

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 217.565 van 26 januari 2012
in de zaak A. 193.163/XII-5873**

In zake: de NV EUROBURO
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Cies Gysen
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 18
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het OCMW VAN LEUVEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Dany Socquet
kantoor houdend te 3080 Tervuren
Merenstraat 28
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV ARCHITEKTENBUREAU DE GREGORIO &
PARTNERS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Kristof Uytterhoeven
kantoor houdend te 2600 Berchem
Potvlietlaan 4
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 26 juni 2009, strekt tot de nietigverklaring van “de impliciete beslissing [...] waarbij de offerte van [de nv Euroburo] in het kader van de openbare aanbesteding betreffende de uitvoering [van] de opdracht [...] ‘Rustoord Wilesele: fase 2 – Leuven – Bijzonder bestek 370 – Vast meubilair’ niet wordt weerhouden” en “de gunningsbeslissing

dd. 09.04.2009 [...] waarbij voorliggende overheidsopdracht wordt toegewezen aan de nv Convents Products”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij tussenarrest nr. 214.348 van 30 juni 2011 zijn de debatten heropend.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een aanvullend verslag opgesteld.

De verzoekende partij, de verwerende partij en de tussenkomende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 8 november 2011.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Bert Kelchtermans, die loco advocaat Cies Gysen verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Dany Socquet, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Fammeke Horions, die verschijnt voor de tussenkomende 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. Verwerende partij schrijft een openbare aanbesteding uit voor werken “Bouw van een Woon- & zorgcentrum ‘Ter Putkapelle’”, perceel 7: vast meubilair.

Het “Bijzonder bestek nr. 370 Vast Meubilair” is van toepassing.

3.2. Op 3 maart 2009 worden de offertes geopend; negen offertes werden ingediend met de offerte van verzoekende partij ten bedrage van 522.869,71 euro, btw niet inbegrepen, als laagste.

3.3. Er wordt een aanbestedingsverslag op 9 maart 2009 opgemaakt door tussenkomende partij als raadgevend architectenbureau; het wordt met een e-mailbericht van 16 maart 2009 aan verwerende partij overgemaakt.

Met een e-mailbericht van 18 maart 2009 aan verwerende partij meldt tussenkomende partij dat zij het verslag intrekt in afwachting van een aangepaste versie.

3.4. Op 31 maart 2009 stelt tussenkomende partij een nieuw aanbestedingsverslag op dat zij op 1 april 2009 bezorgt aan verwerende partij.

Wat het technisch nazicht betreft, wordt ten aanzien van de offerte van verzoekende partij het volgende opgemerkt:

“7.2.9 Euroburo nv:

Deze inschrijver heeft een uitgebreide opsomming van de constructiewijze van een deel van het vast meubilair bij zijn offerte gevoegd.

Hierin werd vastgesteld dat de volgende elementen niet in overeenstemming met het bestek zijn:

- corpussen met PVC-afboording 2 mm is niet gewenst

- art. 57.61 ‘gordijnkasten’: niet expliciet vermeld dat schilderwerk, zoals bepaald in het bestek, inbegrepen is

- art. 57. 71b ‘wandkast ontvangstbalie’: alle langs buiten zichtbare delen en opliggende deuren uit MDF is NIET in overeenstemming met het bestek.

De overige inschrijvers maken hierover geen opmerking; bovendien weerspiegelt dit zich nadrukkelijk in de prijsvorming, doordat de bie[di]ng van deze kandidaat-inschrijver merkelijk lager ligt dan [bij] de overige inschrijvers.

[...]

We durven derhalve stellen dat dit onderdeel aanleiding geeft tot bijkomende conclusies; met name dat de inschrijving niet regelmatig is (door de afwijking van bepaalde onderdelen van het bestek) en dat deze kandidaat-inschrijver derhalve geweerd dient te worden”.

Wat het onderzoek naar abnormale prijzen betreft wordt ten aanzien van de offerte van verzoekende partij het volgende opgemerkt:

“Bij een aantal inschrijvers is de afwijking [van de totaalprijzen] ten opzichte van de raming en van het gemiddelde echter wel opmerk[elijk].

[...]

Hetzelfde geldt voor kandidaat-inschrijver Euroburo nv, wiens bieding resulteert in een uitzonderlijk lage totaalprijs ten opzichte van het gemiddelde en ten opzichte van de raming; respectie[ve]lijk met -13,08% en -12,03%. We zouden dit zelfs uitzonderlijk en abnormaal laag durven noemen; de opmerkingen onder punt 7.2 van het technisch nazicht hierboven, zouden hiervoor een verklaring kunnen zijn”.

en

“Voor de eenheidsprijzen van kandidaat-inschrijver Euroburo nv is het echter opmerk[elijk] dat hij voor nagenoeg alle beschouwde posten onder het gemiddelde ligt en voor zelfs vijf van de acht lagere percentages, afwijkt ten opzichte van het gemiddelde met méér dan -15% en zelfs tot -32%; en dit voor één kwart (voor een totaal 135.717,34 €) van zijn totale bieding”.

Als conclusie wordt gegeven:

“Naar aanleiding van het rekenkundig nazicht, stellen we vast dat volgens de vergelijkende tabellen, de firma Euroburo nv, de laagste bidder is.

Tengevolge van het technisch nazicht, evenals het nazicht van de totaal- en eenheidsprijzen technisch nazicht, moeten we echter concluderen dat zijn bieding enerzijds niet in overeenstemming is met de bepalingen van het bestek en dat de totaalprijs (-12,03% onder de verbeterde raming en -13,08% onder het gemiddelde van alle inschrijvers) en eenheidsprijzen opmerkelijk laag zijn. Bovendien heeft de kandidaat-inschrijver geen enkele motivering opgegeven om zijn offerte op dit vlak als regelmatig te

verklaren. Ons inziens dienen zijn totaalprijs en eenheidsprijzen dan ook abnormaal en onregelmatig genoemd te worden.

De verbeterde tweede laagste inschrijving (firma Convents Products nv) met een totaalbedrag van 554.105,92 € (excl. btw) ligt respectie[ve]lijk -6,77 % onder de verbeterde raming en -7,89 % onder het gemiddelde van alle inschrijvers. Zijn totaal- en eenheidsprijzen kunnen ook als normaal en regelmatig beschouwd worden.

Het technisch nazicht van zijn bieding geeft daarenboven geen aanleiding tot opmerkingen.

Gelet op het bovenstaande adviseren we om de opdracht niet toe te wijzen [aan] de laagste offerte van de firma Euroburo nv (omwille van onregelmatigheid en abnormale prijzen), doch wel aan de tweede laagste EN regelmatige offerte, zijnde de firma Convents Products nv voor het uitvoeringsbedrag van 554.105,92 € (excl. btw).”

3.5. Op 9 april 2009 beslist verwerende partij om de opdracht toe te wijzen aan de nv Convents Products.

Hierbij wordt onder meer als volgt overwogen:

“De biedingen werden voor onderzoek en voorstel overgemaakt aan het architectenbureau De Gregorio.

Na analyse van de offertes kwam het architectenbureau tot volgend voorstel van toewijzing (zie verslag architectenbureau De Gregorio in dossier):

‘Gelet op het bovenstaande adviseren we om de opdracht toe te wijzen aan de laagste, regelmatige offerte, zijnde de firma Convents Products nv voor een uitvoeringsbedrag van € 554.105,92 (excl. btw) of € 620.598,63 (incl. 12% btw)’”.

3.6. Met een brief van 22 april 2009 brengt verwerende partij verzoekende partij in kennis van het feit dat de opdracht werd toegewezen aan de nv Convents Products. Met een e-mailbericht van 24 april 2009 vraagt verzoekende partij aan verwerende partij de gemotiveerde beslissing “voor bovenvermelde niet-toewijzing”. Met een brief van 11 mei 2009 herinnert verzoekende partij verwerende partij aan deze e-mail. Met een brief van 12 mei 2009 stuurt verwerende partij aan verzoekende partij de gunningsbeslissing met het ingetrokken aanbestedingsverslag van 9 maart 2009. Met een brief van 24 juni 2009 stuurt verwerende partij aan verzoekende partij het “definitief” aanbestedingsverslag van 31 maart 2009 en bestempelt zij het aanbestedingsverslag van 9 maart 2009 als een voorlopig verslag.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4. Verwerende partij en tussenkomende partij werpen een exceptie van niet-tijdigheid van het beroep op. De beroepstermijn zou moeten worden gerekend vanaf 23 april 2009, dit is de dag volgend op de brief van verwerende partij die verzoekende partij inlichtte omtrent het feit dat de opdracht toegewezen was aan de nv Convents Products.

Voorts stelt verwerende partij dat verzoekende partij geen belang heeft bij het beroep tegen de impliciete weigeringsbeslissing omdat zij nagelaten heeft een rechtshandeling te stellen om de effectieve toewijzing van de opdracht te voorkomen.

Tussenkomende partij merkt ook nog op dat verzoekende partij geen belang heeft omdat haar offerte onregelmatig is en zij dus nooit de opdracht kan verkrijgen en omdat zij geen herstel in natura meer kan krijgen.

Beoordeling

5.1. Verwerende partij gaf met een brief van 22 april 2009 verzoekende partij kennis van het feit dat de opdracht toegewezen werd aan de nv Convents Products. Verzoekende partij heeft met e-mailberichten van 24 april 2009 en 30 april 2009 en met een brief van 11 mei 2009, aangetekend verstuurd op 12 mei 2009, aan de verwerende partij de gemotiveerde beslissing gevraagd. Verwerende partij heeft deze beslissing aan verzoekende partij bezorgd met een brief van 12 mei 2009 vergezeld van het verslag van 9 maart 2009. Pas met een brief van 24 juni 2009 bezorgt verwerende partij verzoekende partij het verslag van 31 maart 2009 waarop de gunningsbeslissing steunt.

In die omstandigheden is het beroep ingesteld op 26 juni 2009 tijdig want pas met de brief van 24 juni 2009 heeft verzoekende partij voor het eerst kennis kunnen nemen van de motieven van de bestreden beslissing.

5.2. Het feit dat de opdracht intussen is uitgevoerd en verzoekende partij niet meer de kans kan krijgen om deze in natura uit te voeren, en dat zij

geen beroep gedaan heeft op de mogelijkheid een vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging in te dienen tegen de toewijzingsbeslissing, ontnemt verzoekende partij niet haar gekwalificeerd moreel belang bij haar annulatieberoep, ook niet wat de impliciete weigeringsbeslissing betreft.

5.3. In zoverre tussenkomende partij aanvoert dat verzoekende partij wegens onregelmatigheid van de offerte nooit de opdracht toegewezen kan krijgen, valt de beoordeling van deze exceptie samen met die van de middelen.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6.1. Verzoekende partij voert de schending aan van artikel 15 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten (hierna: de wet van 24 december 1993), van artikel 110, §§ 2, 3 en 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen (hierna: de wet van 29 juli 1991) en van de beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel, de materiële-motiveringsplicht en het redelijkheidsbeginsel en machtsoverschrijding.

In de eerste plaats merkt zij op dat haar offerte onregelmatig is verklaard omdat uit technisch nazicht blijkt dat deze niet in overeenstemming is met het bestek en om reden van abnormale prijzen; dit blijkt uit het “definitief” aanbestedingsverslag van 31 maart 2009. Daartegenover staat het “voorlopig” aanbestedingsverslag van 9 maart 2009 dat deze bevindingen niet vermeldde of minstens niet als substantiële onregelmatigheden aanzag; dit verslag stelde voor de offerte van verzoekende partij als laagste regelmatige offerte te beschouwen. De gunningsbeslissing zelf luidt ook “weer helemaal anders” dan het

“definitieve” verslag en de motieven van de wering van de offerte van verzoekende partij zijn er niet in opgenomen.

6.2. Verzoekende partij ontwikkelt vervolgens twee onderdelen.

6.2.1. In een eerste onderdeel richt zij haar pijlen op de onregelmatigverklaring van haar offerte wegens niet overeenstemming op drie punten met het bestek. Zij merkt op dat deze drie technische onregelmatigheden onbestaande zijn.

De eerste afwijking van het bestek betreft: “corpussen met PVC afboording is niet gewenst”. Deze afboording staat niet gespecificeerd in het bestek zodat de 2 mm ABS boord inderdaad niet uitdrukkelijk werd gevraagd maar er ook geen afwijking van het bestek is. “Bovendien zal elke zorgvuldige architect wel weten dat de door verzoekster voorgestelde uitvoering van een betere kwaliteit is dan een 1 mm ABS of laminaatband of melamineband – deze opmerking is dan ook onterecht”.

De tweede afwijking betreft de gordijnkasten namelijk artikel 57.61: “niet expliciet vermeld dat schilderwerken, zoals bepaald in het bestek, inbegrepen is”. De opmerking is volgens verzoekende partij volledig foutief; uit de offerte blijkt duidelijk dat er voor deze post staat: “Geschilderd conform uw algemene bepalingen”.

De derde afwijking betreft artikel 57.71b namelijk dat alle langs buiten zichtbare delen en opliggende deuren van de wandkast ontvangstbalie uit MDF zijn opgetrokken terwijl in het bestek staat dat de zichtdelen uit uitgegrijsde eiken gefineerde meubelplaat dienen te bestaan. De offerte is inderdaad strijdig met het bestek doch op de plannen bij het bestek staat vermeld dat de fronten uit te overschilderen MDF dienen te bestaan zodat de offerte overeenstemt met de plannen van het bestek.

Ten andere, zo vervolgt verzoekende partij, gaat het, zelfs mocht worden aangenomen dat er besteksafwijkingen zijn, niet om essentiële afwijkingen; het gaat niet om inbreuken op de gelijke behandeling van de

inschrijvers. Hoogstens gaat het om relatieve onregelmatigheden. De beoordelingsbevoegdheid van de aanbestedende overheid bij deze laatste mag niet blind gebruikt worden maar dient gemotiveerd, met zorgvuldigheid en in redelijkheid te worden uitgeoefend. Trouwens, de onregelmatigheden betreffen slechts een zeer beperkt percentage van het totaalbedrag.

Ten slotte merkt zij op dat de aanbestedende overheid verplicht is om een inschrijver te raadplegen en om bijkomende inlichtingen te vragen ingeval de offerte abnormaal lijkt op andere criteria dan het prijs criterium.

6.2.2. In een tweede onderdeel voert verzoekende partij aan dat verwerende partij de bijzondere procedure bij de controle van abnormale prijzen niet heeft nageleefd. Zo moet een aanbestedende overheid verplicht een verzoek tot rechtvaardiging vragen aan de betrokken inschrijver. Dit is te dezen niet gebeurd.

7. In antwoord op de memorie van antwoord en vooral op het verzoekschrift in tussenkomst waarin tussenkomende partij onder meer betoogt dat bij de eerste afwijking het bestek vermeldt dat de bekleding van de frontpanelen volgens het bestek dient te gebeuren door middel van hogedruk laminaatplaat met een dikte van 0,8 mm en dat dit uiteraard geldt zowel voor de zichtvlakken als voor de randen, terwijl verzoekende partij had aangeboden de afboording uit te voeren met 2 mm ABS-stootrand, en dat dit een algemene regel is voor elke post zodat het een zeer belangrijke afwijking is, beperkt verzoekende partij zich in haar memorie van wederantwoord tot de stelling dat het verweer van de tussenkomende partij niet terug te vinden is in de gunningsbeslissing noch in het aanbestedingsverslag “zodat *in casu* wederom de indruk bij verzoekster ontstaat dat de motivering *a posteriori* werd geschreven...”.

8. In haar laatste memorie benadrukt verzoekende partij wat de eerste afwijking betreft dat het bestek niets specificeert omtrent de afboording. Voorts is het zeker geen essentiële afwijking nu het niet voorgeschreven is in het bestek zelf.

Beoordeling

9. Voor zover verzoekende partij voorafgaand opmerkt dat er blijkbaar twee verschillende aanbestedingsverslagen zijn, blijkt dat het verslag van 9 maart 2009 uitdrukkelijk teruggenomen werd door tussenkomende partij. Verwerende partij heeft voorts bij haar besluitvorming op geen enkel ogenblik gesteund op dit verslag zodat van haar dan ook geen verantwoording moet worden verwacht betreffende de wijzigingen door tussenkomende partij.

Voor zover verzoekende partij aanvoert dat de gunningsbeslissing zelf “weer helemaal anders” luidt dan het “definitieve” verslag en dat de motieven van de wering van verzoekende partij er niet in zijn opgenomen, wordt vastgesteld dat het citaat in de gunningsbeslissing, namelijk “[g]elet op het bovenstaande adviseren we om de opdracht toe te wijzen aan de laagste, regelmatige offerte, zijnde de firma Convents Products nv voor een uitvoeringsbedrag van € 554.105,92 (excl. btw) of € 620.598,63 (incl. 12% btw)” weliswaar niet letterlijk te vinden is in het aanbestedingsverslag van 31 maart 2009, doch dat de strekking ervan een juiste weergave is van de eindconclusie van dit verslag. In deze beslissing wordt uitdrukkelijk verwezen naar het aanbestedingsverslag van 31 maart 2009 waarbij de nv Convents Products als laagste regelmatige offerte wordt aangewezen zodat de motieven van de wering van de offerte van verzoekende partij middels verwijzing zijn geëxpliciteerd.

Verzoekende partij had bij het indienen van haar verzoekschrift kennis van het definitief verslag van 31 maart 2009 zoals blijkt uit haar beide middelen.

10. In het eerste onderdeel bekritiseert verzoekende partij de drie besteksafwijkingen die de aanbestedende overheid als eerste reden voor de onregelmatigheid van de offerte van verzoekende partij aanmerkte.

De eerste afwijking betreft het feit dat verzoekende partij in haar offerte had voorgesteld de afboording van de corpussen uit te voeren met een PVC laag met een dikte van 2 mm daar waar het bestek, volgens

tussenkomende partij, een hogedruklaminaat met een dikte van 0,8 mm voorschrijft.

Verzoekende partij merkt op dat het bestek niet uitdrukkelijk voorschreef hoe de afboording diende te worden uitgevoerd terwijl tussenkomende partij opmerkt dat wat geldt voor de zichtvlakken uiteraard ook geldt voor de randen.

In het bestek wordt onder de rubriek technische bepalingen, algemeen bestek, artikel A.2, Houten Plaatmaterialen, subartikel “HPL-Platen” (decoratieve hoge druk laminaatplaten), bij de specificaties het volgende vermeld:

“Bekleding frontpanelen (i.g.v. houtspaanplaten): hogedruklaminaatplaat, klasse HPL-EN 438 VGP of P 222, dikte 0,8 mm.”

De stelling van tussenkomende partij dient te worden bijgevalen. Verzoekende partij toont niet aan dat er in het bestek een voorschrift is opgenomen die voor de afboording van de randen van de frontpanelen een andere uitvoeringswijze toelaat dan voor de zichtvlakken, laat staan dat op deze afboordingsranden een PVC laag met een dikte van 2 mm aangebracht mag worden. Er moet dan ook worden aangenomen dat in het bestek voorgeschreven is dat de afboording van de randen dient te worden uitgevoerd op dezelfde wijze als de zichtpanelen. Aldus staat vast dat de offerte van verzoekende partij op dit punt de technische voorschriften van het bestek geschonden heeft.

Tussenkomende partij stelt dat het een essentieel voorschrift is omdat het een afwerkingsgegeven is “dat elke post van de gehele offerte betreft”.

Verzoekende partij weerspreekt dit niet maar houdt op dit punt enkel voor dat het niet essentieel is omdat het niet in het bestek is opgenomen.

Deze stelling kan niet worden aanvaard. Zoals hiervoor aangenomen, is de uitvoeringswijze van de afboording van de randen wel degelijk opgenomen in het bestek.

Hieruit vloeit voort dat, aangezien de onregelmatigheid in de offerte van verzoekende partij elke post raakt, ze dient te worden geacht van substantiële aard te zijn en de vergelijkbaarheid van de offertes van de inschrijvers in het gedrang te brengen zodat vaststaat dat haar offerte terecht door verwerende partij als onregelmatig wordt aanzien.

Verzoekende partij geeft ten slotte geen wettelijke of reglementaire bepalingen op waaruit zou blijken dat een aanbestedende overheid een inschrijver wiens offerte substantieel onregelmatig is bevonden, daaromtrent moet raadplegen.

11. Uit het voormelde blijkt dat verzoekende partij geen belang meer heeft bij de overige grieven van het eerste onderdeel en het tweede onderdeel van haar eerste middel daar deze kritiek betreffen op overtollige motieven.

12. Het eerste middel wordt verworpen.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

13. Verzoekende partij voert de schending aan van artikel 15 van de wet van 24 december 1993, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 en van de beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële-motiveringsplicht en machts-overschrijding.

Te dezen moet, aldus verzoekende partij, worden vastgesteld dat in de gunningsbeslissing zagezegd wordt geciteerd uit het definitief verslag maar dat dit citaat “helemaal anders [luidt] dan hetgeen in het definitief verslag wordt gestipuleerd”.

De conclusie uit het voorlopig verslag is, zo vervolgt verzoekende partij, ook helemaal tegenstrijdig met deze van het definitief verslag

en met de bestreden beslissingen. Het is geenszins duidelijk op basis van welke motieven in het definitief verslag tot een andere conclusie wordt gekomen dan initieel aangenomen in het voorlopig verslag.

Beoordeling

14. Het tweede middel is een herhaling van een gedeelte van het eerste middel. Uit de bespreking onder randnummer 9 valt af te leiden dat er geen schending is van de formele- en materiële-motiveringsplicht.

Het tweede middel wordt verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verworpt het beroep.

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

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 26 januari 2012, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Lust,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Dierk Verbiest