

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 221.663 van 7 december 2012

in de zaak A. 206.944/XII-7133

In zake: de BVBA J2F SPORT INFRASTRUCTURE CONSULTANCE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Andy Beelen
kantoor houdend te 3740 Bilzen
Grensstraat 4
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD WAREGEM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Carlos De Wolf en Diego Fornaciari
kantoor houdend te 9680 Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 8 november 2012, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van

“(a) De beslissing van het College van Burgemeester en Schepenen van de stad Waregem d.d. 11.10.2012 dat [...]:

‘Art. 1 Goedkeuring wordt verleend aan het verslag van nazicht van de offertes van 25 september 2012 voor de opdracht ‘Aanleggen atletiekpiste op uitbreiding sportstadion: aanstellen ontwerper’, opgesteld door de dienst Wegen, Waterlopen en Verkeer

Art. 2. Deze opdracht wordt gegund aan de laagste regelmatige bieder, zijnde Van Wassenhove Architecten [...] tegen de voorwaarden vermeld in de offerte van deze inschrijver.

Art. 3 De uitvoering moet gebeuren overeenkomstig de lastvoorwaarden vastgelegd in het bijzonder bestek met nr. 2012/081.’

(b) De impliciete beslissing van het College van Burgemeester en Schepenen van de stad Waregem d.d. 11.10.2012 om de opdracht met volgens het

bestek als voorwerp ‘aanleggen atletiekpiste op uitbreiding sportstadion: aanstellen ontwerper’ noch naar deel architectuur (voorontwerp – ontwerp – gunning – leiding van de werken – opleveringen, zie art. III.2.2. van het Bestek), noch naar deel coördinatie veiligheid ontwerp en verwezenlijking te gunnen aan [de bvba J2F Sport Infrastructure Consultance]”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 3 december 2012, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Andy Beelen, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Carlos De Wolf, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederic Eggermont 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 overheidsopdracht uit voor een aanneming van diensten met als voorwerp ‘Aanleggen atletiekpiste op uitbreiding sportstadion: aanstellen ontwerper’. Als gunningswijze wordt gekozen voor de openbare aanbesteding.

De opdracht wordt beheerst door het bijzonder bestek met referentie 2012/081. De uitgave voor de opdracht wordt geraamd op 60.000,00 euro btw niet inbegrepen.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 9 juli 2012.

3.3. Inzake de kwalitatieve selectie, meer bepaald de ‘technische bekwaamheid van de inschrijver’, wordt in het bestek *sub* I.5 bepaald dat volgende bewijsstukken vereist zijn:

- “- Een VCA-certificaat (Veiligheid, gezondheid en milieu Checklist Aannemers) ten bewijze dat de firma voldoet aan de minimumeisen op het gebied van veiligheid, gezondheid en milieu of een gelijkwaardig document voor buitenlandse inschrijvers.
- De studie- en beroepskwalificaties van de dienstverlener en/of van het ondernemingskader en, in het bijzonder, van de verantwoordelijke(n) voor de uitvoering van de diensten. Op te geven welke mensen er worden ingezet voor deze opdracht. Ook op te geven voor deel veiligheidscoördinatie.”

In titel II (‘Contractuele bepalingen’) wordt inzake de betalingstermijn (II.6) bepaald:

“De inschrijver zal in zijn offerte het percentage erelonen voor deze opdracht opgeven. De uitbetaling van de erelonen zal in schijven gebeuren, [...]

Het ereloon is door de gemeente verschuldigd volgens navermeld tijdschema:

1. na het indienen van het voorontwerp en na de goedkeuring ervan door het college van burgemeester en schepenen
20 % van het ereloon, berekend op de voorlopige raming;
2. na het indienen van het definitieve ontwerp en na de goedkeuring ervan door de gemeenteraad:
60 % van het ereloon, berekend op de gedetailleerde raming;
3. na de goedkeuring van de aanbesteding door het college van burgemeester en schepenen:
70% van het ereloon, berekend op het bedrag van de goedgekeurde bieding; al het reeds vroeger uitgekeerde ereloon wordt evenwel afgetrokken van het bedrag van dit derde gedeelte;
4. na de voorlopige oplevering van de werken en nadat de eindafrekening door het gemeentebestuur aanvaard is:

90% van het ereloon, berekend op het bedrag van de eindafrekening;
5. na de definitieve aanvaarding van de werken: het resterend gedeelte van het ereloon.

Het ereloon voor het luik veiligheidscoördinatie is door de gemeente verschuldigd volgens navermeld tijdschema:

1. na het indienen van het veiligheids- en gezondheidsplan en na de goedkeuring ervan door het college van burgemeester en schepenen
30 % van het ereloon, berekend op de voorlopige raming.
2. na gunning van de opdracht aan een aannemer: 60% van het ereloon, berekend op het bedrag van de goedgekeurde bieding; al het reeds vroeger uitgekeerde ereloon wordt evenwel afgetrokken van het bedrag van dit derde gedeelte;
3. na het indienen van het post- interventiedossier veiligheid van werken: het resterend gedeelte van het ereloon veiligheidscoördinatie.”

In titel III (‘Technische bepalingen’) wordt de opdracht omschreven als volgt:

“Het voorwerp van de opdracht is het aanstellen van een ontwerper voor de aanleg van een atletiekpiste. De piste is in waterdoorlatend[e] kunststof. De inhoud van de opdracht is het ontwerpen van:

- een piste met 6 loopbanen
- of een piste met 6 loopbanen + 8 banen van 100 voor de sprintnummers
- of een piste met 8 loopbanen.

Opmaken ontwerp voor de uitrusting diverse sportdisciplines: Uitrusting hindernissenloop (steeple), voor [pols]stokspringen, voor hoogspringen, voor hinkstapspringen en verspringen, voor kogelstoten, voor speerwerpen, voor hordenlopen. (geen hamerslingeren en discuswerpen)

Opmaken ontwerp infrastructuur: Circulatieruimte voor toeschouwers (deels verhard)

Opmaken ontwerp technieken: bestaande verlichting aanpassen – verplaatsen – aanpassen om voldoende lux te bekomen + installatie voor elektronische tijdsopneming. De ontwerper voorziet alle voorzieningen. De eigenlijke installatie kan in een andere opdracht voorzien worden los van deze opdracht.

Het concept moet IAAF-, KBAB- en VAL- conform zijn.

De joggingpiste wordt ingetekend op het plan, maar valt buiten de opdracht. (de nodige aanpassingswerken aan de bestaande joggingpiste worden uitgevoerd door de eigen technische dienst)

Opmaken dossier bouwaanvraag.

Veiligheidscoördinatie ontwerp en veiligheidscoördinatie verwezenlijking.”

De stadia van de opdracht worden in titel III voorts als volgt omschreven: (1) voorontwerp, (2) ontwerp, (3) veiligheidscoördinatie, (4) medewerking bij de aanbesteding, (5) leiding van de werken, en (6) voorlopige en definitieve oplevering.

Wat betreft de veiligheidscoördinatie is te lezen:

“Het uitvoeren van de veiligheidscoördinatie- ontwerp en – verwezenlijking maken deel van deze opdracht. Hierin is ook de opmaak van het veiligheids- en gezondheidsplan ontwerp en verwezenlijking inbegrepen.”

3.4. De opening van de offertes vindt plaats op 4 september 2012. Er werden negen offertes ingediend, waaronder die van verzoekende partij en de THV bvba Van Wassenhove Architecten – bvba BVP.

3.5. In het verslag van nazicht van de offertes van 25 september 2012 wordt opgemerkt dat alle inschrijvers voldoen aan de selectiecriteria inzake technische bekwaamheid:

“- Een VCA-certificaat (Veiligheid, gezondheid en milieu Checklist Aannemers) ten bewijze dat de firma voldoet aan de minimumeisen op het gebied van veiligheid, gezondheid en milieu of een gelijkwaardig document voor buitenlandse inschrijvers.

Geen enkel studiebureau beschikt over VCA-certificaat.

De studiebureaus die over personeel beschikken die een attest basisveiligheid (B-VCA) of een attest veiligheid voor operationeel leidinggevend (VOL-VCA) hebben behaald worden aanvaard.

Ook de bureaus met personeel die de aanvullende vorming voor coördinatoren inzake veiligheid en gezondheid op tijdelijke of mobiele bouwplaatsen niveau B hebben gevolgd komen in aanmerking.”

Vervolgens wordt in het verslag van nazicht van de offertes gesteld:

“Volgende inschrijvers worden geselecteerd omdat eventuele tekortkomingen niet essentieel zijn:

Naam	Motivering
Plantec nv	Geselecteerd op basis van een verklaring op eer. Getuigschrift voor coördinatoren van niveau A, B en attest VCA voor operationeel leidinggevende.
bvba Pollentia	Geselecteerd op basis van een verklaring op eer. Er werd geen VCA-attest of getuigschrift aanvullende vorming voor coördinatoren bijgevoegd, maar kan op verzoek aangeleverd worden.
J2F Sport	Geselecteerd op basis van een verklaring op eer. Attest basisveiligheid VCA en attest voor operationeel leidinggevende.
Studiebureau Demey	Geselecteerd op basis van een verklaring op eer. Getuigschrift voor coördinatoren van niveau B.
Van Humbeeck – Van Schel	Geselecteerd op basis van een verklaring op eer. Getuigschrift voor coördinatoren van niveau B.
Studiebureau ir. Ch. Lobelle	Geselecteerd op basis van een verklaring op eer. Specifieke aanvullende vorming voor coördinatoren van niveau B.
Van Wassenhove Architecten	Geselecteerd op basis van een verklaring op eer. Specifieke aanvullende vorming voor coördinatoren van niveau B.
Architectenbureau Van Acker & Partners cvba	Geselecteerd op basis van een verklaring op eer. Getuigschrift voor coördinatoren van niveau B.
Anteagroup	Geselecteerd op basis van een verklaring op eer. Vermelding dat diverse personeelsleden beschikken over een getuigschrift voor coördinatoren van niveau B of hebben een opleiding VCA gevolgd.

[...]”.

De finale rangschikking in het verslag van nazicht is uiteindelijk als volgt:

“[...]”

Nr.	Naam	% ere- loon	% ereloon veiligheids- coördinatie	Prijs excl. btw*
7	Van Wassenhove Architecten	3,84 %	0,14 %	€ 39.800,00
3	J2F Sport	3,50 %	0,50 %	€ 40.000,00

[...]”.

Er wordt dan ook voorgesteld de opdracht te gunnen aan de inschrijver met de laagste regelmatige offerte, dit is de “bvba Van Wassenhove Architecten”.

3.6. Bij beslissing van 11 oktober 2012 van het college van burgemeester en schepenen van de stad Waregem wordt de opdracht gegund aan de “bvba Van Wassenhove Architecten” na goedkeuring te hebben gegeven aan het nazichtsverslag.

3.7. Met een op 24 oktober 2012 ter post aangetekende brief wordt verzoekende partij op de hoogte gebracht van voormelde beslissing. Tevens wordt het gunningsverslag aan verzoekende partij bezorgd.

3.8. Bij brief van 29 oktober 2012, die door verwerende partij op 31 oktober 2010 werd ontvangen, vraagt de raadsman van verzoekende partij om “binnen een termijn van 72u., te rekenen vanaf de verzending van deze brief per fax, de beslissing d.d. 15.10.12 in te trekken en bij nieuwe beslissing de opdracht aan [...] cliënte te gunnen” en “om [...] binnen dezelfde termijn van 72u. een eensluidend verklaard afschrift over te maken van het offerteformulier van Van Wassenhove Architecten en van de documenten die deze bij haar offerteformulier voegde, zoals vereist op pag. 5 van het bestek onder I.5 Kwalitatieve selectie (d.i. inclusief de ingediende ‘verklaring op eer en de specifieke aanvullende vorming voor coördinatoren van niveau B’, vermeld in het aanbestedingsverslag, pag. 3)”.

Verwerende partij reageert vervolgens met een op 7 november 2012 ter post aangetekende brief. Hierna maakt verzoekende partij bij brief van 12 november 2012, en door verwerende partij de volgende dag ontvangen, bezwaren over de laattijdige mededeling van een afschrift van het offerteformulier van de gekozen inschrijvers.

IV. De schorsingsvoorwaarden

4.1. 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.

4.2. Te dezen is evenwel 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’ van toepassing.

Luidens het door voornoemde wet van 23 december 2009 in de wet van 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is voor de schorsing van de thans bestreden beslissingen het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist.

Anderzijds verplicht artikel 65/15, tweede lid, verzoekende partij tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Overeenkomstig artikel 65/31 gelden deze bepalingen ook voor opdrachten die de drempel voor Europese bekendmaking niet bereiken.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de bestreden beslissingen kunnen verantwoorden.

V. Onderzoek van de middelen

Vooraf: vraag tot voorbehoud

5.1. Verzoekende partij vraagt dat, in geval de in haar verzoekschrift aangevoerde middelen niet ernstig worden bevonden, “de behandeling van de vordering” zou worden “uitgesteld” om haar toe te laten de in haar brief van 29 oktober 2012 gevraagde documenten te bestuderen en haar zo in staat te stellen haar middelen verder te adstrueren dan wel nieuwe middelen te formuleren.

5.2. Op de vraag van verzoekende partij kan niet worden ingegaan. In de eerste plaats moet worden vastgesteld dat verwerende partij verzoekende partij met inachtneming van de artikelen 65/8 en 65/10 van de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’ (hierna: de wet van 24 december 1993) lijkt te hebben geïnformeerd. Voorts heeft verzoekende partij vanaf 21 november 2012 kennis kunnen nemen van het administratief dossier. Zij erkent ook dat zij met een brief van 6 november 2012 in kopie het offerteformulier van de THV bvba Van Wassenhove Architecten – bvba BVP van verwerende partij heeft ontvangen. Los van het antwoord op de vraag of de aangewende procedure het aanvoeren van nieuwe middelen toelaat, toont verzoekende partij, ook niet ter zitting, op enige wijze aan dat deze feiten en werkwijze haar rechten van verdediging hebben aangetast nu zij in staat lijkt te zijn gesteld over alle elementen te beschikken in functie van de terechtzitting en zij daarvan trouwens gebruik heeft gemaakt bij haar tweede middel.

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6. In het eerste middel voert verzoekende partij de schending aan van artikel 15 van de wet van 24 december 1993, van het zorgvuldigheids-, het gelijkheids-, het rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel.

Verzoekende partij betoogt dat het offerteformulier eist om twee afzonderlijke prijzen op te geven: één voor ontwerp/architectuur en één voor coördinatie veiligheid ontwerp en verwezenlijking. Er wordt niet gevraagd om een totaalprijs op te geven. Dit werd tot tweemaal toe aan verzoekende partij bevestigd door de contactpersoon van verwerende partij.

Zoals in het aanbestedingsverslag vermeld gaat de laagste regelmatige offerte voor ontwerp/architectuur uit van verzoekende partij (3,50 %) en niet van de “bvba Van Wassenhove Architecten” (3,84 %).

Door de opdracht niet aan verzoekende partij toe te wijzen heeft verwerende partij artikel 15 van voornoemde wet geschonden alsook de opgegeven beginselen.

Beoordeling

7. Op het eerste gezicht kan er uit de hiervoor weergegeven besteksbepalingen niet worden afgeleid dat de kwestieuze opdracht bestaat uit twee percelen of dat het om twee afzonderlijke opdrachten zou gaan. De besteksbepalingen lijken uitdrukkelijk op één opdracht te doelen.

Het besteksgegeven dat de inschrijver twee aparte ereloonpercentages dient op te geven, lijkt enkel belang te vertonen in functie van het tijdstip waarop deze verschuldigd zijn.

De verwijzingen naar verklaringen van de contactpersoon van verwerende partij, die overigens lijken in te gaan tegen de besteksbepalingen, worden niet door verzoekende partij aangetoond.

Het middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

8. In het tweede middel voert verzoekende partij de schending aan van artikel 15 van de wet van 24 december 1993, van artikel 68 en 110 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken’, van het beginsel *patere legem* en van het zorgvuldigheidsbeginsel.

Verzoekende partij betoogt dat het bestek bepaalt dat een VCA-attest of een gelijkwaardig document voor buitenlandse inschrijvers is vereist en dat het niet nakomen van verbintenissen inzake één van de clausules of beschikkingen leidt tot een substantiële onregelmatigheid van de offerte. Het aanbestedingsverslag vermeldt echter dat een VCA-attest niet nodig is, zelfs niet voor niet-buitenlandse inschrijvers, en dat andere attesten kunnen volstaan voor selectie.

Verwerende partij had de offerte van “de bvba Van Wassenhove Architecten” niet mogen selecteren, want het bestek bepaalt niet dat een aanvullende vorming voor coördinatoren van een niveau B, waarover de zaakvoerder van die inschrijver beschikt, volstaat voor selectie. Verzoekende partij daarentegen beschikt in de persoon van haar bestuurder zowel over een attest basisveiligheid VCA (B-VCA) als een attest veiligheid voor operationeel leidinggevenden VCA (VOL-VCA). Ten onrechte staat dan ook in het aanbestedingsverslag dat geen enkel studie bureau over een VCA-certificaat zou beschikken.

Er kan trouwens, zo vervolgt verzoekende partij, worden benadrukt dat verzoekende partij blijkens het aanbestedingsverslag de enige is die effectief zelfs twee VCA-attesten bij haar offerte heeft gevoegd. Verwerende partij had bijgevolg niet alleen de offerte van “de bvba Van Wassenhove Architecten” niet mogen selecteren, zij had tevens de opdracht moeten gunnen aan verzoekende partij. In de toepassing die verwerende partij maakte door beide prijzen samen te

tellen, geldt die verplichting tot gunning aan verzoekende partij dan bovendien zowel voor het deel ‘ontwerp/architectuur’ als voor het deel ‘coördinatie veiligheid ontwerp en verwezenlijking’, aangezien verzoekende partij dan met 4 % de beste totaalprijs had.

Beoordeling

9.1. Luidens het bestek dient “een VCA certificaat” te worden voorgelegd door de inschrijver “ten bewijze dat de firma voldoet aan de minimumeisen op het gebied van veiligheid, gezondheid en milieu of een gelijkwaardig document voor buitenlandse inschrijvers”.

Verwerende partij betoogt dat geen enkele inschrijver een VCA certificaat op zijn naam heeft ingediend. Verzoekende partij meent dat het bestek geen certificaat op naam van de onderneming zelf vereist maar een VCA certificaat op naam van een fysiek persoon, wat volgens haar trouwens de enige mogelijkheid van certificering die het bestek toelaat, zou zijn.

In de huidige stand van het geding lijkt de interpretatie van verwerende partij aanvaardbaar onder meer omdat verzoekende partij niet aantoont dat de stelling van verwerende partij dat een VCA certificaat op naam van een onderneming mogelijk is, onjuist is. Zij had die stelling kunnen weerleggen bijvoorbeeld door een verklaring van de uitgever van de certificaten bij te brengen.

In die omstandigheden lijkt het *prima facie* verwerende partij niet ten kwade te kunnen worden geduid dat zij zich laat leiden door volgens haar gelijkwaardige documenten, hetgeen zij volgens het bestek overigens mocht voor buitenlandse inschrijvers.

In hoofde van de begunstigde inschrijvers heeft verwerende partij genoeg genomen met het attest “aanvullende vorming voor coördinatoren inzake veiligheid en gezondheid op tijdelijke of mobiele bouwplaatsen niveau B”.

Nergens toont verzoekende partij aan dat dit laatste attest niet gelijkwaardig zou zijn met het in het bestek vereiste VCA certificaat, laat staan met de voor haar als gelijkwaardig aanvaarde VCA-attesten basisveiligheid en veiligheid voor operationeel leidinggevend.

In die omstandigheden lijkt het middel niet ernstig.

9.2.1. Ter zitting betoogt verzoekende partij dat de begunstigde inschrijvers het attest van de specifieke aanvullende vorming voor coördinatoren van niveau B blijkbaar niet bij hun offerte hebben gevoegd en achteraf zouden hebben neergelegd wat echter niet blijkt uit het niet-vertrouwelijk gedeelte van het administratief dossier.

9.2.2. Verwerende partij geeft toe dat het attest niet bij de offerte was gevoegd en dat het achteraf werd opgevraagd.

9.2.3. Uit het administratief dossier, vertrouwelijk gedeelte, en de inventaris ervan blijkt dat het in hoofde van de begunstigde inschrijvers aanvaarde attest niet bij de offerte was gevoegd en dat het achteraf werd opgevraagd en toegevoegd.

Het attest werd uitgereikt door de vzw Syntra West op 3 oktober 2003. In hun offerte hadden de gekozen inschrijvers naar dit attest verwezen.

In die omstandigheden lijkt het verwerende partij niet te kunnen worden verweten dit attest achteraf te hebben opgevraagd.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 7 december 2012, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Pierre Barra