

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 227.057 van 7 april 2014
in de zaak A. 211.850/XII-7617**

In zake: de BVBA VELDEMAN AANNEMINGEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Ann Eeckhout
kantoor houdend te 9630 Zwalm
Zwalmalaan 8/1
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de AUTONOME VERZORGINGSINSTELLING ALGEMEEN
STEDELIJK ZIEKENHUIS TE AALST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Peter Flamey
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Jan Van Rijswijcklaan 16
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV MEULEMAN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Frederiek Wauters
kantoor houdend te 8800 Roeselare
Jan Mahieustraet 10
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 6 maart 2014, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van de raad van bestuur van de Autonome Zorginstelling Algemeen Stedelijk Ziekenhuis dd. 18.02.2014, houdende de gunning van de overheidsopdracht voor aanneming van diensten met als voorwerp ‘afsluiten van een raamovereenkomst

met betrekking tot de aanneming van werknemers voor het uitvoeren van binnen- en buitenschilderwerken evenals het plaatsen van muurbekleding, voor de A.V. Algemeen Stedelijk Ziekenhuis Campussen Aalst, Wetteren en Geraardsbergen' aan Meuleman nv [...] alsmede van de impliciete weigeringsbeslissing waarbij de opdracht niet werd toegewezen aan Veldeman Aannemingen bvba”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 19 maart 2014 heeft de nv Meuleman gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 1 april 2014, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Lotte Ottevaere, die loco advocaat Ann Eeckhout verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Bert Van Weerd, die loco advocaat Peter Flamey verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Benjamin Herman, die verschijnt voor de tussenkomende 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 A.V. Algemeen Stedelijk Ziekenhuis (‘ASZ’) te Aalst schrijft een opdracht uit voor het sluiten van een raamovereenkomst voor het uitvoeren van binnen- en buitenschilderwerken en het plaatsen van muurbekleding in de campussen te Aalst, Wetteren en Geraardsbergen.

De opdracht wordt gegund bij wijze van algemene offerteaanvraag met Europese bekendmaking.

3.2. De opdracht wordt gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen op 27 juni 2013 en in het Publicatieblad van de Europese Unie op 2 juli 2013.

3.3. De opdracht is onderworpen aan het bestek EC2013/007 “Schilders”. De opdracht wordt als volgt omschreven in het bestek:

“I.1 Beschrijving van de opdracht

Voorwerp van deze diensten: Afsluiten van een raamovereenkomst betreffende de aanneming van werknemers voor het uitvoeren van binnen- en buitenschilderwerken evenals het plaatsen van muurbekleding, voor de A.V. Algemeen Stedelijk Ziekenhuis campussen Aalst, Wetteren en Geraardsbergen.

Toelichting: De aanneming omvat het uitvoeren in regie-uren voor schilders/vakmannen voor schilderwerken ter opfrissing van lokalen, gangen, trapzalen, e.d.m.... in de gebouwen van het Algemeen Stedelijk Ziekenhuis. De aannemingsplaats bevat drie campussen:

- Campus Aalst, [...]
- Campus Wetteren, [...]
- Campus Geraardsbergen, [...]

Ten aanzien van de gunningscriteria wordt in het bestek bepaald:

I.10 Gunningscriteria

Volgende criteria zijn van toepassing bij de gunning van de opdracht:

Nr.	Beschrijving	Gewicht
1	Regietarieven / Prijs	60
	waarvan: <i>Regietarief schildervakman (geschoolde 1° graad) 25 punten</i> <i>Regietarief schildervakman (geschoolde 2° graad) 25 punten</i> <i>Meerprijs voor avondwerk (van 17u tot 22u) 4 punten</i> <i>Meerprijs voor nachtwerk (van 22u tot 6u) 2 punten</i> <i>Meerprijs voor zaterdagwerk 2 punten</i> <i>Meerprijs voor zondagwerk 2 punten</i>	
2	Organisatie en inrichting	20
	<i>Voor de algemene coördinatie van de schilderwerken dient een contactpersoon aangesteld te worden. Deze heeft de functie van projectleider en zal op regelmatige basis de schilderwerken opvolgen. Met de projectleider worden uitvoeringstermijnen afgesproken in samenspraak met de leidend ambtenaar van het ASZ of zijn afgevaardigde, hij verleent ondersteuning bij grotere werken, evt. advies bij moeilijkere werken.</i> <i>De inschrijver voegt aan zijn inschrijving een referentielijst met soortgelijke prestaties toe van:</i> <i>- Naam, kwalificatie, diploma, anciënniteit en ervaring van de projectleider die zal fungeren als contactpersoon met het opdrachtgevend bestuur (werfopvolging)</i> <i>- Overzicht van de technische uitrusting waarover de aannemer beschikt (bv. het bezitten van een eigen verfkleurmengmachine, hoogtewerker, ... wordt als belangrijk ervaren)</i> <i>- De inschrijver voegt op straffe van nietigheid aan hun inschrijving een verklaring (= sociale balans) met de personeelsbezetting van de laatste 3 jaar.</i> <i>- De inschrijver voegt op straffe van nietigheid aan hun inschrijving een verklaring toe waarin ze verklaren geen beroep te zullen doen op onderaannemers.</i>	
3	Uitvoerend personeel	20
	<i>Het uitvoerend personeel moet een grote vertrouwdeheid hebben met de hedendaagse technieken die betrekking hebben op de uit te voeren werken. Daartoe zal de inschrijvende aannemer op straffe van nietigheid van zijn inschrijving een verklaring toevoegen van zijn</i>	

3.4. De opening van de offertes vindt plaats op 16 september 2013. Er blijken vier offertes te zijn ingediend, die als volgt worden vermeld:

- Van Den Broeck bvba,
- Schildersbedrijf Woutim nv,
- Veldeman Aannemingen bvba,
- "Decorteam Meuleman".

3.5. Er wordt een gunningsverslag opgesteld. Alle inschrijvers werden geselecteerd en alle offertes werden regelmatig bevonden.

Ten aanzien van de beoordeling van de offertes aan de hand van de gunningscriteria wordt in het gunningsverslag overwogen:

“ Art. 1 Prijs

[...]

Art. 2 Organisatie en inrichting

De inschrijver diende aan zijn inschrijving een referentielijst met soortgelijke prestaties toe te voegen van:

1. Naam, kwalificatie, diploma, anciënniteit en ervaring van de projectleider die zal fungeren als contactpersoon met het opdrachtgevend bestuur (werfopvolging)
2. Overzicht van de technische uitrusting waarover de aannemer beschikt (bv. het bezitten van een eigen verfkleurmengmachine, hoogtewerker,... wordt als belangrijk ervaren)
3. De inschrijver voegt op straffe van nietigheid aan hun inschrijving een verklaring (=sociale balans) met de personeelsbezetting van de laatste 3 jaar.
4. De inschrijver voegt op straffe van nietigheid aan hun inschrijving een verklaring toe waarin ze verklaren geen beroep te zullen doen op onderaannemers.

Alle inschrijvers ontvangen voor punt 2 tem 4 het maximum aantal punten (3x5 punten). Bij de firma Van den Broeck ontbreekt in het ingediende dossier het volledige punt 1 waardoor hiervoor geen punten toegekend zijn. Bij de firma Meuleman beschikt de projectleider over een diploma ing. Bouwkunde met 10 jaar ervaring. De firma Meuleman ontving hiervoor dan ook het maximum aantal punten.

Bij de firma Veldeman werd één punt minder gegeven voor het diploma van de projectleider dewelke ten opzichte van de firma Meuleman minder relevant is voor dit raamcontract (bedrijfspsycholoog).

Bij de firma Woutim werden twee punten minder gegeven omdat het diploma van de projectleider, dewelke de zaakvoerder is ontbreekt.

Art. 3 Uitvoerend personeel

De inschrijver diende voor het uitvoerend personeel te voldoen aan onderstaande beschrijving:

Het bestuur oordeelt dat de inschrijver, rekening houdend met de uit te voeren opdracht en het geheel van de opdrachten die de inschrijver te verwerken kan hebben, op het ogenblik van zijn inschrijving alsook tijdens de uitvoering van de werken moet kunnen beschikken over ten minste de volgende tien personen (zie inschrijvingsformulier):

5 geschoolden 1e graad, gespecialiseerd in het uitvoeren van schilderwerken

5 geschoolden 2e graad, gespecialiseerd in het uitvoeren van schilderwerken

Bij elk werk dient de inschrijver een geschoolde schildervakman 1e graad aan te leveren aan het ASZ dewelke de Nederlandse taal machtig is. De

aannemer bezorgt bij zijn inschrijving op straffe van nietigheid een verklaring dat het personeel voldoende bekwaamheid bezit om de werken uit te voeren. Onder personeel worden deze vakmensen verstaan die deel uitmaken van de onderneming en te werk gesteld zullen worden voor de uitvoering van onderhavige opdracht. Deze personeelslijst dient ook de kwalificatie, kennis van het Nederlands (grondig begrijpen/lezen/schrijven of matig begrijpen/lezen/schrijven), specialiteit van het betrokken personeelslid op te geven (met specialiteit wordt bedoeld: aard van de door de betrokkene uitgevoerde werken, aantal jaren ervaring,...)

Bij de firma Meuleman en Woutim werden bij de indiening minimum 5 geschoolde schilders van 1° graad en 5 geschoolde schilders van 2° graad naar voren gebracht. Aan beiden wordt dan ook het maximum aantal punten toegekend (20 punten).

Bij de firma Veldeman werd bij de verklaring aangegeven dat bij één geschoolde schilder van 1° graad Nederlands lezen en schrijven matig is. Hiervoor werd 1 punt minder toegekend.

Bij de firma Van den Broeck werden bij inschrijving niet het gevraagde aantal, nl 5 personen per graad vermeld. Voor elke graad werden in het dossier slechts 4 personen teruggevonden in de personeelslijst. Hiervoor werd per graad 1 punt minder aangerekend”.

Vervolgens wordt in het gunningsverslag een tabel opgenomen met de puntenverdeling. Voor de beoordeling van de offerte van de gekozen inschrijver en van de verzoekende partij wordt daarin weergegeven:

		Aannemer 1 Meuleman		Aannemer 2 Veldeman	
ART 1 PRIJS					
[...]	[...]	[...]			
	60/100		58,75		59,20
ART 2 ORGANISATIE EN INRICHTING					
projectleider (naam, kwalificatie, dipl., anc., ervaring)	5	Ing. bouwkunde, 10jaar ervaring	5	Bedrijfpsych., 11jaar ervaring	4
Techn. uitrusting	5	OK	5	OK	5
Sociale balans	5	OK	5	OK	5
Verklaring geen beroep op onderaannemers	5	OK	5	OK	5
Beoordeling	20/100		20,00		19,00
ART. 3 UITVOEREND PERSONEEL					
5 geschoolde 1°	10	16 personen	10,00	5 personen	9,00

graad					
5 geschoolde 2° graad	10	5 personen	10,00	5 personen	10,00
Beoordeling	20/100		20,00		19,00
			98,75		97,20

3.6. Op 18 februari 2014 beslist de raad van bestuur van de verwerende partij op grond van het gunningsverslag dat integraal wordt opgenomen in de beslissing, de opdracht te gunnen aan de “firma Decorteam Meuleman”.

Dit is de eerste bestreden beslissing.

Bij aangetekend schrijven van 26 februari 2014 wordt aan de verzoekende partij kennis gegeven van de bestreden beslissing.

IV. Tussenkost

4. De verzoekende partij tot tussenkost blijkt zich te beroepen op een voordeel dat zij uit de bestreden beslissing zou halen en heeft er aldus belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet haar verzoek worden ingewilligd.

V. Ambtshalve onderzoek

5. Ter terechtzitting stelt de Raad van State de vraag naar de identiteit van de gekozen inschrijver. In de bestreden beslissing is deze immers vermeld als “firma Decorteam Meuleman”, terwijl in de in het administratief dossier neergelegde offerte op het offerteformulier en inschrijvingsformulier de inschrijver is vermeld als “Meuleman – gedelegeerd bestuurder bvba Manap vertegw. door Peter Meuleman”. Voorts dient zich de “nv Meuleman” aan als verzoekende partij tot tussenkost.

De partijen kregen ter terechtzitting de mogelijkheid stelling te nemen betreffende deze gegevens. De verwerende en de tussenkomende partij gaan ervan uit dat er geen verwarring mogelijk kan zijn betreffende de identiteit van de gekozen inschrijver. De verzoekende partij houdt zich betreffende deze kwestie afzijdig. Het bevoegd lid van het auditoraat concludeert dat alle stukken van het administratief dossier tezamen genomen lijken aan te geven dat het de nv Meuleman is die zich heeft verbonden tot uitvoering van de opdracht.

Enkel wegens deze omstandigheden werpt in de huidige procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid de Raad van State geen ambtshalve middel op, gesteund op de verregaande slordigheid zowel in hoofde van de verzoekende partij tot tussenkomst bij het zichzelf identificeren in haar offerte als in hoofde van de verwerende partij bij het formele gunnen van de opdracht aan een in rechte klaarblijkelijk zelfs niet bestaande onderneming.

VI. Ontvankelijkheid van de vordering

6.1. De verwerende partij werpt een exceptie van niet-ontvankelijkheid op voor zover de vordering gericht is tegen de impliciete weigeringsbeslissing om de opdracht toe te kennen aan de verzoekende partij.

6.2. Er bestaat vooralsnog geen noodzaak om over deze exceptie uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak over die exceptie zou alleen nodig zijn indien de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

VII. De schorsingsvoorwaarden

7.1. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte

of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

7.2. Te dezen is evenwel ook 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.

Artikel 65/15, tweede lid, van deze wet verplicht 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 minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de bestreden beslissing kan verantwoorden.

VIII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting

8. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 1 van de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’, van het beginsel van de mededinging en van het gelijkheidsbeginsel.

In de toelichting bij haar middel wijst de verzoekende partij erop dat het bestek op straffe van nietigheid het voorleggen vereist van een verklaring van de inschrijvers dat zij geen beroep zullen doen op onderaannemers.

Het verbieden van onderaannemers is volgens de verzoekende partij onwettig aangezien dergelijk verbod concurrentiebeperkend werkt. Kleinere en middelgrote ondernemingen hebben nood aan de mogelijkheid om bepaalde delen van de opdracht aan onderaannemers door te geven, zoniet wordt niet aan alle ondernemingen de kans geboden om een opdracht te worden gegund.

De verzoekende partij verwijst ook naar de zogenoemde Labonorm-rechtspraak van de Raad van State en betoogt dat daaruit volgt dat zij bij het aanvechten van een gunningsbeslissing de onwettigheid van een besteksbeplating nog kan invoeren.

Beoordeling

9. Zoals de verzoekende partij terecht opmerkt, kan een verzoekende partij overeenkomstig de leer van het arrest van de algemene vergadering van de Raad van State, afdeling bestuursrechtspraak, nr. 152.173 van 2 december 2005 inzake nv Labonorm, onwettigheden die zouden kleven aan het bestek nog dienstig opwerpen ter ondersteuning van een vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging of tot vernietiging van een latere beslissing in het kader van de gunningsprocedure, zoals te dezen de daaropvolgende gunningsbeslissing.

Dat neemt echter niet weg dat een verzoekende partij slechts de schorsing van de tenuitvoerlegging van een besteksbeplating kan vorderen voor zover deze griefhoudend is voor haar bijvoorbeeld doordat deze haar in een ongelijke positie stelt ten opzichte van andere inschrijvers om een concurrentiële offerte in te dienen of haar de toegang tot de opdracht verhindert of ernstig bemoeilijkt. Evenzo lijkt aldus een verzoekende partij, wanneer zij de onwettigheid van een besteksbeplating invoert ter ondersteuning van een vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging of tot vernietiging van een latere beslissing in het kader van een gunningsprocedure, een dergelijk middel slechts op

ontvankelijke wijze te kunnen aanbrengen in zoverre zij het grievend karakter van de betrokken besteksbe­paling aan­toont.

Te dezen dient te worden vastgesteld dat de verzoekende partij op geen enkele wijze aannemelijk maakt dat het verbod om een beroep te doen op onderaannemers voor de verzoekende partij grievend is in die zin dat het haar zou hebben verhinderd een offerte in te dienen, dan wel het haar moeilijker gemaakt zou hebben een concurrentiële offerte in te dienen.

De verzoekende partij blijkt een offerte te hebben ingediend en toont niet aan een beroep te willen doen op onderaannemers. In dat verband valt ook op te merken dat de verzoekende partij voorafgaand aan het indienen van haar offerte ook geen enkele vraag hieromtrent gericht lijkt te hebben aan de aanbestedende overheid noch haar erop gewezen lijkt te hebben dat zij van oordeel was dat dergelijke besteksbe­paling in strijd zou zijn met de eerlijke mededinging of haar in een nadelige positie plaatste in vergelijking met andere mogelijke inschrijvers.

Het middel dient dan ook als niet-ontvankelijk te worden verworpen.

B. Tweede middel

10. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 16 van de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’, van de beginselen van behoorlijk bestuur, meer bepaald het redelijkheidsbeginsel, de formelemotiveringsplicht en het *patere legem*-beginsel.

B.1. Eerste onderdeel

Uiteenzetting

11.1. In een eerste onderdeel stelt de verzoekende partij zich de vraag naar de relevantie van het diploma van de projectleider en de criteria waarop het ASZ Aalst zich beroept om een bepaald diploma als beter of slechter te beoordelen voor het uitvoeren van schilderwerken binnen de beoordeling van het gunnings-criterium ‘organisatie en inrichting’.

Voorts meent zij dat geen rekening werd gehouden met het feit dat de projectleider van de verzoekende partij meer ervaring en anciënniteit heeft dan de projectleider van de gekozen inschrijver en dat dit niet weerspiegeld werd in de puntenverdeling. Zij meent ook dat ten onrechte geen rekening werd gehouden met de feitelijke inhoud van de opgegeven ervaring. De verzoekende partij meent dat de door haar opgegeven relevante en vergelijkbare grote projecten waar beide projectleiders mee te maken hadden niet weerspiegeld werden in de puntenverdeling terwijl dit van groter belang is dan de studies die men ooit gevolgd heeft.

Door geen rekening te houden met de anciënniteit en langere ervaring van de projectleider van de verzoekende partij en met de feitelijke inhoud van de opgegeven ervaring worden volgens de verzoekende partij het redelijkheidsbeginsel en het *patere legem*-beginsel geschonden aangezien anciënniteit en ervaring in het bestek uitdrukkelijk als criterium zijn opgegeven en belangrijke elementen zijn om de projectleiding te beoordelen. De verzoekende partij gaf bovendien twee projectleiders op en met de ervaring en het diploma van de andere projectleider werd geen rekening gehouden.

Wat betreft de andere subgunningscriteria lijkt het de verzoekende partij zeer onwaarschijnlijk dat alle inschrijvers over exact dezelfde technische uitrusting beschikken, maar doordat geen uitleg wordt gegeven omtrent

de beoordeling van deze subgunningscriteria, kan de verzoekende partij niet nagaan of deze puntenverdeling voor het subgunningscriterium ‘technische uitrusting’ correct is.

Beoordeling

11.2. In de mate dat de verzoekende partij zich slechts de vraag stelt naar de relevantie van het criterium diploma van de projectleider en de relevantie van de criteria waarop de aanbestedende overheid zich beroept om een bepaald diploma als beter of slechter te beoordelen voor het uitvoeren van schilderwerken, lijkt deze wijze van formulering van de grief alleen al een reden om te concluderen dat de grief niet de vereiste ernst heeft om aan te nemen dat de verwerende partij in de geciteerde beoordeling haar beoordelingsvrijheid te buiten is gegaan.

Voorts behoort het tot de beoordelingsvrijheid van de aanbestedende overheid de volgens haar best geschikte beoordelingsmethode van de gunningscriteria te kiezen, zij het dat die vrijheid beperkt wordt door de beginselen van behoorlijk bestuur en door hetgeen zij zelf in haar bestek heeft bepaald; de Raad van State mag niet zelf in de plaats van het bestuur de beoordelingsmethode bepalen maar mag desgevraagd enkel de gebruikte methode op haar rechtmatigheid toetsen, hetgeen inhoudt de mate waarin zij de gelijke beoordeling van de offertes zou uitsluiten en dus het bepalen van de meest voordelige offerte onmogelijk zou maken. Bij de inhoudelijke beoordeling van de offertes en hun toetsing aan de gunningscriteria beschikt de aanbestedende overheid over een grote beoordelingsvrijheid en de Raad van State mag zich niet in de plaats van het bestuur stellen en zelf de rangschikking wijzigen. Zulks houdt echter niet in dat het oordeel van de aanbestedende overheid zou onttrokken zijn aan het wettigheidstoezicht van de Raad van State. Aldus kan de Raad desgevraagd onder meer nagaan of de beoordeling met de vereiste zorgvuldigheid is gebeurd en berust op voldoende veruitwendigde en draagkrachtige motieven.

11.3. Te dezen werd in het bestek met betrekking tot het tweede gunningscriterium bepaald:

“ Organisatie en inrichting

20 punten

Voor de algemene coördinatie van de schilderwerken dient een contactpersoon aangesteld te worden. Deze heeft de functie van projectleider en zal op regelmatige basis de schilderwerken opvolgen. Met de projectleider worden uitvoeringstermijnen afgesproken in samenspraak met de leidend ambtenaar van het ASZ of zijn afgevaardigde, hij verleent ondersteuning bij grotere werken, evt. advies bij moeilijker werken.

De inschrijver voegt aan zijn inschrijving een referentielijst met soortgelijke prestaties toe van:

- Naam, kwalificatie, diploma, anciënniteit en ervaring van de projectleider die zal fungeren als contactpersoon met het opdrachtgevend bestuur (werfopvolging)

- Overzicht van de technische uitrusting waarover de aannemer beschikt (bv. het bezitten van een eigen verfkleurmengmachine, hoogtewerker, ... wordt als belangrijk ervaren)

- De inschrijver voegt op straffe van nietigheid aan hun inschrijving een verklaring (= sociale balans) met personeelsbezetting van de laatste 3 jaar.

- De inschrijver voegt op straffe van nietigheid aan hun inschrijving een verklaring toe waarin ze verklaren geen beroep te zullen doen op onderaannemers”.

In de bestreden beslissing werd met betrekking tot de toetsing van de offerte van de gekozen inschrijver en van de verzoekende partij aan dit criterium overwogen:

“Bij de firma Meuleman beschikt de projectleider over een diploma ing. Bouwkunde met 10 jaar ervaring. De firma Meuleman ontving hiervoor dan ook het maximum aantal punten.

Bij de firma Veldeman werd één punt minder gegeven voor het diploma van de projectleider dewelke ten opzichte van de firma Meuleman minder relevant is voor dit raamcontract (bedrijfspsycholoog)”.

In de bijhorende beoordelingstabel werd met betrekking tot dit gunningscriterium wat betreft de offertes van de gekozen inschrijver van de verzoekende partij vermeld:

ART 2 ORGANISATIE EN INRICHTING					
projectleider (naam, kwalificatie, dipl., anc., ervaring)	5	Ing. bouwkunde, 10jaar ervaring	5	Bedrijfspsych., 11jaar ervaring	4
Techn. uitrusting	5	OK	5	OK	5
Sociale balans	5	OK	5	OK	5
Verklaring geen beroep op onderaannemers	5	OK	5	OK	5
Beoordeling	20/100		20,00		19,00

11.4. Op het eerste gezicht lijkt op grond van deze gegevens te kunnen worden vastgesteld dat, in tegenstelling tot wat de verzoekende partij betoogt en los van de vraag of ‘ervaring’ als een subgunningscriterium zou moeten worden gekwalificeerd, bij de beoordeling rekening werd gehouden met de ervaring van de in de offertes voorgestelde projectleiders. Er wordt in de beoordelingstabel uitdrukkelijk vermeld dat de projectleider van de verzoekende partij 11 jaar ervaring heeft en die van de gekozen inschrijver 10 jaar. Uit het feit dat de inhoud van de ervaring niet wordt weergegeven in de bestreden beslissing lijkt niet te kunnen worden afgeleid dat deze niet in overweging zou zijn genomen door het bestuur. Op het eerste gezicht lijkt de weergave van de inhoud van de voorgelegde ervaring in de bestreden beslissing ook niet vereist vanuit het oogpunt van de formelemotiveringsplicht, noch toont de verzoekende partij aan dat de in de bestreden beslissing opgenomen motivering met betrekking tot de beoordeling van het tweede gunningscriterium niet als een afdoende motivering kan worden beschouwd. In de bestreden beslissing wordt weergegeven welk diploma de voorgestelde projectleider heeft en hoeveel jaren ervaring en wordt weergegeven dat de combinatie van het diploma en de ervaring van de projectleider van de gekozen inschrijver beter wordt beoordeeld dan de ervaring en het diploma van de

projectleider van de verzoekende partij omdat een diploma bedrijfspsycholoog blijkbaar minder relevant wordt bevonden dan een diploma ingenieur bouwkunde.

De verzoekende partij toont niet aan dat de motivering die in de bestreden beslissing werd opgenomen met betrekking tot de beoordeling van het tweede gunningscriterium haar aldus niet in staat stelde om met kennis van zaken te oordelen of het zin had de bestreden beslissing in rechte aan te vechten, zodat geen sprake lijkt te zijn van de aangevoerde schending van een formelemotiveringsverplichting.

Voorts geeft de verwerende partij in haar nota aan dat zij meer belang hechtte aan het diploma ingenieur Bouwkunde van de projectleider van de gekozen inschrijver omdat het voorwerp van de opdracht zowel binnen- als buitenschilderwerken als het plaatsen van muurbekleding in drie verschillende ziekenhuiscomplexen omvat aan verschillende gangen, lokalen en traphallen, dat er gelijktijdig andere werken kunnen worden uitgevoerd en dat de ziekenhuisgebouwen tijdens de werken niet worden gesloten zodat bij de uitvoering van de werken maatregelen moeten genomen worden inzake geluidshinder en stofhinder en het vrijhouden van evacuatiewegen. De projectleider dient in het bijzonder de voorbereidende werken, de effectieve uitvoering en de coördinatie met andere werken in goede banen te leiden. De verwerende partij is van oordeel dat een grondige kennis van bouwkunde aldus van belang is voor de uitvoering van de opdracht zodat zij het diploma van ingenieur bouwkunde een hogere score gaf dan een diploma bedrijfspsychologie en dat het ene jaar meer ervaring van de projectleider van de verzoekende partij hier niet tegen opwoog. Door deze wijze van beoordeling lijkt de verwerende partij op het eerste gezicht bij de uitoefening van haar discretionaire beoordelingsbevoegdheid de perken van de redelijkheid niet te buiten te zijn gegaan. Voorts lijkt zij het gunningscriterium bij de beoordeling van de offertes niet op een andere wijze te hebben aangewend dan aangekondigd in het bestek, zodat evenmin de schending is aangetoond van het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*.

Wat betreft de opmerking dat met de ervaring van de tweede projectleider van de verzoekende partij, Toon Veldeman, door de aanbestedende overheid geen rekening werd gehouden, kan worden opgemerkt dat het bestek slechts in de aanwijzing van één projectleider lijkt te voorzien, die aldus zal worden beoordeeld. Bij de beoordeling van de offerte van de verzoekende partij werd rekening gehouden met Stijn Veldeman als projectleider. Stijn Veldeman beschikt over een langere ervaring dan Toon Veldeman, namelijk 11 jaar ervaring tegenover 4 jaar ervaring. Voorts wijst de verwerende partij er op dat Toon Veldeman ook geen meer relevant diploma kan voorleggen dan Stijn Veldeman. Stijn Veldeman heeft een diploma bedrijfspsychologie, Toon Veldeman heeft een diploma Toegepaste economische wetenschappen en een master in de Marketing analyse- en planning. Gelet hierop maakt de verzoekende partij dan ook geenszins aannemelijk dat zij beter had dienen te scoren op dit criterium indien niet Stijn Veldeman maar wel Toon Veldeman als projectleider in de beoordeling was betrokken. Haar kritiek op dit punt is dan ook niet dienstig.

11.5. Wat betreft de kritiek van de verzoekende partij ten aanzien van de beoordeling van de overige elementen van het tweede gunningscriterium, merkt de verwerende partij op dat voor de rubriek ‘sociale balans’ en ‘verklaring geen beroep op onderaannemers’ de inschrijvers telkens een verklaring dienden bij te voegen bij hun offerte. Uit de tabel met betrekking tot de puntentoekenning zoals opgenomen in de bestreden beslissing blijkt dat voor de verschillende offertes bij deze rubrieken ‘OK’ vermeld staat, wat betekent dat de offertes voldoen aan deze vereiste en ze het maximum van de punten daarvoor krijgen. In dat opzicht toont de verzoekende partij niet aan dat de vermelding van de punten met de weergave dat de offertes voldoen aan het vereiste te dezen geen afdoende motivering vormt. Wat betreft de rubriek ‘technische uitrusting’ wijst de verwerende partij erop dat uit de vermelding ‘OK’ blijkt dat elke inschrijver over voldoende technische uitrusting beschikt, waarbij het geen rol speelt of de inschrijvers allemaal beschikken over dezelfde uitrusting, zo lang het maar een voldoende uitrusting is. Uit de lezing van de puntentabel lijkt de verzoekende partij aldus te kunnen afleiden waarom aan de verschillende offertes voor de verschillende rubrieken het maximum van de punten

werd toegekend. In ieder geval kon de verzoekende partij aldus uit de bestreden beslissing afleiden dat de aanbestedende overheid van oordeel was dat elke inschrijver over voldoende technische uitrusting beschikte en tracht zij op geen enkele wijze de onjuistheid van deze vaststelling aan te tonen.

B.2. Tweede onderdeel

Uiteenzetting

12. In een tweede onderdeel voert de verzoekende partij aan dat wat betreft de beoordeling van het gunningscriterium ‘uitvoerend personeel’ haar offerte een punt minder krijgt omwille van het feit dat één geschoolde schilder van de eerste graad slechts matig Nederlands leest en schrijft. In het offerteformulier werd nochtans aangegeven dat deze over een grondige kennis van het Nederlands beschikt. Deze persoon is autochtone Belg. In de personeelslijst gevoegd bij de offerte staat dat deze persoon grondig Nederlands begrijpt maar slechts matig leest en schrijft. De verzoekende partij verwijst naar de technische bepalingen omtrent het personeel in het bestek en stelt dat daar wordt aangegeven dat enkel het Nederlands spreken en begrijpen relevant is zodat wel degelijk moet geoordeeld worden dat deze persoon over een grondige kennis van het Nederlands beschikt en door hiervoor een punt minder toe te kennen, schendt de verwerende partij volgens de verzoekende partij het redelijkheidsbeginsel en het bestek.

De verzoekende partij stelt ook vragen bij de relevantie van dit criterium aangezien de communicatie tussen de verzoekende partij en de aanbestedende overheid verloopt via de projectleider en de aanbestedende overheid zelf geen rechtstreekse instructies kan geven aan de personeelsleden van de verzoekende partij. Indien dit wel gebeurt, zou er sprake zijn van verboden terbeschikkingstelling. De verzoekende partij verwijst daarvoor ook naar de technische bepalingen van het bestek omtrent het personeel en naar de omschrijving van het gunningscriterium ‘organisatie en inrichting’ in het bestek. Zij merkt ook op dat ASZ Aalst geen rekening houdt met de volledige

personeelslijst waarop meer dan 15 eerste graadschilders voorkomen en er dus steeds voldaan wordt aan het gestelde criterium.

De toekenning van een punt minder is voorts niet in verhouding als wordt vastgesteld dat bij inschrijver Van Den Broeck ook een punt minder wordt toegekend terwijl die slechts vier schilders heeft opgegeven.

Beoordeling

13. Wat betreft het derde gunningscriterium werd in het bestek bepaald:

“Uitvoerend personeel

20 punten

Het uitvoerend personeel moet een grote vertrouwdheid hebben met de hedendaagse technieken die betrekking hebben op de uit te voeren werken. Daartoe zal de inschrijvende aannemer op straffe van nietigheid van zijn inschrijving een verklaring toevoegen van zijn (intern)bedrijfsgeneeskundige dienst met betrekking tot het feit dat de vermelde personeelsleden wel degelijk zijn ingeschreven onder het beroepsrisico van schilderwerken. Het bestuur oordeelt dat de inschrijver, rekening houdend met de uit te voeren opdracht en het geheel van de opdrachten die de inschrijver te verwerken kan hebben, op het ogenblik van zijn inschrijving alsook tijdens de uitvoering van de werken moet kunnen beschikken over ten minste de volgende tien personen (zie inschrijvingsformulier):

5 geschoolden 1^o graad, gespecialiseerd in het uitvoeren van schilderwerken

5 geschoolden 2^o graad, gespecialiseerd in het uitvoeren van schilderwerken

Bij elk werk dient de inschrijver een geschoolde schildervakman 1^o graad aan te leveren aan het ASZ dewelke de Nederlandse taal machtig is. De aannemer bezorgt bij zijn inschrijving op straffe van nietigheid een verklaring dat het personeel voldoende bekwaamheid bezit om de werken uit te voeren. Onder personeel worden deze vakmensen verstaan die deel uitmaken van de onderneming en te werk gesteld zullen worden voor de uitvoering van onderhavige opdracht. Deze personeelslijst dient ook de kwalificatie, kennis van het Nederlands (grondig begrijpen/lezen/schrijven of matig begrijpen/lezen/schrijven), specialiteit van het betrokken personeelslid op te geven (met specialiteit wordt bedoeld: aard van de door de betrokkene uitgevoerde werken, aantal jaren ervaring, ...).”

In de bestreden beslissing werd omtrent de beoordeling van dit criterium overwogen:

“Bij de firma Meuleman en Woutim werden bij de indiening minimum 5 geschoolde schilder van 1° graad en 5 geschoolde schilders van 2° graad naar voren gebracht. Aan beiden wordt dan ook het maximum aantal punten toegekend (20 punten).

Bij de firma Veldeman werd bij de verklaring aangegeven dat bij één geschoolde schilder van 1° graad Nederlands lezen en schrijven matig is. Hiervoor werd 1 punt minder toegekend.

Bij de firma Van den Broeck werden bij inschrijving niet het gevraagde aantal, nl 5 personen per graad vermeld. Voor elke graad werden in het dossier slechts 4 personen teruggevonden in de personeelslijst. Hiervoor werd per graad 1 punt minder aangerekend”.

Uit de omschrijving van het derde gunningscriterium in het bestek lijkt op het eerste gezicht te kunnen worden afgeleid dat de inschrijver ten minste over 5 geschoolden 1° graad gespecialiseerd in schilderwerken moet kunnen beschikken en over 5 geschoolden 2° graad gespecialiseerd in schilderwerken. Dit moet blijken uit het inschrijvingsformulier waarop plaats voorzien is om de namen van de tien betrokken personeelsleden op te nemen. Tevens wordt bepaald dat de inschrijver voor elk werk een geschoolde vakman 1° graad moet aanleveren die de Nederlandse taal machtig is. Verder wordt onder de omschrijving van het gunningscriterium aangegeven dat de inschrijver een personeelslijst bij zijn offerte voegt van het personeel waarin de kennis van het Nederlands van de verschillende personeelsleden wordt weergegeven, waaronder wordt verstaan ‘grondig begrijpen/lezen/schrijven of matig begrijpen/lezen/schrijven’.

De verzoekende partij betwist niet dat zij op de personeelslijst heeft aangegeven dat het betrokken personeelslid slechts matig Nederlands leest en schrijft. Het feit dat op het inschrijvingsformulier werd vermeld dat dit personeelslid over een grondige kennis van het Nederlands beschikt, lijkt daaraan niets af te doen, te meer omdat op het inschrijvingsformulier geen onderscheid

werd gemaakt tussen begrijpen, lezen en schrijven en de specifieke kennis van het Nederlands enkel nader gedetailleerd werd in de personeelslijst.

Door bij de beoordeling van de offertes rekening te houden met de mate waarin de op het inschrijvingsformulier vermelde vijf vakmannen 1^o graad het Nederlands niet alleen begrijpen maar ook kunnen lezen en schrijven lijkt de aanbestedende overheid op het eerste gezicht niet af te wijken van het betrokken gunningscriterium zoals het was omschreven in het bestek. In tegenstelling tot wat de verzoekende partij doet gelden, lijkt uit het bestek niet te kunnen worden afgeleid dat enkel het Nederlands spreken en begrijpen relevant is voor de beoordeling van het derde gunningscriterium, aangezien in de omschrijving van het betrokken gunningscriterium uitdrukkelijk wordt gesteld dat dient te worden aangegeven in welke mate het betreffende personeelslid zowel het Nederlands begrijpt als leest en schrijft. Het voorschrift onder de technische bepalingen van het bestek dat de medewerkers-uitvoerders van de inschrijver Nederlands dienen te begrijpen en spreken, lijkt niets af te doen aan de omschrijving van het gunningscriterium zelf waar duidelijk sprake is van ‘lezen’ en ‘schrijven’.

De verzoekende partij kan op het eerste gezicht ook niet worden gevolgd waar zij stelt dat deze vereiste niet relevant zou zijn bij de beoordeling aangezien de communicatie tussen de aanbestedende overheid en de inschrijver verloopt via de projectleider. Met de verwerende partij lijkt te kunnen worden aangenomen dat het feit dat de uitvoeringstermijnen met de projectleider worden afgesproken en de algemene coördinatie wordt waargenomen door de projectleider, niet uitsluit dat er ook rechtstreeks communicatie zou plaatsvinden tussen de werklieden en personeel van de aanbestedende overheid of eventueel patiënten/bezoekers van de ziekenhuizen, zonder dat dit het rechtstreeks geven van instructies betreft. In dat verband wijst de verwerende partij er op het eerste gezicht ook terecht op dat de ziekenhuiscampussen tijdens de werken niet worden gesloten. Er dient dan ook rekening te worden gehouden met de operationele werking van het ziekenhuis en daarbij met het feit dat diverse aanduidingen, verbodsbepalingen en waarschuwingen in het ziekenhuis in het Nederlands zijn

opgesteld. Voor de veiligheid van de personeelsleden van de aannemer alsook van het ziekenhuis en de veiligheid van de patiënten, is het noodzakelijk dat alle aanduidingen kunnen begrepen worden. De verwerende partij wijst er ook op dat het van belang is dat indien bij de uitvoering van de werken bepaalde schriftelijke of mondelinge bemerkingen dienen te worden gemaakt in het kader van de veiligheidsvoorschriften van het ziekenhuis, het essentieel is dat deze meteen worden begrepen door de schilders.

De verzoekende partij toont dan ook op het eerste gezicht niet aan dat de aanbestedende overheid door deze wijze van beoordeling bij de uitoefening van haar discretionaire beoordelingsbevoegdheid de perken van de redelijkheid te buiten zou zijn gegaan. Voorts lijkt de aanbestedende overheid het gunningscriterium bij de beoordeling van de offertes ook niet op een andere wijze te hebben aangewend dan aangekondigd in het bestek. Gelet op het belang van de veiligheid en het belang van een grondige kennis van het Nederlands in dat verband, toont de verzoekende partij ook niet aan dat het in mindering brengen van één punt voor de beperkte kennis Nederlands van één van de eerste graadsschilders van de verzoekende partij de perken van de redelijkheid te buiten zou gaan of niet in verhouding zou staan tot het in mindering brengen van een zelfde score bij de offerte van de inschrijver Van Den Broeck wegens het ontbreken van een vijfde schilder.

De opmerking van de verzoekende partij dat er op haar personeelslijst voldoende andere 1^o graadsschilders voorkomen zodat er steeds voldaan zou worden aan deze taalvereiste, lijkt daaraan niets af te doen. In de eerste plaats kan worden vastgesteld dat in de omschrijving van het gunningscriterium uitdrukkelijk was voorgeschreven dat de inschrijver de tien werklieden waarop zeker een beroep zou worden gedaan, diende te vermelden op het inschrijvingsformulier. In die zin toont de verzoekende partij niet aan dat de aanbestedende overheid de perken van een redelijke beoordeling zou zijn te buiten gegaan door bij de beoordeling van het gunningscriterium enkel rekening te houden met de tien personeelsleden die werden opgegeven op het

inschrijvingsformulier en geen rekening te houden met personeelsleden die niet voorkwamen op het inschrijvingsformulier maar enkel op de personeelslijst. Voorts toont de verzoekende partij trouwens ook niet aan hoe op grond van haar personeelslijst op het eerste gezicht kan worden vastgesteld dat er voldoende eerste graadsschilders op voorkomen met de vereiste taalkennis, aangezien op het eerste gezicht op de personeelslijst niet uitdrukkelijk wordt vermeld of het betreffende personeelslid een kwalificatie 1° graad dan wel 2° of andere graad heeft, zoals bedoeld in het bestek en zoals wel uitdrukkelijk wordt aangegeven voor de personeelsleden vermeld op het inschrijvingsformulier.

Het tweede onderdeel is niet ernstig.

IX. Besluit

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

BESLISSING

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

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 7 april 2014,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Bram Van Thillo,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Bram Van Thillo

Dierk Verbiest