RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 225.152 van 18 oktober 2013
in de zaak A. 210.269/XII-7465

In zake: de BVBA AANNEMINGSBEDRIJF NORRE-BEHAEGEL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Marco Schoups en Kris Lemmens
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
De Burburestraat 6-8
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

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

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 25 september 2013, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van

> "- de beslissing van het College van Burgemeester en Schepenen van de Stad Nieuwpoort waarvan kennisgegeven werd op 10 september 2013 waarbij de opdracht van werken 'vernieuwen van de Artanlaan + aanleggen van parkeerstroken in de Albert Pinotweg' (TD/D2012-35) aan nv Wegenbouw De Brabandere wordt gegund
> - de impliciete beslissing waarbij de opdracht van werken 'vernieuwen van de Artanlaan + aanleggen van parkeerstroken in de Albert Pinotweg' (TD/D2012-35) niet wordt gegund aan bvba Aannemingsbedrijf Norré".

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 oktober 2013, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Kris Lemmens en Ruben Vansteenkiste, die verschijnen voor de verzoekende partij, en advocaat Johan Vanstipelen, die loco advocaat Bert Beelen verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Ann Eylenbosch 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 stad Nieuwpoort schrijft een opdracht voor aanneming van werken uit inzake “het vernieuwen van de Artanlaan en het aanleggen van parkeerstroken in de Albert Pinotweg”. De opdracht wordt gegund via openbare aanbesteding.

3.2. Op 29 april 2013 wordt de opdracht aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen.

3.3. De opdracht is onderworpen aan het bijzonder bestek TD/D2012-35. Ze wordt geraamd op een bedrag van 600.000,00 euro, btw inbegrepen.

3.4. De openingszitting vindt plaats op 7 juni 2013. Er worden negen offertes ingediend. De drie offertes met de laagste prijzen zijn:

- de bvba Aannemingsbedrijf Norre-Behaegel 348.501,34 euro,
- de nv Wegeniswerken Verkinderen 356.985,71 euro,
- de nv Wegenbouw De Brabandere 359.359,48 euro.

3.5. Op 2 september 2013 wordt het verslag van nazicht van de offertes opgesteld.

Bij nazicht van de kwalitatieve selectiecriteria worden vier inschrijvers geweerd en niet geselecteerd, waaronder de nv Wegeniswerken Verkinderen. Na administratief en technisch nazicht van de vijf overgebleven offertes wordt de offerte van de verzoekende partij onregelmatig bevonden om de volgende reden:

> "Het offerteformulier is niet volledig. Er ontbreekt een blad waarop de posten 1 t.e.m. 6 staan. Hierdoor is het niet mogelijk alle eenheidsprijzen na te rekenen. Gezien de offerte administratief niet volledig is, moet de offerte nietig worden verklaard."

Er wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de nv Wegenbouw De Brabandere.

3.6. Op 9 september 2013 besluit het college van burgemeester en schepenen op grond van het verslag van nazicht de opdracht te gunnen aan de nv Wegenbouw De Brabandere voor een totaalprijs van 359.359,48 euro btw niet inbegrepen.

3.7. Bij schrijven van 10 september 2013 wordt de verzoekende partij in kennis gesteld dat de opdracht is gegund aan de nv Wegenbouw De Brabandere.

IV. De schorsingsvoorwaarden

4.1. 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.

4.2. 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' nog 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 beslissingen het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist.

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

Overeenkomstig artikel 65/31 gelden deze bepalingen ook voor opdrachten die de drempel voor Europese bekendmaking niet bereiken.

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

V. Onderzoek van het enige middel

Uiteenzetting van het middel

5. De verzoekende partij voert de schending aan van "het zorgvuldigheidsbeginsel, het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel, het redelijkheidsbeginsel en de formele en materiële motiveringsplicht als beginselen

van behoorlijk bestuur", alsook van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 'betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen'.

Zij acht deze rechtsnormen geschonden:

> "Doordat de offerte van Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel bvba als onregelmatig wordt beschouwd wegens het ontbreken van een bladzijde van de meetstaat waarop 3 posten (post 1, 3 en 4) vermeld stonden ten belope van 8.250,00 EUR.
>
> Terwijl niet aangetoond noch gemotiveerd wordt dat het ontbreken van een bladzijde met daarop de posten 1, 3 en 4 van de meetstaat, invloed heeft gehad op de rangschikking der inschrijvers, de posten 1, 3 en 4 geen minimale waarde van het totale inschrijvingsbedrag bedragen of er sprake is van speculatie."

Enkel deze posten zijn van belang stelt de verzoekende partij; de posten 2, 5 en 6 bepalen de rangschikking niet.

Zij licht toe dat "wanneer een inschrijver voor een aanneming van werken voor een willekeurige post van de samenvattende meetstaat noch een eenheidsprijs, noch een forfaitaire prijs heeft vermeld, […] toepassing kan worden gemaakt van artikel 112, §4 KB van 8 januari 1996".

De verzoekende partij vervolgt dat de toetsing aan drie criteria bepaalt of de leemteformule uit artikel 112, § 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' dient te worden toegepast of de offerte moet worden geweerd, te weten:

a) is er sprake van enige invloed op de rangschikking,
b) betreft het posten met een aanzienlijk belang (niet minimaal),
c) is er sprake van poging tot manipulatie of speculatie.

De verzoekende partij onderbouwt haar middel met rechtsleer, de omzendbrief nr. 44-0-08-02 van 14 juli 2008 “du Ministère wallon de l’Equipement en des Transports” en het arrest nv Betasco, nr. 58.037 van 7 februari 1996 van de Raad van State.

Vervolgens bespreekt de verzoekende partij de aangehaalde criteria in het licht van voorliggende zaak. Volgens haar is er geen sprake van enige invloed op de rangschikking. Voorts betreft het posten met een minimaal belang. Ten slotte is er geen sprake van poging tot manipulatie of speculatie.

De verzoekende partij besluit dat, op basis van de toetsing van de drie criteria, kan worden besloten dat de bestreden beslissing minstens onzorgvuldig en kennelijk onredelijk is.

De bestreden beslissing schendt volgens de verzoekende partij bovendien de formele- en materiële-motiveringsplicht. Nergens wordt immers in het verslag van nazicht de discretionaire bevoegdheid van de aanbestedende overheid gemotiveerd. Er wordt enkel verwezen naar de onmogelijkheid om eenheidsprijzen te vergelijken voor de bewuste posten. Dit is voor deze beperkte posten evenwel niet noodzakelijk als de leemteformule van voornoemd artikel 112, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 wordt toegepast. Nergens wordt de afweging gemaakt tussen de onregelmatigverklaring en de toepassing van de leemteformule.

Beoordeling

6. Bij het indienen van zijn offerte dient een inschrijver zich ondubbelzinnig te verbinden. Het moet vaststaan dat hij akkoord gaat met de besteksvoorwaarden, wat zijn inhoudelijk aanbod is en voor welke prijs hij zijn offerte wil uitvoeren.

7. Het offerteformulier en de samenvattende meetstaat vormen te dezen materialiter één geheel.

Op de eerste bladzijde van de samenvattende meetstaat, die blijkbaar niet door de verzoekende partij bij haar offerte werd gevoegd, is de volgende formulering opgenomen:

> "Verbindt of verbinden zich op zijn of op hun roerende en onroerende goederen tot de uitvoering, overeenkomstig de bepalingen en voorwaarden van het bovenvermeld bestek, van de opdracht 'TD/D2012-35: Vernieuwen van de Artanlaan + aanleggen van parkeerstroken in de Albert Pinotweg.' tegen de volgende voorwaarden:"

Deze formule komt nergens anders voor op de door de verzoekende partij ingediende offerte zodat uit deze offerte niet blijkt dat de verzoekende partij deze formulering heeft ondertekend, minstens wordt vastgesteld dat de verzoekende partij, ter zitting uitgenodigd de vindplaats van een ondertekende formulering aan te wijzen, geen heeft aangeduid. Uit geen enkele andere uitdrukkelijke vermelding in de offerte lijkt bovendien op het eerste gezicht een vorm van dergelijke verbintenis te kunnen worden afgeleid.

Uit dit element leidt de Raad van State af dat de offerte van de verzoekende partij lijkt behept te zijn met een substantiële onregelmatigheid en dan ook lijkt te moeten worden geweerd.

Overigens merkt de Raad van State op dat in de samenvattende meetstaat van de verzoekende partij twee verschillende totalen worden gegeven voor deel I, namelijk 342.190,86 euro tegenover 330.920,48 euro.

8. In de mate dat op het eerste gezicht moet worden vastgesteld dat de offerte van de verzoekende partij moet worden geweerd, heeft de verzoekende partij geen belang bij haar middel.

VI. Besluit

9. Het enige middel is niet ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

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 18 oktober 2013, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad, waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Frank Bontinck,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Frank Bontinck	**Pierre Barra**