

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 239.841 van 10 november 2017
in de zaak A. 223.555/XII-8452**

In zake: de BVBA EXECUTIVE LIMOUSINE ORGANIZATION
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Bart Van Hyfte en Gauthier Eryvn
kantoor houdend te 1060 Brussel
Gulden Vlieslaan 77
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister
van Defensie

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 18 oktober 2017, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van [de minister van Defensie], genomen in het kader van de overheidsopdracht met referte 17LS601 betreffende het afsluiten van een contract voor het transport van protocolaire delegaties, waarbij beslist wordt de offerte van [de bvba Executive Limousine Organization] niet te selecteren en waarbij vervolgens de offertes van de andere niet-gekende kandidaten weerhouden worden en waarbij desgevallend de opdracht wordt gegund aan een onbekende derde”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

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

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Bart Van Hyfte, die verschijnt voor de verzoekende partij, en kapitein-commandant van het Vliegwezen Maarten Kerckhofs, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos 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 algemene directie ‘Material Resources’, divisie overheidsopdrachten, sectie ‘Land Systems’, ondersectie diensten, van het Ministerie van Landsverdediging, schrijft een overheidsopdracht voor diensten uit “Open Overeenkomst (2016-2020) aangaande het transport van protocolaire delegaties (VIP)” bij wijze van open aanbesteding.

3.2. De opdracht wordt door de verwerende partij gekwalificeerd als een opdracht binnen de klassieke sectoren met toepassing van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ en bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen.

3.3. In het bestek MRMP-L/S 17LS601 wordt inzake de vereiste technische bekwaamheid onder meer het volgende selectie criterium 4.c.(4) vermeld:

“4. Selectiecriteria (toetsing van de kandidaten/inschrijvers)
[...]

c. Documenten te leveren die de technische bekwaamheid van de dienstverlener aantonen (Art. 72 van het KB1)

[...]

(4) De inschrijver zal op het moment van indienen van de offerte over een voertuigpark van tenminste 08 (acht) voertuigen moeten beschikken waarvan 3 (drie) van het type LUXURY SEDAN en 5 (vijf) van het type LUXURY VAN in eigen beheer (zie Bijl C- Aanh 1).

De type voertuigen die niet hierboven hernomen zijn, dat wil zeggen de GRAND LUXURY SEDAN en de MINIBUS, zullen door de inschrijvers geleverd kunnen worden ofwel door voertuigen in eigen beheer ofwel door huurvoertuigen. Voor deze twee types voertuigen, zal de inschrijvers bewijzen dat hij hierover beschikt in eigen beheer of dat hij in staat is om deze te huren.”

Daarnaast worden in bijlage C bij het bestek een aantal technische vereisten gesteld inzake het wagenpark van de inschrijver.

3.4. Op 22 april 2016 vindt een informatievergadering plaats. De verzoekende partij is hierop niet aanwezig.

3.5. Met e-mailberichten van 18 mei 2016 stelt de verzoekende partij aan de verwerende partij een aantal vragen over het bestek.

3.6. Vier inschrijvers dienen een offerte in, waaronder de verzoekende partij.

3.7. Met een e-mailbericht van 2 juni 2016 laat de verwerende partij aan de verzoekende partij het volgende weten:

“Bij de analyse van uw offerte en op basis van het document in bijlage stellen wij vast dat u niet positief antwoordde op volgend selectie criterium:

De inschrijver zal op het moment van indienen van de offerte over een voertuigpark van tenminste 08 (acht) voertuigen moeten beschikken waarvan 3 (drie) van het type LUXURY SEDAN en 5 (vijf) van het type LUXURY VAN in eigen beheer (zie Bijl C- Aanh 1).

Vastgestelde onregelmatigheden van uw offerte tov het gevraagde selectie criterium:

- Aantal voertuigen in eigen beheer: 4 in plaats van 5
- 01 voertuig van 2008: Ouderdom van de voertuigen: ‘Niet meer dan zeven jaar oud zijn, te rekenen vanaf de eerste inverkeersstelling, zoals vermeld op het inschrijvingsbewijs’.

- Voertuigen 6+1 in plaats van: ‘Het personencompartiment zal minimum 7 zitplaatsen hebben en maximum 8 zitplaatsen + chauffeur’.

Kan u ons bevestigen dat u, op het moment van het indienen van de offerte, niet over 5 (vijf) voertuigen type LUXURY VAN in eigen beheer beschikte die aan alle technische specificaties voldoen (zie Bijl C).”

3.8. In antwoord op dit schrijven bezorgt de verzoekende partij aan de verwerende partij op 6 juni 2016 een “Verklaring op Eer” waarin de zaakvoerder van de verzoekende partij verklaart “dat de bvba zich ertoe verbindt alle voertuigen zoals bedoeld en technisch beschreven in de openbare aanbesteding onder referentie MRMP-L/S Nr 17LS601 in volle eigendom zal hebben bij een definitieve toewijzing” en zich verbindt “tot overlegging van de nodige aankoopdocumenten en bewijsstukken op verzoek van de aanbestedende overheid”.

3.9. Er wordt een technisch evaluatieverslag opgesteld.

3.10. In de gunningsbeslissing van 2 oktober 2017 worden twee van de vier inschrijvers niet geselecteerd. Wat de verzoekende partij betreft, wordt dit als volgt gemotiveerd:

“(d). Executive Limousine:

i. Analyse

[...]

- Voertuigenpark in eigen beheer: niet conform

- Beschikt over

- 03 LUXURY SEDAN
- 04 LUXURY VAN

- Op 02 juni 16 neemt de aankoopofficier contact met de inschrijver om verduidelijkingen te vragen over het voertuigenpark.

- In zijn mail van 06 juni 16 erkent de inschrijver dat, op het moment van indienen van de offerte, hij niet over alle in het bestek geëiste voertuigen beschikt.

- [...]

ii. Besluit

Het selectie criterium vermeld in het bestek [§4.c.(4)] stelt:

De inschrijver zal op het moment van indienen van de offerte over een voertuigenpark van tenminste 08 (acht) voertuigen moeten beschikken waarvan 3 (drie) van het type LUXURY SEDAN en 5 (vijf) van het type LUXURY VAN in eigen beheer (zie Bijl C- Aanh 1).

De type voertuigen die niet hierboven hernomen zijn, dat wil zeggen de GRAND LUXURY SEDAN en de MINIBUS, zullen door de

inschrijvers geleverd kunnen worden ofwel door voertuigen in eigen beheer ofwel door huurvoertuigen. Voor deze twee types voertuigen, zal de inschrijvers bewijzen dat hij hierover beschikt in eigen beheer of dat hij in staat is om deze te huren.

De inschrijver beschikt enkel over 04 'LUXURY VAN'.

De inschrijver is niet conform met de selectiecriteria m.b.t. de technische en beroepsbekwaamheid."

De verwerende partij beslist om de opdracht te gunnen aan de nv Direct Way als inschrijver die de laagste regelmatige offerte heeft ingediend.

3.11. Met een aangetekend schrijven en een e-mailbericht van 3 oktober 2017 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat zij niet werd geselecteerd.

Daarbij worden de voormelde motieven van niet-selectie uit de gunningsbeslissing meegedeeld. Daarnaast wordt ook de volgende "Bijkomende opmerking" gemaakt:

"Het is ook te noteren dat één van de aangeboden 'LUXURY VAN' niet beantwoordt aan de technische eisen hernomen in Bijl C van het bestek:

- Pt 2.4.2: Het personencompartiment zal minimum 7 zitplaatsen hebben en maximum 8 zitplaatsen + chauffeur.
- Pt 2.4.5: Niet meer dan zeven jaar oud zijn, te rekenen vanaf de eerste inverkeersstelling, zoals vermeld op het inschrijvingsbewijs.

De 'LUXURY VAN' N° 9AAA219 beschikt maar over 6+1 plaatsen en dateert van 2008 en is dus niet conform met de technische eisen."

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, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’ 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.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

5.1.1. De verzoekende partij voert de schending aan van de artikelen 5 en 20, § 1, van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ (hierna: wet van 15 juni 2006), van artikel 72 van koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit Plaatsing), van “de formele en materiële motiveringsplicht zoals vervat in de artikelen 2 en 3” van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurs-handelingen’, van “het materiële motiveringsbeginsel”, van “de beginselen van

‡BALRLFDBD-BDBFHIV‡

behoorlijk bestuur in het bijzonder het redelijkheids- en proportionaliteitsbeginsel”, van “het beginsel van gelijke behandeling der inschrijvers”, van de artikelen 10 en 11 van de gecoördineerde Grondwet en van “het Europese niet-discriminatiebeginsel”.

De verzoekende partij voert in essentie aan dat het in het bestek opgenomen selectie criterium onder punt 4.c.(4) aangaande het voertuigenpark onwettig is omdat artikel 72 van het koninklijk besluit Plaatsing niet zou toelaten om te eisen dat de inschrijvers op het moment van het indienen van hun offerte moeten beschikken over het materieel dat nodig is voor de uitvoering van die opdracht. Zij verwijst daarbij naar verschillen tussen de taalversies van artikel 72 van dit koninklijk besluit en artikel 48.2.h) van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 ‘betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten’, evenals naar rechtspraak en rechtsleer die haar visie zouden bevestigen. De offerte zal de expertise tot het uitvoeren van de opdracht volgens de verzoekende partij dan ook kunnen waarborgen door aan te tonen dat de verzoekende partij, op het moment van de uitvoering van de opdracht, over de nodige voertuigen zal beschikken.

Voorts voert de verzoekende partij, onder verwijzing naar het arrest Contse e.a. van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 27 oktober 2005, zaak C-234/03, aan dat het stellen van deze eis “bij het indienen” van de offerte voor de overheidsopdracht voor diensten niet proportioneel is.

Zolang de kandidaat aantoont dat hij op het effectieve moment van het uitvoeren van de opdracht over het nodige materieel zal beschikken, verzekert dit, zo vervolgt de verzoekende partij, de goede uitvoering van de opdracht. Zij wijst erop dat zij op 6 juni 2016 een verklaring op eer heeft afgelegd dat zij “bij de definitieve toewijzing” zal beschikken over het vereiste materieel. Er is volgens haar ook geen reden om te twijfelen aan de waarachtigheid van deze verklaring op eer, vooral nu de verzoekende partij de huidige dienstverlener van de verwerende partij is en aldus heeft bewezen een betrouwbare kandidaat te zijn.

De beslissing van de verwerende partij miskent volgens haar dan ook artikel 72 van het koninklijk besluit Plaatsing en is ook strijdig met de beginselen van gelijkheid en proportionaliteit.

Beoordeling

5.1.2.1. De verzoekende partij heeft op geen enkel ogenblik ten overstaan van de aanbestedende overheid opmerkingen gemaakt over de wettigheid van de thans door haar bekritiseerde bestekseis 4.c.(4). Dit nalaten lijkt minder gunstig af te kleuren op de ernst van haar middel.

5.1.2.2. De verzoekende partij betwist in de eerste plaats – ter terechtzitting merkt zij op dat dit de kern van haar middel is – de wettigheid van het voormelde selectiecriterium 4.c.(4) omdat artikel 72 van het koninklijk besluit Plaatsing niet zou toelaten om te eisen dat de inschrijvers op het moment van het indienen van hun offerte moeten beschikken over het materieel dat nodig is voor de uitvoering van die opdracht.

Ongeacht de ogenschijnlijke verschillen tussen de Nederlands-talige tekst – “het materieel [...] waarover de dienstverlener voor het verlenen van de opdracht beschikt” – en de Franstalige tekst – “le matériel [...] dont le prestataire de services disposera pour la réalisation du marché” – van het voormelde artikel 72 dient hier te worden vastgesteld dat het op de opdracht toepasselijk bestek in beide taalversies duidelijk als minimumeis stelt dat aan de selectie-eis 4.c.(4) wordt voldaan “op het moment van indienen van de offerte”.

Voorts lijkt het, in tegenstelling tot wat de verzoekende partij voorhoudt, op het eerste gezicht niet strijdig met artikel 72 van het koninklijk besluit Plaatsing – integendeel, zelfs in de lijn met dit artikel – om in een bestek te bepalen dat aan een selectie-eis moet zijn voldaan op het moment van het indienen van de offerte. De interpretatie dat de beschikbaarheid van het materieel er moet zijn op het ogenblik van de indiening van de offerte, lijkt verenigbaar met de beide taalversies. Voorts lijken noch dit artikel, noch de andere bepalingen van het koninklijk besluit Plaatsing, een algemene regeling te bevatten omtrent het tijdstip waarop aan de selectie-eisen moet worden voldaan zodat een aanbestedende

‡BALRLFDBD-BDBFHIV‡

overheid hier enige vrijheid lijkt te hebben. Hierbij mag ook worden opgemerkt dat het voormelde artikel 72, hetgeen referenties en bewijsstukken inzake technische bekwaamheid betreft, lijkt uit te sluiten dat met elementen zoals bijvoorbeeld ervaring, opgedaan na het indienen van de offertes, wordt rekening gehouden. De verzoekende partij verduidelijkt niet en de Raad van State ziet niet meteen in hoe de verwijzing door de verzoekende partij naar de voormelde richtlijn dienstig zou kunnen zijn aangezien het hier niet om een Europese opdracht gaat.

Slotsom is dan ook dat de verzoekende partij niet aantoont dat de aanbestedende overheid de bestekseis 4.c.(4), dat het materieel beschikbaar is op het ogenblik van de indiening van de offerte, niet aldus mocht vaststellen.

5.1.2.3. In de mate dat de verzoekende partij opmerkt dat de eis 4.c.(4), niet proportioneel is, voert zij geen uitdrukkelijke schending aan van artikel 58, § 1, 2°, van het koninklijk besluit Plaatsing dat bepaalt dat de aanbestedende overheid de selectiecriteria en het vereiste niveau ervan op zodanige wijze dient vast te stellen dat ze verband houden met en in verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht. Zij blijft ook op het eerste gezicht in gebreke concreet uiteen te zetten op welke wijze het door haar wel ingeroepen proportionaliteitsbeginsel is geschonden. De algemene verwijzing naar het voormelde arrest Contse e.a. brengt de verzoekende partij geen soelaas; te dezen gaat het niet om een Europese opdracht; voorts toetste het Hof in de zaak Contse e.a. de kwestieuze besteksbepaling aan het beginsel van vrij verkeer van diensten, rechtspunt dat hier niet in het debat is gebracht. Deze kritiek wordt dan ook verworpen.

5.1.2.4. Ten slotte, in de mate dat de verzoekende partij *in fine* van de uiteenzetting van haar middel nog wijst op het feit dat zij op 6 juni 2016 een verklaring op eer heeft afgelegd dat zij “bij een definitieve toewijzing” zal beschikken over het vereiste materieel en daarmee haar technische bekwaamheid zou hebben aangetoond, wordt zij evenmin bijgevalen. De aanbestedende overheid dient bij de beoordeling van de offertes de regels die zij zelf heeft vastgelegd in de opdrachtdocumenten te respecteren, alsook de beginselen van behoorlijk bestuur, zoals de zorgvuldigheidsplicht en het beginsel van gelijke behandeling. Wanneer niet is voldaan aan de gestelde minimumeisen inzake selectie, mag de aanbestedende overheid de betrokken kandidaat niet selecteren op straffe van

‡BALRLFDBD-BDBFHIV‡

anders het bestek en de gelijke behandeling van de inschrijvers te schenden; de verzoekende partij toont hier in elk geval niet aan dat het anders zou moeten zijn.

5.1.2.5. Het middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

5.2.1. De verzoekende partij voert de schending aan van de artikelen 5 en 20, § 1, van de wet van 15 juni 2006, van artikel 72 van koninklijk besluit Plaatsing, van “de formele en materiële motiveringsplicht zoals vervat in de artikelen 2 en 3” van de voormelde wet van 29 juli 1991, van “het materiële motiveringsbeginsel”, van “de beginselen van behoorlijk bestuur in het bijzonder het redelijkheids- en proportionaliteitsbeginsel”, van “het beginsel van gelijke behandeling der inschrijvers”, van de artikelen 10 en 11 van de gecoördineerde Grondwet, van “het Europese niet-discriminatiebeginsel” en van het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*.

Zij betoogt dat de technische eis, hernomen in bijlage C van het bestek, onder punt 2.4.2 luidt: “Het personencompartiment zal minimum 7 zitplaatsen hebben en maximum 8 zitplaatsen + chauffeur”.

Volgens de verzoekende partij betekent een personencompartiment van minimum 7 zitplaatsen een afzonderlijke en afgesloten ruimte in het voertuig. Hieruit volgt volgens haar dat, om te voldoen aan de technische eis als omschreven in punt 2.4.2 van het bestek – bijlage C, er in de voertuigen een ruimte aanwezig moet zijn, die afgesloten is van de rest van het voertuig en die minstens 7 bijeenhorende zitplaatsen heeft. Zij merkt op dat zij werd afgewezen omdat zij een voertuig bezit met maar 6 + 1 plaatsen, waarin dus één plaats is voor de chauffeur en één compartiment met 6 zitplaatsen voor passagiers. Naar kennis van de verzoekende partij voldoen alle andere inschrijvers echter evenmin aan het vereiste criterium van “personencompartiment van minimum 7 zitplaatsen”. Door hun kandidatuur aldus niet af te wijzen, schendt de aanbestedende overheid “het gelijkheids- en anti-discriminatie beginsel, alsook de fundamentele beginselen van

‡BALRLFDBD-BDBFHIV‡

gelijkheid en niet-discriminatie zoals vermeld in artikel 5 [van de wet van 15 juni 2006]”.

In deze omstandigheden moet volgens de verzoekende partij worden overwogen dat geen van de ingediende offertes beantwoordt aan de vereisten in de opdrachtdocumenten, dat zij onregelmatig zijn en aldus moeten worden geweerd.

Beoordeling

5.2.2.1. De exceptie van de verwerende partij dat de verzoekende partij geen belang heeft bij haar middel in de mate dat het eerste middel niet ernstig is, wordt ter terechtzitting door de verzoekende partij niet tegengesproken. Los van de ernst van deze exceptie lijkt deze proceshouding alleen reeds te leiden tot de conclusie dat het middel niet ernstig is.

5.2.2.2. Voorts moet worden opgemerkt dat uit de bestreden beslissing niet blijkt dat de offerte van de verzoekende partij is geweerd om reden van de door de verzoekende partij hier bekritiseerde onregelmatigheid. Het is slechts in de kennisgeving van de beslissing dat er sprake is van een “bijkomende opmerking”, namelijk het feit dat één van de door de verzoekende partij aangeboden voertuigen type Luxury Van slechts 6 zitplaatsen + chauffeur telt in de plaats van 7 of 8 zitplaatsen + chauffeur. In die mate is het uitgangspunt van de verzoekende partij feitelijk onjuist.

5.2.2.3. In de mate dat de verzoekende partij dan weer laat gelden dat alle inschrijvers een onregelmatige offerte hebben ingediend omdat wellicht geen van hen een “personencompartiment van minimum 7 zitplaatsen” aanbiedt, lijkt de verzoekende partij hier uit te gaan van een niet-besteksconforme opvatting over het begrip personencompartiment. Dit begrip lijkt hier veeleer te moeten worden afgezet tegenover de andere in het bestek vermelde compartimenten, namelijk het motorcompartiment en het koffercompartiment; het personencompartiment lijkt hier dus niet als een afgescheiden deel van de passagiers ten opzichte van de chauffeur te moeten worden beschouwd. Uit het als vertrouwelijk neergelegde

gunningsverslag blijkt voorts dat de verzoekende partij de enige inschrijver lijkt die de vereiste minimum zitplaatsen voor één voertuig niet behaalt.

5.2.2.4. Het middel is niet ernstig.

VI. Besluit

6. Geen van de middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 10 november 2017, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Pierre Barra