

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

**XIIe KAMER
A R R E S T**

**nr. 206.595 van 13 juli 2010
in de zaak A. 116.391/XII-3437**

In zake : de NV BOUWBEDRIJF VMG-DE COCK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jan Temmerman
kantoor houdend te Gent
Sint-Martensstraat 16

tegen :

de PROVINCIE OOST-VLAANDEREN

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 22 januari 2002, strekt tot de nietigverklaring van “het besluit van de Bestendige Deputatie van 31 oktober 2001 van de Provincie Oost-Vlaanderen tot gunning ingevolge openbare aanbesteding van de aanneming voor verbouwingswerken van een hospitaal tot een school en het aanbouwen van een inkomhal (ruwbouw en technieken) van het provinciaal centrum voor volwassenonderwijs Waas en Durme campus Koevliet te Zele, op basis van het bestek 1999-031 aan de TV Juri-Zele-Houtconstructie Wyckaert en van de beslissing van 31 oktober 2001 tot het niet weerhouden van de inschrijving (niet selectie) van de verzoekster als laagste regelmatige”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij en de verwerende partij hebben een laatste memorie en een aanvullende laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 19 januari 2010.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Filip Geerts, die loco advocaat Jan Temmerman verschijnt voor de verzoekende partij, en jurist Eric Torrekens, die verschijnt voor verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft 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. Bij provincieraadsbesluit van 13 september 2000 hecht verwerende partij haar goedkeuring aan “het ontwerp voor het verbouwen van de campus Koevliet ten behoeve van het provinciaal centrum voor volwassenenonderwijs Waas en Durme te Zele, bestaande uit bestek, offerte, plans en raming ten bedrage van 78 024 515 BEF (btw inbegrepen)”. Er wordt besloten dat de opdracht zal worden gegund bij wege van een openbare aanbesteding.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 9 februari 2001. In de aankondiging van de opdracht wordt onder meer vermeld :

“4. In te dienen documenten :
[...]
d) V.C.A.-attest;
e) ISO 9002-attest”.

3.3. De algemene bepalingen van het bestek vermelden onder artikel 19 dat “teneinde de technische bekwaamheid van de aannemer na te gaan [...] bij de offerte volgende documenten [moeten] worden gevoegd” :

“- De aannemer moet beschikken over een VCA-certificaat (algemene certificering) minstens geldig tot en met de aanbestedingsdatum. Hij dient ten gepaste tijde de nodige maatregelen te nemen opdat de geldigheid ervan verlengd wordt tot de voltooiing van de opdracht.
- De aannemer dient te beschikken over erkende attestering waaruit blijkt dat hij voldoet aan de ISO9002-normering”.

3.4. De inschrijvingen worden geopend op 29 maart 2001. Zes ondernemingen hebben een offerte ingediend, waaronder verzoekende partij met een prijs van 82.280.000 frank, btw inbegrepen. Op het proces-verbaal van opening van de offertes wordt wat de offerte van verzoekende partij betreft opgemerkt : “artikel 19 bestek pagina 6: betwisting afdwingbaarheid ISO9002 en VCA-attest”.

3.5. Verzoekende partij blijkt bij haar offerte een als volgt luidende “nota bij aanbesteding d.d. 29/03/01” te hebben gevoegd :

“Art. 19 bestek pagina 6
inzake technische bekwaamheid van de aannemer, inzonderheid de verplichting dat de aannemer moet beschikken over ISO 9002 en VCA certificaat.

Deze bepaling uit het bestek is niet afdwingbaar daar zij niet wordt opgelegd door de Algemene Aannemingsvoorwaarden, welke bindend zijn.

De gunnings- en uitvoeringsvoorwaarden van overheidsopdrachten worden vastgesteld door de Algemene Aannemingsvoorwaarden vastgelegd door een besluit van de Eerste Minister (art. 2 van het K.B.).

Bedoelde regels zijn van openbare orde. De AAV zijn toepasselijk op alle opdrachten met een geraamd bedrag hoger dan 800.000 Bf.

Afwijkingen van de AAV worden slechts getolereerd binnen zeer enge grenzen en mits duidelijke motivatie teneinde iedere willekeur te vermijden zodat de AAV een reglementair karakter hebben.

Met de voorgestelde afwijking mag derhalve geen rekening gehouden worden”.

3.6. Met een schrijven van 24 april 2001 deelt verwerende partij aan verzoekende partij mee dat bij het administratief nazicht van haar offerte werd vastgesteld dat het VCA-attest en het ISO-9002 certificaat ontbreken. Verzoekende partij wordt gevraagd om binnen de 14 kalenderdagen haar offerte te vervolledigen, en zij wordt gewaarschuwd voor het feit dat bij gebrek aan deze documenten haar offerte niet in aanmerking komt voor toewijzing.

3.7 In een brief van 3 mei 2001 reageert verzoekende partij op deze vraag. Zij herneemt het standpunt uit de bij haar offerte gevoegde nota en stelt dat het een “misvatting” is dat haar offerte, bij ontstentenis van de gevraagde attesten, niet voor toewijzing in aanmerking zou komen, aangezien krachtens artikel 19 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, enkel de daarin vermelde stukken kunnen worden geëist, en dus niet de betrokken attesten.

3.8. Op 8 mei 2001 volgt een nieuw schrijven van verzoekende partij aan verwerende partij. Verzoekende partij vraagt “welk gevolg er wordt gegeven aan onze inschrijving dd. 29 maart 2001” en verzoekt verwerende partij “in het kader van het KB dd. 25/03/1999 het nazichtverslag der biedingen te willen overmaken”.

3.9. Verwerende partij repliceert bij brief van 15 mei 2001 dat “deze werken tot op heden niet door de bestendige deputatie werden gegund” en dat “op uw verzoek niet [kan] worden ingegaan”.

3.10. Met een schrijven van 29 augustus 2001 wijst verzoekende partij verwerende partij er op dat “uw schrijven dd. 15/05/01 [...] inmiddels zonder verder gevolg [bleef]”. Zij vraagt om op de hoogte te worden gehouden.

3.11. Bij brief van 21 september 2001 deelt verwerende partij aan verzoekende partij mee dat “prijsverantwoording werd gevraagd aan een aantal inschrijvers”, “de werken tot op heden om hogervernoemde reden niet door de bestendige deputatie [werden] gegund”.

3.12. Op 30 oktober 2001 wordt een aanbestedingsverslag opgemaakt. Na een eerste rangschikking van de offertes, waarbij de offerte van verzoekende partij als eerste wordt geplaatst, wordt vastgesteld dat “nv VMG-De Cock uit Sint-Niklaas, nv Goedleven uit Brasschaat en nv Herweyers uit Sint-Pauwels [...] op moment van inschrijving niet [voldeden] aan de selectiecriteria. Het vereiste ISO-9002 en/of VCA-atteest waren niet bijgevoegd”. Deze offertes worden in het aanbestedingsverslag verder buiten beschouwing gelaten en bijgevolg niet meer beoordeeld of gerangschikt. Er wordt voorgesteld om de opdracht toe te wijzen aan “de meest gunstige regelmatige bidder, zijnde de tijdelijke vereniging nv Juri-Houtconstructie Wijckaert nv”.

3.13. Op 31 oktober 2001 neemt verwerende partij de bestreden beslissingen, onder meer als volgt gemotiveerd :

“Overwegende dat de nv VMG De Cock, de nv Goedleven en de nv Herweyers niet voldoen aan de selectiecriteria aangezien zij het vereiste ISO-9002 en/of VCA-atteest niet kunnen voorleggen;

overwegende dat voornoemde inschrijvers bijgevolg niet in aanmerking komen voor toewijzing;

overwegende dat enkel de tv Juri Houtconstructies Wyckaert, nv Strabag en nv Van Roey verder in aanmerking genomen worden”.

3.14. Met een schrijven van 7 november 2001 deelt verwerende partij aan verzoekende partij mee dat “de bestendige deputatie in zitting van 31-10-2001 beslist heeft de verbouwing van het hospitaal aan de Koevliet te Zele niet aan [haar] te gunnen, aangezien [haar] offerte niet werd geselecteerd”.

3.15. Bij brief van 27 november 2001 vraagt verzoekende partij om “de motivering van de niet selectie mee te willen delen”.

3.16. Op 11 december 2001 volgt een schrijven van verwerende partij waarbij het aanbestedingsverslag en het gunningsbesluit zijn gevoegd.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4.1. In het auditorsverslag wordt de volgende ambtshalve exceptie opgeworpen:

“[I]ndien bepalingen in een bestek een geïnteresseerde onmiddellijk definitief uitsluiten zodanig dat zij hem beroven van elke kans op toewijzing van de opdracht, [dient] annulatieberoep en/of schorsingsvordering ingesteld [...] te worden tegen de beslissing houdende vaststelling van dat bestek en [mag] niet gewacht [...] worden op de beslissing tot toewijzing van de opdracht: in de reeks beslissingen die een overheidsopdracht kenmerken en die een complexe rechtshandeling vormen, is de beslissing tot vaststelling van het bestek in voornoemd geval immers voor dergelijke partij het eindpunt van de complexe rechtshandeling; voor haar gaat de complexe rechtshandeling niet meer door, niet meer verder, zij eindigt bij de beslissing houdende vaststelling van het bestek aangezien zij daardoor al definitief is uitgesloten.

[...]

In deze zijn de annulatiemiddelen in wezen gesteund op grieven die verband houden met de geëiste attesten waarover verzoekster niet beschikt; in deze wist verzoekster sinds de kennisname van het bestek dat die documenten vereist waren (zij heeft bij haar offerte van 29.03.2001 zelfs een nota met kritiek op die vereiste gevoegd); in deze wist verzoekster dat haar offerte niet in aanmerking kwam voor toewijzing (dat is haar zeer duidelijk gemaakt door de brief van 24.04.2001 van verwerende partij).

Bij ontstentenis van een tijdig beroep tegen de beslissing houdende vaststelling van het bestek, is het beroep tegen de bestreden beslissing onontvankelijk wegens gebrek aan belang”.

4.2. De Raad van State heeft bij arrest van de algemene vergadering van de afdeling bestuursrechtspraak nr. 152.173 van 2 december 2005 inzake de nv Labonorm, een ander standpunt ingenomen inhoudend dat de mogelijkheid voor een verzoekende partij om onmiddellijk een beroep tot nietigverklaring dan wel een vordering tot schorsing in te stellen tegen de beslissing waarbij het bestek wordt vastgesteld, niet verhindert dat de onrechtmatigheden die een inschrijver aan een besteksbepaling verwijt, ook nog op ontvankelijke wijze worden ingeroepen tegen latere beslissingen in het kader van de gunningsprocedure, zoals te dezen de niet-selectie van verzoekende partij en de toewijzing van de opdracht.

4.3. Aan de partijen werd door de Raad van State de kans geboden om in een aanvullende memorie standpunt in te nemen ten aanzien van de exceptie, in het licht van het voormelde arrest van de algemene vergadering.

4.4. Verzoekende partij sluit zich aan bij dat arrest om te besluiten tot de ontvankelijkheid van haar beroep.

4.5. Verwerende partij betwist het belang van verzoekende partij in de eerste plaats omdat na een eventuele nietigverklaring de verwerende partij opnieuw zal moeten oordelen op grond van de onwettige besteksbepalingen omdat het bestek zelf niet is bestreden. Aldus zou de offerte van verzoekende partij opnieuw moeten worden afgewezen.

4.6. Dit standpunt valt de Raad van State niet bij. Bij gegrondbevinding van een van de middelen waarin de onrechtmatigheid van de eis tot het voorleggen van VCA en ISO-9002 attesten wordt aangevoerd, zal het gezag van gewijsde van het gewezen arrest met zich meebrengen dat de verwerende partij de betrokken besteksbepalingen buiten toepassing zal moeten laten.

4.7. Verwerende partij zoekt ook in “het Europese recht”, meer bepaald in de rechtspraak van het Hof van Justitie betreffende richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 een argument om het belang van verzoekende partij te ontkennen.

Zij argumenteert daartoe :

“Dat is ook de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie, dat in de zaak C-230/02 (Grossman Air Service) in antwoord op een prejudiciële vraag voor recht verklaard heeft in het arrest van 12 februari 2004 dat de artikelen 1, lid 3

en 2, lid 1, sub b, van richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken, zoals gewijzigd bij richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, aldus moeten worden uitgelegd dat zij er niet aan in de weg staan dat een persoon, na de gunning van een overheidsopdracht, wordt geacht geen toegang meer te hebben tot de beroepsprocedures als bedoeld in genoemde richtlijn, wanneer deze persoon niet heeft deelgenomen aan de aanbestedingsprocedure, zulks op grond dat hij wegens gestelde discriminerende specificaties in de aanbestedingsdocumenten, waartegen hij evenwel geen beroep heeft ingesteld vóór de gunning van de opdracht, niet in staat zou zijn geweest de te plaatsen opdracht volledig uit te voeren.

Het Hof overweegt :

‘(...)

‘37 Vastgesteld moet worden dat wanneer een persoon geen beroep instelt tegen een besluit van de aanbestedende dienst houdende vaststelling van de specificaties van een oproep tot inschrijving, ofschoon hij zich daardoor gediscrimineerd acht omdat zij hem beletten op zinvolle wijze deel te nemen aan de betrokken aanbestedingsprocedure, en de kennisgeving van het besluit tot gunning van de opdracht afwacht vooraleer deze juist op grond van de discriminerende aard van genoemde specificaties aan te vechten voor de verantwoordelijke instantie, zulks niet beantwoordt aan de doelstellingen van snelheid en doeltreffendheid van richtlijn 89/665.

38 Een dergelijke handelswijze belemmert immers de daadwerkelijke toepassing van de communautaire richtlijnen inzake het plaatsen van overheidsopdrachten, omdat zij de instelling van beroepsprocedures, waarvoor de lidstaten ingevolge richtlijn 89/665 moeten zorgen, zonder objectieve reden kan vertragen’.

Ook in het nadien door artikel 1.1 van de Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad nr. 2007/66/EG van 11 december 2007 gewijzigde artikel 1 van de Rechtsbeschermingsrichtlijn (89/665/EG), blijft gelden dat ‘de lidstaten (...) de nodige maatregelen (nemen) om ervoor te zorgen dat tegen door de aanbestedende diensten genomen besluiten op doeltreffende wijze en vooral zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld overeenkomstig de artikelen 2 tot en met 2septies van deze richtlijn, op grond van het feit dat door die besluiten het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten of de nationale voorschriften waarin dat Gemeenschapsrecht is omgezet, geschonden zijn’”.

4.8. In dit door verwerende partij aangehaalde arrest van het Hof van Justitie van 12 februari 2004, in de zaak C-230/02, Grossmann Air Service, Bedarfsluftfahrtunternehmen GmbH & C/ KG tegen de republiek Oostenrijk, verwoordde het Hof de aan de orde zijnde prejudiciële vraag als volgt :

“Gelet op de door de verwijzende rechter uiteengezette feiten moeten de eerste en de derde vraag samen worden behandeld en in die zin worden begrepen, dat deze rechter in hoofdzaak wenst te vernemen of de artikelen 1, lid 3, en 2, lid 1, sub b, van richtlijn 89/665 aldus moeten worden uitgelegd, dat zij eraan in de weg staan dat een persoon, na de gunning van een overheidsopdracht, wordt geacht geen toegang meer te hebben tot de beroepsprocedures als bedoeld in genoemde richtlijn wanneer deze persoon niet heeft deelgenomen aan de aanbestedingsprocedure, zulks op grond dat hij wegens gestelde discriminerende specificaties in de aanbestedingsdocumenten, waartegen hij

evenwel geen beroep heeft ingesteld vóór de gunning van de opdracht, niet in staat zou zijn geweest de te plaatsen opdracht volledig uit te voeren”.

Na randnummer 34 preciseert het Hof van Justitie dat de bedoelde Grossmann “niet alleen niet heeft deelgenomen aan een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht, maar bovendien geen beroep heeft ingesteld tegen het besluit van de aanbestedende dienst houdende vaststelling van de specificaties van de oproep tot inschrijving”.

Het antwoord op de voormelde prejudiciële vraag luidt :

“1) De artikelen 1, lid 3, en 2, lid 1, sub b, van richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken, zoals gewijzigd bij richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, moeten aldus worden uitgelegd dat zij er niet aan in de weg staan dat een persoon, na de gunning van een overheidsopdracht, wordt geacht geen toegang meer te hebben tot de beroepsprocedures als bedoeld in genoemde richtlijn, wanneer deze persoon niet heeft deelgenomen aan de aanbestedingsprocedure, zulks op grond dat hij wegens gestelde discriminerende specificaties in de aanbestedingsdocumenten, waartegen hij evenwel geen beroep heeft ingesteld vóór de gunning van de opdracht, niet in staat zou zijn geweest de te plaatsen opdracht volledig uit te voeren”.

Klaarblijkelijk heeft het Hof aldus enkel geantwoord op de betrokken vraag voor wat betreft de cumulatieve hypothese én dat een persoon geen rechtstreeks beroep heeft ingediend tegen het besluit houdende vaststelling van de specificaties van de oproep tot inschrijving én “wanneer deze persoon niet heeft deelgenomen aan de aanbestedingsprocedure” (zinsnede zowel in de aangehaalde overweging 23 als in het antwoord op de vraag; zie ook overweging 39). Anders dan het geval was in de zaak Grossmann heeft de verzoekende partij echter wél deelgenomen aan de procedure.

4.9. Voorts leidt het Hof van Justitie in het betrokken arrest uit de artikelen 1, lid 3 en 2, lid 1, sub b, van de voormelde richtlijn 89/665/EEG niet af dat de lidstaten *verplicht* zouden zijn toegang te weigeren tot beroepsprocedures -te dezen belang te onzeggen aan verzoekende partij- indien deze geen beroep heeft ingesteld “tegen het besluit van de aanbestedende dienst houdende vaststelling van de specificaties” - te dezen de besteksbepalingen. In het antwoord op de prejudiciële

vraag zegt het Hof van Justitie enkel dat de lidstaten een dergelijke opstelling *mogen* huldigen en de richtlijn zich daartegen niet verzet.

Eenzelfde conclusie geldt bij de door verwerende partij ingeroepen wijziging van artikel 1 van de richtlijn 89/665/EEG - waarin gewag wordt gemaakt van de loutere *mogelijkheid* tot beroep (“kan worden ingesteld”) waarin de lidstaten dienen te voorzien wat besluiten van aanbestedende diensten betreft.

De genoemde Labonorm-rechtspraak van de Raad van State laat zich volledig inpassen in die mogelijkheid : het bestek kan volgens die rechtspraak meteen op ontvankelijke wijze worden aangevochten.

4.10. Deze rechtspraak is ook geheel in de lijn met andere rechtspraak van het Hof van Justitie (HvJ, 28 januari 2010, in de zaak C-456/08, Europese Commissie tegen Ierland) volgens welk “de toepassing van nationale vervaltermijnen er niet toe [mag] leiden dat de uitoefening van het recht om tegen besluiten tot gunning van overheidsopdrachten beroep in te stellen, haar nuttige werking verliest”.

4.11. De Raad van State maakt zich ook in de huidige zaak de leer van het voormelde Labonorm-arrest eigen en valt de exceptie dienvolgens niet bij. Verzoekende partij mag bijgevolg in het kader van haar beroep tegen de bestreden beslissingen de onwettigheid inroepen van het bestek, ook nu zij de beslissing tot vaststelling van het bestek als zodanig niet heeft aangevochten bij de Raad van State. Het beroep is ontvankelijk.

4.12. In het auditorsverslag werd enkel de ontvankelijkheid van het beroep onderzocht. Dienvolgens is er reden tot een heropening der debatten en aanvullende verslaggeving door het auditoraat.

BESLISSING

1. De debatten worden heropend.

2. Het door de auditeur-generaal aangewezen lid van het auditoraat wordt gelast met een aanvullend onderzoek.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 13 juli 2010,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Lust,	staatsraad,
Geert Van Haegendoren,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest