

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 229.190 van 18 november 2014
in de zaak A. 210.368/XII-7478**

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

tegen:

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

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 18 november 2013, strekt tot de nietigverklaring van “het besluit van [het] Brussels Hoofdstedelijk Gewest genomen op ongekende datum waarbij aan de ‘Elec DVC nv’ een overheidsopdracht wordt toegewezen met als voorwerp ‘Fontein en – Vernieuwingswerken, aanpassingswerken en vervanging van de installaties – Onderhoud en het in volmaakte staat van werking houden’”.

II. Verloop van de rechtspleging

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

Auditeur Frederic Eggermont 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 21 oktober 2014.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Wouter Moonen, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Ian Arnouts, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederic Eggermont heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3. Bij arrest nr. 225.329 van 4 november 2013 werd de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de bestreden beslissing bevolen; de feiten worden erin als volgt weergegeven:

“3.1. De verwerende partij schrijft een openbare aanbesteding voor aanneming van werken uit met als voorwerp ‘Brussels Hoofdstedelijk Gewest – Fontainen – Vernieuwingswerken, aanpassingswerken en vervanging van de installaties – Onderhoud en het in volmaakte staat van werking houden’.

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

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

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

‘De inschrijver moet beantwoorden aan de eisen in verband met de kwalitatieve selectie, die gestaafd worden aan de hand van de volgende documenten die verplicht bij de offerte te voegen zijn:

- hetzij het bewijs van zijn erkenning als aannemer van werken voor het uitvoeren van werken in de ondercategorie L1-L2, klasse 4

[...]

Technische capaciteit

- de lijst van de werken uitgevoerd tijdens de laatste vijf jaar op het gebied van elektrische en hydraulische installaties van de openbare fontein, deze lijst gestaafd door getuigschriften van goede uitvoering voor de belangrijkste werken. Deze getuigschriften bevatten het bedrag, het tijdstip en de plaats van uitvoering van de werken en geven duidelijk weer of deze uitgevoerd werden volgens de regels van de kunst en of ze op regelmatige wijze tot een goed einde werden gebracht. In voorkomend geval zullen deze getuigschriften door de bevoegde overheid rechtstreeks aan de aanbestedende overheid toegezonden worden.

Alle voornoemde documenten moeten door de inschrijvers worden ondertekend, voorzien van de vermelding ‘oprecht en waarachtig’ en bij de offerte worden gevoegd.

De inschrijver die niet op voldoende wijze aan deze criteria voldoet zal niet geselecteerd worden.’

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

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

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

‘Overwegende dat de inschrijvers als volgt kunnen worden geanalyseerd op basis van de kwalitatieve selectiecriteria:

1. [V.]

2. Automatic Spraying systems bvba

- Is erkend in de ondercategorieën L1-L2, klasse 4;

3. Elec DVC nv

- Beschikte over een voorlopige erkenning in ondercategorie L2, klasse 3 (deze klasse stemt overeen met het bedrag van de offerte van deze firma) uitgereikt op 28.05.2009 en twintig maanden geldig. De firma heeft een dossier ingediend bij de Commissie voor Erkenning der Aannemers voor een klasseverhoging en de verlenging van de geldigheid van de voorlopige erkenning. Op datum van 04.06.2013 heeft de Commissie [...]

een gunstig advies uitgebracht aangaande deze aanvraag voor verhoging in klasse en voor verlenging van de geldigheid;

De drie inschrijvers hebben eveneens alle documenten die gevraagd werden binnen het kader van de kwalitatieve selectie bij hun offerte gevoegd en hebben aangetoond [dat] zij beantwoorden aan de gestelde eisen ter zake.

De drie volgende inschrijvers zijn geselecteerd, met het oog op het onderzoek van de offertes: [V.], Automatic Spraying Systems bvba en Elec DVC nv.

[...]

Gelet op de artikelen 14, 15 en 65/29 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten van werken, leveringen en diensten, zoals gewijzigd;

Gelet op de artikelen 110, § 1 en 111 tot 113 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, zoals gewijzigd;

Overwegende dat de opdracht aan de laagste regelmatige inschrijver wordt gegund;

Gelet op het feit dat er voor dit type van opdracht geen veiligheids- en gezondheidscoördinator diende te worden aangesteld;

Overwegende dat de definitieve rangschikking van de offertes, na het nazicht van de rekenkundige bewerkingen, de volgende is:

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

Overwegende dat deze twee offertes als regelmatig zijnde worden beschouwd;

Overwegende dat de firma ELEC DVC nv de laagste regelmatige offerte heeft ingediend;

Aangezien het aantal ingediende offertes minder is dan 4, zijn de bepalingen van het artikel 110, § 4 van het K.B. van 08.01.1996 niet van toepassing;

Overwegende dat het totaal bedrag van de werken door het Bestuur oorspronkelijk op 637.579,25 € (btwi) werd geraamd;

Overwegende dat het Bestuur echter heeft vastgesteld dat zij bij het opmaken van de raming een foute vermenigvuldigingscoëfficiënt heeft gebruikt;

Overwegende dat zij, hierdoor, overgegaan is tot een aanpassing van deze raming, die teruggebracht werd tot 573.821,33 € (btwi);

Overwegende dat het bedrag van de offerte van de firma ELEC DVC nv 6,73% onder het bedrag van de raming ligt;

Overwegende dat de ingediende eenheidsprijzen als normaal en aanvaardbaar zijnde kunnen worden beschouwd;

Overwegende dat, in overeenstemming met de voorschriften van het bestek betreffende het beroep op de impliciete verklaring op erewoord, de aanbestedende overheid de juistheid van deze impliciete verklaring op

erewoord onderzocht heeft en dat blijkt dat deze impliciete verklaring op erewoord juist is.’

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

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4. De verwerende partij werpt een exceptie op wegens gebrek aan belang van de verzoekende partij. Betoogd wordt dat de beoordeling in de gunningsbeslissing, dat de verzoekende partij is erkend in de ondercategorieën L1 – Installaties van leidingen – en L2 – Uitrustingen van pomp- en turbine-stations – berust op een materiële vergissing. De verzoekende partij beschikt, aldus de verwerende partij, niet over de vereiste erkenningen. Bijgevolg “diende haar offerte te worden geweerd van deelname aan de opdracht” omdat zij “niet voldoet aan de vereisten inzake de technische bekwaamheid”. Uit het voorgaande vloeit voort dat de verzoekende partij geen belang kan doen gelden bij de door haar gevorderde nietigverklaring van de gunningsbeslissing.

5. In de laatste memorie benadrukt de verwerende partij dat de verzoekende partij tot op heden niet beschikt over de vereiste erkenningen en ook niet blijkt dat zij aan de erkenningsvereisten zou kunnen voldoen en de erkenningen zou kunnen verkrijgen. De thans hangende erkenningsaanvraag, die zij voegt bij haar memorie van wederantwoord, toont op zichzelf niets aan. Gelet op het feit dat de verzoekende partij tot op heden niet beschikt over de vereiste erkenningen en geen bewijzen kan voorleggen dat zij deze zou kunnen verkrijgen, kan zij bij het eventueel herbeginnen van de gunningsprocedure *a priori* geen aanspraak maken op het verkrijgen van de opdracht. Hieruit vloeit voort dat zij geen belang meer bij de nietigverklaring van de bestreden beslissing kan doen gelden.

Beoordeling

6. In de eerste plaats moet worden opgemerkt dat de verwerende partij de verzoekende partij heeft geselecteerd en haar kandidatuur aanvaard; mocht zij thans menen dat dit ten onrechte was, dan dient zij daarover in beginsel een nieuwe beslissing te nemen die door de verzoekende partij in rechte kan worden bestreden. Dergelijke beslissing ligt niet voor.

Overigens, zelfs indien de kandidatuur van de verzoekende partij op grond van gegronde en onbetwistbare redenen als onregelmatig zou moeten worden geweerd en de verzoekende partij dit niet op goede gronden zou kunnen betwisten, dan nog moet worden vastgesteld dat in voorliggend geval de verzoekende partij nog steeds belang zou hebben bij het bestrijden van de gunningsbeslissing in de mate dat zij in haar middelen net zou doen gelden dat de kandidatuur van de begunstigde inschrijver of diens offerte substantieel onregelmatig zijn; de beoordeling van de exceptie hangt dan ook in deze veronderstelling samen met de beoordeling van de gegrondheid van de middelen. Op te merken valt dat enkel de offerte van de verzoekende partij en de begunstigde inschrijver als regelmatig werden beoordeeld.

De exceptie wordt verworpen.

V. Onderzoek van het eerste onderdeel van het tweede middel

Standpunt van de partijen

7. De verzoekende partij voert in het middel de schending aan van “artikel 19 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken; artikel 110, § 2 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 [...]; de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van [de] bestuurshandelingen, o.a. de artikelen 2 en 3; beginselen van behoorlijk bestuur, o.a. het materieel motiveringsbeginsel, het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* en het zorgvuldigheidsbeginsel”.

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

“Doordat [...] de verwerende partij in het gunningsverslag aangeeft dat de inschrijvers beantwoorden aan de gestelde eisen inzake kwalitatieve selectie;

Terwijl op grond van de formele motiveringswet een administratieve rechtshandeling de feitelijke en juridische overwegingen moet bevatten, die de beslissing schragen; dat bovendien deze geformaliseerde motieven afdoende moeten zijn;

[...]

Terwijl een onderneming die geen activiteit heeft inzake het onderhoud en herstellen van fontein en onmogelijkerwijze het bewijs kan leveren dat zij ervaring heeft in deze materie;

Terwijl de verwerende partij geen werkelijk onderzoek heeft gedaan naar de activiteit van de gekozen inschrijver en derhalve niet het bewijs kan leveren inzake de technische bekwaamheid.”

Toegelicht wordt dat de gekozen inschrijver een onderneming is die zich uitsluitend toelegt op het plaatsen van verlichting, drijfkracht en telefoon. In deze hoedanigheid heeft de gekozen inschrijver reeds als onderaannemer voor de verzoekende partij gefungeerd. De gekozen inschrijver mag dan wel vertrouwd zijn met elektriciteitswerken, maar dit is slechts een klein facet van de opdracht. Het verbaasde de verzoekende partij dan ook dat de gekozen inschrijver kon voldoen aan de selectie-eis dat de inschrijvers aantonen dat zij de laatste vijf jaren werken hebben uitgevoerd op het gebied van elektrische en hydraulische installaties van openbare fontein en. Zoals reeds vastgesteld in het schorsingsarrest, blijkt dat de verwerende partij op kennelijk onzorgvuldige wijze het selectieonderzoek heeft gevoerd en dat zij op onjuiste wijze poneert dat de gekozen inschrijver de vereisten inzake de technische bekwaamheid heeft voorgelegd.

8. De verwerende partij betoogt in haar memorie van antwoord dat de lijst van referenties van de gekozen inschrijver de vereiste ervaring aantoon t. Minstens moet hieruit worden afgeleid dat zij over de vereiste ervaring beschikt inzake de onderdelen van de opdracht gerelateerd aan elektriciteit, wat ook door de verzoekende partij wordt erkend.

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

De verwerende partij heeft ondertussen haar vertrouwen in de praktijk ook zien worden bevestigd. De gekozen inschrijver en zijn onderaannemer hebben immers reeds enkele taken uitgevoerd in het kader van de opdracht en zulks naar volle tevredenheid van de verwerende partij.

In tegenstelling tot het oordeel in het schorsingsarrest blijft de verwerende partij bij haar standpunt dat er voldoende garanties voorlagen om de technische bekwaamheid van de gekozen inschrijver vast te stellen. Wat de voormelde verklaring betreft is het al te eenvoudig om een referentie enkel toe te wijzen aan de bedrijfsentiteit die de opdracht heeft uitgevoerd, zonder in overweging te nemen of de verantwoordelijken voor de uitvoering van die referentieopdracht al dan niet nog binnen die entiteit aanwezig zijn. Te dezen blijkt minstens dat de verantwoordelijke voor uitvoering van de referentieopdracht niet meer bij de verzoekende partij, maar integendeel net bij de onderaannemer van de gekozen inschrijver te zijn tewerkgesteld, zodat de referentie desgevallend aan twee personen of entiteiten, en minstens ook aan de

onderaannemer, dient te worden toegewezen. In tegenstelling tot wat de verzoekende partij beweert, heeft de Raad van State in het schorsingsarrest hoogstens geoordeeld dat de referentie niet toekomt aan de onderaannemer als onderneming zonder zich uit te spreken over het zich toe-eigenen van de referentie door de verzoekende partij.

Wat de stelling betreft als zou er geen verbintenis voorliggen vanwege de onderaannemer om zijn middelen aan de gekozen inschrijver ter beschikking te stellen, benadrukt de verwerende partij dat er voor haar voldoende zekerheid ter zake bestond. Immers, het is de onderaannemer zelf die bij de overheid de voormelde verklaring heeft opgevraagd en het is de gekozen inschrijver die vervolgens deze verklaring bij zijn offerte heeft gevoegd. Indien een inschrijver bij zijn offerte een dergelijk document voegt, dan mag hieruit worden afgeleid dat de onderaannemer zich ertoe verbindt de opdracht te zullen uitvoeren. Overigens kan nog worden opgemerkt dat het enkel en alleen de verzoekende partij is die blijkens haar offerte een beroep wenst te doen op verscheidene onderaannemers, van wie de naam wordt opgegeven maar waarvoor geen enkele verbintenis of enig ander document wordt voorgelegd. Een van die onderaannemers betreft de gekozen inschrijver zelf. Bovendien is de onderaannemer een startend bedrijf dat zich derhalve niet kan permitteren om een opdracht als deze zonder meer af te wijzen. De zaakvoerder van de onderaannemer heeft in het verleden, in het kader van de functie die hij uitoefende bij de verzoekende partij, ook reeds samengewerkt met de gekozen inschrijver. Alle voorgaande elementen wijzen er volgens de verwerende partij op dat er wel degelijk een verbintenis voorlag van de onderaannemer om zijn middelen daadwerkelijk aan de gekozen inschrijver ter beschikking te stellen.

9. De verzoekende partij merkt in haar memorie van wederantwoord op dat de verwerende partij doet uitschijnen dat één persoon de gehele vorige opdracht zou hebben uitgevoerd en dat de onderneming van de verzoekende partij tot die ene persoon te herleiden viel. De verzoekende partij heeft exact 100 recente referenties voorgelegd met betrekking tot het plaatsen en onderhouden van fontein, en de vorige opdracht werd uitgevoerd door de bvba Automatic Spraying Systems die hiervoor de volledige verantwoordelijkheid heeft gedragen. Verder wijst de verzoekende partij erop dat de

onderaannemer, de bvba PC Projects, reeds werd opgericht in december 2011 en het ontslag van een van de zaakvoerders van de verzoekende partij, die al die tijd ook zaakvoerder was van de onderaannemer, kan dan ook geen overdracht van expertise aan de onderaannemer inhouden.

De posten 1 tot en met 120, waarvoor de kwestieuze onderaannemer instaat, omvatten de kern van de opdracht, wat doet uitschijnen dat de gekozen inschrijver een inschrijver *pro forma* is die moet toelaten “de onbekwame onderaannemer” het werk te doen uitvoeren. De onderaannemer is namelijk slechts erkend in ‘klasse 1 opdrachten’ met een waarde tot 135.000 euro. Dit betekent dat, hoewel de onderaannemer *de facto* moet instaan voor de uitvoering van de gehele opdracht, hij niet over de bewezen economische draagkracht beschikt om de opdracht te mogen uitvoeren. De posten 1 tot en met 120 overschrijden reeds het maximaal toegelaten bedrag van de werken die hij mag uitvoeren.

De verzoekende partij stelt voorts vast dat er geen verbintenis voorligt en dat de kwestieuze onderaannemer de verbintenis niet kan geven, doordat zij slechts beschikt over een erkenning klasse 1, terwijl de werken waarvoor zij moet instaan ten aanzien van de overheid ruimschoots die klasse overstijgen.

10. In haar laatste memorie wijst de verwerende partij er nog op dat er “een duidelijke en inhoudelijke link bestaat tussen de onderaannemer en de referentie”, hetgeen wordt bevestigd door de rol die de zaakvoerder van de onderaannemer als verantwoordelijke voor de uitvoering van de referentie-opdracht in het verleden heeft vervuld bij de verzoekende partij. Aldus moet deze worden geacht “de ervaring van de referentie met zich mee te brengen” en “geldt de verklaring wel degelijk als volwaardige en geldige referentie die de technische capaciteit van de onderaannemer aantoont”. Het voorgaande geldt volgens de verwerende partij des te meer nu de verzoekende partij nagelaten heeft om zelf de referentie bij haar offerte te voegen, hetgeen doet vermoeden dat zij meent zich daarop niet te kunnen beroepen.

Voorts is het tevens onjuist, aldus de verwerende partij, “om zonder meer aan te nemen dat een opdracht uitgevoerd door een onderneming altijd een valabele referentie van (enkel) die onderneming zal blijven”. Net zoals erkenningen in bepaalde hypothesen overdraagbaar zijn, moeten referenties geacht worden overdraagbaar te zijn. Referenties hebben betrekking op bepaalde werken en zijn niet enkel verbonden aan een entiteit maar ook aan het personeel van die entiteit, zonder hetwelk de entiteit de opdracht nooit had kunnen uitvoeren.

11. In haar laatste memorie wijst de verzoekende partij er van haar kant op dat zij er uitdrukkelijk voor heeft gekozen om haar bekwaamheid aan te tonen los van de referenties waarover zij mag beschikken op grond van de werken uitgevoerd voor de verwerende partij. Zij herhaalt dat zij 100 dergelijke referenties heeft voortgebracht, terwijl de onderaannemer van de gekozen inschrijver niet meer dan één referentie kan voorleggen van werken uitgevoerd door de verzoekende partij, een referentie die de verwerende partij dan ook nog eens zelf aflevert aan die onderaannemer van de gekozen inschrijver.

Beoordeling

12. Uit het op voorliggende zaak toepasselijke artikel 19, eerste lid, van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 volgt dat de aanbestedende overheid de referenties mag vragen die zij verlangt en dat de technische bekwaamheid van de inschrijver onder meer kan worden aangetoond door een lijst van werken, uitgevoerd tijdens de laatste vijf jaar, gestaafd door getuigschriften van goede uitvoering, die het bedrag, het tijdstip en de plaats van uitvoering van de werken vermelden, dit alles onverminderd de bepalingen betreffende de erkenning van aannemers van werken.

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

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

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

Geen enkele van deze eigen referenties is te relateren aan elektrische en hydraulische installaties van openbare fontein, voorwerp van de kwestieuze opdracht.

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

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

De ingeroepen referentie van de onderaannemer betreft dus werken die niet door deze onderaannemer zelf zijn uitgevoerd maar die wel werden opgevolgd door de zaakvoerder van de onderaannemer. Hieruit moet worden besloten dat de begunstigde inschrijver geen eigen referenties heeft, dat de door hem naar voor geschoven onderaannemer als onderneming die ook niet heeft en dat de ingeroepen referenties werken betreffen uitgevoerd door de verzoekende partij zelf waarbij de zaakvoerder van de onderaannemer dan een

taak van opvolging had. De verwerende partij mocht in die omstandigheden niet toelaten dat de gekozen inschrijver zich beroept op deze referenties.

Overigens maakt de verwerende partij niet duidelijk hoe de gekozen onderaannemer zich juridisch mocht beroepen op de referenties van een ander noch hoe een zaakvoerder in voorliggende omstandigheden zomaar mag worden geïdentificeerd met een volledige onderneming. Het feit dat de verzoevende partij zich zelf niet beroept op deze referenties doet dit niet wankelen.

Dat ondertussen de gekozen inschrijver het vertrouwen van de verwerende partij heeft bevestigd en dat de werken naar haar volle tevredenheid worden uitgevoerd, houdt niet in dat de kwalitatieve selectiecriteria terzijde mogen worden geschoven.

Door de gekozen inschrijver te selecteren heeft de verwerende partij het artikel 19 van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 en de verplichting tot deugdelijke materiële motivering geschonden. In die omstandigheden toont de verzoevende partij aan dat zij hoe dan ook belang heeft bij haar beroep.

13.3. Het middel is in de aangegeven mate gegrond.

VI. Vraag tot toepassing van artikel 14ter van de gecoördineerde wetten op de Raad van State

14. De verwerende partij vraagt in haar laatste memorie in ondergeschikte orde om de toepassing van artikel 14ter van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en aldus “de gevolgen van de alsdan vernietigde gunningsbeslissing te handhaven voor wat het verleden betreft”.

15. Op dit verzoek kan niet worden ingegaan om volgende redenen.

Artikel 14ter van de gecoördineerde wetten, zoals vervangen door artikel 3 van de wet van 20 januari 2014 ‘houdende hervorming van de bevoegdheid, de procedureregeling en de organisatie van de Raad van State’,

verleent aan de afdeling bestuursrechtspraak de mogelijkheid om de gevolgen van een vernietigde individuele akte aan te wijzen die als definitief moeten worden beschouwd of voorlopig worden gehandhaafd voor de termijn die zij vaststelt. Artikel 14^{ter} is overeenkomstig artikel 51 van het koninklijk besluit van 28 januari 2014 ‘tot wijziging van diverse besluiten betreffende de procedure voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’ in werking getreden op 1 maart 2014. Het temporeel toepassingsgebied ervan is overeenkomstig artikel 39 van de wet van 20 januari 2014 beperkt tot “ieder beroep of vordering ingediend vanaf deze datum”. Voorliggend annulatieberoep werd ingediend op 18 november 2013. Aldus kan de Raad van State de in artikel 14^{ter} bedoelde maatregel niet bevelen in deze zaak en wordt de vraag verworpen.

BESLISSING

- 1. De Raad van State vernietigt het besluit van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest genomen op ongekende datum waarbij aan de nv Elec DVC een overheidsopdracht wordt toegewezen met als voorwerp “Fonteinen – Vernieuwingswerken, aanpassingswerken en vervanging van de installaties – Onderhoud en het in volmaakte staat van werking houden”.**
- 2. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing en het beroep tot nietigverklaring, begroot op 350 euro.**

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 18 november 2014, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest