

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 242.377 van 20 september 2018

in de zaak A. 226.056/XII-8606

In zake: de NV SPORTINFRABOUW
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Joost Bosquet
kantoor houdend te 2650 Edegem
Mechelsesteenweg 326
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD SINT-TRUIDEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Thomas Beelen
kantoor houdend te 3000 Leuven
Justus Lipsiusstraat 24
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 3 september 2018, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing dd. 17 augustus 2018 van de Stad Sint-Truiden [...] om de opdracht ‘Aanleg kunstgras voetbalveld Velm’ te gunnen aan de nv Derriks [...] en niet aan [de nv Sportinfrabouw]”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 18 september 2018, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Gert Op de Beeck, die *loco* advocaat Joost Bosquet verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Thomas Beelen, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste 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 stad Sint-Truiden schrijft een overheidsopdracht voor werken uit voor de aanleg van een kunstgras voetbalveld te Velm. De opdracht wordt gegund bij wijze van vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking.

De opdracht wordt bekend gemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 3 mei 2018.

3.2. De aankondiging en het bestek vermelden de volgende vereisten inzake de technische en beroepsbekwaamheid van de inschrijver:

“Een VCA-certificaat (Veiligheid, gezondheid en milieu Checklist Aannemers) ten bewijze dat de firma voldoet aan de minimumeisen op het gebied van veiligheid, gezondheid en milieu of een gelijkwaardig document voor buitenlandse inschrijvers.
Minimumeisen: Idem.”

De gunningscriteria zijn prijs, uitvoeringstermijn, kwaliteit aangeboden materialen en onderhoud.

In de technische bepalingen van het bestek worden aangaande het kunstgrasveld onder meer het volgende gesteld:

“Het aangeboden systeem zal beantwoorden aan de volgende minimale eisen:

a) Het kunstgrastapijt: [...]

-Gewicht: vezel: minimum 15000 Dtex [...].”

3.3. Twee inschrijvers dienen een offerte in: de verzoekende partij en de nv Derriks.

3.4. Met een e-mailbericht van 13 juni 2018 bezorgt de nv Derriks drie attesten “Basisveiligheid VCA” op naam van drie van haar werknemers aan de verwerende partij.

3.5. Op 13 juli 2018 beslist de verwerende partij om, overeenkomstig het bijgevoegde verslag van nazicht van 5 juli 2018, de opdracht te gunnen aan de nv Derriks.

3.6. Op 6 augustus 2018 stelt de verzoekende partij een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in bij de Raad van State tegen voormelde gunningsbeslissing van 13 juli 2018.

3.7. Op 14 augustus 2018 wordt een nieuw gunningsverslag opgesteld.

Over het vereiste VCA-certificaat wordt in het gunningsverslag opgemerkt:

“3.4. VCA-certificaat

De inschrijvers dienen een VCA-certificaat voor te leggen ten bewijze dat de firma voldoet aan de minimum eisen op het gebied van veiligheid, gezondheid en milieu of een gelijkwaardig document voor buitenlandse inschrijvers.

- Sportinfrabouw NV: VCA certificaat werd toegevoegd (in map onder tab 5) → ok
- Derriks: Er werd een veiligheids- en gezondheidsplan toegevoegd aan het dossier.

Op 13/06/2018 heeft nv Derriks via schrijven en mail de VCA attesten van 3 van zijn werknemers overgemaakt.”

De beide inschrijvers worden geselecteerd en er “wordt geen offerte nietig verklaard”. Na toetsing van de offertes aan de gunningscriteria wordt voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de nv Derriks.

3.8. Met een beslissing van 17 augustus 2018 wordt de eerste gunningsbeslissing van 13 juli 2018 ingetrokken en wordt de opdracht opnieuw gegund aan de nv Derriks.

In deze nieuwe beslissing, waarvan het nieuwe gunningsverslag integraal deel uitmaakt, wordt onder meer opgemerkt dat het nieuwe gunningsverslag de inschrijvers beter toelaat de toegekende scores voor de gunningscriteria te beoordelen en aantoont dat het gevraagde VCA-attest tijdig werd ingediend.

3.9. Met arrest nr. 242.237 van 4 september 2018 verwerpt de Raad van State het door de verzoekende partij ingediende beroep van 6 augustus 2018 gelet op de intrekking van de eerste gunningsbeslissing.

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 het eerste en tweede middel

A. Eerste middel

Standpunt van de partijen

5.1.1.1. De verzoekende partij voert de schending aan van de artikelen 66 en 81 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: de wet overheidsopdrachten 2016), van het beginsel *patere legem quam ipse fecisiti* en van de materiële- en de formelemotiveringsplicht en uit de ontstentenis van de rechtens vereiste feitelijke en juridische grondslag. De verzoekende partij vat het middel als volgt samen:

“Doordat, de verwerende partij de opdracht heeft gegund aan de nv Derriks en daarbij motiveert dat deze inschrijver zou voldoen aan de vooropgestelde selectiecriteria met inbegrip van de vereiste van het voorleggen van VCA-certificaat ten bewijze dat de firma voldoet aan de minimeisen op het gebied van veiligheid, gezondheid en milieu; Dat de bestreden beslissing wat betreft de gekozen inschrijver, de nv Derriks, evenwel niet bevestigt dat een VCA–certificaat is gevoegd doch wel dat

een veiligheids- en gezondheidsplan is gevoegd alsook een VCA-diploma ‘basisveiligheid VCA’ van 3 van de werknemers van de nv Derriks; Terwijl, het bestek van toepassing op de opdracht uitdrukkelijk vermeldt onder de Titel ‘Uitsluitingsgronden en kwalitatieve selectie’ dat bij de offerte een VCA - certificaat moet gevoegd zijn ten bewijze dat de firma voldoet aan de minimumeisen op het gebied van veiligheid, gezondheid en milieu of een gelijkwaardig document voor buitenlandse inschrijvers; Dat de verwerende partij gehouden is haar bestek na te leven en na te gaan of de inschrijvers voldoen aan de door haar vooropgestelde selectiecriteria; Dat de verwerende partij alleen maar een opdracht mag toewijzen aan een offerte die afkomstig is van een inschrijver die voldoet aan de door de aanbestedende overheid vastgestelde selectiecriteria; Dat een veiligheids- en gezondheidsplan geenszins betrekking heeft op het voldoen aan de minimumeisen op het gebied van veiligheid, gezondheid en milieu zoals bedoeld met het gevraagde VCA-certificaat; Dat VCA-diploma’s ‘basisveiligheid VCA’ van 3 werknemers evenmin kunnen aantonen dat de nv Derriks zelf voldoet aan de minimumeisen van veiligheid, gezondheid en milieu; Dat alleszins door de verwerende partij niet wordt gemotiveerd waarom een veiligheids- en gezondheidsplan dan wel een aantal VCA-attesten ‘basisveiligheid VCA’ van werknemers alsnog gelijkwaardig zouden zijn aan het in het bestek vereiste VCA – certificaat indien en voor zoverre al zou kunnen worden uitgelegd dat gelijkwaardige documenten aan een VCA - certificaat zouden volstaan voor het voldoen aan de kwalitatieve selectiecriteria; Zodat, de bestreden beslissing de in het middel aangehaalde wetsbepalingen en beginselen schendt.”

5.1.1.2. De verwerende partij merkt op dat de gekozen inschrijver drie VCA-certificaten heeft bijgebracht op vraag van de verwerende partij. “Aangezien de nv Derriks nog voordat de bestreden beslissing werd genomen de nodige VCA-certificaten bijbracht gaat het eerste middel uit van verkeerde premissen en is het eerste middel niet ernstig.” Voorts benadrukt zij dat het bijbrengen van een VCA-certificaat in het bestek niet op straffe van nietigheid is voorgeschreven. Evenmin is de offerte substantieel onregelmatig om de redenen voorzien in artikel 76, § 1, van koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017). Impliciet blijkt uit het gunningsverslag, aldus de verwerende partij, dat door haar werd aanvaard dat de door de gekozen inschrijver bijgebrachte drie VCA-attesten en het veiligheids- en gezondheidsplan voldoende waarborgen “inzake veiligheid, gezondheid en milieu, zijnde de drie onderdelen waarop een VCA-certificaat betrekking heeft”, bieden.

Beoordeling

5.1.2. Overeenkomstig artikel 66, § 1, 2°, wet overheidsopdrachten 2016 worden opdrachten gegund op grond van één of meerdere gunningscriteria, vastgesteld overeenkomstig artikel 81 van deze wet, mits de aanbestedende overheid erop heeft toegezien dat de offerte afkomstig is van een inschrijver die voldoet aan de door de aanbestedende overheid vastgestelde selectiecriteria. De aanbestedende overheid dient bij de beoordeling van de offertes de regels die zijzelf heeft vastgelegd in de opdrachtdocumenten, na te leven; wanneer niet is voldaan aan de gestelde minimumeisen inzake selectie mag de aanbestedende overheid de betrokken inschrijver niet selecteren, op straffe van haar eigen bestek te schenden.

In het bestek wordt als vereiste inzake technische en beroepsbekwaamheid vermeld dat de inschrijver een VCA-certificaat – “Veiligheid, gezondheid en milieu Checklist Aannemers” – voorlegt “ten bewijze dat de firma voldoet aan de minimumeisen op het gebied van veiligheid, gezondheid en milieu of een gelijkwaardig document voor buitenlandse inschrijvers”.

In het gunningsverslag wordt opgemerkt dat de gekozen inschrijver wordt geselecteerd onder de volgende overweging: “Er werd een veiligheids- en gezondheidsplan toegevoegd aan het dossier. Op 13/06/2018 heeft nv Derriks via schrijven en mail de VCA attesten van 3 van zijn werknemers overgemaakt.”

Op het eerste gezicht bevat de offerte van de gekozen inschrijver en haar navolgende brief van 13 juni 2018 geen “VCA-certificaat” uitgereikt aan de onderneming, de nv Derriks, zelf, maar slechts drie diploma’s “Basic Elements of Safety SCC Basisveiligheid VCA” of “Basisveiligheid – VCA (B-VCA)”, uitgereikt aan drie werknemers. Deze diploma’s, waarvan er overigens niet wordt beweerd dat ze werden uitgereikt aan leidinggevend, lijken niet te beantwoorden aan de voormelde bestekselectie-eis. De bewering van de verwerende partij in haar nota dat de gekozen inschrijver de “nodige VCA-certificaten” heeft bijgebracht faalt in feite.

In de mate dat de verwerende partij opmerkt dat de besteksvereiste inzake het VCA-certificaat in het bestek niet op straffe van nietigheid is voorgeschreven, verliest de verwerende partij uit het oog dat het hier om een selectievereiste gaat en niet om de regelmatigheid van de offerte zelf, waarop het door de verwerende partij ingeroepen artikel 76 koninklijk besluit plaatsing 2017 betrekking heeft.

Evenmin lijkt de verwerende partij nuttig te kunnen verwijzen naar het bij de offerte van de gekozen inschrijver gevoegde veiligheids- en gezondheidsplan dat ook niet het bedoelde en vereiste VCA-certificaat lijkt te betreffen. Dit lijkt overigens door de verwerende partij ook zelf te worden erkend nu zij bij de gekozen inschrijver bijkomende stukken heeft opgevraagd, ingevolge waarvan de gekozen inschrijver haar bij e-mailbericht van 13 juni 2018 de reeds voormelde drie bijkomende attesten heeft bezorgd.

Ten slotte, in de mate dat de verwerende partij zich beroept op enige gelijkwaardigheid, behoudt het bestek dit voor aan buitenlandse inschrijvers. Hoe dan ook wordt in de bestreden beslissing niet gemotiveerd waarom de drie attesten inzake medewerkers een evenwaardige garantie uitmaken als een VCA-certificaat op naam van de onderneming zelf; overigens lijkt er allerminst een evidente gelijkwaardigheid.

Het middel is ernstig.

B. Tweede middel

Standpunt van de partijen

5.2.1.1. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 81 wet overheidsopdrachten 2016, van artikel 76 koninklijk besluit plaatsing 2017, van het beginsel *patere legem quam ipse fecisiti*, van de materiële- en de formele-motiveringsplicht, van het gelijkheidsbeginsel en van het beginsel van de eerlijke mededinging als algemene rechtsbeginselen bij de gunning van overheidsopdrachten en uit ontstentenis van de rechtens vereiste feitelijke en juridische grondslag. De verzoekende partij vat het middel als volgt samen:

‡CAJSKCIDG-BDEHHGV‡

“Doordat de verwerende partij de opdracht heeft gegund aan de nv Derriks; Dat uit de bestreden beslissing blijkt dat de offerte van de nv Derriks als regelmatig is beschouwd nu de opdracht aan deze inschrijver is gegund en er geen opmerkingen worden gemaakt onder het hoofdstuk 8.2. ‘Technisch nazicht en nazicht prijzen’ van het gunningsverslag; Dat uit het gunningsverslag verder blijkt dat de nv Derriks een kunstgrastapijt heeft aangeboden met een vezelgewicht van 13.200 Dtex; Terwijl de technische bepalingen van het Bestek voor wat betreft het kunstgrastapijt met kurk invulling incl. schokabsorberende mat (titel 91.10.01 Bestek) een aantal minimale eisen voorop stellen; Dat daarbij onder meer is gesteld dat het gewicht van de vezel minimum 15.000 Dtex moet bedragen; Dat verwerende partij gehouden is haar eigen minimale technische voorschriften na te leven; Dat verwerende partij de opdracht slechts aan een inschrijver kan gunnen die een aanbieding heeft geformuleerd die in overeenstemming is met de minimale technische eisen; Dat een offerte die afwijkt van de minimale technische eisen substantieel onregelmatig is; Dat uit niets blijkt dat de offerte van de nv Derriks op dit punt is geregulariseerd; Dat de opdracht niet aan de nv Derriks mocht worden gegund; Zodat de bestreden beslissing de in het middel aangehaalde wetsbepalingen en beginselen schendt.”

5.2.1.2. De verwerende partij merkt op dat het gewicht van de kwestieuze vezel “slechts één van de vele parameters [is] die de kwaliteit van het kunstgrasveld bepalen”. “In het verslag van nazicht wordt een globale beoordeling gemaakt en wordt daaruit besloten dat de offerte van Derriks nv globaal genomen aan de kwaliteitseisen van het bestek voldoet.” Voor de lagere Dtex-waarde werd aan de gekozen inschrijver een 10% lagere score toegekend voor het gunningscriterium kwaliteit.

Beoordeling

5.2.2. De minimale besteksvereiste inzake het kunsttapijt – gewicht vezel – is “minimum 15.000 Dtex”.

In het gunningsverslag is een gewicht van 13.200 Dtex vermeld bij de vezel die de gekozen inschrijver aanbiedt. Dit blijkt ook uit zijn offerte.

Uit de bestreden beslissing met het bijgevoegde gunningsverslag blijkt dat de verwerende partij de offerte van de gekozen inschrijver toch regelmatig heeft bevonden.

Overeenkomstig artikel 76, § 1, vierde lid, 3°, koninklijk besluit plaatsing 2017 wordt “de niet-naleving van de minimale eisen en de vereisten die als substantieel worden aangemerkt in de opdrachtdocumenten” als een substantiële onregelmatigheid beschouwd.

In het bestek wordt het vezelgewicht uitdrukkelijk bestempeld als minimale eis wat lijkt te beduiden dat een offerte die hier niet aan voldoet, substantieel onregelmatig is.

Het standpunt van de verwerende partij dat de minimale kwaliteitseisen waaraan het kunstgrastapijt dient te voldoen “globaal” dienen te worden beschouwd, lijkt geen grondslag te vinden in het toepasselijke bestek.

Uit de bestreden beslissing en het gunningsverslag blijkt niet dat de offerte van de gekozen inschrijver substantieel onregelmatig werd verklaard; evenmin werd ze geregulariseerd, dit eventueel met toepassing van artikel 76, § 5, koninklijk besluit plaatsing 2017, zodat het middel ernstig lijkt. Het feit dat de verwerende partij een mindere score gaf aan de offerte van de gekozen inschrijver is in die omstandigheden niet relevant.

VI. Besluit

6. Het eerste en het tweede middel zijn ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de gunningsbeslissing dient dan ook te worden toegewezen.

In de mate dat de verzoekende partij haar vordering ook zou richten tegen de bestreden beslissing in zoverre de opdracht niet aan haar is gegund, lijkt zij niet afdoende kenbaar te hebben gemaakt dat zij hier uitdrukkelijk de benaarstiging van de schorsing van de tenuitvoerlegging beoogt van de impliciete weigering de opdracht aan haar te gunnen.

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

De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 17 augustus 2018 van de Stad Sint-Truiden om de opdracht “Aanleg kunstgras voetbalveld Velm” te gunnen aan de nv Derriks en niet aan de nv Sportinfrabouw.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 20 september 2018, 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