

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 154.356 van 31 januari 2006
in de zaak A. 118.639/XII-3499.**

In zake : de NV HERBOSCH-KIERE,
die woonplaats kiest bij
advocaat bij het Hof van Cassatie J. Verbist en
advocaat F. Van Nuffel
kantoor houdende te 1000 Brussel,
Brederodestraat 13

tegen :

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister van
Landsverdediging.

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 Herbosch-Kiere op 25 maart
2002 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van

- “(1) het niet-gedateerde besluit tot uitsluiting van de offerte van de
nv Herbosch-Kiere van de gunningsprocedure van de Krijgsmacht voor de
opdracht van werken van renovatie van de waterzuivering in Admin-zone te
Peer (vliegveld Kleine Brogel) (bestek nr. 14A011/2);
(2) het besluit van onbekende datum tot gunning van de opdracht [...] aan een
andere gegadigde dan de nv Herbosch-Kiere”;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op de beschikking van 22 maart 2005 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 memorie van de verzoekende partij;

Gelet op de beschikking van 9 september 2005 waarbij de
terechtzingting bepaald wordt op 18 oktober 2005;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat F. Van Nuffel, die verschijnt voor de verzoekende partij, en van kapitein-commandant P. Neels, die verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur J. Stevens;

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

1. De gegevens van de zaak.

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

De verwerende partij schrijft een openbare aanbesteding uit voor de voormelde opdracht. De opening van de offertes is vastgesteld op 13 november 2001.

Acht offertes worden ingediend. De offerte van de verzoekende partij blijkt bij de afroeping van de prijzen de laagste te zijn.

In het aanbestedingsverslag van 28 november 2001 wordt vastgesteld dat de offerte van de verzoekende partij blijkbaar abnormaal lage eenheidsprijzen bevat voor de posten 1.3.2., 3.2.1., 4.6.1., 4.6.2. en 4.6.3. van deel Bouw. Ook de totale prijs wordt na berekening op grond van artikel 110, § 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, abnormaal laag bevonden.

Bij aangetekende brief met datum 14 november 2001 vraagt de verwerende partij aan de verzoekende partij met toepassing van artikel 110, §§ 3 en 4 van het voormelde besluit om binnen de twaalf kalenderdagen na postdatum een verantwoording te verstrekken voor de totale inschrijvingssom en voor de voormelde posten. Die brief is pas blijkens de stukken van de verzoekende partij op

19 november 2001 ter post aangetekend en is door de verzoekende partij naar haar zeggen op 20 november 2001 ontvangen.

Op 28 november 2001 wordt in het aanbestedingsverslag vastgesteld dat er geen verantwoording ontvangen is van de verzoekende partij, worden de voornoemde eenheidsprijs en totale prijs als abnormaal laag beschouwd wegens het niet tijdig indienen van de gevraagde verantwoording en wordt voorgesteld de opdracht toe te wijzen aan de NV Schoemaco, alsdan de laagste regelmatige inschrijver.

De verzoekende partij stelt een verantwoording op en geeft deze de datum 29 november 2001. Omdat er op vrijdag 30 november 2001 een poststaking blijkt te zijn, faxt de verzoekende partij diezelfde dag haar prijsverantwoording naar de verwerende partij. De verwerende partij erkent die fax ontvangen te hebben. Op maandag 3 december 2001, wanneer de post terug normaal functioneert, verzendt de verzoekende partij haar prijsverantwoording met aangetekende brief.

Op 12 december 2001 beslist de terzake optredend militaire overste de opdracht toe te wijzen aan de NV Schoemaco.

Bij brief van 22 januari 2002 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mede dat haar offerte als onregelmatig is beschouwd.

Met een brief van 24 januari 2002 vraagt de verzoekende partij inzage in het dossier.

Bij brief van 31 januari 2002 zendt de verwerende partij aan de verzoekende partij een kopie van de “gemotiveerde beslissing van onregelmatigheid”. Daaruit blijkt dat de offerte van de verzoekende partij geweerd is wegens het niet binnen de gestelde termijn verstrekken van de gevraagde verantwoording;

2. Het voorwerp van het beroep.

Overwegende dat de verzoekende partij in haar laatste memorie het tweede voorwerp van het beroep nader omschrijft als de nietigverklaring van de beslissing van 12 december 2001 tot toewijzing van de opdracht aan de NV Schoemaco;

3. Het middel.

3.1. Overwegende dat de verzoekende partij in een enig middel de schending inroept onder meer van artikel 110, §3, 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 zorzvuldigheidsplicht; dat zij daarbij betoogt dat artikel 110, §3, van het voormelde besluit bepaalt dat, vooraleer de aanbestedende overheid een offerte afwijst wegens haar blijkbaar abnormaal hoge of abnormaal lage eenheidsprijzen of totale prijzen, zij de betrokken inschrijver per aangetekende brief verzoekt hierover de nodige verantwoordingen te verstrekken binnen een termijn van twaalf kalenderdagen, tenzij de uitnodiging een langere termijn toestaat, dat te dezen de uitnodiging geen langere termijn toestond, dat zij het verzoek ontving op dinsdag 20 november 2001, dat zij haar verantwoording uiterlijk op zondag 2 december 2001 aan het bestuur diende te bezorgen, dat voor de bedoelde prijsverantwoording geen vormvereisten zijn voorgeschreven, dat derhalve alle middelen ter mededeling van de prijsverantwoording geldig zijn en dat zij haar prijsverantwoording met een faxbericht op 30 november 2001 aan het bestuur heeft bezorgd, zodat dit bericht moet worden beschouwd als een geldige en tijdige mededeling van de prijsverantwoording en het bestreden besluit dat haar offerte uitsluit wegens laattijdigheid van de prijsverantwoording dan ook het voornoemde artikel 110, §3, schendt, dat aldus ook het daaropvolgend besluit tot toewijzing van de opdracht onwettig is en eveneens dient te worden nietigverklaard;

3.2. Overwegende dat de verwerende partij in haar memorie van antwoord toegeeft dat gebleken is dat de 14 november 2001 gedateerde brief in feite pas effectief aangetekend verzonden is op 19 november 2001, zodat de verzoekende partij haar antwoord wel degelijk stuurde binnen een termijn van 12 dagen die afliep op 1 december, en haar daarbij geen laattijdigheid kan worden verweten; dat de verwerende partij echter betoogt dat, mocht de prijsverantwoording als tijdig zijn

beschouwd, de offerte van de verzoekende partij in elk geval aangetast was met een substantiële onregelmatigheid, aangezien daarin werd afgeweken van de technische voorwaarden van het bestek, dat immers de opgegeven prijs voor de post 4.6.2. slechts één microzuiveringsstation 70IE betreft, terwijl volgens het bestek een forfaitaire prijs voor 3 stations 70IE diende te worden opgegeven en dat de verzoekende partij aldus geen belang heeft bij haar beroep;

3.3. Overwegende dat de verzoekende partij in haar memorie van wederantwoord tegenwerpt dat de argumenten inzake de beweerde onregelmatigheid van de offerte van verzoekster voor het eerst in de memorie van antwoord worden uiteengezet en dat nergens in het administratief dossier sprake is van deze beweerde onregelmatigheid, dat ze voorts een verschoonbare materiële vergissing is en het substantieel karakter ervan niet vaststaat;

3.4. Overwegende, dat de exceptie van het belang niet wordt aanvaard; dat immers de redenen die in de memorie van antwoord aangedragen worden om de offerte van de verzoekende partij als onregelmatig aan te merken, en waarvan niet blijkt en niet wordt beweerd dat hij ook bij het nemen van de bestreden beslissingen in rekening is gebracht, hier niet ter zake doet;

3.5. Overwegende dat artikel 110, §3, van het meervermelde besluit van 8 januari 1996 voorschrijft hetgeen volgt :

“§3. Vooraleer de aanbestedende overheid evenwel een offerte afwijst, wegens haar blijkbaar abnormaal hoge of abnormaal lage eenheidsprijzen of totale prijzen, verzoekt zij de betrokken inschrijver per aangetekende brief hierover de nodige verantwoordingen te verstrekken binnen een termijn van twaalf kalenderdagen, tenzij de uitnodiging een langere termijn toestaat [...]”;

dat te dezen de verwerende partij de verantwoording van de verzoekende partij, waarvan de verwerende partij nochtans toegeeft dat zij tijdig was ingekomen, niet in aanmerking heeft genomen in de procedure en de offerte van de verzoekende partij alleen om redenen van niet tijdige verantwoording onregelmatig heeft verklaard; dat aldus artikel 110, §3, niet correct is toegepast door de verwerende partij die aldus tevens heeft gehandeld in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel; dat het middel in zoverre gegrond is en de eerste bestreden beslissing, waarbij de offerte is afgewezen, daardoor onrechtmatig is en moet worden nietigverklaard, hetgeen tevens de daaropvolgende procedure en de tweede bestreden beslissing waardoor de opdracht is toegewezen, onrechtmatig maakt; dat ook die beslissing moet worden nietigverklaard,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Worden nietigverklaard :

1. de beslissing waarbij de offerte van de NV Herbosch-Kiere onregelmatig wordt verklaard in de gunningsprocedure voor de opdracht van werken van renovatie van de waterzuivering (bestek nr. 14A011/2).
2. de beslissing van 12 december 2001 waarbij de voormelde opdracht wordt toegewezen aan de NV Schoemaco.

Artikel 2.

De kosten van het beroep, bepaald op 175 euro, komen ten laste van de verwerende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op eenendertig januari 2006, 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.