

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 210.658 van 25 januari 2011
in de zaak A. 198.582/XII-6450**

In zake: de NV DE MEEUW
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Dirk Van Heuven en Sofie Logie
kantoor houdend te Kortrijk
President Kennedypark 6/24
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de REGIE DER GEBOUWEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Luc Wynant
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 221
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV EAGLE CONSTRUCT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Inke Dedecker
kantoor houdend te Genk
Stoffelsbergstraat 4
bij wie woonplaats wordt gekozen
en eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Koen Paesen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 24 december 2010, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de “Beslissing dd. 10 december 2010 van de heer Didier Reynders, in zijn hoedanigheid van vice Eerste Minister en Minister van Financiën, bevoegd voor

Fedasil, en van de Regie der Gebouwen, om de overheidsopdracht ‘Prefab constructies voor Fedasil (huisvesting van asielzoekers)’ – perceel 7 – Jodoigne’ (bestek nr. 2010/Arch/01) te gunnen aan de NV Eagle Construct en niet aan NV De Meeuw”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 20 januari 2011, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Dirk Van Heuven, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Alexander Loubkine, die loco advocaat Luc Wynant verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Inke Dedecker, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos 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 Regie der Gebouwen schrijft bij wijze van openbare aanbesteding een overheidsopdracht uit voor werken met betrekking tot prefab woonmodules voor Fedasil voor de huisvesting van asielzoekers.

De waarde van de opdracht wordt geraamd tussen 5.500.000 en 6.500.000 euro, btw niet inbegrepen.

3.2. Een vooraankondiging van de opdracht wordt gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen van 16 december 2009 en in het Publicatieblad van de Europese Unie van 18 december 2009.

3.3. De eigenlijke aankondiging wordt gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen van 8 april 2010 en in het Supplement van het Publicatieblad van de Europese Unie van 9 april 2010.

Het voorwerp van de opdracht wordt in de aankondiging als volgt omschreven:

“Fabricatie, levering, plaatsing en aansluiting van prefab woonmodules op de 8 hierna vermelde sites (1 perceel per site):
Perceel 1 -- Broechem -- Perceel 2 -- Kapellen -- Perceel 3 -- Arendonk --
Perceel 4 -- Sint-Truiden -- Perceel 5 -- Pondrome -- Perceel 6 - Bovigny --
Perceel 7 -- Jodoigne -- Perceel 7 A - Jodoigne (inrichting van bestaande lokalen) Perceel 8 -- Sugny”.

De voorliggende procedure heeft volgens verzoekende partij enkel betrekking op het perceel 7 te Jodoigne.

Inzake de vereiste vakbekwaamheid vermeldt de aankondiging het volgende:

“III.2.3) Vakbekwaamheid :

Inlichtingen en formaliteiten om na te gaan of aan de vereisten is voldaan:
Erkenning

Voor de toewijzing van de percelen zijn de werken die het voorwerp uitmaken van deze opdracht, gerangschikt in categorie D (Algemene aannemingen van bouwwerken) of in categorie F (Algemene aannemingen van metaalconstructies);

de aanbestedende overheid is van oordeel dat ze deel uitmaken van klasse 3 voor de percelen 2, 5 & 7A, van klasse 4 voor de percelen 1, 3, 4 & 8, van klasse 5 voor het perceel 6 en van klasse 6 voor het perceel 7”.

3.4. De opdracht is onderworpen aan de bepalingen van het bestek nr. 2010/Arch/01.

Het bestek vereist inzake erkenning:

“Artikel 19: technische, financiële en economische minimumeisen.
De inschrijver voor onderhavige opdracht dient te voldoen aan de volgende minimumeisen:

1. Erkenning

Voor de toewijzing van de opdracht worden de werken die het voorwerp uitmaken van deze opdracht gerangschikt in categorie D (Algemene aannemingen van bouwwerken) of categorie F (Algemene aannemingen van metaalconstructies) en de aanbestedende overheid is van oordeel dat zij deel uitmaken van:

[...]

Klasse 6: voor het perceel 7 — Jodoigne”.

3.5. Vier inschrijvers dienen voor perceel 7 een offerte in waaronder verzoekende partij en de nv Eagle Construct.

3.6. Bij aangetekend schrijven van 16 juni 2010 richt de Regie der Gebouwen een aangetekend schrijven aan de nv Eagle Construct waarin zij opmerkt dat de inschrijver niet over de vereiste klasse 6 beschikt.

Daarop volgt briefwisseling tussen verwerende partij en de nv Eagle Construct. Op 12 juli 2010 bezorgt de nv Eagle Construct ten slotte aan de Regie der Gebouwen een verklaring van haar onderaannemer nv Cordeel waarbij deze bevestigt de nodige erkenning te hebben voor de opdracht, namelijk in de categorie D, klasse 6.

3.7. Op 10 december 2010 beslist de minister van Financiën om de nv Jan Snel niet te selecteren omwille van haar onvoldoende erkenning (categorie D – klasse 4) voor de opdracht, waarvoor de erkenning categorie D – klasse 6 vereist is. Vervolgens wordt beslist tot toewijzing van perceel 7 van de opdracht aan de nv Eagle Construct.

3.8. Bij aangetekend schrijven van 14 december 2010 wordt verzoekende partij in kennis gesteld van voormelde gunningsbeslissing.

IV. Tussenkomst

4. Met een op 13 januari 2011 ter post aangetekend verzoekschrift vraagt de nv Eagle Construct om in het geding te mogen tussenkomen.

Zij is begunstigde van de bestreden beslissing en heeft er dus belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet haar verzoek worden ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

5. Tussenkommende partij werpt op dat verzoekende partij geen belang heeft bij de vordering, nu zij niet de schorsing vordert van de tenuitvoerlegging van de impliciete beslissing om de opdracht niet aan haar te gunnen. Ter terechtzitting wordt aan die exceptie verzaakt.

VI. De schorsingsvoorwaarden

6. Overeenkomstig artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, 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.

7. De aankondiging van de kwestieuze opdracht werd echter bekendgemaakt na 24 februari 2010.

Dienvolgens is de wet van 23 december 2009 tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, te dezen van toepassing. De voornoemde wet van 23 december 2009 is immers in werking getreden op 25 februari 2010 krachtens artikel 76 van het koninklijk besluit van

10 februari 2010 tot wijziging van bepaalde koninklijke besluiten tot uitvoering van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten.

Overeenkomstig artikel 7 van de voornoemde wet van 23 december 2009 bepaalt de Koning de datum van haar inwerkingtreding en zijn enkel overheidsopdrachten die zijn bekendgemaakt vanaf die datum, zoals de in het geding zijnde opdracht, onderworpen aan de nieuwe wet.

Volgens het in de wet 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is aldus voor de schorsing van de thans bestreden beslissingen het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist. Anderzijds verplicht artikel 65/15, tweede lid, verzoekende partij tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de bestreden beslissingen kunnen verantwoorden.

VII. Onderzoek van de middelen

Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

8. Een tweede middel is genomen uit “de schending van het bestek, de artikelen 18, 19 en 20 § 1, eerste lid van het KB van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken; schending van artikel 3 § 1 van de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken; schending van het algemeen rechtsbeginsel *patere legem quam ipse fecisti*; schending van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, met name het gelijkheidsbeginsel, de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel; schending van de artikelen 47, 2° en 48, 3° van de Europese Richtlijn

2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten”.

In de mate dat de Raad van State van oordeel zou zijn dat het eerste middel niet ernstig is, en dat meer bepaald genoemde bepalingen niet zouden vereisen dat de “inschrijver” zelf over de vereiste erkenning beschikt, ten zeerste *quod non*, dan nog is volgens verzoekende partij minstens vereist dat uit de offerte duidelijk blijkt dat de onderaannemer die over de vereiste erkenning beschikt, zich verbindt tot uitvoering van de opdracht.

Verzoekende partij merkt op dat uit het gunningsverslag op geen enkele wijze blijkt dat de nv Eagle Construct bij haar offerte een verbintenis van actieve inzet van de nv Cordeel heeft gevoegd, noch dat verwerende partij dit onderzocht heeft. Voorts wijst zij erop dat de erkenning de volledige opdracht betreft en de vraag rijst wat precies door de nv Cordeel zal worden uitgevoerd. Er is immers geen enkele indicatie dat dit de volledige opdracht is.

9. Verwerende partij en tussenkomen partij beperken zich in hun verweer in wezen tot een verwijzing naar de voormelde verklaring van de nv Cordeel.

Beoordeling

10.1. Daargelaten de vraag of verzoekende partij al dan niet een beroep mocht doen op een onderaannemer om te voldoen aan het erkenningsvereiste, welke vraag rijst in de context van het eerste middel, dient te worden vastgesteld dat dit in elk geval slechts mogelijk lijkt wanneer zij, overeenkomstig de artikelen 18 en 19, tweede lid, van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 bij de aanbestedende dienst aantoon dat zij zal beschikken over de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke middelen door overlegging van de verbintenis van deze onderaannemer om de inschrijver dergelijke middelen ter beschikking te stellen.

10.2. Voorts bepaalt artikel 20, § 1, eerste lid, van het voormeld koninklijk besluit van 8 januari 1996 het volgende:

“Indien de werken binnen het toepassingsveld vallen van de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken, moet in de aanvraag tot deelneming of in de offerte vermeld staan dat de kandidaat of de inschrijver ingeschreven is op de lijst van de erkende aannemers in België of op een officiële lijst in een andere Lid-Staat van de Europese Gemeenschap ofwel dat de kandidaat of de inschrijver zich beroept op de toepassing van artikel 3, § 1, 2°, van bovengenoemde wet. In dat geval voegt hij de nodige bewijsstukken bij zijn aanvraag tot deelneming of bij zijn offerte”.

10.3. Overeenkomstig artikel 90, § 1, 3°, van voormeld koninklijk besluit, welke verplichting eveneens hernomen werd in het bestek (blz. 29), dient de offerte te dezen bovendien tevens de “identificatie van de eventuele onderaannemers” te bevatten. In het model van inschrijvingsbiljet opgenomen in het bestek vraagt de aanbestedende overheid van de inschrijvers tevens om het bedrag van de werken op te geven die zullen worden opgedragen aan de onderaannemers.

10.4. Daargelaten de vraag of het toegestaan is om bewijs van voormelde verbintenis ook nog na de indiening van de offerte voor te leggen -eventueel met toepassing van artikel 20, § 3, van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 op grond waarvan de inschrijvers kan worden gevraagd de overgelegde getuigschriften en documenten aan te vullen-, lijkt uit samenlezing van het hiervoor aangehaalde artikel 20, § 1, eerste lid, en voormeld artikel 90, § 1, 3°, op het eerste gezicht te kunnen worden afgeleid dat, indien een inschrijver zich wat betreft het voldoen aan het erkenningsvereiste wenst te beroepen op een onderaannemer, hij deze onderaannemer, evenals het feit dat deze onderaannemer is ingeschreven op de lijst van de erkende aannemers, dan wel zich beroept op de toepassing van artikel 3, § 1, 2°, van de voormelde wet van 20 maart 1991, dient te vermelden in de aanvraag tot deelneming of de offerte zelf.

10.5. Te dezen richt de verwerende partij op 16 juni 2010 een aangetekend schrijven aan de nv Eagle Construct waarin zij opmerkt dat de inschrijver niet over de vereiste erkenning klasse 6 beschikt en de inschrijver

uitnodigt om binnen een termijn van 12 kalenderdagen het bewijs voor te leggen dat een erkenningsdossier klasse 6 werd ingediend vóór 18 mei 2010, zijnde de datum van de opening van de offertes.

Bij aangetekend schrijven van 22 juni 2010 antwoordt de nv Eagle Construct in essentie dat zij er vanuit was gegaan dat de aanbesteding met betrekking tot perceel 7- Jodoigne verdeeld was in twee sub-loten, met name 7 en 7A, telkens voor werken uit te voeren voor een bedrag dat de grens van de erkenning in klasse 5 niet overschreed. Voorts merkt zij op dat ingeval de aanbestedende overheid ertoe verplicht zou zijn om de twee loten samen te voegen, het voor haar mogelijk is om de hogere erkenningsklasse aan te leveren door tussenkomst van één van haar partners met wie zij zeer regelmatig samenwerkt voor de dossiers waarin dit nodig is.

Bij brief van 2 juli 2010 bevestigt de Regie der Gebouwen dat de gunning van de opdracht de erkenning in klasse 6 vereist en nodigt zij de nv Eagle Construct uit om haar een bewijs te doen toekomen van het feit dat een van haar onderaannemers over de vereiste erkenning voor de opdracht beschikt en dat deze zich ertoe verbindt om effectief de opdracht uit te voeren en alle middelen ter beschikking te stellen om de werken tot een goed einde te brengen.

In het schrijven van 12 juli 2010 merkt de nv Eagle Construct vervolgens op dat haar onderaannemer nv Cordeel over een erkenning klasse 8 beschikt en dat deze zich ertoe verbindt om effectief de opdracht uit te voeren en alle middelen ter beschikking te stellen om de werken tot een goed einde te brengen. Als bijlage bij dit schrijven voegt de nv Eagle Construct het getuigschrift van de erkenning van de nv Cordeel toe en een verklaring van de nv Cordeel. Deze verklaring van 9 juli 2010 luidt als volgt:

“Par la présente nous déclarons que nous nous engageons à exécuter le marché en sous-traitance pour Eagle Construct sa et à mettre à disposition tous les moyens nécessaires pour mener à bien le marché mentionné en titre.”

[Met huidig schrijven verklaren wij dat wij ons ertoe verbinden om de opdracht in onderaanneming voor nv Eagle Construct uit te voeren en om

alle noodzakelijke middelen ter beschikking te stellen om de hiervoor vermelde opdracht tot een goed einde te brengen].

De verklaring is ondertekend door Bart Vanhalle, Commercieel Directeur.

In het gunningsverslag wordt opgemerkt dat alle inschrijvers, behalve nv Jan Snel, die niet over de vereiste erkenning beschikt, voldoen aan de technische, financiële en economische minimumeisen. De nv Eagle Construct voldoet hier volgens het gunningsverslag wel aan nu zij volgens verwerende partij het bewijs heeft geleverd dat één van haar onderaannemers, meer bepaald de nv Cordeel, de vereiste erkenning bezit.

10.6. Op het eerste gezicht dient te worden vastgesteld dat in de offerte van nv Eagle Construct nergens wordt vermeld dat nv Cordeel zal optreden als onderaannemer. In het inschrijvingsbiljet wordt de lijst met identificatie van de onderaannemers en het bedrag van de werken dat zal worden opgedragen aan de onderaannemers niet ingevuld. De nv Eagle Construct voegt enkel elders in haar offerte een lijst met zeven onderaannemers toe. Vastgesteld dient echter te worden dat de nv Cordeel evenmin voorkomt op deze lijst. Aldus wordt evenmin in de offerte meegedeeld dat nv Eagle Construct zich voor wat betreft het erkenningsvereiste beroept op de nv Cordeel en dat deze onderaannemer is ingeschreven op de lijst van de erkende aannemers wat betreft het vereiste erkenningsniveau, noch wordt bij de offerte een verbintenis vanwege deze onderaannemer gevoegd.

Uit de voornoemde stukken van het administratief dossier blijkt dat pas na de indiening van de offertes en nadat er een probleem bleek te zijn met de erkenning van de nv Eagle Construct, deze laatste plots één van haar partners met wie zij naar eigen zeggen vaak samenwerkt plots opgeeft als onderaannemer en daarbij tevens een zogenaamde verbintenis voorlegt vanwege nv Cordeel zetel Temse ondertekend door een “commercieel directeur” van deze laatste vennootschap.

In tegenstelling tot wat het geval is voor de onderaannemers die de nv Eagle Construct wel heeft opgegeven in haar offerte, blijkt ook uit de door de nv Eagle Construct achteraf ingediende stukken met betrekking tot de beweerde onderaannemer Cordeel nergens op welke delen van de opdracht deze onderaanneming betrekking zou hebben.

10.7. Op het eerste gezicht blijkt voorts niet dat verwerende partij, die in het gunningsverslag louter vermeldt dat de nv Eagle Construct voldoet aan het erkenningsvereiste nu zij het bewijs heeft geleverd dat één van haar onderaannemers, meer bepaald de nv Cordeel, de vereiste erkenning bezit, ook het bewijs dat verzoekende partij daadwerkelijk kan beschikken over de middelen van deze beweerde onderaannemer concreet en op zorgvuldige wijze heeft onderzocht.

Dit geldt des te meer daar, nog daargelaten de vraag of de verbintenis van de nv Cordeel ondertekend werd door een daartoe bevoegd persoon -te dezen een commercieel directeur-, deze beweerde onderaannemer op het eerste gezicht in strijd met artikel 90, § 1, 3°, van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 en het toepasselijke bestek niet in de offerte werd geïdentificeerd en ook uit de achteraf toegevoegde documenten nergens blijkt voor welk deel van de opdracht de nv Cordeel als onderaannemer zal worden ingeschakeld.

Op het eerste gezicht dient te worden vastgesteld dat het erkenningsvereiste volledig zou worden uitgehold indien het toelaatbaar zou worden geacht om *post factum* een andere onderneming als onderaannemer te vermelden met het oog op het voldoen aan het erkenningsvereiste, zonder dat bovendien de verbintenis vanwege deze beweerde onderaannemer concreet wordt onderzocht en blijkt waarop die onderaanneming precies betrekking heeft.

Het tweede middel is in de besproken mate dan ook ernstig.

11. Daarbij is er op het eerste gezicht geen reden om in het kader van de huidige procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid tevens te besluiten tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de impliciete weigeringsbeslissing om de opdracht aan verzoekende partij te gunnen, nu de hiervoor vastgestelde schending

in essentie betrekking heeft op een schending van de zorgvuldigheidsverplichting in hoofde van de aanbestedende overheid, waarbij de uitkomst van een eventueel nieuw, ditmaal zorgvuldig, onderzoek bij voorbaat niet vaststaat.

VIII. Belangenafweging

Standpunt van tussenkomende partij

12. In haar verzoekschrift tot tussenkomst vraagt de nv Eagle Construct de Raad van State om rekening te houden met de gevolgen van een gebeurlijke schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing voor het algemeen belang. Zij wijst erop dat de opdracht betrekking heeft op het plaatsen van prefab constructies die zullen dienen voor de huisvesting van asielzoekers en dat het geen betoog behoeft dat de huisvesting van asielzoekers een probleem is dat zich de laatste maanden zeer scherp heeft gesteld en waarvoor dringend een oplossing moet worden gezocht.

Beoordeling

13. Artikel 65/15, tweede lid, van de voormelde wet van 24 december 1993, daarin ingevoegd door de wet van 23 december 2009, luidt: “de verhaalinstantie houdt rekening met de vermoedelijke gevolgen van de schorsing van de uitvoering en van de voorlopige maatregelen voor alle belangen die kunnen worden geschaad, alsook met het openbaar belang, en kan beslissen om de schorsing van de uitvoering of de voorlopige maatregelen niet toe te staan wanneer hun negatieve gevolgen groter zouden zijn dan hun voordelen”.

14. Op het eerste gezicht lijkt er geen reden te zijn om in de voorliggende zaak met toepassing van voormelde belangenafweging te beslissen om de schorsing niet toe te staan.

De bestreden beslissing heeft immers slechts betrekking op één van de negen betrokken percelen en op het eerste gezicht vormt de opdracht slechts één van de initiatieven om tegemoet te komen aan de problematiek van de huisvesting van asielzoekers.

Bovendien sluit het middel op grond waarvan tot schorsing van de bestreden beslissing dient te worden besloten geenszins uit dat op zeer korte termijn een nieuwe beslissing zou worden genomen op grond van de reeds ingediende offertes.

Steun voor deze conclusie betreffende de belangenafweging kan voorts worden gevonden in het feit dat de belangenafweging uitsluitend wordt gevraagd door tussenkomende partij, doch geenszins door verwerende partij die geacht wordt dit openbaar belang te vertegenwoordigen.

BESLISSING

- 1. Het verzoek van de nv Eagle Construct tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.**
- 2. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 10 december 2010 van de minister van Financiën om de overheidsopdracht “Prefab constructies voor Fedasil (huisvesting van asielzoekers) – perceel 7 – Jodoigne” toe te wijzen aan de nv Eagle Construct.**
- 3. De Raad van State verwerpt de vordering voor het overige.**
- 4. De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.**

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 25 januari 2011, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

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

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest