

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 190.341 van 10 februari 2009
in de zaak A. 191.040/XII-5679.**

In zake : de NV VAN GANSEWINKEL,
die woonplaats kiest bij
advocaat I. Cooreman,
kantoor houdende te 1070 Brussel,
Ninoofsesteenweg 643

tegen :

de UNIVERSITEIT GENT,
die woonplaats kiest bij
advocaten D. D'Hooghe en S. Jochems,
kantoor houdende te 1000 Brussel,
Loksumstraat 25.

tussenkommende partij :

de INTERGEMEENTELIJKE VERENIGING VOOR
AFVALBEHEER IN GENT EN OMSTREKEN (IVAGO),
die woonplaats kiest bij
advocaten J. Mertens en B. Poelemans,
kantoor houdende te Gent-Sint-Denijs-Westrem,
Kortrijksesteenweg 1144G,
MG Building II

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de nv Van Gansewinkel op 13 januari 2009 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing te vorderen van :

“(i) de beslissing van 25 november 2008 van de Rector van de Universiteit Gent waarbij werd beslist om de opdracht met betrekking tot het ophalen en verwijderen van de afvalstromen : restfractie, papier en karton, hol glas, PMD en keukenafval - perceel 1 : de Universiteit Gent, perceel 2 : de Hogeschool Gent en perceel 3 : de Arteveldehogeschool, na het voeren van een openbare aanbestedingsprocedure te gunnen aan de intergemeentelijke opdrachthoudende vereniging IVAGO;

(ii) De daarmee samenhangende impliciete beslissing om de opdracht niet te gunnen aan de nv Van Gansewinkel”;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 15 januari 2009 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 3 februari 2009, om 10.00 uur;

Gezien het op 26 januari 2009 ingediende verzoekschrift waarbij de Intergemeentelijke Vereniging voor Afvalbeheer in Gent en omstreken, vraagt in het administratief kort geding te mogen tussenkomen; dat zij voordeel blijkt te halen uit de bestreden beslissing en erbij belang heeft dat de vordering wordt afgewezen; dat haar verzoek dienvolgens moet worden ingewilligd;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat I. Cooreman, die verschijnt voor verzoekende partij, van advocaat D. D'Hooghe, die verschijnt voor verwerende partij, en van advocaat B. Poelemans, die verschijnt voor tussenkomende partij;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur I. Vos;

Gelet op de artikelen 17 en 18 en titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973,

OVERWEEGT WAT VOLGT :

De gegevens van de zaak

1. De Universiteit Gent, de Hogeschool Gent en de Arteveldehogeschool besluiten om voor de ophaling en verwijdering van de afvalstromen, restfractie, papier en karton, hol glas, PMD, keukenafval en GFT, de uitvoering van deze diensten samen te voegen in één enkele gezamenlijke opdracht overeenkomstig artikel 19 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten. De Universiteit Gent wordt aangewezen als overheid die in hun gezamenlijke naam bij de gunning en de uitvoering van de opdracht zal optreden.

2. Een eerste opdracht wordt na een procedure van algemene offerteaanvraag toegewezen aan de nv Van Gansewinkel. Nadat IVAGO hiertegen een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid instelt bij de Raad van State, trekt verwerende partij deze beslissing in. Bij arrest nr. 185.057 van 1 juli 2008 wordt de vordering om die reden verworpen.

3. Een nieuwe opdracht, ditmaal via een procedure van openbare aanbesteding, wordt aangekondigd in het Publicatieblad van de Europese Unie en in het Bulletin der Aanbestedingen op 4 juli 2008.

De opdracht omvat drie percelen die elk geraamd worden als volgt:

- Perceel 1: Universiteit Gent: 332.000,00 euro per jaar, btw niet inbegrepen
- Perceel 2: Hogeschool Gent: 122.000,00 euro per jaar, btw niet inbegrepen
- Perceel 3: Arteveldehogeschool: 47.107,44 euro per jaar, btw niet inbegrepen

4. Alleen de nv Van Gansewinkel en IVAGO, opdrachthoudende intergemeentelijke vereniging, dienen een offerte in. De opening van de offertes vindt plaats op 25 augustus 2008.

5. Bij brief van 27 augustus 2008 deelt de nv Van Gansewinkel aan de Universiteit Gent mee dat zij van oordeel is dat de kandidaatstelling van IVAGO onwettig is aangezien deze laatste als opdrachthoudende vereniging slechts zou kunnen optreden binnen de grenzen van haar werkgebied, zijnde het ambtsgebied van de aangesloten gemeenten.

6. Bij brief van 19 september 2008 wijst de Universiteit Gent IVAGO op voormelde problematiek en vraagt zij op welke gronden IVAGO gerechtigd meent te zijn om in te schrijven voor de opdracht. Tevens merkt zij op dat IVAGO in haar offerte melding maakt van nv SITA als onderaannemer en vraagt zij of de wetgeving overheidsopdrachten bij de keuze van nv SITA werd nageleefd.

7. Dit schrijven wordt door IVAGO beantwoord bij brief van 3 oktober 2008, waarin deze enerzijds uiteenzet waarom zij meent rechtsgeldig te hebben ingeschreven op de opdracht en anderzijds verklaart dat in het inschrijvingsbiljet slechts verwezen werd naar de vermoedelijke onderaannemer, waarop desgevallend een beroep zal worden gedaan. Zij stelt voorts onder meer dat de maatschappelijke zetels van de betrokken overheden alle zijn gevestigd op het grondgebied van een gemeente-vennoot van IVAGO, terwijl de overgrote meerderheid van sites waar ophaling dient te gebeuren, dat ook zijn.

8. Op 25 november 2008 beslist de rector van de Universiteit Gent om de opdracht met betrekking tot het ophalen en verwijderen van de afvalstromen, restfractie, papier en karton, hol glas, PMD en keukenafval - Perceel 1: de Universiteit Gent, Perceel 2: de Hogeschool Gent en Perceel 3: de Arteveldehogeschool, toe te

wijzen aan de intergemeentelijke opdrachthoudende vereniging IVAGO als laagste regelmatige inschrijver.

In verband met voormelde problematiek inzake het optreden van IVAGO buiten de gemeentegrenzen vermeldt de beslissing onder meer het volgende :

“Overwegende dat de door IVAGO vertrekte argumentatie op het eerste zicht aannemelijk is en niet strijdig lijkt met de inhoud of finaliteit van enige rechtsregel;

Overwegende dat niet blijkt dat het standpunt van IVAGO in de rechtspraak en/of rechtsleer wordt verworpen;

Dat de Universiteit Gent als aanbestedende overheid in eerste instantie dient te handelen in overeenstemming met de wetgeving overheidsopdrachten;

Dat, wanneer een discussie rijst die in wezen vreemd is aan de overheidsopdrachtenprocedure, van een aanbestedende overheid niet kan worden verwacht dat zij een mogelijks delicaat rechtsgeschil beslecht, en op die wijze het debat verlegt naar een principiële debat waaraan zij vreemd is;

Dat dit niet betekent dat een zorgvuldig handelende aanbestedende overheid mogelijks principiële discussies zonder meer zou moeten negeren, doch dat evenmin van een aanbestedende overheid mag worden verwacht dat ter zake recht wordt gesproken, weze het onder controle van de bevoegde rechtsmachten;

Dat het in hoofde van een zorgvuldig handelende aanbestedende overheid volstaat wanneer zij een principiële vraagstelling heeft onderzocht en ter zake een in redelijkheid aannemelijk antwoord heeft ontvangen;

Dat, mocht de bevoegde rechter ter zake toch besluiten in andere zin, met als gevolg dat de gekozen offerte diende te worden geweerd, de daaraan in hoofde van de aanbestedende overheid verbonden schade toerekenbaar zal zijn aan de betrokken inschrijver; dat het alsdan aan de betrokken inschrijver zal toekomen om de aanbestedende overheid te vrijwaren voor alle schade die door het onwettig optreden van de betrokken inschrijver aan de aanbestedende overheid werd veroorzaakt.”

9. Bij brief van 24 december 2008 wordt voormelde toewijzingsbeslissing meegedeeld aan de nv Van Gansewinkel en wordt een wachtperiode toegekend van 20 dagen, vanaf de dag die volgt op de verzending van de brief.

Het aangetekend schrijven werd door verwerende partij verzonden op 24 december 2008, doch door verzoekende partij pas ontvangen op 5 januari 2009.

De grondvoorwaarden voor de schorsing

10. Krachtens 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.

11. Wat de tweede voorwaarde betreft, voert verzoekende partij in een *eerste middel* de schending aan van "artikel 15 van de de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, artikelen 33, 41, 105 en 162, al 1, alinea 2, 2/ en alinea 4 van de Grondwet, artikel 3 van het decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking (afgekort DIS), het wettigheidsbeginsel, het beginsel van gelijkheid der inschrijvers, de beginselen van behoorlijk bestuur waaronder in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel; de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen".

Verzoekende partij wijst erop dat het actieterrein van de intergemeentelijke samenwerking, behoudens wettelijke uitzondering, beperkt is tot het grondgebied van de betrokken gemeenten, zodat een offerte tot deelname aan een overheidsopdracht uitgaande van een intergemeentelijke opdrachthoudende vereniging die de uitvoering impliceert van diensten buiten het grondgebied van de betrokken gemeenten, noodzakelijkerwijze aangetast is met een substantiële onwettigheid. Aangezien de opdracht in casu tevens diensten bevat die buiten het grondgebied van de leden (gemeenten) van IVAGO dienen te worden uitgevoerd, is de offerte van IVAGO volgens verzoekende partij onwettig, kan zij niet als laagste regelmatige offerte worden beschouwd en kan de aanbestedende overheid niet op wettige wijze overgaan tot gunning van de opdracht aan IVAGO op straffe van schending van de in het middel aangehaalde bepalingen alsook het wettigheidsbeginsel en het beginsel van de gelijkheid van de inschrijvers.

Minstens dient volgens verzoekende partij vastgesteld te worden dat er sprake is van een schending van het gelijkheidsbeginsel in de mate de offerte van IVAGO, voor wat betreft de diensten van de opdracht die zich buiten haar bevoegdheidsdomein bevinden, is aangetast met een ernstige onzekerheid m.b.t. de wettige uitvoering van deze voor haar extraterritoriale diensten, waardoor een objectieve vergelijking van de offertes onmogelijk zou zijn. Het feit dat IVAGO desgevallend voor deze diensten een beroep zal doen op een onderaannemer, belet volgens verzoekende partij niet dat IVAGO t.a.v. de aanbestedende overheid steeds contractueel gehouden is voor de volledige opdracht. Aangezien IVAGO zelf voor

de diensten buiten haar grondgebied onbevoegd is, kan zij volgens verzoekende partij evenmin aan een derde opdragen om voor haar rekening deze diensten op het grondgebied van een andere gemeente uit te voeren.

Tevens stelt verzoekende partij dat verwerende partij heeft nagelaten de door IVAGO verstrekte juridische verantwoording aan een behoorlijk en minimaal kritisch onderzoek te onderwerpen aangezien zij zich in haar motivering beperkt tot het van zich afschuiven van een mogelijke verantwoordelijkheid ter zake.

Het feit dat de onwettigheid verder strekt dan de wetgeving overheidsopdrachten ontnemt volgens verzoekende partij niets aan de ernst ervan aangezien elke aanbestedende overheid steeds op wettige wijze dient te handelen.

Voorts wijst zij erop dat wanneer een intergemeentelijke opdrachthoudende vereniging op onwettige wijze tevens optreedt buiten haar grondgebied, dit ook een rechtstreekse invloed heeft op de gelijkheid der inschrijvers en de eerlijke mededinging aangezien door een intergemeentelijke opdrachthoudende vereniging doorgaans louter kostendeekkende tarieven worden gehanteerd, terwijl gewone private inschrijvers minimale winstmarges dienen te halen om hun onderneming economisch leefbaar te houden.

12. De overeenstemming met de Grondwet en met het artikel 3 van het decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking, lijkt op het eerste gezicht een voorwaarde te zijn waaraan de offerte van een intergemeentelijke opdrachthoudende vereniging, publiekrechtelijk rechtspersoon zoals te dezen IVAGO, dient te voldoen, zelfs indien het bestek hierover niets heeft bepaald.

In de huidige stand van de procedure mag niet worden aangenomen dat de verwerende partij in haar onderzoek van de offerte van IVAGO onzorgvuldig zou zijn geweest: zij heeft IVAGO bevraagd, IVAGO heeft een substantieel antwoord gegeven en de verwerende partij heeft zich gedragen in de lijn van hetgeen reeds door de Raad van State is geoordeeld in zijn arrest nr. 182.326 van 24 april 2008, namelijk dat een overheid zich niet in de plaats lijkt te moeten stellen van een andere om deze op rechtmatig handelen te controleren.

Het komt echter wel aan de Raad van State toe om de bestreden toewijzingsbeslissing op haar rechtmatigheid te toetsen, welke toetsing te dezen geenszins beperkt is tot de regelgeving betreffende de overheidsopdrachten.

Artikel 3 van het voormelde decreet van 6 juli 2001 bepaalt dat met het oog op de gemeenschappelijke behartiging van doelstellingen van gemeentelijk belang twee of meer gemeenten, onder de voorwaarden bepaald in het decreet, samenwerkingsverbanden tot stand kunnen brengen, met of zonder rechtspersoonlijkheid en met of zonder beheersoverdracht.

In het arrest nr. 177.029 van 22 november 2007, uitgesproken op vorderingen tot schorsing met rolnummers 184.729 en 185.581, stelde de Raad van State reeds in verband met de bepalingen van de Grondwet waarop ook te dezen de verzoekende partij zich beroept en met het artikel L. 1512-3 van de Code de la démocratie locale et de la décentralisation van 22 april 2004, gelijkaardig aan het eveneens in het middel geschonden geacht artikel 3 van het voornoemde decreet van 6 juli 2001, dat geen enkele bepaling op algemene wijze een intercommunale vereniging verbiedt om diensten te verstrekken op het grondgebied van gemeenten die er geen deel van uitmaken, net zoals in het verleden werd toegestaan dat een gemeente water levert op het grondgebied van een buurgemeente, met dien verstande evenwel dat de relaties met de gebruikers in dat geval van contractuele aard zijn, terwijl ze op het grondgebied zelf van reglementaire aard kunnen zijn.

Op het eerste gezicht lijkt dit oordeel te kunnen worden gevolgd in het voorliggende geval: de opdracht heeft overigens te dezen juist betrekking op bedrijfsafval - waarvoor IVAGO bevoegd is volgens het artikel 3 B) van haar statuten en haar statutair doel - en kadert dus niet in de beheersoverdracht die de gemeenten-deelnemers overeenkomstig artikel 11, A), van de statuten van IVAGO hebben gedaan voor wat betreft het inzamelen van huishoudelijke afvalstoffen.

Voorts lijkt de opdracht -zelfs indien mogelijke beperkingen daarvan zouden voortvloeien uit het gemeentelijk belang- te dezen nog inpasbaar in het werkingsgebied van IVAGO: de opdracht heeft immers betrekking op het inzamelen en verwerken van het bedrijfsafval van de drie belangrijkste onderwijsinstellingen in Gent die alle hun zetel hebben op het Gentse grondgebied en waarvan het overgrote deel van de inzamelpunten - volgens IVAGO 98 % - zich bevindt op het grondgebied van de gemeenten-vennoten Gent en Destelbergen.

In verband met de beweerde schending van de gelijkheid der inschrijvers en de eerlijke mededinging lijkt algemeen aanvaard dat ook publiekrechtelijke rechtspersonen zoals intercommunale verenigingen kunnen deelnemen aan overheidsopdrachten, zonder dat dit als dusdanig een schending inhoudt van het gelijkheidsbeginsel en het mededingingsprincipe. Verzoekende partij maakt niet aannemelijk dat louter uit het verschil in statuut tussen haarzelf en de tussenkomende partij IVAGO een schending van het gelijkheidsbeginsel en van de eerlijke mededinging zou zijn af te leiden.

Het eerste middel is niet ernstig.

13. In een tweede middel, in ondergeschikte orde aangevoerd, roept verzoekende partij de schending in van "artikel 15, eerste lid van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten; juncto artikel 17, § 2, 4/ van het KB van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken; juncto de Omzendbrief Overheidsopdrachten - kwalitatieve selectie van de aannemers, leveranciers en dienstverleners; het wettigheidsbeginsel; de algemene beginselen van behoorlijk bestuur waaronder het redelijkheidsbeginsel, het beginsel van goed beheer; het motiveringsbeginsel en de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen".

Zij stelt daartoe in essentie dat verwerende partij niet had mogen overgaan tot de kwalitatieve selectie van de inschrijver IVAGO aangezien deze ten gevolge van de in het eerste middel aangehaalde bevoegdheidsoverschrijding bij haar beroepsuitoefening een ernstige fout zou hebben begaan.

14. Het middel is niet ernstig nu de feitelijke grondslag ervan niet lijkt aangetoond: hiervóór is bij de bespreking van het eerste middel reeds vastgesteld dat artikel 3 van het decreet intergemeentelijke samenwerking niet geschonden lijkt te zijn, nu er op het eerste gezicht geen sprake is van een bevoegdheidsoverschrijding en dus ook niet van een ernstige fout.

15. Geen van de middelen is ernstig. Aldus is niet voldaan aan de tweede van de door het voormelde artikel 17 gestelde voorwaarden, die vervuld moeten zijn om de schorsing toe te wijzen. Deze vaststelling volstaat om de vordering tot schorsing te verwerpen.

OM DIE REDENEN
BESLIST DE RAAD VAN STATE :

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van de Intergemeentelijke Vereniging voor Afvalbeheer in Gent en omstreken in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

Artikel 2.

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt verworpen.

Artikel 3.

De kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, bepaald op 175 euro, komen ten laste van verzoekende partij.

De kosten van de tussenkomst, bepaald op 125 euro, komen ten laste van de tussenkomende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op tien februari 2009, door :

de HH. D. VERBIEST,
F. BONTINCK,

kamervoorzitter,
griffier.

De griffier,

De voorzitter,

F. BONTINCK.

D. VERBIEST.