

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 224.112 van 26 juni 2013
in de zaak A. 193.653/XII-5916**

In zake: de NV KRINKELS,
voorheen de nv INTERPLANT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Cies Gysen
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de REGIE DER GEBOUWEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Luc Wynant
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 221
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de BVBA ESTATE AND LANDSCAPE MANAGEMENT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Isabelle Cooreman
kantoor houdend te 1070 Brussel
Ninoofsesteenweg 643
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 2 oktober 2009, strekt tot de
nietigverklaring van:

“- de gemotiveerde gunningsbeslissing dd. 30.07.2009 [...], uitgaande van
de Regie der Gebouwen, goedgekeurd door de Vice-Eerste Minister en
de Minister van Financiën en Institutionele Hervormingen de heer Didier
Reynders, waarbij de opdracht met betrekking tot het onderhoud van de

Franse Tuin, Park en Bepantingen mbt het Koninklijk Museum Midden Afrika en het Koloniënpaleis aan de Leuvensestraat 13 te Tervuren volgens bestek 08/21.0705/178D 1372/050A wordt toegewezen [aan] de bvba Estate and Landscape Management [en van]

- de impliciete beslissing [...] waarbij de offerte van [de nv Interplant] in het kader van voorliggende opdracht niet wordt weerhouden”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 195.766 van 7 september 2009 is de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen verworpen.

Verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

De bvba Estate and Landscape Management heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 22 december 2009. Tussenkomen partij heeft een memorie ingediend.

Eerste auditeur Luc Vermeire heeft een verslag opgesteld.

Verzoekende partij en tussenkomen partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 30 april 2013.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Willem Hermans, die verschijnt voor verzoekende partij, advocaat Alexei Loubkine, die loco advocaat Luc Wynant verschijnt voor verwerende partij, en advocaat Matthias Valkeniers, die loco advocaat Isabelle Cooreman verschijnt voor tussenkomen partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Luc Vermeire 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 openbare aanbesteding uit voor een aanneming van diensten, in de aankondiging genaamd “Tervuren Museum Midden Afrika - Koloniënpaleis: Onderhoud Franse Tuin, Park en beplantingswerken”.

De geraamde waarde van de opdracht bedraagt 3.932.360 euro, btw niet inbegrepen.

3.2. De opdracht wordt beheerst door het bestek nr. 08/21.0705/178D.

Onder ‘Artikel 70 en 71 - technische, financiële en economische minimumeisen’ vermeldt het bestek dat de inschrijver, opdat zijn offerte zou worden onderzocht, moet voldoen aan de vervolgens vermelde minimumeisen. Inzake referenties, aan de orde in deze zaak, wordt vermeld:

“2. Referenties:

Technische bekwaamheid:

De aanbestedende overheid eist de indiening van hetzij 1 hetzij 2 referenties (cfr. infra) met betrekking tot een opdracht van groenonderhoud uitgevoerd in gemeentelijke, provinciale, regionale of federale parken of uitgevoerd in parken, toebehorend aan de privé-sector. De op te geven referenties moeten betrekking hebben op ‘groenonderhoud’ in ‘parken’.

Onder ‘park’ wordt verstaan: Terrein dat men door beplanting met bomen en heesters tot publieke wandelplaats heeft ingericht en/of een terrein bij of om een kasteel of landhuis dat door vijvers en/of kunstmatige aanleg verfraaid werd.

De referenties moeten betrekking hebben op het ‘groenonderhoud’ (inclusief beplantingen) van parken, d.w.z. dat ze slechts voor 25%

betrekking mogen hebben op andere prestaties b.v.b. infrastructuurwerken, rioleringswerken, aanleg van wegen, afbakeningen, ...

De inschrijvers moeten het bewijs leveren van goede uitvoering:

- * hetzij van 2 contracten van groenonderhoud (cfr. supra) van parken (cfr. supra) van minstens 300.000 euro (excl. btw), uitgevoerd in de laatste drie (nvdr, cfr. art. 71, waarvan niet kan worden afgeweken!) jaar voor de datum van publicatie van deze opdracht;

- * hetzij van 1 contract van groenonderhoud (cfr. supra) van parken (cfr. supra) van minstens 600.000 euro (excl. btw) en uitgevoerd in de afgelopen drie jaar voor de datum van publicatie van deze opdracht.

De getuigschriften van goede uitvoering van de vermelde contracten bevatten het bedrag, het tijdstip en de plaats van uitvoering van de opdrachten en de publiek- of privaatrechtelijke instanties waarvoor zij bestemd waren.

Ze geven duidelijk weer of ze op een regelmatige wijze tot algehele voldoening tot een goed einde worden gebracht. In dit verband kan enkel het model van getuigschrift, welke als bijlage nr. 2 is toegevoegd aan het offerteformulier, worden aanvaard.

Indien het diensten aan overheden betreft worden de diensten aangetoond door certificaten die door de bevoegde overheid zijn opgesteld of goedgekeurd. Indien het gaat om diensten aan privaatrechtelijke personen worden de certificaten opgesteld door deze personen of, bij ontstentenis door een verklaring van de inschrijver.

Gelet op het prestige van het Park van Tervuren zijn deze referenties van uitzonderlijk belang en worden op straffe van nietigheid van de offerte voorgeschreven.

(nvdr voor referenties in privé-parken volstaat een verklaring van de dienstverlener wel, die eventueel nader kan worden onderzocht, cfr. letterlijk art. 71).”

3.3. De aankondiging van de opdracht wordt op 5 juni 2008 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen.

Punt III.2.3) ‘Vakbekwaamheid’ luidt onder meer:

“Inlichtingen en formaliteiten om na te gaan of aan de vereisten is voldaan: [...] 08. Referenties: zie bijzonder bestek”.

3.4. De offertes worden geopend op 10 juli 2008. Er worden vijf offertes ingediend waaronder die van de nv Interplant, de bvba Estate and Landscape Management en de bvba Brankaer.

De bvba Brankaer stelt de laagste prijs voor (3.107.865,42 euro), daarna volgen de bvba Estate and Landscape Management met 3.645.579,06 euro en de nv Interplant met 3.755.912,26 euro.

3.5. Met een brief van 23 september 2008 vraagt verwerende partij aan de bvba Brankaer een prijsverantwoording voor een aantal posten. Deze antwoordt met een brief van 2 oktober 2008.

3.6. Er wordt een gunningsverslag opgesteld op 17 november 2008. De offerte van de laagste inschrijver, de bvba Brankaer, wordt onderzocht. In het kader van het prijsonderzoek wordt besloten dat de offerte van de bvba Brankaer niet nader wordt behandeld omdat “niet alleen een aantal eenheidsprijzen abnormaal laag of hoog zijn maar dat ook de prijs van de offerte laag is ten opzichte van de overige ingediende offerten”.

De offerte van de vervolgens laagste inschrijver, de bvba Estate and Landscape Management wordt nietig bevonden omdat deze slechts één referentie kan voorleggen die voldoet aan de vereisten van het bijzonder bestek, namelijk inzake Brussels Expo. Een andere referentie betreffende Truman Hall te Vossem wordt niet aanvaard.

Er wordt vervolgens voorgesteld de opdracht aan de nv Interplant toe te wijzen, aangezien deze inschrijver voldeed aan de vereiste referenties en zijn prijzen normaal waren.

3.7. Op 27 november 2008 wijst verwerende partij de opdracht toe aan de nv Interplant voor een bedrag van 3.755.912,26 euro, btw inbegrepen.

3.8. Met een verzoekschrift van 12 december 2008 vraagt de bvba Estate and Landscape Management de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing waarbij de opdracht wordt toegewezen aan de nv Interplant en waarbij haar offerte nietig wordt verklaard alsook van de impliciete beslissing de opdracht niet aan haar toe te wijzen. Dit is de zaak A. 190.671/XII-5651.

Bij arrest nr. 189.133 van 23 december 2008 beveelt de Raad van State de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van deze beslissingen van 27 november 2008 en wordt de vordering voor het overige verworpen.

3.9. Met een verzoekschrift van eveneens 12 december 2008 vraagt de bvba Brankaer de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing waarbij de opdracht wordt toegewezen aan de nv Interplant en waarbij haar offerte wordt geweerd wegens abnormale lage eenheidsprijzen alsook van de impliciete beslissing de opdracht niet aan haar toe te wijzen. Dit is de zaak A. 190.675/XII-5652.

Bij arrest nr. 189.135 van 23 december 2008 beveelt de Raad van State de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van deze beslissing van 27 november 2008 in zoverre de offerte van de bvba Brankaer nietig wordt bevonden wegens abnormale prijzen.

3.10. Gevolggevend aan deze twee schorsingsarresten nrs. 189.133 en 189.135 trekt verwerende partij haar gunningsbeslissing in en onderzoekt de inschrijvingen opnieuw.

Aan de bvba Brankaer wordt met een brief van 5 maart 2009 opnieuw een prijsverantwoording gevraagd voor een aantal posten en nu ook voor de totaalprijs van haar offerte.

De bvba Brankaer deelt met een brief van 17 maart 2009 een prijsverantwoording mee.

Van de bvba Estate and Landscape Management wordt nadere informatie verkregen over de referentie Truman Hall.

3.11. Op grond van dat onderzoek stelt verwerende partij op 23 juni 2009 een gunningsverslag op, dat steunt op een zeer omstandig technisch verslag.

3.11.1. In het technisch verslag worden de door de inschrijvers voorgelegde referenties onderzocht. Er wordt uiteengezet dat de referentie Truman Hall van de bvba Estate and Landscape Management, rekening houdend met de door haar overgelegde stukken, nu wel kan worden aanvaard. Er wordt gesteld dat zij:

“Een volledige set facturen voor de periode 2002 tot 2008 overhandigd [heeft] als bewijs dat [het onderhoudscontract] wel degelijk loopt tot 2007 en niet 2004 en dit voor een bedrag van 586.127,31 €, btw niet inbegrepen. De datum voor de uitvoeringsperiode van de referentie Truman Hall te Vossem werd bijgevolg aangepast aan de correcte uitvoeringsperiode 2002-2007 en wordt aanvaard.”

De tweede referentie van de bvba Estate and Landscape Management, Brussels Expo, waaromtrent een bedrag van 405.440 euro en een uitvoeringsperiode van 2004 tot 2007 was opgegeven, wordt opnieuw “in orde” bevonden.

3.11.2. Het gunningsverslag luidt onder meer:

“II. Onderzoek inschrijvingen

A. Rekenkundige bewerkingen

Al de rekenkundige bewerkingen werden door mijn dienst nagezien en in voorkomend geval verbeterd. Er werden door de inschrijvers geen opmerkingen gemaakt.

Tweede rangschikking = Definitieve rangschikking:

Inschrijver	Woonplaats	Bedrag
bvba Brankaer	Overijse	3.107.865,42€
bvba Estate and Landscape Management	Merchtem	3.645.579,06€
nv Interplant	Londerzeel	3.755.912,26€
[...]		

III. Onderzoek offerte op naam van bvba Brankaer uit Overijse – 3.107.865,42€ (btw incl.)

[...]

B. Prijsonderzoek

[...]

Besluit: De offerte van bvba Brankaer uit Overijse voor een bedrag van 3.107.865,42€ (btw incl) is abnormaal wegens haar abnormaal lage totaalprijs, lage en hoge eenheidsprijzen en dit bij toepassing van art. 110§3 van het KB van 08.01.1996 betreffende de overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten. Zij wordt dus niet meer verder onderzocht.

IV. Onderzoek offerte op naam van bvba Estate and Landscape Management uit Merchtem 3.645.579.96 (btw incl.)

A. Onderzoek referenties

De aannemer heeft de volgens het bijzonder bestek vereiste referenties bijgevoegd.

Gelet op het arrest van 23/12/2008 van de Raad van State wordt het verslag van het gedetailleerd onderzoek van de referenties aangepast.

I. Vossem: Truman Hall
onderhoudswerkzaamheden, aanplantingen en onderhoud
seizoensbeplantingen
Bedrag: 583.127,31€, btw niet inbegrepen
Periode: 2002-2007
Opdrachtgever: American Embassy
in orde

II. Brussel: Brussels Expo
onderhoud van bosaanplantingen, bloemperken, parkings en taluds
Bedrag: 405.440€, btw niet inbegrepen
Periode: 2004-2007
Opdrachtgever: Park Expo Brussel
in orde

Ik verwijs naar het reeds in dit verslag geciteerde gedetailleerd onderzoek door het bestuur van al de ingediende referenties van al de inschrijvers dat bij dit aanbestedingsverslag is gevoegd en er integraal deel van uitmaakt.

In dit gedetailleerd onderzoek wordt, wat betreft de referenties, meer bepaald het volgende overwogen:

‘Gelet op het arrest van 23/12/2008 van de Raad van State wordt het verslag van het gedetailleerd onderzoek van de referenties aangepast wat betreft de bvba Estate and Landscape Management. Estate and Landscape Management heeft, in het kader van de procedure voor de Raad van State, een volledige set facturen voor de periode 2002 tot 2008 overhandigd als bewijs dat het onderhoudscontract wel degelijk loopt tot 2007 en niet 2004 en dit

voor een bedrag van 586.127,31 €, btw niet inbegrepen. De datum voor de uitvoeringsperiode van de referentie Truman Hall te Vossem werd bijgevolg aangepast aan de correcte uitvoeringsperiode 2002-2007 en wordt aanvaard.’

De referenties Truman Hall te Vossem en Brussels Expo te Brussel voldoen bijgevolg aan de vereisten gesteld in het bijzonder bestek wat betreft de vereiste referenties.

B. Prijsonderzoek

[...]

C. Administratief onderzoek

[...]

VI. Voorstel goedkeuring en vastlegging

Ik stel voor de laagste offerte op naam van bvba Estate and Landscape Management uit Merchtem ten bedrage van 3.645.579,96€ (btw incl.) goed te keuren.”

3.12. Met de thans bestreden gunningsbeslissing wijst de minister van Financiën op 30 juli 2009 de opdracht toe aan de bvba Estate and Landscape Management voor een bedrag van 3.645.578,06 euro:

“Openbare aanbesteding dd. 10.07.2008 te Leuven

Opdracht tot: Tervuren – KMMA/Koloniënpaleis-Leuvensteenweg 13

Onderhoud Franse Tuin, Perk en Beplantingen

Bestek nr. 08/21.0705/178D1372/50A

[...]

Gelet op het verslag van de Regie der Gebouwen dd. 23.06.2009 (ref: SA/1811), ondertekend door ir. [G.D.], Adviseur generaal en dat integraal deel uitmaakt van deze toewijzingsbeslissing, samen met het gedetailleerd onderzoek van de aanbesteding (= Technisch onderzoek) dd. 23.06.2009, opgemaakt door ir. [N.B.].

Dat gelet op dit aanbestedingsverslag de definitieve rangschikking de volgende is:

Inschrijver	Woonplaats	Bedrag
bvba Brankaer	Overijse	3.107.865,42€
bvba Estate and Landscape Management	Merchtem	3.645.579,06€
nv Interplant	Londerzeel	3.755.912,26€
[...]		

Dat de offerte op naam van bvba Brankaer uit Overijse voor een bedrag van 3.107.865,421€ onregelmatig en dus nietig is bij toepassing van

art. 110§2+3 van het KB van 08.01.1996 en dit omwille van haar abnormaal lage totaalprijs, lage en hoge eenheidsprijzen;

Dat de motieven voor het weren van de offerte van de bvba Brancaer zijn opgenomen in het reeds genoemde aanbestedingsverslag dd. 23.06.2009 en zijn bijlagen, met name het gedetailleerd onderzoek dd. 23.06.2009, die bij deze toewijzingsbeslissing zijn gevoegd om er integraal deel van uit te maken;

Dat bijgevolg de offerte van de bvba Estate and Landscape Management de laagste regelmatige offerte is;

Dat het onderzoek naar de regelmatigheid van deze offerte tevens is opgenomen in het reeds genoemde aanbestedingsverslag dd. 23.06.2009 en zijn bijlagen, met name het gedetailleerd onderzoek dd. 23.06.2009, die bij deze toewijzingsbeslissing zijn gevoegd om er integraal deel van uit te maken;

Aangezien de offerte van bvba Estate and Landscape Management voor een bedrag van 3.012.876,00€, btw niet inbegrepen en 3.645.579,06€ (incl. btw) moet worden beschouwd als de meest voordelige offerte;

Aangezien hij voldoet aan de verplichtingen inzake R.S.Z.-bijdragen, referenties, registratie en verplicht bij te voegen bezoekattest;

Heb ik beslist bovenvermelde opdracht toe te wijzen bvba Estate and Landscape Management voor een bedrag van 3.012.876,00€, btw niet inbegrepen en 3.645.579,06€ (incl. btw).”

3.13. Met aangetekende brieven van 6 augustus 2009 deelt verwerende partij deze gunningsbeslissing met de beide verslagen mee aan de nv Interplant.

IV. Onderzoek van het enige middel

Uiteenzetting van het middel

4.1. Verzoekende partij voert 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’, van artikel 71 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 beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel, de materiële-motiveringsplicht en het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*.

Zij acht deze bepalingen en beginselen geschonden:

“DOORDAT het bijzonder bestek bij de opdracht het volgende stelt:

De aanbestedende overheid eist de indiening van hetzij 1 hetzij 2 referenties met betrekking tot een opdracht van groenonderhoud uitgevoerd in gemeentelijke, provinciale, regionale of federale parken of uitgevoerd in parken, toebehorend aan de privé-sector.

De op te geven referenties moeten betrekking hebben op ‘groenonderhoud’ in ‘parken’.

Onder ‘park’ wordt verstaan: Terrein dat men door beplanting met bomen en heesters tot publieke wandelplaats heeft ingericht en/of een terrein bij of om een kasteel of landhuis dat door vijvers en/of kunstmatige aanleg verfraaid werd.

De referenties moeten betrekking hebben op het ‘groenonderhoud’ (inclusief beplantingen) van parken, dwz dat ze slechts voor 25% betrekking mogen hebben op andere prestaties, bvb infrastructuurwerken, rioleringswerken, aanleg van wegen, afbakeningen,...

De inschrijvers moeten het bewijs leveren van goede uitvoering:

- hetzij van 2 contracten van groenonderhoud (cfr. supra) van parken (cfr. supra) van minstens 300.000 euro (excl. btw), uitgevoerd in de laatste drie jaar (nvdr cfr. art. 71 waarvan niet kan worden afgeweken!) voor de datum van publicatie van deze opdracht;
- hetzij van 1 contract van groenonderhoud van parken van minstens 600.000 euro (excl. btw), uitgevoerd in de laatste drie jaar voor de datum van publicatie van deze opdracht.

(...)

Gelet op het prestige van het Park van Tervuren zijn deze referenties van uitzonderlijk belang en worden op straffe van nietigheid van de offerte voorgeschreven.

EN DOORDAT de bestreden beslissingen er -ten onrechte- vanuit gaan dat in de offerte van de gekozen inschrijver twee aanvaardbare referenties werden vermeld van minstens 300.000 euro excl. btw, te weten:

- referentie ‘Brussels Expo’
- referentie ‘Truman Hall’

EN DOORDAT geen enkele andere referentie vanwege de begunstigde wordt weerhouden door verweerster;

TERWIJL artikel 15 van de Overheidsopdrachtenwet 24.12.1993 stelt dat de opdracht ingevolge aanbesteding moet worden toegewezen aan de laagste regelmatige offerte;

EN TERWIJL uit artikel 71 van het KB van 08.01.1996 volgt dat een opdracht voor diensten enkel kan worden gegund aan een inschrijver die ook voldoet aan de kwalitatieve technische bekwaamheidsvereisten zoals opgegeven in de aankondiging en het bijzonder bestek;

EN TERWIJL uit de stukken afdoende blijkt dat de referenties opgegeven door de begunstigde niet voldoen aan de volgende eisen:

- definitie ‘park’;

- definitie ‘groenonderhoud’;
 - vereiste van 300.000 euro excl. btw aan uitgevoerde diensten per contract;
 - vereiste van 300.000 euro excl. btw aan uitgevoerde diensten in de opgegeven periode van 28.05.2005 - 28.05.2008;
- ZODAT verwerende partij de in het middel aangehaalde bepalingen en beginselen schendt, en machtsoverschrijding pleegt.”

Vervolgens licht verzoekende partij toe waarom de twee door verwerende partij aanvaarde referenties van tussenkomende partij -Brussels Expo en Truman Hall- niet aan de voormelde bestekvereisten voldoen.

4.2.1. Wat de referentie Brussels Expo betreft merkt verzoekende partij op dat uit door haar voorgelegde documenten en foto’s blijkt dat Brussels Expo geen park is zoals het bestek dat omschrijft maar louter een verharde omgeving waarin hier en daar een aantal bomen en planten staan zodat er geen sprake is van een aangeplante publieke wandelplaats. Het onderhoud van de waterpartijen behoort ook niet tot de opdracht die wordt uitgevoerd door tussenkomende partij maar wordt uitgevoerd in eigen beheer.

4.2.2. Voorts blijkt dat het geenszins gaat om één contract, zoals door het bestek vereist, maar daarentegen om “een samenraapsel [...] van verschillende kleine opdrachten, zodat het vermelde bedrag van verrichte prestaties ten belope van 405.440 euro [...] enkel en alleen behaald kan worden middels de optelsom van de verschillende kleine (jaar)contracten, hetgeen nochtans niet de bedoeling is van de door verwerende partij gevraagde referenties”.

Verzoekende partij benadrukt dat de inschrijvers met de opgelegde referenties moeten aantonen dat zij “grotere” contracten hebben uitgevoerd met een waarde van 300.000 euro en zelfs 600.000 euro en dat de vereiste waarden uiteraard betrekking hebben op één enkel contract. Dit blijkt volgens haar ook uit de vaststellingen die in het technisch verslag worden gedaan voor de nv ABOG, één van de duurdere inschrijvers, van wie drie referenties niet worden aanvaard omdat het opgelegde drempelbedrag van 300.000 euro niet wordt bereikt. Uit de analyse van die referenties blijkt dat het gaat om

jaarcontracten waarvan het jaarlijks bedrag 300.000 euro niet haalt maar wel de optelsom van deze contracten. Alle inschrijvingen moeten gelijk worden onderzocht, ook wat betreft de jaarcontracten.

De referentie Brussels Expo betreft volgens verzoekende partij een jaarcontract van 1 juli 2006 tot 30 juni 2007 en deze referentie is dus geenszins één contract dat lopende is van 2004 tot 2007. Hierover anders oordelen zou inhouden dat verwerende partij, in strijd met het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers, de offertes onderzocht met twee maten en twee gewichten.

Vermits de jaarcontracten zoals vermeld door tussenkomende partij niet het vereiste bedrag van 300.000 euro bereiken maar blijkens het dossier ongeveer 120.000 euro per contract bedragen, mocht de referentie Brussels Expo onmogelijk worden aanvaard.

4.3.1. Inzake de referentie Truman Hall wijst verzoekende partij in de eerste plaats op een aantal “eigenaardigheden” in de door verwerende partij en tussenkomende partij aangehaalde bedragen.

In de offerte en de attesten van goede uitvoering wordt melding gemaakt van een bedrag van 583.127,31 euro voor het contract lopende van 2002 tot 2007, terwijl er in de nota van tussenkomende partij in de procedure tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid sprake is van 397.950 euro voor hetzelfde contract lopende van 2002 tot 2007. Verwerende partij maakt in haar nota in de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid gewag van een bedrag van 516.813,61 euro voor de periode van 2005 tot 2007 terwijl de historiek zoals door tussenkomende partij neergelegd in de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, voor de periode 2005 tot 2008 een bedrag van 305.140,41 euro vermeldt, berekend bovendien niet op drie jaar maar wel op 37 maanden.

4.3.2. Wat de referentie Truman Hall betreft merkt verzoekende partij voorts op dat zij op basis van de door tussenkomende partij in de procedure tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid voorgelegde facturen en cijfergegevens een tabel heeft opgesteld, waaruit kan worden afgeleid dat de

bijgebrachte facturen betrekking hebben op verschillende contracten. Dit blijkt uit de door tussenkomende partij opgegeven contractreferenties, meer bepaald contracten S-BE-200-02-C-0040 en S-BE-200-08-C-002, terwijl voor de beoordeling van de referenties volgens het bestek rekening moet worden gehouden met de bedragen per contract en het bedrag van 300.000 euro dus per contract moet worden afgetoetst.

Bijgevolg kan, zo besluit verzoekende partij, enkel het contract met referte S-BE-200-02-C-0040 mogelijks als referentie in aanmerking komen, contract waarvoor door tussenkomende partij in de in aanmerking komende periode 28 mei 2005 tot 28 mei 2008 echter slechts voor 181.665,42 euro prestaties werden uitgevoerd.

Ook merkt verzoekende partij hier op dat door verwerende partij duidelijk wordt gekeken naar de waarde van de prestaties verricht binnen die periode en dus niet louter naar het feit dat de uitvoering van dat contract valt binnen die periode. Dit blijkt uit het technisch verslag waar de eerste referentie Tervuren KMMA van verzoekende partij niet werd aanvaard hoewel de uitvoering van deze prestaties binnen die periode valt (oplevering 30 mei 2005) nu verwerende partij terecht tot de conclusie kwam dat de uitgevoerde prestaties binnen de periode 28 mei 2005 – 28 mei 2008 onmogelijk het bedrag van 300.000 euro, laat staan 600.000 euro kunnen bereiken. Met toepassing van het beginsel van gelijke behandeling dient dan ook te worden besloten dat de referentie Truman Hall niet voldoet aan de vereiste 300.000 euro per contract.

In de historiek facturatie -stuk neergelegd in de procedure tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid- erkent tussenkomende partij dit, aldus verzoekende partij, nu een overzicht gegeven wordt van 37 maanden in plaats van de in het bestek gevraagde 36 maanden of drie jaar. Het vermelde bedrag van 305.104,41 euro is dan ook niet correct.

5. In haar memorie van wederantwoord herneemt verzoekende partij grotendeels het middel zoals uiteengezet in het verzoekschrift.

5.1. Wat betreft de referentie Brussels Expo benadrukt verzoekende partij dat er wel degelijk een verschil is tussen één contract dan wel meerdere opeenvolgende contracten. Dit blijkt volgens haar uit de bewoordingen in het bestek dat een onderscheid maakt tussen “2 contracten” van minstens 300.000 euro uitgevoerd in de referentieperiode of “1 contract” van minstens 600.000 euro uitgevoerd in die periode. Indien het enkel zou gaan om de “materiële opdracht” en dus niet over “contracten” is dit onderscheid tussen twee contracten van minstens 300.000 euro of één contract van minstens 600.000 euro overbodig.

Wat betreft de vergelijking met de beoordeling van de offerte van de nv ABOG stelt verzoekende partij dat de uitleg van verwerende partij in de memorie van antwoord dat de door deze inschrijver voorgelegde 35 attesten allemaal afzonderlijk werden beoordeeld niet kan worden aanvaard. Uit het technisch verslag blijkt immers dat verwerende partij wel degelijk heeft gezien dat deze attesten eenzelfde materiële opdracht betreffen. Dit bevestigt dat verwerende partij de offertes van de nv ABOG en van tussenkomende partij op ongelijke wijze heeft beoordeeld.

5.2. Wat betreft de referentie Truman Hall, verwijst verzoekende partij eerst opnieuw naar de reeds in het verzoekschrift opgemerkte eigenaardigheden en dubbelzinnigheden die volgens haar vragen hadden moeten doen rijzen bij verwerende partij, nu met de toevoeging dat overduidelijk is dat deze laatste heeft nagelaten om deze referentie op een zorgvuldige wijze te onderzoeken, ondanks de zeer uitgebreide informatie die haar ter beschikking was gesteld en waaruit blijkt dat het gaat om verschillende contracten uitgevoerd op verschillende locaties.

Inzake de grief dat de referentie Truman Hall niet voldoet aan de vereiste 300.000 euro per contract uitgevoerd in de periode 28 mei 2005 – 28 mei 2008, benadrukt verzoekende partij dat het door tussenkomende partij vermelde bedrag van 305.140,41 euro niet correct is nu dit 37 maanden betreft en dus ten onrechte een maand extra in aanmerking neemt; dit is, zo stelt zij, een essentiële materiële vergissing.

De stelling van tussenkomende partij dat het tijdens de eerste schorsingsprocedure voorgelegde bundel met facturen onvolledig was en dat dus geen besluit kan worden getrokken uit de door verzoekende partij opgestelde tabel, slaat volgens verzoekende partij nergens op: “hoewel het mogelijk is dat de bundel met facturen niet volledig was, blijkt wél heel duidelijk uit dat bundel dat de facturen die opgesteld zijn aan de hand van het contract S-BE-200-02-C-0040 en van het contract S-BE-200-08-C-002 een volledige weergave betreft van de maandelijkse facturatie die deze contracten voorschreven; Er kunnen in deze dan ook absoluut geen facturen ‘gemist’ zijn, aangezien dezelfde bedragen, maand na maand, terugkeren”. Verwerende partij had dit ook eenvoudig kunnen verifiëren en de stelling dat er in de bewuste periode van 36 maanden per contract voor minder dan 300.000 euro werd uitgevoerd, blijft dan ook volledig overeind.

6. In haar laatste memorie beklemtoont verzoekende partij dat er rekening moet worden gehouden met de letter van de bestekstekst, luidens dewelke de referenties betrekking moeten hebben op één contract, dan wel twee contracten. De kwalitatieve eisen die worden gesteld aan de inschrijvers zijn “uiteraard veel zwaarder” bij het gunnen van “grotere opdrachten” dan bij het gunnen van jaarcontracten.

Verwerende partij heeft voorts wel degelijk het gelijkheidsbeginsel geschonden door de referenties van de nv ABOG anders te beoordelen dan deze van tussenkomende partij. Bij de naleving van dit grondwettelijk beginsel heeft verzoekende partij “vanzelfsprekend belang”.

Wat de referentie Truman Hall betreft benadrukt verzoekende partij dat geen rekening mag worden gehouden met een termijn langer dan drie jaar.

Beoordeling

7.1. Wat de kritiek van verzoekende partij inzake de referentie Brussels Expo betreft in de mate dat verzoekende partij aanvoert dat deze referentie niet beantwoordt aan het begrip “park” zoals omschreven in het bestek, leidt zij die af uit de door haar voorgelegde foto’s waaruit zou blijken dat het niet

gaat om een aangeplante publieke wandelplaats maar om een louter verharde omgeving met hier en daar een aantal bomen en planten.

In het licht van de door tussenkomende partij voorgelegde foto's van Brussels Expo blijkt niet dat verwerende partij de grenzen van de uitoefening van haar beoordelingsvrijheid is te buiten gegaan door dit te beschouwen als een park in de zin van het bestek. De bij het verzoekschrift tot nietigverklaring voorgelegde foto's van Brussels Expo tonen het tegendeel niet aan. Uit de foto's mag immers worden afgeleid dat het niet gaat om een verharde omgeving met hier en daar wat bomen en planten, maar wel degelijk om een terrein dat door beplanting en kunstmatige aanleg werd verfraaid.

Tussenkomende partij wijst er verder op dat een deel van het te onderhouden domein permanent toegankelijk is voor het publiek terwijl een ander omheind deel slechts toegankelijk is bij manifestaties en dat het betalen van inkom geen maatstaf is voor het kwalificeren als park. Dit wordt door verzoekende partij niet betwist.

Tussenkomende partij benadrukt voorts terecht dat de definitie van “park” in het bestek parken met verharding niet uitsluit maar integendeel erkent dat dit toegelaten is, nu vervolgens wordt bepaald dat het contract slechts voor 25% betrekking mag hebben op de aanleg van verhardingen of van infrastructuurwerken.

Er wordt dan ook niet aangetoond dat deze referentie niet mocht worden beschouwd als betreffende een park in de zin van het bestek.

7.2. In de mate dat verzoekende partij betreffende deze referentie betoogt dat het niet gaat om één groot contract met een waarde van minstens 300.000 euro maar om een “samenraapsel” van verschillende kleine opdrachten, zodat het in het gunningsverslag vermelde bedrag van 405.440 euro aan verrichte prestaties enkel kon worden behaald met een optelsom van verschillende kleine contracten, moet worden vastgesteld dat de toepasselijke besteksbepaling de nadruk legt op de uitvoering in de referentieperiode van drie jaar aan prestaties ter waarde van een bedrag van twee maal 300.000 euro, dan wel één maal

600.000 euro. De bedoeling van de gevraagde referenties is de technische bekwaamheid van de inschrijvers bewijzen om een grote opdracht te kunnen uitvoeren.

In dat licht is de vraag of het formeel om één of meerdere afzonderlijke contracten gaat minder bepalend dan dat het gaat om diensten in het kader van één zelfde materiële en ononderbroken opdracht. Op te merken valt dat het bestek in de bepaling betreffende de referenties overigens de termen “contract” en “opdracht” door elkaar gebruikt. Aangenomen wordt dan ook dat het bestek, met de verwijzing naar “contract” niet bedoelde uit te sluiten dat als referentie wordt voorgelegd het bewijs van goede uitvoering in de referentieperiode van opeenvolgende gelijkaardige diensten van minstens 300.000 euro betreffende hetzelfde “park” in de zin van het bestek.

Uit het dossier en het verloop van de feiten blijkt dat verwerende partij de betrokken besteksbepaling op deze manier heeft geïnterpreteerd en toegepast. Deze interpretatie van het bestek gaat de perken van een zorgvuldige uitoefening van de beoordelingsvrijheid niet te buiten.

Weliswaar kan met verzoekende partij worden vastgesteld dat voor de nv ABOG geen rekening werd gehouden met de voorgelegde attesten omdat deze het vereiste bedrag niet bereikten, terwijl bepaalde attesten dezelfde materiële opdracht betreffen en samen dit bedrag wel bereiken. Hiermee is in ieder geval echter niet aangetoond dat tussenkomende partij ten onrechte werd geselecteerd. Hoogstens zou hieruit blijken dat vragen kunnen worden gesteld bij de niet-selectie van de nv ABOG. Verzoekende partij toont niet aan welk persoonlijk en rechtstreeks belang zij zou kunnen doen gelden bij die grief en waarom deze mogelijkerwijze tot de nietigverklaring van de gunningsbeslissing zou moeten leiden. De nv ABOG is immers een duurdere inschrijver en haar selectie zou dan ook niet tot een andere beslissing hebben geleid.

Er wordt dan ook niet aangetoond dat het bestek uitsluit dat rekening wordt gehouden met de waarde van een jaarcontract, dat vervolgens telkens werd verlengd zoals hier volgens tussenkomende partij het geval is met de

referentie Brussels Expo, waarbij een in 2003 gesloten contract voor één jaar sindsdien jaar na jaar werd verlengd.

Uit het bij de offerte gevoegde attest van Brussels Expo blijkt dat tussenkomende partij aldus in de periode 2004-2007 de daarin vermelde diensten uitvoerde voor een bedrag van 405.440 euro, waarbij blijkens de door tussenkomende partij voorgelegde historiek van de facturatie voor de in acht te nemen periode werd gefactureerd. Er is aldus voldaan aan de vereiste van 300.000 euro aan uitgevoerde diensten in de referentieperiode.

7.3. Er wordt dan ook niet aangetoond dat verwerende partij de referentie Brussels Expo van tussenkomende partij niet mocht aanvaarden.

8. Wat de referentie Truman Hall betreft moet in de eerste plaats worden aangenomen dat de door verzoekende partij eigenhandig opgestelde tabel niet volstaat om te besluiten dat deze referentie niet de vereiste waarde had van 300.000 euro, nu niet vaststaat dat deze tabel, opgesteld op basis van in de vorige procedure door tussenkomende partij voorgelegde stukken, het volledig bedrag van de geleverde prestaties in die periode betreft. Die stukken werden dan immers voorgelegd niet om aan te tonen dat het ging om een contract met het vereiste minimale bedrag, maar om aan te tonen dat de opdracht, anders dan door verwerende partij aangenomen, ook werd uitgevoerd na 2004 en wel in de in het bestek bedoelde periode zodat niet vaststaat dat de stukken waarop verzoekende partij zich steunt in haar tabel volledig zijn. Deze tabel volstaat dan ook niet om aan te nemen dat verwerende partij geen rekening mocht houden met het bij de offerte van tussenkomende partij gevoegde attest dat verwijst naar een bedrag van 583.127,31 euro voor prestaties tussen 2002 en 2007 en anderzijds een door tussenkomende partij in het kader van de vorige schorsingsprocedure voorgelegd document “historiek klanten” waaruit blijkt dat voor de periode 2005-2007 voor een totaal van 516.813,61 euro werd gefactureerd.

Tegelijk dient te worden vastgesteld dat tussenkomende partij zelf in haar verzoekschrift stelt dat het gaat om twee contracten: één over de periode 2002-2007 en één over de periode 2007-2012, voor een totaalbedrag van 560.977 euro. Beide contracten hebben betrekking op Truman Hall en -zoals

reeds aangenomen bij de beoordeling van de grieven inzake de referentie Brussels Expo- ze mochten dan ook allebei door verwerende partij in aanmerking worden genomen.

De stukken van tussenkomende partij vermelden voor de referentieperiode van drie jaar een totaal gefactureerd bedrag van 305.140,41 euro. Verzoekende partij benadrukt dat dit een overzicht is van 37 maanden in plaats van de in het bestek gevraagde 36 maanden en dat dus ten onrechte één extra maand in aanmerking werd genomen.

De relevante periode begint volgens de partijen op 28 mei 2005, maar er blijkt niet dat dit *ipso facto* inhoudt dat geen rekening mag worden gehouden met de maandelijkse factuur voor de volledige maand mei 2005, zeker niet wanneer het model van getuigschrift gevoegd bij het bestek verwijst naar een periode van drie kalenderjaren voor de aankondiging van de opdracht. De laatste in aanmerking komende factuur -van 31 mei 2008- betreft de maand mei 2008 en heeft eveneens betrekking op werken die voor een klein deel buiten de referentieperiode liggen, maar dit houdt ook hier niet in dat geen rekening mag worden gehouden met dit volledige bedrag.

Bijgevolg wordt niet aangetoond dat de referentie Truman Hall van tussenkomende partij niet in aanmerking mocht worden genomen.

9. In de mate dat verzoekende partij wat betreft deze referentie nog wijst op een aantal “eigenaardigheden”, brengt zij dit element niet aan als een concreet uitgewerkte grief en beperkt zij zich tot het ‘doen rijzen van vragen’. Zij gaat hier echter voorbij aan de voorgelegde facturen, contracten en historiek, minstens toont zij niet aan dat deze historiek onjuist is.

10. Aldus wordt niet aangetoond dat verwerende partij in strijd handelde met het bestek of onzorgvuldig of buiten de perken van de redelijkheid haar beoordelingsvrijheid heeft uitgeoefend door de twee voornoemde referenties te aanvaarden en tussenkomende partij te selecteren. Evenmin wordt aangetoond dat die beslissing strijdig is met het gelijkheidsbeginsel of met het ingeroepen artikel 71 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996. Bijgevolg mocht, na het

weren van de offerte van de laagste inschrijver, de bvba Brankaer, tussenkomende partij gekozen worden als de laagste regelmatige inschrijver en is evenmin artikel 15 van de wet van 24 december 1993 geschonden.

Het enige middel is bijgevolg ongegrond en het beroep dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verworpt het beroep.

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

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 26 juni 2013, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Pierre Barra,	staatsraad,
Peter Sourbron,	staatsraad,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest