

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 166.217 van 21 december 2006
in de zaak A. 133.497/XII-3788.**

In zake : de NV HERWEYERS,
met zetel te 9170 Sint-Pauwels,
Gentstraat 11

tegen :

de GEMEENTE DILBEEK,
die woonplaats kiest bij
advocaat G. Torrekens,
kantoor houdende te Groot-Bijgaarden,
Robert Dansaertlaan 82.

D E R A A D V A N S T A T E, XIIe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat de NV Herweyers op 27 februari 2003 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Dilbeek van 16 december 2002 waarbij beslist werd, eensdeels, de werken met betrekking tot het oprichten van jeugdlokalen toe te wijzen aan de laagste regelmatige inschrijver BVBA Schepers en Vandebroeck voor een bedrag van 230.129,95 euro en, anderdeels, de offerte van de verzoekende partij als onregelmatig uit te sluiten;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op de beschikking van 20 december 2005 die de neerlegging ter griffie van het verslag en van het dossier gelast;

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

Gelet op de beschikking van 7 september 2006 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 17 oktober 2006;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat S. Goethals, die verschijnt voor de verzoekende partij, en van advocaat C. De Jonge, die verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur J. Stevens;

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

1. De gegevens van de zaak.

Overwegende dat de gegevens van de zaak kunnen worden samengevat als volgt :

1.1. De verwerende partij schrijft een openbare aanbesteding uit voor aanneming van werken betreffende “ruwbouw, technieken, afwerking en omgevingswerken” van jeugdlokalen. Bij de opening van de offertes op 30 september 2002 blijken vijf offertes te zijn ingediend : de offerte van de verzoekende partij is de tweede laagste met een bedrag van 197.000,01 euro; de laagste offerte beloopt 190.190,04 euro.

1.2. Bij brief van 11 oktober 2002 vraagt de architect-ontwerper aan de verzoekende partij hetgeen volgt :

“Deel ruwbouw :

- a) voor de binnenmuren met een dikte 9cm, dewelke moeten gemetst worden en gevoegd, geeft u een prijs van 12717 euro voor 40,5 m². Is dit wel een juiste eenheidsprijs (314 euro voor 1m²)?
- b) voor het houtwerk en de nodige isolatie op de zijgevel geeft u aan dat dit inbegrepen is in de prijs. Zo versta ik het toch goed?

Deel afwerking :

- a) polybeton : 1639,1 euro : dit omvat toch de gehele vloeroppervlakte en de nodige dikte, ...

Kan u mij spoedig uw antwoord formuleren en mij opsturen, zodanig dat de juiste vergelijkingen kunnen gemaakt worden”.

1.3. De verzoekende partij antwoordt met een brief van 15 oktober 2002 :

“Naar aanleiding van uw schrijven dd. 11/10/02 hetwelke wij in goede orde vandaag ontvingen vindt u hierbij ons antwoord.

Wij houden de nummering aan van uw brief :

Deel ruwbouw :

a) binnenmuren met dikte 9cm : het gaat hier om een materiele vergissing uiteraard. De eenheidsprijs moest niet 314 euro zijn maar 31,4 euro. De prijs voor deze post is dan ook $40,5 \text{ m}^2 * 31,4 \text{ EUR} = 1271,7 \text{ euro}$ ipv 12717 euro. Deze fout vindt een oorzaak in het feit dat de voorliggende post een post was uitgedrukt in m^3 en de desbetreffende post een post in m^2 is. Hierdoor is er bij het overtypen een fout geslopen in de bieding. Vermits het hier dus gaat om een materiele vergissing is het conform de vigerende wetgeving een verplichting om deze recht te zetten.

b) Inderdaad : u hebt het goed verstaan

Deel afwerking :

a) polybeton : bij deze post berust bij u een misverstand denk ik. In het lastenboek van de ingenieur lezen wij onder post 26,6 dat het beton daar al voorzien is. In uw post G,2 is dan ook enkel het polieren voorzien vermits er anders een dubbele voorziening is in het dossier. De opgegeven prijs is een korrekte eenheidsprijs en dient gehandhaafd te worden.

Wij vragen u met het voorgaande rekening te willen houden en van zodra het prijsvergelijk van de biedingen werd afgerond, ons hiervan een copy toe te sturen”.

1.4. In het verslag van nazicht van 13 december 2002 van de ontwerper wordt de offerte van de verzoekende partij als onregelmatig beschouwd wegens :

“ Deel ruwbouw : 0,09m binnenmuren : de eenheidsprijs werd foutief opgegeven : 314 €/m² voor betonblokken van 9 cm breed is overdreven veel.

Gevraagd werd of de kepers en de isolatie van de zijgevel wel degelijk inbegrepen zijn in de prijs. Dit werd bevestigd, maar op deze manier is een vergelijking met de andere aannemers onmogelijk.

Deel afwerking : de aannemer geeft slechts prijs voor de eindlaag en niet voor de uitvullaag”.

1.5. Het college van burgemeester en schepenen beslist op 16 december 2002 met het bestreden besluit de offerte van de verzoekende partij onregelmatig te verklaren wegens de voormelde redenen en de opdracht toe te wijzen aan de BVBA Schepers en Vandebroeck.

Bij aangetekende brief van 31 december 2002 wordt de verzoekende partij door de verwerende partij van die beslissing op de hoogte gebracht en worden haar ook de voormelde redenen van de onregelmatigverklaring medegedeeld;

2. De excepties.

Overwegende dat de verwerende partij in een eerste exceptie het belang van de verzoekende partij betwist en in een tweede exceptie de wijze waarop de verzoekende partij in rechte is getreden;

Overwegende dat in het auditorsverslag de beide excepties worden verworpen; dat de verwerende partij in haar laatste memorie deze excepties niet meer te berde brengt en zulks evenmin nog doet ter terechtzitting waar zij zich ertoe beperkt naar de schriftelijke procedure te verwijzen; dat in die omstandigheden moet worden aanvaard dat de verwerende partij niet meer op de inwilliging van de excepties aandringt en dienvolgens moet worden geacht van haar excepties afstand te hebben gedaan;

3. De gegrondheid van het beroep.

3.1. Overwegende dat de verzoekende partij in een tweede middel de bestreden beslissing als volgt aan kritiek onderwerpt :

“Bij de uiteindelijke beslissing werd er totaal geen rekening gehouden met de door verzoekster nochtans verstrekte verduidelijkingen naar aanleidingen van de vraag van de behandelend architect.

Verzoekster wenst echter dieper hierop in te gaan en analyseert hierbij de antwoorden van de architect op de antwoorden die verzoekster gaf.

[...]

Commentaar :

In de meetstaat staan een aantal posten metselwerk. De post 7.32 ‘binnenmuren’ start met de muren van 14cm breedte uitgedrukt in m³, de post daar net onder, dus ook binnenmuren maar 9cm wordt dan plots uitgedrukt in m². Uit het voorgaande blijkt al duidelijk dat de aannemer hiervoor ook een m³-prijs invulde in plaats van een m²-prijs. Hij heeft dit toegelicht in zijn prijsverantwoording maar door de architect wordt hiermee geen rekening gehouden.

De aannemer wenst echter te verwijzen naar de wetgeving terzake, nl. artikel 111 van het KB 08.01.1996 [...], dat handelt over de bevoegdheid (en de verplichting) van de aanbestedende overheid om rekenfouten en de materiële vergissingen in offertes te verbeteren, hierbij rekening houdend met de werkelijke bedoeling van de inschrijver. Die werkelijke bedoeling wordt nagegaan door:

-de ontleding van de offerte

-de vergelijking van de prijzen van de inschrijver met de prijzen van de overige inschrijvers

-de vergelijking van de prijzen van de inschrijver met de gangbare prijzen

Het moge duidelijk zijn dat de betrokken architect hiermee geenszins rekening hield. De eenheidsprijs van 314 EURO is voor iemand die in de sector thuis is overduidelijk een prijs per kubieke meter en niet per vierkante meter. Dit terwijl de prijs 31,4 EURO wel degelijk een realistische prijs is en zoals de

aannemer al aangaf gaat het hier duidelijk om een materiële fout die juist aanduidt dat het gaat om het feit dat er een of meerdere prijselementen onjuist werden neergeschreven, in dit geval een verkeerde plaatsing van de komma. Dit werd zelfs gedeeltelijk veroorzaakt door de architect zelf vermits de posten in de meetstaat van eenzelfde artikel maar met een verschillende muurdikte in bijna alle gevallen worden aangeduid in dezelfde meeteenheid terwijl de architect hier zelf te pas en te onpas de meeteenheid wijzigde.

Dit laatste doet echter niet ter zake vermits men naar de ware bedoeling van de inschrijver moet opzoek gaan en de prijs in dit geval had moeten vergelijken met de gangbare prijs voor dergelijk beschreven werken. Wanneer de architect dat had gedaan, dan had hij gezien dat een prijs van 31,4 EURO een juiste prijs ware geweest en dat het dus een materiële vergissing was die hij diende recht te zetten.

Had hij de juiste interpretatie van de wetgeving gedaan dan had hij deze post als volgt moeten corrigeren :

- de inschrijving van de aannemer voor deze post was op 30/09/2002: $40,5 \text{ m}^2 * 314 \text{ EURO} = 12.717 \text{ EURO}$

- bij rechtzetting van de materiële vergissing: $40,5 \text{ m}^2 * 31,4 \text{ EURO} = 1.271,7 \text{ EURO}$

Dit alleen al zou een wijziging in de offerte van de inschrijver hebben meegebracht van 11.445,3 EURO in min wat onmiddellijk betekent dat verzoekster NV de laagste bieder werd en de werken had toegewezen moeten krijgen. Verzoekster miste hier een kans. [...]

2.2.

De aannemer gaat echter verder in de analyse van de architect zijn prijsvergelijk. Neem punt b aangaande de isolatie en het keperwerk.

[...]

Commentaar:

De architect stelt hier duidelijk een vraag waarvan hij eigenlijk het antwoord al kon afleiden uit de bieding van de inschrijver. Hij vraagt om bevestiging van zijn denkwijze, denkwijze dewelke hem onmiddellijk door de aannemer wordt bevestigd.

Ook op dit punt kan er dan ook geen discussie zijn. Toch schrijft de architect in zijn verslag:

Gevraagd werd of de kepers en de isolatie van de zijgevel wel degelijk zijn inbegrepen in de prijs. Dit werd bevestigd, maar op deze manier is een vergelijking met de andere aannemers onmogelijk.

De zienswijze van architect baseert zich duidelijk niet op de wetgeving. Eerst kan hij zelf al afleiden wat de bedoeling van de inschrijver was, bedoeling die beantwoordt aan de wens van het bestuur, en nadien wordt dan eenvoudig weg gezegd dat een vergelijking op die basis onmogelijk is. Integendeel, het is juist klaar en duidelijk wat de aannemer bedoelde met zijn bieding.

2.3.

Tot slot van de vergelijking wordt hier het de derde vraag behandeld:

[...]

Commentaar:

Ook hier slaat de architect duidelijk de bal mis.

Het dossier bestaat uit een lastenboek van de architect en een lastenboek stabiliteit, samen met de plannen van beiden. Ook in de meetstaat die door het bestuur ter beschikking werd gesteld vinden we dit onderscheid terug nl. een deel ruwbouw en afwerkingen en daarnaast een deel stabiliteit. In het deel stabiliteit is er een post 26.6 'waterdicht beton voor funderingsplaat'. Deze post omvat duidelijk het beton dat nodig is voor die plaat. Verder kan men afleiden uit het bestek van de ingenieur en zijn plannen (zie doorsnede) dat deze plaat

diende gepolierd te worden. De ingenieur schrijft: het bovenvlak van de funderingsplaat wordt gepolierd met een harde slijtlaag. Het is duidelijk dat die plaat gepolierd diende te worden en de architect voorzag voor het polieren alleen een post in zijn gedeelte van de meetstaat, nl. artikel G, 2: polybeton. Dus de prijs voor het beton zat in de meetstaat stabiliteit en de prijs voor het polieren zelf zat in de meetstaat architectuur. De plaat kon dus door de aannemer wel degelijk afgeleverd worden zoals het de bedoeling was van het bestuur, nl. een afgewerkte plaat. De aannemer verwijst hiervoor ook nogmaals naar de doorsnede van de plannen: daarop is duidelijk te zien dat er geen uitvulling meer gegoten wordt maar dat die plaat onmiddellijk wordt afgewerkt. Een techniek die courant wordt toegepast in de sector, waarbij de plaat wordt gestort op zijn volle dikte en nog dezelfde dag wordt gepolierd. De bedoeling van de inschrijver was duidelijk en toch vermeld de architect in zijn brief van 31/12/2002: deel afwerking; de aannemer geeft slechts prijs voor de eindlaag en niet voor de uitvullaag.

De architect slaat hier duidelijk de bal mis want uit het dossier blijkt dat dit niet aan de orde was : de plannen opgesteld door hemzelf vermelden zelf geen uitvullaag maar een onmiddellijk afwerking, zaken waarvoor de aannemer duidelijk een prijs opgaf”;

3.2. Overwegende dat de verwerende partij op het tweede middel antwoordt hetgeen volgt :

“Het tweede middel is gericht tegen correspondentie met de architect, hetgeen buiten het voorwerp van de bestreden beslissing valt.

Het tweede middel mist elke juridische grondslag opzichts de bestreden beslissing en is dienvolgens onontvankelijk, minstens ongegrond”;

dat de verwerende partij daar in haar laatste memorie nog aan toevoegt hetgeen volgt :

“Ondanks de verbetering van de materiele vergissing in de prijsofferte was de omschrijving in de offerte, in vergelijking met de offertes van de andere aannemers niet duidelijk en kon ze derhalve niet vergeleken worden;

Overeenkomstig art 111 van het KB van 8 januari 1996 kan de aanbestedende overheid de twijfelachtig bevonden offerte als onregelmatig verwerpen indien, naar haar mening, de bedoeling niet duidelijk is.

Hoewel de inspanning werd gedaan om de werkelijke bedoeling van de aanneming na te gaan was de omschrijving van de werken door de aannemer zo onconventioneel dat een vergelijking met de andere offertes onmogelijk werd. Bewijze hiervan de ‘nieuwe’ berekening van de tegenpartij die tot nu toe nergens anders kon worden afgeleid;

Daarenboven kan, zelfs in het kader van de beginselen van behoorlijk bestuur, van de gemeente niet worden verwacht dat zij bij iedere aanbesteding alle mogelijke motieven en bedoelingen van degene die de offerte indient nagaat; Het nagaan van de bedoelingen is een middelen- en geen resultaatsverbintenis. Het is al te eenvoudig om achteraf te beweren, met kennis van de andere inschrijvingsprijzen, dat de bedoeling van de offerte in werkelijkheid lager zou liggen dan de laagste inschrijver.

De motiveringsplicht heeft nochtans precies tot doel de inschrijvers toe te laten de gegrondheid van de motieven van hun afwijzing te onderzoeken (D. D'Hooghe, o.c., 618). De motivering die werd gegeven door de gemeente zoals deze blijkt uit de stukken voldoet in ieder geval aan dit criterium”;

3.3.0. Overwegende dat, in zoverre de verwerende partij betoogt in haar memorie van antwoord dat het tweede middel gericht zou zijn “tegen correspondentie met de architect” en niet tegen de bestreden beslissing, zij daarin niet wordt bijgevalen; dat immers met de bestreden beslissing de offerte van de verzoekende partij onregelmatig is verklaard juist wegens de drie redenen op grond waarvan de architect meende dat de offerte onregelmatig was en die nogmaals werden verwoord in de bestreden beslissing; dat de verwerende partij in de laatste memorie beklemtoont dat de offerte van de verzoekende partij niet kon worden vergeleken met deze van de andere aannemers; dat de argumentatie daaromtrent echter in de eerste plaats enkel het tweede van de drie betwiste motieven betreft en hierna zal blijken dat zij niet kan worden aanvaard;

3.3.1. Overwegende, wat het eerste motief betreft om de offerte onregelmatig te achten, dat artikel 111 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, in de te dezen toepasselijke versie stelt hetgeen volgt :

“Alvorens de aannemer aan te wijzen, verbetert de aanbestedende overheid de rekenfouten en de kennelijk materiële fouten in de offertes, zonder dat zij voor niet ontdekte fouten aansprakelijk is.

Voor het verbeteren van die fouten gaat de aanbestedende overheid de werkelijke bedoeling van de inschrijver na met alle middelen, onder meer door een onderzoek van de offerte, een vergelijking van de prijzen met die van de overige inschrijvers en met de gangbare prijzen.

Indien de bedoeling niet duidelijk is, kan de aanbestedende overheid, hetzij beslissen dat de geboden eenheidsprijzen geldig zijn, hetzij de twijfelachtig bevonden offerte als onregelmatig verwerpen”;

dat te dezen de architect een mogelijke fout ontdekte waaromtrent hij de bevestiging kreeg die hij wellicht verwachtte, namelijk dat het “uiteraard” een “materiële vergissing” betrof - een verschrijving van de komma wat resulteerde in een tienmaal te hoge eenheidsprijs van 314 euro in plaats van de bedoelde 31,4 euro; dat de verzoekende partij omtrent die verschrijving nog een uitleg verschaft uitgaande van een overgang van m³ naar m²; dat in die omstandigheden de architect zich niet had

mogen vergenoegen met de loutere vaststelling dat de eenheidsprijs “overdreven” was;

3.3.2. Overwegende, wat het tweede motief betreft, dat de architect een duidelijk positief antwoord heeft ontvangen van de verzoekende partij op zijn vraag of houtwerk en nodige isolatie op de zijgevel in de prijs is inbegrepen; dat zijn vaststelling dat “op deze manier een vergelijking met andere aannemers onmogelijk [is]” in haar algemeenheid geen deugdelijk motief vormt om de offerte om die reden te weren;

3.3.3. Overwegende, wat het derde motief betreft, dat de vaststelling van de architect dat voor een post van beton bij de afwerking geen prijs wordt gegeven voor de uitvullaag en slechts voor de eindlaag, niet rijmt met de concrete opmerking van de verzoekende partij in haar antwoordbrief, die inhoudt dat er juist geen uitvulling dient te worden gegoten omdat de betonplaat onmiddellijk wordt afgewerkt en er anders een “dubbele voorziening” zou zijn met de post 26.6 uit het bestek van de ingenieur - waarin reeds dat uitvulbeton is begrepen en de post G.2., waaromtrent de betrokken vraag werd gesteld; dat in die omstandigheden de vaststelling van de architect niet als een deugdelijk motief voor de afwijzing van de offerte van de verzoekende partij kan worden beschouwd;

3.3.4. Overwegende dat uit hetgeen hiervoor is vastgesteld door de Raad van State, volgt dat de bestreden beslissing steunt op drie ondeugdelijke motieven en aldus niet blijkt dat de offerte van de verzoekende partij terecht is geweerd; dat het tweede middel dienvolgens gegrond is,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Vernietigd wordt de beslissing van 16 december 2002 van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Dilbeek waarbij beslist wordt, eensdeels, de werken met betrekking tot het oprichten van jeugdlokalen toe te wijzen aan de inschrijver BVBA Schepers en Vandebroeck voor een bedrag van

230.129,95 euro en, anderdeels, de offerte van de NV Herweyers als onregelmatig uit te sluiten.

Artikel 2.

De kosten van het beroep, bepaald op 175 euro, komen ten laste van de verwerende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op eenentwintig december 2006, door de XIIe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
	J. LUST,	staatsraad,
	G. VAN HAEGENDOREN,	staatsraad,
Mevr.	S. DOMS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.