

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 234.637 van 3 mei 2016
in de zaak A. 215.799/XII-7877**

In zake: de NV DE COSTER DOMINIQUE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Stijn Knaepen
kantoor houdend te 3530 Houthalen-Helchteren
Centrum Zuid 1111
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het OPENBAAR CENTRUM VOOR MAATSCHAPPELIJK
WELZIJN van de STAD LEUVEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bob Martens
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 106
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 9 mei 2015, strekt tot de nietigverklaring van “de gunningsbeslissing van de Raad voor Maatschappelijk Welzijn van het OCMW van Leuven van 26 februari 2015 waarbij de opdracht ‘Nieuwbouw WZC Eduard Remy – perceel 9 – afbraak blok A en bijhorende wederaanvullingen’ wordt gegund aan Godts bvba”.

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 12 april 2016.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Stijn Knaepen, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Bob Martens, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een andersluidend 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. Het OCMW van de stad Leuven schrijft een open aanbesteding voor werken uit met als opdracht ‘Nieuwbouw WZC Eduard Remy – perceel 9 – afbraak blok A en bijhorende wederaanvullingen’. Het bestek met kenmerk VKS31195.5 is van toepassing.

3.2. Er worden elf offertes ingediend.

Na rekenkundig nazicht bedragen de drie laagste inschrijvingen, btw niet inbegrepen:

- de bvba Dilissen	68.575,35 euro
- de bvba Godts	132.197,60 euro
- de nv De Coster Dominique	168.316,11 euro.

3.3. Bij een brief van 3 februari 2015 vraagt de verwerende partij aan de bvba Godts een prijsverantwoording voor haar totale offerteprijs; tevens vraagt zij als volgt haar offerte te vervolledigen: “Gelieve ons ook, conform art. 30 van het KB 25/01/2001 [‘betreffende de tijdelijke en mobiele bouwplaatsen’] (en latere wijzigingen) een ondertekende intentieverklaring te bezorgen”.

Bij een brief van 6 februari 2015 antwoordt de bvba Godts op deze verantwoordingsvraag en voegt tevens de gevraagde intentieverklaring toe.

3.4. Op 26 februari 2015 beslist de verwerende partij over de gunning. Zij weert de offerte van de bvba Dilissen als onregelmatig. Zij overweegt inzake de offerte van de bvba Godts als volgt:

“De firma Godts liet ons weten dat de prijs correct is en gaf hiervoor een verantwoording. Deze werd door de Facilitaire Diensten onderzocht en aanvaard.

Het nazicht voor de preventiemaatregelen werd uitgevoerd door de firma VETO. Hieruit blijkt dat de intentieverklaring van de firma Godts ontbrak bij de offerte. Het ontbreken hiervan is niet op straffe van nietigheid, we kunnen deze offerte bijgevolg niet uitsluiten. De firma Godts diende op 6/2/2015 haar intentieverklaring in, zie bijlage.”

De verwerende partij gunt de opdracht aan de bvba Godts.

IV. Vertrouwelijkheid van het administratief dossier

4.1. De verwerende partij legt op gemotiveerde wijze onder Kaft II een gedeelte van het administratief dossier, namelijk de offertes van de inschrijvers (stukken 1 tot 11), het “verslag onderzoek” van het raadgevend bureau (stuk 12), de beoordeling door VETO (stuk 13) en de prijsverantwoordingen van de bvba Dilissen en de bvba Godts (stuk 14) vertrouwelijk neer.

4.2. De verzoekende partij merkt in haar memorie van wederantwoord op dat de “verwerende partij [...] volkomen ten onrechte de vertrouwelijke behandeling van de stukken 12 en 13 van administratief dossier [vraagt]”. Niettegenstaande ze bijlagen vormen bij de bestreden gunningsbeslissing die er naar verwijst, worden ze, aldus de verzoekende partij, haar niet ter kennis gebracht. De verzoekende partij vraagt de opheffing van de vertrouwelijkheid van die stukken omdat zij meent dat “[i]n tegenstelling tot wat de verwerende partij beweert [...] voormelde stukken wel degelijk relevant [zijn] in functie van het voorwerp van de betwisting”. “Verzoekende partij wenst”, zo vervolgt zij, “te weten op welke wijze het onderzoek door VETO omtrent de niet voeging van de intentieverklaring door Godts precies werd gevoerd, alsook wat hieromtrent exact werd geadviseerd ten aanzien van de aanbestedende overheid.” “Verzoekende partij wenst daarenboven na te gaan of enkel de intentieverklaring inzake het veiligheids- en gezondheidsplan niet werd gevoegd bij de initiële offerte van Godts of dat daarenboven ook de vereiste afzonderlijke prijsberekening conform artikel 30 (doc. 6.2 p. 20 van de bijlage 4 van het bestek) niet werd gevoegd. In voorkomend geval werden stukken inzake de prijsvorming niet gevoegd en rijst de vraag in welke mate het bewuste onderzoek naar abnormale prijzen kon worden gevoerd.”

Beoordeling

4.3. Aangezien zoals hierna zal blijken het beroep gegrond is, dient er niet te worden ingegaan op de vraag van de verzoekende partij tot opheffing van de vertrouwelijkheid.

V. Onderzoek van het enige middel

Standpunt van de partijen

5. De verzoekende partij voert de schending aan van “de beginselen van behoorlijk bestuur, meer bepaald het gelijkheidsbeginsel en het daarmee verbonden beginsel dat de aanbestedende overheid er toe is gehouden om haar eigen besteksregels toe te passen (*patere legem quam ipse fecisti* beginsel- de overheid is voor de keuze van de medecontractant gebonden door de

regels die in het bestek zijn weergegeven) alsook [...] van de formele motiveringsverplichting zoals vervat in de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen en de materiële motiveringsplicht”.

In de toelichting bij het middel in haar inleidend verzoekschrift merkt zij op dat uit de gunningsbeslissing blijkt dat bij “het nazicht van de preventiemiddelen” door VETO blijkt dat de gekozen inschrijver bij zijn offerte geen intentieverklaring inzake het veiligheids- en gezondheidsplan had gevoegd. Uit dezelfde beslissing blijkt voorts, aldus de verzoekende partij, dat de gekozen inschrijver deze intentieverklaring na de indiening en opening van de offertes nog aan haar offerte heeft mogen toevoegen.

Dit is echter, zo stelt de verzoekende partij, in strijd met het bestek.

6. De verwerende partij wijst op artikel 95 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ waaruit zij afleidt dat slechts wanneer een offerte is behept met een substantiële onregelmatigheid de offerte moet worden uitgesloten maar dat zij in deze context over een discretionaire bevoegdheid beschikt, aangezien het toevoegen van een intentieverklaring de objectieve vergelijking van de offertes niet aantast en het hier dan ook niet gaat om een essentiële besteksbepalings. “Bovendien”, zo vervolgt de verwerende partij, “wordt een offerte die behept is met een niet-substantiële onregelmatigheid en die niet wordt uitgesloten door de aanbestedende overheid, geacht regelmatig te zijn.”

Uit de besteksbepalings punt 2.8.5 waarop de verzoekende partij zich steunt, kan geenszins worden afgeleid dat “deze concrete besteksbepalings een op straffe van nietigheid voorgeschreven voorschrift betreft”. Evenzeer betwist de verwerende partij dat een “negatieve beoordeling” – punt 6, bijlage 4, van het bestek – leidt tot uitsluiting, maar enkel tot een negatieve beoordeling van de veiligheidscoördinator.

Ten slotte verwijst de verwerende partij naar rechtspraak van het Hof van Justitie waaruit zou blijken dat het toegelaten is dat stukken na indiening van de offerte worden toegevoegd “voor zover de stukken van die aanbesteding niet uitdrukkelijk de overlegging ervan voorschreven op straffe van uitsluiting van de inschrijving”.

7. De verzoekende partij benadrukt in haar memorie van wederantwoord dat de verplichting tot het voegen van de intentieverklaring in het bestek zelf wordt aangewezen als een essentiële besteksbepalings en er dus geen sprake kan zijn van een discretionaire beoordelingsruimte tot het weren van een onregelmatige offerte.

Voorts wijst zij, zoals reeds opgemerkt onder randnummer 4.2, op het feit dat door de vertrouwelijkheid van bepaalde stukken in het administratief dossier zij niet kan nagaan of bij de initiële offerte de door het bestek vereiste afzonderlijke prijsberekening werd gevoegd wat gevolgen heeft voor de ernst van het prijsonderzoek.

8. Inzake het vertrouwelijk karakter van sommige stukken uit het administratief dossier merkt de verzoekende partij er in haar laatste memorie opnieuw op dat zij wenst na te gaan of de afzonderlijke prijsberekening al dan niet bij de offerte was gevoegd.

9. De verwerende partij wijst er in haar laatste memorie op dat het rechtsgeding als voorwerp de intentieverklaring heeft; de argumentatie van de verzoekende partij inzake de afzonderlijke prijsberekening is dan ook een nieuw argument dat eerder in het debat kon worden gebracht, en is dan ook niet ontvankelijk.

Inzake het vertrouwelijk karakter van sommige stukken van het administratief dossier wijst de verwerende partij erop dat de opheffing niet noodzakelijk is voor de oplossing van het geschil en dit naast haar argumentatie inzake de motieven om die stukken vertrouwelijk te houden gegrond op de bescherming van het zakengeheim, de rechtmatige commerciële belangen van de inschrijvers of de eerlijke mededinging tussen ondernemingen.

Beoordeling

10. In het toepasselijke bestek, deel administratieve bepalingen, wordt onder rubriek '2.8.5. Bij te voegen bescheiden' het volgende vermeld:

“De inschrijver voegt bij zijn offerte volgende stukken

- wat betreft de selectie:
de documenten bedoeld onder het punt 'selectie' (zie hoger, punt 2.5.)
- wat de regelmatigheid betreft:
 - indien de offerte door een gemachtigde werd ondertekend, de identiteit van de volmachtgever(s) en het bewijs van bevoegdheid of volmacht;
 - conform KB 25/01/2001 (en alle latere wijzigingen) art. 30, veiligheids- en gezondheidsplan (VGP). Het betreft:
1° een document dat verwijst naar het veiligheids- en gezondheidsplan en waar de inschrijver beschrijft op welke wijze hij het bouwwerk zal uitvoeren om rekening te houden met dit VGP; een en ander conform de omzendbrief van de eerste Minister d.d. 18/12/2007 (BS 27/12/2008);
2° afzonderlijke prijsberekening in verband met de door het VGP bepaalde preventiemaatregelen en -middelen, inbegrepen de buitengewone individuele beschermingsmaatregelen en -middelen, een en ander conform de omzendbrief van de eerste Minister d.d. 18/12/2007 (BS 27/12/2008);
- wat de gunning van de opdracht betreft:
In voorkomend geval, de documenten bedoeld onder het punt 'gunningscriteria' (zie hoger, punt 2.6.).”

In de 'Bijlage 4 – Veiligheids- en gezondheidsplan' van het bestek wordt *sub* '6. Documenten te bezorgen door aannemer bij zijn inschrijving' vermeld dat “[h]et veiligheids- en gezondheidsplan [...] verplicht te gebruiken invuldocumenten (zie volgende blz.) [bevat]. Enkel deze documenten mogen gebruikt worden en dienen volledig ingevuld te worden. In het kader van de vergelijkbaarheid van de offertes worden eigen varianten (ontworpen door de aannemer) niet aanvaard. Onze layout en inhoud moet gevolgd worden”. Er worden onder meer twee documenten hierbij in het bestek opgenomen die moeten worden vervolledigd door de inschrijvers, namelijk '6.1 Intentieverklaring' en '6.2 Afzonderlijke prijsberekening conform art. 30'. Op beide documenten wordt

bovenaan de volgende zinsnede vermeld: “Verplicht toe te voegen bij offerte. Dit formulier niet gebruiken = negatieve beoordeling”.

Voorts wordt bij het document 6.2. nog het volgende vermeld: “De inschrijver gebruikt hiervoor dit document. ALLE posten moeten apart ingevuld worden, en dit met een prijs in ‘€’ en NIET in ‘%’. De kostprijzen voor alle preventie-, veiligheids- en gezondheidsmaatregelen zijn geen supplementaire kosten, maar zijn inbegrepen in en verspreid over de verschillende posten van de meetstaat (kostprijs wordt niet verhoogd)”. Hierna volgt een meetstaat met negen door de inschrijver in te vullen posten.

11. Aan de verwerende partij werd vóór de terechtzitting schriftelijk door de Raad meegedeeld dat daar waar het administratief dossier de intentieverklaring van de gekozen inschrijver bevat nadat die na opening van de offertes door de inschrijver op vraag van de verwerende partij werd bijgebracht, het administratief dossier daarentegen geen afzonderlijke prijsberekening bij de offerte van de gekozen inschrijver bevat. De verwerende partij werd dan ook gevraagd of deze afzonderlijke prijsberekening bij de initiële offerte van de gekozen inschrijver was gevoegd of eventueel na opening van de offertes werd gevraagd.

De verwerende partij antwoordt hierop dat deze “berekening reeds bij de inschrijving zelf is gevoegd”. Dit zou, zo stelt de verwerende partij, blijken “uit verscheidene clausules van het bestek”. Vervolgens verwijst de verwerende partij naar de intentieverklaring van de gekozen inschrijver en naar diens prijsverantwoording ten aanzien van haar totale prijs. Zij brengt echter geen door de gekozen inschrijver ingevulde afzonderlijke prijsberekening bij.

12. De verzoekende partij heeft in haar memorie van wederantwoord en haar laatste memorie uitdrukkelijk gesteld dat in geval de afzonderlijke prijsberekening niet was gevoegd – hetgeen zij niet kon nagaan gelet op de vertrouwelijkheidsverklaring van bepaalde stukken – de verwerende partij geen ernstig prijsonderzoek kon voeren.

Het kan de verzoekende partij niet worden verweten dat zij deze problematiek pas in haar memorie van wederantwoord te berde heeft gebracht aangezien zij pas met het gedeeltelijk als vertrouwelijk neerleggen van bepaalde delen van het administratief dossier werd geconfronteerd met de vraag of de verwerende partij bij haar beoordeling een afzonderlijke prijsberekening van de gekozen inschrijver heeft betrokken.

13. De Raad stelt vast dat de verwerende partij niet aantoont dat de offerte van de gekozen inschrijver de door het bestek vereiste afzonderlijke prijsberekening bevat, zodat hij aanneemt dat de verwerende partij de opdracht heeft gegund aan een inschrijver die een onvolledige offerte heeft ingediend en dit in strijd met de uitdrukkelijke besteksbepalingen, die gewag maken van een verplichting om de betrokken stukken bij de offerte te voegen. Hierbij merkt hij op dat de afzonderlijke prijsberekening voor de preventiemaatregelen nodig is voor de beoordeling van de offerte aangezien ze bepalend is voor de ernst van het engagement van de inschrijver inzake de preventiemaatregelen en voor de voorgestelde prijs zoals de Raad uitdrukkelijk overwoog in het arrest GmbH Alpine-Energie Deutschland, nr. 219.058 van 26 april 2012 onder het randnummer 7.2; de verwerende partij kan dan ook niet aantonen dat zij een zorgvuldig prijsonderzoek heeft gevoerd, noch blijkt aldus de materiële motivering van de bestreden beslissing op deugdelijke grond gesteund.

14. Het middel is in de aangegeven mate gegrond en de bestreden beslissing moet worden vernietigd.

Er is te dezen grond om met toepassing van artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en artikel 67, § 1, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’, de verzoekende partij de door haar gevraagde basisrechtsplegingsvergoeding van 700 euro toe te kennen, nu zij door de inwilliging het beroep als in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de gunningsbeslissing van 26 februari 2015 van het OCMW van de stad Leuven waarbij de opdracht ‘Nieuwbouw WZC Eduard Remy – perceel 9 – afbraak blok A en bijhorende weder-aanvullingen’ wordt gegund aan de bvba Godts.

2. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 200 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verzoekende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 3 mei 2016, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest