

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 217.835 van 9 februari 2012
in de zaak A. 192.284/XII-5790**

In zake: 1. de NV HEIJMANS INFRA
2. de BV HEIJMANS INFRA TECHNIEK
3. de THV NV HEIJMANS INFRA - BV HEIJMANS INFRA
TECHNIEK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Cies Gysen
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister
van Landsverdediging

Tussenkommende partij:

de NV BALLAST NEDAM ENVIRONMENTAL
ENGINEERING
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Kristof Keyser en Bert Gregoir
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
Vlaamse Kaai 54-57
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 20 april 2009, strekt tot de
nietigverklaring van

“- de beslissing van onbekende datum van de Minister van
Landsverdediging [...] waarbij de offerte van [de thv nv Heijmans Infra –
bv Heijmans Infra Techniek] in het kader van de opdracht betreffende
Brustem, voormalig militair vliegveld - bodemsaneringswerken op depot
AB ingevolge een verontreiniging met minerale olie en BTEX - deel 1:

Saneringswerken [...] als regelmatig wordt beschouwd doch niet wordt verkozen, voor de toewijzing van de opdracht;
- de beslissing uitgaande van de Minister van Landsverdediging waarbij voorliggende overheidsopdracht wordt gegund aan de nv Ballast Nedam Environmental Engineering uit Meer”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partijen hebben een memorie van wederantwoord ingediend.

De nv Ballast Nedam Environmental Engineering heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 16 oktober 2009. De tussenkomende partij heeft een memorie ingediend.

Auditeur Alexander Van Steenberge heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partijen, de verwerende partij en de tussenkomende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 22 november 2009.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Stephanie Taelemans, die loco advocaat Cies Gysen verschijnt voor de verzoekende partijen, Majoor Militair Administrateur Philippe Van Gyseghem, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Najat Joundi, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Alexander Van Steenberge 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 ministerie van Landsverdediging schrijft als aanbestedende overheid in de loop van 2008 een openbare aanbesteding uit voor aanneming van werken met als opdracht bodemsanering op het voormalig militair vliegveld te Brustem, Depot AB, ingevolge een verontreiniging met minerale olie en BTEX, deel 1: Saneringswerken.

3.2. De aankondiging van de opdracht wordt op 23 september 2008 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen.

Inzake de vereiste economische en financiële draagkracht en vakbekwaamheid wordt vermeld: “Categorie G klasse 5 of ondercategorie G1 klasse 5”.

3.3. De opdracht is onderworpen aan de bepalingen van het bestek MRMP-I/P N° 8IP051/2. Het bestek legt de volgende vereiste inzake erkenning op:

“De inschrijver dient het bewijs te leveren van erkenning in de Categorie G, klasse 5 of ondercategorie G1 klasse 5 hetzij de bewijzen te leveren dat hij voldoet aan de voorwaarden gesteld door of krachtens de wetgeving betreffende de erkenning van aannemers van werken”.

3.4. Op 28 oktober 2008 worden de offertes geopend. Tien ondernemingen hebben een offerte ingediend. Tussenkomen de partij, namelijk de nv Ballast Nedam Environmental Engineering, heeft de offerte met de laagste prijs, namelijk 569.000 euro, ingediend, verzoekende partijen de offerte met de tweede laagste prijs, namelijk een bedrag van 576.883,91 euro.

Bij haar offerte voegt tussenkomende partij geen bewijs van erkenning.

3.5. Met een brief van 3 november 2008 vraagt de aanbestedende dienst aan de FOD Economie, KMO, Middenstand en Energie om advies uit te brengen over de geschiktheid van tussenkomende partij om de saneringswerken uit te voeren en “dit conform art 3, § 1 van [de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken] en art 8 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]” en zij schrijft hierbij het volgende:

“[Ballast Nedam uit Nederland] heeft ingeschreven via een zetel in België. Uit de documenten uit de offerte blijkt dat haar aanvraag tot registratie in België werd ingediend en dat, op het eerste gezicht, de firma over voldoende technische en financiële capaciteit beschikt om de saneringswerken tvv Defensie uit te voeren”.

3.6. Tussenkomende partij wijst er in een brief van 3 november 2008 aan verwerende partij op dat de registratie van “Ballast Nedam” (Nederland) nakend is en “dat Ballast Nedam Infra de (overkoepelende) moederorganisatie is waarvan Ballast Nedam Environmental Engineering zowel juridisch, financieel als technisch onderdeel uitmaakt”.

3.7. Op 5 december 2008 wordt een gunningsverslag opgesteld. Er wordt voorgesteld om de opdracht toe te wijzen aan tussenkomende partij. De bij het gunningsverslag gevoegde adviezen verklaren zich akkoord met dit voorstel mits er een behoorlijke erkenning gebeurt.

Wat het gebrek aan erkenning van tussenkomende partij betreft wordt in het verslag opgemerkt:

“De erkenning in categorie G, klasse 5 of ondercategorie G,1 klasse 5 wordt vereist.

De aannemer is niet in het bezit van de vereiste erkenning. Het advies van de erkenningscommissie werd gevraagd voor deze aannemer. (zie bijlage farde 8)

Aangezien de firma voldoende referenties mbt gelijkaardige werken (omvang en bedrag) toevoegt aan haar dossier gaat de aanbestedende overheid er van uit dat de erkenningscommissie en de bevoegde Gewestminister positief zullen oordelen over dit dossier. Alvorens te notificeren zal de aanbestedende overheid deze positieve beslissing afwachten. In geval van negatief advies zal een nieuw dossier ingediend worden bij BFC/IF.”

3.8. Op 6 januari 2009 verstuurt tussenkomende partij, na telefonisch contact met de verwerende partij, een brief waarbij zij als bijlage een stuk toevoegt waaruit blijkt dat de bv Ballast Nedam Infra een volledig dossier heeft ingediend bij de FOD Economie, KMO, Middenstand en Energie met het oog op de erkenning als aannemer van werken. In deze brief benadrukt tussenkomende partij dat de bv Ballast Nedam Infra haar (overkoepelende) moederorganisatie is.

3.9. Op 22 januari 2009 antwoordt de FOD Economie, KMO, Middenstand en Energie aan verwerende partij dat de minister-president van de Vlaamse regering het verzoek met toepassing van artikel 3, § 1, 2°, van de wet van 20 maart 1991 houdende de regeling van de erkenning van aannemers van werken met betrekking tot tussenkomende partij afwijst omdat de vereiste bewijsstukken niet zijn voorgelegd.

3.10. Op 11 februari 2009 bezorgt tussenkomende partij het getuigschrift van erkenning van de bv Ballast Nedam Infra voor klasse 5, categorieën A-E - Ondercategorie C5 en klasse 8, Categorieën B-C-D-G- ondercategorieën B1-C1-D1 aan verwerende partij. In deze brief benadrukt tussenkomende partij nogmaals dat de bv Ballast Nedam Infra haar (overkoepelende) moederorganisatie is.

3.11. Op 13 februari 2009 stuurt tussenkomende partij het volgend e-mailbericht naar verwerende partij:

“Allereerst wil ik u bedanken voor uw snelle reactie op onze brief. Wij waarderen het zeer dat u ons dossier positief kunt beoordelen en zien uit naar een samenwerking in de (nabije) toekomst.

Bijgevoegd vindt u een aantal documenten waaruit de juridische relatie tussen Ballast Nedam Infra, Ballast Nedam milieutechniek en Ballast Nedam Environmental Engineering bewezen wordt. Uit de stukken kan geconcludeerd worden dat Ballast Nedam Infra enig aandeelhouder is van Ballast Nedam Milieutechniek. Daarnaast kan geconcludeerd worden dat Ballast Nedam Milieutechniek ook onder de handelsnaam Ballast Nedam Environmental Engineering opereert en dat Infra en Milieutechniek ook onder de handelsnaam Ballast Nedam Environmental Engineering opereert en dat Infra en Milieutechniek tezamen en gelijkwaardig het geheel der aandelen van Ballast Nedam Environmental Engineering bezit.

Wij vertrouwen erop dat u met bijgevoegde stukken voldoende informatie ter beschikking heeft en zijn natuurlijk altijd bereid om een en ander toe te lichten.”

3.12. Op onbekende datum wordt de opdracht gegund aan tussenkomende partij, aangezien verwerende partij van oordeel is dat zij de laagste regelmatige offerte heeft ingediend.

Deze beslissing wordt met een aangetekende brief van 20 februari 2009 aan verzoekende partijen ter kennis gebracht en met een aangetekende brief van 25 maart 2009 aan tussenkomende partij.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4. Een tijdelijke handelsvennootschap heeft overeenkomstig de artikelen 2, § 1, en 47 van het Wetboek van Vennootschappen geen rechts-persoonlijkheid en ontbeert bijgevolg de vereiste procesbekwaamheid.

Het beroep is dan ook onontvankelijk in hoofde van de derde verzoekende partij.

V. Onderzoek van het eerste middel

Standpunt van de partijen

5. In het middel voeren verzoekende partijen de schending aan van artikel 3 van de wet van 20 maart 1991 houdende de regeling van de

erkenning van aannemers van werken, van artikel 52 van de richtlijn 2004/18/EG van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, van artikel 15 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, van de beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel.

Verzoekende partijen betogen in dit middel in essentie dat tussenkomende partij op het moment van de gunning zelf niet over de vereiste erkenning beschikt en dat verwerende partij ten onrechte aanvoert dat tussenkomende partij een beroep kan doen op de recent verkregen erkenning van een andere, juridisch onderscheiden, onderneming uit dezelfde groep namelijk die van de bv Ballast Nedam Infra; tussenkomende partij leverde immers, aldus verzoekende partijen, niet het bewijs dat zij werkelijk kan beschikken over de middelen van haar moederbedrijf die voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijk zijn.

6. Volgens verwerende partij in haar memorie van antwoord heeft tussenkomende partij haar vóór de gunning laten weten dat zij een beroep deed op de erkenning van haar overkoepelende moederorganisatie die wel over de vereiste erkenning beschikte. Volgens de verkregen informatie kan tussenkomende partij wel degelijk werkelijk beschikken over de binnen de groep voorhanden zijnde middelen.

Zij verwijst voorts naar artikel 48.2 van de voornoemde richtlijn 2004/18/EG waarbij bepaald wordt dat “een ondernemer [...] zich in voorkomend geval en voor welbepaalde opdrachten [kan] beroepen op de draagkracht van andere entiteiten, ongeacht de juridische aard van zijn banden met die entiteiten. In dat geval moet hij de aanbestedende dienst aantonen dat hij kan beschikken over de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke middelen, bijvoorbeeld door overlegging van de verbintenis van deze entiteiten om de ondernemer de nodige middelen ter beschikking te stellen”. Ook verwijst zij naar de artikelen 18 en 19 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en

diensten en de concessies voor openbare werken, die uitvoering geven aan de richtlijnbepalingen.

Concreet wijst verwerende partij op de documenten waaruit blijkt dat tussenkomende partij zowel juridisch, financieel, economisch als technisch een onderdeel is van de Ballast Nedam Groep, waarvan de bv Ballast Nedam Infra de overkoepelende moedermaatschappij is. Rechtstreeks is de bv Ballast Nedam Infra voor de helft aandeelhouder van tussenkomende partij en onrechtstreeks voor de andere helft. Hieruit blijkt dat, zo vervolgt verwerende partij, tussenkomende partij gecontroleerd wordt door de bv Ballast Nedam Infra. “Bijgevolg kan Ballast Nedam Infra beslissen financiële en economische draagkracht, als technische bekwaamheid ter beschikking te stellen van Ballast Nedam Environmental Engineering, om haar de zekerheid te bezorgen dat Ballast Nedam Environmental Engineering de betrokken overheidsopdracht volwaardig zou kunnen uitvoeren.”

7. Tussenkomende partij stelt geen verschil te zien tussen het gebruik van de technische middelen en het gebruik van de erkenning toebehorend aan een andere vennootschap. Mocht de Raad wel dergelijk onderscheid maken dan dient het Grondwettelijk Hof de grondwettigheid van de artikelen 18 en 19 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 na te gaan.

Beoordeling

8. Krachtens artikel 3 van de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken, mag de opdracht slechts worden gegund aan een aannemer die op het ogenblik van de gunning hiervoor erkend is dan wel de bewijzen heeft geleverd dat hij voldoet aan de voorwaarden gesteld door of krachtens deze wet.

Volgens de artikelen 18, tweede lid, en 19, 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, kan de financiële en economische draagkracht en de technische bekwaamheid van de aannemer van werken worden aangetoond door zich in

voorkomend geval en voor welbepaalde opdrachten te beroepen op de draagkracht van andere entiteiten, ongeacht de juridische aard van zijn band met die entiteiten; hij moet in dat geval aantonen dat hij zal beschikken over de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke middelen door overlegging van de verbintenis van deze entiteiten om de aannemer dergelijke middelen ter beschikking te stellen.

9. Het toepasselijke bestek schrijft een erkenning categorie G klasse 5 of ondercategorie G1 klasse 5 voor. Het wordt niet betwist dat tussenkomende partij hiervoor niet zelf erkend is.

Tussenkomende partij beroept zich op de erkenning van de bv Ballast Nedam Infra. Deze laatste is voor 50 % aandeelhouder van tussenkomende partij. De overige 50 % van de aandelen is in handen van de bv Ballast Nedam Milieutechniek die op haar beurt volledig in handen is van de bv Ballast Nedam Infra. Deze laatste controleert aldus op rechtstreekse en onrechtstreekse wijze tussenkomende partij.

Tussenkomende partij omschrijft haar relatie met de bv Ballast Nedam Infra als volgt:

“Volledigheidshalve melden wij u dat Ballast Nedam Infra de (overkoepelende) moederorganisatie is waarvan Ballast Nedam Environmental Engineering zowel juridisch, financieel economisch als technisch onderdeel uitmaakt.”

10. Daargelaten de vraag in hoeverre een inschrijver zich mag beroepen op de erkenning van een andere onderneming in het kader van voornoemde artikelen 18 en 19 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 dient te worden vastgesteld dat het enkele feit dat de inschrijver behoort tot een groep van ondernemingen niet volstaat om aan te tonen dat hij zich voor voorliggende opdracht kon beroepen op de draagkracht van deze andere ondernemingen of kon beschikken over de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke middelen; het tot een zelfde groep behoren laat evenmin toe *ipso iure* een verbintenis te veronderstellen ten aanzien van de inschrijver vanwege de andere ondernemingen, inzonderheid wanneer zoals hier het gaat om

onderscheiden rechtspersonen en de inschrijver zich beroept op de referenties van een onderneming die het moederbedrijf is terwijl hij geen verbintenis aanduidt of voorlegt waaruit blijkt dat dit moederbedrijf zich op enig vlak engageert ten aanzien van de inschrijver.

Verwerende partij heeft aldus uit de door de inschrijver ingediende offerte ten onrechte afgeleid dat tussenkomen de partij zich met zekerheid kon beroepen op de referenties van de bv Ballast Nedam Infra. Het staat dan ook niet vast dat de opdracht werd gegund aan de laagste regelmatige inschrijver.

10.3. Het middel is gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep in hoofde van de derde verzoekende partij.

2. De Raad van State vernietigt de beslissing van onbekende datum van het ministerie van Landsverdediging waarbij de opdracht bodemsaneringswerken voormalig militair vliegveld te Brustem - depot AB ingevolge verontreiniging met minerale olie en BTEX, deel 1: Saneringswerken, wordt toegewezen aan de nv Ballast Nedam Environmental Engineering en niet aan de thv nv Heijmans Infra – bv Heijmans Infra Techniek.

3. De derde verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van haar beroep, begroot op 175 euro.

De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep van de eerste en de tweede verzoekende partij, begroot op 350 euro.

De tussenkomen de partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 9 februari 2012, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Geert Van Haegendoren,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest