RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 238.389 van 1 juni 2017
in de zaak A. 222.146/XII-8372

In zake: de NV HAMSTER CLEANING
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Hugo Lamon
kantoor houdend te 3500 Hasselt
de Schiervellaan 23
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het OPENBAAR CENTRUM VOOR MAATSCHAPPELIJK WELZIJN VAN SINT-NIKLAAS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Steven Van Garsse en Simon Verhoeven
kantoor houdend te 2600 Antwerpen
Prins Boudewijnlaan 18
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 8 mei 2017, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "[h]et besluit van het OCMW Sint-Niklaas d.d. 9 maart 2017, waarbij de overheidsopdracht met open offerteaanvraag en met als voorwerp 'reiniging ventilatiekanalen' (ref. 20163/089) niet werd toegewezen aan [de nv Hamster Cleaning] en werd toegewezen aan de NV ISS".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 23 mei 2017, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Ine Schildermans, die *loco* advocaat Hugo Lamon verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Simon Verhoeven, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Ann Eylenbosch 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 verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor diensten met als voorwerp “reiniging ventilatiekanalen”.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 3 november 2016 en in het Publicatieblad van de Europese Unie op 8 november 2016.

De opdracht wordt geplaatst met een open offerteaanvraag.

3.3. Het bijzonder bestek nr. 2016/089 vereist op bladzijde 5 onder punt I.5 “Toegangsrecht en kwalitatieve selectie” een erkenning categorie D18 (ventilatie, luchtverwarming en airconditioning), klasse 1.

3.4. De opening van de offertes vindt plaats op 19 december 2016.

De nv ISS en de verzoekende partij dienen een offerte in.

3.5. Op 8 februari 2017 wordt het verslag van nazicht van de offertes opgemaakt.

De beide offertes worden regelmatig bevonden.

Na vergelijking van de offertes volgens de in het bestek vermelde gunningscriteria wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de nv ISS.

3.6. Op 13 februari 2017 beslist de verwerende partij de opdracht te gunnen aan de nv ISS.

Dit is de bestreden beslissing.

Bij aangetekend schrijven van 9 maart 2017 wordt de verzoekende partij ervan in kennis gesteld dat de opdracht aan een andere inschrijver is gegund. Het gunningsverslag is gevoegd in bijlage.

3.7. Bij e-mailbericht van 13 maart 2017, herhaald bij aangetekend schrijven en e-mailbericht van 8 april 2017, meldt de verzoekende partij aan de verwerende partij dat de gekozen inschrijver niet beschikt over de in het bestek vereiste erkenning D18 klasse 1.

Op 11 april 2017 deelt de aankoopdienst van de verwerende partij mee dat "[i]ntern onderzoek heeft uitgewezen dat u inderdaad gelijk hebt. Volgende week zullen de nodige stappen gezet om deze toewijzing aan ISS ongedaan te maken".

Bij e-mailbericht van 21 april 2017 meldt de verzoekende partij aan de aankoopdienst van de verwerende partij dat zij nog geen intrekkingsbeslissing heeft mogen ontvangen.

Nog dezelfde dag antwoordt de aankoopdienst van de verwerende partij dat de gekozen inschrijver in kennis is gesteld en dat een beslissing tot intrekking zal worden opgemaakt.

3.8. Bij aangetekend schrijven van 5 mei 2017 deelt de verwerende partij de verzoekende partij mee dat zij na overleg en het opvragen van de nodige inlichtingen en adviezen, geen reden ziet om de beslissing van toewijzing aan de nv ISS in te trekken, aangezien deze opdracht een overheidsopdracht van diensten betreft, zoals ook vermeld in het bestek en de reglementering inzake de erkenning van aannemers in principe dan ook niet van toepassing is op deze opdracht.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

4. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over de door de verwerende partij opgeworpen ontvankelijkheidsexcepties uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak over die excepties zou alleen nodig zijn indien de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

V. Schorsingsvoorwaarden

5.1. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

5.2. Te dezen is evenwel ook de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ van toepassing.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissingen in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

Overeenkomstig artikel 15, tweede lid, echter wordt de vordering tot schorsing voor de Raad van State uitsluitend ingesteld volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Overeenkomstig artikel 31 gelden deze bepalingen ook voor opdrachten die de drempelbedragen voor Europese bekendmaking niet bereiken.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of minstens één ernstig middel wordt aangevoerd, dan wel een klaarblijkelijke onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissingen kunnen verantwoorden.

VI. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

6. De verzoekende partij voert in een enig middel de schending aan van "de beginselen van behoorlijk bestuur, meer bepaald het gelijkheidsbeginsel en het daarmee verbonden beginsel dat de aanbestedende overheid er toe gehouden is om haar eigen bestekregels toe te passen (*pater legem quam ipse feciste*-beginsel – de overheid is voor de keuze van haar medecontractant gebonden door de regels die [in] het bestek zijn weergegeven), van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen en de materiële motiveringsplicht en het gelijkheids-zorgvuldigheids-redelijkheids-en voorzienbaarheidsbeginsel".

De verzoekende partij voert daartoe aan dat de gekozen inschrijver niet over de "vereiste erkenning" beschikt, meer bepaald de erkenning D18 en leidt daaruit af dat de verwerende partij niet zonder het bestek en de gelijke behandeling van de inschrijvers te schenden, een inschrijver die niet over de vereiste erkenning beschikt, mag selecteren.

Voorts wordt betoogd dat ondanks de aankondiging dat de bestreden gunningsbeslissing zou worden ingetrokken, zulks niet is gebeurd en aldus het vertrouwensbeginsel is geschonden.

Beoordeling

7. Overeenkomstig artikel 3 van de wet van 20 maart 1991 ‘houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken’ (hierna: de wet van 20 maart 1991) mogen opdrachten voor werken als bedoeld in artikel 2 in beginsel slechts worden gegund aan aannemers die op dat ogenblik hiervoor erkend zijn. Luidens artikel 2 is de wet van 20 maart 1991 van toepassing op de overheidsopdrachten voor werken, zoals gedefinieerd in artikel 3, 2°, van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’. Indien de opdracht geen opdracht voor werken betreft, is de erkenningsreglementering derhalve niet van toepassing.

8. De partijen zijn het ter terechtzitting over eens dat de kwestieuze opdracht geen overheidsopdracht voor werken, maar een opdracht voor diensten is.

De erkenningsreglementering is er aldus niet op van toepassing.

9. Het voormelde aangetekend schrijven van 5 mei 2017 doet ervan blijken dat de aanbestedende overheid de kwestieuze besteksvereiste had afgeleid uit de vermeende toepasselijkheid van de erkenningsreglementering en vervolgens had vastgesteld dat zulks ten onrechte was.

In het verzoekschrift wordt er nog van uitgegaan dat de erkenningsreglementering wel nog toepasselijk was, zodat het middel steunt op een rechtens niet correct uitgangspunt.

Ter terechtzitting is de verzoekende partij er niet toe gekomen, de vraag ter discussie te stellen of in dit geval de betrokken besteksvereiste toch zou moeten worden toegepast. Het lijkt niet dat in dergelijke omstandigheden in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid de Raad van State dit onderzoek zou moeten verrichten.

Ten slotte toont de verzoekende partij aldus ook niet concreet aan op welke wijze dan toch nog schending zou voorliggen van de in het middel vermelde motiveringsverplichtingen, het gelijkheids-, zorgvuldigheids- en redelijkheidsbeginsel.

In zoverre de verzoekende partij als grief nog de schending aanvoert van het vertrouwensbeginsel, lijkt het dat de toepassing te dezen, alvast *prima facie*, in weerwil van de erkenningsreglementering en dus *contra legem* zou moeten doorgang vinden. De verzoekende partij toont zulks niet aan.

Het middel is in zijn geheel niet ernstig.

VII. Besluit en kosten

10. Aangezien de verzoekende partij geen ernstig middel aanvoert, moet de vordering tot schorsing worden verworpen.

11. Op de terechtzitting deelt de verwerende partij mee haar vraag tot toekenning van de basisrechtsplegingsvergoeding van 700 euro niet te handhaven.

De uitspraak over de kosten dient echter in beraad te worden gehouden, omdat de vordering tot schorsing is ingesteld met een verzoekschrift dat ook een beroep tot nietigverklaring bevat. Aangezien hieruit volgt dat het geding ten gronde nog hangend is, past het de beslissing betreffende de kosten, daarin begrepen de rechtsplegingsvergoeding, in beraad te houden.

BESLISSING

De Raad van State verwerpt de vordering.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 1 juni 2017, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,

bijgestaan door

Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Greta Scheveneels	**Dierk Verbiest**