

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 177.750 van 11 december 2007
in de zaak A. 141.499/XII-3937.**

In zake : de NV BOUWBEDRIJF VMG-DE COCK,
die woonplaats kiest bij
advocaat J. Temmerman,
kantoor houdende te Gent,
Sint-Martensstraat 16

tegen :

het OPENBAAR CENTRUM VOOR MAATSCHAPPELIJK
WELZIJN VAN DENDERMONDE,
die woonplaats kiest bij
advocaat D. Van Heuven,
kantoor houdende te Kortrijk,
President Kennedypark 8B.

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 Bouwbedrijf VMG-De Cock op 12 september 2003 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van “de beslissing van de Raad voor Maatschappelijk Welzijn van het OCMW van de stad Dendermonde van ongekende datum tot gunning, ingevolge openbare aanbesteding, van de aanneming voor het bouwen van een kindercampus (perceel 2 : ruwbouw en afwerking) te 9200 Dendermonde, Vijfde Januaristraat 19, op basis van het bestek nr. 2346, aan de NV Elpers Algemene Aannemingen, en tegelijk de beslissing tot het niet weerhouden van de inschrijving van de verzoekster als de laagst regelmatige, aan de verzoekster ter kennis gebracht bij schrijven van 16 juli 2003”;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op de beschikking van 6 maart 2007 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 memories;

Gelet op de beschikking van 16 juli 2007 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 25 september 2007;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat F. Geerts, die loco advocaat J. Temmerman verschijnt voor de verzoekende partij, en van advocaat S. Logie, die loco advocaat D. Van Heuven verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur P. Barra;

Gelet op 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. Met een bestek van 18 april 2003 wordt door de verwerende partij een overheidsopdracht uitgeschreven met als voorwerp :

“Opdracht voor aanneming van werken
Provincie Oost-Vlaanderen
Stad Dendermonde
Bijzonder bestek voor het bouwen van een ‘kindercampus’
Gelegen :
5^{de} januaristraat 19, 9200 Dendermonde
De opdracht omvat 7 percelen
Onderhavig bestek betreft :
Perceel 2, ruwbouw & afwerking”.

Als aanbestedende overheid treedt het OCMW Dendermonde op.

2. De overheidsopdracht wordt gegund volgens de procedure van de openbare aanbesteding. De opdracht moet zijn voltooid binnen een termijn van 140 werkdagen.

Wat de prijsbepaling betreft, wordt in het bestek gesteld dat de opdracht wordt beschouwd als een gemengde opdracht, “bestaande uit forfaitaire posten (FH of GP), posten met een vermoedelijke hoeveelheid (VH) en stelposten (SP), te verrekenen op basis van de werkelijke uitgaven”.

Voorts wordt er bepaald dat in de samenvattende opmetingsstaat geen hoeveelheden mogen worden gewijzigd; indien de inschrijver wijzigingen van hoeveelheden wil aangeven, moet dit in een afzonderlijke nota gebeuren, hetgeen ook geldt voor de leemten.

Verplichte of vrije varianten worden uitgesloten.

Bij het bestek is een gedetailleerde meetstaat gevoegd.

3. Drie partijen dienen een offerte in met volgende offertebedragen, BTW niet inbegrepen :

- de NV Elpers Algemene Aannemingen : 896.968,83 euro
- de NV VMG-De Cock, de verzoekende partij : 900.000 euro
- de NV Algemene Bouwondernemingen M. Everaert-Cooreman : 1.173.287,52 euro.

4. Door het architecten- en ingenieursbureau NV FDA worden de ingediende offertes nagezien. Dat nazicht resulteert in een uitvoerig cijfermatig gemotiveerd verslag van 11 juni 2003.

5. Na een rekenkundig nazicht komt FDA tot de volgende, verbeterde offertebedragen

- de NV Elpers Algemene Aannemingen : 883.743,33 euro
- de NV VMG-De Cock, de verzoekende partij : 900.000,03 euro
- de NV Algemene Bouwondernemingen M. Everaert-Cooreman : 1.124.059,29 euro.

Betreffende de gesignaleerde opmerkingen wordt vastgesteld dat de NV Elpers Algemene Aannemingen “de gewijzigde hoeveelheden in + en - niet consequent in het offertebedrag [heeft] aangepast. De leemten zijn niet inbegrepen in het offertebedrag”.

Voorts wordt vastgesteld dat bij NV VMG-De Cock de gesignaleerde opmerkingen in + en - inbegrepen zijn in het offertebedrag en dat bij NV Algemene Bouwondernemingen M. Everaert-Cooreman de gesignaleerde opmerkingen in + en - eveneens inbegrepen zijn in het offertebedrag “alsook de leemten”.

6. Op grond van de gesignaleerde opmerkingen en leemten, komt FDA tot de volgende rangschikkingsbedragen :

- de NV Elpers Algemene Aannemingen : 935.763,03 euro
- de NV VMG-De Cock, de verzoekende partij : 943.955,15 euro
- de NV Algemene Bouwondernemingen M. Everaert-Cooreman : 1.124.059,29 euro.

De ontwerper FDA beschouwt de totaalbedragen van de drie offertes als normaal en stelt evenmin abnormale eenheidsprijzen vast in de offertes. Er wordt voorgesteld de opdracht toe te wijzen aan de NV Elpers Algemene Aannemingen voor de prijs van 934.791,29 euro, BTW niet inbegrepen.

7. De raad voor maatschappelijk welzijn beslist op 13 juni 2003 de opdracht toe te wijzen aan NV Elpers Algemene Aannemingen en de werken goed te keuren “voor een oorspronkelijk bedrag van 934.791,29 euro maar na bezuinigingen herleid tot 866.099,73 euro (exclusief BTW)”, met de volgende overwegingen :

“Gelet op het feit dat de oorspronkelijke raming (dd. 2002) van 787.959 euro ruimschoots overschreden wordt; dat hierdoor in samenspraak met FDA werd bekeken waar mogelijks kan bezuinigd worden; dat dit enkel kan als de rangschikking van de aannemers niet wijzigt door deze bezuinigingen en als de te vervangen materialen ook in het lastenboek met eenheidsprijs werden voorzien;

Gelet op het feit dat dit mogelijk is zonder eveneens op de ruimte of de kwaliteit van het gebouw te besparen; dat geopteerd wordt om [...]

Dat hierdoor de toe te wijzen prijs wordt herleid tot 866.099,73 (besparing van 68.691,56)”.

8. Op 17 juni 2003 stelt de ontwerper FDA een nota op betreffende bezuinigingen.

In die nota zijn de bezuinigingen per artikel weergegeven alsmede de weerslag ervan op de prijs van de gekozen inschrijver. De weerslag op de prijs van de verzoekende partij is niet onderzocht in die nota.

9. Met aangetekende brief van 20 juni 2003 informeert de verzoekende partij naar de beslissing.

De verwerende partij antwoordt met een brief van 16 juli 2003.

Bij aangetekende brief van 4 augustus 2003, herinnerd op 1 september 2003, vraagt de verzoekende partij het verslag van nazicht van de offertes. De verwerende partij laat dat verslag bezorgen met een brief van 3 september 2003 van FDA.

De gegrondheid van het beroep.

10. In haar verzoekschrift voert de verzoekende partij één middel aan, bestaande uit zes onderdelen.

In haar memorie van wederantwoord voert ze nieuwe middelen aan.

Wat zij het “achtste (bijkomende) middel” noemt, luidt als volgt :

“schending van art. 15 van de wet van 24.12.1993 en van het zorgvuldigheidsbeginsel.

Uit de memorie van antwoord en het door de verweerster neergelegde administratief dossier blijkt dat de verweerster, na nazicht en rangschikking van de inschrijvingen, beslist heeft om wijzigingen aan het bestek aan te brengen om reden dat de oorspronkelijke raming ruimschoots lager was dan het inschrijvingsbedrag dat als laagste weerhouden werd, teneinde op die manier te bezuinigen.

Volgens de verweerster zou deze aanpassing van het bestek, met vermindering van de prijs, de rangschikking van de inschrijvers niet gewijzigd hebben.

Nazicht toont aan dat deze bewering niet correct is.

De verzoekster geeft hieronder een overzicht per artikel, met de cijfermatige consequenties naar haar eigen offerte toe zowel als naar de offerte van de NV Elpers toe.

Vergelijkingstabel per artikel der doorgevoerde bezuinigingen

		NV VMG-De Cock		NV ELPERS	
Art	Wijziging hoeveelheid	Eenheidsprijs	Totaal	Eenheidsprijs	Totaal
02,02,11	-997,82	6,00	-5986,92	12,39	-12362,99
02,02,23	143	1,00	143,00	7,44	1063,92
02,03,14	-250	56,00	-14000,00	38,42	9605,00
03,01,11A	-653,28	7,25	-4736,28	7,44	-4860,40
03,02,12A	-40,28	265,00	-10674,20	239,22	-9635,78
03,02,14	-18,09	17,00	-307,53	16,11	-291,43
03,02,41	-13	220,00	-2860,00	123,95	-1611,35
03,07,11C	-2,16	5250,00	-11340,00	4462,08	-9638,09
05,06,21A	-5	460,00	-2300,00	660,00	-3300,00
05,06,23A	-1	670,00	-670,00	875,00	-875,00
07,04,34A	43,2	90,00	3888,00	69,71	3011,47
07,04,35	-59,18	210,00	-12427,80	151,83	-8985,30
07,04,62A	59,18	70,00	4142,60	74,37	4401,22
09,05,13A	-478,08	45,00	-21513,60	47,10	-22517,57
09,05,33A	478,08	24,00	11473,92	29,00	13864,32
11,01,44	-223,16	75,00	-16737,00	63,15	-14092,55
11,01,45	223,16	29,00	6471,64	39,68	8854,99
11,06,33	-13,97	60,00	-838,20	44,62	-623,34
15,04,22B	-223,16	6,50	-1450,54	6,67	-1488,48
		-79722,91		-68691,37	
		Verschil :		-11031,54	

Uit dit overzicht blijkt dat via de bezuinigingen de offerte van de NV Elpers verminderd werd met een bedrag van 68.691,37 Euro(1), terwijl de offerte van de verzoekster verminderd zou zijn geworden met een bedrag van 79.722,91 Euro.

Dit maakt een verschil van 11.031,54 Euro, terwijl het verschil tussen beide offertes na rekenkundig nazicht en aanpassing van de gesignaleerde hoeveelheidswijzigingen en leemten (bedrag met het oog op rangschikking) slechts 8.192,12 Euro bedroeg (943.955,15-935.763,03).

M.a.w., zelfs ongeacht de hoger aangehaalde en uiteengezette onregelmatigheden, was de offerte van de verzoekster (na bezuinigingen) onmiskenbaar de laagste regelmatige. De opdracht had dan ook aan de verzoekster dienen gegund te worden.

De verweerster is aldus tekortgeschoten aan de op haar rustende zorgvuldigheidsplicht en heeft art. 15 van de Wet van 24.12.1993 geschonden. Het middel is gegrond

(1) Hetgeen ook door de verweerster bevestigd wordt - zie haar memorie van antwoord p.4, randnummer 11”.

11. De verwerende partij antwoordt in haar laatste memorie hierop wat volgt :

“3.4. Door FDA [werd] een bezuinigingsnota opgemaakt, en wel omdat zelfs de laagste prijs van de NV Elpers nog steeds ruimschoots boven het vooropgestelde budget zat. Uit de nota die door FDA is opgemaakt blijkt dat de bezuinigingen enkel werden berekend ten aanzien van de -weershouden-offerte van NV Elpers.

4. Verwerende partij heeft zich misschien ongelukkig uitgedrukt toen zij stelde dat ‘de betrokken besparing geen invloed [had] op de rangschikking van de offertes’.

Daarmee heeft verwerende partij niet willen zeggen dat een herberekening van de herleide opdracht ten opzichte van alle inschrijvers niet tot een ander resultaat had geleid.

Daarmee heeft verwerende partij wél willen zeggen dat met de besparing geen rekening werd gehouden bij de rangschikking van de offertes en dat de bespreking dus op deze rangschikking geen invloed uitoefende of kon uitoefenen.

De rechtspraak en de rechtsleer zijn inderdaad op dit punt duidelijk. Het bestek kan niet meer gewijzigd worden na het indienen van de offertes, a fortiori niet na het openen van de offertes. Eenmaal de opdracht op grond van het bestek is gegund, kan de opdracht wel nog eenzijdig worden gewijzigd.

5. Aldus heeft verwerende partij het geheel wetsconform behandeld.

Verwerende partij citeert uit de bestreden beslissing :

‘Gelet op het proces-verbaal van opening der offerten ruwbouw en afwerking dd. 28 mei 2003;

Overwegende dat drie firma’s een inschrijving indienden namelijk de firma NV bouwbedrijf VMG-De Cock van Sint-Niklaas, de firma Elpers Algemene aannemingen NV van Merchtem en de firma NV Algemene Bouwondernemingen M. Everaert-Cooreman van Berlare.

Overwegende dat het onderzoek van de inschrijvingen werd gedaan door het studiebureau FDA en zijn neerslag vindt in het verslag van nazicht van de offertes van de openbare aanbesteding 28.06.2003; dat na vergelijking blijkt dat de laagste regelmatige offerte voor dit lot is ingediend door de aannemer Elpers Algemene aannemingen NV voor een goedgekeurd bedrag van € 943.869,59 (exclusief BTW).

Gelet op het feit dat de oorspronkelijke raming (dd. 2002) van 787.959 euro ruimschoots overschreden wordt; dat hierdoor in samenspraak met FDA werd bekeken waar mogelijks kan bezuinigd worden; dat dit enkel kan als de rangschikking van de aannemers niet wijzigt door deze bezuinigingen en als de te vervangen materialen ook in het lastenboek met eenheidsprijs werden voorzien;

Gelet op het feit dat dit mogelijk is zonder eveneens op de ruimte of de kwaliteit van het gebouw te besparen; dat geopteerd wordt om de kruipruimte tot het strikte minimum te herleiden (enkel onder ruimtes met sanitair/leidingen); dat de plinten aan de buitengevel gesupprimeerd worden en de gevelbekleding tot op de grond wordt doorgetrokken; dat de plinten aan de buitengevel gesupprimeerd worden en de gevelbekleding tot op de grond wordt doorgetrokken; dat de vloer uit blokjes eik vervangen wordt door gemarmerd linoleum; dat alle verlaagde plafonds in mineraalvezelplaten worden voorzien; dat er minder koepels gebruikt worden; dat hierdoor de toe te wijzen prijs wordt herleid tot € 866.099,73 (besparing van € 69.691,56).

Gelet op het feit dat ook de andere loten al zijn geopend, maar nog niet nagezien; dat hieruit blijkt dat in de andere loten de raming zal worden

gehaald; dat een nieuwe aanbesteding niet is aangewezen omdat deze het project terug vertraagt en mogelijks geen betere prijzen oplevert.

Besluit met eenparigheid :

Artikel 1 : Het lot ruwbouw en afwerking van de nieuwbouw van de kindercampus, Vijfde januaristraat te Sint-Gilles-Dendermonde, wordt toegewezen aan de firma Elpers NV uit 1785 Merchtem onder voorbehoud van goedkeuring van het dossier door het VIPA

Artikel 2 : De in art. 1 vermelde werken worden goedgekeurd voor een oorspronkelijk bedrag van € 934.791,29, maar na bezuinigingen herleid tot € 866.099,73 (exclusief BTW)'

Uw Raad zal vaststellen dat verwerende partij zich eerst heeft aangesloten bij het rangschikkingverslag van het studiebureau FDA, de opdracht vervolgens heeft gegund aan de NV Elpers, om pas nadien de opdracht te herleiden en de bezuinigingen door te voeren.

Door zo te handelen heeft verwerende partij perfect wetsconform gehandeld.”.

12.1. Het nieuwe middel, aangevoerd in de memorie van wederantwoord, is ontvankelijk aangezien de verzoekende partij pas na kennisname van het neergelegd administratief dossier op de hoogte was van de toewijzing “na bezuiniging”.

12.2. In het auditorsverslag werd aangenomen dat met de berekeningen van de verzoekende partij zoals hiervoor in het middel weergegeven, mag worden akkoord gegaan, evenals met de gevolgtrekking van de verzoekende partij uit die berekeningen, namelijk dat de “bezuinigingen” een verschil teweegbrengen van 11.031,54 euro tussen haar offertebedrag en dat van de gekozen inschrijver, terwijl dat verschil tussen de rangschikkingsbedragen slechts 8.192,14 euro bedraagt, zodat de offerte van de verzoekende partij de laagste zou zijn geweest.

Ook blijkt dat in het neergelegd administratief dossier geen berekening is te vinden van de “bezuinigingen”, toegepast op de offerte van de verzoekende partij.

Voorts weerlegt de verwerende partij in haar laatste memorie de becijfering door de verzoekende partij en het auditoraat niet. Zij blijkt er enkel van uit te gaan dat zij, als voerde zij een wijziging van de opdracht door bij zijn uitvoering en na de toewijzing, gerechtigd was het door de gekozen inschrijver geboden bedrag te verminderen.

De verwerende partij wordt in die laatste stelling niet bijgevalen. Uit de aangehaalde toewijzingsbeslissing blijkt immers dat ze de bezuinigingen niet situeerde in de uitvoeringsfase van de opdracht, maar vóór de toewijzingsbeslissing en juist niet beoogde door de “bezuinigingen” de rangschikking van de aannemers te wijzigen. Een dergelijke wijziging heeft ze echter door eigen verzuim niet kunnen vaststellen nu ze, zulks met schending van de op haar rustende zorgvuldigheids-verplichting, de bezuinigingen niet berekende op het bedrag van alle offertes maar zich daarentegen beperkte tot de inschrijver die de laagste prijs had geboden vóór de bezuinigingen. Aldus heeft ze geen nieuwe rangschikking opgesteld en heeft ze niet kunnen vaststellen wat ze had moeten doen, namelijk dat de verzoekende partij na de bezuinigingen blijkbaar de laagste prijs bood.

Uit hetgeen voorafgaat volgt dat de verwerende partij op onzorgvuldige wijze tot het voor haar laagste inschrijvingsbedrag is gekomen en niet heeft toegewezen aan de laagste regelmatige inschrijver, die de verzoekende partij blijkt te zijn.

Het middel is aldus gegrond aangezien daarin terecht de schending van de zorgvuldigheidsplicht wordt aangevoerd en van artikel 15 van de genoemde wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, volgens welke bepaling bij een openbare aanbesteding de opdracht dient te worden toegewezen aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte indiende.

**OM DIE REDENEN
BESLIST DE RAAD VAN STATE :**

Artikel 1.

Vernietigd wordt de beslissing van de Raad voor Maatschappelijk Welzijn van het OCMW van de stad Dendermonde van 13 juni 2003 tot toewijzing, ingevolge openbare aanbesteding, van de aanneming voor het bouwen van een kindercampus (perceel 2 : ruwbouw en afwerking) te 9200 Dendermonde, Vijfde Januaristraat 19, aan de NV Elpers Algemene Aannemingen, en de beslissing tot het niet in aanmerking nemen van de offerte van de NV Bouwbedrijf VMG-De Cock als de laagst regelmatige.

Artikel 2.

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

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op elf december 2007, 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.