

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 195.264 van 14 juli 2009
in de zaak A. 92.147/XII-2612.**

In zake : de NV ACLAGRO,
die woonplaats kiest bij
advocaat D. Matthys,
kantoor houdende te Gent,
Sint-Annaplein 34,

tegen :

de CV INTERCOMMUNALE MAATSCHAPPIJ VOOR
OPENBARE GEZONDHEID IN HET GEWEST KORTRIJK,
die woonplaats kiest bij
advocaat I. Lietaer,
kantoor houdende te Kortrijk,
President Rooseveltplein 1.

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 ACLAGRO op 26 mei 2000 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van :

“een beslissing, aan verzoekster meegedeeld per brief van 13 maart 2000, toegekomen op 27 maart 2000, getroffen door de c.v. IMOG (Intercommunale Maatschappij voor Openbare Gezondheid in het gewest Kortrijk), [...], waarbij naar aanleiding van een procedure van algemene offerte-aanvraag voor de ontginning en commercialisering van klei op de site van Imog-Moen wordt gesteld wat volgt :

‘(...) Het spijt ons u te moeten melden dat de opdracht niet aan u kan worden toevertrouwd. De opdracht werd gegund aan een inschrijving die rekening houdend met de criteria van het bestek beter scoorde (...)’”;

Gelet op het arrest nr. 90.022 van 3 oktober 2000 waarbij de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing wordt verworpen;

Gezien het verzoekschrift tot voortzetting van het geding van 20 november 2000 ingediend door verzoekende partij;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op de beschikking van 28 september 2004 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 D. Matthys, die verschijnt voor verzoekende partij, en van advocaat I. Lietaer, die verschijnt voor verwerende partij;

Gehoord het andersluidend 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. Verwerende partij schrijft een algemene offerteaanvraag uit voor de “ontginning en commercialisering van klei, site Moen”. De opdracht wordt op 9 juli 1999 gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen en in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen.

Het toepasselijke bestek 99506 bepaalt in artikel 69 :

“De opdrachtgever IMOG stelt bij dezer dat deze [ontginnings]periode minimaal 6 à 8 jaar zal bedragen en maximaal 9 jaar”.

De inschrijvingen worden geopend op 24 september 1999. Er zijn twee offertes ingediend : deze van de verzoekende partij voor 26.765.697 frank en deze van tijdelijke vereniging Demets - Demeuter die een basisofferte voorstelt voor 63.695.632 frank en een eerste variante aan 67.895.344 frank. Bij wat “variante 2” wordt genoemd wordt vastgesteld dat daarin een prijs “bij halve ontginning” wordt geboden, waarbij IMOG de werken met een “eenmalige stillegpremie” van 6.422.033 frank ten voordele van deze inschrijver kan stopzetten.

De offertes worden onderzocht en op 1 februari 2000 wordt er een biedingsverslag opgemaakt. In dit verslag wordt - na de toetsing van de offertes aan de gunningscriteria - besloten dat de offerte van de tijdelijke vereniging Demets-Demeuter “duidelijk de meest gunstige” is, onder meer omdat in deze offerte “een formule [is] voorzien waarbij de ontginning halverwege kan worden stopgezet”.

Op 15 februari 2000 neemt de raad van bestuur van verwerende partij de thans bestreden beslissing. Deze wordt aan verzoekende partij meegedeeld met een schrijven van 13 maart 2000.

Op 28 maart 2000 vraagt verzoekende partij de motieven van de beslissing op. Verwerende partij zendt een afschrift van de bestreden beslissing en het gunningsverslag aan verzoekende partij met een schrijven van 30 maart 2000.

De ontvankelijkheid van het beroep

De verwerende partij voert in haar memorie van antwoord drie excepties aan waarin de ontvankelijkheid van het beroep wordt betwist. In het auditorsverslag worden die excepties zonder grond bevonden en wordt voorgesteld ze te verwerpen.

In haar laatste memorie vergenoegt de verwerende partij zich betreffende de ontvankelijkheid zonder meer naar haar memorie van antwoord te verwijzen. Mede gelet hierop, ziet de Raad van State geen reden om van de conclusie in het auditorsverslag af te wijken. Het beroep is ontvankelijk.

De gegrondheid van het beroep

3.1. In een *tweede middel* voert de verzoekende partij de schending aan van “art. 16 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en van art. 115 van het K.B. van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten”. Zij betoogt daartoe :

“[D]oor de T.V. Demets-Demeuter [werd] een beëindigingsmogelijkheid met vergoeding in haar offerte opgenomen, en dit ‘bij halve ontginning’.

Dergelijke mogelijkheid, die door verwerende partij in haar beslissing gewoonweg werd overgenomen, tast nochtans de regelmatigheid van de offerte op zeer ingrijpende wijze aan : hoe wordt immers gegarandeerd dat de ontginning tot voltooiing zal worden gebracht met de beëindigingsmogelijkheid ?

De opdracht mocht dus aan de T.V. Demets-Demeuter niet worden toegewezen omwille van de onregelmatigheid van de offerte”.

5.2. Verwerende partij stelt in haar memorie van antwoord waar zij in haar laatste memorie naar verwijst, dat het te dezen gaat om een “vrije variant die [...] door de T.V. Demets-Demeuter werd voorgesteld in haar offerte”.

Zij vervolgt haar betoog :

“Het bestek [...] verbiedt dit niet, zodat IMOG verplicht was om met deze vrije variant voorgesteld in deze offerte rekening te houden [...].

Deze variant werd door IMOG relevant geacht, en betrokken in de globale evaluatie, gelet op de gunningscriteria. Deze variant is dus wettelijk en volgens het bestek toegelaten, zodat de offerte van de T.V. Demets-Demeuter helemaal niet onregelmatig was.

[...]

De afzetmogelijkheid komt hierdoor niet in het gedrang, gezien [...] de opzegmogelijkheid uiteraard enkel en alleen in hoofde van IMOG bestaat. De regelmatigheid van de offerte van de T.V. Demets-Demeuter is dus geenszins hierdoor aangetast, en de afzetgaranties van de ontginningen klei blijven onverkort. Met haar variant heeft de T.V. Demets-Demeuter inderdaad geen enkel recht op vroegtijdige beëindiging gecreëerd, zodat er van een onwettige afwijking of voorbehoud in vergelijking met de offerte geen sprake is. Het is enkel indien IMOG autonoom in haar belang in de toekomst zou beslissen tot vervroegde stopzetting dat dit dan kan en schadevergoeding bepaald is. De bieder heeft hier geen enkele beslissingsmacht, zodat met de toewijzing aan de T.V. Demets-Demeuter IMOG gerechtigd blijft om de toepassing te bekomen van alle voorwaarden van het bestek”.

5.3. Verzoekende partij repliceert in haar memorie van wederantwoord :

“De verwerende partij stelt [...] dat de beëindigingsmogelijkheid enkel voor haar zou gelden en niet voor de T.V. Demets-Demeuter, en dat de offerte bijgevolg als regelmatig dient aanzien worden.

Verzoekster kan niet instemmen met deze visie om twee redenen :

- Eerst en vooral blijkt niet uit het verslag van 15.02.2000 wie over de opzegmogelijkheid beschikt.

In het verslag staat de volgende clausule vermeld [...] : ‘de clausule voor mogelijke onderbreking na halve ontginning mits de som van 6.422.033 fr. en opzeg van minstens zes maanden voorafgaandelijk en dit per aangetekend schrijven.’

Verzoekster kan hier enkel uit afleiden dat die opzegmogelijkheid geldt voor de T.V. Demets-Demeuter, minstens voor laatstgenoemde én verwerende partij.

- Zelfs indien de opzegmogelijkheid enkel zou gelden voor verwerende partij, dan nog blijft de offerte onregelmatig.

Deze clausule houdt immers een afwijking in van de voorwaarden van het bijzonder bestek, met de materiële niet-conformiteit tot gevolg”.

In haar laatste memorie benadrukt verzoekende partij dat “deze clausule met betrekking tot de opzegmogelijkheid een afwijking inhoudt van de voorwaarden van het bijzonder bestek, met de materiële niet conformiteit tot gevolg”.

6. De offerte van de tijdelijke vereniging Demets-Demeuter bevat de volgende “bemerking” :

“Na overleg met de ceramische sector, zijn wij tot de conclusie gekomen dat de ontginningsduur uit productieoverwegingen minimum 4 jaar aaneensluitend moet zijn. In geval IMOG beslist om na 4 jaar de ontginning stop te zetten, moet dit minimum 6 maanden voor de stopzetting per aangetekende brief gemeld worden aan de T.V. Demets-Demeuter en dan zal er door de T.V. een schadeloosstelling aangerekend worden van 6.422.033 fr aan IMOG”.

De “motivering tot gunning” zoals voorgesteld in het biedingsverslag luidt onder meer als volgt :

“Voorgesteld wordt :

- de werken te gunnen aan de TV Demets NV-Demeuter NV [...],
- voor de eenheidsprijs van 182 frank per m3, btw exclusief,
- [...]

- de clause voor mogelijke onderbreking na halve ontginning mits de som van 6.422.033 fr en opzeg van minstens zes maanden voorafgaandelijk en dit per aangetekend schrijven”.

De bestreden beslissing bevat het volgende :

“Besluit :

art. 1 - De kleiontginning op de bedrijfssite te Moen wordt toegewezen aan de Tijdelijke Vereniging Demets nv-Demeuter nv [...].

[...]

In de offerte is een clause opgenomen voor het onderbreken van de ginning mits schadeloosstelling van 6 422 033-bef”.

Nergens in het bestek wordt de mogelijkheid van vroegtijdige beëindiging voorzien. Het bestek bepaalt juist dat de duur van de opdracht minimaal zes jaar zal bedragen. Zowel in het biedingsverslag waarop de bestreden toewijzings-beslissing steunt als in het beschikkend gedeelte ervan wordt die van het bestek afwijkende vroegtijdige beëindiging uitdrukkelijk in rekening gebracht. Aldus is die beslissing gevitieerd omdat zij een onregelmatigheid van een offerte in zich incorporeert. Het verweer wordt dus niet bijgevalen waar het verwijst naar een “variant” die “volgens het bestek toegelaten” zou zijn. In zoverre de offerte van de tijdelijke vereniging Demets - Demeuter in een dergelijke vroegtijdige beëindiging voorziet, stemt deze offerte juist niet overeen met de bepalingen van het bestek. Deze onregelmatigheid is substantieel van aard vermits zij de mogelijkheid van objectieve vergelijking van de offertes aantast. Aldus is de opdracht toegewezen aan een inschrijver die een onregelmatige offerte heeft ingediend en staat niet meer vast dat de opdracht werd toegewezen aan de inschrijver met een regelmatige offerte, zoals vereist door de in het middel geschonden geachte bepalingen.

Het middel is gegrond.

OM DIE REDENEN BESLIST DE RAAD VAN STATE :

Artikel 1.

Vernietigd wordt de beslissing van de Intercommunale Maatschappij voor Openbare Gezondheid in het gewest Kortrijk (IMOG) van 15 februari 2000 waarbij de opdracht voor de ontginning en commercialisering van

klei op de site van Moen wordt toegewezen aan de tijdelijke vereniging Demets - Demeuter.

Artikel 2.

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