RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

nr. 161.218 van 11 juli 2006
in de zaak A. 132.590/XII-3761.

In zake : 1. de NV CHAUFFAGE DECLERCQ,
2. de BVBA CENTRALE VERWARMING DAENINCK EN DE WEERDT,
samen een tijdelijke handelsvennootschap vormend,
die woonplaats kiezen bij
advocaten C. De Wolf en K. Roelandt,
kantoor houdende te Maarkedal,
Etikhovestraat 6

tegen :

het AUTONOOM GEMEENTEBEDRIJF
"STADSVERNIEUWING OOSTENDE",
dat woonplaats kiest bij
advocaten D. D'Hooghe en R. Heijse,
kantoor houdende te 1060 Brussel,
H. Wafelaertsstraat 47-51, bus 1.

tussenkomende partijen :

1. de NV VANDEWALLE,
2. de NV ZAMAN YVES & C°,
samen een tijdelijke handelsvennootschap vormend,
die woonplaats kiezen bij
advocaten M. De Boel en P. Aerts,
kantoor houdende te Gent,
Coupure 5.

D E R A A D V A N S T A T E, XIIe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat de NV Chauffage Declercq en de BVBA Centrale Verwarming Daeninck en De Weerdt, samen een tijdelijke handelsvennootschap vormend, op 3 februari 2003 hebben ingediend om de nietigverklaring te vorderen van "de beslissing d.d. 16 december 2002, [...] van het Autonoom Gemeentebedrijf Stadsvernieuwing Oostende ("AGSO"), medegedeeld bij schrijven d.d. 17 december 2002, die bepaalt dat de opdracht inzake HVAC - perceel 04 wordt gegund aan de firma TV Vandewalle NV/Zaman Yves en C° NV, en de 'daaruitvolgende impliciete beslissing om voormelde opdracht niet te gunnen aan de tijdelijke handelsvennootschap Declercq-Daeninck-Deweerdt'";

Gezien het verzoekschrift tot tussenkomst van 17 april 2003;

Gelet op de beschikking van 29 april 2003 die de tussenkomst van de NV Vandewalle en de NV Zaman Yves & C°, samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap Vandewalle NV-Zaman Yves & C° NV toestaat;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op de beschikking van 7 november 2005 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 memories;

Gelet op de beschikking van 13 maart 2006 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 25 april 2006;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat C. De Wolf, die verschijnt voor de verzoekende partijen, van advocaat L. De Vuyst, die loco advocaten D. D'Hooghe en R. Heijse verschijnt voor de verwerende partij, en van advocaat I. Bockstaele, die loco advocaat P. Aerts verschijnt voor de tussenkomende partijen;

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. <u>De gegevens van de zaak</u>.

1. De verwerende partij schrijft een openbare aanbesteding uit voor de verbouwing -restauratie en renovatie- van het Casino Kursaal Oostende, perceel 04 HVAC.

2. De opening van de offertes heeft plaats op 12 november 2002.

Vijf offertes blijken te zijn ingediend. Het proces-verbaal van de opening der inschrijvingen vermeldt :

“

Volgnr.	Aannemers	Woonplaats	Bedrag inschrijving	Opmer-kingen
1	Vandewalle NV	Jabbeke	3.533.272,99	
2	NV Daeninck & De Weerdt NV Chauffage De Clercq TV	Brugge	3.742.376,04	
3	Axima Contracting NV	Aartselaar	4.118.979,13	
4	Zaman Yves en C° NV	Gent	3.544.743,59	
5	GTI Technical Installations NV	Gent	4.026.645,38	

”.

3. Na rekenkundig nazicht en verbetering wegens gewijzigde hoeveelheden worden de voormelde bedragen als volgt aangepast :

- voor NV Vandewalle : 3.536.877,77 euro
- voor NV Zaman Yves & C° : 3.549.494,05 euro
- voor de verzoekende partijen : 3.747.854,96 euro.

4. In haar verslag van 19 november 2002 stelt de NV Technum als besluit :

> “Vandewalle nv is de laagste inschrijver en de inschrijving is conform. Vandewalle nv is echter een klasse 6 aannemer. Het inschrijvingsbedrag overschrijdt 3.225.000 €, wat de bovengrens van een individueel werk is voor aannemers van klasse 6. Vandewalle nv dient bijgevolg te worden aangeschreven met de vraag of hij op het moment van gunning der werken kan voldoen aan een klasse 7.
>
> Indien hieraan voldaan wordt, stellen we voor om de werken aan deze firma toe te vertrouwen voor de aannemingssom van 3.536.877,77 € excl. BTW. Indien hier niet aan voldaan wordt, dient overgegaan te worden naar de tweede laagste conforme inschrijver.
>
> Hetzelfde probleem geldt echter ook voor de tweede laagste inschrijver, nl. Zaman Yves en C° nv. Ook hij is een klasse 6 aannemer. Ook hij dient bijgevolg te worden aangeschreven met de vraag of hij op het moment van de gunning der werken kan voldoen aan een klasse 7.

Indien hieraan voldaan wordt, stellen we voor om de werken aan deze firma toe te vertrouwen voor de aannemingssom van 3.549.494,05 € excl. BTW.

Indien geen van beide voorgaande aannemers op het moment van de gunning kan voldoen aan een klasse 7, dient te worden overgegaan naar de derde laagste inschrijver, welke de laagste inschrijver is met een klasse 7. Het betreft de TV bvba Daeninck & Deweerdt/NV Chauffage Declercq.

Vooraleer de werken aan de TV BVBA Daeninck & Deweerdt/NV Chauffage Declercq kunnen worden toegewezen, dient echter het R.S.Z.-attest van Chauffage Declercq NV betreffende de kwartaalaangiften tot en met het tweede kwartaal van 2002 te worden opgevraagd.

Indien hieraan voldaan is, stellen we voor om de werken aan deze firma toe te vertrouwen voor de aannemingssom van 3.747.854,96 € excl. BTW.".

5. Met brieven zonder datum -maar uit het antwoord van de NV Vandewalle blijkt de datum 25 november 2002 te zijn- schrijft de verwerende partij aan de NV Vandewalle en aan de NV Zaman Yves & C° :

"Naar aanleiding van het nazicht van de ingediende offertes voor het Perceel 04 HVAC voor bovenvermeld project, is ons opgevallen dat Uw inschrijvingsprijs hoger is dan het maximale bedrag voor individuele werken dat is toegelaten voor een aannemer met klasse 6 (nl. 3.225.000 €).

Gelieve ons schriftelijk te bevestigen dat U op het ogenblik van een eventuele gunning de officiële toelating en de capaciteiten hebt om werken van deze grootteorde volgens de regels van de kunst uit te voeren".

6. Met een brief van 4 december 2002 antwoordt de NV Vandewalle :

"We hebben uw schrijven d.d. 25/11/02 in goede orde ontvangen.

Met dit schrijven bevestigen wij u dat wij voor deze aanbesteding een tijdelijke vereniging hebben, en wij voor dit project over een erkenning klasse 7 beschikken, voldoende voor deze werken uit te voeren.

Tevens willen we uw aandacht nogmaals vestigen op het feit dat we de werken conform aan het lastenboek en plannen zullen doorvoeren.

In bijlage laten wij u het contract van tijdelijke handelsvennootschap geworden".

Het bedoelde contract is een overeenkomst tussen de NV Vandewalle en de NV "Zamman" [lees : "NV Zaman Yves & C°"], zijnde de laagste en de tweede laagste inschrijver op de openbare aanbesteding, die een tijdelijke handelsvennootschap oprichten met als doel "uitvoering HVAC Casino Kursaal Oostende". Volgens de vermelding op het contract is het "opgemaakt in dubbel exemplaar te Jabbeke op 11/11/02".

7. Met een brief van 5 december 2002 antwoordt de NV Zaman :

> "In antwoord op uw schrijven kunnen wij u meedelen niet te beschikken over klasse 7. Wij waren in de veronderstelling dat het plafondbedrag van klasse 6 met 10% mocht overschreden worden".

Deze brief maakt geen melding van het bestaan van een tijdelijke handelsvennootschap.

8. Op 16 december 2002 beslist de directieraad van verwerende partij de opdracht toe te wijzen aan de "laagste regelmatige inschrijver aannemer, zijnde de firma TV Vandewalle nv/Zaman Yves & C° [...] voor een bedrag van 3.536.877,77 € excl. BTW" met onder andere de volgende motivering :

> "[...]
> Met brief van 4-12-2002 liet Vandewalle nv weten 'over een erkenning klasse 7 te beschikken'. Om dit te verantwoorden wordt verwezen naar een overeenkomst van vorming van een tijdelijke vereniging met de NV Z. Uit onderzoek blijkt dat in art. 12 van de wet van 20-03-1991 men het volgende terug vindt :
>
> 'De tijdelijke verenigingen waarvan tenminste twee deelgenoten erkend zijn in dezelfde klasse en categorie of ondercategorie of bewijzen aan de voorwaarden voor die erkenning te voldoen, worden geacht de vereiste erkenning te bezitten voor de uitvoering van de in de onmiddellijk hogere klasse ingedeelde werken van die categorie of ondercategorie (Wet 20-12-19991 art. 12)'.
>
> Anderzijds moet een erkenning worden bijgebracht op het ogenblik van de betekening van de gunning. Indien een aannemer inschrijft bij een overheidsopdracht, dan kan de overheid deze aannemer mee opnemen in het onderzoek van de offertes. Maar op het moment van de betekening van de gunning zal deze aannemer moeten beschikken over tenminste een voorlopige erkenning.
>
> De werken perceel 04 moeten bijgevolg toegewezen worden aan die regelmatige offerte waarvoor op het ogenblik van de gunning de erkenning klasse 7 aangetoond is.
>
> Gelet op wat voorafgaat kan de gunning dus rechtsgeldig gebeuren aan de TV Vandewalle/Zaman Yves & C° nv welke in de plaats treedt van de firma Vandewalle nv welke als best gerangschikt is [...]".

9. Bij brief van 17 december 2002 wordt door de verwerende partij aan de verzoekende partijen medegedeeld dat de opdracht aan de tussenkomende partijen is toegewezen;

2. De excepties.

2.1. Overwegende dat de verwerende partij in haar memorie van antwoord in een exceptie het beroep niet ontvankelijk noemt in zoverre het de impliciete beslissing betreft om de opdracht niet aan de verzoekende partijen toe te wijzen; dat daartoe nader wordt betoogd dat de Raad van State “niet bevoegd is” indien “daardoor in hoofde van het bestuur de rechtsplicht zou worden vastgesteld om de opdracht aan de verzoekende partijen toe te vertrouwen en bijgevolg aan die verzoeker het recht op gunning zou toekennen”;

2.2. Overwegende dat de rechtsmacht waarover de Raad van State beschikt krachtens artikel 14, § 1, van de op 12 januari 1973 gecoördineerde wetten op de Raad van State, om uitspraak te doen over beroepen tot nietigverklaring van akten en reglementen van de onderscheiden administratieve overheden, alsook tegen de administratieve handelingen van wetgevende vergaderingen of van hun organen, bepaald wordt door het werkelijk en rechtstreeks voorwerp van het beroep tot nietigverklaring;

Overwegende dat in principe een weigeringsbeslissing -expliciet of niet- net als een positieve beslissing ontvankelijk met een annulatieberoep bestreden kan worden; dat hetgeen de overheid na de nietigverklaring van de weigeringsbeslissing dan nog kan of zelfs moet doen, zal afhangen van de onwettigheid die in het gegrond bevonden middel wordt vastgesteld; dat de enkele omstandigheid dat het aan de nietigverklaring van die weigeringsbeslissing te geven gevolg een weerslag kan hebben op de subjectieve rechten van een verzoekende partij, niet ipso facto meebrengt dat het beroep tegen de weigeringsbeslissing van de weeromstuit geacht moet worden de erkenning van die subjectieve rechten tot rechtstreeks en werkelijk voorwerp te hebben; dat de exceptie wordt verworpen;

2.2. Overwegende dat de verwerende partij in haar memorie van antwoord en de tussenkomende partijen in hun “toelichtende” memorie in een exceptie doen gelden dat bij de offerte van de verzoekende partijen een RSZ-attest voor het tweede kwartaal 2002 ontbrak en dienvolgens die offerte niet regelmatig was zodat zij geen belang hebben bij het beroep; dat in het auditoraatsverslag de exceptie op gemotiveerde wijze wordt afgewezen, onder verwijzing naar de relatieve nietigheid van een dergelijk verzuim en naar het feit dat het ontbrekend attest vóór de toewijzing aan de verwerende partij is bezorgd; dat de Raad van State de

conclusie van het auditoraatsverslag bijvalt, en de exceptie niet aanvaardt, des te meer nu de verwerende partij in haar laatste memorie niet meer expliciet op deze exceptie ingaat maar zich in die memorie ertoe beperkt te stellen dat zij haar verweer uitdrukkelijk en integraal handhaaft en herneemt; dat ook ter terechtzitting de exceptie niet meer ter sprake kwam, zodat zelfs mag worden vastgesteld dat afstand van de exceptie is gedaan;

3. De gegrondheid.

3.1.1. Overwegende dat de verzoekende partijen in een eerste middel de schending inroepen van artikel 93 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, doordat de opdracht niet is toegewezen aan de laagste inschrijver maar wel aan de tijdelijke handelsvennootschap, gevormd tussen NV Vandewalle en NV Zaman Yves & C° zodat de opdracht is toegewezen aan een entiteit, namelijk een tijdelijke handelsvennootschap, die geen offerte heeft ingediend, laat staan de op straffe van onregelmatigheid voorgeschreven vormvoorwaarden van artikel 93 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 heeft nageleefd;

3.1.2. Overwegende dat de verwerende partij in haar memorie van antwoord tegenwerpt dat bij beperkte procedures de mogelijkheid wordt aanvaard dat in de loop van de gunningsprocedure een geselecteerde kandidatuur wordt uitgebreid met een niet geselecteerde kandidaat, dat uit artikel 95 van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 dan weer voortvloeit dat in de loop van de gunningsprocedure een wijziging van de inschrijver mogelijk is, aangezien dat artikel bepaalt dat een inschrijver die een natuurlijke persoon is, tijdens een gunningsprocedure kan worden vervangen door een rechtspersoon, voor zover de inschrijver zich hoofdelijk verantwoordelijk stelt voor de verbintenissen die hij bij de indiening van zijn offerte ondertekende; dat ten slotte wordt gesteld dat in het door de verwerende partij ingewonnen advies bij de NV Technum ook nog werd verwezen naar de mogelijkheid om contracten over te dragen aan een tijdelijke vereniging en dat Technum zich hierbij heeft gesteund op de volgende rechtsleer om het bestuur te adviseren over de te voeren handelswijze :

> "Meestal wordt een tijdelijke vereniging opgericht na een openbare oproep tot kandidaturen en voor het versturen van de stukken aan de belangstellenden of tenminste voor het indienen van de offerte. Een tijdelijke vereniging kan echter ook worden opgericht na het indienen van de inschrijvingen, op verzoek

van de door het Bestuur gekozen inschrijver : immers dit Bestuur heeft geen enkele reden om zich te verzetten tegen dit verzoek, vermits de aldus voorgestelde tijdelijke vereniging een verhoging betekent van het potentieel, onder voorbehoud natuurlijk dat hieraan geen prijswijziging verbonden is. Dergelijke tijdelijke vereniging kan zelfs worden opgericht nadat de goedkeuring van de overeenkomst werd betekend, op verzoek van de betrokken aannemer, mits hetzelfde voorbehoud als hierboven geformuleerd (M.A. Flamme e.a., Praktische Commentaar bij de reglementering van de overheidsopdrachten, I, Brussel, NCB, 1996, 974, nr. 4)";

Overwegende dat de tussenkomende partijen in hun memorie in tussenkomst betogen dat, aangezien slechts op het ogenblik van de kennisgeving van de gunningsbeslissing de "weerhouden" inschrijver aan de erkenningsnormen dient te voldoen, de inschrijvers tijdens de gunningsprocedure en vóór de kennisgeving van de gunningsbeslissing nog de mogelijkheid hadden om te bewijzen dat zij voldeden aan de voorwaarden om erkend te worden in klasse 7, dat de overeenkomst van een tijdelijke vereniging dan ook geenszins een "regularisatie" vormt, zoals de verzoekende partijen ten onrechte trachten voor te houden, maar een legale mogelijkheid om te bewijzen dat de "weerhouden" inschrijver voldoet aan de voorwaarden om erkend te worden, dat de verzoekende partijen dan ook ten onrechte beweren dat de tijdelijke vereniging maar een afzonderlijke inschrijving had in te dienen, dat dergelijke verplichting op geen enkele wettekst gesteund is; dat zij eveneens verwijst naar de voormelde rechtsleer;

3.1.4. Overwegende dat niet wordt betwist dat, wat de tussenkomende partijen betreft, er enkel offertes zijn ingediend door elk van de voornoemde deelgenoten afzonderlijk, namelijk door NV Vandewalle en door NV Zaman Yves & C° en dat daarentegen de tijdelijke handelsvennootschap Vandewalle/Zaman geen offerte heeft ingediend, ondertekend door beide; dat aldus de opdracht is toegewezen aan de tussenkomende partijen, optredend als tijdelijke handelsvennootschap terwijl dezen in die hoedanigheid geen offerte hebben ingediend en bovendien aan een prijs die niet door die vennootschap is geboden, maar die de prijs is van de NV Vandewalle; dat aldus in elk geval artikel 93, § 1, van het in het middel vermelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 is geschonden waarvan het tweede lid bepaalt dat, wanneer de inschrijver een vereniging zonder rechtspersoonlijkheid is opgericht door verscheidene natuurlijke of rechtspersonen, de offerte ondertekend wordt door ieder van die personen;

Overwegende dat de argumenten van de verwerende partij en de tussenkomende partij aan die conclusie geen afbreuk doen; dat vooreerst artikel 93, § 2, in zoverre de verwerende partij er een beroep op doet, enkel op beperkte procedures betrekking heeft die te dezen niet aan de orde zijn en die bepaling een offerte betreft "ingediend door een tijdelijke vereniging", te dezen evenmin aanwezig; dat voorts artikel 95 evenmin van toepassing is, nu te dezen geen "inschrijver-natuurlijke persoon" vervangen is "door een rechtspersoon", maar rechtspersonen door een vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid; dat ten slotte de hypothese van de aangehaalde rechtsleer, mocht ze al moeten worden bijgevallen, te dezen niet is vervuld, nu te dezen geen "gekozen inschrijver" het bestuur verzocht heeft een tijdelijke handelsvennootschap op te richten;

Overwegende dat het middel in de besproken mate gegrond is en leidt tot nietigverklaring van de bestreden toewijzingsbeslissing;

3.2.1. Overwegende dat de verzoekende partijen in een derde middel de schending inroepen van artikel 15 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, doordat de twee laagste inschrijvers, NV Vandewalle en NV Zaman Yves en C°, op het ogenblik van de betekening van de toewijzingsbeslissing niet beschikten over een erkenning klasse 7 en bijgevolg onregelmatig waren, doordat voorts de tijdelijke handelsvennootschap Vandewalle NV-Zaman Yves en C° NV geen rechtsgeldige inschrijving heeft ingediend, zodat de opdracht evenmin aan deze tijdelijke handelsvennootschap kon worden toegewezen en de verwerende partij dan ook artikel 15 van de voormelde wet heeft geschonden door de opdracht niet te gunnen aan de laagste regelmatige inschrijver, zijnde de verzoekende partijen;

3.2.2. Overwegende dat de verwerende partij in haar memorie van antwoord haar verweer beperkt tot de verwijzing naar het antwoord op het eerste middel en in haar laatste memorie enkel in haar memorie van antwoord volhardt;

3.2.3. Overwegende dat de tussenkomende partijen in hun memorie enkel stellen dat het middel "weerom gesteund [is] op de verkeerde premisse, dat om een opdracht toegewezen te krijgen, een geldige inschrijving van een tijdelijke vereniging dient voor te liggen" en voor de rest naar haar uiteenzetting betreffende het eerste middel verwijst;

Overwegende dat uit het dossier blijkt en door hen niet wordt ontkend, dat de tussenkomende partijen, als laagste en tweede laagste inschrijver, elk van beide niet over een erkenning in de vereiste klasse beschikten en verzoekende partijen als derde laagste, wel; dat dienvolgens in weerwil van het vereiste gesteld door artikel 15 van de voormelde wet van 24 december 1993 te dezen de opdracht niet is toegewezen aan de inschrijver met de laagste regelmatige offerte, aangezien die niet door de NV Vandewalle en de NV Zaman Yves & C° is geboden en met de door hen opgerichte tijdelijke handelsvennootschap geen rekening mag worden gehouden zoals is vastgesteld bij de bespreking van het eerste middel; dat daarentegen moet worden aangenomen dat de verzoekende partijen de laagste regelmatige offerte hebben geboden; dat het middel dienvolgens gegrond is,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Vernietigd worden de beslissing van het Autonoom Gemeentebedrijf Stadsvernieuwing Oostende van 16 december 2002 waarbij de opdracht inzake HVAC-perceel 04 in de verbouwing van het Casino Kursaal Oostende, wordt gegund aan de tijdelijke handelsvennootschap Vandewalle NV-Zaman Yves en C° NV en de impliciete beslissing om de opdracht niet toe te wijzen aan de NV Chauffage Declercq en de BVBA Centrale Verwarming Daeninck en De Weerdt, optredend als tijdelijke handelsvennootschap.

Artikel 2.

De kosten van het beroep, bepaald op 350 euro, komen ten laste van de verwerende partij.

De kosten van de tussenkomst, bepaald op 250 euro, komen ten laste van de tussenkomende partijen, elk voor de helft.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op elf juni 2006, 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.**