

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 236.174 van 18 oktober 2016
in de zaak A. 215.891/XII-7887**

In zake: de BVBA VAN DE KERKHOF
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Chris Schijns en Steven Menten
kantoor houdend te 3600 Genk
Grotestraat 122
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het OPENBAAR CENTRUM VOOR MAATSCHAPPELIJK
WELZIJN van de STAD LEUVEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bob Martens
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 106
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 30 april 2015, strekt tot de nietigverklaring van “[d]e beslissing van het OCMW Leuven d.d. 26 februari 2015 en het bijhorende verslag van nazicht d.d. 10 februari 2015, waarbij de overheidsopdracht voor werken met als voorwerp ‘Raamcontract schilderwerken – FCD-2014-271’, wordt gegund aan de bvba Veldeman Aannemingen en de inschrijving van de bvba Van de Kerkhof niet geselecteerd werd”.

II. Verloop van de rechtspleging

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

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 27 september 2016.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Chris Schijns, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Katrien Miclotte, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens 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 ‘raamcontract schilderwerken’ uit bij wijze van vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met bekendmaking.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen. Uiterste datum voor indiening van de offertes is 5 januari 2015.

In het toepasselijke bestek met referte FCD-2015-271 wordt onder de rubriek “1.5 Toegangsrecht en kwalitatieve selectie” onder meer het volgende vermeld – ook reeds opgenomen in de aankondiging:

“Economische en financiële draagkracht van de inschrijver – vereiste bewijsstukken (selectiecriteria)”

Een passende bankverklaring opgesteld overeenkomstig het model vervat in bijlage 3 van het KB van 15 juli 2011. Hiervoor wordt het model in Bijlage C ‘Bankverklaring’ gebruikt. Indien de inschrijver eigen attesten gebruikt, moeten hieruit dezelfde waarborgen blijken. Het risico op niet conforme eigen attesten ligt bij de inschrijver.”

De kwestieuze bijlage C luidt:

“Bijlage C: Bankverklaring

Deze verklaring betreft volgende overheidsopdracht: Raamcontract schilderwerken (FCD-2014-271)

Hierbij bevestigen wij dat
(naam en woonplaats of handelsnaam en maatschappelijke zetel van de kandidaat of inschrijver) onze klant is.

De financiële relatie met deze klant verloopt tot op heden tot onze volledige tevredenheid en zonder daarbij noemenswaardige negatieve zaken te hebben vastgesteld. Hij geniet tot op heden van ons volle vertrouwen.

Op basis van de gegevens waarover onze bank momenteel beschikt en zonder uitspraak te doen over de toekomst, heeft deze klant op dit ogenblik de financiële en economische draagkracht om de bovenvermelde overheidsopdracht naar behoren uit te voeren.

Onze bank levert dit document af zonder enige beperking noch voorbehoud van onze kant, behalve die welke hierboven zijn vermeld.

Opgemaakt in , op.....

Benaming bank, naam en titel ondertekenaar en handtekening
Dit attest moet ingevuld en bij de offerte gevoegd worden.”

3.2. Er worden vijf offertes ingediend.

De verzoekende partij heeft bij haar offerte de kwestieuze bijlage C gevoegd maar die is niet ingevuld; er wordt enkel *in fine* op vermeld: “Zie Bijlage”.

Er is als bijlage het volgende attest bij haar offerte gevoegd geschreven op briefpapier van de bank ING:

“Solvabiliteitsattest

Mevrouw, Mijnheer,

Hierbij bevestigen wij dat bvba Van de Kerkhof, [...] onze cliënt is sinds 20/06/1996.

De financiële relaties die wij tot op heden onderhouden hebben met bvba Van de Kerkhof beantwoorden aan onze verwachtingen.

Deze verklaring houdt geen verbintenis in van onzentwege voor de toekomst en onze bank neemt dienaangaande geen enkele verantwoordelijkheid.

Met vriendelijke groeten,

[N.C.]

kantoorverantwoordelijke.”

3.3. Met een e-mailbericht van 27 januari 2015 van de verwerende partij wordt het volgende aan de verzoekende partij medegedeeld:

“Geachte,

Wij hebben uw offerte voor hogergenoemde overheidsopdracht goed ontvangen, waarvoor dank.

Wij mankeren echter volgende documenten:

- Technische bekwaamheid: een korte referentielijst van de voornaamste diensten (zie bestek p 6)

Bij het invullen van de samenvattende opmeting (bijlage F):

- Is er een tegenstrijdigheid tussen post 6 project Ruelenspark voor systeem 5 en post 14 voor systeem 5 : € 15 en € 20
Welke eenheidsprijs is de juiste?

Bij de verschillende inschrijvers werden prijsverschillen vastgesteld voor de gebruikte systemen.

Wij vragen u dan ook om voor de verschillende systemen de gebruikte producten op te geven.

Kan u ons deze opgevraagde info zo snel mogelijk en uiterlijk tegen donderdagavond 29/01 bezorgen?

Kan u zowel naar mezelf als naar [M.G.] mailen aub.

Bedankt en met vriendelijke groeten,”

De verzoekende partij beantwoordt dit schrijven met een brief van 27 januari 2015.

3.4. Op 10 februari 2015 wordt het verslag van nazicht opgesteld. Onder de rubriek “3. Kwalitatieve selectie van de inschrijvers” wordt de

inschrijving van de verzoekende partij niet geselecteerd op grond van de volgende overwegingen:

“1. leverde niet de vereiste bewijzen in het kader van de beoordeling van de financiële draagkracht.

- Als bewijs van de financieel-economische draagkracht werd een passende bankverklaring geëist opgesteld overeenkomstig het verplicht model vervat in bijlage 3 van het KB van 15 juli 2011. Dit model was eveneens toegevoegd als bijlage aan de selectieleidraad en houdt volgende verklaringen in aangaande het voorwerp van de opdracht:

1. De financiële relatie met deze klant verloopt tot op heden tot onze volledige tevredenheid en zonder daarbij noemenswaardige negatieve zaken te hebben vastgesteld. Hij geniet tot op heden van ons volle vertrouwen.

2. Op basis van de gegevens waarover onze bank momenteel beschikt en zonder uitspraak te doen over de toekomst, heeft deze klant op dit ogenblik de financiële en economische draagkracht om de bovenvermelde overheidsopdracht (deze verklaring betreft volgende overheidsopdracht: Raamcontract schilderwerken FCD-2014-271) naar behoren uit te voeren.

3. Onze bank levert dit document af zonder enige beperking noch voorbehoud van onze kant, behalve die welke hierboven zijn vermeld.

De geleverde bankverklaring handelt gedeeltelijk over het eerste punt; houdt geen verklaring in ten opzichte van de financieel-economische draagkracht (punt 2 volledig afwezig) en formuleert bijkomend een uitgebreid voorbehoud waardoor ze volkomen in tegenstrijd is met punt 3. Het voorbehoud ontkracht tevens de bewijskracht van de beperkte verklaring ten aanzien van punt 1.

De draagwijdte van deze bankverklaring voldoet niet.”

3.5. Op 26 februari 2015 beslist de verwerende partij onder verwijzing naar het verslag van nazicht de opdracht te gunnen aan de nv Veldeman Aannemingen.

3.6. Met brief van 27 februari 2015 stelt de verwerende partij de verzoekende partij in kennis dat de opdracht werd gegund aan de nv Veldeman Aannemingen en dat de inschrijving van de verzoekende partij niet is geselecteerd; de verwerende partij geeft in de brief de motieven van de niet-selectie zoals opgenomen in het verslag van nazicht weer.

IV. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

4.1. De verzoekende partij voert de schending aan van de artikelen 5 en 20, §1, eerste lid, van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’, de artikelen 59 en 67, §1,1°, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit Plaatsing), van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, “alsmede [van] het zorgvuldigheidsbeginsel, het formeel en materieel motiveringsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur, het ‘*patere legem quam ipse fecisti*’-beginsel”.

Zij argumenteert:

“Doordat, eerste onderdeel, de verzoekende partij ten onrechte niet werd geselecteerd aangezien de bijgebrachte bankverklaring niet zou voldoen.

Doordat, tweede onderdeel, de beslissing tot niet-selectie niet voldoende gemotiveerd is en niet zorgvuldig werd genomen. Bovendien zijn de gunningsbeslissing en het verslag van nazicht van de offertes niet afdoende gemotiveerd wat betreft de niet selectie.

Terwijl een passende bankverklaring werd bijgevoegd conform het bestek.

En terwijl verwerende partij de verzoekende partij had moeten selecteren en haar offerte regelmatig had moeten verklaren.

En terwijl, krachtens de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 en het materieel motiveringsbeginsel elke administratieve rechtshandeling moet steunen op juiste feitelijke en rechtens aanvaardbare motieven.

En terwijl uit het zorgvuldigheidsbeginsel volgt dat de overheid verplicht zorgvuldig te werk moet gaan bij de voorbereiding van een beslissing en ervoor moet zorgen dat de feitelijke en juridische aspecten van het dossier deugdelijk geïnventariseerd en gecontroleerd worden, zodat de overheid met kennis van zaken kan beslissen en dat de betrokken belangen zorgvuldig worden ingeschat en afgewogen, derwijze dat particuliere belangen niet nodeloos worden geschaad.

En terwijl het ‘*patere legem quam ipse fecisti*’-beginsel stelt dat een aanbestedende overheid niet mag afwijken van haar eigen besteksbepalingen.”

In haar toelichting bij het eerste middelonderdeel betoogt de verzoekende partij dat het bestek de inschrijvers de keuze laat bij het bijbrengen van een passende bankverklaring tussen de bankverklaring volgens de besteks-bijlage C of eigen attesten. Zij heeft geopteerd voor een eigen attest. Zij wijst erop dat de verwerende partij op 27 januari 2015 bijkomende verduidelijkingen heeft gevraagd en hierbij geen melding heeft gemaakt van enig probleem over de bij de offerte gevoegde bankverklaring. De verzoekende partij meent dan ook dat zij terecht mocht van mening zijn dat haar offerte minstens zou worden geselecteerd. De verwerende partij heeft echter de door de verzoekende partij aangeleverde “bankgarantie” ten onrechte niet aanvaard niettegenstaande ze wel voldoet aan de inhoud van het model van bijlage 3 van het koninklijk besluit Plaatsing; het normdoel was dan ook bereikt.

De verzoekende partij meent dat de verwerende partij het bestek miskende door te stellen dat er een bankverklaring diende te worden gevoegd overeenkomstig bijlage 3 bij het koninklijk besluit Plaatsing terwijl het bestek de inschrijver ook de mogelijkheid gaf eigen attesten bij te brengen. Voorts wijst zij erop dat de verwerende partij referenties vraagt die de mededinging en de gelijkheid tussen de inschrijvers beperkt en in het gedrang brengt. Ook stelt zij dat het bestek in geen sanctie voorziet bij het miskennen van het aanleveren van een “bankgarantie” overeenkomstig bijlage 3.

De verzoekende partij vervolgt dat haar niet-selectie berust op loutere willekeur en wijst erop dat de door haar ingediende bankverklaring niet afwijkt van deze van de bewuste bijlage 3. Ook is de motivering van haar niet-selectie in de bestreden beslissing op dit punt ruim onvoldoende.

In haar toelichting bij het tweede middelonderdeel bespreekt de verzoekende partij de motivering van de niet-selectie door de verwerende partij. Zij stelt dat zij niet begrijpt wat de verwerende partij bedoelt met de zin dat zij “bijkomend een uitgebreid voorbehoud [formuleert] waardoor ze volkomen in tegenstrijd is met punt 3. Het voorbehoud ontkracht tevens de bewijskracht van de beperkte verklaring ten aanzien van punt 1”. “Noch minder kan de verzoekende partij zich vinden in de motivering dat de bankverklaring een verklaring van de ‘financieel economische draagkracht’ zou ontbreken.

Bezwaarlijk kan voorgehouden worden dat de kwestieuze bankverklaring niet zou voldoen.” “De bestreden beslissing is behept met een motiveringsgebrek.”

Alsdan betoogt de verzoekende partij dat de verwerende partij, mocht de bijgevoegde bankverklaring onvoldoende zijn, heeft nagelaten om bijkomende inlichtingen in te winnen wat zij overeenkomstig artikel 59 van het koninklijk besluit Plaatsing nochtans mag doen; het zou, zo stelt de verzoekende partij, de gelijkheid onder de inschrijvers niet in het gedrang hebben gebracht.

Ten slotte, in dezelfde orde van gedachten, stelt de verzoekende partij dat de sanctie van wering geheel buiten proportie is.

4.2. In haar memorie van wederantwoord betwist de verzoekende partij de stelling van de verwerende partij dat de door haar ingediende bankverklaring niet als een alternatief kan worden beschouwd van het model in bijlage 3 van het koninklijk besluit Plaatsing.

Beoordeling

5.1. Het besteksvereiste is het bijbrengen van een passende bankverklaring opgesteld overeenkomstig het model vervat in bijlage 3 van het koninklijk besluit Plaatsing waarvoor het model in Bijlage C van het bestek ‘Bankverklaring’ wordt gebruikt. Indien de inschrijver eigen attesten gebruikt, moeten hieruit dezelfde waarborgen blijken. Het risico op niet-conforme eigen attesten, zo wordt in het bestek nog gesteld, ligt bij de inschrijver.

Dit besteksvereiste maakt toepassing van artikel 67, § 1, 1°, koninklijk besluit Plaatsing. Bijlage C bij het bestek, die dezelfde is als bijlage 3 bij het koninklijk besluit Plaatsing, bevat de voorgeschreven bankverklaring zoals opgenomen *sub* randnummer 3.1.

In het Verslag aan de Koning bij dit artikel van het koninklijk besluit Plaatsing wordt omtrent de bankverklaring vermeld:

“Wat de bankverklaring betreft als bedoeld in 1°, bevat bijlage 3 van dit besluit een verplicht te gebruiken model dat door de bank moet worden ingevuld teneinde een passende verklaring te kunnen voorleggen. Het gaat om een nieuwe bepaling die tot doel heeft een einde te stellen aan een tot op heden bestaande toestand waarbij de bankverklaringen vaak niet verder gaan dan verklaringen over de bekendheid en ze geen daadwerkelijke verklaringen vormen betreffende de financiële en economische draagkracht van de kandidaat of inschrijver. Uiteraard betreft deze verklaring in essentie de door de bank gekende financiële toestand en engageert de bank zich niet om uit eigen beweging toekomstige wijzigingen in deze toestand aan de aanbestedende overheid te signaleren.”

5.2. Te dezen heeft de verzoekende partij gebruik gemaakt van de besteksbepaling om een “eigen attest” voor te leggen, namelijk een “solvabiliteitsattest” opgesteld door de ING-bank zoals opgenomen *sub* randnummer 3.2. Dergelijk attest moet echter volgens het bestek dezelfde waarborgen bieden als de bankverklaring waarvan het model bijlage 3 uitmaakt van het koninklijk besluit Plaatsing.

Hier is dit laatste echter niet het geval. In het door de verzoekende partij bijgebrachte “solvabiliteitsattest” wordt niet vermeld over welke overheidsopdracht het gaat, noch dat zij “op dit ogenblik de financiële en economische draagkracht [heeft] om de bovenvermelde [maar te dezen niet vermelde] overheidsopdracht naar behoren uit te voeren”. Voorts is de draagwijdte van de zin “Deze verklaring houdt geen enkele verbintenis in van onzentwege voor de toekomst en onze bank neemt dienaangaande geen enkele verantwoordelijkheid” zoals opgenomen in het “solvabiliteitsattest” anders dan de zin “Onze bank levert dit document af zonder enige beperking noch voorbehoud van onze kant, behalve die welke hierboven zijn vermeld” zoals opgenomen in het model van besteksbijlage C of bijlage 3 van het koninklijk besluit Plaatsing.

Terecht mocht de verwerende partij dan ook beslissen dat de bijgebrachte verklaring niet voldeed aan de inhoud van het model van bijlage 3 van het koninklijk besluit Plaatsing; het normdoel is niet bereikt. De redengeving

in het verslag van nazicht waarop de bestreden beslissing steunt, met als eindconclusie dat de draagwijdte van deze bankverklaring niet voldoet, is dan ook terecht.

5.3. Voorts kan de argumentatie van de verzoekende partij op grond van artikel 59, 1°, van het koninklijk besluit Plaatsing, waarin wordt gesteld dat een aanbestedende overheid kan verlangen dat inschrijvers of kandidaten de in artikelen 61 tot 79 bedoelde inlichtingen en documenten aanvullen of nader toelichten, niet worden gevolgd.

Op de eerste plaats wordt de verzoekende partij er op gewezen dat overeenkomstig de onder randnummer 3.1. weergegeven besteksbepaling het risico op niet conforme eigen attesten bij de inschrijver ligt.

Voorts wordt in het Verslag aan de Koning wat dit artikel 59, 1°, betreft, onder meer vermeld:

“De mogelijkheid waarover de aanbestedende overheid beschikt om aanvullende inlichtingen te vragen, betekent niet dat de kandidaten en inschrijvers in dit verband rechten kunnen doen gelden. Het kan de aanbestedende overheid dus niet kwalijk worden genomen dat zij geen aanvullingen heeft gevraagd.”

Ten slotte wordt opgemerkt dat de verzoekende partij niet aantoont dat het bijbrengen van een nieuwe bankverklaring die de garanties zou bieden die de besteksbijlage C oplegt, haar offerte niet essentieel zou wijzigen of aanvullen, hetgeen vanuit het oogpunt van de gelijkheid onder de inschrijvers verboden is. De grief van de verzoekende partij dat de wering als sanctie buiten proportie is, kan dan ook niet worden aanvaard.

5.4. In de mate dat de verzoekende partij hier ook verwijst naar het e-mailbericht van 27 januari 2015 van de verwerende partij, wordt dit gegeven bij het tweede middel betrokken.

5.5. Het middel is ongegrond.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

6. De verzoekende partij voert de schending aan van het vertrouwensbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel.

“Doordat de verwerende partij ten onrechte in de waan heeft gelaten dat haar offerte geselecteerd werd.

Terwijl het vertrouwensbeginsel als de algemene beginsel van behoorlijk bestuur moet vermijden dat de rechtmatige verwachtingen die de burger uit het bestuursoptreden put, te kort worden gedaan hetgeen inhoudt dat de burger moet kunnen vertrouwen op een vaste gedragslijn van de overheid of op toezeggingen of beloften die de overheid in een concreet geval heeft gedaan.

En terwijl uit het zorgvuldigheidsbeginsel volgt dat de overheid verplicht zorgvuldig te werk moet gaan bij de voorbereiding van een beslissing en ervoor moet zorgen dat de feitelijke en juridische aspecten van het dossier deugdelijk geïnventariseerd en gecontroleerd worden, zodat de overheid met kennis van zaken kan beslissen en dat de betrokken belangen zorgvuldig worden ingeschat en afgewogen, derwijze dat particuliere belangen niet nodeloos worden geschaad.”

De verzoekende partij wijst hier op het bericht van 27 januari 2015 van de verwerende partij waarin die laatste de verzoekende partij nadere uitleg vroeg over bepaalde prijzen. In dit schrijven is er geen sprake van een niet-selectie en toch wordt de verzoekende partij niet geselecteerd wegens het niet voldoen aan de gevraagde bankverklaring. Hierdoor maakt de verwerende partij, zo stelt de verzoekende partij, zich schuldig aan een schending van het vertrouwensbeginsel. De verwerende partij heeft de offerte van de verzoekende partij onderworpen aan een prijsonderzoek wat zij overeenkomstig artikel 95 van het koninklijk besluit Plaatsing slechts mag ten aanzien van de geselecteerde offertes.

Beoordeling

7. Uit het e-mailbericht die een medewerkster van de verwerende partij op 27 januari 2015 verstuurde aan de verzoekende partij – zie randnummer 3.3. – en waarin een aantal vragen werden gesteld die geen betrekking hebben op de kwestieuze bankverklaring, kan geen conclusie nopens een selectie van de

verzoekende partij worden afgeleid. Het is louter een vraag tot verduidelijking in het kader van de voorbereiding van het onderzoek van de offertes. Op die datum was er geen selectiebeslissing aangezien die hier samenvalt met de gunningsbeslissing.

De verzoekende partij toont dan ook geen schending aan van het vertrouwensbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel.

Het middel is ongegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 18 oktober 2016, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

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

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest