

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 219.058 van 26 april 2012
in de zaak A. 196.745/XII-6225**

In zake: ALPINE-ENERGIE DEUTSCHLAND GmbH,
vennootschap naar Duits recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bart Bronders
kantoor houdend te 8400 Oostende
Archimedesstraat 7
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de VLAAMSE VERVOERSMAATSCHAPPIJ – DE LIJN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Dirk Lindemans en Jochen Honnay
kantoor houdend te 1000 Brussel
Keizerslaan 3
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 10 juni 2010, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing van 18 november 2009, genomen door de Raad van Bestuur van de Vlaamse Vervoer[s]maatschappij - De Lijn [...] waarbij werd beslist de opdracht voor de openbare aanbesteding met betrekking tot het vernieuwen van de bovenleiding van de kusttram, fase 8, met nummer 90251, toe te wijzen aan SPL Powerlines Germany GmbH & Co. KG [...] voor een bedrag van 1.484.760,20 euro (excl. BTW), onder de opschortende voorwaarde dat deze werken worden gesubsidieerd door het Vlaams[e] Gewest, en waarbij bijgevolg impliciet werd geweigerd de opdracht te gunnen aan [Alpine-Energie Deutschland GmbH]”.

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 heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 28 februari 2012.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Clive Rommelaere, die loco advocaat Bart Bronders verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Jochen Honnay, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een met dit arrest andersluidend 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 Vlaamse Vervoersmaatschappij - De Lijn schrijft als aanbestedende overheid bij wijze van openbare aanbesteding een opdracht werken uit met als voorwerp het vernieuwen van de bovenleiding van de kusttramlijn fase 8.

In het bestek wordt de opdracht als volgt omschreven:

“Het vernieuwen van de uitleggerpakketten en de aanpassingen om deze op een vaste hoogte te plaatsen. Vervangen van gewichtsafspanningen door compacte afspanningen. Vervangen van schakelaars met inbegrip van de bedieningsstangen. Vervangen van bliksemafleiders. Vervangen van isolatoren. Bouwen van 1 neutrale zone ter vervanging van vaste sectie isolatoren. De werken worden uitgevoerd tussen Adinkerke en Oostende.”

De geraamde kostprijs is 2.084.980,00 euro, btw niet inbegrepen.

3.2. De opening der offertes vindt plaats op 23 oktober 2009. Er zijn vijf inschrijvingen waaronder verzoekende partij en SPL Powerlines Germany GmbH & Co. KG.

3.3. Op 29 oktober 2009 wordt een gunningsverslag opgesteld.

Wat het administratief nazicht van de offerte van SPL Powerlines Germany GmbH & Co. KG betreft wordt in dit verslag opgemerkt dat onder meer de in het bestek gevraagde “gedetailleerde prijsberekening van de preventiemaatregelen en -middelen bijkomend op de geldende regelgeving geëist door het veiligheids- en gezondheidsplan” niet bij deze offerte is gevoegd.

Uit de rangschikking na rekenkundig nazicht blijkt dat SPL Powerlines Germany GmbH & Co. KG het laagste bod *ad* 1.484.760,20 euro en verzoekende partij het tweede laagste bod *ad* 1.658.621,99 euro hebben ingediend.

In het verslag wordt geconcludeerd de opdracht toe te vertrouwen aan SPL Powerlines Germany GmbH & Co. KG.

3.4. Op 18 november 2009 beslist de raad van bestuur van verwerende partij de opdracht toe te wijzen aan SPL Powerlines Germany GmbH & Co. KG.

3.5. Met brief van 21 mei 2010 wordt verzoekende partij ervan in kennis gesteld dat haar offerte niet als de “meest gunstige” wordt aanzien.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4.1. Verwerende partij voert een exceptie van onontvankelijkheid aan voor zover het beroep de impliciete weigeringsbeslissing betreft de opdracht aan verzoekende partij toe te wijzen. Bij een gebeurlijke annulatie van de gunningsbeslissing behoudt zij haar beleidsbevoegdheid om hetzij de opdracht niet te gunnen, hetzij een nieuwe gunningsbeslissing te nemen na nieuw onderzoek van de regelmatigheid van alle offertes, rekening houdend met het arrest van de Raad van State.

4.2. In beginsel staat het impliciete karakter van de beslissing om de opdracht niet aan verzoekende partij toe te wijzen, de aanvechtbaarheid van die beslissing niet in de weg. De exceptie wordt dienvolgens niet aanvaard. In zoverre echter verzoekende partij zou menen dat bij een eventuele nietigverklaring van de impliciete weigering dan van de weeromstuit voor het bestuur de rechtsplicht zou volgen om het geweigerde alsnog te geven -te dezen de gunning- wordt die opvatting niet bijgevalen. Wat de overheid van de nietigverklaring van de weigeringsbeslissing -weze ze impliciet of expliciet- op grond van het arrest inhoudelijk al dan niet moet doen, of niet meer mag doen, hangt af van het vernietigingsmotief, met andere woorden van het eventueel gegrond bevonden middel.

V. Onderzoek van het eerste middel

Uiteenzetting van het middel

5.1. 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, van de artikelen 16 en 78 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 postdiensten, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurs-handelingen en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur waaronder het motiveringsbeginsel, de materiële en de formele zorgvuldigheidsnorm, de rechtens vereiste feitelijke grondslag, het rechtszekerheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel, het redelijkheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel.

Verzoekende partij wijst erop dat uit het gunningsverslag en uit de bestreden beslissing blijkt dat bij de offerte van SPL Powerlines Germany GmbH & Co. KG een aantal stukken ontbraken, waaronder de gedetailleerde prijsberekening van de preventiemaatregelen en -middelen bijkomend op de geldende regelgeving geëist door het veiligheids- en gezondheidsplan.

Nochtans, zo vervolgt verzoekende partij, schrijft artikel 78, § 2, van voornoemd koninklijk besluit van 10 januari 1996 voor dat de bescheiden die door het bestek worden vereist, bij de offerte moeten worden gevoegd tenzij in het bestek anders is bepaald. Ook in het bestek wordt voorgeschreven dat deze stukken verplicht bij de offerte te voegen zijn. De offerte van SPL Powerlines Germany GmbH & Co. KG was dan ook niet regelmatig. Voorts wordt in de bestreden beslissing niet vermeld waarom ze toch regelmatig is en niet substantieel onregelmatig. Door zo te handelen heeft de aanbestedende overheid onzorgvuldig gehandeld. Door het bestek niet na te leven heeft de aanbestedende overheid ook het rechtszekerheids-, het vertrouwens-, het redelijkheids- en het gelijkheidsbeginsel geschonden.

5.2. Verwerende partij antwoordt wat het ontbreken van een gedetailleerde prijsberekening van de preventiemaatregelen en -middelen betreft dat het ontbreken van dit document geen substantiële onregelmatigheid is; in de eerste plaats omdat de kosten van deze maatregelen vervat dienen te zijn in de eenheidsprijzen en ze bijgevolg deel uitmaken van de aangeboden prijs; in de tweede plaats omdat deze bepaling een standaardclausule is die in nagenoeg alle bestekken van verwerende partij is opgenomen met toepassing van artikel 30 van

het koninklijk besluit van 25 januari 2001 betreffende de tijdelijke en mobiele bouwplaatsen terwijl dit koninklijk besluit hier niet van toepassing is. In die omstandigheden, zo concludeert verwerende partij, is zij haar discretionaire bevoegdheid niet te buiten gegaan door de afwezigheid van de prijsberekening niet te beschouwen als het miskennen van een essentiële besteksbeplating.

5.3. In haar memorie van wederantwoord repliceert verzoekende partij onder meer dat voornoemd koninklijk besluit wel van toepassing is daar het vernieuwen van een draagkabel een dragende structuur betreft wat valt binnen zijn toepassingsgebied. Bovendien vereist het bestek zelf dat de berekening werd voorgelegd samen met de inschrijving.

5.4. In haar laatste memorie betoogt verzoekende partij onder meer dat uit het bestek blijkt dat verwerende partij “het wel degelijk belangrijk heeft geacht om over een gedetailleerde prijsberekening te beschikken voor de preventiemaatregelen”. Voorts verwijst zij naar een arrest van de Raad van State, nr. 191.269 van 11 maart 2009 inzake Alpine-Energie Deutschland GmbH, waaruit zij afleidt dat een gedetailleerde prijsberekening van de preventiemaatregelen en -middelen rechtstreeks verband houdt met het nazicht op de elementen van de prijsbepaling wat de essentie van de opdracht aangaat en dus een substantiële aangelegenheid betreft.

Beoordeling

6.1. In het bijzonder bestek, eerste deel, hoofdstuk koninklijk besluit van 10 januari 1996, wordt vermeld:

“Artikel 78 - Verplicht bij te voegen documenten

Buiten de documenten voor de kwalitatieve selectie, die op basis van de voorgaande artikelen 16 tot 20 worden geëist, nl.:

- Attest van erkenning
- Attest van registratie
- Attest dat de inschrijver in orde is met de betaling van zijn belastingen
- R.S.Z.- attest
- Verklaring onder eed met de bevestiging zich niet te verkeren in de gevallen opgesomd in artikel 17 van het K.B. van 10.01.1996 die aanleiding zouden kunnen geven tot uitsluiting.

- Het attest van de verzekering ‘burgerlijke aansprakelijkheid’ voegt de inschrijver het volgende bij zijn offerte:
- zo nodig, een nota waarin de inschrijver verklaart dat hij bij het opstellen van zijn offerte rekening heeft gehouden met eventuele verbeterberichten met vermelding van nummers en omschrijvingen.
- Ingevuld en ondertekend inschrijvingsbiljet.
- Ingevulde en ondertekende formulier van de bijlage bij het veiligheids- en gezondheidsplan.
- De lijst van de onderaannemers en leveranciers.
- **Gedetailleerde prijsberekening** van de preventiemaatregelen en -middelen bijkomend op de geldende regelgeving geëist door het veiligheids- en gezondheidsplan.
- Ingevulde en ondertekende samenvattende opmetingsstaat”.

6.2. Bij de inschrijving van SPL Powerlines Germany GmbH & Co. KG is het document “Gedetailleerde prijsberekening van de preventiemaatregelen en -middelen bijkomend op de geldende regelgeving geëist door het veiligheids- en gezondheidsplan” niet gevoegd.

7.1. Verzoekende partij verwijt de aanbestedende overheid onder meer dat de bestreden beslissing de zorgvuldigheidsplicht en de formele- en materiële-motiveringsplicht schendt doordat niet blijkt waarom de offerte van SPL Powerlines Germany GmbH & Co. KG toch regelmatig is en waarom niet substantieel onregelmatig, niettegenstaande het manco.

7.2. Het bestek schrijft als verplicht bij de offerte te voegen document voor: “gedetailleerde prijsberekening”. Deze vereiste werd door verwerende partij zelfs nadrukkelijk in vette tekst opgenomen.

Dergelijke prijsberekening dient onder meer om de ernst aan te tonen van de door de preventiemaatregelen en -middelen die de inschrijver zal nemen; het beïnvloedt dan ook de totale prijs. Dergelijk document speelt dan ook een rol bij de beoordeling van een offerte. Het ontbreken van dergelijk document, zelfs als het ontbreken ervan niet uitdrukkelijk in het bestek op straffe van nietigheid of substantiële onregelmatigheid is voorgeschreven, mag in de beschreven omstandigheden voor een aanbestedende overheid een reden zijn om een offerte onregelmatig te verklaren.

Hier wordt er noch in de bestreden beslissing zelf, noch in een ander stuk van het administratief dossier door verwerende partij enige aandacht aan het niet bijvoegen gewijd, tenzij de blote vaststelling dat deze prijsberekening niet bij de offerte is gevoegd.

In die omstandigheden neemt de Raad van State aan dat verwerende partij de grenzen van een zorgvuldige beoordeling te buiten is gegaan door zonder meer de offerte van SPL Powerlines Germany GmbH & Co. KG regelmatig te verklaren niettegenstaande het manco.

De vraag in hoeverre het koninklijk besluit van 25 januari 2001 betreffende de tijdelijke en mobiele bouwplaatsen van toepassing is, is irrelevant voor de beoordeling van het middel. Het bestek heeft de verplichting tot het bijvoegen van het document uitdrukkelijk voorgeschreven.

De omstandigheid dat het om een standaardclausule zou gaan die in nagenoeg alle bestekken van verwerende partij zou zijn opgenomen, leidt niet tot een andere conclusie.

Het middel is in de besproken mate gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van 18 november 2009 van de Vlaamse Vervoersmaatschappij - De Lijn waarbij de opdracht voor de openbare aanbesteding met betrekking tot het vernieuwen van de bovenleiding van de kusttram, fase 8, met nummer 90251, wordt toegewezen aan SPL Powerlines Germany GmbH & Co. KG en niet aan Alpine-Energie Deutschland GmbH.

2. De verwerende 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 26 april 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