

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 220.290 van 12 juli 2012
in de zaak A. 205.232/XII-6983**

In zake: de NV CORVERS-VRANCX
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Sonja De Pooter
kantoor houdend te 2520 Ranst
Broechemsesteenweg 83
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD LEUVEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bart Beelen
kantoor houdend te 3000 Leuven
Justus Lipsiusstraat 24
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingediend op 18 juni 2012, strekt tot de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 9 maart 2012 van het college van burgemeester en schepenen van de stad Leuven om, met betrekking tot de opdracht “restauratie abdij van Park - restauratie daken en zolders van de oostvleugel en de infirmerie”, de inschrijving van de nv Corvers-Vrancx “niet te weerhouden” en de opdracht te gunnen aan de nv Dijkmans Dak & Restauratie.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 28 juni 2012, om 10.30 uur.

Staatsraad Johan Lust heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Gitte Laenen en Stephanie Taelemans, die loco advocaat Sofia De Pooter verschijnen voor verzoekster, en advocaat Johan Van Stipelen, die loco advocaat Bert Beelen verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos 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. Door de stad Leuven is een opdracht “restauratie abdij van Park - restauratie daken en zolders van de oostvleugel en de infirmerie” uitgeschreven. Gekozen werd voor een openbare aanbesteding.

De opening van de offertes vindt plaats op 17 januari 2012. Er zijn zeven offertes ingediend, onder meer door verzoekster.

In het 24 februari 2012 gedateerde verslag van nazicht wordt in het kader van de administratieve controle geconcludeerd dat verzoeksters offerte “niet kan worden weerhouden aangezien er essentiële documenten ontbreken die gevraagd waren op straffe van vernietiging van de aanbesteding, het zijn documenten die de prijszetting be[i]nvloeden”: “enkel voor één van de vele artikels waarvoor een stabiliteitsingenieur gevraagd is, wordt één opgegeven”.

Voorgesteld wordt de opdracht te gunnen aan de nv Dijkmans Dak & Restauratie.

Het verslag wordt met een brief van 5 maart 2012 door de directeur data- en facilitair beheer aan het college van burgemeester en schepenen toegestuurd.

Het college beslist op 9 maart 2012, met een verwijzing naar het verslag van nazicht, om de inschrijving van verzoekster “niet te weerhouden” omdat essentiële documenten ontbraken. Tevens worden de werken gegund aan de nv Dijkmans Dak & Restauratie, de goedkoopste regelmatige inschrijver. De aanvang van de werken wordt vastgesteld op 23 april 2012.

Bij gewone brief van 1 juni 2012 wordt aan verzoekster meegedeeld dat haar offerte “niet werd weerhouden omdat er essentiële documenten ontbraken”. Bijgevoegd zijn een kopie van het verslag van nazicht en van voormeld schrijven van 5 maart 2012. Na verzoek van 16 juni 2012 van verzoeksters raadvrouw, zendt verwerende partij met gewone brief van 11 juni 2012 de gemotiveerde gunningsbeslissing toe.

IV. Ontvankelijkheid

4. Verwerende partij betwist verzoeksters belang.

Een onderzoek van en een uitspraak over de exceptie komen overbodig voor, aangezien zoals hierna zal blijken hoe dan ook niet is voldaan aan de grondvoorwaarden voor een schorsing.

V. Grondvoorwaarden voor een schorsing

5. Overeenkomstig artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterste dringende noodzakelijkheid worden besloten onder de drievoudige

voorwaarde dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

Gelet evenwel op de wet van 23 december 2009 tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten -inzonderheid artikel 65/15, eerste en tweede lid, gelezen in samenhang met artikel 65/31-, moet te dezen voor de toewijzing van de vordering alleen worden onderzocht of er al dan niet een ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring kan verantwoorden.

VI. Ernstige middelen

A. Eerste middel

Standpunt van verzoekster

6. Verzoekster leidt een eerste middel af “uit de schending van artikel 65/4, 65/5 en 65/8 van de Overheidsopdrachtenwet 1993 en uit de beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel”. Toegelicht wordt dat de kennisgeving van 1 juni 2012 waarbij aan verzoekster werd meegedeeld dat haar offerte “niet werd weerhouden omdat er essentiële documenten ontbraken” niet voldoet aan de gestelde informatievereisten “aangezien noch de gemotiveerde beslissing, noch de motieven voor wering in de vorm van een uittreksel van de gemotiveerde beslissing onmiddellijk zijn meegedeeld”. Volgens verzoekster heeft zij wel degelijk belang bij het middel omdat verwerende partij, door de gunningsbeslissing pas drie maanden later ter kennis te brengen en nog voordien een bevel tot aanvang van de werken te geven, haar elke mogelijkheid tot herstel in natura heeft ontnomen.

Beoordeling

7. Volgens de nota van verwerende partij kan het middel niet tot nietigverklaring leiden omdat de gebrekkige kennisgeving van een beslissing, de beslissing “daarom niet onwettig [maakt]”.

Dit wordt ter terechtzitting door verzoekster niet tegengesproken. Ook de Raad van State ziet daartoe geen reden.

Het middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Standpunt van verzoekster

8. In een tweede middel is genomen “uit de schending van artikel 15 van de Overheidsopdrachtenwet 1993, uit artikel 20 § 3 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 [...], uit artikel 2 en artikel 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen [...], en uit de beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel, de (materiële) motiveringsplicht, het *patere legem quam ipse fecisti*-beginsel en het redelijkheidsbeginsel”.

Verzoekster zet uiteen dat haar offerte is geweerd omdat er essentiële documenten ontbraken. Volgens de motivering in het verslag van nazicht is de enkele reden daarvoor het ontbreken van een door de inschrijver en een stabiliteitsingenieur ondertekend bewijs van samenwerking wat de stabiliteit betreft; dit zou op straffe van nietigheid voorgeschreven zijn geweest.

Naar de mening van verzoekster blijkt noch uit de administratieve bepalingen van het bestek, noch uit het inschrijvingsformulier dat het bewijs van de samenwerking op straffe van nietigheid werd gevraagd. Ook houdt het document geen verband met de essentiële bepalingen van het bestek. “Hoe kan dit document immers de prijszetting beïnvloeden wanneer in de meetstaat enkel een eenheidsprijs per post diende te worden opgegeven door de inschrijvers?”, zo vraagt verzoekster zich af.

Voorts is het bewijs van samenwerking wel degelijk toegevoegd geworden aan de offerte, aldus verzoekster. Nergens in het bestek wordt voorgeschreven dat de posten waarvoor de begeleiding van een stabiliteitsingenieur vereist is, in het bewijs van samenwerking vermeld dienden te worden. De door de stabiliteitsingenieurs ondertekende verklaring van 12 januari 2012 laat duidelijk zien dat zij zich ertoe hadden verbonden om in de werfopvolging te voorzien voor alle posten waarvoor deze opvolging wordt gevraagd. Indien daarover twijfel bestond, had verwerende partij “steeds een verduidelijking/bevestiging kunnen vragen aan verzoekende partij, hetgeen verweerster echter ten onrechte heeft nagelaten”. Alsdan had verzoekster de verbintenis van de stabiliteitsingenieur voor alle gevraagde posten kunnen laten bevestigen, “zonder enige materiële wijziging van haar offerte”. De gelijkheid tussen de inschrijvers zou niet in het gedrang zijn gebracht.

Beoordeling

9. In het verslag van nazicht van 24 februari 2012 wordt met betrekking tot verzoekster vastgesteld dat haar dossier niet volledig is:

“Er is geen door beide partijen [inschrijver en ingenieur stabiliteit] ondertekend bewijs van samenwerking wat betreft de stabiliteit. Dit document was gevraagd op straffe van vernietiging van de aanbesteding.

Er is enkel een offerte van een ir. Stabiliteit voor het opvolgen van stutwerken.

Het aanstellen van een ir. Stabiliteit die berekeningen voorlegt en de uitvoering opvolgt is verplicht voor alle werken die te maken hebben met

de stabiliteit. Het bestek vermeldt duidelijk de artikel waarvoor dit te voorzien is.

De erelonen van deze ir. stabiliteit dienen verrekend in die specifieke artikels:

13.11 Algehele stutwerken

13.21 Stellingen voorgevels

Alle onder 24.6 Stabiliteitsingrepen in metselwerk res[s]orterende artikels, dus alle artikels 24.61, 24.62, 24.63, 24.64, 24.66

Alle onder 26.1 Nieuwe stalen structuren res[s]orterende artikels dus 26.11.3 Leveren en plaatsen nieuwe metalen trekkers

Alle onder 31 Timmerwerken res[s]orterende artikels, dus alle artikels onder 31.1, 31.2, 31.3, 31.4 dus zowel inspecties, behandelingen als de houtvervangingen en de polymeerchemische herstellingen

Conclusie: de aanbesteding van Corvers-Vranc[x] kan niet weerhouden worden aangezien er essentiële documenten ontbreken, die de prijszetting be[i]nvloeden.

Conclusie: de aanbesteding van Corvers-Vranc[x] kan niet weerhouden aangezien er essentiële documenten ontbreken die gevraagd waren op straffe van vernietiging van de aanbesteding, het zijn documenten die de prijszetting be[i]nvloeden.”

10. Het is op het eerste gezicht ten onrechte dat verzoekster het wil doen voorkomen alsof de nv Triconsult zich in haar verklaring van 12 januari 2012 duidelijk ertoe verbindt “om de werfopvolging te voorzien voor alle posten waar deze opvolging wordt gevraagd door het opdrachtgevend bestuur”.

Het tegendeel lijkt het geval. Reeds in het opschrift van de verklaring wordt, in hoofdletters en in vet, verduidelijkt dat ze de “werfopvolging stuttingswerken” betreft. Vervolgens wordt in de eerste alinea van de eigenlijke verklaring gespecificeerd dat het, “aansluitend op uw vraag”, om een voorstel gaat “voor het begeleiden van de stuttingswerken (artikel 13.1)”. Van de andere - in het verslag van nazicht vermelde- werken die eveneens de begeleiding van een stabiliteitsingenieur vergen is geen sprake. Dit wordt vanzelfsprekend niet goedgepraat door op te merken dat het bewijs van samenwerking niet expliciet melding moet maken van alle posten. Een bewijs dat alle posten betreft, zonder ze als zodanig op te sommen, is één zaak. Een geheel andere, evenwel, is het bewijs dat net níét alle posten betreft, omdat het uitdrukkelijk tot sommige beperkt is.

Voorts moet worden vastgesteld dat de eveneens bij verzoeksters offerte gevoegde verklaring van haar gedelegeerde bestuurde dat “de opvolging stabiliteit” door Triconsult zal worden uitgevoerd, niet mee door die laatste ondertekend is. Nochtans vereist het bestek, op pag. 10 van de administratieve bepalingen, juist een verklaring die door de ingenieur stabiliteit ondertekend is.

11. Met verzoekster wordt op het eerste gezicht vastgesteld dat het bijvoegen van een getekend bewijs van samenwerking van de ingenieur stabiliteit niet expliciet op straffe van nietigheid is voorgeschreven. Het betrokken voorschrift lijkt er niet minder een essentiële bepaling om.

Volgens de administratieve bepalingen van het het bestek zullen “enkel de offertes die aan de technische, economische, financiële en wettelijke minimumeisen voldoen, worden geselecteerd”. Bij de “kwalitatieve selectie-criteria” wordt gevraagd dat de inschrijver een ingenieur stabiliteit aanstelt die de werfopvolging met betrekking tot de stabiliteit op zich zal nemen. De aannemer “zal” bij zijn inschrijving een verklaring voegen waarin de ingenieur stabiliteit vermeld wordt die ter beschikking zal staan, welke verklaring door hem zal ondertekend zijn. Verder in de administratieve bepalingen, bij “Inschrijvingen”, wordt herhaald dat de documenten opgesomd in paragraaf “kwalitatieve selectie” bij de inschrijving “dienen” gevoegd. Blijkens het door verzoekster verplicht gebruikte model van inschrijving dat bij het bestek is gevoegd, behoort tot de bij de inschrijving “verplicht gevoegde documenten” onder meer het getekend bewijs van samenwerking van de ingenieur stabiliteit. Verzoekster heeft daaronder bevestigd: “Ik neem kennis van het feit dat de offerte zal worden afgewezen indien deze documenten ontbreken.”

Dat dit bewijs in het verslag van nazicht een essentieel document wordt genoemd, gevraagd “op straffe van vernietiging van de aanbesteding”, komt in dit licht op het eerste gezicht niet verkeerd voor.

Overigens lijkt verwerende partij er in de nota terecht op te wijzen dat, gelet op artikelen 89 en 110 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, voorschriften inzake prijzen, termijnen en technische specificaties in beginsel te beschouwen zijn als essentiële besteksbepalingen, waarvan de afwijking de nietigheid van de offerte meebrengt.

Tenminste in de huidige stand van de procedure is de Raad van State van oordeel dat een afwijking van de besproken voorwaarde in verband met het bewijs van samenwerking wel degelijk de prijs raakt. Zoals in het verslag van nazicht wordt opgemerkt, dienen de erelonen van de ingenieur stabiliteit in de betrokken artikelen verrekend te worden. Wanneer dan wordt vastgesteld dat met betrekking tot een bepaalde offerte alleen begeleiding is gevraagd en toegezegd voor de stuttingswerken en er dus alleen wat die werken betreft met het ereloon van de ingenieur stabiliteit rekening is gehouden, lijkt de invloed hiervan op de prijszetting, meer bepaald inzake de andere posten waarvoor volgens het bestek de begeleiding van een ingenieur stabiliteit vereist was, voor de hand te liggen.

12. Er vooralsnog van uitgaande dat de voorwaarde van een getekend bewijs van samenwerking van de ingenieur stabiliteit een essentiële besteksvoorwaarde is, wordt in de huidige stand van de procedure ook aangenomen dat de niet-naleving ervan leidt tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte.

Dergelijke onregelmatigheid lijkt hoe dan ook niet in aanmerking te komen voor regularisatie, door de inschrijver in de gelegenheid te stellen zijn fout te herstellen.

13. Het tweede middel is niet ernstig.

BESLISSING

1. De Raad van State verwierpt de vordering.

2. Verzoekster wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 12 juli 2012, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Johan Lust,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Johan Lust