RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 237.624 van 10 maart 2017
in de zaak A. 221.502/XII-8315

In zake: de BVBA TRENDHUIS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Konstantijn Roelandt
kantoor houdend te 2221 Heist-op-den-Berg
Dorpsstraat 91
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD GENK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Chris Schijns en Steven Menten
kantoor houdend te 3600 Genk
Grotestraat 122
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de NV TRENDWOLVES
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jeroen De Man
kantoor houdend te 9000 Gent
Heernislaan 91
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 18 februari 2017, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "de gunningsbeslissing van het College van Burgemeester en Schepenen van de stad Genk d.d. 31 januari 2017 waarbij wordt beslist om de overheidsopdracht voor

diensten met als voorwerp ‘opleiding voor jonge Genkse culturele consulenten’ te gunnen aan de nv Trendwolves en niet [aan de bvba Trendhuis]”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 2 maart 2017 heeft de nv Trendwolves gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 7 maart 2017, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Konstantijn Roelandt, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Chris Schijns, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Pieter Van Mulders, die verschijnt voor de tussenkomende 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 overheidsopdracht voor diensten uit voor “Opleiding voor jonge Genkse culturele consulenten”. De gekozen gunningswijze is de vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met

bekendmaking. De opdracht wordt geraamd op 200.000 euro, btw inbegrepen, en wordt aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen.

3.2. Het bestek met referentie 2016-045/AA is van toepassing op deze opdracht.

Het bestek bevat de vereisten inzake "toegangsrecht en kwalitatieve selectie" waaraan de inschrijvers moeten voldoen. Er wordt onder meer in bepaald:

> "Technische bekwaamheid van de inschrijver (kwalitatieve selectie)
> De inschrijver bezorgt een referentielijst van soortgelijke opdrachten van de laatste 3 jaren."

In het bestek worden de volgende gunningscriteria vermeld: prijs, concept/visie, projectteam, verzelfstandiging en rapportering.

3.3. Op 5 juli 2016 worden de offertes geopend. Er blijken drie offertes te zijn ingediend, namelijk door de bvba Trendhuis, dit is de verzoekende partij, de nv Trendwolves, dit is de tussenkomende partij en de cvba Fortio.

3.4. Op 24 januari 2017 wordt een gunningsverslag opgesteld. In dit verslag worden de drie ingediende offertes opgesomd, worden de toepasselijke gunningscriteria vermeld en worden vervolgens meteen de offertes aan de gunningscriteria getoetst. Er is geen expliciete motivering in opgenomen inzake het toegangsrecht en de selectie van de inschrijvers, noch inzake de regelmatigheid van de offertes.

Na de toetsing van de offertes aan de gunningscriteria is er de volgende eindbeoordeling: de cvba Fortio 59,1 op 100 punten, de bvba Trendhuis 71,5 op 100 punten en de nv Trendwolves 79 op 100 punten.

3.5. Op 31 januari 2017 beslist de verwerende partij, onder verwijzing naar het gunningsverslag, om de opdracht te gunnen aan de nv Trendwolves voor een bedrag van 134.300 euro, btw inbegrepen.

IV. Tussenkomst

4. De nv Trendwolves blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg wordt haar verzoek tot tussenkomst ingewilligd.

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 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.

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 beslissing kunnen verantwoorden.

VI. Onderzoek van het eerste middel

Standpunt van de partijen

6. De verzoekende partij voert in het verzoekschrift de schending aan van "het '*patere legem ipse quam fecisti*'-beginsel; […] van artikel 4 van de wet [van 17 juni 2013 'betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten'] en [van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 'betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen' van 29 juli 1991;] van de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel als beginselen van behoorlijk bestuur".

Zij wijst erop dat krachtens het bestek een inschrijver maar als technisch bekwaam voor de opdracht mag worden beschouwd wanneer deze een referentielijst van soortgelijke opdrachten van de laatste drie jaren kan voorleggen.

De formelemotiveringsplicht veronderstelt een neerslag van de kwalitatieve selectie in het gunningsverslag, zodat de verzoekende partij tegen een onzorgvuldige of onterechte selectie van één van de inschrijvers kan opkomen. Uit het gunningsverslag kan echter op geen enkele wijze worden afgeleid of de verwerende partij de referentielijst van de inschrijvers bij haar beoordeling van de technische bekwaamheid heeft betrokken, laat staan of zij dit wel op een zorgvuldige wijze heeft gedaan. Bijgevolg heeft de verwerende partij haar eigen besteksbepaling geschonden, minstens de op haar rustende formelemotiverings-plicht.

In het gunningsverslag kan volgens de verzoekende partij enkel in het kader van de beoordeling van de gunningscriteria enige link naar "soortgelijke opdrachten" worden teruggevonden. Hieruit blijkt dat de gekozen inschrijver het project "*This is Antwerp*" op haar referentielijst heeft geplaatst. Volgens de verzoekende partij voldoet deze referentie echter niet omdat de stad Antwerpen dit project zelf zou hebben ontwikkeld en de gekozen inschrijver enkel een rol zou hebben gespeeld bij het "accountmanagement" van dat project wat inhoudelijk niet als referentie kan gelden. Bovendien dateert het project van 2010

en was – aldus de verzoekende partij – het optreden van de gekozen inschrijver "allesbehalve een succesverhaal". Het accountmanagement werd volgens de verzoekende partij al begin 2013 terug overgenomen door de stad Antwerpen zodat de gekozen inschrijver in de laatste drie jaren geen enkele rol meer heeft gespeeld.

Ook het project "*Urban Crafts*" waarnaar in het gunningsverslag wordt verwezen is louter een "platform" en kan volgens de verzoekende partij dus bezwaarlijk doorgaan als een referentie in functie van onderhavige opdracht.

De verzoekende partij besluit in haar verzoekschrift dat de beoordeling van de verwerende partij dat de gekozen inschrijver over de vereiste lijst van referenties en dus technische bekwaamheid beschikt om deze opdracht uit te voeren, op onjuiste feiten steunt zodat de verwerende partij de referentielijst van de gekozen inschrijver – indien deze al zou bestaan – op onzorgvuldige wijze heeft beoordeeld.

Ter terechtzitting vraagt de verzoekende partij de opheffing van de vertrouwelijkheid van de offertes van de inschrijvers, voornamelijk wat de referenties betreft die de tussenkomende partij heeft bijgebracht.

7. In haar nota doet de verwerende partij in de eerste plaats gelden dat het middel niet ontvankelijk is. Zij wijst erop dat uit de offerte van de gekozen inschrijver blijkt dat deze een reeks referenties aanlevert die voldoen. Hij voldoet volgens haar onomstotelijk aan de vereiste technische bekwaamheid. De verzoekende partij kan geen enkel voordeel puren uit een eventuele vernietiging van de bestreden beslissing. Indien de Raad van State zou oordelen dat de bestreden beslissing behept is met een motiveringsgebrek, dan wel dat er sprake zou zijn van onzorgvuldig handelen, betekent dit nog steeds niet dat de verzoekende partij de opdracht zou gegund krijgen.

Wat de ernst van het middel betreft, wijst de verwerende partij erop dat er drie "constitutieve elementen" van belang zijn bij de technische bekwaamheid, namelijk de inschrijver dient een referentielijst aan te leveren, het moet gaan om soortgelijke opdrachten en de opdrachten dienen te zijn uitgevoerd tijdens de drie jaren voorafgaand aan de indiening van de offerte.

De invulling van de notie "soortgelijke opdrachten" dient volgens de verwerende partij te worden getoetst aan de opdrachtomschrijving in de technische bepalingen van het bestek.

Bij de opening van de offertes heeft de verwerende partij vastgesteld dat elk van de drie ingediende offertes de gevraagde "referentielijst" bevatte die voldeed aan deze drie constitutieve elementen. Bijgevolg werden de drie offertes "ontvankelijk" bevonden en is de verwerende partij overgegaan tot het onderzoeken en beoordelen van deze offertes aan de gunningscriteria. In die optiek ligt er geen schending voor van '*patere legem quam ipse fecisti*'-beginsel, noch een vermeend motiveringsgebrek, aldus de verwerende partij.

Uit het feit dat de verwerende partij de offerte van de gekozen inschrijver – net als de twee andere offertes – "ontvankelijk" heeft verklaard en vervolgens onderzocht en beoordeeld aan de hand van de gunningscriteria, mag de verzoekende partij afleiden dat de gekozen inschrijver – en tevens de twee andere inschrijvers – de vereiste bewijsstukken bij hun offertes hebben gevoegd.

Wat de kritiek van de verzoekende partij op de referentie "*This is Antwerp*" betreft, betoogt de verwerende partij dat uit de offerte van de gekozen inschrijver blijkt dat het project een aanvang nam in 2011 en eindigde in 2014. Het project zou nog steeds actief zijn. Alleszins toont de verzoekende partij niet aan dat dit project dateert van buiten de periode van 3 jaar voorafgaand aan de indiening van de offerte.

Zelfs als deze referentie niet zou mogen worden meegerekend, voldoet de gekozen inschrijver nog altijd aan de in het bestek gevraagde technische bekwaamheid. Hij heeft "een hele reeks van soortgelijke projecten als referentie ingediend". Er was dan ook geen enkele noodzaak om de gegunde inschrijver te verzoeken om diens referenties toe te lichten, aldus de verwerende partij.

Wat betreft de referentie "*Urban Crafts*" geldt volgens de verwerende partij *mutatis mutandis* dezelfde argumentatie.

8. De tussenkomende partij betwist de kritieken die de verzoekende partij doet gelden op de twee voornoemde referenties.

Wat de referentie "*This is Antwerp*" betreft, doet de tussenkomende partij gelden dat de kritiek "irrelevant" is want zij heeft in haar offerte nog diverse andere referentieprojecten opgegeven die haar technische bekwaamheid bevestigen. Indien de Raad van State zou oordelen dat de bestreden beslissing behept is met een motiveringsgebrek of dat er sprake zou zijn van onzorgvuldig handelen van de verwerende partij, impliceert dit overigens geenszins dat de verzoekende partij de opdracht zou gegund krijgen. De verzoekende partij heeft met andere woorden geen belang bij het eerste middel.

De kritiek op de referentie "*This is Antwerp*" is bovendien onjuist. Het was wel degelijk de tussenkomende partij die dit project destijds voor de stad Antwerpen heeft ontwikkeld. Dit was een zogenaamd verzelfstandigingsproject, waarmee wordt bedoeld dat de tussenkomende partij het concept bedacht, ontwikkelde en op poten zette, maar dat het beheer van het project na verloop van tijd werd overgedragen aan de stad Antwerpen. Het project als dusdanig loopt momenteel nog steeds. Aangezien "verzelfstandiging" net één van de vijf gunningscriteria was, was dit project volgens de tussenkomende partij uitermate relevant.

Wat de referentie "*Urban Crafts*" betreft, betwist de tussenkomende partij dat het louter om "een platform" zou gaan. In het kader van dit project maakte de tussenkomende partij onder meer portretvideo's van en voor jongeren, startte zij een TV-kanaal op om hen te inspireren, gaf en begeleidde zij workshops en stampte zij een *pop-up* atelier uit de grond. Zij betrok daarbij ook zoveel mogelijk scholen, jeugdhuizen, organisaties, beurzen en bedrijven. Deze referentie was dus "uitermate doelkrachtig" voor de huidige opdracht.

Beoordeling

9. In de mate dat de verwerende partij en de tussenkomende partij aanvoeren dat de verzoekende partij geen belang heeft bij het middel, lijkt deze exceptie samen te vallen met de grond van de zaak.

10. Noch in de gunningsbeslissing, noch in het gunningverslag waarnaar de gunningsbeslissing verwijst en die het goedkeurt, wordt er aandacht besteed aan het toegangsrecht en de selectie van de inschrijvers of aan de regelmatigheid van de offertes. Evenmin blijkt uit het voorgelegde administratief dossier dat de aanbestedende overheid hieraan aandacht heeft besteed.

Op het eerste gezicht lijkt aldus te moeten worden vastgesteld dat de aanbestedende overheid haar besteksbepalingen inzake toegang en kwalitatieve selectie – inzonderheid het voorleggen van soortgelijke opdrachten van de laatste drie jaar – niet heeft betrokken bij de inschrijvingen – zij toont het tegendeel in elk geval niet aan – laat staan dat zij hieromtrent uitdrukkelijk in de gunningsbeslissing of het gunningsverslag een formele motivering zou hebben opgenomen.

11. Evenmin kan de verwerende partij worden gevolgd in haar stelling dat zij de inschrijvingen ontvankelijk heeft verklaard omdat er zich – zo laat zij uitschijnen – kennelijk geen probleem voordeed bij de selectie.

Los van het feit dat – zoals *sub* 10 opgemerkt – er in het administratief dossier geen spoor van enig onderzoek door de verwerende partij inzake de selectie terug te vinden is, moet inzake de vier door de tussenkomende partij bij haar offerte gevoegde referenties die als deel van die offerte vertrouwelijk zijn neergelegd en aldus onttrokken zijn aan het zicht van de verzoekende partij, bij een *prima facie* onderzoek door de Raad het volgende worden opgemerkt.

Het bestek vereist dat een inschrijver een referentielijst van soortgelijke opdrachten van de laatste drie jaar bijbrengt.

Van de vier referenties die de tussenkomende partij bijbrengt, blijkt uit de inschrijving dat slechts van één, namelijk "*This is Antwerp*" een tijdsvermelding is opgegeven waarbij echter moet worden vastgesteld dat het allerminst duidelijk is of die referentie dagtekent van de "laatste drie jaar". Aldus blijkt noch uit de inschrijving noch uit de andere stukken van het administratief dossier dat de aanbestedende overheid op grond van de haar beschikbare informatie deze vier referenties qua tijdigheid in aanmerking mocht nemen. Voorts

lijkt voor elk van de vier referenties het vereiste van de soortgelijkheid niet evident vervuld zodat een volkomen gebrek aan onderzoek van de aanbestedende overheid hierover bij de gunningsprocedure haar evenzeer ten kwade mag worden geduid.

De verwerende partij kan dan ook niet worden bijgevallen waar zij in haar nota doet gelden dat uit de offerte van de gekozen inschrijver blijkt dat diens referenties “onomstotelijk” zouden voldoen aan de vereisten van het bestek inzake technische bekwaamheid. Dit bewijs dient, gelet op het volkomen ontbreken van het onderzoek inzake kwalitatieve selectie, vooralsnog als niet geleverd te worden beschouwd.

De handelwijze van de verwerende partij strijdt dan ook met de formelemotiveringsplicht, het *patere legem quam ipse fecisti*-beginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel.

De verzoekende partij heeft, gelet op het hier in vraag stellen van alle referenties door de tussenkomende partij bijgebracht, wel degelijk belang bij het zien ernstig verklaren van het middel. De verwerende partij zal ertoe gehouden zijn om een behoorlijk onderzoek van de inschrijvers en hun offertes te verrichten – met inbegrip van het onderzoek van het toegangsrecht, de kwalitatieve selectie en de regelmatigheid van de offertes – daarbij onder meer rekening houdend met de besteksvereisten inzake referenties. Het valt te dezen niet op voorhand uit te sluiten dat de offerte van de verzoekende partij als gevolg van dergelijk onderzoek alsnog als de economisch voordeligste naar voren zou komen.

12. Het middel dient in de besproken mate ernstig te worden bevonden zonder dat moet worden ingegaan op de vraag van de verzoekende partij tot opheffing van de vertrouwelijkheid van de offerte van de tussenkomende partij, minstens wat de referenties betreft. Er is dienvolgens grond om de bestreden gunningsbeslissing te schorsen in haar tenuitvoerlegging.

Hieruit blijkt evenwel niet dat zonder deze onregelmatigheid de verzoekende partij in elk geval als eerste gerangschikt diende te worden en de opdracht aan haar had moeten worden gegund. De vereiste uitzonderlijke omstandigheden om ook de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst

dringende noodzakelijkheid te bevelen van de impliciete weigering om deze opdracht aan de verzoekende partij te gunnen worden dan ook in de huidige stand van het geding niet aangetoond.

VII. Besluit

13. Het eerste middel is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wat de gunningsbeslissing betreft, dient dan ook te worden ingewilligd.

Het is passend, gelet op de hierna ingewilligde vordering tot schorsing en het daaropvolgende nog noodzakelijke procedureverloop, de kosten, de gevorderde rechtsplegingsvergoeding inbegrepen, in beraad te houden.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Trendwolves tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. 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 Genk van 31 januari 2017 om de overheidsopdracht voor diensten met als voorwerp 'opleiding voor jonge Genkse culturele consulenten' te gunnen aan de nv Trendwolves.

3. De Raad van State verwerpt de vordering voor het overige.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 10 maart 2017, 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**