RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

nr. 84.828 van 25 januari 2000
in de zaak A. 83.863/XII-2037.

In zake : de NV BETONAC,
die woonplaats kiest bij
advocaten B. de DUVE en C. DE WOLF,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Tervurenlaan 268 A

tegen :

het Vlaamse Gewest, vertegenwoordigd door de Vlaamse regering,
dat woonplaats kiest bij
advocaat K. RONSE,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Louizalaan 523.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de NV BETONAC op 30 april 1999 heeft ingediend om de schorsing van de tenuitvoerlegging te vorderen van :

"1) De beslissing van het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap van 5 maart 1999 waarbij de inschrijving van Verzoekster op de openbare aanbesteding voor aanneming van werken m.b.t. het project R26-Ring om Diest, vak Leuvense Poort-Hasseltse Poort, N2 Leuvensesteenweg, vak R26-Leuvense Poort, wegmodernisering en rotondes, overeenkomstig het bestek KN98D3, niet werd weerhouden;
2) De toewijzingsbeslissing van het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap aan Interplant nv, onbekende datum betreffende de opdracht die betrekking heeft op de openbare aanbesteding voor aanneming van werken m.b.t. het project R26-Ring om Diest, vak Leuvense Poort-Hasseltse Poort, N2 Leuvensesteenweg, vak R26-Leuvense Poort, wegmodernisering en rotondes, overeenkomstig het bestek KN98D3;
3) De beslissing van het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap van 10 maart 1999, waarbij de motivering wordt verstrekt waarom de inschrijving van Verzoekster niet als regelmatige laagste inschrijving werd

aangemerkt in het kader van genoemde aanbesteding";

Gezien het op dezelfde dag ingediende verzoekschrift, waarbij dezelfde verzoekende partij de vernietiging vordert van dezelfde beslissingen;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gezien het verslag opgemaakt door auditeur J. STEVENS;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen;

Gelet op de beschikking van 26 oktober 1999 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 23 november 1999;

Gelet op de brief van 16 november 1999 waarbij de zaak wordt uitgesteld tot de terechtzitting van 7 december 1999;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter J. DE BRABANDERE;

Gehoord de opmerkingen van advocaten C. DE WOLF en H. BERVOETS, die verschijnen voor de verzoekende partij, en van advocaat K. RONSE, die verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur J. STEVENS;

Gelet op de artikelen 17 en 18 en titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

Over de gegevens van de zaak.

1. Overwegende dat de gegevens van de zaak kunnen worden samengevat als volgt :

1.1. De verwerende partij schrijft voor voormelde opdracht een openbare aanbesteding uit.

In het bestek is onder meer bepaald :

"Algemene informatie
Aanbestedende overheid en autoriteit voor toezicht en leiding over de opdracht : HET VLAAMSE GEWEST,
...
Een gedeelte van de werken wordt evenwel uitgevoerd voor rekening van respectievelijk Aquafin en de stad Diest, verder in dit bestek aangeduid als 'medefinancier'.
...
Art. 113
Voor de rangschikking en de eventuele toewijzing der werken wordt de totale som excl. BTW in aanmerking genomen van :
a) het deel ten laste van het Vlaamse Gewest ;
b) het deel ten laste van de medefinanciers : resp. Aquafin en de stad Diest.
...
Art. 15, § 1
...
De werken worden uitgevoerd ten laste van het Vlaamse Gewest voor een gedeelte van de aanneming en ten laste van de medefinanciers, resp. Aquafin en de stad Diest, voor andere gedeelten van de aanneming.
In de opmeting is het gedeelte bepaald dat door de medefinanciers, resp. Aquafin en de stad Diest, rechtstreeks dient betaald te worden aan de aannemer op zicht van afzonderlijke vorderingsstaten, door de aannemer op te stellen en door de aanbestedende overheid na te zien. De desbetreffende facturen dienen rechtstreeks door de aannemer aan de medefinanciers overgemaakt.
Betalingsaanvragen en vorderingsstaten worden ingediend bij het opdrachtgevend bestuur. Afzonderlijke kopieën worden per deel ingediend bij de betalende partij, t.t.z. voor
- het deel ten laste van het Vlaamse Gewest
- het deel ten laste van Aquafin
- het deel ten laste van de gemeente
...
De facturen gericht aan de nv Aquafin dienen de vermelding te dragen : 'BTW te voldoen door medecontractant - K.B. nr. 1 art. 20 van 29.12.1992'.
...

Art. 25, § 1. ELEMENTEN DIE IN DE PRIJZEN ZIJN BEGREPEN

Voor de werken ten laste van de nv Aquafin wordt de BTW betaald door de medecontractant. De op te geven prijzen moeten berekend worden exclusief BTW".

De opmeting en de samenvattende opmetingsstaat zijn onderverdeeld in drie delen, respectievelijk ten laste van het Vlaamse Gewest, van de stad Diest en van Aquafin.

Het offerteformulier is opgesteld, wat de invulling van de prijs betreft, met het aandeel van het ministerie van de Vlaamse Gemeenschap en dat van de stad Diest zowel exclusief als inclusief BTW en wat het aandeel van Aquafin betreft louter exclusief BTW.

1.2. De offertes worden geopend op 13 november 1998. Er zijn vijf inschrijvers. Als resultaat wordt voorgelezen en in het proces-verbaal opgetekend :

Interplant 244.326.175 fr.

Betonac 242.420.083 fr.

...

De offerte van Interplant luidt :

Aandeel ministerie van het VLaamse Gewest :

101.914.950 fr. (excl. BTW)

123.317.090 fr. (incl. BTW)

Aandeel Diest : 42.801.397 fr. (excl. BTW)

51.789.690 fr. (incl. BTW)

Aandeel Aquafin : 69.219.395 fr. (excl. BTW)

Totaal exclusief BTW = 213.935.742 fr.

Totaal aandeel Vlaamse Gewest en Diest inclusief BTW en Aquafin exclusief BTW = 244.326.175 fr.

De offerte van Betonac is :

Aandeel ministerie van het VLaamse Gewest :

97.768.658 fr. (excl. BTW)

118.300.076 fr. (incl. BTW)

Aandeel Diest : 37.751.303 fr. (excl. BTW)
45.679.077 fr. (incl. BTW)
Aandeel Aquafin : 78.440.930 fr. (excl. BTW)
Totaal exclusief BTW = 213.960.891 fr.
Totaal aandeel VLaamse Gewest en Diest inclusief BTW en Aquafin exclusief BTW = 242.420.083 fr.;

1.3. Met een aangetekende brief van 14 december 1998, ontvangen op 15 december 1998, deelt de verzoekende partij aan de verwerende partij mede dat zij de laagste offerte heeft ingediend omdat het aandeel van de verwerende partij en van de stad Diest inclusief BTW dient te worden gerekend en het aandeel van Aquafin exclusief BTW.

Met aangetekende brief van 16 december 1998 herhaalt verzoekster t.o.v. de verwerende partij haar zienswijze.

1.4. Op 17 december 1998 keurt de bevoegde minister de offerte van Interplant goed; dat is de toewijzingsbeslissing.

1.5. Met aangetekende brief van 8 februari 1999 herhaalt verzoekster nogmaals haar zienswijze.

1.6. Met brief van 1 maart 1999 deelt de verwerende partij aan verzoekster mede dat "uw inschrijving niet werd weerhouden".

1.7. Op 5 maart 1999 verzendt de verwerende partij de kennisgeving van de goedkeuring van de offerte aan de NV Interplant. Het goedgekeurd bedrag is 244.326.175 fr.

1.8. Op 10 maart 1999 wordt het bevel tot aanvang van de werken gegeven, met aanvangsdatum op 1 mei 1999. De duur van de werken is bepaald op 170 werkdagen.

1.9. Met brief van 10 maart 1999 deelt de verwerende partij aan verzoekster mede :

> "...
> Voor het bepalen van de laagste regelmatige inschrijver is het bestuur verplicht (op grond van de wet zelf) om met alle berekenbare gegevens rekening te houden die met zekerheid de uitgaven van de overheid zullen verhogen (dit is niet hetzelfde als de uitgaven van de contractant).
> Het kan niet betwist worden dat voor het deel van de werken ten laste van de NV Aquafin het opdrachtgevend bestuur als 'klant' van de aannemer, de op dat deel verschuldigde BTW toch moet betalen. De speciale regeling voorzien in de BTW-wetgeving waarbij tussen twee BTW-belastingsplichtigen de BTW opgenomen wordt in de aangifte van de medecontractant, doet hieraan immers geen afbreuk.
> De vergelijking der offerteprijzen moet m.a.w. gebeuren op basis van alle bedragen inclusief BTW ook op het gedeelte NV Aquafin.
> Rekening houdend met hogervermelde gegevens blijkt dat u, na rangschikking, niet de laagste regelmatige inschrijver bent";

Over de ontvankelijkheid van de vordering.

2. Overwegende dat de eigenlijke toewijzingsbeslissing -de tweede door verzoekster bestreden beslissing- genomen werd op 17 december 1998, welke beslissing eveneens de door verzoekster verkeerdelijk op 5 maart 1999 gedateerde beslissing inhield om haar offerte "niet te weerhouden"; dat de zogenaamde beslissing van 10 maart 1999 louter de mededeling inhield van de motieven van de toewijzing; dat de vordering bijgevolg slechts ontvankelijk is inzoverre zij is gericht tegen de tweede beslissing, te dateren op 17 december 1998, met dien verstande dat daarin ook de eerste bestreden beslissing begrepen is;

Over de gegrondheid van de vordering.

3. Overwegende dat luidens artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State slechts

tot schorsing van de tenuitvoerlegging kan worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat ernstige middelen die de vernietiging van de aangevochten rechtshandeling kunnen verantwoorden worden aangevoerd en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging ervan een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen;

4.1. Overwegende dat verzoekster in een eerste en een tweede middel de schending aanvoert van artikel 15 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, en correlatief de schending van de neutraliteitsgedachte van de zesde BTW-richtlijn, van artikel 113 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten zoals aangevuld door het bijzonder bestek KN98D3, en van artikel 25, § 1, van de algemene aannemingsvoorwaarden voor overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en voor de concessies van openbare werken, zoals bepaald in het bijzonder bestek KN98D3; dat zij in haar eerste middel betoogt dat in strijd met het artikel 15, tweede lid, van de voornoemde wet van 24 december 1993, de verwerende partij voor het bepalen van de laagste offerte rekening heeft gehouden met 21 procent BTW op het gedeelte van de aanneming uit te voeren voor rekening van Aquafin, daar waar die BTW niet kan worden beschouwd als "berekenbaar gegeven dat met zekerheid de uitgaven van het bestuur zal verhogen"; dat verzoekster wat dat betreft uiteenzet, vooreerst, dat Aquafin als "bevoegde overheid" voor dat gedeelte van de werken moet worden beschouwd en niet de Vlaamse Gemeenschap, ook al treedt zij op als "coördinerende overheid", daar dat gedeelte van de werken rechtstreeks aan Aquafin zal moeten worden gefactureerd, vervolgens dat wat Aquafin betreft, de BTW geen kostprijsverhogend element is, omdat Aquafin, in tegenstelling met het Vlaamse Gewest en de stad Diest, een BTW-belasting-

plichtige is die de door haar gedragen BTW kan verrekenen; dat verzoekster voorts wijst op een aantal inconsequenties zoals de bepaling in het bestek KN98D3 en de samenvattende opmetingsstaat luidens welk voor Aquafin de op te geven bedragen zonder BTW moeten worden berekend, doch artikel 113 van dat bestek daarentegen bepaalt dat voor de rangschikking de totale som exclusief BTW in aanmerking genomen wordt, welke bepalingen bovendien strijdig zijn met de ingeroepen Europese richtlijn en met de Belgische BTW-wetgeving; dat verzoekster in haar tweede middel betoogt dat volgens artikel 25, § 1, van de Algemene Aannemings-voorwaarden de prijzen voor het gedeelte van de werken bestemd voor Aquafin zonder BTW moesten worden berekend en het bestuur dan ook geen rangschikking kon maken waarbij voor dat gedeelte wel rekening werd gehouden met BTW; dat verzoekster in ondergeschikte orde nog aanvoert dat volgens door haar informeel verkregen informatie de BTW welke Aquafin aan het Vlaamse Gewest aanrekent niet 21 % doch slechts 6 % bedraagt, zodat ook overeenkomstig de redenering van de verwerende partij het bedrag van de werken voor rekening van Aquafin enkel met 6 % kan worden verhoogd en verzoekster ook dan nog de laagste regelmatige inschrijver is;

4.2. Overwegende dat de verwerende partij antwoordt dat het Vlaamse Gewest niet als bevoegde overheid kan worden beschouwd in de zin van artikel 15 van de wet van 24 december 1993, omdat Aquafin de bedragen door factureert aan het Vlaamse Gewest dat uiteindelijk de BTW moet betalen; dat wat het eerste middel betreft zij antwoordt dat inzoverre er een inconsequentie of tegenstrijdigheid zou zijn, de lagere norm -in casu artikel 113 van de algemene aannemings-voorwaarden- moet wijken voor de hogere norm -in casu artikel 15 van de wet van 24 december 1993; dat wat het tweede middel betreft, de verwerende partij de mening is toegedaan dat dit geen afzonderlijk middel inhoudt; dat

wat het argument in ondergeschikte orde betreft, de verwerende partij aanvoert dat geen gegeven aantoont dat Aquafin slechts een BTW van 6 % zou aanrekenen;

4.3. Overwegende dat de verwerende partij, op verzoek van de eerste auditeur-verslaggever twee facturen inzake "vergoeding voor investeringsuitgaven" van Aquafin aan haarzelf heeft overgelegd waarop, weliswaar voor een ander project, een BTW van 6 % wordt aangerekend, met verwijzing naar een ruling met de BTW-administratie;

4.4.1. Overwegende dat de verwerende partij samen met de stad Diest en Aquafin er in de betrokken aangelegenheid voor hebben geopteerd, in toepassing van artikel 19 van de meergenoemde wet van 24 december 1993, de gezamenlijke uitvoering van werken voor rekening van verschillende aanbestedende overheden samen te voegen tot één enkele opdracht en zij de verwerende partij hebben aangeduid als de overheid die in hun gezamenlijke naam bij de gunning en de uitvoering van de opdracht zal optreden; dat zij daaruit echter niet de logischerwijze in dat systeem besloten gevolgtrekking gemaakt hebben om ook de facturatie en de betaling toe te vertrouwen aan die ene overheid, met verrekening achteraf, doch verkozen hebben de werken, naargelang het betrokken gedeelte, rechtstreeks te doen factureren aan degenen voor wier rekening zij worden uitgevoerd en ze recht-streeks door deze te laten betalen;

4.4.2. Overwegende dat uit die tweede optie dan ook moet volgen dat, wanneer toepassing wordt gemaakt van artikel 15, tweede lid, van de wet van 24 december 1993, hetwelk bepaalt dat de bevoegde overheid rekening houdt met -bovendien- "de andere berekenbare gegevens die met zekerheid haar uitgaven zullen verhogen", die bepaling wordt geïnterpreteerd in de zin dat als bevoegde overheid wordt beschouwd, de "overheid" -zij weze een

rechtspersoon van privaat recht- aan wie bewerken zullen worden gefactureerd en die ze aan de aannemer moet betalen; dat, immers, die rechtspersoon optreedt als rechtstreekse schuldenaar ten opzichte van de aannemer en het in eerste instantie haar uitgaven zijn die al dan niet zullen worden verhoogd, terwijl het niet de zaak is van die aannemer rekening te houden met de regelingen welke de diverse overheden of andere rechtspersonen voor wiens rekening de werken worden uitgevoerd onder elkaar hebben getroffen; dat de gevolgtrekking uiteraard anders zou zijn geweest indien het Vlaamse Gewest terzake opgetreden was zoals de wetgever het heeft bedoeld, namelijk als enige overheid waarmede de aannemer rekening hoeft te houden;

4.4.3. Overwegende bovendien, in de veronderstelling dat de BTW op een werk als een berekenbaar gegeven kan worden beschouwd dat de uitgaven van de "bevoegde" overheid, wie deze ook is, zal verhogen, dat het element "met zekerheid" niet aanwezig is wanneer zoals ter zake niet vooraf geweten is welk bedrag precies aan de eindgebruiker, optredend als "bevoegde overheid" zal worden doorgerekend en wanneer daarenboven blijkt dat het BTW-percentage berekend op dat bedrag lager is dan hetgene dat bij de vergelijking van de offertes werd gehanteerd; dat hierbij ook nog kan worden opgemerkt dat ter zake het element "zekerheid" des te minder aanwezig was daar luidens artikel 113 van het bijzonder bestek voor de rangschikking van de offertes de totale som exclusief BTW in aanmerking genomen wordt en volgens artikel 25, § 1, van de algemene aannemingsvoorwaarden, zomede volgens het offerteformulier, de prijs telkens moest worden berekend, respectievelijk opgegeven inclusief BTW voor de aandelen van het Vlaamse Gewest en van de stad Diest, en exclusief BTW voor het aandeel van Aquafin;

4.4.4. Overwegende dat niet wordt betwist dat Aquafin, in tegenstelling tot het Vlaamse Gewest en de stad Diest, een BTW-belastingplichtige is die de door haar vereffende BTW kan verrekenen; dat het daarbij weinig verschil maakt dat in toepassing van artikel 20 van het koninklijk besluit nr. 1 van 29 december 1992 met betrekking tot de regeling voor de voldoening van de belasting over de toegevoegde waarde die BTW, als betrekking hebbende op een werk in onroerende staat, niet door de aannemer doch door Aquafin verschuldigd is; dat de BTW op het gedeelte van de werken uitgevoerd voor rekening van Aquafin derhalve geenszins kan worden beschouwd als een berekenbaar gegeven dat met zekerheid de uitgaven van de "bevoegde overheid" zal verhogen; dat de middelen in die mate ernstig zijn;

5.1. Overwegende dat de verzoekende partij wat haar moeilijk te herstellen ernstig nadeel betreft aanvoert dat het om een belangrijke opdracht gaat, dat zij als gespecialiseerde onderneming reeds lang actief is in de betrokken sector, zodat het niet verkrijgen van de opdracht het verlies van een belangrijke referentie betekent, wat des te erger is daar de werken uitgevoerd worden in het Vlaams Gewest waar verzoekster gevestigd is en zij een grote activiteit ontplooit, zodat haar reputatie er des te meer op het spel staat; dat verzoekster ook meent dat een schorsing als een signaal ten aanzien van de verwerende partij kan worden beschouwd, zodat deze ertoe wordt aangezet in de toekomst een meer regelconforme houding aan te nemen;

5.2. Overwegende dat de verwerende partij opwerpt dat aan de voorwaarde van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet is voldaan omdat verzoekster dat nadeel niet concreet omschrijft : het argument als zou zij in grote mate aangewezen zijn op opdrachten van het Vlaamse Gewest wordt niet gestaafd en bovendien staan overheidsopdrachten op Europees niveau open voor alle

aannemers uit de lidstaten, terwijl er andere overheden zijn in België, ter zake gaat het om een relatief kleine opdracht, doordat verzoekster gespecialiseerd is en actief in de betrokken sector kan in casu de te verwerven referentie niet als belangrijk beschouwd worden, het argument als zou deze referentie des te belangrijker zijn omdat verzoekster in het Vlaamse Gewest gevestigd is druist in tegen de Europese regelgeving, de signaalfunctie van een schorsing door de Raad van State vertoont geen persoonlijk karakter; dat de verwerende partij voorts nog opwerpt dat verzoekster reeds op 5 maart 1999 wist dat de opdracht haar niet toegekend was doch desondanks tot 30 april 1999 gewacht heeft om haar vordering in te stellen, dat de werken toen reeds een maand bezig waren en het niet opgaat deze te doen opschorten als verzoekster veel sneller had kunnen reageren;

5.3. Overwegende dat een opdracht van meer dan 200 miljoen fr bezwaarlijk als een onbelangrijk werk kan worden beschouwd; dat geredelijk kan worden aangenomen dat aannemers gespecialiseerd in grond- en wegenwerken voor werken van die omvang voor een groot deel aangewezen zijn op overheidsopdrachten, waarvan in het Vlaamse Gewest de meeste en de belangrijkst uitgeschreven worden door de Vlaamse overheid; dat het wel zo is dat in de Europese Unie alle werken openstaan voor de aannemers uit alle lidstaten, doch in de realiteit de meeste werken toch nog door aannemers van ter plaatse worden uitgevoerd en deze om diverse redenen aan zulke werken de voorkeur geven, zonder dat zulks breedvoerig moet worden gestaafd; dat verzoekster in de gegeven omstandigheden niet onredelijk lang heeft getalmd met het instellen van haar vordering, aangezien zij minder dan tien dagen nadat zij ervan in kennis was gesteld dat de opdracht haar niet was gegund de gemotiveerde beslissing heeft opgevraagd en zij tien dagen voor het verstrijken van de beroepstermijn, tevens voor de datum

waarop de werken aangevat moesten worden, de onderhavige vordering heeft ingesteld; dat ook aan de voorwaarde van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel is voldaan,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Bevolen wordt de schorsing van de tenuitvoerlegging van de beslissing genomen op 17 december 1998 door de Vlaamse minister van Openbare Werken, Vervoer en Ruimtelijke Ordening, om de werken met betrekking tot het project R 26-Ring om Diest, vak Leuvense Poort-Hasseltse Poort, N2 Leuvensesteenweg, vak R26-Leuvense Poort, wegmodernisering en rotondes, overeenkomstig het bestek KN98D3 toe te wijzen aan de n.v. Interplant en de offerte van de NV BETONAC "niet te weerhouden".

Artikel 2.

De vordering wordt voor het overige verworpen.

Artikel 3.

De uitspraak over de bijdrage in de betaling van de kosten van de vordering tot schorsing wordt uitgesteld.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op vijfentwintig januari 2000, door :

de H.	J. DE BRABANDERE,	kamervoorzitter,
Mevr.	S. DOMS,	griffier.

De griffier, **De voorzitter,**

S. DOMS. **J. DE BRABANDERE.**