

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 195.590 van 20 augustus 2009
in de zaak A. 97.933/XII-2857.**

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

tegen :

de GEMEENTE JETTE.

DE RAAD VAN STATE, XIIe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat de nv Bouwbedrijf VMG-De Cock op 29 november 2000 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van “de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Jette van 11 juli 2000 tot afwijzing van de inschrijving van de N.V. VMG-De Cock op de openbare aanbesteding tot het uitvoeren van ruwbouw-, uitrustings- en verfraaiingswerken in de scholen Van Den Borne en Brel te Jette, [...], en van de beslissing van 11 juli 2000 tot toewijzing van de opdracht aan een derde, de N.V. In Advance”;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op de beschikking van 10 februari 2004 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 20 maart 2009 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 28 april 2009;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat F. Geerts, die loco advocaat J. Temmerman verschijnt voor verzoekende partij, en van advocaat Chr. Coen, die verschijnt voor 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. Verwerende partij schrijft een openbare aanbesteding uit voor “ruwbouw-, uitrustings- (sanitaire installaties, elektriciteit) en verfraaiingswerken (schilderwerken, vloeren, betegeling)” aan het “schoolcomplex Vande Borne (Dansettestraat) en Brel (Esseghemstraat)” te Jette. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 11 februari 2000.

Het eerste deel van de algemene administratieve bepalingen van het bestek bepaalt het volgende :

“1.6. Vergissingen, weglatingen, ... (Art. 96 § 2 van het K.B. van 08.01.96)

Indien de inschrijvers fouten verbeteren en of leemten ontdekken in de verschillende delen van de bij dit bijzonder lastenboek gevoegde samenvattende meetstaat, zijn ze verplicht deze verbeteringen en of leemten en de bijhorende verrechtvaardiging op een apart blad aan te brengen en bij hun offerte te voegen.

De afwezigheid van deze nota is een essentieel gebrek van de inschrijving. Een enkelvoudige vermelding van gewijzigde en/of toegevoegde posten in de samenvattende meetstaat ontslaat niet van deze verplichting”.

Verzoekende partij dient een offerte in aan de prijs van 11.350.000 frank, btw niet inbegrepen. Zij heeft daarmee de laagste offerte. Op de offerte is vermeld, onmiddellijk vóór de handtekening van de afgevaardigd-bestuurder :

“Iedere vermelding die strijdig is met het door het bestuur vastgesteld model moet als niet geschreven worden beschouwd, met uitzondering van de posten waarvan de hoeveelheden werden gewijzigd overeenkomstig artikel 96, paragraaf 2 van het K.B. van 8 januari 1996 die, samen met de eventuele aangevulde leemten, op de laatste bladzijden van mijn dokument zijn vermeld”.

Bij de offerte is een nota met opmerkingen gevoegd waarin onder meer wordt opgemerkt :

“(48)971. Herschilderen van buitenmuren
Opmerking: Gezien deze hoeveelheden niet allemaal kunnen gecontroleerd worden, wegens niet allemaal terug te vinden op de plannen, dienen deze hoeveelheden vermoedelijk te zijn”.

Voor die post heeft verzoekende partij wel forfaitaire bedragen ingevuld.

Luidens het aanbestedingsverslag van 13 juni 2000 worden de inschrijvingen geopend op 21 maart 2000.

In het verslag wordt het volgende gesteld bij de aangehaalde opmerking in de offerte van verzoekende partij :

“De inschrijver 4 is de enige die deze opmerking formuleert en bijgevolg moeilijkheden heeft met deze post.

Hij had bijkomende inlichtingen kunnen inwinnen bij het uitvoeren van de studie van zijn prijzen, hetgeen hij niet gedaan heeft. Hij had ook de mogelijkheid om ter plaatse, de bestaande muren ziende, een mogelijke maximumhoeveelheid te bepalen.

In geval van ‘twijfel’ omtrent de hoeveelheden opgegeven in de meetstaat, was het voldoende om de eenheidsprijzen enigszins ‘geweld aan te doen’, om zich te beschermen tegen eventuele, mogelijke slechte verrassingen in de toekomst.

De betrokken posten stellen een bedrag van 77.732 F voor, voor het zandstralen en 153.143 F voor het schilderen, hetzij een totaal van 230.875F.

Het totaal van de inschrijving nr. 4 bedraagt 11.350.000 F.

In alle geval, houdt de wil om het type van de opdracht te wijzigen van ‘globale prijs’ in ‘vermoedelijke hoeveelheid’ een wijziging in van een voorwaarde van de opdracht en dient bijgevolg de vernietiging van de offerte met zich te brengen”.

Het aanbestedingsverslag besluit :

“Aanwijzing van de inschrijver.

De laagste offerte 4/VMG-De Cock is vernietigd gelet op de wijziging van een voorwaarde van de opdracht, zie hierboven [...], en de tweede gerangschikt 2/In Advance kan aangewezen worden voor een bedrag van 12.028.730 F”.

Op 11 juli 2000 neemt het college van burgemeester en schepenen de bestreden beslissing om de offerte van verzoekende partij “uit te sluiten” en de opdracht toe te wijzen aan de nv In Advance. Deze beslissing is onder meer als volgt gemotiveerd :

“Gezien het blijkt uit het analyseverslag opgesteld door het studiebureau : Demarteau & Partners, belast met deze studie, dat :
- vijf van de zes ingediende offertes administratief geldig zijn;
- de onderneming VMG - De Cock een prijs ingediend heeft voor een post (de post (48)971), deze beschouwend als uitgedrukt in vermoedelijke hoeveelheden, alhoewel deze in de meetstaat is opgegeven als forfaitaire hoeveelheid en dat, bijgevolg, deze offerte een essentiële voorwaarde van de opdracht niet eerbiedigt, en dus dient te worden uitgesloten”.

Met een brief van 3 oktober 2000 deelt verwerende partij aan verzoekende partij de bestreden beslissing mee. Met een schrijven van 9 november 2000 vraagt verzoekende partij een kopie van deze beslissing. Verwerende partij deelt met een brief van 15 november 2000 het motief van de beslissing mee.

De ontvankelijkheid van het beroep

2. Verwerende partij werpt twee excepties op, waarin zij aan verzoekende partij belang bij het beroep ontzegt.

In het auditorsverslag worden deze excepties verworpen. In haar laatste memorie komt verwerende partij niet meer terug op deze excepties. In de concrete omstandigheden van de zaak mag worden aangenomen dat verwerende partij haar excepties niet langer handhaaft.

De gegrondheid van het beroep

3. Verzoekende partij steunt een *eerste middel* op de schending van “art. 110, §2 van het K.B. van 8.1.1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken”. Zij betoogt daartoe :

“Het college van burgemeester en schepenen besliste tijdens haar zitting van 7 juli 2000 [...] de offerte van de verzoekster nietig te verklaren, met als motivering dat ‘een essentiële bepaling van de opdracht’, te weten het type opdracht ‘totale prijs’ voor de post (48)971, werd gewijzigd in ‘vermoedelijke hoeveelheden’.

[...]

De verzoekster is evenwel van oordeel dat in haar inschrijving geen schending van ‘een essentiële bepaling’ van het bestek, t.w. de prijs, kan weerhouden worden, zodat de beslissing van de Gemeente Jette om haar inschrijving nietig te verklaren, niet rechtmatig is.

Op de eerste plaats weze opgemerkt dat zgn. onregelmatigheden betreffende de voorschriften inzake de prijs niet zonder meer als ‘substantieel’ te beschouwen zijn.

[...]

Wanneer een afwijking niet van aard is om de gelijkheid van de inschrijvers te verbreken of de onderlinge vergelijking van de biedingen te bemoeilijken, is de door de aanbestedende overheid opgelegde nietigheidssanctie niet gerechtvaardigd.

Welnu, de door de verzoekster betreffende post (48)971 gemaakte opmerking, [...] is geenszins van aard om de objectieve en werkelijke vergelijkbaarheid van de inschrijvingen te beïnvloeden, aangezien:

- het slechts een loutere opmerking betrof, gemaakt in de begeleidende nota, en die gesteund was op een leemte in de plannen van het bestek,
- terwijl in de samenvattende meetstaat de verzoekster de door de aanbestedende overheid opgelegde meetcode en de opgegeven hoeveelheden volledig conform heeft overgenomen.

[...]

Het is duidelijk dat de werkelijke bedoeling van de inschrijver - een wezenlijk element ter beoordeling van het al dan niet substantieel karakter van een onregelmatigheid [...] - niet de wijziging voor de betrokken post van het type opdracht ‘totale prijs’ in ‘vermoedelijke hoeveelheden’ was.

In deze veronderstelling zou de verzoekster immers in de samenvattende meetstaat voor de posten (48)971 posten 72, 74 en 75 de meetcode ‘PT’ hebben gewijzigd in ‘QP’. Dit heeft zij niet gedaan, daarmee aangevend dat zij zich wel degelijk verbond op deze meetstaat.

De verzoekster heeft het bestuur willen wijzen op een onduidelijkheid/leemte in het bestek, met name het ontbreken van duidelijke gevelplannen betreffende de te herschilderen muren, die nochtans noodzakelijk waren om de verzoekster toe te laten de door de aanbestedende overheid in de meetstaat opgegeven hoeveelheden te controleren”.

In haar memorie van wederantwoord stelt verzoekende partij dat zij de meetstaat - die inzake prijsopgave de essentie vormt van de offerte - volledig conform aan de door verwerende partij opgelegde meetcode en hoeveelheden heeft

opgemaakt. De opmerking dient te worden beschouwd als het aangeven van een leemte in het bestek, zonder de bedoeling om een essentieel bestanddeel van de aanbesteding te wijzigen. Verzoekende partij wijst voorts op het feit dat in het aanbestedingsverslag diverse andere opmerkingen werden aangestipt, zowel door verzoekende partij als door de andere kandidaten gemaakt, die alle invloed hadden op de prijs, doch dat in geen van deze gevallen werd geoordeeld dat er een essentiële bestekbepaling was geschonden.

In haar laatste memorie herneemt verzoekende partij haar argumentatie en voegt zij hier aan toe dat zij wordt “gesanctioneerd” omdat zij “in tegenstelling tot de overige inschrijvers correct [heeft] gehandeld”, door een onvolkomenheid in het bestek te hebben signaleerd.

Beoordeling

4. Artikel 110, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, luidt als volgt :

“Onverminderd de nietigheid van elke offerte wegens afwijking van de essentiële besteksbepalingen zoals deze opgesomd in artikel 89, kan de aanbestedende overheid offertes als onregelmatig en derhalve als onbestaande beschouwen, indien zij niet overeenstemmen met de bepalingen van deze titel, enig voorbehoud inhouden, of bestanddelen bevatten die niet met de werkelijkheid overeenstemmen”.

Volgens dit artikel 89 behoort onder meer de prijs tot de essentiële voorwaarden van de opdracht.

Te dezen blijkt verzoekende partij uit te gaan van een leemte in het bestek in post (48) 971- herschilderen van buitenmuren. In haar offerte spreekt zij uitdrukkelijk van “posten waarvan de hoeveelheden werden gewijzigd” en van “aangevulde leemten, [die] op de laatste bladzijden van [haar] dokument zijn vermeld”. In haar bijgevoegde nota stelt zij dat de hoeveelheden van de voormelde post vermoedelijk “dienen” te zijn.

Uit dit alles wordt in het aanbestedingsverslag besloten dat er “de wil” is om het type van de opdracht te wijzigen van “globale prijs” in

“vermoedelijke hoeveelheid”, wat een wijziging is in een voorwaarde van de opdracht. Die zienswijze wordt in de bestreden beslissing overgenomen.

Het kan niet worden ontkend dat in de voorliggende zaak er betwisting rijst over een gegeven van de prijsvorming, namelijk de vraag of forfaitaire dan wel vermoedelijke hoeveelheden worden aangeboden -element met gevolgen voor het risico dat een inschrijver wil dragen-. Aangezien het risico dat een inschrijver draagt anders ligt naargelang het ene of het andere systeem wordt gehanteerd en de prijsvergelijking bij een aanbesteding kan worden bemoeilijkt indien inschrijvers niet dezelfde prijsbepaling volgen, zijn afwijkingen van bepalingen daaromtrent als substantiële onregelmatigheden te beschouwen in de zin van het voormelde artikel 89, een essentiële besteks-bepaling met nietigheid van de offerte als gevolg, indien van die bepaling wordt afgeweken. Verwerende partij is te dezen van de veronderstelling uitgegaan dat een dergelijke afwijking aanwezig was.

In haar bijgevoegde nota is verzoekende partij erg affirmatief : zij beschouwt de hoeveelheden als niet te controleren en leidt daaruit af dat ze vermoedelijk “dienen” te zijn. Zij relateert aldus de door haar opgegeven prijzen en wijkt dienvolgens in haar offerte af van een essentieel besteksvoorschrift, de forfaitaire prijsvorming voor de post (48) 971. Verwerende partij heeft haar offerte daarom met een correcte toepassing van het geschonden geachte artikel 110, § 2, als onregelmatig geweerd.

Het middel is niet gegrond.

5. In een tweede middel wordt de schending aangevoerd van artikel 15 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten. Verzoekende partij betoogt daartoe dat overeenkomstig deze bepaling de opdracht aan haar, de laagste regelmatige inschrijver, had dienen te zijn toegewezen, terwijl de toewijzing aan de nv Advance dus met schending van die bepaling is gebeurd.

6. Verzoekende partij gaat van de onjuiste veronderstelling uit dat zij een regelmatige inschrijver was. Hiervoor is immers bij de bespreking van het eerste middel gebleken dat zij niet heeft aangetoond dat haar onregelmatigverklaring niet terecht was. Het middel gaat uit van een verkeerde grondslag en is dienvolgens niet gegrond.

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

Artikel 1.

Het beroep wordt verworpen.

Artikel 2.

De kosten van het beroep tot nietigverklaring, bepaald op 173,53 euro, komen ten laste van verzoekende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op twintig augustus 2009, 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.