

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 220.142 van 3 juli 2012
in de zaak A. 199.597/XII-6539**

In zake: de NV MONUMENT VANDEKERCKHOVE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Arnoud Declerck en Eva Roels
kantoor houdend te 8530 Harelbeke
Kortrijksesteenweg 387
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de KERKFABRIEK SINT-KWINTINUS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Matthias Hertegonne
kantoor houdend te 1731 Zellik
Noorderlaan 30
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 23 maart 2011, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing van 9 december 2010 van de kerkraad van de Kerkfabriek Sint-Kwintinus te 1750 Lennik, waarbij werd beslist om de offerte van de nv Monument Vandekerckhove voor het uitvoeren van de ‘restauratie van de Sint-Kwintuskerk te Lennik – lot 1: westgevel, koor en toren + dringende instandhoudingswerken’ als onregelmatig te weren, en de werken toe te wijzen aan de nv Denys”.

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 Lieselot Declercq, die loco advocaten Arnoud Declerck en Eva Roels verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Matthias Hertegonne, 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. In 2010 schrijft verwerende partij een openbare aanbesteding uit voor restauratiewerken aan de Sint-Kwintinuskerk te Lennik, lot 1: westgevel, koor en dringende instandhoudingswerken.

3.2. Er worden zeven offertes ingediend.

De opening der offertes grijpt plaats op 21 september 2010. De offerte van verzoekende partij heeft de laagste prijs. Bij inschrijver nv Denys

wordt op het proces-verbaal van opening der offertes onder “opmerkingen” het volgende vermeld: “2 stalen bijgevoegd van behandeld en onbehandeld eik”.

3.3. De raadgevend architect stelt op 14 oktober 2010 het aanbestedingsverslag op met het voorstel de uitvoering van de werken toe te vertrouwen aan verzoekende partij voor de som van 716.363,71 euro btw niet inbegrepen. Hij wijst er op dat het advies gesteund is op technisch en administratief onderzoek en geen juridische beoordeling inhoudt en hij raadt aan, in geval van twijfel, om advies in te winnen bij een gespecialiseerde instantie of advocaat.

In een bijlage tot dit verslag is de volgende opmerking over artikel 27 “nieuwe houten luiken” van het technisch gedeelte van het bestek opgenomen:

“Volgende paragraaf was in de beschrijving van art. 27 opgenomen.

‘Bij de aanbesteding levert de aannemer details op ware grootte - staal van het door hem voorgestelde type met de afwerkingswijze erop aangebracht, op nietigheid van offerte.’

Eén inschrijver, Denys nv, heeft de detailtekening bijgevoegd alsook staal van afwerking.

In bijlage vragen wij na de Opening der Bieding, aan de resterende aannemers ons het staal met bijhorende details per kerende te bezorgen.

Monument Vandekerckhove diende na onze vraag eveneens een stalen van luiken en details in.

Renotec bezorgde ons een prijsverduidelijking. Dit beantwoordde echter niet aan onze vraag.

We moeten opmerken dat bovengenoemde formulering in de beschrijving van dit artikel ongelukkig is. Temeer daar in de volgende paragraaf onder bovengenoemde tekst volgende paragraaf aangeeft:

‘Alvorens de fabricatie van het luik aan te vatten zal door de constructeur, belast met de uitvoering, van elk type een detailtekening met doorsneden op ware grootte aan de opdrachtgever en de architect ter goedkeuring worden voorgelegd.’

Ook op pag. 18 vermeld het bestek onder proefvlakken en stalen:

‘Proefvlakken of stalen: reiniging voegwerk, parement, schrijnwerk, glas-in-lood, schilderwerk worden vooraf stalen ter goedkeuring voorgelegd.’

Ook op pag. 3 van het lastenboek.

Art. 90

§ 2 - volgende bescheiden, modellen, monsters en inlichtingen moeten bij de offerte worden gevoegd.

Onder dit artikel is nergens vermeld enige tekening of model bij te voegen.

Er weze ook opgemerkt dat het bewuste art. 27 - nieuwe houten luiken - slechts 0,3% uitmaakt van het totale bedrag van de aanbesteding.

Vermits de uitvoering van de luiken ook identiek moet zijn aan de bestaande toestand (eis M & L) en de huidige luiken onbereikbaar zijn zonder steigers of nieuwe loopbruggen, lijkt het ons onmogelijk om een exact uitvoeringsplan te bezorgen tijdens de aanbesteding.

Naar onze mening beïnvloedt dit niet de conformiteit van de aanbesteding.

Om deze redenen menen wij dat het onverantwoord is alle overige inschrijvingen nietig te verklaren”.

3.4. Op 9 december 2010 beslist verwerende partij het volgende:

“2. Restauratie van de St.-Kwintinuskerk.

Het bijkomend advies dat bekomen werd van o.m. Onroerend Erfgoed wordt door de raadsleden uitvoerig besproken. Hierbij wordt gesteld dat:

- het opvragen van bijkomende stukken of documenten om bij de inschrijving te voegen na de aanbesteding helemaal niet kan;
- door de strenge tekst van het lastenboek omtrent het bijvoegen van stalen (..op nietigheid..) is alleen de bieding van Denys uiteindelijk een geldige inschrijving;

Op het toewijzen van de werken zoals voorgesteld door architect Vyverman zal Denys quasi zeker reageren met een verzoek bij de Raad van State tot vernietiging en/of schadevergoeding.

Een eventuele heraanbesteding zal zeer moeilijk te verantwoorden zijn en kan dan ook nog leiden tot een bezwaar van Denys.

De raad stemt niet in met het advies van architect Vyverman omtrent artikel 27 van het lastenboek en raad besluit zijn voorstel niet te volgen.

Gelet op voorgaande overwegingen kan de raad alleen vaststellen dat de firma Denys de enige geldige offerte heeft ingediend en moeten de zes andere als ongeldig worden beschouwd.

Gelet op de zeer sterk verslechterde toestand van de dakgoten van kerk en toren, wat nog eens overduidelijk bij de recente periode van regen en sneeuw werd vastgesteld, betekent elke verdere uitstel van de werken een verdergaande beschadiging van het kerkgebouw en een steeds toenemende kost voor kerkfabriek en gemeente.

BESLUIT VAN DE KERKRAAD TOT TOEWIJZING VAN DE RESTAURATIEOPDRACHT (VOORLOPIGE GUNNING)

Uittreksel uit de notulen van de kerkraad Sint Kwintinus van 9 december 2010.

Betreft: Restauratieproject aan het beschermde monument Sint Kwintinuskerk in de gemeente Lennik, parochie Sint Kwintinus - lot 1

Gelet op het decreet van 7 mei 2004 betreffende de materiële organisatie en werking van de erkende erediensten;

Gelet op de gecoördineerde wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten;
Gelet op het gecoördineerde koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken;
Gelet op het gecoördineerde koninklijk besluit van 26 september 1996 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken, alsook de bijlage bij dit koninklijk besluit betreffende de algemene aannemingsvoorwaarden;
Gelet op het gecoördineerde besluit van 14 december 2001 van de Vlaamse Regering tot vaststelling van het premiestelsel voor restauratiewerkzaamheden aan beschermde monumenten, in het bijzonder artikel 25 dat specifieke selectiecriteria bepaalt;
Gelet op het decreet van 3 maart 1976 tot bescherming van monumenten en stads- en dorpsgezichten;
Gelet op het koninklijk besluit van 25 maart 1938 tot bescherming van de Sint Kwintinuskerk;
Gelet op het ministerieel besluit d.d. 11 juni 2008, waarbij de kerkraad machtiging verkrijgt om over te gaan tot de aanbesteding, en waarbij de verdeling der kosten en de toekenning van een restauratiepremie wordt vastgesteld op basis van een goedgekeurd basisbedrag van 845.005,12 euro (exclusief btw);
Gelet op het besluit d.d. 5 augustus 2010 van de kerkraad tot goedkeuring van het lastenboek voor heraanbesteding van bovenvermeld restauratieproject, te gunnen via de procedure openbare aanbesteding tegen een geraamd bedrag van 845.005,12 euro (exclusief btw);
Gelet op het proces-verbaal d.d. 21 september 2010 van de opening van de offertes en het verslag van de ontwerper d.d. 14 oktober 2010 betreffende de evaluatie van de offertes;
Overwegende dat de kerkraad vaststelt dat er juridische bezwaren zijn omtrent de voorgestelde toewijzing en dat de firma Denys NV de laagste regelmatige offerte heeft ingediend;
Overwegende dat de nodige kredieten beschikbaar zijn in het budget van 2010, 2011 en 2012”.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4.1. Verwerende partij voert de onontvankelijkheid van het beroep aan en verwoordt die stelling als volgt:

“Voorafgaandelijk stelt verwerende partij vast dat de door verzoekende partij aangewende argumenten allen gericht zijn tegen het aanbestedingsdossier, te weten het lastenboek en de bijhorende documenten en geen argumenten worden aangegeven waaruit de nietigheid van de

bestreden gunningsbeslissing zelf dd. 9 december 2010 wordt aangevochten.

Volgens artikel 2 §1, 3° van het algemeen procedurereglement dient het verzoekschrift het voorwerp van het beroep, met andere woorden, de aanduiding van de overheidshandeling waarvan de vernietiging wordt gevorderd te bevatten.

In het huidige geval wordt door verzoekende partij de gunningsbeslissing aangevochten. Deze beslissing is te onderscheiden van de openbare aanbesteding van 29 oktober 2010 zelf waarbij het bestek en de specifieke verplichtingen worden opgelegd opdat een geldige offerte kan worden ingediend. Het gaat om twee onderscheiden overheidshandelingen.

Het verzoek tot vernietiging gericht tegen de gunningsbeslissing dient dan ook te worden afgewezen wegens onontvankelijk nu dit niet het voorwerp uitmaakt van het verzoekschrift”.

4.2. In zijn verslag verwerpt de eerste auditeur, hierbij de verzoekende partij bijvallend, de exceptie, die niet uitblinkt in duidelijkheid, in essentie omdat het een verzoekende partij is toegelaten haar argumentatie tegen de gunningsbeslissing uit het dossier te putten.

In haar laatste memorie beperkt verwerende partij zich ertoe haar exceptie woordelijk te herhalen en eraan toe te voegen dat zij volhardt. Er wordt geen argumentatie tegen het standpunt van de verzoekende partij of de eerste auditeur ingebracht.

Ook de Raad van State ziet geen reden om het terechte standpunt van het auditoraat niet bij te vallen.

V. Onderzoek van het eerste middel

Standpunt van de partijen

5. Verzoekende partij voert de schending aan van de artikelen 90, § 2, en 110, § 2, 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 beginselen van behoorlijk bestuur,

inzonderheid de materiële-motiveringsplicht, het rechtszekerheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel, het redelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel, en van artikel 15 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten.

Verzoekende partij stelt in essentie dat de besteksbepaling inzake het bijvoegen van de stalen van de luiken en detailtekeningen ervan niet als een essentiële besteksbepaling kon worden beschouwd nu deze dubbelzinnig was geformuleerd. Er is dan ook geen redelijk motief om de nietigheidssanctie te verbinden aan deze bepaling. De offerte van verzoekende partij was dan ook niet substantieel onregelmatig en de beslissing van verwerende partij is in strijd met het redelijkheids- en zorgvuldigheidsbeginsel. Daarnaast waren er volgens verzoekende partij onvoldoende gegevens in het bestek om nu reeds stalen en detailtekeningen op te stellen. Dit diende tijdens de uitvoeringsfase te gebeuren.

Verzoekende partij wijst erop dat verschillende bepalingen uit artikel 27 van het technische gedeelte van het bestek aangeven dat de detailtekeningen en de stalen van het te gebruiken eikenhout van de drie te vervangen luiken slechts de uitvoeringsfase betreffen en niet het ogenblik van de indiening van de offertes.

Ook andere bepalingen uit het bestek wijzen in die richting.

Voorts betwijfelt verzoekende partij of de offerte van de nv Denys wel detailtekeningen van de drie verschillende luiken bevat daar de opmeting van de bestaande te vervangen luiken slechts mogelijk is middels stelling gelet op de grote hoogte waarop ze zich bevinden.

Ten slotte wijst zij erop dat het voornoemde artikel 27 volstrekt irrelevant is voor de prijsvergelijking.

6. Verwerende partij betwist in haar memorie van antwoord dat het bestek dubbelzinnig zou zijn. In essentie stelt zij dat er duidelijk in wordt vermeld dat de detailtekeningen en stalen bij te voegen zijn “op nietigheid van de offerte”. Zij was dan ook verplicht om de offerte van verzoekende partij nietig te verklaren. De nietigheidssanctie wordt in het bestek gemotiveerd en is wel degelijk essentieel gelet op het historische karakter van de site. Zij was gebonden in haar bevoegdheid en had geen enkele afwijkmogelijkheid van deze bepaling. Zij wijst er nog op dat aangezien de nv Denys wel stalen en detailtekeningen bij haar offerte voegde, deze besteksvereiste niet onmogelijk was.

Verwerende partij leest in het voornoemde artikel 27 dat de detailtekeningen en de stalen van de luiken zowel bij de offerte dienen te worden gevoegd en dit door de aannemer als bij de uitvoeringsfase maar deze maal dan door de constructeur. Dat ze reeds bij de offerte dienen te worden gevoegd is ingegeven door de kunsthistorische waarde van het project. De twee verplichtingen berusten trouwens op verschillende personen namelijk de aannemer en de constructeur.

De inschrijvers waren aan de hand van de plannen, gevoegd bij het bestek, in staat om de detailtekeningen op te stellen, hetgeen de nv Denys trouwens heeft gedaan.

7. Verzoekende partij benadrukt in haar memorie van wederantwoord de dubbelzinnigheid van de besteksbepaling door erop te wijzen dat de raadgevend architect dit zelf erkent in het gunningsverslag.

Voorts stelt zij dat er geen dubbele verplichting tot voorlegging, een keer aan de aannemer en een keer aan de constructeur, vervat zit in het voornoemde artikel 27; zes van de zeven inschrijvers hadden het ook zo niet begrepen; trouwens, zo stelt verzoekende partij, er is niet noodzakelijk een verschil tussen beide personen, zoals in haar geval.

Ook wat de materiële en technische moeilijkheid betreft om reeds stalen en detailtekeningen bij de offerte toe te voegen, merkt verzoekende partij op dat de bij het bestek gevoegde plannen geen dergelijke detailtekeningen toelaten. Ook hier geeft de raadgevend architect haar gelijk. Uit het administratief dossier blijkt trouwens dat de tekeningen van de nv Denys niet nauwkeurig zijn en berusten op gissingen; vooreerst zijn het tekeningen van slechts één luik, namelijk dat uit de westgevel, terwijl het om drie verschillende te vervangen luiken in de toren moet gaan. Bovendien vertoont de tekening verscheidene fouten bijvoorbeeld inzake het hang- en sluitwerk en de scharnieren. Ook legt verwerende partij de “vereiste houtstaal” die de nv Denys zou hebben bijgebracht bij haar offerte, niet voor.

8. In haar laatste memorie betoogt verwerende partij dat een clause die voor meerdere betekenissen vatbaar is, zo moet worden opgevat dat ze enige uitwerking kan hebben.

Voorts heeft de nv Denys wel degelijk voldaan aan de besteksbepaling inzake het bijvoegen van stalen en tekeningen. Verwerende partij wijst er op dat van verzoekende partij, een belangrijke onderneming in de restauratiesector, mag worden verwacht dat zij aan deze bepaling kon voldoen.

Daarnaast is het volgens verwerende partij zo dat enkel kennelijk overdreven eisen kunnen worden gesanctioneerd door de Raad van State, dit is hier niet het geval.

Ten slotte legt verwerende partij nog een nieuw stuk voor, namelijk een e-mailbericht van de dienst Onroerend Erfgoed, waarin deze een advies uitbrengt over de beoordeling van het beroep in het auditoraatsverslag en hij onder meer opmerkt dat de bepaling inderdaad met substantiële nietigheid dient te worden gesanctioneerd. Het advies van de dienst Onroerend Erfgoed dat verwerende partij ertoe heeft aangezet om de offerte van verzoekende partij

onregelmatig te verklaren, was, aldus verwerende partij, mondeling uitgebracht en kon dan ook niet door haar worden bijgebracht.

Beoordeling

9. Artikel 27 “nieuwe houten luiken - stuk” is een artikel opgenomen in het technisch gedeelte van het bestek.

Het luidt:

“Omvat het demonteren van het bestaande luik en het leveren en plaatsen van de nieuwe luik. Het nieuwe luik is uit te voeren in zomereik. Ook in drie lagen te schilderen, kostprijs schilderen te voorzien in dit artikel. Kleur voor te leggen aan de architect en het opdrachtgevend bestuur. Het nieuwe luik is identiek naar model van de bestaande.

a. Algemeenheden

[...]

Houtsoort: zomereik. Het soortgelijk gewicht moet groter zijn dan 650 kg/m³ (bepaald bij een vochtgehalte van 12%).

Minimum profielsterkte: 80 x 58 mm.

Buigsterkte: ≥ 87 N/mm².

Algemene kenmerken

[...]

Gebreken die afkeuring voor gevolg hebben

[...]

Bij de aanbesteding levert de aannemer details op ware grootte + staal van het door hem voorgestelde type met de afwerkingswijze erop aangebracht, op nietigheid van offerte.

Alvorens de fabricatie van het luik aan te vatten zal door de constructeur belast met de uitvoering, van elk type een detailtekening met doorsneden op ware grootte, aan de opdrachtgever en de architect ter goedkeuring worden voorgelegd.

[...]”.

Uit de samenvattende meetstaat blijkt dat er drie luiken te vervangen zijn. Uit de bij het bestek gevoegde plannen blijkt dat de drie te vervangen luiken verschillend zijn.

10.1. Verzoekende partij voert aan dat de bepaling “Bij de aanbesteding levert de aannemer details op ware grootte + staal van het door hem

voorgestelde type met de afwerkingswijze erop aangebracht, op nietigheid van offerte” niet kan leiden tot haar onregelmatigheid.

10.2. Deze bepaling is volgens de opmerking van de raadgevend architect “ongelukkig” geformuleerd in het licht van de daarop volgende bepaling “Alvorens de fabricatie van het luik aan te vatten zal door de constructeur belast met de uitvoering, van elk type een detailtekening met doorsneden op ware grootte, aan de opdrachtgever en de architect ter goedkeuring worden voorgelegd”.

10.3. Artikel 27 maakt deel uit van het technisch gedeelte van het bestek, wat normaliter aan bod komt bij de uitvoeringsfase. In die zin wordt trouwens de term “aannemer” gebruikt, hetgeen wijst op de inschrijver belast met de opdracht.

10.4. De uitleg van verwerende partij dat het om een dubbele verplichting tot voorlegging gaat, namelijk een eerste keer opgelegd aan de inschrijver, dus in de fase van de indiening van de offerte, en een tweede keer aan de constructeur, dus tijdens de uitvoering, is niet aannemelijk.

In de eerste plaats ontkracht verwerende partij niet dat een inschrijver niet in staat is te voldoen aan het gevraagde, namelijk detailtekeningen, omdat de te vervangen luiken slechts bereikbaar zijn middels stelling. Nochtans dienen de gevraagde tekeningen precies te zijn omdat de luiken identiek moeten zijn aan de te vervangen luiken. Een inschrijver kan bijgevolg praktisch niet worden geacht hieraan volledig te voldoen zoals ook de raadgevend architect opmerkt.

Ten tweede zijn, zoals verzoekende partij opmerkt, inschrijver en constructeur niet noodzakelijk verschillend.

Ook overtuigt verwerende partij niet wanneer zij stelt dat het doel van de voorlegging van stalen en detailtekeningen bij de offerte het maximaal bewaken van de kwaliteit is gelet op de grote kunsthistorische waarde. Verwerende partij toont niet aan dat de kwaliteit van de houtsoort naar impermeabiliteit en hardheid zich niet in de uitvoeringsfase situeert.

10.5. Verder stelt de Raad van State vast dat van de zeven inschrijvers er slechts één inschrijver gemeend heeft dat hij detailtekeningen diende bij te brengen. Uit het administratief dossier blijkt dat de door de nv Denys bijgebrachte tekeningen slechts één luik van de drie verschillende luiken betreft. Uit dit laatste blijkt daarenboven dat verwerende partij zelf blijkbaar haar besteksbepaling niet strikt toepast.

10.6. Ten slotte dient de zinsnede “op nietigheid van offerte”, voor zover al begrijpelijk, in de geschetste context te worden begrepen als een sanctie bij een tekortkomen in de uitvoeringsfase.

11. Uit een en ander volgt dat artikel 27 van het technisch deel van het bestek geen grond kan bieden om de offerte van verzoekende partij onregelmatig te verklaren. Deze offerte werd dan ook ten onrechte niet in aanmerking genomen in het verdere verloop van de gunningsprocedure. Deze vaststelling volstaat ook om de bestreden toewijzingsbeslissing nietig te verklaren.

Het middel is gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van 9 december 2010 van de Kerkfabriek Sint-Kwintinus te Lennik waarbij wordt beslist om de offerte van de nv Monument Vandekerckhove voor het uitvoeren van de ‘restauratie van de Sint-Kwintuskerk te Lennik – lot 1: westgevel, koor en

toren + dringende instandhoudingswerken' als onregelmatig te weren, en de werken toe te wijzen aan de nv Denys.

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 3 juli 2012, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Geert Van Haegendoren,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest