

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 195.261 van 14 juli 2009
in de zaak A. 90.637/XII-2553.**

In zake : de BVBA NORRÉ-BEHAEGEL,
met maatschappelijke zetel te Westende,
Nieuwpoortlaan 80,

tegen :

de STAD OOSTENDE,
die woonplaats kiest bij
advocaten I. Larmuseau, P. De Smedt en B. Roelandts,
kantoor houdende te Gent,
Kasteellaan 141.

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

Gezien het verzoekschrift dat de bvba Norré-Behaegel op 31 maart 2000 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van “het besluit van het College van Burgemeester en Schepenen van de Stad Oostende dd. 13 december 1999, waarbij de werken voor het aanleggen van de Japanse Tuin in het Koningspark te Oostende, als uitgeschreven in de algemene prijsofferte nr. 93 van 1999 werd toegekend aan de N.V. Mahieu [...], en waarbij verzoekende partij van deelname aan de algemene prijsofferte werd uitgesloten”;

Gelet op het arrest nr. 88.808 van 11 juli 2000 waarbij de vorderingen tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing en tot het opleggen van een dwangsom worden verworpen;

Gezien het verzoekschrift tot voortzetting van het geding van 28 juli 2000 ingediend door de bvba Norré-Behaegel;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op de beschikking van 20 mei 2003 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 16 januari 2009 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 10 februari 2009;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat F. Volckaert, die verschijnt voor verzoekende partij, en van advocaat B. Poelemans, die loco advocaat B. Roelandts verschijnt voor 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,

OVERWEEGT WAT VOLGT :

De gegevens van de zaak

1. Op 28 mei 1999 beslist de verwerende partij om een algemene offerteaanvraag uit te schrijven voor het aanleggen van een Japanse tuin in het Koningspark te Oostende.

Artikel 7, laatste lid, van Deel I van het toepasselijke bestek bepaalt :

“Indien de aanbestedende overheid op basis van voormelde inlichtingen twijfelt aan de financiële, economische en technische bekwaamheid van de inschrijver, kan de aanbestedende overheid aanvullende referenties vragen zoals voorzien in artikel 18 en 19 van het voormelde KB”.

Twee ondernemingen blijken een offerte te hebben ingediend :

- de verzoekende partij voor een prijs van 9.815.860,- frank
- de nv Mahieu voor een prijs van 14.972.401,- frank.

Op 5 oktober 1999 stuurt de ontwerper een faxbericht naar beide inschrijvers om een aantal documenten op te vragen : in het faxbericht wordt vermeld dat de gevraagde stukken bij aangetekend schrijven dienen te worden verzonden vóór 12 oktober 1999.

Met een schrijven van 6 oktober 1999 stuurt de nv Mahieu de gevraagde documenten op. De verzoekende partij zendt de stukken met een aangetekend schrijven van 21 oktober 1999.

Op 13 december 1999 neemt het college van burgemeester en schepenen de te dezen bestreden beslissing om de opdracht toe te wijzen aan de nv Mahieu en de verzoekende partij te weren. Deze beslissing luidt onder meer als volgt :

“Overwegende dat overeenkomstig artikel 7 van het bestek door de Groendienst aan de inschrijvers werd verzocht om vóór 12 oktober 1999 een lijst op te sturen van de werken gerealiseerd in de gevraagde klasse en van het personeel in dienst; dat enkel Mahieu nv deze stukken bezorgde; [...] dat het Bestuur over onvoldoende elementen beschikt om de technische bekwaamheid van Norré-Behaegel bvba te evalueren; dat Norré-Behaegel bvba als gevolg hiervan de kwalitatieve selectie niet doorstaat en uitgesloten wordt van deelneming aan de opdracht”.

Met een schrijven van 2 februari 2000 brengt de verwerende partij de verzoekende partij op de hoogte van deze beslissing.

De gegrondheid van het beroep

2. De verzoekende partij voert een *eerste middel* aan dat zij steunt op de schending van artikel 17 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken. Zij verwoordt dit middel als volgt : “Verzoekster bevindt zich niet in een van de situaties van uitsluiting van deelname aan een algemene prijsofferte als voorzien in artikel 17 van het K.B., noch in enig andere bepaling”.

In haar memorie van wederantwoord doet zij het volgende gelden :

“Artikel 17 van het K.B. van 8 januari [1996] voorziet immers in 7 uitdrukkelijk voorziene en limitatief opgesomde gronden van uitsluiting van deelname aan de algemene prijsofferte.

Niettegenstaande verzoekster aan geen enkel van deze uitsluitingsgronden beantwoordde en door verweerster evenmin enige onregelmatigheid wordt aangehaald, meende de Stad Oostende in haar beslissing van 13.12.1999 toch om verzoekster te moeten uitsluiten van deelname”.

3.1. Artikel 17 van het voornoemde koninklijk besluit, vermeld in het middel, bevat een aantal gronden die tot uitsluiting van deelneming aan een opdracht voor aanneming van werken kunnen leiden. Aan de andere kant zijn regels inzake het aantonen van de technische bekwaamheid van de aannemer vastgesteld in artikel 19 van dat besluit. Het eerste lid van dit artikel bepaalt dat de technische bekwaamheid van de aannemer onder meer kan worden aangetoond :

“2/ door de lijst van de werken uitgevoerd tijdens de laatste vijf jaar [...];
[...]
4/ door een verklaring die de gemiddelde jaarlijkse personeelsbezetting van de onderneming en de omvang van het kader weergeeft tijdens de laatste drie jaren”.

3.2. De verwerende partij vraagt in haar voormeld faxbericht van 5 oktober 1999 aan de verzoekende partij om de volgende documenten over te maken :

- “- volledige documentatie van het door bestek vereiste modellen en monsters en eventuele wijzigingen ervan
- lijst van het ingeschreven personeel en de eventuele onderaannemers
- referentielijst van uitgevoerde werken in cat G3-klasse 2”.

Behoudens de door het bestek vereiste modellen en monsters hebben de gevraagde documenten aldus duidelijk betrekking op de technische bekwaamheid van de aannemer. In de bestreden beslissing is voorts in de eerste plaats sprake van het feit dat de verzoekende partij “de kwalitatieve selectie niet doorstaat”. Aldus blijkt dat in elk geval toepassing is gemaakt van voormeld artikel 19 betreffende de technische bekwaamheid en niet van het voormelde artikel 17 betreffende de uitsluitingsgronden die te maken hebben met mogelijk faillissement, misdrijven in verband met de professionele integriteit, beroepsfouten, sociale zekerheid, fiscale verplichtingen en valse verklaringen. Aan die conclusie wordt geen afbreuk gedaan omdat de verwerende partij ook, in fine van haar beslissing, gewag maakte van “uit te sluiten van deelneming aan de opdracht”.

Aldus is het in het middel vermelde artikel 17 te dezen door de bestreden beslissing niet toegepast en kan het dienvolgens ook niet geschonden zijn.

Het middel is niet gegrond.

4. De verzoekende partij voert een *tweede middel* aan dat zij als volgt verwoordt : “Ten onrechte heeft verweerster verzoekster uitgesloten van deelneming aan de algemene prijssofferte”.

De verzoekende partij betoogt daartoe meer bepaald dat zij is uitgesloten op grond van artikel 7 van het bestek doch :

“In tegenstelling tot wat verweerster beweert heeft verzoekster de gevraagde gegevens wel degelijk overgemaakt per aangetekend schrijven verstuurd op 21 oktober 1999.

Verweerster kan dan ook niet redelijk voorhouden dat zij bij haar beslissing van 13 december 1999, bijna twee maanden nadat de gevraagde stukken werden overgemaakt, niet over de nodige gegevens beschikte om de technische bekwaamheid van verzoekster te beoordelen.

Evenmin kan verweerster zich beroepen op de termijn van 12 oktober 1999, waarvan verzoekster thans voor het eerst kennis neemt, nu ten eerste verzoekster nooit eerder kennis heeft gehad van deze zeer korte termijn (niet doorgekomen per fax), en daarenboven verweerster haar beslissing van uitsluiting niet gesteund heeft op het laattijdig overmaken van gegevens doch wel op het helemaal niet toesturen van deze gegevens, hetgeen niet correct is gelet op het bewijs van verzending [...].

Verweerster had de vraag naar bijkomende inlichtingen trouwens niet per fax moeten richten aan verzoekster, doch op zijn minst ook terzelfdertijd een aangetekend schrijven hiertoe aan verweerster moeten sturen [...].”

In haar memorie van wederantwoord en laatste memorie stelt de verzoekende partij nog dat de bestreden beslissing van 13 december 1999 dagtekende terwijl de gevraagde documenten reeds bij schrijven van 21 oktober 1999 werden overgezonden, zijnde twee maanden vooraleer de verwerende partij zich over het dossier heeft gebogen. In nieuwe grieven verwijt de verzoekende partij de verwerende partij dat de vraag om bijkomende inlichtingen niet van het college en schepenen maar van de groendienst uitging, getekend door de “groenontwerper”, vervolgens dat de gegeven termijn te kort was om redelijk te zijn en ten slotte dat noch artikel 92 noch artikel 110, § 2, van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1999 uitdrukkelijk in de sanctie van de uitsluiting van deelneming voorzien bij het “niet tijdig” afleveren van bijkomende inlichtingen.

5.1. In het voormelde faxbericht aan de verzoekende partij vraagt de groenontwerper om de gevraagde stukken “aangetekend aan ons over te maken voor 12 oktober 1999”. De verzoekende partij erkent zelf uitdrukkelijk dat zij deze documenten pas aangetekend verzond op 21 oktober 1999. Zij betoogt dat de datum niet leesbaar was op het faxbericht dat zij ontving, wat wordt bevestigd door het door haar neergelegde exemplaar van dit bericht, waarop over de volledige lengte van het blad een witte streep loopt en waarop te lezen staat: “Gelieve deze stukken aangetekend aan ons over te maken vo [leegte] tober 1999”. Het exemplaar van het faxbericht dat deel uitmaakt van het administratief dossier zoals neergelegd door de verwerende partij vertoont dit gebrek niet. Wellicht is het euvel dus te wijten aan het falend faxapparaat van verzoekende partij.

De verzoekende partij betoogt eigenlijk dat, vermits zij de datum niet kon lezen, zij niet door deze datum gebonden was. Zulks is echter geenszins het geval. Wanneer er zich, zoals te dezen, bij het ontvangen van een faxbericht een fout voordoet die de leesbaarheid van dit bericht ernstig in het gedrang brengt, komt de ontvanger van het bericht tekort aan de op hem rustende zorgvuldigheidsplicht wanneer hij deze fout niet onverwijld meldt aan de verzender van het bericht, minstens op een andere wijze niet probeert de ontbrekende informatie te bekomen.

5.2. Wat betreft het feit dat de verwerende partij de ontbrekende en aanvullende stukken heeft opgevraagd door middel van een faxbericht en niet bij aangetekend schrijven, stelt de Raad van State vast dat de verzoekende partij geen wettelijke of reglementaire bepaling aanvoert die de verwerende partij zou hebben verplicht om de ontbrekende en aanvullende documenten op te vragen bij aangetekend schrijven. Ook het bestek bepaalt niets terzake.

5.3. De verwerende partij heeft de toestand van de over te leggen documenten op 12 oktober 1999, de voorgeschreven datum, beoordeeld en heeft geen rekening meer gehouden met de te late toezending door de verzoekende partij. Zij mocht aldus handelen, op gevaar af in het andere geval de gelijkheid tussen de inschrijvers te schenden, die ze allebei dezelfde datum had toegestaan. Aan die conclusie wordt geen afbreuk gedaan doordat in de bestreden beslissing wordt gesteld dat “enkel Mahieu nv deze stukken bezorgde” en het bestuur “over onvoldoende elementen beschikt om de technische bekwaamheid van Norré-Behaeghel bvba te evalueren”, nu daarbij de randvoorwaarde “tijdig” moet worden verondersteld, gelet op de context van de zaak.

Het middel zoals verwoord in het inleidend verzoekschrift is niet gegrond, nu geen verkeerde toepassing van artikel 7 van het bestek is aangetoond.

De nieuwe grieven die de verzoekende partij in haar memories aanbrengt zijn niet ontvankelijk, nu nergens uit blijkt dat ze ook al niet in het inleidend verzoekschrift hadden kunnen worden verwoord.

5.4. Nu moet worden vastgesteld dat de verwerende partij de ontbrekende en aanvullende documenten bij wege van een faxbericht mocht opvragen, dat de door de verwerende partij opgelegde termijn niet buiten de perken van de redelijkheid viel, dat deze termijn bindend was voor de verzoekende partij en dat er te dezen geen sprake is van een “sanctie van uitsluiting”, kon de verwerende partij op rechtmatige wijze besluiten om de verzoekende partij uit de gunningsprocedure te weren aangezien zij over onvoldoende elementen beschikte om de technische bekwaamheid van de verzoekende partij te evalueren.

5.5. In de mate dat de verzoekende partij aanvoert dat de verwerende partij haar beslissing heeft gesteund op het feit dat de gevraagde stukken ontbraken, waar deze in feite niet ontbraken, doch enkel laattijdig waren bezorgd, bekritiseert zij in wezen de materiële motivering van de bestreden beslissing. De verzoekende partij steunt haar middel echter geenszins op een schending van de plicht tot materiële motivering.

Het middel is niet gegrond.

6. In een *derde middel* lijkt de verzoekende partij de schending aan te voeren van gunningscriteria zoals opgenomen in het bestek, en zoals te haren opzichte toegepast.

7. Bij de bespreking van het eerste middel werd reeds vastgesteld dat niet is aangetoond dat de verzoekende partij ten onrechte niet zou zijn geselecteerd. Zij heeft aldus geen belang om de toepassing op haar van de gunningscriteria te bekritisieren aangezien haar in elk geval de opdracht niet kan worden toegewezen zelfs indien de kritiek in het derde middel gegrond zou zijn.

Het middel is niet ontvankelijk.

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

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 verzoekende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op
veertien juli 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.