

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 209.137 van 24 november 2010
in de zaak A. 143.481/XII-3975**

In zake: de NV BOUWBEDRIJF VMG - DE COCK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jan Temmerman
kantoor houdend te Gent
Sint-Martensstraat 16
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de AUTONOME VERZORGINGSINSTELLING ALGEMEEN
STEDELIJK ZIEKENHUIS TE AALST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Carlos De Wolf en Jozef Timmermans
kantoor houdend te Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de NV ONDERNEMINGEN JAN DE NUL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat bij het Hof van Cassatie Johan Verbist
en advocaat Lieve Swartenbroux
kantoor houdend te Brussel
Brederodestraat 13
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 3 november 2003, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing van de raad van bestuur van de Autonome Verzorgingsinstelling ‘Algemeen Stedelijk Ziekenhuis’ te Aalst van 20.5.2003 tot gunning, na algemene offerteaanvraag, van de inrichting van de afwasruimte campus Aalst in zijn totaliteit (perceel 1, fase 1 en 2 en perceel 2, fase 1), aan de NV J. De Nul, en tegelijk de beslissing tot het niet weerhouden van de inschrijvingen van de NV Bouwbedrijf VMG-De Cock als voordeligste regelmatige offertes”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

De nv Ondernemingen Jan De Nul heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 13 januari 2004. De tussenkomende partij heeft een memorie ingediend.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij, de verwerende partij en de tussenkomende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 19 oktober 2010.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Filip Geerts, die loco advocaat Jan Temmerman verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Jozef Timmermans, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Lieve Swartenbroux, die loco advocaat Johan Verbist verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. Verwerende partij schrijft een algemene offerteaanvraag uit voor een overheidsopdracht van werken voor het inrichten van de afwasruimte van het Algemeen Stedelijk Ziekenhuis te Aalst. De opdracht wordt aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen van 28 februari 2003.

3.2. Volgens het bestek bestaat de opdracht uit twee percelen:

“Perceel 1: civiele werken

Fase 1: omvormen van magazijn tot afwasruimte

Fase 2: herinrichten van bestaande afwasruimte

Perceel 2: technische werken

Fase 1: omvormen van magazijn tot afwasruimte en herinrichten van bestaande afwasruimte”.

Artikel 28, §1, van het bestek legt voor beide percelen samen een maximale uitvoeringstermijn van 60 kalenderdagen op.

Het bestek bepaalt voorts nog de volgende gunningscriteria:

a) planning/termijn:	30 punten
b) kostprijs:	30 punten
c) technische waarde en kwaliteit van het aangeboden materiaal:	15 punten
d) samenstelling offerte:	15 punten
e) referenties soortgelijke werken:	10 punten”.

3.3. Op 14 maart 2003 verschijnt een rechtzettingsbericht in het Bulletin der Aanbestedingen. Dit bericht voegt de volgende bepalingen aan het bestek toe:

“De aannemer is verplicht op straf van nietigheid een prijsofferte in te dienen voor perceel 1 en perceel 2”.

“De aannemer dient op straf van nietigheid een gecoördineerde gedetailleerde planning te geven voor perceel 1 en perceel 2 en bij te voegen bij de inschrijving”.

3.4. De inschrijvingen worden geopend op 7 april 2003. Twee ondernemingen dienen een offerte in voor beide percelen: de nv Ondernemingen Jan De Nul, huidige tussenkomenende partij, en de nv Bouwbedrijf VMG-De Cock, thans verzoekende partij.

3.5. Er wordt op 23 april 2003 een gunningsverslag opgesteld door de architect-ontwerper.

Voor het eerste perceel luidt dit verslag, wat betreft de offertes van verzoekende en tussenkomende partij, onder meer als volgt:

“3. Nazicht + beoordeling der inschrijvingen: Perceel 1 Civiele Werken F1+F2

[...]

3.1. Uitvoeringstermijn:

Puntenbepaling:

- De aannemers dienden bij de inschrijving de uitvoeringstermijn voor de werken op te geven. Deze uitvoeringstermijn was een gunningscriterium. De aannemer met de kortste uitvoeringstermijn krijgt de meeste punten.
- Deze door de aannemer opgegeven uitvoeringstermijn mocht echter de maximum opgegeven uitvoeringstermijn van het lastenboek zijnde 60 werkdagen (12 werkweken) niet overschrijden.

Inschrijving ‘NV Jan De Nul’:

- Opgegeven uitvoeringstermijn: 10 Werkweken; [...]

[...]

Inschrijving ‘NV VMG De Cock’:

- Opgegeven uitvoeringstermijn: 12 Werkweken; [...]

Beoordeling:

Inschrijving ‘NV Jan De Nul’:

- Kortste uitvoeringstermijn en bijgevolg 100 punten.

[...]

Inschrijving ‘NV VMG De Cock’:

- $10/12 \cdot 100 = 83$ punten

Puntenverdeling voor het betreffende artikel.

	Inschrijver	Uitvoeringstermijn	Punten
1	N.V. Jan De Nul	10 Werkweken	100
3	N.V. VMG De Cock	12 Werkweken	83

3.2. Kostprijs van de werken:

[...]

Nazicht abnormale eenheidsprijzen:

Aangezien er slechts 3 inschrijvers zijn kan een rekenkundig nazicht van abnormale eenheidsprijzen zoals bepaald in de wetgeving op de

overheidsopdrachten (15% afwijking van het gemiddelde, ...) niet worden uitgevoerd. De eenheidsprijzen lijken echter normaal te zijn. De hogere inschrijvingsprijs van aannemer 'J. De Nul' is volledig toe te schrijven aan de posten 'Wand- en plafondafwerking'. De voorgestelde wandafwerkingsmaterialen zijn volledig conform het lastenboek (J. De Nul). De aannemer VMG De Cock - die een merkbaar lagere prijs heeft voor deze posten - doet geen opgave van de te gebruiken materialen.

[...]

Puntenverdeling:

	Inschrijver	Vergelijkingsbedrag	Punten
1	N.V. Jan De Nul	€ 338.580,09	87
3	N.V. VMG De Cock	€ 297.500,00	100

3.3. Technische waarde en kwaliteit van het aangeboden materiaal:

Puntenbepaling:

- Er werd de inschrijvers gevraagd [fiches] van de merken en types van het materiaal dat zou aangewend worden bij de uitvoering van het project bij de inschrijving te voegen.
- Dit materiaal werd nagekeken en getoetst aan de conformiteit van het lastenboek. [...]

Inschrijving 'NV Jan De Nul':

- De aannemer heeft een gedetailleerde lijst van de belangrijkste materialen ingediend;
- Deze materialen zijn volledig conform met het lastenboek.
- De aannemer krijgt 85 punten voor de ingediende materialen.

[...]

Inschrijving 'NV VMG De Cock'

- De aannemer heeft een lijst met materialen ingediend, waarbij 2 belangrijke materialen ontbreken: technische fiches wandbekleding in Volkern (zeer lage eenheidsprijs!!) en de binnendeuren.
- De aannemer krijgt 70 punten ingevolge het ontbreken van de zeer belangrijke fiches voor de wandbekleding.

Puntenverdeling:

	Inschrijver	Punten
1	N.V. Jan De Nul	85
3	N.V. VMG De Cock	70

3.4. Samenstelling van de offerte:

[...]

Puntenverdeling:

	Inschrijver	Punten
1	N.V. Jan De Nul	100
3	N.V. VMG De Cock	100

3.5. Referenties van soortgelijke werken:

[...]

Puntenverdeling:

	Inschrijver	Punten
1	N.V. Jan De Nul	100
3	N.V. VMG De Cock	100

3.6. Samenvatting en weging van de verschillende artikels:

	Artikel	Weging	J. De Nul	VMG De Cock
1	Uitvoeringstermijn	30%	$0.3 \times 100 = 30$	$0.3 \times 83 = 24,9$
2	Kostprijs van de werken	30%	$0.3 \times 87 = 26,1$	$0.3 \times 100 = 30$
3	Technische waarde materiaal	15%	$0.15 \times 85 = 12,75$	$0.15 \times 70 = 10,5$
4	Samenstelling offerte	15%	$0.15 \times 100 = 15$	$0.15 \times 100 = 15$
5	Referenties soortgelijke werken	10%	$0.1 \times 100 = 10$	$0.1 \times 100 = 10$
	TOTAAL	100	93,85	90,4

Wat het tweede perceel betreft luidt het gunningsverslag onder meer als volgt:

“4. Nazicht + beoordeling der inschrijvingen: Perceel 2: Technische Installaties

[...]

4.1. Uitvoeringstermijn:

[...]

Puntenverdeling voor het betreffende artikel.

	Inschrijver	Uitvoeringstermijn	Punten
1.	N.V. Jan De Nul	10 Werkweken	100

2.	N.V. VMG De Cock	12 Werkweken	83
----	------------------	--------------	----

4.2. Kostprijs van de Werken:

[...]

Nazicht abnormale eenheidsprijzen:

Aangezien er slechts 3 inschrijvers zijn kan een rekenkundig nazicht van abnormale eenheidsprijzen zoals bepaald in de wetgeving op de overheidsopdrachten (15% afwijking van het gemiddelde, ...) niet worden uitgevoerd. De eenheidsprijzen lijken echter normaal te zijn. Blijkbaar neemt aannemer VMG De Cock een grotere winstmarge op de technische installaties wat het grote verschil verklaart.

[...]

Puntenverdeling:

	Inschrijver	Vergelijkingsbedrag	Punten
1.	N.V. Jan De Nul	€ 779.561,59	100
2.	N.V. VMG De Cock	€ 946.414,2	82

4.3. Technische waarde en kwaliteit van het aangeboden materiaal:

[...]

Inschrijving 'NV Jan De Nul':

- De aannemer heeft een gedetailleerde lijst van materialen ingediend; Wel niet alle materialen werden in detail voorgesteld.
- Het overgrote merendeel van de materialen voldoet aan de beschrijving van het lastenboek en zijn de vooropgestelde typematerialen ('typematerialen ASZ')
- De technische fiches van de koelmachines werden NIET ingediend.

Inschrijving 'NV VMG De Cock'

- De aannemer heeft geen lijst met materialen ingediend betreffende Perceel 2: Technische Installaties.

Puntenverdeling voor het betreffende artikel.

	Inschrijver	Punten
1.	N.V. Jan De Nul	70
2.	N.V. VMG De Cock	0

4.4. Samenstelling van de offerte:

[...]

Puntenverdeling voor het betreffende artikel.

	Inschrijver	Punten
1.	N.V. Jan De Nul	100

2.	N.V. VMG De Cock	100
----	------------------	-----

4.5. Referenties van soortgelijke werken:

[...]

Puntenverdeling voor het betreffende artikel.

	Inschrijver	Punten
1.	N.V. Jan De Nul	100
2.	N.V. VMG De Cock	100

4.6. Samenvatting en weging van de verschillende artikels:

	Artikel	Weging	J. De Nul	VMG De Cock
1	Uitvoeringstermijn	30%	$0.3 \times 100 = 30$	$0.3 \times 83 = 24,9$
2	Kostprijs van de werken	30%	$0.3 \times 100 = 30$	$0.3 \times 82 = 24,6$
3	Technische waarde materiaal	15%	$0.15 \times 70 = 10,5$	$0.15 \times 0 = 0$
4	Samenstelling offerte	15%	$0.15 \times 100 = 15$	$0.15 \times 100 = 15$
5	Referenties soortgelijke werken	10%	$0.1 \times 100 = 10$	$0.1 \times 100 = 10$
	TOTAAL	100	95,5	74,5

Het gunningsverslag komt tot het volgende besluit:

“5. Besluit:

5.1. Perceel 1 (F1+F2) : civiele werken

Op basis van het voorgaande stellen wij voor de opdracht toe te wijzen aan de aannemer ‘N.V. Ondernemingen Jan De Nul’ uit Aalst. De aannemer behaalde 93,85 punten op 100. Dit is de hoogste score.

De werken mogen worden toegekend voor een bedrag van € 338.580,09 excl. B.T.W. (Dit is het bedrag na rekenkundig nazicht!).

5.2. Perceel 2 (F1+F2) : technische installaties

Op basis van het voorgaande stellen wij voor de opdracht toe te wijzen aan de aannemer ‘N.V. Ondernemingen Jan De Nul’ uit Aalst. De aannemer behaalde 95,5 punten op 100 punten. Dit is de hoogste score.

De werken mogen worden toegekend voor een bedrag van € 779.561,59 excl. B.T.W. (Dit is het bedrag na rekenkundig nazicht! [...])”.

3.6. De raad van bestuur van het Algemeen Stedelijk Ziekenhuis beslist op 20 mei 2003 om beide percelen van de opdracht toe te wijzen aan tussenkomende partij. Dit is de eerste bestreden beslissing.

De tekst van deze beslissing blijkt een materiële vergissing te bevatten en verwijst naar een uitvoeringstermijn voor de offerte van tussenkomende partij van “20 weken”, waar dit “10 weken” dient te zijn. Met een beslissing van 20 januari 2004 wordt deze fout rechtgezet.

3.7. Met een brief van 11 juni 2003 informeert verzoekende partij naar “het gevolg” dat wordt gegeven aan haar offerte.

3.8. Verwerende partij richt op 13 juni 2003 een schrijven aan verzoekende partij waarin wordt meegedeeld dat “geen gunstig gevolg” werd gegeven aan haar offerte.

3.9. In een brief van 8 augustus 2003 stelt de raadsman van verzoekende partij dat het schrijven van 11 juni 2003 onbeantwoord bleef en vraagt hij verwerende partij om “op officiële wijze de genomen beslissing mee te delen”, alsook een kopie van het gunningsverslag.

3.10. Verwerende partij antwoordt met een aangetekend schrijven van 28 augustus 2003, blijkens de poststempel pas verzonden op 5 september 2003, dat zij reeds op 13 juni 2003 heeft geantwoord op de brief van 11 juni 2003. Verwerende partij stelt een afschrift van het gunningsverslag bij te voegen.

3.11. Bij brief van 8 september 2003 deelt de raadsman van verzoekende partij mee dat er geen kopie van het gunningsverslag werd ontvangen.

3.12. Met een schrijven van 15 september 2003 wordt een kopie van de toewijzingsbeslissing aan verzoekende partij gezonden. Een afschrift van het gunningsverslag wordt haar echter niet bezorgd.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4. Het tweede voorwerp van het voorliggende annulatieberoep is de impliciete weigeringsbeslissing om de in het geding zijnde opdracht aan verzoekende partij toe te wijzen.

In beginsel staat het impliciete karakter van de beslissing om niet aan verzoekende partij toe te wijzen, de aanvechtbaarheid van die beslissing niet in de weg. In zoverre echter de verzoekende partij zou menen dat bij een eventuele nietigverklaring van de impliciete weigering dan van de weeromstuit voor het bestuur de rechtsplicht zou volgen om het geweigerde alsnog te geven -te deze de gunning- wordt die populaire maar verkeerde opvatting niet bijgevalen. Wat de overheid na de nietigverklaring van de weigeringsbeslissing -weze de weigeringsbeslissing impliciet of expliciet- op grond van het arrest inhoudelijk al dan niet moet doen, of niet meer mag doen, hangt af van het vernietigingsmotief, met andere woorden van het in voorkomend geval gegrond bevonden middel.

V. Tussenkost

Uiteenzetting van de exceptie

5. In haar memorie van wederantwoord betwist verzoekende partij het belang van de nv Ondernemingen Jan De Nul bij haar tussenkost in het voorliggende beroep. Verzoekende partij doet gelden dat het enkele feit dat de nv Ondernemingen Jan De Nul de begunstigde is van de bestreden toewijzingsbeslissing niet volstaat opdat deze over het rechtens vereiste belang bij de tussenkost zou beschikken. Bovendien is de overeenkomst tussen verwerende partij en de nv Ondernemingen Jan De Nul ondertussen tot stand gekomen en mag er van worden uitgegaan dat de betrokken werken reeds werden uitgevoerd, zodat volgens verzoekende partij de eventuele nietigverklaring van de toewijzingsbeslissing de nv Ondernemingen Jan De Nul niet nadelig kan raken.

Beoordeling

6. In tegenstelling tot wat verzoekende partij aanvoert volstaat het feit dat de nv Ondernemingen Jan De Nul de begunstigde is van de door verzoekende partij aangevochten toewijzingsbeslissing wel degelijk opdat deze onderneming over het rechtens vereiste belang beschikt om tussen te komen in de huidige procedure.

Het feit dat er ondertussen een overeenkomst is tot stand gekomen en dat deze overeenkomst zou zijn uitgevoerd, leidt niet tot het teloorgaan van dit belang, nu de beslissing houdende de toewijzing van een overheidsopdracht een eenzijdige bestuurlijke rechtshandeling is, die in rechte kan worden geacht

afsplitsbaar te zijn van de overeenkomst die nadien tussen de aanbestedende overheid en de gekozen inschrijver wordt gesloten.

De exceptie wordt dan ook verworpen.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

7. In het verzoekschrift voert verzoekende partij een eerste en enig middel aan tegen de bestreden toewijzingsbeslissing. Dit middel steunt hoofdzakelijk op de vermelding in de toewijzingsbeslissing van een uitvoeringstermijn van 20 weken voor de offerte van tussenkomende partij.

In de memorie van wederantwoord stelt verzoekende partij, na inzage van het gunningsverslag en van de offerte van tussenkomende partij, dat haar argumentatie ‘niet langer opgaat’ nu is gebleken dat dit steunt op een materiële vergissing in de gunningsbeslissing.

Er dient te worden vastgesteld dat de door tussenkomende partij opgegeven uitvoeringstermijn tien weken bedraagt.

Zij stelt tegelijkertijd dat “uit nazicht van het administratief dossier [is] gebleken dat de inschrijving van de NV Jan De Nul hoe dan ook door onregelmatigheid aangetast is” en ontwikkelt vervolgens drie nieuwe middelen - hierna het tweede, derde en vierde middel- waarbij ze in het tweede middel haar middel zoals aangevoerd in haar verzoekschrift, voorzover dit niet steunt op de ten onrechte aan tussenkomende partij toegeschreven uitvoeringstermijn van twintig weken, herneemt.

De nieuwe middelen die verzoekende partij aanvoert zijn alle -met uitzondering van het voorbehoud betreffende het tweede middel in de vorige alinea weergegeven- gesteund op vermeende gebreken van ofwel het gunningsverslag, ofwel de offerte van de tussenkomende partij. Vermits verzoekende partij pas na de neerlegging van het administratief dossier met de memorie van antwoord van deze stukken inzage heeft gekregen, kan worden aanvaard dat zij deze middelen pas voor het eerst in haar memorie van wederantwoord heeft ontwikkeld.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

8. Het tweede middel wordt genomen uit de schending van “art. 115 lid 1 iuncto artikel 101 van het K.B. van 8.1.1996 en/of van het redelijkheidsbeginsel”.

In dit middel betwist verzoekende partij de beoordeling van de offertes voor het eerste perceel aan de hand van het derde gunningscriterium “technische waarde en kwaliteit van het aangeboden materiaal”.

Verzoekende partij laakt het feit dat haar offerte 70 punten kreeg omdat de technische fiches voor de wandbekleding ontbraken, terwijl de offerte van tussenkomende partij 85 punten kreeg, hoewel volgens verzoekende partij bij deze offerte geen technische fiches waren gevoegd voor de volgende materialen: epoxyvloeren, tegelvloeren, plafonds, afvoergeulen in inox en houten deuren.

Zij stelt: “voor een heel aantal belangrijke materialen heeft de NV Jan De Nul geen technische fiches bijgevoegd, terwijl hiervan geen melding gemaakt wordt in het nazichtverslag. Bovendien belette het de verweester niet om de NV Jan De Nul een kwotering van 85 op 100 toe te kennen”. Volgens verzoekende partij staat dit “in schril contrast” met het feit dat zij “door het enkel ontbreken van de (volstrekt zinloze) technische fiches voor het volkern-materiaal slechts 70 van de 100 punten verkreeg”, volgens haar zijn deze fiches zinloos omdat “het door het bestek vereiste materiaal (Volkern), [...] een welbepaald type materiaal betreft dat niet in verschillende uitvoeringen voorhanden is”, zodat, bijgevolg “het aftrekken van punten niet gesteund is op deugdelijke, relevante en redelijke motieven”.

9. In haar laatste memorie wijst verzoekende partij er nog op dat tussenkomende partij evenmin technische fiches heeft ingediend voor de bakstenen, de blauwe hardsteen en de beschermpanelen. Zij vervolgt haar betoog: “waarom de technische fiche voor het materiaal van de wandbekleding plots zoveel belangrijker zou zijn dan de technische fiches voor acht andere materialen, laat staan dat dit van aard zou zijn een aftrek van 15 punten méér te verantwoorden, werd nergens duidelijk gemaakt. Nergens in het bestek valt een ‘rangorde’ van belangrijkheid inzake de materialen terug te vinden”.

Wat het materiaal “volkern” betreft stelt zij:

“Volkern is een type van materiaal (zoals spaanderplaat, multiplexplaat, gipsplaat, MDF), te weten een dikke laminaat dat op dezelfde manier wordt gemaakt als HPL (High Pressure Laminate) en bestaat uit een gekleurde bovenlaag met daaronder enkele lagen met fenolhars geïmpregneerd krachtpapier dat geperst wordt.

Volkern is volkern. Het is niet zo dat er verschillende soorten volkern bestaan. Als zodanig was het noch voor de verzoekster, noch voor de andere inschrijvers mogelijk om af te wijken van het bestek.

Gevolg daarvan is dat het opdrachtgevend bestuur zeer goed weet welk materiaal (zo ook door de verzoekster) gebruikt zal worden, nu zij zelf het materiaal zeer specifiek bepaald heeft in het bestek.

Er bestaat dan ook geen enkele valabele reden waarom een technische fiche betreffende dit materiaal nodig is. Een technische fiche is slechts dienstig om de (intrinsieke) kwaliteiten van de aangeboden materialen te beoordelen en deze kwaliteit af te wegen tegen de materialen die door andere inschrijvers zou aangewend worden. Als het aangeboden materiaal bij alle inschrijvers hetzelfde is (want aldus voorgeschreven in het bestek) valt niet in te zien wat de meerwaarde van een technische fiche kan zijn.

Wanneer de verzoekster punten in mindering gebracht worden wegens het niet-bijvoegen van de kwestieuze technische fiches, dan gebeurt dit op grond van niet-relevante overwegingen en gaat dit in tegen alle redelijkheid”.

Verzoekende partij besluit haar betoog:

“Toelaten dat een opdrachtgevend bestuur bij de kwotering van de offertes plots mag beslissen dat bepaald materiaal dermate belangrijk is dat het van aard is een invloed uit te oefenen op de rangschikking, terwijl hiervoor geen redelijke verantwoording denkbaar is en in het bestek hiervan nergens sprake is, is zoveel als zeggen dat het toegelaten is dat het opdrachtgevend bestuur de rangschikking volledig naar haar hand zet, op basis van de ingediende offertes en de overhandigde documenten en in functie van de aannemer die haar voorkeur wegdraagt. Het volstaat alsdan immers een bepaald materiaal belangrijker te achten dan 8 andere materialen samen om een wezenlijk verschil in kwotering te ‘rechtvaardigen’ en de offerte van de gewenste inschrijver de voordeligste te maken”.

Beoordeling

10.1. Artikel 101 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:

“Indien het bestek meerdere percelen bevat, kan de inschrijver een offerte indienen voor één of voor meer percelen. Voor elk gekozen perceel dient hij een offerte in. Deze offertes kunnen in één document opgenomen worden indien het bestek het toelaat.

Indien het bestek het toelaat, mag de inschrijver zijn offertes op de verschillende percelen aanvullen met prijsverminderingen of, in geval van offerteaanvraag, met verbeteringsvoorstellen die hij per perceel toestaat in geval van samenvoeging van bepaalde percelen waarvoor hij een offerte indient”.

10.2. Artikel 115, eerste lid, van ditzelfde koninklijk besluit luidde in zijn op de voorliggende zaak toepasselijke versie:

“De aanbestedende overheid kiest de regelmatige offerte die haar het voordeligst lijkt op grond van criteria die verschillend kunnen zijn naargelang de opdracht. Wanneer, bij toepassing van artikel 101, inschrijvers een verbetering van de offerte hebben aangeboden bij samenvoeging van verscheidene percelen, wordt de keuze van de aannemer bepaald door de gegroepeerde percelen die de meest interessante offerte in de zin van artikel 16 van de wet vormen”.

10.3. Verzoekende partij laat na aan te geven hoe de ingeroepen bepalingen door de verwerende partij zouden zijn geschonden. Het middel is wat de ingeroepen schending betreft onontvankelijk.

11. In wezen voert verzoekende partij aan dat verwerende partij bij de beoordeling van haar offerte en die van tussenkomende partij het bestek, met name het derde gunningscriterium, heeft geschonden door de offerte van verzoekende partij 70 punten toe te kennen wegens het ontbreken van één technische fiche - voor een volgens verzoekende partij onbelangrijk materiaal - terwijl de offerte van tussenkomende partij 85 punten krijgt, hoewel in deze offerte technische fiches voor acht materialen blijken te ontbreken.

Het gunningsverslag motiveert de puntentoekenning voor het derde gunningscriterium “technische waarde en kwaliteit van het aangeboden materiaal” voor de offerte van verzoekende partij voor het eerste perceel:

“Inschrijving ‘NV VMG De Cock’

- De aannemer heeft een lijst met materialen ingediend, waarbij 2 belangrijke materialen ontbreken: technische fiches wandbekleding in Volkern (zeer lage eenheidsprijs!!) en de binnendeuren.
- De aannemer krijgt 70 punten ingevolge het ontbreken van de zeer belangrijke fiches voor de wandbekleding”.

In tegenstelling tot wat verzoekende partij aanvoert berust de score van 70 punten dus niet enkel op het ontbreken van de technische fiches voor de wandbekleding, maar ook op het ontbreken van dergelijke fiches voor de binnendeuren.

11.1. Wat de offerte van tussenkomende partij betreft motiveert het gunningsverslag de toekenning van 85 punten als volgt:

“Inschrijving ‘NV Jan De Nul’:

- De aannemer heeft een gedetailleerde lijst van de belangrijkste materialen ingediend;
- Deze materialen zijn volledig conform met het lastenboek.
- De aannemer krijgt 85 punten voor de ingediende materialen”.

Volgens verzoekende partij zouden bij deze offerte echter de technische fiches voor niet minder dan 8 -“belangrijke”- materiaalsoorten ontbreken. Uit de bijlagen bij het gunningsverslag blijkt dat zulks evenwel niet het geval was. Bij het verslag is namelijk een tabel gevoegd, “overzicht van de bij de offertes gevoegde technische documentatie” die er voor perceel 1 als volgt uitziet:

		Aannemer 1 Ondernemingen Jan De Nul n.v.	Aannemer 2 BVBA Collewaert	Aannemer 3 NV Bouwbedrijf VMG-De Cock
	documentatie	afgeleverd	afgeleverd	afgeleverd
1	Baksteen	neen	neen	ja: Swenden/De Rycke
2	Blauwe hardsteen	neen	neen	ja: Ravana bvba
3	Epoxyvloeren	ja: AKT	ja: Boldit	ja: Resinut products
4	Tegelvloeren	ja: Buchtal; Mapei; Fa Heynen	neen	ja: Buchtal
5	Plafond	ja: Rockfon Hydroclean	ja: Rockfon Hydroclean	ja: Rockfon Hydroclean
6	Aluminium buitenschrijnwerk	ja: Reynaers; Fa G&G Construct	neen	ja: Reynaers alu

7	Schuifdeur-automatisatie	ja: Dorma; Fa Van den Ryse	ja: Blasi	ja: Dorma
8	Afvoergeulen in inox	ja: Collinet	neen	ja: Rosco nv
9	Strip uit roestvrij staal + uitzettingsvoeg-profiel voor vloer	ja: Schlüter; Fa Heynen	neen	ja: Rosco nv
10	Wandbekleding in volkern	ja: Fa Alcomel	neen	neen
11	Binnendeuren	ja: Fa Van den Ryse	neen	neen
12	Beschermpanelen	neen	neen	Ja - Velopa
13	Technieken	ja: zie bijlage	neen	neen

Voorts wordt het technisch dossier dat bij de offerte van tussenkomende partij is gevoegd voorafgegaan door een inhoudstafel, dewelke technische fiches vermeldt voor “epoxyvloeren”, “tegelvloeren”, “plafonds”, “aluminium schrijnwerk”, “afvoergeulen in inox”, “afkleden wanden volkern”, “houten deuren” en “technieken”.

Aldus ontbraken blijkbaar enkel de fiches voor de materialen “baksteen”, “blauwe hardsteen” en de “beschermpanelen” in de offerte van tussenkomende partij.

11.2. In het licht van het voorgaande gaat het de perken van de redelijkheid niet te buiten dat verwerende partij 85 punten toekent aan een offerte waarbij enkel de voormelde technische fiches ontbraken en 70 punten aan de offerte van verzoekende partij waar onder meer de fiche inzake wandbekleding ontbreekt, in het gunningsverslag vermeld als een fiche van een zeer belangrijk materiaal; er wordt in het verslag ook op gewezen dat verzoekende partij daarvoor een zeer lage eenheidsprijs bood. In tegenstelling tot wat verzoekende partij aanvoert, gaat het aldus niet de perken van de redelijkheid te buiten dat verwerende partij meer belang zou hechten aan de technische fiches voor de wandbekleding en de binnendeuren -en dus meer punten aftrekt voor het ontbreken ervan- dan aan de technische fiches voor de bakstenen en blauwe steen.

Verwerende partij heeft het gunningscriterium “technische waarde en kwaliteit van het aangeboden materiaal” dienvolgens niet miskend.

Het tweede middel is niet gegrond.

C. Derde middel

12. Het derde middel is gesteund op de schending van “art. 110 §2 iuncto art. 89 van het K.B. van 8.1.1996”. Het middel wordt aangebracht in drie omstandig uitgewerkte onderdelen.

C.1. Eerste onderdeel

Uiteenzetting van het eerste onderdeel

13. Het eerste onderdeel betreft “de door de NV Jan De Nul opgegeven uitvoeringstermijn en planning”.

Verzoekende partij wijst er in de eerste plaats op dat de uitvoeringstermijn van de opdracht een essentiële besteksbeplanning uitmaakt, niet enkel op grond van de artikelen 89 en 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, doch ook op grond van artikel 28, § 1, van het bestek, dat een maximale uitvoeringstermijn van 60 dagen oplegt. Het niet respecteren van de maximale uitvoeringstermijn vormt dan ook een substantiële onregelmatigheid, die tot de nietigheid van de betrokken offerte leidt.

Zij vervolgt haar betoog:

“1.2. Uit de uitvoeringstermijn die de NV Jan De Nul opgegeven heeft, in bijzonder de planning die door deze aannemer verstrekt werd, kan niet besloten worden dat deze zich verbonden heeft tot het uitvoeren van de opdracht, zoals voorgeschreven door het bestek, binnen de vooropgestelde termijn van 60 werkdagen. Wel integendeel.

Uit de planning van de NV Jan De Nul, neergelegd als onderdeel van het administratief dossier van de verweerder, blijkt dat een aantal onderdelen van de opdracht gewoonweg niet vervat zijn in deze planning.

Het bestek voorziet als uit te voeren werken o.m.:

- art. 44200 - uitvullingslaag: 192,87 m²
- art. 44300 - waterdichte cementpleister: 192,87 m²
- art. 44810 - kunstvloer op basis van epoxy: 18,43 m²

Deze werken zijn NIET voorzien in de planning die opgegeven werd door de NV Jan De Nul.

De NV Jan De Nul gaf nochtans wel prijs op voor deze werken.

De verzoekster van haar kant voorzag voor deze onderdelen van de opdracht zes werkdagen (exclusief droogtijd).

Ook voor de onmiskenbaar noodzakelijke droogtijd voorzag de verzoekster de nodige tijd (Dit had concreet tot gevolg dat (in de planning van de verzoekster) gedurende de week van 1.9.2003 voor perceel 1 - fase 1 geen werken konden worden uitgevoerd).

Zo moet:

- tussen het uitvoeren van de uitvullingslaag en de plaatsing van de epoxyvloer in ieder geval een droogtijd voorzien worden van minstens drie weken [...],
- tussen het uitvoeren van de uitvullingslaag en de plaatsing van de waterdichte cementpleister een droogtijd van ongeveer vier dagen voorzien worden, althans voor zover gebruik gemaakt wordt van een versneller [...], hetgeen de verzoekster voorziet doch niet de NV Jan De Nul, zoals blijkt uit het prijsverschil voor de te gebruiken mortel (58 Euro/m² voor de verzoekster tegenover 25 Euro/m² voor de NV Jan De Nul); indien geen versneller gebruikt wordt, kan de droogtijd oplopen tot 28 dagen;
- tussen de uitvoering van de waterdichte cementpleister en de tegelbevloering een wachttijd gerespecteerd worden, zelfs indien speciale producten worden aangewend [...].

De planning van de NV Jan De Nul blijkt evenwel nergens een droogtijd te voorzien. Nu, aangezien de werken die een droogtijd veroorzaken gewoonweg niet voorzien zijn in de planning van de NV Jan De Nul, hoeft dit eigenlijk niet te verwonderen.

1.3. De planning van de NV Jan De Nul voorziet een totale uitvoeringstijd van 52 werkdagen.

Aangezien het bestek uitdrukkelijk voorzag dat het perceel 1- civiele werken fase 1 - volledig diende beëindigd te zijn en voorlopig opgeleverd diende te zijn alvorens fase 2 van de civiele werken kon worden aangevat, heeft het niet voorzien van een uitvoeringstermijn voor een aantal onderdelen van fase 1, wel degelijk een invloed op de totale uitvoeringstermijn.

Wanneer

- men voor ogen houdt dat de offerte van de verzoekster voor perceel 1 (fase 1 en 2) de voordeligste regelmatige offerte zou geweest zijn van zodra de NV Jan De Nul een uitvoeringstermijn van 57 werkdagen of meer zou hebben opgegeven (alsdan zou de verzoekster een totaal bekomen van minstens 94 punten tegenover maximaal 93,85 punten voor de NV Jan De Nul),
- in de planning van de NV Jan De Nul de ontbrekende werken in rekening gebracht worden (uitvoering + droogtijd), waardoor de uitvoeringstermijn van de NV Jan De Nul in het voor deze aannemer meest gunstige scenario verlengd zou worden met minimaal 10 werkdagen, en de werkelijke

uitvoeringstermijn van de NV Jan De Nul zou komen te liggen op minimaal 62 werkdagen,

dan wordt meteen duidelijk dat de planning van de NV Jan De Nul (en dus de door haar opgegeven uitvoeringstermijn)

- niet met de werkelijkheid overeenstemt;
- rekening houdend met alle werken die volgens het bestek dienden te worden uitgevoerd, alleszins langer had moeten zijn dan deze die door de verzoekster was opgegeven.

Meer zelfs, in werkelijkheid overschrijdt de uitvoeringstermijn van de NV Jan De Nul de maximaal vooropgestelde termijn, hetgeen de offerte van deze aannemer substantieel onregelmatig maakt, waardoor deze als nietig had dienen geweerd te worden.

De vaststelling van de verzoekster blijkt reeds bij eenvoudig nazicht, hetgeen aantoont dat de verweerster en haar studiebureau de planning van de NV Jan De Nul niet, minstens op zeer onzorgvuldige wijze, bekeken hebben. Hoe dan ook werd de planning niet op haar werkelijkheid gecontroleerd, minstens hebben de verweerster en haar studiebureau er niet de gevolgen aan verbonden die zij er hadden moeten aan verbinden.

1.4. Bepaalde elementen maken de onzorgvuldigheid en/of foutieve handelswijze van de verweerster en haar studiebureau des te onbegrijpelijker / des te meer onverschoonbaar.

Immers, terwijl het nazichtverslag zelf volgende vermelding bevat

‘Wij vermoeden dat de complexiteit en de korte uitvoeringstermijn een aantal firma’s weerhouden heeft om deel te nemen aan de offerteaanvraag.’

valt niet te begrijpen dat de persoon die deze vermelding optekende, zich geen vragen gesteld heeft bij

- een totale uitvoeringstermijn die nog eens 8 werkdagen korter was dan de vooropgestelde termijn, die reeds als zeer kort aanzien werd;

alleen al op basis hiervan mocht van de verweerster en haar studiebureau een grondig en zorgvuldig nazicht verwacht worden van de door de NV Jan De Nul opgegeven planning;

meteen zou gebleken zijn dat deze planning hoegenaamd niet overeenstemde met de vereisten van het bestek;

- het feit dat de door de NV Jan De Nul opgegeven termijn voor fase 1 (32 werkdagen) liefst 13 werkdagen minder bedroeg dan deze die door de verzoekster werd opgegeven (45 werkdagen) vormde een bijkomende aanwijzing dat de planning van de NV Jan De Nul niet met de werkelijkheid kon overeenstemmen, minstens dat daartoe een ernstig vermoeden bestond die noopte tot nader onderzoek; het had bij de verweerster en haar studiebureau bedenkingen moeten doen oproepen;

wanneer men de ontbrekende werken in rekening zou brengen zoals hoger aangegeven (d.i. met een minimum van 10 werkdagen), dan komen beide

uitvoeringstermijnen alvast dicht bij elkaar in de buurt te liggen, en wordt de planning / uitvoeringstermijn van de NV Jan De Nul alvast realistischer”.

14. In haar laatste memorie herneemt verzoekende partij haar argumenten. Zij benadrukt nogmaals dat nergens in de planning van tussenkomende partij uitvoeringstijd werd voorzien voor bepaalde onderdelen zoals het uitvoeren van de uitvullingslaag. Zij stelt voor om een deskundige aan te stellen “indien uw Raad mocht oordelen dat thans onvoldoende vaststaat dat in de planning van de NV Jan De Nul bepaalde onderdelen niet voorzien werden” en dat “in de planning van de NV Jan De Nul niet de nodige droogtijd voorzien werd”. De onjuiste planning van tussenkomende partij leidt, aldus verzoekende partij, niet alleen naar de onwettigheid van diens offerte doch tast ook de beoordeling aan van de gunningscriteria.

Beoordeling

15. Het eerste middelonderdeel is aangebracht in de memorie van wederantwoord; het steunt op de veronderstelling dat tussenkomende partij een aantal onderdelen van de opdracht en de uitvoering ervan, niet zou hebben opgenomen in de uitvoeringsplanning zodat de door tussenkomende partij opgegeven uitvoeringstermijn feitelijk onjuist zou zijn.

16. Aanleiding tot de aanstelling van een deskundige kunnen in beginsel alleen die technische problemen zijn waaromtrent de Raad van State niet over de vereiste technische kennis beschikt en die reeds door de partij die een deskundigenonderzoek vraagt met een minimum aan geloofwaardige gegevens worden onderbouwd.

17. Te dezen wordt vastgesteld dat verzoekende partij in haar laatste memorie, na kennisname van het standpunt van de auditeur-verslaggever die opmerkt dat verzoekende partij niet gestaafde beweringen poneert, geen stukken bijbrengt waarin haar beweringen worden geschraagd. Verzoekende partij laat dienvolgens na haar middel een voldoende ernst te geven om de Raad van State ertoe te leiden een deskundige aan te stellen. Het middelonderdeel wordt verworpen.

C.2. Tweede onderdeel

Uiteenzetting van het tweede onderdeel

18. Het tweede onderdeel van het derde middel betreft de “detaillering van de planning”.

Verzoekende partij brengt in de eerste plaats in herinnering dat verwerende partij een rechtzettingsbericht in het Bulletin der Aanbestedingen van 14 maart 2003 liet verschijnen, waarin onder meer de volgende bepaling aan het bestek werd toegevoegd:

“De aannemer dient op straf van nietigheid een gecoördineerde gedetailleerde planning te geven voor perceel 1 en perceel 2 en bij te voegen bij de inschrijving”.

Volgens verzoekende partij heeft verwerende partij “door deze specifieke - a posteriori - wijziging”, “alsmede door er nadrukkelijk de nietigheid als sanctie aan te verbinden”, aangeduid dat het een essentiële besteksbe­paling betreft.

Vervolgens wijst verzoekende partij er op dat zij bij haar offerte een planning heeft gevoegd die in detail opgeeft gedurende hoeveel dagen en tijdens welke periode zij welke werken zal uitvoeren. Dit in tegenstelling tot de planning die tussenkomende partij bij haar offerte voegde, die “niet het minste detail [vermeldt] voor wat betreft perceel 2 (technieken)” en slechts één doorlopende, niet-gedetailleerde periode opgeeft voor “technieken 1” en één doorlopende, niet-gedetailleerde periode voor “technieken 2”. Aldus valt op geen enkele wijze uit te maken welke technieken op welk tijdstip zullen worden uitgevoerd, noch hoeveel tijd deze in beslag zullen nemen. Een dergelijke opgave is volgens verzoekende partij niet in overeenstemming met de essentiële besteksvereiste van een “gedetailleerde planning voor perceel 1 en perceel 2”.

De offerte van de NV Jan De Nul wijkt derhalve af van een essentiële besteksbe­paling, waardoor verwerende partij deze offerte als onregelmatig had moeten weren.

Beoordeling van het tweede onderdeel

19. Te dezen dient te worden vastgesteld dat bij de offerte van tussenkomende partij een tabel met een gedetailleerde planning van de beide percelen is gevoegd. Aldus heeft tussenkomende partij voldaan aan de op straffe van nietigheid voorgeschreven besteksvereiste dat de offerte een gecoördineerde planning van de beide percelen moet bevatten en diende haar offerte niet onregelmatig te worden verklaard.

Het middelonderdeel wordt verworpen.

C.3. Derde onderdeel

Uiteenzetting van het onderdeel

20. In het derde onderdeel van het derde middel laakt verzoekende partij de “abnormale prijzen” in de offerte van tussenkomende partij voor perceel 2.

Zij wijst er op dat verwerende partij “na rekenkundig nazicht en inclusief opmerkingen en inclusief de verplichte variante”, voor de offerte van verzoekende partij voor perceel 2 tot een prijs van 946.414,20 euro kwam. Voor tussenkomende partij werd tot een prijs van 779.561,59 euro gekomen. Beide prijzen vertonen een verschil van 166.852,61 euro. Procentueel uitgedrukt was de prijs van de tussenkomende partij “liefst 18 procent lager dan deze van de verzoekster”.

Volgens verzoekende partij diende verwerende partij, nu zij geconfronteerd werd met twee inschrijvingen die voor “zeer gespecialiseerde werken” een dergelijk prijsverschil vertonen, “er redelijkerwijze van uit te gaan dat de kans reëel is dat ofwel de ene prijs abnormaal laag is, ofwel de andere prijs abnormaal hoog is”. Het feit dat minder dan vier offertes werden ingediend, betekent volgens verzoekende partij niet dat niet dient te worden nagegaan of er sprake is van abnormale prijzen. Verwerende partij had aldus “hetzij de ene hetzij de andere aannemer om toelichting dienen te vragen”, wat zij evenwel niet heeft gedaan.

Verzoekende partij stelt dat zij “slechts een winstmarge van om en bij de 5% genomen heeft”, waaruit kan worden afgeleid “dat de prijs van de nv Jan De Nul abnormaal laag was, en deze laatste onder de prijs werkt, te meer daar beide inschrijvers beroep deden op dezelfde onderaannemer”.

Beoordeling

21.1. Wat de abnormale prijzen betreft, luiden artikel 110, §§ 2 en 3, van het voornoemde koninklijk besluit van 8 januari 1996, in hun op de voorliggende zaak toepasselijke versie, onder meer:

“§ 2. 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.

§ 3. Vooraleer de aanbestedende overheid evenwel een offerte afwijst, wegens haar blijkbaar abnormaal hoge of abnormaal lage eenheidsprijzen of totale prijzen, verzoekt zij de betrokken inschrijver per aangetekende brief hierover de nodige verantwoordingen te verstrekken binnen een termijn van twaalf kalenderdagen, tenzij de uitnodiging een langere termijn toestaat.

Tijdens het nazicht van blijkbaar abnormaal lage prijzen, kan de aanbestedende overheid motiveringen in aanmerking nemen die zijn gebaseerd op objectieve factoren steunend op de zuinigheid van het bouw- of productieprocédé of van de dienstverlening, of op de gekozen technische oplossingen, of op uitzonderlijk gunstige omstandigheden waarvan de inschrijver kan profiteren voor de uitvoering van de opdracht of op de originaliteit van het product, het ontwerp of het werk dat de inschrijver aanbiedt”.

21.2. Wat artikel 110, § 3, betreft beschikt de aanbestedende overheid in beginsel over een ruime discretionaire bevoegdheid om al dan niet een procedure in te zetten waarbij op zoek wordt gegaan naar de aanwezigheid van abnormale prijzen. De Raad van State mag zich bij een beoordeling van de wijze van uitoefening van deze bevoegdheid niet in de plaats stellen van het bestuur.

Ingeval de aanbestedende overheid een offerte niet afwijst wegens haar blijkbaar abnormaal hoge of lage eenheidsprijzen of totale prijzen is een bevraging van de inschrijver niet vereist. Niettemin geldt er een plicht voor de aanbestedende overheid om de regelmatigheid van een offerte na te gaan en één van de elementen van regelmatigheid is dat de offerte geen abnormale prijzen bevat.

21.3. Te dezen blijkt uit het gunningsverslag dat verwerende partij de prijzen voor perceel 2 heeft onderworpen aan een “nazicht abnormale eenheidsprijzen”. Er werd vastgesteld dat de eenheidsprijzen ‘normaal lijken te zijn’. Het prijsverschil tussen de offerte van verzoekende partij en tussenkomende partij wordt door verwerende partij toegeschreven aan het feit “dat aannemer VMG De Cock [blijkbaar] een grotere winstmarge [neemt] op de technische installaties wat het grote verschil verklaart”.

21.4. Uit het feit dat tussen de twee enige offertes voor perceel 2 een prijsverschil bestaat van 18%, volgt op zich nog niet dat de prijs van één van deze offertes als abnormaal hoog dan wel als abnormaal laag dient te worden aangemerkt.

Zoals hierna bij de beoordeling van het vierde middel blijkt was verwerende partij ten tijde van het onderzoek en de beoordeling van de offertes bovendien niet op de hoogte van het feit dat verzoekende partij en tussenkomende partij een beroep zouden doen op dezelfde onderaannemer.

Voorts gaat verzoekende partij uit van het niet aangetoonde feit dat de prijs van de onderaannemer voor de beide inschrijvers dezelfde was.

Verwerende partij heeft bijgevolg niet onzorgvuldig gehandeld door aan te nemen dat er geen sprake was van abnormale prijzen.

Het middelonderdeel is niet gegrond.

D. Vierde middel

Uiteenzetting van het middel

22. Het vierde en laatste middel ten slotte is gesteund op de schending van artikel 11 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten.

Verzoekende partij brengt dit middel als volgt aan:

“Het aanzienlijke verschil in prijs tussen de offerte van de verzoekster en de offerte van de NV Jan De Nul voor wat betreft het onderdeel technieken,

terwijl beide aannemers beroep deden op dezelfde onderaannemer, kan slechts verklaard worden

- hetzij doordat de NV Jan De Nul onder de prijs werkt (met verlies);
- hetzij doordat de onderaannemer ten aanzien van de respectievelijke hoofdaannemers 1) een aanzienlijk verschillende prijs en 2) een verschillende uitvoeringstermijn opgegeven heeft.

Dit laatste moet onmiskenbaar leiden tot het bestaan van een verboden afspraak tussen de NV Jan De Nul en de NV Aircoplus.

Er kan geen redelijke verantwoording gevonden worden voor het feit dat de prijs die de NV Jan De Nul opgegeven heeft voor het deel van het werk dat door de NV Aircoplus in onderaanneming zou worden uitgevoerd (dus met inbegrip van haar eigen winstmarge), liefst 28,5% lager ligt dan de prijs die de NV Aircoplus aan de verzoekster had opgegeven (dus exclusief de winstmarge van de verzoekster).

Door aan de verzoekster voor identiek dezelfde werken een (veel) hogere prijs en een langere uitvoeringstermijn op te geven, zou de offerte van de verzoekster onmogelijk de voordeligste kunnen zijn en zou zij uitgeschakeld worden om de werken gegund te krijgen.

Overeenkomstig art. 11 van de Wet van 24.12.1993 is elke handeling, overeenkomst of afspraak die de normale mededingingsvoorwaarden kan vertekenen, verboden, en moeten offertes die met zodanige handeling, overeenkomst of afspraak werden ingediend, worden geweerd.

De verweerster had de offerte van de NV Jan De Nul dan ook om deze redenen dienen te weren”.

23. In haar laatste memorie herneemt verzoekende partij haar stelling “dat de NV Jan De Nul en Aircoplus afspraken hebben gemaakt om de verzoekster uit te schakelen” en dat verwerende partij had moeten vaststellen dat de offerte van tussenkomende partij “aangetast was door verboden afspraken” en deze offerte bijgevolg had moeten weren.

Beoordeling

24.1. Het offerteformulier ingevuld door verzoekende partij voor perceel 2, zoals dit deel uitmaakt van het administratief dossier, bevat in antwoord op de vraag naar “de onderaannemers die zullen worden tewerkgesteld” enkel dat deze “nog aan te duiden” zijn. Voor het overige bevat deze offerte evenmin enige aanwijzing dat door verzoekende partij een beroep zal worden gedaan op de diensten van de nv Aircoplus als onderaannemer voor perceel 2.

Het door tussenkomende partij ingevuld offerteformulier voor ditzelfde perceel bevat als antwoord op de vraag naar de onderaannemers: “zie bijgaande nota”. Er volgt een nota met opmerkingen uitgaande van de nv Aircoplus. De samenvattende opmetingsstaat voor dit perceel blijkt op elke pagina de vermelding “Aircoplus nv” te bevatten. Voorts is bij de offerte van tussenkomende partij een “lijst onderaannemers & leveranciers” gevoegd die voor het onderdeel “technieken” verwijst naar de nv Aircoplus.

24.2. Met haar memorie van wederantwoord legt verzoekende partij als bijkomend stuk een schrijven van de nv Aircoplus neer, bij welk schrijven een samenvattende opmetingsstaat uitgaande van deze onderneming is gevoegd voor werken “HVAC-sanitair” aan het “ASZ Aalst afwasplaats”. Deze samenvattende opmetingsstaat vertoont sterke gelijkenissen met degene die bij de offerte van tussenkomende partij werd gevoegd, doch een aantal prijzen blijken inderdaad merkkelijk hoger te zijn dan deze in de samenvattende opmetingsstaat gevoegd bij de offerte van tussenkomende partij.

24.3. Uit de offerte van verzoekende partij kon op generlei wijze worden afgeleid dat zij voor de uitvoering van de werken voor perceel 2 een beroep zal doen op dezelfde onderaannemer als tussenkomende partij. Het is pas met het bij de memorie van wederantwoord gevoegd bijkomend stuk dat dit feit voor verwerende partij blijkt. Verwerende partij kon, ten tijde van de beoordeling van de offertes en het nemen van de bestreden toewijzingsbeslissing, aldus niet op de hoogte zijn van dit gegeven en zij kon bijgevolg, mocht artikel 11 van de wet van 24 december 1993 al van toepassing zijn op afspraken tussen een inschrijver en een onderaannemer, dan ook niet beslissen om een onderzoek in te stellen naar de discrepanties in de prijzen aangeboden door dezelfde onderaannemer voor dezelfde werken.

24.4. Bovendien dient te worden opgemerkt dat verzoekende partij niet aantoonde dat het feit dat een onderaannemer een verschillende prijs bedingt naargelang de inschrijver, te dezen de normale mededingingsvoorwaarden kan hebben vertekend.

25. Het vierde middel wordt verworpen.

BESLISSING

1. Het beroep wordt verworpen.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 euro.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 24 november 2010, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Lust,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest