

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 236.932 van 27 december 2016

in de zaak A. 216.791/XII-7928

In zake: de NV MEULEMAN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Frederiek Wauters en Linneke Vandewiele
kantoor houdend te 8600 Diksmuide
Schipstraat 4.01
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD IZEGEM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Dirk Van Heuven
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
Beneluxpark 27B
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de BVBA THE USUAL SUSPECT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Laurens Storms
kantoor houdend te 3110 Rotselaar
Echostraat 8
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 25 augustus 2015, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de stad Izegem van 22 juni 2015 waarbij de opdracht “levering en integratie van alle schrijnwerk van de modules voor de permanente museale inrichting van Eperon d’Or” wordt gegund aan de bvba The Usual Suspect.

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.

De tussenkomende partij heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 14 december 2015.

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 29 november 2016.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Jan Maertens, die loco advocaat Frederiek Wauters verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Dirk Van Heuven, die 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 stad Izegem schrijft een overheidsopdracht bij open offerteaanvraag uit met als voorwerp “Levering en integratie van alle schrijnwerk van de modules voor de permanente museale inrichting” van de industriële erfgoedsite Eperon d’Or.

Zij kondigt de opdracht aan in het Bulletin der Aanbestedingen van 29 april 2015.

In de aankondiging wordt vermeld: “Vereiste erkenning: D5 (Timmerwerk, houten spanten en trappen), Klasse 2”.

In het toepasselijke bestek, ref. 2015-15, wordt onder de rubriek “Toepasselijke reglementering” onder meer vermeld: de “[w]et van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken, vastgesteld door het koninklijk besluit van 26 september 1991” en 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’. Het voornoemd specifiek vereiste van erkenning, zoals opgenomen in de bekendmaking, wordt niet uitdrukkelijk vermeld in het bestek.

3.2. Er worden vijf offertes ingediend.

Onder de rubriek “Toegangsrecht en kwalitatieve selectie van de inschrijvers” wordt in het gunningsverslag van 17 juni 2015 aandacht besteed aan de “[e]rkenning van aannemers (categorie en klasse): D5 ([t]immerwerk, houten spanten en trappen), Klasse 2” en er wordt bij de offerte van de bvba The Usual Suspect “Niet OK” vermeld. Toch wordt deze inschrijver geselecteerd “omdat eventuele tekortkomingen niet essentieel” zijn met de motivering “In orde

na verificatie van verklaring op eer” en “Geselecteerd op basis van een verklaring op eer”.

Na toetsing van de offertes aan de gunningscriteria “Prijs”, “Voorgestelde materialen en de manier van uitvoering zoals die blijkt uit de offerte” en “Voorgestelde werkplanning”, wordt de offerte van de bvba The Usual Suspect als eerste gerangschikt met 96 op 100 en de offerte van de nv Meuleman als tweede met 83 op 100.

3.3. Op 22 juni 2015 beslist het college van burgemeester en schepenen van de stad Izegem het gunningsverslag goed te keuren en de opdracht te gunnen aan de bvba The Usual Suspect.

3.4. Met een brief van 24 juni 2015 brengt de stad Izegem de nv Meuleman de beslissing van 22 juni 2015 ter kennis.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

Uiteenzetting van de excepties

4.1. De verwerende partij werpt op dat het beroep onontvankelijk is omdat er “geen volwaardige middelen” worden aangevoerd “in de zin van artikel 2 §1, 3° van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948”. Zij merkt op dat er geen duidelijke opgave in het verzoekschrift is van de geschonden geachte rechtsregel; slechts “[l]ukraak in de tekst van de middelen worden wel wettelijke bepalingen aangehaald, dewelke evenwel niet van toepassing zijn op een open offerteaanvraag van leveringen”.

4.2. De tussenkomenende partij voert in de eerste plaats aan dat het beroep niet tijdig is omdat de brief van 24 juni 2015 waarmee de verwerende partij de verzoekende partij in kennis stelde van de bestreden beslissing, de

beroepstermijn heeft doen ingaan op 25 juni 2015 en deze aldus verstreek op 24 augustus 2015.

Op de tweede plaats merkt de tussenkomende partij op dat de verzoekende partij geen belang heeft bij haar beroep omdat een eventuele nietigverklaring van de bestreden beslissing haar geen voordeel kan opleveren. De verzoekende partij zet volgens de tussenkomende partij haar belang niet uiteen. Voorts wijst zij erop dat volgens het tweede middel van de verzoekende partij waarin zij volgens de tussenkomende partij betoogt dat de opdracht niet mocht worden gegund aan de tussenkomende partij omdat de door de tussenkomende partij geboden prijs meer dan 15% afwijkt van het gemiddelde, de opdracht aan de verzoekende partij zelf ook niet mag worden gegund omdat haar prijs evenzeer meer dan 15% afwijkt.

Beoordeling

5.1. In het inleidend verzoekschrift worden twee middelen aangevoerd. Zoals hierna zal blijken wordt het eerste middel gegrond bevonden. In dit middel wordt voor alle partijen en voor de Raad de grief van de verzoekende partij voldoende duidelijk aangebracht. De exceptie van de verwerende partij wordt verworpen.

5.2. In het auditoraatsverslag worden de excepties van de tussenkomende partij gemotiveerd verworpen. De tussenkomende partij heeft geen laatste memorie ingediend noch is zij ter terechtzitting verschenen. In die omstandigheden worden de excepties verworpen en valt de Raad het terechte standpunt in het verslag bij.

V. Onderzoek van het eerste middel

Standpunt van de partijen

6. Onder het kopje “onregelmatigheid deelnemingscriteria” verwijst de verzoekende partij naar de in de aankondiging opgenomen vereiste erkenning D5, klasse 2. Zij merkt op dat na controle van de databank van de erkende aannemers blijkt dat de tussenkomen partij niet over een dergelijke erkenning beschikt en dus “niet voldeed aan de deelnemingscriteria”. De erkenning is echter, zo benadrukt zij, essentieel en wettelijk verplicht. Het gunnen van een opdracht aan een aannemer die niet erkend is, schendt artikel 3, § 1, van de wet van 20 maart 1991 ‘houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken’ waarin is bepaald dat opdrachten voor aanneming van werken waarvan de omvang een bij koninklijk besluit vastgesteld bedrag overschrijdt, slechts mogen 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.

Zij besluit: “Tot op heden werd door The Usual Suspect geen aanvraag tot erkenning ingediend. Uit niets blijkt bovendien dat The Usual Suspect voldoet aan de voorwaarden dewelke voor erkenning vervuld dienen te zijn” en “[d]e gunningsbeslissing [...] met toekenning van de betreffende opdracht aan The Usual Suspect, gebeurde onregelmatig en is onwettig.”

7. De tussenkomen partij merkt in de eerste plaats op dat het middel onontvankelijk is “omdat niet duidelijk is welke rechtsnormen de verzoekende partij precies geschonden acht”.

Voorts is het middel volgens haar ongegrond. Zij merkt op dat zij weliswaar niet over een erkenning beschikt maar dat er “wel een erkenningsprocedure in voorbereiding” is. Voorts toont de verzoekende partij volgens de tussenkomen partij niet aan dat zij niet de bewijzen heeft geleverd

dat zij voldoet aan de voorwaarden gesteld door of krachtens de wet van 20 maart 1991.

8. De verwerende partij betoogt in haar memorie van antwoord in de eerste plaats dat de kwestieuze opdracht geen erkenning D5, klasse 2 vereist. Het bestek legt geen erkenningsvoorwaarde op. Dat in de aankondiging dit wel wordt gedaan doet hier niets aan af; het bestek primeert immers omdat er enkel een gemeenteraadsbeslissing voorligt die het bestek goedkeurt.

Voorts gaat het hier, aldus de verwerende partij, niet om een opdracht van werken, maar van leveringen zodat de erkenningsreglementering niet van toepassing is.

Ten slotte merkt zij op dat het inschrijvingsbedrag van de tussenkomende partij lager is dan de erkenning D5, klasse 2.

9. De verzoekende partij merkt in haar memorie van wederantwoord op dat in het bestek wordt verwezen naar de toepasselijkheid van de wet van 20 maart 1991 en dat de aankondiging werd opgesteld op grond van het bestek. Voorts, zo stelt zij, werd het erkenningsvereiste nagegaan in het gunningsverslag dat volledig door de bestreden beslissing werd goedgekeurd.

De stelling van de verwerende partij dat het niet om een opdracht van werken zou gaan doch van levering, gaat volgens de verzoekende partij volledig tegen het dossier in. Zowel in het bestek als in de aankondiging wordt uitdrukkelijk bepaald dat het om een opdracht van werken gaat.

Wat het feit betreft dat de inschrijvingsprijs van de tussenkomende partij lager is dan vereist voor de erkenning D5, klasse 2, merkt de verzoekende partij op dat alsdan minstens erkenning D5, klasse 1, is vereist die de tussenkomende partij evenmin kan voorleggen.

Ten slotte wijst de verzoekende partij erop dat noch de verwerende partij, noch de tussenkomende partij bewijzen dat de tussenkomende partij “voldoet aan de voorwaarden gesteld door of krachtens de wet conform artikel 3§1 van de wet van 20 maart 1991”.

10. In haar laatste memorie merkt de verwerende partij op dat er geen motiveringsgebrek wordt ingeroepen zodat het in wezen irrelevant is wat wel of niet in de bestreden beslissing wordt gemotiveerd. Hamvraag is volgens haar of het hier in werkelijkheid om een opdracht van werken gaat. Het gaat volgens haar om inrichtingswerken en niet om bouwwerken zodat het om leveringen gaat en de wet van 20 maart 1991 niet van toepassing is. Dat de opdrachtdocumenten gewag maken van werken betekent niet dat het hier ook effectief om werken gaat. Zij herhaalt dat het bestek overigens geen erkenning vereist.

Beoordeling

11. Artikel 3, § 1, van de voormelde wet van 20 maart 1991 luidt:

“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.”

12. De exceptie van de tussenkomende partij dat het middel onontvankelijk is wegens onduidelijkheid wordt niet aanvaard. De verzoekende partij voert in essentie aan dat de tussenkomende partij niet beschikt over de vereiste erkenning en de bestreden beslissing om die reden onwettig is.

13. In de aankondiging wordt de erkenning D5, klasse 2 vermeld. Het bestek verwijst onder de toepasselijke reglementering ook naar de reglementering inzake erkenning. Aldus staat vast dat de erkenning D5, klasse 2 door de aanbestedende overheid is opgelegd. Overigens heeft zij het onderzoek naar deze erkenning doorgevoerd en bij de offerte van de tussenkomende partij hierbij in het gunningsverslag opgemerkt “Niet OK” maar “[i]n orde na verificatie van verklaring op eer”. Er is echter in het administratief dossier geen spoor te vinden van die verklaring op eer en ter terechtzitting, na interpellatie, wordt deze ook niet voorgelegd.

14. Het verweer dat het hier een opdracht van leveringen betreft en geen opdracht van werken, overtuigt evenmin.

In de aankondiging, het bestek, het proces-verbaal van opening der offertes en het nazichtsverslag heeft de aanbestedende overheid de opdracht telkens gekwalificeerd als een opdracht van werken.

De verwerende partij beweert in haar memorie van antwoord zonder nadere argumentatie dat het om een opdracht van leveringen gaat. Pas in haar laatste memorie ontwikkelt zij een zeer beknopte argumentatie en merkt zij op dat het gaat om “inrichtingswerken” en geen “bouwwerken” zonder deze stelling juridisch uit te werken naar consequenties toe voor de huidige zaak.

In die omstandigheden is er geen aanleiding om de opdracht anders te beschouwen dan als een opdracht van werken.

15. De omstandigheid dat de inschrijvingsprijs van de tussenkomende partij kan worden ondergebracht onder klasse 1 in plaats van klasse 2, doet uiteraard niets af van de argumentatie van de verzoekende partij.

16. Het argument van de tussenkomende partij dat zij een erkenning heeft aangevraagd, is evenmin valabel, alleen al omdat de tussenkomende partij de aanvraag niet aantoont.

17. Ten slotte is het argument van de tussenkomende partij dat de verzoekende partij weliswaar aantoont dat de tussenkomende partij niet erkend is doch niet aantoont dat de tussenkomende partij niet de bewijzen heeft geleverd dat zij voldoet aan de voorwaarden gesteld door of krachtens de voormelde wet van 20 maart 1991, niet aanvaardbaar. Uiteraard is het diegene die zich beroept op artikel 3, § 1, 1° of 2°, van die wet, die moet aantonen dat hij erkend is dan wel dat hij de bewijzen heeft geleverd dat hij voldoet aan de voorwaarden gesteld door of krachtens die wet, wat de tussenkomende partij hier nalaat.

18. De conclusie is dan ook dat de verwerende partij de opdracht gegund heeft met schending van artikel 3, § 1, van de voormelde wet van 20 maart 1991 en haar eigen opdrachtdocumenten.

Het middel is gegrond.

VI. Kosten

19. Er is te dezen reden 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 verzoekende partij de door haar gevraagde basisrechtsplegingsvergoeding van 700 euro toe te kennen, nu zij als in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de stad Izegem van 22 juni 2015 waarbij de opdracht “levering en integratie van alle schrijnwerk van de modules voor de permanente museale inrichting van Eperon d’Or” wordt gegund aan de bvba The Usual Suspect.

2. De verwerende 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 verzoekende partij.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 27 december 2016, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Dierk Verbiest