

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 220.049 van 28 juni 2012
in de zaak A. 199.976/XII-6571**

In zake: de NV SOCIÉTÉ ANONYME TECHNIC ET
CONSTRUCTION (in 't kort: SATEC)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Michel van Dievoet
kantoor houdend te 1000 Brussel
Wolstraat 56
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE SCHAARBEEK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Karel Van Alsenoy
kantoor houdend te 1000 Brussel
Antoine Dansaertstraat 92
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 27 april 2011, strekt tot de nietigverklaring van “het besluit van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Schaarbeek van 26 juli 2010 waarbij de offerte van de [nv Satec] wordt geweerd en de nv Vermeyen wordt aangeduid als aannemer van de werken voor de vervanging van de opblaasbare hal en zijn toebehoren voor de Royal Tennis Club Lambermont”.

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 5 juni 2012.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Filip van Dievoet, die loco advocaat Michel van Dievoet verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Severine Vincke, die loco advocaat Karel Van Alsenoy 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. De gemeente Schaarbeek schrijft een openbare aanbesteding uit voor de vervanging van de opblaasbare hal en toebehoren voor de Royal Tennis Club Lambermont te Schaarbeek.

De raming bedraagt 420.000,00 euro btw inbegrepen.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 14 mei 2010.

3.2. De opening van de offertes heeft plaats op 17 juni 2010.

Er zijn drie offertes (bedragen btw inbegrepen):

- | | |
|-------------------|-----------------|
| - de nv Vermeyen | 369.187,70 euro |
| - de nv PPR-Vibed | 314.379,18 euro |
| - de nv Satec | 288.703,58 euro |

3.3. Er wordt een gunningsverslag opgesteld dat concludeert dat enkel de offerte van de nv Vermeyen regelmatig is.

De offertes van verzoekende partij en van de nv PPR-Vibed worden onregelmatig geacht.

Hierbij wordt overwogen wat de overeenstemming van de offertes met de technische bepalingen van het bestek TCR 3.08/115/FB/vb betreft dat deze beide inschrijvers een zelfde documentatie hebben bijgebracht. Bepaalde documentatiefiches stemmen absoluut niet overeen met hetgeen precies werd beschreven in het bestek. Het betreft de post “verwarming” die geen verwarmingssysteem door ventilatie van de koepel bevat maar een verwarmingssysteem door ventilatie op grondniveau (ter hoogte van het baksteenpoeder). Het betreft eveneens de post “verlichting” die niet de uniformiteitscoëfficiënt van gemiddelde verlichting behaalt, zoals geëist in het bestek, teneinde de organisatie van nationale tornooien toe te laten, maar een lager niveau van gemiddelde verlichting, namelijk 0,53 terwijl hoger of gelijk aan 0,7 door het bestek is opgelegd.

Het verslag concludeert dan ook ten aanzien van deze twee offertes dat ze moeten worden geweerd om deze twee redenen. Ze stemmen niet overeen met de precieze bepalingen van het bijzonder bestek.

Wat de offerte van de nv Vermeyen betreft wordt in het verslag vermeld dat de technische fiches de opblaasbare structuur beschrijven, evenals de nooduitgangen, de motoren voor het blaassysteem, de verwarming van het type air blow en de rechtstreekse verlichtingsapparaten met een verlichtingscoëfficiënt van gemiddeld 500 lux met een rechtstreekse verlichting zoals gevraagd in het

bestek. De technische fiches zijn in overeenstemming met hetgeen beschreven werd in het bestek. Hier concludeert het verslag dan ook dat deze offerte de enige regelmatige offerte is en dat de nv Vermeyen dan ook dient te worden aangewezen als de begunstigde van de opdracht.

3.4. Op 26 juli 2010 besluit het college van burgemeester en schepenen de offertes van verzoekende partij en van de nv PPR-Vibed te weren omdat de technische documentatie in tegenspraak is met de bepalingen van het bijzonder bestek in het bijzonder wat de afmetingen en het ventilatiesysteem betreft. De beide offertes zijn niet conform en dienen bijgevolg te worden geweerd. De technische documentatie van de nv Vermeyen is wel conform het bestek en de opdracht wordt haar gegund voor een bedrag van 369.187,70 euro btw inbegrepen.

3.5. Met een brief van 2 maart 2011 deelt verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat haar offerte wordt geweerd en dat de werken worden toevertrouwd aan de nv Vermeyen. Een kopie van de beslissing en het aanbestedingsverslag worden gevoegd.

IV. Onderzoek van het enig middel

Standpunt van de partijen

4.1. Verzoekende partij voert de schending aan van de artikelen 15 en 16 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, de artikelen 89, 110, § 2, en 111 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 en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het motiverings-, het rechtszekerheids- en het zorgvuldigheidsbeginsel.

Verzoekende partij vat haar middel als volgt samen: het bestreden besluit heeft de offerte van de verzoekende partij onterecht als onregelmatig geweerd aangezien de offerte niet afwijkt van essentiële gunningsvoorwaarden en in het licht van de concrete beschikbare gegevens evenmin relatieve onregelmatigheden bevat. Daarnaast heeft het bestreden besluit de offerte van de nv Vermeyen onterecht aanvaard als regelmatig.

4.2. Op de eerste plaats merkt verzoekende partij op dat de beslissing van het college het heeft over twee onregelmatigheden, namelijk inzake afmetingen en inzake ventilatie. Er is hierin geen sprake van de afwijking inzake verlichting waarover het verslag het wel heeft. Hieruit vloeit volgens verzoekende partij voort dat de afwijking inzake verlichting niet door verwerende partij in rekening werd gebracht. Wat de zogenaamde afwijking inzake afmetingen betreft is in de collegebeslissing niet uiteengezet waarover die gaat zodat ook dit element moet worden verworpen.

4.3. Verzoekende partij betoogt dat het door haar aangeboden ventilatiesysteem wel degelijk beantwoordt aan de besteksvereisten omdat het werkt met een ventilatie via de koepel zodat de collegebeslissing die stelt dat de offerte van verzoekende partij een ventilatiesysteem op vloerniveau voorstelt, onwettig, onzorgvuldig en onredelijk is.

4.4. Verder merkt verzoekende partij ondergeschikt op dat mocht de afwijking inzake verlichting toch de onregelmatigverklaring mede schragen, de besteksbeplanning die een uniformiteitscoëfficiënt van groter of gelijk aan 0,7 voorschrijft, geen essentiële voorwaarde uitmaakt omdat in het bestek uitdrukkelijk wordt vermeld dat de volledige installatie wordt aangepast tot de omschreven verlichtingscriteria worden verkregen.

Bovendien geeft verzoekende partij in haar offerte weliswaar een uniformiteitscoëfficiënt van 0,53 doch wordt er een tabel bijgevoegd waaruit blijkt dat hij 0,784 bedraagt wanneer deze coëfficiënt berekend wordt zoals in het bestek voorgeschreven, namelijk op basis van het rekenkundige gemiddelde van 13 maten die op elk van de terreinen moet worden gemeten (10 ter hoogte van de grond en 3 ter hoogte van het net, per terrein). De coëfficiënt van 0,53 is gemeten

over het gehele terrein op basis van 345 berekende maten. Ook om die reden is de collegebeslissing onwettig.

4.5. Wat de afwijking inzake de afmetingen betreft stelt verzoekende partij vast dat het geheel onduidelijk is wat hiermee wordt bedoeld; noch uit de collegebeslissing, noch uit het aanbestedingsverslag volgt dergelijke vaststelling. Dienvolgens is deze vaststelling onjuist, minstens onafdoende gemotiveerd.

4.6. Ten slotte maakt verzoekende partij een voorbehoud om in haar memorie van wederantwoord kritiek te formuleren op de offerte van de nv Vermeyen waarvan zij nog geen kennis kon nemen.

5.1. In haar memorie van antwoord merkt verwerende partij op dat de offerte van verzoekende partij werd geweerd om materiële onregelmatigheden ten aanzien van de besteksvoorschriften, namelijk een afwijking inzake de afmetingen, inzake het ventilatiesysteem en inzake de verlichting.

Zij benadrukt dat de collegebeslissing uitdrukkelijk vermeldt dat het aanbestedingsverslag integraal deel uitmaakt van de beslissing. Dienvolgens zijn de drie weigeringsgronden van toepassing. De drie afwijkingen betreffen alle essentiële besteksvoorschriften.

5.2. Wat de afmetingen betreft merkt verwerende partij op dat de motivering hierover afdoende is.

5.3. Wat het ventilatiesysteem betreft beperkt verwerende partij haar verweer tot de opmerking dat verzoekende partij een ventilatie op het niveau van de vloer heeft voorgesteld en haar offerte dus niet besteksconform was.

5.4. Wat de verlichting betreft merkt verwerende partij op dat het niet aan haar toekwam om tot een herberekening over te gaan en zo na te gaan of de offerte van verzoekende partij wel besteksconform was.

6. In haar memorie van wederantwoord betwist verzoekende partij de regelmatigheid van de offerte van de nv Vermeyen. Zij meent dit te kunnen aanvoeren zelfs mocht blijken dat zijzelf een onregelmatige offerte heeft ingediend; immers, aangezien de nv Vermeyen de enige inschrijver is die geacht wordt een regelmatige offerte te hebben ingediend, zal een onregelmatig bevinden van die offerte leiden tot de vaststelling dat er geen regelmatige offerte werd ingediend en de gunningsprocedure volledig moet worden hernomen.

Verzoekende partij stelt vast dat de offerte van de nv Vermeyen ook geen uniformiteitscoëfficiënt bevat wat nochtans een essentiële voorwaarde is volgens verwerende partij. Aldus heeft verwerende partij de besteksbepalingen niet met eenzelfde gestrengheid ten aanzien van de verschillende inschrijvers toegepast. De offerte van de nv Vermeyen diende evenzeer onregelmatig te worden verklaard.

7. In haar laatste memorie herhaalt verzoekende partij dat haar offerte regelmatig was. Ook merkt zij op dat in het bestek niet wordt vermeld waar precies de metingen dienen te gebeuren; hoe dan ook biedt verzoekende partij een gemiddelde uniformiteitscoëfficiënt van 0,784, wat besteksconform is.

8. Verwerende partij merkt in haar laatste memorie op dat de nv Vermeyen geen technische fiche heeft bijgebracht waaruit de gemiddelde uniformiteitscoëfficiënt blijkt doch dat zij dat ook niet moest doen. Zij voegt eraan toe dat indien verzoekende partij geen technische fiche had bijgebracht waaruit haar coëfficiënt bleek, haar offerte niet onregelmatig zou zijn verklaard.

Beoordeling

9. In de collegebeslissing van 26 juli 2010 wordt uitdrukkelijk overwogen dat het aanbestedingsverslag wordt goedgekeurd en integraal deel uitmaakt van de beslissing.

Hieruit vloeit voort dat de onregelmatigheid wat de verlichting betreft evenzeer als een grond tot onregelmatigheid moet worden beschouwd en dat er derhalve drie motieven zijn om de offerte van verzoekende partij te weren.

10. De offerte van verzoekende partij werd onregelmatig verklaard op basis van een besteksafwijking wat de verlichtingvoorschriften betreft.

In het besteksdeel technische bepalingen, hoofdstuk 6 verlichting en gasaansluiting, wordt bepaald dat het verlichtingsniveau van de terreinen wordt bekomen door de berekening van het rekenkundig gemiddelde van 13 maten die op elk van de terreinen moeten worden gemeten en dat de uniformiteitscoëfficiënt per terrein groter of gelijk moet zijn aan 0,7.

Bij de offerte van verzoekende partij is een tabel gevoegd waarbij een “uniformité g1” van 0,53 is vermeld. Verwerende partij heeft zich op dit cijfer gebaseerd om de offerte van verzoekende partij onregelmatig te verklaren. Verzoekende partij brengt in haar verzoekschrift en memorie van wederantwoord een berekening naar voor om aan te tonen dat uit die tabel kon worden afgeleid dat haar coëfficiënt eigenlijk 0,784 is en dus besteksconform. De berekening echter wordt in haar laatste memorie enigszins in twijfel getrokken daar waar zij opmerkt dat onduidelijk is waar de metingen precies dienen te worden uitgevoerd. Verzoekende partij heeft het dan ook in de eerste plaats aan haarzelf te wijten dat verwerende partij haar offerte op dit punt onregelmatig achtte. Daar het om een technische bepaling gaat die een essentieel aspect van de uitrusting betreft, mocht verwerende partij de offerte van verzoekende partij dan ook op dit punt onregelmatig achten.

Uit het voorgaande vloeit voort dat de offerte van verzoekende partij terecht onregelmatig is verklaard en zij dus geen belang meer heeft bij haar kritiek op de collegebeslissing voor zover die de onregelmatigverklaring steunt op de afwijkingen inzake de ventilatie en de afmetingen.

11. Verzoekende partij betwist in haar memorie van wederantwoord de regelmatigverklaring van de offerte van de nv Vermeyen. Dit mag zij doen aangezien deze onderneming de enige inschrijver is waarvan de offerte regelmatig is verklaard en zo dit onterecht is, vaststaat dat de opdracht aan niemand mocht worden gegund. Voorts heeft zij pas in het administratief dossier kennis kunnen nemen van deze offerte.

Verwerende partij geeft in haar laatste memorie zelf toe dat de nv Vermeyen heeft nagelaten in haar offerte de uniformiteitscoëfficiënt voor haar installatie te vermelden of documentatie hierover bij te voegen. De omstandigheid dat verwerende partij thans betoogt dat de coëfficiënt niet uit de offerte had moeten blijken doet aan de kritiek van verzoekende partij niets af. Immers, op het ogenblik van de gunning oordeelde verwerende partij dat de vermelding van die coëfficiënt in de offerte essentieel was voor de beoordeling van de offerte van verzoekende partij zodat zij thans niet als verweer mag voorhouden dat dit niet zo is voor de offerte van een andere inschrijver zonder in strijd te komen met het gelijkheidsbeginsel.

De conclusie dat verwerende partij ten onrechte de offerte van de nv Vermeyen regelmatig heeft verklaard leidt tot de onwettigheid van de gunningsbeslissing.

Het middel is in de besproken mate gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Schaarbeek van 26 juli 2010 waarbij de opdracht voor de vervanging van de opblaasbare hal en toebehoren voor de Royal Tennis Club Lambermont te Schaarbeek wordt toegewezen aan de nv Vermeyen.

2. De Raad van State verwerpt het beroep voor het overige.

3. 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 28 juni 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