

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 96.418 van 12 juni 2001
in de zaak A. 91.050/XII-2566.**

In zake : de NV AWO,
die woonplaats kiest bij
advocaat J. HERPELINCK,
kantoor houdende te OOSTENDE,
Prinsenlaan 2

tegen :

de Vlaamse Maatschappij voor Water-
voorziening (VMW),
die woonplaats kiest bij
advocaat M. VAN BEVER,
kantoor houdende te GRIMBERGEN,
Pastoor Woutersstraat 32/7.

D E R A A D V A N S T A T E, XIIe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat de NV AWO op 17 april 2000 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van "de beslissing van de Raad van Bestuur van de Vlaamse Maatschappij voor Watervoorziening (V.M.W.) dd. 21 januari 2000 houdende handhaving van de beslissing tot wering van de N.V. A.W.O. uit de lijst met geselecteerde aannemers voor waterleidingswerken voor een periode van drie jaar, ingaand vanaf 01 juli 1999, aan verzoekster meegedeeld bij aangetekend schrijven dd. 15 februari 2000";

Gelet op het arrest nr. 88.642 van 4 juli 2000 waarbij de schorsing wordt bevolen van de tenuitvoerlegging van bovengenoemde beslissing;

Gezien het verzoek tot voortzetting van de procedure van de verwerende partij;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door eerste auditeur J. STEVENS;

Gelet op de beschikking van 5 december 2000 die de neerlegging ter griffie van het verslag en van het dossier gelast;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen en gezien de laatste memories;

Gelet op de beschikking van 12 maart 2001 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 24 april 2001;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. VERBIEST;

Gehoord de opmerkingen van advocaat O. LEROUX, die loco advocaat J. HERPELINCK verschijnt voor de verzoekende partij, en van advocaat I. DURUEZ, die loco advocaat M. VAN BEVER 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;

1. Over de gegevens van de zaak.

Overwegende dat de feiten dienstig voor de beoordeling van de vordering de volgende zijn :

1.1. Met een brief van 5 juli 1999 wordt aan de verzoekende partij medegedeeld dat de raad van bestuur van de verwerende partij op 2 juli 1999 beslist heeft haar niet op te nemen op de lijst van aannemers voor de uitvoering van waterleidingswerken voor een periode van drie jaar : vermeld wordt dat de kandidatuurstelling onderzocht werd op grond van de beoordeling na de uitvoering van werken door de verzoekende partij, waarbij diverse tekortkomingen werden vastgesteld in die mate dat bij de globale beoordeling "de vastgelegde norm niet werd bereikt".

1.2. De verzoekende partij gaat niet akkoord met die beslissing en vraagt een onderhoud met de directeur-generaal van de verwerende partij, hetgeen plaatsvindt.

1.3. De elementen van dat onderhoud worden besproken op de zitting van 3 september 1999 van de voormelde raad van bestuur die zijn beslissing van 2 juli 1999 bevestigt maar zich bereid verklaart, gelet op de belangrijke socio-economische gevolgen, het dossier in januari 2000 opnieuw in overweging te nemen en te evalueren, rekening houdend met de wijze van presteren van de verzoekende partij tijdens de komende maanden : dit wordt aan de verzoekende partij medegedeeld met een brief van 21 september 1999.

1.4. Op 21 januari 2000 neemt de raad van bestuur de bestreden beslissing, om de beslissing van 2 juli 1999 te handhaven.

1.5. Die beslissing van 21 januari 2000 wordt met brief van 15 februari 2000 medegedeeld aan de verzoekende partij.

Die brief luidt als volgt :

"Bij brief dd. 21.09.1999 werd u ter kennis gebracht dat de Raad van Bestuur van de VMW in haar vergadering van 03.09.1999 heeft beslist uw wering uit de lijst van geselecteerde aannemers voor een periode van 3 jaar - zoals door de Raad beslist op 02.07.1999 - te handhaven en dit dossier in januari 2000 opnieuw te evalueren.

Het spijt mij u te moeten meedelen dat de Raad van Bestuur in haar vergadering van 21.01.2000 heeft beslist dat er geen reden is om haar voorgaande beslissing te herzien.

Overwegende het negatieve evaluatierapport dat werd opgesteld over uw werkzaamheden in de periode juli - december 1999, blijft uw wering uit de lijst van geselecteerde aannemers behouden.

Als bijlage vindt u de gemotiveerde raadsbeslissing van 21.01.2000 evenals de bijbehorende evaluatierapporten".

Bij die brief is de bestreden beslissing van 21 januari 2000 van de Raad van Bestuur gevoegd.

Zij luidt als volgt :

"Gelet op de wet van 24.12.1993 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen, diensten en de bijhorende uitvoeringsbesluiten;

Gelet op artikel 14 van de statuten van de VMW;

Gelet op de beslissing van de Raad van Bestuur van 2.7.1999 om de firma AWO uit Affligem voor een periode van drie jaar te schrappen van de lijst van geselecteerde aannemers voor aanbestedingen van leidingwerken;

Gelet op de beslissing van de Raad van Bestuur van 3.9.1999 om de firma AWO voor de lopende opdrachten een evaluatieperiode toe te staan tot einde 1999, waarna de vorige beslissing zou worden gehandhaafd of herroepen;

Gelet op de zes lopende contracten van de firma AWO met de directie Vlaams-Brabant en de afdeling Toevoer en Distributie;

Gelet op de vaststelling van de feiten en de beoordeling van de aannemer voor deze contracten, die in drie van de zes gevallen ruim onvoldoende is;

Gelet op het huidige beoordelings- en selectiesysteem, dat noodzakelijk is om te kunnen voldoen aan de steeds hogere eisen die worden gesteld aan de uitvoerders van werken op openbaar domein;

Na bespreking,

besluit de Raad de beslissing, waarbij de firma AWO uit Affligem werd geschrapt van de lijst van geselecteerde aannemers, te handhaven voor een periode van drie jaar, ingaand op 1 juli 1999".

Bij die brief zijn ook de nota van 17 januari 2000 aan de leden van de Raad van Bestuur gevoegd en de daarbij horende evaluatierapporten van de zes onderzochte werven van de verzoekende partij;

2. In rechte.

2.1.1. Overwegende dat de verzoekende partij in een vijfde onderdeel van een eerste middel aanvoert hetgeen volgt :

"5.1.5. Afwezigheid van de juridische overwegingen die aan de beslissing ten grondslag liggen

Dat artikel 3 van de genoemde Motiveringswet van 29 juli 1991 ook vereist dat de bestreden beslissing de juridische overwegingen vermeldt die aan de beslissing ten grondslag liggen, hetgeen betekent dat moet worden verwezen naar de van toepassing zijnde wettelijke en reglementaire bepalingen;

Dat ook hier de motivering juist en precies moet zijn en dus in casu dient te vermelden op welke concrete artikelen van de toepasselijke regelgeving de V.M.W. zich baseert om aan verzoekster een verregaande sanctie van schrapping uit de lijst van de geselecteerde aannemers voor een periode van drie jaar op te leggen;

Dat de bestreden beslissing echter enkel vermeldt :
'Gelet op de wet van 24.12.1993 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen, diensten en de bijhorende uitvoeringsbesluiten';

Dat echter geenszins een concrete rechtsgrond wordt aangevoerd die de bestreden beslissing kan schragen;

Dat ook de bijgevoegde evaluatienota geen enkele verwijzing bevat naar de rechtsgrond voor de schrapping van verzoekster uit de lijst van geselecteerde aannemers;

Dat in dit verband moet worden opgemerkt dat geenszins werd nagegaan noch aangegeven of de wettelijke voorwaarden om verzoekster eventueel te kunnen schrappen uit de lijst van de geselecteerde aannemers vervuld zijn;

Dat de bestreden beslissing dan ook artikel 3 van de Wet van 29 juli 1991 schendt in de mate dat ze geenszins de juridische overwegingen vermeldt die aan de beslissing ten grondslag liggen";

2.1.2. Overwegende dat de verwerende partij in haar memorie van antwoord, mede reagerende op het voormelde schorsingsarrest -dat een middel ernstig bevond gesteund op de schending van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen- tegenwerpt hetgeen volgt :

"3. Juridische overwegingen die aan de beslissing ten grondslag liggen

(...)

- De bestreden beslissing verwijst naar de wet van 24.12.1993 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de bijhorende uitvoeringsbesluiten.

Concluante haalt inderdaad geen wetsartikel aan waarin uitdrukkelijk staat vermeld dat bij een negatieve beoordeling, een kandidaat -in casu verzoekster- voor een periode van drie jaar niet wordt opgenomen op de lijsten van geselecteerde aannemers.

Dergelijke rechtsgrond is niet voorhanden en geenszins vereist, aangezien de wetgever zelf de bepaling van de evaluatiecriteria en voorschriften expliciet heeft overgelaten aan concluante.

Zo bepaalt artikel 16 §2 van het KB van 10.01.1996 uitdrukkelijk het volgende :

'§2. Bij beperkte aanbesteding (...) selecteert de aanbestedende overheid de kandidaten in overeenstemming met de door haar bepaalde objectieve criteria en voorschriften die ter beschikking zijn van de belangstellende aannemers. (...).'

Welnu, concluante heeft wel degelijk objectieve selectiecriteria en voorschriften -die op voorhand bekend waren door verzoekster (cfr. supra)- gehanteerd.

Zo heeft concluante bepaald dat, indien niet is voldaan aan de selectiecriteria, de kandidaat in kwestie niet wordt opgenomen op de lijst, en dit voor een komende periode van drie jaar.

Die periode van drie jaar staat inderdaad nergens in een wettekst vermeld, maar zoals hierboven reeds werd uiteengezet, heeft de wetgever het uitwerken van de concrete criteria uitdrukkelijk aan de aanbestedende overheid overgelaten.

Het staat concluante aldus vrij om de duur van de niet-opname op de lijst te bepalen, mits eerbiediging van het objectiviteits- en redelijkheidsbeginsel.

In casu wordt de niet-opname op de lijst voor een periode van drie jaar expliciet vermeld in de oproeping, en is de maatregel op iedereen van toepassing (die niet beantwoordt aan de criteria), zodat deze maatregel wel degelijk objectief is en op voorhand gekend was";

2.1.3. Overwegende dat krachtens de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen een eenzijdige rechtshandeling met individuele strekking die uitgaat van een bestuur en die beoogt rechtsgevolgen te hebben voor een bestuurde, uitdrukkelijk moet worden gemotiveerd en die motivering in de akte op afdoende wijze de juridische en feitelijke overwegingen moet vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen; dat die motiveringsplicht tot doel heeft dat diegene, ten opzichte van wie een beslissing is genomen, een inzicht krijgt in de exacte motieven van de beslissing opdat hij in staat zou zijn zich een oordeel te vormen of het, al dan niet, zin heeft de beslissing met rechtsmiddelen aan te vechten;

Overwegende dat te dezen in de aan de verzoekende partij medegedeelde beslissing van 21 januari 2000 slechts in een overweging in het algemeen verwezen wordt naar "de wet van 24.12.1993 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen, diensten en de bijhorende uitvoeringsbesluiten"; dat in het schorsingsarrest werd aangenomen dat een dergelijke verwijzing niet op afdoende wijze de bestreden beslissing, ten gevolge waarvan de verzoekende partij voor een periode van drie jaar niet wordt opgenomen op de lijst van geselecteerde aannemers, kan ondersteunen en dat evenmin in de bij die beslissing gevoegde nota en bijlagen enige nadere juridische overweging daartoe wordt aangereikt; dat de verwerende partij er echter blijkt van uit te gaan dat een "dergelijke rechtsgrond niet voorhanden is en geenszins is vereist", aangezien de wetgever de bepaling van evaluatiecriteria immers expliciet aan de verwerende partij heeft overgelaten; dat zij zulks tevens lijkt te willen afleiden uit de aangehaalde bepaling van artikel 16, § 2, van het koninklijk besluit van 10 januari 1996

betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en telecommunicatie;

Overwegende dat de verwerende partij door de verwijzing naar het voormelde artikel 16, § 2, hoewel zij beweert geen rechtsgrond nodig te hebben, alvast een uitdrukkelijke rechtsgrond aanvoert waarvolgens zij zou hebben gehandeld; dat vooreerst het achteraf aangeven van een juridische overweging niet vermag een gebrek aan uitdrukkelijke motivering goed te maken; dat voorts echter meteen blijkt dat het aangegeven motief zelf in rechte faalt; dat immers de volgens het aangehaalde artikel 16, § 2, van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 door de verwerende partij te bepalen criteria en voorschriften de selectiecriteria betreffen die in verband met de kwalitatieve selectie zijn voorgeschreven aan inschrijvers voor een welbepaalde opdracht; dat de verwerende partij het vaststellen van dergelijke criteria opdracht per opdracht blijkbaar verwacht met de toepassing van de artikelen 12 en 13 van het voormelde koninklijk besluit die in het algemeen het in mededinging stellen van overheidsopdrachten te gunnen bij beperkte aanbesteding als volgt regelen :

"Art. 12. Elke (...) overheidsopdracht die zal gegund worden bij beperkte aanbesteding (...) wordt in mededinging gesteld door middel van :

(...)

3° ofwel een aankondiging betreffende de opstelling door de aanbestedende overheid van een lijst van gegadigden, overeenkomstig artikel 13, § 3.

Art. 13.

(...)

§ 3. Indien de aanbestedende overheid de in mededingingstelling kiest overeenkomstig artikel 12, 3°, publiceert zij in het Bulletin der Aanbestedingen, en ten minste alle twaalf maanden, een periodieke aankondiging betreffende het opstellen van een lijst van gegadigden voor de gunning van de in deze afdeling bedoelde overheidsopdrachten voor aanneming van werken.

Deze aankondiging vermeldt minstens :

(...)

7° de geldigheidsduur van de lijst der aannemers, welke de twaalf maanden niet mag overschrijden vanaf de datum van het opmaken van de lijst";

dat de verwerende partij, zoals blijkt uit stuk 1, h, van het door haar voorgelegde administratief dossier, blijkbaar met toepassing van en alleszins onder verwijzing naar het aangehaalde artikel 12, 3°, een oproep tot kandidatuurstelling deed "betreffende het opstellen van een lijst van gegadigden", met indiening van kandidaturen ten laatste op 4 juni 1999 en met vermelding "Geldigheidsduur lijst aannemers : 12 maanden vanaf de eerste dag van de maand die volgt op de datum van goedkeuring van de lijst door de Raad van Bestuur van de VMW"; dat aldus de verwerende partij in voorkomend geval een bepaalde aannemer niet kan opnemen op de voormelde lijst, maar de niet-opname, zoals overigens de opname zelf, dan toch maar beperkt is tot de voornoemde twaalf maanden; dat voorts artikel 17, 4°, van het meervermelde koninklijk besluit van 10 januari 1996 bepaalt dat de aannemer die bij zijn beroepsuitoefening een ernstige fout heeft begaan, vastgesteld op elke grond die de aanbestedende overheden aannemelijk kunnen maken, uitgesloten kan worden van deelneming aan de opdracht; dat echter een dergelijke sanctie opnieuw slechts een bepaalde opdracht betreft zodat ook dat artikel niet tot rechtsgrond kan strekken van de bestreden beslissing;

Overwegende dat uit hetgeen voorafgaat volgt dat voor de bestreden beslissing, die een sanctie inhoudt van drie jaar uitsluiting, geen rechtsgrond voorhanden is in de bepalingen die te dezen de bevoegdheid van de verwerende partij om sancties op te leggen blijken te regelen; dat aldus het onderdeel van het middel, waarin wordt gesteld dat niet op afdoende wijze de juridische overwegingen vermeld zijn in de bestreden beslissing, en dat in het schorsingsarrest ernstig werd bevonden, in elk geval gegrond is; dat de bestreden beslissing dienvolgens moet worden nietigverklaard;

2.2.1. Overwegende dat de verzoekende partij in haar laatste memorie haar vordering uitbreidt; dat zij meer bepaald niet enkel meer de hierboven besproken nietigverklaring vordert maar tevens de Raad van State vraagt "vast te stellen voor recht dat verzoekster (...) tot nader order moet worden beschouwd als zijnde behorend tot de geselecteerde aannemers voor waterleidingswerken";

2.2.2. Overwegende dat, ongeacht de vraag of een dergelijke, in de laatste memorie aangebrachte vordering niet laattijdig is, zij zoals de verwerende partij terecht stelt, niet kan worden ingepast in de bevoegdheid van de Raad van State; dat die vordering dienvolgens niet-ontvankelijk is,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Vernietigd wordt de beslissing van 21 januari 2000 van de raad van bestuur van de VLAAMSE MAATSCHAPPIJ VOOR WATERVOORZIENING houdende handhaving van de beslissing tot wering van de NV AWO uit de lijst met geselecteerde aannemers voor waterleidingswerken voor een periode van drie jaar, ingaand vanaf 1 juli 1999.

Artikel 2.

Het beroep wordt voor het overige verworpen.

Artikel 3.

De kosten van het beroep, bepaald op veertienduizend frank, komen ten laste van de verwerende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare
terechtzitting, op twaalf juni 2001, door de XIIe kamer,
die was samengesteld uit :

de HH.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
	J. LUST,	staatsraad,
	G. VAN HAEGENDOREN,	staatsraad,
Mevr.	S. DOMS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.