

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 226.756 van 13 maart 2014
in de zaak A. 207.225/XII-7161**

In zake: de NV BOUWBEDRIJF VMG-DE COCK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Filip Geerts
kantoor houdend te 9300 Aalst
Bauwensplaats 1 bus 10
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE SINT-JANS-MOLENBEEK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Christophe Lenders en Joris Wouters
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 27
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 3 december 2012, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Sint-Jans-Molenbeek van 11.4.2012 tot gunning, ingevolge openbare aanbesteding, van de aanneming inhoudende de herinrichting van verschillende schoollokalen met het oog op de inrichting van een binnenpaviljoen en een sanitair gebouw voor school 5 [...] aan de NV Brudex, alsook van de beslissing om [de nv Bouwbedrijf VMG-De Cock] uit te sluiten en haar offerte niet in aanmerking te nemen en niet als de laagst regelmatige te kwalificeren”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij en de verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 17 december 2013.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Filip Geerts, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Joris Wouters, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens 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 Sint-Jans-Molenbeek schrijft als aanbestedende overheid bij wijze van openbare aanbesteding een overheidsopdracht aanneming van werken uit met als voorwerp de herinrichting van verschillende schoollokalen met het oog op de inrichting van een binnenpaviljoen en een sanitair gebouw voor haar school 5. De opdracht wordt aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen van 16 januari 2012.

3.2. De opdracht wordt beheerst door het bestek met nr. 11.019.

Het bestek bepaalt onder meer:

“Kan uitgesloten worden van een deelneming van de opdracht, in welk stadium van de procedure ook, de ondernemer die zich in één van de gevallen van uitsluiting bevindt voorzien in artikel 17 § 2 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996.

Het bewijs dat de ondernemer zich niet in één van de in 1°, 2°, 3°, 5° en 6° van artikel 17 § 2 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 geciteerde gevallen bevindt, zal geleverd worden door volgende stukken af te leveren:

1. Een recent uittreksel uit het strafregister (max. 6 maanden voor de datum van de opening van de offertes) van de inschrijver of een gelijkwaardig document afgeleverd door een gerechtelijke of overheidsinstantie van het land van oorsprong of herkomst waaruit blijkt dat hij zich niet bevindt in één van de gevallen van uitsluiting voorzien in artikel 17 § 2 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, meerbepaald punt 1, 2 en 3.

2. [...]

3. Attest van de directe belastingen (model 276 C2) afgeleverd na de datum van de publicatie van de aankondiging van de opdracht waaruit blijkt dat de onderneming haar verplichtingen inzake belastingen nagekomen is.

4. [...].”

3.3. Op 24 februari 2012 grijpt de opening van de inschrijvingen plaats. Er zijn zeven inschrijvers die volgende prijzen bieden:

1. Mar-Rénov bvba	114.679,41 euro,
2. Collewaert	205.617,30 euro,
3. Brudex nv	162.258,42 euro,
4. VMG-De Cock	142.000,00 euro,
5. Malice nv	159.964,88 euro,
6. Abotec	180.134,16 euro,
7. DSV nv	172.955,66 euro.

3.4. In het aanbestedingsverslag worden inzake de kwalitatieve selectie onder meer de volgende opmerkingen gemaakt:

- “VMG De Cock: kopie van het uittreksel van het centraal strafregister gedateerd op 17/06/2011: blanco. Een ander uittreksel van het strafregister wordt verstrekt door [L.W.] gedateerd op 19/08/2011

(kopie) / niet in regel; de twee documenten zijn gedateerd op meer dan 6 maand vóór de openingsdatum.

- Malice sa: kopie van het uittreksel van het centraal strafregister gedateerd op 17/05/2011: blanco / niet in regel; gedateerd op meer dan 6 maand vóór de openingsdatum van de offertes”.

en

- “Mar-Rénov: kopie van attest 276 C2 van 17 augustus 2011 / niet in regel; de datum van het document gaat vooraf aan de bekendmaking van de aankondiging van de opdracht”.

Dit leidt tot het volgend besluit inzake de kwalitatieve selectie:

“De offertes van ‘Collewaert bvba’, ‘Brudex’ en ‘DSV nv’ beantwoorden volledig aan de selectiecriteria zoals gedefinieerd in het speciale lastenboek.

De offertes van ‘Mar-Rénov’, ‘VMG-De Cock’, ‘Malice sa’ en ‘Abotec’ beantwoorden niet aan de selectiecriteria zoals gedefinieerd in het speciale lastenboek.”

Inzake de inschrijvers Mar-Rénov, VMG-De Cock, Malice en Abotec wordt voorgesteld deze niet te selecteren. De offerte van de nv Brudex wordt voorgesteld als de laagste regelmatige offerte.

3.5. Op 11 april 2012 beslist de aanbestedende overheid de opdracht te gunnen aan de nv Brudex en de nv VMG-De Cock niet te selecteren.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

Uiteenzetting van de exceptie

4. De verwerende partij voert een exceptie van gebrek aan belang aan. De verzoekende partij toont haar belang niet aan; zij toont niet aan dat zij de opdracht zelf zou kunnen uitvoeren of dat de opdracht aan haar had moeten worden gegund. De verzoekende partij bood immers niet de laagste prijs. De bvba Mar-Rénov bood de laagste prijs; zij werd weliswaar onregelmatig

verklaard maar om een gelijkaardige reden als de verzoekende partij; bij gegrond beroep is de bvba Mar-Rénov de laagste regelmatige bieder en niet de verzoekende partij. De verzoekende partij wenst enkel schadevergoeding wat een onrechtstreeks en dus niet toelaatbaar belang is. Trouwens, zo vervolgt de verwerende partij, is de opdracht uitgevoerd en maakt de verzoekende partij dan ook geen kans meer om deze zelf uit te voeren.

Beoordeling

5. De verzoekende partij beschikt over een gekwalificeerd moreel belang om haar niet-selectie en de gunning aan een ander aan te vechten, dat gediend wordt en spijs de uitvoering van de overeenkomst betreffende de opdracht, gediend blijft door de nietigverklaring van de bestreden beslissing. Het feit dat de bvba Mar-Rénov om een andere reden onregelmatig werd verklaard dan de verzoekende partij volstaat om de verzoekende partij niet kansloos voor een nieuwe gunning te achten. De exceptie wordt verworpen.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6. De 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’ *juncto* artikel 17, § 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’ en van “de materiële motiveringsplicht”.

In een eerste onderdeel meent zij dat uit haar wering moet worden afgeleid “dat dit gebeurde op basis van de veronderstelling dat lastens de verzoekster een vonnis werd uitgesproken dat in kracht van gewijsde is gegaan, waarbij de verzoekster veroordeeld is geworden voor een misdrijf dat haar professionele integriteit aantast”. Dergelijk vonnis is er niet. Aldus werd

voormeld artikel 17, § 2, geschonden; deze bepaling heeft tot doel inschrijvers te weren die voor een dergelijk misdrijf zijn veroordeeld; de verzoekende partij is niet veroordeeld. “Het is alleen maar wanneer daadwerkelijk een dergelijke veroordeling voorligt, dat de aanbestedende overheid kan overwegen om de inschrijver te weren.”

In een tweede onderdeel merkt de verzoekende partij op dat haar uitsluiting door de verwerende partij wordt gemotiveerd “stellende dat de verzoekster niet beantwoordde aan de kwalitatieve selectiecriteria zoals gedefinieerd in het lastenboek”. Aldus is de verwerende partij ervan uitgegaan dat de verzoekende partij een veroordeling had opgelopen wat niet het geval is. “Aangezien de vereiste veroordeling niet bestaat, kon/mocht de verwerende partij de verzoekster op basis hiervan niet uitsluiten.”

7. In haar memorie van wederantwoord beklemtoont de verzoekende partij wat het eerste onderdeel betreft dat het ontbreken van een voldoende recent uittreksel niet aantoont dat de verzoekende partij niet voldeed aan de selectiecriteria. Zij merkt op dat zij “ook op vandaag” geen enkele strafrechtelijke veroordeling heeft opgelopen en zij dus wel degelijk aan de selectiecriteria voldoet. Voormeld artikel 17, § 2, noch het bestek schrijven, aldus de verzoekende partij, voor dat de inschrijver zal worden geweerd als het passende uittreksel uit het strafregister ontbreekt of dat het bewijs dat een inschrijver zich niet bevindt in één van de gevallen van uitsluiting, ten laatste moet worden afgegeven op het moment dat de offerte wordt ingediend. Niets belet ook de aanbestedende overheid om na de opening van de offertes een voldoende recent uittreksel te vragen.

Wat het tweede onderdeel betreft merkt de verzoekende partij op dat het bestek niet stipuleert dat het bewijs van niet-veroordeling bij de offerte diende te zijn gevoegd. Dat de verzoekende partij op het ogenblik van de opening van de offertes niet had aangetoond dat zij niet was veroordeeld, impliceert niet dat de verzoekende partij niet aan de selectiecriteria beantwoordde; hooguit was er geen zekerheid over het een of het ander.

8. In haar laatste memorie stelt de verzoekende partij dat in de bestreden beslissing uitdrukkelijk wordt vermeld dat zij wordt geweerd omdat zij niet voldeed aan de selectiecriteria, niet omdat zij een bepaald document niet heeft bijgebracht. Het bijvoegen van bepaalde documenten is geen kwalitatief selectie criterium.

Beoordeling

9. De verwerende partij heeft de verzoekende partij uitgesloten omdat de verzoekende partij het in het bestek vereiste bewijs dat zij zich niet bevond in één van de gevallen van uitsluiting voorzien in artikel 17, § 2, van het voormeld koninklijk besluit van 8 januari 1996, niet bij haar offerte had gevoegd. De verwerende partij is er dus niet van uitgegaan dat de verzoekende partij zich in één van die gevallen bevond.

Het bestek bepaalde dat voormeld bewijs bij de offerte moest worden gevoegd. Dit betekent dat de verzoekende partij het bewijs diende te leveren dat zij zich niet in één van de voormelde gevallen bevond. De verzoekende partij heeft dit bewijs niet geleverd en heeft aldus nagelaten op het ogenblik van het indienen van haar offerte aan te tonen dat zij niet in één van de voormelde gevallen verkeerde. Op dat ogenblik mocht de verwerende partij vaststellen dat de verzoekende partij niet aantoonde dat zij zich niet in één van de uitsluitingsgevallen bevond, wat de verwerende partij heeft gedaan.

De verzoekende partij draait in wezen deze bewijslast om en stelt dat de verwerende partij haar niet mocht uitsluiten omdat de verwerende partij niet wist of de verzoekende partij zich in een uitsluitingsgeval bevond. Aldus echter miskent de verzoekende partij artikel 17, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 en het bestek waaruit dient te worden afgeleid dat het bewijs moet worden geleverd door de inschrijver.

Aangezien het kwestieus bewijs niet voorlag, mocht de verwerende partij de verzoekende partij uitsluiten.

In de mate dat de verzoekende partij in haar memorie van wederantwoord lijkt aan te voeren dat de verwerende partij onzorgvuldig zou hebben gehandeld door aan de verzoekende partij niet opnieuw het vereiste bewijs te vragen, wordt door haar een essentieel andere invulling gegeven aan haar middel. Deze invulling kon zij in haar inleidend verzoekschrift geven hetgeen zij naliet. Deze nieuwe kritiek is dan ook niet tijdig in het debat gebracht.

10. Het middel wordt verworpen.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

11. De verzoekende partij voert de schending aan van het redelijkheidsbeginsel. Het door de verzoekende partij voorgelegde uittreksel uit het strafregister was slechts iets meer dan twee maand ouder dan door het bestek gevraagd. Het ongeldig verklaren of niet in aanmerking nemen van de offerte is “een zwaarwichtige sanctie, welke redelijk en verantwoord dient te zijn”. Er kunnen documenten na de opening van de offerte worden opgevraagd en toegevoegd, zekerlijk als het documenten zijn die “niet voor verandering vatbaar” zijn. “Het bijkomend opvragen van een uittreksel uit het strafregister zou helemaal niets gewijzigd hebben aan de inhoud van de offerte van [de verzoekende partij].”

12. In haar memorie van wederantwoord beklemtoont de verzoekende partij dat niets er zich tegen verzet dat de verwerende partij een recenter uittreksel had opgevraagd na opening der offertes en dat niet valt in te zien waarom de verwerende partij alsnog dit bewijs niet heeft opgevraagd. Zij wijst er ook op dat tussen de opening der offertes en de gunningsbeslissing er “minstens 7,5 maanden” zijn wat betekent dat er hoe dan ook op het ogenblik van de gunning, gegund is aan een inschrijver met een bijgebracht uittreksel van “minstens 7,5 maanden oud en mogelijks zelfs méér dan 13 maanden oud”. Dit betekent dat de aanbestedende overheid op het ogenblik van de gunning ook geen zekerheid had dat de gekozen inschrijver geen nefaste veroordeling heeft opgelopen. “In het licht hiervan is het des te onredelijker om een inschrijver uit te

sluiten wiens uittreksel goed twee maanden ouder was dan gevraagd [...] Een redelijk, zorgvuldig bestuur zou, te meer gezien de tijd die verstreek tussen opening van de offertes en toewijzing van de opdracht, kort vóór mededeling van de gunningsbeslissing aan de laagst regelmatige inschrijver om het nodige bewijs hebben gevraagd inzake het strafblad.” Er is geen verplichting voor de aanbestedende overheid om het document alsnog op te vragen maar te dezen heeft zij onredelijk gehandeld.

13. In haar laatste memorie benadrukt de verzoekende partij dat “een schending van het redelijkheidsbeginsel [voorligt] wanneer het bestuursorgaan op evidente wijze een onjuist gebruik heeft gemaakt van zijn beleidsvrijheid, m.a.w. wanneer het bestuur kennelijk onredelijk heeft gehandeld”. Door aldus te handelen heeft de verwerende partij de opdracht gegund aan een inschrijver “wiens prijs bijna 25.000 euro [...] hoger ligt dan deze van de verzoekster”. Alle redelijkheid is zoek.

Beoordeling

14. Zoals de verzoekende partij zelf erkent is er geen rechtsregel die de verwerende partij verplicht om een nieuw uittreksel uit het strafregister te vragen. De verzoekende partij meent echter dat bij de handelwijze van de verwerende partij “alle redelijkheid” zoek is. De verwerende partij beschikt volgens de verzoekende partij over een discretionaire bevoegdheid ter zake en deze heeft zij “kennelijk onredelijk” uitgeoefend.

15. De verzoekende partij toont niet aan dat de verwerende partij “kennelijk onredelijk” heeft gehandeld door geen nieuw uittreksel te vragen. De verwerende partij kon in ene of andere zin oordelen, beide standpunten kunnen de redelijkheidstoets doorstaan, en zij heeft gemeend dat zij strikt moest zijn. Op zich is dit geen standpunt ontdaan van “alle redelijkheid”. Weliswaar bepaalt artikel 20, § 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken’ dat een aanbestedende overheid van de inschrijvers kan verlangen de overlegde documenten en getuigschriften in het kader van de kwalitatieve selectie aan te vullen of toe te lichten, doch zoals de

Raad dit reeds opmerkte in het arrest nv Mediatrader, nr. 206.853 van 29 juli 2010 en het arrest bvba Vandezande, nr. 212.054 van 15 maart 2011 voor de vergelijkbare artikels 46, § 3, en 72, § 4, van voormeld koninklijk besluit, betreft dit ook geen verplichting. De Raad van State mag zich hier trouwens niet in de plaats stellen van het bestuur bij de beoordeling van de handelwijze. Op te merken valt ook dat de verwerende partij deze zienswijze bij alle inschrijvers op een gelijke wijze heeft toegepast.

In zoverre de vraag rijst of de handelwijze van de verwerende partij strijdt met de zuinigheidsplicht of met het zorgvuldigheidsbeginsel, blijkt de verzoekende partij, voor zover zij het al doet, deze beginselen pas als geschonden in te roepen in haar memorie van wederantwoord en haar laatste memorie, hetgeen niet tijdig is.

16. Het middel wordt 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.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 13 maart 2014, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Geert Debersaques,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest