RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 225.329 van 4 november 2013
in de zaak A. 210.368/XII-7478

In zake: de BVBA AUTOMATIC SPRAYING SYSTEMS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Koen Geelen en Wouter Moonen
kantoor houdend te 3500 Hasselt
Gouverneur Roppesingel 131
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het BRUSSELSE HOOFDSTEDELIJK GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Frederik Vandendriessche, Ian Arnouts en Rozanne Vander Hulst
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 4 oktober 2013, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "het besluit van [het] Brussels Hoofdstedelijk Gewest genomen op ongekende datum waarbij aan de 'Elec DVC nv' een overheidsopdracht wordt toegewezen met als voorwerp 'Fonteinen – Vernieuwingswerken, aanpassingswerken en vervanging van de installaties – Onderhoud en het in volmaakte staat van werking houden'".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 31 oktober 2013, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Wouter Moonen, advocaat Joost Bosquet, loco advocaat Koen Geelen, die verschijnen voor de verzoekende partij, en advocaat Ian Arnouts, die verschijnt voor de verwerende 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. De verwerende partij schrijft een openbare aanbesteding voor aanneming van werken uit met als voorwerp 'Brussels Hoofdstedelijk Gewest – Fonteinen – Vernieuwingswerken, aanpassingswerken en vervanging van de installaties – Onderhoud en het in volmaakte staat van werking houden'.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 27 februari 2013.

3.2. De opdracht wordt beheerst door het bijzonder bestek BMB/DGE-DBO/2012.0397. De totale uitgave voor de opdracht wordt geraamd op 637.579,25 euro, btw inbegrepen.

In het bijzonder bestek wordt aangaande de administratieve voorwaarden –kwalitatieve selectie– het volgende vermeld:

> "De inschrijver moet beantwoorden aan de eisen in verband met de kwalitatieve selectie, die gestaafd worden aan de hand van de volgende documenten die verplicht bij de offerte te voegen zijn:
> - hetzij het bewijs van zijn erkenning als aannemer van werken voor het uitvoeren van werken in de ondercategorie L1-L2, klasse 4
> […]
> Technische capaciteit
> - de lijst van de werken uitgevoerd tijdens de laatste vijf jaar op het gebied van elektrische en hydraulische installaties van de openbare fonteinen, deze lijst gestaafd door getuigschriften van goede uitvoering voor de belangrijkste werken. Deze getuigschriften bevatten het bedrag, het tijdstip en de plaats van uitvoering van de werken en geven duidelijk weer of deze uitgevoerd werden volgens de regels van de kunst en of ze op regelmatige wijze tot een goed einde werden gebracht. In voorkomend geval zullen deze getuigschriften door de bevoegde overheid rechtstreeks aan de aanbestedende overheid toegezonden worden.
> Alle voornoemde documenten moeten door de inschrijvers worden ondertekend, voorzien van de vermelding 'oprecht en waarachtig' en bij de offerte worden gevoegd.
> De inschrijver die niet op voldoende wijze aan deze criteria voldoet zal niet geselecteerd worden."

3.3. De opening van de offertes vindt plaats op 26 maart 2013. Er werden drie offertes ingediend onder meer door de verzoekende partij en de nv Elec DVC.

3.4. In het aanbestedingsverslag van 17 juli 2013 wordt voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de nv Elec DVC. Er wordt opgemerkt dat "de drie inschrijvers […] volledig [voldoen] aan de vereisten van het bestek betreffende de kwalitatieve selectie".

3.5. De opdracht wordt bij beslissing van ongekende datum gegund aan de nv Elec DVC. Dit is de bestreden beslissing die onder meer als volgt wordt gemotiveerd:

> "Overwegende dat de inschrijvers als volgt kunnen worden geanalyseerd op basis van de kwalitatieve selectiecriteria:
> 1. [V.]
> 2. Automatic Spraying systems bvba
> - Is erkend in de ondercategorieën L1-L2, klasse 4;
> 3. Elec DVC nv

- Beschikte over een voorlopige erkenning in ondercategorie L2, klasse 3 (deze klasse stemt overeen met het bedrag van de offerte van deze firma) uitgereikt op 28.05.2009 en twintig maanden geldig. De firma heeft een dossier ingediend bij de Commissie voor Erkenning der Aannemers voor een klasseverhoging en de verlenging van de geldigheid van de voorlopige erkenning. Op datum van 04.06.2013 heeft de Commissie […] een gunstig advies uitgebracht aangaande deze aanvraag voor verhoging in klasse en voor verlenging van de geldigheid;
De drie inschrijvers hebben eveneens alle documenten die gevraagd werden binnen het kader van de kwalitatieve selectie bij hun offerte gevoegd en hebben aangetoond [dat] zij beantwoorden aan de gestelde eisen ter zake.
De drie volgende inschrijvers zijn geselecteerd, met het oog op het onderzoek van de offertes: [V.], Automatic Spraying Systems bvba en Elec DVC nv.
[…]
Gelet op de artikelen 14, 15 en 65/29 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten van werken, leveringen en diensten, zoals gewijzigd;
Gelet op de artikelen 110, § 1 en 111 tot 113 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, zoals gewijzigd;
Overwegende dat de opdracht aan de laagste regelmatige inschrijver wordt gegund;
Gelet op het feit dat er voor dit type van opdracht geen veiligheids- en gezondheidscoördinator diende te worden aangesteld;
Overwegende dat de definitieve rangschikking van de offertes, na het nazicht van de rekenkundige bewerkingen, de volgende is:

	Inschrijver	Bedrag inclusief btw
1	ELEC DVC nv	535.212,65 €
2	AUTOMATIC SPRAYING SYSTEMS bvba	632.161,78 €

Overwegende dat deze twee offertes als regelmatig zijnde worden beschouwd;
Overwegende dat de firma ELEC DVC nv de laagste regelmatige offerte heeft ingediend;
Aangezien het aantal ingediende offertes minder is dan 4, zijn de bepalingen van het artikel 110, § 4 van het K.B. van 08.01.1996 niet van toepassing;
Overwegende dat het totaal bedrag van de werken door het Bestuur oorspronkelijk op 637.579,25 € (btwi) werd geraamd;
Overwegende dat het Bestuur echter heeft vastgesteld dat zij bij het opmaken van de raming een foute vermenigvuldigingscoëfficiënt heeft gebruikt;
Overwegende dat zij, hierdoor, overgegaan is tot een aanpassing van deze raming, die teruggebracht werd tot 573.821,33 € (btwi);
Overwegende dat het bedrag van de offerte van de firma ELEC DVC nv 6,73% onder het bedrag van de raming ligt;

Overwegende dat de ingediende eenheidsprijzen als normaal en aanvaardbaar zijnde kunnen worden beschouwd;
Overwegende dat, in overeenstemming met de voorschriften van het bestek betreffende het beroep op de impliciete verklaring op erewoord, de aanbestedende overheid de juistheid van deze impliciete verklaring op erewoord onderzocht heeft en dat blijkt dat deze impliciete verklaring op erewoord juist is."

3.6. Bij aangetekende brief van 19 september 2013 wordt de verzoekende partij op de hoogte gebracht van de bestreden beslissing.

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' nog 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 beslissing het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist.

Anderzijds verplicht artikel 65/15, tweede lid, de 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 beslissing kunnen verantwoorden.

V. Onderzoek van het eerste onderdeel van het tweede middel

Standpunten van de partijen

5. De verzoekende partij voert de schending aan van "artikel 19 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken; artikel 110, § 2 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken; de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen, o.a. de artikelen 2 en 3; beginselen van behoorlijk bestuur, o.a. het materieel motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel".

De verzoekende partij betoogt in het eerste onderdeel dat de in het middel ingeroepen bepalingen en beginselen werden geschonden:

> "Doordat […] de verwerende partij in het gunningsverslag aangeeft dat de inschrijvers beantwoorden aan de gestelde eisen inzake kwalitatieve selectie;
> Terwijl op grond van de formele motiveringswet een administratieve rechtshandeling de feitelijke en juridische overwegingen moet bevatten, die de beslissing schragen; dat bovendien deze geformaliseerde motieven afdoende moeten zijn;
> […]
> Terwijl een onderneming die geen activiteit heeft inzake het onderhoud en herstellen van fonteinen onmogelijkerwijze het bewijs kan leveren dat zij ervaring heeft in deze materie;
> Terwijl de verwerende partij geen werkelijk onderzoek heeft gedaan naar de activiteit van de gekozen inschrijver en derhalve niet het bewijs kan leveren inzake de technische bekwaamheid."

6. De verwerende partij werpt op dat de lijst van referenties van de gekozen inschrijver, hoewel minder omvangrijk en divers dan die van de verzoekende partij, de vereiste ervaring aantoont.

Bovendien gaat de gekozen inschrijver een beroep doen op een onderaannemer, namelijk de bvba PC Projects, voor de posten 1 tot en met 120 van de meetstaat die betrekking hebben op de indienststelling, het onderhoud en de buitendienststelling van openbare fonteinen. Bij de offerte van de gekozen inschrijver is een verklaring gevoegd waarin de leidend ambtenaar van de verwerende partij verklaart dat de zaakvoerder van deze onderaannemer, die tevens de vroegere zaakvoerder was van de verzoekende partij, de werken in het kader van de vorige overheidopdracht uitgeschreven door de verwerende partij met betrekking tot het onderhoud, de vervanging van en de werken aan de openbare fonteinen heeft opgevolgd en dat deze werken tot algemene tevredenheid werden uitgevoerd. De verwerende partij kon er dus van uitgaan dat de gekozen inschrijver technisch bekwaam was om de overheidsopdracht uit te voeren mede door gebruikmaking van een onderaannemer voor het luik 'onderhoud', omdat de zaakvoerder van de onderaannemer voorheen zaakvoerder van de verzoekende partij was.

Het weze benadrukt dat de verzoekende partij het gebruik van onderaannemers niet betwist. Zij bepleit blijkbaar enkel dat dit gegeven in de motivering had moeten worden opgenomen, maar er wordt niet aangetoond dat een aanbestedende overheid in detail de motieven moet weergeven die haar hebben doen besluiten inzake de kwalitatieve selectie. Een motivering van de motivering is in de praktijk niet haalbaar, aangezien een aanbestedende overheid bij elke kwalitatieve selectie zou moeten uiteenzetten op welke onderaannemers de inschrijvers beroep doen, welke referenties zij voorleggen, enzovoort.

Ten slotte moet worden vastgesteld dat, indien er al een inbreuk zou zijn op de formele motiveringsplicht, er belangenschade moet worden vastgesteld naar aanleiding van de schending. De verzoekende partij verzet zich echter niet tegen het gebruik van onderaannemers en zij bekritiseert de mogelijkheid om een onderaannemer te gebruiken niet.

Beoordeling

7. Uit artikel 19, eerste lid, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken’ volgt dat de aanbestedende overheid de referenties mag vragen die zij verlangt en dat de technische bekwaamheid van de inschrijver onder meer kan worden aangetoond door een lijst van werken, uitgevoerd tijdens de laatste vijf jaar, gestaafd door getuigschriften van goede uitvoering, die het bedrag, het tijdstip en de plaats van uitvoering van de werken vermelden, dit alles onverminderd de bepalingen betreffende de erkenning van aannemers van werken.

Overeenkomstig het tweede lid van deze bepaling mag een inschrijver zich beroepen op de draagkracht van andere entiteiten, in welk geval de aanbestedende dienst dient aan te tonen dat hij zal beschikken over de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke middelen door overlegging van de verbintenis van deze andere entiteiten om de aannemer dergelijke middelen ter beschikking te stellen.

Te dezen heeft de aanbestedende overheid in het kader van de kwalitatieve selectie een lijst van werken uitgevoerd tijdens de laatste vijf jaar op het gebied van elektrische en hydraulische installaties van openbare fonteinen gevraagd.

8.1. De gekozen inschrijver verwijst in zijn offerte naar drie eigen referenties die betrekking hebben op “onderhoud, aanpassingen, verplaatsingen van wegverlichting, inwendig verlichte signalering en elektrische en elektronische uitrustingen van tunnels en kunstwerken” en “aanpassen van de elektrische installatie van cabines van het telematicanetwerk”.

Geen enkele van deze eigen referenties lijkt op het eerste gezicht te kunnen worden gerelateerd aan elektrische en hydraulische installaties van openbare fonteinen, voorwerp van de kwestieuze opdracht.

8.2. De gekozen inschrijver verwijst in zijn offerte wel naar een onderaannemer, de bvba PC Projects, die volgens hem zal instaan voor de posten 1 tot en met 120 van de meetstaat, dit is het volledige deel ‘onderhoud’ van de opdracht.

Wat deze onderaannemer betreft voegt de gekozen inschrijver als referentie bij zijn offerte enkel een korte verklaring van een ambtenaar van de verwerende partij, waarin wordt bevestigd dat de huidige zaakvoerder van de bvba PC Projects, die voorheen de zaakvoerder was van de verzoekende partij, de werken van een gelijkaardige vorige opdracht heeft opgevolgd en dat die werken tot algemene tevredenheid zijn uitgevoerd.

De ingeroepen referentie van de onderaannemer betreft dus werken die niet door deze onderaannemer zelf zijn uitgevoerd. Bovendien is het onduidelijk hoe de gekozen inschrijver zich in het kader van de selectie-eisen kan beroepen op de referentie van deze onderaannemer wanneer er geen verbintenis tot terbeschikkingstelling van middelen lijkt te zijn opgenomen in de offerte van de gekozen inschrijver.

8.3. Wat de kwalitatieve selectie van de inschrijvers betreft wordt noch in het gunningsverslag, noch in de gunningsbeslissing noch elders in het administratief dossier enige opmerking gemaakt ten aanzien van de gekozen inschrijver en wordt er zelfs uitdrukkelijk in de bestreden beslissing aangegeven dat alle drie de inschrijvers alle documenten gevraagd in het kader van de kwalitatieve selectie bij hun offerte hebben gevoegd.

Deze handelwijze en conclusie lijken niet te stroken met een zorgvuldig onderzoek van de inschrijvingen wat de kwalitatieve selectie betreft, gelet op de onder 8.1. en 8.2. op het eerste gezicht gedane bevindingen.

Deze vaststelling tast de wettigheid van de beslissing om de opdracht aan deze inschrijver te gunnen aan.

Het middelonderdeel is ernstig.

BESLISSING

De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van ongekende datum van het Brusselse Hoofdstedelijk Gewest om de overheidsopdracht "Brussels Hoofdstedelijk Gewest – Fonteinen – Vernieuwingswerken, aanpassingswerken en vervanging van de installaties – Onderhoud en het in volmaakte staat van werking houden" (bestek BMB/DGE-DBO/2012.0397) te gunnen aan de nv ELEC DVC.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 4 november 2013, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad, waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Silja Doms,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Silja Doms	**Pierre Barra**