

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 249.967 van 4 maart 2021
in de zaak A. 232.835/XII-9039**

In zake: de BV HAEZEBROUCK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Tom De Smet
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Grote Nieuwedijkstraat 417
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de WESTKUSTPOLDER
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bart Staelens
kantoor houdend te 8000 Brugge
Stockhouderskasteel
Gerard Davidstraat 46 bus 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 1 februari 2021, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van de Westkustpolder van 16 december 2020, waarbij de kandidatuur voor deelname van de bv Haezebrouck niet werd geselecteerd voor de volgende overheidsopdrachten:

- Maai- en ruimingswerken partij 1 – dienstjaar 2021 aan onbevaarbare waterlopen 2e categorie, publieke grachten en weggrachten in de gemeente Alveringem (deel) / De Panne (deel) / Lo-Reninge (deel) / Veurne (deel)
- Maai- en ruimingswerken partij 2 – dienstjaar 2021 aan onbevaarbare waterlopen 2e categorie, publieke grachten en weggrachten in de gemeente De Panne (deel) / Diksmuide (deel) / Nieuwpoort (deel) / Veurne (deel)

- Maai- en ruimingswerken partij 3 – dienstjaar 2021 aan onbevaarbare waterlopen 2e categorie, publieke grachten en weggrachten in de gemeente Alveringem (deel) / De Panne (deel) / Lo-Reninge (deel) / Veurne (deel).

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota en een administratief dossier ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 25 februari 2021, om 14.00 uur.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Evert Vervaet, die *loco* advocaat Tom De Smet verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Samuel Mens, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederic Eggermont heeft een met dit arrest andersluidend 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. Het polderbestuur van de Westkustpolder beslist op 21 oktober 2020 om drie overheidsopdrachten uit te schrijven voor het uitvoeren van maai- en ruimingswerken voor het dienstjaar 2021 aan onbevaarbare waterlopen 2^e categorie, publieke grachten en weggrachten in de gemeente Alveringem, De Panne, La-Reninge, Veurne en Diksmuide.

3.2. De opdrachten worden in het Bulletin der Aanbestedingen gepubliceerd op 30 oktober 2020. Op 9 november 2020 wordt een rectificatie voor elke overheidsopdracht bekendgemaakt, waarbij voor elke opdracht een bijzonder bestek ter beschikking wordt gesteld.

De opdrachten worden geplaatst met een niet-openbare procedure met de prijs als enig gunningscriterium.

In de aankondiging van de opdrachten wordt het volgende vermeld:

“11.2.9) Inlichtingen over de beperkingen op het aantal gegadigden dat wordt uitgenodigd (niet van toepassing bij openbare procedures)
Beoogd aantal gegadigden
of (sic) Beoogd minimumaantal: 5 / Maximumaantal: 7
Objectieve criteria voor de beperking van het aantal gegadigden: De kandidaat moet in eerste instantie voldoen aan het toegangsrecht op juridisch, economisch en financieel vlak en wordt dan beoordeeld volgens vakbekwaamheid.”

3.3. De verzoekende partij dient op 27 november 2020 een aanvraag tot deelname in voor de drie overheidsopdrachten

Op 16 december 2020 beslist de verwerende partij tot de selectie van vijf van de tien deelnemers voor de drie opdrachten. De verzoekende partij wordt niet geselecteerd tot deelname, waarvan zij kennis krijgt bij e-mailbericht van 20 december 2020.

Dit zijn de bestreden beslissingen.

In reactie op de vraag van de verzoekende partij naar de motivering van haar niet-selectie, deelt de verwerende partij haar op 18 januari 2021 het volgende mee:

“De beslissing van het Bestuur dd. 16 december 2020 is gebaseerd op een nota waarbij elke kandidaat werd beoordeeld op grond van de ingestuurde documenten.

U behaalde een score van 39/50 en behaalde zo de 6^e plaats in de rangschikking.
Overwegende dat door het bestuur werd beslist om de 5 kandidaten [t]e selecteren met de hoogste score.
Is het besluit van het bestuur om u niet te kunnen selecteren voor de verdere deelname in deze aanbesteding.”

De verwerende partij bezorgt haar vervolgens nog op haar vraag de uittreksels van de bestuursvergadering van 16 december 2020 en de nota's van de kwalitatieve selectie.

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 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.

V. Onderzoek van het tweede middel

Standpunt van de partijen

5.1. In een tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 69, eerste lid, 2°, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: de wet overheidsopdrachten 2016), evenals de beginselen van behoorlijk bestuur, met inbegrip van het materieel motiveringsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en het beginsel *patere legem quem ipse fecisti*.

De verzoekende partij betoogt dat het onbegrijpelijk en onterecht is dat haar slechts 4 op 5 punten werden toegekend op het onderdeel inzake de uitsluitingsgrond van de staat van faillissement of gerechtelijke organisatie: de verwerende partij mocht zich volgens haar niet tot de loutere vaststelling beperken dat voor de verzoekende partij ooit met een vonnis van 17 juni 2013 een reorganisatieplan werd gehomologeerd, nu zij wel degelijk een attest van niet-faling bijbracht én de verwerende partij via de kosteloze Telemarc toepassing kon verifiëren dat de verzoekende partij helemaal niet in een staat van faillissement verkeert en ook niet meer in een staat van gerechtelijke reorganisatie. Zij benadrukt dat “indien zij 5 punten zou krijgen, dan scoort zij een ex aequo met [een wél geselecteerde kandidaat], namelijk 40 punten.”

5.2. In haar nota stelt de verwerende partij dat zij bij de beoordeling van de financiële en economische draagkracht van de verzoekende partij rekening mocht houden met de toenmalige gerechtelijke status, en dat zij haar hierop mocht evalueren: zij vermocht alsdan de verzoekende partij, in vergelijking met de andere kandidaten die niet in dezelfde situatie waren, hiervoor één punt af te trekken.

Beoordeling

6. In de aankondiging wordt meegedeeld dat de selectie zal plaatsvinden op grond van de volgende “objectieve criteria voor de beperking van het aantal gegadigden”: “De kandidaat moet in eerste instantie voldoen aan het toegangsrecht op juridisch, economisch en financieel vlak en wordt dan beoordeeld volgens vakbekwaamheid”.

Uit de verslagen kwalitatieve selectie blijkt dat de verwerende partij voor de selectie van de ingediende kandidaturen de volgende “beoordelingswijze” heeft toegepast:

Onderwerp	Beschrijving	Maximale score
Getuigschrift van erkenning	B1 Klasse 1	ok
Attesten, getuigschriften en verklaringen	Fiscaal-attest Verklaring op eer Blanco strafregister Getuigschrift niet-faillissement Attest RSZ	5
Referenties:	voorbij 5 jaar (2015-2020) a) gelijk qua aard = max. 15 pnt waaronder referenties in eigen polder en naar tevredenheid = 13 pnt waaronder minstens 1 referentie in andere polders = 10 pnt enkel referenties buiten polders = 5 pnt meer dan 3 aanvaardbare en relevante referenties = extra 2 pnt b) gelijk qua omvang = max. 5 pnt waaronder referenties van min. 200.000 euro per dienstjaar = 5 pnt enkel referenties van kleinere omvang = 2 pnt	20
Technische uitrusting:	eigen machinepark of verklaring onderaannemer (gewicht :15 pnt) minimale uitrusting = 10 pnt 2 machines met maaikorven 1 verbrijzelaar 2 rupskranen 1 kraan met lange arm 2 bandenkranen 1 dumper	15

	2 vrachtwagens 1 visveilige pomp van minimum 100 l/s 1 trilblok (voor het inheien van palen) 4 arbeiders die gelijktijdig kunnen ingezet worden + extra toepasselijke uitrusting = zeer goed of goed resp. extra 5 pnt	
Personeel en inzetbaarheid	contactpersoon altijd te bereiken (gewicht : 5 pnt) optreden met personeel binnen het uur met kraan en arbeider en camion (gewicht : 5 pnt) controle met routeplanner vanaf bedrijfssite -of andere locatie indien gemeld- naar Nieuwpoort, Diksmuide of Fintele als dichtste punten.	10

In dit middel is het tweede onderdeel in het geding, waarbij uit de beschrijving blijkt dat wordt nagegaan of de kandidaten een fiscaal attest, een verklaring op eer, een blanco strafregister, een getuigschrift niet-faillissement en een attest RSZ hebben bezorgd; dit wordt gequoteerd op vijf punten. Hieruit kan worden afgeleid dat per item de deelnemers één punt krijgen, wat ook uit de beoordeling van de andere kandidaten lijkt te kunnen worden afgeleid. De verzoekende partij behaalt voor dit onderdeel 4/5, op grond van de volgende motivering:

“Fiscaal-attest – 26/11/2020

Verklaring op eer - ok

Blanco strafregister – 14/10/2020

Getuigschrift niet-faillissement – 3/06/2016 bij vonnis werd een reorganisatieplan op 17/06/2013 gehomologeerd

Attest RSZ – 1e kwartaal 2020”.

De verwerende partij bevestigt in haar nota dat de verzoekende partij één punt werd afgetrokken wegens de vermelding op het getuigschrift van een in 2013 gehomologeerd reorganisatieplan.

In haar kandidaatstelling heeft de verzoekende partij een getuigschrift van niet-faillissement opgenomen, waarin melding wordt gemaakt van het feit dat bij vonnis van 17 oktober 2012 van de Rechtbank van koophandel

te Gent, afdeling Brugge, de procedure van gerechtelijke reorganisatie werd geopend. Het reorganisatieplan werd bij vonnis van 17 juni 2013 gehomologeerd. De verzoekende partij meldt dat het reorganisatieplan afliep in 2017.

7. Artikel 69, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten luidt:

“Tenzij in het geval waarbij de kandidaat of inschrijver, overeenkomstig artikel 70, aantoonde toereikende maatregelen te hebben genomen om zijn betrouwbaarheid aan te tonen, kan de aanbestedende overheid, in elk stadium van de plaatsingsprocedure, een kandidaat of inschrijver van deelname aan deze procedure uitsluiten, in de volgende gevallen :

[...]

2° wanneer de kandidaat of inschrijver in staat van faillissement of van vereffening verkeert, zijn werkzaamheden heeft gestaakt, een gerechtelijke reorganisatie ondergaat, of aangifte heeft gedaan van zijn faillissement, voor hem een procedure van vereffening of gerechtelijke reorganisatie aanhangig is, of hij in een vergelijkbare toestand verkeert ingevolge een soortgelijke procedure die bestaat in andere nationale reglementeringen;

[...]”.

8. De verzoekende partij wordt weliswaar niet uitgesloten op grond van het voormelde artikel 69, eerste lid, 2°, van de wet overheidsopdrachten, maar er wordt haar wel een punt afgetrokken voor een in 2013 gehomologeerd reorganisatieplan, dat inmiddels blijkt met goed gevolg is afgelopen.

De verwerende partij poneert zonder meer in haar nota dat zij met deze *toenmalige* gerechtelijke status rekening mocht houden. Op het eerste gezicht maakt zij echter onvoldoende duidelijk waarom zij deze facultatieve uitsluitingsgrond hanteert als een inhoudelijk kwalificatiemotief ter beoordeling van de vakbekwaamheid van de kandidaat. Bovendien lijkt de verzoekende partij te mogen worden bijgevalen in haar kritiek dat niet valt in te zien waarom het bij vonnis van 17 juni 2013 gehomologeerde reorganisatieplan afbreuk doet aan het “criterium” van een “getuigschrift niet-faillissement” en haar actuele financiële en economische draagkracht, nu uit haar getuigschrift blijkt dat zij niet failliet is noch dat zij thans een reorganisatie ondergaat. De Raad van State ziet op het eerste gezicht niet onmiddellijk in waarom het vermelden van een “*toenmalige* gerechtelijke status” op het getuigschrift gelijkstaat aan het ontbreken van een

getuigschrift, waarvoor de verwerende partij bij andere kandidaten, ook een punt aftrok.

Aldus staat op het eerste gezicht niet langer vast dat de verzoekende partij niet kon worden geselecteerd, immers met 1 punt meer, zou zij eveneens 40/50 scoren, net zoals de vijfde geselecteerde kandidaat.

9. Het middel is ernstig.

VI. Besluit

10. Eén van de middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden ingewilligd.

BESLISSING

De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van het polderbestuur Westkustpolder van 16 december 2020 waarbij de kandidatuur voor deelname van de bv Haezebrouck niet werd geselecteerd voor de overheidsopdrachten “Maai- en ruimingswerken partij 1 [dienstjaar 2021] aan onbevaarbare waterlopen 2e categorie, publieke grachten en weggrachten in de gemeente Alveringem (deel) / De Panne (deel) / Lo-Reninge (deel) / Veurne (deel)”, “Maai- en ruimingswerken partij 2 [dienstjaar 2021] aan onbevaarbare waterlopen 2e categorie, publieke grachten en weggrachten in de gemeente De Panne (deel) / Diksmuide (deel) / Nieuwpoort (deel) / Veurne (deel)” en “Maai- en ruimingswerken partij 3 [dienstjaar 2021] aan onbevaarbare waterlopen 2e categorie, publieke grachten en weggrachten in de gemeente Alveringem (deel) / De Panne (deel) / Lo-Reninge (deel) / Veurne (deel)”.

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

Johan Bovin,
bijgestaan door

Silja Doms,

De griffier

Silja Doms

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De voorzitter

Johan Bovin