RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 244.980 van 27 juni 2019
in de zaak A. 225.912/XII-8599

In zake: de NV BOUWBEDRIJF VMG - DE COCK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Filip Geerts
kantoor houdend te 9300 Aalst
Bauwensplein 1 bus 10
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE KRUIBEKE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Wim Rasschaert
kantoor houdend te 9420 Erpe-Mere
Schoolstraat 20
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 13 augustus 2018, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing dd. 12 juni 2018 van de gemeente Kruibeke tot gunning, na openbare procedure, van de aanneming van werken inhoudende de volledige afbraak van het oud gemeentehuis en de realisatie van een gemeenschapscentrunn te Rupelmonde aan de NV Bouwbedrijf Van der Kinderen, alsook van de beslissing tot het niet weerhouden van de offerte van de [nv Bouwbedrijf VMG - De Cock] als de laagst regelmatige en van de impliciete beslissing om de werken niet te gunnen aan de [nv Bouwbedrijf VMG - De Cock]”.

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 Jozef Stevens heeft een verslag opgesteld.

De verwerende partij en de verzoekende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 25 juni 2019.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Filip Geerts, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Flora Wauters, die loco advocaat Wim Rasschaert verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd 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 verwerende partij schrijft een overheidsopdracht voor werken uit bij openbare procedure.

De werken betreffen de volledige afbraak van het oud gemeentehuis van Rupelmonde en de realisatie van een gemeenschapscentrum.

De raming bedraagt 1.240.000 euro, btw niet inbegrepen.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 2 maart 2018.

3.2. In het bestek 2017-1308 wordt in twee gunningscriteria voorzien, namelijk de prijs op 75 punten en het plan van aanpak op 25 punten.

Voorts wordt in het bestek vermeld dat de offertes enkel via de e-Tenderinginternetsite mogen worden ingediend en:

> "De offerte moet bij de aanbestedende overheid toekomen ten laatste op 19 april 2018 om 09.30 uur. Het laattijdig indienen van een offerte wordt als een substantiële onregelmatigheid beschouwd. Laattijdig ingediende offertes zullen door de aanbestedende overheid niet aanvaard woorden."

3.3. Er worden twee offertes ingediend, namelijk door de nv Bouwbedrijf Van der Kinderen met een prijs van 1.242.102,10 euro en door de verzoekende partij met een prijs van 1.375.000 euro, beide prijzen btw niet inbegrepen.

3.4. Er wordt een nazichtsverslag opgesteld waarbij geen van de beide inschrijvers of hun offertes onregelmatig worden verklaard en de offerte van de nv Bouwbedrijf Van der Kinderen 87,5 punten krijgt en die van de verzoekende partij 76,6 punten.

3.5. Op 12 juni 2018 keurt de verwerende partij het nazichtsverslag goed en gunt zij de opdracht aan de nv Bouwbedrijf Van der Kinderen voor het nagerekend bedrag van 1.176.479,31 euro, btw niet inbegrepen.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

Standpunt van de partijen

4.1. De verwerende partij werpt op dat de verzoekende partij niet beschikt over het rechtens vereiste belang bij haar beroep “nu dit haar eigen tekortkomingen bij het indienen van haar offerte niet kan verhelpen”.

Zij wijst er in de eerste plaats op dat uit het nazichtsverslag blijkt dat de verzoekende partij heeft nagelaten bij haar offerte de gevraagde rekennota “paalfundering” te voegen, wat een essentiële toevoeging is. Het staat dan ook volgens de verwerende partij helemaal niet vast dat de verzoekende partij de opdracht zou hebben “binnengehaald”.

Voorts heeft de verzoekende partij volgens de verwerende partij geen belang omdat haar offerte de raming ruim overtreft, namelijk met een bedrag van 136.500 euro of 11,008 %. Overeenkomstig artikel 85 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ mag een aanbestedende overheid afzien van het gunnen van de opdracht bij een – vanuit budgettair oogpunt – onaanvaardbare offerte. Een overschrijding met 11 % is volgens de verwerende partij substantieel “en het valt dan ook ten zeerste te betwijfelen of het bestuur dergelijk hoge (bijkomende) meerkost ten opzichte van wat het (initiaal) geraamd had zou hebben willen dragen”.

Beoordeling

4.2. In het auditoraatsverslag wordt de exceptie als volgt verworpen:

> “Bij die excepties stelt verweerster dat ‘het helemaal niet vaststaat dat verzoekende partij de gunning van de opdracht zou hebben binnengehaald omwille van de problematiek van de niet toegevoegde rekennota’ en ‘het in die omstandigheden allerminst zeker is dat verwerende partij de opdracht zou hebben gegund nu het totaal bedrag van de offerte van

verzoekende partij een overschrijding van € 136.500 of 11,008% betekent t.a.v. de (aangepaste) raming'.
Verzoekster stelt dan ook terecht in haar repliek dat 'verwerende partij nergens in haar memorie van antwoord expliciet stelt dat de offerte van verzoekster onregelmatig was omwille van het niet bijgevoegd zijn van een rekennota voor de paalfundering' en dat 'een eerste vaststelling is dat verwerende partij zelfs op vandaag nog niet expliciet en met zekerheid kan stellen dat de opdracht niet aan verzoekster zou zijn gegund'.
Daarenboven — en dat is cruciaal – wordt vastgesteld dat noch in het verslag van nazicht noch in het gunningsbesluit enige aanduiding te vinden is inzake de onregelmatigheid van de offerte van verzoekster wegens het niet bijvoegen van voormelde rekennota en inzake de overschrijding van de raming : het is dus pas met de memorie van antwoord dat de (raadsman van) verweerster op de proppen komt met het 'helemaal niet vaststaan' en 'het allerminst zeker zijn'.
Verzoekster heeft wel degelijk belang bij haar beroep."

In haar laatste memorie beperkt de verwerende partij zich ertoe gewoonweg haar standpunt van haar memorie van antwoord te herhalen zonder concreet in te gaan op de argumenten in het auditoraatsverslag.

De Raad valt het auditoraatsverslag hier bij en stelt vast dat de offerte van de verzoekende partij niet onregelmatig is verklaard. Voorts is het feit dat de prijs van de verzoekende partij boven de raming ligt, geen reden om haar het belang bij het beroep tegen de gunningsbeslissing te ontzeggen.

De Raad van State mag in beginsel niet vooruitlopen op de eventuele definitieve beslissing van de verwerende partij betreffende de betrokken overschrijding.

De excepties worden verworpen.

V. Onderzoek van het eerste middel

Standpunt van de partijen

5.1.1. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 83 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017) en van het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*.

In een eerste middelonderdeel merkt de verzoekende partij op dat de offerte van de nv Bouwbedrijf Van der Kinderen laattijdig is ingediend, minstens een essentieel onderdeel ervan en dat de ondertekening van die offerte evenzeer laattijdig is.

Zij wijst op artikel 83 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 dat bepaalt dat elke offerte vóór de datum en uur voor de indiening moet aankomen en dat laattijdige offertes niet worden aanvaard. Voorts brengt zij de besteksbepalingen in herinnering dat offertes verplicht elektronisch moeten worden ingediend, dat ze ten laatste op 19 april 2018 om 09.30 uur bij de aanbestedende overheid moeten toekomen, dat het laattijdig indienen van een offerte als een substantiële onregelmatigheid wordt beschouwd en dat laattijdig ingediende offertes door de aanbestedende overheid niet zullen worden aanvaard.

Uit het proces-verbaal van opening van de offertes blijkt volgens de verzoekende partij dat te dezen het zevende document van de offerte van de nv Bouwbedrijf Van der Kinderen, dat het plan van aanpak betreft wat een essentieel stuk is voor de beoordeling van het tweede gunningscriterium en dus van de offerte, pas om 9.55 uur door de aanbestedende overheid werd ontvangen en dat bij de handtekening voor die offerte als datum “19/04/2018 09:55:58 CEST” is vermeld. Dit is telkens buiten termijn.

Aangezien het plan van aanpak en de handtekening bij de offerte van de nv Bouwbedrijf Van der Kinderen laattijdig zijn ingediend, mag met toepassing van het bestek en het voormelde artikel 83 met deze offerte geen rekening worden gehouden. Uit het ontbreken van het plan van aanpak alleen reeds mag worden afgeleid dat de offerte van de nv Bouwbedrijf Van der Kinderen voor het tweede gunningscriterium 12,5 punten teveel heeft gekregen en aldus ten onrechte als eerste is gerangschikt.

In een tweede middelonderdeel merkt de verzoekende partij nog eens op dat de verwerende partij, door toe te laten dat de nv Bouwbedrijf Van der Kinderen laattijdig een essentieel document bij haar offerte voegt en laattijdig haar offerte ondertekent, handelt in strijd met haar eigen besteksregels.

5.1.2. De verwerende partij in haar memorie van antwoord merkt op dat de ondertekening van de offerte en het indienen van het document plan van aanpak door de nv Bouwbedrijf Van der Kinderen weliswaar van na de uiterste indieningsdatum dagtekenen doch vóór de opening der offertes. Voorts wijst zij erop dat het elektronisch indieningsplatform e-tendering “het niet onmogelijk heeft gemaakt bijkomende documenten op te laden tot aan de effectieve opening van de offertes door de aanbesteder, edoch wel na het vastgestelde indieningsmoment, waardoor Verwerende partij er ter goeder trouw van is uitgegaan dat dit dan ook niet verboden was”. “Verwerende partij is op dit punt dus niet voldoende, noch tijdig geïnformeerd en heeft ter goeder trouw geoordeeld dat VOOR de eigenlijke opening van de offertes, evenwel na uiterste datum tot indiening van offertes, door de inschrijvers nog bijkomende handelingen konden worden gesteld”.

5.1.3. De verzoekende partij betoogt in haar memorie van wederantwoord dat de argumentatie van de verwerende partij erop neerkomt dat zij misleid is geworden doordat er na de *deadline* nog documenten konden worden opgeladen, wat volgens de verzoekende partij een onaanvaardbare redenering is. Laattijdige offertes mogen niet in aanmerking worden genomen.

Artikel 83 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 en de relevante besteksbepalingen zijn duidelijk.

5.1.4. Na het voor haar ongunstig uitvallend auditoraatsverslag beperkt de verwerende partij zich in haar laatste memorie tot het verwijzen naar het standpunt in haar memorie van antwoord; zij benadrukt dat zij te goeder trouw heeft gehandeld.

5.1.5. In haar laatste memorie merkt de verzoekende partij op:

> "Of de verwerende partij 'te goeder trouw' heeft gemeend dat zij het laattijdig ingediende deel van de offerte en de laattijdige ondertekening nog kon toelaten, speelt geen rol. De verwerende partij dient als (regelmatige) aanbesteder de wettelijke bepalingen te kennen en deze te respecteren."

Beoordeling

5.2. Overeenkomsitg artikel 83 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 moet elke offerte "vóór de uiterste datum en uur voor de indiening aankomen" en worden "laattijdige offertes […] niet aanvaard".

Overeenkomstig het bestek diende een offerte ten laatste op 19 april 2018 om 09.30 uur toe te komen bij de aanbestedende overheid, wordt het laattijdig indienen van een offerte als een substantiële onregelmatigheid beschouwd en zullen laattijdig ingediende offertes door de aanbestedende overheid niet worden aanvaard.

Aangezien een essentieel deel van de offerte van de nv Bouwbedrijf Van der Kinderen, namelijk het plan van aanpak, en de ondertekening van die offerte niet tijdig zijn geschied, zoals de verwerende partij ook niet betwist, zijn artikel 83 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 en de voormelde besteksbepaling geschonden en diende de offerte te worden geweerd.

De omstandigheid waarop de verwerende partij zich beroept, namelijk dat het federaal e-tenderingplatform blijkbaar heeft toegelaten dat na de frenetieke datum nog documenten konden worden opgeladen of handelingen verricht, leidt niet tot een ander oordeel. De verwerende partij toont niet aan dat bepaalde gebruiksmodaliteiten op dat platform haar zouden toelaten wettig af te wijken van het voormelde artikel 83 en van de relevante besteksbepalingen.

Het middel is gegrond en verantwoordt de nietigverklaring van de gunningsbeslissing.

Aangezien het niet vaststaat of de offerte van de verzoekende partij onregelmatig zou zijn verklaard wegens het niet toevoegen van de voormelde rekennota en evenmin wat de verwerende partij zou hebben beslist indien de offerte van de verzoekende partij regelmatig zou zijn bevonden, inzake de overschrijding van de raming door de offerte van de verzoekende partij, toont de verzoekende partij onvoldoende aan dat er te dezen de bijzondere omstandigheden voorhanden zijn om het beroep tegen “de beslissing tot het niet weerhouden van de offerte […] als de laagst regelmatige” en “de impliciete beslissing om de werken niet te gunnen aan de verzoekster” in te willigen.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van de gemeente Kruibeke van 12 juni 2018 waarbij de opdracht voor werken inzake de volledige afbraak van het oud gemeentehuis te Rupelmonde en de realisatie van een gemeenschapscentrum te Rupelmonde wordt gegund aan de nv Bouwbedrijf Van der Kinderen.

2. De Raad van State verwerpt het beroep voor het overige.

3. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van

20 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verzoekende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 27 juni 2019, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,

bijgestaan door

Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier **De voorzitter**

Greta Scheveneels **Dierk Verbiest**