

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 209.615 van 9 december 2010
in de zaak A. 144.546/XII-3996**

In zake: de NV WYCKAERT HOUTCONSTRUCTIES,
thans de NV WYCOR
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Carlos De Wolf
kantoor houdend te Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister van
Landsverdediging.

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 27 november 2003, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van onbekende datum van de minister van Landsverdediging om de overheidsopdracht voor het uitvoeren van renovatiewerken aan de loodsen T16 tot en met T21, alsook de afbraak van de aanbouw aan loodsen T16, gelegen in het kwartier Lt. Thoumsin te Zwijndrecht-Burcht, toe te wijzen aan de nv VMG-De Cock.

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.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij en de verwerende 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 Carlos De Wolf, die verschijnt voor de verzoekende partij, en Kolonel Militair Administrateur Arnaud De Decker advocaat, die verschijnt voor de verwerende 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 openbare aanbesteding uit voor een overheidsopdracht van werken voor de renovatie van de loodsen T16 tot en met T21, alsook de afbraak van een aanbouw aan loods T16, gelegen in het kwartier Lt. Thoumsin te Zwijndrecht-Burcht.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 22 november 2002.

3.2. Het bestek omschrijft een aantal van de uit te voeren werken als volgt:

“010412 Slopen van een aangebouwde constructie

Deel 2 - Post 2: Slopen van een aanbouw

Toepassing: Aangebouwd gedeelte aan de loods T16.

Omschrijving:

De aangebouwde constructie wordt volledig gesloopt tot net boven de fundering. Eventuele resterende putten en kelders worden doorgeschoten.

Voor het verwijderen van de asbesthoudende dakgolfplaten wordt een aparte post voorzien (zie art. 010419).

Inbegrepen: het degelijk schoren met alle aangepaste middelen (buisenstellingen, gelaste zware I-profielen verankerd aan de grond te betonneren steunblokken, enz...) welke noodzakelijk worden geacht door het

bestuur om aldus scheuren, wegzakkingen en/of uitbrokkeling van de te behouden gevels te verhinderen.

Meetwijze:

meeteenheid: som over het geheel

meetcode: weg te breken constructie, alle werken zoals hierboven beschreven zijn in de eenheidsprijs begrepen.

010413 Slopen van een inwendige constructie

Deel 2 - Post 3: Slopen van binnenmuren en welfsels

Toepassing: Binnen de loodsen T16 en T17 ten einde een vlakke vloer te bekomen.

Omschrijving:

Slopen van alle binnenmuren en welfsels in de loods T17.

Niet-limitatieve lijst van de sloopwerken:

- * Alle binnenmuren, inclusief de scheidingsmuren met de aanpalende loodsen T16 en T18.
- * Alle welfsels in de loods T17.
[...]
- * Alle schouwen in de loods T17.
[...]

Meetwijze:

meeteenheid: Som Over Geheel

meetcode: weg te breken constructie, alle werken zoals hierboven beschreven zijn in de eenheidsprijs begrepen.

010419 Verwijderen van asbestplaten

Deel 2 - Post 4: Verwijderen van asbesthoudende golfplaten + gordingen

Toepassing: Daken van de loodsen T16, T17, T18, T19, T20, T21 en het dak van de aanbouw aan loods T16.

Omschrijving:

Wegbreken van platen uit cement met minerale vezels (asbest).

[Er volgt een uitgebreide opsomming en uiteenzetting van de veiligheids- en gezondheidsmaatregelen die de aannemer in acht dient te nemen bij het verwijderen van asbesthoudende materialen.]

Meetwijze: m², netto oppervlakte van de daken. Alle bevestigingsmiddelen, eventuele onderliggende isolatieplaten, tussenliggende lichtstraten en de verwijdering van de gordingen waarop ze zijn bevestigd zijn in de eenheidsprijs inbegrepen”.

Op de bij het bestek gevoegde plannen wordt op de tekeningen “Fig. B3/1 doorsnede A-A bestaande toestand”, “Fig. B3/4 voorgevel” en “Fig. B3/4 zijgevel rechts bestaande toestand” melding gemaakt van “asbesthoudende schouwen”, “asbestcementhoudende schouwpijpen” en “asbesthoudende cementplaten”, telkens met een duidelijke pijl naar de afbeelding van de betrokken onderdelen van de loodsen en de aanbouw aan loods T16.

3.3. De inschrijvingen worden geopend op 9 december 2002. Drie ondernemingen, namelijk verzoekende partij, de nv VMG-De Cock en de nv Mourik, blijken een offerte te hebben ingediend.

Verzoekende partij heeft met 848.975,13 euro de laagste offerte ingediend. De nv VMG-De Cock heeft ingeschreven aan 851.137,95 euro en de nv Mourik aan 927.091,13 euro. Alle bedragen zijn btw inbegrepen.

3.4. Verzoekende partij heeft bij haar offerte een document “toelichting bij onze inschrijving” gevoegd, dat onder meer het volgende vermeldt:

“Algemeen

In geval van tegenstrijdigheid tussen de verschillende documenten onderling, houden wij ons aan de voorrangsregeling bepaald in het KB van 08/01/1996 art. 96 par. 2 en van 26/09/1996 art. 24 par. 1. Hier geldt volgende voorrangsregeling in afnemende volgorde:

1. plannen
2. bestek
3. meetstaat

Na controle van de hoeveelheden in min en in meer, werden enkele afwijkingen vastgesteld [...].

In het bestek wordt enkel de verwijdering van de asbesthoudende golfplaten + gordingen opgenomen. Enkel dit artikel wordt ook voorzien in de inschrijving. Indien zou blijken dat er nog in andere materialen asbest aanwezig is, dan dient dit vastgesteld te worden door de bevoegde instanties en verwijderd te worden door gespecialiseerde firma's.

De hieraan verbonden kosten zijn niet inbegrepen in onze offerte.

[...]

Leemtes

Art. 010419 Verwijderen van asbestplaten

De afbraak van de asbesthoudende schouwen welke getekend staan op de plannen van de bestaande toestand, werd niet opgenomen in huidige inschrijving.

Meerprijs: 4 st x 495,79 euro/stuk”.

De samenvattende meetstaat bij de offerte van verzoekende partij bevat voor de betrokken werken de volgende prijsopgaven:

Post nr	Omschrijving van werken en leveringen	Aard	Meet-eenh.	Voorziene hoeveelh.	Eenheids-prijs	Totaal Eur
2.2	Slopen van een aanbouw	FH	SOG	1,000	3850,0000	3.850,0000
2.3	Slopen van binnen-muren in loods T17	FH	SOG	1,000	7855,8000	7.855,8000
2.4	Verwijderen van asbesthoudende golfplaten + gordingen	FH	m2	3.869,540	9,0000	34.825,860

3.5. De beide andere inschrijvers signaleren in hun offerte geen leemte wat betreft de afbraak van de asbesthoudende schouwen.

De samenvattende meetstaat bij de offerte van de nv VMG-De Cock bevat voor de voornoemde werken de volgende prijsopgave:

Art.	Omschrijving		Eenh.	Hoeveelh.	E.P. Euro	Totaal
2.2	Slopen van een aanbouw	FH	SOG	1	5500,00	5500,00
2.3	Slopen van binnen-muren in loods T17	FH	SOG	1	36000,00	36000,00
2.4	Verwijderen van asbesthoudende golfplaten + gordingen	FH	m²	3869,54	15,40	59590,92

De nv Mourik doet voor de betrokken werken de volgende prijsopgave:

Arti- kel	Omschrijving	M T	Ehd	Hoev. Opd.	Ehd-prijs	Verkoop- prijs
2.2	Slopen van aanbouw	FH	sog	1.000	5,742.92	5,742.92
2.3	Slopen van binnen- muren in loods T17	FH	sog	1.000	17,861.27	17,861.27
2.4	Verwijderen van asbesthoudende golfplaten + gordingen	FH	m²	3,869.540	13.13	50,807.06

3.6. Met een aangetekend schrijven van 25 februari 2003 stelt verwerende partij de volgende vragen aan verzoekende partij:

“In toepassing van artikel 110 paragraaf 3 van het KB van 08 Jan 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aannemingen van werken, leveringen en diensten, heb ik de eer U te verzoeken uw prijs en opmerking bij post 2.2. verder te specificeren.

Wat is de kostprijs voor het slopen van de aanbouw zoals voorzien in het bestek; dus inclusief de afbraak van de schouwen?

Wat is de kostprijs voor de verwijdering van de schouwen indien deze asbesthoudend zouden zijn; dus als supplement op post 2.2. ?”

Eveneens met een aangetekend schrijven van 25 februari 2003 worden gelijkaardige vragen gesteld aan beide andere inschrijvers betreffende de afbraak van de asbesthoudende schouwen.

3.7. Verzoekende partij antwoordt met een brief van 6 maart 2003 als volgt:

“Wij [...] geven u hierbij de gevraagde informatie betreffende post 2.2.

Het bestek vermeldt onder art. 010412 Slopen van een aangebouwde constructie dat de verwijdering van de asbesthoudende dakgolfplaten in een aparte post voorzien wordt.

In de beschrijving van dit art. 010419 Verwijderen van asbestplaten worden enkel de asbesthoudende golfplaten en gordingen opgenomen voor de daken van de loodsen 16-21 + aanbouw.

De asbesthoudende schouwen werden niet opgenomen in de huidige beschrijving en inschrijving en opgegeven als een leemte bij onze offerte.

Art. 2.2. afbraak aanbouw Meerprijs afbraak asbesthoudende schouwen (zie toelichting) 4 st. x 495,79 € / st	3.850,00 € 1.983,16 €
Totaal	5.833,16 €

In geval dat de schouwen niet asbesthoudend zijn, dient er geen meerprijs gerekend te worden”.

3.8. De nv VMG-De Cock had reeds op 28 februari 2003 als volgt geantwoord:

“Hierbij speciëren wij onze prijs met betrekking tot post 2.2: Slopen van een aanbouw € 5.500,00. Is voorzien in dit artikel:

- Verwijderen van muren, dikte 19cm. en dikte 9cm.: 50,32 m3
- Verwijderen van ramen: 31,01 m2
- Verwijderen van deuren: 25,94 m2
- Verwijderen van schouwen (metselwerk): 3,19 m3
- Verwijderen van asbesthoudende schouwpijpen: 5,44 lm
- Slopen van overige delen (vloeren ...) tot net boven de fundering: 139,21m2

Het verwijderen van asbesthoudende golfplaten + gordingen is niet voorzien in dit artikel (zie hieromtrent art. 2.4)”.

De nv Mourik biedt met een schrijven van 28 februari 2003 het volgende antwoord: “In de prijs van post 2.2 is het verwijderen en verwerken van de asbesthoudende schouwen mee inbegrepen zodat er op deze post geen bijkomende supplementen van toepassing zijn”.

3.9. Op 20 mei 2003 wordt een gunningsverslag opgesteld. De drie inschrijvers worden allen geselecteerd en hun offertes worden alle administratief en technisch conform bevonden. Er wordt vastgesteld dat de prijs van de nv VMG-De Cock en de nv Mourik voor post 2.2. van de samenvattende meetstaat de verwijdering van de asbesthoudende schouwen bevat. Voor de offerte van verzoekende partij wordt de prijs voor post 2.2. verhoogd met het door haar opgegeven bedrag van 1.983,16 euro. Na rekenkundig nazicht worden de offertes als volgt gerangschikt:

- | | |
|--------------------|----------------------------|
| 1. nv VMG-De Cock: | 851.151,12 btw inbegrepen, |
| 2. nv Wyckaert: | 851.392,16 btw inbegrepen, |
| 3. nv Mourik: | 932.683,33 btw inbegrepen. |

Er wordt ten slotte voorgesteld om de opdracht toe te wijzen aan de nv VMG-De Cock, die de laagste regelmatige offerte heeft ingediend.

3.10. Op onbekende datum beslist de minister van Landsverdediging om de opdracht toe te wijzen aan de nv VMG-De Cock. Dit is de thans bestreden beslissing.

3.11. Met een schrijven van 19 augustus 2003 wordt de nv VMG-De Cock op de hoogte gebracht dat haar offerte werd “goedgekeurd”.

3.12. Op 29 september 2003 richt verzoekende partij een brief aan verwerende partij. Zij stelt te hebben vernomen dat haar offerte “niet weerhouden werd” en vraagt om een gemotiveerde gunningsbeslissing.

3.13. Met een schrijven van 14 oktober 2003 wordt verzoekende partij een afschrift van de gunningsbeslissing bezorgd.

Verzoekende partij antwoordt met een brief van 29 oktober 2003 dat “deze beslissing [evenwel] geen informatie bevat m.b.t. de leemten en vergissingen in de forfaitaire hoeveelheden die wij bij het voorbereiden van onze offerte hebben ontdekt, en waarvan wij in onze offerte melding hebben gemaakt”. Volgens verzoekende partij zou, indien met deze verbeteringen rekening wordt gehouden, voor haar offerte tot een lagere inschrijvingsprijs worden gekomen dan deze van de nv VMG-De Cock.

3.14. Op 4 november 2003 wordt verzoekende partij blijkbaar uitgenodigd op een vergadering op de burelen van de directeur van het 5de regionaal centrum voor infrastructuur, waar het gunningsverslag wordt toegelicht.

In een brief van 12 november 2003 aan verzoekende partij stelt de directeur van het 5de regionaal centrum voor infrastructuur deze toelichting als volgt op schrift:

“Om aan uw bezorgdheid tegemoet te komen heb ik u tijdens een vergadering in mijn burelen het betrokken aanbestedingsverslag mondeling toegelicht, met bijzondere aandacht voor de door u geformuleerde opmerkingen. Uit dit verslag is gebleken dat:

1. dat er geheel of gedeeltelijk gevolg gegeven is geweest aan de volgende door u voorgestelde hoeveelheden in plus of in min: posten 2.5, 2.51, 2.56, 2.79 en 2.106;
2. dat de volgende door u gesignaleerde opmerkingen aanvaard zijn geworden:
 - a. ‘opvoegen van gevelparement’;
 - b. ‘aansluiting op het bestaande rioleringsstelsel’;
 - c. ‘kleerhaken in de douches’;
 - d. ‘ingegraven waterleidingen uit gegalvaniseerd staal’ (post in min)
3. dat de afbraak van de asbesthoudende schouwen, die door u als leemte voorgesteld werd, niet als dusdanig in aanmerking genomen is geweest. Deze afbraak maakte immers integraal deel uit van post 2.2 ‘Slopen van een aanbouw’; de betrokken schouwen waren expliciet op de plannen van de aanbouw getekend met de vermelding ‘asbesthoudende schouwen’. Uw eenheidsprijs voor deze post diende bijgevolg verhoogd te worden met de door u voorgestelde meerprijs;
4. een aantal van de wijzigende hoeveelheden in min eveneens door één of meerdere andere inschrijvers werden gesignaleerd. Deze wijzigingen kwamen dus ook hen ten goede.

Wij zijn van oordeel dat wij u met deze alle nodige elementen van toelichting gegeven hebben in het kader van het artikel 25 van het KB van 08/01/96 en binnen de grenzen van de §4 van ditzelfde artikel”.

IV. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

4. Het eerste middel is gesteund op de schending van “artikel 15 van de Wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten”, “van artikel 112 van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996”, en “van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, meer bepaald het gelijkheidsbeginsel”.

Verzoekende partij betoogt daartoe wat volgt:

“In casu stelde verzoekende partij vast dat, wat betreft de uit te voeren werkzaamheden houdende de sloping van een aangebouwde constructie, in het bestek een bijzondere post was voorzien voor het verwijderen van de asbesthoudende dakgolfplaten die op de af te breken infrastructuur aanwezig waren. Het opnemen van een dergelijke afzonderlijke post was verantwoord aangezien om veiligheids- en milieuredenen voor het verwijderen van asbesthoudende materialen zeer bijzondere en ingrijpende veiligheidsvoorschriften gelden die expressis verbis waren opgenomen onder de post 010419 van het bestek met hoofding ‘Verwijderen van asbestplaten’.

Op de bij het bestek gevoegde plannen vel B3/14 fig. B3/1 doorsnede A-A bestaande toestand stonden evenwel eveneens asbesthoudende schouwen getekend in loods 16 aanbouw en loods 17 die in de uitvoering van de slopingswerkzaamheden verwijderd dienden te worden. Verzoekende partij stelde echter vast dat de in het bestek terzake, in tegenstelling tot bij de asbesthoudende dakbedekking, geen afzonderlijke post was opgenomen.

Aangezien bij het verwijderen van asbesthoudende schouwen mutatis mutandis dezelfde veiligheids- en milieumaatregelen dienen te worden in acht genomen en hiervoor geen bijzondere bestekpost was voorzien, heeft verzoekende partij in haar offerte melding gemaakt van een leemte. Verzoekende partij zag haar analyse bevestigd door het aangetekend schrijven d.d. 25 februari 2003 van verwerende partij waarbij, in toepassing van artikel 110, §3 haar het verzoek werd gericht haar prijs en opmerking bij post 2.2 te specificeren. [...]

[U]it voormeld schrijven blijkt uitdrukkelijk dat het voor verwerende partij voorafgaandelijk aan de gunning onduidelijk was of de af te breken schouwen al dan niet asbesthoudende materialen bevatten. Bijgevolg had verzoekende partij volkomen terecht deze leemte in haar offerte aangevuld, m.n. door een supplement te voorzien in de veronderstelling dat de betreffende schouwen asbesthoudende materialen zouden bevatten.

Uit het schrijven d.d. 12 november 2003 blijkt evenwel dat verwerende partij de afbraak van asbesthoudende schouwen niet als een leemte heeft aanvaard. [...]

Verzoekende partij wenst op te merken dat verwerende partij hierbij evenwel kennelijk artikel 112, §2 van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996 schendt. Immers, dat er geen sprake is van een leemte wordt uitdrukkelijk tegengesproken door het schrijven van verwerende partij d.d. 25 februari 2003 waarin de mogelijkheid wordt opgehouden dat de schouwen niet-asbesthoudend zouden zijn.

Op dit punt was er dus duidelijk een leemte in het bestek vooral nu, wat betreft de asbesthoudende dakbedekking, wel een afzonderlijke post in de meetstaat was voorzien waarbij, overeenkomstig de vigerende wetgeving, op nauwkeurige wijze werd voorgeschreven hoe de betreffende verwijderingswerkzaamheden dienden te worden uitgevoerd. Het spreekt voor zich dat, wat betreft de asbesthoudende schouwen, een soortgelijke aanpak en dito post in de meetstaat diende te worden voorzien.

Verwerende partij heeft dan ook volkomen ten onrechte de door verzoekende partij gesignaleerde en toegelichte leemten niet aanvaard. Meer nog, naar mag worden aangenomen heeft verwerende partij alle inschrijvers een schrijven gericht met dezelfde inhoud als het schrijven d.d. 25 februari 2003 gericht aan verzoekende partij.

Het spreekt voor zich dat, gegeven de openbare afroeping van de inschrijvingsprijzen, [nv VMG-De Cock] ongetwijfeld zal hebben meegedeeld dat de door hem aangeboden eenheidsprijs rekening hield met het feit dat de asbesthoudende schouwen dienden te worden verwijderd.

[E]en dergelijke ‘verduidelijking’ [heeft] tot gevolg dat [nv VMG-De Cock] de kans werd geboden om haar offerte op een voor haar gunstige wijze toe te lichten en aldus kon verzekeren dat zij de laagste inschrijvingsprijis behield. Aldus heeft verwerende partij dan ook kennelijk gehandeld met schending van

artikel 112 van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996 en van het principe van de gelijke behandeling van de inschrijvers. Deze wettigheidskritiek klempt des te meer nu, in het kader van een aanbestedingsprocedure - in strijd met een offerteaanvraag - niet is voorzien in de mogelijkheid voor een aanbestedende overheid om in contact te treden met de inschrijvers, de reden waarom artikel 110, §3 van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996 werd ‘misbruikt’ (zie hieromtrent het tweede middel).

Door enerzijds artikel 110, §3 van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996 te ‘misbruiken’ en, anderzijds, artikel 112, §2 van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996 te schenden, heeft verwerende partij artikel 15 van de Wet van 24 december 1993 geschonden, m.n. door de opdracht niet toe te wijzen aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte had ingediend, d.i. verzoekende partij”.

5. In haar memorie van wederantwoord voert verzoekende partij een “analyse van de relevante besteksbepalingen” uit, waaruit volgens haar blijkt dat “de afbraak van de asbesthoudende schouwen niet onder de in het bestek opgenomen meetposten was opgenomen”. Zij benadrukt dat “er logischerwijze ook voor de asbesthoudende schouwen een aparte post voorzien [dient] te worden en dit zowel uitgaande van de aard van deze constructies, die zich boven het dak situeren, als en vooral, uitgaande van de kenmerken van deze constructies, m.n. het feit dat zij ook, net zoals de dakgolfplaten, asbesthoudend zijn”. Verzoekende partij besluit dat zij “dan ook volkomen terecht in haar inschrijving gewezen [heeft] op het bestaan van deze leemte waarmee verwerende partij volkomen ten onrechte geen rekening heeft gehouden”.

6. In haar laatste memorie stelt verzoekende partij dat “de essentiële vraag is [...] of in de samenvattende opmetingsstaat een hiaat bestond wat betreft het asbesthoudend karakter van de schouwen”. Verzoekende partij herneemt een deel van haar “analyse van de besteksbepalingen” en besluit dat “niet ernstig kan worden betwist” dat er sprake is van “een hiaat of leemte in de samenvattende meetstaat wat betreft de aanwezigheid van asbest in de in uitvoering van post 010413 te slopen schouwen”.

Vervolgens verwijst verzoekende partij naar artikel 1162 van het Burgerlijk Wetboek. Zij werpt op dat uit deze bepaling volgt dat het bestek, in geval van twijfel, ten nadele van de aanbestedende overheid en ten voordele van de inschrijver moet worden uitgelegd. Te dezen houdt dit volgens verzoekende partij in dat, “bij gebreke aan enige aanwijzing of aanduiding wat betreft de aanwezigheid van asbest is post 010413 van de samenvattende opmetingsstaat, [...] verzoekende

partij dan ook [mocht] aannemen dat de te slopen schouwen geen asbesthoudende materialen zouden bevatten”.

Ten slotte wijst verzoekende partij nog op een “kennelijke schending van het gelijkheidsbeginsel”, gelegen in het feit dat verwerende partij met brieven van 25 februari 2003, dus na de opening van de offertes en de afroeping van de inschrijvingsprijzen, aan alle inschrijvers de vraag heeft gesteld in welke mate zij rekening hebben gehouden met het feit dat de te slopen schouwen asbesthoudende materialen bevatten. Immers, “elk van de betreffende inschrijvers [zal] vanzelfsprekend een motivering [...] uitwerken die tot gevolg heeft dat de door hem aangeboden inschrijvingsprijs niet moet worden aangepast en aldus zijn kansen op het bekomen van de opdracht niet in het gedrang worden gebracht”. Aldus werd verzoekende partij, naar eigen zeggen, “slachtoffer [...] gemaakt van de door haar gevolgde correcte handelwijze”.

Beoordeling

7. Het geschonden geachte artikel 112, § 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 onder meer als volgt:

“§ 2. 1° Wanneer een inschrijver enige leemte in de samenvattende opmetingsstaat van een overheidsopdracht voor aanneming van werken heeft aangevuld, onderzoekt de aanbestedende overheid de gegrondheid van de aanvulling en verbetert deze eventueel”.

Het staat de aanbestedende overheid vrij om de door de inschrijversesignaleerde leemten al dan niet te aanvaarden. De aanvaarding of verwerping van de leemten moet berusten op een zorgvuldig onderzoek en steunen op behoorlijke motieven.

8.1. De feitelijke premisse waar het eerste middel op steunt is dat het bestek, dan wel de samenvattende meetstaat een leemte bevat wat betreft het asbesthoudend karakter van de schouwen.

8.2. Zoals reeds werd vastgesteld in de uiteenzetting van de feiten die aan de voorliggende zaak ten grondslag liggen, zijn bij het bestek een aantal plannen gevoegd die uitdrukkelijk verwijzen naar “asbesthoudende schouwen”, en

“asbestcementhoudende schouwpijpen”, met een duidelijke pijl naar de afbeelding van de betrokken schouwen op het dak van de loods T17 en de aanbouw aan loods T16.

De bij het bestek gevoegde plannen worden geacht er integraal deel van uit te maken. Verzoekende partij erkent dit gegeven overigens zelf in het bij haar offerte gevoegde document “toelichting bij onze inschrijving”.

Er kan aldus niet redelijkwijze worden betwist dat het bestek, in de bijgevoegde plannen, uitdrukkelijk melding maakte van het asbesthoudend karakter van de te verwijderen schouwen.

8.3. De omschrijving in het bestek van de voor post 2.2. “slopen van een aangebouwde constructie” uit te voeren werken bepaalt: “de aangebouwde constructie wordt volledig gesloopt”. Er wordt voorts vermeld dat “voor het verwijderen van de asbesthoudende dakgolfplaten [...] een aparte post [wordt] voorzien (zie art. 010419)”. In de bij het bestek gevoegde samenvattende meetstaat wordt inderdaad in een post 2.4. voorzien voor het “verwijderen van asbesthoudende golfplaten + gordingen”. Voor het verwijderen van de asbesthoudende schouwen wordt in de meetstaat evenwel in geen aparte post voorzien.

Uit dit feit volgt op zich echter nog niet dat het bestek een leemte zou bevatten. In tegenstelling tot wat verzoekende partij wil laten uitschijnen leidt de aanwezigheid van asbest in de af te breken schouwen niet noodzakelijkerwijze tot de verplichting voor verwerende partij om voor de afbraakwerken aan deze schouwen een aparte post in de samenvattende meetstaat op te nemen. De vereiste in het bestek: “de aangebouwde constructie wordt volledig gesloopt” volstaat opdat de op de plannen weergegeven asbesthoudende schouwen in de sloop van dit bouwwerk zijn inbegrepen.

Dat voor het verwijderen van de asbesthoudende golfplaten en gordingen wel een aparte post 2.4. in de meetstaat werd opgenomen leidt niet tot een ander besluit. Het opnemen van deze werken onder een aparte post van de meetstaat werd, blijkens de memorie van antwoord, veeleer ingegeven door de omvang van de werken - de te verwijderen golfplaten beslaan een oppervlak van 3.869,54 vierkante meter - dan door het feit dat deze platen asbesthoudend zijn.

8.4. Ook in de offertes van de beide andere inschrijvers is het bestek zo geïnterpreteerd dat het verwijderen van de asbesthoudende schouwen deel uitmaakt van de post 2.2. “Slopen van een aanbouw” en dat het bestek geen leemte bevat betreffende deze schouwen. De nv VMG-De Cock bood voor post 2.2. immers een prijs van 5.500 euro; de nv Mourik bood 5.742,92 euro. Indien in de offerte van verzoekende partij voor post 2.2. rekening wordt gehouden met het door haar opgegeven meerprijs voor de afbraak van de asbesthoudende schouwen van “4 st x 495.79 euro/stuk” dan komt de offerte van verzoekende partij voor post 2.2. op een prijs van 5.833,16 euro. Deze prijs ligt geheel in de lijn van de beide andere offertes, zodat het de perken van de redelijkheid niet te buiten gaat om aan te nemen dat deze offertes voorzagen in de afbraak van asbesthoudende schouwen. Bovendien verklaarden beide andere inschrijvers uitdrukkelijk dat de verwijdering van de asbesthoudende schouwen was inbegrepen in hun prijs voor post 2.2.

8.5. In tegenstelling tot wat verzoekende partij aanvoert vormt de vraagstelling in het schrijven van 25 februari 2003 van verwerende partij geen bevestiging van de stelling dat het bestek een leemte zou bevatten en dat “het voor verwerende partij voorafgaandelijk aan de gunning onduidelijk was of de af te breken schouwen al dan niet asbesthoudende materialen bevatten”. Dit schrijven doet immers geen afbreuk aan het bestek, dat, zoals reeds vastgesteld, uitdrukkelijk verwijst naar het asbesthoudend karakter van de schouwen.

8.6. Uit het voorgaande volgt dat verwerende partij terecht mocht beslissen om de door verzoekende partij voorgestelde leemte in het bestek niet te aanvaarden, nu het bestek geen leemte terzake de asbesthoudende schouwen blijkt te bevatten.

8.7. In de mate dat in dit middel de schending van artikel 110, § 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, wordt aangevoerd, valt het middel samen met het hierna ter sprake komende tweede middel - wat verzoekende partij overigens zelf erkent.

8.8. In zoverre verzoekende partij in haar laatste memorie nog een betoog voert gesteund op artikel 1162 van het Burgerlijk Wetboek, is deze argumentatie nieuw en dienvolgens laatijdig.

8.9. Wat ten slotte de beweerde “kennelijke schending van het gelijkheidsbeginsel” betreft, kan niet worden ingezien hoe verwerende partij het beginsel van de gelijke behandeling van de inschrijvers zou hebben geschonden door aan alle inschrijvers de vraag te stellen of zij rekening hebben gehouden met het feit dat de te slopen schouwen asbesthoudende materialen bevatten.

8.10. Het eerste middel is in zijn geheel niet gegrond.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

9. Het tweede middel is genomen uit de schending van artikel 110, § 3, van het voornoemde koninklijk besluit van 8 januari 1996.

Verzoekende partij voert daartoe het volgende aan:

“Artikel 110 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 vormt de grondslag voor een aanbestedende overheid om de regelmatigheid van de ingediende offertes te beoordelen. Wat meer bepaald §3 betreft, worden hierbij de rechten van de aanbestedende overheid vastgelegd om, in geval van abnormaal hoge of abnormaal lage eenheidsprijzen of totale prijzen, de nodige verantwoordingen te vragen. In casu moet worden vastgesteld dat verwerende partij dit artikel heeft ‘misbruikt’ (en bijgevolg geschonden) door onder het mom van dit artikel in contact te treden met de inschrijvers en hen aldus toe te laten een offerte in hun voordeel te verduidelijken.

Het uitgangspunt om artikel 110, §3 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 toe te passen is immers de vraag of er in casu abnormaal lage of hoge eenheidsprijzen aanwezig zijn. Voor zover verzoekende partij tijdens de inzage van het administratief dossier heeft kunnen vaststellen, is aan dit uitgangspunt duidelijk niet voldaan. M.a.w., er was prima facie geen sprake van zgn. abnormaal hoge of lage eenheidsprijzen dan wel totale prijzen. Het is bijgevolg duidelijk dat verwerende partij zich de mogelijkheid heeft toegeëigend om in contact te treden met de inschrijvers - wat in een aanbesteding principieel verboden is - teneinde hen toe te laten de inhoud van hun offerte te verduidelijken, onder het mom van artikel 110, §3 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996.

Echter, enkel in het kader van een offerteaanvraag verleent artikel 115 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 aan een aanbestedende overheid de mogelijkheid om in contact te treden met de inschrijvers indien zij de inhoud van een offerte moet preciseren of aanvullen. Een dergelijke wettelijke mogelijkheid is daarentegen niet voorzien voor de gunningsprocedure georganiseerd onder de vorm van een aanbesteding. Dit wordt uitdrukkelijk bevestigd door de bepalingen van artikel 111 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 waarbij de aanbestedende overheid voor het verbeteren van vergissingen in de offertes gehouden is om de werkelijke bedoeling van de

inschrijver na te gaan ‘met alle middelen, o.m. door een onderzoek van de offerte, een vergelijking van de prijzen met die van de overige inschrijvers en met de gangbare prijzen’ doch zonder dat hierbij aan de betreffende inschrijver de mogelijkheid wordt geboden om zelf terzake de nodige verduidelijkingen en verbeteringen aan te brengen op vraag van de aanbestedende dienst.

Naar de mening van verzoekende partij kan dan ook niet ernstig worden betwist dat verwerende partij, onder het mom van artikel 110, §3 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, de (onwettige) opening heeft gecreëerd om in contact te treden met de inschrijvers teneinde hun prijs m.b.t. post 2.2. te verduidelijken, zonder dat evenwel prima facie voldaan was aan de toepassingsvoorwaarden van dit artikel.

Aldus heeft verwerende partij door het invoeren van artikel 110, §3 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 gepoogd een leemte in het bestek toe te dekken en zich aldus te onttrekken aan de consequente toepassing van artikel 112 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996. Een dergelijke toepassing zou onvermijdelijk als gevolg gehad hebben dat verzoekende partij als laagste regelmatige inschrijver diende te worden weerhouden op grond van artikel 15 van de wet van 24 december 1993, zoals toegelicht in het eerste middel”.

10. In haar memorie van wederantwoord handhaaft verzoekende partij “haar principiële wettigheidskritiek met betrekking tot het recht voor een aanbestedende overheid om, in het kader van een gunningsprocedure, georganiseerd onder de vorm van een aanbesteding, in contact te treden met de inschrijvers na de opening van de offertes”. Zij stelt vervolgens dat “voorliggend dossier [...] een perfecte illustratie [levert] van de manipulatie waartoe [dit] aanleiding geeft”, waarna zij de prijsverantwoording van de nv VMG-De Cock voor post 2.2. bekritiseert. Zij stelt onder meer dat deze inschrijver geen rekening heeft gehouden met de asbesthoudende schouwpijpen op loods T17 en dat deze, wat de aanbouw aan loods T16 betreft, een te lage hoeveelheid te verwijderen schouwpijp opgeeft, namelijk 5,44 lopende meter waar dit in werkelijkheid 10,88 lopende meter dient te zijn.

Verzoekende partij besluit dat toelaten dat inschrijvers preciseringen verstrekken na de opening van de offertes en de afroeping van de inschrijvingsprijzen “de deur [dreigt] open te zetten voor een anticipatief speculeren met betrekking tot de omvang van bepaalde besteksposten waarbij vervolgens aansluitend, in functie van de bekendgemaakte inschrijvingsprijzen, kan beslist worden of de kwestieuze uit te voeren werkzaamheden al dan niet in de betreffende bestekspost zijn opgenomen”.

11. In haar laatste memorie benadrukt verzoekende partij “de kennelijk volkomen onbegrijpelijke en volstrekt ontoereikende prijs-

verantwoordingen die door [nv VMG-De Cock] werden verstrekt, dit klaarblijkelijk met als enig oogmerk om, zoals reeds gesteld onder het eerste middel, haar initiële inschrijvingsprijs te behouden”.

Beoordeling

12. Artikel 110, § 3, eerste lid, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, in zijn op de voorliggende zaak toepasselijke versie, luidde als volgt:

“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”.

13. Het tweede middel gaat uit van de veronderstelling dat de andere inschrijvers hun offerte in hun voordeel hebben kunnen verduidelijken door te stellen dat de werken aan de asbesthoudende schouwen reeds inbegrepen waren in hun prijs voor post 2.2., waardoor zij konden vermijden dat op hun offerte een meerprijs moest worden toegerekend. Verzoekende partij vertrekt hierbij vanuit de premisse dat het bestek een leemte bevatte betreffende de asbesthoudende schouwen.

Zoals reeds vastgesteld bij de beoordeling van het eerste middel is van dergelijke leemte in het bestek te dezen geen sprake. Het middel steunt dan ook op een onjuist feitelijk uitgangspunt en is bijgevolg om die reden alleen al niet gegrond.

14. De stelling dat verwerende partij artikel 110, § 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 heeft “misbruikt” om met de inschrijvers in contact te treden wordt evenmin aanvaard. Er lag te dezen voor post 2.2. wel degelijk een prijsverschil voor dat een onderzoek naar abnormale prijzen op grond van artikel 110, § 3, rechtvaardigde. Verzoekende partij had voor post 2.2. in haar offerte immers een prijs geboden van 3.850,00 euro, terwijl de nv VMG-De Cock en de nv Mourik voor dezelfde post respectievelijk 5.500,00 euro en 5.742,92 euro boden. Er kan niet worden ingezien hoe het instellen van een onderzoek naar dit uitgesproken prijsverschil als een “misbruik” van artikel 110, § 3, zou kunnen worden aangemerkt.

15. Ten slotte is er nog de kritiek die verzoekende partij uit op de prijsverantwoording verstrekt door de nv VMG-De Cock. Deze kritiek gaat niet op. Wat de schouwen op loods T17 betreft, deze vallen volgens het bestek onder post 2.3. en niet post 2.2., waarvoor te dezen een prijsverantwoording werd gevraagd. Wat de te laag opgegeven hoeveelheid te verwijderen schouwpijp op de aanbouw aan loods T16 betreft mag er van worden uitgegaan dat het om een bepaalde perceptie gaat, voortvloeiend uit het feit dat er vier te slopen schouwen zijn en dat er op elke schouw twee schouwpijpen staan.

Het tweede middel is niet gegrond.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

16. Het derde middel is gesteund op de schending van artikel 111 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 en wordt ingeroepen in de memorie van wederantwoord.

Verwerende partij had in haar memorie van antwoord, bij haar weerlegging van het tweede middel, verwezen naar artikel 111 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996.

Verzoekende partij doet, wat de beweerde miskenning van deze bepaling betreft, het volgende gelden:

“In haar memorie van antwoord wekt verwerende partij nu de indruk dat artikel 111 van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996 op zichzelf een afdoende rechtsgrond verschaft om, in het kader van voorliggende gunningsprocedure, met alle inschrijvers in contact te treden na de opening van de offertes.

Naar de mening van verzoekende partij kan de toepassing van artikel 111 in casu evenwel op generlei wijze verdedigd worden. Artikel 111 van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996 heeft immers een welbepaalde specifieke draagwijdte, m.n. rekenfouten of kennelijk materiële fouten die door de aanbestedende overheid in de offertes van de inschrijvers worden ontdekt.

Welnu, in casu is er helemaal in geen van de inschrijvingen sprake van rekenfouten of kennelijk materiële fouten die aan verwerende partij zouden toelaten om, op basis van voormeld artikel 111, in contact te treden met de onderscheiden inschrijvers. De enige vraag die immers aan de orde is, betreft de vraag of verzoekende partij al dan niet terecht een leemte in de

samenvattende opmetingstaat van de offerte heeft meegedeeld en of verwerende partij gehouden was om met deze door verzoekende partij meegedeelde leemte rekening te houden bij de toewijzing van de opdracht”.

17. In haar laatste memorie handhaaft verzoekende partij het middel.

Beoordeling

18. Uit de beoordeling van het tweede middel is gebleken dat verwerende partij tijdens de gunningsprocedure geen beroep heeft gedaan op artikel 111 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, om met de inschrijvers in contact te treden, doch wel een onderzoek naar abnormale prijzen heeft gevoerd op grond van artikel 110, § 3, van ditzelfde koninklijk besluit.

Het enkele feit dat verwerende partij in haar memorie van antwoord naar artikel 111 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 verwijst houdt op zich nog niet in dat zij deze bepaling bij het nemen van de bestreden beslissing ook heeft toegepast, laat staan geschonden.

Het derde middel is niet gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 9 december 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