

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 210.528 van 20 januari 2011
in de zaak A. 159.602/XII-4373**

In zake: de BVBA CALOREC
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Nico Vandebroek
kantoor houdend te Leuven
Constantin Meunierstraat 111
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE HERENT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Myriam Van Buggenhout
kantoor houdend Rotselaar
Echostraat 8

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 28 januari 2005, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing van 29.11.2004 genomen door het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Herent inzake Sportcomplex ‘De Kempen’ – bouwen van kleedkamers en voetbalkantine – perceel 3: elektriciteit, waarbij de opdracht niet aan verzoekende partij doch aan de B.V.B.A. Electro Tendo werd toegewezen”.

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 heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 14 december 2010.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Aurélie Van Meensel, die loco advocaat Nico Vandebroek verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Inneke Bockstaele, die loco advocaat Myriam Van Buggenhout verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd 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 gemeente Herent schrijft een openbare aanbesteding uit voor een overheidsopdracht van werken voor een “perceel 3: elektriciteit” in het kader van de bouw van “kleedkamers en voetbalkantine” in het Sportcomplex “De Kempen”.

3.2. De inschrijvingen worden geopend op 25 oktober 2004. Er worden zes offertes ingediend, onder meer door verzoekende partij en de bvba Electro Tendo. Deze laatste blijkt met 49.484,26 euro de laagste offerte te hebben ingediend. Verzoekende partij heeft met 50.585,61 euro de tweede laagste offerte ingediend. Beide bedragen zijn btw niet inbegrepen.

Bij de offerte van verzoekende partij is een “bijlage: technische rechtzettingen – vergissingen en leemten” gevoegd. Verzoekende partij brengt 12 verbeteringen en leemten ter kennis van verwerende partij.

3.3. Op 18 november 2004 wordt een gunningsverslag opgesteld door de ontwerper, het studiebureau G.V.E. bvba.

De offertes worden aan een rekenkundig nazicht onderworpen. Wat de offerte van verzoekende partij betreft worden de door haar voorgestelde verbeteringen en leemten onderzocht en deels verworpen, deels aanvaard. Een aantal wordt enkel aan de offerte van verzoekende partij toegerekend en niet aan alle inschrijvers. Over de offerte van bvba Electro Tendo worden geen opmerkingen gemaakt.

Na het rekenkundig nazicht wordt de offerte van verzoekende partij als derde gerangschikt met een aangepast bedrag van 52.629,30 euro. De offerte van bvba Electro Tendo is opnieuw de laagste met een prijs van 50.806,00 euro. Beide bedragen zijn btw niet inbegrepen.

Er wordt dienvolgens voorgesteld om de opdracht toe te wijzen aan de bvba Electro Tendo.

3.4. Op 29 november 2004 beslist het college van burgemeester en schepenen, “gelet op het aanbestedingsverslag opgemaakt door het studiebureau G.V.E. d.d. 18.11.2004”, om de opdracht aan de bvba Electro Tendo te gunnen.

Dit is de thans bestreden beslissing.

3.5. Met een schrijven van 30 november 2004 wordt verzoekende partij op de hoogte gebracht dat haar offerte “grondig vergelijkend [werd] onderzocht met de andere aanbiedingen”, en dat “op basis hiervan het College niet kon ingaan op uw voorstel”.

Met een schrijven van 16 december 2004 wordt een afschrift van de gunningsbeslissing toegezonden. Naar eigen zeggen ontvangt verzoekende partij op 18 januari 2005 een kopie van het gunningsverslag.

IV. Onderzoek van de middelen

Enig middel

Uiteenzetting van het middel

4.1. Verzoekende partij voert in een enig middel de schending aan van “art. 96, 112 en 113 van het K.B. nr. 1 van 08.01.1996, art. 24 van de Algemene Aannemingsvoorwaarden (bijlage bij het K.B. van 26.09.1996), het motiveringsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel”.

Zij acht deze rechtsnormen geschonden doordat de aanbestedende overheid bij de toewijzing van de opdracht de gegrondheid van de door de inschrijvers aangebrachte leemten en vergissingen moet onderzoeken en desgevallend de prijzen dient te verbeteren om dan de opdracht aan de laagste regelmatige inschrijver te gunnen, terwijl, te dezen, verwerende partij zich bij het nemen van de gunningsbeslissing heeft gesteund op een gunningsverslag waarin bepaalde leemten enkel bij verzoekende partij werden verrekend, niet naar de overige inschrijvers werden verrekend, zodat de inschrijvingsprijs van verzoekende partij ten onrechte werd verhoogd tegenover de andere inschrijvers. Bovendien werden in het gunningsverslag bepaalde door verzoekende partij voorgestelde rechtzettingen in min ten onrechte niet aanvaard, waarbij werd voorbijgegaan aan de regel dat de plannen voorrang hebben op de meetstaat, zodat die wijzigingen in min niet ten goede zijn gekomen van verzoekende partij.

Overeenkomstig artikel 96, § 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, dient de inschrijver over te gaan tot een grondige studie van de aanbestedingsdocumenten. Verzoekende partij had in dit verband een bijlage met technische rechtzettingen, vergissingen en leemten bij haar offerte gevoegd. Verzoekende partij is hierbij

uitgegaan van de regel vervat in artikel 24 van de algemene aannemingsvoorwaarden, dat in geval van tegenstrijdigheid tussen de verschillende documenten de volgorde voor interpretatie geldt: 1° de plannen, 2° het bestek, 3° de opmetingstaat. In het gunningsverslag worden deze regels echter miskend, waardoor de uiteindelijke inschrijvingsprijs van verzoekende partij, zoals die in het gunningsverslag wordt berekend, niet correct is.

4.2. Verzoekende partij wijst vervolgens op een aantal “leemten” in min die volgens haar ten onrechte niet met haar offerte werden verrekend omdat in het gunningsverslag, in strijd met voormeld artikel 24 van de algemene aannemingsvoorwaarden, bij tegenstrijdigheid geen voorrang wordt gegeven aan de plannen, maar wel aan de meetstaat of het bestek:

“* Art. 7.2 van de meetstaat (enkele drukknop wd opbouw) vermeldde 36 stuks, terwijl plan E01 slechts 34 stuks aanduidde: gelet op de voorrang aan de plannen voorzag verzoekende partij een leemte in min van € 37,66 excl. B.T.W. (leemte 5).

In het gunningsverslag werd dienaangaande opgemerkt: ‘Na controle blijft de hoeveelheid in de meetstaat behouden.’, zonder verdere verduidelijking.

De plannen hebben evenwel volgens art. 24 A.A.V. voorrang op de opmetingsstaat en men kan zich dan ook de vraag stellen waar die twee bijkomende drukknoppen dan wel zouden moeten worden geplaatst.

Het door verzoekende partij voorziene bedrag van € 37,66 had dan ook in mindering moeten worden gebracht op haar inschrijvingsprijs, terwijl de offertes van de andere inschrijvers overeenkomstig art. 112 §1, 2° van het K.B. nr. 1 van 08.01.1996 ongewijzigd dienden te blijven.

* Art. 8.1.1 van de meetstaat (type A: 2 x 36W) vermeldde verlichtingstoestellen van 2 x 36W, terwijl de legende van de beide toegevoegde plannen E01 en E02 daarentegen 1 x 36W voorzag: gelet op de voorrang van de plannen merkte verzoekende partij dan ook op om de toestellen van 2 x 36W in mindering te brengen (leemte 6) en toestellen van 1 x 36W in meer.

In het gunningsverslag wordt echter in strijd met art. 24 A.A.V. voorrang gegeven aan de beschrijving in het lastenboek en de opmetingsstaat, stellende dat de legende slechts een schematische voorstelling van het lastenboek zou inhouden.

De legende van een plan maakt evenwel een integraal deel uit van dat plan, zoniet zou een plan immers niet leesbaar zijn.

Bijgevolg moet in geval van tegenstrijdigheden tussen de verschillende documenten art. 24 A.A.V. worden toegepast en dus voorrang worden gegeven aan de plannen.

Er had dan ook een bedrag van € 424,98 excl. B.T.W. in mindering moeten worden gebracht op de inschrijvingsprijs van verzoekende partij.

* Hetzelfde geldt met betrekking tot art. 8.3 van de meetstaat (type C), waar de legende van de plannen E01 en E02 toestellen van 2 x 36W aanduidde, terwijl het lastenboek toestellen van 2 x 58W vermeldde: verzoekende partij merkte bijgevolg op dat de toestellen van 2 x 58W in mindering moesten worden gebracht (leemte 8) en toestellen van 2 x 36W in meer.

In het gunningsverslag werd ten onrechte voorrang gegeven aan het lastenboek en de opmetingsstaat boven de plannen.

Aldus had eigenlijk dan ook een bedrag van € 1.723,16 excl. B.T.W. in mindering moeten zijn gebracht op de inschrijvingsprijs van verzoekende partij.

* Art. 10.1 van de opmetingsstaat (telefoonstopcontact 2 x RJ45) vermeldde 4 stuks, terwijl op plan E01 slechts 3 stuks waren aangeduid, zodat verzoekende partij een leemte in min ten bedrage van € 29,47 excl. B.T.W. voorzag (leemte 10).

In het gunningsverslag werd opgemerkt dat er 4 telefoonstopcontacten voorzien waren (2 x toog, 1 x lift, 1 x vergaderlokaal) en werd aldus de in de opmetingsstaat voorziene hoeveelheid van 4 stuks behouden.

Volgens art. 24 A.A.V. moesten de plannen echter voorrang krijgen op de opmetingsstaat, zodat ten onrechte geen leemte in min aan verzoekende partij werd toegekend.

Het vierde telefoontoestel is immers voorzien in de lift, die een afzonderlijk perceel uitmaakte waarmee verzoekende partij niets te maken had.

Verzoekende partij kan immers toch geen werken voorzien die betrekking hebben op een ander perceel.

Er had dan ook een bedrag van € 29,47 excl. B.T.W. in mindering moeten worden gebracht op de inschrijvingsprijs van verzoekende partij.”

Volgens verzoekende partij hadden, gelet op de voorrang van de plannen, deze verminderingen in het gunningsverslag moeten worden aanvaard en deze hadden, overeenkomstig artikel 112, § 1, 2°, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, enkel ten goede mogen komen aan verzoekende partij, die als enige de verminderingen had vermeld. Verzoekende partij vervolgt haar betoog:

“Indien deze verminderingen ten bedrage van in totaal (€ 37,66 + € 424,98 + € 1.723,16 + € 29,47 =) € 2.215,27 excl. B.T.W. correct in mindering waren gebracht, zou, uitgaande van de uiteindelijk bepaalde inschrijvingsprijs van € 52.629,30, de offerte van verzoekende partij gerangschikt moeten zijn aan het bedrag van (€ 52.629,30 - € 2.215,27 =) € 50.414,03 excl. B.T.W.

Dit bedrag is beduidend lager dan het bedrag van € 50.806,00 excl. B.T.W. waaraan verwerende partij de opdracht aan de B.V.B.A. Electro Tendo heeft toegekend, zodat vermits de opdracht aan de goedkoopste inschrijver diende te worden toegekend, de opdracht eigenlijk aan verzoekende partij had moeten worden gegund”.

4.3. Ten slotte voert verzoekende partij nog aan dat zij een leemte in meer heeft gesignaleerd, die ten onrechte enkel op haar offerte werd toegerekend:

“Verzoekende partij had opgemerkt dat in het lastenboek onder art. 12.10 een post ‘opleiding gebruiker’ was voorzien, terwijl daarvan geen sprake was in art. 12.10 van de opmetingsstaat, die enkel ‘testen + indienststelling’ vermeldde.

Aldus voorzag verzoekende partij een leemte in meer ten bedrage van € 1.178,89 excl. B.T.W.

In het gunningsverslag werd dienaangaande opgemerkt dat de post opleiding voorzien zou zijn onder art. 16 ‘oplevering, indienststelling en opleiding’ van de opmetingsstaat.

Dit is niet correct, gezien art. 16 in het lastenboek enkel werd omschreven als art. 16.1 ‘oplevering’, zodat in de opmetingsstaat een post werd gecreëerd die niet in het lastenboek voorkwam.

Het gaat dan ook niet op dat in het gunningsverslag het door verzoekende partij voorziene bedrag van € 1.178,89 excl. B.T.W. mee werd opgenomen onder art. 16, terwijl bij de andere inschrijvers geen verrekening werd doorgevoerd.

Daar er een tegenstrijdigheid was tussen het lastenboek en de opmetingsstaat, moest overeenkomstig art. 24 A.A.V. voorrang worden verleend aan het bestek.

Ook voor de andere inschrijvers diende derhalve een bijkomende post voor 'opleiding gebruiker' te worden voorzien.

Uit de prijzen die de andere inschrijvers voor art. 16 van de opmetingsstaat hadden opgegeven, kan immers niet anders worden afgeleid dan dat ook zij geen kostprijs voor 'opleiding gebruiker' hadden voorzien: de firma Corbeels had € 200,00 voorzien, de firma Fabricom € 771,68, de firma Gielen € 125,52 en de firma Breysem € 95,00, terwijl de B.V.B.A. Electro Tendo, aan wie uiteindelijk de opdracht werd gegund, zelfs helemaal geen eenheidsprijs had opgegeven”.

Volgens verzoekende partij had ook voor de andere inschrijvers de ontbrekende post moeten worden berekend aan de hand van de formule voorzien in artikel 112, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996. Door deze verrekening zouden de prijzen van de andere inschrijvers, ook die van de bvba Electro Tendo, zijn verhoogd ten opzichte van de prijs van verzoekende partij, ten aanzien van wie die verhoging wel reeds was doorgevoerd. Deze fout in het gunningsverslag heeft volgens verzoekende partij aldus een invloed gehad op de uiteindelijke rangschikking, waardoor in samenhang met de andere fouten de offerte van verzoekende partij ten onrechte niet meer als de laagste naar voren kwam.

5. In haar laatste memorie voert verzoekende partij nog aan dat er onmiskenbaar een tegenstrijdigheid tussen de verschillende aanbestedingsdocumenten bestaat. Zij kon niet voortgaan op de opmetingsstaat, die enkel een samenvatting is van de op de plannen vermelde materialen – zij was integendeel verplicht om deze te verbeteren. In het bestek werd evenmin duidelijk bepaald wat er concreet gevraagd werd, maar werd enkel een algemene omschrijving van de materialen gegeven, zonder de gewenste inplanting ervan. Enkel de plannen gaven de toepassing per lokaal van de materialen (algemeen omschreven in het bestek), die op de meetstaat zijn samengevat. In toepassing van artikel 24 van de algemene aannemingsvoorwaarden konden enkel de

plannen uitsluitend geven. Verzoekende partij kon dan ook niet anders dan zich integraal te steunen op de plannen, zoniet kon er geen offerte opgemaakt worden.

Beoordeling

6.1. In het verzoekschrift voert verzoekende partij de schending aan van artikel 113 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996.

Verzoekende partij verduidelijkt niet hoe de bestreden beslissing deze bepaling zou miskennen. Het is niet aan de Raad van State ambtshalve na te gaan hoe deze bepaling, die vreemd lijkt aan de grieven die verzoekende partij in dit middel opwerpt, zou zijn geschonden.

Het middel is in zoverre niet ontvankelijk.

6.2. Verzoekende partij roept voorts de schending in van artikel 24 van de “algemene aannemingsvoorwaarden voor de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en voor de concessies voor openbare werken”, bijlage bij het koninklijk besluit van 26 september 1996 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken.

Het bedoelde artikel 24, § 1, stelt dat “voor interpretatie”, in geval van tegenstrijdigheid tussen de verschillende documenten, een bepaalde rangorde geldt.

In de mate dat de schending van de bepalingen van dit koninklijk besluit en zijn bijlage wordt aangevoerd is het middel dan ook niet gegrond, aangezien te dezen de toewijzing van de opdracht in het geding is en niet de interpretatie van het contract betreffende de opdracht.

6.3. Wat de gegrondheid van het middel betreft voert verzoekende partij in essentie aan dat in het gunningsverslag, waarop de toewijzingsbeslissing is gesteund, ten onrechte geen rekening werd gehouden met vier door haar voorgestelde “leemten in min” (bedoeld wordt: verbeteringen) en dat één leemte

in meer ten onrechte enkel op haar offerte werd toegerekend. Indien deze verbeteringen en leemte juist zouden zijn verwerkt, dan zou, aldus verzoekende partij, haar offerte als laagste zijn gerangschikt.

6.4. Verzoekende partij stelt dat de door haar voorgestelde verbeteringen voortvloeien uit tegenstrijdigheden tussen de aanbestedingsdocumenten. Zij roept in dit verband nog de schending in van artikel 96 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken. De tweede paragraaf van deze bepaling luidt:

“§ 2. De inschrijver vult de leemten in de samenvattende opmetingsstaat aan en verbetert de vergissingen die hij in de forfaitaire hoeveelheden ontdekt, rekening houdend met de tekeningen, het bestek, zijn beroepskennis of persoonlijke bevindingen; hij voegt bij zijn offerte een nota ter verantwoording van de wijzigingen”.

Deze bepaling voert aldus geen hiërarchie in tussen de aanbestedingsdocumenten en stelt enkel dat de inschrijver die verbeteringen aanbrengt hierbij rekening dient te houden met onder meer de tekeningen en het bestek.

Het eveneens door verzoekende partij geschonden geachte artikel 112 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 luidt onder meer:

“§ 1. Wanneer een inschrijver, bij toepassing van artikel 96, § 2, de hoeveelheid van één of meer posten van de samenvattende opmetingsstaat van een overheidsopdracht voor aanneming van werken heeft verbeterd, ziet de aanbestedende overheid die wijzigingen na, verbetert ze zo nodig volgens eigen berekeningen en wijzigt eventueel de opmetingen gevoegd bij de offertes volgens de regels hierna : [...]”.

Deze bepaling legt evenmin een bijzondere volgorde vast waarin de aanbestedende overheid bij het onderzoek van de offertes rekening dient te houden met de aanbestedingsdocumenten.

6.5. Verzoekende partij voert aan, inzonderheid in haar laatste memorie, dat de tegenstrijdigheden en leemten van die aard zijn dat zij het opmaken van de offerte in het gedrang brachten.

In dit verband moet worden gewezen op artikel 98 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, dat bepaalt:

“Indien de inschrijver in het bestek of in de aanvullende documenten van de opdracht zodanige vergissingen of leemten vaststelt dat het hem onmogelijk is een prijs te berekenen, of dat de vergelijking van de offertes niet meer opgaat, geeft hij daarvan onverwijld, althans ten minste tien dagen vóór de dag van de opening van de offertes, schriftelijk kennis aan de aanbestedende overheid, behoudens zo de inkorting van de termijn voor het indienen van de offertes niet toelaat deze voorwaarde na te leven.

De aanbestedende overheid oordeelt of het, wegens de belangrijkheid van de vergissingen of de leemten, verantwoord is de zitting van de opening van de offertes te verdagen en een rechtzetting te publiceren”.

Indien een inschrijver bij het opstellen van zijn offerte ernstige tegenstrijdigheden in de aanbestedingsdocumenten ontdekt –wat dus volgens verzoekende partij te dezen het geval is– dient hij, overeenkomstig artikel 98 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, de aanbestedende overheid hiervan onverwijld op de hoogte te brengen.

Verzoekende partij blijkt zulks niet te hebben gedaan.

Uit het gunningsverslag blijkt dat het studiebureau de voorgestelde leemten in min alle heeft onderzocht en op gemotiveerde wijze verworpen. Dat het hierbij de interpretatie van de aanbestedingsdocumenten voorgestaan door verzoekende partij niet de zijne heeft gemaakt is niet griefhoudend, nu de toepasselijke regelgeving geen bijzondere voorrang verleent aan de plannen over de andere aanbestedingsdocumenten.

Geen enkele van de zes andere inschrijvers blijkt overigens een leemte te hebben gesignaleerd gesteund op de tegenstrijdigheid van de aanbestedingsdocumenten.

Wat de verbeteringen betreft is het middel dan ook niet gegrond, nu het berust op een juridisch uitgangspunt dat geen steun vindt in de toepasselijke regelgeving.

7. De grief betreffende de leemte in meer inzake de post “opleiding gebruiker” die ten onrechte niet aan de andere inschrijvers zou zijn toegerekend, dient niet te worden onderzocht, aangezien deze leemte betrekking heeft op een bedrag van 1.178,89 euro, btw niet inbegrepen, terwijl het verschil tussen de offerte van verzoekende partij en de offerte van de bvba Electro Tendo bij de eindrangschikking 1.823,30 euro, btw niet inbegrepen, bedroeg. Een mogelijk gegrond bevinden van deze grief kan dan ook niet tot gevolg hebben dat de offerte van verzoekende partij de laagst geprijsde wordt ten opzichte van de prijs van de offerte van de bvba Electro Tendo na toepassing van de formule voorzien in artikel 112, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, waardoor zij voor toewijzing van de opdracht in aanmerking zou komen.

In zoverre is het middel dan ook niet ontvankelijk bij gebrek aan belang.

8. Het middel wordt verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwierpt 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 20 januari 2011, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Geert Van Haegendoren,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest