

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 218.831 van 5 april 2012
in de zaak A. 204.064/XII-6886**

In zake: de NV DELTRONIC
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Peter Flamey en Joost Bosquet
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Jan van Rijswijcklaan 16
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
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jozef F. Wynant

Verzoekende partij in tussenkomst:

ICOM FRANCE SAS, vennootschap naar Frans recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Catherine Wijnants en Olivier Prost
kantoor houdend te 1050 Brussel
Boondaalsesteenweg 6
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

De vordering, ingesteld op 19 maart 2012, strekt tot de schorsing
bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van

“het besluit van de Regie der Gebouwen dd. 1 maart 2012 houdende
gunning van de overheidsopdracht tot levering, plaatsing en in dienst

stellen van installaties voor individuele persoonsbeveiliging met geolokalisatie en wachtronde via een geïntegreerd radiocommunicatienet in de penitentiaire instellingen in België volgens bestek nummer 11.02.0000.050E-WT in het kader van een openbare aanbesteding, aan de firma Icom France voor een bedrag van 1.209.602,36 euro btw inclusief, en waarbij tegelijkertijd beslist werd dat Deltronic nv niet weerhouden werd omdat deze niet zou voldoen aan de minimumvereisten op financieel, economisch en technisch vlak zoals vastgesteld in de aankondiging van opdracht en/of in het bestek op grond van de motivering inzake de erkenningsvereisten, en waarbij derhalve beslist werd om de opdracht niet te gunnen aan Deltronic nv”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 27 maart 2012 heeft Icom France Sas gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 3 april 2012, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Joost Bosquet, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Alexei Loubkine, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Anouk De Graef, die loco advocaat Catherine Wijnants 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 een openbare aanbesteding uit voor de opdracht genaamd “installaties voor individuele persoonsbeveiliging met geolokalisatie en wachtronde via een geïntegreerd radiocommunicatienet in de penitentiaire instellingen in België”. De opdracht omvat “de levering, de plaatsing en het in dienst stellen” van deze installaties.

De looptijd van de opdracht bedraagt maximum 3 jaar en minimum één jaar.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 21 september 2011 met verbeteringsberichten op 12, 27 en 28 oktober 2011.

De waarde wordt volgens de aankondiging geraamd tussen de 450.000 en 4.590.000 euro, btw niet inbegrepen.

Uit de aankondiging blijkt dat de opdracht door de aanbestedende overheid wordt gekwalificeerd als een opdracht van werken en er wordt verwezen naar CPV-code 45314000. Voorts bevat de aankondiging de volgende minimumeis:

“Erkenning: voor de toewijzing van de opdracht worden de werken die het voorwerp zijn van deze aanneming gerangschikt in categorie P1 en de aanbestedende overheid is van oordeel dat zij tot klasse 5 behoren.”

3.3. In het op de opdracht van toepassing zijnde bijzonder bestek met nr. 11.02.0000.050E-WT wordt het voorwerp van de opdracht omschreven als volgt:

“De onderhavige aanneming heeft betrekking op de levering, plaatsing, aansluiting en inbedrijfstelling, met inbegrip van het onderhoud tijdens de garantieperiode, van de systemen voor individuele persoonsbescherming

met geolokalisatie en wachtrondecontrole via een telecommunicatienetwerk met geïntegreerde radio in de penitentiaire instellingen over gans België.

De werken worden uitgevoerd voor rekening van de Regie der Gebouwen, in toepassing van de wet van 1 april 1971 houdende oprichting van de Regie der Gebouwen.”

Voorts herhaalt het bestek de reeds in de aankondiging gestelde erkenningsvereiste.

Verzoekende partij dient op 27 oktober 2011 een beroep tot nietigverklaring in tegen de beslissing houdende vaststelling en goedkeuring van het bestek waarbij zij onder meer beweert dat verwerende partij ten onrechte de opdracht als een aanneming van werken kwalificeert en ten onrechte de voorlegging vraagt van een erkenning (zaak A.202.314/XII-6746).

3.4. Zes inschrijvers dienen een offerte in waaronder verzoekende partij.

Uit de klassering van de offertes volgens het bedrag bij opening blijkt dat de offerte van verzoekende partij als tweede laagste staat gerangschikt, na de offerte van Icom France SAS.

In haar offerte wijst verzoekende partij op het overbodig karakter van het dossier inzake erkenning gelet op de aard van de opdracht.

3.5. Op 2 december 2011 verleent de Commissie voor Erkenning der Aannemers, naar aanleiding van het verzoek van de Regie der gebouwen in toepassing van artikel 3, § 1, 2°, en van artikel 6 van de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers over verzoekende partij, op basis van de bij haar offerte gevoegde referenties een negatief advies voor een erkenning in klasse 5 en een gunstig advies voor klasse 4.

Op 9 januari 2012 hecht de Vlaamse minister van Bestuurszaken Binnenlands Bestuur, inburgering, Toerisme en Vlaamse Rand zijn goedkeuring aan voormeld advies.

3.6. Op 1 maart 2012 beslist de Regie der Gebouwen om de opdracht te gunnen aan Icom France SAS als laagste regelmatige inschrijver.

Met betrekking tot verzoekende partij wordt in de gemotiveerde beslissing het volgende opgemerkt:

“Dat in toepassing van de artikels 16 tot 20 van het K.B. van 8 januari 1996, de hierna vermelde aannemer niet weerhouden werd omdat hij niet voldoet aan de minimumvereisten op financieel, economisch en technisch vlak zoals vastgelegd in de aankondiging van opdracht en/of in het bestek:

- DELTRONIC N.V.

Motivering: Erkenning in klasse 4 voor deze aannemer en erkenning in klasse 5 vereist voor deze aannemingsopdracht”.

Uit de beslissing blijkt voorts dat de offertes van de overige inschrijvers na verbetering als volgt worden gerangschikt:

Aannemers	Bedragen excl B.T.W.	Bedragen incl. B.T.W.
Icom France s.a.s.	999.671,37 €	1.209.602,36 €
AEГ Belgium	1.097.177,08 €	1.327.584,27 €
S.A.I.T. Zenitel	1.238.741,79 €	1.498.877,57 €
Johnson Controls	1.528.501,88 €	1.849.487,27 €
VolkerWessels Telecom Belgium	1.671.129,67 €	2.022.066,90 €

3.7. Bij aangetekend schrijven van 5 maart 2012 wordt verzoekende partij in kennis gesteld van voormelde beslissing.

IV. Tussenkost

4. De verzoekende partij in tussenkost blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet haar verzoek worden ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van het beroep

5.1. Verwerende partij betwist de ontvankelijkheid van het beroep en werpt daartoe een aantal excepties op.

5.2. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over de excepties uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak daarover zou alleen nodig zijn indien zou komen vast te staan dat de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, te dezen niet het geval is.

VI. De schorsingsvoorwaarden

6.1. 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.

6.2. Te dezen is evenwel 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, van toepassing.

Luidens het door voornoemde wet van 23 december 2009 in de wet van 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is 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 het enige middel

Uiteenzetting

7. Het enige middel is genomen uit de schending van artikel 5 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, de artikelen 44 en 45 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, het zorgvuldigheidsbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur, het niet-discriminatiebeginsel en uit ontstentenis van de rechtens vereiste feitelijke en juridische grondslag.

Verzoekende partij voert aan dat zij ten onrechte niet geselecteerd werd gelet op het gebrek aan de krachtens het bestek vereiste erkenningsgraad in de klasse 5, ondercategorie P1.

Zij wijst er op dat de opdracht voor het leveren, plaatsen en in dienst stellen van diverse apparatuur voor persoonsbeveiliging binnen de

penitentiaire inrichtingen in strijd met voormeld artikel 5 van de wet gekwalificeerd werd als een overheidsopdracht voor aanneming van werken. Zowel het onderscheidingscriterium van de overwegende relatieve waarde als het hoofdzakelijk voorwerp van de opdracht doen volgens haar immers ondubbelzinnig besluiten tot een overheidsopdracht voor aanneming van leveringen. Ook de omstandigheid dat bepaalde installatiewerkzaamheden figureren onder de NACE-categorieën Sectie F, klasse 45.31 die voorkomen als bijlage 1 bij de wet van 24 december 1993 doet volgens verzoekende partij geen afbreuk aan de werkelijke aard van de voorliggende opdracht, aangezien deze volkomen accessoir zijn aan de verplichting tot levering van de apparatuur.

Aangezien de voorschriften inzake de kwalitatieve selectie voor overheidsopdrachten voor aanneming van leveringen opgenomen onder artikel 44 en 45 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 niet voorzien in een bewijsmiddel ter staving van de technische bekwaamheid of financieel-economische draagkracht onder verwijzing naar een erkenningsattest in een bepaalde categorie of klasse, kon verwerende partij geen erkenningsvereiste stellen in het bestek. Ook artikel 3 van de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers schrijft slechts een erkenningsgraad voor in zoverre sprake is van een overheidsopdracht voor aanneming van werken.

Ten slotte wijst verzoekende partij er op dat de gehanteerde minimumeisen voor de selectie van de inschrijvers objectief en relevant dienen te zijn en in een redelijke verhouding dienen te staan tot de aard, de omvang en de complexiteit van de opdracht. De vereiste voorlegging van een erkenningsgraad bestemd voor aannemingswerken en niet voor leveringen is volgens haar kennelijk niet relevant voor de voorliggende opdracht

Beoordeling

8. Verwerende partij werpt op dat verzoekende partij geen belang heeft bij dit middel omdat zelfs indien de offerte van verzoekende partij niet was

geweerd op grond van een beweerd onrechtmatig criterium van erkenning de opdracht nog steeds aan Icom France SAS en niet aan verzoekende partij zou zijn toegewezen aangezien de door laatstgenoemde ingediende offerte niet de laagste regelmatige offerte is.

Aangezien, zoals hierna zal blijken, het middel niet ernstig is, dient niet te worden ingegaan op deze exceptie.

9. Het hoofdzakelijk doel en het hoofdvoorwerp van de opdracht lijken op het eerste gezicht wel degelijk de installatie van een telecommunicatiesysteem in zijn geheel te zijn in de diverse penitentiaire instellingen in België en niet het leveren van vaste en draagbare toestellen, antennes enzovoort, zoals verzoekende partij beweert.

Dit blijkt op het eerste gezicht reeds uit de benaming van de opdracht: “installaties voor individuele persoonsbeveiliging met geolokalisatie en wachtronde via een geïntegreerd radiocommunicatienet in de penitentiaire instellingen in België” en de in de aankondiging vermelde CPV-code 45314000 die betrekking heeft op het “installeren van telecommunicatie-uitrusting” (Verordening (EG) nr. 213/2008 van de Commissie van 28 november 2007 tot wijziging van Verordening (EG) nr. 2195/2002 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de gemeenschappelijke woordenlijst overheidsopdrachten (CPV) en tot wijziging van de Richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad inzake de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten, in verband met de herziening van de CPV).

Ook in de technische bepalingen van het bestek worden, zo lijkt, eerst de algemene kenmerken omschreven waaraan het communicatienetwerk dient te voldoen alvorens nader in te gaan op de vereisten inzake de verschillende toestellen en het materiaal zelf.

Bij de besteksbepalingen betreffende de omvang van het contract wordt gewag gemaakt van een bestelling per penitentiare instelling of per entiteit van een penitentiare instelling wat evenzeer duidt op een installatie van een gehele telecommunicatie uitrusting.

De installatie van een telecommunicatiesysteem wordt bovendien uitdrukkelijk vermeld als werk, zowel in bijlage 1 bij de voormelde wet van 24 december 1993 onder de klasse 45.31 “Elektrische installatie” als in artikel 4 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 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.

Daarbij lijkt *prima facie* ook te mogen worden aangenomen dat gelet op de bijzondere veiligheidscontext van de penitentiare instellingen een bijzondere waarde wordt gehecht aan de beoogde werkzaamheden.

Voorts wordt de door verzoekende partij uitgevoerde analyse van de relatieve waarde van de werken, leveringen en diensten binnen de huidige opdracht zowel door verwerende partij als tussenkomende partij uitvoerig betwist. Bovendien lijkt dergelijke analyse op het eerste gezicht niet determinerend te zijn, gelet op het vastgestelde hoofdzakelijke doel van de opdracht.

10. Verzoekende partij lijkt op het eerste gezicht en in de huidige stand van het geding dan ook het uitgangspunt van haar middel niet aannemelijk te maken, namelijk dat de opdracht ondubbelzinnig een opdracht voor de aanneming van leveringen zou zijn, waarvoor dan ook geen erkenning vereist zou zijn.

11. Aldus lijkt evenmin aangetoond dat de door verwerende partij gehanteerde minimumeisen kennelijk niet relevant zouden zijn voor de voorliggende opdracht.

12. Het enige middel is niet ernstig zodat de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient te worden verworpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van Icom France SAS tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 175 euro.

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 5 april 2012, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,

staatsraad,

waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Frank Bontinck,

griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Pierre Barra