

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 221.867 van 20 december 2012
in de zaak A. 192.143/XII-5785**

In zake: de BVBA PEVENAGE & ZOON
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Dominique Abbeloos
kantoor houdend te 9000 Gent
Maaltebruggestraat 298
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE AFFLIGEM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jan Ghysels
kantoor houdend te 1170 Brussel
Terhulpsesteenweg 187
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV AUDEBO
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Koenraad Maenhout
kantoor houdend te 2100 Antwerpen
Filip Williotstraat 30 bus 0102
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 8 april 2009, strekt tot de
nietigverklaring van:

“de beslissing d.d. 06/01/2009 (lees: 30 december 2008) van het college
van burgemeester en schepenen van de gemeente Affligem waarbij de
offerte van [de bvba Pevenage & Zoon] in de openbare aanbesteding nr.
111/006 voor de ‘Heraanleg Driesplein inclusief aanleg van een

gescheiden rioleringsstelsel te Affligem' niet werd weerhouden en waarbij de opdracht werd toegewezen aan de nv Audebo”.

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.

De nv Audebo heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 30 juni 2009. De tussenkomende partij heeft een memorie ingediend.

Auditeur Ines Martens heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 23 oktober 2012.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Ann Lauf, die loco advocaat Dominique Abbeloos verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Stephan Wyckaert, die loco advocaat Jan Ghysels verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Michiel Cassiers, die loco advocaat Koenraad Maenhout verschijnt voor de tussenkomende 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 gemeente Affligem schrijft een openbare aanbesteding uit voor de heraanleg van het Driesplein, inclusief de aanleg van een gescheiden rioleringsstelsel.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 21 oktober 2008.

3.2. De opdracht is onderworpen aan de bepalingen van het bestek “Heraanleg Driesplein, inclusief de aanleg van een gescheiden rioleringsstelsel te Affligem”. Het betreft een aanneming van werken.

Met betrekking tot de opening van de offertes wordt in de synopsis van het bestek vermeld:

“Opening van de inschrijvingen: Gemeentehuis van Affligem op Vrijdag 21 november 2008 te 10.00 u.”

Met betrekking tot het indienen van de offertes wordt in het bestek vermeld onder artikel 104:

“De inschrijvingen dienen toegezonden naar of overhandigd te worden op het gemeentehuis van Affligem, Bellestraat 99-1790 Affligem.

De inschrijvingen zijn ofwel onder enkele omslag af te geven aan de voorzitter van de zitting belast met het openen van de inschrijvingen en dit vóór hij de zitting als open verklaart, ofwel ter post onder dubbele omslag gericht tot de Heer Burgemeester van de gemeente Affligem.

De binnenomslag draagt de volgende vermeldingen:

- Offerte voor de aanneming van de werken Heraanleg Driesplein, inclusief de aanleg van een gescheiden rioleringsstelsel te Affligem.
- De datum van de zitting van opening der inschrijvingen.

De buitenste omslag vermeldt naast het adres, het opschrift ‘Offerte’.

Bij afgifte aan de voorzitter vóór de opening van de zitting draagt de buitenomslag dezelfde opschriften als de binnenomslag hierboven beschreven.”

3.3. Op het proces-verbaal van opening wordt bovenaan vermeld dat vijf inschrijvers een offerte hebben ingediend, namelijk:

“1. De Moor voor een bedrag van	782.560,73 €
2. De Jonge voor een bedrag van	843.707,13 €
3. Marcel Nys voor een bedrag van	768.145,04 €
4. Pevenage & Zoon voor een bedrag van	681.017,52 €
(- 2% op alle prijzen)	
5. De Winne voor een bedrag van	707.424,33 €”

Daaronder volgt een streep waarna wordt vermeld:

“Ingevolge omstandigheden tijdig in verkeerd lokaal bezorgd	
6. Audebo voor een bedrag van	745.559,50 €”

Het proces-verbaal van opening wordt ondertekend door B.V. voor ontwerper Grontmij en door P.G. en K.S. voor de gemeente. De laatste vermelding inzake de offerte van de nv Audebo wordt afzonderlijk geparafeerd dan wel gehandtekend.

3.4. Op 16 december 2008 wordt een aanbestedingsverslag opgesteld. In dit verslag wordt onder meer het volgende vermeld:

“ Aangenomen inschrijvingsbiljetten met opgave van redenen:
De offerten van de firma's nv Audebo, bvba Pevenage & Zoon, nv Paul De Winne, nv Marcel Nijs, nv Wegenwerken De Moor en nv Ondernemingen ir. O. De Jonge worden aangenomen.

De inschrijving van aannemer Audebo werd tijdig afgegeven op een gemeentelijke dienst en geraakt, door omstandigheden, niet tijdig bij de opening van de offertes. De desbetreffende inschrijving werd onmiddellijk na de sluiting van de zitting geopend in de aanwezigheid van verscheidene getuigen van de gemeente en het studiebureau, zijnde:

- Dhr. Paul Geeraerts, Schepen van openbare werken.
- Dhr. Juliaan Van Ginderdeuren, Secretaris
- Dhr. Koenraad Surdiacourt, diensthoofd openbare werken
- Mevr. Barbara Verhoeven, projectleider Grontmij NV

Hoewel de inschrijving van NV Audebo tijdig, doch in het verkeerd lokaal, werd aangeleverd wordt deze toch in beschouwing genomen daar werd gehandeld volgens artikel 104 van het bestek dat bepaalt dat de offerte aan de gemeente Affligem wordt overhandigd, ten aanzien van de burgemeester of diens afgevaardigde. Bovendien was er geen enkele kans op manipulatie tussen het moment van de zitting en de opening van de offerte.

Een gelijkaardig geval deed zich reeds voor bij de stad Geel, waar eveneens de ‘verloren’ inschrijving de laagste prijs noteerde. De inschrijver die oorspronkelijk werd weerhouden, in het specifiek geval van de stad Geel, [ging] in beroep bij de Raad van State. In zijn arrest beslist de Raad van State dat het principe van artikel 104 inderdaad niet werd geschonden:

‘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.”

Na rekenkundig nazicht en financiële controle van de offertes wordt in het verslag een rangschikking van de inschrijvingen opgesteld. De nv Audebo wordt gerangschikt als laagste regelmatige inschrijver. Verzoekende partij wordt gerangschikt als tweede laagste.

3.5. Bij besluit van 30 december 2008 van het college van burgemeester en schepenen van Affligem wordt de opdracht gegund aan de nv Audebo.

Bij aangetekende brief van 23 februari 2009 wordt aan verzoekende partij meegedeeld dat de opdracht werd gegund aan de nv Audebo.

Bij brief van 26 februari 2009 vraagt verzoekende partij de gemotiveerde gunningsbeslissing op bij verwerende partij, alsmede het gunningsverslag en het proces-verbaal van de openingszitting.

3.6. Bij schrijven van 4 maart 2009 wordt aan verzoekende partij de gemotiveerde beslissing bezorgd met onder meer het aanbestedingsverslag waar als bijlage voornoemd proces-verbaal is bijgevoegd.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

Uiteenzetting van de excepties

4. Verwerende partij betwist het belang van verzoekende partij bij huidige vordering. Zij wijst erop dat de opdracht inmiddels werd uitgevoerd, zodat het enige rechtsherstel dat verzoekende partij nog kan krijgen, een schadevergoeding betreft. Een dergelijke eis behoort volgens verwerende partij echter tot de bevoegdheid van de gewone rechter. De procedure voor de Raad van State zou enkel tot doel hebben de fout vast te stellen in het kader van een vordering tot schadevergoeding voor de gewone rechter.

Ook meent verwerende partij, hierin bijgevalen door tussenkomende partij, dat het beroep zonder voorwerp is aangezien verzoekende partij een beroep instelt tegen een beslissing van 6 januari 2009 terwijl er geen beslissing van die datum bestaat. Nochtans rust op verzoekende partij de plicht om haar verzoekschrift zorgvuldig op te stellen. Ten slotte merkt verwerende partij op dat de bestreden beslissing ook niet is vermeld in de inventaris van de stukken bij het verzoekschrift wat volgens verwerende partij eveneens de onontvankelijkheid van het annulatieberoep met zich meebrengt.

Beoordeling

5.1. Verzoekende partij vermeldt als voorwerp van haar beroep “de beslissing d.d. 06/01/2009 van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Affligem waarbij de offerte van verzoekster in de openbare aanbesteding nr. 111/006 voor de ‘Heraanleg Driesplein inclusief aanleg van een gescheiden rioleringsstelsel te Affligem’ niet werd weerhouden en waarbij de opdracht werd toegevoerd aan de nv Audebo”.

De vermelding van de datum van 6 januari 2009 in het verzoekschrift en op de inventaris van de bij het inleidend verzoekschrift gevoegde stukken berust op een materiële vergissing; het is de datum van eensluidend-verklaring door verwerende partij van de beslissing van 30 december 2008.

Het afschrift van de gunningsbeslissing van 30 december 2008 werd ook bij het verzoekschrift gevoegd en uit het verzoekschrift blijkt duidelijk dat als bestreden beslissing deze van 30 december 2008 wordt bedoeld, zodat de exceptie op dat punt in ieder geval feitelijke grondslag mist. Verwerende partij noch tussenkomende partij hebben enige moeite gehad het voorwerp van het beroep correct te identificeren. De exceptie wordt verworpen.

5.2. Het belang van een verzoekende partij om bij de Raad van State een beslissing inzake de toewijzing van een overheidsopdracht te bestrijden, bestaat er idealiter in opnieuw op zijn minst kans te maken om die opdracht toegewezen te krijgen en die zelf uit te voeren. Het enkele feit echter dat het voormelde doel onbereikbaar is geworden moet niet noodzakelijk tot gevolg hebben dat een verzoekende partij elk rechtstreeks belang bij de vordering tot nietigverklaring verliest. Het beroep strekt immers tot de nietigverklaring van een toewijzingsbeslissing, afsplitsbare bestuurshandeling waardoor de verzoekende partij is voorbijgegaan. Een verzoekende partij ontleent aan dat voorbijgaan in principe een gekwalificeerd moreel belang dat gediend wordt en, spijts de uitvoering van de overeenkomst betreffende de opdracht, gediend blijft door een nietigverklaring van de toewijzingsbeslissing. Dat belang volstaat. De exceptie wordt verworpen.

V. Onderzoek van het vierde middel

Standpunt van de partijen

6. Verzoekende partij voert de schending aan van het gelijkheidsbeginsel. Zij wijst erop dat de gelijkheid tussen de inschrijvers is geschonden door achteraf nog de offerte van tussenkomende partij te aanvaarden en aldus de offertes van de overige inschrijvers buiten spel te zetten. De offerte van tussenkomende partij werd geopend in een vergadering waarvoor de overige inschrijvers niet werden uitgenodigd zodat zij niet in staat waren na te gaan of de voorwaarden van artikel 104 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’ werden nageleefd. Zo is er geen garantie dat de offerte op een onpartijdige wijze werd opgemaakt en ingediend.

7. Verwerende partij merkt in haar memorie van antwoord op dat niets erop wijst dat zij die aanwezig waren bij de opening van de offerte van tussenkomende partij, partijdig zouden zijn geweest.

8. Tussenkomende partij wijst erop dat verwerende partij alles in het werk heeft gesteld om de opening van de offerte van tussenkomende partij zo neutraal en objectief mogelijk te laten verlopen.

9. In haar memorie van wederantwoord benadrukt verzoekende partij onder meer dat de offerte van tussenkomende partij werd geopend door niet nader genoemde personen en er enkel gewag wordt gemaakt van de gemeentesecretaris. Ten slotte merkt zij op dat uit het proces-verbaal van opening blijkt dat de offerte van tussenkomende partij niet werd geopend tijdens de openingszitting en dat de aparte vermelding over die offerte nadien op het proces-verbaal werd aangebracht.

10. In haar laatste memorie wijst verwerende partij er onder meer op dat verzoekende partij geen valsheidsprocedure heeft opgestart tegen de vermeldingen in het proces-verbaal en het aanbestedingsverslag zodat moet

worden aangenomen dat de vermeldingen hierin juist zijn en dat de offerte van tussenkomende partij wel degelijk tijdig werd ingediend.

Beoordeling

11. Op het proces-verbaal van de openingszitting wordt vermeld dat de offerte van tussenkomende partij “ingevolge omstandigheden tijdig in [een] verkeerd lokaal bezorgd” werd. In de optiek van de aanbestedende overheid werd de offerte van tussenkomende partij blijkbaar op tijd op het gemeentehuis bezorgd, plaats waar ze volgens het bestek diende te worden binnengebracht, en diende ze dan ook als dusdanig te worden behandeld.

Uit het gunningsverslag blijkt dat pas na sluiting van de zitting de offerte van tussenkomende partij bij de voorzitter terecht kwam; de vermeldingen op het proces-verbaal van de zitting inzake het tijdig indienen van de offerte van tussenkomende partij zijn dan ook achteraf, dit is na sluiting van de zitting, aangebracht.

12. Los van de vraag of de offerte van tussenkomende partij tijdig werd ingediend moet worden vastgesteld dat deze offerte niet is geopend tijdens een openbare zitting van de opening der offertes.

De Raad van State is van oordeel dat het openen van een offerte op een openingszitting, zoals overigens artikel 106, eerste lid, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 ook voorschrijft, een wezenlijk voorschrift uitmaakt innig verbonden met de gelijkheid der inschrijvers, nu dit vormvoorschrift bedoeld is om informatie te geven aan de inschrijvers over hun concurrenten voor de opdracht (zie ook Hof van Justitie, 24 januari 1995, nr. C-359/93, Commissie t. Nederland). De omstandigheid dat verzoekende partij niet aanwezig was bij de georganiseerde openingszitting doet niet tekort aan de schending van dit voorschrift.

13. Het vierde middel is in de aangegeven mate gegrond.

Deze vaststelling tast het rechtsgeldige verloop van de gehele verdere gunningsprocedure na de openingszitting aan. De bestreden toewijzingsbeslissing dient dan ook te worden vernietigd.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van 30 december 2008 van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Affligem waarbij de opdracht voor de openbare aanbesteding nr. 111/006 voor de “Heraanleg Driesplein inclusief aanleg van een gescheiden rioleringsstelsel te Affligem” wordt toegewezen aan de nv Audebo en niet aan de bvba Pevenage & Zoon.

2. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 euro.

De tussenkommende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 20 december 2012, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Lust,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest