

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 213.470 van 26 mei 2011
in de zaak A. 188.901/XII-5489**

In zake: de NV ALBATROS CONTRACTING
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Dominique Abbeloos
kantoor houdend te 9000 Gent
Maaltebruggestraat 298
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de INTERGEMEENTELIJKE VERENIGING VOOR
GRONDBELEID EN EXPANSIE ANTWERPEN (IGEAN)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Christophe Lenders
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 27
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 9 juli 2008, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van 7 mei 2008 van de raad van bestuur van de intergemeentelijke vereniging voor Grondbeleid en Expansie Antwerpen (IGEAN) waarbij de offerte van de nv Albatros Contracting in de onderhandelingsprocedure voor het vervangen van de filterinstallaties voor de zuivering van het zwembadwater van het zwembad Pulderbos werd afgewezen en de opdracht werd toegewezen aan de nv Lotec Belgium.

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.

Auditeur Inge Vos 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.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Ann Louf, die loco advocaat Dominique Abbeloos verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Cindy Meynendonckx, die loco advocaat Christophe Lenders verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos 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. Op 23 januari 2008 beslist de raad van bestuur van verwerende partij om een overheidsopdracht uit te schrijven voor het vervangen van de filterinstallatie van het zwembad Pulderbos. In deze beslissing wordt opgemerkt dat een lijst zal worden opgesteld van gespecialiseerde ondernemingen en dat aan deze ondernemingen zal worden gevraagd om een offerte in te dienen. Tevens

wordt erop gewezen dat de werken onmiddellijk na de bouwvakantie vanaf maandag 4 augustus 2008 moeten worden uitgevoerd omdat het zwembad op 1 september 2008 opnieuw ter beschikking moet staan van de scholen en verenigingen die er gebruik van maken.

3.2. Bij brief van 15 april 2008 worden vier ondernemingen, waaronder verzoekende partij, uitgenodigd om deel te nemen aan een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking voor het verwijderen van een bestaande filterinstallatie voor zwembadwater en het leveren, installeren en in dienst stellen van een nieuwe filterinstallatie. Een kopie van het bijzonder bestek wordt toegevoegd als bijlage.

3.3. In het bestek wordt bij de uitvoeringstermijn vermeld dat de aannemer in zijn offerte uitdrukkelijk dient te bevestigen de werken te zullen uitvoeren tijdens de jaarlijkse schoolvakantie en te garanderen dat het zwembad geopend kan worden voor het schoolzwemmen op 1 september 2008 om 8u00.

Het bestek vermeldt geen gunningscriteria. Wel wordt gevraagd om een forfaitaire prijs op te geven.

3.4. Uit het proces-verbaal van de opening van de inschrijvingen van 5 mei 2008 blijkt dat drie inschrijvers een offerte indienen, namelijk verzoekende partij, Lotec Belgium en Visser & Smit Hanab.

3.5. Met een e-mail van 5 mei 2008 worden aan de drie inschrijvers nog een aantal vragen gesteld, die door de inschrijvers worden beantwoord.

3.6. Vervolgens wordt een beoordelingsnota opgesteld waarin de offertes worden vergeleken. Na prijscorrectie en rekening houdend met eventuele kortingen worden de inschrijvers als volgt gerangschikt:

1. Verzoekende partij	146.531,00 euro,
2. Lotec Belgium	149.059,90 euro,
3. Visser & Smit Hanab	189.156,88 euro.

Alle bedragen zijn btw inbegrepen.

3.7. Daarnaast wordt ook een vergelijkende berekeningsnota opgesteld met betrekking tot de energiebesparing verbonden aan de offertes. Indien rekening wordt gehouden met het elektriciteitsverbruik na 5 jaar exploitatie leidt dit volgens de tabel tot het volgende resultaat:

1. Lotec Belgium	174.440,4 euro,
2. Verzoekende partij	182.666 euro,
3. Visser & Smit Hanab	225.291,9 euro.

De bedragen zijn btw inbegrepen.

3.8. Op 7 mei 2008 beslist de raad van bestuur van verwerende partij om de opdracht te gunnen aan Lotec Belgium. Dit is de thans bestreden beslissing.

In de overwegingen van deze beslissing wordt in de eerste plaats opgemerkt dat de opdracht gegund werd door middel van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking overeenkomstig artikel 17, § 2, 1°, f), van de wet van 24 december 1993, “omwille van technische specificiteit”.

De gunning aan de nv Lotec Belgium wordt gemotiveerd als volgt:

“Overwegende dat na prijscorrectie en rekening houdend met eventuele kortingen dit volgende rangschikking geeft:

1. Albatros Contracting	146.531,00 euro (btw incl.)
2. Lotec Belgium	149.059,90 euro (btw incl.)
3. Visser & Smit Hanab	189.156,88 euro (btw incl.)

Overwegende dat in de bieding van de firma Lotec Belgium de circulatiepompen uitgerust worden met frequentieregelaars waardoor het badwater buiten de openingsuren langzamer gerecirculeerd wordt. Overwegende dat dit minder elektriciteitsverbruik geeft en dit volgend voordeel kan geven:

1.	Op 10 jaar:	21.508 euro (incl. btw)
2.	Op 5 jaar:	10.754 euro (incl. btw)

Overwegende dat het voordeel in werkelijkheid nog groter zal zijn, aangezien het niet alleen om een minder elektriciteitsverbruik gaat, maar ook om een energiebesparing voor de opwarming van het zwembadwater.

Overwegende dat rekening houdend met het minimaal voordeel op 5 jaar dit volgende rangschikking geeft:

1.	Lotec Belgium:	174.440,40 euro
2.	Albatros Contracting	182.666 euro
3.	Visser & Smit Hanab	225.291,9 euro”.

3.9. Bij aangetekend schrijven van 14 mei 2008 deelt verwerende partij aan Lotec Belgium mee dat haar offerte werd gekozen.

3.10. Bij brief van diezelfde datum wordt aan verzoekende partij en Visser & Smit Hanab meegedeeld dat hun offerte niet werd gekozen.

3.11. Met een fax van 14 mei 2008 vraagt verzoekende partij aan verwerende partij om haar een kopie toe te sturen van de gemotiveerde gunningsbeslissing. Deze wordt bij uittreksel meegedeeld per brief, 23 mei 2008 gedateerd.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4. Verwerende partij betwist het belang van verzoekende partij bij het annulatieberoep en werpt daartoe in de memorie van antwoord in een exceptie op, eensdeels, dat de opdracht is uitgevoerd en, anderdeels, dat verzoekende partij niet is opgekomen tegen het bestek.

In het auditorsverslag wordt deze exceptie op beredeneerde wijze verworpen: in de eerste plaats beschikt verzoekende partij te dezen over een gekwalificeerd moreel belang dat gediend wordt en spijs de uitvoering van de overeenkomst betreffende de opdracht, gediend blijft door de nietigverklaring van de toewijzing en voorts neemt de mogelijkheid om onmiddellijk een beroep tot nietigverklaring en een vordering tot schorsing in te stellen tegen de beslissing om het bestek vast te stellen, niet weg dat de onregelmatigheden die een inschrijver aan een besteksbeoordeling verwijt nog op ontvankelijke wijze mogen

worden ingeroepen tegen latere beslissingen in het kader van de gunningsprocedure.

De Raad van State ziet geen reden om het auditoraat niet bij te vallen, temeer aangezien in haar laatste memorie verwerende partij zich inzake de ontvankelijkheid van het beroep beperkt tot de loutere vermelding dat zij “hetgeen zij heeft uiteengezet in haar memorie van antwoord [herneemt]”.

V. Onderzoek van het eerste middel

Standpunt van de partijen

5. In een eerste middel wordt de schending aangevoerd van de artikelen 13 en 17 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten.

Verzoekende partij wijst er in de eerste plaats op dat artikel 13 van deze wet bepaalt dat de overheidsopdrachten worden gegund bij aanbesteding of bij offerteaanvraag en slechts bij onderhandelingsprocedure mogen worden gegund in de gevallen opgesomd in artikel 17.

Vervolgens stelt zij vast dat volgens het verslag van de raad van bestuur van 7 mei 2008 de kwestieuze overheidsopdracht werd georganiseerd onder de vorm van een onderhandelingsprocedure overeenkomstig artikel 17, § 2, 1°, f), van de wet van 24 december 1993, wegens de technische specificiteit van de opdracht.

Volgens verzoekende partij is echter aan geen van de voorwaarden voor de toepassing van voormelde uitzonderingsgrond voldaan. Het leveren van de kwestieuze filterinstallatie is geenszins het voorwerp van enig wettelijk monopolie, noch is de situatie op de markt aldus dat slechts één aannemer of leverancier in aanmerking zou komen voor de uitvoering van de opdracht. Het feit dat verwerende partij zelf vier ondernemingen heeft aangeschreven is volgens verzoekende partij hiervan het beste bewijs. Naast de

vier aangeschreven ondernemingen zijn er volgens verzoekende partij nog minstens tien andere ondernemingen in België die een dergelijke filterinstallatie kunnen leveren.

Aangezien verwerende partij geen beroep mocht doen op de onderhandelingsprocedure heeft zij volgens verzoekende partij de opdracht op onwettige gronden toegewezen.

6.1. Verwerende partij werpt op dat het eerste middel niet ontvankelijk is bij gebrek aan belang.

Nu verzoekende partij werd uitgenodigd om een offerte in te dienen heeft zij volgens verwerende partij geen belang om een middel te ontwikkelen waarin zij stelt dat ten onrechte een gunningswijze zonder bekendmaking werd georganiseerd.

6.2. Bovendien heeft verzoekende partij, aldus verwerende partij, er geen belang bij om in te roepen dat de keuze voor de onderhandelingsprocedure als gunningswijze ertoe heeft geleid dat op verwerende partij geen verplichting rustte om de gunningscriteria prijs en de daadwerkelijke gebruikskost in het bestek op te nemen. Verzoekende partij is er bij lezing van het bijzonder bestek immers zelf van uitgegaan dat de prijs het enige gunningscriterium zou zijn, zoals uit haar tweede middel blijkt.

Had verwerende partij een offerteaanvraag georganiseerd waarbij vooraf de twee gunningscriteria, prijs en energiekost, werden vermeld, dan zou de offerte van verzoekende partij -rekening houdend met de prijs welke zij thans bood en waarvan volgens verwerende partij dient te worden uitgegaan dat dit haar beste bieding is- nog steeds niet de voordeligste zijn geweest. Verwerende partij wijst erop dat het prijsverschil zonder rekening te houden met de energiekost slechts 2528,90 euro bedroeg in het voordeel van verzoekende partij en dat het voorzien in frequentieregelaars voor de twee pompen samen minstens dit bedrag zou overschrijden.

Voorts wijst verwerende partij erop dat zij meende gerechtigd te zijn om een onderhandelingsprocedure te voeren zonder voorafgaande bekendmaking nu zij op korte termijn gespecialiseerde ondernemingen wenste te bereiken die de opdracht konden uitvoeren opdat uiterlijk per 1 september 2008 het zwembad terug zou kunnen worden opengesteld voor het publiek.

7. In haar laatste memorie wijst verwerende partij er op dat uit de door verzoekende partij bij de memorie van wederantwoord bijgebrachte offerte van een leverancier voor de frequentieregelaars niet blijkt dat deze wel degelijk aan verzoekende partij was gericht, noch dat het aangeboden technisch inpasbaar is in het systeem voorgesteld door verzoekende partij.

8. Voorts kan de berekening van verzoekende partij waaruit blijkt dat zij ook met de frequentieregelaars de goedkoopste zou zijn geweest verwerende partij niet overtuigen. Er is immers geen rekening gehouden met de kost om de frequentieregelaars te implementeren en te plaatsen in het systeem.

Beoordeling

9.1.1. In zoverre het verweer steunt op het feit dat verzoekende partij zonder belang bij het middel zou zijn omdat zij aan de gunningsprocedure heeft kunnen deelnemen wordt dit niet bijgevalen. De krachtens artikel 13 van de voormelde wet van 24 december 1993 in de klassieke sectoren voorgeschreven standaardprocedures zijn de aanbesteding of offerteaanvraag. Die laatste procedures zouden verzoekende partij de mogelijkheid hebben kunnen bieden haar offerte beter af te stemmen op geëxpliciteerde gunningscriteria -inzonderheid, in casu wat het energieverbruik betreft- dan de onderhandelingsprocedure waarvoor is gekozen en waarop krachtens voormeld artikel 13 slechts in een beperkt aantal gevallen -en, zoals hierna zal blijken, te dezen ten onrechte- een beroep mag worden gedaan. Verzoekende partij heeft in die omstandigheden belang bij het middel, ook al heeft zij aan de onderhandelingsprocedure kunnen deelnemen.

9.1.2. Voorts is de argumentatie van verwerende partij dat zelfs indien te dezen voor een offerteaanvraag zou zijn gekozen, waarbij vooraf twee

gunningscriteria werden vermeld, met name de prijs en de energiekost, de offerte van verzoekende partij nog steeds niet de voordeligste zou zijn geweest, niet relevant in relatie tot het eerste middel dat betrekking heeft op het beweerd onwettig aanwenden van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking. De redenering van verwerende partij is immers hypothetisch, want zij heeft nu eenmaal niet de beide voormelde criteria vermeld. Dergelijke hypothese kan er niet toe leiden dat verzoekende partij belang wordt ontzegd om het onrechtmatig gebruik van de onderhandelingsprocedure aan te vechten.

9.2. Wat de grond van het middel betreft, wordt vastgesteld dat verwerende partij de keuze voor de gevolgde procedure in de bestreden gunningsbeslissing van 7 mei 2008 verantwoordt door te verwijzen naar artikel 17, § 2, 1°, f), van de voormelde wet van 24 december 1993, omwille van de technische specificiteit van de opdracht. In het kader van huidig annulatieberoep blijkt zij in haar memorie van antwoord daarentegen te verwijzen naar artikel 17, § 2, 1°, c), en aldus het beweerd dringend karakter van de opdracht als verantwoording in te roepen.

9.3. Een aanbestedende overheid kiest in beginsel vrij welke van de gunningsprocedures zij wenst aan te wenden. Overeenkomstig artikel 13 van de wet van 24 december 1993, geldt dit echter niet wat de onderhandelingsprocedure betreft, nu op deze gunningswijze slechts een beroep mag worden gedaan in de gevallen limitatief opgesomd in artikel 17, §§ 2 en 3, van de wet van 24 december 1993. De onderhandelingsprocedure is een uitzonderingsprocedure en de afwijkingen op de algemene regels betreffende de offerteaanvraag en de aanbesteding dienen strikt te worden geïnterpreteerd. De aanbestedende overheid die zich op één van de gevallen opgesomd in artikel 17, §§ 2 en 3, beroept, dient het bewijs te leveren van de toepasselijkheid van die gevallen. Voorts moet het onderzoek naar de toepasbaarheid van de ingeroepen uitzonderingsgrond vóór het nemen van de beslissing plaatsgrijpen en niet pas nadien.

9.4. Op grond van artikel 17, § 2, 1°, f), van de wet van 24 december 1993, mag bij onderhandelingsprocedure worden gehandeld zonder naleving van bekendmakingsregels bij de aanvang van de procedure doch, indien mogelijk, na raadpleging van meerdere aannemers, leveranciers of

dienstenverleners wanneer “de werken, leveringen of diensten omwille van hun technische of artistieke specificiteit of omwille van de bescherming van exclusieve rechten, slechts aan één bepaalde aannemer, leverancier of dienstenverlener kunnen toevertrouwd worden”.

Verwerende partij toont te dezen op geen enkele wijze aan dat het vervangen van de filterinstallatie van het zwembad door geen ander dan de gekozen inschrijver kon worden verricht. Zij was integendeel blijkbaar zelf ook van mening dat ook andere ondernemingen dan de gekozen inschrijver in staat waren om de opdracht uit te voeren aangezien zij bij brief van 15 april 2008 vier ondernemingen heeft uitgenodigd om deel te nemen aan de onderhandelingsprocedure. In haar memorie van antwoord beroept verwerende partij zich bovendien niet langer op deze uitzonderingsgrond, doch wel op de uitzonderingsgrond van artikel 17, § 2, 1^o, c), namelijk het beweerd dringend karakter van de opdracht.

Uit hetgeen voorafgaat volgt dat verwerende partij niet aantoont dat de toepasselijkheid van artikel 17, § 2, 1^o f), verworven was.

9.5. Verwerende partij mag zich evenmin *post factum* beroepen op artikel 17, § 2, 1^o, c), en het beweerd dringend karakter van de opdracht, zoals zij in haar memorie van antwoord doet, stellende dat “zij op korte termijn gespecialiseerde firma’s wenste te bereiken”, opdat uiterlijk per 1 september 2008 het zwembad terug zou kunnen worden opengesteld voor het publiek.

Overigens toont verwerende partij zelfs niet aan dat aan de voorwaarden voor de toepassing van deze nieuwe uitzonderingsgrond is voldaan. Krachtens artikel 17, § 2, 1^o, c), van de wet van 24 december 1993, kan bij onderhandelingsprocedure gehandeld worden zonder naleving van bekendmakingsregels bij de aanvang van de procedure doch, indien mogelijk, na raadpleging van meerdere aannemers, leveranciers of dienstenverleners wanneer, “voor zover strikt noodzakelijk, het dringend karakter voortvloeiend uit niet te voorzien gebeurtenissen niet toelaat de bij de andere procedures gestelde termijnen na te leven”.

De aanvang van het nieuwe schooljaar kan bezwaarlijk als een niet te voorziene gebeurtenis worden gekwalificeerd. Bovendien besliste de raad van bestuur van IGEAN reeds op 23 januari 2008 om een overheidsopdracht uit te schrijven voor het vervangen van de filterinstallatie van het zwembad Pulderbos. Er kan dus evenmin worden volgehouden dat het voor verwerende partij wegens uit onvoorziene gebeurtenissen voortvloeiende dwingende spoed niet mogelijk was om de bij een oproep tot mededinging behorende termijnen in acht te nemen.

9.6. Nu niet is gebleken dat verwerende partij zich wel degelijk in het door haar in de bestreden beslissing ingeroepen uitzonderingsgeval bevond, staat vast dat zij ten onrechte een beroep heeft gedaan op de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking. Deze vaststelling tast de geldigheid van de gehele gunningsprocedure aan.

9.7. Het eerste middel is gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van 7 mei 2008 van de raad van bestuur van de intergemeentelijke vereniging voor Grondbeleid en Expansie Antwerpen (IGEAN) waarbij de offerte van de nv Albatros Contracting in de onderhandelingsprocedure voor het vervangen van de filterinstallaties voor de zuivering van het zwembadwater van het zwembad Pulderbos werd afgewezen en de opdracht werd toegewezen aan de nv Lotec Belgium.

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 26 mei 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