

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 241.013 van 13 maart 2018

in de zaak A. 224.518/XII-8510

In zake: de NV SCHEEPSWERF I.D.P.
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Rika Heijse
kantoor houdend te 9000 Gent
Kortrijksesteenweg 867
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister
van Defensie

Tussenkomende partij:

de SAS CNN MCO
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat France Vlassembrouck
kantoor houdend te 1150 Brussel
Tervurenlaan 270
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 13 februari 2018, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van :

- “- de beslissing van 18 januari 2018 van de heer Steven Vandeput, minister van Defensie, inzake de toewijzing van een opdracht van diensten tegen prijslijst betreffende het onderhoud van de mijnenbestrijdingsvaartuigen van en onderhouden door de Marinecomponent van de Belgische Defensie aan de onderneming CNN MCO [...] (bijzonder bestek nr. MR-MP-N/A 18NS722),
- de impliciete beslissing om de voormelde opdracht niet aan NV Scheepswerf I.D.P. te gunnen”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 21 februari 2018 heeft de sas CNN MCO gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 1 maart 2018, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Rika Heijse en Tina Callebaut, die verschijnen voor de verzoekende partij, kapitein-commandant van het Vliegwezen Maarten Kerckhofs, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat France Vlassembrouck, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Alexander Van Steenberge 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 uit voor een “meerjarige overeenkomst (2018-2021) van diensten tegen prijslijst betreffende het onderhoud van de mijnenbestrijdingsvaartuigen van en onderhouden door de Marinecomponent van de Belgische Defensie”.

De opdracht wordt gegund met een onderhandelingsprocedure met bekendmaking.

De opdracht wordt op 3 april 2017 gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen en op 5 april 2017 in het Publicatieblad van de Europese Unie.

Bij de bekendmaking van de opdracht wordt een aanvraag tot deelneming gevoegd met de selectiecriteria waaraan de kandidaten dienen te beantwoorden. Deze selectiecriteria hebben onder meer betrekking op de technische bekwaamheid. Het selectie criterium dat te dezen van belang is, luidt:

“d. [...] De kandidaat beschikt over de nodige infrastructuur om de onderhoudstaken uit te voeren. De opdrachtnemer moet een droogdok in België ter beschikking kunnen stellen om de bevoorradingszekerheid, inzetbaarheid, beschikbaarheid en de algemene operationeel logistieke steun aan de mijnenbestrijdingsvaartuigen (MBV) kostenefficiënt te kunnen garanderen.”

3.2. Drie kandidaten dienen hun aanvraag tot deelneming in, waaronder de verzoekende partij, de nv Engine Deck Repair (hierna: EDR) uit Antwerpen en de tussenkomende partij, de sas CNN MCO, met maatschappelijke zetel in Frankrijk.

In de kandidatuurstelling van de tussenkomende partij verwijst zij, wat de selectievoorwaarde “technische bekwaamheid inzake de bevoorradingszekerheid” betreft, naar de droogdokken van EDR in Antwerpen.

Bij e-mailbericht van 8 juni 2017 wordt aan de tussenkomende partij gevraagd om een bewijs te leveren van de beschikbaarheid van een droogdok van EDR, bijvoorbeeld door een verklaring van de onderaannemer.

Bij e-mailbericht van 13 juni 2017 deelt de tussenkomende partij een verklaring mee, ondertekend in opdracht van de algemeen directeur van EDR, dat het droogdok van EDR geschikt is om Belgische mijnenjagers te ontvangen; dat dit dok beschikbaar is gedurende de looptijd van de betrokken overheidsopdracht; en dat dit dok ter beschikking staat van de tussenkomende partij als zij de opdracht verkrijgt.

3.3. Op 6 juli 2017 worden de drie kandidaten geselecteerd met het oog op het indienen van een offerte.

Bij aangetekende brief van 30 augustus 2017 wordt aan de kandidaten meegedeeld dat zij geselecteerd zijn om deel te nemen aan de tweede fase van de overheidsopdracht. Aan hen wordt het bestek bezorgd en zij worden uitgenodigd om uiterlijk op 5 oktober 2017 om 15.00 uur hun offerte in te dienen.

3.4. Enkel de verzoekende partij en de tussenkomende partij dienen een offerte en een BAFO in.

3.5. Op 18 januari 2018 gunt de minister van Defensie de opdracht aan de tussenkomende partij, die de laagste regelmatige offerte blijkt te hebben ingediend.

Dit is de eerste bestreden beslissing.

3.6. Op 29 januari 2018 zendt de verwerende partij per e-mailbericht en per brief de gunningsbeslissing van 18 januari 2018 aan de verzoekende partij.

De verzoekende partij wenst bijkomende inlichtingen te verkrijgen om haar concurrentiepositie te evalueren en vraagt bij brief, faxbericht en e-mailbericht van 7 februari 2018 onder meer om informatie over het droogdok van de tussenkomende partij:

“[...] De bewijsstukken die aan de kandidatuur van de onderneming CNN-MCO op datum van kandidatuurstelling waren toegevoegd en waarmee zij heeft aangetoond dat zij op dat moment effectief beschikte over de vereiste infrastructuur inzake bevoorradingszekerheid, in het bijzonder over een geschikte droogzettingsinstallatie in België.”

Bij brief van 9 februari 2018 antwoordt de verwerende partij op dit punt als volgt:

“In toepassing van Art. 42 van de wet van 17 Juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en

concessie wordt geen vertrouwelijke commerciële informatie van kandidaten en/of inschrijvers openbaar gemaakt.
Alle kandidaten hebben tijdens de procedure bewezen te beschikken over de nodige [...] infrastructuur.”

Op 9 februari 2018 vraagt de verzoekende partij nog om bijkomende inlichtingen:

“Inzake onze vraag of het bedrijf CNN-MCO wel over een droogzettingsinstallatie in België beschikte op het ogenblik van de kandidaatstelling voor deze aanbesteding, verwijst u naar het huidige onderhoudscontract ‘Godetia’.

Het is algemeen geweten dat CNN-MCO de onderhoudswerken aan de Godetia uitvoert op de site van en in samenwerking met het scheepsherstelbedrijf Engine Deck Repair (EDR) in Antwerpen. De droogdokken van EDR zijn inderdaad erg geschikt voor dit werk.

De aanbesteding 18NS722 betreft echter een erg verschillende constellatie. We hebben in het gunningsverslag gelezen dat er 3 kandidaten waren tijdens de selectiefase: 1) Scheepswerf IDP, 2) CNN-MCO, 3) Engine Deck Repair (EDR).

Op het moment van de selectiefase waren CNN-MCO en EDR dus elkaars tegenkandidaten. Wij kunnen bijgevolg niet begrijpen op welke manier CNN-MCO bij de kandidaatstelling kon garanderen over een droogzettingsinstallatie te beschikken. Er bestaan immers geen andere droogzettingsinstallaties in België buiten de infrastructuur van EDR in Antwerpen, de scheepslift van de Belgische Marine in Zeebrugge, en onze scheepslift in Oostende.

Volgens onze informatie, is CNN-MCO voornamelijk een studiebureau dat onderaannemers coördineert, en niet over eigen scheepswerfinfrastructuur beschikt. De enige droogzettingsinstallatie die CNN-MCO tijdens de kandidatuurfase kon aanbieden, was deze van een tegenkandidaat.”

Bij brief van 12 februari 2018 deelt de verwerende partij opnieuw mee dat alle kandidaten hebben aangetoond te beschikken over de vereiste infrastructuur. Daarnaast weigert de verwerende partij een afschrift van de selectiebeslissing over te maken en meldt zij dat de verzoekende zich hiervoor moet wenden tot de “Chef van het Administratief en Technisch Secretariaat” in het kader van de wet van 11 april 1994 ‘betreffende de openbaarheid van bestuur’.

Bij e-mailbericht van 12 februari 2018 stelt de verzoekende partij dat op grond van de toepasselijke regelgeving het selectieverslag samen met de gunningsbeslissing dient te worden meegedeeld aan de uitgewonnen inschrijver.

IV. Tussenkoms

4. De sas CNN MCO blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissingen en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet haar verzoek tot tussenkomst worden ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

5.1. Zowel de verwerende partij als de tussenkomende partij roepen een exceptie in tegen de vordering in zoverre deze gericht is tegen de impliciete beslissing tot niet-gunning van de opdracht aan de verzoekende partij.

5.2. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over deze excepties uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak over die excepties zou alleen nodig zijn indien de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

VI. Schorsingsvoorwaarden

6.1. 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.

6.2. 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 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.

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.

VII. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

7. De verzoekende partij voert de schending aan van de artikelen 60, § 1, tweede lid, 74, zevende lid, en 79 van het koninklijk besluit van 23 januari 2012 ‘plaatsing overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing defensie), “de selectie-eis inzake de technische draagkracht op het vlak van bevoorradingszekerheid zoals opgenomen in vak 3, punt d van het document ‘aanvraag tot deelname’”, het legaliteitsbeginsel en het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*.

De verzoekende partij betoogt dat het selectiedocument een hele duidelijke eis stelt inzake de technische draagkracht met betrekking tot de bevoorradingszekerheid. De opdrachtnemer zou onder andere over een droogdok in België moeten beschikken. De inschrijver moet op het ogenblik van de indiening van de aanvraag tot deelname aan deze eis voldoen en daarvan het bewijs leveren. De eis inzake de minimale infrastructuur houdt in dat bij de kandidatuurstelling moet blijken dat – eventueel via een geldig ondertekende verklaring van een beroep op de draagkracht van een derde – de deelnemer voor de uitvoering van de huidige opdracht beschikt over de vereiste minimale infrastructuur – waaronder een droogdok – op Belgisch grondgebied.

Er zijn in België slechts drie plaatsen met droogdokken, passend voor de in het geding zijnde opdracht, namelijk de infrastructuur van EDR in Antwerpen, de scheepslift van de Belgische Marine in Zeebrugge en de scheepslift van de verzoekende partij in Oostende.

Indien de tussenkomende partij een beroep zou hebben gedaan op een droogdok van EDR, dan had zij bij haar kandidatuurstelling een verbintenis van terbeschikkingstelling van het bedoelde droogdok door EDR moeten voorleggen. Nu EDR zelf kandidaat was, bestaan er grondige twijfels over het bestaan van een dergelijke verbintenis in de selectiefase. Indien er geen verbintenis van EDR bestond, dan had zij niet mogen worden geselecteerd en had de opdracht bijgevolg niet aan de tussenkomende partij mogen worden gegund.

Beoordeling

8. Artikel 60, § 1, eerste lid, van het koninklijk besluit plaatsing defensie, luidt:

“De aanbestedende overheid gaat over tot de selectie van de kandidaten of inschrijvers in de mate dat de noodzakelijke inlichtingen en documenten aantonen dat ze cumulatief voldoen aan:

[...]

2° de kwalitatieve selectiecriteria van financiële, economische of technische aard of inzake beroepsbekwaamheid die de aanbestedende overheid heeft vastgesteld op grond van de artikelen 69 tot 84. Zij preciseert deze criteria en het vereiste niveau ervan op zodanige wijze dat ze verband houden met en in verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht. Bij open procedure en vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met bekendmaking is het opleggen van een minimaal niveau verplicht.”

Artikel 61, 1° en 2°, van het koninklijk besluit plaatsing defensie luidt:

“De aanbestedende overheid kan:

1° verlangen dat de kandidaten of inschrijvers de in de artikelen 63 tot 84 bedoelde inlichtingen en documenten en documenten aanvullen of nader toelichten. Zij kan ook, indien zij dit nodig acht, een vertaling van de documenten aan hen vragen, behalve indien het gaat om een document

uitgaande van een overheidsinstantie dat in een van de officiële Belgische talen is opgesteld;

2° in eender welk stadium van de gunningsprocedure en met alle middelen die zij dienstig acht inlichtingen inwinnen over de in artikel 60, § 1, bedoelde situatie van om het even welke kandidaat of inschrijver.”

Artikel 74, 7°, van het koninklijk besluit plaatsing defensie luidt:

“In geval van een opdracht voor diensten kan de technische bekwaamheid of de beroepsbekwaamheid van de kandidaat of de inschrijver op één of meer van de volgende manieren worden bewezen, afhankelijk van de aard, de hoeveelheid of belangrijkheid en het doel van de diensten :

[...]

7° aan de hand van een beschrijving van de technische uitrusting van de dienstverlener, van de maatregelen die hij treft om de kwaliteit te waarborgen en de mogelijkheden die zijn onderneming biedt op het vlak van studie en onderzoek, alsook de interne regels inzake intellectuele eigendom.”

Artikel 79, eerste lid, van het koninklijk besluit plaatsing defensie luidt:

“Een kandidaat of een inschrijver kan zich voor welbepaalde opdrachten beroepen op de draagkracht van andere entiteiten, ongeacht de juridische aard van zijn band met die entiteiten. In dat geval toont hij de aanbestedende overheid aan dat hij zal beschikken over de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke middelen, door overlegging van de verbintenis van deze entiteiten om de kandidaat of inschrijver dergelijke middelen ter beschikking te stellen. Op deze entiteiten is artikel 63 toepasselijk.”

9. Zoals reeds hiervoor uiteengezet in het feitenrelaas, werd een selectievereiste opgelegd inzake technische draagkracht op het vlak van bevoorradingszekerheid.

De verzoekende partij betwist in haar inleidend verzoekschrift dat de tussenkomende partij zou voldoen aan het voormelde selectievereiste, namelijk dat de kandidaat dient te beschikken over een droogdok in België.

10. Uit de stukken van het administratief dossier blijkt echter op het eerste gezicht dat de tussenkomende partij mag gebruikmaken van een droogdok in België.

In de eerste plaats verwijst immers de aanvraag tot deelneming van de tussenkomende partij alvast naar de scheepswerf van EDR in Antwerpen waarbij deze nader wordt omschreven.

Voorts bevat het neergelegde administratief dossier tevens een verklaring van 13 juni 2017 ondertekend in opdracht van de algemeen directeur van EDR, dat het droogdok geschikt is om Belgische mijnenjagers te ontvangen, dat dit dok beschikbaar is gedurende de looptijd van de overheidsopdracht en dat dit dok ter beschikking staat van de tussenkomende partij als zij de opdracht verkrijgt.

Ter terechtzitting lijkt de verzoekende partij in wezen niet meer te betwisten dat de gekozen inschrijver over een droogdok in België kan beschikken, maar zij stelt nu het bindend karakter van de voormelde verklaring in vraag.

Gelet op het summiere karakter van de onderhavige procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid en het feit dat slechts ter terechtzitting de problematiek is opgeworpen, kan de Raad van State bezwaarlijk nog onderzoek verrichten en uitspraak doen over een vermeend gebrek in de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de ondertekenaar van de kwestieuze verklaring en het al dan niet bestaan van de daaruit voortvloeiende verbintenis.

11. De verzoekende partij betoogt ter terechtzitting ook nog dat pas na 16 mei 2017, de limietdatum voor de ontvangst van de aanvragen tot deelneming, een toelating werd gegeven aan de tussenkomende partij om het dok te gebruiken. Hieruit volgt volgens de verzoekende partij dat de tussenkomende partij op 16 mei 2017 niet kon garanderen dat zij daadwerkelijk over een droogdok in België zou beschikken. Reeds in haar middel in het inleidend verzoekschrift deed de verzoekende partij in dat verband gelden dat op het ogenblik van de

aanvraag tot deelneming het bewijs van de beschikking over een droogdok in België had moeten voorliggen.

Deze stelling wordt door de Raad van State niet bijgevalen.

Anders dan wat de verzoekende partij doet gelden, kan het document van 13 juni 2017 *prima facie* niet als een toelating worden aangezien om pas vanaf die datum van het droogdok gebruik te maken. Er mag redelijkerwijze worden aangenomen dat die verklaring slechts een bevestiging is van een voorafgaand akkoord, waarvan de tussenkomende partij in haar aanvraag tot deelneming al gewag maakte. Met de betrokken verklaring ging de tussenkomende partij in op het verzoek van de verwerende partij in een e-mailbericht van 8 juni 2017 om een bewijs van beschikbaarheid van een droogdok te leveren, bijvoorbeeld in de vorm van een verklaring van de onderaannemer. De tussenkomende partij maakte overigens reeds voor een andere opdracht van de verwerende partij gebruik van het bewuste droogdok. Zulks werd overigens ook door de verzoekende partij zelf opgemerkt in briefwisseling met de administratie. Zo vermeldt zij in haar brief van 9 februari 2018 het volgende: “Het is algemeen geweten dat CNN-MCO de onderhoudswerken aan de Godetia uitvoert op de site van en in samenwerking met het scheepsherstelbedrijf Engine Deck Repair (EDR) in Antwerpen. De droogdokken van EDR zijn inderdaad erg geschikt voor dit werk”.

In deze gehele context lijkt de verwerende partij op grond van de hiervoor geciteerde bepaling van artikel 61, bijkomende stukken te hebben mogen opvragen waaruit blijkt dat de tussenkomende partij mag beschikken over de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke middelen van een andere entiteit, namelijk EDR. Dat artikel staat immers juist toe dat de aanbestedende overheid aan kandidaten vraagt om inlichtingen en documenten aan te vullen.

Zulks is te dezen gebeurd: de verklaring bij de aanvraag tot deelneming, die verwees naar het droogdok van EDR, heeft de aanbestedende overheid laten aanvullen met een verklaring van EDR. In de verklaring van 13 juni 2017 van laatstgenoemde blijkt – althans *prima facie* – de verbintenis te zijn vervat

van EDR om de tussenkomende partij te laten gebruikmaken van de droogdokken van EDR.

De verzoekende partij voert van haar kant geen rechtsregels aan waaruit zou moeten worden afgeleid dat de betrokken verklaring dient te dateren van vóór de limietdatum voor de ontvangst van de aanvragen tot deelneming.

Uit het voorgaande volgt op het eerste gezicht dat niet is aangetoond dat de verwerende partij met schending van de in het middel ingeroepen bepalingen heeft gehandeld door aan te nemen dat de aanvraag tot deelneming van de tussenkomende partij voldeed aan het voormelde selectievereiste omtrent de minimale infrastructuur.

Het eerste en enig middel lijkt dan ook in de huidige stand van het geding niet ernstig.

VIII. Besluit

12. Het enig middel is niet ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

1. Het verzoek tot tussenkomst van de sas CNN MCO wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

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

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op een rolrecht van 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 13 maart 2018,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Dierk Verbiest