

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

**nr. 228.039 van 8 juli 2014
in de zaak A. 212.842/XII-7689**

In zake: de BVBA GROENSERVICE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Christophe Lenders en Joris Wouters
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 27
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE BOOM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Carlos De Wolf
kantoor houdend te 9680 Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

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

“de beslissing van de Gemeente Boom dd. 19 mei 2014 [...] waarbij wordt beslist de opdracht ‘Maaien, onderhoud en renovatie van voetbalvelden 2014, 2015 en 2016’, Perceel 1, ‘Maaien en onderhoud van de voetbalvelden’ te gunnen aan EXCLUSIVE SPORTSCARS CENTER BELGIUM BVBA, [...] tegen het inschrijvingsbedrag van 33.742,73 EUR excl. BTW of 40.828,70 EUR incl. BTW onder voorbehoud dat EXCLUSIVE SPORTSCARS CENTER BELGIUM BVBA van het bekomen van de gevraagde erkenning, en niet aan GROENSERVICE BVBA.”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 4 juli 2014 om 10.45 uur.

Staatsraad Stephan De Taeye heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Simon Verhoeven, die *loco* advocaten Christophe Lenders en Joris Wouters verschijnt voor de verzoekende partij en advocaat Carlos De Wolf, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Ann Eylenbosch 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 Boom schrijft een opdracht uit voor de aanneming van diensten met als voorwerp “Maaien, onderhoud en renovatie van voetbalvelden 2014, 2015 en 2016”. Het betreft een opdracht bestaande uit twee percelen.

Perceel 1 heeft als voorwerp het maaien en onderhouden van voetbalvelden. Perceel 2 betreft de regeneratie van deze voetbalvelden.

Het gaat telkens over de volgende terreinen gelegen te Boom:

- Voetbalterreinen De Schomme (36.000 m²);
- Voetbalterrein A (9000 m²);
- Voetbalterrein B (6000 m²).

De opdracht is onderworpen aan het bijzonder bestek nr. GMIG2014/01.

Onder punt I.5 “Toegangsrecht en kwalitatieve selectie” wordt in het bestek het volgende vermeld:

“Het offerteformulier moet vergezeld zijn van volgende stukken:

Juridische situatie van de inschrijver - vereiste bewijsstukken (uitsluitingscriteria).

Een attest dat uitgereikt werd door de bevoegde overheid en waarin bevestigd wordt dat de inschrijver voldaan heeft aan zijn verplichtingen inzake betaling van de bijdragen voor de sociale zekerheid, tot en met diegene die slaan op het voorlaatste afgelopen kalenderkwartaal vóór de uiterste datum voor de ontvangst van de aanvragen tot deelneming of voor de ontvangst van de offertes, overeenkomstig de Belgische wetgeving of die van het land waar hij gevestigd is.

Technische bekwaamheid van de inschrijver - vereiste bewijsstukken (selectiecriteria)

- * Een lijst van de voornaamste gelijkaardige diensten uitgevoerd tijdens de laatste drie jaar, met vermelding van bedrag en datum en van de publiek- of privaatrechtelijke instanties waarvoor zij bestemd waren.
- * Het inschrijvingsnummer van het register van erkende bedrijven en het certificaat van de erkenning in de categorie en de klasse corresponderend met de gevraagde prestaties;

Deze werken zijn gerangschikt in de categorie G, ondercategorie G3 en behoren tot de klasse 2.”

Onder punt I.10 “Gunningscriteria” worden in het bestek de volgende gunningscriteria vermeld:

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

Deze gunningscriteria gelden voor alle percelen :

Nr.	Beschrijving	Gewicht
1	voorgestelde uitvoeringsprogramma	15
2	voorstel garantie stiptheid uitvoering	15
3	snelle en flexibele inzetbaarheid	20
4	Prijs	50
	50 x Pmin/Px Pmin: laagste regelmatige inschrijvingsprijs Px: betreffende inschrijvingsprijs	

Aan elk criterium werd een gewicht toegekend. Op basis van de afweging van al deze criteria rekening houdende met het gewicht dat er aan werd toegekend, zal de opdracht gegund worden aan de inschrijver die de economisch voordeligste regelmatige offerte, vanuit het oogpunt van de aanbestedende overheid, heeft ingediend.”

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 25 maart 2014. Onder punt III.2.3. “Vakbekwaamheid” valt in de aankondiging te lezen wat volgt:

“Inlichtingen en formaliteiten om na te gaan of aan de vereisten is voldaan:
[...]

- het inschrijvingsnummer van het register van erkende bedrijven en het certificaat van de erkenning in de categorie en de klasse corresponderend met de gevraagde prestaties;

Deze werken zijn gerangschikt in de categorie G, ondercategorie G3 en behoren tot de klasse 2.”

3.2. De opdracht wordt gegund volgens de procedure van de open offerteaanvraag. De opening van de offertes vindt plaats op 30 april 2014.

Voor beide percelen worden vier offertes ingediend door:

- de verzoekende partij;
- nv Krinkels;
- nv Sportinfrabouw;
- bvba ESC Belgium.

3.3. Op 5 mei 2014 wordt het verslag van nazicht van de offertes opgesteld. Onder punt 2 “Offertes” wordt volgende opmerking geformuleerd omtrent de offerte van de bvba ESC Belgium:

“Aan- en opmerkingen geformuleerd NA de opening van de offertes:

- ESC Belgium bvba: Erkenning klasse 2 nog in aanvraag, aanvraag ingediend in april 2014. Kan maar een voorlopige erkenning krijgen voor 20 maanden.”

Onder punt 3 “Toegangsrecht en kwalitatieve selectie van de inschrijvers” valt in het verslag van nazicht te lezen wat volgt:

Naam	Tijdig	RSZ	Btw + bel. *	Jur. ¹	Fin. ²	Techn. ³
GROENSERVICE bvba	Ja	OK	OK	OK	OK	OK
Krinkels NV	Ja	OK	OK	OK	OK	OK
Sportinfrabouw NV	Ja	OK	OK	OK	OK	OK
ESC Belgium bvba	---	OK	OK	OK	OK	OK

* Btw + belastingen

¹ Juridische situatie

² Economische en financiële draagkracht

³ Technische bekwaamheid

Besluit van de kwalitatieve selectie

Volgende inschrijvers worden geselecteerd omdat eventuele tekortkomingen niet essentieel zijn:

Naam	Motivering
GROENSERVICE bvba	In orde
Krinkels NV	In orde
Sportinfrabouw NV	In orde
ESC Belgium bvba	

Onder punt 4 “Formeel en materieel nazicht van de offertes van geselecteerde kandidaten” staat onder de subtitel “Materieel nazicht van de offertes” met betrekking tot perceel 1 het volgende vermeld:

Nr.	Naam	Status	Opmerkingen
Perceel 1 (Maaien en onderhoud van voetbalvelden)			
1	GROENSERVICE bvba	OK	
2	Krinkels NV	OK	
3	Sportinfrabouw NV	OK	
4	ESC Belgium bvba	OK	DE ERKENNING VOOR HET UITVOEREN VAN DE WERKEN IS NOG IN AANVRAAG

Na beoordeling van de offertes in het licht van de gunningscriteria, is de “finale rangschikking regelmatige offertes (gerangschikt volgens totale score en prijs incl. btw)” de volgende:

Nr.	Naam	Score	Prijs incl. btw *
Perceel 1 (Maaien en onderhoud van voetbalvelden)			
4	ESC Belgium bvba	80	€ 40.828,70
1	GROENSERVICE bvba	79,19	€ 49.565,05
3	Sportinfrabouw NV	64,74	€ 58.758,81
2	Krinkels NV	49,95	€ 70.514,57
Perceel 2 (Regeneratie van voetbalvelden)			
1	GROENSERVICE bvba	93,57	€ 50.750,49
3	Sportinfrabouw NV	85	€ 49.296,16
2	Krinkels NV	73,73	€ 57.677,61
4	ESC Belgium bvba	70,18	€ 50.115,78

3.4. In zitting van 19 mei 2014 besluit het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Boom goedkeuring te verlenen aan het verslag van nazicht van 5 mei 2014, de opdracht Perceel 1 “Maaien en onderhoud van voetbalvelden” te gunnen aan de bvba ESC Belgium, tegen het nagerekende inschrijvingsbedrag van € 40.828,70, btw inbegrepen “onder voorbehoud van het bekomen van de gevraagde erkenning voor de werken”, en de opdracht perceel 2 “Regeneratie van voetbalvelden” te gunnen aan de verzoekende partij.

Het verslag van nazicht van de offertes maakt blijkens artikel 2 van het gunningsbesluit integraal deel uit van deze beslissing.

De verzoekende partij vecht de voormelde beslissing van 19 mei 2014 aan, in zoverre perceel 1 niet aan haar maar aan de bvba ESC Belgium wordt gegund.

3.5. Met een schrijven van 27 mei 2014, verzonden op 4 juni 2014, deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat perceel 2 “Regeneratie van voetbalvelden” aan haar werd gegund en dat perceel 1 “Maaien

en onderhoud van voetbalvelden” werd gegund aan de bvba ESC Belgium en dit onder voorbehoud van het verkrijgen van de gevraagde erkenning voor de werken.

De verzoekende partij verklaart dat bij deze brief noch de gunningsbeslissing, noch de motieven ervan, zijn gevoegd. Met een e-mailbericht van 5 juni 2014 vraagt de verzoekende partij aan de verwerende partij om de gemotiveerde gunningsbeslissing met gunningsverslag.

Met een e-mailbericht van dezelfde datum geeft de verwerende partij gevolg aan dit verzoek.

3.6. Bij ministeriële beslissing van 25 juni 2014 wordt aan de bvba ESC Belgium het getuigschrift van voorlopige erkenning in de categorie G3, klasse 2, voor een termijn van twintig maanden verleend.

IV. Schorsingsvoorwaarden

4.1. 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.

4.2. Te dezen is evenwel ook 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.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissing in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

Overeenkomstig artikel 15, tweede lid, echter wordt de vordering tot schorsing voor de Raad van State uitsluitend ingesteld volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Overeenkomstig artikel 31 gelden deze bepalingen ook voor opdrachten die de drempelbedragen voor Europese bekendmaking niet bereiken.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of minstens één ernstig middel wordt aangevoerd, dan wel een klaarblijkelijke onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissing kunnen verantwoorden.

V. Onderzoek van de middelen

Uiteenzetting van het enig middel

5. De verzoekende partij neemt een enig middel uit de schending van artikel 25 van de wet van 15 juni 2006 ‘betreffende overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’, de artikelen 58 en 95 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: het koninklijk besluit van 15 juli 2011) en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het gelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het transparantiebeginsel en het beginsel “*patere legem quam ipse fecisti*”,

“Doordat de verwerende partij de gekozen inschrijver ESC BELGIUM heeft geselecteerd en perceel 1 aan haar heeft gegund onder voorbehoud van het bekomen van de vereiste erkenning voor categorie G3, klasse 2;

Terwijl het bestek uitdrukkelijk vereist dat een certificaat van erkenning voor categorie G3, klasse 2 gevoegd wordt bij de offerte; Dat uit de bestreden

beslissing blijkt dat ESC BELGIUM het door het bestek opgelegde erkenningscertificaat niet had gevoegd bij haar offerte; Dat ESC BELGIUM derhalve niet mocht worden geselecteerd en niet in aanmerking mocht komen voor gunning van perceel 1; Dat perceel 1 derhalve aan verzoekende partij en niet aan ESC BELGIUM diende gegund te worden;

Zodat de bestreden beslissing de in het middel aangehaalde wetsbepalingen en beginselen schendt.”

Zij licht toe dat de opdracht een opdracht voor diensten betreft, dat de erkenningsreglementering derhalve niet van toepassing is, dat het bestek de voeging bij de offerte van een certificaat van erkenning wel oplegt in het kader van de kwalitatieve selectie, dat het essentieel karakter van deze besteksvereiste voorts blijkt uit het voorwaardelijk karakter van de gunning, dat bij gebrek aan voeging van het erkenningscertificaat bij haar offerte de bvba ESC Belgium niet had mogen worden geselecteerd, zodat perceel 1 aan de verzoekende partij had moeten worden gegund.

Beoordeling

6. Overeenkomstig artikel 3 van de wet van 20 maart 1991 ‘houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken’ (hierna: de wet van 20 maart 1991) mogen opdrachten voor aanneming van werken als bedoeld in artikel 2 in beginsel slechts worden gegund aan aannemers die op dat ogenblik hiervoor erkend zijn. Luidens artikel 2 is de wet van 20 maart 1991 van toepassing op de overheidsopdrachten voor werken, zoals gedefinieerd in artikel 3, 2°, van de voormelde wet van 15 juni 2006. Indien de opdracht geen opdracht voor werken betreft, is de erkenningsreglementering derhalve niet van toepassing.

De partijen zijn het er te dezen over eens dat de kwestieuze opdracht geen overheidsopdracht voor aanneming van werken, doch wel een overheidsopdracht voor aanneming van diensten, betreft, zodat de erkenningsreglementering er niet op van toepassing is.

7. De vraag rijst of de verwerende partij als aanbestedende overheid, niettegenstaande het voormelde, toch op wettige wijze de toepassing van een onderdeel van de erkenningsreglementering, *in casu* de vereiste van de erkenning voor categorie G3, klasse 2, via de weg van de kwalitatieve selectiecriteria vermocht op te leggen. Het staat aan de Raad van State om daarover te oordelen, daargelaten de vraag of de verwerende partij de gebeurlijke onwettigheid van haar eigen besteksbeplanning zelf vermag in te roepen.

8. Artikel 58, § 1, 2°, eerste lid, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 bepaalt:

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

[...]

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.

[...].”

Vertaald naar de kwalitatieve selectie, betreft artikel 70 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 de voorwaarden vastgesteld door of krachtens de wet van 20 maart 1991 om de selectie van de inschrijvers uit te voeren, enkel op opdrachten voor werken. Het koninklijk besluit van 15 juli 2011 bevat geen soortgelijke bepaling voor opdrachten voor diensten. Verder dient gewezen op de memorie van toelichting bij het wetsontwerp ‘betreffende overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten van werken, leveringen en diensten’, dat de voormelde wet van 15 juni 2006 is geworden, waarin bij artikel 79 van dit ontwerp het volgende is vermeld:

“Dit artikel wijzigt de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers om rekening te houden met de benaming van de nieuwe wet overheidsopdrachten.

Voor wat betreft, is de definitie van de overheidsopdracht van werken identiek aan deze van toepassing in de wetgeving inzake overheidsopdrachten.

Hieruit vloeit voort dat voor bepaalde prestaties van diensten die weliswaar vallen onder een bepaalde erkenningscategorie zoals deze met betrekking tot het onderhoud van parken, tuinen en aanplantingen, de aanbestedende overheid geen bewijs mag vragen dat de onderneming voldoet aan de erkenningsvoorwaarden omdat het niet meer gaat om opdrachten voor werken.
[...].”

9. Gelet op wat voorafgaat, dient de onder randnummer 7 gestelde vraag op het eerste gezicht ontkennend te worden beantwoord en vermocht de verwerende partij derhalve niet op wettige wijze de vereiste van de erkenning voor categorie G3, klasse 2, via de weg van de kwalitatieve selectiecriteria in haar bestek op te leggen.

De verzoekende partij vermag zich op het eerste gezicht niet dienstig op een onwettige besteksbepaling te beroepen en heeft zodoende niet het vereiste belang bij het middel.

Het middel is onontvankelijk.

10. Uit wat voorafgaat, moet worden besloten dat de verzoekende partij geen ernstig middel aanvoert.

Hieruit volgt dat niet voldaan is aan één van de voorwaarden gesteld in artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State die cumulatief vervuld moeten zijn wil een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden toegewezen.

VI. Kosten

11. De verwerende partij vraagt dat de verzoekende partij zou worden veroordeeld tot betaling van een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro.

Overeenkomstig artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan de afdeling bestuursrechtspraak een rechtsplegingsvergoeding

toekennen, die een forfaitaire tegemoetkoming is in de kosten en honoraria van de advocaat van de in het gelijk gestelde partij.

Artikel 67 van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’, krachtens artikel 4 van het koninklijk besluit van 28 maart 2014 ‘betreffende de rechtsplegingvergoeding bedoeld in artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State van 12 januari 1973’ toepasselijk op de procedures in het administratief kort geding zoals de onderhavige, en krachtens artikel 9 van dat besluit in werking getreden op 2 april 2014 voor vorderingen ingesteld te rekenen vanaf die datum, is van toepassing op de voorliggende vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid nu deze werd ingediend op 20 juni 2014.

Dit artikel 67 bepaalt:

“§ 1. Het basisbedrag van de rechtsplegingvergoeding bedraagt 700 euro, het minimumbedrag 140 euro en het maximumbedrag 1.400 euro.

In afwijking van het voorgaande lid bedraagt het maximumbedrag 2.800 euro voor de geschillen betreffende de regelgeving inzake de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten.”

Er is aldus grond om met toepassing van deze bepaling te dezen het door de verwerende partij gevorderde basisbedrag van 700 euro toe te kennen, nu zij door de verwerping van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid als in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 8 juli 2014, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Stephan De Taeye,	staatsraad, wnd. voorzitter,
bijgestaan door	
Vera Wauters,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Vera Wauters

Stephan De Taeye