

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 230.079 van 3 februari 2015

in de zaak A. 214.653/XII-7794

In zake: de CVBA MODERO GERECHTSDEURWAARDERS
ANTWERPEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Rika Heijse
kantoor houdend te 9000 Gent
Kortrijksesteenweg 867
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de CVBA TUSSENGEMEENTELIJKE MAATSCHAPPIJ
DER VLAANDEREN VOOR WATERVOORZIENING
(TMVW)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Patrick Devers en John Devers
kantoor houdend te 9000 Gent
Kouter 71-72
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de BVBA G. DE WILDE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bettina Poelemans
kantoor houdend te 9051 Sint-Denijs-Westrem
MG Building II
Kortrijksesteenweg 1144 G
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 5 januari 2015, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van

- “- de beslissing van de Tussengemeentelijke Maatschappij der Vlaanderen voor Watervoorziening (TMVW) van 15 december 2014 tot niet-selectie van Modero Gerechtsdeurwaarders Antwerpen in het kader van de overheidsopdracht voor de aanneming van diensten ‘raamovereenkomst met betrekking tot het aanstellen van één of meerdere partners voor het debiteurenbeheer - Perceel 1: Het minnelijk aanmanen van debiteuren’,
- de gunningsbeslissing van TMVW d.d. 15 december 2014 in het kader van de voormelde opdracht waarbij de opdracht voor perceel 1 aan bvba G. De Wilde wordt gegund.”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 16 januari 2015 heeft de bvba G. De Wilde gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 27 januari 2015, om 10 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Rika Heijse, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat John Devers, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Bettina Poelemans, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos 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 verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit met als benaming “Raamovereenkomst met betrekking tot het aanstellen van één of meerdere partners voor het debiteurenbeheer”. Perceel 1 heeft betrekking op het minnelijk aanmanen van debiteuren, terwijl perceel 2 betrekking heeft op de gerechtelijke procedure. De onderhavige procedure heeft uitsluitend betrekking op perceel 1 van de opdracht.

Als gunningswijze wordt gekozen voor een onderhandelingsprocedure met bekendmaking.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 30 juni 2013, volgens het administratief dossier, en in het Publicatieblad van de Europese Unie op 4 juli 2013.

3.3. Het op de opdracht toepasselijke bijzonder bestek nr. AK-12-014 vermeldt voor perceel 1 de volgende selectiecriteria inzake de technische bekwaamheid:

“De inschrijver toont zijn technische bekwaamheid aan door het voorleggen van:

Voor perceel 1: Het minnelijk aanmanen van debiteuren:

- Minstens 1 referentie met betrekking tot de tijdens de laatste 3 jaar opgedane ervaring inzake de minnelijke invordering, bij zowel bedrijven als particulieren, van minimaal 15.000 dossiers uitgevoerd voor rekening van overheden en/of nutssectoren, met vermelding van de volgende gegevens per referentie/opdracht

[...]

- Bewijs van vakkundigheid, beroepskwalificaties en relevante ervaring van de mogelijk inzetbare medewerkers belast met de uitvoering van de opdracht:

Het is noodzakelijk omwille van het specifieke karakter van de opdracht dat de inschrijver 4 verschillende profielen van medewerkers kan inzetten: een verantwoordelijke, SPOC (single point of contact), dossierbeheerder en call center medewerker. Deze profielen en hun respectievelijke back-ups dienen over volgende specifieke minimale ervaring te beschikken:

1. Verantwoordelijke (minimum 1 + 1 back-up):

- Directieniveau: gerechtsdeurwaarder of advocaat
- 3 jaar ervaring met leidinggeven
- 1 jaar ervaring met incassobeheer

2. SPOC (minimum 1 + 1 back-up):

- 1 jaar ervaring met coördinatie en opvolging voor één of meerdere klanten binnen een kantoor (projectmanagement)

- 1 jaar ervaring met aansturen van een team van dossierbeheerders (niet noodzakelijk incassobeleerders)

3. Dossierbeheerders (minimum 2 + 1 back-up):

- 1 jaar ervaring als dossierbeheerder incassobeleer

4. Call center medewerker (minimum 3 + 1 back-up):

- 1 jaar ervaring als call center medewerker

In een algemene nota (maximum 2 A4-pagina's) stelt de inschrijver zijn interne organisatie voor en toont hij aan dat hij over de nodige medewerkers beschikt die aan de hierboven opgelegde minimum eisen voldoen.

De inschrijver dient hiervoor ook verplicht gebruik maken van de aan dit bestek toegevoegde bijlage 3.

Indien ook derden van buiten de onderneming worden ingeschakeld, dienen de redenen hiervoor alsook het toegewezen takenpakket duidelijk in de offerte vermeld te worden. Tevens wordt een bewijs van samenwerking én beschikbaarheid voor de uitvoering van deze opdracht, ondertekend door beide partijen, bij de offerte gevoegd.

De door deze derden inzetbare profielen dienen eveneens over de hierboven gestelde specifieke minimale ervaring te beschikken.

De inschrijver dient de inzetbare derden eveneens op te nemen in de aan dit bestek toegevoegde bijlage 3.

De taken die aan de gecontracteerde derden toegewezen worden, mogen in hun totaliteit maximum 40% van de opdracht uitmaken.

- Beschikken over voldoende organisatiestructuur en technische middelen in het algemeen en de nodige erkenningen:

[...]

- Beschikken over de noodzakelijke ICT-platformen en de nodige ervaring ter zake hebben opgebouwd:

[...]”.

Voorts bepaalt het bestek uitdrukkelijk dat, om in aanmerking te komen voor selectie, de kandidaten moeten voldoen aan alle in het bestek vermelde uitsluitings- en selectiecriteria.

Wat de vorm en inhoud van de offerte betreft, bevat het bestek tevens onder meer de volgende bepalingen:

“Art. 77 tot 80 vorm en inhoud van de offerte

[...]

Een offerte is slechts volledig als alle antwoorden, documenten en bijlagen die in dit bestek worden gevraagd, door de inschrijver worden bijgevoegd. Het ontbreken ervan kan leiden tot het niet aanvaarden van de offerte.

[...]

Opmerking: Om het overzicht op het ingediende dossier te behouden, dient de offerte per perceel verplicht volgens de hieronder opgegeven volgorde te worden aangeleverd.

[...]

Tot de gevraagde bescheiden en nota's behoren:

Voor Perceel 1:

[...]

- Documenten van toepassing op selectiecriteria:

[...]

3. Nota betreffende algemene voorstelling, met daarbij:

- Opgave van de inzetbare medewerkers (bijlage 3)

[...]”.

Bijlage 3 bij het bestek bevat een modelformulier met betrekking tot de opgave van de inzetbare medewerkers voor perceel 1.

3.4. Bij brief van 12 augustus 2013 bezorgt de verwerende partij aan alle kandidaat-inschrijvers een document “Vragen en antwoorden” dat bijkomende toelichting bevat. In voormelde brief wordt gesteld dat de inschrijver bij zijn offerte, met een afzonderlijke nota, dient te verklaren dat hij rekening heeft gehouden met deze bijkomende informatie.

Het voormelde document bevat inzake de gevraagde profielen de volgende toelichting:

“Vraag 2 – Gevraagde profielen

Zowel voor perceel 1 als voor perceel 2 voorziet u op blz. 3/29 en blz. 6/29 dat de inschrijver voor perceel 1, 4 profielen van medewerkers moet kunnen inzetten en voor perceel 2, 3 verschillende profielen van medewerkers moet kunnen inzetten.

Behoort het tot de mogelijkheden en heeft dit enige invloed op de puntentoebedeling, dat bepaalde van de voorgestelde functies door één zelfde persoon meerdere malen worden ingevuld, weze het als verantwoordelijke en/of back-up?

En indien zulks niet kan, graag mededeling of zulks wél kan indien het enkel gaat om de back-up functie en of in voorkomend geval dit enige invloed heeft in de puntentoebedeling.

Antwoord

In het kader van de voor beide percelen gestelde selectiecriteria dienen de inzetbare medewerkers in de eerste plaats individueel te voldoen aan de specifieke eisen van de profielen waarvoor zij worden voorgesteld, ook indien zij enkel als back-up voor deze functie zouden opgegeven worden. Voor de profielen SPOC en dossierbeheerder/call center medewerker of hun respectievelijke back-up kunnen uiteraard medewerkers worden aangeboden die ook voor een ander profiel of diens-back-up worden aangeboden. Omgekeerd kan ook de verantwoordelijke, de SPOC en de dossierbeheerder/call center medewerker back-up zijn voor een ander profiel.

Verder is het duidelijk dat de aard en de omvang van deze opdracht ertoe noodzaken dat bepaalde profielen permanent en effectief kunnen ingezet worden. Concreet betekent dit dat het bijgevolg uitgesloten is dat bvb. één van beide dossierbeheerders ook als back-up dossierbeheerder zou kunnen optreden en/of de functie van beide dossierbeheerders door één fysieke persoon zou kunnen ingevuld worden.

Hierbij vestigen we ook uw aandacht op het minimum aantal gevraagde medewerkers per profiel.

Wat betreft de evaluatie van de offertes verwijzen we voor beide percelen naar gunningscriterium 2 'kwaliteit van de aangeboden dienstverlening' in het algemeen en meer bepaald naar respectievelijk 'plan van aanpak' en 'de specifieke ervaring van de ingeschakelde medewerkers, noodzakelijk voor het goed uitvoeren van de opdracht', binnen welk referentiekader enerzijds het voorgestelde projectteam en anderzijds de specifieke ervaring van de individuele medewerkers zal worden geëvalueerd."

3.5. Op 26 augustus 2013 stuurt de verwerende partij een tweede brief, met als bijlage een document "Bijkomende vragen en antwoorden" betreffende de vragen 10 en 11. Opnieuw wordt gesteld dat de inschrijver bij zijn offerte, met een afzonderlijke nota, dient te verklaren dat hij rekening heeft gehouden met deze bijkomende informatie.

3.6. Zeven inschrijvers dienen een offerte in voor perceel 1 van de opdracht, waaronder de verzoekende partij.

3.7. Bij brieven van 5 december 2013, 28 maart 2014 en 26 juni 2014 wordt telkens aan de inschrijvers gevraagd om de gestanddoeningstermijn van hun offerte te verlengen.

3.8. In het gunningsverslag van 15 december 2014 wordt besloten om enkel inschrijver bvba G. De Wilde te selecteren en de overige zes inschrijvers,

waaronder de verzoekende partij, niet te selecteren wegens het niet voldoen aan de gevraagde eisen inzake de technische bekwaamheid.

Voorgesteld wordt om perceel 1 van de opdracht te gunnen aan bvba G. De Wilde.

3.9. Op 18 december 2014 beslist de verwerende partij om, overeenkomstig het gunningsverslag, enkel bvba G. De Wilde te selecteren en om dit perceel vervolgens aan deze inschrijver te gunnen.

3.10. Bij aangetekende brief en e-mailbericht van 19 december 2014 wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat zij voor perceel 1 van de opdracht niet werd geselecteerd. De brief bevat tevens een uittreksel van de gunningsbeslissing van 15 december 2014 dat voormelde motieven voor de niet-selectie vermeldt.

3.11. Met een e-mailbericht en faxbericht van 22 december 2014 vraagt de verzoekende partij op grond van de openbaarheid van bestuur om haar een kopie mee te delen van de integrale gemotiveerde gunningsbeslissing van 15 december 2014.

3.12. Met een e-mailbericht en aangetekend schrijven van 31 december 2014 bezorgt de verwerende partij aan de verzoekende partij een kopie van het gunningsverslag, met “maskering” van de door haar als vertrouwelijk aangemerkte gegevens.

IV. Tussenkomenst

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

V. Schorsingsvoorwaarden

5. 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.

6. 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 beslissingen 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 kunnen verantwoorden.

VI. Onderzoek van het enige middel

Uiteenzetting van het middel

7. Het enig middel is geput uit de schending van:

“- artikel 17, § en artikel 39, § 1 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, in combinatie met de artikelen 68, 5° lid en 71 van het KB 8.1.1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, en artikel 59 §2 van het KB van 10 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van

werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten,

- Artikel 5 van de wet van 15 juni 2006 Overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten, in combinatie met artikel 58, § 1 en §3 en artikel 59, 1° van het KB van 15 juli 2011 Plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren en artikel 63 §1 en §3 en artikel 64 KB 16 juli 2012 Plaatsing Speciale Sectoren,

- De materiële motiveringsplicht zoals bepaald in artikel 65/4 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, en zoals bepaald in artikel 4 van de Wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten,

- De beginselen van behoorlijk bestuur en meer bepaald het zorgvuldigheidsbeginsel, de materiële motiveringsplicht, het legaliteitsbeginsel ‘patere legem quam ipse fecisti’, het redelijkheidsbeginsel, het zuinigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel,

- De bepalingen van het bijzonder bestek AK-12-014 inzake de selectiecriteria op het vlak van vakkundigheid, beroepskwalificaties en relevante ervaring van de mogelijk inzetbare medewerkers belast met de uitvoering van de opdracht (p 3/29).”

De verzoekende partij voert aan dat de verwerende partij heeft gehandeld in strijd met de verplichting om voldoende mededinging te organiseren doordat zij, zonder ook maar enig document of bijkomende inlichting op te vragen, maar liefst zes van de zeven inschrijvers niet selecteert en aldus met slechts één inschrijver onderhandeld heeft en geen gebruik heeft gemaakt van de soepelheid die de gekozen onderhandelingsprocedure biedt, en dit ondanks een tijdsverloop van 16 maanden tussen de indiening van de offertes en het nemen van de gunningsbeslissing. Bij onderhandelingen met bekendmaking mag het aantal gegadigden dat tot de onderhandelingen wordt toegelaten, niet kleiner zijn dan drie en het aantal moet in elk geval voldoende zijn om een daadwerkelijke mededinging te waarborgen, voor zover er voldoende geschikte kandidaten zijn.

Volgens de verzoekende partij beschikt een aanbestedende overheid, zoals omschreven in de omzendbrief van de eerste minister van 10 februari 1998, wel degelijk over de mogelijkheid om eventueel ontbrekende informatie of documenten inzake de technische bekwaamheid op te vragen wanneer de offerte van de inschrijver, op grond van de reeds ingediende documenten een eerste positieve beoordeling van de inschrijver mogelijk maakt,

zoals ten aanzien van de offerte van de verzoekende partij het geval was. Zij wijst er daarbij op dat het bestek het ontbreken van een inlichting of document in het kader van de kwalitatieve selectie niet op straffe van nietigheid of uitsluiting van de offerte heeft voorgeschreven. Zij voert aan dat de verwerende partij in het gunningsverslag een artificieel onderscheid maakt tussen de mogelijkheid tot opvragen van documenten in het kader van uitsluitingscriteria en het opvragen van inlichtingen of documenten in het kader van de technische draagkracht en dat de verwerende partij te dezen niet heeft gemotiveerd waarom zij ten aanzien van de verzoekende partij geen bijkomende inlichtingen of documenten meer diende op te vragen, wat zij ten aanzien van andere inschrijvers wel motiveerde.

Het uitblijven van het opvragen van bijkomende inlichtingen en documenten ter staving van de technische draagkracht is volgens de verzoekende partij onzorgvuldig, onredelijk, niet zuinig en strijdig is met de verplichting om voldoende mededinging te organiseren.

Voorts schenden de bestreden beslissingen volgens de verzoekende partij ook de eigen besteksbepalingen en aanvullende inlichtingen bij het bestek, zijn zij op een feitelijke misslag gesteund en niet behoorlijk gemotiveerd. Zij betwist beide motieven op grond waarvan zij niet werd geselecteerd.

Met betrekking tot het eerste motief voert zij aan dat zij, conform de richtlijnen van de eerste nota met Vragen en antwoorden, vraag 2 “gevraagde profielen”, wel een voldoende aantal medewerkers heeft voorgesteld voor de taak van dossierbeheerder en call center medewerker.

Het samen lezen van het bijzonder bestek en van de nota van 12 augustus 2013 doet volgens haar immers als volgt besluiten:

- (1) er moeten 4 functieniveaus voorzien zijn en
- (2) binnen elke functie moet elke persoon uniek zijn, ongeacht lead of back-up en
- (3) persoon die ene functie vervult (met uitzondering van verantwoordelijke) (als lead of back-up) mag ook andere functie vervullen (respectievelijk als back-up of lead).

Op grond van de toegevoegde cv's en de inhoud van haar offerte blijkt volgens haar dat zij wel degelijk beantwoordt aan dit onderdeel van het selectie criterium inzake de technische draagkracht.

Wat het tweede motief betreft voert zij aan dat zij ter staving van de gegarandeerde samenwerking van GDW-Gent wel voldoende feitelijke en beschrijvende elementen in haar offerte heeft opgenomen, alle vereiste attesten in hoofde van GDW-Gent inzake de uitsluitingscriteria (niet-faillissement en belastingen) aan de offerte heeft gevoegd alsook de bankverklaring ten titel van het bewijs van financiële en economische draagkracht van GDW-Gent. In het bijzonder het aandeelhouderschap van Jan De Meuter, aandeelhouder en bestuurder van de verzoekende partij, in GDW-Gent dient volgens haar als een schriftelijk bewijs van sturing en samenwerking te worden beschouwd, nu de oprichtingsakte en de statuten van een vennootschap tevens als een schriftelijke overeenkomst te beschouwen zijn. Ten slotte vormt ook de inschrijving van GDW-Gent als lid van de combinatie voor perceel 2 als een schriftelijk bewijs van permanente samenwerking tussen de beide gerechtsdeurwaarderskantoren.

Ten slotte voert de verzoekende partij nog aan dat het gelijkheidsbeginsel is geschonden omdat zij geen eerlijke kans zou hebben gekregen tot het verkrijgen van de opdracht. Zij merkt op dat de ondertekende verklaring wordt gevraagd ten titel van "Selectiecriteria- technische bekwaamheid", en dergelijke bewijsvoering op hetzelfde niveau staat als de "financiële en economische draagkracht". Voor het selectie criterium "financiële en economische draagkracht" wordt eveneens een verklaring ondertekend door een derde (bankverklaring) gevraagd. In het gunningsverslag wordt echter de bankverklaring wel als een opvraagbaar attest aangezien (zie bladzijde 2 van het gunningsverslag), terwijl volgens haar de verklaring van samenwerking niet als een attest wordt aangezien, maar wel als een grond tot uitsluiting.

Beoordeling

8. In het mondeling advies ter terechtzitting heeft het auditoraat vastgesteld onder meer wat volgt.

Voorafgaand valt op te merken dat de verzoekende partij in haar middel een schending inroept van zowel bepalingen uit de wet van 24 december 1993 en haar uitvoeringsbesluiten als de wet van 15 juni 2006 en haar uitvoeringsbesluiten. Ook verwijst zij zowel naar titel Ibis van de wet van 24 december 1993 als naar de wet van 17 juni 2013. Bovendien voert zij zowel een schending aan van bepalingen inzake de klassieke sectoren als de nutssectoren.

Hoewel dergelijke veelheid van geschonden normen, die overigens niet cumulatief van toepassing kunnen zijn, het middel, zeker in een procedure zoals bij uiterst dringende noodzakelijkheid, nodeloos lijkt te compliceren, lijkt de handelwijze van de verzoekende partij te kunnen worden verklaard door het bijzondere geval dat de aankondiging in het Belgisch Staatsblad dateert van voor de inwerkingtreding van de nieuwe regelgeving inzake overheidsopdrachten op 1 juli 2013 en de aankondiging in het Publicatieblad van de Europese Unie van na deze datum en het feit dat het toepasselijke bijzonder bestek nog verwijst naar de oude wetgeving.

Op het eerste gezicht lijkt te moeten worden aangenomen dat, aangezien de bekendmaking in het Publicatieblad van de Europese Unie betreffende deze opdracht dateert van 4 juli 2013 en dus van na de datum van (integrale) inwerkingtreding van de wet van 15 juni 2006, het koninklijk besluit van 15 juli 2011 en de wet van 17 juni 2013, voormelde nieuwe regelgeving van toepassing is. Artikel 1, derde lid, en artikel 2, derde lid, van het koninklijk besluit van 2 juni 2013 ‘tot bepaling van de datum van inwerkingtreding van de wet overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006 en van de koninklijke uitvoeringsbesluiten ervan’ bepaalt immers uitdrukkelijk: “Voor de overheidsopdrachten, de opdrachten en de concessies voor openbare werken die zowel op Europees als op Belgisch niveau worden bekendgemaakt, geldt als aanvangspunt de datum van bekendmaking in het Publicatieblad van de Europese Unie”.

In de mate dat er daarnaast ook verwarring lijkt te bestaan betreffende de vraag naar de toepasselijkheid van de wetgeving inzake de

klassieke sectoren, dan wel de nutssectoren, lijkt in de huidige stand van het geding te moeten worden vastgesteld dat niet wordt betwist dat de verwerende partij een aanbestedende overheid is, actief in de nutssectoren. De in het geding zijnde opdracht wordt gegund volgens een onderhandelingsprocedure met bekendmaking en is door de verwerende partij gekwalificeerd als een opdracht in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten. Dit blijkt uit de aankondiging van de opdracht. Zowel in de aankondiging die in het Bulletin der Aanbestedingen is gepubliceerd als in de aankondiging in het Publicatieblad van de Europese Unie, wordt in de hoofding van de aankondiging duidelijk vermeld “aankondiging van een opdracht - nutssectoren”. Ook in het bestek wordt zowel bij de toepasselijke wettelijke bepalingen als bij de administratieve bepalingen telkens verwezen naar bepalingen van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten’, zijnde de oude regelgeving inzake de nutssectoren. De verzoekende partij blijkt de toepassing van deze regelgeving in haar verzoekschrift ook niet te betwisten.

Uit het voorgaande dient te worden besloten dat het middel op het eerste gezicht niet ontvankelijk is in de mate dat een schending wordt aangevoerd van de bepalingen van de wet van 24 december 1993, de koninklijke besluiten van 8 januari 1996 en 10 januari 1996 en het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’.

De partijen hebben op deze vaststellingen niet gereageerd en de Raad van State valt ze bij.

9. Met betrekking tot de vereiste technische bekwaamheid wordt in het bestek onder meer met betrekking tot perceel 1 gesteld dat de inschrijver 4 verschillende profielen van medewerkers kan inzetten: een verantwoordelijke (minimum 1 + 1 back-up), SPOC (single point of contact; minimum 1 + 1 back-up), dossierbeheerder (minimum 2 + 1 back-up) en call center medewerker (minimum 3 + 1 back-up).

10. In de brief van 12 augustus 2013 licht de verwerende partij nog toe betreffende een vraag inzake de profielen van de medewerkers dat voor de profielen SPOC en dossierbeheerder of call center medewerker of hun back-up uiteraard medewerkers kunnen worden aangeboden die ook voor een ander profiel of diens back-up worden aangeboden. Omgekeerd kan ook de verantwoordelijke, de SPOC en de dossierbeheerder of call center medewerker back-up zijn voor een ander profiel.

11. In het gunningsverslag van 15 december 2014 wordt de verzoekende partij niet geselecteerd wegens het niet voldoen aan de gevraagde eisen inzake de technische bekwaamheid. De motivering ervan luidt:

“De firma Modero GDW Antwerpen bv ovv cvba voldoet niet aan de vereisten inzake technische bekwaamheid voor het aspect ‘vakkundigheid, beroepskwalificatie en relevante ervaring medewerkers’:

- de firma heeft niet aangetoond de nodige medewerkers ter beschikking te hebben, met name wordt de heer Wim Janssens tweemaal vermeld (dossierbeheerder en back-up teamcoach), waardoor slechts 4 verschillende medewerkers worden opgegeven als dossierbeheerder en call center medewerker samen en niet de (absoluut) minimaal 5 medewerkers (nl. 2 dossierbeheerders (+1 back-up) en 3 call center medewerkers (+1 back-up)) (zie pag. 3/29 van deel 2 van het bestek enerzijds en het antwoord op vraag 2 inzake gevraagde profielen uit de nota overgemaakt dd. 12.08.2013 anderzijds, zoals hierboven hernomen in punt 5.3.2 technische bekwaamheid);
- het bewijs van samenwerking én beschikbaarheid voor de uitvoering van deze opdracht, ondertekend door beide partijen, voor de derden waarop beroep zal gedaan worden, ontbreekt.”

De verwerende partij merkt dus niet op dat de verzoekende partij technisch niet bekwaam is om de opdracht uit te voeren, doch stelt enkel vast dat zij dit voor het aspect “vakkundigheid, beroepskwalificatie en relevante ervaring medewerkers” niet heeft aangetoond dat zij de volgens het bestek vereiste minimaal aantal medewerkers zou hebben opgegeven inzake de gevraagde profielen en dat zij niet het door het bestek voorgeschreven bewijs van samenwerking en beschikbaarheid voor de derden waarop een beroep zal worden gedaan, zou hebben toegevoegd.

12. De verzoekende partij lijkt de selectievoorwaarden zelf zoals opgenomen in het bestek niet te hebben betwist.

Op het eerste gezicht blijkt voorts nergens uit de door de verzoekende partij ingeroepen bepalingen, voor zover relevant, dat de verwerende partij ertoe zou zijn gehouden om op grond van het beginsel van de mededinging te onderhandelen met meer dan één inschrijver wanneer slechts één inschrijver geschikt wordt bevonden en geacht wordt te voldoen aan de selectiecriteria.

Uit het arrest van 15 oktober 2009 van het Hof van Justitie in de zaak C-138/08 inzake Hochtief AG e.a. en het arrest Arwy, nr. 227.830 van 24 juni 2014 van de Raad van State blijkt dat wanneer een opdracht wordt geplaatst volgens de procedure van gunning onderhandelingen en het aantal geschikte gegadigden de voor de betrokken procedure vastgestelde benedengrens niet bereikt, de aanbestedende dienst de procedure toch kan voortzetten door de geschikte gegadigden uit te nodigen om over de voorwaarden van die opdracht te onderhandelen. De regelgeving inzake de nutssectoren – zoals gezegd te dezen *prima facie* van toepassing – lijkt bovendien geen minima te bepalen.

De verzoekende partij lijkt ook vergeefs te verwijzen naar artikel 63, § 3, van het koninklijk besluit van 16 juli 2012 dat betrekking heeft op de objectieve selectie van een beperkt aantal gegadigden. Te dezen blijkt immers nergens dat de verwerende partij toepassing heeft gemaakt van de beperkte procedure en zou zijn overgegaan tot een verdere beperking van geschikt bevonden kandidaten, doch enkel dat volgens de verwerende partij slechts één inschrijver voldeed aan de selectievoorwaarden.

13. Wat de mogelijkheid tot het opvragen van de stukken betreft, dient er voorts op te worden gewezen dat, zelfs wanneer het bestek – zoals ook te dezen – niet uitdrukkelijk bepaalt dat bepaalde stukken op straffe van nietigheid dienen te worden toegevoegd, het bestuur tot de niet-selectie mag besluiten op grond van de loutere vaststelling dat een in het kader van de kwalitatieve selectie uitdrukkelijk gevraagd en verplicht bij te voegen stuk door de inschrijver niet werd bijgevoegd. Overeenkomstig artikel 64 van het voormelde koninklijk besluit van 16 juli 2012 beschikt de aanbestedende overheid slechts over de mogelijkheid om

de inschrijvers te verzoeken de neergelegde documenten aan te vullen of toe te lichten. Het betreft echter geen verplichting.

In het arrest nr. 223.362 van 2 mei 2013, waar de verwerende partij terecht naar lijkt te verwijzen, oordeelde de Raad bovendien:

“Bij een onderhandelingsprocedure is weliswaar ruimte voor overleg zoals verwerende partij aangeeft in haar nota. Dit overleg lijkt echter de fase van de beoordeling van de offertes te betreffen, waar een afstemming wat betreft de inhoud van de offerte op de wensen van het bestuur eventueel mogelijk zou zijn, maar het lijkt op het eerste gezicht geen betrekking te hebben op de selectie van de inschrijvers, zoals door het bestuur zelf geregeld in een bestek”.

14. In de mate dat de verzoekende partij in dit middel de motieven inzake haar niet-selectie betwist, valt op te merken dat de verwerende partij de litigieuze selectievereisten in het bestek op het eerste gezicht uitdrukkelijk als minimumeisen heeft gesteld. Wanneer daaraan niet is voldaan, mocht de verwerende partij, zo lijkt, de betrokken inschrijver niet selecteren, op straffe van anders het bestek en de gelijke behandeling van de inschrijvers te schenden.

Daarnaast lijkt op het eerste gezicht de verzoekende partij zelf te zijn tekortgekomen aan haar verplichting om op zorgvuldige wijze een offerte in te dienen. Het feit dat een inschrijver een bepaalde opdracht in het verleden reeds uitgevoerd heeft voor een aanbestedende overheid en dus ook reeds geselecteerd werd in het kader van vroegere opdrachten, ontslaat deze inschrijver niet van de verplichting om op zorgvuldige wijze een offerte in te dienen overeenkomstig de besteksvereisten van een nieuwe opdracht.

15.1. Wat de kritiek van de verzoekende partij op het eerste motief betreft, lijkt zij op het eerste gezicht uit het oog te verliezen dat de verwerende partij in de nota van 12 augustus 2013 ook uitdrukkelijk de aandacht van de inschrijvers heeft gevestigd op het minimum aantal gevraagde medewerkers per profiel.

De lezing die de verzoekende partij geeft aan de litigieuze

selectievoorwaarden lijkt ook in te gaan tegen de verduidelijking in de nota van 12 augustus 2013 dat de aard en omvang van de opdracht ertoe noodzaken dat bepaalde profielen permanent en effectief kunnen worden ingezet en dat het uitgesloten is dat bijvoorbeeld één van beide dossierbeheerders ook als back-up dossierbeheerder zou kunnen optreden of de functie van beide dossierbeheerders door één fysieke persoon zou kunnen worden ingevuld.

Noch de in de nota van 12 augustus 2013 geboden mogelijkheid om medewerkers tevens als back-up voor een ander profiel op te geven, noch de eigen werkwijze van de verzoekende partij waarbij blijkbaar geen strikt onderscheid wordt gehanteerd tussen dossierbeheerders en call center medewerkers, lijkt op het eerste gezicht afbreuk te kunnen doen aan het minimum aantal gevraagde medewerkers per profiel zoals voorgeschreven in het bestek.

Uit de offerte van de verzoekende partij blijkt dat voor de profielen van dossierbeheerder en call center medewerker samen Wim Janssens tweemaal wordt vermeld, waardoor de verzoekende partij slechts 4 verschillende medewerkers opgeeft als dossierbeheerder en call center medewerker samen. Op het eerste gezicht lijkt de verwerende partij dan ook terecht op te merken dat de verzoekende partij niet de (absoluut) minimaal 5 medewerkers (namelijk 2 dossierbeheerders (+ 1 back-up) en 3 call center medewerkers (+ 1 back-up)) heeft opgegeven zoals bepaald in het bestek.

In de mate dat de verzoekende partij nog opwerpt dat elders uit haar offerte zou blijken dat er voldoende personeelsleden beschikbaar zijn, valt op het eerste gezicht op te merken dat het bestek eveneens erin voorzagt dat de inschrijver hiervoor verplicht diende gebruik te maken van de aan het bestek toegevoegde bijlage 3.

Aldus is niet aangetoond dat de beslissing de verzoekende partij niet te selecteren niet steunt op draagkrachtige motieven noch dat hierdoor de ingeroepen rechtsregels, voor zover relevant, werden geschonden of dat in strijd met het redelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel of het zuinigheidsbeginsel werd gehandeld.

15.2. Wat de kritiek van de verzoekende partij op het tweede motief betreft, blijkt op het eerste gezicht uit haar offerte dat zij Geert De Lombaert en Patrick Van Overschelde, die blijkbaar niet tot haar kantoor behoren, opgeeft als inzetbare medewerkers voor perceel 1 in het door haar ingevulde modelformulier zoals opgenomen als bijlage 3 bij het bestek.

De in het bestek vermelde bepalingen inzake de technische bekwaamheid bepalen dienaangaande echter uitdrukkelijk dat indien ook derden van buiten de inschrijvende onderneming worden ingeschakeld, de redenen hiervoor alsook het toegewezen takenpakket duidelijk in de offerte dienen te worden vermeld en dat tevens een bewijs van samenwerking én beschikbaarheid voor de uitvoering van deze opdracht, ondertekend door beide partijen, bij de offerte dient te worden gevoegd.

De verzoekende partij betwist niet dat zij nagelaten heeft om dergelijk bewijs van samenwerking én beschikbaarheid voor de uitvoering van deze opdracht, ondertekend door beide partijen, voor de derden waarop een beroep zal worden gedaan, bij haar offerte te voegen. De feitelijke en beschrijvende elementen uit de offerte die de verzoekende partij aanhaalt in haar verzoekschrift lijken op het eerste gezicht niet als dergelijke verbintenis te kunnen worden beschouwd.

Voorts lijkt er geen verplichting te bestaan in hoofde van de aanbestedende overheid om dergelijk bewijs alsnog op te vragen.

16. Uit het gunningsverslag blijkt voorts op het eerste gezicht niet dat de verwerende partij voormelde besteksbepalingen ten aanzien van alle inschrijvers niet met eenzelfde gestrengheid heeft toegepast, zodat evenmin het gelijkheidsbeginsel lijkt te zijn geschonden.

17. Het enig middel is niet ernstig

VII. Rechtsplegingsvergoeding

18.1. De verwerende partij vraagt dat de verzoekende partij zou

worden veroordeeld tot betaling van een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro.

18.2. 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’, is 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.

Dit artikel 67, § 1, 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.”

18.3. 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 verworping van de vordering tot schorsing als in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

BESLISSING

1. Het verzoek van de bvba G. De Wilde tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verworpt de vordering.

3. 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.

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 3 februari 2015, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	

Frank Bontinck,	griffier.
-----------------	-----------

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest