

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 190.234 van 5 februari 2009
in de zaak A. 173.317/XII-4776.**

In zake : de NV PROFESSIONELE INNOVATIE TECHNIEKEN (P.I.T.)
ANTWERPEN,
die woonplaats kiest bij
advocaat D. Erreygers,
kantoor houdende te Antwerpen,
Mechelsesteenweg 27,

tegen :

de GEMEENTE ELSENE,
die woonplaats kiest bij
advocaat P. Coenraets,
kantoor houdende te Brussel,
Terkamerenlaan 27.

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

Gezien het verzoekschrift dat de NV P.I.T. op 4 juli 2006 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van “het besluit van 29 december 2005 van het College van Burgemeester en Schepenen van de gemeente Elsene om de opdracht voor renovatiewerken van gemeentelijke gebouwen en aanleg van een park, Graystraat 108 tot 198, te Elsene, toe te wijzen aan de N.V. Louis De Waele en de offerte van verzoekende partij als onregelmatig af te wijzen”;

Gelet op het arrest nr. 160.111 van 15 juni 2006 waarbij de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen wordt verworpen;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door eerste auditeur P. Barra;

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

Gelet op de beschikking van 18 september 2008 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 21 oktober 2008;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat J. Wouters, die loco advocaat D. Erreygers verschijnt voor de verzoekende partij, en van advocaat Chr. Lépinos, die loco advocaat Ph. Coenraets verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur P. Barra;

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

OVERWEEGT WAT VOLGT :

De gegevens van de zaak

1. De verwerende partij schrijft een openbare aanbesteding van werken uit voor de verbouwing van gemeentelijke gebouwen -Graystraat 180 tot 198 te Elsene- en de aanleg van een park. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 10 november 2005.

De administratieve bepalingen van het bestek vermelden onder hoofdstuk I, 1.A.5.3/ het volgende :

“3. De offertes moeten in een definitief verzegelde enveloppe gestopt worden, met vermelding van de datum van de opening van de offertes, de referentie van het bijzonder lastenboek en kunnen, naar keuze van de inschrijver, ingediend worden op de Elsensesteenweg 168 in 1050 Brussel:

- tegen ontvangstbewijs, voor zover die vóór de opening van de inschrijvingen aankomt;

- per gewone zending, voor zover die vóór de opening van de inschrijvingen aankomt;

- per aangetekende zending, ten laatste op de vierde kalenderdag vóór de vastgestelde opening van de inschrijvingen.

In deze drie gevallen wordt de gesloten enveloppe in een tweede enveloppe gestopt met het hierboven vernoemde adres en de vermelding ‘inschrijving’”.

De offertes worden geopend op 9 december 2005 om 11 uur. Er zijn twee inschrijvers : de verzoekende partij en de NV Louis De Waele.

Uit het proces-verbaal van de opening van de offertes en het gunningsverslag blijkt dat de verzoekende partij haar offerte vóór 11 uur, overhandigt aan de bediende in de raadzaal waar de opening van de offertes zal plaatsvinden. De offerte van de verzoekende partij steekt in één enkele omslag. Op het proces-verbaal van de opening van de offertes wordt vermeld dat voor de NV P.I.T. de gesloten enveloppe niet in een tweede enveloppe stak met de vermelding “inschrijving” (“pour PIT N.V. l’enveloppe fermée n’était pas glissée dans une seconde enveloppe portant la mention ‘soumission’”). Het gunningsverslag verduidelijkt dat het secretariaat die enveloppe met de offerte van de NV P.I.T. in ontvangst heeft genomen, en de eerste enveloppe zou hebben geopend vóór het uur van opening der offertes. (“Le secrétariat a réceptionné l’enveloppe contenant l’offre de PIT nv, avant l’heure d’ouverture des offres. Le secrétariat aurait ouvert la première enveloppe. [...] avant l’heure d’ouverture des offres (11h00)”).

Het gunningsverslag vermeldt voorts nog dat de gemeente de offerte van de verzoekende partij als onregelmatig beschouwde, aan de architect vraagt om deze offerte niet te onderzoeken, en ze ambtshalve verwerpt zodat er slechts één offerte meer te onderzoeken is, namelijk deze van NV Louis De Waele (“La commune considère cette offre comme irrégulière et demande à l’architecte de ne pas analyser cette offre. Cette offre est rejetée d’office. En conséquence, il ne reste plus qu’une offre à analyser, celle de Louis De Waele”).

Op 29 december 2005 neemt het college van burgemeester en schepenen van de verwerende partij het te dezen bestreden besluit om de offerte van de verzoekende partij uit te sluiten en de opdracht toe te wijzen aan de NV Louis De Waele. Deze beslissing luidt onder meer als volgt :

“Gelet op het proces-verbaal van opening van de offertes, gedateerd en ondertekend, die de namen en de bedragen weergeven van de offertes die op datum van 9 december 2005 om 11 h 00 werden ingediend;

Overwegende, dat de onderneming PIT NV haar offerte niet in een gesloten envelop en die op zich in een tweede envelop was gestoken had afgegeven waarop het bovenvermelde adres werd vermeld en de vermelding ‘Inschrijving’, feit dat in het proces-verbaal van opening van de inschrijvingen werd neergeschreven, en door twee aanwezige inschrijvers werd medeondertekend;

Overwegende, dat de offerte van de PIT NV niet aan het artikel 104 van het K.B. van Uitvoering van 8 januari 1996 beantwoordt en niet aan de formaliteiten met betrekking tot het indienen en het openen van de offertes van de algemene contractuele clausules die in de administratieve clausules van de opdracht van het bijzonder bestek opgenomen zijn;

Overwegende, dat de offerte van PIT als irregulier wordt verklaard en van rechtswege verwijderd wordt”.

Met aangetekende brieven van 4 mei 2006 brengt de verwerende partij de verzoekende partij op de hoogte dat haar offerte werd geweerd, en de NV Louis De Waele dat haar de opdracht is toegewezen voor een bedrag van 3.395.154,95 euro, BTW inbegrepen.

Bij brief van 8 mei 2006 vraagt de verzoekende partij een kopie van het toewijzingsverslag. Met een brief van 16 mei 2006 stuurt de verwerende partij een kopie van de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van 29 december 2005 aan de verzoekende partij.

De ontvankelijkheid van het beroep

2. De verwerende partij werpt op dat de verzoekende partij haar statuten, de beslissing om in rechte te treden en de beslissingen houdende de benoeming van de bestuurders bij haar verzoekschrift dient te voegen. De verzoekende partij repliceert in haar memorie van wederantwoord dat deze exceptie niet doelmatig is: zij heeft deze stukken wel degelijk bij haar verzoekschrift gevoegd. In het auditoraatsverslag wordt opgemerkt dat uit de bij het verzoekschrift gevoegde stukken niet blijkt in hoeverre de raad van bestuur regelmatig was samengesteld naar aantal en naar bekendgemaakte benoemingen.

Bij haar laatste memorie heeft de verzoekende partij de beslissingen gevoegd die aantonen dat haar raad van bestuur regelmatig was samengesteld. De exceptie wordt derhalve niet aanvaard.

De gegrondheid van het beroep

3. De verzoekende partij voert twee middelen aan. Het tweede middel is gesteund op de schending van “de artikelen 106, 107, 108 en 109 van het K.B. van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, en

hoofdstuk I, 1.A.5.3/, van de administratieve bepalingen van de bestekvoorwaarden”.

Zij onderbouwt dit middel als volgt :

“Doordat, de bestreden beslissing de inschrijving van verzoekende partij als onregelmatig afwijst omwille van het feit dat de offerte niet in één gesloten envelop en vervolgens in een tweede envelop was geschoven.

Terwijl, het KB van 8 januari 1996 het gebruik van een tweede envelop slechts oplegt voor het geval dat de offerte per post wordt verzonden.

En terwijl, hoofdstuk I, 1.A.5.3/ van de bestekvoorwaarden het gebruik van een tweede envelop slechts vereist voor de gevallen dat de offerte tegen ontvangstbewijs wordt afgegeven of per post wordt verzonden.

Zodat, de bestreden beslissing - door de inschrijving als onregelmatig te weren wegens het niet gebruik van een tweede envelop - vermelde bepalingen schendt”.

De verzoekende partij stelt voorts dat zij haar offerte zelf heeft afgegeven, vlak voor het begin van de zitting waarbij de offertes werden geopend. De offerte werd niet per post opgestuurd, noch afgegeven tegen ontvangstbewijs. Zij citeert de tekst van artikel 104 van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996, krachtens hetwelk volgens haar enkel met de post verzonden offertes in een dubbele omslag moeten zitten. De verzoekende partij brengt eveneens de bepaling van hoofdstuk I, 1.A.5.3/, van de administratieve bepalingen van het bestek in herinnering en wijst erop dat zij zich niet in één van de drie in deze besteksbepaling opgenomen gevallen bevond en een tweede enveloppe dus ook krachtens het bestek niet was vereist. Aldus heeft zij haar offerte ingediend volledig in overeenstemming met artikel 104 van voornoemd koninklijk besluit en de vereisten van het bestek. Ten slotte voert de verzoekende partij aan dat, zelfs al zou het bestek voorwaarden bevatten betreffende het indienen van de offertes die afwijken van de bepalingen van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, die bepalingen voorrang hebben op de besteksvoorwaarden.

4. De verwerende partij antwoordt hierop dat “de formaliteit van de tweede envelop substantieel was en dit om het even welke de modaliteiten van indiening van de offertes verder zijn”. Het gaat er immers om het geheim van de inschrijvingen te garanderen. De stelling van de verzoekende partij dat zij zich niet in één van de drie in het bestek voorziene gevallen bevond houdt volgens de verwerende partij in dat zij toegeeft dat zij haar offerte niet volgens de vereisten van

het bestek heeft ingediend. De verwerende partij merkt op dat de verzoekende partij zich evenwel toch in één van de drie in het bestek voorziene scenario's bevond: op de offerte van de verzoekende partij bevindt zich namelijk een stempel met de datum van indiening en dit is te beschouwen als een ontvangstbewijs. Dienvolgens diende de verzoekende partij een dubbele enveloppe te gebruiken.

In haar laatste memorie betoogt de verwerende partij uitdrukkelijk dat de drie gevallen voorzien in het bestek limitatief zijn en, vermits zij een afwijking vormen van artikel 104 van het voornoemde koninklijk besluit van 8 januari 1996, strikt dienen te worden toegepast. De verzoekende partij mocht bijgevolg haar offerte niet op een andere wijze indienen dan voorgeschreven in het bestek.

5.1. Artikel 104 van het voormelde koninklijk besluit luidt als volgt :

“§1. De offerte opgesteld op papier wordt per brief of per bode aan de aanbestedende overheid overgemaakt. Ze wordt in een definitief gesloten omslag geschoven waarop het volgende vermeld wordt: de datum van de zitting waarop de offertes worden geopend, de verwijzing naar het bestek en eventueel naar de nummers van de betrokken percelen. Bij verzending per post, als gewoon of aangetekend stuk, wordt die gesloten omslag in een tweede gesloten omslag geschoven met opgave van het adres dat in het bestek is aangegeven en met de vermelding «offerte». Dezelfde voorwaarden zijn van toepassing op de via elektronische middelen opgestelde offerte die evenwel niet via deze middelen wordt verzonden.

De verzending of overhandiging van een via elektronische middelen opgestelde offerte moet in overeenstemming zijn met artikel 81ter.

§2. Iedere offerte moet bij de voorzitter van de zitting voor de opening van de offertes toekomen alvorens hij de zitting opent.

Nochtans wordt een offerte die te laat toekomt, in aanmerking genomen voor zover:

1° de aanbestedende overheid aan de aannemer nog geen kennis heeft gegeven van haar beslissing,

2° en de offerte ten laatste vier kalenderdagen vóór de dag vastgesteld voor de ontvangst van de offertes bij de post als aangetekende zending is afgegeven”.

Uit die bepalingen volgt dat enkel offertes die per post worden verzonden in een tweede enveloppe dienen te worden gesloten.

Artikel 106, tweede lid, 2/, van hetzelfde besluit luidt: “zodra het lokaal voor het publiek toegankelijk is, worden de meegebrachte offertes aan de voorzitter overhandigd”.

Uit de aangehaalde bepalingen tezamen genomen, volgt dat het afgeven van de offerte aan de voorzitter, vóór de aanvang van de zitting waarop de offertes worden geopend, eveneens een toegelaten wijze van indienen vormt. Indien een bestek geen bijzondere melding maakt van deze mogelijkheid om een offerte in te dienen, wordt het bestek geacht deze mogelijkheid niet uit te sluiten.

5.2. De drie situaties waarin het bestek te dezen voorziet hebben alle betrekking op een wijze van onrechtstreekse mededeling aan de voorzitter door een derde.

De stelling van de verwerende partij dat de verzoekende partij zich te dezen in de eerste in het bestek voorziene situatie bevindt - de indiening van de offerte tegen een ontvangstbewijs - is zowel feitelijk als juridisch onjuist. Een ontvangstbewijs is een bewijs waarbij men verklaart iets te hebben ontvangen. De datumstempel waar de verwerende partij naar verwijst bevindt zich op de offerte zelf. Een stempel op een document dat het aanbestedend bestuur bijhoudt vormt bezwaarlijk een dergelijk voor de inschrijver bestemd bewijs van afgifte. De afgifte van de offerte vlak vóór de opening van de zitting door de inschrijver zelf is bovendien klaarblijkelijk geen afgifte tegen ontvangstbewijs, nu is vastgesteld dat de in het bestek beschreven gevallen betrekking hebben op de onrechtstreekse afgifte van de offerte door een derde.

5.3. De verwerende partij betoogt dat de vereiste dubbele omslag een substantieel vormvereiste uitmaakt omdat het beoogt het geheim van de inschrijvingen te beschermen. Deze bescherming is echter enkel aan de orde wanneer er zich een mogelijkheid tot bedrog heeft voorgedaan. Er dient te worden vastgesteld dat de verwerende partij niet aanvoert dat de enveloppe van de verzoekende partij werd geopend vóór de aanvang van de zitting, noch dat ze niet aan de voorzitter zou zijn overhandigd. Evenmin voert zij aan dat er een mogelijkheid tot bedrog bestond. Die mogelijkheid blijkt bovendien geenszins uit het administratief dossier.

6. Gelet op al het voorgaande heeft de verwerende partij, door de offerte van de verzoekende partij te weren omdat zij slechts in één enveloppe was gesloten, artikel 104, en artikel 106, tweede lid, 2/, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, evenals hoofdstuk I, 1.A.5.3/, van de administratieve bepalingen van het bestek niet correct toegepast. Het middel is gegrond. Aldus is de offerte van de

verzoekende partij ten onrechte geweerd en dienvolgens is ook de bestreden toewijzingsbeslissing door een onregelmatigheid aangetast, nu niet meer vaststaat dat de opdracht is toegewezen aan de inschrijver met de laagste regelmatige offerte.

**OM DIE REDENEN
BESLIST DE RAAD VAN STATE :**

Artikel 1.

Vernietigd wordt het besluit van 29 december 2005 van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Elsene, waarbij de opdracht voor renovatiewerken van gemeentelijke gebouwen en aanleg van een park, Graystraat 108 tot 198, te Elsene, wordt toegewezen aan de NV Louis De Waele en de offerte van NV P.I.T. als onregelmatig wordt afgewezen.

Artikel 2.

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

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op vijf februari 2009, door de XIIe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
	J. LUST,	staatsraad,
	G. VAN HAEGENDOREN,	staatsraad,
	F. BONTINCK,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

F. BONTINCK.

D. VERBIEST.