

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 254.959 van 4 november 2022
in de zaak A. 237.439/XII-9273**

In zake: de BV DE LAUSNAY
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Igor Rogiers
kantoor houdend te 9270 Kalken
Kalkendorp 17/A
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE MALDEGEM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Gitte Laenen
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV HEYRMAN – DE ROECK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jos Timmermans
kantoor houdend te 9300 Aalst
Leo de Béthunelaan 46
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 8 oktober 2022, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “het besluit d.d. 19 september 2022 van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Maldegem waarbij de opdracht met besteknummer CAD-2022-084 met titel ‘Onderhoud straatgrachten herfst 2022-2023-2024-2025’ werd gegund aan NV HEYRMAN – DE ROECK en waarbij BV DE LAUSNAY niet werd geselecteerd.”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 19 oktober 2022 heeft de nv Heyrman – De Roeck gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 27 oktober 2022.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Amber Bogaert, die *loco* advocaat Igor Rogiers verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Robin Depoorter, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Jos Timmermans, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederick Ongena 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 met als voorwerp ‘Onderhoud Straatgrachten Herfst 2022-2023-2024-2025’.

In het toepasselijk bestek wordt bepaald dat de opdracht wordt gegund bij wijze van openbare procedure.

Inzake de uitsluitingsgronden en de kwalitatieve selectie wordt in het bestek bepaald dat de technische en beroepsbekwaamheid van de inschrijver wordt aangetoond door:

“1. Een VCA-certificaat (Veiligheid, gezondheid en milieu Checklist Aannemers) ten bewijze dat de firma voldoet aan de minimeisen op het gebied van veiligheid, gezondheid en milieu of een gelijkwaardig document voor buitenlandse inschrijvers.

(...)

3. Een lijst van de voornaamste werken die gedurende de afgelopen vijf jaar werden verricht voor wat betreft onderhoudswerken aan waterlopen. Het bestek voorziet een minimumbedrag per uitgevoerd werk van 100.000 euro incl. BTW.”

3.2. Bij de opening van de offertes blijkt dat zeven inschrijvers, waaronder verzoekende en tussenkomende partij, een offerte hebben ingediend.

3.3. Blijkens het verslag van nazicht van de offertes, opgesteld op 14 september 2022, heeft de verwerende partij geoordeeld dat de verzoekende partij niet voldoet aan de eisen van kwalitatieve selectie.

Zij wordt niet geselecteerd om volgende redenen:

“Enkel VCA certificaat op naam van de zaakvoerder en niet op de firma. Het grootste deel van de opgegeven referenties voldoen niet aan het minimum van 100.000 euro incl. btw per werk.”

3.4. Op 19 september 2022 beslist het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Maldegem om het voormelde verslag van nazicht goed te keuren en om de opdracht te gunnen aan de nv Heyrman – De Roeck.

Dit is de bestreden gunningsbeslissing.

IV. Tussenkomst

4. De nv Heyrman – De Roeck blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg wordt haar verzoek tot tussenkomst ingewilligd.

V. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

5. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, gelezen in samenhang met de artikelen 15 en 31 van 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’ (hierna: rechtsbeschermingswet), moet enkel worden onderzocht of in de voorliggende vordering tot schorsing die is ingesteld volgens de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid wordt aangevoerd.

VI. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

6. In een enig middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 4, 66, en 71 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), van artikel 68 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), van het gelijkheidsbeginsel, het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht, van artikel 5, 6°, van de rechtsbeschermingswet en van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ (hierna: motiveringswet).

De verzoekende partij voert aan dat haar niet-selectie in strijd is met de aangehaalde bepalingen.

Vooreerst betoogt zij dat zij wel voldoet aan het selectie criterium betreffende de lijst van uitgevoerde werken met een minimumbedrag van 100.000 euro], btw inbegrepen, en dat “[u]it niets blijkt dat het de inschrijvers niet is toegestaan ook ‘kleinere’ werken op te geven en al

helemaal niet dat het aantal ‘kleinere’ lager moet zijn dan werken van 100.000 euro incl. btw per werk”.

Daarnaast stelt de verzoekende partij dat zij wel voldoet aan het selectie criterium betreffende het VCA-certificaat.

Zij licht toe dat het woord “firma” geen juridisch begrip is en in het bestek niet wordt bepaald dat het VCA-certificaat op naam van de rechtspersoon moet staan. Uit haar offerte blijkt dat zij een besloten vennootschap is, geen personeel in dienst heeft en de zaakvoerder over het VCA-certificaat ‘Veiligheid voor Operationeel Leidinggevenden’ beschikt. Volgens haar valt niet in te zien “hoe in het geval van een Besloten Vennootschap met één uitvoerende zaakvoerder (en één zaakvoerder die de administratie verzorgt) en zonder personeel het bewuste selectie criterium moet worden gelezen als zou het verplichten dat het VCA-certificaat op naam van de vennootschap staat en niet op naam van de werkende zaakvoerder. Het woord firma verwijst trouwens mogelijks naar de personenvennootschap ‘onder firma’ waar de persoon van de vennoot essentieel is. Minstens dient te worden aangenomen dat ‘de firma’ van de verzoekende partij, zijnde een vennootschap zonder personeel, wel degelijk voldoet aan het selectie criterium wanneer de zaakvoerder die de werken uitvoert over het gevraagde VCA-certificaat beschikt en alzo getuigt te voldoen aan de minimumeisen op het gebied van veiligheid, gezondheid en milieu.”

In ondergeschikte orde voert zij aan dat in de bestreden beslissing niet wordt gemotiveerd waarom de “firma” van de verzoekende partij niet zou voldoen aan die minimumeisen.

Beoordeling

7. Overeenkomstig artikel 66, § 1, eerste lid, 2°, van de wet overheidsopdrachten 2016, mag de opdracht enkel worden gegund nadat de aanbestedende overheid erop heeft toegezien dat de offerte afkomstig is van een inschrijver die voldoet aan de door haar vastgestelde selectiecriteria.

De aanbestedende overheid dient bij de beoordeling van de offertes de regels die zijzelf heeft vastgelegd in de opdrachtdocumenten, na te leven; wanneer niet is voldaan aan de gestelde minimumeisen inzake selectie mag de aanbestedende overheid de betrokken inschrijver niet selecteren, op straffe van haar eigen bestek te schenden.

8. In het bestek wordt als vereiste inzake technische en beroepsbekwaamheid vermeld dat de inschrijver een VCA-certificaat (Veiligheid, gezondheid en milieu Checklist Aannemers) voorlegt “ten bewijze dat de firma voldoet aan de minimumeisen op het gebied van veiligheid, gezondheid en milieu of een gelijkwaardig document voor buitenlandse inschrijvers”.

De offerte van de verzoekende partij bevat geen VCA-certificaat uitgereikt aan de onderneming, wel een diploma ‘Veiligheid voor Operationeel Leidinggevenden VCA’ uitgereikt aan haar zaakvoerder Gert De Lausnay.

9. De verzoekende partij steunt het middelonderdeel in essentie op het uitgangspunt dat het bestek niet zou verplichten dat het VCA-certificaat “op naam van de vennootschap staat”. Dit lijkt op het eerste gezicht een onjuist uitgangspunt.

Vooreerst valt op het eerste gezicht niet in te zien hoe de verzoekende partij uit het gebruik van het woord “firma” in het betrokken selectie criterium iets anders kon begrijpen dan dat het certificaat op ondernemingsniveau moest gelden.

Voorts blijkt uit de website van de vzw Contractor Safety Management (voorheen vzw BeSaCC-VCA), zijnde de instelling bevoegd voor de werking en het beheer van het Belgisch certificatiesysteem VCA, dat er een onderscheid bestaat tussen een VCA-certificaat en een diploma ‘Veiligheid voor Operationeel Leidinggevenden VCA’ (hierna: VOL-VCA) zoals door de verzoekende partij is voorgelegd.

Het VCA-certificaat toont aan dat een onderneming waar werkzaamheden worden uitgevoerd die een bepaald veiligheidsrisico kunnen

opleveren of in een omgeving waar een dergelijk risico aanwezig is, deze werken zodanig zal uitvoeren dat de aspecten veiligheid, gezondheid en milieu niet in gevaar worden gebracht. Een erkende certificatie-instelling reikt dit certificaat uit op grond van een doorlichting van de onderneming en haar werklocaties waarbij wordt onderzocht of de aanvragende onderneming voldoet aan de beoordelingscriteria voor VCA-certificatie. Dit certificaat is bijgevolg bedrijfsgebonden.

Het VCA-diploma wordt verleend aan werknemers en leidinggevenden, na het volgen van een cursus bij een erkende certificatie-instelling, hetzij de cursus ‘Basisveiligheid VCA’ bedoeld voor werknemers werkzaam in sectoren met een verhoogd veiligheidsrisico, hetzij de cursus ‘Veiligheid voor Operationeel Leidinggevenden’ bestemd voor leidinggevenden. Het VOL-VCA-diploma dat de verzoekende partij aan haar offerte heeft toegevoegd, wordt toegekend aan alle personen die met succes een examen hebben afgelegd en over de vereiste kwalificaties beschikken. Deze VCA-diploma’s zijn bijgevolg persoonsgebonden.

Aldus lijken het VCA-certificaat en het VOL-VCA-diploma niet hetzelfde in te houden. Verschillen bestaan op het vlak van de begunstigde van het document, de aanvraagprocedure en de te bezorgen documenten, de geldigheidsduur, de finaliteit en het al dan niet bestaan van een periodieke audit om de naleving van de toepasselijke regels in het bedrijf na te gaan. Anders dan de verzoekende partij betoogt, lijkt het bestek, gelet op deze verschillen, wel degelijk te vereisen dat een VCA-certificaat “op naam van de vennootschap” wordt voorgelegd.

10. Voor zover de verzoekende partij stelt dat het voorgaande niet zou gelden in haar geval – een besloten vennootschap met één uitvoerende zaakvoerder en zonder personeel – lijkt de verwerende partij op het eerste gezicht terecht te stellen dat de omstandigheid dat de verzoekende partij geen personeel in dienst heeft en haar zaakvoerder zelf de werken uitvoert, niet terzake doet.

De verwerende partij benadrukt daarbij dat zij, precies omwille van de voornoemde verschillen, bewust heeft gekozen voor een bedrijfsgebonden

VCA-certificaat en niet voor een persoonsgebonden VOL-VCA-diploma als selectie criterium. Zij lijkt er daarbij terecht op te wijzen dat bij het uitvoeren van werken een aannemer de nodige preventiemaatregelen in acht dient te nemen, niet alleen ten aanzien van zijn eventuele werknemers, maar ook ten aanzien van derden; voorts dat de betrokken onderneming op het moment van de uitvoering van de opdracht wel personeel in dienst kan hebben of dat de zaakvoerder met het diploma VOL-VCA op dat moment de vennootschap intussen reeds kan hebben verlaten, zodat een VOL-VCA-diploma geen voldoende garantie biedt.

11. Het door de verzoekende partij voorgelegde VOL-VCA-diploma lijkt bijgevolg op het eerste gezicht niet te beantwoorden aan de voormelde selectie-eis.

Door te oordelen dat de door de verzoekende partij bijgebrachte VOL-VCA-diploma niet beantwoordt aan het betrokken selectie criterium, heeft de verwerende partij de bestekseis niet onwettig ingevuld.

In die omstandigheid lijkt enige bijkomende motivering inzake de niet-selectie van de verzoekende partij op grond van het ontbreken van een VCA-certificaat niet vereist, noch in het licht van de artikelen 2 en 3 van de motiveringswet, noch in het licht van artikel 5, 6°, van de rechtsbeschermingswet. De verwerende partij lijkt integendeel terecht te stellen dat elke normale en zorgvuldige inschrijver werkzaam binnen de sector de betrokken eis op die manier zou interpreteren.

12. De verzoekende partij maakt, gelet op het voorgaande, op het eerste gezicht niet aannemelijk dat de aanbestedende overheid, door te besluiten dat haar offerte om de voornoemde reden niet wordt geselecteerd, de in het middel aangevoerde bepalingen en beginselen zou hebben geschonden.

Voornoemde vaststelling volstaat om te besluiten dat de verzoekende partij niet voldoet aan minstens één selectie criterium. De eventuele onrechtmatigheid van het tweede motief voor haar niet-selectie hoeft bijgevolg niet te worden onderzocht. Zelfs al ware de kritiek van de verzoekende partij gegrond,

kan ze niet de nietigverklaring of thans de schorsing van de bestreden beslissing verantwoorden.

13. Het enig middel is niet ernstig.

VII. Besluit

14. Het enig middel is niet ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt dan ook verworpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Heyrman – De Roeck tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 24 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 770 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

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

Het door de verzoekende partij ten onrechte gekweten rolrecht van 200 euro, en een bijdrage van 22 euro, dient haar te worden terugbetaald.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van vier november tweeduizend tweeëntwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Patricia De Somere,
bijgestaan door

Silja Doms,

De griffier

Silja Doms

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De voorzitter

Patricia De Somere