

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 214.279 van 30 juni 2011
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 9000 Gent
Sint-Martensstraat 16
bij wie woonplaats wordt gekozen

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 [nv Bouwbedrijf VMG-De Cock] als laagste regelmatige”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 206.595 van 13 juli 2010 zijn de debatten heropend.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een aanvullend verslag opgesteld.

De verzoekende partij heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 26 april 2011.

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 de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens 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. 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 volwassenen-onderwijs 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-attest 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 bieder, 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-attest 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. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

4. Verzoekende partij voert in een eerste middel -volgens het opschrift ervan- de schending aan van artikel 15 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, van 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, en van “de formele motiveringsplicht zoals vereist door de wet van 29 juli 1991”.

In de nadere uiteenzetting van het middel wijst verzoekende partij erop, dat zij reeds in de bij haar offerte gevoegde nota “de onwettigheid van [...] bijkomende kwalitatieve selectiecriteria [had] aangevoerd”. Noch een ISO-9002-atteest, noch een VCA-atteest, kunnen volgens verzoekende partij worden beschouwd als “een referentie in de zin van art. 19, 1^e alinea, 1^o tot en met 5^o” van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, dat een limitatieve opsomming bevat van de referenties die de technische bekwaamheid van de aannemer kunnen aantonen. Verzoekende partij vroeg “van bij de aanvang” om “motivering van de eis in het bestek om attesten ISO-9002 en VCA”, doch verwerende partij heeft dit verzoek nooit beantwoord, noch met het voorbehoud van verzoekende partij rekening gehouden.

Beoordeling

5. De eerste grief die verzoekende partij in dit middel aanbrengt betreft in de eerste plaats de schending van de plicht tot formele motivering van bestuurshandelingen, zoals opgelegd door de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen.

Artikel 1 van deze wet bepaalt haar toepassingsgebied. De bestuurshandelingen die aan de wet zijn onderworpen worden door deze bepaling omschreven als “de eenzijdige rechtshandeling met individuele strekking die uitgaat van een bestuur en die beoogt rechtsgevolgen te hebben voor één of meer bestuursinstellingen of voor een ander bestuur”.

Het op een bepaalde overheidsopdracht van toepassing zijnde bestek heeft niet de in deze wet bedoelde individuele strekking, en is dienvolgens niet onderworpen aan de bepalingen ervan.

De grief betreffende de formele motivering berust aldus op de schending van een niet van toepassing zijnde rechtsplicht en kan dienvolgens ook niet leiden tot de vaststelling dat artikel 15 van de voormelde wet van 24 december 1993 en artikel 19 van het voormelde besluit van 8 januari 1996 geschonden zijn.

Het eerste middel is niet gegrond.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

6. Verzoekende partij steunt het tweede middel op de schending van 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 en van “de formele motiveringsplicht zoals vereist door de wet van 29 juli 1991”.

6.1. In de eerste plaats betwist verzoekende partij in haar inleidend verzoekschrift “de relevantie en de wettelijkheid” van het vereisen van een ISO-9002-attest en een VCA-attest en stelt zij dat zij niet weet waarom die attesten werden gevorderd.

Artikel 19 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 bevat een limitatieve opsomming van de referenties die de technische bekwaamheid

van de aannemer kunnen aantonen. De door verwerende partij in het bestek vereiste attesten ISO-9002 en VCA vallen niet onder deze opsomming. Het toch vereisen van deze attesten is aldus “volstrekt onwettelijk en strijdig met art. 19”. Verzoekende partij verwijst voorts nog naar een omzendbrief van de Eerste Minister van 10 februari 1998, waarin “uitdrukkelijk werd gesteld dat dergelijke voorwaarden niet thuishoren in een bijzonder bestek onder de hoofding technische bekwaamheid”.

Het is bovendien niet bewezen, aldus verzoekende partij, dat het verstrekken van deze attesten “ook maar enige garantie biedt op het voldaan zijn aan de vereiste van ‘technische bekwaamheid’ van de aannemer”. De ISO-9002 normering bestaat uit twee onderdelen: enerzijds een draaiboek op welke wijze een onderneming een beheersysteem hanteert ten einde kwaliteit na te streven, en anderzijds een momentopname dat op een welbepaald (aangekondigd) controletijdstip wordt geattesteerd dat aan de normering wordt voldaan. Dergelijke attestering levert op geen enkele wijze het bewijs van de technische bekwaamheid van de inschrijver voor een welbepaalde aannemingsopdracht.

Inzake veiligheid heeft de wetgever normatieve bepalingen opgelegd in de vorm van “de wet van 1 mei 2001 inzake tijdelijke of mobiele bouwplaatsen”, welke bepalingen door verzoekende partij dienen te worden nageleefd. Zij beschikt daartoe overigens over twee veiligheidsingenieurs.

Verzoekende partij benadrukt voorts nog haar eigen technische bekwaamheid om de opdracht uit te voeren door te wijzen op het feit dat zij een gespecialiseerde onderneming is en de opdracht voor haar “geen bijzonderheid is”, naar eigen zeggen zijn “deze werken niets speciaals [voor haar]”. Bovendien heeft zij het bestek grondig bestudeerd en op gemotiveerde wijze bemerkingen geformuleerd, wat de andere inschrijvers, die wel over de vereiste attesten beschikken, niet of in mindere mate hebben gedaan.

6.2. In de tweede plaats heeft het volgens verzoekende partij enkel zin om een ISO-9002 attest te eisen in de bouwsector, indien het attest van alle “uitvoerende partijen” wordt gevraagd, waaronder “alle partners in een tijdelijke vereniging, en ook de tijdelijke vereniging zelf”. Te dezen toont “de TV Juni

Zele-Houtconstructie Wyckaert [...] niet aan dat zij een ISO-9002 of een VCA attest heeft, immers een TV kan dat niet behalen”. Het komt er volgens verzoekende partij zelfs op neer dat “de plaatselijke aannemer haar VCA & ISO-9002 geleend/gekocht heeft bij haar vennoot in de tijdelijke vereniging”.

7. In haar laatste memorie betoogt verzoekende opnieuw dat een ISO-9002 attest en een VCA-attest niet kunnen worden beschouwd als een beroepskwalificatie in de zin van artikel 19 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996.

Verzoekende partij vergelijkt daartoe nu de bepalingen van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 die de overheidsopdrachten voor diensten betreffen, met de bepalingen die in dat besluit de overheidsopdrachten voor werken en leveringen betreffen. Zij wijst op de wijzigingen aan deze laatstgenoemde bepalingen door de bevoegde regelgever ná het nemen van de bestreden beslissingen en besluit dat “waar het voorleggen van bepaalde certificaten eertijds wel mogelijk was wanneer het om een opdracht van diensten ging, [...] dit niet het geval [was] wanneer het om een opdracht voor aanneming van werken ging”.

Vervolgens verwijst verzoekende partij naar artikel 8 van het decreet van 30 april 2009 betreffende de kwalificatiestructuur, artikel 7ter van het decreet van 18 januari 2002 betreffende de eindtermen, de ontwikkelingsdoelen en de specifieke eindtermen in het voltijds gewoon en buitengewoon secundair onderwijs, en artikel 11 van de richtlijn 2005/36/EG van 7 september 2005 betreffende de erkenning van beroepskwalificaties, in welke bepalingen telkens de term “beroepskwalificatie” wordt omschreven. Zij stelt dat “VCA-certificaten en/of ISO-9002-certificaten [niet] voldoen [...] aan deze omschrijvingen”.

Voorts wijst verzoekende partij er nog op dat zowel een VCA-attest als een ISO-9002 attest bewijzen dat de aannemer aan bepaalde kwaliteitsnormen of -criteria voldoet, doch dat het niet-bezitten van een dergelijk attest niet het bewijs levert dat de aannemer niet zou voldoen aan die kwaliteitsnormen of -criteria. Het ontbreken van dergelijk attest toont dan ook niet aan dat de aannemer niet over de nodige vakbekwaamheid beschikt.

Beoordeling

8.1. Artikel 19 van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 luidde ten tijde van het nemen van de bestreden beslissingen als volgt:

“Art. 19. Onverminderd de bepalingen betreffende de erkenning van aannemers van werken, kan de technische bekwaamheid van de aannemer aangetoond worden door één of meer van de volgende referenties :

1° door studie- en beroepskwalificaties van de aannemer en/of van het ondernemingskader en, in het bijzonder, van de verantwoordelijke(n) voor de leiding van de werken;

2° door de lijst van de werken uitgevoerd tijdens de laatste vijf jaar, en gestaafd door getuigschriften van goede uitvoering voor de belangrijkste werken. Deze getuigschriften bevatten het bedrag, het tijdstip en de plaats van uitvoering van de werken en geven duidelijk weer of deze uitgevoerd werden volgens de regels van de kunst en of ze op regelmatige wijze tot een goed einde werden gebracht. In voorkomend geval zullen deze getuigschriften door de bevoegde overheid rechtstreeks aan de aanbestedende overheid toegezonden worden;

3° door een verklaring die de werktuigen, het materieel en de technische uitrusting vermeldt waarover de aannemer zal beschikken voor de uitvoering van het werk;

4° door een verklaring die de gemiddelde jaarlijkse personeelsbezetting van de onderneming en de omvang van het kader weergeeft tijdens de laatste drie jaren;

5° door een verklaring waarin de technici of de technische diensten vermeld worden die, al dan niet deel uitmakend van de onderneming, ter beschikking zullen staan van de aannemer voor de uitvoering van het werk.

De aanbestedende overheid geeft in de aankondiging van opdracht of in de uitnodiging tot het indienen van een offerte aan, welke van deze referenties zij verlangt”.

8.2. Verzoekende partij betoogt dat de door het bestek vereiste attesten VCA en ISO-9002 niet zijn begrepen in de limitatieve opsomming opgenomen in het aangehaalde artikel 19.

Deze stelling kan niet worden bijgevalen.

In de eerste plaats wordt vastgesteld dat artikel 19, eerste lid, 1°, verwijst naar de beroepskwalificaties van zowel “de aannemer” als “het ondernemingskader” als van “de verantwoordelijke(n) voor de leiding van de

werken”. Er wordt niet ingezien om welke reden op grond van de betrokken bepaling deze beroepskwalificaties enkel van natuurlijke personen zouden mogen worden gevraagd.

8.3. De betrokken attesten kunnen het bewijs leveren van het feit dat de inschrijver aan bepaalde kwaliteitsnormen voldoet, hetgeen zelfs door verzoekende partij in haar laatste memorie wordt erkend. Het voldoen aan deze door onafhankelijke organisaties gestelde normen kan aldus als een beroepskwalificatie worden beschouwd. In tegenstelling tot wat verzoekende partij in haar verzoekschrift beweert, kan het verstrekken van dergelijke attesten bewijs leveren van een bepaalde technische bekwaamheid van de betrokken aannemer.

8.4. In zoverre verzoekende partij verwijst naar de omzendbrief van 10 februari 1998 van de Eerste Minister - “Overheidsopdrachten - Kwalitatieve selectie van aannemers, leveranciers en dienstverleners”, wordt vastgesteld dat verzoekende partij niet betoogt en evenmin blijkt dat deze omzendbrief het bindend karakter zou vertonen waardoor hij dienstig als vernietigingsgrond mag worden aangevoerd.

8.5. Verzoekende partij ontwikkelt nog een argumentatie op grond van de -onbestaande- “wet van 1 mei 2001 inzake tijdelijke of mobiele bouwplaatsen”. In zoverre zij de regelgeving zou bedoelen onder meer vervat in het koninklijk besluit van 25 januari 2001 betreffende tijdelijke of mobiele bouwplaatsen, komt zij hier in haar laatste memorie niet meer op terug en wordt aangenomen dat zij op deze argumentatie niet meer aandringt.

8.6. Alle argumentaties die verzoekende partij in haar laatste memorie aanbrengt zijn niet tijdig en dus niet ontvankelijk.

Het tweede middel is niet gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 30 juni 2011, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Lust,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest