

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 76.827 van 10 november 1998
in de zaak A. 78.939/XII-1442.**

In zake : de c.v.b.a. FORMANOVA,
die woonplaats kiest bij
Advocaat P. THEUWISSEN,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Schoonslaapsterstraat 29/1

tegen :

het Vlaamse Gewest, vertegenwoordigd door de
Vlaamse regering,
die woonplaats kiest bij
Advocaat J. VAN DE VIJVER,
kantoor houdende te ANTWERPEN,
Eglantierlaan 1.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de
c.v.b.a. FORMANOVA op 12 juni 1998 heeft ingediend om de
schorsing te vorderen van de tenuitvoerlegging van :

"de beslissing waarbij verzoekster niet geselecteerd werd op de lijst der gegadigden voor opdrachten van studie en leiding voor uitvoering van infrastructuurwerken en omgevingswerken voor sociale huisvestingsprojecten in de verschillende steden en gemeenten van het Vlaamse Gewest waarvoor verzoekster haar kandidaatsstelling had ingediend op basis van bestek nr. Infra-Omg. 98/01, beslissing welke aan verzoekster ter kennis werd gebracht bij brief van 16 april 1998, ontvangen op 17 april 1998";

dat verzoekster tevens de schorsing vraagt van "de beslissing van de minister waarbij de lijst van gegadigden werd opgesteld evenals van deze lijst zelf" en in bijkomende orde "van het bestek";

Gezien het gelijktijdig ingediende verzoekschrift, waarbij dezelfde verzoekende partij de vernietiging vordert van dezelfde beslissingen;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gezien het verslag opgemaakt door Auditeur
J. STEVENS;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan
partijen;

Gelet op de beschikking van 21 september
1998 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op
13 oktober 1998;

Gehoord het verslag van Kamervoorzitter
J. DE BRABANDERE;

Gehoord de opmerkingen van Advocaat
P. THEUWISSEN, die verschijnt voor de verzoekende
partij, en van Advocaat J. VAN DE VIJVER, die verschijnt
voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van Auditeur
J. STEVENS;

Gelet op de artikelen 17 en 18 en titel VI,
hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State,
gecoördineerd op 12 januari 1973;

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

1.1. Sedert de inwerkingtreding van de wet van
24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en
sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen
en diensten bestaat er voor de niet-openbare procedures
van aanbesteding een verplichting tot voorafgaande
algemene bekendmaking.

Principieel geschiedt die bekendmaking door
een aankondiging van de opdracht.

Wanneer de Europese mededingingregels niet van toepassing zijn kan die aankondiging van de opdracht, voor gelijkaardige opdrachten met een repetitief karakter, vervangen worden door een "aankondiging betreffende het opstellen door de aanbestedende overheid van een lijst van gegadigden". Voor diensten is dit geregeld door artikel 65, tweede lid van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken.

Wanneer voor die wijze van bekendmaking gekozen wordt, publiceert de aanbestedende overheid in het Bulletin der Aanbestedingen, en ten minste om de twaalf maanden, een periodieke aankondiging betreffende het opstellen van een lijst van gegadigden voor de gunning van de bedoelde opdrachten (zie wat diensten betreft : artikel 66, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996).

Volgens deze modaliteit zullen allen die op deze manier geselecteerd werden vervolgens worden uitgenodigd om een offerte in te dienen tijdens de periode van gunning van de opdrachten die werden uitgeschreven tijdens de geldigheidsperiode van de lijst en die prestaties betreffen waarvoor zij werden geselecteerd. Deze modaliteit belet de aanbestedende overheid die dergelijke lijsten van gegadigden heeft opgesteld geenszins een beroep te doen op een aankondiging per geïndividualiseerd opdracht.

1.2. Ter zake wordt, met het opstellen van een lijst, gekozen voor de zo-even beschreven wijze van bekendmaking. Er wordt een bestek Infra-Omg 98/01 opgesteld met het oog op "het opstellen van een lijst van gegadigden na een oproep tot kandidaatstelling door periodieke aankondiging".

In artikel 1.5.b. is inzake technische capaciteit onder 1.5. "Deelnemingsvoorwaarden - Selectiecriteria" bepaald :

"Deelname aan de opdracht is toegelaten aan alle ontwerpers en ontwerpteams die :

- ...

en

- een gegradueerde in de tuin- en landschapsarchitectuur of ...
in vast verband hebben".

1.3. Verzoekster dient een kandidatuur in.

Volgens 1.6 van het bestek "zal de uitnodiging voor het indienen van een offerte voor de eigenlijke opdrachten geschieden door de respectieve gemeente- of stadsbesturen op wiens grondgebied de sociale huisvestingsprojecten worden gerealiseerd".

En verder :

"het bestuur kiest uit de lijst der gegadigden de dienstverleners die hij uitnodigt, hij bepaalt de gunningscriteria en doet een voorstel van gunning aan de afdeling Gesubsidieerde Infrastructuur. Het contract wordt gesloten tussen de weerhouden dienstverlener en het Vlaamse Gewest".

1.4. Op 24 maart 1998 neemt directeur-generaal Terryn de gemotiveerde beslissing bevattende de lijst der kandidaten en de vaststelling van de kandidaatsstellingen die niet aan de deelnemingsvoorwaarden voldoen. De lijsten gelden voor twaalf maanden vanaf de datum van die beslissing.

De lijsten worden gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen van 3 april 1998.

1.5. Met brief van 16 april 1998 worden aan verzoekende partij de motieven voor het niet-opnemen op de voormelde lijst medegedeeld :

"Feyer Karen, landschapsarchitect, is tewerkgesteld als zelfstandige, wat in strijd is met de voorwaarden

die gesteld zijn in het bestek Infra-Omg. 98/01, § 1.5.b.

De relatie in vast dienstverband duidt erop dat de betreffende medewerker in loondienst is bij het kandidaat-studiebureau. Een medewerker op zelfstandige basis, als zelfstandige of tijdelijke samenwerkingsverband, voldoet niet aan deze bepalingen".

Op de kandidaatstelling werd voornoemde, landschapsarchitecte, bij de rubriek "aard van de dienstverstrekkingen" als "zelfstandige" vermeld;

2.1.1. Overwegende dat de verwerende partij opwerpt dat de vordering niet ontvankelijk is, omdat het bewijs niet voorligt dat de statutair bevoegde organen van verzoekster de beslissing hebben genomen om in rechte te treden;

2.1.2. Overwegende dat de verzoekster de afschriften heeft overgelegd van de beslissingen van haar raad van bestuur en van de algemene vergadering van de aandeelhouders, beide dato 29 mei 1998, om de schorsing en de vernietiging te vorderen van de weigering van de Vlaamse Gemeenschap om haar kandidatuur in aanmerking te nemen; dat de exceptie feitelijke grondslag mist;

2.2. Overwegende dat verzoekster enkel een belang zou kunnen hebben bij de nietigverklaring en de schorsing van de ministeriële beslissing waarbij de lijst van de gegadigden wordt vastgesteld, van de lijst zelf en van het bestek Infra-Omg 98/01, voor zover het gegrond bevinden van een middel gericht tegen de weigering haar op die lijst op te nemen, voor de verwerende partij niet de verplichting zou meebrengen haar op die lijst in te schrijven en het ernstig bevinden van dat middel er haar dus ook niet toe zou nopen aan dat aspect van de zaak een nieuw onderzoek te wijden;

3. Overwegende dat luidens artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State slechts

tot schorsing van de tenuitvoerlegging kan worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat ernstige middelen die de vernietiging van de aangevochten rechts-handeling kunnen verantwoorden worden aangevoerd en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging ervan een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen;

4.1. Overwegende dat verzoekster onder meer een eerste middel aanvoert, waarvan zij het eerste onderdeel als volgt formuleert :

"Schending van de reglementering betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, in het bijzonder van de bepalingen van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken (B.St. 26.01.1996) en in het bijzonder van zijn bepalingen van Titel III, Hoofdstuk II betreffende de regels in verband met de kwalitatieve selectie voor de overheidsopdrachten voor aanneming van diensten, ondermeer zijn artikelen 58, 71 en 74, evenals schending van de beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder van de wet van 29 juni 1991 betreffende de motiveringsplicht wegens het ontbreken van de vereiste feitelijke grondslag,

Doordat de weigering verzoekster op te nemen op de lijst van de gegadigden voor opdrachten van studie en leiding voor de uitvoering van infrastructuurwerken en omgevingswerken gesteund is op het motief dat mevrouw Karen FEYFER bij verzoekster tewerkgesteld is als zelfstandige wat volgens de aangevochten weigeringsbeslissing in strijd is met de voorwaarden die in het bestek Infra-Omg 98/01 gesteld zijn waar aldaar vereist wordt dat het ontwerpteam een gegradueerde in de tuin- en landschapsarchitectuur of landbouwkundig ingenieur in vaste loondienst heeft, bestekbepaling waaraan een medewerker op zelfstandige basis, als zelfstandige of tijdelijke samenwerkingsverband, niet voldoet,

a. Eerste onderdeel

Terwijl, zoals op de door verzoekster ingediende kandidaatstelling werd aangegeven, mevrouw Karen FEYFER, zijnde een gediplomeerde landschapsarchitecte, welke kwalificatie beantwoordt aan de in het bestek opgegeven kwalificatie 'gegradueerde in de tuin- en landschapsarchitectuur' onder zelfstandige statuut verbonden is met verzoekster en dit het geval is op basis van een vaste samenwerkingsovereenkomst,

en terwijl in het bestek nergens vermeld wordt dat genoemde technicus in vast 'dienstverband' met het ontwerpteam moet verbonden zijn en de in het bestek Infra-Omg 98/01 opgegeven deelnemings-voorwaarden en selectiecriteria, en in het bijzonder de vereiste dat de ontwerpers of het ontwerpteam een gegradueerde in de tuin- en landschapsarchitectuur 'in vast verband' dienen te hebben, ook geenszins impliceert en noodzakelijk maakt dat de genoemde technicus in loondienst is bij de kandidaat, en een medewerker die op zelfstandige basis maar met een vaste samenwerkings-overeenkomst met de ontwerpers of het ontwerpteam verbonden is, zoals voor mevrouw Karen FEYFER het geval is, wel degelijk voldoet aan de in het bestek opgegeven voorwaarden en criteria.

Zodat de aangevochten beslissing om de kandidatuur van verzoekster te weigeren de rechtens vereiste feitelijke grondslag mist en niet deugdelijk en naar behoren van recht gemotiveerd is";

4.2. Overwegende dat de verwerende partij hier-
tegen inbrengt dat, nu onder de deelnemingsvoorwaarden tot opname op de lijst der gegadigden van het bestek Infra-Omg. 98/01 onder meer het vereiste voorkomt een gegradueerde in tuin- en landschapsarchitectuur of landbouwkundig ingenieur die in de geëigende branche gekwalificeerd is in vast verband te hebben, een op zelfstandige basis aan het studiebureau verbonden medewerker niet aan dat vereiste voldoet; dat volgens de verwerende partij "vast verband" een "vast dienstverband" impliceert, wat ontegensprekelijk voortvloeit uit de term "vast verband" en uit het feit dat de kandidaat-studiebureaus bij hun kandidaatstelling moeten vermelden of hun gespecialiseerde technici voltijds of gedeeltelijk dienstverstrekkingen verlenen bij het studiebureau;

4.3. Overwegende dat blijkens de kwestieuze bepaling van het bestek deelname is toegelaten voor alle ontwerpers en ontwerpteams die "een gegradueerde in tuin- en landschapsarchitectuur of landbouwkundig ingenieur die in de geëigende branche gekwalificeerd is die krachtens het besluit van de Vlaamse regering van

21 juni 1989 de ontwerpen van omgevingswerken mogen opstellen en ondertekenen, in vast verband hebben";

Overwegende dat volgens de kandidaatstelling van verzoekster, Karen Feyfer aan het studiebureau verbonden is als technicus, in dienst getreden in 1997; dat onder "aard van de dienstverstrekking" is ingevuld "zelfstandige"; dat de overeenkomst gesloten tussen Formanova en Karen Feyfer vermeldt dat zij als vaste medewerker is aangesteld voor de studies die door derden aan Formanova worden toevertrouwd;

Overwegende dat de bestekvoorwaarde "in vast verband hebben" niet zonder meer hetzelfde lijkt te betekenen als "in vast dienstverband", m.a.w. "in loondienst" hebben, zoals de verwerende partij betoogt, doch ruimer is; dat zulks louter taalkundig al blijkt doordat, om tot die opvatting te kunnen komen, de verwerende partij het woordonderdeel "dienst" moet toevoegen, waaraan doorgaans een specifieke betekenis wordt gehecht; dat, zelfs zo in dat verband er meer dan één interpretatie mogelijk zou zijn, de desbetreffende voorwaarde geïnterpreteerd moet worden conform artikel 71, tweede lid, 3°, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken; dat die bepaling als volgt luidt :

"De technische bekwaamheid van de dienstverlener kan aangetoond worden door één of meer van de volgende referenties, afhankelijk van de aard, de hoeveelheid en het gebruik van de te verlenen diensten :

3° door opgave van de al dan niet tot de onderneming van de dienstverlener behorende technici of technische diensten, in het bijzonder van die welke belast zijn met de kwaliteitscontrole";

Overwegende dat, aangezien volgens die bepaling de bedoelde technici zelfs niet tot de onderneming moeten behoren, bezwaarlijk kan worden geëist dat zij in loondienst ervan werken;

Overwegende dat verzoekster derhalve Karen Feyfer "in vast verband" blijkt te hebben zoals het bestek voorschrijft : zij kan steeds op de diensten van Karen Feyfer een beroep doen, ook als die diensten op zelfstandige basis worden verstrekt;

4.4. Overwegende dat het eerste onderdeel van het eerste middel ernstig is; dat het onnodig is het tweede onderdeel van dat middel, alsmede het tweede middel te behandelen; dat het ernstig bevinden van dat onderdeel ook meebrengt dat de vordering van verzoekster niet ontvankelijk is in zoverre zij de schorsing beoogt van de ministeriële beslissing waarbij de lijst van de gegadigden wordt vastgesteld, van de lijst zelf en van het bestek Infra-Omg 98/01, zoals hiervoren sub 2.2. is gezegd;

5.1. Overwegende dat de verzoekende partij wat het moeilijk te herstellen ernstig nadeel betreft dat zij beweert te zullen ondergaan, uiteenzet wat volgt :

"Door het weren van haar kandidatuur wordt verzoekster niet opgenomen op de lijst van gegadigden voor de in het bestek Infra-Omg 98/01 omschreven diensten waardoor ze dus niet in aanmerking wordt genomen als gekwalificeerde dienstverlener en mogelijke inschrijver en uitvoerder voor de in het bestek omschreven opdrachten of voor selectie in het kader van beperkte offerteaanvragen en onderhandelingen met betrekking tot dat soort opdrachten.

Daardoor lijdt verzoekster een ernstig geldelijk, evenals een moreel nadeel, gezien verzoekster door de bestreden beslissingen niet alleen verstoken blijft van de kans om voor de uitvoering van die opdrachten in aanmerking te komen, doch bovendien in haar reputatie als studiebeureau geschaad wordt. Dit is des te meer het geval gezien het voor publieke opdrachtgevers nadelig uitvalt om aan een niet erkend ontwerper een opdracht te gunnen.

Indien de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen niet wordt geschorst, zal verzoekster deze nadelige gevolgen blijvend ondergaan totdat over haar annulatieverzoek uitspraak zal zijn gedaan, minstens totdat een mogelijk nieuwe kandidatuurstelling door de verwerende partij zal worden uitgeschreven en verzoekster terug in de mogelijkheid zal worden gesteld zich kandidaat te stellen.

Gedurende al die tijd zal verzoekster belangrijke inkomsten derven, minstens verstoken blijven van de mogelijkheid deze te verwerven, en zal zij in haar reputatie als studiebureau worden geschaad.

Het door verzoekster geleden nadeel dreigt dan ook onomkeerbaar te zijn.

Daarenboven zal de correcte uitvoering van het schorsingsarrest de verwerende partij verplichten, minstens toelaten om de door verzoekster ingediende kandidaatstelling opnieuw te onderzoeken. Alleen wanneer de aangevochten beslissingen eerst worden geschorst en vervolgens vernietigd kan verzoekster een nieuwe kans krijgen om voor de in het bestek omschreven opdrachten in aanmerking te komen";

5.2. Overwegende dat de verwerende partij antwoordt dat een nadeel niet uitsluitend kan worden gemotiveerd door een verwijzing naar de lange duur van de annulatieprocedure, dat het ter zake niet concreet is aangetoond aan de hand van stavingsstukken, en dat het moeilijk te herstellen en niet louter pecuniair dient te zijn; dat de verwerende partij ook nog aanvoert dat, zelfs al werd verzoekster op de lijst opgenomen, er geen garantie is dat haar ook daadwerkelijk opdrachten zullen worden toegekend en dat het louter feit niet op de lijst te zijn opgenomen los staat van haar reputatie als studiebureau, terwijl bovendien een moreel nadeel wordt hersteld door de morele genoegdoening van een vernietigingsarrest;

5.3. Overwegende dat het in het verzoekschrift, weliswaar summier, omschreven nadeel, als een moeilijk te herstellen ernstig nadeel beschouwd kan worden; dat het niet opgenomen zijn op de lijst voor verzoekster niet alleen meebrengt dat haar gedurende de geldigheidsperiode van de lijst elke mogelijkheid ontnomen wordt om voor de uitvoering van de bedoelde

opdrachten in aanmerking te komen; dat met een voldoende mate van waarschijnlijkheid ervan kan worden uitgegaan dat zij daardoor een aantal opdrachten zal derven, gelet op het feit dat zij in het verleden in de betrokken sector redelijk actief was; dat haar afwijzing als kandidaat ook een nadelige invloed kan hebben op haar reputatie als studiebureau in die sector; dat zulk een nadeel niet louter in geld kan worden becijferd; dat ten slotte bijkomend in aanmerking kan worden genomen het feit dat de schorsing van tenuitvoerlegging de verwerende partij zal verplichten tot een nieuw onderzoek van verzoeksters kandidaatstelling vooraleer de geldigheidsduur van de huidige lijst verlopen is;

6. Overwegende derhalve dat aan de beide voorwaarden voor schorsing gesteld in artikel 17, § 2, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, is voldaan wat de eerste bestreden beslissing betreft,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Bevolen wordt de schorsing van de tenuitvoerlegging van "de beslissing waarbij de c.v.b.a. FORMANOVA niet geselecteerd werd op de lijst der gegadigden voor opdrachten van studie en leiding voor uitvoering van infrastructuurwerken en omgevingswerken voor sociale huisvestingsprojecten in de verschillende steden en gemeenten van het Vlaamse Gewest waarvoor verzoekster haar kandidaatsstelling had ingediend op basis van bestek nr. Infra-Omg. 98/01".

Artikel 2.

De vordering tot schorsing wordt voor het overige verworpen.

Artikel 3.

De uitspraak over de bijdrage in de betaling van de kosten van de vordering tot schorsing wordt uitgesteld.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op tien november 1900 achtennegentig, door :

de H.	J. DE BRABANDERE	kamervoorzitter,
Mevr.	S. DOMS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

J. DE BRABANDERE.