

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 222.984 van 26 maart 2013
in de zaak A. 203.425/XII-6826**

In zake: de NV BOUWBEDRIJF VMG - DE COCK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Filip Geerts
kantoor houdend te 9320 Aalst - Erembodegem
Industrielaan 4
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD AALST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Dirk Van Heuven en Jonas Riemslaghe
kantoor houdend te 2600 Antwerpen
Cogels Osylei 61
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 26 januari 2012, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de stad Aalst van 5.12.2011 tot gunning, ingevolge openbare aanbesteding, van de aanneming inhoudende de uitbreiding en renovatie van kleed- en douche-kamers op het recreatiedomein Beukenhof, aan de bvba Pyck Michael Algemene Bouwwerken, alsook van de beslissing tot het niet weerhouden van de offerte van [de nv Bouwbedrijf VMG – De Cock] als de laagst regelmatige”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Verzoekende partij heeft een toelichtende memorie ingediend.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een verslag opgesteld.

Verwerende partij heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 18 december 2012.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Filip Geerts, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Dirk Van Heuven, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een met dit arrest gedeeltelijk 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 stad Aalst schrijft een openbare aanbesteding uit voor de uitbreiding en renovatie van douche- en kleedkamers in het recreatiedomein Beukenhof.

De gemeenteraad van Aalst keurt op 30 augustus 2011 het bijzonder bestek goed en beslist de opdracht uit te schrijven. De waarde van de opdracht wordt geraamd op 165.198,15 euro, btw niet inbegrepen.

3.2. Op 17 oktober 2011 worden de offertes geopend. Er worden vijf offertes ingediend, onder meer door verzoekende partij en de bvba Pyck Michael Algemene Bouwwerken (hierna: bvba Pyck).

De bvba Pyck heeft met 174.780,08 euro de laagste offerte ingediend, verzoekende partij de tweede laagste met 205.000,00 euro. Beide bedragen zijn btw niet inbegrepen.

3.3. Op 27 oktober 2011 wordt een gunningsverslag opgesteld. Wat het onderzoek naar abnormale prijzen betreft vermeldt dit verslag:

“Nazicht abnormale eenheidsprijzen en totale offerteprijzen:

Berekening abnormale totale offerteprijzen (excl. btw)

Berekening gemiddelde offerteprijs op basis van:

Laagste offerteprijs niet meegerekend

Hoogste offerteprijs niet meegerekend

Maximale afwijking: 15,00%

Enkel abnormaal lage prijzen

Dit geeft een gemiddelde van: € 217.331,36

Dit geeft een minimum van: € 184.731,66

Volgende abnormale totale offerteprijzen werden vastgesteld:

- Offerte nr.: 2 van Pyck Michael Algemene Bouwwerken bvba

Totale offerteprijs excl. btw na correctie: € 177.290,03

(afwijking: -18,43%)

Besluit van het administratief en technisch nazicht van de offertes

De volgende offertes worden door het bestuur als regelmatig beschouwd omdat eventuele onregelmatigheden niet essentieel zijn:

[...]

2. Pyck Michael Algemene Bouwwerken bvba

[...]

De inschrijver werd gevraagd een prijsverantwoording in te dienen voor de lage totaalprijs. De ontvangen nota werd goedgekeurd.

[...]”.

Vervolgens wordt voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de bvba Pyck voor het nagerekende en verbeterde bedrag van 176.949,46 euro, btw niet inbegrepen.

3.4. Op 5 december 2011 beslist het college van burgemeester en schepenen van Aalst, met goedkeuring van het gunningsverslag, om de opdracht te gunnen aan de bvba Pyck. De problematiek van abnormale prijzen wordt niet besproken, noch vermeld.

3.5. Met een aangetekende brief van 8 december 2011 wordt verzoekende partij op de hoogte gebracht dat de opdracht aan een andere inschrijver werd gegund. De beslissing van 5 december 2011 en het gunningsverslag worden bij deze brief gevoegd.

IV. Onderzoek van de middelen

Standpunt van de partijen

4. Verzoekende partij voert twee middelen aan tegen de bestreden beslissing.

In het eerste middel voert zij 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’ en van artikel 110, § 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken’. Verzoekende partij betoogt dat verwerende partij niet aantoont dat de bvba Pyck een afdoende prijsverantwoording heeft verstrekt. Dit blijkt alleszins niet uit de bestreden beslissing, noch uit het gunningsverslag. Aldus staat niet vast dat de offerte van deze inschrijver als de laagste regelmatige mocht worden beschouwd.

In het tweede middel voert verzoekende partij de schending aan van de beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder de formele-, “minstens” de materiële-motiveringsplicht. Zij werpt op dat de formele-motiveringsplicht werd geschonden nu nergens wordt aangegeven waarom de prijsverantwoording van de bvba Pyck kon worden aanvaard.

5. Verwerende partij heeft geen memorie van antwoord, noch een administratief dossier ingediend.

6. Verzoekende partij dient vervolgens een toelichtende memorie in waarin zij het beroep en beide middelen handhaaft.

7. Verwerende partij dient na het auditorsverslag, dat voorstelt om de bestreden beslissingen te vernietigen, een laatste memorie in. Zij wijt haar eerdere houding aan “een administratieve vergissing” waardoor “de memorie van antwoord en het administratief dossier niet tijdig [werden] ingediend”. Zij legt een aantal stukken neer. Vervolgens vraagt zij dat de auditeur “de ontvankelijkheid van de vordering en de gegrondheid van de middelen daadwerkelijk [zou onderzoeken]”. Zij verzoekt de Raad van State daartoe het debat te heropenen. Ten slotte betwist verwerende partij kort de gegrondheid van de middelen en de ontvankelijkheid van het beroep ten aanzien van de impliciete weigeringsbeslissing.

Beoordeling

8. Het auditorsverslag bevat een weergave van de voor de zaak relevante feiten en van de argumenten van verzoekende partij. Vervolgens besluit het auditorsverslag dat “gelet op het niet neerleggen van het administratief dossier en daarenboven de ontstentenis van verweer, [...] het beroep niet anders dan gegrond bevonden [kan] worden” waarbij het zich aldus aansluit bij het betoog van verzoekende partij.

9. Ook de Raad van State komt tot deze conclusie.

9.1. Ter terechtzitting legt verzoekende partij een brief van verwerende partij van 26 januari 2012 neer. Hierin schrijft de schepen van Openbare Werken en Stadsvernieuwing van de stad Aalst:

“Wij ontvingen in goede orde uw aangetekende brief van 26.01.2012 met bijgevoegd verzoekschrift Raad van State.

De stad Aalst heeft de gunning van de opdracht ‘Dienst Openbare Werken – sectie gebouwen en technieken. Recreatiedomein Beukenhof. Uitbreiding en renovatie kleed- en douchekamers’ correct afgehandeld.

Wij hebben er dan ook alle vertrouwen in dat uw vordering tot nietigverklaring voor de Raad van State niet gegrond zal worden verklaard en we zullen niet ingaan op uw verzoek tot betaling van een schadevergoeding van 10% op het inschrijvingsbedrag.”

De stelling van verwerende partij in haar laatste memorie dat haar eerdere passieve houding te wijten is aan een “administratieve vergissing”, mocht dat al een aanvaardbaar excuus zijn, kan aldus niet worden aanvaard. Zij was blijkens het aangehaalde schrijven *ab initio* op de hoogte van het door verzoekende partij ingestelde beroep bij de Raad van State. Zij kan evenmin worden gevolgd in haar betoog dat de memorie van antwoord en het administratief dossier slechts “niet tijdig” zouden zijn ingediend. Uit het dossier van de rechtspleging blijkt immers dat deze niet werden ingediend, hoewel verwerende partij hiertoe regelmatig is uitgenodigd door de diensten van de griffie.

9.2. Verwerende partij heeft nagelaten een memorie van antwoord en het administratief dossier neer te leggen. Overeenkomstig artikel 21, derde lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, worden de door verzoekende partij aangehaalde feiten als bewezen geacht, tenzij deze kennelijk onjuist zijn.

Verwerende partij reageert eerst niet op een verzoekschrift tot nietigverklaring en pas na een voor haar negatief auditorsverslag voert zij alsnog een verweer en legt zij stukken neer. Verwerende partij moest en kon haar verweer voeren in de memorie van antwoord, maar zij heeft nagelaten een dergelijk stuk in te dienen. Aan verwerende partij toelaten om in haar laatste memorie alsnog argumenten aan te voeren die zij reeds in een memorie van antwoord had kunnen formuleren, zou indruisen tegen de rechten van verdediging en de gelijkheid van de procespartijen, nu verzoekende partij niet meer kan repliceren op de argumentatie van verwerende partij. De verwerende partij is ook gehouden tot een loyale medewerking met de rechter om tot een fatsoenlijk onderzoek van de zaak te komen hetgeen onder meer inhoudt dat de auditeursverslaggever op het gepaste tijdstip in staat is zijn verslag op te stellen.

De uiteenzetting in de laatste memorie die verwerende partij had kunnen formuleren in een memorie van antwoord, wordt bijgevolg buiten beschouwing gelaten.

9.3. Nergens wordt in de gunningsbeslissing of het gunningsverslag aangegeven wat de erin vermelde prijsverantwoording inhoudt, welke argumenten deze inschrijver aanbrengt voor zijn abnormaal lage totaalprijs, noch waarom deze argumenten door verwerende partij als aanvaardbaar worden beschouwd om het vermoeden van abnormaliteit dat aan deze offerte kleefte weg te nemen. In zoverre is de formele-motiveringsplicht dan ook geschonden.

Ten overvloede blijkt nergens uit de stukken die verwerende partij voorlegt bij haar laatste memorie dat verwerende partij een zorgvuldig onderzoek heeft gevoerd naar de prijsverantwoording van de bvba Pyck zodat niet vaststaat dat de offerte van de bvba Pyck, behept met een schijnbaar abnormaal lage totaalprijs, toch als regelmatig mocht worden beschouwd en in aanmerking mocht worden genomen voor gunning van de opdracht. Ook artikel 15 van de wet van 24 december 1993 en artikel 110, § 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, worden aldus geschonden.

10. Beide middelen zijn in zoverre gegrond zodat er geen reden is tot een aanvullend onderzoek. De bestreden gunningsbeslissing dient dan ook te worden vernietigd.

11. De Raad van State gaat slechts in uitzonderlijke omstandigheden over tot de vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing zo bijvoorbeeld wanneer uit de gegrond bevonden middelen zou blijken dat het aan de bvba Pyck verstrekte voordeel aan verzoekende partij had moeten zijn toegekend.

De uitzonderlijke omstandigheden worden hier niet aangetoond.

Het beroep tegen de impliciete beslissing de opdracht niet aan verzoekende partij te gunnen wordt verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de stad Aalst van 5 december 2011 om de overheidsopdracht voor uitbreiding en renovatie van douche- en kleedkamers in het recreatiedomein Beukenhof te gunnen aan de bvba Pyck Michael Algemene Bouwwerken.

2. Het beroep wordt voor het overige verworpen.

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 26 maart 2013, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Lust,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Bram Van Thillo,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Bram Van Thillo

Dierk Verbiest