

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 211.791 van 3 maart 2011
in de zaak A. 199.038/XII-6489**

In zake: de BVBA RENO MATERIA
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Marc Schoofs
kantoor houdend te 1800 Vilvoorde
Mechelsesteenweg 317
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE AFFLIGEM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jan Ghysels en Stephan Wyckaert
kantoor houdend te 1170 Brussel
Terhulpesteenweg 187
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 2 februari 2011, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Affligem dd. 28 december 2010, houdende de uitsluiting van de bvba Reno Materia van de deelneming aan de opdracht voor het bouwen van een uitvaartpaviljoen van de begraafplaats te Hekelgem en de gunning van de opdracht voor het bouwen van een uitvaartpaviljoen van de begraafplaats te Hekelgem aan de bvba Constreno bij aangetekend schrijven dd. 19 januari 2011 ter kennis gebracht aan verzoekende partij”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een administratief dossier ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 1 maart 2011, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Tim Wils, die loco advocaat Marc Schoofs verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Stephan Wyckaert, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Luc Vermeire 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. Verwerende partij schrijft een openbare aanbesteding uit voor een opdracht van werken, in de aankondiging genoemd “bouwen uitvaartpaviljoen begraafplaats Hekelgem”.

Deze opdracht wordt geraamd op 119.697,13 euro, btw niet inbegrepen of 144.833,53, btw inbegrepen.

3.2. De aankondiging van de opdracht wordt op 16 november 2010 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen.

Punt III.2) “Voorwaarden voor deelneming”, III.2.3)
“Vakbekwaamheid” vermeldt :

“Eventueel vereiste minimumeisen : Vereiste erkenning:
D1 (Ruwbouwwerken en onder kap brengen van gebouwen), Klasse 1
D22 (Metalen dakbedekkingen en zinkwerk), Klasse 1”.

3.3. Het bijzonder bestek 679/10/VD is van toepassing.

Het bestek vermeldt onder “Vereiste erkenning” (blz. 4) :

“De vereiste erkenning op basis van de raming van 29 oktober 2010 is :
(Onder)categorie : D1, D22.
[zie de wet van 20 maart 1991, het KB van 26 september 1991 en het MB
van 27 september 1991]”.

3.4. De offertes worden geopend op 20 december 2010. Drie offertes worden ingediend. Eén door verzoekende partij voor een totale inschrijvingsprijs van 98.697,568 euro, btw niet inbegrepen, één - volgens onder meer het proces-verbaal van opening der offertes en de bestreden beslissing - door Filip Schoefs - Constreno voor een totale inschrijvingsprijs van 134.157,06 euro, btw niet inbegrepen en één door de nv Kerkeveld voor een totale inschrijvingsprijs van 161.298,32 euro, btw niet inbegrepen.

Verzoekende partij voegt bij haar inschrijving het getuigschrift van erkenning voor aanneming van werken “Klasse 1, Categorieën D - G - Ondercategorieën D1 - D4 - D5 - D8 - D10 - D11 - D12 - D16 - D20 - D29 - P1-P2”.

De nv Kerkeveld voegt blijkbaar geen getuigschrift van erkenning toe.

De offerte van Constreno bevat een getuigschrift van erkenning op naam van F. Schoefs voor werken “Klasse 1, Categorie D - ondercategorieën D1 - D8 - D12 - D13 - D22 - P1”.

3.5. In een “verantwoordingsnota voor de toewijzing” van 21 december 2010 vermeldt de architect bij erkenning “in orde” voor verzoekende partij en Constreno en “niet in orde” voor nv Kerkeveld en stelt hij voor de opdracht te gunnen aan verzoekende partij.

Blijkbaar op 22 december 2010 geeft de financieel beheerder visum voor gunning aan Constreno. Bij gevraagde erkenning aannemer wordt vermeld “D1, D22, klasse 1” en “OK”.

3.6. Op 28 december 2010 neemt het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Affligem de bestreden beslissing die onder meer luidt:

“Het college,

[...]

Overwegende de verantwoordingsnota voor de toewijzing van de ontwerper;

Overwegende dat de firma Reno-Materia bvba, niet beschikt over de benodigde erkenning en zodoende uitgesloten wordt van deelneming.

[...]

Besluit

Artikel 1

Deze opdracht wordt gegund aan de laagste regelmatige bieder, zijnde Constreno, Nieuwe Steenweg 82 te 3700 Tongeren voor een bedrag van € 141.602,08 excl. btw of € 171.338,51 incl. 21% btw”.

Met een blijkbaar aangetekend verzonden brief van 10 januari 2011 deelt verwerende partij aan verzoekende partij mee dat het college van burgemeester en schepenen op 28 december 2010 de opdracht heeft gegund aan Constreno alsook : “Uw inschrijving werd niet weerhouden, gezien u niet de vereiste erkenning heeft, namelijk D22”. Er worden geen beroepsmogelijkheden vermeld.

3.7. Met een blijkbaar aangetekend verzonden brief van 12 januari 2011 deelt verzoekende partij mee hiermee niet akkoord te gaan. Zij meent dat er sprake is van een vergissing aangezien, enerzijds, bij afhaling van de aanbesteding duidelijk werd gesteld dat de “aanbesteding geldig is voor erkenning o/cat. D1 kl. 1” en dit eveneens bij publicatie werd vermeld, en, anderzijds, de inhoud van de uitvoerende werken eveneens ten belope van meer dan 80 % behoort tot deze categorie. Zij vraagt de beslissing binnen 10 dagen te herzien en kondigt aan anders genoodzaakt te zijn een schade-eis in te dienen.

3.8. Met een op 19 januari 2011 gedateerde maar blijkens de poststempel pas op 21 januari 2011 aangetekend verzonden brief bezorgt verwerende partij het collegebesluit van 28 december 2011 en deelt zij mee niet te kunnen ingaan op de vraag om het gunningsbesluit te herzien:

“In het bestek is namelijk opgenomen dat de vereiste erkenning deze is van categorie D1 en D22, beiden minstens klasse 1. Deze eisen met betrekking tot de gevraagde erkenningen werden bovendien eveneens vermeld in alle publicatiedocumenten (bulletin der aanbestedingen, bouwchroniek).

Gezien U volgens de gegevens van FOD Economie de erkenning D22 klasse 1 niet bezit, kan het gemeentebestuur onmogelijk de werken aan uw firma gunnen”.

Verwerende partij vermeldt, op grond van het voornemen van verzoekende partij een bijkomende schade-eis in te stellen, een vrijwillige wachtermijn van 15 dagen toe te kennen overeenkomstig de artikelen 65/11, 65/30 en 65/32 van de wet van 24 december 1993.

3.9. Per faxbericht van 25 januari 2011 deelt de vzw Confederatie Bouw aan verwerende partij mee dat zij verkeerdelijk vereist dat men in het bezit moet zijn van beide erkenningen (voor de categorieën D 1 én D 22) opdat men zou kunnen deelnemen aan de aanbesteding in kwestie.

3.10. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt ingediend op 2 februari 2011.

IV. De schorsingsvoorwaarden

4. Krachtens 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.

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

Bijgevolg 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.

Krachtens 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 ingevoerde artikel 65/15, eerste lid, is voor de schorsing van de thans bestreden beslissing het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist. Artikel 65/15, tweede lid, verplicht verzoekende partij bovendien tot het instellen van de

vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Dit geldt ongeacht of de opdracht de Europese drempel bereikt of niet. Artikel 65/31 van de wet van 24 december 1993 maakt artikel 65/15 immers ook toepasselijk op opdrachten die de Europese drempel niet bereiken.

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

V. Onderzoek van de middelen

Enig middel

6. Verzoekende partij voert in een enig middel onder meer de schending aan “van artikelen 2 en 3 van de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken, van art. 5, §§ 6 en 7, 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”.

Daartoe betoogt zij onder meer dat de opdracht meerdere werken bevat die in verschillende categorieën kunnen worden gerangschikt, namelijk de categorieën D1 en D22 maar dat het bedrag van het werk dat kan worden ondergebracht in de categorie D1 (61.331,718 euro) aanzienlijk hoger is dan het bedrag van het werk dat kan worden ondergebracht in de categorie D 22 (38.865,85 euro), zodat met toepassing van de artikelen 2 en 3 van de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken, alsook van artikel 5, §§ 6 en 7, van het voormelde 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, de aanneming te dezen diende te worden gerangschikt in de categorie D1, categorie waarin verzoekende partij erkend is. Verwerende partij heeft ten onrechte ook een erkenning in ondercategorie D22 vereist. Vereisen dat men als inschrijver over een erkenning voor zowel de ondercategorie D1 als voor de ondercategorie D22 moet beschikken, gaat manifest in tegen artikel 5, § 7, van het koninklijk besluit van 26 september 1991. Verzoekende partij werd aldus ten onrechte uitgesloten van deelname aan de aanbestedingsopdracht voor het bouwen van een uitvaarpaviljoen op de begraafplaats van Hekelgem.

Beoordeling

7. Overeenkomstig artikel 3, § 1, van de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken, mogen overheidsopdrachten 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.

8. Het wordt niet betwist dat de opdracht in kwestie dit in artikel 2 van het voornoemde koninklijk besluit van 26 september 1991 bepaalde bedrag van 75.000 euro (zonder btw) voor de in categorieën en 50.000 euro (zonder btw) voor de in ondercategorieën ingedeelde werken bereikt.

9. Werken worden overeenkomstig hun aard ingedeeld in de in artikel 4 van het voornoemde koninklijk besluit van 26 september 1991 bepaalde categorieën en ondercategorieën, die door de bevoegde minister nader kunnen worden bepaald.

10. Artikel 5, § 1, van dat koninklijk besluit stelt dat een aannemer in meer dan één categorie en/of ondercategorie en in verschillende klassen erkend kan worden. De erkenning in een categorie brengt evenwel geen erkenning in de daarbij behorende ondercategorieën met zich mee, behalve wat betreft de in § 2 tot § 4 opgesomde uitzonderingen. Deze lijken te dezen niet relevant: er wordt weliswaar bepaald dat de erkenning in de categorie D de erkenning in ondercategorie D1 met zich meebrengt onverminderd de toepassing van de vestigingsreglementering maar te dezen wordt niet betwist dat verzoekende partij erkend is in die ondercategorie D1.

Voorts bepaalt artikel 5, § 6, van hetzelfde koninklijk besluit dat, behoudens andersluidende bepaling in het bestek van de aanneming - andersluidende bepaling die te dezen niet *prima facie* blijkt uit het voorgelegde bestek - de erkenning in een categorie of ondercategorie voor een bepaalde aanneming de toelating tot het uitvoeren van de werken die door hun aard de aanvulling vormen van een in hoofdzaak uit te voeren werk meebrengt, zelfs indien ze tot een andere categorie of ondercategorie behoren.

Bij het bepalen in welke categorie of ondercategorie de werken, die het voorwerp van de opdracht uitmaken, moeten worden ingedeeld moet ook rekening worden gehouden met artikel 5, § 7, van het voornoemde koninklijk besluit van 27 september 1991. Luidens dat artikel 5, § 7, eerste lid, is “de categorie of ondercategorie waarin een aanneming die werken omvat die in verscheidene categorieën en/of ondercategorieën gerangschikt zijn, moet worden gerangschikt, [...] die waartoe het gedeelte van de uit te voeren werken behoort waarvan het bedrag het grootste percentage van de aannemingssom vertegenwoordigt”. Indien de aanneming werken van verschillende aard omvat waarvan de relatieve belangrijkheid ongeveer gelijk is, mag zij, luidens artikel 5, § 7, tweede lid, “gerangschikt worden in meerdere van de betreffende categorieën of ondercategorieën. De inschrijver dient evenwel slechts erkend te zijn in één van de voorgeschreven categorieën of ondercategorieën”.

11. Te dezen wordt de opdracht in de aankondiging van de opdracht en in het bestek gekwalificeerd als een opdracht voor aanneming van werken en gerangschikt in de categorie D, klasse 1, en D22, klasse 1.

Categorie D1 wordt in artikel 4 van het voornoemde koninklijk besluit van 26 september 1991 omschreven als “alle ruwbouwwerken en onder kap brengen van gebouwen”.

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 categorie D1 “alle ruwbouwwerken en onder kap brengen van gebouwen” nader omschreven als:

“Bouwwerken onder meer in metselwerk, in beton of voorgespannen beton, waardoor het skelet van om het even welk bouwwerk of gebouw wordt gerealiseerd en waardoor de stevigheid, de weerstand en de bescherming ervan wordt verzekerd, het onder kap brengen al dan niet inbegrepen.

Deze werken omvatten metsel-, bekistings-, wapenings- en betoneringswerken aan gebouwen, de funderingen, uitgezonderd deze voorzien in de ondercategorie E.2, de bouw van muren, het bouwen en plaatsen van geprefabriceerde elementen - werken die onder de naam ‘ruwbouw’ en ‘onder kap brengen’ gekend zijn - evenals de veranderings- of herstellingswerken in metselwerk of beton aan deze gebouwen of bouwwerken.

Worden eveneens bedoeld, de voeg- en dichtingswerken aan de in de categorie D bepaalde gebouwen, bijvoorbeeld door injectie of bij middel van waterdichte mortel”.

Categorie D22 wordt in artikel 4 van het voornoemde koninklijk besluit van 26 september 1991 omschreven als “metalen dakbedekkingen en zinkwerk”.

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 die categorie D22 “metalen dakbedekkingen en zinkwerk” nader omschreven als:

“Het uitvoeren van alle zinkwerk, of werken inzake het plaatsen, herstellen en veranderen van metalen dakbedekking van bouwwerken. Onder zinkwerk en metalen dakbedekkingen van bouwwerken wordt begrepen het geheel van metalen materialen, die de uitwendige bekleding van een dak uitmaakt, daarin begrepen het afvoersysteem voor regenwater”.

12. De verwijzing in het bestek en de aankondiging van de opdracht naar de ondercategorieën D1 en D22 lijkt luidens voormeld artikel 5, § 7, tweede lid, van het voormelde koninklijk besluit van 26 september 1991 te veronderstellen dat verwerende partij ten tijde van het opstellen van het bestek en de aankondiging van mening was dat de aanneming werken van verschillende aard omvat waarvan de relatieve belangrijkheid ongeveer gelijk is. Zoals uitdrukkelijk bepaald in dat artikel 5, § 7, tweede lid, moet de inschrijver dan evenwel slechts erkend zijn in één van de voorgeschreven categorieën of ondercategorieën.

Aangezien verzoekende partij erkend is in ondercategorie D1 lijkt zij dan ook niet te kunnen worden uitgesloten van deelneming aan de opdracht, trouwens ook de conclusie waartoe de architect van verwerende partij kwam in zijn voorstel de opdracht aan verzoekende partij te gunnen - waarbij noch uit het dossier noch uit de bestreden beslissing lijkt te kunnen worden afgeleid waarom verwerende partij vervolgens anders besliste.

Nu verzoekende partij wel is uitgesloten lijkt de schending aangetoond van de bepalingen waarnaar in het middel wordt verwezen en die hiervoor zijn aangehaald.

13. In de mate dat verwerende partij thans van oordeel zou zijn dat de werken enkel vallen onder ondercategorie D22 blijkt niet uit het dossier of uit de bestreden beslissing waarom zij tot die wijziging van kwalificatie kwam, nog daargelaten de vraag of die keuze afdoende blijkt uit de beslissing zelf. Daarin

wordt weliswaar vermeld dat verzoekende partij niet beschikt over “de benodigde erkenning” en in de brief van 10 januari 2011 wordt vermeld dat de inschrijving van verzoekende partij niet werd “weershouden” omdat zij “niet de vereiste erkenning heeft, namelijk D22” maar in het visum van de financieel beheerder dat akkoord gaat met de gunning aan bvba Constreno wordt nog steeds verwezen naar een erkenning “D1, D22” en ook in de brief van 19 januari 2011 verwijst verwerende partij nog naar de in het bestek vereiste erkenning van categorie D1 en D22 zonder te vermelden dat zij in de bestreden beslissing van oordeel was dat de werken enkel vallen onder ondercategorie D22.

Het lijkt thans dan ook niet dat werd beslist dat de werken enkel behoren tot ondercategorie D22 laat staan dat uit het dossier zou kunnen worden afgeleid waarom verwerende partij tot dat oordeel kwam. De vraag of wettig tot dat besluit zou kunnen worden gekomen en wat de gevolgen daarvan zouden zijn, dient thans dan ook niet -en kan zelfs niet- te worden onderzocht.

14. Bijgevolg is het enig middel ernstig in de mate dat het steunt op de schending van de artikelen 2 en 3 van de voormelde wet van 20 maart 1991 en artikel 5, §§ 6 en 7 van het voormelde koninklijk besluit van 26 september 1991.

Aldus lijkt verzoekende partij ten onrechte uitgesloten van deelneming aan de opdracht en staat ook niet meer vast dat de opdracht werd gegund aan de laagste regelmatige inschrijver; blijkens het verslag van de architect zou dit verzoekende partij zijn.

Deze vaststellingen volstaan om daarop de gevraagde schorsing te steunen.

BESLISSING

De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de Gemeente Affligem van 28 december 2010, houdende de uitsluiting van de bvba RENO MATERIA van de deelneming aan de opdracht voor het bouwen van een uitvaartpaviljoen op de begraafplaats te Hekelgem en houdende de gunning van die opdracht aan CONSTRENO.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 3 maart 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