

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 222.917 van 19 maart 2013
in de zaak A. 208.040/XII-7256**

In zake: de NV TEVEAN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jan Seghers
kantoor houdend te 9000 Gent
Kouter 7 A-1
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de BELGISCHE STAAT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Isabelle Cooreman
kantoor houdend te 1070 Brussel
Ninoofsesteenweg 643
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 18 februari 2013, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van het bestuur genomen door de Belgische Staat, FOD Mobiliteit en Vervoer, Beliris, Directoraat-generaal Mobiliteit en Verkeersveiligheid, Directie Vervoerinfrastructuur, [...] waarbij de offerte van [de nv Tevean] in het kader van de overheidsopdracht tot openbare aanbesteding van de renovatie van de elektrische installaties in de Nationale Basiliek van Koekelberg [...] (besteknummer TIW.3.4.4. – Kenmerk Beliris: ACBAU/3.4.4/2231/46451) regelmatig werd bevonden, maar waarbij het bestuur [...] de opdracht aan [de nv Fabricom gunt]”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 15 maart 2013, om 10.30 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Jan Seghers, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Bram Tollet, die loco advocaat Isabelle Cooreman verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Ines Martens 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 FOD Mobiliteit en Vervoer, Beliris, Directoraat-generaal Mobiliteit en Verkeersveiligheid, Directie Vervoersinfrastructuur, schrijft een overheidsopdracht uit voor de renovatie van de elektrische installaties van de Basiliek van Koekelberg.

Het betreft een openbare aanbesteding. De opdracht wordt geraamd op een bedrag van 1.594.254,26 euro btw niet inbegrepen.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 21 augustus 2012.

3.2. De opdracht is onderworpen aan het bijzonder bestek “Nationale Basiliek van Koekelberg - Renovatie van de elektrische installaties” nr. 3.4.4.

In het technisch gedeelte van het bestek, luik elektriciteit ‘Bijzonder technische bepalingen’, wordt onder meer volgende eis opgelegd omtrent de bekabeling:

“Voor de bekabeling worden volgende kabels voorzien:

- [...]
- EVAVB voedingskabels tussen ALSB/ELVB, op trajecten waar kans op mechanische beschadiging bestaat, op trajecten in volle grond (mits nodige afdekpannen, signaallint, etc.)
- [...].”

In de meetstaat worden zeven posten vermeld met betrekking tot de voedingskabels EVAVB, namelijk de posten 79 tot en met 85:

“79	5G4-EVAVB-F3-3f+N+PE
80	5G10-EVAVB-F3-3f+N+PE
81	5G16-EVAVB-F3-3f+N+PE
82	5G35-EVAVB-F3-3f+N+PE
83	5G70-EVAVB-F3-3f+N+PE
84	5G95-EVAVB-F3-3f+N+PE
85	5G185-EVAVB-F3-3f+N+PE.”

In het bestek wordt voorts nog bepaald:

“Art. 96§2: Wijzigingen van de hoeveelheden van de samenvattende meetstaat

In geval van tegenstrijdigheid tussen de bestanddelen van onderhavige opdracht van werken, zowel wat de beschrijving van de werken als de hoeveelheden betreft, is de volgorde van voorrang en belangrijkheid als volgt bepaald: eerst de plannen, dan de samenvattende meetstaat en daarna het bijzonder bestek.”

3.3. De openingszitting vindt plaats op 9 oktober 2012. Er worden vier offertes ingediend.

- nv Socabelec	604.623,01 euro,
- nv Fabricom	826.535,75 euro,
- nv Tevean	1.390.332,96 euro,
- nv Imtech Belgium	1.027.607,03 euro.

3.4. De offertes worden onderzocht op abnormale prijzen. De offerte van de nv Socabelec wordt onregelmatig bevonden.

3.5. Op 17 december 2012 beslist de directeur van de Directie Vervoersinfrastructuur van de FOD Mobiliteit en Vervoer, Directoraat-generaal Mobiliteit en Verkeersveiligheid, de opdracht te gunnen aan de nv Fabricom voor een bedrag van 833.853,85 euro btw inbegrepen.

Dit is de bestreden beslissing.

In de gemotiveerde gunningsbeslissing worden de regelmatige inschrijvers als volgt gerangschikt:

“8. Eindrangschikking van de weerhouden offertes

Nr.	Inschrijver	Bekendgemaakte prijzen incl. btw
52	Fabricom nv	€ 833.853,85
54	Imtech Belgium nv	€ 1.037.563,05
53	Tevean nv	€ 1.454.962,13.”

3.6. Bij aangetekende brief van 1 februari 2013 wordt aan verzoekende partij kennis gegeven van het feit dat haar offerte werd geselecteerd en regelmatig werd verklaard maar niet werd gekozen. Als bijlage bij deze brief wordt de gemotiveerde gunningsbeslissing gevoegd.

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’ 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 beslissing het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist.

Anderzijds verplicht artikel 65/15, tweede lid, verzoekende partij 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 beslissing kunnen verantwoorden.

V. Onderzoek van het enige middel

Uiteenzetting

5.1. In een enig middel voert verzoekende partij de schending aan van artikel 16 van de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’, van artikel 115 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’, van “hoofdstuk III, administratieve bepalingen, artikel 96,§2 van het bijzonder bestek nr. 3.4.4.”, van de artikelen 65/4, 65/5 en 65/8 van de wet van 24 december 1993, van het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, van “het beginsel van behoorlijk bestuur

luidens hetwelk overheidsbeslissingen op in feite juiste en in rechte pertinente motieven dienen te zijn gesteund” en ten slotte van het gelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het transparantiebeginsel.

Verzoekende partij meent dat deze bepalingen en beginselen geschonden werden doordat de opdracht werd gegund aan een inschrijver die een offerte indiende die niet conform was aan de bepalingen van de meetstaat.

Verzoekende partij verwijst naar de bepalingen van het bestek. In het bestek werd enkel bepaald dat EVAVB voedingskabels dienden te worden gebruikt “tussen ALSB/ELVB, op trajecten waar kans op mechanische beschadiging bestaat, op trajecten in volle grond”. In de meetstaat bij het bestek werd uitdrukkelijk bepaald dat voor deze EVAVB-kabels, kabels type F3 dienden te worden gebruikt. Voorts stelt zij dat op grond van artikel 96, § 2, van de administratieve bepalingen van het bestek, in geval van tegenstrijdigheid tussen de opdrachtdocumenten de volgorde van voorrang als volgt is: eerst de plannen, dan de samenvattende meetstaat en daarna het bijzonder bestek.

Verzoekende partij wijst er op dat zij bij haar inschrijving een bladzijde heeft meegestuurd waarin zij heeft gemeld: “post 79-80-81-82-83-84-85-86 werd aangeboden in gewapende F3 kabel, conform het bestek en opmetingen”. Zij meent echter dat zij de enige inschrijver is die dit type kabels heeft aangeboden. Dit leidt zij af uit het feit dat er maar één leverancier van F3-kabels in België bestaat en deze leverancier haar heeft meegedeeld dat zij de enige is die prijs heeft gevraagd. Bijgevolg kan de door de andere inschrijvers ingediende prijs niet overeenstemmen met de prijs voor F3-kabels. Indien nu zou blijken dat er F1-kabels mochten worden gebruikt, dan had verzoekende partij eveneens met andere, lagere prijzen kunnen inschrijven, aangezien F3-kabels duurder zijn; ter terechtzitting wijst zij erop dat F3-kabels viermaal duurder zijn dan F1-kabels.

Uit de beslissing tot gunning aan een andere inschrijver blijkt dat de aanbestedende overheid aldus verzoekende partij geen rekening houdt met de administratieve bepalingen van haar eigen bestek.

5.2. Daarnaast meent verzoekende partij dat in het licht van de op verwerende partij rustende zorgvuldigheidsplicht, de kennisgeving van de bestreden beslissing minstens diende te vermelden welke kabels vereist zijn. Indien de aanbestedende overheid thans aanvaardt dat er F1-kabels worden geplaatst, had zij aan verzoekende partij de mogelijkheid moeten bieden om haar offerte aan te passen.

In tegenstelling tot wat artikel 65/8, eerste lid, 3°, van de wet van 24 december 1993 vereist, geeft verwerende partij in de kennisgeving aan verzoekende partij niet aan waarom haar offerte niet wordt gekozen. Er wordt enkel aangegeven dat dit niet de laagste regelmatige offerte zou zijn. Nochtans is verzoekende partij de enige die een offerte heeft ingediend conform de bepalingen van de samenvattende meetstaat. Er wordt geen duidelijkheid verschaft omtrent de F3-kabels. Daardoor voldoet volgens verzoekende partij de kennisgeving niet aan de motiveringsplicht zoals opgelegd door de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991, alsook niet aan de artikelen 65/4, 65/5 en 65/8 van de wet van 24 december 1993.

Beoordeling

6.1. In de eerste plaats merkt de Raad van State op dat verzoekende partij in haar uiteenzetting ten onrechte lijkt uit te gaan van de veronderstelling dat het hier om een algemene offerteaanvraag gaat. Uit de bestreden gunningsbeslissing en het administratief dossier blijkt dat de opdracht werd gegund met een openbare aanbesteding. Aldus lijkt verzoekende partij ten onrechte een schending in te roepen van de artikelen 16 van de wet van 24 december 1993 en van artikel 115 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, nu deze beide artikelen slechts van toepassing zijn op de algemene of beperkte offerteaanvraag.

6.2. De grief aan de orde in het enige middel betreft in essentie het kabeltype.

In haar nota licht verwerende partij toe dat er verschillende soorten EVAVB-kabels bestaan, naar gelang de brandvertragende eigenschappen van de kabels, F3-kabels hebben de grootste vuurweerstand.

Uit het samennemen van de technische besteksbepalingen en de samenvattende meetstaat lijkt dat voor de posten 79 tot 85 EVAVB-kabels type F3 dienden te worden aangeboden. Post 86 lijkt hier buiten beschouwing te moeten worden gelaten.

In tegenstelling tot wat verzoekende partij echter aanvoert, lijkt uit geen enkel stuk van het administratief dossier te mogen worden afgeleid dat de gekozen inschrijver geen EVAVB-kabels type F3 zou hebben aangeboden voor deze posten en dat de opdracht aldus zou zijn gegund aan een inschrijver waarvan de offerte niet voldeed aan deze technische vereiste.

Uit nazicht van de offerte ingediend door de gekozen inschrijver, die door verwerende partij als vertrouwelijk stuk werd neergelegd, blijkt dat de gekozen inschrijver de meetstaat, met vermelding van de F3-kabels voor de posten 79 tot 85, heeft ingevuld zoals deze bij het bestek was gevoegd. Deze inschrijver heeft hierbij op het eerste gezicht geen enkel voorbehoud geformuleerd omtrent de aanbidding van een EVAVB-kabel type F3.

Voor zover al mag worden aangenomen dat er slechts één leverancier van EVAVB-kabels type F3 in België zou zijn gevestigd – wat verzoekende partij overigens niet concreet aantoonde – valt niet in te zien hoe op grond van het feit dat geen andere inschrijver prijs zou hebben gevraagd aan deze leverancier, *ipso facto* moet worden aangenomen dat zij in hun offerte de vermelde kabels niet zouden hebben aangeboden.

Ook mag op het eerste gezicht uit het verschil in eenheidsprijzen voor de posten 79 tot 85 niet worden afgeleid dat de overige inschrijvers en meer bepaald de gekozen inschrijver met een ander soort kabel zou hebben ingeschreven; van de door verzoekende partij ter terechtzitting geopperde verhouding van 1 tot 4 wat de geboden eenheidsprijzen betreft, is al helemaal geen sprake.

Het middel mist hier feitelijke grondslag.

7. Wat de aangevoerde schending van de formele-motiveringsplicht betreft moet worden opgemerkt dat de hier gehanteerde gunningswijze de aanbesteding is zodat in beginsel de vermelding dat de opdracht gegund wordt aan de laagste regelmatige inschrijver een afdoende formele motivering is.

De bestreden beslissing vermeldt dat alle inschrijvers werden geselecteerd en dat één offerte onregelmatig is wegens abnormale eenheidsprijzen. Voorts wordt de eindrangschikking van de regelmatige offertes vermeld waarbij wordt besloten de opdracht te gunnen aan de laagste regelmatige inschrijver.

Op het eerste gezicht is deze motivering afdoende.

Aangezien reeds werd vastgesteld dat het middel feitelijke grondslag lijkt te missen voor zover daarin wordt aangevoerd dat de offertes van de overige inschrijvers onregelmatig zouden zijn omdat zij niet het in de meetstaat gevraagde kabeltype zouden bieden, dient uiteraard hierover geen bijzondere motivering te worden opgenomen.

Wat de aangevoerde schending van artikel 65/8 van de wet van 24 december 1993 betreft, kan nog worden opgemerkt dat een gebeurlijk gebrek in de kennisgeving de rechtmatigheid van de gunningsbeslissing zelf niet lijkt aan te tasten.

8. Het enige middel is niet ernstig.

VI. Besluit

9. Bij gebrek aan ernstig middel dient de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid te worden verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verworpt 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 19 maart 2013, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Bram Van Thillo,	griffier.
De griffier	De voorzitter

Bram Van Thillo

Pierre Barra