

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 188.942 van 18 december 2008
in de zaak A. 154.178/XII-4227.**

In zake : de BVBA CALOREC,
die woonplaats kiest bij
advocaat N. Vandebroek,
kantoor houdende te Leuven,
Constantin Meunierstraat 111

tegen :

de STAD LEUVEN,
die woonplaats kiest bij
advocaat B. Beelen,
kantoor houdende te Leuven,
Residentie Binnenhof,
Justus Lipsiusstraat 24.

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 BVBA Calorec op 27 juli 2004 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van “de beslissing van de stad Leuven inzake ‘uitbreiding gebouwen kunstonderwijs Craenendonck - lot 4 - hvac en sanitair - openbare aanbesteding van 16.03.2004’, waarbij de inschrijving van verzoekende partij werd geweerd en de opdracht aan de BVBA Chauffage De Pauw werd toegewezen”;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen en gezien de laatste memories;

Gelet op de beschikking van 23 juli 2008 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 23 september 2008;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat A. De Schreye, die loco advocaat N. Vandebroek verschijnt voor de verzoekende partij, en van advocaat J. Vanstipelen, die loco advocaat B. Beelen 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,

OVERWEEGT WAT VOLGT :

De gegevens van de zaak

1. Voor de in het geding zijnde opdracht worden zeven offertes ingediend.

Na rekenkundig nazicht en aanpassing aan wijzigingen en leemten wordt de offerte van de verzoekende partij in het aanbestedingsverslag derde gerangschikt met een bedrag van 154.086,39 euro, BTW niet inbegrepen, na inschrijvers Cogama en Vandenbriele en vóór inschrijver De Pauw.

De offertes van Cogama en Vandenbriele worden uitgesloten omdat de prijsaanpassing waartoe deze offertes noopten niet mogen gebeuren ná de inschrijving.

In zijn aanbestedingsverslag van 30 april 2004 stelt de ontwerper bij de offerte van de verzoekende partij :

“Calorec :

Vermits er bij deze inschrijver abnormale eenheidsprijzen waren ten belope van 1 % van zijn totaal inschrijvingsbedrag in vergelijking met de andere inschrijvers is er voor enkele posten een verantwoording gevraagd. (Brief Calorec d.d. 19/04/2004 zie bijlage)

[...]

Abnormaal lage eenheidsprijzen :

• [...]

• P53 : Radiatoren met vlakke frontplaat 2 mm. : Uit de verantwoording van de inschrijver is af te leiden dat de voorgestelde materialen niet beantwoorden aan de beschrijving van het bestek.

Hij maakt daarover een verwijzing naar de wetgeving voor overheidsopdrachten ter verrechtvaardiging, nl naar het KB nr 1 art. 85 technische specificaties

De ontwerpers zijn zich enerzijds terdege bewust van deze wetgeving.

Anderzijds is er een bewuste keuze door de ontwerpers voor een totaalconcept dat meer inhoudt dan alleen ruimteverwarming.

Als deze keuze niet realiseerbaar is met een massaproduct moet en mag men de creatieve vrijheid hebben een voorhanden uniek product toe te passen; hoe zou er anders nog evolutie in de bouwtechnieken mogelijk zijn.

Wat de wetgever verbiedt is misbruik in prijsvorming door de leverancier van een uniek product.

De voor deze toepassing gekozen radiatoren zijn al tientallen jaren op de markt en kunnen zich daar in een marktniche handhaven en zijn dan ook commercieel/prijstechnisch aanvaard.

De EP prijzen per watt zijn na jarenlange toepassing voldoende bekend om misbruiken daaromtrent uit te sluiten.

De ontwerpers maakten de keuze voor duurzame, vandaalbestendige en tegelijkertijd esthetische materialen. Dit in het licht van de aard en de functie van het gebouw.

1. Duurzaam : men bouwt/verbouwt niet om de 20 jaar.
2. Vandaalbestendig : het gaat om een openbaar gebouw met een school c.q. opleidingsfunctie.
3. Esthetisch : de functie van het gebouw is academie; bij uitstek een gebouw waar esthetica en design een belangrijke rol mogen/moeten spelen.

Bij het ontwerp is er een bewuste keuze gemaakt naar duurzaamheid, vandaalbestendigheid en de esthetica/design van de radiatoren.

In die visie bleven er 2 opties open, ofwel (moderne) gietijzeren radiatoren of plaatstalen radiatoren van stevige makelij met een behoorlijk design effect.
[...]

De inschrijver heeft, zonder zich om de visie van de ontwerpers te bekommeren, geoordeeld dat het omwille van de kostprijs toegelaten is niet conforme materialen voor te stellen. (In de ruwbouw is het toch evenmin toegelaten om deze redenen zo maar het gabarit van ramen, gevel of dak te wijzigen).

Waarom duurzaamheid

[...]

Waarom esthetica - design

[...]

Al de hier boven aangehaalde 'esthetische' elementen zijn niet realiseerbaar met standaard paneelradiatoren of stugge gietijzeren radiatoren. Vandaar, en vooral in combinatie met de vandaalbestendigheid en uniformiteit over het volledige gebouw, is er geopteerd voor de beschreven radiatoren, die tegelijker[tijd] vandaalbestendig, hedendaags en onbepaald in maatgeving zijn. In de visie heeft dus meer meegespeeld dan alleen maar een gebouw te verwarmen.

[...]

Vermits de inschrijver kenbaar maakt dat hij met niet conforme materialen heeft ingeschreven zijn wij van mening dat hij geweerd dient te worden".

De conclusie van het verslag luidt :

"Voorstel voor gunning van de opdracht aan bvba Chauffage De Pauw, Brusselsebaan 177 - 1790 Affligem voor het bedrag 156.692,48 € excl. BTW.

O.w.v. opmerkingen van andere inschrijvers en bij controle van de meetstaat door de ontwerper zijn wij van oordeel dat deze prijs verminderd kan worden volgens onderstaande tabel.

De Pauw				156.692,48 €
P46	Stalen leiding DN32	-20	28,00	-560,00 €
P79	Kanaal i 560mm	-61	75,00	-4.575,00 €
P97	Kanaalrooster	-3	80,00	-240,00 €
P98	Kanaalrooster	-2	85,00	-170,00 €
P100	Kanaalrooster	-1	90,00	-90,00 €
				151.057,48 €

M.a.w. de opdracht kan gegund worden aan bvba Chauffage De Pauw voor een bedrag van 151.057,48€ exclusief BTW.

Lummen, 30 april 2004

[w.g.]

Ing B. Poelmans

De ontwerper”.

Het college van burgemeester en schepenen beslist op 16 mei 2004 onder verwijzing naar het aangehaalde verslag de opdracht toe te wijzen aan de BVBA Chauffage De Pauw voor een bedrag van 182.779,55 euro, BTW 21 % inbegrepen (151.057,48 euro, BTW niet inbegrepen).

Aan de verzoekende partij wordt bij brief van 28 mei 2004 medegedeeld dat “de werken werden toegewezen aan een firma die voordeliger voorwaarden heeft gesteld”.

Bij brief van 9 juni 2004 wordt haar het aangehaalde aanbestedingsverslag bezorgd.

De ontvankelijkheid

2. In een eerste exceptie werpt de verwerende partij op dat de verzoekende partij geen belang heeft bij haar beroep aangezien haar offerte werd geweerd “wegens het inschrijven met niet conforme materialen aan het bestek”.

De exceptie valt samen met de grond van de zaak : in haar tweede middel betwist de verzoekende partij juist de rechtmatigheid van de genoemde reden om haar offerte uit te sluiten.

3. In een tweede exceptie betoogt de verwerende partij dat de verzoekende partij geen belang heeft bij haar beroep omdat zelfs indien de offerte van verzoekende partij niet had dienen te worden geweerd wegens niet conformiteit met het bestek, dan nog alleszins de offerte van de verzoekende partij niet de laagste was : immers op grond van het verslag van de ontwerper kan worden vastgesteld dat de offerte van de BVBA De Pauw 151.057,48 euro beliep, en die van de verzoekende partij 154.086,89 euro, telkens BTW niet inbegrepen.

Uit de hiervoor aangehaalde conclusie van het aanbestedings-verslag blijkt dat het voorstel voor gunning door de ontwerper is gedaan op grond van de door hem vastgestelde prijs van BVBA De Pauw, namelijk 156.692,48 euro, BTW niet inbegrepen. Dat bedrag is het bedrag uit de rangschikking van de offertes -bladzijde 10 van het verslag- waarin de offerte van de verzoekende partij nog figureerde met een -lager- bedrag van 154.086,39 euro, dit vóór het “technisch nazicht en nazicht prijzen” op grond waarvan laatstgenoemde werd uitgesloten. Het is pas na deze stellingname dat het bedrag van de offerte van BVBA De Pauw wordt verminderd tot het uiteindelijke bedrag van 151.057,48 euro, dat in de toewijzings-beslissing wordt gehanteerd. De offerte van de verzoekende partij moet dus toch als de laagste worden aangemerkt, in het proces van de vergelijking van de offertes. De exceptie is niet gegrond.

De gegrondheid

Stellingen van de partijen

4. De verzoekende partij voert aan :

“Tweede middel, houdende schending van art. 85 van het K.B. nr. 1 van 08.01.1996

Doordat het de aanbestedende overheid verboden is zich bij de toewijzing van de opdracht te laten leiden door technische specificaties die één bepaald produkt of één bepaalde firma begunstigen;

Terwijl in casu verwerende partij de offerte van verzoekende partij heeft geweerd omdat de voorgestelde radiatoren niet conform het lastenboek zouden zijn, gezien volgens de beschrijving van dit lastenboek slechts één bepaald merk van radiatoren had kunnen worden voorgesteld;”.

Zij betoogt daartoe :

“Art. 85 van het K.B. nr. 1 van 08.01.1996 verbiedt in het lastenboek technische specificaties of karakteristieken vast te stellen die bij voorbaat een product met een bepaalde oorsprong begunstigen of uitsluiten.

In casu werden in het lastenboek radiatoren met een vlakke frontplaat gevraagd, omschreven als volgt : ‘De frontplaat, uit één stuk, bestaat uit een lichtgeprofileerde koudgewalste staalplaat van 2 mm dik met gesloten zijanten. Er zijn geen afneembare delen. De rugzijde is voorzien van golfvormige watervoerende convectieribben uit 1.25 mm dik staal. Het water circuleert direct achter de frontplaat.’.

Deze omschrijving komt bijna letterlijk uit de standaard lastenboekbeschrijving van radiatoren van het merk Hudevad : ‘Hudevad radiator : ... is samengesteld uit een vlakke licht geprofileerde stalen frontplaat van 2 mm dikte met gesloten zijanten en 1.25 mm dikke golfvormige watervoerende ribben op de achterzijde. Het water circuleert direct achter de frontplaat.’.

In het lastenboek is tevens voorzien dat de radiatoren in acht bouwdieptes moeten kunnen worden uitgevoerd, met name 44, 55, 70, 82, 100, 122, 152 en 176 mm.

Deze verschillende bouwdieptes zijn enkel mogelijk voor radiatoren van het merk Hudevad, die voor de radiator ‘Plan single’ dieptes van 44, 55, 70 en 82 mm voorziet en voor de radiator ‘Plan double’ dieptes van 100, 122, 152 en 176 mm.

Nochtans houdt art. 82 van het K.B. nr. 1 van 08.01.1996 ook een verbod in om beschrijvingen over te nemen, zij het gedeeltelijk, uit catalogi.

Ook uit de motivering van het gunningsverslag blijkt duidelijk dat verwerende partij en de ontwerpers zich radiatoren van één bepaald merk hadden voorgesteld :

- ‘Als deze keuze niet realiseerbaar is met een massaproduct moet en mag men de creatieve vrijheid hebben een voorhanden uniek produkt toe te passen;’;
- ‘De voor deze toepassing gekozen radiatoren zijn al tientallen jaren op de markt en kunnen zich daar in een marktniche handhaven’;
- ‘Deze radiatoren zijn ook gekend omwille van hun vormgeving en maatwerk.’;
- ‘Al de hier boven aangehaalde ‘esthetische’ elementen zijn niet realiseerbaar met standaard paneelradiatoren of stugge gietijzeren radiatoren.’;
- Als bouwheer, architect of studiebureau in een concept een keuze maken en een bepaald fabrikaat het best of alleen in die visie past, moet voor dat bepaald fabrikaat (ook al is het uniek) kunnen gekozen worden.’.

Verzoekende partij had in zijn verantwoording van abnormale lage eenheidsprijzen meegedeeld : ‘Het voorgestelde materiaal zijn radiatoren met vlakke voorplaat 2 mm, met richtmerk Radson, Brugman, ... met inbegrip van eventuele afwerkpanelen.’.

In het gunningsverslag werd hieruit blijkbaar afgeleid dat verzoekende partij met niet conforme materialen zou hebben ingeschreven.

Verzoekende partij had inderdaad niet aangegeven dat zij radiatoren van het merk Hudevad zou leveren en plaatsen ...

Aldus is aangetoond dat de te plaatsen radiatoren in het lastenboek kennelijk zodanig werden omschreven dat het merk om zo te zeggen aangeduid was en dat oplossingen waarbij andere merken werden voorgesteld, zoals verzoekende partij had gedaan, uitgesloten waren gezien zij noodzakelijkerwijze moesten afwijken van concrete en precieze elementen die op imperatieve wijze waren aangeduid in het lastenboek.

Nochtans voldeden de door verzoekende partij voorgestelde radiatoren aan de vereisten van het lastenboek en aan de regels van het vak, gezien die radiatoren van een gelijkwaardige kwaliteit zijn en aan de gewenste prestaties zouden hebben voldaan.

Aldus werd ten onrechte de inschrijving van verzoekende partij geweerd omdat met niet conforme materialen zou zijn ingeschreven”.

De verwerende partij werpt tegen dat de ontwerper in zijn verslag uitvoerig is ingegaan op de redenering van verzoekende partij, zij citeert het hiervoor aangehaalde verslag en besluit :

“Verwerende partij heeft zich integraal aangesloten bij de visie van de ontwerper en om die reden kan dan ook geen sprake zijn van een schending van artikel 85 van het KB nr. 1 van 08.01.1996.

Zelfs indien het nog zo zou zijn dat slechts één welbepaald merk van radiatorenleveranciers aan die bewuste beschrijving van het bestek zou beantwoorden, was iedere inschrijver in de mogelijkheid om die radiatoren aan te bieden die bedoeld werden in het bestek.

Zoals aangegeven in het verslag van de ontwerper werd heel bewust gekozen voor een bepaald type van radiatoren om redenen van vandaalbestendigheid, duurzaamheid en esthetica-design.

Het dient nogmaals gezegd dat verzoekende partij geen enkele weerlegging doet van het verslag van de ontwerper en derhalve de argumentatie van de ontwerper als correct dient beschouwd te worden. Een loutere bewering van verzoekende partij dat er een schending zou zijn van artikel 85 van het KB nr. 1 d.d. 08.01.1996 is trouwens maar al te gemakkelijk.

Dat trouwens de doelstelling van art. 85 van het KB d.d. 08.01.1996 is om te vermijden dat bepaalde ondernemingen worden bevoordeeld of uitgeschakeld, hetgeen hier trouwens niet het geval is.

Elke firma kon deze radiatoren, dewelke vrij in de handel verkrijgbaar zijn, aanbieden en alzo een technisch conform product aanbieden.

Bovendien blijkt uit het verslag van de ontwerper dat het hier een uniek product betreft, derhalve speciaal is en bijzonder vandaalbestendig, duurzaam en esthetische-design kenmerken heeft.

Dat er met andere woorden geen schending is van artikel 85 van het KB van 08 januari 1996 en derhalve het tweede middel eveneens ongegrond is”.

De verzoekende partij doet nog in haar memorie van wederantwoord gelden hetgeen volgt :

“De argumentatie (vandaalbestendigheid, duurzaamheid, esthetica-design) die in het gunningsverslag wordt gegeven voor de keuze voor radiatoren van het merk Hudevad, overgenomen door verwerende partij, kan evenwel géén argument vormen voor het weren van de inschrijving van verzoekende partij.

In het lastenboek werd immers enkel een technische omschrijving van de radiatoren gegeven en er werd nergens in omschreven om welke redenen radiatoren van het merk Hudevad onontbeerlijk zouden zijn voor het project.

De redenen als dat de radiatoren duurzaam, vandaalbestendig, esthetisch, ... moesten zijn, zijn geen elementen die in het lastenboek voorkwamen.

De beschrijving van de radiatoren in het lastenboek vermeldde dienaangaande geen enkele motivatie.

De redenen uiteengezet in het gunningsverslag waren dan ook onbekend op het ogenblik dat verzoekende partij op basis van de aanbestedingsdocumenten haar inschrijving heeft ingediend.

Verwerende partij heeft dan ook slechts ná de aanbesteding en de inschrijving criteria toegevoegd, wat uiteraard onaanvaardbaar is.

Het gaat om nieuwe elementen die enkel post factum de wering van de inschrijving van verzoekende partij moeten staven”.

In haar laatste memorie betoogt de verwerende partij nog dat te dezen gebruik is gemaakt van een “toegelaten uitzonderingsgrond in art. 85 van het KB dd. 8.01.1996” want het “gaat hier immers over technische specificaties dewelke onontbeerlijk zijn ten opzichte van het voorwerp van de opdracht”. Zij verwijst daarbij nog naar passages in het aangehaalde verslag van de ontwerper, meer bepaald waar wordt gesteld dat een aantal “esthetische” elementen niet realiseerbaar zijn met standaardpanelen of stugge gietijzeren radiatoren.

Beoordeling

5. Artikel 85 van het ingeroepen koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken bepaalt :

“Technische specificaties die producten vermelden van een bepaalde makelij of herkomst of bijzondere werkwijzen vermelden waardoor bepaalde ondernemingen worden bevoordeeld of uitgeschakeld, mogen niet gebruikt worden tenzij deze technische specificaties onontbeerlijk zijn ten opzichte van het voorwerp van de opdracht.

Het is met name verboden merken, octrooien of types, of een bepaalde oorsprong of productie aan te duiden. [...]”.

De verzoekende partij wordt bijgevalen waar ze vaststelt dat de omschrijving in artikel 25.10.25.5. van de gevraagde “radiator met vlakke frontplaat” omzeggens letterlijk overeenstemt met de door haar voorgelegde beschrijving van radiatoren van het merk Hudevad. In het aangehaalde gunningsverslag wordt overigens juist gewag gemaakt van een “uniek” product. In een brief van 1 april 2004 merkt inschrijver NV Cogama van zijn kant eveneens op dat wat de radiatoren betreft, “enkel het merk Hudevad” conform is met het bestek en, “indien het merk Hudevad moet zijn”, er een totale meerprijs moet zijn van 16.000 euro, BTW niet inbegrepen.

De verwerende partij heeft in het bestek geen gewag gemaakt van enige reden waarom de keuze van het voormelde merk radiatoren onontbeerlijk zou zijn in de zin van het hiervoor aangehaalde artikel 85. Pas in het gunningsverslag gaat de ontwerper zulks verduidelijken onder verwijzing naar bijzondere eisen : vandaalbestendigheid, duurzaamheid, esthetica. Dergelijke bijzondere verantwoording voor de aldus vereiste kenmerken is a posteriori en dienvolgens niet meer nuttig aan te voeren.

De schending van het aangehaalde artikel 85 door het bestek is aangetoond. Door de verzoekende partij op grond van niet-conformiteit met dat bestek uit te sluiten heeft de verwerende partij dus onrechtmatig gehandeld. Op die wijze blijkt niet langer dat de in het geding zijnde opdracht aan de laagste regelmatige inschrijver is toegewezen, zoals vereist door artikel 15 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten. Het middel is gegrond.

OM DIE REDENEN BESLIST DE RAAD VAN STATE :

Artikel 1.

Vernietigd wordt de beslissing van 16 mei 2004 van de stad Leuven inzake “uitbreiding gebouwen kunstonderwijs Craenendonck - lot 4 - hvac en sanitair - openbare aanbesteding van 16.03.2004”, waarbij de inschrijving van de BVBA Calorec wordt geweerd en de opdracht aan de BVBA Chauffage De Pauw wordt toegewezen.

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
achttien december 2008, 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.