

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 222.186 van 22 januari 2013
in de zaak A. 207.392/XII-7184**

In zake: de NV MEEUSA
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Johan Vanmuysen
kantoor houdend te 3500 Hasselt
Koningin Astridlaan 79
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

KERKFABRIEK SINT-MARTINUS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Inke Dedecker
kantoor houdend te 3600 Genk
Stoffelsbergstraat 4
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 20 december 2012, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “een beslissing van de Kerkraad van de Kerkfabriek Sint Martinus, Parochie Genk-centrum” waarbij de opdracht van aanneming van werken ‘Renovatie St.-Martinuskerk Genk-centrum, Fase 2: verbouwing crypte, perceel 1B-afwerking’ wordt toegewezen aan de nv Reulens Bouwbedrijf.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 17 januari 2013, om 10.30 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Johan Vanmuysen, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Inke Dedecker, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Ines Martens 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. Op 8 juli 2009 keurt de kerkraad van de kerkfabriek Sint-Martinus te Genk-centrum de plannen, het bestek en de raming van 476.214,09 euro, btw niet inbegrepen, goed voor de aanneming van werken aan de Sint-Martinuskerk ‘fase 2 - verbouwing crypte: perceel 1B – afwerking’, bij wijze van openbare aanbesteding.

3.2. De opdracht wordt gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen van 7 september 2012.

3.3. De opdracht is onderworpen aan het bijzonder bestek ‘Renovatie St.-Martinuskerk Genk-centrum, Fase 2: verbouwing crypte, perceel 1B-afwerking’. Het bestek bepaalt onder meer:

“Artikel 12,§1- Verplichtingen van de aannemer inzake veiligheidsvoorschriften

Gedurende de werken draagt de aannemer met zijn personeel ertoe bij dat de veiligheidsvoorschriften op alle werfactiviteiten worden nageleefd volgens:

- Alle kosten die voortvloeien uit wettelijke verplichtingen en uit de contractuele verplichtingen vormen een aannemingslast en de veiligheidsmaatregelen zitten vervat in de eenheidsprijzen. Er is een aparte post op het offerteformulier waarbij de inschrijvers een afzonderlijke prijs moeten opgeven in verband met alle bijkomende door het veiligheids- en gezondheidsplan bepaalde preventiemaatregelen en -middelen, inbegrepen de buitengewone individuele beschermingsmaatregelen en -middelen volgens artikel 30 van het KB van 25 januari 2001. Een beknopt veiligheids- en gezondheidsplan werd als bijlage in dit bestek toegevoegd. Dit beknopt veiligheids- en gezondheidsplan bevat de vereiste informatie voor een correcte offerte. Het volledige veiligheids- en gezondheidsplan wordt na de gunning van de werken aan de gekozen aannemer overhandigd. Het veiligheids- en gezondheidsplan is als een aparte bijlage gevoegd bij de aanbestedingsdocumenten.”

1. de nv Meeusa	410.485,11 euro,
2. de nv Reulens Bouwbedrijf	423.880,42 euro,
3. de bvba R&V	439.678,76 euro.

Art. 17, 18 en 19 van het KB van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten van aanneming van werken, leveringen en diensten Criteria: vereiste erkenning: RSZ-attest Registratie (Attest goedkeuring) Veiligheids- en	Cat/o-cat: D OK= ontvangen	klasse: 3
---	-------------------------------	-----------

gezondheidsplan Detail prijs veiligheidsvoorzieningen		NOK= niet ontvangen	
Nr.	Naam en adres der inschrijvers	Erkenning	RSZ-atteest
1	NV Meeusa [...]	Erkenning OK (attest) Veiligh.- en gezondheidsplan: OK Detail prijs:NOK	2e kwartaal 2012
2	Reulens Bouwbedrijf [...]	Erkenning: OK (attest) Veiligh.-en gezondheidsplan: OK Detail prijs: OK	2e kwartaal 2011
3	R&V bvba [...]	Erkenning: NOK (attest) Veiligh.-en gezondheidsplan: OK Detail prijs: OK	NOK

Volgende inschrijvingen worden niet geselecteerd		
Nr	Naam en adres van de inschrijver	Motivering
1	NV Meeusa [...]	De inschrijving voldoet niet aan de formele en inhoudelijke voorwaarden. Er wordt geen afzonderlijke prijsberekening voor de veiligheidsvoorzieningen bijgevoegd.
3	R&V bvba [...]	R&V bvba heeft enkel een getuigschrift van voorlopige erkenning voor klasse 2D24 bij de inschrijving gevoegd.

Na nader onderzoek van de offerte van de nv Reulens Bouwbedrijf, overblijvende inschrijver, wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan deze inschrijver voor een bedrag van 423.880,42 euro btw niet inbegrepen.

3.6. Op 12 november 2012 beslist verwerende partij op grond van het gunningsverslag van 12 november 2012 de opdracht te gunnen aan de nv Reulens Bouwbedrijf.

3.7. Bij aangetekend schrijven van 13 november 2012 wordt verzoekende partij er van in kennis gesteld dat haar offerte wordt geweerd.

3.8. Bij aangetekend schrijven van 19 november 2012 reageert verzoekende partij als volgt op de wering van haar offerte :

“Wij hebben onmiddellijk het dossier terug bovengehaald uit onze archieven waarin wij bij elke aanbesteding een volledig kopie van de originele offerte bijhouden.

Na nazicht zijn wij tot de vaststelling gekomen dat de ‘zogenaamde, niet toegevoegde document’ wel degelijk in onze kopie versie zit.

Het is dus niet mogelijk dat dit document niet in onze offerte is toegevoegd terwijl wij er een kopie versie van bezitten.”

3.9. Bij aangetekend schrijven van 28 november 2012 stuurt verwerende partij een antwoord op de opmerkingen van verzoekende partij:

“In bijlage zenden wij u een kopie van uw geparafeerde en genummerde offerte. U kan opmerken dat de meetstaat voor de inbegrepen bijkomende veiligheidsvoorzieningen die u als bijlage bij uw aangetekende brief van 19 november 2012 voegde, geen deel uitmaakt van deze inschrijving.

[...]

Als gemotiveerde gunningsbeslissing hadden wij een deel uit het verslag van aanbesteding van de architect meegezonden. Hierbij werd de beoordeling van de overige inschrijvers eveneens vermeld.”

3.10. Met een verzoekschrift van 6 december 2012 vordert verzoekende partij de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de gunningsbeslissing van 12 november 2012. Dit is de zaak gekend onder rolnummer A. 207.250/XII-7165.

3.11. Op 6 december 2012 wordt een nieuw gunningsverslag opgesteld. In dit gunningsverslag wordt omtrent de selectie van de inschrijvers vermeld:

Volgende inschrijver wordt niet geselecteerd		
Nr	Naam en adres van de inschrijver	Motivering
3	R&V bvba [...]	R&V bvba voldoet niet aan de kwalitatieve selectiecriteria vermits R&V bvba geen RSZ-attest heeft

	bijgebracht. R&V bvba wordt derhalve niet geselecteerd.
--	---

Vervolgens is in het gunningsverslag een titel “Onderzoek van de formele regelmatigheid van de offertes van de geselecteerde inschrijvers” opgenomen. Daaronder wordt voor de offerte van verzoekende partij vermeld:

“Werd het bij het bestek behorende of hiermee overeenstemmende offerteformulier, samenvattende opmetingsstaat of inventaris – NOK”.

“Bevat de offerte alle vereiste gegevens en bijlagen – NOK”.

Vervolgens wordt vermeld:

Volgende inschrijver wordt niet geselecteerd		
Nr	Naam en adres van de inschrijver	Motivering
1	NV Meeusa [...]	
<u>Motivering:</u> De offerte van Meeusa NV is formeel substantieel onregelmatig vermits de detail prijs veiligheidsvoorzieningen/meetstaat bijkomende veiligheidsvoorzieningen niet is ingevuld hetgeen een formele substantiële onregelmatigheid is vermits het bestek met betrekking tot het veiligheids- en gezondheidsplan onder ‘hoofdstuk 5 meetstaat bijkomende veiligheidsvoorzieningen’ uitdrukkelijk in hoofdletters en in het vet gedrukt bepaalt dat ‘om tegemoet te komen aan de wettelijke verplichtingen voorzien in art. 30 van het KB TMB dient de aannemer HIER de bedragen in te vullen die voorzien zijn voor de inbegrepen bijkomende veiligheidsvoorzieningen. Deze ingevulde tabel moet samen met de andere verplichte documenten bijgevoegd bij de inschrijving.’ Ook de veiligheidscoördinator is dit standpunt toegedaan. Bovendien moet hier worden verwezen naar de bepaling(en) van het bestek bladzijde 1 onder voorwaarde en toepassingsgebied en bladzijde 23 en 24 van de bepalingen van het bestek met betrekking tot het veiligheids- en gezondheidsplan.		
<u>Besluit:</u> De offerte van Meeusa NV wordt geweerd omwille van een formele substantiële onregelmatigheid van de offerte aangezien Meeusa NV de detail prijs veiligheidsvoorzieningen/meetstaat bijkomende veiligheidsvoorzieningen niet heeft ingevuld daar waar de offerte van Reulens bouwbedrijf NV wel formeel regelmatig is.		

In het gunningsverslag wordt ten slotte opnieuw voorgesteld de opdracht te gunnen aan de nv Reulens Bouwbedrijf.

3.12. Op 7 december 2012 beslist verwerende partij om haar gunningsbeslissing van 12 november 2012 in te trekken. Vervolgens neemt zij een nieuwe gunningsbeslissing op grond van het nieuwe gunningsverslag van 6 december 2012. De opdracht wordt toegewezen aan de nv Reulens Bouwbedrijf.

Dit is de bestreden beslissing.

3.13. Met een op 10 december 2012 aangetekend verstuurd brief wordt verzoekende partij in kennis gesteld van deze beslissing en van het nieuwe gunningsverslag.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

4.1. Verwerende partij betwist de ontvankelijkheid van de vordering en werpt daartoe een exceptie op.

4.2. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over deze exceptie uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak daarover zou alleen nodig zijn indien zou komen vast te staan dat de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, te dezen niet het geval is.

V. De schorsingsvoorwaarden

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

5.2. Te dezen is evenwel 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' van toepassing.

Luidens het door voornoemde wet van 23 december 2009 in de wet van 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is voor de schorsing van de thans bestreden beslissing het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist.

Anderzijds verplicht artikel 65/15, tweede lid, verzoekende partij tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de bestreden beslissing kunnen verantwoorden.

VI. Onderzoek van het enige middel

Uiteenzetting van het enige middel

6.1. Verzoekende partij heeft in de eerste plaats kritiek op het feit dat het gunningsverslag van 6 december 2012 niet ondertekend zou zijn en dat dit verslag niet kon worden gewijzigd nu het een weerslag is van verrichte werkzaamheden of feitelijkheden.

6.2. Zij voert voorts aan dat de bestreden beslissing in strijd is met de regels van de kwalitatieve selectie zoals opgenomen in Titel I, hoofdstuk II en Titel VI, hoofdstuk IV van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 'betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken' en dat ze onbehoorlijk gemotiveerd is.

Verzoekende partij stelt dat het gunningsverslag van 6 december 2012 opnieuw ten onrechte zou vermelden dat het bijvoegen van het veiligheids- en gezondheidsplan een selectiecriteria zou uitmaken. Zij meent dat de motivering en de bestreden beslissing aldus opnieuw gebaseerd zijn op een

element dat als een selectiecriteria wordt gecatalogeerd, doch geen selectiecriteria mag zijn. Op die wijze werd verzoekende partij weer ten onrechte geweerd.

Bovendien zou de motivering van de bestreden beslissing tegenstrijdig zijn doordat in de bestreden beslissing door verwerende partij uitdrukkelijk wordt gesteld dat verzoekende partij voldoet aan de kwalitatieve selectiecriteria “om dan nadien bij de beoordeling van de regelmatigheid op basis van hetzelfde ‘kwalitatieve selectiecriteria’ te gaan stellen dat de inschrijving van verzoekster onregelmatig is”.

Beoordeling

7. Wat de kritiek zoals aangebracht onder randnummer 6.1. betreft stelt de Raad van State vast dat verzoekende partij hier niet aangeeft hoe deze vaststellingen de wettigheid van de bestreden beslissing aantasten noch welke rechtsregel hierdoor zou zijn geschonden. Ten andere wordt het nieuwe gunningsverslag uitdrukkelijk bijgevalen in de bestreden beslissing.

8.1. Wat de kritiek zoals aangebracht onder randnummer 6.2. betreft merkt de Raad van State op dat in de bestreden beslissing wordt overwogen wat volgt:

“Gelet op het formeel aangepast gunningsverslag openbare aanbesteding d.d. 6 december 2012 betreffende het nazicht van de inschrijvers en van de offertes, opgesteld door de ontwerper architect [...];

Gelet op het voorstel van de ontwerper om de opdracht toe te wijzen aan de firma Reulens Bouwbedrijf N.V. [...] ten bedrage van 423.880,42 EUR (excl. BTW), zijnde de enige en laagste regelmatige geselecteerde inschrijver zoals blijkt uit en gemotiveerd is in het gunningsverslag openbare aanbesteding d.d. 6 december 2012 betreffende het nazicht van de inschrijvers en van de offertes, opgesteld door de ontwerper architect [...];

Overwegende dat R & V B.V.B.A. niet voldoet aan de kwalitatieve selectiecriteria vermits R & V B.V.B.A. geen RSZ-atteest heeft bijgebracht met als gevolg dat R & V B.V.B.A. niet wordt geselecteerd als inschrijver terwijl Meeusa N.V. en Reulens Bouwbedrijf N.V. wel voldoen aan de kwalitatieve selectiecriteria en derhalve geselecteerde inschrijvers zijn.

Overwegende dat de offerte van Meeusa N.V. wordt geweerd omwille van formele substantiële onregelmatigheid van de offerte aangezien Meeusa N.V. de detail prijs veiligheidsvoorzieningen / meetstaat bijkomende veiligheidsvoorzieningen niet heeft ingevuld terwijl de offerte van Reulens Bouwbedrijf N.V. wel op alle punten formeel en materieel regelmatig is.

Overwegende dat de offerte van de firma Reulens Bouwbedrijf N.V. [...] ten bedrage van 423.880,42 EUR (excl. BTW), de enige regelmatige en de laagste offerte is.

Overwegende dat de kerkraad zich aansluit bij de inhoud, motieven en advies tot toewijzing van het gemotiveerd gunningverslag openbare aanbesteding d.d. 6 december 2012 betreffende het nazicht van de inschrijvers en van de offertes, opgesteld door de ontwerper architect [...] en de inhoud en motieven en advies tot toewijzing ervan integraal tot de hare maakt en deze bijvalt”.

8.2. Uit de bestreden beslissing blijkt aldus op het eerste gezicht voldoende duidelijk dat verzoekende partij niet werd uitgesloten van de opdracht op grond van het niet voldoen aan een selectie criterium. Er wordt immers uitdrukkelijk vermeld: “terwijl Meeusa N.V. en Reulens Bouwbedrijf N.V. wel voldoen aan de kwalitatieve selectiecriteria en derhalve geselecteerde inschrijvers zijn”.

Uit de bestreden beslissing blijkt integendeel dat de offerte van verzoekende partij, nadat zij werd geselecteerd, geweerd werd op grond van het feit dat haar offerte formeel onregelmatig werd bevonden. In de bestreden beslissing wordt immers vervolgens uitdrukkelijk overwogen:

”Overwegende dat de offerte van Meeusa N.V. wordt geweerd omwille van formele substantiële onregelmatigheid van de offerte aangezien Meeusa N.V. de detail prijs veiligheidsvoorzieningen / meetstaat bijkomende veiligheidsvoorzieningen niet heeft ingevuld”.

Aldus lijkt het middel feitelijke grondslag te missen in zoverre verzoekende partij er van uit gaat dat zij in de fase van de selectie werd geweerd omwille van het niet-voldoen aan de selectiecriteria. Er lijkt bijgevolg dan ook geen sprake te zijn van het verkeerd aanwenden van een selectie criterium.

8.3. Er valt op het eerste gezicht ook niet in te zien op welke wijze de bestreden beslissing een tegenstrijdige motivering zou bevatten nu uit de bestreden beslissing geenszins blijkt dat de offerte van verzoekende partij onregelmatig zou zijn bevonden op grond van een kwalitatief selectiecriterium. Uit de vermelde overweging blijkt duidelijk dat het niet-invullen van de detail prijs veiligheidsvoorzieningen/meetstaat bijkomende veiligheidsvoorzieningen beoordeeld werd als een onderdeel van het regelmatigheidsonderzoek van de offertes en niet werd onderzocht bij de kwalitatieve selectie van de inschrijvers.

Dit blijkt bovendien niet alleen uit de bestreden beslissing zelf, maar ook uit het gunningsverslag, waarin duidelijk bij het onderzoek van de formele regelmatigheid van de offertes van de geselecteerde inschrijvers wordt vermeld:

“de offerte van Meeusa NV is formeel substantieel onregelmatig vermits de detail prijs veiligheidsvoorzieningen/meetstaat bijkomende veiligheidsvoorzieningen niet is ingevuld hetgeen een formele substantiële onregelmatigheid is vermits het bestek met betrekking tot het veiligheids- en gezondheidsplan onder ‘hoofdstuk 5 meetstaat bijkomende veiligheidsvoorzieningen’ uitdrukkelijk in hoofdletters en in vet gedrukt bepaalt dat ‘om tegemoet komen aan de wettelijke verplichtingen voorzien in art. 30 van het KB TMB dient de aannemer HIER de bedragen in te vullen die voorzien zijn voor de inbegrepen bijkomende veiligheidsvoorzieningen. Deze ingevulde tabel moet samen met de andere verplichte documenten bijgevoegd bij de inschrijving.’ Ook de veiligheidscoördinator is dit standpunt toegedaan. Bovendien moet hier worden verwezen naar de bepaling(en) van het bestek bladzijde 1 onder voorwaarde en toepassingsgebied en bladzijde 23 en 24 van de bepalingen van het bestek met betrekking tot het veiligheids- en gezondheidsplan.”

Het gegeven dat in het gunningsverslag in de hoofding van de tabel met betrekking tot de kwalitatieve selectie van de inschrijvers vermeld staat: “Veiligheids- en gezondheidsplan / Detail prijs veiligheidsvoorzieningen” doet daaraan niets af aangezien uit diezelfde tabel duidelijk blijkt dat enkel werd nagegaan of de inschrijvers de vereiste erkenning bezaten en het vereiste RSZ-attest hadden ingediend.

Dat in het gunningsverslag vóór het hierboven aangehaalde citaat waarbij wordt uitgelegd waarom de offerte van verzoekende partij substantieel onregelmatig is, wordt opgemerkt dat “volgende inschrijver [...] niet [wordt] geselecteerd”, namelijk verzoekende partij, doet evenmin iets af van deze bevinding inzake de offerte zelf van verzoekende partij.

9. Het enige middel mist aldus feitelijke grondslag en vertoont daardoor niet de nodige ernst wat voldoende is om de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid te verwerpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. De verzoekende partij 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 22 januari 2013, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Pierre Barra