

**RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK**

**XIIe KAMER**

**A R R E S T**

**nr. 216.092 van 27 oktober 2011  
in de zaak A. 195.643/XII-6122**

In zake: de BVBA GEPEX  
bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaat Luc Bijnens  
kantoor houdend te 3600 Genk  
Grotestraat 119  
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD HERENTALS

---

*I. Voorwerp van het beroep*

1. Het beroep, ingesteld op 26 februari 2010, strekt tot de nietigverklaring van “het gunningsbesluit van het college van burgemeester en schepenen van 28.12.2009 van de stad Herentals [...] betreffende de aankoop van individuele behandelingsinstallaties van afvalwater (IBA's) - 2009/082”.

*II. Verloop van de rechtspleging*

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

Eerste auditeur Jozef Stevens heeft een verslag opgesteld.

Verzoekende partij en de verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 27 september 2011.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Jessie Appelen, die loco advocaat Luc Bijnens verschijnt voor verzoekende partij, en bestuurssecretaris Peter Van de Perre, 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. De gemeenteraad van de stad Herentals beslist op 6 oktober 2009 om een algemene offerteaanvraag uit te schrijven voor een overheidsopdracht voor leveren, plaatsen, indienststelling en onderhoud van individuele behandelingsinstallaties van afvalwater, ook IBA's genoemd. Volgens de beslissing van de gemeenteraad voorziet het zoneringsplan in 545 IBA's, doch in een "eerste fase", waarop voorliggende opdracht betrekking heeft, "worden er een 16-tal aangekocht". "In het budget van 2009", aldus de beslissing van 6 oktober 2009, "[werd] een bedrag van 150.000,00 euro voorzien" voor de werken die het voorwerp uitmaken van deze opdracht. De totale waarde van de opdracht wordt vervolgens door de gemeenteraad geraamd op 120.691,45 euro, btw inbegrepen.

3.2. De opdracht wordt aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen van 13 oktober 2009.

Wat de vakbekwaamheid van de kandidaten betreft vermeldt de aankondiging van de opdracht onder meer:

“Eventueel vereiste minimumeisen: Vereiste erkenning:

- categorie C en V (Wegenbouwkundige werken, installaties voor waterzuivering), Klasse 2 of hoger of
- categorie V (Installaties voor waterzuivering) met ondercategorieën L1 of L2 of K1 of P2 of S2 of P1, Klasse 2 of hoger”.

3.3. Het bestek herneemt inzake de erkenning de vereisten van de aankondiging. Voorts bepaalt het bestek twaalf gunningscriteria waaraan de offertes zullen worden getoetst.

3.4. De inschrijvingen worden geopend op 19 november 2009. Er blijken tien offertes te zijn ingediend, onder meer door verzoekende partij en de “TV De Peuter/Welec Elektro Techniek”. Verzoekende partij heeft een offerte ingediend voor de prijs van 158.094,97 euro, btw inbegrepen.

3.5. Op 17 december 2009 wordt een gunningsverslag opgesteld. De waarde van de opdracht wordt nu geraamd op 128.706,49 euro, btw inbegrepen. Wat de selectie van de inschrijvers betreft wordt ten aanzien van verzoekende partij de volgende vaststelling gedaan:

“De volgende inschrijvingen worden door het bestuur uitgesloten of onregelmatig bevonden en zijn dus niet ontvankelijk:

[...]

Gepex

Erkenning: klasse 1 – categorie C-V – ondercategorie C1 – K1-L1-L2-S2.

Erkenning in de juiste categorie maar de erkenningsklasse is te laag”.

Vervolgens worden de offertes van de geselecteerde inschrijvers onderworpen aan een administratief en technisch nazicht, waarna zij worden getoetst aan de in het bestek vermelde gunningscriteria. De offerte van de “TV De Peuter/Welec Elektro Techniek” wordt als eerste gerangschikt, met 86,03 punten en een prijs van 116.961,41 euro, btw inbegrepen. Er wordt voorgesteld om de opdracht aan deze inschrijver toe te wijzen. Er wordt ten slotte nog op gewezen dat “het beschikbaar investeringsbudget [toelaat] de opdracht uit

te breiden met 5 stuks”, in welk geval de totale kosten van de opdracht verhogen tot 158.099,12 euro, btw inbegrepen.

3.6. Op 28 december 2009 beslist het college van burgemeester en schepenen, verwijzend naar het gunningsverslag, dat “de inschrijvingen van Well Milieuadvies en Gepex [...] niet [worden] geselecteerd omwille van onvoldoende erkenning”, alsook om “de opdracht uit te breiden met 3 installaties (totaal 18 IBA’s [...]) en toe te wijzen aan TV De Peuter/Welec Elektro Techniek, [...] als economisch meest voordelige inschrijver” voor een totaalbedrag van 143.424,46 euro, btw inbegrepen.

Dit is de thans bestreden beslissing.

3.7. Met een schrijven van 5 januari 2010 wordt verzoekende partij op de hoogte gebracht dat de opdracht werd toegewezen aan “TV De Peuter / Welec Elektro Techniek”. Met een brief van 12 januari 2010 wordt haar een afschrift van de gunningsbeslissing en van het gunningsverslag toegezonden.

#### *IV. Ontvankelijkheid van het beroep*

##### *De exceptie*

4. In haar memorie van antwoord werpt verwerende partij een exceptie op betreffende het belang van verzoekende partij. Zij stelt in essentie dat verzoekende partij niet concreet aantoont dat haar offerte de economisch meest voordelige is, zodat niet blijkt dat de vernietiging van de toewijzingsbeslissing tot gevolg heeft dat de opdracht aan verzoekende partij kan worden toegewezen. De nietigverklaring van de bestreden beslissing brengt verzoekende partij geen voordeel.

Verwerende partij voert in dit verband aan dat zij naar aanleiding van voorliggend annulatieberoep “op 6 mei 2010 een simulatie [heeft] gemaakt”, waarin de offerte van verzoekende partij werd opgenomen “in de rangschikking van wel geselecteerde offertes op basis van de door het lastenboek opgelegde gunningscriteria”. Uit deze simulatie blijkt volgens verwerende partij

dat de offerte van verzoekende partij “in vergelijking met de offertes van de andere inschrijvers slechts als 4<sup>de</sup> economisch meest voordelige offerte gerangschikt wordt”, “dit betekent dat verweerder de opdracht niet wettig aan verzoeker had kunnen toewijzen, zodat verzoeker geen voordeel haalt uit de nietigverklaring van de gunningsbeslissing”.

5. In haar laatste memorie benadrukt verwerende partij dat verzoekende partij “pas de 4<sup>de</sup> economisch meest voordelige offerte” heeft ingediend, zodat de nietigverklaring van de bestreden beslissing niet tot gevolg heeft dat de opdracht aan verzoekende partij wordt toegewezen. Voorts erkent verwerende partij dat de simulatie pas naderhand werd opgesteld, maar tegelijk wijst zij er op dat deze “op objectieve gunningscriteria is gebaseerd die [...] op hun correcte toepassing en coherentie kunnen worden gecontroleerd”, waardoor “de simulatie wel degelijk een objectieve bewijswaarde [heeft]”.

### *Beoordeling*

6. Verzoekende partij werd door verwerende partij reeds in de selectiefase uitgesloten, wat inhoudt dat wel haar geschiktheid om de opdracht uit te voeren werd onderzocht, doch niet de merites van haar offerte. Zoals hierna zal blijken beoogt verzoekende partij met het voorliggende annulatieberoep aan te tonen dat zij wel degelijk voldeed aan de selectiecriteria en dus ten onrechte werd uitgesloten. Indien zulks zou komen vast te staan is meteen aangetoond dat de hele gunningsprocedure gevitieerd is, nu in dat geval bij de beoordeling van de offertes ten onrechte geen rekening werd gehouden met een regelmatige inschrijver. Verzoekende partij beschikt dan ook wel degelijk over het rechtens vereiste belang bij het beroep. Zij dient niet nog eens aan te tonen dat zij bovendien ook recht had op toewijzing van de opdracht.

De “simulatie”, die in feite een *post factum* onderzoek van de offerte van verzoekende partij inhoudt, die de diensten van verwerende partij – zoals zij overigens zelf erkent – pas ruim na het nemen van de gunningsbeslissing, door de ter zake bevoegde overheid, hebben opgesteld, kan niet dienstig worden ingeroepen om verzoekende partij dit belang alsnog te ontzeggen. In beginsel kan immers enkel rekening worden gehouden met het onderzoek van de offertes

uitgevoerd vóór het nemen van de gunningsbeslissing, in welk onderzoek de offerte van verzoekende partij te dezen nog niet werd betrokken.

De exceptie wordt verworpen.

#### *V. Onderzoek van het eerste middel*

##### *Standpunt van de partijen*

7. In het eerste middel roept verzoekende partij de schending in van “artikel 7 van de Wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken en artikel 3 van het Koninklijk Besluit tot vaststelling van bepaalde toepassingsmaatregelen van de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken”.

Verzoekende partij stelt in essentie dat zij, in tegenstelling tot wat verwerende partij heeft beslist, wel degelijk tot de juiste erkenningsklasse behoort, zijnde klasse 1, en dus voldoende erkenning bezit om de opdracht uit te voeren. Zij verwijst naar artikel 3, § 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, dat onder meer bepaalt: “Het maximale bedrag exclusief B.T.W. van de aanneming van werken die aan de aannemer mag worden gegund is voor elk van de eerste zeven klassen vastgesteld als volgt: klasse 1: 135 000 EUR”. De vierde paragraaf van deze bepaling luidt: “Voor de gunning van een opdracht is de vereiste erkenningsklasse deze welke overeenstemt met het goed te keuren bedrag van de inschrijving”. Verzoekende partij wijst er vervolgens op dat haar offerte een aannemingsprijs van 158.094,97 euro, btw inbegrepen, bevat, wat neerkomt op 130.657,00 euro, btw niet inbegrepen, dus “lager dan het bij K.B. bepaalde bedrag van 135.000,00 €, zodat verzoekster overeenkomstig hetzelfde K.B. alsdan in erkenningsklasse 1 ingedeeld dient te worden”.

Verzoekende partij werpt nog op dat de raming van verwerende partij 128.706,49 euro, btw inbegrepen, bedraagt.

8. Verwerende partij erkent dat verzoekende partij een offerte heeft ingediend “voor een bedrag van 130.657,00 euro en dat dit bedrag binnen de door artikel 3 § 2 van het K.B. van 26 september 1991 bepaalde grenzen voor een erkenning klasse 1 blijft”, doch betoogt dat verzoekende partij “uit het oog [verliest] dat het slechts om de eerste fase van de opdracht gaat en dat deze opdracht nog uitgebreid zou worden, als hiervoor budgettaire ruimte was”. Het is om deze reden, aldus verwerende partij, dat het bestek “bepaalt dat voor het uitvoeren van de opdracht de erkenningen categorieën C en V, klasse 2 of hoger en categorie V, klasse 2 of hoger vereist zijn”.

Te dezen bleek volgens verwerende partij dat het vastgelegde krediet ruimte liet voor het plaatsen van drie bijkomende IBA's, zodat de opdracht bij de gunning navenant werd uitgebreid. Verwerende partij verwijst vervolgens naar de door haar reeds bij de ontvankelijkheid van het beroep ter sprake gebrachte “simulatie”, waaruit blijkt dat de totale waarde van de opdracht (inbegrepen de drie bijkomende IBA's), indien ze aan verzoekende partij zou worden gegund, 159.206,52 euro zou bedragen. Dit betekent dat verzoekende partij, indien de opdracht aan haar zou worden toegewezen, over onvoldoende erkenning beschikte om de opdracht uit te voeren - voor de beoordeling van de vereiste erkenning moet immers naar het werkelijk belang en de totaliteit van de opdracht gekeken worden - zodat de offerte van verzoekende partij in overeenstemming met artikel 3 van het voornoemde koninklijk besluit van 26 september 1991, werd uitgesloten.

9. In de memorie van wederantwoord betwist verzoekende partij het standpunt van verwerende partij: het stadsbestuur heeft in het budget van 2009 een krediet van 150.000,00 euro opgenomen voor de werken die het voorwerp uitmaken van de opdracht. Uit het gunningsverslag blijkt dat dit bedrag als inbegrepen de btw dient te worden beschouwd, hetwelk aldus lager is dan het bij koninklijk besluit bepaalde bedrag van 135.000 euro, btw niet inbegrepen, zodat aannemers van erkenningsklasse 1 wel degelijk voor de opdracht in aanmerking komen. De stelling van verwerende partij met betrekking tot de uitbreiding van de opdracht in functie van de budgettaire ruimte is dan ook niet ter zake dienend en bovendien een motivering achteraf aangezien hierover niets wordt vermeld in de opdrachtdocumenten.

10. In haar laatste memorie voegt verwerende partij aan haar betoog enkel nog toe dat terecht wordt opgemerkt dat “de uitbreiding met 3 bijkomende IBA’s niet in het bestek terug te vinden is”, “deze uitbreiding blijkt echter uit het administratief dossier dat aan de basis ligt van de bestreden gunningsbeslissing en uit deze beslissing zelf”.

### *Beoordeling*

11.1. Artikel 7 van de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken, luidt onder meer:

“Art. 7. § 1. Voor de toepassing van deze wet worden de werken ingedeeld in verschillende klassen volgens het bedrag van de inschrijving en in verschillende categorieën en ondercategorieën volgens hun aard. Deze indeling wordt bij koninklijk besluit bepaald.

§ 2. Overeenkomstig de indeling van § 1 kan aan de aannemers een erkenning verleend worden in klassen, categorieën en ondercategorieën van werken die hen mogen worden gegund”.

Artikel 3 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, bepaalt onder meer:

“Art. 3. § 1. De erkende aannemers worden voor elke categorie of ondercategorie in acht klassen ingedeeld.

§ 2. Het maximale bedrag exclusief btw van de aanneming van werken die aan de aannemer mag worden gegund is voor elk van de eerste zeven klassen vastgesteld als volgt:

klasse 1: 135 000 euro

klasse 2: 275 000 euro

[...]

§ 3. [...]

§ 4. Voor de gunning van een opdracht is de vereiste erkenningsklasse deze welke overeenstemt met het goed te keuren bedrag van de inschrijving”.

11.2. Uit deze beide bepalingen volgt dat om de voor de uitvoering van een bepaalde opdracht van werken vereiste erkenningsklasse te bepalen, rekening dient te worden gehouden met het bedrag van de inschrijving.

Verzoekende partij had een offerte ingediend aan een bedrag zonder btw van 130.657,00 euro. Deze som ligt, zoals verwerende partij ook zelf erkent, lager dan de door artikel 3, § 2, van het koninklijk besluit van 26 september 1991 bepaalde maximumdrempel van 135.000 euro, btw niet inbegrepen, voor de erkenning klasse 1. Aldus volstond in hoofde van verzoekende partij een erkenning in klasse 1.

11.3. Verwerende partij werpt tegen dat uit de voormelde “simulatie” blijkt dat, indien de “drie” bijkomende IBA’s ook aan verzoekende partij zouden worden gevraagd, het totaalbedrag van de offerte van deze inschrijver 159.206,52 euro, btw niet inbegrepen, zou bedragen, zodat verzoekende partij hoe dan ook over een onvoldoende erkenning beschikte om de opdracht uit te voeren.

Zoals bij de beoordeling van de ontvankelijkheid van het beroep reeds werd vastgesteld kan met het *post factum* onderzoek van de offerte van verzoekende partij geen rekening worden gehouden. Voorts gebeurde de uitbreiding van de opdracht met “drie” bijkomende IBA’s in functie van de beschikbare budgettaire ruimte van 150.000 euro, btw niet inbegrepen, gesteld tegenover het bedrag van de offerte van de gekozen inschrijver voor de aanvankelijke zestien IBA’s. Er dient in dit verband overigens te worden vastgesteld dat zowel de beslissing van de gemeenteraad van 6 oktober 2009 als het bestek bij de omschrijving van het voorwerp van de opdracht melding maken van zestien IBA’s en de opdracht uiteindelijk wordt gegund voor achttien IBA’s, zodat de uitbreiding in feite slechts twee IBA’s blijkt te betreffen. Indien de offerte van verzoekende partij als economisch meest voordelige uit het onderzoek zou zijn gekomen, dan zou een dergelijke uitbreiding niet mogelijk zijn geweest en ofwel een lager aantal bijkomende IBA’s zijn gevraagd, of zelfs helemaal geen bijkomende IBA’s, aangezien haar inschrijvingsbedrag, btw inbegrepen, de budgettaire grens reeds overschreed.

11.4. Verzoekende partij werd ten onrechte om de in de bestreden beslissing voormelde reden niet geselecteerd. Deze vaststelling tast de wettigheid van de gehele gunningsprocedure aan, nu bijgevolg met haar offerte geen

rekening werd gehouden in het onderzoek van de offertes en de toewijzing van de opdracht.

Het middel is gegrond.

## **BESLISSING**

**1. De Raad van State vernietigt de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de stad Herentals van 28 december 2009 betreffende de aankoop van individuele behandelingsinstallaties van afvalwater.**

**2. De verwerende 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 27 oktober 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**