

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 236.175 van 18 oktober 2016
in de zaak A. 216.210/XII-7903**

In zake: de NV VEREECKE - DE CLEENE BOOMKWEKERIJEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Georges Van Hecke
kantoor houdend te 9940 Evergem-Sleidinge
Hooiwege 22a
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Kris Wauters
kantoor houdend te 1170 Watermaal-Bosvoorde
Terhulpsessesteenweg 187
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 28 mei 2015, strekt tot de nietigverklaring van de “gemotiveerde gunningsbeslissing van het [Vlaamse Gewest] Departement Mobiliteit en Openbare Werken – Maritieme Toegang genomen de dato [23] maart 2015 [...] waarbij de door [de nv Vereecke - De Cleene Boomkwekerijen] ingediende offerte voor werken aanleg buffer Rieme Noord volgens bestek 16 EF / 2014 27 onregelmatig is bevonden en geweerd wordt”.

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 27 september 2016.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Georges Van Hecke, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Sophie Bleux, die loco advocaat Kris Wauters 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. Het Vlaamse Gewest schrijft een overheidsopdracht voor de aanneming van werken uit met als het voorwerp “Aanleg buffer Rieme Noord” bij wijze van open aanbesteding. Het bestek nr. 16EF/2014/27 is van toepassing.

3.2. Volgens het bestek – artikel 67 – zijn de werken “gerangschikt in de (onder)categorie(ën) G3” – klasse 1.

3.3. Uit het proces-verbaal van opening van de offertes van 16 december 2014 blijkt dat er vijftien offertes zijn ingediend.

3.4. Op het offerteformulier van de verzoekende partij wordt het volgende vermeld:

“Erkenning als aannemer van werken:

- nummer:
- categorie(ën), ondercategorie(en) en klasse(n):

IN AANVRAAG, Categorie G”

3.5. Op 25 februari 2015 wordt een aanbestedingsverslag opgesteld. Inzake het toegangsrecht en de kwalitatieve selectie wordt inzake de verzoekende partij het volgende opgemerkt:

“De firma Boomkwekerijen Vereecke De Cleene nv bezit niet de vereiste erkenning. Alle andere firma’s zijn erkend in de categorie G3 en in de klasse volgens het bedrag van hun inschrijving.”

en

“Door het feit dat de firma Boomkwekerijen Vereecke De Cleene nv niet beschikt over de gevraagde erkenning wordt deze inschrijver dan ook niet geselecteerd voor het verder onderzoek van de offertes.”

Er wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de nv Hertsens Wegenwerken als de laagste regelmatige inschrijver voor een bedrag van 29.621,18 euro, btw inbegrepen.

3.6. Op 23 maart 2015 beslist de verwerende partij op grond van het aanbestedingsverslag de opdracht te gunnen aan de nv Hertsens Wegenwerken.

3.7. Met een brief van 31 maart 2015 stelt de verwerende partij de verzoekende partij in kennis van de gunningsbeslissing en het aanbestedingsverslag.

3.8. Met een brief van 21 april 2015 deelt de raadsman van de verzoekende partij aan de verwerende partij mee dat haar gunningsbeslissing waarbij zij werd geweerd “om reden dat cliënte niet de vereiste erkenning heeft” “niet correct” is; voorts laat hij het volgende weten: “U treft immers in bijlage kopij van de erkenning afgeleverd 16.03.2015”; “Behoudens vergissing, dient de erkenning er te zijn bij aanvang der werken”; “Bij deze dan ook vraag, of Uw

departement bereid is de werken alsnog aan mijn cliënte toe te wijzen. Niets staat immers in de weg, op Uw eerdere gunningsbeslissing terug te komen en deze toch aan cliënte toe te wijzen.”

3.9. Met een brief van 30 april 2015 antwoordt de verwerende partij als volgt:

“Wij hebben uw schrijven van 21 april 2015 aandachtig gelezen maar gaan niet akkoord met de hierin geponeerde stelling dat de erkenning pas dient te bestaan bij de aanvang der werken.

Krachtens de artikelen 67 en 69 van het KB Plaatsing van dit bestek, vroeg de overheid een erkenning categorie G, klasse 1. Dit is een noodzakelijke voorwaarde om de opdracht te kunnen uitvoeren. Om de opdracht te kunnen gunnen, moet de overheid weten of de inschrijver aan alle voorwaarden voldoet op het moment van gunning. Immers, indien er zou worden gegund, zonder dat de gevraagde erkenning bestaat, zou een andere inschrijver simpelweg de gunning aanvechten omdat uw klant niet aan de voorwaarden van het bestek voldoet.”

IV. Onderzoek van het enige middel

Uiteenzetting van het middel

4. De verzoekende partij voert de schending aan van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, namelijk “het zorgvuldigheids-, gelijkheids- en redelijkheidsbeginsel”.

Zij merkt op dat haar offerte werd geweerd op grond van het aanbestedingsverslag waarin wordt gemotiveerd “dat vertoonster niet de vereiste erkenning bezit voor de uitvoering der werken, met name als firma erkend zijn in de categorie G3”. Het getuigschrift van de erkenning van de verzoekende partij dagtekent van 16 maart 2015 terwijl de gunningsbeslissing dagtekent van 31 maart 2015 [lees: 23 maart 2015]. Voorts wijst de verzoekende partij erop dat de overeenkomst tussen een inschrijver en de overheid tot stand komt op het tijdstip van de kennisgeving van de goedkeuring van de inschrijver en dat een inschrijver slechts moet beschikken over de erkenning op het tijdstip van het sluiten van de overeenkomst; aldus, zo vervolgt zij, kan de aanbestedende overheid de opdracht gunnen aan de inschrijver die weliswaar op het ogenblik

van het indienen van zijn offerte de erkenning mist, maar deze wel heeft op het ogenblik van de gunningsbeslissing, wat hier het geval is. Door de gunning aan de verzoekende partij te weigeren, miskent de verwerende partij artikel 25 van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ zoals gewijzigd door artikel 20 van de wet van 5 augustus 2011 ‘tot wijziging van de wet overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006’.

5. In haar memorie van wederantwoord merkt de verzoekende partij onder meer op dat de vraag of de erkenning moet zijn verkregen op het ogenblik van de gunningsbeslissing dan wel op het ogenblik van de kennisgeving van deze beslissing, moet worden beantwoord met het laatste. “Aangezien verwerende partij niet betwist, dat verzoekende partij op moment van de kennisgeving van haar beslissing, terdege over de vereiste erkenning beschikte” meent zij dat “de voorziening dan ook gegrond is”.

6. In haar laatste memorie beklemtoont de verzoekende partij dat de motivering in de bestreden beslissing dat zij niet beschikte over de nodige erkenning, onjuist was aangezien zij reeds over die erkenning beschikte op 16 maart 2015. Voorts merkt de verzoekende partij op dat de verwerende partij niet betwist dat zij op het moment van de kennisgeving van de gunningsbeslissing, wist dat de verzoekende partij over de vereiste erkenning beschikte en “[d]at het weinig aanneembaar is dat het Departement Mobiliteit en Openbare Werken zelf geen kennis zou hebben – of kunnen hebben – van de door de FOD Economie, KMO, Middenstand en Energie verleende erkenningen.”

7. In haar laatste memorie merkt de verwerende partij het volgende op:

“Terecht merkt de heer Eerste Auditeur in zijn Auditoraatsverslag op dat verwerende partij niet op de hoogte was en werd gebracht van het feit dat verzoekende partij een erkenning op zak had. Verwerende partij betwist weldegelijk dat zij [...] kennis had van de erkenning ten tijde van het nemen van de gunningsbeslissing hetgeen uiteraard een rechtstreeks en uitsluitend gevolg is van de houding van verzoekende partij.”

Beoordeling

8. In het artikel 3, § 1, van de wet van 20 maart 1991 ‘houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken’ wordt bepaald:

“§ 1. Opdrachten voor aanneming van werken als bedoeld in artikel 2, waarvan de omvang een bij koninklijk besluit vastgesteld bedrag overschrijdt, mogen slechts worden gegund aan aannemers, zowel privaatrechtelijke als publiekrechtelijke personen, die op het ogenblik van de gunning :

1° hetzij hiervoor erkend zijn;

2° hetzij de bewijzen hebben geleverd dat zij voldoen aan de voorwaarden gesteld door of krachtens deze wet.”

In het artikel 70, eerste en tweede lid, van het koninklijk besluit ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ van 15 juli 2011 wordt bepaald:

“In geval van een opdracht voor werken, wanneer de opdracht, overeenkomstig artikel 3, § 1, van de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken, enkel mag worden gegund aan personen die hetzij hiervoor erkend zijn, hetzij het bewijs hebben geleverd dat zij voldoen aan de bij of krachtens deze wet bepaalde voorwaarden om te worden erkend, vermeldt de aankondiging van opdracht de vereiste erkenning overeenkomstig genoemde wet en haar uitvoeringsbesluiten.

De aanvraag tot deelneming of de offerte vermeldt:

1° ofwel dat de kandidaat of inschrijver over de vereiste erkenning beschikt;

2° [...]

3° ofwel dat de kandidaat of inschrijver de toepassing inroept van artikel 3, § 1, 2°, van de voormelde wet van 20 maart 1991. In dat geval voegt de kandidaat of inschrijver de nodige bewijsstukken bij zijn aanvraag tot deelneming of bij zijn offerte.”

De verzoekende partij heeft in haar offerte niet vermeld dat zij over de vereiste erkenning beschikt en heeft evenmin vermeld dat zij de toepassing inroept van het voormelde artikel 3, § 1, 2°, van de wet van 20 maart 1991. Zij heeft ook niet de nodige bewijsstukken bij haar offerte gevoegd, zoals vereist door het voormelde artikel 70, tweede lid, 3°, van het koninklijk besluit

van 15 juli 2011. Zij heeft op haar offerte enkel vermeld dat de erkenning categorie G in aanvraag was.

De verzoekende partij is alzo in gebreke gebleven door de verwerende partij niet afdoende voor te lichten van haar erkenningstoestand en de evolutie ervan.

Pas met de brief van 21 april 2015 heeft de raadsman van de verzoekende partij de verwerende partij in kennis gesteld van de erkenning van 16 maart 2015, dit is na de gunningsbeslissing van 23 maart 2015 en de kennisgeving van deze beslissing aan haar van 31 maart 2015.

In het arrest van 15 april 2011 van het Hof van Cassatie – C.10.0211 – dat de verzoekende partij inroept om te stellen dat een aanbestedende overheid een opdracht mag gunnen aan een inschrijver die pas aan de vereiste van erkenning voldoet op het ogenblik van het sluiten van de overeenkomst, wordt overigens ook het volgende overwogen:

“Deze mogelijkheid houdt niet in dat het bestuur, na te hebben beslist de opdracht te gunnen aan de inschrijver die, op datum van de gunning, de laagste regelmatige inschrijving uitgaande van een erkende aannemer heeft ingediend, gehouden is op die beslissing terug te komen, wanneer het op het ogenblik van de kennisgeving van de goedkeuring kennis ervan heeft dat een andere inschrijver inmiddels aan de erkenningsvoorwaarden voldoet en de offerte van die andere inschrijver gunstiger is.”

De verwerende partij had op het ogenblik van de kennisgeving van de goedkeuring zelfs nog geen kennis van de erkenning van de verzoekende partij, minstens toont de verzoekende partij het tegendeel niet aan.

Het middel is ongegrond.

V. Rechtsplegingsvergoeding

9. Er is te dezen grond om met toepassing van artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en artikel 67, § 1, van het besluit van

de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’, de verwerende partij de door haar gevraagde basisrechtsplegingsvergoeding van 700 euro toe te kennen, nu zij door de verwerping van de vordering tot schorsing als in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 18 oktober 2016, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest