

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 231.501 van 9 juni 2015
in de zaak A. 215.836/XII-7883**

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

tegen:

de STAD ANTWERPEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Gitte Laenen
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 12 mei 2015, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de Stad Antwerpen dd. 24 april 2015, zoals gevoegd bij het aangetekend schrijven van de Stad Antwerpen dd. 27 april 2015, waarbij wordt beslist om de nv Sportinfrabouw niet te selecteren in het kader van de opdracht ‘Aanleg kunstgras waterveld hockey, Wilrijkse Plein’, voorwerp van het bestek GAC/2014/2857 (P05849), de genoemde opdracht stop te zetten en over te gaan tot het uitschrijven van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking op basis van het bestek GAC/2015/3113 en daarbij enkel de nv Krinkels te raadplegen”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 2 juni 2015, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Joris Wouters, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Els Gypen, die loco advocaat Gitte Laenen verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Ines Martens heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

3. Na het sluiten van het debat ter terechtzitting is aan de Raad van State op het mailadres van de te dezen optredende kamervoorzitter een e-mailbericht toegekomen van Michael Reynders, die zich aandient als “Consulent Bestuurskunde – Stad – OCMW Antwerpen/ Gemeenschappelijke Aankoopscentrale / Juridische dienst”. In dat bericht wordt een juridische argumentatie betreffende de in huidige zaak in het geding zijnde problematiek “onder de aandacht” gebracht.

Dit stuk, waarin overigens niet om een heropening van het debat wordt verzocht, is niet in het beraad betrokken.

III. Feiten

4.1. De stad Antwerpen schrijft een overheidsopdracht voor aanneming van werken uit met als voorwerp “Aanleg kunstgras waterveld hockey, Wilrijkse Plein”.

Op 23 januari 2015 keurt het college van burgemeester en schepenen het bestek GAC/2014/2857 voor ‘Aanleg kunstgras waterveld hockey, Wilrijkse Plein’ goed en beslist zij eveneens dat hiervoor een open aanbesteding wordt uitgeschreven.

De opdracht wordt op 26 januari 2015 gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen.

4.2. Naar aanleiding van een schrijven van de verzoekende partij wordt, door middel van een rectificatiebericht gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen op 30 januari 2015, de oorspronkelijke bepaling “I.8. Toegangsrecht en kwalitatieve selectie – Technische bekwaamheid van de inschrijver” op bladzijde 8 van het bestek GAC/2014/2857 gewijzigd.

4.3. Op 4 maart 2015 vindt de opening der offertes plaats.

Uit het proces-verbaal van opening blijkt dat vier ondernemingen een offerte hebben ingediend, waaronder de verzoekende partij en de nv Krinkels.

4.4. In het kader van het onderzoek naar de kwalitatieve selectie vraagt de verwerende partij aan de inschrijvers verduidelijkingen. Aan de verzoekende partij richt zij bij aangetekende brief van 20 maart 2015 volgende vraag:

“Twee minimumeisen dienden in het kader van deze bekwaamheid bewezen te worden:

- Een referentie inzake de aanleg van een kunstgrasveld met e-layer voor hockey, dat tevens ‘global pitch’ gecertificeerd is.

- Een referentie inzake de aanleg van een asfaltonderlaag met hoge precisiegraad.

Het toepasselijk bestek stelt dat de inschrijver die zich voor bepaalde van deze minimumeisen (of gedeelten ervan) beroept op de draagkracht van andere entiteiten, hij zowel de entiteit moet voorstellen, alsook een verbintenis van deze entiteit moet overleggen.

In dit kader verzoeken wij u te verduidelijken op welke entiteiten u in de opgegeven referenties voor de aanleg van de e-layer en/of voor de aanleg van de asfaltonderlaag een beroep deed en desgevallend ons de verbintenis van deze entiteiten te bezorgen.

...”.

De verzoekende partij heeft voormeld verzoek tot verduidelijking op 23 maart 2015 beantwoord en stelt dat voor wat de aanleg betreft van een kunstgrasveld met E-layer voor hockey, deze sinds 2007 met eigen mensen en machines wordt geïnstalleerd – zo ook de e-layer die is toegepast in de opgegeven referentie voor de FIH-pitch te Kortrijk.

Wat de bijgevoegde referentie betreft inzake de aanleg van een asfaltonderlaag met hoge precisiegraad te Ieper antwoordt de verzoekende partij daarentegen dat deze asfaltlaag werd geplaatst door Verhaeren, tegenwoordig Viabuild genaamd.

4.5. Bij brief van 2 april 2015 vraagt de verwerende partij aan de verzoekende partij op grond van titel I.8 van het bestek en artikel 74 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ om de verbintenissen te bezorgen van de nv Viabuild en de nv Grizaco aangezien de verwerende partij er van uitgaat dat de verzoekende partij beroep doet op de draagkracht van deze entiteiten voor haar technische bekwaamheid.

Bij brief van 9 april 2015 bezorgt de verzoekende partij aan de verwerende partij twee stukken van 8 april 2015 van de nv Viabuild waarin deze zich ertoe verbindt al haar ervaring, kennis, kunde en know-how alsook alle vereiste middelen ter beschikking te stellen van de nv Sportinfrabouw bij de uitvoering van de opdracht.

4.6. Bij e-mailbericht van 7 april 2015 bezorgt de nv Krinkels het FIH-certificaat met betrekking tot het hockeyveld Waterloo Ducks Hockey Club dat op 2 april 2015 gedateerd is.

4.7. Op 23 april 2015 wordt een gunningsverslag opgesteld, waarin wordt overwogen dat de verzoekende partij niet wordt geselecteerd.

Uit het gunningsverslag blijkt dat enkel de nv Krinkels voldoet aan de selectievereisten. Er wordt echter geoordeeld dat gelet op het vastgelegde krediet voor de opdracht, de offerteprijs onaanvaardbaar is. In het gunningsverslag wordt dan voorgesteld om af te zien van het gunnen van de opdracht en een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking op te starten op grond van artikel 26, § 1, 1°, e), van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ waarbij enkel de nv Krinkels zal worden geraadpleegd aangezien deze voldeed aan de eisen inzake kwalitatieve selectie en zij een formeel regelmatige offerte indiende.

4.8. Op 24 april 2015 beslist het college van burgemeester en schepenen van de stad Antwerpen de opdracht stop te zetten op grond van een onaanvaardbare prijs en om de gemotiveerde beoordeling en nazicht van de offertes, zoals weergegeven in het gemotiveerd verslag van nazicht van de offertes, over te nemen, zich erbij aan te sluiten en zich eigen te maken waardoor de erin geformuleerde motieven moeten worden geacht deel uit te maken van de voorliggende beslissing.

Dit is de bestreden beslissing.

Bij e-mail en aangetekende brieven van 27 april 2015 wordt de bestreden beslissing meegedeeld aan de inschrijvers.

IV. Schorsingsvoorwaarden

5.1. 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.

5.2. 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.

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 kan verantwoorden.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6. Een eerste middel is geput uit de schending van artikel 24, artikel 26, § 1, 1°, e), en artikel 35 van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ (hierna: wet van 15 juni 2006), artikel 74 in samenhang met de artikelen 58 en 69, 7°, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing), de

materiële motiveringsplicht, het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* en het gelijkheidsbeginsel.

De verzoekende partij acht deze bepalingen en beginselen geschonden:

“Doordat de verwerende partij besliste verzoekende partij niet te selecteren en daarbij motiveert dat verzoekende partij niet aan de voorwaarden voor selectie voldeed nu zij tijdens de voor de selectie in aanmerking te nemen referteperiode (de periode voor de opening van de offertes), niet beschikte over een verbintenis van de nv Viabuild met betrekking tot de referentie inzake de asfaltonderlaag die aan verzoekende partij was afgeleverd door de stad Ieper (voor welke referentieopdracht de nv Viabuild als onderaannemer van verzoekende partij had gewerkt) en zich bijgevolg niet rechtsgeldig kon beroepen op de draagkracht van de nv Viabuild; Dat verwerende partij verder stelt dat in het kader van de selectie het vervolledigen van de offerte enkel betrekking mag hebben op bewijsstukken die objectieve en niet voor verandering vatbare gegevens inhouden en dat de verbintenis van de nv Viabuild (waarom verwerende partij zelf had verzocht) het onveranderlijk karakter van de offerte aantast; Dat verwerende partij derhalve van mening is dat een inschrijver er overeenkomstig artikel 74 van het KB van 15 juli 2011 plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren toe gehouden is een verbintenis voor te leggen van de onderaannemers die werken hebben uitgevoerd in het kader van referentieopdrachten waarvan de inschrijver zelf over de referentie beschikt en het daaraan verbonden getuigschrift van goede uitvoering; Dat verwerende partij vervolgens besliste de opdracht stop te zetten nu drie van de vier inschrijvers niet werden geselecteerd en de vierde inschrijver, de nv Krinkels, een onaanvaardbare prijs had geboden; Dat verwerende partij tot slot besliste om in toepassing van artikel 26, § 1, 1°, e) een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking te organiseren waarbij enkel de nv Krinkels geraadpleegd zou worden; Terwijl de verwerende partij niet mocht besluiten tot de niet-selectie van verzoekende partij nu verzoekende partij middels haar eigen referentie (de referentie ‘stad Ieper’) aantoonde technisch in staat te zijn een asfaltonderlaag met hoge precisiegraad te leveren en te plaatsen; dat verzoekende partij sowieso geen verbintenis overeenkomstig artikel 74 van het KB van 15 juli 2011 plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren moest voorleggen; dat de verwerende partij de opdracht derhalve niet mocht stopzetten omwille van het feit dat drie van de vier inschrijvers niet geselecteerd werden en de vierde inschrijver een onaanvaardbare prijs had geboden; dat verwerende partij immers niet mocht besluiten tot de niet-selectie van verzoekende partij van wie de offerteprijs niet onaanvaardbaar was nu deze zich onder de eigen raming van verwerende partij bevond”.

Beoordeling

7. Op grond van artikel 58, § 1, 2°, van het koninklijk besluit plaatsing gaat de aanbestedende overheid over tot de selectie van de inschrijvers in de mate dat de noodzakelijke inlichtingen en documenten aantonen dat ze voldoen aan 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. De aanbestedende overheid preciseert de criteria en het vereiste niveau ervan op zodanige wijze dat ze verband houden met en in verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.

Op grond van artikel 69, 7°, van het voormelde koninklijk besluit kan voor een opdracht van werken de technische bekwaamheid van inschrijvers onder meer worden bewezen aan de hand van een lijst van de werken die de afgelopen vijf jaar werden verricht, bij welke lijst attesten zijn gevoegd die bewijzen dat de belangrijkste werken naar behoren zijn uitgevoerd.

Het komt bijgevolg toe aan de aanbestedende overheid datgene te bepalen waarvan blijkt moet worden gegeven om de technische bekwaamheid van de inschrijvers aan te tonen en dit op de wijze zoals dat door artikel 69 van het voormelde koninklijk besluit van 15 juli 2011 is vastgelegd.

De geschiktheidseisen moeten wel met voldoende duidelijkheid omschreven zijn opdat een inschrijver met kennis van zaken zijn offerte kan indienen. Het hanteren van een geschiktheidsniveau zonder dat dit niveau duidelijk in de aankondiging of het bestek was opgenomen, lijkt een schending uit te maken van artikel 58 van het koninklijk besluit plaatsing, gelezen in samenhang onder meer met het beginsel van de gelijke behandeling van de inschrijvers. In de mate dat de beoordeling van de geschiktheid afwijkt van de beoordelingswijze zoals aangekondigd in het bestek, maakt zulks ook een schending uit van het *patere legem quam ipse fecisti*-beginsel.

Voorts bepaalt artikel 74 van het koninklijk besluit plaatsing onder meer:

“Een kandidaat of een inschrijver kan zich voor welbepaalde opdrachten beroepen op de draagkracht van andere entiteiten, ongeacht de juridische aard van zijn band met die entiteiten. In dat geval toont hij de aanbestedende overheid aan dat hij zal beschikken over de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke middelen, door overlegging van de verbintenis van deze entiteiten om de kandidaat of inschrijver dergelijke middelen ter beschikking te stellen”.

8. In het bestek, zoals gewijzigd met het terechtwijzend bericht bekendgemaakt in het Bulletin der aanbestedingen van 30 januari 2015, wordt volgend selectiecriteria inzake de technische bekwaamheid van de inschrijvers omschreven:

“Technische bekwaamheid van de inschrijver

De Vlaamse Hockey Liga (VHL) en de stad Antwerpen stellen zeer hoge eisen aan dit te realiseren uitbouw van een ‘Center of Excellence’ voor de hockey.

De technische bekwaamheid of de beroepsbekwaamheid van de inschrijver moet worden bewezen aan de hand van een lijst van de werken die afgelopen vijf jaar werden verricht, welke lijst vergezeld gaat van attesten die bewijzen dat de belangrijkste werken naar behoren zijn uitgevoerd. Deze attesten worden afgeleverd en ondertekend door de bevoegde overheid. Wanneer de opdrachtgever een privépersoon is, worden ze door hem afgeleverd en ondertekend, zo niet wordt een eenvoudige verklaring van de aannemer aanvaard. Deze attesten vermelden het bedrag van de werken, de plaats en het tijdstip waarop ze werden uitgevoerd. Voorts wordt aangegeven of de werken volgens de regels van de kunst zijn uitgevoerd en regelmatig tot een goed einde zijn gebracht. In voorkomend geval worden de attesten door de bevoegde instantie rechtstreeks aan de aanbestedende overheid toegezonden.

Voor bovenvermeld selectiecriteria wordt het minimaal niveau als volgt gepreciseerd: de inschrijver dient minimaal één referentie voor te leggen die zijn bekwaamheid inzake de aanleg van een gecertificeerd ‘global pitch’ kunstgrasveld met e-layer voor de hockey aantoont.

Daarnaast dient hij aan te tonen dat hij technisch in staat is in het leveren en plaatsen met een hoge precisiegraad van een asfaltonderlaag, hetzij als onderlaag van een kunstgras hockeyveld, hetzij als onderlaag van een andere hoogwaardige sportaccommodatie.

Wanneer de inschrijver een beroep doet op de draagkracht van andere entiteiten als bedoeld in artikel 74 van het KB plaatsing en die draagkracht bepalend is voor zijn selectie, vermeldt de inschrijver in zijn offerte voor welk gedeelte hij een beroep doet op die draagkracht en welke entiteiten hij

voorstelt. In dat geval toont hij de aanbestedende overheid aan dat hij zal beschikken over de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke middelen, door overlegging van de verbintenis van deze entiteiten om de inschrijver dergelijke middelen ter beschikking te stellen.

De aangestelde opdrachtnemer doet bij de uitvoering van de opdracht verplicht beroep op deze entiteiten. Het inzetten van andere entiteiten is onderworpen aan de toestemming van de aanbestedende overheid.

Vereiste erkenning van de inschrijver

G4 (Speciale bekledingen voor sportvelden), Klasse 4 of hoger.”

In het gunningsverslag, dat de aanbestedende overheid zich in de bestreden gunningsbeslissing eigen heeft gemaakt, wordt omtrent de technische bekwaamheid van de verzoekende partij geoordeeld:

“Bij schrijven van 27 januari 2015 verzocht de firma om de initieel bekendgemaakte eis inzake technische bekwaamheid te verruimen om de mededinging te bevorderen. Haar verzoek was met name om ‘te bevestigen/toe te staan dat de referentie voor de asfaltlaag ook onder een andere (hoogwaardige) sportaccommodatie geplaatst mag zijn’. Zij verzocht de referentie voor de asfaltonderlaag bijgevolg los te koppelen van de referentie betreffende de aanleg van een gecertificeerd ‘global pitch’ kunstgrasveld met e-layer voor hockey.

De aanbestedende overheid maakte in navolging van dit verzoek de aangepaste eis bekend, waarin de technische bekwaamheid alsdan, nog steeds in toepassing van artikel 69, 7° van het KB Plaatsing, bewezen kon worden middels hetzij één referentie waaruit alle gevraagde bekwaamheden bleken, hetzij middels twee afzonderlijke referenties: een referentie van een ‘global pitch’ gecertificeerd kunstgrasveld met e-layer voor hockey enerzijds en een referentie van een met hoge precisiegraad aangelegde asfaltonderlaag anderzijds.

In lijn met voorgaande stelde de firma in haar offerte [...]: ‘Als referentie voor de gecertificeerde ‘global pitch’ voor de polyethyleen kunstgrasmat en de e-layer volgens FIH verwijzen wij naar onze referentie uit 2012 voor de Hockeyclub Saint-Georges uit Kortrijk. Voor de asfaltonderlaag onder een hoogwaardige sportaccommodatie verwijzen wij naar de atletiekreferentie uit 2011/2012, de atletiekpiste uit Ieper.’

Met betrekking tot de eerstgenoemde referentie uit Kortrijk werd het FIH ‘global pitch’ certificaat bij de offerte gevoegd. Een attest van goede uitvoering werd eveneens toegevoegd. Uit dit attest blijkt naast de tevredenheid van het opdrachtgevend bestuur dat de werken in het jaar 2012 werden uitgevoerd (m.a.w. binnen de termijn van de afgelopen 5 jaar). Onder de uitvoeringsdetails wordt op dit attest gesteld dat het een kunstgras hockeyveld op e-layer betreft. De referentie voldoet bijgevolg aan de gestelde voorwaarden. De aanbestedende overheid verzocht de inschrijver op 20 maart 2015 om te verduidelijken of hij voor aanleg van de e-layer al dan niet een beroep deed op een andere entiteit. De inschrijver

verklaarde op 23 maart 2015 dat de e-layers door eigen personeel en machines geïnstalleerd worden. Deze eerste bekwaamheid werd aldus door de inschrijver afdoende bewezen.

Met betrekking tot de tweede referentie uit Ieper werd een attest van goede uitvoering bij de offerte gevoegd. Uit dit attest volgt dat de uitvoeringsperiode binnen de termijn van de afgelopen 5 jaar valt, dat verhardingen deel uitmaakten van de opdracht en dat de werken tot gehele voldoening van de opdrachtgever werden uitgevoerd. Met dezelfde voormelde brief van 20 maart 2015 verzocht de aanbestedende overheid de firma om te verduidelijken op welke entiteit ze voor de aanleg van de asfaltonderlaag een beroep deed en om desgevallend de verbintenis van deze entiteit te bezorgen. Per kerende antwoordde de inschrijver dat de asfaltonderlaag in Ieper geplaatst werd door Verhaeren & Co nv (thans Viabuild nv genaamd). Een verbintenis van deze onderneming conform het bovenvermeld artikel 74 KB Plaatsing werd niet bij het antwoord gevoegd. De firma werd gevraagd om de verbintenis alsnog over te maken. Op 9 april 2015 werd een verbintenis ondertekend door Viabuild nv en Sportinfrabouw nv overgemaakt. Deze verbintenis was evenwel gedateerd op 8 april 2015, zijnde meer dan een maand na de opening van de offertes op 4 maart 2015.

In het kader van de selectie mag het vervolledigen van de offerte enkel betrekking hebben op bewijsstukken die objectieve en niet voor verandering vatbare gegevens inhouden. De verbintenis van Viabuild nv tast het onveranderlijk karakter van de offerte aan.

De aanvaarding van deze laattijdige verbintenis zou leiden tot regularisering van de inschrijver, die immers tijdens de voor de selectie in aanmerking te nemen referentieperiode (de periode voor de opening van de offertes) niet over de vereiste verbintenis beschikte, zich bijgevolg niet rechtsgeldig kon beroepen op de draagkracht van Viabuild nv en derhalve niet aan de voorwaarden voor selectie voldeed. Deze aanvaarding zou een schending vormen van het gelijkheidsbeginsel.

De firma Sportinfrabouw nv wordt niet geselecteerd.”

Uit het gunningsverslag blijkt aldus dat de verzoekende partij niet voor de in het geding zijnde opdracht werd geselecteerd omdat de verzoekende partij zich conform artikel 74 van het koninklijk besluit plaatsing zou beroepen op de draagkracht van een onderaannemer, de nv Viabuild, om te voldoen aan het selectievereiste inzake technische bekwaamheid voor het aanleggen van een asfaltonderlaag terwijl de verzoekende partij niet tijdig over de vereiste verbintenis van deze onderaannemer beschikte. Deze was immers gedateerd op 8 april 2015, zijnde na de datum van de opening van de offertes, 4 maart 2015.

9. Op het eerste gezicht lijkt met de verzoekende partij te mogen worden vastgesteld dat de verzoekende partij als referentie voor het aanleggen van een asfaltonderlaag bij haar offerte een referentie voegt met betrekking tot een atletiekpiste die zij in 2011/2012 aanlegde te Ieper. Tevens is bij haar offerte een attest van goede uitvoering gevoegd voor deze atletiekpiste dat werd verleend aan de verzoekende partij door de stad Ieper.

Op het eerste gezicht blijkt op geen enkele wijze uit de offerte zelf van de verzoekende partij dat zij een beroep zou doen op de draagkracht van een onderaannemer voor het aantonen van haar technische bekwaamheid voor de aanleg van een asfaltonderlaag. Bij de offerte werd ook geen enkele verbintenis met toepassing van artikel 74 van het koninklijk besluit plaatsing gevoegd.

Voorts wordt in de offerte slechts een indicatieve lijst van mogelijke onderaannemers weergegeven waarbij de verzoekende partij uitdrukkelijk stelt dat hiervan nog kan worden afgeweken indien deze onderaannemers niet zouden voldoen aan de gestelde eisen in het bestek, niet aan de planning kunnen voldoen of uit financiële overwegingen. De aanbestedende overheid heeft in de opdrachtdocumenten ook niet verzocht – overeenkomstig artikel 12 van het koninklijk besluit plaatsing – om in de offerte te vermelden welk gedeelte van de opdracht de inschrijver voornemens was in onderaanneming te geven en aan welke onderaannemer.

Het gegeven dat de verzoekende partij voor alle zekerheid en dit na uitdrukkelijk verzoek van de verwerende partij daartoe, na opening van de offertes, een verbintenis bijvoegt van de nv Viabuild, waarbij deze verklaart al haar middelen ter beschikking te stellen van de nv Sportinfrabouw voor de uitvoering van de in het geding zijnde opdracht lijkt niets af te doen aan het gegeven dat de verzoekende partij bij haar offerte een eigen referentie voorlegde in verband met de aanleg van een atletiekpiste te Ieper met asfaltonderlaag. Daarbij valt op te merken dat de nv Viabuild in de offerte voor de huidige betwiste opdracht niet werd vermeld als mogelijke onderaannemer voor de asfaltwerken.

10. Afgezien van de vraag of het gegeven dat de verbintenis die de verzoekende partij heeft bijgebracht van de nv Viabuild dateert van na de opening van de offertes aldus ertoe leidt dat de offerte niet kan worden aangevuld met deze verbintenis, lijkt eerst de vraag te moeten worden gesteld of de aanbestedende overheid terecht voorbij is gegaan aan de referentie van de atletiekpiste te Ieper die door de verzoekende partij bij haar offerte werd gevoegd en als een eigen referentie lijkt naar voor te zijn gebracht.

Uit het gunningsverslag lijkt te mogen worden afgeleid dat de referentie naar het oordeel van de aanbestedende overheid inhoudelijk voldeed nu gesteld werd dat een attest van goede uitvoering werd bijgevoegd, dat de werken binnen de termijn van de afgelopen vijf jaar vallen en dat verhardingen deel uitmaken van de opdracht die tot gehele voldoening van de opdrachtgever werd uitgevoerd. Voorts lijkt op het eerste gezicht in de bestreden gunningsbeslissing niet te worden verduidelijkt waarom de aanbestedende overheid van oordeel was dat deze referentie niet in aanmerking mocht worden genomen als een referentie van de verzoekende partij zelf en waarom de verzoekende partij een verbintenis diende bij te voegen van de onderaannemer.

In haar nota voert de verwerende partij aan dat zij heeft moeten vaststellen dat deze referentie niet aantoonde dat de verzoekende partij over de gevraagde specifieke technische bekwaamheid beschikt inzake het leveren en plaatsen van een asfaltonderlaag aangezien de verzoekende partij de asfaltonderlaag niet zelf heeft geleverd en geplaatst.

Uit het bestek blijkt dat als geschiktheidseis onder meer werd opgelegd dat de inschrijver moet aantonen dat hij “technisch in staat” is tot het leveren en plaatsen met een hoge precisiegraad van een asfaltonderlaag, hetzij als onderlaag van een kunstgras hockeyveld, hetzij als onderlaag van een andere hoogwaardige sportaccommodatie. Hierbij wordt niet uitdrukkelijk en zeer precies aangegeven wat het minimale te behalen niveau is of hoe deze bekwaamheid moet worden aangetoond. Dit in tegenstelling tot de bekwaamheid inzake de aanleg van een gecertificeerd ‘global pitch’ kunstgrasveld met e-layer voor de hockey waarbij uitdrukkelijk wordt bepaald dat het minimaal niveau één referentie betreft van de

inschrijver die zijn bekwaamheid inzake de aanleg van een gecertificeerd ‘global pitch’ kunstgrasveld met e-layer voor de hockey aantoont.

Het bestek lijkt door de verzoekende partij zo te zijn geïnterpreteerd dat ten bewijze van de bekwaamheid betreffende de asfaltonderlaag eveneens één referentie moest worden voorgelegd waaruit deze bekwaamheid blijkt.

De verwerende partij lijkt deze interpretatie van het bestek gedeeltelijk te onderschrijven, weze het dat zij er bij de beoordeling van de referenties van lijkt te zijn uitgegaan dat de referentie volledig en werkelijk door de inschrijver zelf moet zijn uitgevoerd. Aangezien de verzoekende partij in haar brief van 23 maart 2015 aan de verwerende partij stelde dat de asfaltlaag in haar referentieopdracht te Ieper werd aangebracht door Verhaeren, huidig Viabuild, is de verwerende partij aldus van oordeel dat deze referentie niet kan worden aangenomen als een referentie van de verzoekende partij zelf en dat de verzoekende partij aldus een beroep doet op de draagkracht van een onderaannemer zodat zij de verbintenis van deze onderaannemer met toepassing van artikel 74 van het koninklijk besluit plaatsing diende bij te voegen.

De verwerende partij verwijst hiervoor naar het belang van de technische bekwaamheidsvereiste inzake het plaatsen van een asfaltonderlaag die zij in haar nota kwalificeert als een “specifieke” technische bekwaamheid, in tegenstelling tot de bekwaamheid voor het aanleggen van een gecertificeerd ‘global pitch’ kunstgrasveld met e-layer voor hockey, die zij kwalificeert als een “algemene” technische bekwaamheid. Volgens de verwerende partij volstaat in het geval van een specifieke technische bekwaamheid een referentie waarbij men slechts als hoofdaannemer optrad niet om de specifieke technische bekwaamheid aan te tonen.

Dit onderscheid lijkt op het eerste gezicht geen duidelijke steun te vinden in de omschrijving van het selectie criterium in het bestek.

De verzoekende partij zoekt hiervoor onder meer steun in een arrest van 2 april 2009 van de Raad van State, nr. 192.188, inzake de sa Les Entreprises Louis De Waele e.a.

In de aankondiging van de opdracht die aanleiding gaf tot voormeld arrest lijkt duidelijk te zijn aangegeven dat de inschrijvers onder meer een referentie voor elektriciteitswerken dienden voor te leggen, waarbij de werken moeten zijn uitgevoerd door een onderneming die erkend is voor elektriciteitswerken en waarbij de erkende onderneming die verantwoordelijk is voor de referentie werkelijk betrokken is in de kandidaatstelling. Voorts wordt in de aankondiging ook verduidelijkt wat met “werkelijk betrokken in de kandidaatstelling” wordt bedoeld, meer bepaald dat de betrokken onderneming de onderneming is die de kandidaatstelling indient, dan wel de entiteit waarop een beroep wordt gedaan om te beschikken over onder meer de vereiste technische bekwaamheid in welk geval de verbintenis gevoegd wordt bij de kandidaatstelling dat deze onderneming haar middelen ter beschikking stelt.

De te dezen voorliggende aankondiging of het bestek lijken op het eerste gezicht echter geen duidelijke bepaling in die zin te bevatten waaruit zou blijken dat de aanbestedende overheid een referentie verlangt voor een asfaltlaag die door de inschrijver zelf werd aangelegd.

Op het eerste gezicht lijkt het bestek dan ook niet uit te sluiten dat een inschrijver, die als hoofdaannemer optrad voor de aanleg van een hoogwaardige sportaccommodatie waarbij een asfaltonderlaag werd aangebracht, deze referentie, waarbij hem een attest van goede uitvoering werd afgeleverd op zijn naam, zou indienen als bewijs van zijn geschiktheid wat betreft de eis dat hij technisch in staat is tot het leveren en plaatsen met een hoge precisiegraad van een asfaltonderlaag, hetzij als onderlaag van een kunstgras hockeyveld, hetzij als onderlaag van een andere hoogwaardige sportaccommodatie.

Er kan trouwens opnieuw worden opgemerkt dat de aanbestedende overheid in het bestek op geen enkele wijze aan de inschrijver de verplichting oplegde om aan te geven voor welk gedeelte van de opdracht de inschrijver voornemens was een beroep te doen op onderaannemers en welke

onderaannemers hij zou voorstellen in welke mogelijkheid artikel 12 van het koninklijk besluit plaatsing voorziet. Nochtans had dit kunnen worden verwacht indien de aanbestedende overheid de technische bekwaamheid voor de aanleg van de asfaltlaag dermate belangrijk en specifiek achtte.

Op het eerste gezicht lijkt ook te kunnen worden vastgesteld dat minstens de inschrijver nv Krinkels de selectievereiste op dezelfde wijze begrepen heeft als de verzoekende partij aangezien deze inschrijver ook een referentie lijkt te hebben bezorgd voor de aanleg van een sportterrein waarbij nv Krinkels optrad als hoofdaannemer, zonder dat nv Krinkels bij haar offerte de verbintenis bijvoegde van de onderaannemer die de asfaltlaag aanbracht – en trouwens ook niet van de onderaannemer die de e-layer aanbracht. Ook voor deze inschrijver heeft de verwerende partij deze verbintenissen van de ondernemingen die optraden als onderaannemer in de referentie die nv Krinkels voorlegde als hoofdaannemer, na het openen van de offertes, bijkomend opgevraagd.

Er lijkt in de huidige stand van het geding dan ook te mogen worden aangenomen dat de aanbestedende overheid bij de selectie van de inschrijvers een niet aangekondigd minimaal vereist niveau lijkt te hebben toegevoegd aan de besteksbeplating inzake de technische bekwaamheid dat niet werd vermeld in het bestek: namelijk dat de referentie die werd voorgelegd voor het aantonen van de technische bekwaamheid voor het leveren en plaatsen van een asfaltonderlaag, een referentie moet betreffen waarbij de asfaltonderlaag door de inschrijver zelf werd aangelegd, dan wel dat de inschrijver daarvoor een beroep diende te doen op de draagkracht van een onderaannemer die een dergelijke asfaltlaag reeds heeft aangelegd. In die zin lijkt de aanbestedende overheid haar eigen besteksbeplatingen te hebben aangevuld, met schending dus van het in het middel geschonden geachte *patere legem*-beginsel.

De verzoekende partij lijkt aldus haar offerte niet met volle kennis van zaken ten aanzien van de selectiecriteria te hebben kunnen opstellen. Het lijkt daarbij niet uitgesloten dat indien deze bijkomende minimale vereiste in het bestek uitdrukkelijk was opgenomen, de verzoekende partij tijdig een verbintenis van de onderaannemer die de asfaltonderlaag had aangebracht voor de atletiekpiste te Ieper bij haar offerte zou hebben kunnen voegen.

Gelet op het voorgaande lijkt met de verzoekende partij ook te moeten worden vastgesteld dat de beslissing tot stopzetting van de opdracht en tot het opstarten van een onderhandelingsprocedure met de inschrijver nv Krinkels, op grond van de motivering dat er slechts één inschrijver geselecteerd mocht worden, niet gedragen wordt door correcte motieven. De verzoekende partij lijkt er voorts terecht op te wijzen dat haar prijs aanzienlijk lager ligt dan de prijs van nv Krinkels.

Bovendien lijkt aldus niet meer vast te staan dat terecht werd besloten dat de nv Krinkels als enige voldeed aan de vereisten inzake kwalitatieve selectie, zodat niet meer vaststaat dat op grond van artikel 26, § 1, 1^o, e), van de wet van 15 juni 2006 terecht werd besloten enkel de nv Krinkels te raadplegen en niet de verzoekende partij. Voormeld artikel voorziet er immers in dat de aanbestedende overheid een opdracht mag plaatsen bij onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking na, indien mogelijk, raadpleging van meerdere aannemers wanneer enkel onregelmatige of onaanvaardbare offertes werden ingediend naar aanleiding van een open of beperkte procedure of concurrentiedialoog, mits de aanbestedende overheid alle inschrijvers raadpleegt die aan de eisen inzake kwalitatieve selectie beantwoorden en bij de eerste procedure een formeel regelmatig offerte hebben ingediend, en de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht niet wezenlijk worden gewijzigd.

11. Het eerste middel is in de aangegeven mate ernstig.

B. Nieuw tweede middel

Uiteenzetting van het middel

12. In een “pleitnota”, voorafgaand aan de terechtzitting aan de Raad van State gezonden, waarop de verwerende partij schriftelijk heeft gereageerd en waarover het auditoraat advies heeft uitgebracht, voert de verzoekende partij een nieuw tweede middel aan, dat luidt als volgt:

“Genomen uit de schending van artikel 24, artikel 26 §1, 1^o e) en artikel 35 van de Wet van 15 juli 2006 betreffende de overheidsopdrachten en bepaalde

opdrachten voor werken, leveringen en diensten; Schending van artikelen 58 en 69,7° van het Koninklijk Besluit van 15 juli 2011 plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren; Schending van de artikelen 4 en 5 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; Schending van de artikelen 2 en 3 van de Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen; Schending van de formele en materiële motiveringsplicht en het beginsel patere legem quam ipse fecistit; Schending van het gelijkheidsbeginsel en het beginsel van eerlijke mededinging;

Doordat verwerende partij besliste verzoekende partij niet te selecteren en daarbij motiveert dat verzoekende partij niet aan de voorwaarden voor selectie voldeed nu zij tijdens de voor de selectie in aanmerking te nemen referteperiode (de periode voor de opening van de offertes), niet beschikte over een verbintenis van de NV Viabuild met betrekking tot de referentie inzake de asfaltonderlaag die aan verzoekende partij was afgeleverd door de stad Ieper (voor welke referentieopdracht de NV Viabuild als onderaannemer van verzoekende partij had gewerkt) en zich bijgevolg niet rechtsgeldig kon beroepen op de draagkracht van de NV Viabuild: Dat verwerende partij eveneens besliste om de NV Krinkels wel te selecteren om vervolgens met toepassing van artikel 26 §1, 1°, e) een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking te organiseren waarbij enkel de NV Krinkels geraadpleegd zou worden; Dat uit de stukken van het administratief dossier blijkt dat er voor de door de NV Krinkels ingeroepen referentie 'Waterloo Ducks Hockey Club – Waterloo Belgium' geen certificaat voorhanden was op het ogenblik van het indienen van de offertes; Dat dit certificaat eerst is opgemaakt door de FIH (International Hockey Federation) op 2 april 2015 en is overgemaakt aan verwerende partij op 7 april 2015, te weten meer dan een maand na opening van de offertes; Dat deze feitelijkheden niet worden vermeld in de bestreden beslissing en het verslag van nazicht van de offertes en dat evenmin wordt gemotiveerd waarom de NV Krinkels in die omstandigheden wel mocht worden geselecteerd terwijl de overige inschrijvers, waaronder verzoekende partij, niet werden geselecteerd;

Terwijl verwerende partij de NV Krinkels niet mocht selecteren en geen onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking mocht organiseren waarbij de NV Krinkels al enige werd geraadpleegd nu deze tijdens de volgens verwerende partij voor de selectie in aanmerking te nemen referteperiode (de periode voor de opening van de offertes) niet beschikte over de in het bestek gevraagde referentie inzake de aanleg van een gecertificeerd 'global pitch' kunstgrasveld met e-layer voor de hockey; Dat verwerende partij, wetende dat het genoemde certificaat nog niet bestond op het ogenblik van het indienen van de offertes, er minstens toe gehouden was te motiveren waarom de NV Krinkels alsnog werd geselecteerd en de verzoekende partij om gelijkaardige redenen niet werd geselecteerd;

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

Beoordeling

13. Aangezien alleen een onderhandelingsprocedure wordt opgestart met geselecteerden, lijkt de verzoekende partij, in tegenstelling tot hetgeen de verwerende partij betoogt, belang bij het middel te hebben. Het later gegrond bevinden van het middel kan immers voor gevolg hebben dat, bij gegrondbevinding van het eerste middel, de verzoekende partij als enige geselecteerde moet worden beschouwd.

14. Het is in het kader van het gelijkheids- en transparantiebeginsel, die inhouden dat een offerte niet na de opening mag worden gewijzigd, plausibel dat een inschrijver zijn kandidatuur aanvult met bijvoorbeeld stukken uitgaande van overheidsdiensten of bevattende objectieve weergaves van feitelijke toestanden.

Bij brief van 20 maart 2015 heeft de verwerende partij aan de nv Krinkels het ‘global pitch’ certificaat voor de referentie Waterloo Ducks Hockey opgevraagd.

Hieromtrent blijkt dat reeds vóór het indienen van de offertes het testrapport werd opgesteld – namelijk op 11 december 2014 – en de aanvraag voor het certificaat verstuurd, maar dat het certificaat zelf nog niet was afgeleverd op het ogenblik van het indienen van de offertes. Alle gegevens die eraan ten grondslag liggen, lijken onveranderbaar. De referentie voor de reeds uitgevoerde hockeymat werd bijgevoegd, de fysieke toestand van de te certificeren hockeymat lijkt onveranderbaar, het testrapport werd reeds opgesteld – de betrokken situatie lijkt eerder vergelijkbaar met het laattijdig bijvoegen van een attest van goede uitvoering.

Te dezen lijkt de certificering in elk geval niet te kunnen worden beïnvloed door de uitkomst van de gunningsprocedure, maar enkel door de feitelijke toestand van het hockeyveld geplaatst in Waterloo en het testrapport

welke feitelijke toestand en welk testrapport reeds ongewijzigd bestond bij het aflopen van de inschrijvingstermijn. Dergelijke attestering lijkt niet vergelijkbaar met het bijvoegen van een verbintenis die gedateerd is van na opening offertes, hetgeen de gelijkheid onder inschrijvers wel lijkt te kunnen aantasten aangezien de betrokken inschrijver dan, met eventuele kennis van rangschikking van zijn offerte bij open aanbesteding, een lagere prijs kan afdwingen van een onderaannemer waarmee dan wordt gecontracteerd, te meer daar er te dezen geen verplichting leek te bestaan om onderaannemers reeds in de offerte op te geven.

15. Het tweede middel is niet ernstig.

VI. Kosten

16. Het is passend, gelet op de hierna ingewilligde vordering tot schorsing en het daaropvolgend nog noodzakelijk procesverloop, de kosten, gevorderde rechtsplegingsvergoedingen inbegrepen, in beraad te houden.

BESLISSING

De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de Stad Antwerpen van 24 april 2015, waarbij wordt beslist om de nv Sportinfrabouw niet te selecteren in het kader van de opdracht ‘Aanleg kunstgras waterveld hockey, Wilrijkse Plein’, voorwerp van het bestek GAC/2014/2857 (P05849), de genoemde opdracht stop te zetten en een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking uit te schrijven op grond van het bestek GAC/2015/3113 en daarbij enkel de nv Krinkels te raadplegen.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 9 juni 2015,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

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

De griffier

De voorzitter

Bram Van Thillo

Dierk Verbiest