

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 194.341 van 18 juni 2009
in de zaak A. 192.345/XII-5800.**

In zake : de NV JANSSENS,
die woonplaats kiest bij
advocaat M. Schoups,
kantoor houdende te Antwerpen,
Burburestraat 6-8

tegen :

de STAD BRUSSEL,
die woonplaats kiest bij
advocaat J.-P. Lagasse,
kantoor houdende te 1030 Brussel,
de Jamblinne de Meuxplein 41.

tussenkomen partij :

de NV FERO-SIGNALISATIE,
die woonplaats kiest bij
advocaat G. Meeus,
kantoor houdende te Willebroek,
Mechelsesteenweg 26.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de nv Janssens op 24 april 2009 heeft ingediend om de schorsing te vorderen van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van de Stad Brussel van 2 april 2009 waarbij de opdracht voor het inrichten van tijdelijke parkeerverbodzones en openen/sluiten van openbare ruimten gedurende 12 maanden wordt gegund aan de nv Fero-Signalisatie en niet aan nv Janssens”;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gezien het verslag opgesteld door auditeur I. Vos;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen;

Gelet op de beschikking van 4 juni 2009 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 11 juni 2009 om 10.00 uur;

Gezien het op 12 mei 2009 ingediende verzoekschrift waarbij de nv Fero-Signalisatie vraagt in het administratief kort geding te mogen tussenkomen; dat zij voordeel blijkt te halen uit de bestreden beslissing en erbij belang heeft dat de vordering wordt afgewezen; dat haar verzoek dienvolgens moet worden ingewilligd;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaten K. Lemmens en L. Demeyere, die loco advocaat M. Schoups verschijnen voor verzoekende partij, van advocaat E. De Lange, die loco advocaat J.-P. Lagasse verschijnt voor verwerende partij, en van advocaat G. Meeus, die verschijnt voor tussenkomende partij;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur I. Vos;

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,

OVERWEEGT WAT VOLGT :

De gegevens van de zaak

1. Verwerende partij schrijft een openbare aanbesteding uit voor het inrichten van tijdelijke parkeerverbodzones en het openen/sluiten van openbare ruimten gedurende 12 maanden.

De opdracht wordt omschreven als een opdracht voor aanneming van diensten en wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 25 februari 2009.

2. Het doel van de opdracht wordt in het bestek als volgt omschreven :

“Huidig bestek heeft als voorwerp de plaatsing en het wegnemen van niet-verlichte, tijdelijke verticale wegsignalisatie op het grondgebied van de Stad Brussel evenals het in goede staat houden van het gebruikte materieel. Het in perfecte staat houden van het ter beschikking gestelde materieel is een last van de aanneming in de huidige opdracht.

Het gaat over:

- de realisatie van tijdelijke parkeerverbodzones: dit omvat de prestaties met betrekking tot de realisatie van tijdelijke parkeerverbodzones in het kader van verhuizingen, van werken van particulieren of socio-culturele manifestaties, conform de van toepassing zijnde verkeersregels, met behulp van verkeersborden op verplaatsbaar statief, die ter beschikking zullen worden gesteld door de Aanbestedende Overheid.

- de uitvoering van handelingen met betrekking tot het openen en sluiten van openbare ruimtes: deze diensten omvatten zowel de tijdelijke als de periodieke afsluiting van openbare ruimten voor het verkeer. Onder de tijdelijke afsluiting verstaat men het plaatsen van nadarafsluitingen en verplaatsbare statieven, voorzien van verkeersborden, in het kader van socio-culturele manifestaties of uit veiligheidsoverwegingen. Het periodiek openen en sluiten van openbare ruimtes wordt bewerkstelligd door hetzij het opstellen van nadarbarrières, hetzij het openen en sluiten van hydraulische paaltjes, hetzij door nog een andere fysieke barrière en dit gedurende vooraf bepaalde periodes.

Om in huidige opdracht een uitstekende dienst te verzekeren, zal de dienstverlener over een geïnformatiseerd systeem en een performante internetverbinding moeten beschikken om een softwareprogramma te kunnen gebruiken dat toelaat informatie uit te wisselen en de administratieve opvolging te bewerkstelligen. Dat softwareprogramma zal door de AO ter beschikking van de dienstverlener worden gesteld. Het betreft een softwareprogramma waarmee partiële bestelbons zowel online kunnen opgesteld, verstuurd als ontvangen worden, en andere nuttige informatie tussen de verschillende betrokken partijen (de AO en haar diensten, de dienstverlener en de lokale politiezone) kan worden doorgestuurd”.

Artikel 2 van het bestek omschrijft de vereisten inzake de kwalitatieve selectie. In het bestek worden geen erkenningsvereisten opgenomen.

Voorts blijkt uit het bestek dat de opdracht zal worden toegewezen aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte indient en dat de aanbestedende overheid zich het recht voorbehoudt om aan de aannemer die de eerste opdracht kreeg, binnen een periode van drie jaar na het gunnen van de opdracht, nieuwe diensten toe te kennen, bestaande uit de herhaling van soortgelijke diensten.

3. De opening van de offertes vindt plaats op 10 maart 2009. Drie ondernemingen blijken een offerte te hebben ingediend :

- nv Fero-Signalisatie: 474.501,50 euro, btw inbegrepen,
- nv Alusign: 4.136.717,75 euro, btw inbegrepen,
- nv Janssens: 582.070,50 euro, btw inbegrepen.

4. Op 2 april 2009 beslist het college van burgemeester en schepenen van de stad Brussel om de nv Alusign uit te sluiten en om de opdracht toe te wijzen aan de tussenkomen de partij. Deze beslissing is als volgt gemotiveerd :

“Overwegende dat de gekozen procedure de openbare aanbesteding is en dat voorafgaandelijk aan het technisch onderzoek van de offertes, uit de kwalitatieve selectie blijkt dat de firma Allusign SA niet voldoet aan de in het bestek vermelde criteria (RSZ-schulden en schulden bij de belastingen) en bijgevolg wordt uitgesloten voor de opdracht;

Overwegende dat de offertes van Fero-Signalisatie NV en Janssens NV regelmatig zijn;

Gelet op het onderzoek van de voorwaarden van de aanneming vastgelegd in het bestek TV/2009/06 en het proces-verbaal van de opening van de offertes op 10/03/2009;

Overwegende dat bijgevolg de offerte van de firma Fero-Signalisatie NV voor het bedrag van 474.501,50 EUR, btw 21% inbegrepen de laagste, regelmatige offerte is”.

Dit is de bestreden beslissing.

5. Bij brief van 9 april 2009 deelt verzoekende partij aan verwerende partij mee dat tussenkomen de partij niet ressorteert onder het paritair comité bouw en verzoekt zij verwerende partij om een onderzoek te doen naar abnormale totaalprijs en/of eenheidsprijzen.

6. Met een schrijven van 10 april 2009 brengt verwerende partij verzoekende partij op de hoogte dat de opdracht niet aan haar werd toegewezen. Tevens wordt een kopie van de bestreden beslissing meegedeeld.

Bij brief van 20 april 2009 vraagt verzoekende partij de gemotiveerde gunningsbeslissing op, welke haar wordt meegedeeld door verwerende partij bij brief van diezelfde dag.

De excepties

7. De verwerende partij betwist de ontvankelijkheid van de vordering tot schorsing en werpt daartoe een exceptie op.

Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over die exceptie uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak daarover zouden slechts noodzakelijk zijn indien zou blijken dat de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de schorsing zijn vervuld, wat, zoals hierna zal blijken, te dezen niet het geval is.

De grondvoorwaarden voor de schorsing

8. Krachtens artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

9. Wat de eerste van de in het voornoemde artikel 17 gestelde voorwaarden betreft, voert verzoekende partij in een *eerste middel* de schending aan van “art. 3, §1 van de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken, art. 2 van het Koninklijk Besluit van 26 september 1991 tot vaststelling van bepaalde toepassingsmaatregelen van de Wet van 20 maart 1991, art. 2 M.B. van 27 september 1991 tot nadere bepaling van de indeling van de werken in categorieën, artikel 5 van de overheidsopdrachtenwet van 24 december 1993 en het zorgvuldigheidsbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur”.

Verzoekende partij voert hiertoe aan dat verwerende partij de opdracht ten onrechte heeft gekwalificeerd als een opdracht van diensten, onder de restcategorie B27, “overige diensten”. Volgens verzoekende partij betreft het daarentegen een opdracht van werken waarvoor een erkenning is vereist in ondercategorie C3. Zij verwijst hiervoor naar een aantal -volgens haar- gelijkaardige aanbestedingen waar een erkenning in ondercategorie C3 werd gevraagd. Dat het om een opdracht van werken gaat zou ook blijken uit het feit dat verwerende partij de opdracht zelf onderwerpt aan het koninklijk besluit van 27 maart 1998 betreffende de tijdelijke en mobiele werkplaatsen.

Aangezien de erkenning van tussenkomende partij in de ondercategorie C3 op 21 oktober 2008 zou zijn vervallen, dit is meer dan vier maanden vóór het uitschrijven van de huidige aanbesteding, schendt volgens

verzoekende partij de bestreden toewijzingsbeslissing de in het middel aangehaalde bepalingen.

10.1. Overeenkomstig artikel 3, §1, van de wet van 20 maart 1991 houdende de regeling van de erkenning van aannemers van werken, mogen opdrachten voor aanneming van werken, waarvan de omvang het bedrag overschrijdt vastgesteld in artikel 2 van het koninklijk besluit van 26 september 1991 tot vaststelling van bepaalde toepassingsmaatregelen van de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken, slechts worden gegund aan aannemers, zowel privaatrechtelijke als publiekrechtelijke personen, die op het ogenblik van de gunning hetzij hiervoor erkend zijn, hetzij de bewijzen hebben geleverd dat zij voldoen aan de voorwaarden gesteld door of krachtens deze wet.

Artikel 4 van het voornoemde koninklijk besluit van 26 september 1991 maakt bij de categorie “algemene aannemingen van wegenbouwkundige werken” melding van ondercategorie C3 “niet-elektrische verkeerstekens langs verbindingswegen, allerhande, niet-elektrische veiligheidsinrichtingen, afsluitingen en schermen”. In artikel 2 van het ministerieel besluit van 27 september 1991 tot nadere bepaling van de indeling van de werken volgens hun aard in categorieën en ondercategorieën met betrekking tot de erkenning van de aannemers, wordt deze ondercategorie nader bepaald als volgt :

“C.3. Niet-elektrische verkeerstekens langs verbindingswegen, allerhande niet-elektrische veiligheidsinrichtingen, afsluitingen en schermen.

Allerhande horizontale en verticale niet-elektrische signalisatie : land-, spoor-, weg-, maritieme of luchtvaart-signalisatie.
Veiligheidsinrichtingen, afsluitingen en schermen allerhande, welke ook de aard of de materie ervan is”.

10.2. Aangezien voormelde erkenningsvereisten uitsluitend gelden voor opdrachten van werken en het bijzonder bestek zelf geen erkenningsvereiste oplegt, kan het standpunt van verzoekende partij enkel worden gevolgd indien wordt aangetoond dat de voorliggende opdracht als opdracht van werken dient te worden gekwalificeerd.

10.3. Artikel 1 van het voornoemde koninklijk besluit van 26 september 1991 omschrijft zijn toepassingsgebied als volgt :

“Worden voor de toepassing van dit besluit beschouwd als opdrachten voor de aanneming van werken, de aannemingsovereenkomsten die tot voorwerp hebben :

1° het bouwen, het afbreken, het verbouwen, het inrichten of het herstellen van goederen welke uit hun aard onroerend zijn;

2° het vervaardigen en het plaatsen, of het plaatsen van uitrustingsbestanddelen, wanneer zij een onafscheidbaar geheel met de onroerende goederen vormen. Vormen een geheel met voormelde onroerende goederen die uitrustingsbestanddelen waarvan het wegnemen, het uit elkaar nemen of waarvan het vervangen niet kan gebeuren zonder deze bestanddelen zelf of het gedeelte van de onroerende goederen waaraan zij verbonden zijn, te breken of te beschadigen”.

Voorts wordt het begrip “werk” volgens artikel 5, tweede lid, van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, omschreven als “het resultaat van een geheel van bouwwerkzaamheden of van wegenbouwkundige werken dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen”.

10.4. Op het eerste gezicht lijkt de voorliggende opdracht die als voorwerp heeft de plaatsing en het wegnemen van niet-verlichte, tijdelijke verticale wegsignalisatie op het grondgebied van de stad Brussel, niet te kunnen worden gekwalificeerd als een opdracht van werken in de zin van artikel 1 van het voornoemde koninklijk besluit van 26 september 1991 en artikel 5 van de wet van 24 december 1993. Het resultaat van deze opdracht is immers geen onroerend goed en lijkt ook niet in een reeds bestaand onroerend goed te worden verwerkt aangezien het gaat om tijdelijke signalisatie.

Verzoekende partij lijkt in elk geval het uitgangspunt van haar middel niet aannemelijk te maken, namelijk dat de opdracht ondubbelzinnig een opdracht voor de aanneming van werken is, waarvoor een erkenning een noodzakelijke vereiste zou zijn.

De loutere verwijzing door verzoekende partij naar het feit dat het bestek de opdracht onderwerpt aan het koninklijk besluit van 25 januari 2001 betreffende de tijdelijke en mobiele bouwplaatsen, lijkt in elk geval geen argument om de opdracht toch als een opdracht van werken te kwalificeren.

Inzake de verwijzing door verzoekende partij naar een gelijkaardige aanbesteding van eind 2007 van de stad Mechelen, valt op te merken dat de aanbestedende overheid voor die opdracht weliswaar een erkenning vraagt voor categorie C3, klasse 2 of hoger, doch dat zij de opdracht zelf kwalificeert als een

opdracht voor diensten, zoals de in het geding zijnde opdracht, eveneens onder categorie diensten 27.

De overige twee opdrachten waar verzoekende partij naar verwijst lijken in hoofdzaak betrekking te hebben op definitieve signalisatie. In het licht van de definitie zoals opgenomen in artikel 1 van het voornoemde koninklijk besluit van 26 september 1991, lijkt, in tegenstelling tot hetgeen verzoekende partij betoogt, het onderscheid tussen tijdelijke en definitieve signalisatie op het eerste gezicht wel degelijk relevant.

Het eerste middel is niet ernstig.

11. In een *tweede middel* werpt verzoekende partij de schending op van “het gelijkheidsbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur eveneens opgenomen in artikelen 10 en 11 van de Grondwet en artikel 110§2-3 van het KB van 8 januari 1996”.

Volgens verzoekende partij is de tussenkomende partij geklasseerd onder een verkeerd paritair comité, met name onder het paritair comité voor de metaal-, machine- en elektrische bouw (PC 111: arbeiders - PC 209 bedienden), in de plaats van onder het paritair comité voor het bouwbedrijf (PC 124: arbeiders). De hoofdactiviteit van tussenkomende partij situeert zich volgens verzoekende partij niet in de fabricatie van wegsignalisatie, doch louter in de aankoop, verkoop, verhuur en plaatsing ervan.

Aangezien voor het eerstgenoemde paritair comité lagere minimumlonen gelden, wordt het gelijkheidsbeginsel overtreden ten aanzien van andere ondernemingen die dezelfde activiteiten uitoefenen, zoals verzoekende partij. Dit zou ook het verschil van ongeveer 23% tussen de totaalprijzen van verzoekende partij en tussenkomende partij verklaren.

Bovendien zouden de prijzen van tussenkomende partij abnormaal laag zijn door deze verkeerde classificatie waardoor haar offerte ook onregelmatig zou zijn met toepassing van artikel 110, §§ 2 en 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.

12.1. In tegenstelling tot wat verzoekende partij betoogt lijkt het in principe niet aan een aanbestedende overheid om na te gaan of een inschrijver al dan niet onder het juiste paritair comité werd geklasseerd en om in dat verband controles uit te voeren die aan andere overheden toekomen.

Wat de vermeend abnormaal lage prijzen betreft, luidt artikel 110, §§ 2 en 3, van het voornoemde koninklijk besluit van 8 januari 1996 als volgt :

“§ 2. Onverminderd de nietigheid van elke offerte wegens afwijking van de essentiële besteksbepalingen zoals deze opgesomd in artikel 89, kan de aanbestedende overheid offertes als onregelmatig en derhalve als onbestaande beschouwen, indien zij niet overeenstemmen met de bepalingen van deze titel, enig voorbehoud inhouden, of bestanddelen bevatten die niet met de werkelijkheid overeenstemmen.

§ 3. Vooraleer de aanbestedende overheid evenwel een offerte afwijst, wegens haar blijkbaar abnormaal hoge of abnormaal lage eenheidsprijzen of totale prijzen, verzoekt zij de betrokken inschrijver per aangetekende brief hierover de nodige schriftelijke verantwoordingen te verstrekken binnen een termijn van twaalf kalenderdagen, tenzij de uitnodiging een langere termijn bepaalt.

Het is de inschrijver die het bewijs moet leveren van de verzending van die verantwoordingen.

Tijdens het nazicht van blijkbaar abnormaal lage prijzen, kan de aanbestedende overheid motiveringen in aanmerking nemen die zijn gebaseerd op objectieve factoren steunend op de zuinigheid van het bouw- of productieprocédé of van de dienstverlening, of op de gekozen technische oplossingen, of op uitzonderlijk gunstige omstandigheden waarvan de inschrijver kan profiteren voor de uitvoering van de opdracht of op de originaliteit van het product, het ontwerp of het werk dat de inschrijver aanbiedt”.

Aangenomen dient te worden dat een aanbestedende overheid over een ruime discretionaire bevoegdheid beschikt om al dan niet een procedure in te zetten waarbij op zoek wordt gegaan naar de aanwezigheid van abnormale prijzen overeenkomstig het aangehaalde artikel 110, §3, van het voornoemde koninklijk besluit van 8 januari 1996. De Raad van State mag zich bij een dergelijke beoordeling niet in de plaats stellen van het bestuur.

Ingeval de aanbestedende overheid een offerte niet afwijst wegens haar blijkbaar abnormaal hoge of lage eenheidsprijzen of totale prijzen is een bevraging van de inschrijver niet vereist. Niettemin geldt er een plicht voor de aanbestedende overheid om de regelmatigheid van een offerte na te gaan en één van de elementen van regelmatigheid is dat de offerte geen abnormale prijzen bevat.

Te dezen lijkt verzoekende partij niet aan te tonen dat de aanbestedende overheid de plicht had de bedoelde bevraging te verrichten. De verwijzing naar andere loonschalen die gelden onder andere paritaire comité's is daartoe te algemeen, zeker nu tussenkomen partij in dit verband opmerkt dat haar uurloon voor het uitvoeren van diensten voor arbeiders tijdens de gewone dienstregeling zelfs hoger ligt dan het uurloon dat hiervoor door verzoekende partij

werd opgegeven. Voorts blijkt de totaalprijs van verzoekende partij eveneens beduidend boven de raming (245.000 euro, btw niet inbegrepen) te liggen.

In het licht van hetgeen voorafgaat lijkt dan ook niet aangetoond dat verwerende partij het gelijkheidsbeginsel heeft geschonden, noch dat zij tot de onregelmatigheid van de offerte van tussenkomen de partij had moeten besluiten op grond van abnormaal lage prijzen.

Het tweede middel is niet ernstig.

13. Verzoekende partij steunt een *derde middel* op de schending van “de materiële motiveringsplicht als beginsel van behoorlijk bestuur en op basis van de artikelen 2 en 3 van de Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen”.

Volgens verzoekende partij is de motivering van de bestreden beslissing niet afdoende aangezien op geen enkele manier daaruit kan worden afgeleid hoe verwerende partij heeft besloten dat tussenkomen de partij de laagste regelmatige inschrijver is en evenmin blijkt of verwerende partij wel heeft nagegaan of tussenkomen de partij over de vereiste erkenning beschikt.

14. In zoverre de verzoekende partij de formele motiveringsplicht geschonden acht, lijkt te moeten worden aangenomen dat bij een aanbesteding in beginsel een toewijzing afdoende is gemotiveerd door een verwijzing in de bestreden beslissing naar de laagste inschrijvingsprijs, aangezien dit gegeven de aanbestedende overheid bindt. Zulks is te dezen gebeurd.

Voorts dient, in verband met de argumentatie van verzoekster dat niet zou blijken of verwerende partij wel heeft nagegaan of tussenkomen de partij over de vereiste erkenning beschikt, te worden vastgesteld dat het bestek geen erkenningsvereiste oplegt en dat, zoals bij de bespreking van het eerste middel is opgemerkt, evenmin op het eerste gezicht wordt aangetoond dat de in het geding zijnde opdracht een opdracht van werken betreft waarvoor het voldoen aan de voorwaarden van de erkenning een noodzakelijke vereiste zou zijn.

Ook het derde middel is niet ernstig.

7. Nu alle middelen niet ernstig zijn bevonden, is aldus niet voldaan aan de eerste van de in het voormelde artikel 17 gestelde voorwaarden, die vervuld moeten zijn om de schorsing toe te wijzen. Deze vaststelling volstaat om de vordering tot schorsing te verwerpen.

**OM DIE REDENEN
BESLIST DE RAAD VAN STATE :**

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van de nv Fero-Signalisatie in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

Artikel 2.

De vordering tot schorsing wordt verworpen.

Artikel 3.

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

De kosten van de tussenkomst, bepaald op 125 euro, komen ten laste van de tussenkomende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op achttien juni 2009, door :

de H.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
Mevr.	S. DOMS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.