

Nederlandse tekst (titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973)

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

A R R E S T

Nr. 176.826 van 14 november 2007

G./A.153.586/VI-16.732

In zake: **de naamloze vennootschap BETONAC**,
die woonplaats heeft gekozen bij
Mr. André DELVAUX en
Mr. Véronique BERTRAND, advocaten,
place des Nations-Unies nr. 7,
4020 Luik,

tegen:

het Waals Gewest,
vertegenwoordigd door zijn Regering.

DE RAAD VAN STATE, VIe KAMER,

Gezien het op 9 juli 2004 ingediende verzoekschrift, waarbij de naamloze vennootschap BETONAC de nietigverklaring vordert van "de beslissing van 7 juni [lees: 7 juli] 2004 waarbij het Waals Gewest (...) haar offerte heeft afgewezen en perceel 1 heeft toegewezen aan de vennootschap BODARWE";

Gezien de regelmatig uitgewisselde memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag van de heer THIBAUT, auditeur bij de Raad van State;

Gelet op de beschikking van 15 mei 2007, waarbij de neerlegging van het dossier en het verslag ter griffie wordt gelast;

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

Gelet op de beschikking van 5 oktober 2007, waarvan aan de partijen kennis is gegeven en waarbij wordt bepaald dat de zaak voorkomt op de terechtzitting van 7 november 2007;

Gehoord het verslag van de heer NIHOUL, staatsraad;

Gehoord de opmerkingen van Mr. Véronique BERTRAND, advocaat, die voor de verzoekende partij verschijnt, en van Mr. Olivier LEGRAND, loco Mr. France MAUSSION, advocaat, die voor de verwerende partij verschijnt;

Gehoord het andersluidend advies van de heer THIBAUT, auditeur;

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

Overwegende dat de volgende feiten dienstig zijn voor het onderzoek van het beroep:

1. Op 7 november 2003 verschijnt in het Bulletin der Aanbestedingen een aankondiging van een overheidsopdracht voor aanneming van werken die bij openbare aanbesteding wordt gegund en betrekking heeft op de uitvoering van aanpassingswerkzaamheden aan het circuit van SPA-FRANCORCHAMPS. De opdracht is ingedeeld in twee percelen, perceel 1, waarop het onderhavige beroep betrekking heeft, komt ten laste van de begroting van 2003, perceel 2 van de begroting van 2004. De twee percelen worden geregeld in bestek nr. 152-03/E97.

2. Op 21 november 2003 worden tijdens de vergadering waarop de inschrijvingen geopend worden, voor het omstreden perceel 1, zeven offertes ingediend, namelijk:

"	1.	nv ABTECH	895 645,84 €
	2.	nv BAGUETTE	890 543,22 €
	3.	nv TRAGACO	905 250,60 €
	4.	nv NELLES FRERES	740 081, 56 €
	5.	nv VITHA TRAVAUX	910 118,10 €
	6.	nv BODARWE	673 383, 55 € - 2% op EP
	7.	nv BETONAC	821 668, 52 €".

3. Op 24 november 2003 vraagt de Directie der Wegen van Verviers het advies van het Prijzenbureau "omdat het bedrag van de laagste inschrijving (de offerte van de nv BODARWE) 21,16% lager ligt dan het gemiddelde van de offertes berekend overeenkomstig de richtlijnen van het KB van 08.01.96".

4. Op 25 november 2003 stuurt de bvba COSETECH de Directie der Wegen van VERVIERS het onderzoek van de zeven offertes op het stuk van de coördinatie van de veiligheid en de gezondheid. De offertes van de verzoekende partij, van de nv NELLES FRERES en van de nv BODARWE worden conform verklaard.

5. Op 3 december 2003 stuurt het Prijzenbureau de Directie der Wegen van VERVIERS de volgende nota:

" Voor de belangrijkste posten van deze aanbesteding die konden worden onderzocht op basis van de statistische gegevens van het Prijzenbureau, geeft tabel DOC C2 (bijlage 2) de vergelijking tussen de prijzen van de twee laagste offertes, de prijzen van de oorspronkelijke raming en die van de statistische gemiddelden van het Prijzenbureau. Voor de posten die onderzocht konden worden (die 82,90% uitmaken van het totaal van de laagste offerte), wordt vastgesteld dat de oorspronkelijke raming in vergelijking met de gecorrigeerde raming van het Prijzenbureau, 3,29% overschat is. De laagste offerte BODARWE ligt 12,17% lager dan deze gecorrigeerde raming.

Uitgaande van de resultaten van de tabel DOC C2, kan een algemene gecorrigeerde raming van het Prijzenbureau worden berekend. Ze bedraagt 618.865, 87 €. Het aandeel van de posten met ogenschijnlijk abnormale prijzen die terug te vinden zijn in de twee laagste inschrijvingen kan meer bepaald beoordeeld worden ten opzichte van deze gecorrigeerde raming:

Offertes Bedragen (excl. BTW)	Algemeen verschil tussen de betrokken offerte en de algemene gecorrigeerde raming van het Prijzenbureau	Posten met ogenschijnlijk abnormale prijzen	Aandeel van die posten in de betrokken offerte	Aandeel van die posten in de algemene gecorrigeerde raming van het Prijzenbureau
1. BODARWE (545.385,02 €)	- 11,87%	21-22-24-56-81	12,96%	15,38%
2. NELLES FRERES (611.637,65 €)	-1,17%	9-34-57	4,98%	4,27%

Vastgesteld wordt bijgevolg dat:

1. de laagste offerte BODARWE 11,87% lager ligt dan de algemene gecorrigeerde raming van het Prijzenbureau.
2. de posten met ogenschijnlijk abnormale prijzen een relatief groot aandeel innemen (15,38% van het totaal van de algemene gecorrigeerde raming van het Prijzenbureau).

Op basis van de gebruikelijke criteria van het Prijzenbureau, brengt de convergentie van die twee parameters ons ertoe de laagste offerte als globaal verdacht te beschouwen. Er is bijgevolg grond om, op basis van artikel 110, § 3, van het KB van 8.1.1996, de ondernemer te vragen de omstreden prijzen die hij in deze aanbesteding heeft opgegeven, te verantwoorden.

Uw Directie verkeert in de beste positie om de relevantie van de argumenten die de ondernemer zal aanvoeren, te beoordelen.

Anderzijds, aangezien het totaalbedrag van de offerte BODARWE meer dan 15% lager ligt dan het gemiddelde van de inschrijvingen, waarvan de berekening vastgelegd is in artikel 110, § 4, van het KB van 8.1.1996, moet de ondernemer verzocht worden het totaalbedrag van de offerte te verantwoorden, zoals opgelegd bij hetzelfde KB van 8.1.1996.

Uw Directie verkeert ook wat dat betreft in de beste positie om de argumenten van de ondernemer te beoordelen. Om de reacties van het bestuur in dezen evenwel op één lijn te brengen, zou, voordat enige eindbeslissing wordt genomen, evenwel een aanvullend advies van het D.G. 4 (D.412) ingewonnen moeten worden.

Ingeval de offerte BODARWE onregelmatig bevonden zou worden en afgewezen zou worden wegens onaanvaardbare uitleg, zou de offerte NELLES FRERES, die als tweede gerangschikt is, in aanmerking genomen moeten worden. Die offerte ligt slechts 1,17% lager dan onze algemene gecorrigeerde raming en het aandeel van de posten met ogenschijnlijk abnormale prijzen is vrij laag (4,27%). Op basis van die twee parameters samen kunnen we, volgens onze zelfde beoordelingscriteria, besluiten dat de offerte NELLES FRERES in voorkomend geval meteen aanvaard zou kunnen worden zonder om verantwoording van eenheidsprijzen te vragen. Bovendien valt deze offerte niet onder artikel 110, § 4, van het KB van 8.1.1996 (verantwoording van het totaalbedrag).".

6. Op 4 december 2003 vraagt de Directie der Wegen van Verviers de nv BODARWE een "geschreven en gedetailleerde verantwoording" van de prijzen voor de posten 21, 22, 24, 56 en 81 en van het totaalbedrag van de inschrijving.

7. Op 10 december 2003 antwoordt de nv BODARWE dat ze, wat de algemene verantwoording van het bedrag van haar offerte betreft, belangrijke voordelen heeft ten opzichte van de meeste van haar concurrenten, omdat ze het gros van de nodige grondstoffen op de werf vervaardigt (steenslag, tarmac, beton en buizen), dat ze heel wat ervaring heeft op het gebied van werkzaamheden op het

circuit en de zeer korte uitvoeringstermijn het rendement optrekt en de algemene kosten doet dalen. Vervolgens wordt voor iedere post een verantwoording gegeven.

8. Diezelfde dag ondertekenen de Directie der Wegen van VERVIERS en de eerstaanwezend ingenieur van Bruggen en Wegen-hoofd van dienst een "verzoek tot goedkeuring van een inschrijving" voor perceel 1.

In dat "verzoek" wordt eerst een "rangschikking van de inschrijvingen in opklimmende volgorde van waarden" opgesteld. Voorts bevat het een "voorstel" van gunning van de opdracht aan de nv BODARWE, die beschouwd wordt als de laagste regelmatige offerte. Dat voorstel van gunning steunt op de volgende verantwoording:

" Gezien het verschil tussen de laagste inschrijver en het gemiddelde van de inschrijvers berekend volgens het KB van 08.01.96, is het advies van het Prijzenbureau gevraagd. Dat is tot het besluit gekomen dat de offerte van de vennootschap BODARWE abnormaal lage prijzen opgeeft voor de posten 21, 22, 24, 56 en 81. Mijn dienst heeft de nv BODARWE bijgevolg gevraagd de prijzen van die posten en het totaalbedrag van haar offerte te verantwoorden. De nv BODARWE heeft een volledige en gedetailleerde verantwoording gegeven (zie bijlage). En mijn dienst is van oordeel dat haar offerte bijgevolg aanvaardbaar is. De vennootschap BODARWE is op heden geldig geregistreerd en erkend."

In het stuk met het gunningsvoorstel staat ook het volgende:

" Verantwoording van het verschil tussen het voorstel en de raming: - 13,81%
Toepassing van het KB van 08/01/96: - 21,16%."

9. Op 18 december 2003 keurt de directeur-generaal van Bruggen en Wegen de offerte van de nv BODARWE goed voor perceel 1, met de volgende handgeschreven vermelding: "goedgekeurd voor het bedrag van 659.915,93€".

Dat is de bestreden handeling.

Op 9 januari 2004 stelt de verwerende partij de nv BODARWE ervan in kennis dat haar inschrijving goedgekeurd is.

Volgens de laatste memorie van de verwerende partij "zijn de werkzaamheden, die aangevat zijn in januari 2004, beëindigd op 30 juni 2004".

10. Op 29 juni 2004 vraagt de verzoekende partij de verwerende partij haar "zo vlug mogelijk een kopie van de gemotiveerde beslissing betreffende perceel 1 toe te sturen".

Op 7 juli 2004 antwoordt de eerstaanwezende ingenieur van Bruggen en Wegen-hoofd van dienst de verzoekende partij dat "de gemotiveerde beslissing waarbij de opdracht voor perceel 1 gegund wordt, erin bestaat dat deze gegund wordt aan de laagste inschrijver, namelijk de nv BODARWE";

Overwegende dat, wat het administratief dossier betreft, de verwerende partij bij de memorie van antwoord enkel een gedeelte van het administratief dossier heeft gevoegd en gesteld heeft dat "voor deze gedeeltelijke informatie wordt als reden opgegeven de bekommernis geen vertrouwelijke informatie te onthullen, zoals de eenheidsprijzen die de gekozen aannemer hanteert (art. 25, § 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996)"; dat de auditeur-rapporteur de verwerende partij bij een brief van 25 januari 2007 gevraagd heeft de hele offerte van de nv BODARWE in te dienen, het advies van het Prijzenbureau van 3 december 2003, het verzoek om verantwoording van de prijzen aan de nv BODARWE, de verantwoording van de prijzen gegeven door de nv BODARWE, de kennisgeving van de gunningsbeslissing, het erkenningsgetuigschrift van de nv BODARWE, en de stukken betreffende de veiligheid van de werf; dat de raadsman van de verwerende partij de gevraagde stukken op 12 maart 2007 bij de auditeur-rapporteur heeft ingediend met de vermelding dat "deze stukken vertrouwelijke gegevens bevatten die verband houden met het zakengeheim en bijgevolg niet aan derden, met inbegrip van de partijen bij het onderhavige geschil, bekendgemaakt mogen worden", en, meer in het bijzonder, dat het gaat om de gegevens betreffende de eenheidsprijzen opgegeven door de nv BODARWE, namelijk de aanvullende stukken 1, 2, 3 en 5; dat de auditeur-rapporteur de aanvullende stukken bij het administratief dossier heeft gevoegd, waarbij de gegevens die als "vertrouwelijk" aangemerkt waren uit het dossier zijn gehaald en bijgevolg niet door de partijen konden worden ingezien, en ter kennis van de kamer zijn gebracht;

Overwegende dat daaruit blijkt dat de verwerende partij aanvankelijk een selectie heeft gemaakt van de stukken waaruit het administratief dossier bestaat, en de Raad van State slechts een deel van laatstgenoemd dossier heeft overgezonden; dat de verwerende partij pas nadat de auditeur-rapporteur haar daarom had verzocht en na uitwisseling van de memories, de Raad van State het

hele administratief dossier heeft overgezonden; dat erop gewezen moet worden dat, overeenkomstig de artikelen 21, derde en vierde lid, en 21bis, § 1, zevende en achtste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, en artikel 6 van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, de verwerende partij, of de overheid die het dossier in haar bezit heeft, verplicht is een volledig dossier, met inbegrip van alle stukken waarop ze zich heeft gebaseerd om haar beslissing te nemen, moet indienen, en zich niet het recht mag voorbehouden te kiezen welke stukken met het oog op het debat op tegenspraak worden ingediend; dat dat administratief dossier moet bestaan op het tijdstip waarop de bestreden beslissing genomen wordt, dat één van de laatste stukken daarvan uitmaakt; dat niet kan worden aanvaard dat dit dossier ook maar enigszins gewijzigd wordt naar aanleiding van en wegens het beroep dat bij de Raad van State is ingesteld; dat samen met de memorie van antwoord het hele dossier overgezonden moet worden aan de griffie; dat het inzonderheid de verwerende partij niet toekomt een selectie te maken uit de stukken waaruit dat administratief dossier bestaat, ongeacht op basis van welke criteria zulks geschiedt, en aldus te beslissen wat nuttig is voor de Raad van State om de regelmatigheid van de bestreden beslissing te beoordelen;

Overwegende dat het vertrouwelijke karakter van sommige stukken uit het administratief dossier dat verband houdt met het zakengeheim, voor zover het vaststaat en erkend wordt door de Raad van State, de verwerende partij geenszins ontheft van haar verplichting het hele administratief dossier bij de Raad van State in te dienen; dat het indienen van het administratief dossier voorgeschreven wordt door de wet met het doel de rechter in staat te stellen uitspraak te doen op basis van een zo nauwkeurig mogelijk beeld van de toedracht van de zaak en van de rechterlijke motieven die geleid hebben tot de totstandkoming van de bestreden beslissing; dat de Raad van State vervolgens tot taak heeft, door een afweging te maken tussen de vereisten van een billijk proces en die van het zakengeheim, de aangevoerde vertrouwelijkheid van sommige stukken in het administratief dossier te beoordelen, om uit te maken of hij ze in het debat op tegenspraak tussen de partijen brengt, dan wel aan dat debat onttrekt;

Overwegende dat de verwerende partij een eerste exceptie van niet-ontvankelijkheid van het beroep ontleent aan het gebrek aan belang van de verzoekende vennootschap om de bestreden beslissing te betwisten; dat ze uiteenzet dat de verzoekende vennootschap geen enkel voordeel zou halen uit de

nietigverklaring ervan, dat aangezien haar inschrijving als derde gerangschikt is, de opdracht haar, zelfs in geval van nietigverklaring, niet toegewezen zou kunnen worden gelet op artikel 15 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten; dat de verwerende partij in haar laatste memorie voorts stelt dat dat des te meer geldt daar de opdracht ondertussen geplaatst is bij de nv BODARWE en door haar volledig afgewerkt is;

Overwegende dat een inschrijver bij een aanbestedingsprocedure er belang bij heeft de nietigverklaring te vorderen van de beslissing waarbij de opdracht gegund wordt aan een concurrent; dat het belang bij het beroep met betrekking tot zulk een procedure niet onderstelt dat de verzoekende partij de laagste regelmatige inschrijving heeft ingediend, of als tweede laagste inschrijver gerangschikt is; dat iedere inschrijver die een offerte heeft ingediend die door de aanbestedende overheid als regelmatig wordt beschouwd, er belang bij heeft de regelmatigheid van de procedure voor de gunning van de opdracht door de Raad van State te laten controleren, ongeacht de rangschikking van zijn inschrijving; dat de exceptie niet kan worden aangenomen;

Overwegende dat het feit dat de opdracht, op het tijdstip waarop het arrest van de Raad van State gewezen wordt, zodanig is uitgevoerd dat de verzoekende partij niet meer kan verwachten dat zij deze toegewezen krijgt en belast wordt met de uitvoering ervan, maar in voorkomend geval alleen nog bij de rechterlijke macht een vordering tot schadevergoeding kan instellen tegen de verwerende partij, een vordering die meer kans op slagen heeft wanneer de Raad van State de nietigverklaring uitspreekt, niet tot gevolg kan hebben dat de verzoekende partij geen belang heeft bij haar beroep tot nietigverklaring; dat ze in ieder geval een voldoende moreel belang heeft bij het vorderen van de nietigverklaring van de bestreden beslissing; dat de exceptie van niet-ontvankelijkheid kennelijk niet-gegrond is;

Overwegende dat de verwerende partij voorts betwist dat de verzoekende partij de bekwaamheid en de hoedanigheid heeft om op te treden, waarbij ze stelt dat deze moet aantonen dat de beslissing om het onderhavige beroep in te stellen en haar raadsman aan te wijzen genomen is door het orgaan dat daartoe volgens de statuten bevoegd is, en dat voldaan is aan de vormvoorschriften die gelden voor de akten waarbij de leden van dat orgaan worden aangewezen;

Overwegende dat de verzoekende partij haar statuten, zoals bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad, en de bekendmaking van de benoeming van de bestuurders die de beslissing genomen hebben om in rechte op te treden, bij haar verzoekschrift heeft gevoegd; dat de verzoekende partij, overeenkomstig artikel 16 van haar statuten, onder meer in rechte vertegenwoordigd mag worden door twee bestuurders; dat de exceptie niet opgaat;

Overwegende dat de verzoekende vennootschap een middel, het tweede van het verzoekschrift, dat het derde middel is geworden in de memorie van wederantwoord, ontleent aan "schending van artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, van de artikelen 1, 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, van artikel 15 van de voornoemde wet van 24 december 1993, van de artikelen 16 tot 19, 25 en 116 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, aan het doorzichtigheidsbeginsel en het beginsel van goed bestuur"; dat ze uiteenzet dat het erop lijkt dat de gemotiveerde beslissing tot gunning van de omstreden overheidsopdracht niet bestaat tenzij in de brief die haar op 7 juni 2004 is toegestuurd, en de aanbestedende overheid niet is nagegaan of de gekozen aannemer beantwoordde aan de selectiecriteria of een regelmatige offerte had ingediend;

Overwegende dat de verwerende partij antwoordt dat de gemotiveerde gunningsbeslissing "bestaat uit een bescheid met als titel "aanvraag tot goedkeuring van een inschrijving" opgemaakt door de plaatselijke directie van Verviers, zoals dat is goedgekeurd op 18 december 2003 door het Directoraat-generaal Autosnelwegen en Wegen", dat bij het lezen van dat analytisch document blijkt dat de verwerende partij de regelmatigheid van de offertes wel degelijk onderzocht heeft, dat de verzoekende partij zich bovendien niet met recht kan beroepen op een gebrekkige uitdrukkelijke motivering, aangezien het motief van de betrokken beslissing haar op 7 juli 2004 is meegedeeld, zodat het doel van de voornoemde wet van 29 juli 1991 is bereikt;

Overwegende dat de motivering bij aanbesteding weliswaar beknopt kan zijn, maar uit de beslissing waarbij de opdracht gegund wordt moet blijken in welk opzicht de gekozen offerte de laagste regelmatige offerte is; dat uit punt 10 van de uiteenzetting van de feiten blijkt dat de verwerende partij, als antwoord op het verzoek d.d. 29 juni 2004 van de verzoekende partij om haar "zo

snel mogelijk een kopie te bezorgen van de gemotiveerde beslissing aangaande perceel 1", haar op 7 juli 2004 een brief heeft gestuurd waarin ze zich ertoe bepaald heeft te stellen dat "de gemotiveerde beslissing waarbij de opdracht voor perceel 1 gegund wordt, erin bestaat dat deze gegund wordt aan de laagste regelmatige inschrijver, namelijk de nv BODARWE"; dat zulks niet beantwoordt aan het bepaalde van de wet van 29 juli 1991; dat in dat document immers enkel de bewoordingen van artikel 15 van de wet van 24 december 1993 worden overgenomen, en geenszins iets gezegd wordt, ook niet in cijfers, over de motieven die de verwerende partij ertoe gebracht hebben de nv BODARWE als aannemer te kiezen; dat, gesteld dat de goedkeuring op 18 december 2003 van de offerte van de nv BODARWE door de directeur-generaal van Bruggen en Wegen als de gemotiveerde beslissing tot gunning van de opdracht moet worden beschouwd, op te merken valt dat die "beslissing", zelfs indien de verzoekende partij daarvan kennis had, wat de verwerende partij niet aantoon, evenmin gemotiveerd is, aangezien ze bestaat in de volgende handgeschreven vermelding: "goedgekeurd voor het bedrag van 659.915,93 €"; dat het middel gegrond is,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Vernietigd wordt de beslissing van 7 juli 2004 waarbij het Waals Gewest perceel 1 van de opdracht geregeld in bestek nr. 152-03:E97, N62-605-640 Stavelot-Malmédy-verscheidene aanpassingen aan het circuit van Spa-Francorchamps, toegewezen heeft aan de naamloze vennootschap BODARWE.

Artikel 2.

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

Aldus uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van de VIe kamer, op veertien november tweeduizend zeven door:

Mevr.	WILLOT-THOMAS,	kamervoorzitter,
de HH.	LEWALLE,	staatsraad,
	NIHOUL,	staatsraad,
Mevr.	MOREL,	toegevoegd griffier.

De toegevoegd Griffier,

De Voorzitter,

C. MOREL

M.-L. WILLOT-THOMAS

VERTALING OVEREENKOMSTIG ARTIKEL 63,
EERSTE LID, VAN DE WETTEN OP DE RAAD VAN STATE,
GECOÖRDINEERD OP 12 JANUARI 1973.