Nederlandse tekst (titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973).

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

Nr. 75.885 van 23 september 1998

A. 67.857/VI-14.022

In zake : **de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid EIBE BELGIEN**,

Interleuvenlaan 62 A
3001 Leuven,

tegen :

de stad Namen,

die woonplaats heeft gekozen bij
Mr. Marc PREUMONT en
Mr. Hugues HIERNAUX, advocaten,
rue Julien Colson 49
5000 Namen.

DE RAAD VAN STATE, VIe KAMER,

Gezien het op 27 februari 1996 ingediende verzoekschrift, waarbij de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid EIBE BELGIEN de nietigverklaring vordert van :

" - de eenzijdige beslissing waarbij het college van burgemeester en schepenen van de stad Namen, verwerende partij, op 19-02-1996 besloten heeft niet in te gaan op de offerte die de verzoekende partij had ingediend,

- de eenzijdige beslissing waarbij het college van burgemeester en schepenen van de stad Namen, verwerende partij, op onbekende datum besloten heeft

de opdracht voor de aanneming van de werkzaamheden aan de firma OMNIPLAY te gunnen, dat alles in het kader van een openbare aanbesteding na een beperkte offerteaanvraag voor de aankoop van speeltuigen door de stad Namen";

Gezien de regelmatig uitgewisselde memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag van de heer DEROUAUX, eerste auditeur bij de Raad van State;

Gelet op de beschikking van 3 juli 1997, waarbij de neerlegging van het dossier en het verslag ter griffie wordt gelast;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan de partijen en gezien de laatste memorie van de verzoekende partij;

Gelet op de beschikking van 5 juni 1998, waarvan aan de partijen kennis is gegeven en waarbij wordt bepaald dat de zaak voorkomt op de terechtzitting van 16 september 1998;

Gehoord het verslag van de heer HANSE, staatsraad;

Gehoord de opmerkingen van Mr. OOSTVOGELS, advocaat, die voor de verzoekende partij verschijnt, en van Mr. MARON, loco Mr. PREUMONT en Mr. HIERNAUX, advocaat, die voor de verwerende partij verschijnt;

Gehoord het andersluidend advies van de heer DEROUAUX, eerste auditeur;

Gelet op titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

Overwegende dat de volgende feiten dienstig zijn voor het onderzoek van het beroep :

1. Op 15 november 1995 besluit de gemeenteraad van de stad Namen een beperkte offerteaanvraag te doen met het oog op de aankoop van speeltuigen die bestemd zijn voor enerzijds het pretpark Koningin Fabiola en anderzijds de speelruimten van Amée en Andoy-Wierde, voor een bedrag dat geraamd wordt op 3.500.000 frank, btw inbegrepen.

2. Bestek nr. E334, "opgemaakt te Namen op 12 oktober 1995", is toegezonden aan drie ondernemingen, met het verzoek een prijsofferte in te dienen; daarbij wordt bepaald dat de offertes worden geopend op donderdag 7 december 1995 om 10 uur.

In "Deel 1 - Administratieve bepalingen" van het bestek staat inzonderheid het volgende :

" Offertes
De offertes moeten worden opgemaakt op het formulier dat bij dit bestek is gevoegd en moeten aankomen bij de dienst Logistiek, Esplanade de l'Hôtel de Ville te 5000 Namen, in een dubbele gesloten omslag, met vermelding van het nummer van dit bestek en de dag en het uur waarop de offertes worden geopend. De offertes mogen ook worden bezorgd aan de voorzitter van de vergadering waarop de offertes worden geopend.

Opening van de offertes
De offertes worden geopend op de datum die bovenaan dit bestek vermeld is, om 10 uur, op de dienst Logistiek, Stadhuis, rue de Fer nr. 42 te 5000 Namen.

(...)

Artikel 56 : waarborgtermijn.

De waarborgtermijn moet op zijn minst 1 jaar bedragen."

In "Deel 2 - Technische bepalingen" staat inzonderheid het volgende :

" E. Waarborg :
Er moet op zijn minst 2 jaar waarborg tegen alle mogelijke productiefouten of -gebreken, 5 jaar waarborg tegen fouten bij het monteren en 10 jaar waarborg tegen verrotting worden geboden."

3. Bij brief van 5 december 1995 bezorgt de verzoekende partij haar prijsofferte aan de verwerende partij. In haar brief merkt ze het volgende op :

" Het materiaal Eibe is conform alle industriële normen inzake veiligheid en toxicologie. Alle bestanddelen hebben daardoor een volledige waarborg van 5 jaar, behalve tegen vandalisme."

4. In een eerste proces-verbaal van opening der offertes staat dat tijdens de opening van de offertes op 7 december om 10 uur, één enkele offerte is binnengekomen, namelijk die van de verzoekende partij. Dat proces-verbaal bevat één opmerking over die offerte : "RSZ niet geldig".

In een tweede proces-verbaal van opening der offertes staat dat tijdens de opening van de offertes, op 7 december om 10.50 uur, op regelmatige wijze een offerte van OMNIPLAY is ingediend. Over die offerte staat in het proces-verbaal "RSZ OK" en "offerte wordt niet-laattijdig geacht, aangezien ze om 9.50 uur op het adres rue de Fer nr. 42 is binnengekomen en om 10.45 uur bezorgd is aan de voorzitter van de vergadering waarop de inschrijvingen worden geopend."

5. Op 27 december 1995 stelt de voorzitter van de vergadering waarop de offertes worden geopend, ten behoeve van het schepencollege een nota op die als volgt luidt :

" Onderwerp : inlichtingen over de indiening van de offerte Omniplay betreffende bestek nr. E334.

1. De onderneming heeft de offerte, in een dubbele gesloten omslag, op 6 december 1995 's morgens aan de diensten van Taxipost gegeven.

2. Op dezelfde dag tracht Taxipost de offerte in te dienen bij de diensten van de stad Namen. Aangezien de kantoren gesloten waren, was de eerste poging tevergeefs.

3. Op 7 december 1996 probeert Taxipost opnieuw. De chauffeur is eerst naar de Esplanade de l'Hôtel de Ville te 5000 Namen gereden, het eerste adres dat in het bestek wordt vermeld; daar heeft hij vernomen dat de dienst Logistiek aan de rue de Fer nr. 42 te 5000 Namen gelegen is, het tweede adres dat in het bestek wordt vermeld.

4. Taxipost is om 9.50 uur op laatstgenoemd adres aangekomen en heeft de offerte daar aan de receptionist afgegeven. Laatstgenoemde heeft de omslag klaarblijkelijk eerst rond 10.50 uur aan de genoemde dienst bezorgd.

5. Om 10 uur heeft de voorzitter van de openingsvergadering de offertes geopend. Hoewel de offerte naar behoren was overgezonden, is ze niet in handen van de voorzitter gesteld."

6. Uit een Taxipost-document blijkt dat op 6 december 1995 om 11.47 uur een zending is ingediend en dat die zending op 7 december 1995 om 9.50 uur aan een receptionist DOMECYN is overhandigd die het document voor ontvangst heeft ondertekend voor rekening van de geadresseerde "Stad Namen - College van burgemeester en schepenen - dienst Logistiek - Esplanade de l'Hôtel de Ville - 5000 Namen".

7. De dienst Jeugd van de stad Namen vergelijkt de offertes van de verzoekende partij en van de vennootschap OMNIPLAY en toetst ze aan de voorgeschreven beoordelingscriteria.
In het verslag, dat gedagtekend noch ondertekend is, staat onder meer dat de offerte van de verzoekende partij "niet conform is wat deel 2 - technische bepalingen paragraaf "E" van het bestek - betreft,

waarin 10 jaar waarborg tegen verrotting wordt geëist, terwijl de firma EIBE slechts 5 jaar waarborg biedt".

8. Op 28 december 1995 neemt het college van burgemeester en schepenen de volgende beslissing :

" Gelet op het besluit van 22 november 1995, waarbij de gemeenteraad de aankoop van speeltuigen voor een bedrag geraamd op 3.500.000 frank, btw inbegrepen, goedkeurt;

Gezien de uitslag van de beperkte offerteaanvraag die heeft plaatsgehad op 7 december 1995 om 10 uur, waaruit blijkt dat de aanbestedende overheid de prijsofferte van de vennootschap Omniplay, die op 7 december 1995 om 10.50 uur is ingekomen bij de voorzitter van de vergadering waarop de offertes worden geopend, als niet-laattijdig heeft beschouwd, omdat ze op 7 december 1995 om 9.50 uur bij de kantoren van het gemeentebestuur is binnengekomen;

Gelet op de wet van 14 juli 1976, het koninklijk besluit van 22 april 1977 en het ministerieel besluit van 10 augustus 1977 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten;

Gelet op de artikelen 234 en 236 van de nieuwe gemeentewet;

Gezien het niet-gedagtekende verslag waarin de dienst Jeugd besluit dat de prijsofferte van de firma EIBE niet aan de gunningscriteria voldoet en voorstelt om de opdracht te gunnen aan de vennootschap OMNIPLAY, binnen de perken van de daartoe bestemde begrotingskredieten,

BESLUIT de levering van speeltuigen bestemd voor de speelruimten toe te kennen aan de firma OMNIPLAY (btw nr. 428.290.533) uit Gastuche, voor een bedrag van 3.500.000 frank, btw inbegrepen.

(...)"

Dat is de bestreden beslissing.

9. Op 19 februari 1996 brengt de verwerende partij aan de firma OMNIPLAY ter kennis dat "het schepencollege op 28 december 1995 besloten heeft (haar) de levering van speeltuigen voor in de open lucht toe te vertrouwen voor een maximumbedrag van 3.500.000 frank,

btw inbegrepen, overeenkomstig (haar) offerte van 1 december 1995".

Op dezelfde dag schrijft zij de verzoekende partij het volgende :

" Onderwerp : bestek nr. E 334.
Hierbij danken wij u voor uw offerte voor de levering van spelen. Wij hebben ze goed ontvangen. Tot onze spijt kunnen wij evenwel niet op uw offerte ingaan, omdat ze niet voldoet aan de technische voorschriften van het in het onderwerp vermelde bestek."

10. Op 23 februari 1996 schrijft de verzoekende partij aan de verwerende partij het volgende :

" Naar aanleiding van uw brief van 19 februari 1996 betreffende bestek nr. E334 kunnen wij die beslissing in geen geval aanvaarden.

De vermelde reden : "omdat (uw offerte) niet voldoet aan de technische voorschriften van het bestek" is helemaal niet gegrond.

De firma EIBE heeft zich nauwgezet aan het bestek gehouden, terwijl de gekozen aannemer niet aan het bepaalde in de bijlage van bestek E334 voldoet.

Bovendien komt diezelfde firma niet voor in het proces-verbaal van de opening der offertes die op donderdag 7 december 1995 om 10 uur was vastgesteld, wat voor ons nog erger is. Wij werden aldus de enige aannemer.

Dat heeft ons tot een buitengewone vergadering gebracht met een lid van het college en het gemeentebestuur van Namen, alsook met de huidige aannemer. Die vergadering had tot doel in onderaanneming te werken met de andere firma en aldus de architectuur van het Koningin Fabiolapark in acht te nemen.

Zou er geen "vergissing of machtsmisbruik" in het spel zijn ?

In voorkomend geval doen wij via onze advocaat een beroep op het Comité van Toezicht om tegen de beslissing van het college in te gaan.

Als die beslissing ongewijzigd blijft, zijn wij gedwongen om ons aan het oordeel van de bevoegde rechtbank te gedragen en schadevergoeding te eisen.

Deze brief wordt u toegestuurd zonder nadelige erkenning en onder voorbehoud van alle rechten."

11. Op 29 februari 1996 beantwoordt de verwerende partij die brief als volgt :

" Wij bevestigen de ontvangst van uw aangetekende brief van 23 februari 1996 betreffende de opdracht van levering van speeltuigen, geregeld bij bestek nr. E334.

Wij geven toe dat de op 19 februari 1996 aan u geadresseerde brief (...) nauwkeuriger had moeten zijn. Gelieve ons daarvoor te verontschuldigen. Wij delen u dus de fundamentele reden mee waarom uw offerte volgens ons niet voldoet aan de voorschriften van het bestek :

artikel 1 E van genoemd bestek bepaalt : "er moet op zijn minst 2 jaar waarborg tegen alle mogelijke productiefouten of -gebreken, 5 jaar waarborg tegen fouten bij het monteren en 10 jaar waarborg tegen verrotting worden geboden.". In § 2 van de stukken die u op 5 december 1995 hebt overgezonden, staat : "Het materiaal Eibe is conform alle industriële normen inzake veiligheid en toxicologie. Alle bestanddelen hebben daardoor een volledige waarborg van 5 jaar, behalve tegen vandalisme".

Daaruit blijkt dus genoegzaam dat de voorgestelde waarborgtermijnen niet stroken met de bepalingen van het bestek.

Wat uw opmerking betreft over het in aanmerking nemen van een offerte die op 7 december 1995 om 10 uur niet in het bezit was van de voorzitter van de vergadering waarop de offertes geopend zijn, delen wij u mee dat het schepencollege op zijn vergadering van 28 december 1995 die offerte, hoewel ze op 7 december 1995 om 10.50 uur bij de voorzitter is ingekomen, als niet-laattijdig heeft beschouwd, aangezien vaststaat dat ze op 7 december 1995 om 9.50 uur op de kantoren van het gemeentebestuur is afgegeven.";

Overwegende dat de verwerende partij een exceptie van niet-ontvankelijkheid van het beroep of op zijn minst van de twee aangevoerde middelen aanvoert, op de grond dat de verzoekende partij, die geen offerte conform het bestek heeft ingediend, noodzakelijkerwijs wegens onregelmatig moest worden geweerd; dat de verzoekende partij volgens haar bijgevolg geen

toereikend belang heeft bij dit beroep of op zijn minst bij de twee middelen die ze opwerpt;

Overwegende dat in het kader van een offerteaanvraag, een inschrijver van wie de offerte onregelmatig is geacht, er belang bij heeft, wat de middelen betreft, de beoordeling aan te vechten die ertoe heeft geleid dat zijn offerte onregelmatig is verklaard en die van zijn concurrenten regelmatig zijn verklaard; dat zulks de strekking is van de in casu aangevoerde middelen en dat de verzoekende partij dus wel een belang bij haar beroep heeft;

Overwegende dat de verzoekende partij een eerste middel ontleent aan "schending van de wet van 29-07-1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen"; dat zij als argument aanvoert dat "de brief van 19-02-1996 in rechte, noch in feite enige verantwoording voor de afwijzing van de offerte van de verzoekende partij bevat"; dat ze onderstreept dat "inzonderheid, in die brief geenszins wordt aangegeven waarom de offerte van de verzoekende partij niet aan de technische voorschriften van het bestek voldoet";

Overwegende dat met dit middel, zowel in het verzoekschrift als in de memorie van wederantwoord, alleen de kennisgeving van 19 februari 1996 wordt aangevochten, en niet de bestreden beslissing van 28 december 1995; dat het middel in dat opzicht feitelijke grondslag mist;

Overwegende dat de verzoekende partij een tweede middel ontleent "aan schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, van de wet van 14-07-1976 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, van het K.B. van

22-04-1977 en van het M.B. van 10-08-1977"; dat ze zich erover beklaagt "anders te zijn behandeld dan de firma OMNIPLAY", doordat "de opdracht niet is toevertrouwd aan de inschrijver die de interessantste regelmatige offerte heeft ingediend", waarbij wordt aangevoerd dat "de aannemer OMNIPLAY niet aanwezig was, noch kon zijn, tijdens de vergadering van 07-12-1995" en dat "de firma OMNIPLAY geen inschrijver was in de zin van de wet";

Overwegende dat dit middel niet ontvankelijk is, voor zover daarin alleen schending "van de wet van 14-07-1976 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, van het K.B. van 22-04-1977 en van het M.B. van 10-08-1977" wordt aangevoerd en aldus slechts een veel te vage en onnauwkeurige kritiek vervat is; dat dit middel daarentegen wel ontvankelijk is, voor zover daarin schending van het gelijkheidsbeginsel wordt aangevoerd en de regelmatigheid van de offerte van de gekozen aannemer wordt aangevochten;

Overwegende dat vaststaat dat de offerte van de firma OMNIPLAY tijdig bij de verwerende partij is ingekomen; dat de omstandigheden waardoor de diensten van de verwerende partij die offerte eerst 50 minuten na aanvang van de vergadering hebben afgegeven aan de voorzitter van de vergadering waarop de offertes worden geopend, op geen enkele wijze een reden konden opleveren om de offerte louter daarom onregelmatig te verklaren; dat de discriminatie waarover de verzoekende partij zich beklaagt, bijgevolg niet vaststaat en dat het middel niet gegrond is,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het beroep wordt verworpen.

Artikel 2.

De kosten, bepaald op 4.000 frank, komen ten laste van de verzoekende partij.

Aldus uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van de VIe kamer, op drieëntwintig september 1900 achtennegentig door :

de HH.	CLOSSET,	kamervoorzitter,
	HANSE,	staatsraad,
	LEWALLE,	staatsraad,
Mevr.	NOTEBAERT,	griffier.

De Griffier, **De Voorzitter,**

Chr. NOTEBAERT. **Ch.-L. CLOSSET.**

**VERTALING OVEREENKOMSTIG ARTIKEL 63,
EERSTE LID, VAN DE WETTEN OP DE RAAD VAN STATE,
GECOÖRDINEERD OP 12 JANUARI 1973.**