

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 240.460 van 16 januari 2018
in de zaak A. 223.988/XII-8478**

In zake: de NV ATAB
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Filip Van der Veken
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
Amerikalei 182
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Kris Wauters en Sophie Bleux
kantoor houdend te 1170 Brussel
Terhulpesteenweg 187
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 15 december 2017, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van het Vlaams Gewest, departement Mobiliteit & Openbare Werken, ondertekend door de secretaris-generaal van 13 november 2017 waarbij de opdracht tot het uitvoeren van dakrenovatiewerken wordt gegund aan de nv Algemene Ondernemingen Robert Wyckaert”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 9 januari 2018, om 11.00 uur.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Filip Van der Veken en Joke Derwa, die verschijnen voor de verzoekende partij, en advocaten Kris Wauters en Jorien Van Belle, *loco* advocaat Sophie Bleux, die verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederic Eggermont 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 uit voor de aanneming van werken met als voorwerp het renoveren van de daken van de hallen 1, 2 en 3 van het Waterbouwkundig Laboratorium gelegen te Antwerpen (Borgerhout), Berchemlei 115.

De gekozen gunningsprocedure is de open aanbesteding.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 26 mei 2017.

In de aankondiging wordt een specifieke vakbekwaamheid voor de opdracht vereist:

“De aanbestedende overheid is van oordeel dat de vereiste erkenning is:
Categorie D
De aanbestedende overheid is van oordeel dat de vereiste klasse is: 6
De opgegeven vereiste erkenningsklasse geldt ten indicatieve titel.”

Op de opdracht is het bestek nr. 2017/HFB/OA/33367 van toepassing.

Bij de kwalitatieve selectiecriteria in het bestek wordt betreffende de erkenning het volgende vereist :

“Art. 70: Voor deze werken is er een passende erkenning vereist in de zin van de Wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van de opdrachtnemers van werken.

De aanbestedende overheid is van oordeel dat de vereiste erkenning is:

Categorie D

De aanbestedende overheid is van oordeel dat de vereiste klasse is: 6

De opgegeven vereiste erkenningsklasse geldt ten indicatieve titel.”

3.2. Op 13 juli 2017 vindt de opening van de offertes plaats. Twee inschrijvers, waaronder de verzoekende partij, dienen een elektronische offerte in:

1) de nv Algemene Ondernemingen Robert Wyckaert, en

2) de nv ATAB.

3.3. Een beoordelingscommissie stelt op 19 oktober 2017 een gunningsverslag op.

Bij het onderzoek van de geschiktheid van de inschrijvers wordt de verzoekende partij geweerd wegens het niet voldoen aan het selectiecriterium betreffende de erkenning, omdat de categorie D8 niet voldoet. De offerte van de nv Algemene Ondernemingen Robert Wyckaert wordt regelmatig beoordeeld.

3.4. De verwerende partij beslist op 13 november 2017 de opdracht te gunnen aan de nv Algemene Ondernemingen Robert Wyckaert voor een bedrag van 4.301.695,14 euro, btw inbegrepen.

De verwerende partij deelt aan de verzoekende partij per e-mailbericht en aangetekende brief van 4 december 2017 mee dat de opdracht niet aan haar werd toegewezen. Als bijlage worden het gunningsverslag en de gemotiveerde gunningsbeslissing gevoegd.

IV. Ontvankelijkheid

4. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over de door de verwerende partij opgeworpen ontvankelijkheidsexceptie uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak over die exceptie zou alleen nodig zijn indien zou komen vast te staan dat 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, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’ van toepassing.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissing 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 beslissing kunnen verantwoorden.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6.1. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 5, § 7, 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’ (hierna: het koninklijk besluit van 26 september 1991), van het principe van de mededinging, en van het redelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

De verzoekende partij acht dit artikel en deze beginselen geschonden doordat zij werd geweerd uit de selectieprocedure omwille van het ontbreken van de erkenning in categorie D, terwijl de opdracht in werkelijkheid dakrenovatiewerken betreft en de verzoekende partij wel degelijk over een erkenning beschikt om deze uit te voeren.

De verzoekende partij betoogt meer bepaald in dit middel dat de in de aankondiging en het bestek vereiste erkenning in categorie D niet overeenstemt met het werkelijke voorwerp van de opdracht. Uit de benaming die de verwerende partij in de aankondiging en in het bestek aan de opdracht geeft, maar tevens en vooral uit de gedetailleerde omschrijving die in artikel 1.3 van het bestek wordt gegeven van het voorwerp van de opdracht, blijkt volgens haar dat het werkelijke voorwerp van de opdracht dakrenovatiewerken betreft. Dergelijke werken horen aldus haar niet thuis onder categorie D, die betrekking heeft op “Algemene aannemingen van bouwwerken”, maar wél onder ondercategorie D8, die betrekking heeft op dakwerken. Bijgevolg meent zij dat de bestreden beslissing

‡BGBSLECDA-BDCDEJV‡

in strijd is met artikel 5 van het voormelde koninklijk besluit van 26 september 1991 waarin is bepaald dat het volstaat dat een aannemer erkend is in de categorie of ondercategorie waarvan het bedrag het grootste percentage van de aannemingssom vertegenwoordigt. Zij besluit dan ook dat de verwerende partij niet in redelijkheid mocht besluiten dat de verzoekende partij diende te beschikken over een erkenning in categorie D.

Beoordeling

6.2. Zowel in het bijzonder bestek als in de aankondiging van de opdracht wordt, wat de vakbekwaamheid betreft, bepaald dat de aanbestedende overheid van oordeel is dat voor de opdracht voor uitvoering van werken de vereiste erkenning die van categorie D is.

Geen van de partijen betwist dat een erkenning – met toepassing van 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) – vereist is voor de huidige opdracht.

6.3. Categorie D wordt in artikel 4 van het koninklijk besluit van 26 september 1991 omschreven als: “Algemene aannemingen van bouwwerken”.

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’ (hierna: het ministerieel besluit van 27 september 1991), wordt categorie D “Algemene aannemingen van bouwwerken” nader omschreven als:

“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, fabrieksschoorstenen, administratieve lokalen, bureel-, appartements- en commerciële gebouwen, gebouwen voor sportieve en culturele centra, ziekenhuizen, gebouwen voor wasserij-inrichtingen en crematoria.”

6.4. 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.

De beslissing om de inschrijving van de verzoekende partij te weren, steunt op het motief dat deze niet voldoet aan de in het bestek en de aankondiging gestelde erkenningsvereisten, te dezen categorie D. Die beslissing en de daarop steunende gunningsbeslissing kunnen echter voor onwettig worden gehouden indien uit het onderzoek van het voorwerp van de opdracht zou blijken dat geen erkenning was vereist of dat de verzoekende partij was erkend in de categorie of de ondercategorie waar de werken in werkelijkheid onder ressorteren.

6.5. Te dezen blijkt dat de door de aanbestedende overheid aan de opdracht gegeven benaming en beschrijving “Renovatie daken hal 1, 2 & 3” is.

Het voorwerp van de opdracht wordt in het bestek omschreven als:

“Deze opdracht omvat het renoveren van de daken van de hallen 1, 2 en 3 van het Waterbouwkundig laboratorium. De daken van hal 1 en 2 zijn met elkaar verbonden en worden op een andere manier behandeld dan het dak van hal 3.

Bij hal 1 en 2 wordt de dakbedekking er af gehaald, inclusief de dakconstructie bovenop de bestaande spanten. Hierbij wordt in fasen gewerkt om het materiaal dat zich in de hal bevindt zo goed mogelijk te vrijwaren van weersinvloeden. Het dak wordt voorzien van nieuwe gordingen en profielplaten, isolatie en een nieuwe dakdichting.

Bij hal 3 worden enkel de bovenste waterdichte laag en de verticale profielplaten verwijderd, waarna het hele dak geïsoleerd en afgewerkt wordt.”

6.6. Artikel 5, § 7, van het koninklijk besluit van 26 september 1991 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.

In geval de aanneming werken van verschillende aard omvat waarvan de relatieve belangrijkheid ongeveer gelijk is, mag zij gerangschikt worden in meerdere van de betreffende categorieën of ondercategorieën. De inschrijver dient evenwel slechts erkend te zijn in één van de voorgeschreven categorieën of ondercategorieën.”

6.7. De verzoekende partij beschikt niet over een erkenning in de categorie D, maar wel over een erkenning in de categorie D8 die in artikel 4 van het koninklijk besluit van 26 september 1991 wordt omschreven als: “Dakbedekkingen in asfalt- of gelijkaardige produkten en dichtingswerken”.

Artikel 2 van het ministerieel besluit van 27 september 1991 bepaalt nader:

“Dakbedekkingswerken door middel van asfaltprodukten of soepele synthetische produkten, in bladen of in rollen, aangebracht door kleving. Dichtingswerken zoals beschoeiings- en beschietingswerken in asfalt- of gelijkaardige produkten”.

6.8. Het voorwerp van de opdracht lijkt echter niet beperkt tot dakbedekkings- en dichtingswerken. Zo wordt bij de hallen 1 en 2 de dakbedekking niet alleen weggehaald, maar moet ook de dakconstructie bovenop de bestaande spanten worden verwijderd en dienen nieuwe gordingen, profielplaten, isolatie en dakdichting te worden geplaatst. Bij hal 3 moet het hele dak worden geïsoleerd en afgewerkt. In de samenvattende meetstaat zijn talrijke posten opgenomen onder “03. Afbraakwerken”, “25. Structuurelementen hout”, “26. Structuurelementen beton”, “27. Structuurelementen staal”, “28. Houtskeletbouw” “31. Thermische isolatie dak hal 3 (met gebogen dakschalen)” en “34. Thermische isolatie plat dak”, waarvan op het eerste gezicht mag worden aangenomen dat die buiten de omschrijving van “dakbedekkingswerken door middel van asfaltprodukten of soepele synthetische produkten, in bladen of in rollen, aangebracht door kleving” of “beschoeiings- en beschietingswerken in asfalt- of gelijkaardige produkten” vallen. De verzoekende partij laat na voldoende concreet en met een minimum aan precisie te verduidelijken op welke wijze die talrijke posten geen groot en zeker niet het grootste deel van de opdracht uitmaken.

De verwerende partij daarentegen zet in haar nota uiteen dat de onderdelen structurelementen, afbraakwerken en thermische isolatie, een percentage van de opdracht inhouden van respectievelijk 15 %, 17 % en 29 %, dus 61 % van de volledige opdracht.

6.9. Gelet op het voorgaande toont de verzoekende partij vooralsnog niet met de vereiste *prima facie* ernst aan dat overeenkomstig artikel 5, § 7, van het koninklijk besluit van 26 september 1991, “het in werkelijkheid” gaat om werken die thuishoren in ondercategorie D8 en niet om complexe opdrachten die vallen onder categorie D.

6.10. Een schending van de in het middel ingeroepen bepalingen en beginselen lijkt dan ook niet aangetoond.

Het middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

6.11. In een tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 3, § 1, van de wet van 20 maart 1991 doordat de verwerende partij de opdracht gunt aan de inschrijver die beschikt over een erkenning in categorie D, terwijl het voorwerp van de opdracht dakrenovatiewerken betreft en aldus een erkenning is vereist in ondercategorie D8.

Beoordeling

6.12. Het middel gaat ervan uit dat een erkenning in de ondercategorie D8 voor de huidige opdracht vereist is.

Uit de beoordeling van het eerste middel is gebleken dat die premisse niet lijkt te mogen worden bijgevalen. Deze vaststelling volstaat om ook het tweede middel te verwerpen.

6.13. Het middel is niet ernstig.

VII. Besluit en kosten

7.1. Geen van beide middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

7.2. De kosten van de vordering tot schorsing met inbegrip van de door de verwerende partij gevraagde basisrechtsplegingsvergoeding van 700 euro, vallen ten laste van de verzoekende partij.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, 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 16 januari 2018, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Johan Bovin,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.
De griffier	De voorzitter

Greta Scheveneels

Johan Bovin

‡BGBSLECDA-BDCDEJV‡

XII-8478-10/10