

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

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

ARREST

nr. 198.593 van 7 december 2009

G./A.188.502/VI-17.842

In zake: **de besloten vennootschap met
beperkte aansprakelijkheid CHERON D.,**

die woonplaats heeft gekozen bij
Mr. Olivier LESUISSE, advocaat,
Croix-Place 7
7000 Bergen,

tegen:

de stad La Louvière,

die woonplaats heeft gekozen bij
Mr. Ann Lawrence DURVIAUX, advocaat,
rue Docteur Haibe 10
5002 Namen.

--

DE RAAD VAN STATE, VIe KAMER,

Gezien het op 9 juni 2008 ingediende verzoekschrift, waarbij de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid CHERON D. de nietigverklaring vordert van "het besluit van het college van burgemeester en schepenen van de stad La Louvière van 31 december 2007 om haar offerte voor een opdracht van onderhoudswerken aan de gemeentewegen - omgeving - voetpaden - begrotingsjaar 2007 - fase 2 - niet in aanmerking te nemen";

Gezien de regelmatig uitgewisselde memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag van de heer DELVAX, auditeur bij de Raad van state;

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

Gelet op de beschikking van 16 oktober 2009, waarvan aan de partijen kennis is gegeven en waarbij wordt bepaald dat de zaak voorkomt op de terechtzitting van 25 november 2009;

Gehoord het verslag van de heer NIHOUL, staatsraad;

G e h o o r d d e o p m e r k i n g e n v a n
Mr. Pierre VAN RENTERGHEM, loco Mr. Olivier LESUISSE, advocaat, die voor de verzoekende partij verschijnt, en van Mr. Ann Lawrence DURVIAUX, advocaat, die voor de verwerende partij verschijnt;

Gehoord het advies van de heer DELVAX, 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 de zaak:

1. In de loop van het jaar 2007 besluit de verwerende partij om met bekwame spoed een procedure van openbare aanbesteding in te stellen betreffende een overheidsopdracht voor het buitengewoon onderhoud van de omgeving van de gemeentewegen in de stad La Louvière.

Bij het bestek dat op deze opdracht betrekking heeft is een veiligheids-en gezondheidsplan gevoegd dat door de inschrijvers moet worden ingevuld en bij de offerte moet worden gevoegd.

2. Op 29 november 2007 maakt de verzoekende partij een offerte op voor een bedrag van 189.792, 81 euro incl. BTW. Ze heeft bij haar offerte klaarblijkelijk het veiligheids- en gezondheidsplan gevoegd dat vervat is in het ondertekende, maar niet aangevulde bestek.

Op 30 november 2007 maakt de naamloze vennootschap LARCIN een offerte op voor een bedrag van 189.995,28 euro incl. BTW,

waarbij ze het veiligheids-en gezondheidsplan voegt dat vervat is in het door haar aangevulde bestek.

3. Op 31 december 2007 keurt het gemeentecollege van de verwerende partij het volgende besluit goed:

" Het college,

Gelet op de beraadslaging van de gemeenteraad van 15 oktober 2007 waarbij een beslissing is genomen over het principe van de voormelde werken, waarbij het bestek is goedgekeurd waarvan de raming 160.523,26 euro excl. BTW bedroeg, waarbij de openbare aanbesteding gekozen is als wijze van gunning van de opdracht en de lening als wijze van financiering;

Aangezien een krediet van 500.000, 000 euro, bestemd om de uitgave te dekken, ingeschreven is in de buitengewone begroting van 2007, bij artikel 42199/731-60;

Overwegende dat de straten die bij deze tweede fase betrokken zijn, de volgende zijn:

1. de rue Balasse te Houdeng-Aimeries
2. de rue de la Barette te Houdeng-Goegnies
3. de rue du Marché te La Louvière

[...]

Gelet op de aankondiging van de opdracht die op 17 oktober 2007 verzonden is en op 19 oktober 2007 in het Bulletin van de Aanbestedingen bekendgemaakt is;

Gelet op de opening van de offertes die op 30 november 2007 om 11.00 uur heeft plaatsgehad;

Gelet op de rangschikking van de ingekomen offertes:

- | | |
|-------------------------------------|---------------------------|
| 1. fa. CHERON-Horrues: | 189.792,82 euro incl. BTW |
| 2. fa. LARCIN-Estennes: | 189.995,28 euro incl. BTW |
| 3. fa. EUROVIA BELGIUM-Couillet: | 202.850,23 euro incl. BTW |
| 4. fa. TRAVEXPLOIT - Ragnies: | 204.599,38 euro incl. BTW |
| 5. fa. DESENFANT - 's Gravenbrakel: | 213.255,60 euro incl. BTW |

Aangezien alle inschrijvers alle documenten hebben bezorgd die voor de kwalitatieve selectie vereist zijn;

Aangezien de wegendienst geen rekenkundige fouten of leemten heeft vastgesteld, en krachtens artikel 110, § 4, van het KB van 8 januari 1996 ervan uitgaat dat geen enkele offerte onregelmatig is;

Overwegende dat de heer DUSART, veiligheids- en gezondheidscoördinator voor de firma SIXCO, de documenten heeft onderzocht die de firma's hebben bezorgd in verband met het VGP dat vervat is in het bestek en goedgekeurd is door de gemeenteraad op 15

oktober 2007, overeenkomstig de artikelen 11, 4/, en 30 van het koninklijk besluit van 25 januari 2001 betreffende de coördinatie van de veiligheid en de gezondheid op de tijdelijke en mobiele bouwplaatsen;

Aangezien de veiligheidscoördinator naar aanleiding van dat onderzoek de offertes van de firma's CHERON (1^e), TRAVEXPLOIT (4^e) en DESENFANT (5^e) om de volgende redenen afwijst:

CHERON: deze firma haalt niet de vereiste 50 % om als veiligheidscoördinator in aanmerking te worden genomen. (Ze haalt 38 %).

Heeft niet het bij het bestek gevoegde formulier ingevuld (het formulier is ondertekend, maar niet ingevuld, terwijl die formaliteit bij het KB is opgelegd), heeft dus geen VGP-"Project" bezorgd, dit wil zeggen een onderzoek van de risico's eigen aan de bouwplaats, heeft deze risico's niet in waarden uitgedrukt (becijferd) en heeft haar statistieken van arbeidsongevallen niet afgegeven. Ze heeft een zeer beknopt VGP-"Bedrijf" bezorgd, dit wil zeggen de algemene beschermingsmaatregelen, zonder de gemiddelde veiligheidskosten in waarden uit te drukken.

Deze firma haalt niet de vereiste 50 % om door de veiligheidscoördinator in aanmerking te worden genomen. (Ze haalt 38 %).

TRAVEXPLOIT: heeft niet het bij het bestek gevoegde formulier ingevuld. Bezorgt dus geen VGP-"Project" en geen berekening, noch statistieken van arbeidsongevallen.

Ze heeft een beknopt VGP-"Bedrijf" bezorgd en haalt 44 %.

DESENFANT: bezorgt het VGP-"Bedrijf", maar geen cijfers van de risico's en slechts een enkele van de drie gevraagde statistieken betreffende de arbeidsongevallen. Ze haalt 45 %.

Aangezien dus blijkt dat de onderneming met de laagste offerte (CHERON) niet in regel is ten aanzien van het koninklijk besluit van 25 januari 2001 betreffende de coördinatie van de veiligheid en de gezondheid op de tijdelijke en mobiele bouwplaatsen;

Aangezien de adviezen uiteenlopen wat betreft de gevolgen van dit probleem voor de aanwijzing van de bekroonde aannemer;

Advies nr. 1: technische diensten van de stad (Wegendienst) en van de Buurtwegendienst:

Aangezien bij dezelfde technische kwaliteiten de offerte van de firma CHERON te Horrues de minst dure regelmatige offerte is, stellen de Wegendienst van de stad en de Buurtwegendienst voor de firma CHERON te Horrues aan te wijzen als aannemer voor de werken in kwestie op basis van haar offerte voor een bedrag van 156.853,57 euro exclusief BTW - 189.792,82 euro inclusief BTW, ONDANKS het feit dat ze niet voldoet aan de voorschriften van het koninklijk besluit van 25 januari 2001 betreffende de coördinatie van de veiligheid en de gezondheid op de tijdelijke en mobiele bouwplaatsen.

Argumenten:

- De firma CHERON heeft toch een VGP-"Bedrijf" afgegeven, al is het zeer beknopt.

- In een circulaire van 6 mei 2004 wordt gepreciseerd dat de opdrachtgever in zijn bestek zou moeten aangeven dat het niet-invullen van het VGP-formulier tot gevolg heeft dat de offerte als nietig zal worden beschouwd. Deze zin is in dit geval echter niet toegevoegd.
- Ze vrezen dat de firma CHERON beroep zal instellen.

Advies nr. 2: juridische dienst en Eric TIBERMONT

1. Het VGP-document vormde een integrerend deel van het bestek (BIJLAGE 5).

In dit document stond het volgende:

- op het schutblad de vermelding dat "overeenkomstig het KB van 25 januari 2001, de inschrijver bij zijn offerte zijn VGP moet voegen, uitgedrukt in cijfers en aangepast aan de in bijlage beschreven specifieke risico's"
- in de inhoudsopgave (vetgedrukt): "SPECIFIEKE RISICO'S SAMEN MET UW VGP BIJ DE INSCHRIJVING TE BEZORGEN"
- op het in te vullen formulier (als opschrift, in grotere letters en vetgedrukt): "GELIEVE UW VGP SAMEN MET DEZE BLADEN BIJ DE PRIJSOPGAVE TE VOEGEN"

2. Bovendien bepaalt artikel 30 van het koninklijk besluit van 25 januari 2001 betreffende de coördinatie van de veiligheid en de gezondheid op de tijdelijke en mobiele bouwplaatsen dat "de opdrachtgever de nodige maatregelen neemt opdat het veiligheids- en gezondheidsplan deel zou uitmaken van het bijzonder bestek, door de kandidaten bij hun offertes een document te doen voegen dat verwijst naar het veiligheids- en gezondheidsplan en waarin zij beschrijven op welke wijze zij het bouwwerk zullen uitvoeren om rekening te houden met dit veiligheids- en gezondheidsplan, alsook een afzonderlijke prijsberekening in verband met de door het veiligheids- en gezondheidsplan bepaalde preventiemaatregelen en -middelen ...".

3. Eric Tibermont:

"Los van het belang van het VGP als bijlage bij een bestek en van de problemen van juridische interpretatie ter zake, denk ik dat dit VGP als het ware de weerspiegeling is van wat de gekozen onderneming kan voorstellen om haar werknemers in staat te stellen in alle veiligheid te werken.

Het debat ter zake verschuift naar het belang dat het bestuur hecht aan de veiligheid en de gezondheid van de werknemers van de vennootschappen die wij aanwijzen.

De vraag rijst dan ook, inzake veiligheid en aansprakelijkheid, wat er zou gebeuren bij een arbeidsongeval op een bouwplaats waarvan wij de opdrachtgever zijn en waar de bekroonde onderneming niet de zegen zou hebben gekregen van SIXCO, onze veiligheidscoördinator.

Zonder zelfs het begrip aansprakelijkheid ter sprake te brengen, zou men van het optreden van het bestuur, wat de veiligheid van de personen betreft, een beeld kunnen krijgen dat verre van onberispelijk is.

Bij wijze van conclusie sluit ik mij dus aan bij het advies van SIXCO omwille van de logica inzake veiligheid, en wijs ik aldus de firma CHERON af.

4. Juridisch

Los van de wetgeving op de overheidsopdrachten rijst de vraag wat er bij een ongeval zou gebeuren. De burgemeester en de schepenen zouden persoonlijk strafrechtelijk verantwoordelijk kunnen worden gesteld.

OM AL DEZE REDENEN stelt de juridische dienst voor het advies van onze veiligheidscoördinator (SIXCO) te volgen, de firma CHERON af te wijzen en de als 2^e gerangschikte firma, namelijk de firma LARCIN uit HAULCHIN aan te wijzen als aannemer van de bewuste werken volgens haar offerte voor een bedrag van 157.020,89 euro exclusief BTW - 189.955,28 euro inclusief BTW.

Voorstel nr. 3

Gezien het huidige seizoen (winter), waardoor geen wegenwerken kunnen worden uitgevoerd, en dit gedurende verschillende maanden, zou een derde oplossing in overweging kunnen worden genomen om te voorkomen dat een of andere firma eventueel beroep zou instellen:

Aangezien de stad er niet toe gehouden is de opdracht te gunnen, zou het schepencollege kunnen besluiten om de opdracht niet te gunnen, om het krediet naar 2008 over te dragen en om die opdracht opnieuw bekend te maken door in het bestek (en voluit) de vermelding toe te voegen dat geen gevolg geven aan het VGP de nietigheid van de offerte tot gevolg heeft.

Gelet op de berekening van het bedrag van de lening die moet worden afgesloten om in geval van aanwijzing (op basis van de duurste offerte) de uitgave te dekken:

Bedrag van de werkzaamheden incl. BTW:	189.995,28
Herzieningen:	18.999,53

TOTAAL TE LENEN:	208.994,81 afgerond op 209.000,00 euro

Gelet op de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten;

Gelet op het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten;

Gelet op het koninklijk besluit van 26 september 1996 tot bepaling van de algemene aannemingsvoorwaarden;

Gelet op het koninklijk besluit van 25 januari 2001 betreffende de coördinatie van de veiligheid en de gezondheid op de tijdelijke en mobiele werkplaatsen;

Gelet op de artikelen 123, 2/, en 236 van de nieuwe gemeentewet;

Gelet op de artikelen L1123-23 en L1222-4 van het Wetboek van de plaatselijke democratie en decentralisatie;

Besluit:

Artikel 1: het advies van onze veiligheidscoördinator (SIXCO) te volgen, de firma CHERON af te wijzen en de als nr. 2 gerangschikte firma, wat de prijzen betreft, namelijk de firma LARCIN uit HAULCHIN, aan te wijzen als aannemer van de bewuste werken op basis van haar offerte voor een bedrag van 157.020,89 euro exclusief BTW - 189.955,28 euro inclusief BTW, daar ze voldoet aan de voorwaarden van het koninklijk besluit van 25 januari 2001 betreffende de coördinatie van de veiligheid en de gezondheid op de tijdelijke en mobiele werkplaatsen.

Artikel 2: de uitgave te dekken door een lening met een bedrag van 209.000 euro, af te sluiten bij een bankinstelling.

Artikel 3: de aannemer hiervan in kennis te stellen en hem het bevel te geven de werkzaamheden te beginnen binnen de wettelijke termijnen. [...]"

Dit besluit vormt de bestreden handeling.

4. Bij aangetekende brief van 22 februari 2008, op dezelfde dag bij de post verzonden, deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat het college haar offerte niet in aanmerking heeft genomen, dat het haar vrijstaat mededeling te vragen van de motieven waarop dit besluit steunt en dat bij de Raad van State beroep kan worden ingesteld.

5. Bij brief van 25 maart 2008 deelt de verwerende partij aan de naamloze vennootschap LARCIN mee dat ze als aannemer van de opdracht is aangewezen.

6. Op 16 april 2008 hebben de diensten van de verwerende partij haar, blijkbaar naar aanleiding van een telefonische oproep van de verzoekende partij, per fax een afschrift van de brief van 22 februari 2008 toegezonden.

7. Op 22 april 2008 zendt de verzoekende partij de volgende telefax over aan de verwerende partij:

" Naar aanleiding van uw fax van 16 april 2008 - betreffende de brief van 22 februari 2008 die ik niet heb ontvangen en waarvan ik geen kennis heb kunnen nemen, wens ik dat men mij de motieven mededeelt op grond waarvan wij voor de voornoemde overheidsopdracht niet in aanmerking zijn genomen."

8. Op 6 mei 2008 zendt de verwerende partij de volgende brief aan de verzoekende partij:

" Overeenkomstig uw verzoek (herinnering) van 22 april 2008, delen wij u mede om welke redenen uw offerte niet in aanmerking is genomen bij de toewijzing van de voormelde opdracht.

De ingekomen offertes werden als volgt gerangschikt:

1. fa. CHERON-Horrues:	189.792,82 euro incl. BTW
2. fa. LARCIN-Estinnes:	189.995,28 euro incl. BTW
3. fa. EUROVIA BELGIUM-Couillet:	202.850,23 euro incl. BTW
4. fa. TRAVEXPLOIT - Ragnies:	204.599,38 euro incl. BTW
5. fa. DESENFANT - 's Gravenbrakel:	213.255,60 euro incl. BTW

De heer DUSART, veiligheids- en gezondheidscoördinator voor de firma SIXCO, heeft de documenten onderzocht die de firma's hebben bezorgd in verband met het VGP dat vervat is in het bestek en goedgekeurd is door de gemeenteraad op 15 oktober 2007, overeenkomstig de artikelen 11, 4/, en 30 van het koninklijk besluit van 25 januari 2001 betreffende de coördinatie van de veiligheid en de gezondheid op de tijdelijke en mobiele werkplaatsen;

Naar aanleiding van dat onderzoek heeft de veiligheidscoördinator uw offerte (alsook die van TRAVEXPLOIT en DESENFANT) afgewezen, daar de vereiste 50% om in aanmerking te worden genomen niet behaald waren (ze had 38% behaald), en dit om de volgende redenen:

- Het bij het bestek gevoegde formulier was ondertekend, maar niet ingevuld (dus geen "VGP-Project", dit wil zeggen een onderzoek van de risico's van de opdracht).
- De risico's van de opdracht waren niet in waarden uitgedrukt (becijferd).
- De statistieken van arbeidsongevallen waren niet afgegeven.

Alleen een zeer beknopt "VGP-Bedrijf" was bijgevoegd, namelijk de algemene beschermingsmaatregelen (wat niet overeenstemt met het onderzoek van de risico's van het VGP), zonder enige becijfering van de gemiddelde veiligheidskosten.

De door uw onderneming bezorgde offerte was dus niet in regel wat betreft het koninklijk besluit van 25 januari 2001 betreffende de coördinatie van de veiligheid en de gezondheid op de tijdelijke en mobiele werkplaatsen, terwijl het VGP-document integrerend deel uitmaakte van het bestek. Dit document bevatte:

- op het schutblad de vermelding dat "overeenkomstig het KB van 25 januari 2001, de inschrijver bij zijn offerte zijn VGP moet voegen, uitgedrukt in cijfers en aangepast aan de in bijlage beschreven specifieke risico's"
- in de inhoudsopgave (vetgedrukt): "SPECIFIEKE RISICO'S SAMEN MET UW VGP BIJ DE INSCHRIJVING TE BEZORGEN"
- op het in te vullen formulier (als opschrift, in grotere letters en vetgedrukt): "GELIEVE UW VGP SAMEN MET DEZE BLADEN BIJ DE PRIJSOPGAVE TE VOEGEN"

Ons schepencollege heeft derhalve tijdens de vergadering van 31 december 2007 besloten het advies van de veiligheidscoördinator (SIXCO) te volgen, uw offerte af te wijzen en de als nr. 2 gerangschikte firma, namelijk de firma LARCIN, als aannemer van de bewuste werken aan te wijzen op basis van haar offerte voor een bedrag van 189.995,28 euro inclusief BTW, daar ze de laagst biedende was die tegelijkertijd voldeed aan de criteria van kwalitatieve selectie, aan de technische bepalingen van het bestek en aan de voorwaarden van het koninklijk besluit van 25 januari 2001 betreffende de coördinatie van de veiligheid en de gezondheid op de tijdelijke en mobiele werkplaatsen.

Wij hopen aldus uw vraag te hebben beantwoord en ter herinnering wijzen wij u erop dat tegen dit besluit bij de Raad van State beroep kan worden ingesteld, zoals bepaald in artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State. [...]"

Overwegende dat de verwerende partij in haar memorie van antwoord van oordeel is dat het beroep niet-ontvankelijk is daar het alleen betrekking heeft op het besluit om de offerte van de verzoekende partij niet in aanmerking te nemen, en niet op het besluit waarbij de opdracht aan een andere inschrijver wordt gegund, dat de Raad van State zich niet in de plaats mag stellen van de overheid, dat de vordering van de verzoekende partij gelijkstaat met het vorderen van de nietigverklaring van het besluit houdende weigering om haar de opdracht toe te wijzen;

Overwegende dat uit de bewoordingen van het verzoekschrift blijkt dat dit wel degelijk betrekking heeft op het besluit van 31 december 2007 om de opdracht niet aan de verzoekende partij toe te wijzen en ze aan de firma LARCIN (bladzijde 2) te gunnen; dat de lering van arrest nr. 152.174 van 2 december 2005 die de verwerende partij in haar laatste memorie vermeldt, betrekking heeft op de beperkte procedure van toewijzing van een overheidsopdracht, die aanleiding geeft tot twee afzonderlijke besluiten, het ene betreffende de kwalitatieve selectie en het andere betreffende de regelmatigheid van de offerte en de toewijzing van de opdracht, en die niet kan worden toegepast op een openbare of open procedure van toewijzing van een opdracht die eindigt met een enkel besluit; dat dit des te meer geldt in een procedure van openbare aanbesteding doordat de betwiste opdracht had moeten worden toegewezen aan de verzoekende partij, die de laagste inschrijver was, onder voorbehoud van de regelmatigheid van haar offerte en van de juistheid van haar prijs; dat de exceptie afgewezen wordt,

B E S L U I T :

Artikel 1.

De debatten worden heropend.

Artikel 2.

Het door de auditeur-generaal aangewezen lid van het auditoraat wordt ermee belast het onderzoek voort te zetten.

Artikel 3.

Elk van de partijen beschikt over een niet-verlengbare termijn van dertig dagen, te rekenen van de kennisgeving van het aanvullend verslag, om een laatste memorie in te dienen.

Artikel 4.

De beslissing over de kosten wordt in beraad gehouden.

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

Mevr.	DAURMONT,	kamervoorzitter,
de HH.	LEWALLE,	staatsraad,
	NIHOUL,	staatsraad,
Mevr.	SCHMITZ,	griffier.

De Griffier

De Voorzitter

V. SCHMITZ

O. DAURMONT

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