

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 210.968 van 3 februari 2011
in de zaak A. 157.073/XII-4300**

In zake: de NV TEVEAN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Philippe Leroy
kantoor houdend te Gent
Coupure 5
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de REGIE DER GEBOUWEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Karel Van Alsenoy
kantoor houdend te Brussel
A. Dansaertstraat 92
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 2 november 2004, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing van de directeur-generaal van de Regie der Gebouwen dd. 3 augustus 2004 waarbij [de] offerte [van de nv Tevean] dd. 7 juni 2004 op de openbare aanbesteding voor de aanneming van werken aan het Koninklijk Belgisch Instituut voor Natuurwetenschappen (renovatie van de Janletvleugel, perceel 3: elektrische installatie, bijzonder bestek nr. 04/22/22.0194/148E) als onregelmatig werd afgewezen en de opdracht werd toegewezen aan de S.A. Nizet Entreprises”.

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.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 14 december 2010.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Inneke Bockstaele, die loco advocaat Philippe Leroy verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Ward Ghyselinck, die loco advocaat Karel Van Alsenoy verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een met dit arrest 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 Regie der Gebouwen besluit om de Janletvleugel van het Koninklijk Belgisch Instituut voor Natuurwetenschappen te renoveren. In het kader van deze renovatiewerken wordt een overheidsopdracht uitgeschreven voor

werken vervat in een perceel 3: “elektrische installaties”. De gekozen gunningswijze is de openbare aanbesteding.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 23 april 2004 en in het Publicatieblad van de Europese Unie van 24 april 2004.

De aankondiging van de opdracht vermeldt dat de inschrijvers verplicht zijn om de plaatsen te bezoeken waar de werken zullen worden uitgevoerd. Een plaatsbezoek is mogelijk op 12 mei 2004 of 26 mei 2004.

Voorts wordt nog aangekondigd dat de inschrijvingen zullen worden geopend op 7 juni 2004.

3.3. Het bestek wordt opgesteld door het studiebureau nv Ingenium. De technische bepalingen van het bestek omschrijven op bladzijde 36 het verlichtingssturingssysteem dat door de inschrijver dient te worden geïnstalleerd. Er wordt onder meer vereist: “het bestaande verlichtingsturingssysteem is van het merk Conductor Avenger en wordt uitgebreid met een unit. De nieuwe Conductor wordt opgesteld in een berging in de kelder van de Janlet”.

Op bladzijde 37 tot en met 53 wordt het te installeren “gebouwenbeheersysteem” beschreven. Op dit systeem dienen onder meer de reeds in het gebouw aanwezige systemen voor lichtsturing, toegangscontrole en de telefooncentrale te worden gekoppeld.

3.4. Een vertegenwoordiger van verzoekende partij neemt deel aan het plaatsbezoek van 26 mei 2004. Deze maakt, naar eigen zeggen van verzoekende partij in het verzoekschrift, opmerkingen over het door het bestek vereiste “gebouwenbeheersysteem ‘Avenger’” en het “verlichtingssturingssysteem”, welke opmerkingen volgens verzoekende partij in wezen onbeantwoord zouden zijn gebleven.

3.5. Op 3 juni 2004 richt verzoekende partij een e-mail aan het studiebureau nv Ingenium:

“Bij ons bezoek op 26.05.04

Ivm lot electriciteit Janletvleugel Brussel kon, niemand ons raadgeving geven ivm

* gebouwenbeheersysteem ‘avenger’????

* Verlichtingssturingssysteem

Beide firmas zouden opgedoekt zijn, derhalve lijkt een oplossing en koppeling op bestaande (ver)ouderde installaties onmogelijk.

In uw studie moet u zeker en vast een richtmerk voorhanden hebben anders kan u nooit een lastenboek opgesteld hebben.

Graag dringende de info over te maken”.

3.6. Op 7 juni 2004 richt verzoekende partij om 9u29 nog een e-mail aan twee medewerkers van de Regie der Gebouwen:

“mbt de gebouwencontrole:

Zeer tot mijn spijt kon en kan er niemand ons helpen bij de hiernagestelde vragen, uiteindelijk zou minstens het studieburo een degelijke info kunnen verschaffen, temeer omdat we op een oude bestaande installatie moeten aansluiten!

We zijn dan vrijdag nog maar eens bij de technische diensten info gaan opvragen maar men beweert dat er helemaal geen gebouwencontrole is!

Ik wou u vooraleer de opening gebeurt u op de hoogte stellen”.

De “hiernagestelde vragen” waarnaar wordt verwezen betreffen blijkbaar de vraagstelling opgenomen in de e-mail van 3 juni 2004, die wordt aangehaald onder het bericht van 7 juni 2004.

3.7. De offertes worden geopend op 7 juni 2004 om 11u. Drie ondernemingen blijken een offerte te hebben ingediend aan de volgende bedragen, btw inbegrepen:

- nv Tevean 1.651.266,93 euro,
- nv Nizet Entreprises 1.691.736,08 euro,
- bvba E.T.I. V. Vandenven 1.935.520,39 euro.

3.8. Bij de offerte van verzoekende partij is een nota met opmerkingen gevoegd. Deze luidt onder meer:

“Hoofdstuk 18: Verlichtingssturingssysteem

Het vermelde ‘Conductor Avenger’ systeem wordt niet meer gefabriceerd. Hierdoor kunnen wij geen prijzen geven voor de gevraagde onderdelen van het systeem. Ook indien er een nieuw systeem zou worden voorgesteld, zal de koppeling met het oude systeem zeker moeten bekeken worden. Ook overleg gepleegd met studiebureau Ingenium, welke ook geen alternatieve oplossing kan naar voren brengen (zie ook bijlage: e-mail Ingenium).

Hoofdstuk 16: Videofonie

Het beschreven systeem wordt niet meer geproduceerd. Aangeboden met variante.

Hoofdstuk 19: Gebouwenbeheersysteem

Daar er geen enkele informatie over het bestaande gebouwenbeheersysteem verstrekt kan worden, kunnen wij geen prijzen geven voor de gevraagde onderdelen”.

In de bij haar offerte gevoegde samenvattende meetstaat heeft verzoekende partij inderdaad voor de betrokken posten (284 tot en met 309) geen prijzen opgegeven.

De e-mail waarnaar wordt verwezen is de e-mail van 3 juni 2004 van verzoekende partij aan de nv Ingenium.

3.9. In de loop van de maand juni 2004 wordt een gunningsverslag opgesteld.

De offerte van verzoekende partij wordt in dit verslag als onregelmatig beschouwd wegens het niet invullen van 26 posten van de meetstaat. Hierbij wordt in de eerste plaats verwezen naar artikel 110, § 2, en artikel 89 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken. Voorts wordt gewezen op artikel 112, § 4, van ditzelfde koninklijk besluit, waarbij wordt gesteld dat in het huidige geval het aantal niet ingevulde posten ertoe leidt dat ook in het licht van deze bepaling tot de onregelmatigheid van de offerte dient te worden besloten.

De offerte van bvba E.T.I. Vandenven wordt eveneens als onregelmatig verworpen. De offerte van de nv Nizet Entreprises wordt als enige regelmatig beschouwd.

3.10. Op 3 augustus 2004 beslist de Directeur-generaal der Gebouwen om de offertes van verzoekende partij en de bvba E.T.I. Vandenven onregelmatig te verklaren en de opdracht toe te wijzen aan de nv Nizet Entreprises voor een bedrag van 1.691.747,17 euro, btw inbegrepen. Dit is de thans bestreden beslissing, die onder meer als volgt is gemotiveerd:

“Overwegende dat de offerte van nv Tevean als onregelmatig moet worden beschouwd om de volgende redenen:

- desbetreffende inschrijver heeft geen prijs ingediend voor 26 posten van de opdracht met betrekking tot het bedieningsstelsel voor de verlichting en het beheersstelsel van de gebouwen, met als argument dat voor het eerste, het stelsel niet meer wordt gemaakt, en voor het tweede, dat hij geen inlichtingen omtrent het bestaand stelsel zou hebben bekomen;
- in de mate waarin, enerzijds, de inschrijver geen opmerking heeft gemaakt ter gelegenheid van het verplicht plaatsbezoek, noch de aanbestedende overheid heeft gewaarschuwd in het kader van de bepalingen van artikel 98 van het KB van 08.01.96, en waarin er, anderzijds, ten minste één inschrijver is die prijs heeft kunnen indienen voor deze posten, kunnen voormelde argumenten niet in beschouwing worden genomen;
- aangezien het bedrag van de verzuimde posten substantieel is ten opzichte van het totaal van de offerte, zodanig dat het voor de aanbestedende overheid onmogelijk is om het bedrag van de opdracht te bepalen, kan deze laatste enkel de offerte als onregelmatig weren, in toepassing van artikel 112 § 4 van het KB van 08.01.1996;

Overwegende dat de offerte van bvba ETI V. Vandenvan als onregelmatig moet worden beschouwd om de volgende redenen:

[...]

Overwegende dat de aanbestedende overheid, daarenboven, de bedragen heeft berekend die voormelde offertes zouden hebben belopen indien op de daarin verzuimde posten de bepalingen van artikel 112, § 2 van het KB van 08.01.1996 zouden zijn toegepast, en dat deze bedragen respectievelijk € 1.973.866,13 voor ETI Vandenvan en € 1.987.011,13 voor Tevean zijn; dat derhalve, zelfs indien de aanbestedende overheid deze twee offertes niet als onregelmatig had beschouwd (*quod non*), de opdracht in geen geval aan één van de twee inschrijvers waarvan sprake gegund zou kunnen worden, vermits geen enkele van de aldus berekende offertes de laagste zou zijn geweest;

Overwegende dat de rangschikking van de offertes van de weerhouden inschrijvers na nazicht en verbetering (art. 111, 112 en 113 van het KB van 08.01.96) de volgende is:

Aannemer:	Bedrag excl. btw	Bedrag incl. btw
1. sa Nizet Entreprises	€ 1.398.138,16	€ 1.691.747,17

Dat de offerte van de sa Nizet moet worden beschouwd als de laagste regelmatige offerte [...].”.

3.11. Bij aangetekend schrijven van 19 augustus 2004 wordt de nv Nizet Entreprises op de hoogte gebracht dat de opdracht aan haar werd toegewezen.

3.12. Met een brief van 1 september 2004 deelt verwerende partij aan verzoekende partij mee dat haar offerte “niet werd weerhouden”. Een afschrift van de toewijzingsbeslissing wordt verzoekende partij bezorgd bij schrijven van 17 september 2004.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

Uiteenzetting van de exceptie

4. In de memorie van antwoord werpt verwerende partij een tweeledige exceptie op inzake het belang van verzoekende partij bij het voorliggende annulatieberoep.

In de eerste plaats betoogt verwerende partij dat er door de kennisgeving van de toewijzingsbeslissing aan de nv Nizet Entreprises een burgerrechtelijke overeenkomst tot stand is gekomen tussen haar en deze laatste. Een eventuele vernietiging van de toewijzingsbeslissing zal niet de vernietiging van deze overeenkomst tot gevolg hebben, daar deze enkel kan worden nietig verklaard door de gewone rechter. Bovendien zijn de werken reeds van start gegaan, zodat de vraag kan worden gesteld welk concreet nadeel verzoekende partij tracht te herstellen met haar beroep – zij zal de werken immers niet meer zelf kunnen uitvoeren. Indien het de bedoeling is van verzoekende partij om voor de gewone rechter een schadevergoeding te vorderen op grond van een vernietigingsarrest van de Raad van State, dan beschikt verzoekende partij niet over een rechtstreeks belang bij de nietigverklaring. Evenmin kan een louter moreel belang worden aanvaard aangezien een morele genoegdoening op zich niet het doel kan zijn van huidig beroep.

In de tweede plaats wijst verwerende partij er op dat aangezien verzoekende partij geen regelmatige offerte heeft ingediend, zij geen rechtstreeks en persoonlijk belang heeft bij de nietigverklaring van de bestreden beslissing. Verwerende partij erkent evenwel dat deze exceptie “mogelijk” samenhangt met de grond van de zaak.

5. In haar laatste memorie handhaaft verwerende partij beide onderdelen van de exceptie.

Beoordeling

6.1. Het belang van een verzoekende partij om bij de Raad van State een beslissing inzake de toewijzing van een overheidsopdracht te bestrijden, bestaat er idealiter in opnieuw op zijn minst kans te maken om die opdracht toegewezen te krijgen en die zelf uit te voeren. Het enkele feit echter dat het voormelde doel onbereikbaar is geworden moet niet noodzakelijk tot gevolg hebben dat een verzoekende partij elk rechtstreeks belang bij de vordering tot nietigverklaring verliest. Het beroep strekt immers tot de nietigverklaring van de afsplitsbare bestuurshandeling om haar inschrijving onregelmatig te verklaren en om dus de verzoekende partij voorbij te gaan ten voordele van een andere kandidaat. Verzoekende partij ontleent aan dat voorbijgaan in principe een gekwalificeerd moreel belang dat gediend wordt, en, in tegenstelling tot wat verwerende partij opwerpt, spijs het sluiten of zelfs de uitvoering van de opdracht, gediend blijft door een nietigverklaring. Het voornoemd moreel belang ter ondersteuning van het annulatieberoep volstaat. Het feit dat eventueel een vordering tot schadevergoeding voor de gewone rechter zou worden beoogd kan daaraan geen afbreuk doen.

Het eerste onderdeel van de exceptie wordt verworpen.

6.2. Wat het tweede onderdeel van de exceptie betreft wordt vastgesteld dat een inschrijver van wie de offerte onregelmatig is verklaard, zoals verzoekende partij, in principe geen belang heeft om de toewijzing van een overheidsopdracht aan een concurrerende inschrijver aan te vechten, tenzij uit de middelen blijkt dat zijn offerte ten onrechte onregelmatig werd verklaard dan wel dat de opdracht aan geen enkele inschrijver rechtsgeldig mocht worden toegewezen.

De ontvankelijkheid van het beroep hangt dan ook nauw samen met de beoordeling van de middelen.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

7. In het eerste middel roept verzoekende partij de schending in van artikel 98 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, alsook van het zorgvuldigheidsbeginsel.

Verzoekende partij acht artikel 98 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 geschonden doordat de Regie der Gebouwen heeft nagelaten om, gelet op de belangrijkheid van de door verzoekende partij vastgestelde vergissingen of leemten, een beslissing te nemen over de verdaging van de zitting van de opening van de offertes en de publicatie van een rechtzetting. Verzoekende partij heeft vastgesteld dat de opdracht vergissingen of leemten bevat die het onmogelijk maken om een prijs te berekenen en waardoor de vergelijking van de offertes niet meer opgaat. Noch tijdens het plaatsbezoek op 26 mei 2004, noch in de daaropvolgende elektronische contacten met de ontwerper en de Regie der Gebouwen werd enige duidelijkheid verstrekt over de werking van het verlichtingssturingssysteem en het gebouwencontrolesysteem. Deze informatie was volgens verzoekende partij onontbeerlijk om de offerte te kunnen vervolledigen.

Niettegenstaande verzoekende partij herhaaldelijk op informatie heeft aangedrongen en uiteindelijk waarheidsgetrouw geen prijs heeft kunnen invullen voor de uitvoering van deze werken, is de Regie der Gebouwen in gebreke gebleven om passend op te treden door hetzij tijdig die informatie te verstrekken, hetzij de opening van de offertes te verdagen.

Het feit dat verzoekende partij leemtes en tekortkomingen heeft opgemerkt kan niet tegen haar worden gebruikt. Zij heeft integendeel de verplichting om deze op te werpen. De omstandigheid dat een andere inschrijver daarentegen wel een prijs heeft berekend, doet daar geen afbreuk aan. Verzoekende partij ziet naar eigen zeggen niet in hoe die prijsberekening mogelijk kan zijn, nu essentiële informatie ontbreekt. Zo één van de andere inschrijvers toch een prijs heeft kunnen berekenen, moet er worden vanuit gegaan dat dit ofwel is gebeurd op grond van fictieve gegevens, ofwel op grond van kennis die niet aan de andere inschrijvers werd meegedeeld, waardoor de gelijkheid bij het opmaken en indienen van offertes en de vergelijkbaarheid van de offertes zijn verstoord.

Door niet in te gaan op de opmerkingen van verzoekende partij heeft de Regie der Gebouwen op onwettige wijze de laagste offerte van verzoekende partij als onregelmatig verworpen en de opdracht toegewezen aan de nv Nizet Entreprises.

8. In de memorie van wederantwoord wijst verzoekende partij er op dat zij tijdig de vergissingen en leemten ter kennis heeft gebracht, namelijk reeds tijdens het plaatsbezoek op 26 mei 2004 en dus meer dan tien dagen voor de opening van de offertes. Voorts heeft verzoekende partij op 3 juni 2004 een e-mail gestuurd aan het projectbureau nv Ingenium, welke e-mail zij overigens bij haar offerte heeft gevoegd. Toen op deze e-mail geen reactie kwam heeft verzoekende partij met een e-mail van 7 juni 2004 nogmaals “de gebrekkige gang van zaken aangeklaagd”. Verzoekende partij is dus wel degelijk tijdig opgetreden.

“Het doel van artikel 98 van het K.B. van 8 januari 1996”, aldus verzoekende partij, “is het voorkomen van het opstarten van een gunningsprocedure wanneer duidelijk is dat de offertes niet of niet zinvol kunnen worden opgesteld en dus een vergelijking van de offertes geheel onmogelijk is. Daartoe volstaat het dat de gunnende overheid tijdig en nuttig op de hoogte wordt

gesteld van de eventueel vastgestelde tekortkomingen die kunnen nopen tot de publicatie van een rechtzetting”. Het optreden van verzoekende partij liet verwerende partij toe om de opening uit te stellen. Het feit dat verzoekende partij de vormvereisten van artikel 98 niet zou hebben nageleefd doet hier volgens haar geen afbreuk aan. Deze vormvereisten, te weten de schriftelijke kennisgeving minstens tien dagen voor de opening van de offertes, zijn immers niet op straffe van nietigheid voorgeschreven. Evenmin kunnen zij als substantiële vormvereisten worden beschouwd, wanneer, zoals te dezen, blijkt dat verzoekende partij op zinvolle wijze de doelstelling van artikel 98 heeft verwezenlijkt. De kennisgeving mocht overeenkomstig artikel 2281 van het Burgerlijk Wetboek ook per e-mail gebeuren.

Door ondanks dit alles de gunningsprocedure toch voort te zetten heeft verwerende partij bovendien ook het zorgvuldigheidsbeginsel geschonden.

9. In haar laatste memorie wijst verzoekende partij er op dat het voor haar “een absoluut raadsel [blijft] hoe de NV Nizet [...] wel als enige tot een prijsbepaling kon komen”; bovendien, aldus verzoekende partij, is gebleken dat de nv Nizet Entreprises alsnog heeft gekozen voor “de installatie van een volledig nieuw systeem en niet voor een uitbreiding en aansluiting op de bestaande systemen, zoals door het bijzonder bestek nochtans was voorzien”.

Voorts benadrukt zij dat het normdoel van de vormvereisten van artikel 98 te dezen was bereikt. “Dat normdoel is het in staat stellen van de gunnende overheid om nog tijdig de opening uit te stellen en te beslissen over een rechtzetting”. Gelet op de *prima facie* aanwezigheid van een tekortkoming, namelijk het gebrek aan afdoende informatie over de compatibiliteitsproblemen met de verouderde systemen, diende verwerende partij in de gegeven omstandigheden de opening van de offertes uit te stellen. Door dit niet te doen heeft zij artikel 98 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 en het zorgvuldigheidsbeginsel miskend.

Beoordeling

10. Artikel 98 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 luidt:

“Indien de inschrijver in het bestek of in de aanvullende documenten van de opdracht zodanige vergissingen of leemten vaststelt dat het hem onmogelijk is een prijs te berekenen, of dat de vergelijking van de offertes niet meer opgaat, geeft hij daarvan onverwijld, althans ten minste tien dagen vóór de dag van de opening van de offertes, schriftelijk kennis aan de aanbestedende overheid, behoudens zo de inkorting van de termijn voor het indienen van de offertes niet toelaat deze voorwaarde na te leven.

De aanbestedende overheid oordeelt of het, wegens de belangrijkheid van de vergissingen of de leemten, verantwoord is de zitting van de opening van de offertes te verdagen en een rechtzetting te publiceren”.

11. Verzoekende partij stelt in essentie dat zij verwerende partij op de hoogte heeft gebracht van tekortkomingen in het bestek (namelijk het faillissement van de fabrikant van het gevraagde verlichtingssturingssysteem en de onduidelijkheid over het bestaande gebouwencontrolesysteem), doch dat verwerende partij niet op deze mededeling is ingegaan, waardoor deze bepaling zou zijn geschonden.

12.1. Vooraleer verwerende partij toepassing zou kunnen maken van het tweede lid van artikel 98 dient in de eerste plaats te zijn voldaan aan de voorwaarden gesteld in het eerste lid van deze bepaling.

Artikel 98, eerste lid, legt aan de inschrijver op om de vastgestelde gebreken aan het bestek onverwijld schriftelijk ter kennis te brengen van de aanbestedende overheid, ten minste tien dagen vóór de dag van de opening van de offertes.

12.2. De louter mondelinge opmerkingen die door verzoekende partij tijdens het plaatsbezoek van 26 mei 2004 zouden zijn gemaakt kunnen dan ook niet in aanmerking worden genomen voor toepassing van deze bepaling.

12.3. De e-mail van 3 juni 2004 van verzoekende partij aan het studiebureau nv Ingenium is laattijdig, want minder dan tien dagen vóór de opening van de offertes verzonden. Bovendien kan deze e-mail –voor zover al mocht worden aangenomen dat dit een schriftelijke kennisgeving is in de zin van artikel 98– inhoudelijk niet als een kennisgeving in de zin van deze bepaling worden beschouwd nu verzoekende partij in dit bericht aan het studiebureau om “raadgeving” vraagt in verband met “een richtmerk” voor de betrokken installaties. Er wordt niet gesteld dat het onmogelijk is om een prijs te berekenen, noch dat de vergelijking van de offertes niet meer zou opgaan, doch enkel dat “een oplossing en koppeling op bestaande (ver)ouderde installaties onmogelijk [is]”. Ten slotte wordt er evenmin verzocht om de opening van de offertes uit te stellen of om een rechtzetting te publiceren.

12.4. De e-mail van 7 juni 2004 aan verwerende partij – verzonden op de ochtend van de opening van de offertes, anderhalf uur voor de aanvang van de openingszitting en dus onbetwistbaar laattijdig – kan evenmin als een kennisgeving in de zin van artikel 98 worden aangemerkt. In dit schrijven deelt verzoekende partij immers enkel mee dat zij het betreurt niet over “degelijke info” te kunnen beschikken en dat zij zulks wou meedelen “vooraleer de opening gebeurt”. Dit bericht is voorts met dezelfde gebreken behept als de e-mail van 3 juni 2004.

12.5. Verzoekende partij stelt dat, desondanks voorgaande vaststellingen, toch minstens het normdoel van deze bepaling werd bereikt nu verwerende partij tijdig op de hoogte werd gebracht van de gebreken aan het bestek en zij dus de opening van de offertes kon uitstellen en een rechtzetting publiceren. Zoals verzoekende partij echter zelf in haar memorie van wederantwoord al had erkend, dient, opdat van het bereiken van het normdoel van artikel 98 sprake zou kunnen zijn, de aanbestedende overheid nuttig op de hoogte te zijn gesteld. Zoals reeds werd vastgesteld is zulks te dezen niet het geval nu geen van beide e-mails inhoudelijk als een kennisgeving in de zin van deze bepaling kan worden beschouwd.

Het argument in de laatste memorie dat deze inschrijver bij de uitvoering van de werken alsnog voor een andere, nieuwe installatie zou hebben gekozen, wordt niet nader gestaafd.

12.6. Aldus is niet voldaan aan de vereisten die in voormeld artikel 98, eerste lid, worden gesteld aan de kennisgeving, noch aan het normdoel van deze bepaling. Bijgevolg diende verwerende partij geen toepassing te maken van het tweede lid van deze bepaling en moest zij de opening van de offertes niet uitstellen en een rechtzetting publiceren.

13. De schending van artikel 98 is niet aangetoond. Het eerste middel is niet gegrond.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

14. Verzoekende partij steunt het tweede middel op de schending van artikel 112, § 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, alsook van het zorgvuldigheidsbeginsel.

Zij betoogt dat verwerende partij ten onrechte haar offerte als onregelmatig heeft geweerd:

“Het gaat hier immers niet om een afwezigheid van een vermelding van een willekeurige post van de samenvattende opmetingsstaat.

Luidens artikel 112, § 4 K.B. 8 januari 1996 kan de aanbestedende overheid, wanneer een inschrijver van een overheidsopdracht voor aanneming van werken voor een willekeurige post van de samenvattende opmetingsstaat noch een eenheidsprijs, noch een forfaitaire prijs heeft vermeld, hetzij de offerte als onregelmatig verwerpen, hetzij ze behouden door er de bepalingen van artikel 112, § 2 op toe te passen. Het moet hier gaan om posten die wel degelijk kunnen worden berekend.

Dit is niet het geval voor de ontbrekende posten voor de hoofdstukken 18 en 19 van de offerte van de verzoekende partij. Bij gebrek aan correcte technische informatie in het bestek en bij gebrek aan toelichting, is het voor geen van de aannemers mogelijk om hier prijzen te vermelden. In zulke omstandigheden kan geen gebruik worden gemaakt van een vergelijkbare berekening met de aanvullingen van leemten zoals bedoeld in artikel 112, § 2 van het K.B. 8 januari 1996. Evenmin kan de sanctie van de onregelmatigheid worden toegepast.

Bij gevolg heeft de Regie der gebouwen ten onrechte de laagste offerte van de verzoekende partij als onregelmatig verworpen en de opdracht toegewezen aan Nizet Entreprises S.A.”.

Beoordeling

15. De offerte van verzoekende partij werd door verwerende partij als onregelmatig beschouwd wegens het niet invullen van een prijs voor 26 posten van de meetstaat. Hiertoe werd in het gunningsverslag in de eerste plaats verwezen naar artikel 89 en artikel 110, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, de schending van welke bepalingen thans niet wordt aangevoerd. In het gunningsverslag wordt slechts in ondergeschikte orde vastgesteld dat de toepassing van de mogelijkheid voorzien in artikel 112, § 4, voor de aanbestedende overheid om de ontbrekende prijzen te berekenen, verzoekende partij geen soelaas kan brengen, gelet op het grote aantal posten waarvoor geen enkele prijs werd ingevuld.

15.1. In de toewijzingsbeslissing zelf wordt eveneens in de eerste plaats vastgesteld dat de offerte van verzoekende partij onregelmatig is omdat voor 26 posten van de meetstaat geen prijs werd ingediend. Hier mag de toewijzingsbeslissing worden geacht zich impliciet aan te sluiten bij het gunningsverslag. Het is pas in een derde punt dat wordt verwezen naar artikel 112, § 4, omtrent welke bepaling wordt gesteld dat “het voor de aanbestedende overheid onmogelijk is om het bedrag van de opdracht te bepalen”, “aangezien het bedrag van de verzuimde posten substantieel is ten opzichte van het totaal van de offerte”, zodat er te dezen enkel kan worden gekozen voor het onregelmatig verklaren en niet voor het behouden van de

offerte door toepassing van de in artikel 112, § 2, voorziene formule om de ontbrekende prijzen te berekenen. Verwerende partij verwijst in de toewijzingsbeslissing vervolgens naar een berekening die zij heeft uitgevoerd van het bedrag dat de offerte van verzoekende partij zou hebben belopen “indien op de daarin verzuimde posten de bepalingen van artikel 112, § 2 van het KB van 08.01.1996 zouden zijn toegepast” en waaruit blijkt dat de offerteprijs van verzoekende partij 1.987.011,13 euro zou bedragen, zodat, “zelfs indien de aanbestedende overheid deze twee offertes niet als onregelmatig had beschouwd (*quod non*), de opdracht in geen geval aan één van de twee inschrijvers waarvan sprake gegund zou kunnen worden, vermits geen enkele van de aldus berekende offertes de laagste zou zijn geweest”. Voor deze berekening heeft zij zich gesteund op de prijzen geboden door de nv Nizet Entreprises.

15.2. Zoals blijkt uit de formulering van de toewijzingsbeslissing betreft dit alles louter een argumentatie ten overvloede, die geen afbreuk doet aan het voorafgaand onregelmatig verklaren van de offerte van verzoekende partij. Verzoekende partij heeft dan ook geen belang bij haar kritiek op een overtollig motief in de bestreden beslissing.

16. In zoverre verzoekende partij in dit middel nog de offerte van nv Nizet Entreprises bekritiseert door op te werpen dat de prijzen van deze inschrijver als “fictief” dienen te worden beschouwd, wordt vastgesteld dat zij zich beperkt tot deze loutere bewering, zonder deze nader te onderbouwen.

17. Het tweede middel wordt verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De Raad van State verwijst verzoekende partij in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 3 februari 2011, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Geert Van Haegendoren,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest