

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 225.233 van 24 oktober 2013
in de zaak A. 206.130/XII-7044**

In zake: de BVBA SIX
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Marc Bottelier en Annelies Bottelier
kantoor houdend te 8501 Kortrijk-Heule
Kortrijksestraat 35
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

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 27 augustus 2012, strekt tot de nietigverklaring van de “beslissing tot toewijzing van een opdracht ‘Herstellen zinken dakbedekking vleugel C. – Turnhout – Gevangenis’ aan Dakwerken Luyckx gcv [...] d.m.v. openbare aanbesteding”.

II. Verloop van de rechtspleging

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

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 22 oktober 2013.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Annelies Bottelier, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Evelien De Both, die loco advocaat Luc Wynant verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens 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 overheidsopdracht bij wijze van openbare aanbesteding uit voor het uitvoeren van herstellingswerken aan de zinken dakbedekking van vleugel C in de strafinrichting te Turnhout.

Het toepasselijke bestek bepaalt onder meer:

“Artikel 19: technische, financiële en economische minimumeisen:
Op dit vlak dient de inschrijver voor onderhavige opdracht te voldoen aan volgende minimumeisen:

1. Erkenning

Voor de toewijzing van de opdracht worden de werken die het voorwerp zijn van deze aanneming gerangschikt in categorie D en de aanbestedende instantie is van oordeel dat zij tot klasse 1 behoren.”

3.2. De opening van de offertes vindt plaats op 26 april 2012; er worden vier offertes ingediend; de gcv Dakwerken Luyckx dient de laagste offerte in *ad* 97.446,10 euro en de bvba Six de tweede laagste *ad* 101.103,44 euro, alle bedragen btw inbegrepen.

3.3. Er wordt een gunningsverslag opgesteld waarin onder meer wordt vermeld:

“Dakwerken Luyckx bezit niet de door het bestuur voorgeschreven erkenning in de categorie D klasse 1. De Firma is wel erkend in de ondercategorie D22 (metalen dakbedekkingen en zinkwerk). Het bestuur is van oordeel dat deze ondercategorie D22 klasse 1 voldoet voor de uitvoering van de bovenvermelde werken.”

3.4. Op 22 mei 2012 beslist de Regie der Gebouwen de opdracht te gunnen aan gcv Dakwerken Luyckx voor een bedrag van 98.716,60 euro, btw inbegrepen, onder de voormelde overweging uit het gunningsverslag.

IV. Onderzoek van het tweede middel

Standpunt van de partijen

4. De verzoekende partij voert de schending aan van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, van artikel 16 en 65/8, § 1, van de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’, van artikel 110 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken’, van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en van de algemene

beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid de motiveringsplicht, het gelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel.

De verzoekende partij zet uiteen dat de gcv Dakwerken Luyckx niet over de in het bestek vereiste erkenning beschikt. In het bestek wordt een erkenning categorie D “Algemene Aannemingen van Bouwwerken” klasse 1 vereist terwijl de gcv Dakwerken Luyckx slechts beschikt over een erkenning ondercategorie D22 “Metalen dakbedekkingen en zinkwerk” klasse 1. Deze inschrijver diende dan ook te worden geweerd wegens niet geschikt dan wel diende de offerte met toepassing van artikel 110 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 als nietig te worden beschouwd wegens afwijking van een essentiële besteksbepaling. Ook wijst de verzoekende partij erop dat “door de opdracht toe te wijzen aan Dakwerken Luyckx gcv verwerende partij om een niet objectief aanwijsbaar motief deze inschrijver heeft bevoordeeld”.

5. De verwerende partij antwoordt hierop dat zij geen enkele fout heeft begaan; er kan bezwaarlijk worden beweerd, aldus de verwerende partij, dat de werken niet onder ondercategorie D22 “Metalen dakbedekkingen en zinkwerk” zouden ressorteren, vermits herstel van een zinken dakbedekking het voorwerp van de opdracht is; de werkelijke vereiste (onder)categorie voor de opdracht is dan ook D22. Zij verwijst naar het arrest van de Raad van State inzake de bvba Restauratieatelier Ruben Willaert, nr. 211.108 van 8 februari 2011, waarin werd geoordeeld dat de in het bestek en de aankondiging vermelde erkenningsvereisten zich niet zonder meer opdringen aan de inschrijvers; het is immers het werkelijke voorwerp en de werkelijke omvang van de opdracht die beslissend zijn voor de toepasselijkheid van de erkenningsreglementering en de toepasselijke erkenningsvereisten.

Ook wijst de verwerende partij erop dat in zoverre de verzoekende partij meent dat de offerte van de gcv Dakwerken Luyckx met toepassing van voormeld artikel 110 als nietig diende te worden beschouwd, het

hier niet gaat om een substantiële onregelmatigheid en de aanbestedende overheid aldus een beoordelingsvrijheid heeft.

6. In haar memorie van wederantwoord wijst de verzoekende partij erop dat in tegenstelling tot wat de verwerende partij beweert het werkelijk voorwerp van de opdracht méér is dan enkel “metalen dakbedekkingen en zinkwerk”:

“Dit blijkt meteen uit de door verwerende partij zelf gegeven ‘Beschrijving der werken’ op pag. 2 van het Bestek [...]:

- verwijderen van zinken dakgoten en zinken dakbedekking.
- verwijderen van door houtrot aangetaste bebordingsplanken.
- vernieuwen van zinken dakbedekking en dakgoten + aanbrengen dampscherm en dakisolatie.
- schilderen van ramen en traliewerkgehlen.
- herstellingswerken aan parementgedeelten.
- vernieuwen van dakafvoerleidingen.”

Zij merkt op dat zij aan de hand van haar offerte een opsplitsing heeft gemaakt en dat het gedeelte zinkwerk 36,17 % van de gehele opdracht uitmaakt; 63,83 % bestaat uit algemene aanneming, namelijk metselwerk, timmerwerk, schilderwerk, roofingwerk en veiligheidscoördinatie. “Deze diversiteit aan werken maakt dat dit echt een opdracht is die dient te worden uitgevoerd door een algemene aannemer, die dergelijke ruime werken aankan, en het desgevallend gewend is om met onderaannemers samen te werken.” Het bestek legt dan ook terecht een erkenning categorie D op.

7. In haar laatste memorie wijst de verwerende partij op artikel 5, § 7, eerste lid, 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’ dat luidt:

“De categorie of ondercategorie waarin een aanneming die werken omvat die in verscheidene categorieën en/of ondercategorieën gerangschikt zijn, moet worden gerangschikt, is die waartoe het gedeelte van het uit te voeren werk behoort waarvan het bedrag het grootste percentage van de aannemingssom vertegenwoordigt.”

Zij merkt op dat uit de analyse van de offerte van de gcv Dakwerken Luyckx blijkt dat 60,27 % van het inschrijvingsbedrag betrekking heeft op werken erkenning D22.

Ondergeschikt wijst de verwerende partij erop dat de verzoekende partij zelf aangeeft dat 36,17 % zinkwerk betreft; de andere werken zijn kleinere percentages waarvoor andere erkenningen gelden. Zomaar die andere percentages optellen om te besluiten dat 63,83 % van de werken algemene aannemingswerken zijn is onjuist. Trouwens, zo besluit de verwerende partij, de roofingwerken en timmerwerken maken deel uit van de dakbedekkingswerken.

8. In haar laatste memorie betwist de verzoekende partij op een inhoudelijke manier de analyse en toebedeling der werken in verschillende erkenningscategorieën door de verwerende partij.

Beoordeling

9. 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. Het wordt niet betwist dat de opdracht het bedrag in artikel 2 van het voornoemde koninklijk besluit van 26 september 1991 bereikt.

10. Het bestek schrijft als erkenningsvereiste categorie D voor.

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’ bepaalt deze categorie nader als volgt:

“D. Algemene aannemingen van bouwwerken.

De complexe opdrachten omvattend de bouw of vernieuwbouw van gebouwen en bouwwerken allerhande en dit tot en met hun volledige afwerking, ongeacht de materialen die hiervoor worden gebruikt, zoals: openbare en religieuze gebouwen, woonhuizen, scholen, stations, hallen, gevangenissen, kazernes, opslagplaatsen, vismijnen, garages en bergplaatsen, allerhande, industriële gebouwen, fabriekschoorstenen, administratieve lokalen, bureel-, appartements- en commerciële gebouwen, gebouwen voor sportieve en culturele centra, ziekenhuizen, gebouwen voor wasserij-inrichtingen en crematoria.”

In de bestreden beslissing wordt daarentegen de opdracht gegund aan de gcv Dakwerken Luyckx die slechts beschikt over een erkenning ondercategorie D22 en dit onder de motivering dat deze ondercategorie voldoet voor de uitvoering van de werken. Artikel 2 voornoemd bepaalt deze ondercategorie nader als volgt:

“D. 22. Metalen dakbedekking en zinkwerk.

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.”

11. De in het bestek en de aankondiging vermelde erkenningsvereisten dringen zich niet zonder meer op aan de inschrijvers. Het is immers het werkelijk voorwerp en de werkelijke omvang van de opdracht die beslissend zijn voor de toepasselijkheid van de erkenningsreglementering en de toepasselijke erkenningsvereisten.

12. Te dezen oordeelde de verwerende partij bij de gunning dat een erkenning in de ondercategorie D22 volstaat. Deze beslissing is echter in strijd met haar eerdere beslissing over de vaststelling van het bestek, waarin zij categorie D eiste.

Deze herkwalificatie van de erkenningscategorie ligt echter niet voor de hand. Zoals de verzoekende partij aantoont in haar memorie van wederantwoord kunnen er goede redenen zijn om de erkenning categorie D aan te houden. De verwerende partij dan weer voert in haar laatste memorie, door naar de beschrijving van de werken te verwijzen, argumenten aan die de herkwalificatie zouden kunnen rechtvaardigen.

Feit is dat in elk geval de afwijkingsbeslissing van haar eerder genomen besteksbeslissing door de verwerende partij niet concreet wordt gemotiveerd in de bestreden beslissing daar waar er nochtans geen onmiddellijk voor de hand liggende herkwalificatiemotieven in het administratief dossier kunnen worden opgemerkt. Dit is een schending van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’.

13. Het middel is in de aangegeven mate gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van de Regie der Gebouwen van 22 mei 2012 waarbij de opdracht voor de uitvoering van de herstellingswerken aan de zinken dakbedekking van vleugel C van de strafinrichting Turnhout wordt gegund aan de gcv Dakwerken Luyckx.

2. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 24 oktober 2013, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Geert Debersaques,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Bram Van Thillo,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Bram Van Thillo

Dierk Verbiest