

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

**nr. 242.092 van 10 juli 2018
in de zaak A. 225.503/XII-8567**

In zake: 1. de NV BSV
2. S.A.S.U. (SOCIÉTÉ PAR ACTIONS SIMPLIFIÉE - SOCIÉTÉ À ASSOCIÉ UNIQUE) ATD
vennootschap naar Frans recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Mathy Depuydt en Vallery Declercq
kantoor houdend te 8570 Anzegem
Kerkstraat 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het HAVENBEDRIJF ANTWERPEN, NV van publiek recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D’Hooghe en Alexandre Peytchev
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 20 juni 2018, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing dd. 05.06.2018 van het bestuur van Havenbedrijf Antwerpen NV van publiek recht, ter kennis gebracht aan [de nv BSV en S.A.S.U. ATD] bij aangetekend schrijven dd. 06.06.2018 en waarbij beslist werd de kandidatuur van de THV BSV NV ATD voor de overheidsopdracht ‘1310624 - Het slopen van de site van General Motor’ niet te weerhouden, doch de kandidaturen van de kandidaten Aclagro nv, THV Aannemingsbedrijf Aertssen nv-nv G&A De Meuter, THV Koole bv - Vanderstraeten nv, Van Vliet Sloopwerken bv, THV Verhelst

Aannemingen NV -Romarco, THV Wanty nv - Castagnetti sprl wel te selecteren en tot het overmaken van het bestek aan de zes laatst genoemde firma's met het oog op het indienen van een offerte”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 3 juli 2018, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Mathy Depuydt, die verschijnt voor de verzoekende partijen, en advocaten David D'Hooghe en Alexandre Peytchev, die verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Ines Martens 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. Het Havenbedrijf Antwerpen schrijft een overheidsopdracht van werken uit met als voorwerp: “het slopen van de site van General Motors” en besteksnummer B1064. Er wordt een beroep gedaan op een onderhandelings-procedure met voorafgaande oproep tot mededinging.

3.2. De oproep tot aanvraag tot deelneming wordt op respectievelijk 12 maart 2018 en 14 maart 2018 gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen en in het Publicatieblad van de Europese Unie.

3.3. De verwerende partij stelt vast dat meerdere kandidaatstellingen, waaronder deze van verzoekende partijen, onduidelijkheden of onvolledigheden bevatten inzake het criterium van de technische bekwaamheid. Zij verzoekt de respectieve inschrijvers dan ook schriftelijk het een en het ander toe te lichten.

In het bijzonder stelt de verwerende partij vast dat de kandidaatstelling van de verzoekende partijen geen erkenning en verbintenis met een erkend asbestruimingsbedrijf bevat en de aangeleverde informatie inzake de vijf projectreferenties niet beantwoordt aan de gestelde eisen. In dit licht heeft de verwerende partij met een aangetekende brief van 27 april 2018 de verzoekende partijen verzocht hun kandidaatstelling ter zake aan te vullen of te verduidelijken.

Met een aangetekende brief van 8 mei 2018 maken de verzoekende partijen “de erkenning en verbintenis met de erkende asbestverwijderaar” (Martens Democom) en “de referenties in format zoals gevraagd, voor zowel BSV als ATD” over aan de verwerende partij.

3.4. Na analyse van de overgemaakte informatie stelt de verwerende partij vast dat de kandidaatstelling van de THV BSV nv - ATD, nog steeds onvolledige projectfiches bevat en geen UEA document voor de onderaannemer (asbestverwijderaar):

“Volgende kandidaten worden niet verder weerhouden:

- THV BSV-ATD

- wegens onvolledige projectfiches:

- Slechts 3 van de 5 bijkomende referenties komen in aanmerking
- Projectfiches ATD zijn, ondanks bijkomende vraagstelling, nog steeds niet volledig

- wegens dossier niet in overeenstemming met de eisen van kandidatuurstelling:

- geen UEA document voor vermelde onderaannemer Martens-Democom [...]

Aldus beslist de verwerende partij op 5 juni 2018 om de verzoekende partijen niet te selecteren en het bestek aan de zes geselecteerde inschrijvers over te maken.

Dit is de bestreden beslissing.

3.5. Met een aangetekend schrijven van 6 juni 2018, waarin de motieven van de niet-selectie werden opgenomen, heeft de verwerende partij de verzoekende partijen in kennis gesteld van hun niet-selectie voor de huidige opdracht.

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.

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 enig middel

Uiteenzetting van het middel

5. De verzoekende partijen voeren in het verzoekschrift in een enig middel de schending aan van de artikelen 147 en 151 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’, artikel 5/1 van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten van werken, leveringen en diensten en concessies’, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, het materieel motiveringsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* en het gelijkheidsbeginsel.

6. Daartoe wordt aangevoerd dat uit de bestreden beslissing niet blijkt welke drie referenties van de nv BSV als voldoeninggevend worden beschouwd en welke twee referenties niet voldoen. Zij menen dat de motieven die hun werden meegedeeld aldus onvoldoende duidelijk zijn. Bovendien blijkt uit de bestreden beslissing niet waarom met de referenties van ATD die bij de oorspronkelijke kandidatuur werden gevoegd en die naar aanleiding van de aanvullende inlichtingen een meer uitgebreide projectfiche bevatten, geen rekening wordt gehouden. Hoewel een aantal referenties geen attest van goede uitvoering bevatten, valt uit de beslissing ook niet af te leiden dat dit de reden zou zijn waarom de projectfiches als onvolledig worden beschouwd.

Ten slotte betogen de verzoekende partijen dat de aanbestedende overheid een aanvullend vereiste stelt bij de beoordeling van de kandidatuur van de verzoekende partijen doordat zij ook voor de vermelde onderaannemer een UEA-document vereist en dit als motief in rekening brengt voor de niet-selectie. Het bijvoegen van een UEA-document is volgens de verzoekende partijen immers enkel voorgeschreven voor de kandidaten zelf. De aanbestedende overheid heeft bij het bepalen van de selectiecriteria geenszins de voorwaarde opgenomen dat ook voor de onderaannemer waarop een beroep wordt gedaan een dergelijk document moet worden voorgelegd. Door bij de beoordeling dit bijkomend criterium toe te

passen, past de aanbestedende overheid de regels en criteria die zij zelf opstelde niet correct en op gelijke wijze toe voor alle kandidaten.

Beoordeling

7.1. Wat de kritiek betreft, dat de overheid een aanvullend vereiste heeft gesteld bij de beoordeling van de kandidatuur van de verzoekende partijen doordat zij niet werd geselecteerd omwille van het niet bijvoegen van een UEA-document voor onderaannemer Martens-Democom terwijl dat vereiste niet werd opgenomen in de selectiecriteria, moet het volgende worden opgemerkt.

7.2. Artikel 151 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016) bepaalt:

“§ 1. [...]”

§ 3. Voor de toepassing van de paragrafen 1 en 2 zijn de krachtens de artikelen 73 tot 76 bepaalde regels van toepassing.

De kandidaten of inschrijvers moeten, op het ogenblik van de indiening van de aanvragen tot deelneming of de offerte, dan wel op het ogenblik van de aanvraag tot kwalificatie en voor de opdrachten gelijk aan of hoger dan de drempel voor de Europese bekendmaking, het in artikel 73 bedoelde Uniform Europees Aanbestedingsdocument voorleggen, tenzij wanneer gebruik wordt gemaakt van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande oproep tot mededinging in de in artikel 124, § 1, 4° tot 6° en 8° tot 11° bedoelde gevallen [...]”

Het voormelde artikel 73, § 1, waar in het hiervoor aangehaalde artikel 151 wordt verwezen, bepaalt:

“§ 1. Op het ogenblik van de indiening van de aanvragen tot deelneming of de offertes, naargelang het geval, leggen de kandidaten of inschrijvers, het door hen ingevulde Uniform Europees Aanbestedingsdocument voor, dat bestaat uit een bijgewerkte eigen verklaring en dat door de aanbestedende overheid als voorlopig bewijs wordt aanvaard ter vervanging van door overheidsinstanties of derden afgegeven documenten of certificaten die bevestigen dat de betrokken kandidaat of inschrijver aan alle hierna vermelde voorwaarden voldoet :

1° hij bevindt zich niet in een van de situaties als bedoeld in de artikelen 67 tot 69, waardoor kandidaten of inschrijvers kunnen of moeten worden uitgesloten;

2° hij voldoet aan de toepasselijke selectiecriteria als vastgesteld overeenkomstig artikel 71;

3° hij voldoet, indien van toepassing, aan de objectieve regels en criteria voor de beperking van het aantal kandidaten, als vastgesteld overeenkomstig artikel 79.

Indien de ondernemer overeenkomstig artikel 78 een beroep doet op de draagkracht van andere entiteiten bevat het Uniform Europees Aanbestedingsdocument ook de in het eerste lid genoemde gegevens ten aanzien van die entiteiten. [...]”.

Artikel 73, § 1, tweede lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 bepaalt bijgevolg uitdrukkelijk dat wanneer een kandidaat een beroep doet op de draagkracht van een derde het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (hierna: UEA) ook de gegevens bevat aangaande de uitsluitingsgronden en de selectiecriteria ten aanzien van de derde op wiens draagkracht een beroep wordt gedaan.

7.3. In de aankondiging van de in het geding zijnde opdracht werd met betrekking tot de vereiste technische en beroepsbekwaamheid van de kandidaten onder meer het volgende bepaald:

“ III.1.3) Technische en beroepsbekwaamheid

1. De inschrijver toont aan dat hij over de nodige erkenning beschikt voor het verwijderen van asbest. Indien deze erkenning via een onderaannemer beschikbaar is, voegt de inschrijver bij zijn kandidatuur een voor de opdracht relevante verbintenis toe.

[...]”.

7.4. In het UEA, ingevuld door de eerste verzoekende partij, de nv BSV, dat bij de kandidaatstelling van de verzoekende partijen werd gevoegd, wordt voorts uitdrukkelijk vermeld dat de nv BSV een beroep doet op de draagkracht van een derde. Uit de aanvullende informatie die door de verzoekende partijen aan de aanbestedende overheid werd bezorgd bij aangetekend schrijven en e-mailbericht van 8 mei 2018 blijkt dat de verzoekende partijen voor de vereiste erkenning als asbestverwijderaar een beroep doen op de draagkracht van de nv Martens Democom.

Op grond van de hiervoor aangehaalde artikelen 151, § 3, en artikel 73, § 1, tweede lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 hadden de verzoekende partijen klaarblijkelijk aldus ook voor de nv Martens Democom de vereiste inlichtingen moeten opnemen in een afzonderlijk UEA.

In het verslag aan de Koning (Belgisch Staatsblad 9 mei 2017, 55377) bij artikel 73 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 'plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren' wordt verduidelijkt dat voor een derde op wiens draagkracht beroep wordt gedaan een afzonderlijk UEA dient te worden ingediend. Deze commentaar wordt wat het UEA betreft ook van toepassing gemaakt op overheidsopdrachten in de speciale sectoren volgens het verslag aan de Koning bij het koninklijk besluit van 18 juni 2017 'plaatsing overheidsopdrachten in de speciale sectoren'.

De verzoekende partijen betwisten niet dat zij voor de derde op wiens draagkracht zij een beroep doen echter geen UEA hebben ingediend bij hun kandidaatstelling. Met betrekking tot deze derde werd in de door de verzoekende partijen bij hun kandidaatstelling gevoegde UEA-documenten ook geen enkele informatie opgenomen. Hoewel aan de verzoekende partijen nog de mogelijkheid werd gegeven hun kandidaatstelling aan te vullen, klaarblijkelijk ook met betrekking tot gegevens omtrent de derde op wiens draagkracht zij een beroep zouden doen voor de erkenning als asbestruimingsbedrijf, hebben zij in ieder geval ter aanvulling van hun kandidaatstelling voor deze derde geen UEA ingediend, nog afgezien van de vraag of dit wel is toegestaan in het licht van de gelijke behandeling van de kandidaten. Met betrekking tot deze derde ligt er aldus geen verklaring voor dat deze zich niet bevindt in één van de uitsluitingssituaties. In die zin mocht de aanbestedende overheid op het eerste gezicht terecht in de bestreden beslissing vaststellen dat er geen UEA-document werd aangeleverd met betrekking tot de onderaannemer Martens Democom en lijkt de aanbestedende overheid op grond alleen reeds van deze vaststelling te hebben mogen besluiten tot de niet-selectie van de verzoekende partijen. Aldus is niet aangetoond dat de verzoekende partijen een regelmatige kandidaatstelling hebben ingediend.

In tegenstelling tot wat de verzoekende partijen doen gelden heeft de aanbestedende overheid aldus geen aanvullende vereiste gesteld die niet

‡BAHSMBGFF-BDEECJT‡

was opgenomen in de aankondiging. Immers werd in de aankondiging bepaald dat de inschrijvers het door hen ingevulde UEA dienden voor te leggen. Het lijkt daarbij op het eerste gezicht niet noodzakelijk dat in de aankondiging uitdrukkelijk wordt vermeld dat indien een beroep wordt gedaan op de draagkracht van een derde, het UEA de inlichtingen met betrekking tot deze derde dient te bevatten aangezien dit uitdrukkelijk volgt uit de toepasselijke bepalingen van de voormelde wet overheidsopdrachten 2016.

Bovendien wijst de verwerende partij er op het eerste gezicht terecht op dat in het model van het UEA waarvan de verzoekende partijen gebruik hebben gemaakt, onder “Deel II: gegevens over de ondernemer”, titel “C: informatie over beroep op draagkracht van andere entiteiten” uitdrukkelijk wordt vermeld:

“Verstrek voor elk van de betrokken entiteiten een afzonderlijk UEA-formulier met de informatie die wordt gevraagd in de afdelingen A en B van dit deel en deel III. Dit formulier moet door de betrokken entiteiten naar behoren worden ingevuld en ondertekend. Er zij op gewezen dat het daarbij ook gaat om niet rechtstreeks tot de onderneming van de ondernemer behorende technici of technische organen, in het bijzonder die welke belast zijn met de kwaliteitscontrole en, in het geval van overheidsopdrachten voor werken, de technici of technische organen die de ondernemer ter beschikking zullen staan om de werkzaamheden uit te voeren. Vermeld, voor zover dit relevant is voor de specifieke draagkracht waarop de ondernemer steunt, voor elk van de betrokken entiteiten de informatie bedoeld in de delen IV en V.”

7.5. De verzoekende partijen tonen op het eerste gezicht dan ook geen schending aan van artikel 147 noch van artikel 151 van de wet overheidsopdrachten 2016, noch van het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* of het gelijkheidsbeginsel. Het middel is in zoverre niet ernstig. De verzoekende partijen tonen ook niet aan dat de motivering van de bestreden beslissing op het besproken punt onvoldoende duidelijk of niet afdoende zou zijn en aldus ook niet dat de bestreden beslissing waarbij hun kandidaatstelling niet werd geselecteerd op grond van de afwezigheid van het UEA voor de derde op wiens draagkracht een beroep wordt gedaan, namelijk de nv Martens Democom, niet op in rechte en in feite aanvaardbare en voldoende veruitwendigde motieven berust. Bijgevolg

beschikken zij ook niet over het vereiste belang bij de overige grieven van hun middel.

VI. Besluit en kosten

8. Het enig middel is niet ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

Het is passend, gelet op het feit dat het verzoekschrift ook een beroep tot nietigverklaring bevat en het daaropvolgende nog noodzakelijke procedureverloop, de kosten, de gevorderde rechtsplegingsvergoeding inbegrepen, in beraad te houden.

BESLISSING

De Raad van State verwierpt de vordering.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 10 juli 2018, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest