

**RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK**

**VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER**

**A R R E S T**

**nr. 221.392 van 13 november 2012  
in de zaak A. 206.738/XII-7114**

In zake: de BVBA STRABO WEGENBOUW  
bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaat Patrick Mensalt  
kantoor houdend te 1852 Beigem  
Gemeentehuisstraat 26  
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE WEMMEL  
bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaat Jens Debièvre  
kantoor houdend te 1000 Brussel  
Havenlaan 86C b113  
bij wie woonplaats wordt gekozen

Verzoekende partij in tussenkomst:

de BVBA VAN LEMBERGEN GEBROEDERS  
bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaat Iwein Van Driessche  
kantoor houdend te 1745 Opwijk  
Nanovestraat 26  
bij wie woonplaats wordt gekozen

---

*I. Voorwerp van de vordering*

1. De vordering, ingesteld op 22 oktober 2012, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing dd. 19.09.2012 van het College van Burgemeester en Schepenen van de gemeente Wemmel, waarin wordt beslist om de opdracht ‘Onderhoud van het

wegen-, riolen- en waterlooppatrimonium' aan de bvba Van Lembergen Gebroeders [...] toe te kennen tegen het nagerekende inschrijvingsbedrag van € 153.940,00, excl. btw [...] en de offerte van [de bvba bvba Strabo Wegenbouw] terzake wordt verworpen”.

## *II. Verloop van de rechtspleging*

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 5 november 2012 heeft de bvba Van Lembergen Gebroeders gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 12 november 2012, om 10.30 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Patrick Mensalt, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Jens Debièvre, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Iwein Van Driessche, 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. Op 28 juni 2012 keurt de gemeenteraad van Wemmel het bijzonder bestek met nr. W-2012-008 goed houdende opdracht “Onderhoud van het wegen-, riolen- en waterlooppatrimonium”. Deze opdracht voor aanneming van werken wordt gegund bij wijze van openbare aanbesteding.

3.2. De aankondiging van de opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 26 juli 2012.

De aankondiging bevat onder meer de volgende deelnemingsvoorwaarden:

#### “III.2) VOORWAARDEN VOOR DEELNEMING

III.2.1) Persoonlijke situatie van ondernemers, waaronder de vereisten in verband met de inschrijving in het beroeps- of handelsregister

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

\* Attest van in orde zijn met de betaling van de sociale zekerheidsbijdragen.

\* Attest van in orde zijn met de betaling van de btw belasting.

\* Een verklaring op erewoord dat de inschrijver:

- niet in staat van faillissement of vereffening verkeert;
- geen aangifte van faillissement heeft gedaan of procedure van vereffening of gerechtelijk akkoord aanhangig is tegen hem;
- niet veroordeeld is geweest voor een misdrijf dat de professionele integriteit aantast;
- bij zijn beroepsuitoefening geen ernstige fout heeft begaan;
- in orde is met de betaling van sociale zekerheidsbijdragen;
- in orde is met de betaling van belastingen
- zich niet schuldig heeft gemaakt aan valse verklaringen bij het verstrekken van deze inlichtingen”.

3.3. Het bestek bepaalt onder de hoofding I.5. ‘Vorm en inhoud van de offerte’ inzake de uitsluitingscriteria dat het offerteformulier van de inschrijvers vergezeld moet zijn van een “attest van in orde zijn met de betaling van de sociale zekerheidsbijdragen” en “een verklaring op erewoord dat de inschrijver: [...] in orde is met de betaling van de sociale zekerheidsbijdragen [...] zich niet schuldig heeft gemaakt aan valse verklaringen bij het verstrekken van deze inlichtingen”.

Voorts wordt onder Bijlage A ‘Offerteformulier’, de inschrijvers gevraagd te verklaren: “Bij deze offerte voeg ik of voegen wij: attest van in orde zijn met de betaling van de sociale zekerheidsbijdragen” en “een verklaring op erewoord dat de inschrijver: [...] in orde is met de betaling van de sociale zekerheidsbijdragen [en] zich niet schuldig heeft gemaakt aan valse verklaringen bij het verstrekken van deze inlichtingen”.

3.4. Uit het proces-verbaal van de openingszitting van 6 september 2012 blijkt dat drie inschrijvers een offerte hebben ingediend aan volgende bedragen btw niet inbegrepen:

|                                    |                  |
|------------------------------------|------------------|
| - de bvba Van Lembergen Gebroeders | 153.940,00 euro, |
| - de bvba Strabo Wegenbouw         | 166.211,00 euro, |
| - de nv Wawebo                     | 172.786,82 euro. |

3.5. In een verslag van nazicht van 10 september 2012 wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de inschrijver met de laagste regelmatige offerte, dit is de bvba Van Lembergen Gebroeders, voor een nagerekend bedrag van 153.940 euro btw niet inbegrepen. Wat betreft de beoordeling van de vereiste documenten en attesten aangaande de uitsluitingscriteria wordt betreffende alle inschrijvers “OK” opgemerkt. Met betrekking tot de kwalitatieve selectie wordt voor alle drie inschrijvers “in orde” vermeld.

3.6. Op 19 september 2012 hecht het college van burgemeester en schepenen zijn goedkeuring aan het verslag van nazicht en besluit de opdracht te gunnen aan de bvba Van Lembergen Gebroeders.

#### *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. Regelmatigheid van de rechtspleging*

5. Ter terechtzitting legt verzoekende partij een “replieknota op nota met opmerkingen” neer. In dergelijk stuk wordt niet voorzien in de procedurereglementering, het dient dan ook uit het debat te worden geweerd.

## *VI. Ontvankelijkheid van de vordering*

6.1. Verwerende partij betwist in een exceptie van gebrek aan hoedanigheid de ontvankelijkheid van de vordering.

6.2. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over deze exceptie 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, niet het geval is.

## *VII. De schorsingsvoorwaarden*

7.1. 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.

7.2. 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.

Overeenkomstig artikel 65/31 gelden deze bepalingen ook voor opdrachten die de drempel voor Europese bekendmaking niet bereiken.

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.

### *VIII. Onderzoek van het enige middel*

#### *Uiteenzetting van het middel*

8. In een enig middel voert verzoekende partij de schending aan van artikel 69 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken’, artikel 1.5. van het bijzonder bestek, artikel 159 van de Grondwet, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ en “het materieel motiveringsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur”.

Zij acht deze rechtsnormen geschonden:

“Doordat met de bestreden beslissing de opdracht ‘Onderhoud van het wegen-, riolen- en waterlooppatrimonium’ wordt toegewezen aan de bvba Van Lembergen Gebroeders [...].

En doordat de bvba Van Lembergen Gebroeders hiermee als laagste regelmatige inschrijver wordt weerhouden.

En doordat het college van burgemeester en schepenen haar beslissing steunt op het gunningscriterium van de laagste prijs van de regelmatige inschrijver.

En doordat uit attesten inhoudingsplicht dd. 06.09.2012, 10.09.2012, 17.09.2012 en 28.09.2012 [...] evenwel blijkt dat er op het ogenblik dat de bestreden beslissing werd genomen in hoofde van de bvba Van Lembergen Gebroeders een inhoudingsplicht voor sociale schulden bestond.

Terwijl de offerte slechts kan weerhouden worden wanneer zij uitgaat van een regelmatige inschrijver die niet van deelneming is uitgesloten omwille van het niet voldoen aan de regelmatigheid van inschrijving, met name het afleveren van valse verklaringen bij het verstrekken van inlichtingen betreffende de toetsing van de selectiecriteria, inzonderheid het in orde zijn met zijn bijdragen overeenkomstig de sociale bepalingen.

En terwijl art. 69 van het K.B. van 8 januari 1996 [...] en art. 1.5. van het Bijzonder Bestek van de gemeente Wemmel [...] er niet in voorzien dat ondernemingen van deelneming aan een opdracht worden uitgesloten wanneer zij onder meer is gesteund op een valse verklaring wat betreft het in orde zijn met zijn sociale bijdragen.

En terwijl de bestreden beslissing in de mate dat zij ervan uitgaat dat de bvba Van Lembergen Gebroeders aan de vereisten voor een regelmatige inschrijving beantwoordt, in strijd is met voormeld K.B. van 08.01.1996 en aldus geen wettelijke basis heeft”.

Verzoekende partij voert aan dat tussenkomende partij zich bevindt in twee uitsluitingsgevallen van artikel 69 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996. Enerzijds zou zij niet hebben voldaan aan haar verplichtingen inzake betaling van de bijdragen voor de sociale zekerheid, anderzijds zou zij zich schuldig hebben gemaakt aan het afleggen van valse verklaringen bij het verstrekken van inlichtingen betreffende de sociale bijdragen. Meer bepaald zou de door tussenkomende partij op 5 september 2012 afgelegde verklaring op erewoord dat zij in orde was met de betaling van de sociale zekerheidsbijdragen dergelijke valse verklaring uitmaken.

Dat tussenkomende partij niet heeft voldaan aan haar verplichtingen inzake betaling van de bijdragen voor de sociale zekerheid, meent verzoekende partij te mogen afleiden uit vier zogenaamde “attesten inhoudingsplicht”, afgeleverd via de webpagina van de Confederatie Bouw op naam van tussenkomende partij, op 6 september 2012, 10 september 2012, 17 september 2012 en 28 september 2012. Op deze attesten is aangegeven dat er voor tussenkomende partij een inhoudingsplicht geldt voor wat betreft diens sociale schulden, zulks met toepassing van artikel 30*bis*, § 3, lid 5 tot en met 9 en § 4, van de wet van 27 juni 1969 ‘tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders’.

### *Beoordeling*

9. Artikel 69 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, dat betrekking heeft op overheidsopdrachten voor aanneming van diensten, is te dezen niet van toepassing. De Raad neemt aan dat verzoekende partij beoogde te verwijzen naar artikel 17 van ditzelfde koninklijk besluit dat de uitsluitingsgronden betreft in geval van overheidsopdrachten van werken.

Verzoekende partij lijkt dan ook in essentie aan te voeren dat tussenkomende partij zich bevindt in de twee uitsluitingsgevallen vermeld in artikel 17, § 2, 5° (niet voldaan hebben aan de verplichtingen inzake betaling van de bijdragen voor de sociale zekerheid) en 7° (zich in ernstige mate schuldig hebben gemaakt aan het afleggen van valse verklaringen bij het verstrekken van inlichtingen opvorderbaar bij toepassing van hoofdstuk II ‘regels in verband met de kwalitatieve selectie voor de overheidsopdrachten voor aanneming van werken’), van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 om welke reden tussenkomende partij volgens haar had moeten worden uitgesloten.

10. Verzoekende partij lijkt uit het oog te verliezen dat voornoemde twee gevallen facultatieve uitsluitingen betreffen; artikel 17 handelt in zijn tweede paragraaf over gevallen waarin de aanbestedende overheid over de mogelijkheid

beschikt, doch niet verplicht is, om een kandidaat of inschrijver uit te sluiten. Verzoekende partij lijkt bij haar middel te vertrekken van een verkeerd uitgangspunt. Om die reden alleen reeds dient het middel te worden verworpen. Er wordt bovendien door verzoekende partij geen schending aangevoerd van artikel 90 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 dat betrekking heeft op de gevolgen voor de regelmatigheid van de offerte.

11. Ten overvloede wijst de Raad erop dat tussenkomende partij het attest van de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid zoals bedoeld in artikel 17*bis* van het voornoemd koninklijk besluit van 8 januari 1996 heeft voorgelegd waaruit reglementair zou blijken dat zij zich niet bevindt in de uitsluitingsgrond van artikel 17, § 2, 5°, van dit koninklijk besluit. Op het eerste gezicht lijkt voorts de verklaring op erewoord die door tussenkomende partij werd verstrekt ook niet als een valse verklaring te mogen worden aangemerkt voor zover wordt aangenomen - verzoekende partij geeft geen afdoende argumenten in de andere richting - dat artikel 17, § 2, 7°, slechts geldt in geval dat de inschrijver zich in ernstige mate schuldig heeft gemaakt aan het afleggen van valse verklaringen bij het verstrekken van inlichtingen, opvorderbaar bij toepassing van dit hoofdstuk. De documenten opvorderbaar bij toepassing van dit hoofdstuk, dit is voormeld attest, werden voorgelegd en hun geldigheid wordt door verzoekende partij niet betwist. Ook gaat verzoekende partij niet in op de vereiste ernst van de valse verklaringen.

12. Ten slotte lijkt verzoekende partij niet op het eerste gezicht aan te tonen hoe de door haar voorgelegde attesten “inhoudingsplicht” die door de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid werden verstrekt met toepassing van de bepalingen van artikel 30*bis*, § 3, lid 5 tot en met 9 en § 4, van de wet van 27 juni 1969, zich reglementair verhouden tot artikel 17 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996.

13. Wat de beweerde schending van artikel 159 van de Grondwet en de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreft geeft verzoekende partij niet aan waaruit deze schending precies zou blijken.

14. Het middel is niet ernstig.

## **BESLISSING**

**1. Het verzoek van de bvba Van Lembergen Gebroeders tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.**

**2. De Raad van State verwerpt de vordering.**

**3. 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 13 november 2012, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

|                    |                        |
|--------------------|------------------------|
| Pierre Barra,      | staatsraad,            |
|                    | waarnemend voorzitter, |
| bijgestaan door    |                        |
| Bram Van Thillo,   | griffier.              |
| <b>De griffier</b> | <b>De voorzitter</b>   |

**Bram Van Thillo**

**Pierre Barra**