

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 69.919 van 2 december 1997
in de zaak A. 74.875/XII-59.**

In zake : 1. de n.v. G.T.I. TECHNICAL INSTALLATIONS,
2. de n.v. CLOSE,
3. de n.v. BORZEE,
4. de n.v. TYTGAT,
5. de n.v. GROFFY,
6. de n.v. C.T.T.,
7. de n.v. CLOSE LUXEMBOURG,
die woonplaats kiezen bij
Advocaat B. ASSCHERICKX,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Ninoofsesteenweg 643

tegen :

1. de n.v. BERLAYMONT 2000,
die woonplaats kiest bij
Advocaten V. HORMANS, X. LEURQUIN en
L. VAN HOUT,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Sint-Bernardusstraat 98,
2. de Regie der Gebouwen.

D E R A A D V A N S T A T E, XIIe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat de n.v. G.T.I. TECHNICAL INSTALLATIONS, de n.v. CLOSE, de n.v. BORZEE, de n.v. TYTGAT, de n.v. GROFFY, de n.v. C.T.T. en de n.v. CLOSE LUXEMBOURG op 4 juli 1997 hebben ingediend om de schorsing te vorderen van de tenuitvoerlegging van "de beslissing genomen op 23 april 1997 en hen ter kennis gebracht bij brief van 13 mei 1997 uitgaande van de n.v. BERLAYMONT 2000, ..., waarbij hun kandidatuur niet werd weerhouden voor de beperkte offerteaanvraag met als voorwerp de installatiewerken H.V.A.C. uit te voeren in het gebouw BERLAYMONT, gelegen te 1040 Brussel, Wetstraat 200";

Gelet op de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, inzonderheid op de artikelen 17 en 18;

Gezien de nota van de eerste verwerende partij;

Gezien het verslag opgemaakt door Auditeur J. STEVENS;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen;

Gelet op de beschikking van 22 september 1997 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 28 oktober 1997;

Gehoord het verslag van Kamervoorzitter J. BORRET;

Gehoord de opmerkingen van Advocaten A. DELVAUX en I. COOREMAN die, loco Advocaat B. ASSCHERICKX verschijnen voor de verzoekende partijen, van Advocaat L. VAN HOUT, die verschijnt voor de eerste verwerende partij en van Adjunct-adviseur E. BALLAERT, die verschijnt voor de tweede verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van Auditeur J. STEVENS;

Gelet op titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

Gelet op het bij artikel 90, § 3, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State vereiste advies van de Auditeur-generaal;

1. Overwegende dat de Regie der Gebouwen terecht meent dat alleen de n.v. BERLAYMONT 2000 als verwerende partij beschouwd dient te worden, daar de bestreden beslissing door haar is genomen zonder enige tussenkomst vanwege haar, Regie der Gebouwen; dat de Regie der Gebouwen dus buiten de zaak moet worden gesteld;

2. Overwegende dat de gegevens van de zaak kunnen worden samengevat als volgt :

2.1. De n.v. BERLAYMONT 2000 kondigt op 28 februari 1997 een opdracht aan voor een beperkte offerteaanvraag met als voorwerp de aanneming van verwarming, verluchting en klimaatregeling (H.V.A.C.).

2.2. In het proces-verbaal van opening der aanvragen tot deelneming worden zes aanvragers vermeld, onder wie "G.T.I. Technical Installation, n.v. CLOSE, n.v. T.V.".

2.3. Het verslag tot kwalitatieve selectie van de aannemers heeft het over "T.V. G.T.I. Technical Installation/S.A. CLOSE". Over die tijdelijke vereniging leest men in het verslag onder meer :

"-G.T.I. :
*Gemiddelde omzet over de laatste drie jaren :
1.041.407.000 fr. ...
- S.A. CLOSE :
* gemiddelde omzet drie laatste jaren :
438.755.000 fr.
...".

Verderop in het verslag leest men :

"De H.V.A.C.-werken werden geraamd op $\pm$ 1.200.000.000 fr. (uit te voeren in 20 maanden). Een gemiddelde omzet over de laatste drie jaren van minimaal 2,5 maal t.o.v. deze raming is noodzakelijk om de normale werking van de aanneming te verzekeren, rekening houdend met werken in uitvoering en werken in portefeuille.

De gemiddelde omzet over de laatste drie jaren van de aanvrager tot deelneming moet dus minstens op jaarbasis :

$$2,5 \times \frac{1.200.000.000 \times 12}{20} = 1.800.000.000 \text{ fr. bedragen}$$

opdat het document in orde zou zijn.

Uit het onderzoek blijkt dat de T.V. G.T.I./S.A. CLOSE niet aan deze eis voldoet en derhalve niet wordt weerhouden".

2.4. Op 23 april 1997 keurt de raad van bestuur het hem voorgelegde ontwerp van gemotiveerde beslissing goed.

Blijkens de gemotiveerde beslissing wordt de "T.V. G.T.I. Technical Installation/CLOSE" niet geselecteerd om de reden vermeld in bovenvermeld verslag. Die reden wordt in de beslissing hernomen.

3. Overwegende dat met een 26 maart 1997 gedateerde brief de GTI Technical Installations n.v. en s.a. CLOSE, "samen verenigd in een tijdelijke vereniging zoals bepaald in bijlage", zich kandidaat hebben gesteld voor de omstreden opdracht; dat als bijlage een 27 maart 1997 gedateerde "convention d'association momentanée" is gevoegd, aangegaan "entre G.T.I. Technical Installations N.V. et S.A. Close" en waar onder meer is bepaald :

"Les deux sociétés conviennent de former entre elles une association momentanée pour les travaux de H.V.A.C. ...

...

La S.A. Close représente les sociétés

- Borzée N.V.
- Tytgat S.A.
- Groffy S.A.
- C.T.T. S.A.
- Close Luxembourg S.A.

Au sens du présent contrat, par Close il faut entendre les sociétés ci-dessus citées dont la famille Close est actionnaire.

La S.A. G.T.I. représente les sociétés qui appartiennent à son groupe.";

Overwegende dat de vordering tot schorsing is ingediend door de zeven voornoemde verzoekende partijen, zijnde de n.v. G.T.I. Technical Installations, de n.v. CLOSE en de vijf vennootschappen waarvan in de bovenvermelde kandidaatsbrief de n.v. CLOSE vermeldt dat zij hen vertegenwoordigt; dat in de vordering tot schorsing de zeven verzoekende partijen verklaren te handelen "zowel in eigen naam als in hun hoedanigheid van leden van een tijdelijke vereniging";

3.1. Overwegende dat de verwerende partij opwerpt dat de vordering niet ontvankelijk is in zoverre zij uitgaat van de derde, vierde, vijfde, zesde en zevende verzoekende partij, zowel wat hun optreden in eigen naam als in hun voorgehouden hoedanigheid van lid van de tijdelijke vereniging betreft; dat zij betoogt dat uit de brief houdende aanvraag tot deelneming van 26 maart 1997 en uit de overeenkomst van de tijdelijke vereniging van 27 maart 1997 blijkt dat slechts twee vennootschappen van de tijdelijke vereniging deel uitmaken, te weten de eerste twee verzoekende partijen;

3.2. Overwegende dat de exceptie gegrond is; dat de overeenkomst waarbij de tijdelijke vereniging die de aanvraag tot deelneming heeft ingediend wordt gevormd, alleen ondertekend is voor ("pour") de eerste twee verzoekende partijen; dat de tweede verzoekende partij niet bewijst dat zij rechtsgeldig de vijf andere verzoekende partijen vermocht te vertegenwoordigen; dat het enkele feit dat de familie CLOSE aandeelhouder is in die vijf vennootschappen niet als bewijs daarvan kan gelden;

Overwegende dat de vordering alleen vanwege de eerste twee verzoekende partijen ontvankelijk is;

4. Overwegende dat als eerste annulatiemiddel de verzoekende partijen schending van de formele motiveringsplicht aanvoeren; dat zij betogen dat de motieven van de bestreden beslissing niet opgenomen zijn in de akte zelf houdende die beslissing;

4.1. Overwegende dat het middel in feite faalt; dat onder 2.4. is vastgesteld dat in de bestreden beslissing zelf de motieven die er ter grondslag aan liggen, zijn verwoord;

5.1. Overwegende dat in hun tweede annulatiemiddel de verzoekende partijen eerst aanvoeren dat het motief van de bestreden beslissing "in rechte" niet deugt; dat zij betogen dat het gemiddeld zakencijfer over de laatste drie jaar niet als selectie criterium vermeld was in de aankondiging van de opdracht; dat zij stellen dat alzo de verwerende partij bij het onderzoek van de kandidaturen een criterium heeft toegevoegd en aldus de mededinging tussen de kandidaten heeft vervalst; dat zij die vervalsing hierin blijken te zien dat, indien het door hen gewraakte criterium in de aankondiging was vermeld, zij zich hadden kunnen organiseren en eventueel andere partners hadden kunnen zoeken teneinde aan het criterium te voldoen;

5.1.1. Overwegende dat voor de aankondiging de verwerende partij zich gericht blijkt te hebben naar de bepalingen van het koninklijk besluit van 1 augustus 1990 betreffende de mededinging inzake bepaalde overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken in het raam van de Europese Gemeenschappen en naar de bepalingen van het ministerieel besluit van 3 augustus 1990 dat de modellen van aankondiging vaststelt voor de toepassing van het genoemde koninklijk besluit; dat in het model "voor de aankondiging van de beperkte aanbesteding en de beperkte offerteaanvraag" punt 10 wordt omschreven als volgt : "Inlichtingen betreffende de

eigen toestand van de aannemer evenals de economische en technische minimeisen waaraan deze moet voldoen"; dat dit punt 10 teruggaat op artikel 8, § 2, 5°, van bovenvermeld koninklijk besluit van 1 augustus 1990; dat daar is bepaald "Voor de beperkte aanbesteding en de beperkte offerteaanvraag bevat de aankondiging inzonderheid volgende gegevens : ... 5° de inlichtingen die op de deelnemingsaanvraag dienen voor te komen in de vorm van achteraf controleerbare verklaringen betreffende de eigen toestand van de aannemer, alsmede de inlichtingen en formaliteiten die noodzakelijk zijn voor de beoordeling van de economische en technische minimeisen aan de aannemers gesteld met het oog op hun selectie, in het bijzonder de vereiste erkenning. Deze inlichtingen mogen geen andere zijn dan deze vermeld in de hierna volgende artikelen 12 en 13"; dat artikel 12 waar naar verwezen wordt, luidt als volgt : "Onverminderd de bepalingen betreffende de erkenning van de aannemers, kan het financieel en economisch vermogen waarvan sprake in artikel 8, ... § 2, 5° ... aangetoond worden door één of meer van de volgende referenties : ... 3° door een verklaring betreffende de totale omzet en de omzet in werken van de onderneming over de laatste drie boekjaren ...";

Overwegende dat in het aan voormeld punt 10 corresponderende punt 10 van de aankondiging een bepaalde erkenning wordt geëist, het bewijs dat de aannemer zich niet in een geval van uitsluiting (faillissement, beroepsfouten, niet betalen van de sociale verzekeringsbijdragen, niet betalen van belastingen ...) bevindt, het bewijs dat hij ingeschreven is in het beroepsregister; dat daar voorts stukken worden opgevraagd tot "bewijs van de financiële en economische draagkracht van de aannemer" en tot "bewijs van de technische bekwaamheid van de aannemer"; dat zo voor het eerstvermelde bewijs de aannemer een verklaring moet voorleggen

"betreffende de totale omzet en de omzet aan werken van de onderneming over de laatste drie boekjaren";

Overwegende dat in de huidige stand van het geding de verwerende partij niet zonder grond lijkt te kunnen stellen dat zij in de aankondiging de minimale vereisten voor onderzoek van de kandidaturen heeft vastgesteld, dat de verzoekende partijen die minimale vereisten vervulden en hun kandidatuur dus werd onderzocht, dat zij, verwerende partij, de selectie tussen hen die de minimale vereisten vervulden vermocht te doen op basis van een objectief criterium als het door de verzoekende partijen gewraakte; dat de verzoekende partijen niet lijken te kunnen voorwenden verrast te zijn geweest doordat het bewuste criterium werd aangewend; dat zij immers moesten inzien dat wanneer in de aankondiging werd gevraagd om het voorleggen van een verklaring betreffende de omzet over de laatste drie jaren, de kans erin zat dat het opgegeven cijfer mee bepalend zou zijn voor de selectie;

5.2. Overwegende dat in hun tweede annulatiemiddel de verzoekende partijen ten tweede aanvoeren dat "in feite" niet tegen hen een te laag gemiddeld zaken-cijfer gedurende de laatste drie jaren ingebracht mocht worden;

5.2.1. Overwegende dat hun eerste argument is dat zij wel het gevorderde gemiddelde van 1.800.000.000 fr. bereiken; dat dit argument alleen al hierom niet deugt omdat het gebaseerd is op het zakencijfer van de zeven verzoekende partijen samen, terwijl zoals onder 3.2. is gezien, alleen de eerste twee verzoekende partijen in aanmerking genomen mogen worden;

Overwegende dat hun tweede argument is dat het zakencijfer slechts een zeer beperkt element is om de financiële en economische draagkracht te beoordelen,

dat belangrijker zijn de eigen middelen, dat de economische draagkracht in feite de bekwaamheid omvat om de werken uit te voeren, wat afhangt van het tewerkgesteld personeel en het beschikbare materiaal; dat zoals gezien onder 5.1.1. de omzet gedurende de drie laatste boekjaren uitdrukkelijk is opgenomen in het koninklijk besluit van 1 augustus 1990 als een bewijs van het financieel en economisch vermogen; dat de Raad geen reden ziet om deze bepaling als kennelijk onredelijk af te doen;

Overwegende dat hun derde argument is dat het gehanteerde criterium gebaseerd is op de raming der werken "daar waar dit geraamde bedrag anders zou kunnen zijn dan de ingediende offertes"; dat de offertes die ingediend zullen worden inderdaad kunnen uitwijzen dat de raming niet ernstig was, maar dat de eenvoudige mogelijkheid daartoe niet volstaat om de raming onbruikbaar te achten, dat wel de verzoekende partijen hadden kunnen aantonen dat de raming niet ernstig was; dat zij dat niet eens hebben gepoogd;

5.3. Overwegende dat het tweede annulatiemiddel de vereiste ernst ontbeert;

6. Overwegende dat ter ondersteuning van hun derde annulatiemiddel de verzoekende partijen verwijzen naar een hele reeks bepalingen; dat in de uiteenzetting van het middel echter alleen nog sprake is van bepalingen betreffende de erkenning van aannemers; dat de verzoekende partijen het onverenigbaar met die bepalingen achten dat om de financiële en economische draagkracht van de kandidaten te beoordelen de verwerende partij alleen acht heeft geslagen op het gemiddelde zakencijfer voor werken gedurende de drie laatste jaren, en met name niet op "de eigen middelen en de solvabiliteitsratio" en op het bedrag aan werken waarvoor zij erkend zijn;

6.1. Overwegende dat artikel 12 van meervermeld koninklijk besluit van 1 augustus 1990 bepaalt : "Onverminderd de bepalingen betreffende erkenning van de aannemers, kan het financieel en economisch vermogen waarvan sprake in artikel 8 ... § 2, 5° ... aangetoond worden door één of meer van de volgende referenties : ... 3° door een verklaring betreffende de totale omzet en de omzet in werken van de onderneming over de laatste drie boekjaren; ..."; dat de verwerende partij dus in haar eisen verder mocht gaan dan de vereiste van erkenning; dat de verzoekende partijen niet aantonen dat de geciteerde bepaling onwettig is; dat overigens de verwerende partij terecht tegen het middel inbrengt dat een erkenning het potentieel zakencijfer aangeeft en dat met het gewraakte criterium het reëel omzetcijfer werd gekozen;

Overwegende dat het derde middel niet ernstig is,

B E S L U I T :

Artikel 1.

De Regie der Gebouwen wordt buiten de zaak gesteld.

Artikel 2.

De vordering tot schorsing wordt verworpen.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op twee december 1900 zevenennegentig, door de XIIe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	J. BORRET,	kamervoorzitter,
	A. VANDENDRIESSCHE,	staatsraad,
	J. BAERT,	staatsraad,

Mevr. A. TRUYENS, griffier.

De griffier,

De voorzitter,

A. TRUYENS.

J. BORRET.