

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK
VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

nr. 251.278 van 15 juli 2021
in de zaak A. 233.932/XII-9102

In zake: de BV J. DE WIN
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Joris Wouters
 kantoor houdend te 2600 Antwerpen-Berchem
 Borsbeeksebrug 36 bus 9
 bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

 het OPENBAAR CENTRUM VOOR MAATSCHAPPELIJK
 WELZIJN VAN TEMSE
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Wim Rasschaert
 kantoor houdend te 9420 Erpe Mere
 Schoolstraat 20
 bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 20 juni 2021, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van 21 mei 2021 van het vast bureau van het OCWM TEMSE waarbij wordt beslist de opdracht voor werken met als voorwerp “Uitbreiding WZC De Reiger te Temse – Perceel nr. 03 : Fase 2 en 3 – Buitenschrijnwerk”, voorwerp van bijzonder bestek nr. I1128-1042.03, te gunnen aan Strabag Belgium NV, Noorderlaan 139 te 2030 Antwerpen.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 12 juli 2021, om 11.00 uur.

Staatsraad Bruno Seutin heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Joris Wouters, die verschijnt voor de verzoekende partij en advocaat Flora Wauters, die *loco* advocaat Wim Rasschaert 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 de uitbreiding van WZC De Reiger te Temse. De opdracht wordt geplaatst met een openbare procedure. De opdracht bestaat uit veertien percelen. Voorliggende vordering betreft perceel 3: ‘Buitenschrijnwerk’.

De waarde van de gehele opdracht wordt geraamd op ongeveer 30 miljoen euro.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 04 februari 2021 en het Publicatieblad van de EU op 09 februari 2021.

In het ‘bijzonder bestek nr. : I1128-1042.03 – Perceel nr. 03: Fase 2-3 – Buitenschrijnwerk’ wordt wat de erkenning als aannemer van de werken voor de inschrijvers het volgende bepaald:

“Overeenkomstig de wetgeving tot regeling van de erkenning van aannemers van werken, zal de inschrijver voor onderhavige aanneming het bewijs voorleggen dat hij minstens gerangschikt is in:

Categorie of Ondercategorie : D

Klasse : 5

De aannemer toont aan ervaring te hebben met het plaatsen van aluminium ramen en deuren.

Deze ervaring wordt bewezen aan de hand van alle middelen van recht en meer specifiek: voorleggen van 3 attesten van goede uitvoering voor werken grootte 900.000 euro exclusief btw gerealiseerd tussen begin 2015 en eind 2020 afgeleverd door de respectievelijke opdrachtgevers met vermelding van aard, omvang en opdrachtgever alsmede machtiging aan de aanbesteder om via de opdrachtgever deze referenties te toetsen op hun waarachtigheid .

Indien de inschrijver beschikt over de erkenning D20 klasse 5 moet er géén verder bewijs toegevoegd worden.”

3.3. Er worden vier offertes ingediend voor perceel 3, meer bepaald door (bedragen exclusief BTW):

-	NV Strabag	1.501.440,61 euro;
-	BV J. De Win	1.577.569,06 euro;
-	NV Francovera	1.744.016,44 euro;
-	NV Radeca	1.750.000,00 euro.

3.4. Op 15 april 2021 wordt een gunningsverslag opgesteld. In dat verslag stelt de verwerende partij vast dat de offertes van BV J. De Win, NV Francovera en NV Radeca substantieel onregelmatig zijn omdat er geen ‘Uniform Europees Aanbestedingsdocument’ (hierna: UEA) bij deze offertes werd gevoegd.

Wat de erkenning als aannemer van werken betreft, wordt in het gunningsverslag bij de NV Strabag opgemerkt: “OK”.

Er wordt voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de NV Strabag, wiens offerte een totaalscore krijgt van 93/100.

3.5. Op 21 mei 2021 beslist de verwerende partij om de opdracht te gunnen aan de NV Strabag voor 1.512.743,01 euro, exclusief BTW.

Dat is de bestreden beslissing.

3.6. Met een e-mail van 7 juni 2021 en een aangetekend schrijven van 1 juni 2021 geeft de verwerende partij kennis aan de verzoekende partij van de bestreden beslissing.

IV. Vertrouwelijkheid van sommige stukken

Uiteenzetting van de verwerende partij

4. De verwerende partij legt een aantal stukken als vertrouwelijk neer. Zij legt deze stukken afzonderlijk neer (stukken 1 tot 4 – reeks 2 van de verwerende partij). De als vertrouwelijk bestempelde stukken hebben betrekking op de ingediende offertes. Zij vraagt om, met toepassing van artikel 87, § 2, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’, deze neergelegde stukken vertrouwelijk te behandelen. Zij wijst erop dat de offertes commercieel gevoelige informatie bevatten waarvan het vrijgeven van de inhoud van de offertes de eerlijke mededinging tussen de ondernemingen in de toekomst zou kunnen schaden.

Beoordeling

5. Onder voorbehoud van wat hierna *sub* 12.3.6 wordt vermeld – het betreft een voor de beoordeling van het enige middel noodzakelijk kort citaat uit een vertrouwelijk stuk, maar dit bevat op zich genomen op het eerste gezicht geen informatie die onder het zakengeheim van de inschrijvers valt – is er geen noodzaak om niet in te gaan op de gevraagde vertrouwelijke behandeling van de betrokken stukken. In de huidige stand van het geding lijken er geen redenen te zijn om de vertrouwelijkheid van de stukken te lichten.

V. Schorsingsvoorwaarden

6.1. 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.

6.2. 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’.

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.

Er dient *in casu* 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 kan verantwoorden.

VI. Onderzoek van het enige middel

Standpunt van de partijen

7. In het enige middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 81 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), van de artikelen 39, § 1, en 70, § 1, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), artikel 3 van de wet van 20 maart 1991 ‘houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken’ (hierna: wet erkenning 1991), 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: koninklijk besluit erkenning 1991), van het gelijkheidsbeginsel en van de formele- en de materiële motiveringsplicht.

De verzoekende partij vat het middel, dat uit twee onderdelen bestaat, als volgt samen:

“Doordat verwerende partij de opdracht heeft gegund aan inschrijver NV Strabag en motiveerde dat de offerte van verzoekende partij substantieel onregelmatig was wegens het ontbreken van het UEA;

En doordat verwerende partij de opdracht heeft gegund aan inschrijver NV Strabag die over de economisch meest voordelige offerte zou beschikken en tevens zou beschikken over de vereiste erkenning; Dat uit de bestreden beslissing blijkt dat verwerende partij de tekortkoming in het voldoen aan de erkenningsreglementering in hoofde van de NV Strabag (deze beschikt niet over de vereiste erkenning in ondercategorie D20) heeft geremedieerd door het laten voorleggen [van] 3 attesten van goede uitvoering inzake buitenschrijnwerk waardoor de NV Strabag plots alsnog als afdoende erkend werd aanzien;

Terwijl, eerste onderdeel, verwerende partij de offerte van verzoekende partij niet substantieel onregelmatig mocht verklaren wegens het ontbreken van het UEA nu het UEA niet gevraagd mocht worden in het kader van de huidige opdracht waarvan de raming zich bevindt onder de drempel voor Europese bekendmaking;

En terwijl, tweede onderdeel, verwerende partij de opdracht enkel mocht gunnen aan inschrijvers die over de vereiste erkenning beschikken; Dat het werkelijk voorwerp en de omvang van de opdracht beslissend is voor de toepasselijkheid van de erkennings-reglementering en de toepasselijke erkenningsvereisten; Dat gelet op het voorwerp van de Opdracht ‘buitenschrijnwerk’, nl. het plaatsen van ramen en deuren, de enige juiste

erkenningsvereiste een erkenning in ondercategorie D20 betreft; Dat verwerende partij diende vast te stellen dat de NV Strabag niet over de vereiste ondercategorie D20 beschikt waardoor de NV Strabag niet verder in aanmerking kon komen; Dat de opdracht niet gegund mocht worden aan de NV Strabag en daarentegen diende gegund te worden aan verzoekende partij; Zodat de bestreden beslissing de in het middel aangehaalde wetsbepalingen en beginselen schendt”.

8.1. Met betrekking tot het eerste middelonderdeel, stelt de verwerende partij in haar nota, dat de verzoekende partij geen belang heeft bij dit middelonderdeel, omdat zij niet uit de plaatsingsprocedure werd geweerd omwille van het niet indienen van een UEA, maar wel omdat zij niet de economisch meest voordelige was.

Wat de ernst van het eerste middelonderdeel betreft, wijst de verwerende partij erop dat perceel 3 deel uitmaakt van een totaalopdracht die 14 percelen telt, waarvan de totale raming ongeveer 30 miljoen euro bedraagt. Voor de totale opdracht is het EU drempelbedrag van 5.350.000 euro dus ruimschoots overschreden. Zij wijst op de artikelen 7 en 12 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 en stelt dat, aangezien het bedrag van perceel 3 werd geraamd op 1.550.557,24 euro, tot EU bekendmaking werd overgegaan. Het is in die optiek dat er een UEA werd vereist voor dit perceel, overeenkomstig artikel 73 van de wet overheidsopdrachten 2016 en artikel 38 van het koninklijk besluit plaatsing 2017. Het ingeroepen artikel 39, § 1, vierde lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, speelt hier niet, en het vereisen van een UEA was geenszins onwettig.

8.2. Met betrekking tot het tweede middelonderdeel stelt de verwerende partij vooreerst – in essentie – dat de gekozen inschrijver NV Strabag over een erkenning in de hoofdcategorie D (‘Algemene aannemingen van bouwwerken’) beschikt. Deze erkenning volstaat om de volledige opdracht uit te voeren, zodat de gekozen inschrijver volgens de verwerende partij ook in aanmerking komt om de opdracht van perceel 3 uit te voeren. De verwerende partij mocht dan ook een aannemer met een erkenning categorie D aanvaarden.

Daarnaast benadrukt de verwerende partij dat de verzoekende partij op geen enkel ogenblik opmerkingen heeft gemaakt of vragen heeft gesteld

bij de in het bestek gevraagde erkenning. Door dat niet te doen heeft zij impliciet te kennen gegeven dat zij met de in het bestek gevraagde erkenning akkoord ging.

Ten slotte doet de verwerende partij gelden dat de gekozen inschrijver in zijn offerte te kennen heeft gegeven dat hij “90% van de [...] opdracht” in onderaanneming zal geven, zodat er tot aan het sluiten van de opdracht nog steeds een onderaannemer voor de uitvoering kan worden ingeschakeld die voldoet aan de erkenningsvereiste in de ondercategorie D20.

Beoordeling

A. Eerste middelonderdeel

(a) Ontvankelijkheid

9. Een onderzoek van en een uitspraak over de door de verwerende partij opgeworpen exceptie wegens gebrek aan belang is overbodig, omdat zoals hierna zal blijken, het eerste middelonderdeel hoe dan ook niet ernstig is.

(b) Ernst van het middelonderdeel

10.1. In artikel 2, 52°, van de wet overheidsopdrachten 2016 wordt het begrip ‘perceel’ gedefinieerd als “de onderverdeling van een opdracht, die apart kan worden gegund, in principe met het oog op een gescheiden uitvoering”.

Luidens artikel 58, § 1, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 kan de aanbestedende overheid beslissen de opdracht te plaatsen in de vorm van afzonderlijke percelen, in welk geval zij daarvan de aard, de omvang, het voorwerp, de verdeling en de kenmerken bepaalt in de opdrachtdocumenten.

Artikel 7, §§ 1 en 3, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 bepaalt:

“§ 1. De geraamde waarde van een opdracht wordt berekend op basis van het totaal te betalen bedrag, zonder belasting over de toegevoegde waarde, zoals geraamd door de aanbestedende overheid. De raming houdt rekening met de duur en de totale waarde van de opdracht en met name met de volgende elementen :

- 1° alle vereiste of toegestane opties;
- 2° alle percelen;
- 3° alle herhalingen als bedoeld in artikel 42, § 1, 2°, van de wet;
- 4° alle vaste en voorwaardelijke gedeelten van de opdracht;
- 5° alle premies of betalingen waarin de aanbestedende overheid voorziet ten voordele van de kandidaten, deelnemers of inschrijvers;
- 6° desgevallend de herzieningsbepalingen;
- 7° de verlengingen.

[...]

§ 3. De keuze van de methode voor de berekening van de geraamde waarde van een overheidsopdracht mag niet bedoeld zijn om de opdracht aan de bekendmakingsregels te onttrekken. Een overheidsopdracht mag evenmin worden gesplitst om de opdracht aan de bekendmakingsregels te onttrekken, tenzij objectieve redenen dit rechtvaardigen.”

Naar luid van artikel 11, 1°, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 bedraagt het Europese drempelbedrag voor de overheidsopdrachten voor werken 5.350.000 euro.

Artikel 12 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 bepaalt:

“Niettegenstaande artikel 7, § 1, mag de aanbestedende overheid wanneer werken, homogene leveringen of diensten de drempels vermeld in artikel 11 [dit zijn de Europese drempelbedragen voor EU bekendmaking] bereiken en in percelen worden verdeeld, van de toepassing van de Europese bekendmaking afwijken voor percelen waarvan het individuele geraamde bedrag, kleiner is dan 1.000.000 euro voor werken, respectievelijk 80.000 euro voor leveringen en diensten, voor zover hun samengevoegde geraamde waarde twintig procent van de geraamde waarde van het geheel van de percelen niet overschrijdt. De bepalingen van de Belgische bekendmaking zijn in dat geval van toepassing op de percelen in kwestie.”

Uit artikel 38, § 1, eerste lid, *juncto* § 3, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 blijkt dat het UEA moet worden voorgelegd bij opdrachten

waarvan de geraamde waarde gelijk is aan of hoger is dan de drempel voor de Europese bekendmaking. Luidens artikel 39, § 1, vierde lid, van hetzelfde besluit mag de aanbestedende overheid voor de opdracht waarvan de geraamde waarde lager is dan de drempel voor de Europese bekendmaking, de kandidaat of inschrijver niet verzoeken het UEA voor te leggen.

10.2. De totaalopdracht van werken voor de uitbreiding van het betrokken woonzorgcentrum bestaat uit veertien percelen, waarvan de totale waarde wordt geraamd op ongeveer 30 miljoen euro. Perceel 3 ‘Buitenschrijnwerk’ wordt geraamd op 1.769.975,71 euro, exclusief BTW. Gelet op het bepaalde in de voormelde artikelen van het koninklijk besluit plaatsing 2017 lijkt de opdracht voor perceel 3 dan ook aan een Europese bekendmaking te zijn onderworpen. De verwerende partij is daarom tot een Europese bekendmaking overgegaan. *Prima facie* kon bijgevolg worden geëist dat een UEA diende te worden voorgelegd.

10.3. Het eerste middelonderdeel is niet ernstig.

B. Tweede middelonderdeel

(a) Ontvankelijkheid

11.1. De verwerende partij benadrukt dat de verzoekende partij op geen enkel ogenblik opmerkingen heeft gemaakt of vragen heeft gesteld bij de in het bestek gevraagde erkenning en daardoor impliciet te kennen heeft gegeven dat zij met de in het bestek gevraagde erkenning akkoord ging.

De verwerende partij steunt zich daarbij op artikel 81 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, dat *mutatis mutandis* is overgenomen in het bijzonder bestek, alsook op de algemene plicht tot melding en schadebeperking als inschrijver op een overheidsopdracht.

Voornoemd artikel 81 luidt als volgt:

“Als een ondernemer in de opdrachtdocumenten fouten of leemten ontdekt die van die aard zijn dat ze de prijsberekening of de vergelijking van de offertes onmogelijk maken, meldt hij dit onmiddellijk en schriftelijk aan de aanbestedende overheid. Alleszins verwittigt hij haar ten laatste tien dagen vóór de uiterste datum voor de ontvangst van de offertes, tenzij zulks onmogelijk is door de inkorting van de termijn voor ontvangst van de offertes.

De aanbestedende overheid oordeelt of de fouten of leemten voldoende belangrijk zijn om tot een rechtszettingsbericht over te gaan of tot een andere vorm van aangepaste bekendmaking en om, indien nodig en met inachtneming van artikel 9, tweede en derde lid, de termijn voor de indiening van de offertes te verlengen.”

In het bijzonder bestek is onder 2.18 het volgende bepaalt:

“Indien de inschrijver fouten of leemten ontdekt in de opdrachtdocumenten of indien hij een vraag heeft bij die opdrachtdocumenten stelt hij die schriftelijk aan de bouwheer. Alleszins verwittigt hij haar ten laatste tien kalenderdagen vóór de datum van ontvangst van de offertes, tenzij zulks onmogelijk is door de inkorting van de termijn voor ontvangst van de offertes.

De bouwheer oordeelt of de fouten of leemten voldoende belangrijk zijn om tot een rechtszettingsbericht over te gaan of tot een andere vorm van aangepaste bekendmaking en de termijn voor de indiening van de offertes te verlengen.”

De onrechtmatigheden die een inschrijver aan een bestekbepaling verwijt, mogen in beginsel nog op ontvankelijke wijze worden aangevoerd tegen latere beslissingen in het kader van de plaatsingsprocedure (RvS, alg. verg., 2 december 2005, nr. 152.173). Zo ook is het de verzoekende partij in de onderhavige zaak *prima facie* toegelaten om onrechtmatigheden die zij aan een bepaling van het bestek verwijt, ook nog op ontvankelijke wijze in te roepen tegen de latere aanstellingsbeslissing.

11.2. De exceptie dienaangaande in de nota dient dan ook te worden verworpen, minstens mist deze *prima facie* de vereiste mate van ernst om in een vordering bij uiterst dringende noodzakelijkheid te worden aanvaard.

(b) Ernst van het middelonderdeel

12.1. Overeenkomstig artikel 3, eerste lid, van de wet erkenning 1991 mogen overheidsopdrachten voor werken slechts worden uitgevoerd door ondernemers die op het moment van de sluiting van de opdracht, hetzij te dien einde erkend zijn, hetzij de bewijzen hebben geleverd dat zij aan de voorwaarden gesteld door of krachtens deze wet voldoen.

Artikel 70, § 1, eerste lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 legt de koppeling tussen de gunningsprocedure en de regeling inzake de erkenning van aannemers en luidt:

“Wanneer bij een opdracht voor werken, de werken die er het voorwerp van uitmaken overeenkomstig artikel 3, eerste lid, van de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken, slechts mogen worden uitgevoerd door ondernemers die ofwel hiertoe erkend zijn, ofwel aan de voorwaarden ertoe voldoen of nog het bewijs geleverd hebben van het feit dat ze voldoen aan de voorwaarden voor de erkenning bepaald door of krachtens de voormelde wet, vermelden de aankondiging van de opdracht of, bij gebrek daaraan, de opdrachtdocumenten welke erkenning vereist is in overeenstemming met de eerder aangehaalde wet en haar uitvoeringsbesluiten.”

Artikel 5, § 7, van het koninklijk besluit erkenning 1991 bepaalt het volgende:

“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.”

In artikel 5, § 2, van het koninklijk besluit erkenning 1991 wordt bepaald dat de erkenning in een categorie in beginsel geen erkenning met zich meebrengt in de daarbij horende ondercategorieën.

12.2. Luidens artikel 3 van de wet erkenning 1991 moeten de erkenningsvoorwaarden vervuld zijn op het ogenblik van de gunning en definitief worden bepaald door het bedrag van de inschrijving. Hieruit lijkt te volgen dat de vermelding van de erkenningsvoorwaarden in het bestek precair is en de uiteindelijk voor de opdracht vereiste erkenning op het ogenblik van de gunning dient te worden nagegaan waarbij een herkwalificatie van de bestekvereiste mogelijk moet worden geacht als een opdracht moeilijk onder te brengen is in een bepaalde erkenningscategorie. Aldus lijkt de aanbestedende overheid over enige appreciatieruimte te beschikken bij het categoriseren van de opdracht.

12.3.1. Het voorwerp van de opdracht betreft perceel 3 “Het leveren en plaatsen van buitenschrijnwerk”.

De technische bepalingen van het bestek verduidelijken dat het om aluminium buitenschrijnwerk gaat, ramen, deuren, beglazing, muggenramen, zonwering, aluminium belettering van bepaalde faciliteiten in het woonzorgcentrum (cafetaria, LDC, zorgloket, enz.). Dat is het enige voorwerp van perceel 3. Het betreft met andere woorden een eenduidige opdracht voor aluminium buitenschrijnwerk. Er is *in casu* geen sprake van een perceel dat werken omvat die in verscheidene categorieën of ondercategorieën gerangschikt zijn, dan wel werken van verschillende aard waarvan de relatieve belangrijkheid ongeveer gelijk is, zodat artikel 5, § 7, van het koninklijk besluit erkenning 1991 *prima facie* niet van toepassing is.

12.3.2. Betreffende de erkenningsvereisten bepaalt het bijzonder bestek dat de inschrijver voor de opdracht het bewijs moet voorleggen dat hij ofwel minstens gerangschikt is in categorie D, klasse 5 en aantoonst ervaring te hebben met het plaatsen van aluminium ramen en deuren welke kan worden bewezen aan

de hand van alle middelen van recht en meer specifiek door het voorleggen van 3 attesten van goede uitvoering voor werken ofwel beschikt over de erkenning D20 klasse 5.

In artikel 4 van het koninklijk besluit erkenning 1991 wordt de categorie D omschreven als ‘Algemene aannemingen van bouwwerken’ en de onder categorie D20 als ‘Metalen schrijnwerk’.

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’ wordt de categorie D ‘Algemene aannemingen van bouwwerken’ nader omschreven als volgt:

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

De ondercategorie D20 ‘Metalen schrijnwerk’ wordt in datzelfde artikel 2 nader bepaald als:

“Het vervaardigen met plaatsen of het louter plaatsen van alle voorwerpen en produkten in metaal, alsook de daaraan verbonden herstellingen, zoals gebinten, (voor zover het geen draagstructuren betreffen) deuren, deuromlijstingen, rolluiken, koepels, daklichten, lichtgevels en zijgevels in metaal serres met inbegrip van het aanbrengen van een grondlaag ter voorkoming van het roesten van hogervermelde metalen voorwerpen.”

Uit de omschrijving van de opdracht met betrekking tot perceel 3, in het bijzonder de technische bepalingen van het bestek, lijkt deze op het eerste gezicht uitsluitend te mogen worden gecategoriseerd onder de ondercategorie D20

en niet onder de categorie D. De aanneming betreft immers geenszins een “complexe opdracht[...] omvattend de bouw of vernieuwbouw van gebouwen en bouwwerken allerhande en dit tot en met hun volledige afwerking”. Door perceel 3 in het bestek toch (ook) onder de categorie D onder te brengen, lijkt de verwerende partij, op het eerste gezicht, haar beoordelingsruimte bij het categoriseren van de opdracht niet op de rechtens vereiste zorgvuldige wijze te hebben ingevuld.

12.3.3. In zoverre de verwerende partij in haar nota nog benadrukt dat de erkenning in categorie D *in casu* wel degelijk ook in aanmerking zou mogen worden genomen, waarbij de verwerende partij verwijst naar het adagium *qui peut le plus, peut le moins*, en daarbij doet gelden dat het perceel past binnen een totaalproject, zodat een aannemer die over de voor het totaalproject vereiste erkenning beschikt ook een perceel ervan zou mogen uitvoeren, dient te worden gesteld dat dit lijkt te stuiten op artikel 5, § 2, van het koninklijk besluit erkenning 1991, naar luid waarvan de erkenning in een categorie geen erkenning in de daarbij behorende ondercategorieën met zich meebrengt.

12.3.4. De werkwijze vooropgesteld in het bestek, waarbij voor een erkenning categorie D, minstens klasse 5, nog aanvullend drie relevante referenties worden vereist om aldus toch te voldoen in het kader van de kwalitatieve selectie, lijkt op het eerste gezicht geen doorgang te kunnen vinden.

Noch de regelgeving inzake de erkenning van aannemers van werken, noch de regelgeving inzake overheidsopdrachten, bieden de aanbestedende overheid op het eerste gezicht de mogelijkheid om een niet op de opdracht van toepassing zijnde erkenningscategorie toch van toepassing te maken aan de hand van het laten voorleggen door de inschrijvers van aanvullende referenties.

12.3.5. De gekozen inschrijver, de NV Strabag, blijkt te beschikken over een erkenning categorie D, klasse 8. Hij blijkt echter niet erkend te zijn in de *in casu* toepasselijke ondercategorie D20.

Bijgevolg diende de verwerende partij te dezen te besluiten dat de gekozen inschrijver niet voldeed aan de rechtens op het betrokken perceel toepasselijke erkenningsvereisten.

Door de gekozen inschrijver in het gunningsverslag toch als “OK” aan te merken en hem toch te selecteren, heeft de verwerende partij reeds op het eerste gezicht de in het tweede middelonderdeel ingeroepen rechtsnormen miskend.

12.3.6. Het betoog in de nota van de verwerende partij dat de gekozen inschrijver in zijn offerte te kennen heeft gegeven de opdracht in onderaanneming te zullen geven en dat er aldus een wél in ondercategorie D20 erkende onderaannemer kan worden aangebracht tot op het ogenblik van het sluiten van de opdracht, kan echter geen soelaas brengen.

De mogelijkheid om met de draagkracht van een onderaannemer te voldoen aan de vereisten inzake erkenning bij de kwalitatieve selectie bestaat inderdaad (cfr. artikel 78 wet overheidsopdrachten 2016 en artikel 73 koninklijk besluit plaatsing 2017), maar er blijkt niet dat de gekozen inschrijver zulks zou hebben gedaan. De gekozen inschrijver blijkt in tegendeel in zijn offerte in het UEA uitdrukkelijk te kennen te hebben gegeven:

“Doet de ondernemer een beroep op de draagkracht van andere entiteiten om te voldoen aan de selectiecriteria [...]?
Nee.”

Aldus mocht er bij het selectieonderzoek enkel acht worden geslagen op de eigen erkenning van de gekozen inschrijver, dewelke, zoals reeds opgemerkt, niet de juiste is.

13. Uit wat voorafgaat blijkt dat het tweede middelonderdeel ernstig is.

14. Het enige middel is ernstig.

VII. Besluit

15. Er werd vastgesteld dat het enige middel ernstig is. Bijgevolg is voldaan aan de enige schorsingsvoorwaarde van een ernstig middel. De bestreden beslissing dient dan ook in haar tenuitvoerlegging te worden geschorst.

BESLISSING

De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 21 mei 2021 van het vast bureau van het OCWM TEMSE waarbij wordt beslist de opdracht voor werken met als voorwerp “Uitbreiding WZC De Reiger te Temse – Perceel nr. 03 : Fase 2 en 3 – Buitenschrijnwerk”, voorwerp van bijzonder bestek nr. I1128-1042.03, te gunnen aan Strabag Belgium NV, Noorderlaan 139 te 2030 Antwerpen.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van vijftien juli tweeduizend eenentwintig, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Bruno Seutin,	staatsraad, waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Johan Pas,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Johan Pas

Bruno Seutin