

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 217.989 van 15 februari 2012
in de zaak A. 194.230/XII-6400**

In zake: de NV SOGIAF
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Christophe Lenders
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 27
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE ZAVENTEM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Philip Peerens
kantoor houdend te 1200 Sint-Lambrechts-Woluwe
Kerselarenlaan 118
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 9 oktober 2009, strekt tot de
nietigverklaring van:

“- de beslissing van het College van Burgemeester en Schepenen van de gemeente Zaventem dd. 3 augustus 2009 [...] waarbij wordt beslist de offerte van de BVBA IN RE BO [...] tot uitvoering van de opdracht ‘verbouwen van de bibliotheek te Sint-Stevens-Woluwe tot administratieve ruimte/klaslokalen’, te weerhouden als laagst regelmatige offerte en haar de opdracht te gunnen.

- de daaruit volgende impliciete beslissing van het College van Burgemeester en Schepenen van de Gemeente Zaventem dd. 3 augustus 2009, waarbij wordt beslist om de offerte ingediend door de NV SOGIAF [...], niet te weerhouden als laagst regelmatige offerte en haar de opdracht niet te gunnen.”.

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 Jos Stevens heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 4 oktober 2011.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Christophe Lenders en Joris Wouters, die verschijnen voor de verzoekende partij, en advocaat Philip Peerens, die 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. Verwerende partij schrijft een openbare aanbesteding uit voor een opdracht voor het verbouwen van de bibliotheek te Sint-Stevens-Woluwe tot administratieve ruimte/klaslokalen.

3.2. De opening van de offertes is bepaald op 30 juni 2009 om 9.30 uur.

3.3. Op het proces-verbaal van opening van de offertes wordt vermeld: “De offertes ten getale van 4, zijn bevonden de offertes te behelzen, in hierna volgende tabel vermeld.”.

Volgende inschrijvers zijn in de tabel opgenomen:

1. nv DSV	601.543,79 €
2. nv Sogiaf	500.000,00 €
3. nv Postelmans	521.667,97 €
4. bvba Inrebo	490.021,94 €

Voorts wordt het volgende vermeld:

“Opmerking:

Mevr. De Weerdt Maria van de firma Inrebo was bij de opening van de inschrijvingen geldig aanwezig in de kantoren van de dienst Openbare Werken, maar werd door een bediende van de gemeente niet doorverwezen naar de vergaderzaal / plaats van opening. Mevrouw De Weerdt betwist ook de juistheid van de klok in de vergaderzaal (loopt 2 minuten voor op de sprekende klok).

De heer Luc Reyntiers van de firma Sogiaf verzet zich tegen de geldigheid van de inschrijving van de firma Inrebo waarvan akte in dit PV van opening. De 4de inschrijving (van de firma Inrebo) werd pas aangeboden nadat de zitting geopend was en de 3 overige inschrijvingen reeds geopend waren.”.

Volgen dan de volgende handgeschreven en ondertekende verklaringen:

“Ik ondergetekende, De Weerdt Maria heb mij aangeboden aan het loket om 9.20u met de melding dat ik een inschrijving kwam afge[...]ven voor de openbare aanbesteding om 9.30u. Mevr. Marie Rose Jansimono bediende van de gemeente heeft mij verzocht om plaats te nemen omdat het nog 10 minuten te vroeg was. Om 9.29u heeft zij mij verzocht haar te volgen naar de vergaderzaal, alwaar ik vaststelde dat er reeds 3 offertes geopend waren. De klok in het vergaderlokaal stond 1.40 minuten vóór dit heb ik onmiddellijk gecontroleerd via de sprekende klok en ter plaatse medegedeeld.”

“Ik ondergetekende, Reyntiens Luc verklaar dat bij de opening van de zitting om 9u30 drie inschrijvingen geldig zijn aangeboden.

De inschrijving van Inrebo is om 9u34 aangeboden nadat alle geldig aangeboden inschrijving[en] waren geopend en afgeroepen.”

“Ik ondergetekende, Marie-Rose Ciacimino, verklaar hierbij dat mevr. Maria De Weerdt, van de firma Inrebo, aanwezig was bij mij op het onthaal om 9u10. Zij had zich aangeboden voor de openbare aanbesteding voor de dienst Openbare Werken om 9u30. Om 9u29 heb ik mevr. De Weerdt doorverwezen naar de vergaderzaal.”.

De zitting wordt gesloten om 10.37 uur.

3.4. Het college van burgemeester en schepenen beslist op 3 augustus 2009 de opdracht te gunnen aan de bvba Inrebo, onder de volgende overwegingen:

“Gelet op het proces-verbaal van opening van de inschrijvingen d.d. 30 juni 2009;

Gelet op de vier (4) ingediende inschrijvingen, met name:

* NV DSV

* NV SOGIAF

* NV Postelmans

* BVBA INREBO

Gelet op het aanbestedingsverslag d.d. 10 juli 2009, opgemaakt door arch. T. Caluwaerts;

Overwegende dat er zich tijdens de openingszitting een incident heeft voorgedaan, waarvan het relaas van de partijen omstandig is weergegeven in de verklaringen, opgenomen in het proces-verbaal van opening der inschrijvingen;

Overwegende dat arch. T. Caluwaerts i.v.m. dit incident in zijn aanbestedingsverslag geen standpunt inneemt en het aan de appreciatie van het Bestuur overlaat om de inschrijving van de BVBA INREBO te aanvaarden of te weren;

Overwegende dat, inzake het al dan niet aanvaarden van de inschrijving van de BVBA INREBO, de basisregel van een strikte interpretatie van het principe blijft dat iedere inschrijving bij de voorzitter van de openingszitting moet toekomen vooraleer hij de zitting opent en dat een offerte die te laat toekomt niet in aanmerking mag genomen worden;

Gelet evenwel op de belangrijke nuance dat, indien door omstandigheden een offerte te laat aan de voorzitter wordt overhandigd, dit niet noodzakelijk tot de onregelmatigheid van deze offerte moet leiden, aangezien:

* aangetoond is dat de gelijkheid van de inschrijvers niet in het gedrag gekomen is.

* er op geen enkel ogenblik een mogelijkheid tot manipulatie (fraude) van de betrokken offerte (BVBA INREBO) is geweest, zodat evenmin van enige ongelijke behandeling van inschrijvers sprake is geweest
Gelet op de Rechtspraak terzake, te vinden in het Cassatiearrest van 30 april 1999 en in Arresten van de Raad van State van 23 maart 1998 en van 28 december 2007;
Overwegende dat het bestuur, gelet op bovenstaande beschouwingen:
* gelijkheid van inschrijvingen is niet geschaad;
* geen mogelijkheid tot manipulatie (fraude) van offerte BVBA INREBO
* geen ongelijke behandeling van de inschrijvers
van oordeel is dat de inschrijving van de BVBA INREBO als geldig dient beschouwd en aanvaard dient te worden”.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4. Verwerende partij voert een exceptie van gebrek aan belang in hoofde van verzoekende partij aan. Zij wijst erop dat verzoekende partij nagelaten heeft de beslissingen van de voorzitter om de offerte van de bvba Inrebo te aanvaarden, te openen en in te schrijven in het proces-verbaal van opening der offertes en om de offerte van de bvba Inrebo te rangschikken als meest gunstige offerte, te bestrijden. Deze beslissingen hebben eigen rechtsgevolgen. Verwerende partij kon de offerte van de bvba Inrebo niet meer buiten beschouwing laten vanaf het ogenblik dat de voorzitter de offerte had aangenomen, geopend en gerangschikt.

5. Het proces-verbaal bevat de vaststelling van een aantal feiten zoals de aanwezigheid van bepaalde personen, de indiening en de opening van de offertes, het aflezen van de prijzen, de opmerkingen van de aanwezigen en het tijdstip van een en ander. Het bevat geen beslissing van de voorzitter waarbij hij een offerte ontvankelijk bevindt of niet. Het komt de aanbestedende overheid toe om over de regelmatigheid van de openingsprocedure te oordelen, hetgeen zij ook deed; het afroepen van de prijzen houdt geen afdwingbare rangschikking in. De aanvechtbare beslissingen die verwerende partij ontwaart, zijn onbestaande.

De exceptie wordt verworpen.

V. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

6.1. In een enig middel voert verzoekende partij 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, van artikel 104, § 2, en artikel 106, tweede lid, 3°, 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 het gelijkheidsbeginsel, van de materiële motiveringsverplichting, van het zorgvuldigheidsbeginsel en van het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*.

Verwerende partij heeft toegelaten dat de offerte van de bvba Inrebo laattijdig werd ingediend, namelijk na opening van de vergadering en nadat alle overige drie aanwezige offertes reeds waren geopend en afgeroepen.

Verzoekende partij meent uit de rechtspraak van het Hof van Cassatie en van de Raad van State te kunnen afleiden dat een laattijdige overhandiging slechts mogelijk is als aan twee voorwaarden is voldaan. In de eerste plaats mag de laattijdigheid niet te verwijten zijn aan de inschrijver. Vervolgens moet het vaststaan dat er geen manipulatie van de offerte mogelijk was en dat aldus geen inschrijver benadeeld is geworden.

Te dezen meent verzoekende partij dat geen van die beide voorwaarden vervuld is. De aangestelde van de bvba Inrebo was niet in de zaal daar waar de vertegenwoordigers van de andere inschrijvers er wel waren; zij heeft er voor geopteerd niet onmiddellijk naar die zaal te komen maar aan de receptie te wachten tot zij een toelating kreeg. De aangestelde van de bvba Inrebo diende pas haar offerte in nadat de andere drie offertes waren geopend en de prijzen afgeroepen; er is dus wel degelijk een mogelijkheid tot manipulatie geweest en dit in tegenstelling tot wat de bestreden beslissing vooropstelt.

6.2. In haar laatste memorie beklemtoont verzoekende partij dat de regel is dat iedere offerte vóór de opening van de offertes moet zijn toegekomen bij de voorzitter; uitzonderingen hierop moeten strikt worden geïnterpreteerd.

Zij wijst er voorts op dat de vertegenwoordigster van de bvba Inrebo verschillende offertes bij zich kan hebben gehad en naargelang de prijzen die zij hoorde, een bepaalde offerte zou hebben ingediend; manipulatie was dus mogelijk.

Ten slotte merkt zij op dat er geen plausibele verklaring is voor het feit dat de vertegenwoordigster van de bvba Inrebo blijkbaar 5 minuten nodig had om zich van het onthaal naar de vergaderruimte te begeven.

Beoordeling

7. Luidens artikel 104, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 dient een offerte bij de voorzitter van de zitting voor de opening van de offertes toe te komen alvorens hij de zitting opent; een offerte die te laat toekomt kan toch in aanmerking worden genomen voor zover de aanbestedende overheid aan de aannemer nog geen kennis heeft gegeven van haar beslissing 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 dit koninklijk besluit bepaalt dat de voorzitter de zitting opent en dat vanaf dat ogenblik er geen enkele offerte mag worden aanvaard.

8. De regel van voornoemd artikel 104 dient een normdoel, namelijk manipulatie door een laattijdig toegekomen offerte verhinderen en de gelijkheid der inschrijvers vrijwaren. Ook moet de oorzaak voor de laattijdigheid worden beoordeeld waarbij de houding van de laattijdige inschrijver en van de aanbestedende overheid worden betrokken.

9. Zoals uit het feitenrelaas met de afgegeven verklaringen blijkt, moet worden aangenomen dat de vertegenwoordigster van de bvba Inrebo ruim

vóór het openingsuur van de zitting aanwezig was, zich aangemeld heeft aan de receptie van het gemeentelijk kantoor waar de zitting zou doorgaan, hierbij het doel van haar aanwezigheid heeft kenbaar gemaakt en volgens de verklaring van een gemeentelijke bediende pas om 9.29 uur, dit is één minuut voor de opening, doorverwezen werd naar het kantoor waar de zitting zou plaatsgrijpen.

Uit het feitenrelaas, het tijdsverloop en de verklaringen dient voorts te worden afgeleid dat de vertegenwoordigster van de bvba Inrebo haar offerte inderdaad pas heeft afgegeven aan de voorzitter nadat de drie overige offertes reeds waren geopend doch wel onmiddellijk daarna. Uit niets echter blijkt dat deze vertegenwoordigster in staat is geweest haar offerte aan te passen aan eventuele kennis van de prijzen van de andere drie inschrijvers.

De in de laatste memorie opgeworpen hypothese dat de vertegenwoordigster van de bvba Inrebo verschillende offertes bij zich zou kunnen hebben gehad en aldus in staat zou zijn geweest, na kennisname van de prijzen, de voor haar meest gunstige offerte in te dienen, is niet aanneembaar. Het feitelijk tijdsverloop, de verklaringen en het gebrek aan opmerkingen die naar dergelijke handelwijze verwijzen, laten toe aan te nemen dat dergelijk scenario niet heeft plaatsgegrepen.

Ten slotte moet worden aangenomen dat de vertegenwoordigster van de bvba Inrebo geen schuld treft aan de laattijdigheid.

Het middel is ongegrond.

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 15 februari 2012, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Geert Van Haegendoren,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Bram Van Thillo,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Bram Van Thillo

Dierk Verbiest