RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 211.108 van 8 februari 2011
in de zaak A. 198.735/XII-6463

In zake: de BVBA RESTAURATIEATELIER RUBEN WILLAERT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jo Goethals
kantoor houdend te Ardooie
Brugstraat 39
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD BRUGGE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Frank Scholiers
kantoor houdend te Brugge
Cordoeaniersstraat 17

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 7 januari 2011, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "de beslissing van de stad Brugge dd. 23 december 2010 waarbij werd beslist, op grond van het bijzonder bestek B9002 en het 'aanbestedingsverslag' dd. 23 november 2010:

1° de inschrijving van verzoekster te weren als niet-conforme inschrijving;

2° de overheidsopdracht 'restaureren van het interieur van de Onze-Lieve-Vrouwekerk (fase 5A-perceel 1E: archeologische opgravingen), Onze-lieve-Vrouwekerkhof-Zuid' te gunnen aan een andere inschrijver dan verzoekster, met name aan nv Monument Vandekerckhove, 'als meest gunstige en regelmatige aanbieder'".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 1 februari 2011, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Jo Goethals, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Frank Scholiers, die verschijnt voor de verwerende 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. Verwerende partij schrijft een algemene offerteaanvraag uit met als voorwerp, volgens de aankondiging in het Bulletin der Aanbestedingen, “Restaureren van het interieur van de Onze-Lieve-Vrouwekerk (fase 5A: koor en kooromgang met zijkapellen, dwarsbeuk, oude sacristie - perceel 1E: archeologische opgravingen), Onze-Lieve-Vrouwekerkhof-Zuid”.

Het perceel 1E waar het hier om gaat wordt geraamd op 147.455,23 euro, btw inbegrepen of 121.863,83 euro, btw niet inbegrepen. Deze raming – basis augustus 2009 – wordt later op basis van de herzieningsformule in het lastenboek aangepast tot 128.002,11 euro, btw niet inbegrepen (basis november 2010).

3.2. Op deze opdracht is het bijzonder bestek B.09002 met als opschrift “Restaureren van het interieur van de Onze-Lieve-Vrouwekerk (fase 5A perceel 1E; archeologische opgravingen), Onze-Lieve-Vrouwekerkhof-Zuid”, ook genoemd bijzonder bestek B.09002, toepasselijk.

Het voorwerp van de opdracht wordt in hoofdstuk I, punt A eveneens omschreven als: “Restaureren van het interieur van de Onze-Lieve-Vrouwekerk (fase 5A perceel 1E; archeologische opgravingen), Onze-LieveVrouwekerkhof-Zuid”.

Hoofdstuk I, punt E bepaalt voorts:

> “Erkenning
>
> De werken die het voorwerp uitmaken van de aanneming waarop onderhavig bestek van toepassing is, zijn gerangschikt in categorie D en het bestuur is van oordeel dat ze tot de klasse 1 behoren”.

Onder de gunningscriteria wordt in het kader van artikel 26 aldus verwezen naar de gunningscriteria:

> “Het opdrachtgevend bestuur gunt de opdracht op basis van het resultaat van de evaluatie in dalende volgorde van belang van volgende criteria:
>
> 1. Conceptnota: (…) 50 punten
>
> 2. Kostprijs. 50 punten
>
> 3. Uitvoeringsplanning (…) 30 punten”.

Onder “team/onderaannemers” wordt onder meer vermeld dat “alle uitgravingen moeten uitgevoerd worden door een archeologisch team” dat o.a. is samengesteld uit een licentiaat archeologie en een fysisch-antropoloog.

Bij het bestek is een door de ontwerper opgesteld document ‘D.2515 Fase 5A Perceel 1E beschrijving” gevoegd, dat blijkbaar is bedoeld om de samenvattende meetstaat te verduidelijken. Hierin wordt onder meer vermeld:

“ART. 00. ALGEMEEN

ART. 00.01. ADMINISTRATIEVE BEPALINGEN

Opdrachtformulering
De opdracht bestaat uit een archeologische opgraving en heeft als doel, naast het registreren van de informatie die bedreigd wordt, vooral het vinden van de minst verstorende locaties voor het plaatsen van de toestellen - dit in combinatie met het onderzoek door de georadar (zie verder). Het is van belang dat de verstoring - ook door de opgraving - minimaal is en het behoud van de grafkelders maximaal.

Algemene situering van het project
Het archeologisch onderzoek kadert in de restauratie van het interieur van de O.L.V. kerk in Brugge. De restauratie voorziet onder meer in de aanleg van een verwarmingssysteem met ondergrondse warmtestations. Het aantal voorziene ondergrondse warmtestations bedraagt: 5 stuks van 100x220x93, 7 stuks van 100x255x93 en 1 stuk van 1 00x 155x93; 13 stuks in totaal.
Alleen in het koor worden de verwarmingssystemen bovengronds geplaatst.
Deze nota heeft als doel een summier bestek en indicatieve raming naar voor te schuiven voor deze archeologische opgraving.

Betrokken partijen
De archeologische opgraving verloopt in overleg met alle betrokken partijen:
- het opdrachtgevend bestuur
- de architect
- Raakvlak
- de hoofdaannemer
- het Agentschap R-O Vlaanderen Onroerend Erfgoed van de Vlaamse Overheid
- de leidinggevende archeoloog, aangesteld door de opdrachtnemer

De opdrachtnemer stelt een archeoloog met ervaring in de stadsarcheologie - en in het bijzonder in het archeologisch onderzoek in kerken - een fysisch antropoloog en 2 arbeiders aan. De archeoloog neemt de dagelijkse leiding van de archeologische opgraving (hierna leidinggevende archeoloog) waar.

[…]

ART. 00.03. TECHNISCHE BEPALINGEN

01. Overzicht eerder onderzoek

Proefonderzoek
Er werd geopteerd, vooral vanwege de bouwheer, om geen proefonderzoek uit te voeren, om praktische redenen.

Archeologische opgraving
In 1979 werd door de Brugse Dienst voor Stadsarcheologie een proefopgraving uitgevoerd in het hoogkoor van de O.L.V. kerk. De aanleiding was de terugplaatsing van de praalgraven van Karel de Stoute en Maria van Bourgondië naar hun oorspronkelijke plaats in het hoogkoor. Bij het onderzoek werden 17 bakstenen graven aangetroffen, waaronder de grafkelder van Maria van Bourgondië. Verschillende graven waren aan de binnenzijde beschilderd met de traditionele motieven uit de grafschilderkunst die thuishoren in de 13de-15de eeuw. Enkele graven waren beschilderd, maar niet meer met de traditionele motieven: ze dateren uit de 17de eeuw.
Na onderzoek van de baksteenconstructies (funderingen van de praalgraven en grafkelders) kon op een beperkt aantal plaatsen het onderzoek verdergezet worden in de dieperliggende archeologische lagen, nl. aan de noordzijde van het graf van Maria van Bourgondië en onder en tussen enkele bakstenen graven. Slechts op één plaats kon de ongestoorde bodem bereikt worden. Bij dit verder onderzoek kwamen nog een groot aantal begravingen aan het licht die dateren van voor de bouw van de huidige Gotische kerk, evenals een zware fundering in glauconiethoudende zandsteen.

In 2000 werd er een stabiliteitsonderzoek uitgevoerd naar de toren van de O.L.V.-kerk. De onderzoeksput bevond zich aan de noordwest zijde van de toren. Ook dan werden diverse grafkelders aangetroffen.

Ander onderzoek
In het kader van de restauratie van de kerk werd naar aanleiding van de te maken keuze tussen onder- of bovengrondse verwarmingssystemen een gespecialiseerd prospectieonderzoek met een georadar uitgevoerd. Het was de bedoeling om met dit toestel de aanwezigheid van bakstenen grafkelders te registreren, zonder graafwerken te moeten verrichten.
De conclusie was dat er wel degelijk informatie kon verkregen worden over massieven in de ondergrond. Het toestel geeft evenwel geen gegevens over de zones tussen de grafkelders en signaleert soms onduidelijke zones, waarvan de interpretatie problematisch is.
Zie verslag + plan in bijlage

02. Vraagstelling
Onderzoeksvragen
Op methodologisch vlak stelt zich de vraag naar de betrouwbaarheid van het onderzoek met de georadar.
Is er (nog) een verband tussen dekstenen en onderliggende graven?
Is er een sociale differentiatie merkbaar tussen de begravingen in het hoogkoor en het schip van de kerk?
Kunnen we meer te weten komen over de bouwgeschiedenis van de kerk ?
Is er informatie te achterhalen over de begravingsrite van de eventuele begravingen in het schip van de kerk ?

Zijn van de eventuele begravingen in het schip van de kerk gegevens te achterhalen over geslacht, leeftijd, doodsoorzaak, paleopathologie?

Aanbevelingen
De leidinggevende archeoloog kan In samenwerking met alle betrokken partijen aanbevelingen doen in verband met het behoud van bakstenen grafkelders.

03. Overige aannemingen
De plaatselijke opbraak van de huidige tegelvloer met opgraving van de onderlaag is voorzien in art. 10 van het perceel 1C vloeren, onder begeleiding van de leidinggevende archeoloog. Het afvoeren van de grond gebeurt door de aannemer die verantwoordelijk is voor de uitvoering van het perceel vloeren. Hij zal binnen de werfafsluiting een container plaatsen enkel voor de archeologische opgravingen. Zodra deze container vol is, wordt hij na toestemming van de leidinggevende archeoloog vervangen door een lege.

Vanaf het moment waarop de huidige tegelvloer is verwijderd, worden de aannemingswerken die binnen de kerk plaatsvinden opgeschort voor een termijn van 6 maanden. Indien de archeologische opgraving sneller vordert en voor het einde van deze termijn beëindigd wordt, kan de opschorting van de aannemingswerken vroegtijdig opgeheven worden, mits toestemming van het Agentschap R-0 Vlaanderen, Raakvlak en de leidinggevende archeoloog. Raakvlak brengt de aannemer op de hoogte 14 kalenderdagen voor de einddatum van de opgraving.

[…]

ART. 01. WERFINRICHTING
[…]
Voor de archeologische opgravingen zijn naast de hiervoor vermelde werfinrichting volgende lokalen te voorzien:
[…]

ART. 10. OPGRAVINGEN

ART. 10.01. VOORBEREIDING

De opdrachtnemer staat in voor het nodige inleidende archiefwerk. het raadplegen van bestaande literatuur, het uitzetten van meetpunten en het opmeten van een basisplan (schaal 1:50) (beide laatste door een landmeter).

Meeteenheid: SOG

ART. 10.02. OPGRAVINGEN PUTTEN EN SLEUVEN

De op te graven zones omvatten de sleuven van de voorziene warmtestations (zie hoger) en de sleuven voor de verwarmingskanalen en de elektrische bekabeling. De putten voor de warmtestations worden tot een maximale diepte van 100cm manueel uitgegraven.

De putten voor de warmtestations worden in geen geval uitgebreid, ook niet wanneer bepaalde sporen doorlopen. Wanneer in de putten voor de warmtestations grafkelders worden ontdekt, die niet zichtbaar waren bij het georadar onderzoek, staat het behoud voorop. In dit geval zal er geen archeologische opgraving uitgevoerd worden. Indien het behoud van het eventuele gewelf niet weerhouden kan worden, wordt gezocht naar alternatieven om de grafinhoud fysiek te behouden. Een archeologische opgraving van de inhoud van een grafkelder wordt enkel ondernomen indien behoud ervan niet mogelijk is.
Wanneer de aanwezigheid van een grafkelder de plaatsing van een warmtestation onmogelijk maakt, zal in overleg met alle betrokken partijen (zie hoger) gezocht worden naar de beste oplossing. Het verplaatsen van het warmtestation en dus eventueel uitbreiden van de sleuf is een optie.
De opgravingsvlakken/sporen en profielen worden volledig met schop opgeschaafd of met truweel opgekrabd.

Meeteenheid: m³

ART. 10.03. REGISTRATIE

Alle archeologische sporen worden opgeschaafd met schop of opgekrabd met truweel, opgemeten en ingetekend op krimpvrije en weersbestendige millimeterfilm (per put een apart tekenvel voor grondplannen en profielen) (potloodtekeningen, ingekleurd).
[…]

ART. 10.04. VONDSTINZAMELING
[…]

ART. 10.05. MONSTERNAME
[…]

ART. 10.05.01. NATUURSTEENIDENTIFICATIE
[…]

ART. 10.05.02. C14-DATERING
[…]

ART. 10.06. CONSOLIDATIE VONDSTEN

Alle metaalvondsten en vondsten van organisch materiaal worden in eerste instantie passief geconserveerd, dat wil zeggen gestabiliseerd ter voorkoming van verval. Na het veldwerk wordt door Raakvlak een selectie

gemaakt van actief te conserveren voorwerpen. Deze definitieve conservatie gebeurt door Raakvlak.

Meeteenheid: SOG

ART. 10.07. PUBLIEKSWERKING

De leidinggevende archeoloog zorgt voor een bord met afbeeldingen, tekst en foto's. In overleg met de betrokken partijen zal een geschikte locatie binnen in de kerk gezocht worden voor deze vorm van ontsluiting. In samenwerking met Raakvlak en de andere betrokken partijen wordt er ook informatie verspreid via de pers en het nieuwsbrievensysteem van Raakvlak. De leidinggevende archeoloog en de fysisch antropoloog geven op vastgestelde tijdstippen ter plaatse rondleidingen voor het geïnteresseerde publiek.

Meeteenheid: SOG

ART. 11. DATAVERWERKING

ART. 11.01. LABOANALYSES
[…]

ART. 11.02. VERWERKING VAN DE RESULTATEN
[…]

ART. 12. EINDPRODUCT: RAPPORTAGE EN DEPONERING

ART. 12.01. BASISRAPPORT
[…]

ART. 12.02 DEPONERING

Het archeologisch archief wordt binnen de 40 werkdagen na het einde van de graafwerken bij Raakvlak, Komvest 45, in Brugge ingediend. Het bevat […]".

In de raming van de opdracht wordt post 10.02 – opgravingen putten en sleuven - geraamd op 84.363,83 euro of iets meer dan twee derde van de totale raming (121.863, 83 euro).

3.3. De aankondiging van de opdracht wordt op 10 september 2010 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen. Een wijzigingsbericht (datum opening offertes) wordt op 20 september 2010 bekendgemaakt in het Bulletin der

Aanbestedingen. De aankondiging wordt op 21 september 2010 ook bekendgemaakt in het Publicatieblad van de Europese Unie.

Ook in deze aankondiging wordt de opdracht omschreven als opdracht voor aanneming van werken en wordt bepaald dat de aannemer moet beschikken over de vereiste erkenning, categorie D, klasse 1, en is er sprake van CPV-classificatie van de hoofdopdracht in 45000000 – Bouwwerkzaamheden.

3.4. De offertes worden geopend op 18 november 2010. Er worden twee offertes ingediend. Eén door verzoekende partij voor een totale inschrijvingsprijs van 187.965 euro, btw niet inbegrepen (227.437,53 euro btw inbegrepen) en één door de nv Monument Vandekerckhove voor een totale inschrijvingsprijs van 185.012,58 euro, btw niet inbegrepen (223.865,57 euro btw inbegrepen).

Verzoekende partij voegt bij haar inschrijving het bewijs van een erkenning voor aanneming van werken categorie D 21 “reinigen en opknappen van gevels”, klasse 1, categorie D 23 “Restauratie door ambachtslieden”, klasse 3 en categorie D 24 “restauratie van monumenten”, klasse 1. De nv Monument Vandekerckhove voegt bij haar inschrijving een bewijs van erkenning voor aanneming van werken, onder meer voor categorie D en ondercategorieën D1-D6-D23-D24, klasse 8.

3.5. In een aanbestedingsverslag van 15 december 2010 stelt de ontwerper dat nv Monument Vandekerckhove voldoet aan de vereiste kwalificaties en dat verzoekende partij “niet in het bezit [is] van een erkenning D klasse 1. Ze beschikt wel over een erkenning klasse D21 klasse 1, D23 klasse 3 en D24 klasse 1, maar dit is niet conform het bestek”. Na een nazicht van de prijsverschillen, in het kader waarvan blijkbaar een prijsverantwoording werd gevraagd aan de nv Monument Vandekerckhove en werd aanvaard, en na de volgende “beoordeling inschrijvingen volgens de gunningscriteria”:

> “Er werden twee offertes ingediend, waarvan 1 offerte werd geweerd. Het kwalitatief beoordelen van de conceptnota en uitvoeringsplannen is niet mogelijk. Inhoudelijk voldoet de nota en de planning van Monument Vandekerckhove nv aan het gevraagde en kan deze worden aanvaard”,

besluit hij dat nv Monument Vandekerckhove de enige regelmatige bieder is voor de som van 185.012,58 euro, btw niet inbegrepen , en stelt hij voor “de werken” aan deze inschrijver toe te wijzen.

3.6. Verwijzend onder meer naar het aanbestedingsverslag van de ontwerper “dd. 23 november 2010” beslist het college van burgemeester en schepenen van de stad Brugge op 23 december 2010 om de opdracht te gunnen aan nv Monument Vandekerckhove als meest gunstige en regelmatige aanbieder.

Dit is de bestreden beslissing die luidt:

> “Het College,
>
> Gelet op het raadsbesluit dd. 23 november 2009 houdende goedkeuring van het ontwerp en de wijze van gunnen van de werken tot het restaureren van het Interieur van de Onze-Lieve-Vrouwekerk (fase 5A - perceel 1E; Archeologische opgravingen), Onze-Lieve-Vrouwekerkhof-Zuid, waarvan de kosten geraamd worden op 147.455,23 euro (btw inb.);
>
> Overwegende dat de Heer Minister van de Vlaamse Gemeenschap met brief dd. 9 augustus 2010 ons meedeelt dat de principiële belofte van toelage werd bekomen;
>
> Gelet op de offertes, ingediend bij de algemene offerte-aanvraag dd 18 november 2010;
>
> Gelet op het aanbestedingsverslag van de ontwerper dd. 23 november 2010;
>
> Overwegende dat rekening houdende met de in het bestek en voorwaarden gestelde criteria de inschrijving dd. als voordeligst gerangschikt wordt en dat deze beoordeling zich kenmerkt als volgt:
> - kostprijs: 50 punten
> - conceptnota: 50 punten
> - uitvoeringsplanning: 30 punten;
>
> Overwegende dat Monument Vandekerckhove nv de enige conforme inschrijver is werden er geen punten toegekend om de rangorde te bepalen;
> Monument Vandekerckhove nv voldoet aan alle gunningcriteria;
> Gelet op de rangschikking van de ingediende offertes, nl.
> 1. Monument Vandekerckhove nb, Ingelmunster
> 223.865,57 euro (btw inb.);

Overwegende dat Willaert bvba uit Damme (inschrijvingsprijs 227.437,53 euro btw inb.) niet over de vereiste erkenning beschikt;

Overwegende dat prijsverantwoording werd gevraagd aan Monument Vandekerckhove nv voor art. 11.02: verwerking van de resultaten en artikel 12.01: basisrapport (abnormaal hoge eenheidsprijzen); dat Monument Vandekerckhove nv een verantwoording geeft voor de betreffende eenheidsprijzen;

Gelet op het advies van de dienst Patrimoniumbeheer:

• De offerte van Willaert bvba uit Damme wordt geweerd omdat hij niet over de vereiste erkenning beschikt;
• De verantwoording van Monument Vandekerckhove nv wordt aanvaard omdat, naar de mening van de ontwerper, de uitleg duidelijk en conform het bestek is. Het inschrijvingsbedrag van Monument Vandekerckhove nv is opmerkelijk hoger dan de raming. De inschrijvingsprijs van Willaert bvba ligt echter in dezelfde grootte-orde (zelfs nog lets hoger), waaruit kan besloten worden dat de inschrijvingsprijs van Monument Vandekerckhove nv concurrentieel en aanvaardbaar is;

Gelet op art. 57, par. 3, 4° van het Gemeentedecreet;

Gelet op het advies van de Dienst Patrimoniumbeheer;

BESLUIT:

1. De werken tot het restaureren van het interieur van de Onze-Lieve-Vrouwekerk (fase 5A - perceel 1E: Archeologische opgravingen), Onze-Lieve-Vrouwekerkhof-Zuid, worden gegund aan de meest gunstige en regelmatige aanbieder Monument Vandekerckhove nv, Oostrozebekestraat 54 te 8770 Ingelmunster, voor de som van 223,865,57 euro (btw inb.).
2. Deze uitgaven worden henomen op art. 773471724-60 BU 2010, financiering met eigen middelen en restauratietoelage.

Brugge, 23 december 2010".

3.7. Met een blijkbaar op 23 december 2010 verzonden faxbericht en op 29 december 2010 aangetekend verzonden brief deelt verwerende partij aan verzoekende partij mee dat de opdracht werd gegund aan nv Monument Vandekerckhove en dat haar offerte werd geweerd "omdat U niet over de vereiste erkenning beschikt". Verwijzend naar "artikel 65/11 van de wet van 24 december 1993" wordt een wachttermijn van 15 dagen toegekend om eventueel een

vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid bij de Raad van State in te stellen.

De gemotiveerde gunningsbeslissing was, in tegenstelling tot de bewoordingen van het faxbericht, daar blijkbaar niet aan toegevoegd en deze zending ontving verzoekende partij naar eigen zeggen op 27 december 2010. Op 29 december 2010 vroeg zij verwerende partij om haar de officiële versie van het gunningsverslag en van de gemotiveerde gunningsbeslissing van 23 december 2010 te bezorgen, alsook het aanbestedingsverslag van "23 november 2010". Dit aanbestedingsverslag van 15 december 2010 werd naar zeggen van verzoekende partij op 6 januari 2011 per faxbericht ontvangen.

Met een aangetekende brief gedateerd op 27 december 2010 deelde verwerende partij eerder aan nv Monument Vandekerckhove mee dat haar offerte werd gekozen maar dat deze kennisgeving nog geen contractuele verbintenis doet ontstaan.

3.8. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt ingediend op 7 januari 2011.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

Uiteenzetting van de exceptie

4. Verwerende partij betwist het belang van verzoekende partij nu zij immers een offerte indiende met een hogere prijs dan de nv Monument Vandekerckhove en zij zou dus ook op grond van de prijs niet batig gerangschikt zijn en geen enkel argument aanvoeren waaruit zou moeten blijken dat zij, ongeacht die hogere prijs, toch in aanmerking zou gekomen zijn indien haar offerte "conform zou zijn verklaard".

Beoordeling

5. De offerte van verzoekende partij werd geweerd omdat zij niet over de vereiste erkenning beschikt en verzoekende partij betwist in het eerste middel de wettigheid van die beslissing. In de mate dat de Raad van State dit standpunt zou bijvallen en het eerste middel ernstig bevinden, zou dit inhouden dat de offerte van verzoekende partij ten onrechte om die reden werd geweerd en dat haar inschrijving ten onrechte niet verder werd onderzocht en indien regelmatig**,** niet werd vergeleken met de regelmatig bevonden offerte van nv Monument Vandekerckhove. Verzoekende partij heeft er belang bij om haar offerte wel te zien beoordelen om aldus nog een kans te verkrijgen om de opdracht aan haar te zien gunnen.

Het feit dat zij inschreef tegen een hogere prijs ontneemt haar dat belang niet nu de prijs slechts één van de drie gunningscriteria is.

De exceptie kan in de huidige stand van het geding dan ook niet worden aanvaard.

V. 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.

Overeenkomstig 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.

Dienvolgens dient niet te worden ingegaan op het verweer in zoverre daarin wordt gesteld dat noch hoogdringendheid noch moeilijk te herstellen ernstig nadeel aanwezig zijn.

VI. Onderzoek van het enige middel

Standpunt van de partijen

8. Verzoekende partij leidt een enig middel af uit de schending van:

- “• De artikelen 1 §1, 5 en 16 van de wet dd. 24.12 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten;
- • De artikelen 2 en 3 van de wet dd. 29.07 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen,

- De artikelen 62 e.v. van het K.B. dd. 08.01.1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, meer in het bijzonder artikel 68, 70 en 115,
- Ondergeschikt de artikelen 16, 18, 19, 20 van het K.B. dd. 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, juncto artikel 3 § 1 van de wet dd. 20.03. 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken, — artikel 2 van het KB dd. 26.09.1991 tot vaststelling van de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken",
- Het bijzonder bestek No9002 samen gelezen met het principe 'patere legem quam ipse fecisti'
- De algemene beginselen van behoorlijk bestuur meer in het bijzonder het gelijkheids- mededingings-, zorgvuldigheids, - proportionaliteits- en motiveringsbeginsel".

8.1. In een eerste onderdeel voert zij in essentie aan dat de erkenningsvereiste vervat in de aankondiging en in het bestek –namelijk dat inschrijvers over een erkenning voor aanneming van werken, categorie D "Algemene Aanneming van bouwwerken" moeten beschikken - geen verband houdt met of in onredelijke en disproportionele wanverhouding staat tot het voorwerp van de opdracht en aldus de mededinging beperkt, aangezien de opdracht geen "algemene aanneming van bouwwerken" tot voorwerp heeft maar enkel archeologische opgravingen en verwerking binnen een bestaand monument en aldus een dienstenopdracht is waarvoor geen erkenningscategorie bestaat.

De offerte van verzoekende partij mocht op grond van deze "onwettige besteks-/aankondigingsbepaling alsook het onwettig bestek" dan ook niet worden geweerd als niet-conforme inschrijving, minstens is die beslissing niet afdoende gemotiveerd.

8.2. In een tweede onderdeel wordt in essentie aangevoerd dat aldus ook de bestreden beslissing tot gunning van de opdracht aan de nv Monument Vandekerckhove onwettig is want gesteund op een onwettige beslissing tot niet-selectie van verzoekende partij en zonder dat haar offerte werd vergeleken met deze van de nv Monument Vandekerckhove.

9. Verwerende partij antwoordt op het eerste onderdeel in essentie dat het werk kadert in de aanleg van een verwarmingssysteem met ondergrondse warmtestations en hoofdzakelijk het graven van putten en sleuven betreft in een archeologisch gevoelige zone, graafwerken die ook in de offerte van verzoekende partij de belangrijkste post van haar offerte vormen. Het gaat dus wel om aanneming van werken weliswaar met bijkomend archeologisch werk omwille van de site waar het werk moet worden uitgevoerd. Het betreft geen restauratiewerkzaamheden maar voorbereidend graafwerk in functie van de plaatsing van de verwarmingsinstallatie: de post opgravingen putten en sleuven werd aldus geraamd op 84.363,83 euro terwijl de volledige opdracht geraamd werd op 121.863,83 euro. Het grootste deel van de opdracht is dus een werk en aangezien er geen speciale erkenningscategorie is voor dergelijke werken en aangezien het grootste aandeel gewoon uit opgravingswerken bestaat en het beste kunnen worden uitgevoerd door een gewone aannemer bouwwerken, koos verwerende partij voor categorie D zij het dat daarbij in het bestek werd bepaald dat de aannemer verplicht is een aantal specialisten in dienst te nemen (onder andere archeoloog en fysisch antropoloog) om het onderdeel “archeologie” uit te voeren. Zij merkt verder op dat de hogere subsidiërende overheid geen opmerkingen bij het bestek formuleerde. Het archeologisch aspect van de werken zou ten slotte niets te maken hebben met de specialisaties en erkenningen van verzoekende partij die restauratiewerkzaamheden betreffen.

Op het tweede onderdeel antwoordt zij in essentie dat verzoekende partij aldus niet ten onrechte werd geweerd en dat een geweerde offerte niet wordt opgenomen in de rangschikking en niet dient vergeleken met de andere ingediende offertes. Nu de andere inschrijver de enig conforme inschrijver was, dienden geen punten toegekend om de rangorde te bepalen.

Beoordeling

10. Overeenkomstig artikel 3, § 1, van de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken, mogen overheidsopdrachten voor aanneming van werken, waarvan de omvang het bedrag overschrijdt vastgesteld in artikel 2 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, slechts worden gegund aan aannemers, zowel privaatrechtelijke als publiekrechtelijke personen, 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.

11. Het wordt niet betwist dat de opdracht in kwestie dit in artikel 2 van het voornoemde koninklijk besluit van 26 september 1991 bepaalde bedrag van 75.000 euro (zonder btw) voor de in categorieën en 50.000 euro (zonder btw) voor de in ondercategorieën ingedeelde werken bereikt.

12. Te dezen wordt de opdracht in de aankondiging van de opdracht en in het bestek gekwalificeerd als een opdracht voor aanneming van werken en gerangschikt in de categorie D, klasse 1.

Categorie D wordt in artikel 4 van het voornoemde koninklijk besluit van 26 september 1991 omschreven als “Algemene aannemingen van bouwwerken”.

In 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, wordt categorie D “ Algemene aannemingen van bouwwerken” nader omschreven als:

> “De complexe opdrachten omvattend de bouw of vernieuwbouw van gebouwen en bouwwerken allerhande en dit tot en met hun volledige afwerking, ongeacht de materialen die hiervoor worden gebruikt, zoals: openbare en religieuze gebouwen, woonhuizen, scholen, stations, hallen, gevangenissen, kazernes, opslagplaatsen, vismijnen, garages en bergplaatsen, allerhande, industriële gebouwen, fabriekschoorstenen, administratieve lokalen, bureel-, appartements- en commerciële gebouwen, gebouwen voor sportieve en culturele centra, ziekenhuizen, gebouwen voor wasserij-inrichtingen en crematoria”.

13. De in het bestek en de aankondiging vermelde erkenningsvereisten dringen zich niet zonder meer op aan de inschrijvers. Het is immers het werkelijk voorwerp en de werkelijke omvang van de opdracht die

beslissend is voor de toepasselijkheid van de erkenningsreglementering en de toepasselijke erkenningsvereisten.

14. De omstandigheid dat de beslissing de inschrijving van verzoekende partij te weren steunt op het motief dat deze niet voldoet aan in de in het bestek en de aankondiging gestelde erkenningsvereisten, te dezen categorie D, lijkt aldus niet te beletten dat die beslissing en de daarop steunende gunningsbeslissing voor onwettig kan worden gehouden indien uit het onderzoek van het voorwerp van de opdracht blijkt dat geen erkenning vereist was of dat verzoekende partij was erkend in de categorie of de ondercategorie waar het werk in werkelijkheid onder ressorteert.

15. Verzoekende partij voert daartoe in essentie aan dat het te dezen niet gaat om werken maar om diensten, in welk geval de erkenningsreglementering niet geldt.

16. In de zin van titel II (van Boek I) van de voormelde wet van 24 december 1993 verstaat men luidens artikel 5 onder “overheidsopdracht voor aanneming van werken”:

> “de overeenkomst onder bezwarende titel gesloten tussen een aannemer enerzijds en een aanbestedende overheid anderzijds, en die betrekking heeft:
> * hetzij op de uitvoering, hetzij op de uitvoering samen met het ontwerp van werken in verband met de in bijlage 1 vermelde werkzaamheden of van een werk;
> * hetzij op het laten uitvoeren, met welke middelen ook, van een werk dat aan de door de aanbestedende vastgestelde eisen voldoet.
>
> Het werk is het resultaat van een geheel van bouwwerkzaamheden of van wegenbouwkundige werken dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen.
>
> De Koning past de bijlage 1 bij deze wet aan volgens de door de Commissie van de Europese Gemeenschappen aangebrachte wijzigingen in de lijst van de beroepswerkzaamheden gebaseerd op de algemene systematische bedrijfsindeling waarvan sprake in deze bijlage”.

De genoemde bijlage verwijst naar sectie F “Bouwnijverheid” van de NACE –nomenclatuur namelijk afdeling 45 “Bouwnijverheid”. Blijkens de

toelichting omvat deze afdeling “Nieuwbouw, restauratiewerk en gewone reparaties”. Deze afdeling is voorts onderverdeeld in groepen, waaronder groep 45.1 “Het bouwrijp maken van terreinen” en klassen, waaronder, binnen deze groep 45.1, onder meer klasse 45.11 “Slopen van gebouwen”, klasse die blijkens de toelichting onder omvat “het grondverzet, graven, ophogen, egaliseren en nivelleren van bouwterreinen, graven van sleuven en geulen, verwijderen van rotsen, grondverzet met behulp van explosieven, enz.”.

“Overheidsopdracht voor aanneming van diensten” wordt in het voornoemde artikel 5 van de wet omschreven als:

> “de overeenkomst onder bezwarende titel gesloten tussen een dienstenverlener enerzijds en een aanbestedende overheid anderzijds, en die betrekking heeft op in bijlage 2 bij deze wet vermelde diensten.
> De Koning past de bijlage 2 bij deze wet aan volgens de door de Commissie van de Europese Gemeenschappen aangebrachte wijzigingen aan de diensten bedoeld in deze bijlage”.

17. Te dezen blijkt dat deze opdracht deel is van de restauratie van het interieur de Onze-Lieve-Vrouwekerk, restauratie die onder meer voorziet in de aanleg van een verwarmingssysteem met ondergrondse warmtestations.

Verwerende partij meent dat de opdracht aldus hoofdzakelijk het graven van putten en sleuven voor het plaatsen van de ondergrondse warmtestations en voor de tracés voor verwarming en/of elektriciteit betreft in een archeologisch gevoelige zone, graafwerken die in de raming en ook in de offerte van verzoekende partij de belangrijkste post van haar offerte vormen, en dus werken betreft.

18. De opdracht bestaat luidens het document van de ontwerper bij het bestek uit een “archeologische opgraving” (artikel 00.01).

Met verwerende partij kan worden vastgesteld dat de oppervlakte van de “opgraving putten en sleuven” in post 10.02, dus van de graafwerken, niet onaanzienlijk lijkt - zo gaat het blijkens het voorgelegde plan om een aanzienlijk tracé van sleuven voor verwarming en/of elektriciteit met een

diepte van 35 of 15 cm en 13 putten voor warmtestations waarvan 5 stuks van 100x220x93, 7 stuks van 100x255x93 en 1 stuk van 100x155x93, is er in de meetstaat voor deze post opgravingen putten en sleuven sprake van een vermoedelijke hoeveelheid van 80,347 m3 en werd deze post 10.02 “Opgraving putten en sleuven” geraamd op 84.363,83 euro op een totale raming van 121.863,83 hetzij meer dan twee derde.

De inschrijver staat daarbij echter niet alleen in voor de opgraving putten en sleuven - post 10.02 - maar registreert in dat kader eventuele archeologische sporen, zamelt vondsten in, neemt monsters, identificeert en consolideert vondsten, doet aan publiekswerking, gaat over tot dataverwerking, rapportage en deponering. De opdracht bevat aldus ook duidelijk diensten.

19. Een overheidsopdracht die betrekking heeft op diensten als op werken zal alvast luidens artikel 1, tweede lid, d), laatste volzin, van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, als opdracht van diensten worden beschouwd als de opdracht slechts bijkomstig ten opzichte van het hoofdvoorwerp van de opdracht werken omvat.

Te dezen kan in de huidige stand van het geding en *prima facie* worden vastgesteld dat de in het geding zijnde opdracht weliswaar een deel is van de restauratie van het interieur van de Onze-Lieve-Vrouwekerk en dat die restauratie onder meer voorziet in de aanleg van een verwarmingssysteem met ondergrondse warmtestations, maar ook dat blijkens de bij het bestek gevoegde en door de ontwerper opgestelde beschrijving en de daarin opgenomen opdrachtformulering de opdracht tot doel heeft, naast het registreren van de informatie die bedreigd wordt, “vooral het vinden van de minst verstorende locaties voor het plaatsen van de toestellen – dit in combinatie met het – al uitgevoerde - onderzoek door de georadar” (artikel 00.01).

Het richtinggevend bouwhistorisch onderzoek vermeld in punt 6.2.3 van het bestek, na het rapport GGU Karlsruhe van dit niet destructief georadaronderzoek, adviseert trouwens “ter voorbereiding van de

vloerverwarmingswerkzaamheden een voorafgaandelijk archeologische prospectie te laten uitvoeren, daar waar volgens de aanwijzingen van de dieptes in de omgeving van de door L. Vermeersch (dit is de ontwerper) aangegeven kanalen historische graven of grafgewelven zouden kunnen verstoren. Een afzonderlijke post in het aanbestedingsdossier dient hierover o.i. te worden opgemaakt met een duidelijke taakomschrijving en te volgen archeologische methodologie".

Dit lijkt net wat opgenomen is de beschrijving bij het bestek, beschrijving die reeds werd geciteerd en ook een aantal onderzoeksvragen bevat.

Aldus lijkt de opdracht meer te zijn dan in hoofdzaak het graven van putten en sleuven met, gelet op de site, bijkomend archeologische begeleiding, maar in hoofdzaak gericht te zijn op archeologisch onderzoek voor het vinden van de minst verstorende locaties en het beantwoorden van de ook in de beschrijving opgenomen onderzoeksvragen. Het staat aldus en ook blijkens de omschrijving van post 10.02 "Opgravingen putten en sleuven" zelf ook niet vast dat de ondergrondse warmtestations noodzakelijk zullen geplaatst worden in de putten voorzien op het bij het bestek gevoegde plan gesteund op het georadar onderzoek. Zo wordt uitdrukkelijk bepaald dat, wanneer de aanwezigheid van een grafkelder de plaatsing van een warmtestation onmogelijk maakt, in overleg met alle betrokken partijen gezocht zal worden naar de beste oplossing. Het verplaatsen van het warmtestation en dus eventueel uitbreiden van de sleuf is daarbij een optie.

Het staat dan ook niet *prima facie* vast dat de archeologische diensten bijkomstig zijn ten aanzien van de graafwerken.

Dat het archeologisch aspect niet bijkomstig lijkt te zijn wordt bevestigd door de offertes van de inschrijvers zelf en de door hen ingevulde meetstaten waarbij de prijzen hoger liggen dan die in de raming en waarbij de prijzen van de nv Monument Vandekerckhove werden onderzocht en aanvaard. In de offerte van verzoekende partij vormt de post 10.02 opgraving putten en sleuven weliswaar nog het grootste bedrag maar de verhouding ten opzichte van het totaal is aanzienlijk gewijzigd door de hogere bedragen die ook worden ingevuld voor andere posten die specifiek de archeologie betreffen; deze laatste posten vormen nu het grootste deel van het inschrijvingsbedrag. Bij de gekozen inschrijver

vertegenwoordigen deze posten een nog groter deel van het totaalbedrag dan bij verzoekende partij.

In de huidige stand van het geding lijkt verwerende partij de opdracht dan ook ten onrechte te hebben gekwalificeerd als een aanneming van werken. Het lijkt veeleer te gaan om een aanneming van diensten.

Het feit dat de hogere subsidiërende overheid ter zake geen opmerkingen maakte lijkt niet van die aard om op zich het tegendeel aan te tonen.

Ook het argument dat het archeologisch aspect van de werken verder niets te maken zou hebben met de specialisaties en erkenningen van verzoekende partij die restauratiewerkzaamheden betreffen, is daartoe niet relevant. Verwerende partij gaat er trouwens aan voorbij dat in het bestek, onder de selectiecriteria, een lijst van “restauratiewerkzaamheden” wordt gevraagd en maakte in het aanbestedingsverslag trouwens geen opmerkingen bij de door verzoekende partij voorgelegde referenties, die juist ook verwijzen naar opgravingen en archeologisch proefsleuvenonderzoek.

20. Deze conclusie houdt in dat de erkenningsreglementering niet toepasselijk lijkt en dat verzoekende partij -zo lijkt het- ten onrechte werd geweerd wegens het niet bezitten van de door de aankondiging of het bestek vereiste erkenning.

Haar offerte werd dan ten onrechte niet verder onderzocht en getoetst aan de gunningscriteria zodat ook niet meer vaststaat dat de opdracht werd gegund aan de inschrijver met de voordeligste regelmatige offerte.

21. Het enig middel is in die mate dan ook ernstig in zijn beide onderdelen. Die vaststelling volstaat om daarop de gevraagde schorsing te steunen.

BESLISSING

De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 23 december 2010 van het college van burgemeester en schepenen van de Stad Brugge waarbij de offerte

van de bvba restauratieatelier Ruben Willaert wordt geweerd en de opdracht tot het restaureren van het interieur van de Onze-Lieve-Vrouwekerk (fase 5A- perceel 1^{E}: Archeologische opgravingen) wordt gegund aan nv Monument Vandekerckhove te Ingelmunster.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 8 februari 2011, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,

bijgestaan door

Silja Doms,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Silja Doms	**Dierk Verbiest**