

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 226.873 van 25 maart 2014
in de zaak A. 211.706/XII-7604**

In zake: de BV PRIZE WIZE HOLDING
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Rika Heijse
kantoor houdend te 9000 Gent
Kortrijksesteenweg 867
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de PROVINCIE ANTWERPEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Christophe Coen
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 210a
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 20 februari 2014, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:

- “- de beslissing van ongekende datum houdende vaststelling van de selectieleidraad van de provincie Antwerpen voor aanneming van diensten ‘aanstellen van een externe projectbegeleider voor energie-gerelateerde groepsaankopen en gelijkaardige initiatieven ten behoeve van organisaties, bedrijven en particulieren in de provincie Antwerpen’.
- de beslissing van ongekende datum houdende vaststelling van het bekendmakingsbericht van de provincie Antwerpen, zoals gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen op 31.01.2014 en in het Europees Publicatieblad op 05.02.2014, betreffende de overheidsopdracht voor de aanneming van diensten ‘aanstellen van een externe projectbegeleider voor energie-gerelateerde groepsaankopen en gelijkaardige initiatieven ten behoeve van organisaties, bedrijven en particulieren in de provincie Antwerpen’

- het selectiebestek betreffende de overheidsopdracht voor de aanneming van diensten voor het ‘aanstellen van een externe projectbegeleider voor energie-gerelateerde groepsaankopen en gelijkaardige initiatieven ten behoeve van organisaties, bedrijven en particulieren in de provincie Antwerpen’,
- de beslissing van de provincie Antwerpen, vervat in het schrijven van 17 februari 2014 van [M.H.], in antwoord op het schrijven van 10 februari 2014 van [de bv Prize Wize Holding]”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 18 maart 2014, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Rika Heijse en Liesbet Bombeke, die verschijnen voor de verzoekende partij, en advocaat Christophe Coen, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Ines Martens 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 provincie Antwerpen schrijft een opdracht uit voor aanneming van diensten voor “het aanstellen van een externe projectbegeleider voor energie-gerelateerde groepsaankopen en gelijkaardige initiatieven ten behoeve van bedrijven en particulieren in de provincie Antwerpen”.

De opdracht zal worden gegund door middel van een onderhandelingsprocedure met bekendmaking.

Met de eerste bestreden beslissing keurt de deputatie op 30 januari 2014 voor deze opdracht een selectieleidraad goed, en blijkbaar ook een door geen van de partijen voorgelegd bestek, dat de derde bestreden beslissing lijkt te zijn.

3.2. De opdracht wordt gepubliceerd in het Bulletin der aanbestedingen van 31 januari 2014 en in het Europees Publicatieblad van 5 februari 2014.

In de aankondiging wordt de opdracht als volgt omschreven:

“De Provincie Antwerpen zoekt een dienstverlener die de provincie kan adviseren en begeleiden bij het opzetten en organiseren van energie-gerelateerde initiatieven voor de particulieren en bedrijven in de provincie Antwerpen, zoals het organiseren van samenaankopen van zonnepanelen of groene stroom/gas. De dienstverlener zal de Provincie Antwerpen adviseren bij het ontwikkelen van een strategie en volledig verantwoordelijk zijn voor de gehele logistieke organisatie van de campagnes.

De opdracht heeft een duurtijd van vier jaar. Ze vangt aan de dag na sluiting van de opdracht. Na elke voltooide campagne zal een evaluatie gemaakt worden van de resultaten en zal beslist worden of er een nieuwe campagne georganiseerd wordt. De opdracht zal bijgevolg bestaan uit één of meerdere campagnes per jaar, voor zolang als het opzetten van soortgelijke initiatieven opportuun geacht wordt. Voor het jaar 2014 zijn alvast groepsaankopen voorzien voor zonnepanelen, groene stroom/gas voor organisaties en bedrijven en groene stroom/gas voor particulieren.”

Ten aanzien van de voorwaarden voor deelneming en meer bepaald met betrekking tot de vereiste vakbekwaamheid, wordt in de aankondiging onder meer vermeld:

“III.2.3)Vakbekwaamheid

Inlichtingen en formaliteiten om na te gaan of aan de vereisten is voldaan: Technische bekwaamheidscriteria (art. 68 en 72 KB 15.7.2011)

De kandidaat moet zijn technische bekwaamheid aantonen aan de hand van referenties enerzijds en een beschrijving van zijn organisatie anderzijds.

Omdat de Provincie Antwerpen met haar initiatieven rond energie een engagement aangaat ten aanzien van haar inwoners hecht ze een groot belang aan bewezen ervaring.

Om geselecteerd te kunnen worden moet de kandidaat voor de twee belangrijkste basisonderdelen van de opdracht twee referenties opgeven.

Twee relevante referenties voor groepsaankopen van groene stroom (eventueel aangevuld met gas) voornamelijk gericht op particulieren/huishoudelijke afnemers Om als referentie-groepsaankoop te kunnen dienen moeten er minimaal 25 000 deelnemers aan deelgenomen hebben, waarvan minstens 10 000 deelnemers een contract hebben afgesloten. Voor elk van deze referenties geeft de kandidaat volgende informatie op:

- Naam van de opdrachtgever,
- Contactpersoon bij opdrachtgever,
- Contactgegevens,
- Uitvoeringsperiode,
- Aantal deelnemers en aantal overstappers,
- Beschrijving van het totaalproject en van de specifieke dienstverlening van de kandidaat.

Twee relevante referenties voor het organiseren van grote groepsaankopen voor zonnepaneelsystemen. Groot is met minimaal 3 000 deelnemers en minimaal 750 instappers die een zonnepaneel-systeem hebben laten plaatsen.

Omdat de plaatsing van zonnepanelen een ingreep is op het patrimonium en de privé leefwereld van de deelnemers moet een hoge deelnemerstevredenheid blijken uit een klantentevredenheidsonderzoek of een expliciete verklaring van de initiatiefnemer/opdrachtgever.

Voor elk van deze referenties geeft de kandidaat volgende informatie op:

- Naam van de opdrachtgever,
- Contactpersoon bij opdrachtgever,
- Contactgegevens,
- Uitvoeringsperiode,
- Aantal deelnemers en aantal instappers,
- Beschrijving van het totaalproject en van de specifieke dienstverlening van de kandidaat,
- Bewijs van deelnemerstevredenheid,
- Attest van goede uitvoering en tevredenheid van de opdrachtgever.

De kandidaat voegt verder een beschrijving toe van de werking van zijn organisatie, de mensen en de middelen waarover hij beschikt voor het uitvoeren van een dergelijke opdracht, met bijzondere aandacht voor de communicatie met en de begeleiding van de kandidaat-deelnemers (helpdesk-website).”

De beslissing tot vaststelling van dit bekendmakingsbericht vormt de tweede bestreden beslissing.

3.3. Bij schrijven van 10 februari 2014 laat de verzoekende partij aan de provincie Antwerpen weten:

“Graag hadden wij u volgende vragen en opmerkingen overgemaakt.

1. Betreffende de selectiecriteria

Wat de selectie-eisen betreft die ten titel van de technische draagkracht in de selectieleidraad worden gesteld, wensen wij op te merken dat de onder punt III 2.3) Vakbekwaamheid van de selectieleidraad vermelde selectiecriteria niet geschikt zijn om op wetsconforme wijze de deelnemers te selecteren. Zij zijn onduidelijk en vaag geformuleerd, niet marktconform en van aard om de eerlijke mededinging op ongeoorloofde wijze te beperken. Zij zijn niet afgestemd op de reële marktsituatie en bevoordelen ons inziens minstens één marktconcurrent omdat de eisen op diens maat lijken te zijn geschreven.”

3.4. Bij schrijven van 17 februari 2014 antwoordt het departementshoofd Logistiek van de provincie Antwerpen aan de verzoekende partij:

“Wij kunnen geenszins akkoord gaan met uw schrijven. De selectieleidraad is voldoende duidelijk en is niet voor verschillende interpretaties vatbaar.”

Dit is de vierde bestreden beslissing.

IV. De schorsingsvoorwaarden

4.1. Overeenkomstig artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, in zijn te dezen nog toepasselijke versie, 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 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ van toepassing.

Luidens artikel 15, eerste lid, van de voornoemde wet van 17 juni 2013 is voor de schorsing van de thans bestreden beslissingen het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist.

Anderzijds verplicht artikel 15, tweede lid, de 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.

V. Onderzoek van het enige middel

Uiteenzetting van het middel

5. De verzoekende partij voert de schending aan onder meer van “het gelijkheidsbeginsel en van artikel 10 en 11 van de Grondwet, minstens schending van de beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid van het gelijkheidsbeginsel en transparantiebeginsel, en het daaruit voortvloeiende beginsel van de eerlijke mededinging”, “artikel 5 van de wet van 15 juni 2006 betreffende de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten overeenkomstig hetwelk de aanbestedende overheden de aannemers, leveranciers en dienstverleners op gelijke, niet discriminerende en transparante wijze behandelen” en “artikel 58, §1, 2°, van het koninklijk besluit Plaatsing overheidsopdrachten van 15 juli 2011”.

Daartoe wijst de verzoekende partij er onder meer op dat de aanbestedende overheid de selectiecriteria en het vereiste niveau ervan op zodanige wijze moet preciseren dat ze verband houden met en in verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht. Zij beschikt weliswaar over een discretionaire

bevoegdheid ter zake om het geschiktheidsniveau te bepalen maar moet er zorg voor dragen dat het vastgestelde niveau de gelijkheid van de inschrijvers niet in het gedrang brengt en de vrije mededinging niet onrechtmatig beperkt.

De verzoekende partij doet meer bepaald gelden dat het selectievereiste dat ook twee referenties worden voorgelegd inzake groepsaankopen van zonnepaneelsystemen op ongeoorloofde wijze de mededinging beperkt.

Volgens de verzoekende partij had de aanbestedende overheid de opdracht voor het organiseren van een groepsaankoop voor zonnepaneelsystemen en de opdracht voor het organiseren van groepsaankopen voor stroom en gas moeten opsplitsen in percelen waarvoor afzonderlijk kon worden ingeschreven, aangezien het gezamenlijk eisen van referenties inzake groepsaankopen enerzijds voor groene stroom en gas en anderzijds inzake groepsaankopen voor zonnepaneelsystemen de facto de mededinging beperkt omdat slechts één marktpeler de nodige referenties voor beide onderdelen van de opdracht kan voorleggen en voor andere kandidaten, ervaren in groepsaankopen voor groene stroom en gas maar zonder toereikende referenties inzake zonnepanelen, voor de opdracht voor groepsaankopen voor groene stroom en gas bijgevolg de toegang tot de opdracht wordt afgesloten.

Beoordeling

6. Artikel 58, § 1, 2°, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ zoals het van toepassing was op het ogenblik van de bestreden beslissing en waarvan te dezen de schending wordt aangevoerd, bepaalt:

“§ 1. De aanbestedende overheid gaat over tot de selectie van de kandidaten of inschrijvers in de mate dat dat de noodzakelijke inlichtingen en documenten aantonen dat ze cumulatief voldoen aan:

1° [...]

2° de kwalitatieve selectiecriteria van financiële, economische of technische aard of inzake beroepsbekwaamheid die de aanbestedende overheid heeft vastgesteld op grond van de artikelen 67 tot 79. Zij preciseert deze criteria en het vereiste niveau ervan op zodanige wijze dat

ze verband houden met en in verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht. Bij open procedure en vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met bekendmaking is het opleggen van een minimaal niveau verplicht.

De aanbestedende overheid geeft in de aankondiging van opdracht of in de uitnodiging tot het indienen van een offerte aan welke de vastgestelde kwalitatieve selectiecriteria zijn en welke de te verstrekken noodzakelijke inlichtingen en documenten zijn.”

Artikel 72 van hetzelfde besluit bepaalt:

“In geval van een opdracht voor diensten kan de technische bekwaamheid of de beroepsbekwaamheid van de kandidaat of de inschrijver op één of meer van de volgende manieren worden bewezen, afhankelijk van de aard, de hoeveelheid of belangrijkheid en het doel van de diensten:

1° [...]

7° aan de hand van een lijst van de voornaamste diensten die gedurende de afgelopen drie jaar werden verricht, met vermelding van het bedrag en de datum en van de publiek- of privaatrechtelijke instanties waarvoor zij bestemd waren. De diensten worden aangetoond door attesten die de bevoegde autoriteit afgeeft of medeondertekent of in het geval van diensten voor een particuliere afnemer, door attesten van de afnemer of, bij ontstentenis, eenvoudigweg door een verklaring van de dienstverlener; [...].”

Het komt aldus aan de aanbestedende overheid toe datgene te bepalen waarvan blijkt moet worden gegeven om de technische bekwaamheid van de inschrijvers aan te tonen op de wijze zoals dat door artikel 72 van het voormelde koninklijk besluit van 15 juli 2011 is vastgelegd. Daarbij moet zij er zorg voor dragen dat de criteria en het vereiste niveau op zodanige wijze worden gepreciseerd dat zij verband houden met en in verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht. De Raad van State mag daarbij niet in de plaats van de aanbestedende overheid treden. De Raad lijkt hetgeen door de aanbestedende overheid wordt geëist wel aan een toetsing te mogen onderwerpen in die zin dat de Raad desgevraagd mag onderzoeken of de aanbestedende overheid met die vereisten niet het kader van artikel 72 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 te buiten gaat, op ontoelaatbare wijze de mededinging beperkt of de gelijkheid onder de inschrijvers in het gedrang brengt.

7. Wat betreft het opnemen van beide begeleidingsopdrachten in één opdracht kan worden opgemerkt dat het in beginsel aan de aanbestedende overheid toekomt de gewenste prestaties te bepalen en te oordelen of een opdracht in percelen wordt onderverdeeld. Dat neemt niet weg dat het bestek of zoals te dezen een selectieleidraad, geen bepalingen mag bevatten die de mededinging beperken en waarbij bepaalde kandidaten direct of indirect bevoordeeld of benadeeld worden. Dit verbod vloeit voort uit het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel zoals van toepassing bij overheidsopdrachten en die er op gericht zijn een gezonde en daadwerkelijke mededinging tussen de deelnemende ondernemingen te bevorderen en vereisen dat alle inschrijvers dezelfde kansen op gunning krijgen.

De verzoekende partij geeft in haar verzoekschrift aan dat er slechts één onderneming is die, gelet op de minimumeisen gesteld in de selectieleidraad, de vereiste ervaring kan voorleggen inzake het organiseren van groepsaankopen voor zonnepaneelsystemen, namelijk IChoosr. De verwerende partij lijkt dit op zich niet te betwisten in haar nota, wel ter terechtzitting maar zonder dat zij zulks concreet verduidelijkt. In haar brief van 8 januari 2014 gericht aan de verzoekende partij stelde zij daaromtrent:

“Bij het bepalen van de aard en de omvang van de referenties werd rekening gehouden met het eigen project van de Provincie Antwerpen en niet zozeer met de marktsituatie. Wij gaan er van uit dat waar nodig samenwerkingsverbanden gevormd worden tussen personen en bedrijven met uiteenlopende ervaring en werkterrein.”

8. Te dezen lijkt op het eerste gezicht de keuze van de aanbestedende overheid om de opdracht voor begeleiding van groepsaankopen voor de levering van energie en de opdracht voor de begeleiding van groepsaankoop van energie-gerelateerde producten en meer in het bijzonder voor de aankoop van zonnepaneelsystemen als één opdracht uit te schrijven, de mededinging in belangrijke mate te beperken in de zin dat op grond van de gegevens die de verzoekende partij aan de Raad van State voorlegt en waartegenover de verwerende partij geen concreet weerwerk voert, lijkt te kunnen worden afgeleid dat er reeds grotere spelers op de markt zijn met ervaring wat betreft het organiseren van groepsaankopen voor energie, maar zeer weinig

ondernemingen ervaring blijken te kunnen voorleggen in het organiseren van groepsaankopen voor zonnepaneelsystemen, laat staan dat zij de referenties voor beide onderdelen van de opdracht samen kunnen voorleggen. Dit lijkt op het eerste gezicht ook te worden bevestigd door het zeer beperkt aantal kandidatuurstellingen dat de Provincie Antwerpen voor deze opdracht mocht ontvangen, namelijk twee, te weten van de verzoekende partij, bv PrizeWize, en van IChoosr, waarbij de bv Prize Wize in het voorliggende verzoekschrift reeds aangeeft niet te kunnen voldoen aan de selectievereisten inzake de groepsaankoop voor zonnepaneelsystemen, zodat er alsdan mogelijks maar één gegadigde zou overblijven en er aldus voor het vervolg van de procedure zeker geen mededinging meer zou kunnen spelen.

De vraag stelt zich of de beperking van de mededinging van de toegang tot deze opdracht een ongeoorloofde beperking van de mededinging betreft. Het loutere feit dat er slechts een beperkt aantal geschikte gegadigden zijn, lijkt niet automatisch te moeten leiden tot de vaststelling dat de mededinging niet werd geëerbiedigd, voor zover onder meer de selectievereisten naar behoren zijn bepaald.

Daarbij kan worden vastgesteld dat de aanbestedende overheid er zelf lijkt van uit te gaan dat de begeleiding van de groepsaankopen dermate verschillend is dat het gewettigd is afzonderlijke referenties te vereisen. De keuze om de beide opdrachten als één opdracht uit te schrijven, lijkt dan ook niet voor de hand liggend.

Ter ondersteuning van deze keuze verwijst de verwerende partij in haar nota naar het deputatiebesluit van 30 januari 2014 waarin wordt overwogen:

“Gezien de complexiteit en de duurtijd van een dergelijke procedure en omdat bij mogelijke herhaling van de groepsaankoop in de komende jaren de ervaring van de consultant uit het verleden een positieve rol kan spelen, wordt ook voorgesteld om de opdracht principieel te voorzien voor 4 jaar, effectieve uitvoering afhankelijk van de jaarlijkse evaluatie van de opportuniteit om de groepsaankoop al dan niet te herhalen.”

Deze overweging lijkt echter eerder de keuze voor een duurtijd van de opdracht voor vier jaar te motiveren en niet zozeer de samenvoeging van de beide opdrachten voor het aanstellen van slechts één begeleider. Immers de aanbestedende overheid lijkt er net van uit te gaan, door het eisen van afzonderlijke referenties, dat het opdoen van ervaring in de groepsaankoop voor stroom en gas niet relevant is voor het uitvoeren van de groepsaankoop inzake zonnepaneel-systemen.

Voorts toont de verwerende partij op het eerste gezicht niet concreet aan waarom de “complexiteit van de procedure” ertoe leidt dat de opdrachten moeten worden samengevoegd.

De verwerende partij brengt dan ook op het eerste gezicht geen gegronde redenen naar voor opdat kan worden aangenomen dat het belang van de aanbestedende overheid om de opdrachten samen te voegen en het aldus vereisen van zowel referenties voor groepsaankopen voor stroom en gas als voor zonnepaneelsystemen in hoofde van een inschrijver, opweegt tegen de beperking van de mededinging die uit deze samenvoeging volgt.

Gelet op hetgeen voorafgaat wordt niet ingezien op welke wijze de beperking van de mededinging die te dezen uit de selectieleidraad lijkt te volgen in verhouding staat tot het beoogde doel van de aanbestedende overheid met de opdracht.

De argumentatie van de verwerende partij dat het de verzoekende partij vrij stond een samenwerkingsverband aan te gaan lijkt hieraan niets af te doen, nu uit de gegevens die de verzoekende partij verstrekt zou blijken dat de verzoekende partij aldus een samenwerkingsverband zou dienen aan te gaan met haar rechtstreekse concurrent op de markt. Een dergelijke handelwijze lijkt niet te leiden tot een werkelijke mededinging en lijkt er precies aan in de weg te staan dat de mededinging volop zou kunnen spelen om de aanbestedende overheid het meest interessante aanbod op de markt te bezorgen.

Bijgevolg lijkt in de huidige stand van het geding te moeten worden aangenomen dat de aanbestedende overheid, door de opdracht voor het begeleiden van groepsaankopen voor stroom en gas en voor het begeleiden van groepsaankopen voor zonnepaneelsystemen als één opdracht uit te schrijven en voor beide onderdelen van de opdracht referenties te vereisen, selectievereisten stelt die niet in verhouding staan tot het volledige voorwerp van de opdracht en aldus op ongeoorloofde wijze de mededinging beperkt.

9. Het middel is in de besproken mate ernstig en kan tot schorsing leiden.

10. De hiervoor *prima facie* vastgestelde onrechtmatigheid treft de eerste bestreden beslissing en meteen ook de selectievereisten die erdoor worden vastgesteld.

De verzoekende partij toont echter niet aan in hoeverre zij bijkomend voordeel zou putten uit de schorsing van de tenuitvoerlegging van de andere bestreden beslissingen, mochten deze op zichzelf al voor nietigverklaring en dus voor schorsing van hun tenuitvoerlegging vatbaar zijn. De schorsing wordt dus beperkt zoals hierna is bepaald.

BESLISSING

1. De Raad van State beveelt de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van de deputatie van de provincie Antwerpen van 30 januari 2014 tot vaststelling van de selectieleidraad voor de “aanstelling van een externe projectbegeleider voor energie-gerelateerde groepsaankopen en gelijkaardige initiatieven ten behoeve van organisaties, bedrijven en particulieren in de provincie Antwerpen”.

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 25 maart 2014,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

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

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest