

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 240.727 van 15 februari 2018
in de zaak A. 221.532/XII-8319**

In zake: de BVBA DE WITTE - VANDECAYEYE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Dirk Van Heuven
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
Beneluxpark 27B
bij wie woonplaats wordt gekozen
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Patrick De Soete

tegen:

de NV INFRABEL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D’Hooghe en Rozanne Vander Hulst
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 20 februari 2017, strekt tot de nietigverklaring van:

- “1. de beslissing van [de nv TUC Rail en de nv Infrabel] s.d. om [de bvba De Witte – Vandecaveye] niet te selecteren op basis van artikel 63§1, 1^e lid 2^o van het KB van 16 juli 2012 en het artikel 63 §1, 2 van deel 1 van het bestek TR 012354 wegens het niet voldoen aan het selectiecriterium ‘ervaring van de inschrijver’, zoals bekendgemaakt door [de nv Infrabel] met brief van 23 december 2016
2. beslissing s.d. houdende gunning van de opdracht aan Strukton Rail [...]
3. impliciete beslissing om de opdracht niet te gunnen aan [de bvba De Witte – Vandecaveye].”

Tevens verzoekt de bvba De Witte – Vandecaveye om een schadevergoeding tot herstel van 109.825,55 euro, meer de wettelijke intresten vanaf 23 december 2016 tot de “uiteindelijke dag der betaling”.

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 en de verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 30 januari 2018.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Dirk Van Heuven, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Rozanne Vander Hulst, 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 nv Infrabel schrijft een overheidsopdracht uit voor “werken aan de spoorlijnen 161 en 161A, spoorverbinding Watermaal-Josaphat. Omvorming Rooster 200 Elsene”.

‡BFCSIEEBD-BDCHBGU‡

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 26 september 2016 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 30 september 2016.

De gunningswijze is de open aanbesteding.

In de aankondiging wordt het voorwerp van de opdracht omschreven als volgt:

“De opdracht bestaat hoofdzakelijk uit de spoorwerken voor de omvorming van Rooster 200 te Elsene op de spoorlijnen 161 en 161A tussen de stations Brussel-Luxemburg en Mouterij. Deze omvorming bestaat uit een vereenvoudiging van de Rooster 200: in de nieuwe toestand zijn er geen Engelse wissels of kruisingen meer, en minder wissels. De rails in de zone van de werken worden rails type 60 kg/m, en de dwarsliggers worden betonnen dwarsliggers type monoblok. In de betrokken zone zijn eveneens grondwerken (aanlegonderlaag) en werken burgerlijke bouwkunde (uitvoering bovenleidingsmassieven) in de opdracht inbegrepen. De werkzaamheden dienen hoofdzakelijk tijdens weekends uitgevoerd te worden. De werfzone is enkel toegankelijk via de sporen.”

Volgens het toepasselijke bestek ‘Opdracht TR 012354’ is de nv Infrabel de aanbestedende overheid en is de bouwdirectie de nv Tuc Rail.

Voorts wordt in het bestek voorzien in onder meer de volgende bepalingen inzake de kwalitatieve selectie:

“Artikel 63 § 1 – Selectiecriteria

De volgende selectiecriteria hebben als doel aan te tonen dat de inschrijver over voldoende middelen beschikt om de opdracht naar behoren uit te voeren.

1. Erkenning van aannemers van werken

Voor de uitvoering van de opdracht is volgende Belgische erkenning van aannemers van werken nodig: categorie H, klasse 4.

In functie van zijn toestand moet de inschrijver bij zijn offerte voegen:

- ☐ ofwel het bewijs van zijn erkenning in de categorie of ondercategorie hernomen hierboven en in de klasse die overeenstemt met het bedrag van zijn offerte;
- ☐ ofwel de documenten vereist in artikel 73, 2e alinea, 2° of 3° van het Koninklijk Besluit van 16 juli 2012.

2. Ervaring van de inschrijver

De inschrijver dient het bewijs te leveren dat hij gedurende de laatste 10 jaren zelf werken in een spoorwegomgeving uitgevoerd heeft, waarbij gecumuleerd minstens 2 wissels (of 1 wisselverbinding) in exploitatie zijnde hoofdsporen ingebouwd werden, en dit tijdens een korte onderbreking van het treinverkeer (maximaal 4 kalenderdagen, bijvoorbeeld een werkweekend).

Hij voegt ook het bewijs van goede uitvoering van de opgegeven referenties toe aan zijn offerte. [...]"

3.2. Drie ondernemingen dienen een offerte in, namelijk de bvba De Witte – Vandecaveye die een prijs van 1.098.255,49 euro biedt, de nv Strukton Rail een prijs van 1.120.782,09 euro en de nv Colas Rail Belgium een prijs van 1.593.230,91 euro, alle bedragen btw niet inbegrepen.

3.3. Na indiening van de offertes dient de verzoekende partij bij e-mailberichten van 2 en 5 december 2016 verscheidene documenten in verband met haar offerte in waarbij zij stelt dat “samen met de al meegestuurde bewijzen bij het bestek, [deze bijkomende documenten] ontegensprekelijk het bewijs [geven] dat [zij] dergelijke werken zonder problemen [kan] uitvoeren, tegen de meest gunstige prijs”.

Met een e-mailbericht van 9 december 2016 vraagt de verzoekende partij aan de verwerende partij een afspraak “voor extra uitleg of om op eventuele vragen te antwoorden”. Met een e-mailbericht van 12 december 2016 antwoordt de verwerende partij dat een open aanbesteding geen onderhandeling met de inschrijvers toelaat en dat zij niet kan instemmen met het voorstel om haar te ontmoeten.

3.4. Bij nazicht van de offertes oordeelt de verwerende partij dat de verzoekende partij niet voldoet aan de selectiecriteria, namelijk aan de vereiste ervaring, en dat zij moet worden geweerd.

In de gunningsbeslissing van 21 december 2016 waarbij de verwerende partij de opdracht gunt aan de nv Strukton Rail als de laagste regelmatige inschrijver, wordt het standpunt ten aanzien van de niet-selectie van de verzoekende partij als volgt verwoord:

“1. Kwalitatieve selectie en toegangsrecht

1.1 Toegangsrecht

[...]

1.2 Kwalitatieve selectie

De inschrijvers Strukton Rail en Colas Rail Belgium beschikken over de erkenning in de gevraagde categorie en in de klasse die overeenstemt met het bedrag van hun offerte en over de vereiste ervaring (gedurende de laatste 10 jaren zelf werken in een spoorwgomgeving uitgevoerd te hebben, waarbij gecumuleerd minstens 2 wissels (of 1 wisselverbinding) in in exploitatie zijnde hoofdsporen ingebouwd werden, en dit tijdens een korte onderbreking van het treinverkeer (maximaal 4 kalenderdagen, bijvoorbeeld een werkweekend) en voldoen dus aan de kwalitatieve selectiecriteria.

De inschrijver De Witte-Vandecaveye beschikt over de erkenning in de gevraagde categorie en in de klasse die overstemt met het bedrag van hun offerte maar levert niet het bewijs van de vereiste ervaring: de enige bijgevoegde referentie opdracht 57/52/1/07/46 van Infrabel (uitvoeren van prestaties met één of twee hydraulische weg-spoorkranen voorzien van diverse toebehoren) voldoet niet aan het kwalitatief selectiecriterium ‘ervaring van de inschrijver’:

- deze referentie betreft de uitvoering van diensten en niet van werken;
- deze referentie betreft uitsluitend prestaties met weg-spoorkranen (uitgravingen, optillen wisselelementen,...) op aangeven van Infrabel die de eigenlijke coördinatie en werken (stressen, lassen, onderstoppen,...) op zich nam.”

Inzake de regelmatigheid van de offerte van de verzoekende partij wordt er in deze beslissing het volgende overwogen:

“2. Regelmatigheid

Bijkomend aan de niet selectie van de inschrijver De Witte-Vandecaveye dient zijn offerte ook substantieel onregelmatig verklaard te worden op basis van het artikel 30, tweede lid, 10 en 2° van het KB van 25 januari 2001 en het artikel 80 van deel 1 van het bestek TR 012354: de beschrijving van de manier waarop het werk uitgevoerd zal worden, rekening houdend met het veiligheids- en gezondheidsplan (tabel 2) ontbreekt aan hun offerte en een afzonderlijke prijsberekening betreffende de preventiemaatregelen en -middelen (tabel 1) werd bijgevoegd maar de kolom kostprijs ontbreekt aan deze tabel.

De twee geselecteerde inschrijvers hebben een offerte ingediend die regelmatig is en conform de bepalingen van de opdrachtdocumenten.”

IV. Aanduiding van de verwerende partij

4. De verzoekende partij wijst in haar inleidend verzoekschrift zowel de nv TUC Rail als de nv Infrabel aan als verwerende partij. Het auditoraat heeft enkel de nv Infrabel aangewezen. Enkel deze overheid heeft zich in de procedure gemanifesteerd en heeft niet verklaard dat een andere overheid (mede) moet worden aangewezen als verwerende partij. In haar memorie van wederantwoord stelt de verzoekende partij enkel vast dat “enkel tweede verwerende partij vertegenwoordigd is in huidige procedure”.

De nv Infrabel heeft de bestreden beslissing getroffen en heeft het administratief dossier neergelegd. Uit de procedurestukken kan niet worden afgeleid dat de nv TUC Rail stappen in het nemen van de bestreden beslissingen heeft ondernomen die niet aan de nv Infrabel mogen worden toegeschreven of waarvoor deze laatste niet de verantwoordelijkheid opneemt. Uit de behandeling van de zaak blijkt dan ook niet dat de tussenkomst van de nv TUC Rail voor de oplossing van het geschil is vereist.

In die omstandigheden mag de aanwijzing van de nv Infrabel als verwerende partij als passend worden beschouwd.

V. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

5.1.1. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 5 van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’, artikel 5, 8°, 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 de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juni 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, van de artikelen 63, § 1, eerste lid, 2°, van het koninklijk besluit van 16 juli 2012 ‘plaatsing overheidsopdrachten speciale sectoren’, van de artikelen 63, § 1, 2, en 80 van het eerste deel van het bijzonder bestek TR 012354 en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, “meer

‡BFCSIEEBD-BDCHBGU‡

in het bijzonder het gelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht”.

In een eerste onderdeel betoogt de verzoekende partij dat de door haar opgegeven referentie, namelijk de opdracht “Basisschets van Brussel-Noord: vernieuwing wissels telkens uitgevoerd in het weekend”, bestek 57/52/1/07/45, wel degelijk, in tegenstelling tot wat de verwerende partij heeft beslist, een referentie is die beantwoordt aan de bestekseisen inzake de selectiecriteria, ervaring van de inschrijver; zij vervolgt dat zij bij die referentie een attest van goede uitvoering heeft gevoegd, uitgaande van de verwerende partij zelf.

De verwerende partij meent dat de voormelde opdracht (hierna: opdracht 2008) gaat over diensten en het voorwerp dan ook anders is dan dit hier in het geding. “In werkelijkheid [echter] had de raamopdracht [opdracht 2008] een breder toepassingsgebied dan enkel de in de titel genoemde diensten. Vandaar dat in het attest van goede uitvoering, uitgaande van tweede verwerende partij, niet enkel sprake is van de diensten van het laden en het lossen, maar ook van ‘allerlei werkzaamheden in hoofd- en bijsporen van de zone Brussel’. Vandaar ook dat verzoekende partij in de referentie nadere toelichting heeft gegeven over de door haar uitgevoerde, relevante werkzaamheden aan de spoorwegwissel.” Voorts heeft de verzoekende partij tijdens het plaatsbezoek en van ingenieur S., werknemer van de verwerende partij, bevestiging gekregen dat haar referentie zou volstaan.

Ook is het volgens de verzoekende partij kennelijk onredelijk en onzorgvuldig om haar niet te bevragen “om zo nodig meer informatie te kunnen verstrekken over haar referentie”. De verzoekende partij heeft zelf op 2 januari 2017, in reactie op haar niet-selectie, verhelderende documenten inzake de opdracht 2008 aan de verwerende partij bezorgd. Overigens werd haar referentie opdracht 2008 in een andere opdracht TR 106335 als onderaannemer door de verwerende partij aanvaard en dit voor de hoofdaannemer de nv Putman.

In een tweede onderdeel richt de verzoekende partij haar pijlen op de onregelmatigverklaring van haar offerte in het kader van het Veiligheids- en Gezondheidsplan, maar wijst er wel op dat deze relevante overweging in de

‡BFCSIEEBD-BDCHBGU‡

gunningsbeslissing niet werd hernomen in het dispositief van die beslissing zodat het geen voor de verwerende partij bepalende overweging is; de verwerende partij heeft immers de verzoekende partij niet geselecteerd en heeft dienvolgens uiteraard niets meer kunnen beslissen over de regelmatigheid van haar offerte.

5.1.2. In haar memorie van wederantwoord benadrukt de verzoekende partij dat de door haar aangebrachte referentie opdracht 2008 eigenlijk reeds door bepaalde aangestelden van de verwerende partij was aanvaard en dat de verwerende partij dit nogmaals heeft gedaan in de gunningsprocedure van de opdracht TR 106335. Ten onrechte beweert de verwerende partij dat “de referentie uitsluitend prestaties betreft met weg-spoorkranen (uitgravingen, optillen wisselelementen, ...) betroffen op aangeven van Infrabel, die de eigenlijke coördinatie en aanvullende werken op zich nam. Daarnaast werd benadrukt dat het om een dienstopdracht ging en dus geen werken betrof.” Ten slotte stelt zij dat zo de Raad zou twifelen, hij de aangestelde van de verwerende partij, ingenieur S., als getuige kan oproepen.

5.1.3. In haar laatste memorie wijst de verzoekende partij erop dat de verwerende partij niet heeft tegengesproken dat bepaalde van haar aangestelden de kwestieuze referentie hadden aanvaard. Voorts herhaalt zij dat het getuigschrift van goede uitvoering van de opdracht 2008 handelt over werken en dat de verwerende partij tekort gekomen is aan haar onderzoeksplicht bij de beoordeling van deze referentie.

Ook gaat de verzoekende partij nog eens uitgebreid in op de documenten die zij na de indiening van haar offerte heeft bijgebracht en waaruit zou blijken dat haar kwestieuze referentie wel degelijk door de aanbestedende overheid diende te worden aanvaard.

Ten slotte herhaalt de verzoekende partij dat haar referentie opdracht 2008 voor een andere opdracht TR 106335 als onderaannemer door de verwerende partij werd aanvaard en dat het om een met de kwestieuze opdracht vergelijkbare opdracht ging. Zij vraagt, “[z]ou uw raad twifelen”, de aangestelde van de verwerende partij, ingenieur S., werfleider van in de betwiste referentie-

opdracht, als getuige op te roepen of een “expertise overeenkomstig artikel 20 e.v. Procedurereglement” te bevelen.

Beoordeling

5.2.1. In het bestek wordt als selectievoorwaarde onder meer aan de inschrijvers opgelegd dat zij als ervaring moeten aantonen dat zij gedurende de laatste tien jaar zelf werken in een spoorwegomgeving hebben uitgevoerd waarbij gecumuleerd minstens twee wissels of één wisselverbinding in in exploitatie zijnde hoofdsporen werden ingebouwd en dit tijdens een korte onderbreking van het treinverkeer; het bewijs van goede uitvoering dient te worden gevoegd.

De verzoekende partij is te dezen niet geselecteerd omdat zij volgens de verwerende partij niet deze vereiste ervaring aantoonst; de door haar bij haar offerte gevoegde referentie 2008 betreft volgens de verwerende partij de uitvoering van diensten en niet van werken en betreft uitsluitend prestaties met weg-spoorkranen (uitgravingen, optillen wisselelementen,...) op aangeven van Infrabel die de eigenlijke coördinatie en werken zoals stressen, lassen, onderstoppen,... op zich nam.

Artikel 2 van het bestek opdracht 2008 – “Openbare aanbesteding – Raamovereenkomst – Voor de aanneming van volgende diensten op de zone Brussel – Uitvoeren van prestaties met één of twee hydraulische weg-spoorkra(a)n(en) voorzien van diverse toebehoren” – luidt:

“Voorwerp van de aanneming

De aanneming omvat de uitvoering van de prestaties zoals ze bepaald zijn door de inventaris gevoegd bij dit bestek en de diverse aanbestedingsbescheiden waarnaar verwezen wordt.

De aanneming bestaat hoofdzakelijk uit:

Het uitvoeren van prestaties met één of meerdere hydraulische weg-spoorkranen voor het laden, lossen, verhandelen en vervoeren van grond, ballast, spoormaterialen en gereedschap. De weg-spoorkraan is uitgerust met diverse hulpmiddelen dewelke kunnen aangewend worden tijdens de uitvoering van spoorwerken (zie Derde Deel – Technische Bepalingen en voorschriften: bijkomend artikel 1).

Inbegrepen is de kraandrijver en het verstrekken van de nodige brandstoffen en alles wat nodig is voor de goede uitvoering van de diensten.

De dienstverlener moet in staat zijn om tegelijkertijd twee wegspoor­kranen (+ met elk zijn drijver) per prestatie ter beschikking te kunnen stellen.

In principe stemt de voorop­ge­stelde werkzone overeen met het grondgebied van de zone Brussel (zie bijlage 1).”

De samenvattende inventaris bij het bestek luidt:

Volgnr.	Aanduiding van de diensten	Eenheid	Hoeveelheden	Eenheidsprijs in letter­schrift	Totaal in cijfers
1	2	3	4	5	6
1	Gebruik hydraulische weg­spoor­kraan voorzien van alle toebeho­ren zoals ver­meld[...] in bijkomend artikel nr° 2 met kraanbediende, inbegrepen de nodige brand­stoffen en smeerstoffen en alles wat nodig is voor de goede werking van het werk				
1.1.	Dagprestatie in week (tussen 06h00 en 20h00)	Uur	300		
1.2.	Nachtprestatie in de week (tussen 20h00 en 06h00)	Uur	500		
1.3.	Zaterdagprestatie (tussen 0h00 en 24h00)	Uur	600		
1.4.	Zondagprestatie (tussen 0h00 en 24h00)	Uur	350		

Uit de beschrijving van het voorwerp van de opdracht 2008 blijkt dat de kwalificatie van een dienstenopdracht correct is.

Het attest van goede uitvoering voor deze opdracht, waarop het voorwerp wordt vermeld als “het laden en lossen van spoormaterialen, ballast, betonproducten en allerlei werkzaamheden in hoofd- en bijsporen”, geeft niet weer dat het geen dienstenopdracht zou betreffen.

Zowel het eerste als het tweede motief worden aldus gestaafd door het bestek van opdracht 2008 en worden niet tegengesproken door het attest van goede uitvoering.

De verzoekende partij toont niet aan dat de verwerende partij door middel van een bevoegde aangestelde op enig moment heeft beslist de verzoekende partij toch te selecteren voor de kwestieuze opdracht. De door de verzoekende partij bijgebrachte stukken met opvattingen van aangestelden van de

verwerende partij, tonen niet aan dat de verwerende partij zelf rechtsgeldig anders heeft geoordeeld.

Voorts toont de verzoekende partij hier evenmin aan dat de verwerende partij verplicht was nog bijkomende informatie op te vragen aan de verzoekende partij nadat de offertes waren ingediend.

Ten slotte, wat haar selectie voor een andere opdracht betreft, namelijk TR 106335, en waarbij de referentie opdracht 2008 wel wordt aanvaard maar dan voor de hoofdaannemer, de nv Putman, gaat het om andere opdracht en toont de verzoekende partij onvoldoende de vergelijkbaarheid aan; overigens bewijst de verzoekende partij niet dat deze referentie bij die opdracht terecht werd in aanmerking genomen noch dat uit de beslissing van de verwerende partij in dat dossier noodzakelijkerwijze zou moeten volgen dat zij in elk geval haar in het huidig dossier moet selecteren.

Er is geen grond tot het oproepen en horen van bepaalde personen al dan niet als getuige of het bevelen van een deskundigenonderzoek.

Het eerste middelonderdeel is ongegrond.

5.2.2. Gelet op het verwerpen van het eerste middelonderdeel staat vast dat de verzoekende partij niet aantoont dat de verzoekende partij ten onrechte niet is geselecteerd. Aldus is het niet nodig in te gaan op het tweede middelonderdeel waarin de verzoekende partij de beslissing van de verwerende partij bekritiseert om de offerte van de verzoekende partij te weren, mocht hier al kunnen worden aangenomen dat de verwerende partij hiertoe heeft beslist aangezien het dispositief zelf van de beslissing geen dergelijk motief bevat.

5.2.3. Gelet op het verwerpen van het middel en er geen onwettigheid is vastgesteld, dient er niet nader te worden ingegaan op het verzoek tot schadevergoeding tot herstel.

VI. Besluit

6. Het beroep tot nietigverklaring en het verzoek tot schadevergoeding tot herstel worden verworpen.

VII. Kosten

7. Er is te dezen grond om met toepassing van artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en artikel 67, § 1, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’, de verwerende partij de door haar gevraagde basisrechtsplegingsvergoeding van 700 euro toe te kennen, nu zij door de verworping van het beroep als de in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

Gelet op het bepaalde in artikel 70, § 1, vijfde lid, van het algemeen procedurereglement, dient het rolrecht dat verband houdt met het verzoek tot een schadevergoeding tot herstel aan de verzoekende partij te worden terugbetaald aangezien het beroep moet worden verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verworpt het beroep.

2. De Raad van State verworpt het verzoek tot schadevergoeding tot herstel.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij. Het onverschuldigde recht in verband met het verzoek tot een schadevergoeding tot herstel, begroot op 200 euro, dient aan de verzoekende partij te worden terugbetaald.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 15 februari 2018, 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