RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 229.859 van 20 januari 2015
in de zaak A. 214.574/XII-7789

In zake: de BVBA DEPANNAGE LYBAERT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Carlos De Wolf
kantoor houdend te 9680 Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Charlotte De Wolf en Hendrik Vermeire

tegen:

de STAD GENT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Patrick Devers
kantoor houdend te 9000 Gent
Kouter 71-72
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de BVBA D.S.
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Joost Bosquet en Nick Van Gelder
kantoor houdend te 2600 Berchem
Roderveldlaan 5
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 26 december 2014, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "de beslissing van 3 december 2014 (stuk I) van de Politiezone Gent, bekrachtigd door het college van burgemeester en schepenen van de stad Gent, met als bijlage de

gemotiveerde beslissing van niet-selectie van Dépannage Lybaert, enerzijds, en de beslissing tot gunning van de opdracht tot het takelen, vervoeren en bewaren van voertuigen voor rekening van de politiezone Gent, m.n. de percelen 1, 2 en 3 aan D.S. bvba, zoals genomen bij de beslissing d.d. 11 december 2014 van het college van burgemeester en schepenen van de stad Gent".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 7 januari 2015 heeft de bvba D.S. gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De verzoekende partij heeft een "aanvullende nota'" ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 13 januari 2015, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Carlos De Wolf, Charlotte De Wolf en Hendrik Vermeire, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaat John Devers, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Joost Bosquet, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Ann Eylenbosch heeft een met dit arrest andersluidend 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. Er wordt een overheidsopdracht uitgeschreven voor de aanneming van diensten met als voorwerp het "takelen, vervoeren en bewaren, in opdracht van de Politiezone Gent van voertuigen zoals beschreven in de technische bepalingen van het bestek".

De opdracht is opgedeeld in 4 percelen:

- Perceel 1: takelingen van foutgeparkeerde voertuigen, achtergelaten voertuigen en administratieve takelingen van voertuigen met een hoogst toegelaten gewicht van maximum 3500 kg, het ter plaatse komen zonder effectief te takelen en de bewaarkost
- Perceel 2: takelingen van foutgeparkeerde voertuigen, achtergelaten voertuigen en administratieve takelingen van voertuigen met een hoogst toegelaten gewicht van meer dan 3500 kg, het ter plaatse komen zonder effectief te takelen en de bewaarkost
- Perceel 3: takelingen van geaccidenteerde voertuigen met een hoogst toegelaten gewicht van maximum 3500 kg en de bewaarkost
- Perceel 4: het in bewaring nemen van achtergelaten en in beslag genomen bromfietsen.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 24 juni 2014 en het Publicatieblad van de Europese Unie van 28 juni 2014.

3.2. De opdracht wordt gegund volgens de procedure van de open offerteaanvraag.

De opening van de offertes vindt plaats op 22 augustus 2014.

Vijf offertes worden ingediend, waaronder die van de verzoekende en van de tussenkomende partijen.

3.3. In een verslag van 3 december 2014 – opgesteld door een aanbestedingscommissie binnen de Politiezone Gent – maar "gemotiveerde

beslissing niet-selectie" geheten - wordt de verzoekende partij niet geselecteerd om de reden: "geen exploitatievergunning 24 uur op 24 en 7 dagen op 7 op het ogenblik van het indienen van de offertes, waardoor er geen afwijking is om 's nachts te exploiteren".

Drie andere inschrijvers worden evenmin geselecteerd; ook daar is het ontbreken van de betrokken exploitatievergunning de reden daartoe of een van de redenen.

In het verslag wordt voorts vastgesteld dat de tussenkomende partij – aldus als enige inschrijver – kan worden geselecteerd "aangezien deze volledig beantwoordt aan de selectiecriteria vermeld in het bestek".

Wat de "toetsing van de kwalitatieve selectiecriteria" betreft wordt voorts in dit verslag enkel een tabel opgegeven waarin voor elke inschrijver en per vereiste "OK" wordt vermeld bij de selectiecriteria waaraan blijkbaar is voldaan, zonder nadere verduidelijking. Voor onder meer "opgave bekwaam personeel" wordt aldus bij de tussenkomende partij "OK'" vermeld.

3.4. Op 11 december 2014 neemt het college van burgemeester en schepenen van de stad Gent het voormeld selectieverslag aan en gunt het de percelen 1, 2 en 3 aan de tussenkomende partij.

Dit zijn de bestreden beslissingen.

3.5. Bij aangetekende brief van 11 december 2014 heeft de verwerende partij aan de verzoekende partij meegedeeld dat zij niet is geselecteerd. De motieven van de niet-selectie zijn opgegeven in een als bijlage gevoegd uittreksel van de gemotiveerde beslissing.

IV. Tussenkomst

4. De bvba DS blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet haar verzoek tot tussenkomst worden ingewilligd.

V. Regelmatigheid van de procedure

5.1. De verzoekende partij heeft een "aanvullende nota" ingediend, waarin zij een nieuw middel ontwikkelt.

Dit stuk blijkt slechts de dag vóór de terechtzitting van 12 januari 2015 aan de Raad van State en aan de verwerende en tussenkomende partijen te zijn bezorgd, terwijl de verzoekende partij toegeeft reeds op 7 januari 2015 het administratief dossier te hebben ingezien.

5.2. Het stuk wordt daarom alleen al, wegens het niet tijdig indienen ervan, uit het debat geweerd. Het daarin vervatte nieuwe middel onderzoeken zou het recht op tegenspraak van de verwerende en de tussenkomende partijen op onevenredige wijze beperken en het middel heeft zich aldus ook onttrokken aan gedegen onderzoek door het auditoraat.

VI. Ontvankelijkheid van het beroep

6.1. De tussenkomende partij betwist het belang van de verzoekende partij om reden dat zij zelfs na het opstarten van een nieuwe gunningsprocedure nog steeds niet zou voldoen aan de selectiecriteria, meer bepaald aan het vereiste om een kopie van een exploitatievergunning te voegen die haar toestaat om 24 uur op 24 en 7 dagen op 7 de in de opdracht vervatte activiteiten uit te oefenen.

6.2. Een inschrijver die niet is geselecteerd, zoals te dezen de verzoekende partij, heeft in principe geen belang om de gunning van een

overheidsopdracht aan een concurrerende inschrijver aan te vechten tenzij uit de middelen blijkt dat hij ten onrechte niet is geselecteerd of dat de opdracht aan geen enkele inschrijver rechtsgeldig mocht worden toegewezen.

Het hierna besproken middel is erop gericht dit laatste gegeven aan te tonen: de tussenkomende partij werd immers als enige inschrijver geselecteerd, volgens de verzoekende partij ten onrechte. Aldus zou bij een eventuele nietigverklaring van de gunningsbeslissing op grond van dat middel, de opdracht aan geen enkele inschrijver mogen worden gegund.

De exceptie kan niet worden aangenomen.

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 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 voormelde 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.

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 beslissingen kan verantwoorden.

VIII. Onderzoek van het tweede middel

Uiteenzetting van het middel

8. Een tweede middel wordt geput uit de schending van artikel 72, 2°, 3° en 5°, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 'plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren', juncto artikel 11.1.3 van het bestek en meer bepaald het eerste criterium inzake de technische bekwaamheid van de inschrijver en van de beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het redelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel.

De verzoekende partij acht deze rechtsregels en –beginselen geschonden:

> "Doordat, wat betreft de technische bekwaamheid van de inschrijver, het Bestek voorziet dat de inschrijver voldoende bekwaam personeel zal inzetten bij de uitvoering van de Opdracht en bij zijn offerte een opgave zal voegen van het personeel dat zal worden ingezet bij de realisatie van de Opdracht;
> Terwijl uit een afprint van de databank van de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid blijkt dat Belanghebbende Partij als werkgever werd geschrapt per 31 december 2013 en bijgevolg geen personeel kan of mag tewerkstellen;
> Terwijl, niettemin, in de Bestreden Beslissing bij het betreffende selectiecriterium inzake de technische bekwaamheid de vermelding 'OK' is opgenomen;
> Zodat de Bestreden Beslissing artikel 72, 2°, 3° en 5° van het Koninklijk Besluit van 15 juli 2011 juncto artikel 11.1.3 van het Bestek, m.n. het eerste

criterium inzake de technische bekwaamheid van de inschrijver, alsmede het redelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel schendt".

In het inleidend verzoekschrift specificeert de verzoekende partij dat het haar ontgaat hoe voor het selectiecriterium "Voldoende bekwaam personeel" door de verwerende partij kan worden vastgesteld dat de tussenkomende partij hieraan voldoet wanneer zij op datum van het indienen van haar offerte niet is ingeschreven als werkgever bij de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid en bijgevolg geen personeel op wettige wijze in dienst kan hebben.

Ter terechtzitting betoogt de verzoekende partij voorts dat zij slechts na inzage van het administratief dossier kon vaststellen dat in de gekozen offerte en met de vermelding "OK" in de beoordeling blijkbaar werd gedoeld op het personeel van de bvba SDI, dat ter beschikking zou worden gesteld van de tussenkomende partij indien deze de opdracht zou worden gegund, en dat de bvba SDI als een van de onderaannemers was opgegeven in de offerte.

Zij doet ter terechtzitting daarbij echter gelden dat het voorwerp van de opdracht onmogelijk kan worden ingepast in het maatschappelijk doel van de bvba SDI, dat geen takelverrichtingen inhoudt, maar "administratieve diensten", zij betwijfelt voorts de rechtmatigheid van het ter beschikking stellen van het personeel, zij betwist dat de bvba SDI indien deze de onderaannemer is, zou voldoen aan de bepalingen inzake het toegangsrecht inzake overheids-opdrachten en betoogt dat de verwerende partij dit alles niet heeft onderzocht of daar in elk geval geen blijk van is gegeven in het selectieverslag, waar bij de gekozen inschrijver enkel "OK" is vermeld bij het bedoelde vereiste van voldoende bekwaam personeel.

Beoordeling

9. Artikel 11.1.3 van het bestek bepaalt onder meer :

> "11.1.3. Selectiecriteria met betrekking tot de technische bekwaamheid van de inschrijver
>
> Eerste criterium inzake de technische bekwaamheid van de inschrijver
> De inschrijver moet over voldoende bekwaam personeel beschikken om de opdracht naar behoren te kunnen uitvoeren.
> De inschrijver voegt bij zijn offerte een opgave van het personeel dat zal worden ingezet bij de realisatie van de opdracht. In deze opgave vermeldt de inschrijver de diploma's waarover dit personeel beschikt alsook hun beroepskwalificaties en ervaring."
> "[…]
> Vierde criterium inzake de bekwaamheid van de inschrijver
> De inschrijver moet houder zijn van de volgende certificaten en/of vergunningen
> - Een afschrift van kwaliteitscertificaten die betrekking hebben op de uitvoering van de opdracht die het voorwerp uitmaakt van huidig bestek;
> - Een kopie van alle wettelijk vereiste vergunningen/erkenningen waarvan het bedrijf houder is en die betrekking hebben op de uitvoering van de opdracht die het voorwerp uitmaakt van huidig bestek (milieuvergunning, exploitatievergunning 24 uur op 24 en 7 dagen op 7 voor het uitoefenen van de activiteiten in uitvoering van voorliggende opdracht);
> - Een bewijs van verzekering bij een door het bestuur aanvaarde verzekeringsmaatschappij tegen diefstal, verlies en schade aan de overtuigen bij het takelen en tijdens het stallen met vermelding van het bedrag van het verzekerde risico en voorlegging van een bewijs van betaling van de verzekeringspremie.
> De certificaten en/of vergunningen moet uitgereikt zijn door een organisme dat erkend is om dergelijke certificaten en/of vergunningen uit te reiken.
> Hij voegt bij zijn offerte een fotokopie van de certificaten en/of vergunningen.
> Belangrijke opmerking:
> De inschrijver voegt bij zijn offerte een opgave van de onderdelen van de opdracht die hij door een onderaannemer zal laten uitvoeren".

10. De verwerende en de tussenkomende partij verwijzen naar de gekozen inschrijving die op bladzijde 340, een overeenkomst bevat van 18 augustus 2014 tussen de tussenkomende partij , als "hoofdaannemer" en "SDI", als "onderaannemer". Zij betwisten niet als dusdanig dat de tussenkomende partij zelf niet over personeel beschikte bij de inschrijving op de opdracht.

11. Aan de hand van het daarop vermeld ondernemingsnummer kan worden uitgemaakt dat wordt bedoeld de *bvba* SDI, die haar zetel heeft op hetzelfde adres als de tussenkomende partij. De ondertekenaars van die overeenkomst zijn Nathalie Venegten respectievelijk David Verniers, die daarbij wel geen van beiden enige hoedanigheid vermelden.

Het volgende wordt overeengekomen:

> "Mbt bestek Nr. 2014/0452/BS
> Als deze opdracht door de aanbestedende overheid bij de hoofdaannemer wordt geplaatst, dan gaa[n] de hoofd- en onderaannemer voor de uitvoering van de opdracht samenwerken.
> De onderaannemer verbindt er zich toe om de voor de uitvoering van deze opdracht noodzakelijke middelen ter beschikking te stellen voor de hoofdaannemer".

De inschrijving bevat voorts op bladzijde 339 een lijst van de werknemers die zijn tewerkgesteld bij de bvba SDI. Deze lijst is gedateerd 20 augustus 2014.

Het gedeelte van de inschrijving bevattende de opgave van het personeel dat zal worden ingezet voor de realisatie van de opdracht, met vermelding van de diploma's, de beroepskwalificaties en ervaring (bladzijde 250 tot 303), betreft vijf van deze werknemers alsmede de zaakvoerders van de bvba SDI.

De tussenkomende partij verklaart in haar verzoekschrift dat het "benodigde personeel waarover D.S. dient te beschikken om de opdracht uit te voeren binnen een overdracht van personeelsbestand ondergebracht [werd] in SDI bvba (vanaf begin 2013)" en dat zij "voor andere deelaspecten D.S. een beroep [doet] op de onderaannemer "Depannage Botterman".

12. Uit dit alles lijkt te mogen worden afgeleid dat de kwestieuze opdracht en de gunning ervan enige bijzondere kenmerken vertonen.

Aldus rijst de vraag of het bestek niet in die zin kan worden begrepen dat normalerwijze slechts voor een deel van de opdracht een beroep mag worden gedaan op onderaanneming, volgens het hiervoor geciteerd besteksartikel "opgave van *onderdelen* van de opdracht die hij door een onderaannemer zal laten uitvoeren" terwijl volgens de gekozen inschrijving de gehele opdracht lijkt te zullen worden uitgevoerd met onderaannemers; voorts is er op vijf inschrijvers slechts één geselecteerde inschrijver, de tussenkomende partij; vervolgens geeft de verzoekende partij zoals ook hiervoor vermeld, een aantal bijzondere problematieken aan in verband met het personeel en het maatschappelijk doel van de onderaannemer bvba SDI die al het personeel voor de opdracht zal ter beschikking stellen.

Betreffende deze vraagpunten, niet in het minst betreffende de mogelijke en, zo lijkt, niet onbetwistbare, inpassing van takelopdrachten in een statutair doel dat "administratieve diensten" inhoudt, lijkt het dat de verwerende partij minstens voor die problemen aandacht had moeten hebben, en daarbij eventueel van een appreciatierecht had moeten gebruik maken.

13. In die niet vanzelfsprekende context mocht worden verwacht dat de aanbestedende overheid op zijn minst op uitdrukkelijke wijze had aangegeven dat zij de voormelde bijzondere aspecten die kleven aan de situatie van de gekozen inschrijver, had onderzocht. Zij heeft zich echter tot "OK"-vermeldingen beperkt, onder meer wat het selectievereiste "opgave bekwaam personeel" betreft hetgeen te dezen niet als een zorgvuldig handelen kan worden aangemerkt. Het is in elk geval onzeker dat het de argumentaties zijn die, indien deze al dienstig zouden kunnen worden ingeroepen, de verwerende en de tussenkomende partijen nu voor de Raad van State aanbrengen, onder meer betreffende verbonden entititeiten, die ten grondslag hebben gelegen aan de bestreden beslissing.

De ingeroepen schending van het zorgvuldigheidsbeginsel lijkt aldus aangetoond. De selectie van de tussenkomende partij lijkt niet rechtmatig, hetgeen *prima facie* de onrechtmatigheid van de gunning met zich meebrengt.

Het middel is in zoverre ernstig. Deze vaststelling volstaat om te besluiten tot de schorsing van de tenuitvoerlegging van de gunningsbeslissing.

14. Blijkens de formulering van het voorwerp van haar vordering lijkt de verzoekende partij eveneens te beogen haar eigen niet-selectie in de tenuitvoerlegging ervan te doen schorsen. Die beslissing schrijft zij toe aan de Politiezone Gent.

Dat onderdeel van de vordering is echter niet op middelen gesteund aangezien de in het verzoekschrift aangebrachte middelen enkel de selectie van de gekozen inschrijver betreffen. In zoverre dient de vordering bijgevolg als niet-ontvankelijk te worden afgewezen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de bvba D.S. tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State beveelt de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de stad Gent van 11 december 2014 waarbij de opdracht tot het takelen, vervoeren en bewaren van voertuigen voor rekening van de Politiezone Gent, percelen 1, 2 en 3, wordt gegund aan de bvba D.S.

3. De vordering wordt voor het overige verworpen.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 20 januari 2015, 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**