

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 118.138 van 8 april 2003
in de zaak A. 80.756/XII-1693.**

In zake : de BVBA CREELLE,
die woonplaats kiest bij
advocaat D. Abbeloos,
kantoor houdende te Gent,
Gebroeders Vandeveldestraat 109

tegen :

de GEMEENTE TEMSE.

DE RAAD VAN STATE, XIIe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat de BVBA Creelle op 19 oktober 1998 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van :

- “- de beslissing van het college van Burgemeester en schepenen van de gemeente Temse, dd. 30 juni 1998 waarbij aan verzoekster de opdracht werd gegund, doch onder voorwaarde dat zij in het bezit was van een erkenning op datum van de interne toewijzingsbeslissing,
- de beslissing van dezelfde overheid dd. 7 juli 1998, waarbij haar offerte op de openbare aanbesteding voor het uitvoeren van wegen- en rioleringswerken in de Dorpsstraat te Temse -Elversele voor een bedrag van 18.928.945 BEF, BTW inbegrepen, werd afgewezen en de opdracht werd toegewezen aan de B.V.B.A. Beernaerts Werken [...]”;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op de beschikking van 18 januari 2002 die de neerlegging ter griffie van het verslag en van het dossier gelast;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen en gezien de laatste memorie van de verzoekende partij;

Gelet op de beschikking van 13 december 2002 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 28 januari 2003;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat D. Abbeloos, die verschijnt voor de verzoekende partij;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur L. Vermeire;

Gelet op titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

1. Over de gegevens van de zaak.

Overwegende dat de gegevens van de zaak kunnen worden samengevat als volgt :

1.1. De verwerende partij schrijft een openbare aanbesteding uit voor de eerste fase van de herinrichting Dorpsstraat -“gedeelte kerk tot grens met Waasmunster”. Op 8 juni 1998 worden de offertes geopend.

1.2. Zestien inschrijvers blijken een offerte te hebben ingediend, waaronder de verzoekende partij met de laagste inschrijving.

1.3. De verzoekende partij heeft bij haar offerte een brief gevoegd van 26 mei 1998 van de Dienst Erkenning der Aannemers waarin haar medegedeeld wordt dat de Commissie voor Erkenning der Aannemers op 5 mei 1998 gunstig advies heeft uitgebracht voor het haar verlenen van een voorlopige erkenning in categorie C (Algemene aannemingen voor wegenbouwkundige werken) klasse 5 (werken tot 73.000.000 BEF).

1.4. Het college van burgemeester en schepenen beslist op 30 juni 1998 de opdracht “voorwaardelijk” toe te wijzen aan de verzoekende partij “onder de ontbindende voorwaarde dat [verzoekende partij] op datum van heden over de vereiste erkenning beschikt, zoniet wordt deze beslissing ingetrokken en zal de toewijzing geschieden aan de laagste regelmatige inschrijver”, daarbij overwegende dat de verzoekende partij “slechts een aanvraag tot erkenning in categorie en klasse C3 heeft ingediend, welke erkenning noodzakelijk is om de werken te mogen uitvoeren”.

1.5. Met een brief van 2 juli 1998 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij de voormelde beslissing mede en gesteld wordt :

“[...] Dit voorbehoud houdt in dat u per kerende en uiterlijk tegen 7 juli 1998 te 16 u instaat voor het bezorgen van volgende documenten :
het bewijs dat u op 30 juni 1998 de erkenning genoot in categorie en klasse C3 [...]”;

1.6. Met een op 6 juli 1998 ter post aangetekende brief blijkt de verzoekende partij onder andere een getuigschrift van 2 juli 1998 van voorlopige erkenning in “klasse 5 categorie C Ondercategorieën C1-E1” aan het gemeentebestuur te hebben gezonden.

1.7. Het college beslist op 7 juli 1998 “zijn beslissing van 30 juni 1998, houdende toewijzing onder voorbehoud [...] aan de BVBA Creelle [...] in te trekken omwille van het ontbreken van de vereiste erkenning op datum van toewijzing” en de werken toe te wijzen aan de BVBA Beernaerts Werken, daarbij overwegende dat de zending vanwege de verzoekende partij “een bewijs van voorlopige erkenning bevatte waaruit blijkt dat de firma een voorlopige erkenning geniet vanaf 2 juli 1998” en “aldus op datum van de toewijzing niet voldeed aan de gestelde eisen tot uitvoering van de werken”.

1.8. Met een brief van 16 september 1998 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mede dat zij “op het beslissende tijdstip” niet over de vereiste erkenning bleek te beschikken. Een afschrift van de voormelde beslissing van 7 juli 1998 wordt meegezonden;

2. Over de gegrondheid van het beroep.

2.1. Overwegende dat de verzoekende partij in een tweede en derde middel de schending inroept, eensdeels, van artikel 15 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en, anderdeels, van artikel 6 van de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken en van artikel 8 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; dat zij daartoe betoogt dat de verwerende partij heeft verzuimd de in de laatstgenoemde bepalingen voorgeschreven procedure te volgen nu zij de Minister niet heeft verzocht om te beslissen

of wat verzoekende partij betreft voldaan was aan de erkenningsvoorwaarden en in plaats daarvan op 7 juli 1998 haar eerste beslissing van 30 juni 1998 heeft ingetrokken en voorts de opdracht toegewezen heeft aan de tweede gerangschikte inschrijver, dus niet aan de verzoekende partij die op dat ogenblik de laagste regelmatige inschrijver was;

2.2. Overwegende dat de verwerende partij tegenwerpt dat bij de initiële toewijzing op 30 juni 1998 de verzoekende partij niet over de noodzakelijke erkenning beschikte en dienvolgens niet als laagste regelmatige inschrijver in aanmerking mocht worden genomen, dat voorts het genoemde artikel 6 weliswaar stelt dat een opdracht pas kan worden gegund nadat de voorgeschreven procedure werd gevolgd, doch het opdrachtgevend bestuur het appreciatierecht behoudt te beslissen om deze procedure te doorlopen teneinde de vereiste erkenning na te gaan, maar daartoe geenszins verplicht wordt;

2.3. Overwegende dat overeenkomstig artikel 3 van de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken, opdrachten voor aanneming van werken slechts mogen worden gegund aan aannemers die op het ogenblik van de gunning hetzij hiervoor erkend zijn, hetzij de bewijzen hebben geleverd dat zij voldoen aan de voorwaarden gesteld door of krachtens deze wet; dat luidens de parlementaire voorbereiding van dit artikel (Memorie van Toelichting, Parl. St. Senaat 1990-91, nr. 1067/1, 3) de bepaling in die zin moet worden gelezen, dat :

“een aannemer die niet over een erkenning beschikt derhalve de kans [zal] krijgen om met andere bewijsmiddelen aan te tonen dat hij in aanmerking komt voor overheidsopdrachten hetgeen de facto betekent dat hij moet aantonen dat hij aan alle erkenningsvoorwaarden voldoet”;

Overwegende dat voorts artikel 6, eerste lid, van de voormelde wet bepaalt dat een opdracht voor aanneming van werken pas kan worden gegund aan een niet-erkend aannemer indien deze de bewijzen, bedoeld in artikel 3, § 1, 2°, voorlegt of nadat de bevoegde minister, op verzoek van de opdrachtgever en na advies van de Commissie voor Erkenning der Aannemers heeft beslist dat voldaan is aan de erkenningsvoorwaarden bepaald in artikel 4, § 1; dat bij dit artikel 6 de voormelde Memorie van Toelichting (o.c., 5) stelt hetgeen volgt :

“In dit artikel wordt de procedure bepaald die moet gevolgd worden in geval van inschrijving voor werken door aannemers, die ofwel geen erkenning

voorleggen maar de bewijzen leveren dat zij aan de voorwaarden gesteld krachtens deze wet voldoen [...].

In deze gevallen zullen de opdrachtgevende besturen verplicht zijn, wanneer deze aannemers regelmatig hebben ingeschreven, om de voorgelegde bewijzen en desgevallend buitenlandse erkenningen voor te leggen aan de minister, die na advies van de Commissie, beslist of er al dan niet voldaan is aan de Belgische vereisten terzake”;

Overwegende ten slotte dat artikel 8, eerste lid, 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 bepaalt hetgeen volgt :

“Ingeval de procedure voorzien bij artikel 6 van de wet van 20 maart 1991 wordt toegepast, worden de bewijsstukken die de aannemer bij zijn inschrijving heeft gevoegd door de opdrachtgever onmiddellijk aan de Commissie voor advies overgemaakt.”;

dat in het Verslag aan de Koning in verband met dat artikel is gesteld (B.S. 18 oktober 1991, 23.288) :

“Tevens werd de procedure voorzien bij artikel 6 van de wet nader bepaald. Zo zal de niet erkende aannemer die pretendeert aan de gestelde erkenningsvoorwaarden te voldoen [...] de nodige bewijsstukken bij zijn inschrijving voegen. Deze worden door de opdrachtgever onmiddellijk aan de Commissie voor advies overgemaakt wanneer het om een inschrijving gaat die in aanmerking kan worden genomen”;

Overwegende dat te dezen de verzoekende partij beweerde aan de gestelde erkenningsvoorwaarden te voldoen; dat zij daartoe bij haar inschrijving het gunstig advies heeft gevoegd van de Commissie voor Erkenning der Aannemers voor het verlenen van een voorlopige erkenning in categorie C klasse 5; dat in elk geval de hierboven beschreven regeling, in tegenstelling tot hetgeen de verwerende partij betoogt, haar niet de mogelijkheid gaf, maar haar verplichtte het genoemde advies onmiddellijk aan de Commissie toe te zenden; dat de opdracht dienvolgens niet mocht worden toegewezen vooraleer de minister beslist had of voldaan was aan de erkenningsvoorwaarden; dat er te dezen zelfs reeds een advies van de Commissie was;

Overwegende dat uit hetgeen voorafgaat volgt dat op 30 juni 1998 de verwerende partij geen ontbindende voorwaarde vermocht te stellen van erkenning “op 30 juni 1998”; dat zij daarentegen had dienen te wachten op de beslissing van de minister, die alvast op 2 juli 1998 beslist heeft een voorlopige en voldoende

erkenning te verlenen; dat, nu de verwerende partij nergens beweert dat de erkenning waarover de verzoekende partij beschikt, niet zou volstaan, dienvolgens de verzoekende partij als de laagste regelmatige inschrijver diende te worden beschouwd; dat de opdracht is toegewezen met schending van de in de voormelde middelen aangevoerde bepalingen; dat die middelen in zoverre gegrond zijn;

Overwegende dat de verzoekende partij haar beroep in de eerste plaats richtte tegen de beslissing van het college van burgemeester en schepenen waarbij haar de opdracht onder voorwaarde werd toegewezen; dat de verzoekende partij geen belang meer heeft bij de nietigverklaring van die beslissing; dat zij immers door de hiernavolgende nietigverklaring die ook de beslissing betreft waarbij zij werd afgewezen, reeds alle genoegdoening verkrijgt waartoe haar beroep kon strekken; dat dienvolgens de nietigverklaring hieronder wordt beperkt tot de tweede bestreden beslissing,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Vernietigd wordt de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Temse van 7 juli 1998 waarbij de offerte van de BVBA Creelle in de openbare aanbesteding voor het uitvoeren van wegen- en rioleringswerken in de Dorpsstraat te Temse - Elversele voor een bedrag van 18.928.945 BEF, BTW inbegrepen, wordt afgewezen en de opdracht wordt toegewezen aan de BVBA Beernaerts Werken.

Artikel 2.

De kosten van het beroep, bepaald op 173,53 euro, komen ten laste van de verwerende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op
acht april 2003, door de XIIe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
	J. LUST,	staatsraad,
	G. VAN HAEGENDOREN,	staatsraad,
Mevr.	S. DOMS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.