

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 178.195 van 28 december 2007
in de zaak A. 186.262/XII-5293.**

In zake : de NV VBG,
die woonplaats kiest bij
advocaat P. Flamey,
kantoor houdende te Antwerpen,
Jan van Rijswijcklaan 16

tegen :

de STAD GEEL,
die woonplaats kiest bij
advocaten D. D’Hooghe en L. De Vuyst,
kantoor houdende te 1000 Brussel,
Loksumstraat 25.

tussenkommende partij :

de NV MARCEL NIJS,
die woonplaats kiest bij
advocaten D. Erreygers, Chr. Lenders en S. Vernailen,
kantoor houdende te Antwerpen,
Mechelsesteenweg 27.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de NV VBG op 12 december 2007 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing te vorderen van “de beslissing van het College van Burgemeester en Schepenen van de Stad Geel dd. 3 december 2007 waarbij werd beslist de opdracht voor de ‘weg- en rioleringswerken Laarstraat fase II’ na openbare aanbesteding toe te kennen aan de firma Marcel Nijs N.V. met maatschappelijke vestiging te 2300 Turnhout, Beukenlaan 15, evenals de impliciete beslissing van het College van Burgemeester en Schepenen van de Stad Geel van dezelfde datum teneinde de opdracht niet toe te kennen aan verzoekende partij;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 14 december 2007 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 20 december 2007, om 10.30 uur;

Gezien het op 18 december 2007 ingediende verzoekschrift waarbij de NV Marcel Nijs vraagt in het administratief kort geding te mogen tussenkomen; dat zij voordeel blijkt te halen uit de bestreden beslissing en erbij belang heeft dat de vordering wordt afgewezen; dat haar verzoek dienvolgens moet worden ingewilligd;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaten P. Flamey en G. Verhelst, die verschijnen voor de verzoekende partij, van advocaat D. D'Hooghe, die verschijnt voor de verwerende partij, en van advocaat D. Wouters, die loco advocaat Chr. Lenders verschijnt voor de tussenkomende partij;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur P. Barra;

Gelet op de artikelen 17 en 18 en titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973,

OVERWEEGT WAT VOLGT :

De gegevens van de zaak

1. Op 2 juli 2007 wordt in het Bulletin der Aanbestedingen een opdracht aangekondigd van de stad Geel met als voorwerp “Weg- en rioleringswerken Laarstraat fase II”.

De opdracht omvat de volledige opbraak van bestaande wegverharding en bestaande riolering en inbuizingen in de Laarstraat en omgeving, de aanleg van nieuwe prioritaire riolering en regenwaterafvoerleidingen, bouwen van overstortconstructies en speciale inspectieputten en vernieuwen van wegverhardingen, voetpaden, opritten en fietspaden.

Het bestek vermeldt onder meer dat de gunningswijze de openbare aanbesteding is en dat de opening der offertes plaats grijpt op vrijdag 31 augustus

2007 om 10 uur “ten overstaan van de burgemeester of zijn afgevaardigde op het stadhuis van en te Geel”.

Het bestek vermeldt op bladzijde 7 onder artikel 104 dat de offertes dienen te worden “toegezonden naar of overhandigd aan de stad Geel ten aanzien van de burgemeester of zijn afgevaardigde op het stadhuis van Geel”. Artikel 106 bepaalt dat de inschrijvingen dienen te worden “toegezonden naar of overhandigd op het stadhuis te Geel ten aanzien van ‘het college van burgemeester en schepenen van de stad Geel’”.

De tussenkommende partij geeft een offerte af aan de balie van de technische dienst en dit op 31 augustus 2007 om 9 u.

Het proces-verbaal van opening der biedingen van 31 augustus 2007 vermeldt dat de voorzitter Bart De Maeyer is en de secretaris Tine Bracke. Bart De Maeyer blijkt het Diensthoofd Openbare Werken en Verkeer van de verwerende partij, Tine Bracke een aangestelde van Grontmij, de ontwerper van de werken. Er wordt vastgesteld dat acht omslagen voorhanden zijn, de prijzen worden afgeroepen en het blijkt dat de verzoekende partij de laagste inschrijver is.

In fine van het proces verbaal, voorafgaand aan de handtekeningen, wordt het volgende vermeld :

“Na sluiting van de zitting blijkt een inschrijving van de nv Marcel Nijs, tussenkommende partij, ongeopend en tijdig afgegeven aan de balie van het stadhuis niet te zijn in beschouwing genomen. Om reden van art. 104, wordt deze inschrijving NIET geopend omdat ze niet in het bezit was van de voorzitter”.

Na de handtekeningen volgt :

“Voor een uitgebreid verslag van dit incident wordt verwezen naar het verslag, opgemaakt door Stad Geel”.

Het betrokken verslag is opgesteld door Bart De Maeyer. Hierin wordt gesteld :

- dat een koeriersdienst om 9 uur de offerte van de NV Marcel Nijs heeft afgegeven aan een bediende van de gemeentelijke infocel namelijk Ilse Horemans die een ontvangstbewijs met datum en uur meegaf aan de koeriersdienst;
- dat Ilse Horemans hierop Bart De Maeyer opbelde, wiens telefoon werd opgenomen door Johan Aerts, met de vraag de offerte op te halen;

- dat Johan Aerts erkent een telefoon in die zin te hebben gekregen van Ilse Horemans en Bart De Maeyer te hebben gemeld dat er een omslag afgegeven was aan de balie waarop laatstgenoemde antwoordde dat Wim Vanmeerbeek moest worden gevraagd de omslag op te halen;
- dat Wim Vanmeerbeek erkent deze opdracht van Johan Aerts te hebben ontvangen en naar de balie is gegaan waar hij aan Patrick Coopmans, bediende aan de balie, vroeg waar de persoon was die de offerte kwam afgeven;
- dat een klant aan de balie Patrick Coopmans en Wim Vanmeerbeek wist te vertellen dat deze persoon al weer weggegaan was;
- dat Wim Vanmeerbeek naar de wachtenden op de gang ging en vroeg naar de persoon die een offerte kwam afgeven waarop niemand positief reageerde, waarop hij naar zijn bureau teruggaat;
- dat hij daar wordt aangesproken door een persoon die een omslag wil afgeven, echter van een andere inschrijver dan de NV Marcel Nijs;
- dat Wim Vanmeerbeek de omslag in ontvangst neemt, in de overtuiging dat dit de omslag is waarvoor was getelefoneerd, en een ontvangstbewijs geeft, hetgeen gebeurt rond 9u15;
- dat hij deze omslag aan voorzitter Bart De Maeyer geeft;
- dat Ilse Horemans verklaart wegens de drukte geen nadere aandacht te hebben besteed aan de omslag van de NV Marcel Nijs en Wim Vanmeerbeek ook niet te hebben opgemerkt.

De verwerende partij informeert zich bij de diensten van de Eerste Minister die haar met een mail van 3 september 2007 wijzen op het gebrek aan uniforme rechtspraak betreffende het probleem.

Op 23 oktober 2007 stuurt de verwerende partij naar de verzoekende partij een brief met volgende inhoud :

“Wegens een administratieve vergissing werd op de openingszitting d.d. 31 augustus 2007 betreffende de openbare aanbesteding weg- en rioleringswerken Laar fase II, één van de biedingen niet geopend.

Bijgevolg nodigen wij u uit op de heropeningszitting op vrijdag 26 oktober 2007 om 9 uur op het stadhuis te Geel, Werft 20, lokaal 1.00”.

Met een brief van 24 oktober 2007 reageert de verzoekende partij waarbij ze opmerkt helemaal niet akkoord te gaan met de handelwijze.

Op 26 oktober 2007 wordt de inschrijving geopend in tweede openbare zitting. Het “addendum proces-verbaal van opening der biedingen” vermeldt dat de verzoekende partij laat noteren : “Wij gaan niet akkoord met deze procedure.” De inschrijving van de NV Marcel Nijs wordt geopend en de prijs wordt bekendgemaakt.

In een brief van 29 oktober 2007 klaagt de raadsman van de verzoekende partij nogmaals de gang van zaken aan.

Met een brief van 30 oktober 2007 meldt de verwerende partij aan de raadsman van de verzoekende partij dat ze een wachtperiode van 10 dagen zal in acht nemen na het nemen van de toewijzingsbeslissing, waarbinnen deze niet zal worden betekend aan de gekozen inschrijver.

In november 2007 wordt een aanbestedingsverslag opgesteld; een zogenoemde klaarblijkelijke fout in de inschrijving van de NV Marcel Nijs brengt de prijs zonder BTW van 2.891.850,25 euro op 2.905.822,76. euro. Op 29 november 2007 wordt een addendum opgesteld aan voornoemd aanbestedingsverslag waarin wordt vermeld dat de prijsverantwoordingen die aan de NV Marcel Nijs werden gevraagd kunnen worden aanvaard.

Op 3 december 2007 beslist het college van burgemeester en schepenen van de verwerende partij tot toewijzing van de opdracht aan de NV Marcel Nijs voor een bedrag van 2.905.822,76 euro. BTW niet inbegrepen of 2.991.368,57 euro, BTW inbegrepen. In de overwegingen wordt onder meer verwezen naar een advies van “professor D’Hooghe [...] waarvan de aanbevelingen leidden tot de gevolgde werkwijze en besluit”.

Met een brief van 4 december 2007 brengt de verwerende partij de verzoekende partij ter kennis dat de opdracht toegewezen werd bij beslissing van 3 december 2007 aan de NV Marcel Nijs. Bij brief van 11 december 2007 schrijft de verwerende partij aan de verzoekende partij wat volgt :

“Wat betreft de stand-still kunnen wij, indien binnen de vooropgestelde termijn van tien dagen een (gewone) vordering tot schorsing bij de Raad van State wordt ingediend, inderdaad met de contractsluiting wachten tot de Raad van State daaromtrent binnen de wettelijke termijn van 45 dagen uitspraak zal hebben kunnen doen. Nadien behouden we ons echter het recht voor om tot contractsluiting over te gaan”.

De grondvoorwaarden voor schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid

2. Krachtens 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.

3. Wat de tweede voorwaarde betreft, voert de verzoekende partij in een eerste middel 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, van de artikelen 104, 106 en 108 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, van het gelijkheidsbeginsel zoals gewaarborgd door de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur met in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel en het patere legem beginsel, de ontstentenis van de rehtens vereiste feitelijke en juridische grondslag en machtsoverschrijding met toepassing van artikel 159 van de Grondwet.

Daartoe betoogt zij wat volgt.

Iedere offerte die na de opening van de zitting bij de Voorzitter terechtkomt moet in principe worden geweerd; er is volgens voormeld artikel 104 slechts één uitzondering namelijk wanneer de aanbestedende overheid nog geen kennis heeft gegeven aan de aannemer van haar beslissing en de offerte ten laatste vier kalenderdagen vóór de dag vastgesteld voor de ontvangst van de offertes bij de post als aangetekende zending is afgegeven.

Een offerte moet bij de voorzitter zijn, niet bij een andere ambtenaar. Van zodra een zitting is geopend kan geen offerte meer worden neergelegd. Dit is een substantiële vormvereiste om de gelijkheid onder de inschrijvers te bewaren. De inschrijving van de NV Marcel Nijs was niet bij de voorzitter bij de opening en voldoet niet aan de uitzonderingsvoorwaarden; ze werd met een koeriersbedrijf binnengebracht. Zelfs wanneer de laattijdigheid van een

inschrijving te wijten is aan een onregelmatigheid van het bestuur, verantwoordt dit niet dat deze inschrijving in aanmerking wordt genomen.

In zoverre zou dienen te worden aangenomen dat er een beslissing is van de verwerende partij om de procedure voort te zetten na heropening der offertes en met kennisname van een additionele offerte, dan dient de Raad van State deze beslissing met toepassing van artikel 159 van de Grondwet buiten toepassing te laten wegens schending van de in het middel vervatte wettelijke bepalingen; het gaat om geen daadwerkelijke voorbeslissing met rechtsgevolgen; in elk geval kan met de “Labonorm-rechtspraak” de onwettigheid van dergelijke beslissing aangevoerd worden tegen de uiteindelijke toewijzingsbeslissing.

4. Artikel 104 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, luidt als volgt :

“§ 1. De offerte opgesteld op papier wordt per brief of per bode aan de aanbestedende overheid overgemaakt. Ze wordt in een definitief gesloten omslag geschoven waarop het volgende vermeld wordt: de datum van de zitting waarop de offertes worden geopend, de verwijzing naar het bestek en eventueel naar de nummers van de betrokken percelen. Bij verzending per post, als gewoon of aangetekend stuk, wordt die gesloten omslag in een tweede gesloten omslag geschoven met opgave van het adres dat in het bestek is aangegeven en met de vermelding ‘offerte’. Dezelfde voorwaarden zijn van toepassing op de via elektronische middelen opgestelde offerte die evenwel niet via deze middelen wordt verzonden.

De verzending of overhandiging van een via elektronische middelen opgestelde offerte moet in overeenstemming zijn met artikel 81ter.

§ 2. Iedere offerte moet bij de voorzitter van de zitting voor de opening van de offertes toekomen alvorens hij de zitting opent.

Nochtans wordt een offerte die te laat toekomt, in aanmerking genomen voor zover:

1/ de aanbestedende overheid aan de aannemer nog geen kennis heeft gegeven van haar beslissing,

2/ en de offerte ten laatste vier kalenderdagen vóór de dag vastgesteld voor de ontvangst van de offertes bij de post als aangetekende zending is afgegeven”.

Te dezen lijkt het vast te staan dat de offerte vóór 10 uur afgegeven werd aan een aangestelde van de verwerende partij. Er lijkt dus gehandeld volgens het voormelde artikel 104 van het bestek dat bepaalt dat de offerte aan de Stad Geel wordt overhandigd, ten aanzien van de burgemeester of diens afgevaardigde. Het is door een samenloop van misverstanden onder de aangestelden dat deze offerte zich om 10 uur nog niet bij de voorzitter bevond.

De regel van artikel 104, dat een offerte die “te laat” toekomt bij de voorzitter slechts in beperkte gevallen in aanmerking wordt genomen lijkt een normdoel te dienen: manipulatie van een laattijdig toegekomen offerte te verhinderen en de gelijkheid der inschrijvers te vrijwaren. De rechtspraak heeft reeds aanvaard dat, indien door omstandigheden een offerte te laat aan de voorzitter wordt overhandigd, zulks niet noodzakelijk tot onregelmatigheid ervan moet leiden ingeval de gelijkheid tussen de inschrijvers niet is bedreigd (arresten Raad van State van 23 september 1998, nr. 75.885 en Hof van Cassatie van 30 april 1999, nr. F950407N).

Ongeacht de vraag of een offerte die tijdig aan de diensten van een aanbestedende overheid is overhandigd, wel als laattijdig mag worden aangemerkt, lijkt er te dezen op geen enkel ogenblik een mogelijkheid geweest te zijn tot manipulatie van de betrokken offerte zodat evenmin van enige ongelijke behandeling van inschrijvers sprake lijkt te zijn. Aldus lijkt het klaarblijkelijke normdoel van het aangehaalde artikel 104 bereikt en lijkt geen sprake van schending van de andere in het middel geschonden geachte rechtsbepalingen en beginselen.

Het middel is niet ernstig.

5. In een tweede middel, verwoord in ondergeschikte orde, voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, samen genomen met artikel 104 van het voornoemde koninklijk besluit van 8 januari 1996 en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel, en van machtoverschrijding.

Ze betoogt daartoe hetgeen volgt.

In de bestreden beslissing staat nopens het openen van de offerte van de NV Marcel Nijs het volgende :

“Gelet op het feit dat de inschrijving van Marcel Nijs NV niet geopend werd op de zitting te wijten is aan de aanbestedende overheid zelf en de offerte tijdig werd ingediend door de inschrijver”.

De wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, schrijft voor dat de motivering de juridische en feitelijke overwegingen dient te vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen en dat ze afdoende moet zijn - de aangehaalde redenen moeten volstaan teneinde de

beslissing te dragen. Eigen onzorgvuldigheid inroepen is uiteraard geen afdoende motivering teneinde te verantwoorden waarom met de betrokken offerte rekening werd gehouden. Voorts geeft de bestreden beslissing de twee processen-verbaal aan zonder te motiveren waarom er een tweede moest zijn temeer nu in het eerste staat dat de offerte Nijs niet werd geopend, gelet op het voormelde artikel 104; de twee processen-verbaal zijn dus tegenstrijdig.

6. Het eerste proces-verbaal bevat relaas van een stellingname omtrent de offerte Nijs in die zin dat de voorzitter besliste om de offerte niet te openen op de openingsdag. Intussen zijn, zoals blijkt uit de bestreden beslissing, betreffende die opening adviezen ingewonnen. De verzoekende partij stelt voorts in wezen ook niet dat er op de eerste openingsdag een definitieve beslissing was getroffen omtrent de offerte Nijs. De verzoekende partij laat bovendien na te vermelden dat de verwerende partij adviezen heeft ingewonnen. De tweede zitting opening der offertes lijkt dus niet in tegenspraak met de bevindingen van het eerste proces-verbaal doch is het resultaat van een onderzoek omtrent de mogelijke stellingnames ten aanzien van de offerte Nijs. Voorts lijkt de andere kritiek op de motivering samen te vallen met de grieven in het niet ernstig bevonden eerste middel. Aldus lijkt ook die kritiek te falen. Noch de schending van de materiële motiveringsplicht, noch de schending van de wet van 29 juli 1991 is aangetoond.

Het middel is niet ernstig.

7. Geen van de middelen is ernstig. Dienvolgens is niet voldaan aan de tweede van de door het voormelde artikel 17 gestelde voorwaarden, die vervuld moeten zijn, wil een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden toegewezen. Die vaststelling volstaat om de vordering af te wijzen.

OM DIE REDENEN BESLIST DE RAAD VAN STATE :

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van de NV Marcel Nijs in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

Artikel 2.

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt verworpen.

Artikel 3.

De kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, bepaald op 175 euro, komen ten laste van de verzoekende partij.

De kosten van de tussenkomst in de schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, bepaald op 125 euro, komen ten laste van de tussenkomende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op achtentwintig december 2007, door :

de H. D. VERBIEST,
Mevr. S. DOMS,

kamervoorzitter,
griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.