RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 213.818 van 9 juni 2011
in de zaak A. 183.263/XII-5106

In zake: NV INTERPLANT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Patrick Thiel en Virginie Dor
kantoor houdend te 1170 Brussel
Terhulpsesteenweg 178
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

GEMEENTE KAPELLEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Christophe Lenders
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 27
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

BV BURO LUBBERS, vennootschap naar Nederlands recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Kristof Uytterhoeven
kantoor houdend te 2600 Antwerpen
Karmelietenstraat 10
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 14 mei 2007, strekt tot de nietigverklaring van:

> "de beslissing van het College van Burgemeester en Schepenen van de gemeente Kapellen d.d. 6 februari 2007 houdende gunning van de opdracht voor de aanleg van het dorpsplein via heraanbesteding […] aan de VANGEEL WEGENBOUW b.v.b.a. […];
> - de beslissing van het College van Burgemeester en Schepenen van de gemeente Kapellen van onbekende datum, waarbij de gemeente besliste dat

de offerte van Interplant als onregelmatig werd beschouwd en derhalve werd afgewezen voor de opdracht voor de aanleg van het dorpsplein via heraanbesteding […].”

II. Verloop van de rechtspleging

2. Verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

De bv Buro Lubbers heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 19 mei 2008. Tussenkomende partij heeft een memorie ingediend.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een verslag opgesteld.

Verzoekende partij, verwerende partij en tussenkomende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 26 april 2011.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Virginie Dor, die loco advocaten Patrick Thiel en Michiel Boodts verschijnt voor verzoekende partij, advocaat Lore Derdeyn, die loco advocaat Christophe Lenders verschijnt voor verwerende partij, en advocaat Elona Wauters, die loco advocaat Kristof Uytterhoeven verschijnt voor tussenkomende 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. De gemeente Kapellen schrijft een openbare aanbesteding uit voor een aanneming van werken aan het dorpsplein. Het bestek met nummer 05056A is van toepassing. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 16 november 2006.

3.2. Onder hoofdstuk III "Materialen" wordt in het bestek een omschrijving gegeven van "behouwen blauwe hardsteen":

> "21. BEHOUWEN BLAUWE HARDSTEEN
> A. Materialen
> De verhardingen en lijnvormige elementen zullen uitgevoerd worden in Belgische Blauwe Hardsteen, ook 'Petit Granit' genoemd, een niet-kleiachtige crionïdische kalksteen uit het Doornikse geologische tijdperk, en ontgonnen uit de steengroeven die een technische goedkeuring met certificaat hebben ontvangen, afgeleverd door de Butgb, voor alle banken uit hun ontginning.
>
> Alle natuursteen zal uit dezelfde ontginning komen.
>
> De keuze zal de volgende zijn: - technische keuze
> (volgens T.V. 220 van WTCB)
>
> De bijzondere uitzichtseigenschappen van elk van deze keuze zijn beschreven in het hoofdstuk 7 van de T.V. 220 van het WTCB.
>
> Technische eigenschappen van de Belgische Blauwe Hardsteen:
>
> Zie tabel 5, blz. 23 van de T.V. 220 van het WTCB:
>
> […]
>
> B. Specificaties voor het uitzicht
>
> Technische keuring volgens WTCB-220.
> Het bestuur heeft het recht naar eigen goeddunken minderwaardige stenen te weigeren. Tussen de plaatsing en het invoegen dient er een controlemoment ingebouwd te worden zodat het bestuur de geplaatste stenen kan keuren en eventuele onvolmaaktheden kan laten vervangen door de aannemer zonder bijkomende vergoeding aan de aannemer.
>
> C. Afwerking:

De afwerking zal conform zijn aan het staal dat ter inzage ligt bij de ontwerper.

Gekloofde stenen: Op de standaard steenhoogte van 80 mm wordt voor de gekloofde steen een maximale afwijking van 7,5 mm getolereerd.

Gelijkwaardigheid: elk voorstel dat verschillend is van de hierbovenvermelde beschrijving, valt onder de gelijkwaardigheidsprocedure die beschreven is in de uitgave STS 100.2, uitgegeven door het Ministerie van Verkeer en Infrastructuur (MVI), dienst kwaliteit bouw.

De behouwen blauwe hardsteen wordt geleverd met BUTGB-attest.

Plaatsing volgens VI-4. 6."

3.3. De opening van de offertes vindt plaats op 21 december 2006. Vier offertes worden ingediend. Die van verzoekende partij is de laagste.

3.4. In haar offerte vermeldt verzoekende partij uitdrukkelijk dat de voorgestelde blauwe hardsteen afkomstig is uit China, zonder verdere toelichting.

3.5. In het aanbestedingsverslag wordt aangaande de offerte van verzoekende partij vermeld:

"Maakt melding in deel E van het offerteformulier 'producten en materialen' dat er Chinese hardsteen in plaats van Belgische in rekening is gebracht. Deze melding betreffende het materiaalgebruik wijzigt de essentiële besteksbepalingen in die zin dat er een voorbehoud wordt gemaakt. Toepassing van artikel 110 § 2 van het KB van 8.01.1996 betreffende de Algemene Aannemingsvoorwaarden maakt dat de offerte van Interplant als onregelmatig en derhalve als onbestaand moet worden beschouwd."

3.6. Het college van burgemeester en schepenen beslist op 8 januari 2007 de opdracht toe te wijzen aan de nv Vangeel voor een bedrag van 1.659.666,65 euro, btw inbegrepen.

In de overwegingen wordt verwezen naar het aanbestedingsverslag dat voorstelde de opdracht toe te wijzen aan de nv Vangeel voor voornoemd bedrag.

Tot die toewijzing wordt nogmaals door het college beslist op 29 januari 2007 waarbij uitdrukkelijk goedkeuring wordt verleend aan het "verslag van nazicht".

3.7. Met een brief van 14 maart 2007 wordt verzoekende partij in kennis gesteld van het feit dat de opdracht aan een derde werd toegewezen.

Voorts wordt in de brief vermeld:

> "De Chinese hardsteen waarvan u melding maakt in deel E van het offerteformulier is niet conform het bestek, hoofdstuk 3 § 21 waarin wordt vermeld dat verhardingen en lijnvormige elementen moeten worden uitgevoerd in blauwe hardsteen. Uw offerte werd als onregelmatig beschouwd."

In bijlage wordt het aanbestedingsverslag gevoegd.

IV. Regelmatigheid van de rechtspleging

4. Verzoekende partij dient een "memorie na verzoekschrift tot vrijwillige tussenkomst" in.

In dergelijk stuk is niet voorzien in de procedureregeling. Het wordt uit de debatten gesloten.

V. Ontvankelijkheid van het beroep

5.1. Verwerende partij merkt in de eerste plaats op dat het beroep gericht is tegen een onbestaande rechtshandeling. Er zou geen toewijzingsbeslissing van 6 februari 2007 bestaan.

5.2. Verder betwist verwerende partij het belang van verzoekende partij. Daar verzoekende partij de toewijzingsbeslissing van 8 januari 2007, zoals bevestigd op 29 januari 2007, niet heeft aangevochten, ontbeert zij elk belang om de beslissing houdende haar onregelmatigverklaring aan te vechten.

5.3. Vervolgens merkt verwerende partij op dat verzoekende partij geen belang heeft bij haar beroep nu de opdracht uitgevoerd is. Het enige belang is het verkrijgen van een vernietigingsarrest met het oog op een schadevergoeding. Dit is niet het wettig vereist belang.

5.4. Verwerende partij meent ook dat verzoekende partij niet conform haar statuten beslist heeft in rechte te treden.

5.5. Ten slotte voert verwerende partij aan dat het beroep niet tijdig is. In de "Bouwkroniek" van 19 januari 2007 is bekendgemaakt aan wie de opdracht toegewezen werd en verzoekende partij wist dus dat zij niet uitverkoren was. Het beroep is meer dan zestig dagen na die bekendmaking ingediend.

6. Deze excepties worden verworpen om de volgende redenen.

6.1. Het eerste voorwerp van het beroep is duidelijk de beslissing van het college van 8 januari 2007, bevestigd door de beslissing van 29 januari 2007, waarbij de opdracht wordt toegewezen aan de nv Vangeel. Hieruit vloeit ook voort dat de vooronderstelling waarop de tweede exceptie berust, namelijk dat de toewijzingsbeslissing niet is aangevochten, onbestaande is en dat deze exceptie dan ook niet opgaat.

6.2. Verzoekende partij beschikt over een gekwalificeerd moreel belang dat gediend wordt en spijts de uitvoering van de overeenkomst betreffende de opdracht, gediend blijft door de nietigverklaring van de toewijzingsbeslissing.

6.3. Verzoekende partij is regelmatig in rechte getreden daar artikel 18 van haar statuten bepaalt dat de vennootschap geldig wordt vertegenwoordigd in en buiten rechte onder meer door de gedelegeerd bestuurder. Hier werd de beslissing getroffen door de gedelegeerd bestuurder.

6.4. Ten slotte heeft de beroepstermijn pas een aanvang genomen de dag na de ontvangst van de brief van 14 maart 2007 waarbij verwerende partij verzoekende partij in kennis stelde van het feit dat de opdracht aan een derde inschrijver was toegewezen en dat de offerte van verzoekende partij onregelmatig was verklaard.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

7. Het middel is genomen uit de schending van artikel 15, eerste lid, van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, in samenhang met artikel 22 van dezelfde wet en de artikelen 25, 82 en 85 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de formele motivering van de bestuurshandelingen alsook het motiveringsbeginsel.

Verzoekende partij merkt op dat zij de laagste inschrijvingsprijs heeft opgegeven maar dat haar offerte onregelmatig is verklaard op basis van een technische specificatie, in de zin van artikel 82 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, van het bestek over het gebruik van Belgische blauwe hardsteen.

Luidens artikel 85 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 is het echter verboden om in technische specificaties te verwijzen naar een product van herkomst of van een bepaalde oorsprong, tenzij specifieke kenmerken van het voorwerp van de overheidsopdracht dat vereisen. Dit toch doen zou de vrije mededinging in het gedrang brengen.

De besteksbepaling inzake “Behouwen blauwe hardsteen” waarin verwezen wordt naar Belgische blauwe hardsteen, ook “Petit Granit”

genoemd, is strijdig met dit artikel 85. De kenmerken van de opdracht kunnen ook geen afwijking verantwoorden. Noch in het bestek, noch in de toewijzingsbeslissing wordt door de aanbestedende overheid gemotiveerd waarom er toch een afwijking van toepassing zou zijn.

Verzoekende partij is dus ten onrechte onregelmatig verklaard en was wel degelijk de laagste regelmatige inschrijver.

Beoordeling

8. Verzoekende partij concretiseert in de uitwerking van haar middel enkel de schending van artikel 85 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996. Deze bepaling luidt:

> "Technische specificaties die producten vermelden van een bepaalde makelij of herkomst of bijzondere werkwijzen vermelden waardoor bepaalde ondernemingen worden bevoordeeld of uitgeschakeld, mogen niet gebruikt worden tenzij deze technische specificaties onontbeerlijk zijn ten opzichte van het voorwerp van de opdracht.
>
> Het is met name verboden merken, octrooien of types, of een bepaalde oorsprong of productie aan te duiden. Bij wijze van uitzondering is een dergelijke aanduiding, vergezeld van de vermelding 'of gelijkwaardig' evenwel toegestaan wanneer het niet mogelijk is door middel van voldoende nauwkeurige en voor alle betrokkenen volstrekt begrijpelijke specificaties een beschrijving van het voorwerp van de opdracht te geven."

9. Verzoekende partij toont niet aan dat zij door de opgegeven technische specificatie wordt uitgeschakeld, dan wel dat andere inschrijvers erdoor worden bevoordeeld. Verzoekende partij heeft nagelaten in te schrijven met "Belgische Blauwe Hardsteen" en merkt zelfs niet op dat zij dit niet kon of daartoe niet bij machte was.

Deze vaststelling op zich is voldoende om te besluiten dat verzoekende partij zich niet op een eventuele schending van dit artikel kan beroepen.

10. Het middel wordt verworpen.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

11. Het middel is genomen uit de schending van de artikelen 23.3, a) en 23.4 van de Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten en de artikelen 82 en 83, § 1, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de formele motivering van de bestuurshandelingen alsook het motiveringsbeginsel.

12.1. In een eerste onderdeel wordt aangeklaagd dat in het bestek in strijd met artikel 23.3., a), van voornoemde Richtlijn en artikel 83 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, niet verwezen wordt naar de toepasselijke Europese normen, die in Belgische normen werden omgezet, namelijk naar de Europese norm EN 1341 als Belgische norm geregistreerd als NBN EN 1341 en de Europese norm EN 1343 als Belgische norm geregistreerd als NBN EN 1343. Mocht de opdracht onder een uitzonderingsmogelijkheid vermeld in artikel 83 vallen, dan klaagt verzoekende partij aan dat verwerende partij nagelaten heeft hieromtrent een verantwoording op te geven.

12.2. In haar memorie van wederantwoord repliceert verzoekende partij op de exceptie van verwerende partij en tussenkomende partij. De exceptie houdt in dat zij geen belang heeft bij het eerste onderdeel van dit middel aangezien zij wist wat de technische eisen waren. Zij stelt dat zij belang heeft bij een middel tot betwisting van de onregelmatigheid van haar offerte.

12.3. In haar laatste memorie merkt verzoekende partij op dat uit artikel 83*bis* van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 blijkt dat de aanbestedende overheid in elk geval naar de Europese norm betreffende de technische specificatie moet verwijzen. Het feit dat verzoekende partij voldoende

kennis over de technische eisen van de “Petit Granit” zou moeten beschikken, is irrelevant.

13.1. In een tweede onderdeel betoogt verzoekende partij dat de door haar voorgestelde Chinese blauwe hardsteen volledig aan de technische vereisten van de voornoemde Europese normen omgezet in Belgische normen voldoet. Daartoe brengt verzoekende partij een aantal documenten en rapporten bij. Conform artikel 23.4. van voornoemde Richtlijn mag een aanbestedende overheid geen inschrijving afwijzen met als reden dat de aangeboden producten of diensten niet beantwoorden aan de bestecksspecificaties.

Haar afwijzing is dan ook, aldus verzoekende partij, niet afdoende gemotiveerd.

13.2. In haar laatste memorie merkt zij op dat in het bestek niet duidelijk vermeld wordt dat de inschrijver in zijn offerte had moeten bewijzen dat de Chinese blauwe hardsteen gelijkwaardig is aan de vereiste Belgische blauwe hardsteen. Evenmin vloeit dergelijke verplichting voort uit de reglementering. De aanbestedende overheid had dan ook verzoekende partij moeten ondervragen om haar toe te laten haar offerte uit te leggen of de ontbrekende documenten neer te leggen.

Beoordeling

14. Wat het eerste onderdeel betreft ontbreekt het verzoekende partij aan het vereiste belang.

Verzoekende partij was aan de hand van de besteksvoorschriften op de hoogte van de technische voorschriften en normen waaraan het voorgeschreven materiaal diende te voldoen. Zij toont niet aan dat zij niet in staat is geweest een bestecksconforme offerte in te dienen. Aldus heeft verzoekende partij niet aangetoond dat het normdoel van de bepalingen inzake het vermelden van technische normen is geschonden. Verzoekende partij toont ook niet aan dat het niet-vermelden van voornoemde normen de schending uitmaakt van een substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven vorm.

15. Wat het tweede onderdeel betreft wordt opgemerkt dat verzoekende partij thans voor het eerst, in een procedure voor de Raad van State, documenten voorlegt waaruit volgens haar zou blijken dat de door haar voorgestelde Chinese blauwe hardsteen beantwoordt aan de vereisten van de Europese normen en dat deze steen volledig gelijkwaardig is aan de in het bestek vereiste Belgische blauwe hardsteen. Wanneer een inschrijver een andere hardsteen aanbiedt dan die voorgeschreven in het bestek, handelwijze waarin het bestek voorziet, dient hij duidelijk aan te geven welke hardsteen hij precies aanbiedt; in haar offerte heeft verzoekende partij haar aanbod enkel omschreven als blauwe hardsteen afkomstig uit China. Welke hardsteen het precies is, uit welke groeve de steen afkomstig is of welke eigenschappen deze bezit, wordt niet toegelicht. In die omstandigheden is de gelijkwaardigheid niet aangetoond in de offerte. Verwerende partij mocht verzoekende partij ook niet vragen haar offerte toe te lichten nu dit haar in staat zou gesteld hebben haar offerte substantieel aan te vullen en dus te wijzigen.

Verzoekende partij heeft geen belang bij dit middelonderdeel.

16. Het tweede middel wordt verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. Verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 euro.
Tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 9 juni 2011, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Lust,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,

bijgestaan door

Frank Bontinck,	griffier.

De griffier **De voorzitter**

Frank Bontinck **Dierk Verbiest**