

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 197.214 van 23 oktober 2009
in de zaak A. 97.126/XII-2822.**

In zake : de NV BOUWBEDRIJF VMG-DE COCK,
die woonplaats kiest bij
advocaat J. Temmerman,
kantoor houdende te Gent,
Sint-Martensstraat 16

tegen :

de STAD ANTWERPEN,
die woonplaats kiest bij
advocaat C. Coen,
kantoor houdende te Antwerpen,
Mechelsesteenweg 210A.

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 Bouwbedrijf VMG-De Cock op 3 november 2000 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van “de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de Stad Antwerpen van (vermoedelijk) 7 september 2000 tot afwijzing van de inschrijving van de N.V. VMG-De Cock op de openbare aanbesteding m.b.t. het ‘luchtbalcomplex’, [...], en van de beslissing van (vermoedelijk) 7 september 2000 tot toewijzing van de opdracht aan een derde, (vermoedelijk) Brebuild”;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op de beschikking van 10 februari 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 20 maart 2009 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 28 april 2009;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat F. Geerts, die loco advocaat J. Temmerman verschijnt voor verzoekende partij, en van advocaat Chr. Coen, die 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. Verwerende partij schrijft een openbare aanbesteding uit voor een “algemene aanneming nieuw kantoor en opslagplaats voor bijzondere opdrachten” aan de blokken M en N van het Luchtbalcomplex te Antwerpen. Het bestek TL/99/5110 wordt door de gemeenteraad goedgekeurd op 2 mei 2000.

De administratieve bepalingen van het bestek vermelden onder meer het volgende over de opmaak van de offertes :

“De offerte wordt als niet bestaande beschouwd wanneer de inschrijver in de samenvattende opmetingsstaat slechts één enkele prijs opgeeft voor twee of meer posten”.

De inschrijvingen worden geopend op 22 juni 2000. Uit het proces-verbaal van de opening blijkt dat vier ondernemingen, waaronder verzoekende partij, een offerte hebben ingediend. Haar offerte bevat de laagste prijs.

De bij de offerte van verzoekende partij gevoegde samenvattende opmetingsstaat is onder meer als volgt ingevuld :

Art.	Omschrijving		Eenh.	Hoeveelh.	Eenheidspr.
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
13	Vaste uitrustingen	PM			
13.01.10	Keukenkasten	GP		1	275000,00
13.01.20	Toestellen	PM			
13.01.21	dampkap	FH	stuks	1	inbegr
13.01.22	koelkast	FH	stuks	1	inbegr
13.01.23	kookplaten	FH	stuks	1	inbegr
13.01.26	inbouw microgolfoven	FH	stuks	1	inbegr
13.01.27	inbouw vaatwasmachine	FH	stuks	1	inbegr

Op 4 juli 2000 wordt een aanbestedingsverslag opgemaakt. Over de offerte van verzoekende partij wordt in dit verslag gesteld: “13.01.21 t/m 27 prijs inbegrepen = ongeldige offerte”.

Op 7 september 2000 beslist het college van burgemeester en schepenen om de opdracht toe te wijzen aan de nv Brebuild. Deze beslissing wordt onder meer als volgt gemotiveerd :

“Overwegende dat :

[...]

5 de laagste offerte uitgaat van de nv VMG De Cock, te St.-Niklaas, ten bedrage van 38 203 018 BEF + BTW maar niet kan weerhouden worden omdat meerdere posten als ‘in de prijs inbegrepen’ worden vermeld, wat de ongeldigheid voor gevolg heeft;

6 de tweede laagste offerte, ingediend door de nv Brebuild te Antwerpen, ten bedrage van 38 554 867 BEF + BTW, in orde is en kan aanvaard worden;”.

Met een brief van 7 september 2000 brengt verwerende partij verzoekende partij op de hoogte van deze beslissing. In dit schrijven wordt vermeld dat de offerte van verzoekende partij niet werd “weerhouden” omdat het “samenvoegen van posten [...] de nietigheid van de offerte tot gevolg [heeft] (cfr. de administratieve bepalingen - hoofdstuk I - van het bestek)”.

De gegrondheid van het beroep

2. In een *eerste middel* voert verzoekende partij de schending aan van “art. 110, par. 2 van het K.B. van 8.1.1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken”.

Zij betoogt daartoe dat “de in het Bijzonder Bestek voorgeschreven absolute nietigheidssanctie niet op rechtmatige motieven is gestoeld” en dienvolgens “is iedere beslissing [...] die uitsluitend gestoeld werd op het absoluut nietigheidsvoorschrift onregelmatig”.

Verzoekende partij onderbouwt deze stelling als volgt :

“4. De verzoekster is van oordeel dat het opgeven van één enkele prijs voor meerdere posten op zich niet steeds en noodzakelijkerwijze van aard is om de gelijkheid en de vergelijkbaarheid van de inschrijvers aan te tasten, zodat het voorzien van een automatische absolute nietigheidssanctie in het Bijzonder Bestek, ongeacht de draagwijdte en gevolgen van de weerhouden afwijking van het beginsel, alleen daarom reeds niet op rechtmatige motieven is gesteund.

5. Dat ook het terzake betrokken Bestuur (de Stad Antwerpen) van oordeel is dat de opgave van één prijs voor twee of meerdere posten op zich niet noodzakelijkerwijze van aard is de vergelijkbaarheid van de offertes (en de gelijkheid tussen de inschrijvers) in het gedrang te brengen, moge nadrukkelijk blijken uit de constante houding en handelingen van dat bestuur zélf tijdens de voorbije jaren.

De bepaling luidens dewelke de offerte als niet bestaande beschouwd wordt wanneer de inschrijver in de samenvattende opmetingsstaat slechts één prijs opgeeft voor twee of meerdere posten is als ‘standaardclausule’ terug te vinden in vele (alle?) bestekken die de Stad Antwerpen n.a.v. openbare aanbestedingen uitgeeft. Bedoelde clausule wordt echter door de Stad niet (nooit?) gelezen en toegepast op de wijze als thans is gebeurd.

[...] Door aldus te handelen heeft het opdrachtgevend Bestuur impliciet maar zeker aangegeven dat de alhier weerhouden bestekbepaling, in weerwil van de wijze waarop zij werd geformuleerd, op zich onvoldoende rechtsgrond biedt om enige inbreuk erop te beschouwen als zijnde een inbreuk op een ‘essentiële’ bestekbepaling en alsdusdanig met absolute nietigheid te sanctioneren.

Integendeel blijkt de Stad Antwerpen stelselmatig te appreciëren welke inbreuk wél en welke niet met nietigheid moet gesanctioneerd worden. Het opdrachtgevend Bestuur heeft aldus duidelijk zélf aangegeven dat bedoelde bestekbepaling onrechtmatig is in de mate waarin zij in een absolute nietigheid voorziet, en de erin geviseerde inbreuken hoogstens met relatieve nietigheid bezwaard zijn”.

3. Verzoekende partij voegt daar in haar memorie van wederantwoord, als repliek op de memorie van antwoord, aan toe :

“1. [D]e verweerster [beperkt] haar verweer tot de principiële stelling dat de niet naleving van een bestekbepaling die ‘op straffe van nietigheid’ is voorgeschreven noodzakelijkerwijze moet leiden tot de afwijzing van de offerte als substantieel onregelmatig.

2. De verzoekster onderschrijft dit standpunt geenszins.

Het is in beginsel juist dat, wanneer een offerte aangetast is door een ‘substantiële’ onregelmatigheid, de overheid niet meer over de discretionaire bevoegdheid beschikt om de offerte desalniettemin in aanmerking te nemen. De aanbestedende overheid moet de offerte als onregelmatig weren.

Onjuist is echter de stelling als zou de inbreuk op een bepaling die in het bestek ‘op straffe van nietigheid’ werd voorgeschreven noodzakelijkerwijze gelijkstaan met een ‘substantiële’ onregelmatigheid omwille van het enkel feit dat de bepaling ‘op straffe van nietigheid’ werd voorgeschreven.

3. Een onregelmatigheid is slechts ‘substantieel’ wanneer de offerte afwijkt van de essentiële bepalingen van het bestek.

Of een besteksbepaling ‘essentieel’ is (en dus of de afwijking een ‘substantiële’ onregelmatigheid uitmaakt) wordt beoordeeld door de aanbestedende overheid.

Bij het vormen van dat oordeel is het bestuur niet gebonden. Het beschikt over een discretionaire bevoegdheid en hoeft zich daarbij niet noodzakelijkerwijze te laten leiden door de bepalingen van het bestek. Deze kunnen richtinggevend zijn doch ze zijn zeker niet beslissend.

Precies omdat het bestuur terzake discretionair oordeelt moet ieder voorschrift van een bestek dat de naleving van een bepaling oplegt ‘op straffe van nietigheid’ ingegeven zijn door rechtsgeldige, deugdelijke, juiste en pertinente motieven, die ook moeten blijken uit het administratief dossier.

Indien blijkt dat het betrokken voorschrift niet door dergelijke motieven wordt ondersteund mag met de erin opgenomen nietigheidsgrond geen rekening worden gehouden”.

Verzoekende partij wijst voorts op de geringe waarde van de keukentoestellen in verhouding met de prijs van keukenkasten en de geringe waarde van de keukenkasten en -toestellen in verhouding tot de totale prijs van de inschrijving. Zij stelt dat niet valt in te zien “hoe de verzoekster door een globale prijs op te geven voor kasten en toestellen enig voordeel zou hebben kunnen behalen op de andere inschrijvers, noch hoe de vergelijking van de inschrijvers wezenlijk zou aangetast worden”.

In haar laatste memorie benadrukt verzoekende partij nogmaals :

“Noch in het bestek, noch in de bestreden beslissing geeft de verweerster aan welke de pertinente reden is om - zonder het minste onderscheid - een prijsopgave voor iedere post afzonderlijk te vereisen. Evenmin geeft zij aan waarom in casu (en dus rekening houdend met alle concrete elementen) de opgave van één prijs voor de onmiskenbaar samenhangende posten absoluut noopt tot een nietigverklaring van de offerte”.

Beoordeling

4. Indien het bestuur aan sommige bepalingen van het bestek uitdrukkelijk de sanctie van de nietigheid verbindt, laat het begrijpen dat die besteksbepalingen van essentieel belang worden geacht. Het niet nakomen van de in die bepalingen voorgeschreven verplichtingen leidt in principe tot een substantiële onregelmatigheid. Het is mogelijk anders indien de keuze voor die nietigheids-sanctie niet op deugdelijke motieven steunt, hetgeen door een verzoekende partij eventueel kan worden aangetoond.

Te dezen heeft verwerende partij aan het niet opgeven van prijzen voor elke post in de samenvattende opmetingsstaat die nietigheidssanctie verbonden en de offerte met toepassing van de betrokken besteksbepaling als “niet bestaande” beschouwd omdat in de offerte het in die bepaling vervat voorschrift niet is gevolgd, wat niet wordt betwist door verzoekende partij.

De opname van een post in een samenvattende opmetingsstaat houdt op zichzelf al in dat het bestuur aan het in die post aangeboden een zeker belang hecht, des te meer indien zoals te dezen zulks met nietigheid wordt gesanctioneerd. Het bestuur wilde blijkbaar weten welke prijs elke inschrijver voor elk van de betrokken posten gaf en deze vergelijken, hetgeen nodig kan zijn voor de toetsing van de prijzen van de individuele toestellen aan de gangbare prijzen daarvan.

Uit hetgeen voorafgaat volgt dat het niet als een onzorgvuldigheid mag worden aangemerkt dat aan de in het geding zijnde bepaling het weren van een offerte werd verbonden ingeval van niet-naleving van die bepaling, of dat de offerte van verzoekende partij effectief werd geweerd op grond van die niet-naleving.

Voorts wordt niet ingezien hoe de algemene bepaling van artikel 110, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, zou zijn geschonden door de bestreden beslissing, nu daarin enkel wordt aangegeven dat een offerte nietig is wegens afwijking van de essentiële besteksbepalingen zoals deze opgesomd in artikel 89, en in de mogelijkheid wordt voorzien dat de aanbestedende overheid een offerte ook om andere redenen als onregelmatig kan beschouwen.

Het middel is niet gegrond.

5. In een *tweede middel* wordt door verzoekende partij de schending aangevoerd van “de beginselen van behoorlijk bestuur, meer bepaald het rechtszekerheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel”.

5.1. Daartoe betoogt zij in de eerste plaats dat het opleggen van absolute nietigheid bij iedere inbreuk of de in het geding zijnde besteksbepaling “kennelijk onredelijk” is. In zoverre valt haar grief wezenlijk samen met de grief die hiervoor bij de bespreking van het eerste middel werd verworpen. Het middel-onderdeel is niet gegrond.

5.2. Verzoekende partij betoogt eveneens dat het rechtszekerheidsbeginsel is geschonden, nu zij “voordien” de betrokken besteksbepaling en de daaraan verbonden nietigheid niet als “absoluut” heeft beschouwd. Zij verwijst daarbij naar het feit dat in beslissingen van verwerende partij in andere opdrachten de betrokken bepaling stelselmatig niet zou zijn toegepast.

Deze stelling van verzoekende partij wordt niet bijgevalen, ten minste omdat de feitelijke grondslag van die stelling niet wordt aangetoond.

Het middel is niet gegrond.

6.1. Verzoekende partij roept in een *derde middel* de schending in van “de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen” doordat “de Stad Antwerpen minstens [behoorde] te motiveren waarom zij terzake besloot plots wél te sanctioneren zonder vooraf te appreciëren, minstens de redenen kenbaar te maken waarom de huidige afwijking wél (en vroegere afwijkingen niet) tot wering van de inschrijving dienden te leiden”.

6.2. In de bestreden beslissing wordt aangegeven op welke grond ze steunt : “omdat meerdere posten als ‘in de prijs inbegrepen’ worden vermeld, wat de ongeldigheid voor gevolg heeft”.

In de voormelde brief van 7 september 2000 werd dan nog aan verzoekende partij meegedeeld “samenvoegen van posten heeft de nietigheid van de offerte tot gevolg (cfr. de administratieve bepalingen - hoofdstuk I - van het bestek)”.

Uit hetgeen verzoekende partij betoogt in haar eerste en tweede middel waarin ze dit motief en de daarin vervatte optie van verwerende partij aan kritiek onderwerpt, blijkt dat ze dit motief ten volle kende. In elk geval is aldus de doelstelling van de in de betrokken wet van 29 juli 1991 bedoelde formele motiveringsverplichting bereikt, namelijk een belanghebbende in staat te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing op het vlak van de motieven te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt.

Bijgevolg wordt het middel verworpen.

7. Uit hetgeen hiervoor is vastgesteld volgt dat de drie middelen die gericht zijn tegen de beslissing om de offerte van verzoekende partij te weren, en die in het inleidend verzoekschrift zijn aangebracht, niet gegrond zijn zodat verzoekende partij als een onregelmatige inschrijver dient te worden beschouwd.

8. Verzoekende partij brengt ook tegen de beslissing tot toewijzing van de opdracht aan de nv Brebuild middelen aan.

Aldus bevat het inleidend verzoekschrift een *vierde middel*, dat steunt op de veronderstelling dat de offerte van de verzoekende partij ten onrechte onregelmatig zou zijn verklaard, en wordt in de memorie van wederantwoord (onder II.B.4) een *bijkomend middel* aangebracht, waarin louter wordt verwezen naar “hetgeen hierboven is opgemerkt”, hetgeen enkel te begrijpen is als een verwijzing naar de voornoemde veronderstelling. De beide middelen zijn niet gegrond omdat, zoals hierboven bij de bespreking van de eerste drie middelen is vastgesteld, die veronderstelling niet is aanvaard.

In de memorie van wederantwoord voert verzoekende partij ten slotte nog een “*aanvullend middel*” aan, gesteund op schending van het gelijkheids-

beginsel en “de beginselen van behoorlijk bestuur”, doordat ook de offerte van de nv Brebuild had dienen te worden geweerd en een milde beoordeling zou zijn te beurt gevallen, in tegenstelling tot de gestrengheid waarmee de offerte van verzoekende partij is benaderd.

Verzoekende partij beperkt zich in dit middel ertoe de beoordeling van de gekozen offerte te bekritisieren maar behoudt het stilzwijgen over de andere twee inschrijvers. Aldus zou het aanvaarden van dat middel er hoogstens toe kunnen leiden dat ook de gekozen inschrijver als een onregelmatige inschrijver zou moeten worden beschouwd. Daarmee is echter het belang van verzoekende partij bij het aanvechten van de toewijzing aan de nv Brebuild nog niet aangetoond: een onregelmatige inschrijver kan immers slechts geacht worden een belang te hebben bij een beroep tegen de toewijzing van een opdracht aan een concurrerende inschrijver, indien hij aantoont dat aan geen enkele inschrijver rechtsgeldig mocht worden toegewezen. Dat laatste toont verzoekende partij niet aan. Verzoekende partij heeft dienvolgens geen belang om op grond van dat middel de toewijzingsbeslissing aan te vechten.

Bij dit middel heeft verzoekende partij geen belang en het wordt dienvolgens niet aanvaard.

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

Artikel 1.

Het beroep wordt verworpen.

Artikel 2.

De kosten van het beroep tot nietigverklaring, bepaald op 173,53 euro, komen ten laste van verzoekende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op
drieëntwintig oktober 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.