

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 233.928 van 25 februari 2016
in de zaak A. 218.264/XII-8076**

In zake: de BVBA MAB
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Barteld Schutyser en Riet Straetmans
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 99
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE ANDERLECHT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jérôme Sohier en Manoël De Keukelaere
kantoor houdend te 1000 Brussel
Emile De Motlaan 19
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 2 februari 2016, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Anderlecht van 10 november 2015 om de overheidsopdracht voor werken met als voorwerp ‘Aanleg van een kunstgras voetbalterrein’ aan Groenservice bvba te gunnen, en de impliciete beslissing om de opdracht niet aan de verzoekende partij te gunnen”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 18 februari 2016, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Barteld Schutyser, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Manoël De Keukelaere, die *loco* advocaat Jérôme Sohier 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.

III. Feiten

3.1. De gemeente Anderlecht schrijft een overheidsopdracht voor aanneming van werken uit met als voorwerp “Aanleg van een kunstgras voetbalterrein”.

Bij beslissing van 25 juni 2015 keurt de gemeenteraad het bestek nr. 15-045 SPOR goed voor “Aanleg van een kunstgras voetbalterrein” en beslist hiervoor een open aanbesteding uit te schrijven.

De opdracht wordt op 3 juli 2015 gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen.

3.2. Er worden vier offertes ingediend, waaronder de offerte van de verzoekende partij als laagste offerte en de offerte van de bvba Groenservice – de gekozen inschrijver – als tweede laagste.

3.3. Op 2 oktober 2015 wordt een gunningsverslag opgesteld.

In het gunningsverslag, dat in de bestreden beslissing tot integraal deel ervan wordt aangemerkt, wordt omtrent het onderzoek van de kwalitatieve selectiecriteria met betrekking tot de verzoekende partij geoordeeld:

“3. Toegangsrecht en kwalitatieve selectie van de inschrijvers

Vereiste documenten en attesten

Uitsluitingscriteria: juridische situatie:

[...]

Selectiecriteria: economische en financiële draagkracht:

Niet van toepassing

Selectiecriteria: technische bekwaamheid:

Een lijst van de werken die de afgelopen vijf jaar werden verricht, die 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.

Minimumeisen:

800.000,00 EUR, BTWI

Erkenning van aannemers (categorie en klasse):

G4 (speciale bekledingen voor sportvelden), klasse 4

Samenvatting van het nazicht van de inschrijvers

[...]

Besluit van de kwalitatieve selectie

Volgende inschrijvers zijn uitgesloten of hun inschrijvingen bevatten essentiële tekortkomingen en worden dus niet geselecteerd:

naam	motivering
MAB BVBA	Geen bedrag boven de 500.000,00 EUR Geen attest boven de 500.000,00 EUR

”.

3.4. Op 10 november 2015 beslist het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Anderlecht om dit gunningsverslag goed te keuren, de bvba MAB niet te selecteren, omdat de bedragen van de door haar opgegeven referentie-opdrachten “niet begrepen zijn tussen 500 000 euro en 900 000 euro,

zoals vereist door de classe van erkenning der ondernemers gevraagd in de documenten van het lastenboek en de aankondiging”, en de opdracht te gunnen aan de bvba Groenservice.

Dit is de bestreden gunningsbeslissing.

Bij aangetekende brief van 21 januari 2016 worden aan de verzoekende partij de motieven voor haar niet-selectie meegedeeld als volgt:

“Wij hebben uw inschrijving niet geselecteerd om volgende reden(en):
- Uw firma voldoet niet aan de technische minimumvereisten.
Geen bedrag boven de 500.000,00 EUR
Geen attest boven de 500.000,00 EUR”.

IV. Schorsingsvoorwaarden

4.1. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

4.2. Te dezen is evenwel ook de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ van toepassing.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden 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 kan verantwoorden.

V. Onderzoek van het enige middel

Uiteenzetting van het middel

5. Een enig middel wordt geput uit de schending van onder andere artikel 58, § 1, 2°, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit Plaatsing) “in zoverre dit artikel de aanbestedende overheid verplicht om inschrijvers die aan de eisen inzake kwalitatieve selectiecriteria voldoen, te selecteren”, artikel I.5 van het bestek, “in zoverre dit artikel op de kwalitatieve selectie betrekking heeft”, artikel I.10 en artikel I.13 van het bestek, het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers, het transparantiebeginsel en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, onder meer het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel.

In de uiteenzetting van haar middel voert de verzoekende partij aan dat de bestreden beslissing de voormelde bepalingen en beginselen schendt omdat de verwerende partij, door voor de referentieopdrachten een minimumdrempel van 500.000 euro te hanteren, aan het selectie criterium “technische bekwaamheid” een voorwaarde heeft toegevoegd die niet in de opdracht-documenten was vervat.

De verzoekende partij is van oordeel dat op grond van de betrokken bepaling I.5 in het bestek, waar het selectie criterium inzake de vakbekwaamheid wordt omschreven, de inschrijvers slechts een lijst van werken dienden voor te leggen, uitgevoerd in de laatste vijf jaar, zonder dat hierbij de eis werd gesteld dat de referenties betrekking dienden te hebben op werken tussen 500.000 euro en 900.000 euro. De verzoekende partij nam in haar offerte vier referenties op waarbij, voor minstens drie daarvan, al de verplichte vermeldingen voorhanden waren.

Het is pas na onderzoek van de bestreden beslissing en van de regelgeving inzake erkenning van aannemers van werken dat de verzoekende partij begrijpt dat de door de verwerende partij gehanteerde minimumdrempel van 500.000 euro overeenstemt met het maximale bedrag van de aanneming van werken die voor klasse 3 aan een aannemer mogen worden gegund. Op grond van het aankondigingsbericht was echter allerm minst duidelijk dat de maximumdrempel van 500.000 euro voor aannemers erkend in klasse 3 als een minimumwaarde voor de op te geven referentieopdrachten zou gelden. Dit vloeit ook niet logisch voort uit de vermeldingen zoals opgenomen in het aankondigingsbericht en het bestek. De erkenningsvereisten en de vereiste om een lijst van referentieopdrachten bij de offerte te voegen, waren immers duidelijk van elkaar onderscheiden in het bestek, zodat een verband tussen deze vereisten geenszins kon worden vermoed.

Bijgevolg is de aanbestedende overheid afgeweken van het bestek en het aankondigingsbericht nu zij de referentieopdrachten van de verzoekende partij niet in aanmerking heeft genomen omdat de waarde ervan zich niet tussen 500.000 euro en 900.000 euro situeert hoewel deze vereiste niet, of minstens niet op duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze in de opdracht-documenten werd vermeld.

Beoordeling

6. Overeenkomstig 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 onder andere 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 van voormeld besluit. 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. Onder andere bij open procedure, zoals te dezen, is het opleggen van een minimaal niveau verplicht. De aanbestedende overheid geeft in de aankondiging van de opdracht of, bij gebrek aan dergelijke aankondiging, in de uitnodiging tot het indienen van een offerte aan welke de vastgestelde kwalitatieve

selectiecriteria zijn en welke de te verstrekken noodzakelijke inlichtingen en documenten zijn.

De geschiktheidseisen moeten 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, in samenhang gelezen met het beginsel van de gelijke behandeling van de inschrijvers en het daaruit voortvloeiende transparantiebeginsel. In de mate dat de beoordeling van de geschiktheid afwijkt van wat werd aangekondigd in het bestek, lijkt zulks ook een schending in te houden van het *patere legem quam ipse fecisti*-beginsel.

7. In het aankondigingsbericht van de in het geding zijnde opdracht wordt aangegeven met betrekking tot de kwalitatieve selectiecriteria:

“III.2) Voorwaarden voor deelneming

III.2.1) Persoonlijke situatie van ondernemers, waaronder de vereisten in verband met de inschrijving in het beroeps- of handelsregister

[...]

III.2.2) Economische en financiële draagkracht

[...]

III.2.3) Vakbekwaamheid

Inlichtingen en formaliteiten om na te gaan of aan de vereisten is voldaan: Een lijst van werken die de afgelopen vijf jaar werden verricht, die 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	Eventueel vereiste minimumeisen (indien van toepassing): Klasse: klasse 4: tot 900.000 EUR, Categorie:G4
---	--

rechtstreeks aan de aanbestedende overheid toegezonden.	
---	--

”.

In het bestek wordt in artikel I.5 met betrekking tot de kwalitatieve selectie bepaald:

“Technische bekwaamheid van de inschrijver (kwalitatieve selectie)

Een lijst van de werken die de afgelopen vijf jaar werden verricht, die 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.

Vereiste erkenning van aannemers (categorie en klasse – de klasse wordt bepaald op het ogenblik van de gunning)

G4 (speciale bekledingen voor sportvelden), klasse 4”.

Uit het gunningsverslag en de bestreden beslissing blijkt dat de verzoekende partij niet voor de voorliggende opdracht werd geselecteerd omdat zij geen referenties heeft voorgelegd van werken voor een bedrag boven de 500.000 euro.

8. Te dezen werd in de aankondiging een erkenningsvereiste gesteld, namelijk een erkenning in klasse 4, categorie G4. De verwerende partij betwist niet dat de verzoekende partij bij haar offerte een getuigschrift van erkenning voegde waaruit de vereiste erkenning voor klasse 4, categorie G4 bleek.

Daarnaast vraagt de aanbestedende overheid in de aankondiging de vakbekwaamheid aan te tonen aan de hand van referenties van werken die de afgelopen vijf jaar werden verricht en die gepaard gaan met attesten die bewijzen dat de belangrijkste werken naar behoren zijn uitgevoerd.

Met betrekking tot deze laatste selectievereiste bepaalt de aankondiging echter geen minimumvereiste, minstens niet op eenduidige wijze, behalve dat het moet gaan om werken die werden uitgevoerd tijdens de laatste vijf jaar die naar behoren werden uitgevoerd. Er wordt geen minimum aantal voor te leggen referenties bepaald, noch een minimumbedrag voor de referenties, noch dat het moet gaan om werken van gelijkaardige waarde als de te gunnen werken. In het bestek lijkt te worden bevestigd dat er voor het aantonen van de technische bekwaamheid door middel van het voorleggen van referenties van de laatste vijf jaar, inderdaad geen ander minimaal niveau wordt opgelegd dan dat het moet gaan om referenties van werken die werden uitgevoerd tijdens de laatste vijf jaar en waarvan de belangrijkste worden gestaafd met een attest dat ze naar behoren werden uitgevoerd.

De verwerende partij doet gelden dat de vereiste van “erkenning klasse 4, categorie G4” “evident” samen dient te worden gelezen met het verzoek om een lijst van referenties te bezorgen en deze referenties aldus dienden overeen te stemmen met de klasse 4, die betrekking heeft op werken “tussen 500.001 en 900.000 euro”.

De verwerende partij wordt niet bijgevalen in deze stelling. In het bestek wordt bij de erkenningsvereiste geen enkel bedrag voor de referenties vermeld, zodat hetgeen mogelijkerwijze volgens de verwerende partij in de aankondiging daaromtrent wel was vervat, in elk geval niet in het bestek lijkt te zijn herhaald en bevestigd. Bovendien, zelfs indien te dezen van de inschrijvers al kon worden verwacht dat zij er moesten van uitgaan dat de aanbestedende overheid in de aankondiging wat het minimaal vereiste niveau betreft voor de voor te leggen referenties de bedoeling had te verwijzen naar de erkenning van aannemers in klasse 4, dan nog moet met de verzoekende partij worden vastgesteld dat in de aankondiging slechts wordt verwezen naar het maximumbedrag van werken dat kan worden uitgevoerd door een aannemer met een erkenning in klasse 4, namelijk 900.000 euro. Er wordt nergens verwezen naar een minimumbedrag.

9. Met de verzoekende partij moet dan ook worden vastgesteld dat de door de aanbestedende overheid gehanteerde minimumdrempel van 500.000 euro in geen geval eenduidig of op duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze in het aankondigingsbericht noch in het bestek werd vermeld.

Door bij de beoordeling van de referenties die werden voorgelegd door de verzoekende partij plots een minimumdrempel van werken van minimaal 500.000 euro te hanteren opdat de referenties in aanmerking zouden kunnen worden genomen, lijkt de aanbestedende overheid dan ook een vereiste te hebben toegevoegd aan de kwalitatieve selectievereisten inzake vakbekwaamheid die niet was vervat in de opdrachtdocumenten.

In die zin lijkt de aanbestedende overheid het in het middel vermelde artikel 58, § 1, 2°, van het koninklijk besluit Plaatsing en het *patere legem*-beginsel te hebben geschonden, in samenhang gelezen met het beginsel van de gelijke behandeling van de inschrijvers en het daaruit voortvloeiende transparantiebeginsel. Aldus lijkt de bestreden beslissing tot niet-selectie ook gesteund op motieven die niet rechtmatig zijn hetgeen een schending inhoudt van de materiële motiveringsverplichting.

Het enige middel is in deze mate ernstig, wat volstaat om de schorsing van de tenuitvoerlegging te verantwoorden van de beslissing tot gunning aan de bvba Groenservice.

10. In de huidige stand van het geding en in het licht van de voorgaande *prima facie* vastgestelde onrechtmatigheden is er evenwel geen reden om tevens reeds te besluiten tot uitdrukkelijke schorsing van de tenuitvoerlegging van de impliciete beslissing om de opdracht niet te gunnen aan de verzoekende partij. De verzoekende partij toont immers niet aan hoe het ernstig bevinden van het middel reeds tot de vaststelling zou leiden dat de overheid geen andere keuze heeft dan de opdracht aan haar te gunnen, alleen al omdat haar offerte zelf nog niet lijkt te zijn onderzocht.

VI. Kosten

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

BESLISSING

1. 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 gemeente Anderlecht van 10 november 2015 om de overheidsopdracht voor werken met als voorwerp ‘Aanleg van een kunstgras voetbalterrein’ aan de bvba Groenservice te gunnen.

2. De vordering wordt voor het overige verworpen.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 25 februari 2016, 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