

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 158.636 van 11 mei 2006
in de zaak A. 78.023/XII-1170.**

In zake : de NV BOUWCENTRALE MODERN,
die woonplaats kiest bij
advocaat D. Abbeloos,
kantoor houdende te Gent,
Gebroeders Vandeveldestraat 109

tegen :

de GEMEENTE EVERGEM,
die woonplaats kiest bij
advocaat V. Tollenaere,
kantoor houdende te Gent,
Koning Albertlaan 128.

DE RAAD VAN STATE, XIIe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat de NV Bouwcentrale Modern op 26 maart 1998 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van “de beslissing van het college van Burgemeester en schepenen van de gemeente Evergem, dd. 27 januari 1998, waarbij haar offerte op de openbare aanbesteding voor het uitvoeren van uitbreidingswerken aan de gemeentelijke basisschool, Sleidingedorp te 9940 Evergem-Sleidinge werd afgewezen en werd toegewezen aan de N.V. Algemene Ondernemingen De Clercq, Nijverheidsstraat 39, te 9950 Waarschoot”;

Gelet op het arrest nr. 72.983 van 3 april 1998 waarbij de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van het bestreden besluit wordt verworpen;

Gezien het verzoekschrift tot voortzetting van het geding van 24 april 1998 ingediend door de verzoekende partij;

Gezien de toelichtende memorie van de verzoekende partij;

Gezien het verslag opgesteld door eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op de beschikking van 18 juni 2002 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 3 november 2005 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 20 december 2005;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat A. Louf, die loco advocaat D. Abbeloos verschijnt voor de verzoekende partij, en van advocaat J. Van Lommel, die loco advocaat V. Tollenaere 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 als volgt kunnen worden samengevat :

1.1. De verwerende partij schrijft een openbare aanbesteding uit voor de in het geding zijnde opdracht.

1.2. De opening van de offertes heeft plaats op 26 november 1997. Er zijn 11 inschrijvers, waaronder de verzoekende partij die de laagste prijs biedt.

1.3. Bij brief van 3 december 1997 vraagt het architectenburo Acke & Van Wynsberghe aan de verzoekende partij onder verwijzing naar 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, een verantwoording te verstrekken over in totaal 37 artikelen waarbij bij vergelijking van de prijzen wordt vastgesteld dat ze “abnormaal laag zijn ingeschat”.

Er wordt voorts gevraagd de vijf artikelen van post 16 te staven met de technische fiches van de aangeboden materialen.

1.4. De verzoekende partij antwoordt met brief van 9 december 1997.

1.5. In een verslag van 14 januari 1998 bespreekt het architectenbureau de door de verzoekende partij gegeven verantwoording.

Het besluit van het verslag luidt als volgt :

“Gelet op de ontvangen prijsverantwoording van de firma Modern, waarmee deze firma bewijst dat ze geen prijs heeft gegeven voor het uitvoeren van de werken conform de beschrijving in het bestek, zou het niet verstandig zijn de werken toe te wijzen aan deze firma. Om reden van prijsgeve voor niet conforme uitvoering zoals blijkt uit de bespreking van zijn prijsverantwoording hiervoor stellen wij voor deze zaak niet te gunnen aan de laagst biedende.”.

1.6. Het college van burgemeester en schepenen beslist op 27 januari 1998 de opdracht toe te wijzen aan de NV De Clercq met onder meer de volgende overwegingen :

“Gezien het proces-verbaal van de openbare aanbesteding dd 26.11.1997 om 14 uur.

Gezien de elf ingediende aanbiedingen.

Gelet op het aanbestedingsverslag dd 14.1.1998, opgemaakt door de ontwerper waaruit blijkt dat de ingediende eenheidsprijzen van de twee laagste aanbidders de NV Bouwcentrale Modern, Moerstraat 37 te 9970 Kaprijke en de Alg. Ond. De Clercq, Guido Gezellelaan 12 te 9950 Waarschoot (respectievelijk 32.524.188 BEF, incl. BTW 21% en 34.841.912 BEF, inclusief BTW 21%), 15% onder het gemiddelde van de ingediende aanbiedingen liggen.

Gezien overeenkomstig artikel 110 par. 3 van het KB van 8.1.1996 verantwoording werd gevraagd aan voormelde firma's.

Gelet op de ingediende prijsverantwoording dd 9.12.1997 van de NV Bouwcentrale Modern, Moerstraat 37 te 9970 Kaprijke, waaruit volgens het verslag van de ontwerper blijkt dat betrokken aannemer geen prijs heeft gegeven voor het uitvoeren van de werken conform de beschrijving, en het derhalve niet wenselijk is de werken aan deze firma toe te wijzen.

Gezien bij nazicht van de prijsverantwoording dd 7.1.1998 van de NV Alg. Ond. De Clercq, Guido Gezellelaan 12 te 9950 Waarschoot (tweede laagste inschrijver) volgens de ontwerper is gebleken dat de werken conform het bestek zijn berekend en zullen worden uitgevoerd, en dat het bijgevolg aangewezen is de werken toe te wijzen aan deze firma.”.

1.7. Bij brief van 16 maart 1998 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mede dat de opdracht niet aan haar werd toegewezen maar aan “de laagste reglementaire ingediende inschrijving, namelijk de NV Algemene Ondernemingen De Clercq”;

2. De gegrondheid.

2.1. Overwegende dat in het inleidend verzoekschrift de volgende middelen worden aangevoerd :

“1. EERSTE MIDDEL.

Schending van artikel 15 van de wet van 23 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten.

Doordat tegenpartij ten onrechte beslist heeft de opdracht toe te wijzen aan de NV De Clercq uit Waarschoot en, aldus handelende, de opdracht niet heeft gegund aan de laagste regelmatige inschrijver.

Terwijl bovenvermeld artikel 15 bepaalt dat de opdracht dient te worden gegund aan de laagste regelmatige inschrijver.

2. TWEEDE MIDDEL.

Schending van artikel 110 §3 van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten van werken, leveringen en diensten.

Doordat verzoekster een grondige verantwoording heeft gegeven van haar (door tegenpartij geachte abnormaal lage) prijzen, en tegenpartij deze verantwoording niet of niet voldoende heeft onderzocht.

Terwijl door verzoekster op een grondige manier werd aangetoond dat de ingediende eenheidsprijzen volledig normaal zijn en een normale winst opleveren. Verzoekster heeft hiertoe een gedetailleerde analyse van haar eenheidsprijzen gegeven, met vermelding - voor elke post- van de benodigde materialen, arbeidskost, algemene kosten en winst. Verzoekster heeft zelfs bepaalde offertes van haar leveranciers en onderaannemers bij de verantwoording gevoegd, zodat de aanbestedende overheid zelf de werkelijkheid van de gegeven verantwoording kon controleren. De prijzen van verzoekster zijn dan ook in geen geval abnormaal te noemen, zodat een deskundig advies zich terzake opdringt. [...]

Bovendien moet er de aandacht op gevestigd worden dat de eenheidsprijzen, waarover uitleg werd gevraagd, slechts een zeer relatief belang vertonen ten opzichte van de totale aannemingsom. De meeste posten vertegenwoordigen inderdaad slechts duizendsten of tienduizendsten van de totale aanneming. Van de 37 posten, waarover men uitleg vraagt, zijn er slechts vier posten, die 1% van de totale inschrijving overschrijden.

Tenslotte blijkt dat de opdracht toegewezen wordt aan de N.V. Algemene Ondernemingen De Clercq uit Waarschoot, waarvan de inschrijvingsprijs slechts zeven procent hoger ligt dan die van verzoekster.

De verantwoording van verzoekster werd dan ook niet onderzocht, zoals art. 110 §3 van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996 voorschrijft : ‘Tijdens het nazicht van blijkbaar abnormaal lage prijzen, kan de aanbestedende overheid motiveringen in aanmerking nemen, die zijn gebaseerd op objectieve factoren, steunend op de zuinigheid van het bouw-of productie procédé of van de dienstverlening, of op de gekozen technische oplossingen, of op uitzonderlijk gunstige omstandigheden, waarvan de inschrijver kan profiteren voor de

uitvoering van de opdracht of op de originaliteit van het product, het ontwerp of het werk dat de inschrijver aanbiedt’.

3. DERDE MIDDEL.

Machtsafwending, minstens machtsoverschrijding.

Doordat tegenpartij op geen enkel ogenblik een objectieve vergelijking heeft gemaakt tussen de verschillende aannemers met de laagste inschrijvingen, mathematisch bekeken, en ook geenszins op objectieve wijze de verhouding kwaliteit/kostprijs heeft vergeleken van de verschillende offertes, terwijl het perfect mogelijk was dergelijke objectieve vergelijking door te voeren, gelet op de door verzoekster verstrekte gedetailleerde verantwoording.

4. VIERDE MIDDEL.

Schending van de motiveringsplicht.

Doordat tegenpartij geenszins haar afwijzingsbeslissing heeft gemotiveerd, waarom de offerte van verzoekster werd geweerd, minstens waarom de verantwoording van haar prijzen niet werd aanvaard.

Terwijl overeenkomstig de wet van 29 juli 1991 betreffende de motivering van bestuurshandelingen elke bestuurshandeling uitdrukkelijk dient gemotiveerd te zijn (art. 2) en de akte de juridische en feitelijke overwegingen moet vermelden, die aan de beslissing ten grondslag liggen (art. 3).”;

2.2. Overwegende, wat het eerste middel betreft, dat daarin wordt uitgegaan van de veronderstelling dat de NV De Clercq niet de laagste regelmatige inschrijver was maar wel de verzoekende partij; dat, aldus, alvorens over dat middel te kunnen beslissen, de Raad van State eerst het tweede en derde middel dient te onderzoeken waarin de verzoekende partij poogt aan te tonen dat zij ten onrechte niet als een regelmatige inschrijver werd beschouwd;

2.3. Overwegende dat de verzoekende partij in haar toelichtende memorie haar middelen nader uitwerkt; dat de verzoekende partij haar beroep echter heeft ingesteld op grond van zeer algemeen gestelde middelen, zonder gebruik te maken van de mogelijkheid die door artikel 25, §1, tweede lid, van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 geboden wordt aan een inschrijver om schriftelijk de aanbestedende overheid te verzoeken de motieven mede te delen op grond waarvan zijn offerte niet als regelmatig werd beschouwd; dat niet wordt betwist dat de verzoekende partij dergelijk verzoek niet aan de verwerende partij heeft gericht hoewel zulks mocht worden verwacht van een zorgvuldig optredende geweerde inschrijver aan wie, zoals te dezen, met de voormelde brief van 16 maart 1998, reeds was medegedeeld dat de werken niet aan hem waren toegewezen; dat aldus te dezen de uitgewerkte argumentatie gesteund op het administratief dossier buiten het debat dient te worden gelaten aangezien deze voor het eerst in de toelichtende memorie wordt aangebracht terwijl ze in het inleidend verzoekschrift had kunnen zijn opgenomen, indien de verzoekende partij gebruik had gemaakt van het voornoemde artikel 25, §1, tweede lid; dat immers kan worden aangenomen,

mochten de middelen meer zijn uitgewerkt, dat de verwerende partij ook een memorie van antwoord bij haar administratief dossier had gevoegd en het auditorsverslag dan ook kon zijn opgesteld mede rekening gehouden met een verweer; dat de verzoekende partij in haar laatste memorie nog betoogt dat zij geen beroep heeft gedaan op het voormelde artikel 25, omdat zij de gemotiveerde beslissing toch slechts na toewijzing van de opdracht zou hebben ontvangen, zij daarom een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid indiende om de gunning van de opdracht te vermijden maar die procedure echter impliceerde dat zij “ook reeds een annulatieberoep ten gronde indiende”; dat die laatste vaststelling echter niet strookt met de procedureregeling, aangezien artikel 17, §3, eerste lid, van de op 12 januari 1993 gecoördineerde wetten op de Raad van State, stelt dat een vordering tot schorsing uiterlijk samen met het verzoekschrift tot nietigverklaring wordt ingediend en juist niet dat het beroep tot nietigverklaring uiterlijk samen met de vordering tot schorsing moet worden ingediend;

2.4. Overwegende dat in het tweede en het derde middel, zoals ze in het inleidend verzoekschrift zijn verwoord, er enkel wordt van uitgaan dat de verwerende partij de offerte van de verzoekende partij heeft afgewezen omdat deze offerte abnormaal lage eenheidsprijzen bevat; dat blijkens de motivering van het bestreden besluit in werkelijkheid haar offerte is geweerd omdat “volgens het verslag van de ontwerper blijkt dat de betrokken aannemer geen prijs heeft gegeven voor het uitvoeren van de werken conform de beschrijving en het derhalve niet wenselijk is de werken aan deze firma toe te wijzen”; dat die middelen dienvolgens geen relevante grieven bevatten tegen de bestreden beslissing; dat dienvolgens ook de vraag, in het tweede middel, naar een deskundig advies betreffende het abnormaal karakter van de prijzen, niet dienstig is; dat de verzoekende partij in haar laatste memorie beklemtoont dat haar offerte in wezen wel werd afgewezen wegens als abnormaal beoordeelde prijzen; dat weliswaar in het gunningsverslag bij het bespreken van de prijsverantwoording op dergelijke abnormaliteiten werd gewezen maar dit juist herhaaldelijk gebeurde als gevolg van de vaststelling dat het gebodene niet overeenkomt met wat gevraagd is (aldus minstens bij de posten 3.3.10.1., 3.3.10.3, 3.4.2.1., 3.6.2., 3.6.3., 14.5.1., 14.5.2., 14.9); dat aldus aan de voormelde conclusie geen afbreuk wordt gedaan; dat de besproken middelen niet worden aanvaard;

2.5. Overwegende, wat het eerste middel betreft, waarin wordt aangenomen dat de verzoekende partij als laagste regelmatige inschrijver dient te worden beschouwd, dat uit de bespreking van het tweede en derde middel is gebleken dat zij niet heeft aangetoond dat haar offerte ten onrechte als onregelmatig is beschouwd; dat meteen het middel op een onjuiste vooronderstelling steunt en dientengevolge niet gegrond is;

2.6. Overwegende dat aldus uit het inleidend verzoekschrift nog slechts het vierde middel overblijft; dat de vraag rijst naar het belang van de verzoekende partij bij dat middel, dat gesteund is op schending van de formele motiveringsplicht vervat in de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, nu is gebleken dat haar grieven -zoals verwoord in het tweede en derde middel- betreffende de materiële motivering zijn verworpen; dat hoe dan ook de Raad van State vaststelt dat in de aangehaalde bestreden beslissing motieven zijn vermeld; dat daarin immers wordt gesteld dat de procedure een openbare aanbesteding betreft; dat de laagste twee inschrijvers ter sprake komen; dat verwezen wordt naar het feit dat hun prijzen 15% onder het gemiddelde lagen en naar de aan beide inschrijvers gevraagde prijsverantwoording; dat betreffende de verzoekende partij wordt gesteld dat deze “geen prijs heeft gegeven voor het uitvoeren van de werken conform de beschrijving”, en daarbij naar het gunningsverslag wordt verwezen; dat de bestreden beslissing aldus ook wat het wesen van die offerte van de verzoekende partij betreft door formele motieven is gedragen zij het op summiere wijze verwoord; dat in zoverre de verzoekende partij zou beweren dat die motieven niet afdoende zijn, de Raad van State in het licht van de vaststellingen bij het tweede en derde middel en de veronachtzaamde mogelijkheid om de motieven op te vragen, niet inziet welke baat het middel de verzoekende partij nog kan bijbrengen; dat het middel dienvolgens niet wordt aanvaard;

2.7. Overwegende dat de verzoekende partij in haar memorie van toelichting twee nieuwe middelen aanvoert als vijfde en zesde middel;

2.7.1. Overwegende dat een vijfde middel steunt op de schending van het beginsel “et audi alteram partem” doordat de verwerende partij, noch de subsidiërende overheid de verzoekende partij na 6 februari 1998 hebben gehoord;

Overwegende dat het middel niet ontvankelijk is, nu het mogelijk was dit reeds in het inleidend verzoekschrift aan te voeren;

2.7.2. Overwegende dat de verzoekende partij in een zesde middel de schending aanvoert van het gelijkheidsbeginsel; dat zij daarbij kritiek uit op het onderzoek van de verantwoording van de NV De Clercq, waarbij niet dezelfde criteria gehanteerd zouden zijn als voor haarzelf;

Overwegende dat het middel enkel kon worden opgebouwd na kennisname van het administratief dossier waarin de bedoelde verantwoording is opgenomen, die normalerwijze de verzoekende partij niet op een andere wijze ter kennis wordt gebracht; dat het dan ook ontvankelijk is;

Overwegende dat de offerte van de verzoekende partij onregelmatig is verklaard volgens het verslag van het architectenbureau, onder meer omdat uit de verantwoording van de verzoekende partij gebleken is dat zij “geen prijs heeft gegeven voor het uitvoeren van de werken conform de beschrijving”, onder meer betreffende artikelen 3.3.10.1, 3.3.10.2 en 3.3.10.3 (niet conforme betonsoort), artikelen 14.5.1, 14.5.2 en 14.5.3 (vertinnen van de put en leveren en verwerken van aanvullingszand is niet inbegrepen), artikel 14.7 (septische put), artikel 14.8 (regenwaterput), en artikelen 16.1.2.1 en 16.1.2.2 (chape 8 cm dik i.p.v. 4 cm); dat de NV De Clercq door de verwerende partij juist geen verantwoording is gevraagd voor de voornoemde artikelen 14.5.1, 14.5.2, 14.5.3, 14.7, 14.8, 16.1.2.1 en 16.1.2.2 zodat de verzoekende partij en de NV De Clercq zich niet in gelijke omstandigheden bevinden; dat voorts de verzoekende partij in haar middel slechts de artikelen 3.3.2, 3.4.2.1, 3.6.3, 3.6.9.1 en 3.6.9.2 ter sprake brengt waar zij een ongelijke beoordeling ziet terwijl, zoals reeds gesteld is, aan de verzoekende partij een verantwoording gevraagd is over 37 artikelen; dat aan die vaststellingen geen afbreuk wordt gedaan door hetgeen de verzoekende partij in haar laatste memorie nog stelt namelijk dat over de door haar besproken posten de beide inschrijvers zijn bevraagd; dat verzoekende partij en de firma NV De Clercq zich niet in dezelfde situatie bevonden zodat er van een schending van het gelijkheidsbeginsel in de beoordeling van de verantwoording van de beide inschrijvers geen sprake kan zijn; dat het zesde middel niet gegrond is,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het beroep wordt verworpen.

Artikel 2.

De kosten van de vordering tot schorsing en van het beroep tot nietigverklaring, bepaald op 347,06 euro, komen ten laste van de verzoekende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op elf mei 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.