

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 213.633 van 1 juni 2011
in de zaak A. 200.185/XII-6591**

In zake: de NV GEO MEASURING & ANALYSES
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Steven Van Geeteruyen
kantoor houdend te 1080 Brussel
Leopold II laan 180
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE KOKSIJDE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bruno De Winter
kantoor houdend te 9000 Gent
Stapelplein 33
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 16 mei 2011, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de “beslissing van 2 mei 2011, houdende de gunning van de aanneming van werken ‘Reinigen riolen Zeedijk’ aan de firma Vanhove Cleaning bvba”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 31 mei 2011, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Steven Van Geeteruyen, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Bruno De Winter, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Luc Vermeire 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. Verwerende partij schrijft een openbare aanbesteding uit voor een opdracht, in de aankondiging en het toepasselijke bestek nr. 2011-023 gekwalificeerd als werken en genoemd “Reinigen riolen Zeedijk”.

3.2. De aankondiging van de opdracht wordt op 23 februari 2011 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen.

3.3. Het bestek nr. 2011-023 is van toepassing. Luidens artikel III.1 van de “Technische bepalingen” behelst deze opdracht “het reinigen van RWA- en DWA riolering langs de Zeedijk van Koksijde, met inbegrip van de straatkolken en bezinkputten”.

3.4. Artikel III.3 bepaalt onder “Richtlijnen voor de offertegever” onder meer:

“De kandidaat-offertegever is verplicht zich ter plaatse te vergewissen van de situatie. Firma’s die dit niet doen, komen niet in aanmerking voor eventuele toewijzing.

[...]”.

3.5. De offertes worden geopend op 18 april 2011. Blijkens het proces-verbaal van opening van de offertes worden vier offertes ingediend. Naast verzoekende partij dienen de nv VDV Cleaning, de bvba Vanhove Cleaning en de nv De Bree Solutions een offerte in.

3.6. In een verslag van nazicht van 20 april 2011 worden alle inschrijvers geselecteerd. In het kader van het technisch nazicht wordt de offerte van verzoekende partij om de volgende reden onregelmatig geacht :

“In het bestek stond duidelijk dat iedere kandidaat-offertegever zich ter plaatse van de situatie moest vergewissen na afspraak met onze dienst en dit op straffe van nietigheid.

Plaatsbezoek werd niet uitgevoerd door GMA-GEO. De offerte is bijgevolg nietig en komt niet in aanmerking voor toewijzing”.

Met een identiek motief wordt ook de offerte van de nv De Bree Solutions nietig bevonden.

De twee andere offertes worden regelmatig bevonden en er wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de bvba Vanhove Cleaning als inschrijver met laagste regelmatige offerte, namelijk 75.423,75 euro, btw inbegrepen.

3.7. Op 2 mei 2011 keurt het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Koksijde dit verslag van nazicht goed en gunt het de opdracht aan de bvba Vanhove Cleaning.

Dit is de bestreden beslissing.

3.8. Met een brief van 4 mei 2011 deelt verwerende partij aan verzoekende partij mee dat het college van burgemeester en schepenen op 2 mei 2011 de opdracht heeft gegund aan de bvba Vanhove Cleaning. Volgens deze brief is de gemotiveerde beslissing bijgevoegd. Blijkens het afschrift van deze brief zoals voorgelegd door verzoekende partij was het verslag van nazicht bijgevoegd.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

4. Verwerende partij werpt in haar nota twee excepties op.
5. Ter terechtzitting doet zij afstand van de eerste exceptie.

De tweede exceptie dient niet te worden onderzocht, noch dient daarover te worden beslist, nu hierna zal blijken dat het enig middel niet ernstig is.

V. De schorsingsvoorwaarden

6. Overeenkomstig artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.
7. De aankondiging van de voorliggende opdracht werd bekendgemaakt na 24 februari 2010.

Dienvolgens is de wet van 23 december 2009 tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten te dezen van toepassing. De voornoemde wet van 23 december 2009 is immers in werking getreden op 25 februari 2010 krachtens artikel 76 van het koninklijk besluit van 10 februari 2010 tot wijziging van bepaalde koninklijke besluiten tot uitvoering van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten.

Overeenkomstig artikel 7 van de voornoemde wet van 23 december 2009 bepaalt de Koning de datum van haar inwerkingtreding en zijn

enkel overheidsopdrachten die zijn bekendgemaakt vanaf die datum, zoals de in het geding zijnde opdracht, onderworpen aan de nieuwe wet.

Overeenkomstig het in de wet 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is voor de schorsing van de thans bestreden beslissing het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist.

Anderzijds verplicht artikel 65/15, tweede lid, verzoekende partij tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid. Artikel 65/31 van de wet van 24 december 1993 bepaalt uitdrukkelijk dat het voormelde artikel 65/15 ook van toepassing is op opdrachten die de Europese drempel niet bereiken.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de bestreden beslissing kunnen verantwoorden.

VI. Onderzoek van de middelen

Uiteenzetting van het enig middel

8. Verzoekende partij formuleert het enig middel als volgt:

“Eerste en enige middel, afgeleid uit de schending van artikel 110 van het Koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, evenals de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel.

Doordat verweerster in haar gunningsverslag voorwaarden oplegt aangaande de regelmatigheid van de offertes en niet nagaat of verzoekster aan de voorwaarden van het bestek voldoet.

Terwijl verzoekster alle bepalingen van het bestek heeft nageleefd en bijgevolg een regelmatige offerte heeft ingediend”.

In de toelichting benadrukt zij dat verwerende partij in het door de bestreden beslissing goedgekeurde verslag van nazicht twee elementen toevoegt

aangaande de regelmatigheid van de offertes waarin het bestek niet voorziet, namelijk er moet een afspraak worden gemaakt met de diensten van verwerende partij teneinde zich te vergewissen van de situatie en het zich niet vergewissen van de situatie houdt een substantiële onregelmatigheid in.

In het bestek is geen enkele verplichting opgenomen om een afspraak te maken met de diensten van verwerende partij teneinde zich van de situatie te komen vergewissen en er is ook niet bepaald in het bestek dat er enige formaliteit moet worden nageleefd met betrekking tot deze gestelde voorwaarde. Indien verwerende partij twijfelt of een kandidaat-inschrijver zich ter plaatse is komen vergewissen, moest zij de juiste informatie inwinnen opdat zij zich een oordeel kon vormen.

Ten slotte stelt verzoekende partij, aan de hand van een voorgelegde verklaring van haar afgevaardigd bestuurder, dat zij zich op 8 april 2011 is komen vergewissen van de feitelijke situatie, en dat verwerende partij niets heeft ondernomen om bij verzoekende partij na te gaan of zij zich ter plaatse is komen vergewissen en, meer nog, dat uit niets blijkt waarop verwerende partij zich eigenlijk steunt om te oordelen dat verzoekende partij zich niet ter plaatse is komen vergewissen van de situatie. Zij acht dit des te meer problematisch nu het bestek dienaangaande geen enkele formaliteit oplegt, laat staan een formaliteit op straffe van nietigheid.

Beoordeling

9. Anders dan verwerende partij lijkt op te werpen, blijkt aldus voldoende duidelijk uit het verzoekschrift dat verzoekende partij hierdoor niet alleen 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, en het zorgvuldigheidsbeginsel geschonden acht, maar ook de materiële motiveringsplicht.

10. Artikel 110, § 2 van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 bepaalt:

“Onverminderd de nietigheid van elke offerte wegens afwijking van de essentiële besteksbepalingen zoals deze opgesomd in artikel 89, kan de aanbestedende overheid offertes als onregelmatig en derhalve als onbestaande beschouwen, indien zij niet overeenstemmen met de bepalingen van deze titel, enig voorbehoud inhouden, of bestanddelen bevatten die niet met de werkelijkheid overeenstemmen”.

11.1. De onregelmatigverklaring van de offerte van verzoekende partij wordt in het door de bestreden beslissing goedgekeurde verslag van nazicht als volgt gemotiveerd:

“In het bestek stond duidelijk dat iedere kandidaat-offerteggever zich ter plaatse van de situatie moest vergewissen na afspraak met onze dienst en dit op straffe van nietigheid.
Plaatsbezoek werd niet uitgevoerd door GMA-GEO. De offerte is bijgevolg nietig en komt niet in aanmerking voor toewijzing”.

11.2. Artikel III.3 van de technische bepalingen van het bestek bepaalt uitdrukkelijk:

“De kandidaat-offerteggever is verplicht zich ter plaatse te vergewissen van de situatie. Firma's die dit niet doen, komen niet in aanmerking voor eventuele toewijzing”.

Verzoekende partij betwist de wettigheid van deze bestekbepaling op zich niet.

Uit het onderlijnde woord “verplicht” alleen al kan het belang worden afgeleid dat het bestek hecht aan het zich ter plaatse vergewissen van de situatie. Voorts is uitdrukkelijk bepaald dat ondernemingen die dit niet doen, niet in aanmerking komen voor eventuele toewijzing.

Aldus lijken de stellers van het bestek het zich niet vergewissen van de situatie ter plaatse wel degelijk te beschouwen als een substantiële onregelmatigheid. Door in die zin te oordelen lijkt de bestreden beslissing dan ook

niets toe te voegen aan het bestek, in tegenstelling tot hetgeen verzoekende partij aanbrengt als essentiële grief.

11.3. Wel lijkt te moeten worden vastgesteld dat het bestek niet uitdrukkelijk vereist dat er voor dit plaatsbezoek vooraf een afspraak gemaakt moest worden met het bestuur.

Nu het zich ter plaatse vergewissen van de situatie als voorwaarde voor de regelmatigheid van de offerte in het bestek is opgenomen, kon, zo lijkt het, een zorgvuldige inschrijver echter verwachten dat het niet volstond om zich op eigen initiatief ter plaatse te begeven en pas ná het weren van de offerte een ondertekende verklaring daaromtrent voor te leggen, zoals verzoekende partij thans doet, maar dat, indien al niet vooraf voor dit plaatsbezoek een afspraak diende te worden gemaakt, minstens uit de offerte zelf diende te blijken dat aan dat vereiste was voldaan.

11.4. In die omstandigheden blijkt op het eerste gezicht evenmin dat verwerende partij de plicht zou hebben gehad bij verzoekende partij te informeren of zij de gestelde voorwaarde had nageleefd, zoals verzoekende partij opwerpt.

Daargelaten de vaststelling dat verzoekende partij niet verduidelijkt of zij die plicht steunt op voormeld artikel 110, §2, dat in ieder geval geen formele verplichting bevat bij de inschrijvers inlichtingen in te winnen in het kader van het regelmatigheidsonderzoek, dan wel het zorgvuldigheidsbeginsel of de materiële motiveringsplicht, diende verzoekende partij, zo lijkt het, veeleer zelf in haar offerte aan te tonen dat zij zich ter plaatse van de situatie had vergewist, minstens dit aannemelijk te maken, minstens meedelen dat zij de in het bestek verplicht gestelde voorwaarde was nagekomen. Verzoekende partij deed dit niet en het lijkt dat zij hiervoor zelf het risico dient te dragen. De beoordeling dat de offerte van verzoekende partij een substantiële onregelmatigheid vertoonde, laat voorts, zo lijkt het, te dezen geen ruimte tot aanvulling of toelichting.

11.5. Aangezien de offerte van verzoekende partij, anders dan deze van de bvba Vanhove Cleaning, geen melding maakt van dergelijk plaatsbezoek, lijkt verwerende partij dan ook niet onzorgvuldig te hebben gehandeld door de

offerte van verzoekende partij te weren. Evenmin lijkt aldus aangetoond dat de onregelmatigverklaring van de offerte van verzoekende partij niet steunt op een draagkrachtig motief of dat artikel 110, §2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 geschonden is.

11.6. Het middel is niet ernstig.

VII. Besluit

12. Het enige middel is niet ernstig. Deze vaststelling volstaat om de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid te verwerpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. Verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 1 juni 2011, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest