

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 206.644 van 15 juli 2010
in de zaak A. 187.598/XII-5370**

In zake: de NV QUINTELIER GEBR.
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D’Hooghe en Nathanaëlle Kiekens
kantoor houdend te Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE JETTE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Daniël De Greve
kantoor houdend te Jette
G. Gilsonstraat 11
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de NV LES ENTREPRISES MELIN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Philippe Coenraets
kantoor houdend te Brussel
Ter Kamerenlaan 27
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 21 maart 2008, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing van het college van Burgemeester en Schepenen van de gemeente Jette d.d. 30 oktober 2007 waarbij de opdracht voor aanneming van ‘werken voor de aanleg van de openbare ruimte, onderhoudswerken op het grondgebied van de gemeente Jette en werken van kleine aanleggen in de verschillende speelpleinen van de gemeentelijke scholen’ aan de firma Melin wordt gegund, evenals van de impliciete beslissing om deze opdracht niet aan verzoekster te gunnen”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

De nv Les Entreprises Melin heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 10 juni 2008. De tussenkomende partij heeft een memorie ingediend.

Auditeur Inge Vos heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij, de verwerende partij en de tussenkomende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 9 maart 2010.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Evelien De Raeymaecker, die loco advocaat David D’Hooghe verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Marijke Van Der Hasselt, die loco advocaat Daniël De Greve verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Christophe Lépinos, die loco advocaat Philippe Coenraets verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos heeft een met dit arrest gedeeltelijk eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor werken voor de aanleg van de openbare ruimte, onderhoudswerken op het grondgebied van de gemeente en “werken van kleine aanleggen” in de verschillende

speelpleinen van de gemeentelijke scholen. De opdracht wordt gegund onder de vorm van een openbare aanbesteding.

3.2. Inzake de prijsbepaling vermeldt het bestek dat het een “opdracht aan eenheidsprijzen” betreft, “met een % vermeerdering of vermindering in de 3 categorieën”.

Een prijsborderel met een “beschrijving van de werken en leveringen” en een opgave van de eenheidsprijzen is bij het bestek gevoegd. Voor een aantal posten blijkt geen eenheidsprijs te zijn opgegeven.

Bij dit prijsborderel is een blanco verklaring aangehecht waarop de inschrijvers bij hun offerte een percentage moeten opgeven waarmee de eenheidsprijzen van het borderel worden verminderd of vermeerderd en dit voor de volgende drie categorieën van werken:

- de werken van categorie I tussen 0 euro en 6.200 euro, zonder btw en herziening,
- de werken van categorie II, tussen 6.200 euro en 25.000 euro, zonder btw en herziening,
- de werken van categorie III, meer dan 25.000 euro, zonder btw en herziening.

3.3. Het bestek bevat in het administratief gedeelte onder meer de volgende bepaling:

“Art. 90 - Opstellen van de offerte

Buiten de bescheiden voor de kwalitatieve selectie, die op basis van de voorafgaande artikels 16 tot 20 worden geëist, voegt de Inschrijver verplicht het volgende bij zijn offerte:

conform artikel 90 § 5:

het bewijs van zijn inschrijving als Aannemer in de categorie 00 of 05;

zo nodig, op straffe van nietigheid, een nota waarin de Aannemer verklaart dat hij bij het opstellen van zijn offerte rekening heeft gehouden met de eventuele verbeteringsberichten met vermelding van de nummers en omschrijvingen”.

3.4. Bij brief van 5 september 2007 zendt de verwerende partij onder meer aan de verzoekende partij een aangepast prijsborderel. In het begeleidend schrijven wordt erop gewezen dat de eenheidsprijzen voor een aantal posten ontbraken in het eerste, bij het bestek gevoegde, exemplaar van het prijsborderel en deze worden opgesomd.

3.5. De inschrijvingen worden geopend op 14 september 2007. Acht ondernemingen blijken een offerte te hebben ingediend, waaronder de verzoekende partij en de tussenkommende partij.

3.6. Op 19 oktober 2007 wordt een vergelijkende tabel van de offertes opgemaakt waarin wordt vastgesteld dat onder meer de verzoekende partij bij haar offerte geen nota heeft gevoegd waarin zij verklaart bij het opmaken van haar offerte rekening te hebben gehouden met de eventuele verbeteringsberichten. Er wordt vermeld dat het een besteksbepaling betreft die op straffe van nietigheid is voorgeschreven (“clause de nullité”).

3.7. Op 30 oktober 2007 beslist het college van burgemeester en schepenen om onder meer de offerte van de verzoekende partij “ongeldig” te verklaren en “niet in aanmerking te nemen” om voorgaande reden. Er wordt beslist om de opdracht toe te wijzen aan de nv Les Entreprises Melin als laagste regelmatige inschrijver.

3.8. Bij brief van 23 januari 2008 wordt de verzoekende partij op de hoogte gebracht dat de verwerende partij “geen gunstig gevolg” heeft gegeven aan haar offerte, dit omwille van het ontbreken van de voormelde nota.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4. De verwerende partij werpt vijf ontvankelijkheidsexcepties op in de memorie van antwoord. De tussenkommende partij werpt twee excepties op in het verzoek tot tussenkomst -die overeenstemmen met de vierde en vijfde exceptie van de verwerende partij- en wijst er voorts op dat, vermits de offerte van de verzoekende partij onregelmatig werd verklaard door de bestreden beslissing, het belang van de verzoekende partij bij het voorliggende annulatieberoep verbonden is met de gegrondheid van het middel.

In het auditorsverslag worden alle excepties verworpen, behalve de vierde exceptie van de verwerende partij, respectievelijk de eerste exceptie van de tussenkommende partij, betreffende de ontvankelijkheid van het beroep in de mate dat het is gericht tegen de impliciete beslissing om de opdracht niet aan de verzoekende partij toe te wijzen.

5. De verwerende partij komt in haar laatste memorie niet uitdrukkelijk op haar excepties terug.

De tussenkomen de partij verwijst in haar laatste memorie enkel nog naar haar eerste exceptie.

Deze partijen mogen aldus worden geacht enkel nog op hun exceptie betreffende de impliciete beslissing aan te dringen.

Zoals de Raad van State reeds heeft aangenomen, onder andere in zijn arrest nr. 201.704 van 1 april 2010 inzake de nv Van Rymentant, staat het impliciete karakter van de beslissing om niet aan de verzoekende partij toe te wijzen, de aanvechtbaarheid van die beslissing niet in de weg. In zoverre echter de verzoekende partij zou menen dat bij een eventuele nietigverklaring van de impliciete weigering dan van de weersluit voor het bestuur de rechtsplicht zou volgen om het geweigerde alsnog te geven -te deze de gunning- wordt die populaire maar verkeerde opvatting in haar algemeenheid niet bijgefallen. Wat de overheid van de nietigverklaring van de weigeringsbeslissing -weze ze impliciet of expliciet- op grond van het arrest inhoudelijk al dan niet moet doen, of niet meer mag doen, hangt af van het vernietigingsmotief, met andere woorden van het gegrond bevonden middel. De exceptie wordt niet aanvaard.

V. Onderzoek van de middelen

Standpunt van de partijen

6. In een *enig middel* voert de verzoekende partij de schending aan van “artikel 15 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten [...] juncto artikel 110 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken [...] en van het beginsel luidens hetwelk de bestuursbeslissingen moeten gesteund zijn op pertinente en juiste motieven zoals ook vervat in artikel 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen, en van het proportionaliteitsbeginsel”.

De verzoekende partij betoogt onder meer dat uit de door haar ingediende offerte zonder meer blijkt dat zij rekening heeft gehouden met het verbeteringsbericht van 5 september 2007 en gebruik heeft gemaakt van het aangepaste prijsboderel.

Zij wijst erop dat artikel 90 van het bestek beoogt te waarborgen dat aannemers bij het opstellen van hun offerte rekening zouden houden met verbeteringsberichten uitgaande van de aanbestedende overheid, welk resultaat te dezen onmiskenbaar werd bereikt.

Doordat de verzoekende partij haar offerte op het voorgeschreven -aangepaste- prijsboderel heeft opgemaakt, blijkt dat zij met het gewijzigde bestek heeft ingestemd en zich er ondubbelzinnig toe heeft verbonden om de opdracht conform de bepalingen van het bestek uit te voeren, aan de door haar gegeven prijs.

Aangezien in de bestreden beslissing louter wordt verwezen naar het ontbreken van een tekstuele nota in de offerte van de verzoekende partij, zonder dat ook maar enigszins wordt aangetoond dat als gevolg hiervan de vergelijkbaarheid van de inschrijvingen of de gelijkheid van de inschrijvers zou zijn aangetast, dan wel dat op andere wijze de belangen van de verwerende partij in het geding zouden zijn, is volgens de verzoekende partij geen behoorlijke, in rechte en in feite juiste en pertinente motivering voorhanden voor het onregelmatig verklaren van haar offerte.

7. De verwerende partij wijst er op dat zij niet alleen de offerte van de verzoekende partij, maar ook deze van twee andere inschrijvers heeft geweerd omdat zij bij hun offerte geen nota hebben gevoegd waarin zij verklaren dat zij bij het opstellen van hun offerte rekening hebben gehouden met de eventuele verbeteringsberichten met vermelding van de nummers en omschrijvingen.

8. De tussenkomenende partij voert aan dat de nietigheidssanctie ongetwijfeld werd opgelegd vanuit de bezorgdheid van de verwerende partij om discussies gedurende de uitvoering van het contract te vermijden. De omstandigheid dat een inschrijver het aangepaste prijsboderel invult, betekent, op zichzelf genomen, volgens haar niet dat hij zich ertoe heeft verbonden met het verbeteringsbericht rekening te houden.

9. In haar laatste memorie benadrukt de verwerende partij dat het bijvoegen van het attest waarvan sprake in artikel 90 van het bestek voor haar een determinerend element vormde, dat haar toeliet de diverse offertes te vergelijken. Het bijvoegen van het attest dient om de offertes op effectieve wijze te vergelijken en om ieder misverstand of ambiguïteit te vermijden.

Beoordeling

10. Overeenkomstig artikel 15 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, dient bij openbare of beperkte aanbesteding de opdracht te worden toegewezen aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte indiende.

11. Overeenkomstig artikel 90, § 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, dient de inschrijver de bescheiden, modellen, monsters en alle andere inlichtingen die door het bestek worden vereist bij zijn offerte te voegen, tenzij in het bestek anders is bepaald.

12. De vraag rijst of de verzoekende partij effectief niet voldeed aan de besteksbepaling van artikel 90 van het bestek.

Te dezen blijkt uit het administratief dossier dat de tussenkomende partij, van wie de verwerende partij de offerte wel heeft aanvaard, bij haar offerte een afzonderlijke nota (“attestation”) heeft gevoegd waarin zij verklaart dat zij bij het opstellen van haar offerte rekening heeft gehouden met de verbeteringsberichten met vermelding van de nummers en omschrijvingen (“que la s.a. Melin a tenu compte lors de l’élaboration de son offre des avis rectificatifs avec mention des numéros et désignations”). Het is opvallend vast te stellen dat daarbij de besteksbepaling letterlijk wordt overgenomen, zonder effectieve vermelding van de nummers en omschrijvingen. Voor het overige wordt in de offerte van de tussenkomende partij nergens het integrale prijsboderel hernomen, doch enkel pagina 16 ervan. Voor het overige geeft de tussenkomende partij de prijsverminderingen die zij aanbiedt uitsluitend aan in het inschrijvingsbiljet.

De verzoekende partij van haar kant blijkt geen afzonderlijke nota te hebben toegevoegd waarin zij op algemene wijze verklaart bij het opstellen van haar offerte rekening te hebben gehouden met de eventuele verbeteringsberichten met vermelding van de nummers en omschrijvingen. In tegenstelling tot de tussenkomen de partij heeft zij daarentegen wél het -integrale- aangepaste prijsboderel, zoals haar door de verwerende partij toegezonden bij de voormelde brief van 5 september 2007, opgenomen in haar offerte. Daarna verklaart de verzoekende partij in haar offerte om de werken overeenkomstig dit prijsboderel uit te voeren en geeft zij nog de door haar voorgestelde prijsverminderingen op.

13. Gelet op de uitdrukkelijke opname van het integrale aangepaste prijsboderel in de offerte van de verzoekende partij bestaat er geen twijfel over de verbintenis die door haar wordt aangegaan. Voormelde verklaring dient, in het licht van de concrete omstandigheden van de voorliggende zaak, dan ook te worden beschouwd als een verklaring *in concreto* vanwege de inschrijver dat hij bij het opstellen van zijn offerte rekening heeft gehouden met het verbeteringsbericht. Minstens dient in de gegeven omstandigheden te worden aangenomen, in tegenstelling tot hetgeen de tussenkomen de partij in haar laatste memorie betoogt, dat een bijkomen de afzonderlijke nota niet nodig was om te voldoen aan de doelstelling van artikel 90 van het bestek, en om namelijk de inhoudelijke vergelijking van de inschrijvingen mogelijk te maken. Er was immers maar één verbeteringsbericht en dat heeft de verzoekende partij in haar offerte integraal hernomen.

Weliswaar merkt de tussenkomen de partij nog op dat de omstandigheid dat een inschrijver het gewijzigde prijsboderel invult, op zichzelf genomen, niet betekent dat hij zich ertoe heeft verbonden met het verbeteringsbericht rekening te houden. Aangezien echter de verzoekende partij niet alleen het gewijzigde prijsboderel invult, doch ook uitdrukkelijk verklaart om de werken overeenkomstig dit prijsboderel uit te voeren, impliceert dit onmiskenbaar de verbintenis om met het verbeteringsbericht rekening te houden. Overigens is de tussenkomen de partij in het licht van de concrete gegevens van het dossier slecht geplaatst om haar genoemd standpunt te verdedigen nu in haar offerte, zoals reeds vastgesteld, slechts een verklaring *in abstracto* voorligt.

14. De verwerende partij mocht dan ook niet zonder meer besluiten dat de verzoekende partij bij haar offerte geen nota zou hebben gevoegd waarin zij

verklaart bij het opstellen van de offerte rekening te hebben gehouden met het aangepaste prijsborderel. Door aldus te handelen heeft zij op ondeugdelijke feitelijke grondslag de offerte van de verzoekende partij onregelmatig verklaard. Aldus staat de correcte toepassing van artikel 15 van de voormelde wet van 24 december 1993 niet meer vast : het is niet uitgemaakt dat de gekozen inschrijver de laagste offerte heeft ingediend, nu de offerte van de verzoekende partij niet in de vergelijking van de offertes is betrokken, hoewel deze -althans bij de opening van de offertes- de best gerangschikte bleek.

Het middel is in die mate gegrond en leidt tot de nietigverklaring van de toewijzingsbeslissing aan de onderneming Melin.

15. Wat de impliciete beslissing betreft die uit die toewijzingsbeslissing blijkt, namelijk om de opdracht niet aan de verzoekende partij toe te wijzen, mag uit het gegrond bevinden van het middel te dezen niet worden afgeleid dat de verzoekende partij in elk geval recht had om als inschrijver te worden gekozen: het middel leidt enkel tot de vaststelling dat haar offerte ten onrechte onregelmatig is verklaard bij toepassing van één besteksbeplating. Noch uit de bestreden beslissing noch uit de vergelijkende tabel blijkt immers dat die offerte reeds op alle aspecten inzake haar regelmatigheid werd onderzocht. Op dat vlak komt het niet aan de Raad van State toe zich in de plaats van het bestuur te stellen.

Uit de nietigverklaring van de impliciete beslissing op grond van dit middel volgt voor het bestuur verbod om bij een overdoen van de vergelijking van de offertes opnieuw met die vermeende onregelmatigheid rekening te houden.

16. Het eerste en enig middel is in de aangegeven mate gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van 30 oktober 2007 van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Jette waarbij de opdracht voor aanneming van werken voor de aanleg van de openbare ruimte, onderhoudswerken op het grondgebied van de gemeente Jette en werken van

kleine aanleggen in de verschillende speelpleinen aan de nv Les Entreprises Melin wordt toegewezen en de impliciete beslissing om de opdracht niet aan de verzoekende partij te gunnen.

2. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 euro.

De tussenkommende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkommst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 15 juli 2010, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Lust,	staatsraad,
Geert Van Haegendoren,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest