

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 257.294 van 13 september 2023
in de zaak A. 239.852/XII-9404**

In zake: de BV INSPIRED BY GLASS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Marc Verdoodt
kantoor houdend te 9240 Zele
Dr. Armand Rubbensstraat 60
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD GENT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Wim Rasschaert
kantoor houdend te 9620 Zottegem
Gentse Steenweg 323
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV QUALIGLAS VAN DE VELDE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Sven Boullart en Mr. Jelle Snauwaert
kantoor houdend te 9000 Gent
Voskenslaan 419
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 18 augustus 2023, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van Stad Gent van 3 augustus 2023 om de ‘Raamovereenkomst voor het vervangen van gebroken glas en aanverwante werken - SLS/2023/013-ID5419’ te gunnen aan Qualiglass Van De Velde nv voor een looptijd van 48 maand en bijgevolg niet aan verzoekende partij te gunnen”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 29 augustus 2023 heeft de nv Qualiglas Van De Velde gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 5 september 2023.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Marc Verdoodt en Jutta De Mey, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaat Manik Peferoen, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Jelle Snauwaert, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederick Ongena 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 voor werken uit met als voorwerp ‘Raamovereenkomst voor het vervangen van gebroken glas en aanverwante werken’. Zij treedt op als aankoopcentrale ten behoeve van “aanbestedende overheden, overheidsbedrijven of aanbestedende entiteiten” op het grondgebied van de stad Gent.

Het betreft een raamovereenkomst die wordt gegund aan en gesloten met één dienstverlener voor een looptijd van 48 maanden.

De opdracht wordt nationaal bekendgemaakt.

Er wordt gekozen voor de openbare procedure, met de prijs als enig gunningscriterium.

3.2. In het bestek dat op de opdracht van toepassing is, wordt met betrekking tot de selectie van de inschrijvers onder meer bepaald:

“I.6.2 Selectiecriteria

[...]

De bekwaamheid, vakkundigheid, ervaring en betrouwbaarheid dient aangetoond met minimaal 1 referentie van een langlopende opdracht/(raam)overeenkomst van de laatste 48 maanden met een totale omzet van minimaal 50.000,00 euro incl. btw. Hiervoor dient bijlage C ingevuld en toegevoegd te worden.”

Voorts is de volgende technische bepaling van het bestek relevant:

“III.1 Omschrijving van het begrip ‘vervangen van glas’ + prijsvaststelling

Het vervangen van glas, uit te voeren volgens de bepalingen van het bestek, wordt voorzien in al de gebouwen van stad en OCMW Gent (en in de gebouwen van andere entiteiten die afnemen van deze raamovereenkomst) en dit op om het even welke plaats of hoogte.

De deelopdrachten op afroep betreffen het uitvoeren van herstellingswerken en beperkte renovatiewerken. Het betreft werken van beperkte omvang. De aanbestedende overheid vestigt er uitdrukkelijk de aandacht op dat de kleine werken een aanzienlijk aandeel van deze overeenkomst uitmaken.”

3.3. Drie ondernemingen dienen een offerte in, waaronder de verzoekende partij en de verzoekende partij tot tussenkomst.

Blijkens een “Intern verslag onderzoek offertes”, niet-vertrouwelijk stuk dat de verwerende partij in deze procedure bijvoegt, heeft de verwerende partij bij elke inschrijver een controle uitgevoerd wat de “uitsluitingsgronden”, “selectiecriteria” en “regelmatigheid” betreft.

Op 3 juli 2023 wordt een gunningsverslag opgesteld door de dienst Aankoop en Logistiek van de stad Gent.

Onder punt 4. ‘Kwalitatieve selectie van de inschrijvers’ wordt gesteld:

“4.1. Inlichtingen en documenten inzake de kwalitatieve selectie

De inschrijvers werden verzocht de hiernavolgende inlichtingen en/of documenten in te dienen;

Inzake de financiële en economische draagkracht;

- A. Het bewijs van een verzekering tegen beroepsrisico’s. Minimumvereiste: Een geldig bewijs van een verzekering tegen beroepsrisico’s.

Inzake de technische bekwaamheid of beroepsbekwaamheid;

- B. Bekwaamheid, vakkundigheid, ervaring en betrouwbaarheid met het vervangen van gebroken glas en andere aanverwante werken in de afgelopen 48 maanden voor de datum van de opening van de offertes. Minimumvereiste: De bekwaamheid, vakkundigheid, ervaring en betrouwbaarheid dient aangetoond met minimaal 1 referentie van een langlopende opdracht/(raam)overeenkomst van de laatste 48 maanden met een totale omzet van minimaal 50.000,00 euro incl. btw. Hiervoor dient bijlage C ingevuld en toegevoegd te worden.

Indien de inschrijver een beroep doet op de capaciteiten van andere entiteiten om aan te tonen dat hij beantwoordt aan de selectievereisten.

- C. Een schriftelijke verklaring vanwege deze entiteiten, waarin zij zich ertoe verbinden om de inschrijver voor de uitvoering van de opdracht de noodzakelijke middelen ter beschikking te stellen.

4.2 Analyse

nr.	inschrijver	A	B	C
1	Inspired by Glass bv	OK	OK	n.v.t.
2	Qualiglas Van De Velde nv	OK	OK	n.v.t.
3	[X]	OK	OK	n.v.t.

4.3 Besluit over de kwalitatieve selectie van de inschrijvers

Alle firma’s worden weerhouden en meegenomen voor verdere evaluatie.”

In het gunningsverslag wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de nv Qualiglas Van De Velde.

3.4. De verwerende partij keurt op 27 juli 2023 het gunningsverslag goed en beslist om de opdracht te gunnen aan de nv Qualiglas Van De Velde “tegen

de prijzen van de goedgekeurde offerte”, waarbij de “[a]nvang van de opdracht is voorzien op 1 september 2023”.

3.5. Met een e-mailbericht van 3 augustus 2023 en een aangetekende brief ondertekend op 1 en 2 augustus 2023 stelt de verwerende partij de verzoekende partij in kennis van de bestreden beslissing.

IV. Tussenkost

4. De nv Qualiglas Van De Velde blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg wordt haar verzoek tot tussenkost ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

5. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om uitspraak te doen over de door de verwerende partij en de tussenkomende partij opgeworpen ontvankelijkheidsexceptie. Een onderzoek van en een uitspraak over die exceptie 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. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

6. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, gelezen in samenhang met de artikelen 15 en 31 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 concessies’, moet enkel worden onderzocht of in de voorliggende vordering tot schorsing die is ingesteld volgens de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid wordt aangevoerd.

VII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

7. De verzoekende partij voert in een eerste middel de “schending van het eigen bestek” en van het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* aan.

Zij licht toe dat uit de omschrijving in het bestek van het selectie criterium inzake de technische en beroepsbekwaamheid van de inschrijver blijkt dat de verwerende partij wil weten “wanneer de overeenkomst een aanvang nam en wanneer een einde”. Zij stelt dat zij weet dat de tussenkomen de partij (enkel) kleinere werken uitvoert, zodat zij verbaasd was dat deze geselecteerd werd voor de opdracht. Nadat zij de verwerende partij hierover had bevraagd, bleek dat deze daarop geen antwoord kon geven en de referentie van de Universiteit Gent, opgegeven door de tussenkomen de partij, nog moest controleren. Uit het e-mailverkeer van 4 augustus 2023 van de verwerende partij met de Universiteit Gent blijkt dat de tussenkomen de partij geen langlopende opdracht, noch een (raam)overeenkomst van de laatste 48 maand met een minimale omzet van 50.000 euro inclusief btw heeft of ooit had lopen voor de Universiteit Gent. De verzoekende partij besluit dat de tussenkomen de partij bijgevolg geen referentie conform het selectie criterium inzake de technische en beroepsbekwaamheid van de inschrijver heeft opgegeven, zodat zij niet aan het vooropgesteld selectie criterium voldoet. Door te stellen dat de tussenkomen de partij wel voldoet aan het selectie criterium heeft de verwerende partij haar eigen bestek niet nageleefd.

Beoordeling

8. Overeenkomstig artikel 66, § 1, eerste lid, 2°, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), mag de opdracht enkel worden gegund nadat de aanbestedende overheid erop heeft toegezien dat de offerte afkomstig is van een inschrijver die voldoet aan de door haar vastgestelde selectiecriteria.

Overeenkomstig artikel 71 van de wet overheidsopdrachten 2016 dient de aanbestedende overheid deze voorwaarden te beperken tot die welke kunnen garanderen dat een kandidaat of inschrijver over de technische bekwaamheden en beroepsbekwaamheden beschikt om de te gunnen opdracht uit te voeren, en houden alle voorwaarden verband met en staan ze in verhouding tot het voorwerp van de opdracht.

Het komt in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid toe om de geschiktheid van een inschrijver, om de opdracht zoals omschreven in het bestek te volbrengen, te beoordelen. Daarbij dient zij de regels die zij zelf heeft vastgesteld in de opdrachtdocumenten te respecteren. 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.

9. De verzoekende partij voert in het eerste middel in essentie aan dat de referentie van de Universiteit Gent, opgegeven door de tussenkommende partij in bijlage C van haar offerte, niet zou voldoen aan de selectievereiste zoals omschreven in het bestek.

In bijlage C heeft de tussenkommende partij, naast twee andere referenties, de referentie “Universiteit Gent” ingevuld, met als datum “start van de op overeenkomst” “[s]inds 1969” en als datum “einde van de overeenkomst” “nog lopend”, met een omzet van de laatste 48 maanden die hoger is dan minimaal 50.000 euro inclusief btw.

Uit het e-mailbericht van de Universiteit Gent aan de verwerende partij van 4 augustus 2023 blijkt dat de Universiteit Gent “ongeveer een 30-tal jaren samen[werkt] met Qualiglass, maar steeds met losse opdrachten, voornamelijk de studenten homes”.

10. Anders dan de verzoekende partij het ziet, lijkt de verwerende partij door het aanvaarden van deze referentie op het eerste gezicht haar eigen bestek niet te hebben miskend. Een jarenlange samenwerking met een overheid die bestaat uit afzonderlijke opdrachten lijkt op het eerste gezicht te vallen onder het begrip “langlopende opdracht/(raam)overeenkomst”, waarbij een “langlopende

opdracht” verwijst naar opdrachten tot het vervangen van gebroken glas over een langere periode. De omstandigheid dat in bijlage C voorgedrukt staat “start van de overeenkomst” en “einde van de overeenkomst” doet op het eerste gezicht niet besluiten dat enkel een (raam)overeenkomst als referentie zou kunnen worden opgegeven.

Het selectie criterium lijkt aldus te peilen naar de bekwaamheid van de inschrijver om over een langere periode een voldoende volume aan kleine werken uit te voeren. De verwerende partij en de tussenkomen de partij maken daarbij op het eerste gezicht aannemelijk dat deze interpretatie ook logisch is in het licht van het voorwerp en de finaliteit van de raamovereenkomst, namelijk het uitvoeren van werken van beperkte omvang voor de (talrijke) potentiële afnemers voor de duur van de raamovereenkomst.

Op het eerste gezicht maakt de verzoekende partij bijgevolg niet aannemelijk dat de verwerende partij, door te besluiten dat de door de gekozen inschrijver voorgelegde referenties, in het bijzonder die van de Universiteit Gent, voldoen aan de selectievereiste zoals opgenomen in punt I.6.2 van het bestek, haar eigen bestek heeft geschonden.

11. Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

12. De verzoekende partij voert in een tweede middel de schending aan van het zorgvuldigheidsbeginsel.

Zij licht toe dat de verwerende partij zich onzorgvuldig heeft gedragen omdat zij de opgegeven referenties, nodig om te bepalen of de inschrijvers voldoen aan het specifiek vooropgestelde selectie criterium inzake de technische en beroepsbekwaamheid, niet heeft gecontroleerd, en omdat zij haar eigen vooropgestelde selectie criterium met de voeten treedt.

Volgens de verzoekende partij blijkt uit de verwoording van de vraag van de verwerende partij aan de Universiteit Gent in het e-mailbericht van 4 augustus 2023 – “Is dit in het kader van een raamovereenkomst? Of zijn dit losse opdrachten en stellen jullie ook soms andere firma’s aan?” – dat de verwerende partij zelf losse opdrachten niet gelijkstelt met een langlopende (raam)overeenkomst. Zij is niet zorgvuldig opgetreden door de opgegeven referenties niet te controleren. Ook de referenties van de verzoekende partij werden niet gecontacteerd vóór de gunningsbeslissing.

Beoordeling

13. In zoverre de verzoekende partij stelt dat de verwerende partij onzorgvuldig is opgetreden “door de referenties niet te controleren”, lijkt zij in dit middel de verwerende partij te verwijten dat zij pas na de gunningsbeslissing een nader onderzoek zou hebben verricht naar de aard van de opdracht of overeenkomst uitgevoerd door de tussenkomenende partij voor de Universiteit Gent.

Met de verwerende partij en de tussenkomenende partij wordt vastgesteld dat de verzoekende partij geen belang heeft bij het middel. Het antwoord van de betrokken contactpersoon lijkt immers louter te bevestigen dat de opgegeven referentie voldoet aan het betrokken selectie criterium inzake de technische en beroepsbekwaamheid. Dat de verwerende partij deze referentie mocht aanvaarden zonder haar eigen bestek te miskennen, werd beoordeeld in het eerste middel. De verwoording van de vraag van de verwerende partij aan de Universiteit Gent in het e-mailbericht van 4 augustus 2023, die werd gesteld op aangeven van de verzoekende partij, lijkt daaraan op het eerste gezicht geen afbreuk te doen.

14. In zoverre de verzoekende partij stelt dat de opgegeven referenties, ook deze door haar opgegeven, niet voorafgaand aan de bestreden beslissing werden “gecontacteerd”, lijkt het middel evenmin te kunnen worden aangenomen.

Gelet op de bewoordingen in het bestek lijkt de onderzoeksplicht van de aanbestedende overheid in het kader van het betrokken selectie criterium

zich te dezen op het eerste gezicht te beperken tot het nagaan of er bij de indiening van de offerte een bijlage C met opgave van minimaal één referentie is gevoegd. Er wordt weliswaar aan de inschrijver gevraagd om bij elke referentie een contactpersoon op te geven, maar in het geval er geen aanwijzingen zijn om te twifelen aan de relevantie van de voorgelegde referenties, lijkt die bepaling de verwerende partij niet te verplichten om deze persoon ook daadwerkelijk te contacteren.

15. Het tweede middel is niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

16. In een derde middel voert de verzoekende partij de schending aan van de materiële motiveringsplicht (eerste onderdeel) en de formele motiveringsplicht (tweede onderdeel).

In het eerste onderdeel herhaalt de verzoekende partij dat de gekozen inschrijver geen referentie heeft voorgelegd die aan de strenge vereisten van het bestek voldoet. De verwerende partij motiveert niet waarom zij een offerte in aanmerking heeft genomen die *a priori* niet in aanmerking kwam.

In het tweede onderdeel stelt de verzoekende partij dat, ook al is er effectief een onderzoek gevoerd en ligt er geen schending voor van de materiële motiveringsplicht, een eenvoudige “OK” niet volstaat als motivering als zich een probleem voordoet, namelijk te dezen dat de tussenkomen partij een referentie heeft opgegeven die niet voldoet aan het selectie criterium.

Beoordeling

17. In zoverre de verzoekende partij in het eerste onderdeel van het middel ervan uitgaat dat de offerte van de tussenkomen partij niet in aanmerking mocht worden genomen, kan worden volstaan met een verwijzing naar de beoordeling van het eerste en het tweede middel.

18. Er lijkt op het eerste gezicht niet van de aanbestedende overheid te worden vereist dat zij, wanneer er volgens haar geen selectieproblemen rijzen, voor elk mogelijk element inzake selectie in detail de positieve redenen te kennen zou geven waarom de betrokken kandidaat niet moet worden geweerd.

De formele neerslag in het gunningsverslag van het nazicht van de selectiecriteria, wanneer er, zoals te dezen, volgens de aanbestedende overheid geen probleem rijst, lijkt wel degelijk beperkt te mogen worden tot een bondige opsomming in tabelvorm met de vermelding “OK”.

VIII. Besluit

19. Geen van de middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt dan ook verworpen.

IX. Kosten

20. Het door de verzoekende partij ingediende verzoekschrift strekt tot de schorsing en de nietigverklaring van de bestreden beslissing. Het is dan ook passend, gelet op het nog noodzakelijke procedureverloop, de kosten in beraad te houden.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Qualiglas Van De Velde tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verworpt de vordering.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op dertien september tweeduizend drieëntwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Patricia De Somere,
bijgestaan door

Greta Scheveneels,

De griffier

Greta Scheveneels

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De voorzitter

Patricia De Somere