RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 246.558 van 7 januari 2020
in de zaak A. 229.750/XII-8844

In zake: de BVBA RDR INFRA
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Thomas Eyskens en Simon Claes
kantoor houdend te 1000 Brussel
Bisschoffsheimlaan 33
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het EIGEN VERMOGEN VAN HET INSTITUUT VOOR LANDBOUW- EN VISSERIJONDERZOEK (EV-ILVO)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Tom De Sutter
kantoor houdend te 9000 Gent
Koning Albertlaan 128
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 12 december 2019, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "het besluit van 20 november 2019 vanwege [het Eigen Vermogen van] het Instituut voor Landbouw- en Visserijonderzoek, waarbij wordt beslist om perceel 2 uit de overheidsopdracht voor […] 'het vervangen van elektrische installatie van een elektriciteitscabine en het aanleggen van de infrastructuur voor vernieuwen van elektrische leidingen, en het nieuw aanleggen van [gas, water en] dataleidingen' te gunnen aan de bvba Elektrotechnische Ondernemingen Vander Putten".

‡AHBUKDIBE-BEAAJHV‡

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 30 december 2019, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Simon Claes, die tevens *loco* advocaat Thomas Eyskens verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Tom De Sutter, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Thomas Maes 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 voor werken uit voor het vervangen van de elektrische installatie van een elektriciteitscabine en het aanleggen van de infrastructuur voor het vernieuwen van elektrische leidingen, en het nieuw aanleggen van gas, water en dataleidingen. De opdracht wordt geplaatst met een vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking.

De opdracht wordt aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen van 13 augustus 2019.

‡AHBUKDIBE-BEAAJHV‡

3.2. De opdracht omvat twee percelen. Perceel 1 betreft “de gas- en de stadswaterleidingen en hun installatie” en perceel 2 “de elektriciteits- en data werkzaamheden”. Enkel perceel 2 is hier in het geding.

Wat de voor deze opdracht vereiste erkenning betreft, is in het bestek onder punt 1.3.09 het volgende bepaald:

> “Voor deze werken is er een erkenning vereist in de zin van de Wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van de aannemers van werken.
> De aanbestedende overheid is van oordeel dat de werken beantwoorden aan onderstaande (onder)categorie:
> erkenningen:
> - voor perceel 1 (gas & waterinstallaties): C2/klasse 1
> - voor perceel 2 (elektr. & data installaties): P1/klasse 3
> - voor perceel 1 & perceel 2 samen: P1/klasse 3.”

3.3. Voor perceel 1 heeft enkel de verzoekende partij een offerte ingediend; voor perceel 2 werden er twee offertes ingediend, namelijk door de verzoekende partij en de bvba Elektrotechnische Ondernemingen Vander Putten.

3.4. Er wordt een gunningsverslag opgesteld. Bij het onderzoek van de erkenningen wordt bij perceel 2 het volgende opgemerkt wat de verzoekende partij betreft:

> “RDR voegt het getuigschrift van erkenning toe waarop 4P2, 2P1, 2P3 en 2S1 [vermeld] zijn. De firma RDR heeft de gevraagde klasse 3P1 niet. De erkenning werd eveneens opgezocht op de databank van de erkende aannemers ter verificatie. Hierop zijn dezelfde erkenningen vermeld. De inschrijver voegt geen documenten bij dat deze erkenning eventueel in aanvraag zou zijn. De inschrijver dient over de vereiste erkenning te beschikken volgens het inschrijvingsbedrag op het ogenblik van de gunning. Gezien dit een substantiële onregelmatigheid is komt de firma RDR Infra niet meer in aanmerking voor verder nazicht en/of eventuele gunning voor perceel 2 elektriciteits- en data-installaties.”

Er wordt voorgesteld om perceel 1 te gunnen aan de verzoekende partij en perceel 2 aan de bvba Elektrotechnische Ondernemingen Vander Putten.

‡AHBUKDIBE-BEAAJHV‡

3.5. Op 20 november 2019 gunt de verwerende partij onder verwijzing naar het gunningsverslag perceel 1 aan de verzoekende partij en perceel 2 aan de bvba Elektrotechnische Ondernemingen Vander Putten. Dit is de bestreden beslissing, in zoverre ze de gunning van perceel 2 betreft.

IV. Schorsingsvoorwaarden

4.1. 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.

4.2. 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

‡AHBUKDIBE-BEAAJHV‡

onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissing kunnen verantwoorden.

V. Onderzoek van het enig middel

Standpunt van de partijen

5. De verzoekende partij voert de schending aan van "art. 4, 1e lid, van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten juncto art. 3,1° van de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken […] juncto art. 3, §§ 2-4, art. 4 en art. 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 […] juncto art. 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 […] juncto de algemene beginselen van behoorlijk bestuur waaronder het zorgvuldigheids-beginsel en het beginsel van materiële motivering, al dan niet met toepassing van art. 159 van de Grondwet".

De verzoekende partij doet in dit middel in essentie gelden dat de verwerende partij als besteksvoorwaarde ten onrechte een erkenning voor ondercategorie P1 - klasse 3 vereist voor perceel 2 van de opdracht en dat zij minstens had moeten onderzoeken wat het werkelijk voorwerp van de opdracht was. Volgens de verzoekende partij is dat daarentegen ondercategorie P2. De categorisering onder P1 is onjuist zodat deze op grond van artikel 159 van de Grondwet buiten toepassing moet worden gelaten. De verzoekende partij had niet mogen worden geweerd voor perceel 2 op grond van de onjuiste categorisering ervan door de verwerende partij.

In een zeer uitvoerige toelichting overheen negen bladzijden zet de verzoekende partij vervolgens in detail uiteen welke werken onder P1 en P2 moeten worden begrepen en waarom perceel 2 van de opdracht volgens haar onder P2 moet worden ingedeeld en niet onder P1, zoals de verwerende partij ten

‡AHBUKDIBE-BEAAJHV‡

onrechte heeft gedaan. Zij voert daarbij aan de hand van haar eigen offerte en de daarin opgenomen bedragen een analyse uit per post van het bestek, zowel wat de inhoud betreft van de uit te voeren werken als de relatieve waarde ervan. Zij neemt daarbij ter ondersteuning een minutieuze tabel op in het verzoekschrift die alleen reeds vier bladzijden beslaat.

De verzoekende partij komt daarna tot het volgende besluit:

"In dit overzicht worden de uit te voeren werken begroot door verzoekende partij, hetgeen volgende eindconclusie oplevert. De uit te voeren werken uit het bestek omvatten volgende ondercategorieën:

- Totale werken onder categorie P1: 114.568,48 EUR
- Totale werken onder categorie P2: 146.480,88 EUR
- Totale werken onder categorie C: 64.976,79 EUR
- Totale werken onder categorie C6: 128.968,40 EUR
- Totale werken onder categorie C7: 5.100 EUR

Op grond van de analyse van verzoekende partij moet worden besloten dat het grootste aandeel van de werken uit het bestek van perceel 2 van de overheidsopdracht onder categorie P2 valt, m.n. het bedrag van 146.480,88 EUR.
In overeenstemming met art. 5, §7 van het KB erkenning aannemers, dient de opdracht in deze ondercategorie te worden gerangschikt, aangezien dit bedrag het grootste aandeel van de uit te voeren werken vertegenwoordig[t]."

6. In haar nota voert de verwerende partij enkel het volgende aan:

"De bestreden beslissing gunt de opdracht voor perceel 2 niet aan de verzoekende partij, maar wel aan de mogelijks tussenkomende partij.
Uit het verslag van nazicht blijkt weliswaar dat de verzoekende partij ook voor perceel 2 de meest interessante offerte heeft ingediend, maar niet beschikt over de vereiste erkenning.
De betwisting in de voorliggende procedure heeft aldus een beperkt voorwerp.
[…] De verwerende partij is bij het nemen van de bestreden beslissing gebonden door de voorwaarden vastgesteld in het bestek en kan niet anders dan vaststellen dat de verzoekende partij niet beschikt over de vereiste erkenning.
De verwerende partij is niet bij machte om desnoods zelf artikel 159, Grondwet toe te passen. Zij is daar overigens ook niet toe uitgenodigd door de verzoekende partij naar aanleiding van de publicatie van het bestek of haar inschrijving.

‡AHBUKDIBE-BEAAJHV‡

> […] De verwerende partij meent dat zij de vereiste erkenning wel degelijk op een rechtmatige wijze heeft gesteld, ook wanneer wordt rekening gehouden met het werkelijk voorwerp van de opdracht.
> De verwerende partij zal zich gedragen naar de beoordeling door de Raad van State.
> […] Het eerste en enige middel is niet ernstig."

Beoordeling

7. Op de eerste plaats wordt opgemerkt dat de verwerende partij geen passend verweer – de verwerende partij brengt geen enkel stuk bij dat een inzicht kan verschaffen in de kwalificatie als P2 – biedt in vergelijking met het zeer uitgewerkte middel en dat de Raad in deze technische materie de uiteenzetting louter op eigen inzicht evenmin *prima facie* ondeugdelijk bevindt. In de concrete omstandigheden van de zaak mag worden aangenomen dat het middel waarbij in essentie wordt betoogd dat de verwerende partij bij de categorisering onzorgvuldig is tewerk gegaan – de verwerende partij laat volkomen na het tegendeel aan te tonen, vooralsnog niet zonder ernst lijkt.

Voorts lijkt het verweer dat de verwerende partij het bestek onverkort moet toepassen, in het erkenningscontentieux niet absoluut.

Zoals de Raad reeds meermaals heeft opgemerkt onder meer in de arresten nrs. 210.675 van 25 januari 2011, 225.233 van 24 oktober 2013 en 240.866 van 1 maart 2018, lijken luidens artikel 3 van de wet van 20 maart 1991 'houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken' de erkenningsvoorwaarden te moeten zijn vervuld op het ogenblik van de gunning en definitief te worden bepaald door het bedrag van de inschrijving. Hieruit volgt dat de aanduiding van de erkenningsvoorwaarden in het bestek precair lijkt en dat de uiteindelijk voor de opdracht vereiste erkenning ook dient te worden nagegaan bij de gunning en een herkwalificatie van de besteksvereiste mogelijk moet worden geacht, dit zeker in het licht van een opdracht, zoals te dezen, die naar erkenningscategorieën complex lijkt.

Het middel is in de aangegeven mate ernstig.

‡AHBUKDIBE-BEAAJHV‡

VI. Besluit

8. Het enig middel is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden ingewilligd.

Het is passend, gelet op de hierna ingewilligde vordering tot schorsing en het daaropvolgende nog noodzakelijke procedureverloop, de kosten, de gevorderde rechtsplegingsvergoedingen inbegrepen, in beraad te houden.

BESLISSING

De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van het Eigen Vermogen van het Instituut voor Landbouw- en Visserijonderzoek van 20 november 2019 waarbij perceel 2 van de opdracht voor het vervangen van de elektrische installatie van een elektriciteitscabine en het aanleggen van de infrastructuur voor het vernieuwen van elektrische leidingen, en het nieuw aanleggen van gas, water en dataleidingen wordt gegund aan de bvba Elektrotechnische Ondernemingen Vander Putten.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van zeven januari tweeduizendtwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad, waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Greta Scheveneels	**Pierre Barra**

‡AHBUKDIBE-BEAAJHV‡