

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK
VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

nr. 214.847 van 23 augustus 2011
in de zaak A. 201.330/XII-6666.

In zake: de NV HENS
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Ria Hens
 kantoor houdend te 2930 Brasschaat
 Bredabaan 161, bus 1
 bij wie woonplaats wordt gekozen

 tegen:

 de gemeente LAAKDAL
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaten David D'Hooghe en Leopold Schellekens
 kantoor houdend te 1000 Brussel
 Loksumstraat 25
 bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

 de NV AMBARO
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Pieter Jongbloet
 kantoor houdend te 1000 Brussel
 Jan Jacobsplein 5
 bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 4 augustus 2011, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:
 - a. het besluit van 30 juni 2011 van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Laakdal tot het houden van een nieuwe openingszitting,

- b. het besluit van 14 juli 2011 van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Laakdal waarbij de opdracht “Herinrichting Langedijk – Oude Vorstseweg” wordt gegund aan nv Ambaro en van
- c. de impliciete beslissing van 14 juli 2011 van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Laakdal de opdracht niet toe te kennen aan nv Hens.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota en een administratief dossier ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 18 augustus 2011, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Ria Hens, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Leopold Schellekens, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Pieter Jongbloet, die verschijnt voor de tussenkomende 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. De gemeente Laakdal schrijft een overheidsopdracht van werken uit voor de herinrichting van de Langedijk en Oude Vorstseweg. De

opdracht wordt gegund onder de vorm van een openbare aanbesteding en geraamd op 2.326.707,53 euro.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 19 mei 2011.

3.3. In de aankondiging en het bijzonder bestek wordt de uiterste termijn voor de ontvangst van de offertes vastgelegd op 24 juni 2011 om 11.00 uur. Het bestek vermeldt dat de opening van de inschrijvingen zal plaatsvinden in het administratief centrum van Laakdal, Kerkstraat 21 te 2430 Laakdal, ten overstaan van de burgemeester of zijn afgevaardigde. Daarnaast bepalen de artikelen 104 en 106 van de algemene administratieve voorschriften van het bestek de voorschriften betreffende indiening en opening van de offertes.

3.4. In het proces-verbaal van de opening van de inschrijvingen van 24 juni 2011, 11.00 uur, wordt vastgesteld dat de volgende zes offertes zijn ingediend:

- nv Hens: 2.347.603,92 euro,
- nv Marcel Nijs: 2.758.828,48 euro,
- bvba Vangeel Wegenbouw: 2.487.844,73 euro,
- bvba Wegenbouw Huijbrechts: 2.492.958,83 euro,
- nv Vermetten Wegenbouw: 2.536.595,14 euro,
- nv VBG: 2.562.329,53 euro.

Tevens blijkt dat de zitting werd gesloten om 11.06 uur.

3.5. Hieropvolgend wordt in het aanbestedingsverslag voorgesteld de opdracht aan nv Hens te gunnen voor een bedrag van 2.347.603,92 euro.

3.6. Op 30 juni 2011 beslist het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Laakdal evenwel om een nieuwe openingszitting te

organiseren op 7 juli 2011 om 10.00 uur, om alle indieners van een offerte hiervan schriftelijk op de hoogte te brengen en om een gerechtsdeurwaarder aan te stellen om de nodige formele vaststellingen in dit dossier te verrichten op grond van de volgende overwegingen:

“Overwegende dat de offertes het bestuur ten laatste op 24 juni 2011 om 11.00 uur dienden te bereiken;

Gelet op het feit dat op 24 juni 2011 de openingszitting plaatsvond, waarbij 6 biedingen werden geopend;

Overwegende echter dat na het afsluiten van de openingszitting is gebleken dat er op het gemeentebestuur nog een ongeopende bieding is toegekomen, uitgaande van de firma Ambaro;

Overwegende dat blijkt dat deze offerte naar vorm correct is ingediend conform de voorschriften van het goedgekeurde bestek;

Overwegende dat blijkt dat deze offerte tijdig is ingediend door de firma Ambaro en tegen ontvangstbewijs is afgegeven aan een medewerker van het gemeentebestuur om 07.30 uur op 24 juni 2011;

Overwegende dat aldus kan besloten worden dat bovenvermelde offerte correct en tijdig is ingediend conform het bestek door de firma Ambaro en het feit dat de offerte niet is geopend tijdens de openingszitting te wijten is aan de aanbestedende overheid zelf;

Overwegende dat om deze redenen de aanbestedende overheid deze offerte alsnog in de aanbestedingsprocedure wenst te betrekken;

Overwegende dat het gemeentebestuur in deze het zorgvuldigheidsprincipe wenst te hanteren en daardoor de aanstelling van een gerechtsdeurwaarder opportuun acht om de nodige vaststellingen te doen;

Overwegende dat, met het oog op het zoveel mogelijk vermijden van een schadevergoeding, het in acht nemen van een standstill periode opportuun is;

BESLUIT:

Artikel 1

Het college beslist een nieuwe openingszitting te organiseren waarbij ook de offerte van de firma Ambaro zal geopend worden op 7 juli 2011 om 10.00 uur.

Alle indieners van een offerte zullen van deze nieuwe openingszitting schriftelijk op de hoogte worden gebracht.

Artikel 2

Er zal na de kennisgeving van de gunningsbeslissing aan de verschillende inschrijvers een vrijwillige wachttermijn / standstill van 15 kalenderdagen in acht worden genomen.

Artikel 3

De gerechtsdeurwaardersassociatie Van Heertum, Deckmyn & Wilms, Ginderbroek 96 bus 2 te 2400 Mol wordt aangesteld teneinde de nodige formele vaststellingen in dit dossier te verrichten”.

Dit is de eerste bestreden beslissing.

3.7. Eveneens op 30 juni 2011 worden een aantal vaststellingen gedaan door de aangestelde gerechtsdeurwaarder omtrent de ongeopende staat van de offerte van nv Ambaro en wordt de enveloppe door hem verzegeld. Bij dit proces-verbaal van vaststelling worden tevens de verklaringen gevoegd van Jan De Busscher, voorzitter van de openingszitting, en van Dirk Camps, bibliothecaris.

3.8. Met een aangetekend schrijven van 1 juli 2011 worden alle inschrijvers, nv Ambaro inbegrepen, van voormelde beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Laakdal in kennis gesteld.

3.9. Op de zitting van 7 juli 2011, waarop de offertes heropend worden, wordt, naast de zes offertes die reeds op de eerste zitting werden geopend, tevens de offerte van nv Ambaro geopend. Het door deze inschrijver aangeboden bedrag bedraagt 2.325.496,83 euro.

Ter gelegenheid van deze zitting wordt tevens een proces-verbaal opgesteld door een gerechtsdeurwaarder, waarbij wordt vastgesteld dat de enveloppe die de offerte van nv Ambaro bevat, zich nog in dezelfde staat bevindt als op het ogenblik van de verzegeling, die plaatsvond op 30 juni 2011.

3.10. In een aangepast aanbestedingsverslag wordt vervolgens vastgesteld dat nv Ambaro het laagste inschrijvingsbedrag heeft opgegeven en wordt voorgesteld om de opdracht te gunnen aan nv Ambaro.

3.11. Op 14 juli 2011 beslist het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Laakdal om de opdracht te gunnen aan nv Ambaro. Dit is de tweede bestreden beslissing.

In deze beslissing worden de feiten als volgt weergegeven:

“Op 24 juni omstreeks 11u45 belt de firma Ambaro naar de gemeente Laakdal om te informeren naar de voorlopige rangschikking. De bieding van Ambaro bevond zich echter niet bij de voorzitter bij de aanvang van de openingszitting en werd aldus niet geopend tijdens de openingszitting. Na interne raadpleging blijkt een koerierdienst in opdracht van Ambaro de bieding afgegeven te hebben in het administratief centrum van Laakdal om 7u30 op 24 juni 2011. Toen Dirk Camps, bibliothecaris, op 24 juni om 7u30 arriveerde op het administratief centrum stond een wagen van een koerierdienst te wachten aan de inkom. De chauffeur vroeg Dirk Camps of hij het document wilde aannemen en tekenen voor ontvangst. Hij heeft vervolgens het document in ontvangst genomen en tekende om 7u30 een ontvangstbewijs af. Dirk Camps zag dat het een bieding betrof voor een overheidsopdracht en nam de offerte mee naar zijn kantoor daar hij als eerste op het administratief centrum aanwezig was en niet in de burelen van de technische dienst kon. Dirk Camps zou de offerte aan de technische dienst bezorgen zodra daar iemand was. Omwille van andere bezigheden, namelijk de opmaak van een verslag en een vergadering, heeft hij de offerte echter uit het oog verloren waardoor deze niet tijdig bij de voorzitter van de openingszitting is geraakt. Dirk Camps bezorgde omstreeks 11u45 de offerte van Ambaro aan Jan De Busser, voorzitter van de openingszitting. Jan De Busser heeft de doorslag van het ontvangstbewijs vastgeniet aan de bieding van Ambaro en heeft de bieding vervolgens in een dossierkast in zijn bureau opgeborgen”.

Vervolgens wordt de beslissing gemotiveerd als volgt:

“Gelet op het feit dat het bestek op p 6 bij ‘art. 104. indiening van offertes’ het volgende stelt:

‘De offertes dienen toegezonden naar of overhandigd te worden op het administratief centrum van Laakdal, Kerkstraat 21 te 2430 Laakdal. De buitenste omslag dient duidelijk navolgende tekst te vermelden:

‘Inschrijving voor 02259A: herinrichting Langedijk en Oude Vorstseweg’

Gelet op het feit dat de enveloppe van Ambaro bovenstaande vermeldingen alsook de vermelding ‘offerte’ bevat en dat bovendien de offerte tijdig afgeleverd werd op het administratief centrum, zoals blijkt uit het ontvangstbewijs;

Overwegende dat de offerte van Ambaro aldus tijdig en correct werd ingediend conform het bestek.

Overwegende het feit dat de offerte niet werd geopend op de openingszitting van 24 juni 2011 te wijten is aan onzorgvuldigheden vanwege de aanbestedende overheid zelf;

Overwegende dat om bovenvermelde feiten en overwegingen de offerte van Ambaro alsnog in de aanbestedingsprocedure werd betrokken en een tweede openingszitting georganiseerd werd op 7 juli 2011 waarop alle inschrijvers werden uitgenodigd, om de offerte van Ambaro te openen;

Gelet op de beslissing van college van burgemeester en schepenen d.d. 30 juni 2011 tot het houden van een nieuwe openingszitting, het in acht nemen van een vrijwillige stand still periode en het aanstellen van een gerechtsdeurwaarder;

Gelet op het proces-verbaal van de heropeningszitting alsook de processen-verbaal van vaststelling van gerechtsdeurwaarder Wilms d.d. 30 juni 2011 en 7 juli 2011;

Overwegende dat de gestanddoeningstermijn van 120 kalenderdagen eindigt op 28 oktober 2011;

Overwegende dat 7 offertes werden ontvangen:

- Hens nv, Bredabaan 54 te 2990 Wuustwezel (€ 2.347.603,92 incl. btw)
 - Nijs Marcel, Bleukenlaan 15 te 2300 Turnhout (€ 2.758.828,48 incl. btw)
 - Vangeel Wegenbouw BVBA, Bleukenlaan 19 te 2300 Turnhout (€ 2.487.844,73 incl. btw)
 - Vermetten wegenbouw nv, Industrieweg 11 te 2330 Merksplas (€ 2.536.595,14 incl. btw)
 - VBG nv, Welvaartstraat 14/1 bus 8 te 2200 Herentals (€ 2.562.329,53 incl. btw)
 - Huijbregts wegenbouw bvba, Hoge Mauw 310 te 2370 Arendonk (€ 2.492.958,83 incl. btw)
 - Ambaro nv, Floebenschot 1 te 2460 Aarschot (€ 2.326.707,53 incl. btw)
- Deze offerte werd geopend tijdens de heropeningszitting op 7 juli 2011.

Gelet op het verslag van nazicht van de offertes van 7 juli 2011 opgesteld door de ontwerper, Groep Infrabo, Langstraat 65 te 2260 Westerlo;

Overwegende dat de ontwerper voorstelt om, rekening houdende met het voorgaande, deze opdracht te gunnen aan de laagste regelmatige bieder, zijnde Ambaro nv, Hoebenschot 1 te 2460 Aarschot tegen het nagerekende inschrijvingsbedrag van € 2.326.707,53 incl. btw;

Overwegende dat een deel van de kostprijs gesubsidieerd wordt door Provincie Antwerpen - Fietsfonds, Steunpunt Fiets, Dienst Mobiliteit, Koningin Elisabethlei 22 te 2018 Antwerpen, en dat dit deel wordt geraamd op € 900.519,40;

Gelet op het verslag van de veiligheidscoördinator waaruit blijkt dat deze offerte eveneens voldoet aan het koninklijk besluit van 25 januari 2001 en latere wijzigingen;

Overwegende dat de uitgave voor deze opdracht voorzien is in het budget van 2011, op artikel 42105/735-60 initiatief 2011000154 - Het gunnen van de uitvoering van de aanleg van het fietspad Langedijk - Oude Vorstseweg.) van de buitengewone dienst;

Gelet op het feit dat een visum vereist is en in afwachting van het visum van de financieel beheerder;

BESLUIT: unaniem.

Artikel 1

Goedkeuring wordt verleend aan het verslag van nazicht van de offertes van 7 juli 2011 voor de opdracht ‘Herinrichting Langedijk - Oude Vorstseweg.’, opgesteld door de ontwerper, Groep Infrabo, Langstraat 65 te 2260 Westerlo.

Artikel 2

Deze opdracht wordt gegund aan de laagste regelmatige bieder, zijnde Ambaro nv, Hoebenschot 1 te 2460 Aarschot, tegen het nagerekende inschrijvingsbedrag van € 2.326.707,53 incl. btw. [...]”.

3.12. Met een aangetekend schrijven, gedateerd op 15 juli 2011, wordt deze beslissing aan de inschrijvers ter kennis gebracht.

IV. Tussenkomen

4.1. Met een verzoekschrift van 12 augustus 2011 heeft nv Ambaro gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

4.2. De verzoekende partij in tussenkomen blijkt de begunstigde van de tweede bestreden beslissing en heeft er dus belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet haar verzoek worden ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

Excepties

5.1. Verwerende partij werpt op dat de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid gericht tegen de eerste bestreden beslissing laattijdig is aangezien verzoekende partij van deze beslissing reeds per aangetekend schrijven van 1 juli 2011 op de hoogte zou zijn gesteld.

5.2. Tussenkomen partij betwist ook de ontvankelijkheid *ratione temporis* van de vordering gericht tegen de gunningbeslissingen van 14 juli 2011. Er zou geen bewijs voorliggen dat de kennisgeving ervan op 20 juli 2011 zou zijn

verzonden. Verwerende partij gedraagt zich dienaangaande naar de wijsheid van de Raad.

Beoordeling

6.1. Overeenkomstig het in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, nieuw ingevoegde artikel 65/23, §§ 1 en 3, dat te dezen van toepassing is, dient de in artikel 65/15 bedoelde vordering tot schorsing -de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid- “op straffe van niet-ontvankelijkheid” te worden ingesteld binnen een termijn van vijftien dagen “vanaf de bekendmaking, de kennisgeving of de kennisneming van de rechtshandeling, al naargelang”.

Aldus heeft de wetgever inzake overheidsopdrachten een verjaringstermijn van vijftien dagen opgelegd voor het indienen van een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid bij de Raad van State, zoals de voorliggende vordering. De Raad van State heeft reeds vastgesteld onder verwijzing naar de parlementaire voorbereiding dat op die wijze is afgeweken van de gewone procedureregelingen (arrest nr. 211.012 van 3 februari 2011, nv Ecorem).

6.2. Te dezen blijkt dat verzoekende partij reeds met een aangetekend schrijven van 1 juli 2011 van de eerste bestreden beslissing in kennis werd gesteld.

De voorliggende vordering tot schorsing, ingediend op 4 augustus 2011, lijkt aldus buiten de voorgeschreven termijn van vijftien dagen te zijn ingesteld.

Nu inzake overheidsopdrachten voormeld artikel 65/23, §§ 1 en 3, van de wet van 24 december 1993, uitdrukkelijk bepaalt dat de vordering tot

schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid “op straffe van niet-ontvankelijkheid” dient te worden ingesteld binnen voormelde termijn van vijftien dagen, is de voorliggende vordering niet ontvankelijk in de mate dat deze gericht is tegen de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Laakdal van 30 juni 2011 waarbij tot het houden van een nieuwe openingszitting wordt besloten.

6.3. Met een aangetekend schrijven, gedateerd op 15 juli 2011, werd de tweede bestreden beslissing, zijnde de gunningsbeslissing van 14 juli 2011, aan de inschrijvers ter kennis gebracht. Uit de datum van de poststempel, zoals bevestigd door de door het auditoraat geverifieerde gegevens ter beschikking gesteld via de dienst “e-tracker” van de Post, blijkt dat de kennisgeving evenwel pas werd verzonden op 20 juli 2011. De voorliggende vordering tot schorsing, ingediend op 4 augustus 2011, lijkt aldus in elk geval binnen de voorgeschreven termijn van vijftien dagen te zijn ingesteld in de mate zij gericht is tegen de tweede en derde bestreden beslissing.

VI. De schorsingsvoorwaarden

7.1. 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.

7.2. Evenwel 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.

In laatstgenoemde wet is door de wet van 23 december 2009 een nieuw artikel 65/15, eerste lid, ingevoegd, luidens welk artikel voor de schorsing van de thans bestreden beslissingen het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist is.

Anderzijds verplicht artikel 65/15, tweede lid, verzoekende partij tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid. Overeenkomstig artikel 65/31 gelden deze bepalingen eveneens voor opdrachten die de Europese drempels niet bereiken.

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

VII. Onderzoek van de middelen

Uiteenzetting van het enig middel

8. Een eerste en enig middel is genomen uit “de schending van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, met name artikel 15, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, met name de artikelen 104, 106 en 108, van de bepalingen van het administratief bestek, met name artikel 104, van het gelijkheidsbeginsel zoals gewaarborgd door de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, [...] van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, met name het motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel”.

In de eerste plaats voert verzoekende partij aan dat de enveloppe van de offerte van de gekozen inschrijver de datum van de openingszitting niet zou bevatten, hetgeen een schending zou inhouden van artikel 104, § 1, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken.

Daarnaast zou de offerte niet op het administratief centrum van de gemeente Laakdal zijn aangeboden, hetgeen een schending van artikel 104 van het bestek zou uitmaken.

Voorts zou volgens verzoekende partij ook een schending van artikel 104, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 voorliggen, nu de offerte van nv Ambaro na de opening van de andere offertes zou zijn neergelegd.

Ook de beslissing om een heropeningszitting te organiseren zou niet rechtmatig zijn genomen en aldus een schending van artikel 104, juncto artikel 108, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 uitmaken.

Verzoekende partij wijst er vervolgens op dat de laattijdige overhandiging van de offerte van nv Ambaro aan de voorzitter van de openingszitting louter aan nv Ambaro is te wijten.

Door alsnog met deze offerte rekening te houden, zou verwerende partij het gelijkheidsbeginsel hebben geschonden. Gelet op het tijdsverloop is er volgens verzoekende partij op vele ogenblikken een mogelijkheid geweest tot manipulatie van de betrokken offerte.

Tevens zou de tweede bestreden beslissing niet aanhalen of motiveren dat in de gegeven omstandigheden de voormelde mogelijkheid tot manipulatie niet bestond en de gelijkheid van de inschrijvers werd gevrijwaard.

Aangezien verwerende partij met de offerte van nv Ambaro geen rekening mocht houden, diende de opdracht volgens verzoekende partij overeenkomstig artikel 15 van de wet van 24 december 1993, aan haarzelf te worden toegewezen.

Beoordeling

Eerste onderdeel

9.1. In een eerste onderdeel van haar middel voert verzoekende partij aan dat de enveloppe van de offerte van de gekozen inschrijver de datum van de openingszitting niet zou vermelden, hetgeen een schending van artikel 104, § 1, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 zou uitmaken.

Deze bepaling luidt als volgt:

“§ 1. De offerte opgesteld op papier wordt per brief of per bode aan de aanbestedende overheid overgemaakt. Ze wordt in een definitief gesloten omslag geschoven waarop het volgende vermeld wordt : de datum van de zitting waarop de offertes worden geopend, de verwijzing naar het bestek en eventueel naar de nummers van de betrokken percelen. Bij verzending per post, als gewoon of aangetekend stuk, wordt die gesloten omslag in een tweede gesloten omslag geschoven met opgave van het adres dat in het bestek is aangegeven en met de vermelding ‘offerte’. Dezelfde voorwaarden zijn van toepassing op de via elektronische middelen opgestelde offerte die evenwel niet via deze middelen wordt verzonden”.

Uit de stukken van het administratief dossier blijkt dat dit onderdeel van het middel feitelijke grondslag mist aangezien de enveloppe wel degelijk de datum van de openingszitting vermeldt.

Overige onderdelen

9.2. Artikel 104 van de algemene administratieve voorschriften van het bestek luidt:

“Art. 104. Indiening van de offertes

De offertes dienen toegezonden naar of overhandigd te worden op het administratief centrum van Laakdal, Kerkstraat 21, te 2430 Laakdal.

De buitenste omslag dient duidelijk navolgende tekst te vermelden:

‘Inschrijving voor 02259A: Herinrichting Langedijk en Oude Vortseweg’”.

Overeenkomstig artikel 104, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 moet iedere offerte bij de voorzitter van de zitting vóór de opening van de offertes toekomen alvorens hij de zitting opent. Nochtans wordt een offerte die te laat toekomt, in aanmerking genomen voor zover:

“1° de aanbestedende overheid aan de aannemer nog geen kennis heeft gegeven van haar beslissing,
2° en de offerte ten laatste vier kalenderdagen vóór de dag vastgesteld voor de ontvangst van de offertes bij de post als aangetekende zending is afgegeven”.

Artikel 106, tweede lid, van ditzelfde koninklijk besluit omschrijft de verrichtingen die plaatsvinden op de openingszitting. Ook hier wordt bepaald dat vanaf de opening van de zitting door de voorzitter, geen enkele offerte nog mag worden aanvaard.

Voorts luidt artikel 108 van dit besluit:

“Een extra openingszitting, waartoe alle inschrijvers gelijktijdig en schriftelijk worden uitgenodigd, vindt plaats in volgende gevallen:
1° wanneer offertes, wijzigingen of intrekkingen te laat zijn binnengekomen, maar toch in aanmerking kunnen worden genomen overeenkomstig de artikelen 104 en 105;
2° wanneer tijdens de oorspronkelijke openingszitting technische moeilijkheden zijn gerezen voor de opening en de inzage van met elektronische middelen opgestelde offertes, tenzij er een veiligheidskopie is geopend volgens de voorwaarden van artikel 81quater, § 3, eerste lid,
2° en deze kopie niet de voormelde moeilijkheden oplevert”.

De artikelen 104, § 2, en 106, tweede lid, 3°, bepalen aldus dat, nadat de voorzitter de zitting heeft geopend, geen enkele offerte nog mag worden neergelegd. Artikel 108 tempert deze regel door in een extra openingszitting te voorzien wanneer offertes, wijzigingen of intrekkingen te laat zijn binnengekomen, maar toch in aanmerking kunnen worden genomen overeenkomstig de artikelen 104 en 105.

9.3. Op het eerste gezicht mocht verwerende partij bijgevolg geen tweede openingszitting houden op grond van voormelde bepalingen. De offerte van de gekozen inschrijver werd immers niet ingediend bij aangetekende zending zodat artikel 104, § 2, geen toepassing kan vinden. Evenmin betreft het een intrekking of wijziging van offerte op initiatief van de inschrijver, in de zin van voormeld artikel 105 van het koninklijk besluit.

Te dezen blijkt een koerierdienst de offerte te hebben afgegeven in opdracht van nv Ambaro om 07.30 uur op 24 juni 2011 op het adres van het administratief centrum van de gemeente Laakdal aan de heer Dirk Camps, bibliothecaris, die voor ontvangst getekend heeft.

Deze nam de offerte mee naar zijn kantoor, met de bedoeling deze aan de technische dienst te bezorgen zodra daar iemand aanwezig was. Omwille van andere bezorgdheden, blijkt hij de offerte echter uit het oog verloren te hebben waardoor deze niet tijdig bij de voorzitter van de openingszitting is geraakt.

9.4. Het bestek bepaalde uitdrukkelijk dat de offertes dienden te worden toegezonden naar of overhandigd te worden op het administratief centrum van de gemeente Laakdal, Kerkstraat 21, te 2430 Laakdal.

Te dezen blijkt dat de offerte door nv Ambaro niet verzonden werd aan het administratief centrum van de gemeente Laakdal, Kerkstraat 21, te 2430 Laakdal, en niet in de brievenbus van het administratief centrum belandde.

De offerte werd daarentegen weliswaar op het adres van het administratief centrum van de gemeente Laakdal overhandigd, doch aan een willekeurig personeelslid van de gemeente en dit ruim buiten de openingsuren van het administratief centrum.

Daarbij dient tevens te worden vastgesteld dat het ontvangstbewijs dat tussenkomende partij neerlegt als stuk 2 van haar dossier als leveringsadres slechts vermeldt “Gemeente Laakdal, Kerkstraat 21, 2430” en dus niet “administratief centrum van de gemeente Laakdal”.

Op het eerste gezicht lijkt aldus door tussenkomende partij niet te zijn gehandeld overeenkomstig artikel 104 van het bestek.

9.5. Voorts lijkt de laattijdigheid van de offerte van nv Ambaro, in tegenstelling tot wat verwerende partij betoogt, geenszins uitsluitend te wijten aan de aanbestedende overheid, doch in eerste instantie aan de inschrijver zelf.

De offerte werd door de betrokken koerierdienst immers niet afgegeven aan het onthaal van het administratief centrum of aan de balie van de technische dienst, doch afgegeven in handen van de bibliothecaris van de gemeente Laakdal en dit bovendien ruim vóór de openingsuren van het betrokken administratief centrum.

Uit de openingsuren zoals vermeld op de website van de gemeente Laakdal, die verzoekende partij neerlegt als stuk III.4, blijkt immers dat het administratief centrum van de gemeente Laakdal slechts opent om 09.00 uur. Voorts blijkt uit dit stuk tevens dat de bibliotheek van de gemeente Laakdal gevestigd is op hetzelfde adres als het administratief centrum.

Op het eerste gezicht kan de bibliothecaris van de gemeente Laakdal niet worden beschouwd als een onthaalbediende van het administratief centrum. Evenmin lijkt een zorgvuldige inschrijver, zij het door het handelen van

een door haar aangestelde koerierdienst, ervan te kunnen uitgaan dat een bibliothecaris door verwerende partij zou zijn aangesteld om offertes inzake overheidsopdrachten in ontvangst te nemen. Door een offerte voor een opdracht van werken met een niet onaanzienlijke waarde desondanks te laten afgeven aan een willekeurig personeelslid van verwerende partij, buiten de openingsuren van het administratief centrum, is de laattijdigheid van de offerte van nv Ambaro dus in eerste instantie te wijten aan de inschrijver zelf.

9.6. Voorts, in tegenstelling tot wat tussenkomende partij betoogt, zijn de feiten in onderhavige zaak geenszins quasi identiek aan de feiten die geleid hebben tot het arrest nr. 178.195 van 28 december 2007 van de Raad van State. In die zaak werd de litigieuze offerte immers afgegeven om 09.00 uur, zijnde één uur voor de openingszitting, aan de balie van de technische dienst van de betrokken stad, waarop deze de voorzitter van de openingszitting verwittigde met de vraag om de offerte te laten ophalen. De persoon die de offerte diende op te halen, bleek vervolgens een omslag in ontvangst te hebben genomen, in de overtuiging dat dit de omslag was waarvoor was getelefoneerd, terwijl dit niet het geval was.

Hoewel verwerende partij daarvan lijkt uit te gaan, zijn de feiten in de voorliggende zaak evenmin vergelijkbaar met de feiten die geleid hebben tot het arrest van de Raad van State nr. 75.885 van 23 september 1998. In die zaak was een offerte tijdig bij de onthaalbediende afgeleverd, kwam zij door omstandigheden te wijten aan het bestuur pas 50 minuten na het begin van de openingszitting aan bij de voorzitter, werd de betrokken offerte meteen nog geopend en een tweede proces-verbaal opgesteld. Ook de omstandigheden die aanleiding hebben gegeven tot een arrest van het Hof van Cassatie van 30 april 1999, waar verwerende partij gewag van maakt, zijn geenszins vergelijkbaar aangezien er in dat geval nog een inschrijving werd overhandigd wanneer de voorzitter aan het verwelkomen was en in het bijzonder tijdens de voorstelling van de leden van het college, terwijl de inschrijvingen nog niet waren geopend en alle aanwezigen instemden met de neergelegde inschrijving.

9.7. In de voorliggende zaak valt op het eerste gezicht ook te betwijfelen of aangetoond is dat het normdoel van artikel 104 van het voormelde koninklijk besluit hier is bereikt. *Prima facie* bestond er te dezen juist wel een risico van manipulatie aangezien de openingszitting plaatsvond om 11.00 uur en de offerte - althans volgens verwerende partij - pas om 11.45 uur aan de voorzitter werd bezorgd. In de tussentijd lag de offerte dus blijkbaar onbeheerd op het bureau van de bibliothecaris. Bovendien blijkt de offerte pas te zijn verzegeld door een gerechtsdeurwaarder op 30 juni 2011, zijnde zes dagen na de eerste openingszitting.

9.8. Gelet op al het voorgaande lijkt verwerende partij, in weerwil van de bepalingen van artikel 104, § 2, van het meer vermelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 en van artikel 104 van het bestek, de offerte van nv Ambaro ten onrechte te hebben aanvaard en lijkt met de bestreden gunningbeslissing de opdracht te zijn toegewezen aan een inschrijver met een onregelmatig ingediende en dus niet in aanmerking te nemen offerte. Zulks is in strijd met artikel 15 van de wet van 24 december 1993, op grond waarvan bij een openbare aanbesteding de opdracht dient te worden toegewezen aan de inschrijver met de laagste regelmatige offerte.

9.9. Het enig middel lijkt in de besproken mate ernstig. Het leidt tot de schorsing van de gunningbeslissing en van de impliciete weigering om de opdracht aan verzoekende partij toe te wijzen. In tegenstelling tot hetgeen verwerende partij betoogt hoeft verzoekende partij niet te bewijzen dat zij het recht heeft om zich de opdracht in elk geval te zien toewijzen, om belang te hebben bij de schorsing van de tenuitvoerlegging van ook de impliciete weigering om haar de opdracht toe te wijzen. Het zal aan verwerende partij zijn om, indien zij niet op de uitspraak over de nietigverklaring wil wachten, de gevolgen te halen uit het ernstig bevinden van het middel, zulks in de context van een openbare aanbesteding waar bij onregelmatigheid van de gekozen inschrijver, verzoekende partij als de laagste regelmatige inschrijver moet worden aangemerkt.

BESLISSING

1. Het verzoek van nv Ambaro tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State beveelt de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:

a. het besluit van 14 juli 2011 van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Laakdal waarbij de opdracht “Herinrichting Langedijk – Oude Vorstseweg” wordt gegund aan nv Ambaro en van

b. de impliciete beslissing van 14 juli 2011 van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Laakdal de opdracht niet toe te kennen aan nv Hens.

3. De Raad van State verwerpt de vordering voor het overige.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van drieëntwintig augustus 2011, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	

Tiny Temmerman,	griffier.
-----------------	-----------

De griffier

De voorzitter

Tiny Temmerman

Dierk Verbiest