

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 225.015 van 8 oktober 2013

in de zaak A. 210.193/XII-7456

In zake: de NV SERVIO
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Arnoud Declerck en Séverine Vermeire
kantoor houdend te 8530 Harelbeke
Kortrijksesteenweg 387
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD NIEUWPOORT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bert Beelen
kantoor houdend te 3000 Leuven
Justus Lipsiusstraat 24
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 13 september 2013, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van 26 augustus 2013 van het College van Burgemeester en Schepenen van de stad Nieuwpoort, houdende de gunning van de overheidsopdracht tot leveren en plaatsen van toneelmechanica in de ‘Cinema City’ aan de bvba Herentalse Metaalwerken Leysen, nadat de offerte van [de nv Servio] als onregelmatig werd afgewezen”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 1 oktober 2013, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Arnoud Declerck, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Liesbeth Peeters, die loco advocaat Bert Beelen 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 algemene offerteaanvraag uit voor een opdracht van werken, in de aankondiging genoemd en kort omschreven als “Verbouwen cinema City – toneelmechanica”.

De geraamde waarde van de opdracht bedraagt 178.210 euro, btw niet inbegrepen.

3.2. De aankondiging van de opdracht wordt op 11 juni 2013 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen.

3.3. Het bijzonder bestek “Deel: Toneelmechanica”, dossier nr. 09/1121- TM, is op deze opdracht van toepassing en bevat in hoofdstuk III, 2. “bijzondere technische bepalingen”, onder “Deel 1 Toneelmechanica en gordijnen” (blz. 20), eerst de volgende algemene beschrijving van de opdracht:

“De installatie omvat een bedrijfsklare opstelling van volgende apparatuur, installatiedelen, e.a. voor de toneelmechanische uitrusting:

- loopbruggen toneel
- elektrische trommeltrekken
- vaste buizen onder lichtrek
- gordijnrails
- projectiedoek
- beamer
- toneeldoeken
- rail voor tapsgordijn

Verder behoren eveneens tot deze aanneming:

- alle kap en herstelwerken, eigen aan de installatie
- alle noodzakelijke sokkels en steunen
- alle werken en heftoestellen, nodig voor het binnenbrengen van de apparatuur”.

Hoofdstuk I, deel I, bevat in punt 1.2.2. de “selectiecriteria”. In “artikel 19” wordt de inschrijver “onverminderd de bepalingen betreffende de erkenning van aannemers van werken”, verzocht om zijn technische bekwaamheid aan te tonen door de vervolgens opgesomde referenties, waaronder (blz. 7):

“9° erkenningsgetuigschrift in klasse 2 (op basis van de raming) – categorie F

De aannemer zal minstens erkend zijn in de klasse die overeenstemt met het gunningsbedrag”.

In punt “1.2.4 Opmaken van de offerte”, “artikel 90”, wordt onder “1. Erkenning” (blz. 9) vermeld:

“Een kopie van de inschrijving op de lijst van de erkende aannemers, met vermelding van de categorie en klasse dient bijgevoegd.

De werken die het voorwerp zijn van de aanneming waarop dit bestek van toepassing is, worden gerangschikt op basis van de raming in categorie F klasse 3 of P2 – klasse 2.

(KB van 26 september 1991, artikel 2)”.

Eerder wordt op blz. 2 van het bestek, onder “00 – Algemene voorwaarden en bepalingen”, bij “Erkenning” vermeld:

“Categorie F- klasse 2
Of categorie P2 – klasse 2”.

In de aankondiging wordt in pt. III.2.3) Vakbekwaamheid vermeld:

Inlichtingen en formaliteiten om na te gaan of aan de vereisten is voldaan: Zie bestek	Eventueel vereiste minimumeisen (indien van toepassing): Vereiste erkenning: F2 (Metalen draagstructuren bouwen), Klasse 2 OF P2 (Elektrische en elektromechanische installaties van kunstwerken en nijverheidsinrichtingen, en elektrische buiteninstallaties), Klasse 2
---	---

3.4. Bij e-mail van 28 juni 2013 aan het studiebureau nv Tecnobel, volgens het bestek samen met cvba Antwerps Architecten Atelier de ontwerper, wijst verzoekende partij op het feit dat zij gespecialiseerd is in “het leveren en plaatsen van toneeltechnieken. (trekken, hefplatform, mobiele orkestbakken)”, dat “normaal [...] deze werken onder de categorie K (aanneming van mechanische uitrusting) of eventueel K1 [vallen]. Wij hebben [daar] dan ook een klasse 5 in”, dat verwerende partij voor de werken een categorie F2 (metalen draagstructuren) vraagt maar dat de beschreven werken “veel verder [gaan] dan vaste draagbalken. Vandaar dat wij ons vragen stellen over Uw keus”. Zij besluit met de vraag: “Vormt dit een probleem voor de inschrijving?”.

Bij e-mail van 1 juli 2013 antwoordt het studiebureau: “Indien u dit kunt staven met referenties van uw firma, zou ik toch maar een offerte opmaken”.

3.5. De offertes worden geopend op 12 juli 2013. Verzoekende partij, de bvba Herentalse Metaalwerken Leysen en de bv Dutch Theatre Systems & Services, blijken een offerte te hebben ingediend.

3.6. In een verslag van nazicht van 9 augustus 2013 stelt de architect-ontwerper bij de bespreking van de kwalitatieve selectiecriteria dat de drie inschrijvers voldoen aan de uitsluitingscriteria en de vereisten inzake economische draagkracht. Bij technische bekwaamheid wordt vastgesteld dat drie inschrijvers de vereiste beroepskwalificaties en referenties voorlegden, maar dat enkel de inschrijver bvba Herentalse Metaalwerken Leysen beschikt over de

vereiste erkenning. Dit leidt tot het besluit dat er volgens de selectiecriteria één regelmatige offerte is ingediend.

Vervolgens wordt de offerte van de bvba Herentalse Metaalwerken Leysen beoordeeld. Dit leidt tot een score van 88 op 100 en tot het volgende gunningsvoorstel:

“6. Voorstel tot toewijzing

Voorgesteld wordt de werken te geven aan de firma HML te Herentals voor een bedrag van 218.298,52 €, btw inbegrepen.

Deze firma is volledig conform met de gestelde eisen van het bestek en heeft zijn intentieverklaring bijgevoegd inzake veiligheids- en gezondheidsplan”.

3.7. Met verwijzing naar dit verslag van nazicht beslist het college van burgemeester en schepenen van de stad Nieuwpoort op 26 augustus 2013 om de inschrijvers Servio en Dutch Theatre Systems & Services niet te selecteren, om de inschrijver Herentalse Metaalwerken Leysen te selecteren en om de opdracht tot het leveren en plaatsen van toneelmechanica en podiumgordijnen voor een bedrag van 180.412 euro, btw niet inbegrepen, of 218.298,52 euro, btw inbegrepen, te gunnen aan de bvba Herentalse Metaalwerken Leysen als de enige regelmatige inschrijver.

Dit is de bestreden beslissing.

3.8. Met een brief gedateerd 27 augustus 2013 deelt verwerende partij aan verzoekende partij “overeenkomstig artikel 25 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken”, mee dat het college van burgemeester en schepenen op 26 augustus 2013 de opdracht gegund heeft aan de bvba Herentalse Metaalwerken Leysen, dat de gunning het voorwerp uitmaakt van gemotiveerde beslissingen die zij binnen de 30 dagen via schriftelijk verzoek kan opvragen en dat “overeenkomstig artikel 65/11 van de wet van 24 december 1993”, een termijn wordt toegekend van 15 dagen, vanaf de dag die volgt op de verzendingsdatum van die brief, om eventueel een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in te dienen en dat de procedure

zal worden verder gezet indien binnen die termijn geen schriftelijke kennisgeving in die zin wordt ontvangen.

3.9. Met een blijkbaar aangetekend verzonden brief gedateerd 30 augustus 2013 deelt verwerende partij aan de gekozen inschrijver bvba Herentalse Metaalwerken Leysen mee dat de opdracht aan haar werd gegund.

Met een blijkbaar aangetekend verzonden brief gedateerd 10 september 2013 geeft verwerende partij opdracht de werken aan te vatten op 16 september 2013.

3.10. Met een brief gedateerd 10 september 2013 en blijkbaar ook via telefax en e-mail verzonden vraagt de raadsman van verzoekende partij aan verwerende partij om binnen 24 uren de gemotiveerde beslissing bedoeld in artikel 65/4, 5°, van de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’ mee te delen via e-mail of per telefax. Hij wijst er tevens op dat de wachttermijn van 15 dagen bedoeld in artikel 65/11 van dezelfde wet pas na deze kennisgeving kan beginnen te lopen.

Bij e-mail van 11 september 2013 deelt verwerende partij het verslag van nazicht en het collegebesluit mee.

Op een vraag van 12 september 2013 wanneer de kennisgevingsbrief aan de nv Servio werd verzonden, antwoordt verwerende partij op 12 september 2013 dat deze brief op 2 september 2013 werd verstuurd.

3.11. Met een enig verzoekschrift dient verzoekende partij op 13 september 2013 een annulatieberoep en voorliggende vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

4.1. Verwerende partij werpt op dat verzoekende partij geen belang heeft bij de gevraagde schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing.

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

V. De schorsingsvoorwaarden

5.1. 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.

5.2. 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’ nog 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 beslissing 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 beslissing kunnen verantwoorden.

VI. Onderzoek van het enige middel

Uiteenzetting

6. Verzoekende partij steunt dit middel op de schending van artikel 16 van de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’, van de artikelen 16, 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’, juncto artikel 3, § 1, van de wet van 20 maart 1991 ‘houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken’, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ en van “de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het gelijkheids-, mededingings-, zorgvuldigheids, en redelijkheidsbeginsel”.

In de eerste plaats betoogt verzoekende partij dat verwerende partij ten onrechte in het bestek heeft vereist dat elke inschrijver zou beschikken over een erkenning in de categorie F2 of P2:

“De categorie F2 is zonder meer fout. Het gaat om metalen draagstructuren in de bouw (bv. een bedrijfsgebouw met metalen structuur). In casu gaat het niet over een bouwwerk, maar om toneelmechanica.

Ook de categorie P2 is niet correct. De categorie P betreft immers in essentie elektrische installaties, de subcategorie P2 omvat elektrische en elektromechanische installaties van kunstwerken en nijverheidsinrichtingen.

Toneelmechanica is in wezen evenwel geen elektrische installatie. Het gaat om metalen draagstructuren, waarop ‘trekken’ worden geïnstalleerd die toelaten om decorstukken en decorwanden op te bevestigen. Die trekken

zijn met kabels verbonden en worden bediend door motoren waarmee de decorstukken kunnen worden neergelaten op het podium of aan het zicht van het publiek worden onttrokken.

In casu was het zo dat de metalen draagstructuur voorhanden was, zoals bepaald onder artikel 2.1.1a.1 van de technische bepalingen van het bestek (stuk 5, blz. 20):

‘De draagstructuur voor de trommeltrekken is reeds voorzien in het gedeelte ruwbouw’.

De essentie van de opdracht bestond uit levering en plaatsing van trommeltrekken voorzien van kabels die door een elektrische motor worden bediend. Daarnaast was er de levering en plaatsing van projectieschermen en toneeldoeken (zie de samenvattende opmeting — stuk 8).

In wezen is voor dit soort werken enkel de categorie K (aanneming van mechanische uitrustingen) of K1 (uitrustingen van kunstwerken en van industriële mechanica) toepasselijk.

Dit is ook de erkenning die binnen de sector van de podiumkunsten voor dit soort werken wordt gevraagd, en waarvoor verzoekende partij ook erkend is (zie stuk 15)’.

Als bewijs van het feit dat toneelmechanica algemeen aanvaard wordt als ressorterend onder categorie K of K1, verwijst verzoekende partij naar haar getuigschrift van erkenning van 6 januari 2010, “door de bevoegde overheid verleend op basis van soortgelijke werken uitgevoerd in onder meer het Congrespaleis te Brussel, de Capitole in Gent, de Magdalenazaal in Antwerpen, de Vlaamse Opera in Antwerpen, het conservatorium te Gent, het cultureel centrum in Wetteren, de Staf Versluyszaal in Bredene, (stukken 15, a-b)” en naar “recente overheidsopdrachten uitgeschreven door diverse overheden met betrekking tot theaterinstallaties, waarbij in het bestek telkens een erkenning categorie K of K1 werd voorgeschreven: de zaal van het cultuurcentrum Zwaneberg in Heist-op-den Berg, De Leest in Izegem, de Elisabethzaal in Antwerpen (stuk 16, a-b-c)”. Telkens ging het volgens verzoekende partij om de levering en plaatsing van theatertechnieken vergelijkbaar met degene die het voorwerp uitmaken van de voorliggende opdracht.

Zij merkt voorts op dat de vaststelling van het bestek een voorbereidende handeling is waarvan de onwettigheid kan worden ingeroepen bij het aanvechten van de daarop volgende gunningsbeslissing, dat dit ook geldt

wanneer het gaat om een foutieve aanduiding van de categorie waarvoor in het bestek een erkenning wordt vereist en dat minstens moet worden aangenomen dat de categorie waarvoor erkenning wordt vereist in het bestek niet zonder meer bindend is voor de inschrijvers.

Bij een correcte beoordeling had verwerende partij bijgevolg moeten vaststellen dat het voorwerp van de opdracht niet onder categorie F2 of P2 ressorteert, maar enkel onder categorie K of K1, of dat op zijn minst een erkenning onder de categorieën K en K1 ook aanvaard had moeten worden als overeenstemmend met het reële voorwerp van de opdracht, dat bijgevolg niet de inschrijving van verzoekende partij had moeten worden geweerd, maar wel deze van de bvba Herentalse Metaalwerken Leysen, een metaalconstructiebedrijf dat niet beschikt over een erkenning K of K1, specifiek toepasselijk voor theatertechnieken. “De categorie F2 is alleszins niet toepasselijk (metaalwerken in de bouw), terwijl de categorie P2 in essentie betrekking heeft op elektrische installaties, niet op mechanische uitrustingen”. Zelfs wanneer men de categorie P2 toepasselijk zou achten op het voorwerp van de opdracht, had verwerende partij minstens ook een erkenning in de categorieën K en K1 moeten aanvaarden, en dus de offerte van verzoekende partij mee opnemen in de vergelijking van de ingediende offertes op grond van de gunningscriteria.

Ten slotte betoogt verzoekende partij dat het vanwege verwerende partij manifest onredelijk was om de offerte van verzoekende partij als onregelmatig te weren, nadat zij eerst bevestigd had dat een inschrijving mogelijk was op basis van een erkenning categorie K of K1 en dat dit ook een inbreuk vormt op de formele en materiële motiveringsplicht:

“Als voorafgaand aan de inschrijving bevestigd wordt dat een erkenning in categorie K of K1 het indienen van een offerte niet in de weg staat, volstaat het niet om in het daarop volgende gunningsbesluit simpelweg vast te stellen dat deze categorie niet strookt met de bepalingen van het bestek. Minstens had verwerende partij ook inhoudelijk moeten aangegeven waarom de categorie K of K1 niet strookt met het werkelijke voorwerp van de opdracht. Een deugdelijke motivering in die zin ontbreekt en is overigens ook niet mogelijk aangezien het voorwerp van de opdracht in realiteit enkel onder deze categorie ressorteert”.

Beoordeling

7. In de huidige stand van het geding kan worden vastgesteld dat blijkens de beschrijving van de opdracht in het technisch deel van het bestek en voorgelegde raming de levering en plaatsing van de elektrische trommeltrekken 128.500 euro uitmaakt van het geraamde bedrag (178.210 euro). Volgens de nota bestaan dergelijke trommeltrekken uit een metalen structuur, waarop trekken worden geïnstalleerd, die elektrisch worden gestuurd, en is er aldus wel degelijk sprake van een “metalen constructie (categorie F) en van een elektrische of elektro-mechanische installatie (categorie P 2)”, werd er geoordeeld dat beide componenten voor 50% vertegenwoordigd zijn in de opdracht en werden daarom beide erkenningscategorieën vermeld.

Verwerende partij erkent dat er reeds een draagstructuur voor de trommeltrekken aanwezig is in de ruwbouw maar dat dit enkel een soort van poutrels/profielen – voormeld artikel 1 spreekt van 7 stuks HEA160 profielen voorzien voor het ophangen van de trommeltrekken – die in theaterzalen steeds in de ruwbouw worden voorzien maar dat dit niet betekent dat de in de opdracht voorziene trommeltrekken an sich geen metalen constructies meer zouden zijn. De architect van verwerende partij van zijn kant motiveert in een e-mail van 23 september 2013 aan verwerende partij en geciteerd in de nota de gevraagde erkenningen als volgt:

“1. De keuze van de erkenning F2 of P2 is voor de hand liggend, daar het hier gaat om behandelingstoestellen (trekken), rails, doeken en sturing van de trekken (P2). Het grootste gedeelte bestaat uit het vervaardigen en plaatsen van metalen draagstructuren voor de trommels en de draagstructuren voor de motoren. De trekken zelf zijn metalen ladderstructuren. Het is bijgevolg logisch dit onder te brengen in een F2. Gezien de sturing van de motoren d.m.v. frequentieregelaars gebeurt, kan dit ook ondergebracht worden in een P2.

2. Soms worden dergelijke werken ook ondergebracht in een K2 (hijstoestellen). In een theater zijn trekken de trekken echter “behandelingstoestellen”. Hierdoor is het mogelijk om personen te plaatsen onder de trekken en dienen deze slechts 1 x per jaar gekeurd te worden i.p.v. een keuring om de 3 maanden.

Bij mijn weten beschikt de firma Servio NIET over een K2, maar wel over een K en K1. Deze laatsten hebben echter HELEMAAL GEEN betrekking

op hijstoestellen. Dit is dus wel belangrijk. De firma Servio kan bijgevolg geen gebruik maken van hun erkenningen voor het uitvoeren van dit werk”.

8. Verzoekende partij voert in essentie aan dat de werken niet behoren tot erkenningscategorie F2 of P2, maar naar voorwerp enkel vallen onder categorie K of K1 minstens dat ook een erkenning in categorie K en K1 aanvaard had moeten worden.

Dergelijk in wezen technisch middel kan in beginsel pas tot schorsing leiden wanneer de ernst ervan al blijkt op grond van een snel en zeer *prima facie* onderzoek waarbij geen deskundige ondersteuning noodzakelijk is. Verzoekende partij vraagt in haar verzoekschrift overigens geen deskundigenonderzoek. Daarbij dient ook rekening gehouden met de beoordelingsbevoegdheid van de Raad van State, die niet in de plaats van het bestuur kan beslissen en enkel kan nagaan of het bestuur redelijkerwijze enkel genoeg kon nemen met een erkenning categorie F2 of P2. Rekening houdend met deze randvoorwaarden is het onderzoek van de Raad beperkt tot wat volgt.

9. Te dezen stelt de architect van verwerende partij, en dus een deskundige, formeel dat de keuze voor erkenningscategoriën F2 of P2 voor de hand liggend is, “daar het gaat om behandelingstoestellen (trekken), rails, doeken en sturing van de trekken (P2)”, het “grootste gedeelte bestaat uit het vervaardigen en plaatsen van metalen draagstructuren voor de trommels en de draagstructuren voor de motoren” en “de trekken zelf metalen ladderstructuren zijn” en het “bijgevolg logisch [i]s dit onder te brengen in een F2. Gezien de sturing van de motoren d.m.v. frequentieregelaars gebeurt, kan dit ook ondergebracht worden in een P2”.

Het argument van verzoekende partij dat de draagstructuur al aanwezig is – blijkens het bestek (blz. 20) zijn inderdaad al 7 stuks HEA160 profielen voorzien – zodat categorie F niet meer van toepassing kan zijn, leidt niet noodzakelijk en *prima facie* tot een andere conclusie nu het volgens de nota en de architect ook blijkt te gaan om de metalen draagstructuren voor de trommels. Ter terechtzitting legt verzoekende overigens zelf foto’s voor, waarop de betrokken trommels inderdaad verbonden lijken met metalen assen.

Verzoekende partij spreekt zichzelf, zo lijkt, in het middel trouwens tegen door te stellen dat F2 zonder meer foutief is nu het gaat om metalen draagstructuren in de bouw maar terezelfdertijd dat ook P2 niet correct is want “toneelmechanica is in wezen evenwel geen elektrische installatie. Het gaat om metalen draagstructuren”.

Daarnaast lijken nog diverse andere onderdelen van de opdracht van elektrische aard te zijn ofwel metalen constructies te betreffen (bijvoorbeeld punten 3. trommeltrekken in de zaal, 4. motorgestuurd projectiescherm, 6. beamer met toebehoren, 11. rails voor zijzwart).

Zoals gezegd kan een technisch middel zoals het voorliggende middel pas tot schorsing leiden wanneer de ernst ervan al blijkt op grond van een snel en *prima facie* onderzoek. In het licht van de voorgaande vaststellingen op grond van de stukken van het administratief dossier en van de opmerkingen van verwerende partij, waarvan de onaannemelijkheid niet wordt aangetoond, is dit in de voorliggende zaak niet het geval in de mate dat aangevoerd wordt dat enkel een erkenning K of K1 mocht worden gevraagd.

De architect erkent weliswaar dat dergelijke werken soms ook worden ondergebracht in categorie K2, maar voegt daar meteen aan toe dat daardoor een zwaarder keuringsregime van toepassing zou zijn en dat F2 of P2 de juiste kwalificaties zijn in het licht van het specifieke voorwerp van de opdracht.

Dat niet steeds naar K of K1 verwezen wordt zoals verzoekende partij lijkt aan te voeren blijkt ook uit referenties gevoegd bij de offerte van de gekozen inschrijver. Zo vermeldt een getuigschrift goede uitvoering inzake CC De Steiger te Boom “Toneelmechanica – Elektrische trommeltrekken” erkennings-categorie “F, F2, D20”.

10. In de mate dat verzoekende partij als bewijs van het feit dat toneelmechanica algemeen aanvaard zou worden als ressorterend onder categorie K of K1, verwijst naar haar getuigschrift van erkenning van 6 januari 2010, nu die erkenning werd verleend “op basis van soortgelijke werken”, die worden opgesomd, toont dit niet *prima facie* het tegendeel aan.

Uit de opsomming van de opdrachten of uit de bijgebrachte uittreksels uit bestekken blijkt immers niet *prima facie* dat die opdrachten wezenlijk vergelijkbaar zijn met de voorliggende opdracht zoals zij affirmeert noch dat, omdat enkele andere aanbestedende overheden in hun bestekken – waarvan de specifieke inhoud overigens niet kan worden vergeleken – de categorie K hebben vereist, verwerende partij ook in voorliggende opdracht verplicht was genoeg te nemen met een erkenning voor mechanische installaties, terwijl volgens haar en haar architect de opdracht overwegend betrekking heeft niet enkel op metalen constructies maar ook op elektrische of elektromechanische installaties. Verwerende partij merkt daarbij voorts op dat “Mogelijks is wel denkbaar dat categorie K wordt aangewend voor zaken die werkelijk overwegend mechanisch van aard zijn (mechanische trekken, hefplatform, mobiele orkestbakken, waarin verzoekende partij zelf zegt gespecialiseerd te zijn), doch in casu is dit niet het geval”. Het valt ook op dat blijkens het stuk 16c in het bestek betreffende de verbouwing van de Elisabethzaal, waarop verzoekende partij zich beroept, de “audiovisuele aspecten van theaterbouw” onder categorie P1 worden gerangschikt, evenals de “werken inzake elektrische installaties”, en dat enkel de “theatertechnieken (mechanisch) en podiumbouw” in categorie K1 wordt ondergebracht.

11. In de mate dat verzoekende partij nog doet gelden dat het manifest onredelijk is haar “offerte [...] als onregelmatig te weren” – in werkelijkheid werd zij niet geselecteerd – nadat eerst werd bevestigd dat een inschrijving mogelijk was op grond van een erkenning categorie K of K1, steunt deze grief op het volgende antwoord van het studiebureau van verwerende partij, op de vraag van verzoekende partij bij de keuze van de erkenningscategoriën nu de betrokken werken normaal vallen onder K of eventueel K1 waarin zij erkend is, luidend: “Indien u dit kunt staven met referenties van uw firma, zou ik toch maar een offerte opmaken”.

Aldus lijkt echter niet uitdrukkelijk toegezegd dat een erkenning K of K1 zou worden aanvaard.

Tegelijk faalt dan het uitgangspunt van de grief dat dit antwoord tot een inbreuk leidt op de formele- en materiële-motiveringsplicht aangezien “Als

voorafgaand aan de inschrijving bevestigd wordt dat een erkenning in categorie K of K1 het indienen van een offerte niet in de weg staat, volstaat het niet om in het daarop volgende gunningsbesluit simpelweg vast te stellen dat deze categorie niet strookt met de bepalingen van het bestek”.

In de mate dat voorts wordt aangevoerd dat verwerende partij minstens ook inhoudelijk had moeten aangegeven waarom de categorie K of K1 niet strookt met het werkelijke voorwerp van de opdracht en dat een deugdelijke motivering in die zin ontbreekt en overigens ook niet mogelijk is aangezien het voorwerp van de opdracht in realiteit enkel onder deze categorie ressorteert, valt deze grief, wat betreft de materiële-motiveringsplicht, samen met de reeds besproken eerste grief en is deze grief om dezelfde reden niet ernstig.

In de mate dat de formele-motiveringsplicht bedoeld is, moet de formele motivering van de bestreden beslissing, teneinde te voldoen aan de formele-motiveringsplicht die verzoekende partij afleidt uit de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991, de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen; die motivering moet afdoende zijn teneinde de belanghebbende in staat te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt.

Verzoekende partij toont niet *prima facie* waarom de meegedeelde motieven van de bestreden beslissing haar niet in staat stelden terdege te oordelen of het zin heeft zich in rechte te verweren tegen haar niet-selectie en de gunning aan de bvba Herentalse Metaalwerken Leysen. Het tegendeel blijkt veeleer uit het verzoekschrift. Aldus lijkt voldaan aan de formele motiveringsplicht, minstens aan de *ratio legis* ervan.

12. Aldus blijkt niet *prima facie* dat verzoekende partij ten onrechte niet werd geselecteerd en wordt de schending van de ingeroepen artikelen 16, 18 en 19 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 juncto artikel 3, § 1, van de wet van 20 maart 1991 niet *prima facie* aangetoond. Evenmin blijkt dan *prima facie* dat de opdracht niet werd gegund aan de inschrijver met de voordeligste regelmatige offerte en dat artikel 16 van de wet van 24 december 1993 werd geschonden nu zulks wordt afgeleid uit dezelfde grief, of dat de wet van 29 juli 1991 werd

geschonden, de materiële- en formele-motiveringsplicht en het redelijkheidsbeginsel.

De schending van het zorgvuldigheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en het mededingingsbeginsel worden niet afzonderlijk toegelicht. Indien die schending wordt afgeleid uit dezelfde en reeds besproken grieven, is het middel op dit punt in ieder geval om dezelfde reden niet ernstig zodat ook niet nader dient te worden ingegaan op het antwoord van verwerende partij dat het mededingingsbeginsel haar “totaal onbekend” is. In ieder geval wordt niet aangetoond hoe verzoekende partij te dezen ongelijk werd behandeld nu niet blijkt dat een andere inschrijver zonder de vereiste erkenningscategorie wel werd erkend. Wat betreft het mededingingsbeginsel blijkt voorts in ieder geval niet *prima facie* hoe dit zou toelaten dat wordt afgeweken van de vereisten van de voormelde wet van 20 maart 1991.

VII. Besluit

13. Het enige middel is niet ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

De Raad van State verwerpt de vordering.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 8 oktober 2013,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Bram Van Thillo,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Bram Van Thillo

Dierk Verbiest