

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 195.595 van 20 augustus 2009
in de zaak A. 106.671/XII-3190.**

In zake : de NV NYS MARCEL ALGEMENE WEGENBOUW,
die woonplaats kiest bij
advocaat J. Bally,
kantoor houdende te Antwerpen,
Mechelsesteenweg 33

tegen :

het VLAAMSE GEWEST,
dat woonplaats kiest bij
advocaat B. Martens,
kantoor houdende te 1050 Brussel,
Louizalaan 106.

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

Gezien het verzoekschrift dat de nv Nys Marcel Algemene Wegenbouw op 2 juli 2001 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van “het besluit van het Vlaams Gewest, Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap, [...] waarbij werd besloten dat de inschrijving van verzoekster voor de uitvoering van wegen en rioleringswerken aan de Jan De Voslei te Antwerpen, fase 1 renovatie rond 8 paalblokken, niet werd weerhouden omwille dat de betrokken inschrijving substantieel onregelmatig zou zijn” en van “het besluit [...] van onbekende datum waarbij werd beslist de betrokken werken te gunnen aan N.V. DCA”;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op de beschikking van 21 december 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 11 mei 2009 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 9 juni 2009;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat J. Bally, die verschijnt voor verzoekende partij, en van advocaat E. Goossenaerts, die loco advocaat B. Martens 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 “infrastructuur- en omgevingswerken” aan de Jan De Voslei te Antwerpen. De opdracht wordt beheerst door het op 5 oktober 2000 goedgekeurde bestek nummer IZ3/00/060.

2. De inschrijvingen worden geopend op 21 november 2000. Twaalf offertes, waaronder deze van verzoekende partij, worden ontvangen.

3. Op 30 november 2000 wordt een aanbestedingsverslag opgemaakt. Er wordt voorgesteld om de opdracht toe te wijzen aan de nv DCA. Wat de offerte van verzoekende partij betreft wordt het volgende gesteld :

“Geweigerde onregelmatige inschrijvingsbiljetten met opgave van redenen:

[...]

2. Nijs N.V. geweigerd om reden :

a- De verklaring van volstreekte overeenkomst is fout en onvolledig.

b- Alle verwijzingen naar bestek 250 is in de gecomputeriseerde [opmetingstaat] weggelaten alsmede de wijze van verrekenen .-

NB. De opmetingenstaat stond op de [website] van het ABKB en aan alle vragen deze per email te bekomen werd voldaan.

c- Alle aangebrachte wijzigingen van het oorspronkelijk offerteformulier dien[en] te worden geparafeerd”.

Bij het aanbestedingsverslag is voorts nog een “Bijlage A Opmerkingen” gevoegd. Omtrent de offerte van verzoekende partij bevat deze bijlage het volgende :

“2 Marcel Nijs N.V.

De verklaring van volstrekte overeenkomst is onvolledig.
Op de inschrijving ontbreken.

1. Alle verwijzingen naar typebestek 250
2. De wijze van berekening VM of GP.

Is onregelmatig omdat de aanbestedende overheid als gevolg van de onvolledige conformiteitsverklaring, verplicht wordt regel per regel te verifiëren of de ingediende computerbladen overeenstemmen met het - omvangrijke toegevoegde model, dan kan deze sterk verzwaarde werklast inroepen om de sanctie van onregelmatigheid toch toe te passen, te meer daar het namaakmodel ook niet conform is.

1. post 22 4724 Eenheidsprijs 150 BFR./m³ is abnormaal.
2. post 129 9400 Pergola 100.000 BFR. is een abnormale prijs”.

4. Met een schrijven van 10 januari 2001 vraagt verzoekende partij aan verwerende partij “de definitieve uitslag van de aanbesteding” en “in de mate van het mogelijke de vermoedelijke datum van toewijzing”. Deze vraag wordt herhaald bij brief van 29 januari 2001.

5. Op 27 april 2001 deelt verwerende partij aan de nv DCA mee dat diens “bieding [...] werd goedgekeurd op 13 december 2000”.

6. Op 3 mei 2001 richt verwerende partij het volgende schrijven aan verzoekende partij :

“In toepassing van art. 25, § 1, lid 1 van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken deel ik u mee dat uw offerte voor het uitvoeren van bovenvermelde werken niet werd uitgekozen om volgende redenen:

Voor het model van samenvattende opmetingsstaat behorende bij het offerteformulier heeft u een eigen document gebruikt. Dit document is niet conform met het bij het bestek behorende model.

Alle verwijzingen naar het standaardbestek 250 zijn in dit eigen document weggelaten, de code voor alle posten is weggelaten, de wijze van verrekenen ontbreekt voor alle posten, de omschrijving der werken is in dit eigen document summier opgesomd zonder verwijzingen naar het standaardbestek 250 of het bijzonder bestek. De gebruikte conformiteitsverklaring is niet correct. Als

gevolg van het hoger aangehaalde is de aanbestedende overheid verplicht om regel per regel te verifiëren of de ingediende computerbladen overeenstemmen met het omvangrijke toegevoegde model.

Omwille van deze sterk verzwaarde werklast wordt de offerte als onregelmatig beschouwd. De offerte wijkt af van de essentiële besteksbepalingen zoals deze opgesomd in artikel 89 van het KB van 8 januari 1996.

De offerte is substantieel onregelmatig volgens artikel 110 §2 van het KB van 8 januari 1996 en dient als onbestaande te worden beschouwd”.

De gegrondheid van het beroep

Uiteenzetting van het eerste middel

7. Verzoekende partij steunt een *eerste middel* op de schending van “art. 89 van het K.B. d.d. 8 01.1996”. Zij betoogt daartoe: “de redenen van het bestuur doorstaan geenszins de toets dewelke vereist is om tot een substantiële nietigheid te besluiten nu de voorschriften inzake prijzen, termijnen en technische voorschriften niet werden geschonden en op geen enkele manier voor gevolg hebben dat er een weerslag zou ontstaan die de gelijkheid onder de inschrijvers zou aantasten. [...] Er zijn evenmin gebreken in de offerte van verzoekster te weerhouden die haar op essentiële punten onvolledig of onvergelijkbaar maken”.

Verzoekende partij formuleert daarbij kritiek op drie punten: “het bestek zelf”, “het gebruik van een eigen document met de beweerde verzwaarde werklast” en “de conformiteitsverklaring”.

Wat betreft “het bestek” stelt verzoekende partij :

“Nergens wordt in de administratieve bepalingen van het bestek voorzien dat er een welbepaald formulier als dusdanig diende gebruikt te worden, evenmin dat er een elektronische meetstaat kan worden verkregen.

[...]

Wat is in casu gebeurd?

Bij het bestek en opmetingstaat zoals besteld door verzoekster is een samenvattende opmetingstaat gevoegd bestaande voor fase 1 uit 94 posten genummerd 1 t/m 94 en voor fase 2 uit 135 posten genummerd 1 t/m 135.

[...]

Verzoekster heeft op [een] eigen ontwikkelde spreadsheet de volgnummers 1 tot en 94 (fase 1) en de volgnummers 1 t/m 135 (fase 2) overgenomen in exact

dezelfde volgorde, heeft in de tweede kolom een korte omschrijving van de post overgenomen, in de derde kolom de hoeveelheden slaafs vermeld, in de 4/ kolom de eenheidsprijs, zowel in cijfers als in letters overgenomen en in de 5/ kolom het totaal per post vermeld in cijfers.

[...]

Welke zijn dan nu de beweerde afwijkingen van deze eigen spreadsheet met het bijgevoegde model van het bestuur?

- de code van de posten is weggelaten
- de omschrijving [...] der werken in het eigen document is summier opgesomd zonder verwijzing naar het standaardbestek 250 of het bijzonder bestek.

Dit zijn noch formele, noch substantiële afwijkingen op het bestek.

De code van de posten is een intern administratief gegeven dat van belang is bij het opmaken van de prijsvergelijking en het vaststellen van abnormale hoge of abnormale lage prijzen. Dit heeft bij de inschrijving geen enkel relevant belang omdat behoudens de code van de posten, het bestek ook de nummering van de posten heeft vermeld, die zoals reeds gemeld, slaafs werden gevolgd door verzoekster in haar eigen opgestelde meetstaat.

Het feit dat de posten summier werden opgesomd zonder verwijzing naar het standaardbestek 250 of het bijzonder bestek heeft in casu evenmin relevantie omdat het administratief gedeelte zonder meer vermeld dat deze bepalingen op deze opdracht van toepassing zijn, met andere woorden ook de volledige omschrijvingen zoals voorzien in het standaardbestek 250”.

Over “het gebruik van een eigen document met de beweerde verzwaarde werklast” stelt zij dat de door haar ingediende meetstaat “geen enkele verzwaarde werklast [veroorzaakt]” omdat verwerende partij “zelf over een Excel-file beschikt waarbij zij alle door de diverse kandidaten overgemaakte offerte’s sowieso met de hand moeten inbrengen om een prijsvergelijking te kunnen doorvoeren, om na te gaan of er abnormale hoge of lage prijzen zijn, er geen rekenfouten of leemtes zijn enz...”. Het feit dat de codes niet worden vermeld “heeft geen enkele relevantie met de beweerde werklast, nu het bestuur gewoon de volgnummers van het bestek kan overnemen”. Bovendien is verwerende partij “zelf nalatig geweest om in het bestek niet te vermelden dat de meetstaat via het Internet kon worden overgenomen”. Ten slotte voert verzoekende partij nog aan dat “deze beweerdelijk verzwaarde werklast voor het Vlaams Gewest geen reden was tot verwerping van de inschrijving van verzoekster voor een werk aan de Perstraat te Beveren”. Deze opdracht werd, ondanks het feit dat op dezelfde manier werd ingeschreven bij dezelfde administratie, toch aan verzoekende partij gegund.

Met betrekking tot “de conformiteitsverklaring” voert verzoekende partij aan dat deze “zonder enig voorbehoud de conformiteit garandeert van de eigen meetstaat met deze van het bestek”, dat “artikel 89 [...] nergens [voorziet] in een ‘plechtige formule’” en dat zij een identieke conformiteitsverklaring heeft gebruikt in het kader van de voormelde opdracht voor werken aan de Perstraat te Beveren: “Als de twee documenten naast mekaar worden gelegd is het voor verzoekster totaal onbegrijpelijk dat het ene document leidt tot een gunning, het andere document tot een weigering van gunning omwille van een substantiële onregelmatigheid daar waar de beide documenten identiek in formulering en opvatting zijn”.

In haar memorie van wederantwoord voegt verzoekende partij hier nog het volgende aan toe :

“In casu wordt door de verwerende partij geenszins naar voren gebracht in welke mate de door haar voorgehouden afwijking van de opmetingsstaat een invloed zou kunnen gehad hebben op de gelijkheid van de inschrijvers, noch op de rangschikking van de offertes. De verwerende partij beperkt zich er louter toe zonder concrete toelichting voor te houden dat de kwestieuze opmetingsstaat van verzoekende partij naar de vorm zou afwijken van de besteksbepalingen waardoor de verwerende partij een verzwaarde werklast zou dienen te ervaren, hetgeen volgens haar steeds een substantiële onregelmatigheid zou uitmaken die de nietigheid van de hele inschrijving zou kunnen verrechtvaardigen”.

Voorts betoogt verzoekende partij dat er pas van een substantiële onregelmatigheid sprake is indien de vastgestelde onregelmatigheid de mededinging zou vervalsen en van die aard is dat de betrokken inschrijver wordt bevoordeeld, dan wel dat de andere inschrijvers worden benadeeld. Zij stelt dat zulks te dezen geenszins het geval is en dat de gelijkheid tussen de inschrijvers nooit in het gedrang werd gebracht. Voorts voert zij aan dat verwerende partij in de bestreden beslissing “geen gewag” heeft gemaakt “van een gebeurlijke onmogelijkheid om tot een objectieve en werkelijke vergelijking van de offertes te komen”, verwerende partij maakt daarentegen “uitsluitend melding van het gegeven dat de inschrijving van de verzoekende partij een beweerde sterk verzwaarde werklast zou veroorzaken”, wat geen “rechtmatig motief” voor de bestreden beslissing is.

Beoordeling

8. In de laatste memorie gaat verzoekende partij ervan uit dat alle posten vermoedelijke hoeveelheden betroffen, met uitzondering van een post -129-

die door haar als zodanig ook werd aangemerkt. Artikel 89, eerste lid, tweede volzin, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, bepaalt dat indien de inschrijver zijn offerte op andere documenten maakt dan op het voorziene formulier, hij op ieder van deze documenten moet verklaren dat het document conform het bij het bestek behorende model is. Verzoekende partij heeft te dezen zelf een samenvattende opmetingsstaat opgesteld. Zij heeft hier een door haar gedelegeerd bestuurder ondertekende conformiteitsverklaring bijgevoegd. In deze verklaring garandeert zij dat haar zelfgemaakte opmetingsstaat “in volstrekte overeenstemming [is] met het door het bestuur verschaft model” en stelt zij daarvoor “alle verantwoordelijkheid” op zich te nemen.

De door verzoekende partij opgestelde samenvattende opmetingsstaat evenwel op meerdere punten sterk af te wijken van het door de verwerende partij bij het bestek gevoegde model. Zoals door verwerende partij werd vastgesteld en zoals onmiddellijk blijkt uit een vergelijking van de beide meetstaten, werden de codes voor alle posten weggelaten, ontbreekt de wijze van verrekenen voor alle posten en werd de door verwerende partij gegeven gedetailleerde omschrijving van de werken vervangen door een (zeer) summiere beschrijving.

In tegenstelling tot wat verzoekende partij beweert komt het de Raad van State voor dat deze afwijkingen, tezamen genomen, de objectieve vergelijkbaarheid van de offertes wel degelijk in het gedrang kunnen brengen. Verwerende partij kon aan de hand van de zelfgemaakte samenvattende opmetingsstaat van verzoekende partij namelijk niet met afdoende zekerheid bepalen welke werken juist in de posten zijn inbegrepen, of de opgegeven hoeveelheden vermoedelijk dan wel forfaitair zijn, en of de posten overeenstemmen met de in het model opgegeven codes uit het standaardbestek 250.

Gelet op deze vaststelling mocht verwerende partij dan ook terecht besluiten tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte van verzoekende partij. De wat ongelukkige verwijzing naar de werklast die de voormelde afwijkingen met zich meebrachten, doet geen afbreuk aan die conclusie.

Het feit dat verzoekende partij ter gelegenheid van de gunning van een overheidsopdracht voor werken aan de Perstraat te Beveren gebruik heeft

gemaakt van een samenvattende opmetingsstaat die met gelijkaardige onregelmatigheden zou zijn behept doet geen afbreuk aan de voorgaande vaststellingen vermits een verzoekende partij in beginsel geen rechten kan putten uit een vroegere offerte die eveneens door een substantiële onregelmatigheid zou zijn aangetast.

Het eerste middel is niet gegrond.

Uiteenzetting van het tweede en derde middel

9. In een *tweede middel* voert verzoekende partij de schending aan van “art. 110 K.B. nr. 1 d.d. 8 januari 1996”. Zij steunt dit middel op de veronderstelling dat “er geen enkele substantiële onregelmatigheid te weerhouden valt” in haar offerte.

10. Verzoekende partij werpt in een *derde middel* de schending op van “art. 15 van de wet van 4.12.1993”. Zij betoogt hiertoe dat artikel 15 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, bepaalt dat de opdracht dient te worden toegewezen “aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte indiende” en het “ten deze buiten betwisting staat dat de inschrijving van verzoekster lager was dan de inschrijving van de N.V. DCA welke de werken gegund kreeg”.

Beoordeling

11. Wat het tweede en derde middel tezamen genomen betreft, is bij de bespreking van het eerste middel vastgesteld dat verwerende partij terecht mocht besluiten tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte van verzoekende partij. Bijgevolg gaan het tweede en derde middel uit van een verkeerde premisse namelijk dat de offerte van verzoekende partij regelmatig zou zijn. De beide middelen dienen te worden verworpen.

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.