en bloembakken”. Als gunningswijze wordt gekozen voor de algemene offerteaanvraag.

De opdracht is onderverdeeld in drie percelen:

- 1) perceel 1: het opvullen en onderhouden van bloemenmanden (geraamd op 1.440.000 euro, btw niet inbegrepen);
- 2) perceel 2: het opvullen en onderhouden van bloementorens (geraamd op 678.400 euro, btw niet inbegrepen);
- 3) perceel 3: het opvullen en onderhouden van bloembakken (geraamd op 182.400 euro, btw niet inbegrepen).

De opdracht wordt beheerst door het bijzonder bestek nr. GAC/2012/1558. De totale uitgave voor de opdracht wordt geraamd op 2.300.800 euro, btw niet inbegrepen.

3.2. De opdracht wordt nationaal en Europees bekendgemaakt.

3.3. In het bijzonder bestek wordt inzake de ‘kwalitatieve selectie’ het volgende bepaald:

“Door een offerte in te dienen voor deze opdracht verklaart de inschrijver zich niet in een toestand van uitsluiting te bevinden, zoals bedoeld in het KB van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken:

Uitsluitingsgronden zijn:

[...]

4) bij een vonnis dat in kracht van gewijsde is gegaan veroordeeld geweest zijn voor een misdrijf dat de beroepsmoraal aantast;

Een veroordeling bij vonnis wegens niet-naleving van de milieu- en sociale wetgeving wordt beschouwd als een overtreding die de professionele integriteit aantast welke het mogelijk maakt de betrokken partij uit te sluiten;

5) bij de beroepsuitoefening een ernstige fout te hebben begaan;

[...]

[...]

Zodra blijkt dat een kandidaat-inschrijver zich in een voormelde toestand van uitsluiting bevindt, wordt hij uitgesloten van deelneming aan de opdracht.

[...]

Technische bekwaamheid van de inschrijver - vereiste bewijsstukken (selectiecriteria)

De inschrijver moet minimaal 3 langdurige referentiecontracten, met hoeveelheden gelijkaardig aan bijgaand bestek, met privé-personen, andere gemeenten of steden opgeven met naam van de contactpersoon.

De aanbestedende overheid behoudt zich het recht voor de financiële-economische draagkracht van de inschrijver te beoordelen aan de hand van de jaarrekening. (die de overheid zelf zal opvragen).”

3.4. Wat de gunningscriteria betreft wordt in het bestek het volgende vermeld:

“Deze gunningscriteria gelden voor alle percelen:

Nr.	Beschrijving	Gewicht
1	Prijs	40
	<i>Regel van drie; Score offerte = (prijs laagste offerte / prijs offerte) * gewicht van het criterium prijs</i>	
2	Plantensamenstelling van het voorstel en esthetische waarde	30
	<i>Soort planten, beeld, samengroei, uitzicht, ...</i>	
3	Kwaliteit	15
	<i>De soorten éénjarigen, ziektegevoeligheid, kwaliteit van de substraten, materiaal van de manden, torens en bloembakken, enz. ...</i>	
4	Het onderhoud	15
	<i>Het onderhoudsschema, het gietmateriaal, ...</i>	

Aan elk criterium werd een gewicht toegekend. Op basis van de afweging van al deze criteria rekening houdende met het gewicht dat er aan werd toegekend, zal de opdracht gegund worden aan de volgens deze afweging voordeligste inschrijver.”

3.5. De opening van de offertes vindt plaats op 29 januari 2013. Voor ieder perceel werden er drie offertes ingediend, namelijk door verzoekende partij, de nv Three Lion en de bvba Michiels.

3.6. Verzoekende partij stuurt op 12 februari 2013 een e-mail naar verwerende partij met als onderwerp “GAC/2012/1558 – zomerbebloeming” en met de volgende inhoud:

“Gelieve in bijlage een bijkomende bloemensamenstelling in de kleuren van de Stad Antwerpen te willen vinden voor het opvullen van de bloemenmanden, -bakken en –torens en waarvan ik vandaag de garantie heb gekregen dat deze nog enkele weken leverbaar zijn.

Het is niet evident zulke grote aantallen op kleur te laten vastleggen.

Tevens wil ook melden dat de prijs gegeven in de offerte voor de bloembakken de prijs is voor bakken van 1 meter. In mijn brochure zijn alleen de bakken van 80cm beschreven.”

3.7. In het verslag van nazicht van 19 februari 2013 is inzake de kwalitatieve selectie het volgende opgenomen:

“Vereiste documenten en attesten

Uitsluitingscriteria: juridische situatie:

Niet van toepassing

[...]

Samenvatting van het nazicht van de inschrijvers

Naam	Tijdig	RSZ	Btw + bel.*	Jur. ¹	Fin. ²	Techn. ³
Algemene tuinwerken – Three Lion nv	Ja	OK	OK	OK	OK	OK
Michiels bvba	Ja	OK	OK	OK	OK	OK
J.O.S. Hanging Baskets bvba	Ja	OK	OK	OK	OK	OK

* Btw + belastingen

1 Juridische situatie

2 Economische en financiële draagkracht

3 Technische bekwaamheid

Besluit van de kwalitatieve selectie

Volgende inschrijvers worden geselecteerd omdat eventuele tekortkomingen niet essentieel zijn:

Naam	Motivering
Algemene tuinwerken – Three Lion nv	Kwalitatieve selectie werd goed bevonden.
Michiels bvba	Kwalitatieve selectie werd goed bevonden.
J.O.S. Hanging Baskets bvba	Kwalitatieve selectie werd goed bevonden.

[...].”

Vervolgens worden de offertes getoetst aan de gunningscriteria. In het verslag van nazicht wordt uiteindelijk tot de volgende finale rangschikking gekomen:

Nr.	Naam	Score	Prijs excl. btw*
Perceel 1 (Het opvullen en onderhouden van bloemenmanden)			
1	Algemene tuinwerken - Three Lion nv	100	1.009.500,00 euro
2	Michiels bvba	87,11	1.183.800,00 euro
3	J.O.S. Hanging Baskets bvba	49,26	1.380.000,00 euro
Perceel 2 (Het opvullen en onderhouden van bloementorens)			
1	Algemene tuinwerken - Three Lion nv	100	432.480,00 euro
2	Michiels bvba	90,09	466.400,00 euro
3	J.O.S. Hanging Baskets bvba	45,66	674.160,00 euro
Perceel 3 (Het opvullen en onderhouden van bloembakken)			
1	Algemene tuinwerken - Three Lion nv	100	102.296,00 euro
2	Michiels bvba	86,65	121.600,00 euro
3	J.O.S. Hanging Baskets bvba	47,26	139.840,00 euro

Er wordt dan ook voorgesteld om de opdracht voor de drie percelen te gunnen aan de nv Three Lion.

3.8. Het college van burgemeester en schepenen van de stad Antwerpen beslist op 1 maart 2013 om de opdracht voor alle percelen te gunnen aan de nv Three Lion. Dit is de thans bestreden beslissing.

3.9. Met een ter post aangetekende brief van 8 maart 2013, alsook per e-mail die op dezelfde dag wordt verstuurd, wordt verzoekende partij op de hoogte gesteld van de bestreden beslissing.

IV. Tussenkost

4. De verzoekende partij in tussenkost blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet haar verzoek worden ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

5.1. Verwerende partij betwist de ontvankelijkheid van de vordering en werpt daartoe een exceptie op inzake het belang van verzoekende partij en inzake de tijdigheid van de vordering, minstens wat betreft de impliciete weigeringsbeslissing tot gunning van de opdracht aan verzoekende partij.

5.2. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over de excepties uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak daarover zou alleen nodig zijn indien zou komen vast te staan dat de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, te dezen niet het geval is.

VI. De schorsingsvoorwaarden

6.1. 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.

6.2. 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 beslissingen kunnen verantwoorden.

VII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting

7. Verzoekende partij voert de schending aan van “artikel 42 ev. van het K.B. van 8 januari 1996, schending van [het] zorgvuldigheids- en het rechtszekerheidsbeginsel, schending van de artt. 2 en 3 van de Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen en van de algemene motiveringsplicht, en van het beginsel van goed beheer”.

Verzoekende partij betoogt dat uit het verslag van nazicht blijkt dat verwerende partij niet daadwerkelijk heeft gecontroleerd of de inschrijvers voldoen aan de kwalitatieve selectiecriteria.

Zo zouden door alle inschrijvers referentiecontracten zijn voorgelegd, maar zowel tussenkomende partij als de bvba Michiels kunnen enkel contracten voorleggen voor veel kleinere opdrachten, zodat zij hun technische bekwaamheid niet aantonen. Tussenkomende partij is overigens slechts een vijftal jaren in de sector van bebloeming actief en pas bij akte, gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad van 17 september 2009, werd openbare bebloeming opgenomen in haar maatschappelijk doel. In een dergelijke korte periode heeft zij

onmogelijk de minimaal vereiste drie langdurige contracten kunnen sluiten met de aanzienlijke omvang zoals vereist door het bestek. Verwerende partij heeft dit niet afdoende gecontroleerd.

Voorts blijkt uit de jaarrekeningen van tussenkomende partij en de bvba Michiels dat zij over weinig rollend materieel beschikken. Enkel verzoekende partij beschikt over voldoende rollend materieel om langdurige referentiecontracten met hoeveelheden gelijkaardig aan deze opdracht te hebben kunnen sluiten. De installaties, machines en uitrusting van tussenkomende partij en de bvba Michiels, zoals blijkt uit de laatste jaarrekeningen van deze ondernemingen, kunnen onmogelijk volstaan om één, laat staan drie referentiecontracten te hebben kunnen uitvoeren. Wat betreft de bvba Michiels blijkt uit de jaarrekeningen trouwens dat zij in het boekjaar 2008-09 een aanzienlijk verlies heeft geleden. Ook de economische en financiële draagkracht van deze inschrijver werd, naast de technische bekwaamheid, niet aangetoond. Nochtans kreeg ook deze aannemer geen enkele opmerking bij de kwalitatieve selectie. Het is dan ook duidelijk dat verwerende partij de jaarrekeningen van de inschrijvers niet heeft onderzocht en zelfs niet heeft opgevraagd.

Ten slotte wordt in het bestek het begaan van een ernstige fout bij de beroepsuitoefening of een veroordeling bij een in kracht van gewijsde gegaan vonnis voor een misdrijf dat de beroepsmoraal aantast, als uitsluitingsgrond vermeld. Ook hier gebeurde geen afdoende toetsing. Zo oordeelde verwerende partij in een gunningsbeslissing van 2012 voor het leveren van bloementorens en bloemenmanden te Deurne nog dat tussenkomende partij diende te worden geweerd op grond van een ernstige fout in de beroepsuitoefening onder verwijzing naar een arrest van het hof van beroep te Antwerpen van 14 april 2011 waarbij tussenkomende partij werd veroordeeld wegens een inbreuk op de wet van 6 april 2010 ‘betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming’. Het ging hier om een veroordeling wegens slechtmaking van de concurrentie. Een dergelijk misdrijf is niet enkel een ernstige beroepsfout, maar tevens een misdrijf dat de

beroepsmoraal aantast. Toch werd bij voorliggende opdracht geen enkele tekortkoming in hoofde van tussenkomende partij opgemerkt.

Beoordeling

8.1. Verwerende partij is in de bestreden beslissing van oordeel dat de drie inschrijvers over voldoende technische bekwaamheid beschikken om de opdracht tot een goed einde te brengen.

Uit de aan de Raad van State als vertrouwelijk voorgelegde offertes, die hij bij zijn beoordeling mag betrekken, blijkt alvast dat deze inschrijvers sinds 2009 elk minimaal drie langdurige contracten hebben gesloten. Bovendien lijkt de stelling van verwerende partij die zij blijkbaar nam na eigen onderzoek van de offerte, dat tussenkomende partij “per referentiecontract minder hoeveelheden kan voorleggen dan verzoekende partij, maar per jaar op basis van verschillende referentiecontracten wél de vereiste hoeveelheden bereikt”, te kunnen worden bijgetreden. Deze beoordeling van de technische bekwaamheid is te dezen aanvaardbaar.

De argumentatie van verzoekende partij inzake het rollend materiaal lijkt niet op een expliciete besteksvereiste te berusten. Het bestek lijkt inzake technische bekwaamheid enkel het voorleggen van referentiecontracten voor te schrijven. Dit betoog lijkt dan ook niet zonder meer tot de onwettigheid van de gunningsbeslissing te kunnen leiden.

8.2. Verzoekende partij betoogt dat de bvba Michiels in het boekjaar 2008-2009 een aanzienlijk verlies heeft geleden. Deze bewering lijkt niet te stroken met de cijfers in de jaarrekeningen van deze inschrijver voor de periode van 2008-2011, waarin telkens winst is over te dragen en te bestemmen.

8.3. Verzoekende partij beweert dat het arrest van 14 april 2011 van het hof van beroep van Antwerpen, recht doende in burgerlijke zaken, aantoont dat

tussenkomen de partij is veroordeeld “bij een in kracht van gewijsde gegaan vonnis voor een misdrijf dat de beroepsmoraal aantast”.

Het aangehaalde arrest van het hof van beroep, recht doende in burgerlijke zaken, heeft evenwel betrekking op een veroordeling tot staking in de zin van de wet van 6 april 2010 ‘betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming’. De stelling in het verzoekschrift dat “[e]en dergelijk misdrijf [...] niet enkel een ernstige beroepsfout [is], maar tevens een misdrijf dat de beroepsmoraal aantast” faalt dan ook naar recht, in zoverre de veroordeling tot staking geen veroordeling wegens een misdrijf in strafrechtelijke zin lijkt te zijn.

Daarnaast lijkt verzoekende partij ook niet aan te tonen dat verwerende partij tussenkomen de partij had dienen uit te sluiten op basis van de facultatieve uitsluitingsgrond van de ernstige beroepsfout. De veroordeling van tussenkomen de partij lijkt niet te kaderen in de uitvoering van een beroepsopdracht en dus niet sowieso tot de uitsluiting te leiden.

Ook lijkt verzoekende partij geen rechten te kunnen putten uit het feit dat verwerende partij in het kader van een eerdere, onderscheiden opdracht tussenkomen de partij heeft geweerd op grond van de veroordeling door het hof van beroep van Antwerpen op 14 april 2011.

Ten slotte valt hier ook te bedenken dat verzoekende partij zelf op 21 februari 2013 door het hof van beroep van Antwerpen werd veroordeeld tot staking wegens slechtmaking van tussenkomen de partij, welke vaststelling haar belang bij deze grief in elk geval niet langer vanzelfsprekend maakt.

8.4. Aldus lijkt verwerende partij de in het middel opgeworpen bepalingen en beginselen niet te hebben geschonden door tussenkomen de partij en de bvba Michiels te selecteren en is het middel niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting

9. Verzoekende partij voert de schending aan van “artikel [16] van de Wet van 24 december 1993 op de overheidsopdrachten, van het gelijkheidsbeginsel zoals van toepassing op de overheidsopdrachten, van het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur, van de artt. 2 en van de Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen en van de algemene motiveringsplicht”.

Verzoekende partij betoogt in het verzoekschrift dat verwerende partij geen rekening heeft gehouden met het volledige door haar ingediende dossier, wat haar lage score voor het tweede, derde en vierde gunningscriterium voor de drie percelen verklaart. Blijkbaar is volgens verzoekende partij een essentieel deel van de door verzoekende partij ingediende offerte niet mee opgenomen in de beoordeling, namelijk een uitgebreide technische en representatieve beschrijving van de activiteiten van verzoekende partij.

Beoordeling

10. Uit de beoordeling van het eerste middel volgt dat verwerende partij de in dat middel ingeroepen bepalingen en beginselen niet lijkt te hebben geschonden door de drie inschrijvers in aanmerking te nemen na de kwalitatieve selectie en door geen inschrijver uit te sluiten.

In haar tweede middel, zoals geformuleerd in haar verzoekschrift, betwist verzoekende partij de beoordeling van het eerste gunningscriterium niet, zijnde de prijs die op 40 van de 100 punten staat; voor dit criterium behaalde zij voor alle percelen telkens het minste aantal punten in vergelijking met de twee andere inschrijvers. Verzoekende partij betwist hier wel

de puntentoekenning voor het tweede, derde en vierde gunningscriterium -ook voor deze criteria behaalde verzoekende partij en dit voor alle percelen telkens de laagste score- doch enkel wat haar offerte betreft; zij werpt geenszins op dat de eerste en tweede gerangschikte inschrijvers minder punten hadden moeten krijgen, waaruit lijkt te moeten worden afgeleid dat verzoekende partij de puntentoekenning aan de eerste en tweede gerangschikte niet betwist. Tussenkommende partij behaalde voor alle criteria en dit voor alle percelen telkens het maximale aantal punten.

De conclusie lijkt dan ook te zijn dat, gelet op het feit dat verzoekende partij de beoordeling van het eerste gunningscriterium niet betwist en dat zij helemaal niet beweert dat de eerste en tweede gerangschikte inschrijvers voor de opdracht minder punten dienden te behalen op het tweede, derde en vierde gunningscriterium, zelfs indien verzoekende partij het maximum van de punten zou hebben behaald op het tweede, derde en vierde gunningscriterium, zij niet hoger kan worden geplaatst in de finale rangschikking dan tussenkommende partij.

Het eventueel ernstig en gegrond bevinden van het middel zou aldus niet van aard zijn om de rangschikking van de offertes in het voordeel van verzoekende partij te wijzigen, waardoor zij in elk geval geen belang lijkt te hebben bij het middel.

Deze conclusie blijft gestand ten aanzien van de opmerking van verzoekende partij ter terechtzitting dat verwerende partij verkeerde bedragen zou hebben gehanteerd bij de beoordeling van het gunningscriterium van de prijs. Deze kritiek had verzoekende partij in haar verzoekschrift kunnen aanvoeren wat zij niet deed zodat deze kritiek niet ontvankelijk lijkt. Overigens moet worden opgemerkt dat deze kritiek, zo zij ernstig zou zijn, evenzeer op de prijzen van de twee andere inschrijvers lijkt te moeten worden betrokken met als gevolg dat de onderlinge verhoudingen tussen de offertes op dit punt niet lijken te worden gewijzigd.

Het middel is niet ernstig.

VIII. Besluit.

11. Geen van beide middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Three Lion tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, 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 15 april 2013, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,

staatsraad,

waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Frank Bontinck,

griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Pierre Barra