

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 236.739 van 13 december 2016
in de zaak A. 220.776/XII-8263**

In zake: de BVBA ANVAS GUARDS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Werner Vanparijs
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 50/3
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

PROVINCIAAL DOMEIN DE GAVERS – AUTONOOM
PROVINCIEBEDRIJF
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Ann Eeckhout en Lotte Ottevaere
kantoor houdend te 9700 Oudenaarde
Droesbekeplein 20
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, elektronisch ingesteld op 24 november 2016, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:

“- de beslissing tot niet selectie van de inschrijvingen van [de bvba Anvas Guards], n.a.v. de overheidsopdracht (ref.: 2016-072) voor diensten met als voorwerp ‘Bewakingsdiensten 2017 – 2018 – 2019’ blijkbaar reeds genomen op 20 september 2016 maar pas op 8 november 2016 ter kennis door de APB Provinciaal Domein De Gavers, alsmede de schorsing van de klaarblijkelijk genomen beslissing tot toewijzing van deze overheidsopdracht aan [de bvba T&D Security].”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 8 december 2016, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Werner Vanparijs, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Lotte Ottevaere, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Thomas Maes 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 overheidopdracht uit voor diensten met als voorwerp “bewakingsdiensten 2017 – 2018 – 2019”. Het betreft een open aanbesteding.

De opdracht wordt aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen van 13 juli 2016.

3.2. Het bijzonder bestek met referentienummer 2016-072 is van toepassing op deze opdracht.

In het bestek wordt het doel van de opdracht als volgt omschreven: “de opdracht heeft als doel het toezicht en de veiligheid te verzekeren in het Provinciaal Domein De Gavers te Geraardsbergen met 1 bewakingsagent per shift”.

Wat het toegangsrecht van de inschrijvers tot de opdracht betreft, wordt in het bestek onder meer het volgende bepaald:

“In toepassing van artikel 62 van het KB van 15 juli 2011 dient de Belgische inschrijver geen RSZ-attest bij zijn offerte te voegen. De aanbestedende overheid zal deze informatie zelf opvragen.”

3.3. Op 19 augustus 2016 worden de offertes geopend. Vier inschrijvers blijken een offerte te hebben ingediend, onder meer de bvba Anvas Guards, dit is de verzoekende partij, die met 4.992,58 euro de laagste prijs biedt en de bvba T&D Security, dit is de gekozen inschrijver, die met 5.207,44 euro de tweede laagste prijs biedt.

3.4. Op 20 september 2016 wordt een gunningsverslag opgesteld. In dit verslag wordt er voorgesteld om de verzoekende partij uit te sluiten op grond van de volgende reden:

“Anvas Guards heeft een openstaande schuld bij de RSZ voor een bedrag van 7.996,03€, en volgt de betalingsvoorwaarden van deze schuld niet strikt na. (zie attest opgevraagd bij de RSZ)

KB 15 juli 2011 art. 62 [Er volgt een volledige weergave van een versie van § 1 van de tekst van deze bepaling die echter niet van toepassing is op de kwestieuze overheidsopdracht aangezien de tekst van artikel 62 werd vervangen door artikel 18 van het koninklijk besluit van 7 februari 2014 ‘tot wijziging van meerdere koninklijke besluiten tot uitvoering van de wet overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006 alsook van de wet van 13 augustus 2011 inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied’]

In de verklaring op eer werd aangegeven dat de firma een RSZ-attest heeft waar de bedragen als voldaan staan genoteerd.”

De drie overige inschrijvers worden wel geselecteerd. Vervolgens wordt voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de bvba T&D Security die de laagste regelmatige offerte heeft ingediend.

3.5. Op 8 november 2016 beslist de verwerende partij, verwijzend naar het gunningsverslag, om de opdracht te gunnen aan de bvba T&D Security. Dit is de bestreden beslissing.

3.6. Met een blijkbaar aangetekend verzonden brief gedateerd op 8 november 2016 geeft de verwerende partij kennis aan de verzoekende partij van het feit dat zij niet werd geselecteerd en dat de opdracht aan een andere inschrijver werd gegund. Met een schrijven van 14 november 2016 bezorgt de verwerende partij de gemotiveerde gunningsbeslissing en het gunningsverslag aan de verzoekende partij.

Er volgt nog enige briefwisseling tussen de verzoekende partij en de verwerende partij waarin de verzoekende partij haar uitsluiting betwist en de verwerende partij bij haar standpunt blijft.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

4.1.1. De verwerende partij doet in de nota in de eerste plaats gelden dat de vordering zonder voorwerp is. Er bestaat immers geen gunningsbeslissing van 20 september 2016, de gunningsbeslissing werd op 8 november 2016 genomen.

4.1.2. Voorts merkt zij op dat de verzoekende partij artikel 3ter van het algemeen procedurereglement niet heeft nageleefd door haar geen kopie van het verzoekschrift ter informatie toe te sturen op het ogenblik dat de vordering werd ingediend.

4.2.1. De bestreden beslissingen dagtekenen van 8 november 2016 en niet, zoals in het verzoekschrift vermeld, van 20 september 2016. Deze klaarblijkelijke vergissing van de verzoekende partij lijkt echter geen invloed te hebben gehad op de ontvankelijkheid van de vordering aangezien het identificeren

‡BDMQNEFFG-BCHGCEV‡

van het daadwerkelijk voorwerp van de vordering niet werd bemoeilijkt en de verwerende partij hierdoor evenmin is gehinderd in het voeren van een afdoende verweer tegen het betoog in het verzoekschrift.

De exceptie dient te worden verworpen.

4.2.2. Wat de exceptie op grond van artikel 3^{ter} van het algemeen procedurereglement betreft, moet deze exceptie worden verworpen alleen reeds omdat dit artikel niet van toepassing is verklaard door het koninklijk besluit van 5 december 1991 ‘tot bepaling van de rechtspleging in kort geding voor de Raad van State’ op de onderhavige procedure; evenmin lijkt de voormelde wet van 17 juni 2013 dit te vereisen. Overigens is dit voorschrift geen substantiële vormvereiste.

V. 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 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.

‡BDMQNEFFG-BCHGCEV‡

Overeenkomstig artikel 31 gelden deze bepalingen ook voor opdrachten die de drempelbedragen voor Europese bekendmaking niet bereiken.

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

Standpunt van de partijen

6. De verzoekende partij voert de schending aan van “het gelijkheidsbeginsel en van artikel 10 en 11 van de Grondwet, van artikelen 5 en 25 al. 1 van de Wet van 15 juni 2006 overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten alsook de afwezigheid van voldoende aangepaste, pertinente en wettelijk toegelaten motieven, van 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, van artikelen 2 en 3 van de Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, van artikel 95 van het Koninklijk besluit van 15 juli 2011 plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren, van artikel I.5 van de Administratieve bepalingen van zijn Bijzonder Bestek, de algemene rechtsbeginselen, waarvan het gelijkheidsbeginsel en het beginsel van non-discriminatie, van transparantie en van medeplichting, van motivering en het rechtsbeginsel ‘*patere legem quam ipse fecisti*’, het beginsel van goede bestuur en het vertrouwensbeginsel” alsook verwijt zij de verwerende partij een “kennelijke beoordelingsfout, verzoeker beschouwt dat de grieven, ingehouden door de tegenpartij om zijn bod te beschouwen als onregelmatig, zijn allemaal gebaseerd op een onjuiste beoordeling en op gronden die onjuist zijn”.

Hoewel de verzoekende partij deze veelheid aan rechtsnormen inroept als geschonden, steunt zij het middel vervolgens enkel op een miskenning van artikel 62, § 1, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing

overheidsopdrachten klassieke sectoren' (hierna: koninklijk besluit Plaatsing) en van artikel 29, § 2, van de voornoemde wet van 17 juni 2013.

Zij doet hierbij onder meer gelden dat de verwerende partij in het gunningsverslag ten onrechte stelt dat de verzoekende partij op datum van opening van de offertes “niet conform zou [...] geweest zijn qua RSZ”. In dat geval, zo vervolgt zij, bepaalt artikel 62, § 1, van het koninklijk besluit Plaatsing dat de inschrijver de mogelijkheid moet krijgen om aan te tonen dat hij wel conform is. De verwerende partij had contact met de verzoekende partij moeten opnemen en uitleg en documenten vragen. De verwerende partij heeft dit niet gedaan.

Vervolgens verwijst de verzoekende partij naar de discussie die zij na de gunningsbeslissing met de verwerende partij heeft gevoerd.

7. In haar nota doet de verwerende partij in de eerste plaats gelden dat het middel niet ontvankelijk is in zoverre de schending wordt ingeroepen van talrijke rechtsnormen en deze schending vervolgens niet wordt geconcretiseerd.

Wat de ernst van het middel betreft, betoogt zij dat een inschrijver die zich in bijdrageschuld bevindt, initiatieven moet nemen om aan te tonen dat hij ondanks zijn bijdrageschuld toch in orde moet worden bevonden.

De verwerende partij mag erop vertrouwen dat het RSZ-atteest dat haar werd bezorgd correct is. Dit is een betrouwbare bron. De verzoekende partij weerlegt de inhoud van het atteste niet en toont niet aan dat zij geen bijdrageschuld heeft.

Wat artikel 62 van het koninklijk besluit Plaatsing betreft, merkt de verwerende partij op dat zij niet verplicht was om de verzoekende partij te contacteren. Indien uit het RSZ-atteest blijkt dat de inschrijver niet in regel is, mag de aanbestedende overheid beslissen om hem te weren. Zij beschikt ter zake over een appreciatiebevoegdheid. Wanneer een negatief RSZ-atteest wordt afgeleverd, is de aanbestedende overheid niet verplicht om bijkomende opzoekingen te doen, noch om bijkomende inlichtingen in te winnen.

Vervolgens gaat ook de verwerende partij nog in op de discussie die zij na de gunningsbeslissing met de verzoekende partij heeft gevoerd over het al dan niet terecht weren van de verzoekende partij en weerlegt zij de argumenten die de verzoekende partij in dat verband had doen gelden.

Beoordeling

8.1. Artikel 62, § 1, van het koninklijk besluit Plaatsing luidt:

“§ 1. Onder voorbehoud van de toepassing van artikel 60, § 1, voegt de kandidaat of de inschrijver die personeel tewerkstelt dat onderworpen is aan de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de sociale zekerheid der arbeiders, bij zijn aanvraag tot deelneming of zijn offerte, al naargelang, een attest van de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid waaruit blijkt dat hij voldaan heeft aan de vereisten inzake de betaling van zijn bijdragen voor de sociale zekerheid.

Het attest heeft betrekking op het voorlaatste afgelopen kalenderkwartaal vóór de uiterste datum voor de ontvangst van de aanvragen tot deelneming of offertes, al naargelang.

De kandidaat of inschrijver heeft aan bovenvermelde vereisten voldaan, indien hij :

1° aan de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid al de vereiste aangiften heeft toegezonden, tot en met diegene die slaan op het kalenderkwartaal bedoeld in het vorige lid, en

2° op deze aangiften geen bijdrageschuld heeft van meer dan 3.000 euro of voor die schuld uitstel van betaling heeft verkregen en de afbetalingen daarvan strikt in acht neemt.

Evenwel, zelfs wanneer de bijdrageschuld groter is dan 3.000 euro, zal de kandidaat of inschrijver in orde bevonden worden indien hij, alvorens de beslissing over de selectie van de kandidaten of tot de gunning van de opdracht wordt genomen, al naargelang, aantoont dat hij, op het einde van het kalenderkwartaal bedoeld in het tweede lid, op een aanbestedende overheid in de zin van artikel 2, 1°, van de wet of op een overheidsbedrijf in de zin van artikel 2, 2°, van de wet, één of meer schuldvorderingen bezit die zeker, opeisbaar en vrij van elke verbintenis tegenover derden zijn en waarvan het bedrag op 3.000 euro na, ten minste gelijk is aan de achterstallige bijdrageschulden.”

Het bestek bepaalt omtrent het bijvoegen van een RSZ-attest het volgende:

“In toepassing van artikel 62 van het KB van 15 juli 2011 dient de Belgische inschrijver geen RSZ-attest bij zijn offerte te voegen. De aanbestedende overheid zal deze informatie zelf opvragen.”

Het betreft hier een facultatieve uitsluitingsgrond wat impliceert dat de aanbestedende overheid hier in beginsel enige mate van discretionaire bevoegdheid lijkt te hebben wat een bepaalde zorgvuldigheids- en voorzichtigheidsplicht in hoofde van de aanbestedende overheid lijkt op te roepen onder meer in het licht van het feit dat het bestek voorschrijft dat zij zelf de RSZ-informatie zal opvragen en de door de aanbestedende overheid opgevraagde attesten de inschrijver aldus niet automatisch bekend zijn.

Nochtans schrijft artikel 62 voor dat, zelfs indien een negatief RSZ-attest wordt afgeleverd, de aanbestedende overheid toch een kandidaat of inschrijver “in orde [zal] bev[i]nden” wanneer deze inschrijver aantoont dat hij voldoet aan de uitzonderingsvoorwaarde opgenomen in het laatste lid van het voormelde artikel 62, § 1. Dit veronderstelt dat de aanbestedende overheid, wanneer deze zelf het attest heeft opgevraagd dat zoals reeds gezegd niet automatisch bekend is aan de inschrijver, alvorens de beslissing over de selectie van de kandidaten of tot de gunning van de opdracht te nemen, de betrokken inschrijver in de mogelijkheid stelt aan te tonen dat hij zich mag beroepen op de uitzonderingsvoorwaarde van het laatste lid van dit artikel.

De interpretatie die de verwerende partij aan deze bepaling geeft in haar nota, namelijk dat de loutere vaststelling dat een negatief RSZ-attest wordt afgeleverd op zich reeds zou volstaan om de betrokken inschrijver zonder meer uit te sluiten en dat het de aanbestedende overheid geheel zou vrij staan om al dan niet bijkomende inlichtingen in te winnen bij de betrokken inschrijver, lijkt dan ook op het eerste gezicht niet te kunnen worden bijgevallен.

8.2. Uit het administratief dossier blijkt op het eerste gezicht niet dat de verwerende partij de voornoemde plichten correct zou hebben nageleefd en voorafgaand aan het nemen van de bestreden uitsluitingsbeslissing en gunningsbeslissing contact heeft opgenomen met de verzoekende partij om haar minstens de mogelijkheid te bieden aan te tonen dat zij zich in de genoemde uitzonderingsvoorwaarde zou bevinden. De verwerende partij blijkt daarentegen louter op zicht van een negatief RSZ-attest onmiddellijk te hebben beslist om de verzoekende partij te weren, hetgeen ter terechtzitting wordt bevestigd. Hier kan er ook nog op worden gewezen dat de verzoekende partij bij haar offerte een verklaring op eer heeft gevoegd waarbij zij erkent geen RSZ-schulden te hebben en dat zij thans als stuk bij haar verzoekschrift een RSZ-attest voegt waaruit dan weer blijkt dat op 29 juli 2016 er geen bijdragen onbetaald zouden zijn.

Aldus is gebleken dat, gelet op de omstandigheden eigen aan de zaak, de verwerende partij bij het nemen van de bestreden beslissing in de aangegeven mate de draagwijdte van artikel 62, § 1, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011, lijkt te hebben miskend.

8.3. De discussie tussen de partijen die zich pas na het nemen van de bestreden beslissingen heeft ontsponnen en die ook in de procedure voor de Raad van State wordt voortgezet over het feit of de verzoekende partij zich al dan niet terecht mag beroepen op het in aanmerking komen voor de uitzonderingsvoorwaarde, lijkt vooralsnog niet ter zake.

8.4. Het middel is in de besproken mate ernstig en verantwoordt de schorsing van de tenuitvoerlegging van de niet-selectiebeslissing en van de gunningsbeslissing.

De kosten worden in beraad gehouden.

BESLISSING

De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van het Autonoom Provinciebedrijf Provinciaal Domein De Gavers van 8 november 2016

‡BDMQNEFFG-BCHGCEV‡

waarbij in het kader van de overheidsopdracht voor diensten ‘bewakingsdiensten 2017-2018-2019’ de bvba Anvas Guards wordt uitgesloten en de opdracht wordt gegund aan de bvba T&D Security.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 13 december 2016, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Pierre Barra