

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 213.754 van 8 juni 2011
in de zaak A.174.322/XII-4806**

In zake: de NV TEVEAN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Philippe Leroy
kantoor houdend te 9000 Gent
Coupure 5
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE LEBBEKE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Carina Van Cauter
kantoor houdend te 9552 Herzele
Pastorijstraat 30
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 26 juni 2006, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing van de gemeente Lebbeke om de door [de nv Tevean] ingediende offerte voor het herinrichten van het binnengebied Stationsstraat [...] als onregelmatig niet te weerhouden en de opdracht toe te wijzen aan een andere aannemer”.

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 Pierre Barra heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 10 mei 2011.

Staatsraad Geert Van Haegendoren heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Christophe Wathion, die loco advocaat Philippe Leroy verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Jurgen De Staercke, die loco advocaat Carina Van Cauter 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 opdrachtgever, de gemeente Lebbeke, schrijft een overheidsopdracht werken uit met als voorwerp:

“Herinrichten van het binnengebied ‘Stationsstraat’
Cultuurerf fase 2 - zalen en accommodaties
Lot 3: Elektrische installatie
Lot 3.1: Elektrische installatie feestzaal
Lot 3.2: Elektrische installatie jeugdlokalen”.

De gunningswijze is de openbare aanbesteding.

3.2. Bij de opening der offertes op 13 januari 2006 blijken er vier inschrijvingen te zijn ingediend:

	Prijs btw inbegrepen
BVBA DE PROFT	292.486,10
BVBA VANDER PUTTEN	242.247,82
NV TEVEAN	220.121,28
BVBA VAN CAUTER	243.409,55

3.3. Er wordt een aanbestedingsverslag opgesteld op 11 april 2006.

Inzake de conformiteit met de besteksbepalingen wordt over de offerte van verzoekende partij het volgende vermeld:

“Niet-conformiteiten:

De inschrijver NV. TEVEAN:

- Voor de post 2.2.4. ‘XVB3G2,5 SOG 100%’ vermeldt de inschrijver ‘inbegrepen in post 2.2.6, zijnde ‘Voorbedrade VOB 3x2,5mm²’. Hieruit wordt geconcludeerd dat de inschrijver geen XVB3G2,5mm² gebruikt. Nochtans is dit noodzakelijk zoals vermeld op de eendraadschema’s bijgevoegd bij de aanbestedingsbescheiden. Verwijzend naar artikel 99 van het K.B. van 10.1.1996 wordt de twijfelachtig bevinden offerte als onregelmatig beschouwd.
- Voor de post 2.2.5. ‘XVB3G1,5 SOG 100%’ vermeldt de inschrijver ‘inbegrepen in post 2.2.7, zijnde ‘Voorbedrade VOB 3x1,5mm²’. Hieruit wordt geconcludeerd dat de inschrijver geen XVB3G1,5mm² gebruikt. Nochtans is dit noodzakelijk zoals vermeld op de eendraadschema’s bijgevoegd bij de aanbestedingsbescheiden. Verwijzend naar artikel 99 van het K.B. van 10.1.1996 wordt de twijfelachtig bevonden offerte als onregelmatig beschouwd.
- Voor de post 2.2.8. ‘VVT 2x2x0,8mm², SOG 100%’ vermeldt de inschrijver ‘inbegrepen in post 11.1, zijnde ‘UTP-bekabeling cat 5^e min. 150 MHz-bekabeling’. Deze post 11.1 is opgenomen in ‘VH’. Hieruit wordt geconcludeerd dat de inschrijver geen VVT 2 x 2 x 0,8mm² plaatst zoals voorzien voor de bekabeling van de drukknoppen in heel het gebouw (zie eendraadschema’s gevoegd bij aanbesteding), doch dat de inschrijver deze bekabeling vervangt door UTP-bekabeling. Vermits de post UTP-bekabeling (= post 11.1) opgenomen is in ‘VH’, wordt naast de voorziene data-bekabeling (post 11.1 UTP) nu ook nog UTP gelegd tbv. alle drukknoppen in het gebouw. Concreet houdt dit in dat alle bekabeling tbv. de drukknoppen zal moeten opgemeten worden en extra zal aangerekend worden na uitvoering van de werken (want ‘VH’). Dit houdt in dat de bieding van de firma Tevean niet te vergelijken is met de inschrijving van de andere bidders. Verwijzend naar artikel 98§2 wordt deze offerte als onregelmatig beschouwd.

Uit voorgaande 3 opmerkingen wordt afgeleid dat de bieding van de NV. Tevean uit Zelzate als onregelmatig en derhalve als onbestaande wordt beschouwd.

Bijgevolg wordt deze bieding niet opgenomen in de rangschikking van de toewijzing van de aannemers.”

Er wordt voorgesteld de opdracht toe te wijzen aan Elektrotechnische Ondernemingen Vander Putten.

3.4. Op 4 mei 2006 beslist het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Lebbeke om de opdracht toe te wijzen aan Elektrotechnische Ondernemingen Vander Putten. In deze beslissing van 4 mei 2006 wordt verwezen naar het aanbestedingsverslag waarin de offerte van verzoekende partij onregelmatig wordt verklaard zodat deze beslissing als de bestreden beslissing kan worden beschouwd.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4.1. Verwerende partij werpt in de memorie van antwoord op dat het beroep laattijdig is omdat verzoekende partij bij brief van 25 april 2006 op de hoogte werd gebracht van het feit dat haar offerte werd verworpen en het annulatieberoep pas op 27 juni 2006 ter griffie werd neergelegd.

4.2. Verzoekende partij antwoordt hierop dat zij de brief van verwerende partij van 25 april 2006 pas op 28 april 2006 ontvangen heeft.

Die verklaring wordt in het auditoraatsverslag niet als onaanvaardbaar beschouwd terwijl daarenboven wordt opgemerkt dat verwerende partij haar beweerde verzendingsdatum niet staft.

4.3. Verwerende partij onderneemt ook in een laatste memorie geen poging daartoe, aangezien zij dit procedurestuk zelfs niet indient. Er is dan ook niet aangetoond dat het beroep, ingediend zoals verzoekende partij terecht opmerkt op 26 juni 2006, laattijdig zou zijn. De exceptie faalt.

V. Onderzoek van de middelen

5. Verzoekende partij voert twee middelen aan tegen de hiervóór aangehaalde motivering om haar offerte onregelmatig te verklaren, het eerste gericht tegen het motief met betrekking tot de posten 2.2.4. en 2.2.5., het tweede gericht tegen het motief met betrekking tot de post 2.2.8.

Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

6. Het tweede middel is geput uit de schending van artikel 98 van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en telecommunicatie, van de materiële motiveringsverplichting en van het zorgvuldigheidsbeginsel,

“doordat [de bestreden beslissing] tot de onregelmatigheid van de offerte besluit op basis van de onvergelykbaarheid van de offerte wegens post 2.2.8. in de inschrijving zonder dat het bestuur aan verzoekende partij om verduidelijking heeft gevraagd; terwijl artikel 98 van het voormelde K.B. de verwerping van de offerte wegens afwijking aan de besteksvoorwaarden enkel mogelijk maakt indien er daadwerkelijk sprake is van een afwijking die na zorgvuldig onderzoek de onderlinge vergelijking van de offertes onmogelijk maakt, hetgeen niet het geval was en terwijl er voorts geen draagkrachtige motieven voor de beslissing bestaan, zodat de bestreden beslissing tot verwerping van de offerte onwettig is en dus ook de gunning zonder de vereiste vergelijking van alle geldig ingediende offertes onwettig is”.

Het middel wordt in het verzoekschrift op generlei wijze nader toegelicht.

Beoordeling

7. Artikel 98 van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en

diensten in de sectoren water, energie, vervoer en telecommunicatie telt vijf paragrafen. Aangezien verzoekende partij het niet preciseert, wordt aangenomen dat zij de schending aanvoert van artikel 98, § 2, dat immers als rechtsgrond is ingeroepen door verwerende partij om haar offerte te weren. Die bepaling luidt:

“Onverminderd de nietigheid van elke offerte wegens afwijking van de essentiële besteksbepalingen zoals deze opgesomd in artikel 77, 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”.

Het artikel 77 waarnaar wordt verwezen stelt dat als “essentiële voorwaarden van de opdracht” moeten worden beschouwd: “prijzen, termijnen, technische specificaties”.

8. Verzoekende partij stelt in het inleidend verzoekschrift over de vraag of er “daadwerkelijk sprake is van een afwijking die na zorgvuldig onderzoek de onderlinge vergelijking van de offertes onmogelijk maakt”, dat zulks “niet het geval was”, zonder zich verder enige moeite te getroosten om dit toe te lichten. Zij neemt met andere woorden als waarheid aan dat zorgvuldig onderzoek door verwerende partij onmogelijk kon leiden tot het bestreden besluit en dat dit zelfs voor eenieder duidelijk zichtbaar -want niet nader te expliciteren- is.

Het is een zienswijze die de Raad van State niet kan bijvallen.

Verzoekende partij heeft voor de VVT-kabels van post 2.2.8. (elektrische bekabeling) genoteerd “inbegrepen in post 11.1 [data-telefonie], zijnde UTP-bekabeling cat 5^e min. 150 MHz-bekabeling”. Verzoekende partij heeft in haar offerte geen enkele aanwijzing gegeven dat zij iets anders bedoelde dan geen VVT-kabel plaatsen, hoewel dit door het bestek voorgeschreven was. Hieruit kan ook concluderen dat verzoekende partij géén VVT-kabels zou plaatsen kan moeilijk als onredelijk worden bestempeld, al is het maar omdat verzoekende partij dit uitdrukkelijk als haar bedoeling bevestigt in haar memorie van antwoord. Van verwerende partij moet dan ook niet worden gevergd dat zij hierover nadere uitleg zou moeten vragen.

Evenmin is het dan onredelijk uit die verwijzende formulering óók te concluderen dat verzoekende partij in de plaats van de VVT-kabels van plan was de in post 11.1 bedoelde “UTP-bekabeling cat 5^e min. 150 MHz-bekabeling” aan te brengen.

Weliswaar komt verzoekende partij in de memorie van wederantwoord met een geheel andere uitleg over de betekenis van haar opgave voor de desbetreffende post, namelijk dat de VVT-bekabeling overbodig was. Die uitleg evenwel komt in de voorliggende procedure te laat, want zij had ze al kunnen geven ter adstructie van het middel. Overigens vermag die uitleg mogelijk te verklaren dat een ándere lezing van haar offerte ook denkbaar is, ze staat daarom niet de premisse waarvan verzoekende partij in het middel uitging, namelijk dat de door verwerende partij aangehouden lezing van haar offerte, waarin die bijkomende uitleg ook ontbrak, zichtbaar van élké redelijkheid ontbloomt is.

Die lezing dan weer, in samenhang met de vaststelling dat voor post 2.2.8. een forfaitaire totaalprijs als “som over geheel” (“SOG 100%”) opgegeven moest worden en post 11.1. in vermoedelijke hoeveelheden voorzag, brengt verwerende partij terecht tot de conclusie dat de elektrische bekabeling naderhand opgemeten en aangerekend moet worden zodat niet enkel wordt afgeweken van de besteksbepalingen maar daarmee ook een correcte en objectieve vergelijking van de offertes onmogelijk is.

Verzoekende partij betwist op zich niet het uitgangspunt dat zo een afwijking van het bestek leidt tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte.

9. Uit wat voorafgaat volgt dat verwerende partij de offerte op grond van artikel 98, § 2, van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 als substantieel onregelmatig mocht beschouwen.

Het tweede middel is ongegrond. Hieruit volgt dat verzoekende partij geen belang heeft bij het eerste middel dat immers tegen een overtollig motief wordt aangevoerd.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende 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 8 juni 2011, 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