

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 228.310 van 9 september 2014
in de zaken I. A. 202.314/XII-6746
II. A. 204.064/XII-6886**

In zake: I. + II.
de NV DELTRONIC
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Peter Flamey en Gregory Verhelst
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

Tussenkomende partij:

II.
de SAS ICOM FRANCE
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 het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 27 oktober 2011, strekt tot de nietigverklaring van “het besluit vanwege de Regie der Gebouwen van ongekende datum houdende vaststelling en goedkeuring van het bestek nr. 11.02.0000.050E-WT betreffende de openbare aanbesteding strekkende tot het

sluiten van een overheidsopdracht voor 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 telecommunicatienet met geïntegreerde radio in de penitentiaire instellingen in België” (zaak A. 202.314/XII-6746).

Het beroep, ingesteld op 3 mei 2012, strekt tot de nietigverklaring 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 vastgelegd 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” (zaak A. 204.064/XII-6886).

II. Verloop van de rechtspleging

2.1. In de zaak met rolnummer A. 202.314/XII-6746 heeft de verwerende partij een memorie van antwoord ingediend en heeft de verzoekende partij een memorie van wederantwoord ingediend.

Auditeur Inge Vos heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn in deze zaak opgeroepen voor de terechtzitting die heeft plaatsgevonden op 27 mei 2014.

2.2. In de zaak met rolnummer A. 204.064/XII-6886 is bij arrest nr. 218.831 van 5 april 2012 de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de betreden beslissing verworpen.

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

De Sas Icom France heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 13 juni 2012. De tussenkomende partij heeft een memorie ingediend.

Auditeur Inge Vos heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn in deze zaak opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 27 mei 2014.

2.3. Staatsraad Pierre Barra heeft verslag in de beide zaken uitgebracht.

Advocaat Tom Kloeck, die loco advocaat Peter Flamey verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Alexei Loubkine, die loco advocaat Luc Wynant verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Julie Borgerhoff, die loco advocaten Catherine Wijnants en Olivier Prost 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 minimum één jaar en maximum drie 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 toepasselijke 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.”

Het bestek herhaalt het reeds in de aankondiging gestelde erkenningsvereiste.

Betreffende het communicatienetwerk dat wordt opgezet bepaalt het bestek ondermeer het volgende:

“Het digitaal radioprotocol zal dPMR (Digital Professional Mobile Radio) 6,25kHz zijn.”

Voorts bevat het bestek onder meer een aantal technische specificaties met betrekking tot de functies “lokalisatie”, “individuele persoonsbescherming (IPB)”, “wachtronde”, evenals met betrekking tot de draagbare toestellen van het type 2, de lokalisatiebakens en de wachtrondebadge.

3.4. Bij fax en aangetekend schrijven van 25 oktober 2011 maant de raadsman van de verzoekende partij de verwerende partij aan om met betrekking tot het bestek een rectificerend bericht te verzenden, evenals de termijn voor het indienen van de offertes te verlengen, zodat volgens de verzoekende partij de effectieve mededinging aangaande de opdracht zou worden gevrijwaard.

Hij wijst erop dat het bestek het aanleveren, installeren en operationaliseren vereist van een persoonsbescherming via een digitaal radionetwerk dat voldoet aan de dPMR standaard (6,25 kHz.), evenals in staat is te functioneren binnen een actieve zowel als een passieve bakenherkenning. De verwijzing naar de combinatie van deze technische specificaties heeft volgens hem tot gevolg dat het bestek op maat geschreven is van één marktspeler.

3.5. Op 27 oktober 2011 stelt de verzoekende partij een beroep tot nietigverklaring in tegen het bestek, zaak gekend onder rolnummer A. 202.314/XII-6746.

Bij fax van dezelfde dag wordt door de Regie der Gebouwen een rechtzettingsbericht meegedeeld betreffende het bestek en wordt de datum van opening der offertes verdaagd tot 17 november 2011. Daarbij wordt het besteksvereiste dat het digitaal radioprotocol dPMR 6,25kHz dient te zijn, geschrapt en worden een aantal technische specificaties anders omschreven. Aan de kwalificatie van de opdracht als een opdracht van werken en het erkenningsvereiste worden daarentegen geen wijzigingen aangebracht.

Dit rechtzettingsbericht wordt tevens bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 27 oktober 2011.

3.6. Zes inschrijvers dienen een offerte in waaronder de verzoekende partij.

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

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

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

3.8. Op 1 maart 2012 beslist de Regie der Gebouwen om de opdracht te gunnen aan de sas Icom France als laagste regelmatige inschrijver. Dit is de bestreden gunningsbeslissing in de zaak A. 204.064/XII-6886.

Met betrekking tot de verzoekende partij wordt in de 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 €
AEG 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 €
Volker Wessels Telecom Belgium	1.671.129,67 €	2.022.066,90 €

IV. Samenvoeging

4. Er bestaat grond om met eenzelfde arrest uitspraak te doen over de beide verzoekschriften, ingediend door eenzelfde verzoekende partij en die betrekking hebben op eenzelfde gunningsprocedure.

V. Ontvankelijkheid van het beroep in de zaak A. 204.064/XII-6886

5.1. De verwerende partij ontwikkelt een exceptie van gebrek aan belang bij het beroep en/of het enige middel dat de onwettigheid van het bestek vooropstelt. In de eerste plaats merkt zij op dat, indien de offerte van de verzoekende partij niet was geweerd op grond van een beweerd onrechtmatig criterium van erkenning, de opdracht nog steeds aan de sas Icom France en niet aan de verzoekende partij zou zijn gegund aangezien de door laatstgenoemde ingediende offerte nog steeds niet de laagste regelmatige offerte zou zijn. De verzoekende partij heeft dan ook geen belang bij haar beroep en haar middel

aangezien zij niet aantoonde dat zij alsnog in aanmerking kan komen om als laagste regelmatige inschrijver te worden beschouwd.

Het argument dat de verzoekende partij in haar verzoekschrift aanhaalt met betrekking tot het verlies van een referentie, is volgens de verwerende partij evenmin ter zake dienend; de verzoekende partij zou enkel de opdracht als referentie kunnen aanwenden indien zij de opdracht effectief verkrijgt en uitvoert, hetgeen hoe dan ook niet het geval zou zijn gelet op het feit dat haar offerte niet als laagste regelmatige offerte mag worden beschouwd.

5.2. Ook de tussenkomen partij werpt een exceptie van gebrek aan belang op. Volgens haar beschikt de verzoekende partij niet over het vereiste belang bij haar beroep aangezien zij niet werd geselecteerd en geen regelmatige offerte heeft ingediend. Daarnaast wijst ook zij op het feit dat de door de verzoekende partij ingediende offerte hoe dan ook niet de laagste regelmatige offerte was. Ten slotte ontbeert de verzoekende partij volgens haar het vereiste belang aangezien zij heeft nagelaten om de voor haar griefhoudende beslissingen omtrent de erkenning zelf aan te vechten.

6. In het auditoraatsverslag worden deze excepties verworpen in essentie om de volgende redenen.

In de mate dat er wordt opgeworpen dat de verzoekende partij niet beschikt over het vereiste belang omdat zij niet werd geselecteerd of omdat zij heeft nagelaten de negatieve beslissingen inzake de erkenning aan te vechten, valt de exceptie samen met de grond van de zaak aangezien het middel de vereiste erkenning als selectie criterium in vraag stelt.

In de mate dat het gebrek aan belang wordt geënt op het feit dat er een regelmatige inschrijver is die een lagere prijs dan die van de verzoekende partij bood, heeft een verzoekende partij belang bij een beroep tot nietigverklaring van een beslissing tot vaststelling van besteksbepalingen die haar verhinderen deel te nemen aan een opdracht of haar op enige wijze benadelen bij het indienen van een offerte. Zij mag deze besteksonwettigheid evenzeer aanvoeren tegen de gunningsbeslissing. Het feit dat de opdracht reeds is

uitgevoerd, tast evenmin het belang aan aangezien een verzoekende partij waaraan door een aanbestedende overheid is voorbijgegaan beschikt over een gekwalificeerd moreel belang dat gediend wordt en, spijs de uitvoering van de overeenkomst van de opdracht, gediend blijft door een nietigverklaring van de toewijzingsbeslissing.

Ten slotte moet in overweging worden genomen dat de door de verzoekende partij ingeroepen besteksonregelmatigheid aanleiding kan hebben gegeven tot het feit dat zij een andere offerte heeft ingediend dan de offerte die zij zou hebben ingediend zonder de aangevoerde besteksonregelmatigheid of dat de verwerende partij andere selectie-eisen zou opleggen mocht de gegeven erkenningsvereiste wegvallen.

Er wordt geconcludeerd dat “[dan ook] aangenomen [dient] te worden dat, indien het middel gegrond bevonden zou worden, er sprake is van een besteksonregelmatigheid die van aard is om de gehele gunningsprocedure aan te tasten”.

7. Noch de verwerende partij, noch de tussenkomen de partij betwisten in hun laatste memorie de terechte opvatting van het auditoraatsverslag zodat de Raad van State hier mag volstaan met deze opvatting tot de zijne te maken.

VI. Onderzoek van het enige middel in de zaak A. 202.314/XII-6746

Uiteenzetting van het middel

8.1. De verzoekende partij voert de schending aan van de artikelen 44, 45 en 83*bis* van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken’ “op zich genomen en richtlijnconform geïnterpreteerd”, het niet-discriminatie- en mededingingsbeginsel zoals afgeleid uit de artikelen 28 en 49 van het EG-Verdrag, het gelijkheidsbeginsel zoals gewaarborgd door de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, artikel 5 van de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige

opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten', het zorgvuldigheidsbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur en uit ontstentenis van de rechtens vereiste feitelijke en juridische grondslag.

Het middel bestaat uit twee onderdelen.

In een eerste onderdeel wordt de schending aangevoerd van artikel 83*bis* van voormeld koninklijk besluit van 8 januari 1996 dat voorschrijft dat technische specificaties de inschrijvers een gelijke toegang dienen te bieden en niet tot gevolg mogen hebben dat ongerechtvaardigde belemmeringen voor de openstelling van overheidsopdrachten voor de mededinging worden geschapen, evenals van het niet-discriminatie- en mededingingsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel. Volgens de verzoekende partij voorziet de bestreden beslissing op het vlak van de technische specificaties in een combinatie van het dPMR-protocol voor het te leveren beveiligingsnetwerk met een actieve en passieve bakenherkenning zodat de overheidsopdracht wordt gesloten voor een daadwerkelijke en gelijke mededinging gezien deze technische specificaties op één fabrikant zijn afgestemd.

In een tweede onderdeel wordt de schending aangevoerd van artikel 5 van de voormelde wet van 24 december 1993 en de artikelen 44 en 45 van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 aangezien een opdracht voor aanneming van leveringen met een accessoir diensten- en werkenaspect volgens de verzoekende partij ten onrechte door de verwerende partij wordt gekwalificeerd als een overheidsopdracht voor aanneming van werken, waarbij inzake de prestatie-eisen van de inschrijver de voorlegging wordt gevraagd van een erkenning binnen de categorie P1, klasse 5.

Zowel het onderscheidingscriterium van de overwegende relatieve waarde als van het hoofdzakelijk voorwerp van de opdracht doen volgens haar immers ondubbelzinnig besluiten tot een overheidsopdracht voor aanneming van leveringen.

De verzoekende partij brengt een stuk bij waarin volgens haar wordt aangetoond aan de hand van een uitsplitsing van de posten vervat in de meetstaat dat de kwestieuze overheidsopdracht voor levering, plaatsing en in dienststelling van een beveiligingssysteem voor 83 % betrekking heeft op de levering van de technische elementen zoals radio's, bakens, tags en software, dat de installatie ter plaatse 3 % bedraagt en dat de opdracht tevens een dienstverlening van 10 % bevat zoals onderhoud en opleiding.

Aangezien de voorschriften inzake de kwalitatieve selectie voor overheidsopdrachten van aanneming van leveringen opgenomen onder artikel 44 en 45 van het voornoemde 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, mocht de verwerende partij hier 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.

Daarnaast wijst de verzoekende partij erop 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.

8.2. In haar memorie van wederantwoord merkt de verzoekende partij op dat door het rectificerend bericht van de verwerende partij inmiddels werd geremedieerd aan het eerste onderdeel van het eerste middel, nu tevens werd toegelaten in te schrijven met radioproducten en bakens die voldeden aan een ander radio-protocol, evenals de vereisten inzake actieve en passieve bakenherkenning werden gemoduleerd naar functionele eisen die een verruimde mededinging toelieten. Zij geeft dan ook aan dat zij betreffende het eerste onderdeel van het enig middel genoegdoening heeft bekomen hangende de vordering, zodat zij dienaangaande niet langer aandringt.

Wat het tweede onderdeel betreft zet zij het volgende uiteen.

De omstandigheid dat bepaalde installatiewerkzaamheden figureren onder de NACE - categorieën Sectie F, klasse 45.31 die voorkomen als bijlage 1 bij de voormelde wet van 24 december 1993, doet volgens de 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.

Zij voert aan dat de levering en indienststelling van de apparatuur resulteert in een configuratie binnen een communicatienetwerk, waarbij de omstandigheid dat hiervoor desgevallend bepaalde leidingen en installatiewerkzaamheden dienen te worden uitgevoerd, niet leiden tot werken met een afzonderlijke economische of technische finaliteit. Voorts merkt zij op dat de omschrijving van het voorwerp krachtens het bestek onder titel 1.1. zelf verwijst naar de levering, plaatsing, aansluiting en inbedrijfstelling van de systemen via een telecommunicatienet, waarbij het opzetten van dit netwerk de resultante is van de inbedrijfstelling eerder dan dat zij een afzonderlijke economische en technische finaliteit heeft. Ook de posten van de meetstaat gevoegd bij het bestek doen volgens de verzoekende partij louter en alleen blijken van het belang van de aan te leveren apparatuur, doch niet betreffende de kostprijs die de installatiewerkzaamheden met zich zouden brengen. Bij een aandachtige lezing van het bestek onder titel 1.1, 1.3 en 1.4 blijkt volgens de verzoekende partij overduidelijk dat er sprake is van een zogenaamde bestellingsopdracht, waarbij de Regie der Gebouwen in functie van haar noden de bestellingen kan plaatsen voor een penitentiare inrichting. Voorts wijst zij erop dat onder titel 1.4 van het bestek de focus ligt op het recht om andere toestellen en toebehoren te doen leveren of monteren dan die welke op de meetstaat zijn vermeld.

Het kwestieus netwerk is aldus, volgens de verzoekende partij, de resultante van het in configuratie plaatsen van het geleverd materieel; geenszins staat een telecommunicatienetwerk als doelstelling van de opdracht op zich. Ook kan de verwerende partij volgens de verzoekende partij het middel niet ontkrachten met algemene en vage beschouwingen betreffende de installatie in

penitentiaire instellingen waardoor een bijzondere veiligheidsrisico zou voorliggen, en de apparatuur inzake persoonsbescherming aldaar exact en zorgvuldig dient te worden gemonteerd teneinde een effectieve en goede werking van het geheel te waarborgen. Dergelijke argumenten werden door de inschrijvers immers terdege in rekening gebracht als onderdeel van de installatiekosten die dienden te zijn begrepen in de prijszetting en duiden op zich niet op een toename van het relatief gewicht van de waarde van deze installatiewerkzaamheden binnen de opdracht. Zij wijst erop dat overigens iedere opdracht tot leveringen met bijhorende installatie op zorgvuldige wijze krachtens de premissen van de technische specificaties in het bestek dient te gebeuren.

De omstandigheid dat in het bestek, binnen de technische specificaties, eerst de zogenaamde kenmerken van de uit te voeren werken worden besproken, betreft een loutere verwijzing naar de opschriften, waarbij *in concreto* moet worden vastgesteld dat eerder de aard van de te leveren bekabeling en de technische kenmerken van antennes, draagbare toestellen en bakens wordt besproken en niet de wijze waarop deze dienen te worden geïncorporeerd in het onroerend goed van de gevangenis. Ook wijst de verzoekende partij erop dat het nazicht aangaande het onderdeel installatiewerkzaamheden door de aanbestedende dienst zelf als minder prominent werd beschouwd, waarmee de aanbestedende dienst zelf de eigen aard van de procedure zou hebben aangegeven. Het relatieve belang dat de verwerende partij *post factum* aanvoert betreffende de uitvoering van de installatiewerkzaamheden opdat het geheel naar behoren zou functioneren, is bovendien niet gereflecteerd in de meetstaat.

8.3. In haar laatste memorie doet de verzoekende partij formeel afstand van haar eerste middelonderdeel.

Wat het tweede middelonderdeel betreft wijst zij erop dat er bij de bepaling van de aard van de opdracht slechts rekening moet worden gehouden met het criterium van de relatieve waarde van de leveringen en de werken tegenover elkaar en niet met het criterium van het doel van de opdracht; met toepassing van het criterium van de relatieve waarde blijkt dat 87 % van de voorliggende opdracht betrekking heeft op leveringen, 10 % op diensten en slechts 3 % op werken. Dit criterium vindt grond in artikel 5 van de voormelde

wet van 24 december 1993 en in de rechtspraak van het Hof van Justitie waarbij deze laatste oordeelt over een gemengde opdracht leveringen en diensten; er valt niet in te zien dat dit ook niet zou gelden voor een gemengde opdracht leveringen en werken. Zij wijst er ook op dat volgens het bestek de aanbestedende overheid “geenszins verplicht was om alle op de prijslijst figurerende onderdelen te laten installeren, noch wordt de aannemer de keuze gelaten welke onderdelen geïnstalleerd dienen te worden”; dit wijst er volgens de verzoekende partij op dat minstens een deel van de te leveren onderdelen “ongerelateerde goederen” zijn zodat het criterium van de relatieve waarde dient te worden toegepast.

Ondergeschikt wijst de verzoekende partij erop dat zelfs zo het criterium van het doel van de opdracht wordt gehanteerd, dan nog het om een opdracht van leveringen gaat. Een aanneming van leveringen mag principieel bijkomende werken van aanleg en plaatsing bevatten; in principe is een gemengde opdracht van werken en leveringen een opdracht van leveringen.

Ten onrechte, zo vervolgt de verzoekende partij, wordt er in het auditorsverslag vanuit gegaan dat de finaliteit van de opdracht de installatie van een telecommunicatiesysteem zou zijn en niet de levering van de apparatuur. Zo is de omstandigheid dat de installatie van dergelijk systeem figureert op de bijlage 1 van de wet van 24 december 1993 niet bepalend aangezien het gaat om de ‘installatie’ terwijl dit hier slechts 3 % van de totale prijs uitmaakt.

“Minstens”, zo merkt de verzoekende partij voorts op, “indien het door middel van een objectief onderzoek door Uw Raad niet mogelijk is om de opdracht als aanneming van leveringen, dan wel als aanneming van werken te kwalificeren, zal Uw Raad de aanstelling van een deskundige willen bevelen teneinde [hem] te adviseren nopens het op zich staand karakter van het zogenaamd netwerk dat ontstaat door de ingebruikname en indienststelling van de gevraagde apparatuur in deze, los van de eigen aard van de apparatuur.”

Ten slotte, nog meer ondergeschikt, verzoekt de verzoekende partij volgende prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie te stellen:

“Dienen art. 1.2, b) en c) Richtlijn 2004/18 juncto bijlage I bij de Richtlijn 2004/18, waarvan art. 5 wet overheidsopdrachten van 24 december 1993 en artt. 44 en 45 K.B. 8 januari 1996 juncto bijlage I van voornoemde wet de omzetting zijn, zo begrepen te worden dat dient aangenomen te worden dat de gunning van de overheidsopdracht tot levering, plaatsing en in dienst stellen van installaties voor individuele persoonsbeveiligingen met geolokalisatie en wachtronde via een geïntegreerd radiocommunicatienet in de penitentiaire instellingen in België als een overheidsopdracht van werken dient beschouwd te worden dan wel als een overheidsopdracht van leveringen, wanneer de levering 87 % bedraagt, de plaatsing 3 % en de dienstverlening inzake onderhoud 10 %.”

Beoordeling

9. Aangezien de verzoekende partij afstand doet van het eerste middelonderdeel, dient het niet te worden onderzocht.

10.0. Wat de ontvankelijkheid van het tweede middelonderdeel betreft heeft de verzoekende partij, in tegenstelling tot wat de verwerende partij in een exceptie aanvoert, wel degelijk belang bij dit middelonderdeel. Minstens is het zo dat mocht het tweede onderdeel gegrond worden bevonden, er sprake is van een besteksonregelmatigheid die de gehele gunningsprocedure bepalend aantast, standpunt vertolkt in het auditoraatsverslag dat bij gebreke aan laatste memorie van de verwerende partij niet wordt weersproken.

10.1. Wat de grond van de zaak betreft werd de litigieuze opdracht door de verwerende partij gekwalificeerd als een opdracht van werken en zowel in de aankondiging als in het bestek wordt opgemerkt dat voor de toewijzing van de opdracht de werken die het voorwerp zijn van deze aanneming gerangschikt zijn in categorie P1 en dat de aanbestedende overheid van oordeel is dat zij tot klasse 5 behoren. De verzoekende partij betwist noch de vereiste categorie, noch de vereiste klasse, doch wel het feit dat de opdracht als een opdracht van werken werd gekwalificeerd zodat volgens haar te dezen geen erkenningsvereiste mocht worden gesteld.

10.2. Overeenkomstig artikel 3, § 1, van de wet van 20 maart 1991 ‘houdende de regeling van de erkenning van aannemers van werken’ mogen opdrachten voor aanneming van werken als bedoeld in artikel 2 van die wet, 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 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. In artikel 2 van de wet van 20 maart 1991 wordt uitdrukkelijk verwezen naar de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’.

Artikel 5 van de voornoemde wet van 24 december 1993 definieert, in navolging van artikel 1 van de richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 ‘betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten’, het begrip “overheidsopdracht voor het aannemen van werken” als de overeenkomst onder bezwarende titel gesloten tussen een aannemer enerzijds en een aanbestedende overheid anderzijds, en die betrekking heeft:

- hetzij op de uitvoering, hetzij op de uitvoering samen met het ontwerp van werken in verband met de in bijlage 1 vermelde werkzaamheden of van een werk;
- hetzij op het laten uitvoeren, met welke middelen ook, van een werk dat aan de door de aanbestedende overheid vastgestelde eisen voldoet.

Voorts wordt het begrip “werk” volgens artikel 5, tweede lid, van voornoemde wet omschreven als “het resultaat van een geheel van bouwwerkzaamheden of van wegenbouwkundige werken dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen”.

Artikel 1 van het voornoemde koninklijk besluit van 26 september 1991 omschrijft zijn toepassingsgebied als volgt:

“Worden voor de toepassing van dit besluit beschouwd als opdrachten voor de aanneming van werken, de aannemingsovereenkomsten die tot voorwerp hebben :

1° het bouwen, het afbreken, het verbouwen, het inrichten of het herstellen van goederen welke uit hun aard onroerend zijn;

2° het vervaardigen en het plaatsen, of het plaatsen van uitrustingsbestanddelen, wanneer zij een onafscheidbaar geheel met de onroerende goederen vormen. Vormen een geheel met voormelde onroerende goederen die uitrustings-bestanddelen waarvan het wegnemen, het uit elkaar nemen of waarvan het vervangen niet kan gebeuren zonder deze bestanddelen zelf of het gedeelte van de onroerende goederen waaraan zij verbonden zijn, te breken of te beschadigen.”

10.3. Het begrip overheidsopdracht voor aanneming van leveringen wordt in artikel 5 van de voornoemde wet van 24 december 1993, overeenkomstig artikel 1 van de richtlijn 2004/18/EG, omschreven als volgt:

“- overheidsopdracht voor aanneming van leveringen: de overeenkomst onder bezwarende titel gesloten tussen een leverancier enerzijds en een aanbestedende overheid anderzijds, en die betrekking heeft op de verwerving door koop-of aannemingsovereenkomst, huur, huurkoop of leasing met of zonder aankoopoptie van produkten. Deze overeenkomst mag bijkomend werken van aanleg en plaatsing bevatten.”

10.4. Te dezen stelt zich het kwalificatieprobleem –betreft het een opdracht voor werken dan wel voor leveringen– in het geval dat de geleverde zaken in een onroerend goed worden geïncorporeerd door plaatsing of installatie. Daarbij zouden twee mogelijke criteria kunnen worden gehanteerd. Ofwel gaat men uit van de relatieve waarde van de leveringen, respectievelijk werken. Ofwel kijkt men naar het hoofdvoorwerp van de opdracht, waarbij de kwalificatie van de opdracht wordt bepaald door het doel ervan; zo bijvoorbeeld een aannemer zowel materiaal als werk levert bij het optrekken van een gebouw, gaat het in die benadering om werken ook al is de waarde van de materialen groter dan die van de te presteren werkuren.

De Raad van State, zoals het Hof van Justitie in zijn arrest Auroux van 18 januari 2007, C-220/05, is van oordeel dat het hoofdvoorwerp bepalend is voor de kwalificatie van een overeenkomst. Dit hoofdvoorwerp dient te worden vastgesteld op basis van de essentiële verplichtingen die de overhand hebben en als zodanig kenmerkend zijn voor de betrokken opdracht. De respectieve waarde van de verschillende betrokken prestaties is slechts één van de criteria die voor de vaststelling in aanmerking komen.

10.5. Te dezen betreft de litigieuze opdracht “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.

In bijlage 1 bij de voornoemde wet van 24 december 1993 en van de voornoemde richtlijn 2004/18/EG wordt de installatie van een telecommunicatiesysteem uitdrukkelijk als werk vermeld onder de klasse 45.31. Zo ook in artikel 4 van het voornoemd koninklijk besluit van 26 september 1991 en in 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’. Er moet echter ook worden vastgesteld dat de opdracht noodzakelijkerwijze de levering van bepaalde apparatuur veronderstelt evenals het verstrekken van bepaalde diensten zoals opleidingen.

10.6. Het hoofdzakelijk doel en hoofdvoorwerp van de opdracht is de installatie van een telecommunicatiesysteem in zijn geheel in de diverse penitentiaire instellingen in België en dus niet de levering van vaste en draagbare toestellen zoals de verzoekende partij beweert.

Zoals de Raad reeds heeft vastgesteld in het arrest nr. 218.831 van 5 april 2012 betreffende de vordering tot schorsing in de zaak A.204.064 blijkt dit reeds uit de in de aankondiging vermelde benaming van de opdracht waarin uitdrukkelijk wordt verwezen naar de CPV-code 45314000 die betrekking heeft op het “installeren van telecommunicatie-uitrusting”.

Dit vindt ook bevestiging in de beslissing van de Ministerraad van 20 juli 2011, de projectfiche van 8 augustus 2011 en de brief van de minister van Justitie aan de staatssecretaris voor Begroting van 4 augustus 2011. Zo wordt in de nota aan de Ministerraad benadrukt dat onder meer om de veiligheid van het gevangenispersoneel te verhogen de FOD justitie geopteerd heeft voor één enkel systeem –*all-in-one* installatie– waarin de vier bestaande en verouderde installaties zijn opgenomen. Ook in voormeld schrijven van 4 augustus 2011 vraagt de minister uitdrukkelijk om aandacht van de staatssecretaris voor het dossier betreffende de veiligheidsinstallaties in de penitentiaire instellingen naar aanleiding van een recent gijzelingsincident en verwijst hij naar het voorstel dat een zogenaamde “*all in one*” oplossing zou bieden.

Voorts worden ook in de technische bepalingen van het bestek op de eerste plaats de algemene kenmerken omschreven waaraan het communicatienetwerk dient te voldoen alvorens nader in te gaan op de vereisten inzake de toestellen zelf.

Het standpunt van de verzoekende partij dat het om een bestellingsopdracht gaat die de kwalificatie als opdracht van leveringen zou bevestigen, wordt niet gevolgd. Het bestek voorziet geenszins in de afzonderlijke bestelling van bepaalde toestellen. Bij de besteksbepalingen betreffende de omvang van het contract wordt gewag gemaakt van een bestelling per penitentiaire instelling of per entiteit van een penitentiaire instelling wat evenzeer duidt op een installatie van een gehele telecommunicatie uitrusting. Ook uit de omschrijving van het communicatienetwerk in het bestek blijkt dat het gaat om één installatie per entiteit die de volledige betrokken site op radioniveau dient te dekken. Tevens wordt verduidelijkt dat elke installatie één of meer antennes met relais omvat en dat naast de antennes en het relais de installatie tevens bestaat uit een besturingscomputer, vaste toestellen, draagbare toestellen, individuele laders en multiladers, lokalisatiebakens, wachtrondebadges en bekabeling. Voor elke bestelling dient de aannemer overigens ook een gedetailleerd ontwerp van planning van zijn werken op te stellen.

Voorts moet worden opgemerkt dat het feit dat het bestek onder punt I.4 de aanbestedende overheid het recht toekent om door de aannemer

andere toestellen of toebehoren te doen leveren of monteren dan die welke op de meetstaat zijn vermeld, de kwalificatie als een opdracht voor de uitvoering van werken niet uitsluit. Dit toont integendeel veeleer het ondergeschikt belang aan van de leveringen aan de overige aspecten van de opdracht.

Er mag ook worden aangenomen dat gelet op de bijzondere veiligheidscontext van de penitentiaire instellingen een bijzondere waarde wordt gehecht aan de beoogde werkzaamheden. Hoewel voor elke opdracht geldt dat een installatie op zorgvuldige wijze krachtens de premissen van de technische specificaties van het bestek dient te gebeuren, is het passend om ervan uit te gaan dat bij de installatie van dergelijk systeem in een penitentiaire instelling de bijzondere veiligheidsvereisten de waarde van de installatiewerkzaamheden binnen de opdracht verhogen.

Het feit dat in de meetstaat geen afzonderlijke posten worden voorzien voor de eigenlijke installatie, is niet van aard om het belang van de installatie te ontkrachten. De inschrijvers dienden deze kosten immers mee te verrekenen in hun eenheidsprijzen.

De verzoekende partij legt een uitsplitsing neer van de posten vervat in de meetstaat waaruit volgens haar blijkt dat de opdracht voor 83 % betrekking heeft op de levering van de technische elementen, dat de installatie ter plaatse slechts 3 % bedraagt en de opdracht daarnaast nog een dienstverlening van 10 % bevat. Zoals hoger reeds werd uiteengezet is de respectieve waarde van de verschillende betrokken prestaties slechts één van de criteria die voor de vaststelling van het hoofdvoorwerp in aanmerking moet worden genomen. Dergelijke analyse is niet determinerend gelet op het criterium van het hoofdvoorwerp van de opdracht. Bovendien vormt de door verzoekende partij uitgevoerde analyse van de relatieve waarde van de werken, leveringen en diensten binnen de huidige opdracht een eenzijdig opgesteld document dat als dusdanig geen steun vindt in het bestek, noch in de offerte van de verzoekende partij zelf, aangezien in de meetstaat de op te geven eenheidsprijs voor de betrokken posten zowel de kosten voor levering als installatie diende te omvatten.

De conclusie is dan ook dat het hoofdvoorwerp van de opdracht de installatie van een telecommunicatiesysteem is, zijnde de uitvoering van een werk in de zin van bijlage 1 bij de voornoemde wet van 24 december 1993 en de voornoemde richtlijn 2004/18/EG. De leverings- en dienstencomponenten van de opdracht, zoals de levering van vaste en draagbare toestellen of de opleidingen vormen een onderdeel van de voltooiing van dit werk. De installatie van dergelijk systeem is geenszins van bijkomstige aard doch vormt integendeel de kern van de opdracht. Dit houdt in dat de erkenningsreglementering wel degelijk toepasselijk is en dat niet blijkt dat de verzoekende partij ten onrechte werd geweerd wegens het niet bezitten van de door de aankondiging of het bestek vereiste erkenning.

10.7. De opmerking van de verzoekende partij in haar laatste memorie dat bij een gemengde opdracht van werken en leveringen het criterium van de relatieve waarde doorslaggevend moet zijn waarbij zij verwijst naar artikel 5 van de voornoemde wet van 24 december 1993 en naar het arrest Hans & Christophorus Oymanns GbR van het Hof van Justitie, nr. C-300/07 van 11 juni 2009, wordt niet aanvaard. Voornoemd artikel 5 vermeldt dit criterium niet. Het arrest Hans & Christophorus Oymanns GbR gaat over een gemengde opdracht leveringen en diensten waarbij artikel 1 van de voornoemde richtlijn 2004/18/EG zelf voorziet in het criterium van de relatieve waarde maar dan slechts voor dergelijke gemengde opdrachten.

In haar laatste memorie vraagt de verzoekende partij de aanstelling van een deskundige “nopens het op zich staand karakter van het zogenaamd netwerk”. Te dezen gaat het om een problematiek van juridische kwalificatie waarbij de Raad heeft aangenomen dat het criterium van het hoofdvoorwerp moet worden toegepast en na analyse van het administratief dossier de Raad oordeelde dat het om een opdracht van leveringen gaat. De aanstelling van een deskundige is dan ook niet vereist.

Ten slotte verzoekt de verzoekende partij in haar laatste memorie de Raad om een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie. Op de vraag wordt niet ingegaan om volgende redenen. Het verzoek wordt voor het eerst in laatste memorie verwoord niettegenstaande de verzoekende partij reeds eerder de mogelijkheid heeft gehad dit te doen, hetgeen de verwerende

partij van de mogelijkheid berooft om er in een memorie nog adequaat op te antwoorden, en het auditoraat om het te onderzoeken in het auditoraatsverslag. Voorts mag de vraag zoals door de verzoekende partij geformuleerd, niet worden voorgelegd aan het Hof van Justitie; het Hof van Justitie heeft in een prejudiciële procedure tot taak het recht van de Europese Unie uit te leggen of zich uit te spreken over de geldigheid ervan, en niet om dit recht toe te passen op de concrete casuspositie die aan het geding ten grondslag ligt; de door de verzoekende partij voorgestelde prejudiciële vraag verzoekt om dit laatste.

10.8. Het middelonderdeel wordt verworpen.

11. Het middel wordt verworpen.

VII. Onderzoek van het enige middel in de zaak A. 204.064/XII-6886

Uiteenzetting van het middel

12. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 5 van de voornoemde wet van 24 december 1993, de artikelen 44 en 45 van het voornoemde koninklijk besluit van 8 januari 1996, het zorgvuldigheidsbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur en het niet-discriminatiebeginsel, en de ontstentenis van de rechtens vereiste feitelijke en juridische grondslag.

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

Vervolgens ontwikkelt zij in haar verzoekschrift, memorie van wederantwoord en laatste memorie haar middel op een zelfde wijze als het hiervoor besproken tweede onderdeel van het enige middel in de zaak A. 202.314/XII-6746.

Ten slotte voert de verzoekende partij aan dat zij een uitgesproken belang heeft bij het middel, nu het gegrond bevinden ervan de beslissing tot niet-selectie aantast en derhalve de volledige procedure onderuit

haalt, waardoor zij opnieuw de kans verwerft mee te dingen voor een aan de hand van een nieuw bestek uitgeschreven opdracht. Zij wijst erop dat zij, ingevolge de Labonorm-rechtspraak op ontvankelijke wijze middelen kan putten uit de onregelmatigheid van een voorbeslissing, zoals te dezen het bestek, ter adstructie van de onregelmatigheid van de bestreden gunningsbeslissing en dat zij geenszins geacht kan worden enig risico te hebben aanvaard gelet op het afzonderlijk aanvechten van het bestek.

Beoordeling

13. Het middel wordt verworpen om dezelfde redenen als die waarbij de Raad van State het tweede onderdeel van het enige middel in de zaak A. 202.314/XII-6746 heeft verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State voegt de zaken A. 202.314/XII-6746 en A. 204.064/XII-6886 samen.

2. De Raad van State verwerpt de beide beroepen.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de beide beroepen tot nietigverklaring, begroot op 350 euro.

De tussenkommende partij in de zaak A. 204.064/XII-6886 wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 9 september 2014, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

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

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest