

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 210.377 van 13 januari 2011
in de zaak A. 185.106/XII-5208**

In zake: de BVBA BOUWBEDRIJF FURNIBO
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Dirk Erreygers
kantoor houdend te Antwerpen
Mechelsesteenweg 27
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de INTERCOMMUNALE WATERLEIDINGSMAATSCHAPPIJ
VAN VEURNE-AMBACHT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Carlos De Wolf
kantoor houdend te Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

Piet STEYAERT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Frederick Bruloot
kantoor houdend te Brugge
Koning Leopold II-laan 132b
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 11 september 2007, strekt tot de nietigverklaring van “een besluit van de Intercommunale Waterleidingsmaatschappij van Veurne-Ambacht, [...] van haar Raad van Bestuur van maandag 9 juli 2007, dat de opdracht ‘Koksijde bouwen van een pompstation en reinwaterkelders ‘t Schipgat - lot 1, ruwbouw en afwerking’ gunde aan de NV Gabecon te Geluveld voor haar inschrijving met variante, voor een bedrag van 2.317.961.25 euro, exclusief btw, en de daaruit volgende impliciete beslissing van diezelfde datum om de opdracht niet te gunnen aan verzoekende partij”.

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.

Piet Steyaert heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 20 februari 2008. De tussenkomende partij heeft een memorie ingediend.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 21 september 2010;

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Dirk Erreygers, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Carlos De Wolf, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Frederik Bruloot, die 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. De verwerende partij schrijft een openbare aanbesteding uit voor het bouwen van een pompstation en reinwaterkelders. Het gaat om een eerste perceel, ruwbouw en afwerking. De opdracht wordt aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen van 11 mei 2007.

3.2. Het toepasselijke bestek bepaalt onder meer:

“1.16 Verankerde secanspalenwand

Hierbij wordt een voorstel met secanspalen gemaakt maar de aannemer is vrij hiervoor een variante in te dienen met bvb. berlinerwand, damwanden, enz... om de bouwput in stand te houden. De goedkeuring ervan moet gebeuren in samenspraak met het controlebureau”.

Twee posten van de bij het bestek gevoegde samenvattende opmeting betreffen de aangehaalde besteksbeeping:

	aanduiding	VH	eenheid	aantal	eenheids- prijs	totaal
1.16.3	secanspalen geboord gew[a]pend en gebetonneerd	vk	m	7500		
1.16.4	afkappen secanspalen	vh	stuks	380		

Artikel 2.8. van het bestek (blz. 13/195) bepaalt:

“De verbetering van de vermoedelijke hoeveelheden van de posten van de opmeting overeenkomstig artikel 96, §2, wordt niet toegestaan”.

3.3. De offertes worden geopend op 22 juni 2007. Zes ondernemingen, waaronder de verzoekende partij en de bvba Gabecon, blijken een offerte te hebben ingediend.

De verzoekende partij heeft in haar offerte geen variante ingediend voor de “verankerde secanspalenwand”.

De bvba Gabecon van haar kant heeft bij haar offerte een document “nota variante” gevoegd, waarin wordt gesteld:

“Conform art. 113 van het K.B. van 8 januari 1996 genaamd ‘K.B. nr. 1’ hebben wij voor post 1.16.3 en post 1.16.4 een variante.

Variante: leveren en plaatsen van tijdelijke beschoeiing van de volledige bouwput bvb berlinerwand, damwand conform art. 1.16 van B.B. nr. 0701, en dit voor de T.P. SOG 158.585,00 € (honderd acht en vijftig duizend vijf honderd en vijf en tachtig euro).

Aldus kan het totaal bedrag der werken (zonder BTW) verminderd worden met 350.600,00 € om te komen op 2.313.352,89 €”.

3.4. Op 28 juni 2007 zendt de verzoekende partij een faxbericht aan de verwerende partij, dat onder meer als volgt luidt:

“1. Wij hebben bij aanbesteding geen variante opgegeven voor de beschoeiing van de bouwput omdat wij ervan uit gingen dat bij vergelijking van de prijzen rekening zou worden gehouden met de werkelijk uit te voeren hoeveelheid secanspalen (post 1.16.3) omdat daar blijkbaar een fout ingeslopen was.

Onze redenering: werkelijk uit te voeren hoeveelheid: 3 745 lm aan opgegeven eenheidsprijzen zal leiden tot een vermindering aan 222 483.75€.
 $(2\,571\,705.75\,€ - 222\,483.75\,€) - 2\% = 2\,302\,237.56 + 21\% \text{ BTW} = 2\,785\,707.45\,€$

2 785 707.45 € is een lagere prijs dan door Gabecon offerte met variante!

2. indien variante uitvoering met damplanken in plaats van de voorziene secanspalen resulteert dit in een nog goedkopere prijs van 2 684 167.73€”

3.5. Op 29 juni 2007 -datum volgens inventaris- wordt een ontwerp van aanbestedingsverslag opgesteld door architect Piet Steyaert, de tussenkomen de partij, en een studiebureau. Er wordt vastgesteld dat de variante offerte van de bvba Gabecon de laagste regelmatige is en er wordt voorgesteld om de opdracht aan deze inschrijver toe te wijzen. De offerte van de verzoekende partij wordt als tweede laagste gerangschikt.

Er volgen enkele herwerkte en aangevulde versies van het voornoemde aanbestedingsverslag. Het besluit, dat de variante offerte van de bvba Gabecon de laagste regelmatige is, en het voorstel om de opdracht aan deze inschrijver toe te wijzen blijven evenwel in alle versies van het verslag die deel uitmaken van het administratief dossier gehandhaafd. Ook de offerte van de verzoekende partij blijft in alle versies als tweede laagste gerangschikt.

3.6. Op 9 juli 2007 beslist de raad van bestuur van de verwerende partij, onder verwijzing naar het aanbestedingsverslag en met overname van de daarin voorgestelde rangschikking van de offertes, om de opdracht toe te wijzen aan

“de firma Gabecon voor het aanbestedingsbedrag van 2.317.961,25 euro”. Dit is de thans bestreden beslissing.

3.7. Bij aangetekende brief van 12 juli 2007 wordt de verzoekende partij ervan op de hoogte gebracht dat haar offerte “niet werd weerhouden”.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

Uiteenzetting van de exceptie

4. De verwerende partij, hierin woordelijk gevolgd door de tussenkomende partij, werpt een exceptie op waarin zij “de afwezigheid van een rechtens vereist belang in hoofde van verzoekende partij” aanvoert, aangezien deze geen “naar de vorm en inhoud regelmatige offerte heeft ingediend”: de offerte van de verzoekende partij voorziet in trappen met “thermische verzinkte treden”, terwijl het bestek treden uit roestvrij staal vereist. De verwerende partij besluit:

“In casu was de offerte van verzoekende partij dan ook behept met een onregelmatigheid, die tot de substantiële dan wel relatieve onregelmatigheid van deze offerte diende te leiden in toepassing van artikel 89 juncto artikel 110, §2 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996”.

Beoordeling

5. De verwerende partij heeft in de bestreden toewijzingsbeslissing geen uitdrukkelijke vaststellingen gedaan betreffende de regelmatigheid van de offerte van de verzoekende partij. In haar memorie van antwoord erkent de verwerende partij zelf dat zij betreffende een “onregelmatigheid” in de offerte van verzoekende partij door “de architect en het studiebureau [...] [werd] geadviseerd om over deze onregelmatigheid heen te stappen”. Zij heeft de offerte van de verzoekende partij in de bestreden beslissing vervolgens als tweede laagste gerangschikt, na de variante offerte van de bvba Gabecon. Dienvolgens mag er van worden uitgegaan dat de verwerende partij op advies van de tussenkomende partij de offerte van de verzoekende partij als regelmatig heeft aanvaard, minstens niet als substantieel onregelmatig heeft willen aanmerken. Een als substantieel onregelmatig bevonden offerte mag immers niet in aanmerking komen voor de rangschikking met het oog op de toewijzing van de opdracht.

6. Hoewel de verwerende partij inderdaad geen formele beslissing heeft genomen betreffende de regelmatigheid van de offerte van de verzoekende partij - zij heeft overigens ten aanzien van geen enkele ingediende offerte een uitdrukkelijke beslissing inzake de regelmatigheid genomen - volgt hier niet uit dat zij of de tussenkomenende partij thans, in het kader van een procedure voor de Raad van State, alsnog de onregelmatigheid van deze offerte zouden mogen opwerpen. Deze stelling druist immers in tegen de eerdere handelwijze van de verwerende partij en komt erop neer post factum een andere beoordeling in de plaats te stellen van degene die aan de bestreden beslissing ten grondslag ligt.

De exceptie wordt verworpen.

V. Onderzoek van de middelen

Enig middel

Standpunt van de partijen

7. Een enig middel wordt in het inleidend verzoekschrift afgeleid uit de “schending van artikel 15 van de Wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aannemingen van werken, leveringen en diensten [...], en van de artikelen 86, 96, 110 en 113 van het K.B. van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aannemingen van werken, leveringen en diensten en de concessies van openbare werken [...] en van het bestek nr. 701 van verwerende partij, opdracht ‘Bouwen van een pompstation en reinwaterkelders ‘t Schipgat, lot 1, ruwbouw en afwerking’, en van artikel 3 van de Wet betreffende de motivering van de bestuurshandelingen van 29 juni 1991 en van de beginselen van behoorlijk bestuur, meer bepaald het zorgvuldigheidsbeginsel”.

De verzoekende partij betoogt daartoe dat de bvba Gabecon in haar variante offerte voor de posten 1.16.3 en 1.16.4 een forfaitaire prijs heeft ingediend, terwijl het bestek niet toestond dat de inschrijvers vermoedelijke hoeveelheden verbeterden of aanpasten en de bij het bestek gevoegde meetstaat voor deze posten een eenheidsprijs vroeg rekening houdend met de opgegeven vermoedelijke hoeveelheden. De samenvattende meetstaat vroeg aldus een eenheidsprijs bij een vermoedelijke hoeveelheid van 7.500 meter “secanspalen geboord, gewapend en gebetonneerd”. De variante offerte van bvba Gabecon steunde op de werkelijke grootte van de bouwput of 3.745 lopende meter, waardoor die offerte

350.600 euro goedkoper uitkwam dan haar basisofferte. Hierdoor is volgens de verzoekende partij de prijsvergelijking vervalst en de verwerende partij had de variante offerte van de bvba Gabecon dan ook als onregelmatig dienen te weren.

8. De verwerende partij stelt dat zij gerechtigd was om rekening te houden met de variante offerte van de bvba Gabecon, gelet op de mogelijkheid die in punt 1.16 van de technische bepalingen van het bestek wordt geboden om voor de betrokken posten een variante in te dienen.

Voorts wijst de verwerende partij er nog op dat de architect en het studiebureau, op wie verwerende partij een beroep heeft gedaan voor het analyseren van de ingediende offertes, de betreffende variante uitvoeringswijze hebben onderzocht en technisch conform bevonden.

9. De tussenkomen partij herneemt het betoog van de verwerende partij en voegt er nog aan toe dat de inschrijvers “binnen de vrije variante volledige vrijheid werd gelaten naar de invulling ervan”, ook “de prijsopgave in dit verband [is] enkel begrensd door de vereisten van realisme en narekenbaarheid”.

10. In haar memorie van wederantwoord stelt de verzoekende partij dat het “ontegensprekelijk de bedoeling van het bestek [was] dat er een variante voor een andere beschoeiingstechniek dan secanspalen mocht worden gegeven (damwand, berlinerwand,), maar dan voor eenzelfde oppervlakte, eveneens aan een eenheidsprijs per meter, zodat basisoplossingen en varianten in hun totaalprijs met elkaar vergelijkbaar konden zijn”.

11. De verwerende partij verwijst in haar laatste memorie voorts naar het feit dat de architect en het studiebureau in het aanbestedingsverslag hebben vastgesteld dat de variante uitvoeringswijze voorgesteld door de bvba Gabecon “in conformiteit was met de bepalingen van het bestek en bijgevolg technisch kon worden goedgekeurd”, zodat de verwerende partij in haar hoedanigheid van aanbestedende overheid op grond van dit advies kon en mocht aannemen dat de variante offerte vergelijkbaar was met de andere offertes en bij het opstellen van de rangschikking mocht worden betrokken.

12. In haar laatste memorie voert de tussenkomen partij nog aan dat het vereisen van een prijsopgave volgens prijslijst “geenszins strookt met de [...] opgevatte vrije variante” en “voor de vrije variante niet alleen in de meetstaat geen

relevante meetgegevens zijn opgenomen, maar bovendien is het zo [...] dat er in het bestek zelfs geen meetmethode van toepassing is verklaard voor deze variante omdat dit op eigen initiatief is van elke inschrijver zelf”. Het feit dat de bvba Gabecon te dezen heeft gekozen voor een totaalprijs die alle werken voor de uitvoering van de variante omvat was dan ook “perfect toelaatbaar [...] bij gebrek aan zich opdringende regels inzake prijsbepaling, hoeveelheidsopgave, meetmethodes en/of -resultaten”.

De tussenkommende partij vraagt voorts “in voorkomend geval” om tot een “bijkomend onderzoek van de zaak” te beslissen, zo nodig met aanstelling van een deskundige.

Beoordeling

13. Artikel 113, eerste lid, 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 varianten oplegt of toestaat, moet het voorwerp van die varianten, hun aard en draagwijdte nader worden omschreven. In dat geval dient de inschrijver een offerte in voor het basisontwerp en, in voorkomend geval, als het om een opgelegde variante gaat, voor deze variante. De opdracht wordt gegund aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte heeft ingediend op grond van één enkele rangschikking van de basisoffertes en de varianten”.

14.1. De posten 1.16.3 en 1.16.4 van de samenvattende meetstaat waarvoor de bvba Gabecon een variante uitvoeringswijze heeft ingediend vereisen de opgave van een eenheidsprijs, in functie van de vermoedelijke hoeveelheid van de uit te voeren werken. Het betreft dus, in de bewoordingen van artikel 86 van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996, werken volgens prijslijst.

In de door de bvba Gabecon bij haar offerte gevoegde “nota variante” wordt echter voor de beide posten één prijs gegeven, namelijk “T.P. SOG 158.585,00 € (honderd acht en vijftig duizend vijf honderd en vijf en tachtig euro)”, dit is één forfaitaire prijs die het geheel van de prestaties voor de beide posten dekt. De variante offerte van de bvba Gabecon wijkt dus af van de wijze van prijsbepaling voorgeschreven in het bestek.

14.2. Te dezen voorziet het bestek nu juist niet in de mogelijkheid voor de inschrijvers om bij het indienen van hun variante uitvoeringswijze voor de posten 1.16.3 en 1.16.4 de wijze van prijsbepaling voor deze werken te wijzigen. Het bestek laat enkel de mogelijkheid van een andere uitvoeringswijze voor deze werken. De aard en draagwijdte van de vrije variante werd door het bestek, overeenkomstig het aangehaalde artikel 113, eerste lid, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, dan ook beperkt tot de keuze van de toe te passen techniek om de wanden van de bouwput te beschoeien. De inschrijvers mochten te dezen dan ook enkel variante uitvoeringswijzen indienen gesteund op eenheidsprijzen en niet op grond van één forfaitaire prijs voor het geheel van de betrokken werken.

Het feit dat het bestek voor de vrije variante geen hoeveelheidsopgave bevat doet geen afbreuk aan deze vaststelling. Er kan immers niet worden ingezien waarom voor eenzelfde oppervlakte te beschoeien wand geen eenheidsprijs per meter kan worden gegeven, los van de voorgestelde techniek.

14.3. De variante offerte van de bvba Gabecon was dus op het vlak van de prijsbepaling strijdig met de toepasselijke besteksbepalingen en diende dus substantieel onregelmatig te worden verklaard. De verwerende partij mocht deze variante offerte dan ook niet hebben betrokken in de vergelijking en de daaruit volgende rangschikking van de offertes.

Aangezien met de bestreden beslissing de opdracht aldus niet werd toegewezen aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte had ingediend, schendt ze ook artikel 15 van de voormelde wet van 24 december 1993.

14.4. Het feit dat de architect en het studiebureau in het gunningsverslag hebben gesteld dat de variante offerte van de bvba Gabecon “technisch” conform was doet aan de voorgaande -niet technische- vaststellingen geen afbreuk.

14.5. Het middel is dienvolgens in de aangegeven mate gegrond.

15. Wat betreft het verzoek van de tussenkomenende partij om een “technisch onderzoek” van de zaak te bevelen, dient te worden vastgesteld dat te dezen geen technische, doch wel een in wezen juridische grief, namelijk een klaarblijkelijke strijdigheid van een offerte met het bestek wat de wijze van prijsbepaling betreft, gegrond wordt bevonden. Het aanstellen van een deskundige

is dan ook niet dienstig om de voorliggende zaak te beoordelen en het verzoek daartoe wordt dienvolgens verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van de raad van bestuur van de Intercommunale Waterleidingsmaatschappij van Veurne-Ambacht van 9 juli 2007 om de overheidsopdracht voor het bouwen van een pompstation en reinwaterkelders, perceel 1 ruwbouw en afwerking, toe te wijzen aan de bvba Gabecon, en de daaruit afgeleide weigering om die opdracht toe te wijzen aan de bvba Bouwbedrijf Furnibo.

2. De verwerende 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 13 januari 2011, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Lust,	staatsraad,
Geert Van Haegendoren,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest