RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 210.675 van 25 januari 2011
in de zaak A. 198.699/XII-6459

In zake: de BVBA AANNEMERSBEDRIJF BUYTAERT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Vincent Verlaeckt en Eliane Heynderickx
kantoor houdend te Sint-Niklaas
Mgr. Stillemansstraat 61, bus 6
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD ANTWERPEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D'Hooghe, Leopold Schellekens en Ian Arnouts
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de BVBA A.A.G. NYS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Carlos De Wolf en Anthony Verheggen
kantoor houdend te Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 4 januari 2011, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "(i) de beslissing dd. 26/11/2010 van het College van burgemeester en schepenen van de Stad Antwerpen betreffende de gunning van de overheidsopdracht tot uitvoeren van ontbeenderingswerken - aanleggen en onderhouden van urnevelden en

bestratingswerken op begraafplaatsen (bestek SB/GB/10/06567), om voornoemde opdracht te gunnen aan BVBA AAG NYS en (ii) de daarmee samenhangende impliciete beslissing om de betreffende opdracht niet te gunnen aan Aannemersbedrijf Buytaert BVBA".

II. Verloop van de rechtspleging

2. Verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 20 januari 2011, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Eliane Heynderickx, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaten Ian Arnouts en Leopold Schellekens, die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaten Carlos De Wolf en Anthony Verheggen, die verschijnen voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste Auditeur Luc Vermeire 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 college van burgemeester en schepenen van de stad Antwerpen beslist op 12 maart 2010 tot de publicatie van een oproep tot kandidatuurstelling "voor het uitvoeren van ontbeenderingswerken, aanleg urnevelden en uitvoeren van bestratingswerken op begraafplaatsen op het grondgebied van de stad Antwerpen" en om onder de geselecteerde aannemers een beperkte aanbesteding uit te schrijven. Hiermee wordt blijkens deze beslissing

ingegaan op een voorstel van het bedrijf stadsontwikkeling om voor deze werken "te werken met een raamcontract en vooraf een oproep tot kandidaten te doen".

3.2. De aankondiging van deze opdracht wordt op 29 maart 2010 bekend gemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen.

3.3. In het bestek SW/OD/10/6239, waarnaar deze aankondiging verwijst, wordt inzake "Fase: 1 kandidatuurstelling" van de beperkte aanbesteding onder "selectiecriteria" onder meer gesteld:

> "Erkenning
>
> Overeenkomstig de wetgeving tot regeling van de erkenning van aannemers van werken, is het bestuur van oordeel dat de werken die het voorwerp uitmaken van deze opdracht gerangschikt zijn in categorie G.
>
> […]
>
> Bij de kandidatuur te voegen bescheiden
>
> […]
>
> Voor de beoordeling van de financiële en economische draagkracht
>
> Stuk 2. deze bekwaamheid wordt in principe gestaafd door het bezit van de erkenning. In afwachting van een aangevraagde erkenning dienen dezelfde documenten voorgelegd, die noodzakelijk zijn voor het bekomen van de vereiste erkenning.
>
> […]
>
> Voor de beoordeling van de technische bekwaamheid
>
> […]
>
> Stuk 5. Documenten die aantonen dat de kwaliteit en de veiligheid van de uitvoering gewaarborgd zijn (ISO-certificaat, VCA-attest, e.d.).
>
> Stuk 6. een referentielijst van minstens 3 goede referenties van verschillende openbare besturen (andere dan de stad Antwerpen) van de afgelopen 3 jaar voor vergelijkbare werken. Een referentie is (enkel en alleen) een schriftelijke verklaring waarin het betrokken bestuur bevestigt dat de aannemer in kwestie gelijkaardige werken met 'grote voldoening' heeft uitgevoerd".

Inzake “Fase 2: beperkte aanbesteding” wordt vermeld:

> “Uit de inschrijvers van de kandidatuurstellingen zal het bestuur de kandidaten selecteren die voldoen aan de selectiecriteria. Het bestuur zal de geselecteerde kandidaten uitnodigen om een offerte in te dienen. De opdrachten zullen worden gegund aan de laagste regelmatige inschrijver. De lijst van de geselecteerde aannemers is geldig tot vier jaar na de dag van de aanbesteding.”

3.4. Er worden vier kandidaturen ingediend, onder meer door verzoekende partij en de bvba A.A.G. Nys.

De kandidatuur van verzoekende partij bevat een getuigschrift van erkenning onder meer voor klasse 4, categorie G en een VCA-attest.

De kandidatuur van de bvba A.A.G. Nys bevat eveneens een getuigschrift van erkenning maar voor categorie G klasse 2. Zij bevat geen VCA-attest maar wel een reeks diploma’s “Basic Elements of Safety SCC Basisveiligheid VCA” of “Basisveiligheid – VCA (B-VCA)”.

Beide kandidaturen bevatten een aantal referenties.

3.5. Op 16 juli 2010 beslist het college van burgemeester en schepenen om enkel verzoekende partij te selecteren. Wat de bvba A.A.G. Nys betreft wordt, onder “Niet weerhouden kandidaten (algemeen)” vermeld:

> “De kandidaten die niet alle gevraagde stukken voorleggen worden niet geselecteerd.
> De firma A.A.G. Nys […] diende een onvolledig dossier (geen VCA-attest) in en de opgevraagde referenties, blijken na controle, niet positief en wordt dus niet weerhouden”.

Het gaat blijkens deze beslissing om het goedkeuren van de door de dienst stadsontwikkeling voorgelegde lijst van de geselecteerde kandidaten “per raamcontract”.

3.6. Eveneens op 16 juli 2010 keurt het college van burgemeester en schepenen bij afzonderlijke beslissingen het bestek SB/GB/10/06566, aanleg van urnenvelden, kinderperken, strooiweides en beplantingswerken op diverse begraafplaatsen goed alsook het bestek SB/GB/10/06567, uitvoeren van ontbeenderingswerken op begraafplaatsen, en beslist voor de beide opdrachten een beperkte aanbesteding uit te schrijven. In het opschrift spreken deze beslissingen ook van “Prijslijst”.

In de motivering wordt onder meer vermeld dat een beperkte aanbesteding wordt uitgeschreven onder de geselecteerde aannemers en “op basis van het aanbestedingsverslag gunt het college de basisopdracht (raamcontract), en verzendt het college, op basis van een deelopdracht en een gedetailleerde kostenraming, een aanvangsbevel met uitvoeringstermijn. Voor elke opdracht wordt een eindafrekening opgemaakt en goedgekeurd”.

In deze beslissingen wordt ook verwezen naar het advies van de (stedelijke) Inspectie van Financiën. Deze merkt onder meer op dat door de procedure van beperkte aanbesteding verder te zetten met de ene geselecteerde kandidaat er geen sprake meer is van enige werkelijke mededinging, met mogelijk negatieve gevolgen voor het uiteindelijke prijsniveau van de contracten. Er wordt dan ook geadviseerd “om de kandidatuurstellingen opnieuw te beoordelen en bijvoorbeeld expliciet na te gaan of ingediende opleidingsattesten VCA-basisopleiding kunnen beschouwd worden als een garantie op veiligheid”.

3.7. Op 16 augustus 2010 wordt een nieuw selectieverslag opgesteld door de dienst stadsontwikkeling. Na de volgende algemene opmerking “de kandidaten die niet alle gevraagde stukken voorleggen worden niet geselecteerd”, wordt, wat betreft onder meer “de getuigschriften inzake erkenning en registratie, of bewijs van beantwoording aan de vereisten van erkenning”, “documenten inzake kwaliteit en veiligheid van de uitvoering” en “referentielijst (minimaal 3 van de afgelopen 3 jaar) bij de bvba A.A.G. Nys vermeld “O.K.”. Tevens bevat dit verslag een lijst met een samenvatting van de voorgelegde referenties, voor de bvba A.A.G. Nys vijf referenties inzake ontbeenderen. Er wordt vervolgens voorgesteld om verzoekende partij en bvba A.A.G. Nys te selecteren.

3.8. Op 10 september 2011 besluit het college van burgemeester en schepenen om de voornoemde collegebesluiten van 16 juli 2010 in te trekken en om de selectie van verzoekende partij en de bvba A.A.G. Nys goed te keuren. Tegelijk keurt het college het bestek SB/GB/10/06567 “uitvoeren van ontbeenderingswerken, het aanleggen van urnenvelden, kinderperken, strooi-weides, het uitvoeren van beplantingswerken en bestratingswerken op diverse begraafplaatsen” goed alsook dat voor deze werken een beperkte aanbesteding wordt uitgeschreven.

In de motivering wordt vermeld dat een beperkte aanbesteding wordt uitgeschreven onder de geselecteerde aannemers en “op basis van het aanbestedingsverslag gunt het college de basisopdracht (raamcontract), en verzendt het college, op basis van een deelopdracht en een gedetailleerde kostenraming, een aanvangsbevel met uitvoeringstermijn. Voor elke opdracht wordt een eindafrekening opgemaakt en goedgekeurd”.

Zoals de eerder al ingetrokken besluiten van 16 juli 2010 tot goedkeuring van de bestekken SB/GB/10/06566 en SB/GB/10/06567 vermeldt dit besluit van 10 september 2010 verder :

> “Overeenkomst voor 4 jaar
> De overeenkomst wordt afgesloten voor een periode van 4 jaar. Bij het einde van elk dienstjaar zal de overeenkomst stilzwijgend worden verlengd voor een nieuwe periode van twaalf maanden, tenzij één van de partijen met een aangetekend schrijven aan de andere partij, twee maanden voor het verstrijken van het contractueel jaar, haar inzicht heeft te kennen gegeven de overeenkomst niet te verlengen. De overeenkomst loopt af na maximum 4 jaar na het bestellen van de gunningsbrief (artikel 17, §2 van deel B van het bestek).
> Deze aanneming is geen exclusiviteitsrecht voor toekomstige opdrachten.
>
> Deelopdracht
> Een deelopdracht wordt verstrekt door het stadsbestuur met een gedetailleerde opmeting van de uit te voeren modaliteiten en aanvangsbevel. Een deelopdracht wordt voltooid binnen een termijn, opgegeven in het aanvangsbevel per deelopdracht”.

Deze beslissing bevat een raming van de werken, voor de aanleg van urnenvelden, kinderperken, strooiweides en beplantingswerken op diverse

begraafplaatsen 230.000 euro in 2010, 150.000 euro in 2011 en 150.000 euro in 2012 of in totaal 530.000 euro en voor het uitvoeren van ontbeenderingswerken op begraafplaatsen 656.000 euro in 2010, 299.000 euro in 2011 en 302.000 euro in 2012 of in totaal 1.257.000 euro, en verwijst naar het door de stadsontvanger verleende visum voor het lopende dienstjaar voor 866.000 euro verdeeld in 230.000 euro blijkbaar voor aanleg van urnenvelden, kinderperken, strooiweides en beplantingswerken, 272.000 euro voor ontbeenderen, afbraak en grondwerken, 200.000 euro voor ontbeenderen, afbraak en grondwerken en 184.000 euro voor ontbeenderen, afbraak en grondwerken, telkens blijkbaar op een andere begrotingscode.

Deze raming en visa, opgedeeld in ontbeenderingswerken enerzijds en aanleg van urnenvelden, kinderperken, strooiweides en beplantingswerken op diverse begraafplaatsen anderzijds, waren ook opgenomen in de voornoemde - ingetrokken - besluiten van 16 juli 2010 tot goedkeuring van de bestekken SB/GB/10/06566 en SB/GB/10/06567.

3.9. Het bij de beslissing van 10 september 2010 goedgekeurde bestek SB/GB/10/06567 vermeldt bij “vereiste erkenning”, “categorie 03, klasse G” en bij “selectiecriteria”:

> “Erkenning
>
> De werken zijn gerangschikt in de categorie G en het bestuur is van oordeel dat ze behoren tot de klasse 3”.

Tevens wordt bij “wijze van prijsbepaling” vermeld “volgens prijslijst met opgelegde eenheidsprijzen waarop de inschrijver een aanpassingscoëfficiënt biedt”; bij “uitvoeringstermijn” wordt vermeld “afhankelijk van de deelopdracht” en onder “herhaling van gunning”, inzake de duur van de overeenkomst:

> “Bij het einde van elk dienstjaar zal de overeenkomst stilzwijgend worden verlengd voor een nieuwe periode van twaalf maanden, tenzij één van de partijen met een aangetekend schrijven aan de andere partij, twee maanden

voor het verstrijken van het contractueel jaar, haar inzicht heeft te kennen gegeven de overeenkomst niet te verlengen.
De overeenkomst loopt af na maximum vier jaar na het bestellen van de gunningsbrief".

Ook verder wordt in het bestek naar deelopdrachten verwezen. Zo wordt onder "bevel tot uitvoering en leiding van de werken" bepaald: "een deelopdracht wordt via brief, fax of email besteld", en onder "voorlopige oplevering": "per deelopdracht worden afzonderlijke voorlopige opleveringen opgemaakt".

3.10 De twee geselecteerde kandidaten worden met een brief van 29 september 2010 uitgenodigd om een offerte in te dienen, hetgeen op uiterlijk 18 oktober 2010 dient te geschieden .

3.11. Zowel verzoekende partij als de bvba A.A.G. Nys dienen een offerte in.

De offerte van verzoekende partij bevat opnieuw een getuigschrift van erkenning onder meer voor klasse 4, categorie G en een VCA-attest. De offerte van de bvba A.A.G. Nys bevat opnieuw een getuigschrift van erkenning voor categorie G klasse 2.

Het proces-verbaal van beperkte aanbesteding – fase 2 verwijst voor de bvba A.A.G. Nys naar een prijs van 15.049,74 euro en voor verzoekende partij naar een prijs, lees aanpassingscoëfficiënt, van – 2 %.

Het wordt niet betwist dat de bvba A.A.G. Nys de laagste inschrijver is nu zij de hoogste aanpassingscoëfficiënt ten aanzien van de opgelegde eenheidsprijzen aanbood, -11 % vergeleken met -2 % door verzoekende partij.

3.12. In een brief van 25 oktober 2010 aan de stad Antwerpen stelt de verzoekende partij dat de bvba A.A.G. Nys, die als laagste bieder werd afgeroepen, niet voldoet aan de voorwaarden om de opdracht toegewezen te krijgen aangezien

deze slechts beschikt over een erkenningsklasse 2 categorie G, dit is voor werken tot 275.000 euro, terwijl zelfs na de prijskorting een erkenning klasse 4, categorie G noodzakelijk is, namelijk voor werken van meer dan 500.000 euro tot 900.000 euro. Daarnaast wijst verzoekende partij er op dat de bvba A.A.G. Nys niet beschikt over een VCA certificaat, vereist in de administratieve voorwaarden van de kandidatuurstelling. Eén en ander wordt, met enige toevoegingen, hernomen in een brief van 27 oktober 2010 van de raadslieden van verzoekende partij.

In een antwoordbrief van 9 november 2010 bevestigt verwerende partij ontvangst van deze brief. Zij neemt kennis van de meegedeelde bevindingen inzake de bvba A.A.G. Nys en "zal er het gepaste gevolg aan geven".

3.13. In het gunningsverslag van 3 november 2010 wordt voorgesteld om de opdracht toe te wijzen aan de bvba A.A.G. Nys als laagste regelmatige inschrijver met een aanpassingscoëfficiënt van -11,00 % op de basisprijs (100%).

Na de herneming, onder "Administratieve voorwaarden – Selectiecriteria" van de bestekbepaling inzake erkenning "de werken zijn gerangschikt in de categorie G en het bestuur is van oordeel dat ze behoren tot klasse 3" vermeldt het gunningsverslag, onder "Administratief en rekenkundig nazicht van de biedingen" voor de bvba A.A.G Nys bij "Selectiecriteria":

> "Erkenning: Op basis van zijn offerte dient de aannemer gerangschikt te zijn in klasse 3. De aannemer is gerangschikt in klasse 2 in de categorie G. OK".

Wat verzoekende partij betreft vermeldt het gunningsverslag:

> "Erkenning: Op basis van zijn offerte dient de aannemer gerangschikt te zijn in klasse 3. De aannemer is gerangschikt in klasse 4 in de categorie G. OK".

3.14. Op 26 november 2010 beslist het college van burgemeester en schepenen om "het raamcontract 'Uitvoeren van onderhoudswerken op begraafplaatsen' op basis van het bestek SW/OD/10/06567, te gunnen aan de firma

A.A.G. Nys bvba, Zandbergen 6, 2480 Dessel (ondernemingsnummer 0415 297 481), met een aanpassingscoëfficiënt van -11,00% op de basisprijs (100%)".

Dit is de eerste bestreden beslissing.

In die beslissing wordt de omschrijving van de duur van de opdracht en van de deelopdrachten, thans met een verwijzing naar het college of districtscollege, herhaald.

Ook wordt vermeld:

> "Het college en de verschillende districtscolleges keuren, op basis van de eenheidsprijzen (met aanpassingscoëfficiënt) van het bestek SB/GB/10/06567 en het beschikbaar krediet, een deelopdracht goed en verzenden hiervoor een gunningsbrief en aanvangsbevel met uitvoerings-termijn. Van iedere deelopdracht wordt een eindafrekening opgemaakt en goedgekeurd."

3.15. Met een aangetekende brief van 21 december 2010 deelt verwerende partij aan verzoekende partij mee dat haar offerte niet werd "geselecteerd " als laagste regelmatige inschrijving. De bestreden beslissing en het voornoemde gunningsverslag worden bijgevoegd. Er wordt geen wachttermijn toegekend.

3.16. Met een aangetekende brief van 21 december 2010 deelt verwerende partij aan de bvba A.A.G. Nys mee dat haar offerte werd "geselecteerd" als de laagste regelmatige inschrijving. De bestreden beslissing en het voornoemde gunningsverslag worden bijgevoegd.

Verwerende partij bevestigt in de nota dat het contract nog niet gesloten werd.

IV. Tussenkomst

4. Met een op 12 januari 2011 ter post aangetekend verzoekschrift vraagt de bvba A.A.G. Nys om in het geding te mogen tussenkomen.

Zij blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet haar verzoek worden ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

5. Verwerende partij maakt een opmerking betreffende het belang van verzoekende partij bij de vordering.

In zoverre deze opmerking als een exceptie dient te worden begrepen, bestaat er vooralsnog geen noodzaak om over deze exceptie uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak daarover 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, te dezen niet het geval is.

VI. De schorsingsvoorwaarden

6. Overeenkomstig artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

7. De aankondiging van de kwestieuze opdracht werd echter bekendgemaakt na 24 februari 2010.

Dienvolgens is de wet van 23 december 2009 tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten te dezen van toepassing. De voornoemde wet van 23 december 2009 is immers in werking getreden op 25 februari 2010 krachtens artikel 76 van het koninklijk besluit van

10 februari 2010 tot wijziging van bepaalde koninklijke besluiten tot uitvoering van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten.

Overeenkomstig artikel 7 van de voornoemde wet van 23 december 2009 bepaalt de Koning de datum van haar inwerkingtreding en zijn enkel overheidsopdrachten die zijn bekendgemaakt vanaf die datum, zoals de in het geding zijnde opdracht, onderworpen aan de nieuwe wet.

Volgens het in de wet 24 december 1993, nieuw ingevoerde artikel 65/15, eerste lid, is voor de schorsing van de thans bestreden beslissing het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist. Artikel 65/15, tweede lid, verplicht verzoekende partij bovendien tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de bestreden beslissing kunnen verantwoorden.

VII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

8. In een eerste middel roept verzoekende partij de schending in van artikel 3, § 1, van de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken, de schending van de artikelen 2 en 3 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 en de schending van 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.

In essentie voert zij aan dat de bvba A.A.G. Nys niet de vereiste erkenning heeft voor de haar gegunde opdracht nu de werken in hun geheel behoren tot categorie G en de te gunnen opdracht dient ondergebracht in klasse 4, minstens klasse 3 terwijl de bvba A.A.G. Nys slechts erkend is in klasse 2 van categorie G.

De opdracht behoort tot klasse 4 nu deze in het eerste jaar wordt geraamd op 886.000 euro hetgeen, ook zonder btw en na de geboden korting van 11 %, leidt tot een bedrag boven 500.000 euro en dus klasse 4. Ook de gevraagde borgtocht van 40.000 euro bevestigt dit daar deze in dergelijke opdrachten steeds *circa* 5 % bedraagt van het geraamde bedrag voor de totale opdracht in het eerste jaar.

Verwerende partij is volgens het bestek en het gunningsverslag blijkbaar van oordeel dat de werken ressorteren onder klasse 3 (tot 500.000 euro) en niet klasse 4, maar de bvba A.A.G. Nys diende zelf een offerte in van 651.685 euro en heeft slechts een erkenning categorie G, klasse 2. Het gunnings-verslag zelf stelt dit vast maar verbindt hieraan geen gevolgen.

Anticiperend op het verweer merkt verzoekende partij op dat men de opdracht niet mag onderverdelen in deelopdrachten om de klasse-drempels te omzeilen. Zij benadrukt in dit verband dat de aankondiging van de opdracht slechts één besteknummer draagt, dat er geen verdeling in percelen is, dat geen afzonderlijke procedure is gevolgd om eventuele deelaspecten te gunnen en dat er slechts één alomvattende offerte werd ingediend door de partijen. Zelfs wanneer de werken onder twee categorieën namelijk G en C zouden ressorteren, is artikel 5, § 7, eerste lid, van het koninklijk besluit van 26 september 1991 van toepassing en dient de globale opdracht nog steeds ondergebracht in categorie G nu de ontbeenderingswerken in het totale aanbestedingsbedrag voor 2010 73,5 % vertegenwoordigen en dus significant meer dan het percentage van alle overige werken. Het was van in het begin de keuze van verwerende partij om slechts één opdracht uit te schrijven en de verschillende werkzaamheden niet van elkaar te scheiden en hierop kan men niet terugkomen om de toepasselijke klasse te verminderen.

Het zou ook niet slechts gaan om een raamcontract “op basis waarvan verweerder eventueel zou kunnen beweren dat niet noodzakelijk het volledige voorgestelde bedrag van 2010 zal worden uitgegeven en dus de werken onder klasse 3 vallen”, nu er in het begin nooit sprake was van een raamcontract, maar van een bindende offerte voor welomschreven werken en verwerende partij pas, nadat verzoekende partij en haar raadsman hadden duidelijk gemaakt dat de werken klasse 4 betreffen en bvba A.A.G. Nys geen erkenning in die klasse heeft, in de bestreden beslissing stelt dat het gaat om een raamcontract. In ieder geval is de opdracht voor 2010 gegund voor een bedrag van 866.000 euro, inclusief btw min 11 %, dit is 651.685 euro exclusief btw.

Beoordeling

9. Krachtens artikel 3, § 1, van de wet van 20 maart 1991 mogen opdrachten voor aanneming van werken als bedoeld in artikel 2, waarvan de omvang een bij koninklijk besluit vastgesteld bedrag overschrijdt, slechts worden gegund aan aannemers die op het ogenblik van de gunning hiervoor zijn erkend dan wel de bewijzen hebben geleverd dat zij voldoen aan de voorwaarden gesteld door of krachtens deze wet.

Krachtens artikel 3 van het koninklijk besluit van 26 september 1991 worden de erkende aannemers voor elke categorie of ondercategorie in acht klassen ingedeeld. Het maximale bedrag exclusief BTW voor de aanneming van werken die aan de aannemer mag worden gegund is voor ‘klasse 1’ 135.000 euro, voor ‘klasse 2’ 275.000 euro, voor ‘klasse 3’ 500.000 euro en voor ‘klasse 4’ 900.000 euro. Voor de gunning van een opdracht is de vereiste erkenningsklasse deze welke overeenstemt met het goed te keuren bedrag van de inschrijving.

Krachtens artikel 4 van hetzelfde koninklijk besluit zijn de werken die onder categorie G vallen “Algemene aannemingen van grondwerken”.

Verzoekende partij is gerechtigd in het kader van de aanvechting van de bestreden beslissing de onwettigheid van voorbeslissingen zoals een bestek of een selectiebeslissing op te werpen.

10. Luidens artikel 3 van de wet van 20 maart 1991 lijken de erkenningsvoorwaarden te moeten zijn vervuld op het ogenblik van de gunning. Voorts lijken de erkenningsvoorwaarden luidens artikel 3 van het koninklijk besluit van 26 september 1991 definitief te worden bepaald door het bedrag van de inschrijving waaruit volgt dat de aanduiding van de erkenningsvoorwaarden in het bestek precair lijkt.

Een raamovereenkomst is luidens artikel 3, 15°, van de wet van 15 juni 2006 overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten, een overeenkomst gesloten tussen één of meer aanbestedende overheden of overheidsbedrijven en één of meer aannemers, leveranciers of dienstverleners met het doel gedurende een bepaalde periode de voorwaarden inzake “te gunnen opdrachten” vast te leggen, met name wat betreft de prijzen en eventueel de beoogde hoeveelheden. Artikel 1.5 en artikel 32 van de Richtlijn 2004/18/EG hebben het evenzeer over de “gunning” van opdrachten gebaseerd op een “gesloten” raamovereenkomst.

Te dezen lijkt de rechtsfiguur van de raamovereenkomst met te gunnen deelopdrachten gehanteerd te zijn. Reeds in het collegebesluit van 12 maart 2010 wordt verwezen naar een voorstel te werken met een raamcontract, terminologie die ook terugkomt in de weliswaar ingetrokken collegebesluiten van 16 juli 2010 tot goedkeuring van de bestekken SB/GB/10/06566 en SB/GB/10/06567 en in het selectiebesluit van 10 september 2010. In die laatste besluiten en in het bestek SB/GB/10/06567 is verder sprake van deelopdrachten die aanvangen met een apart aanvangsbevel met een eigen uitvoeringstermijn en een voorlopige oplevering. In de huidige stand van het geding blijkt verder dat deze raamovereenkomst, waarvoor weliswaar een raming bestaat voor de jaren 2010, 2011 en 2012 en een visum voor 880.000 euro voor het lopend dienstjaar, niet gegund wordt voor een bepaald goedgekeurd bedrag maar met verwijzing naar de voorgestelde aanpassingscoëfficiënt op de opgelegde eenheidsprijzen.

Dit betekent dat in de huidige stand van de zaak lijkt te moeten worden aangenomen dat het goed te keuren bedrag van een (deel)opdracht pas kan worden bepaald in functie van de effectief in het kader van deze raam-overeenkomst geplaatste bestellingen en dat de klasse waarvoor de aannemer

erkend moet zijn, bepaald wordt in functie van het goed te keuren bedrag van elke deelopdracht en niet in functie van het totale geraamde bedrag van de globale opdracht. Pas op het tijdstip van de bestellingen zal duidelijk zijn wat de juiste hoeveelheden van een concrete deelopdracht zijn en staat het bedrag van de inschrijving vast. Dergelijke optie lijkt wel in te houden dat aan tussenkomende partij geen deelopdrachten kunnen worden gegund die, mocht zij alsdan slechts over een erkenning klasse 2 beschikken, het bedrag van klasse 2 overschrijden

Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

11. In een tweede middel roept verzoekende partij de schending in van artikel 15 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten.

Zij acht deze bepaling geschonden omdat “de ingediende offerte van verzoekster de laagste regelmatige offerte [is], aldus diende de opdracht te worden gegund aan verzoekster”.

Beoordeling

12. Verzoekende partij zet in het middel niet uiteen waarom haar offerte de laagste regelmatige offerte is.

Voor zover verzoekende partij bedoelt dat de offerte van tussenkomende partij onregelmatig is, lijkt het middel samen te vallen met het eerste en het derde middel.

Daar deze middelen, zoals hiervoor en hierna blijkt, niet ernstig zijn, is dit middel ook niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

13. In een derde middel voert verzoekende partij de schending aan van artikel 110 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, van artikel 3.2. van het bestek SW/OD/10/6239, van artikel 12 van het bestek SB/SB/10/06567 en van het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*.

In de eerste plaats herhaalt zij dat in beide bestekken duidelijk wordt gesteld dat "de selectiecriteria […] categorie G klasse 3 [betreffen]". Na een verwijzing naar "hetgeen hierboven dienaangaande is uiteengezet", stelt zij dat niet anders kan worden besloten dan dat verwerende partij handelde in strijd met "zijn eigen uitgevaardigde bestek en gunningsvoorwaarden" en dat zij de "niet conformiteit zelfs eigenhandig nogmaals in de verf [heeft] gezet in haar definitief gunningsverslag".

Vervolgens stelt zij dat verwerende partij ook met betrekking tot het VCA-attest in strijd met haar uitgeschreven "gunningsvoorwaarden" handelde. Het bestek SW/OD/10/6239 bepaalt dat een VCA-attest dient te worden gevoegd bij de kandidatuur en de gekozen inschrijver bvba A.A.G. Nys heeft geen VCA-attest zoals verwerende partij zelf vaststelde op 16 juli 2010 in een beslissing tot niet-selectie. Zij acht het feit dat de Inspectie van Financiën in haar advies meende dat het ontbreken van een VCA-attest niet doorslaggevend is en dat er *in concreto* moet worden nagegaan of het VCA-attest daadwerkelijk kan worden beschouwd als een garantie op veiligheid, niet relevant omdat het niet aan de dienst Financiën is om retroactief de selectievoorwaarden te veranderen op maat van één bepaalde inschrijver. Voorts wijst zij op "de tegenstrijdige houding van verweerder aangaande de belangrijkheid van een VCA-attest" nu in drie andere aanbestedingen van de stad Antwerpen de laagste offertes van de respectieve aannemers niet worden geselecteerd door verwerende partij louter om reden dat zij geen VCA-attest hebben.

Verzoekende partij merkt in dit verband nog “een eigenaardigheid in de chronologie van het standpunt betreffende het ontbreken van het VCA-attest” op. Op 16 juli 2010 stelt het college van burgemeester en schepenen vast dat het VCA-attest ontbreekt en de bvba A.A.G. Nys dus niet aan alle voorwaarden voldoet, op 10 september 2010 beslist het college van burgemeester en schepenen dat de bvba A.A.G. Nys nu wel aan alle voorwaarden voldoet en in het gunningsbesluit staat vermeld dat “de veiligheidsdocumenten (zijnde een VCA-attest) pas op 3 november 2010 gunstig zijn beoordeeld”. “Welke veiligheidsdocumenten dit dan zijn” is volgens verzoekende partij “een raadsel”.

Ten slotte werpt zij op dat het bestek SW/OD/10/6239 onder artikel 3.2 vereist dat een referentielijst met minstens 3 goede referenties van verschillende openbare besturen van de afgelopen 3 jaar wordt gevoegd bij de kandidatuurstelling, dat het college van burgemeester en schepenen op 16 juli 2010 oordeelt dat “de opgevraagde referenties, […] na controle, niet positief [blijken]” en dat niet blijkt dat er nadien door de bvba A.A.G. Nys bijkomende referenties zouden bijgebracht zijn. Hieruit dient volgens haar te worden afgeleid dat verwerende partij zich niet aan de initiële gunningsvoorwaarden houdt, aangezien zij in bestek SW/OD/10/6239, dergelijke referentielijst nochtans had opgelegd. Er is ook geen enkele motivering voorhanden waarom referenties die op 16 juli 2010 niet positief zijn, plots wel positief zijn op 26 november 2010, wanneer de gunningsbeslissing wordt genomen.

Beoordeling

14. In de mate dat verzoekende partij de schending aanvoert van artikel 110 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 maakt ze niet duidelijk hoe deze bepaling die de gunningscriteria en niet de selectiecriteria lijkt te betreffen, geschonden is.

In de mate dat verzoekende partij de problematiek van de erkenning aanvoert is het middel evenzeer niet ernstig gelet op de beoordeling van het eerste middel.

Voor zover verzoekende partij aanvoert dat de opdracht aan de tussenkomende partij gegund werd zonder dat deze over het door de besteksbepalingen vereiste VCA-attest beschikt, volstaat de vaststelling dat het bestek SW/OD/10/6239 inzake “fase: 1 kandidatuurstelling” onder “selectie-criteria” als bij de kandidatuur te voegen bescheiden, voor de beoordeling van de technische bekwaamheid, als stuk 5 verwijst naar “Documenten die aantonen dat de kwaliteit en de veiligheid van de uitvoering gewaarborgd zijn (ISO-certificaat, VCA-attest, e.d.)”. Uit de afkorting “e.d.”, dit is “en dergelijke”, lijkt te kunnen worden afgeleid dat een VCA-attest niet vereist werd maar dat dit enkel een document is dat naast andere documenten kan aantonen dat de kwaliteit en veiligheid van de uitvoering gewaarborgd zijn.

Voorts kan worden vastgesteld dat tussenkomende partij bij haar kandidatuur een aantal documenten voegde, met name diploma’s basisopleiding VCA. Verzoekende partij toont niet met de vereiste *prima facie* ernst aan dat die documenten niet als voldoende konden worden beschouwd.

Wanneer verzoekende partij verwijst naar de eerdere strengere beoordeling in het collegebesluit van 16 juli 2010, leidt dit niet tot een andere conclusie daar de eerste selectiebeslissing van 16 juli 2010, waarbij tussen-komende partij niet werd geselecteerd, werd ingetrokken bij beslissing van 10 september 2010. Dit intrekkingsbesluit heeft tot gevolg dat de eerste selectiebeslissing wordt geacht nooit te hebben bestaan. Verwerende partij lijkt dan ook in principe niet gebonden door de motieven waarop het besluit van 16 juli 2010 steunde aangezien ze hiervan, blijkbaar als reactie op een advies van de Inspectie Financiën met vraag over te gaan tot een herbeoordeling en na een nieuw selectieverslag, afstand heeft genomen door de intrekking en door een andere selectiebeslissing te nemen. Op het eerste gezicht lijkt het inherent aan een nieuwe beoordeling dat deze tot een verschillend resultaat kan leiden. Hieruit lijkt als dusdanig geen schending van het bestek te kunnen worden afgeleid.

In de mate dat verzoekende partij aanvoert dat de Inspectie van Financiën in haar advies de selectievoorwaarden wijzigde, dient opgemerkt dat uit het voorgaande volgt dat deze voorwaarden niet gewijzigd werden.

De opmerking van verzoekende partij dat in andere aanbestedingen de laagste inschrijvers geweerd werden omdat ze over geen VCA-attest beschikten, is evenmin ernstig; verzoekende partij laat na aan te tonen dat er bij die andere aanbestedingen gebruik gemaakt werd van dezelfde besteksbepalingen.

Voor zover verzoekende partij wijst op “een eigenaardigheid in de chronologie” dient vooreerst gewezen op de intrekking van het besluit van 16 juli 2010 door het besluit van 10 september 2010; voorts lijken de veiligheidsdocumenten bedoeld in het gunningsverslag van 3 november 2010 niet de voor de selectie vereiste en bij de kandidatuur te voegen documenten “(ISO-certificaat, VCA-attest, e.d.)” te betreffen doch documenten te voegen bij de offerte zelf in verband met het gezondheids- en veiligheidsplan.

Ten slotte, in de mate dat wordt aangevoerd dat in het collegebesluit van 16 juli 2010, de referenties van tussenkomende partij niet positief worden beoordeeld en tussenkomende partij niet wordt “weerhouden”, terwijl deze referenties zonder motivering wel positief zijn op 26 november 2010, wanneer de gunningsbeslissing wordt genomen, dient vastgesteld dat de referenties reeds positief werden beoordeeld in het selectiebesluit van 10 september 2010, besluit dat de eerdere negatieve beslissing intrekt en steunt op een nieuwe beoordeling. Er blijkt niet dat het tussenkomende partij werd toegestaan nieuwe referenties voor te leggen, en verzoekende partij kan door de intrekking ervan, geen rechten ontlenen aan de beslissing van 16 juli 2010. Wat de opmerking van verzoekende partij betreft dat er geen motivering voorhanden is waarom de referenties die op 16 juli 2010 niet positief en later wel positief werden beoordeeld, volstaat de vaststelling dat in dit middel de motiveringsplicht niet wordt ingeroepen als geschonden rechtsregel of beginsel. Verzoekende partij toont ook niet concreet aan dat verwerende partij niet redelijkerwijze van oordeel kon zijn dat de voorgelegde referenties voldoende zijn in het licht van de besteksvereisten.

Het derde middel is in zijn geheel niet ernstig.

D. Vierde middel

Uiteenzetting van het middel

15. In het vierde middel roept verzoekende partij de schending in van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen en van het redelijkheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel.

Zij voert aan dat verwerende partij, indien zij meent dat een erkenning in categorie G, klasse 2, volstaat, in weerwil van haar eigen voorwaarden en de geldende wetgeving, dit moet motiveren, terwijl geen enkele motivering dienaangaande voorhanden is. Het enige wat uit de motivering in het gunningsverslag blijkt, is dat de opdracht niet mag worden gegund aan de bvba A.A.G. Nys. In de bestreden beslissing wordt ook geen enkele overweging beantwoord die verzoekende partij of haar raadsman hadden opgeworpen terwijl deze voorafgaande ernstige tussenkomsten van verzoekende partij en haar raadsman de motiveringsplicht in hoofde van verwerende partij uitbreidden in die zin dat zij dan bijkomend moet motiveren waarom met deze opmerkingen geen rekening wordt gehouden. Verzoekende partij weet op basis van de gunnings-beslissing niet waarom verwerende partij is afgeweken van de voorwaarden vermeld in het bestek en waarom ze de geldende wetgeving inzake erkenning klaarblijkelijk naast zich neerlegt, hetgeen een bijkomende motivering vereist.

Extra motivering is ook vereist om te duiden waarom verwerende partij op 16 juli 2010 de door bvba A.A.G. Nys meegedeelde referenties negatief beoordeelt en het gebrek aan VCA-attest als determinerend aanziet om bvba A.A.G. Nys niet te “weerhouden” en vier maanden later de opdracht toch aan deze laatste gunt.

Beoordeling

16. Wat de aangevoerde schending van de formele motiveringsplicht betreft moet worden opgemerkt dat de hier gehanteerde gunningswijze de

aanbesteding is zodat in beginsel de vermelding dat de opdracht gegund wordt aan de laagste regelmatige inschrijver een afdoende motivering is.

De formele motiveringsplicht lijkt niet in te houden dat de aanbestedende overheid in bijzondere mate verplicht zou zijn op de opmerkingen van verzoekende partij en haar raadsman te antwoorden nu deze geformuleerd werden buiten een klachten- of beroepsprocedure om. Wel lijkt het zo dat meer eisen kunnen worden gesteld aan de formele motivering, ook bij aanbesteding, wanneer een niet evidente beslissing wordt genomen.

Opgemerkt moet echter worden dat wat de problematiek van de erkenning en van het VCA-attest betreft het hoofdzakelijk doel van de formele motiveringsplicht lijkt bereikt daar verzoekende partij met het eerste en het derde middel in staat was inhoudelijke kritiek te formuleren.

Wat de problematiek van de referenties betreft lijkt verzoekende partij evenmin nuttig een schending van de formele motiveringsplicht te kunnen inroepen nu lijkt te kunnen worden aangenomen dat zij met een brief van 6 oktober 2010 in kennis is gesteld van het selectieverslag van 16 augustus 2010 waarin de door tussenkomende partij opgegeven referenties worden samengevat. Zij kan aldus geacht worden in staat te zijn gesteld kritiek te geven op de beoordeling van deze. Dit selectieverslag is trouwens opgenomen in het stukkenbundel gevoegd bij het inleidend verzoekschrift.

Wat de aangevoerde schending van het redelijkheids- en gelijkheidsbeginsel betreft laat verzoekende partij na een concrete invulling aan haar middel te geven.

Het vierde middel is niet ernstig.

E. Vijfde middel

Uiteenzetting van het middel

17. In het vijfde en laatste middel roept verzoekende partij de schending in van “het algemeen beginsel van behoorlijk bestuur volgens hetwelk elke bestuurshandeling in rechte en in feite moet steunen op juiste, pertinente en afdoende motieven en die wil dat een overheid haar beslissing op een zorgvuldige wijze voorbereidt en het beginsel dat stelt dat de bestuurshandeling niet mag gesteund zijn op een kennelijke dwaling in rechte en feite”.

Het is volgens verzoekende partij duidelijk dat verwerende partij de bestreden beslissing niet zorgvuldig heeft voorbereid en genomen. Zij had moeten merken dat haar eigen gunningsverslag één anomalie is en “in haar ‘enthousiasme’ om de goedkoopste offerte te kunnen gunnen”, is zij haar eigen eerdere vaststellingen van 16 juli 2010 dat de referenties van bvba A.A.G. Nys negatief zijn en dat een VCA-attest ontbreekt, vergeten en heeft zij zelfs de erkenning niet meer nagekeken, ondanks veelvuldige verwittiging. Minstens heeft zij gedwaald in rechte en in feite.

Beoordeling

18. Het middel is in essentie een herhalen van de eerste vier middelen en, gelet op de eerdere beoordelingen, niet ernstig. De opmerking dat verwerende partij de ogen sloot voor onregelmatigheden van de kandidatuur van tussenkomende partij omdat deze de laagste inschrijver was, strijdt met de feitelijke toedracht; de selectiebeslissing dagtekent van 10 september 2010, dit is vooraleer de offertes werden ingediend.

Het vijfde middel is niet ernstig.

VIII. Besluit

19. Nu alle middelen niet ernstig werden bevonden dient de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid te worden verworpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de bvba A.A.G. Nys tot tussenkomst in het administratief kort geding 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 175 euro.
De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 25 januari 2011, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad, waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Frank Bontinck,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Frank Bontinck	**Pierre Barra**