

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 218.265 van 1 maart 2012
in de zaak A. 164.154/XII-4494**

In zake: de NV INTERPLANT
rechtsgeding hervat door de NV KRINKELS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Patrick Thiel
kantoor houdend te 1170 Brussel
Terhulpsessesteenweg 178
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE BEVEREN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jeroen Heyndrickx
kantoor houdend te 9120 Beveren-Waas
Grote Markt 34b
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 11 juli 2005, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing van het College van burgemeester en schepenen van de Gemeente Beveren dd. 25 april 2005 houdende gunning van de opdracht voor wegen- en rioleringswerken in de dorpskern te Melsele via openbare aanbesteding (Bestek nr. 9N238.1) aan de n.v. Kembo en waarbij de offerte van [de nv Interplant] als tweede gerangschikt wordt in de rangorde der inschrijvingen”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 211.146 van 10 februari 2011 zijn de debatten heropend.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een aanvullend 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 8 november 2011.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Valentine de Francquen, die loco advocaat Patrick Thiel verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Jeroen Heyndrickx, 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. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor wegen- en rioleringswerken in de dorpskern te Melsele. De gunningswijze is de openbare aanbesteding. Er worden acht offertes ingediend waaronder die van de nv Interplant, oorspronkelijk verzoekende partij en die van de nv Kembo.

3.2. Met betrekking tot de materialen, in het bijzonder de “behouwen blauwe hardsteen”, schrijft het bestek voor:

“21. Behouwen blauwe hardsteen

De steen is 'petit granit'.
Tegels: 20 x 20 x 8 cm, bovenzijde gezaagd.
Trottoirbanden: afmetingen zie detail
zichtvlakken geschuurd.”.

Het bestek verklaart ook het standaardbestek 250 van het ministerie van de Vlaamse Gemeenschap - versie 2.0 van toepassing op deze opdracht. Hierin wordt met betrekking tot behouwen blauwe hardsteen onder meer gesteld:

“De steen is hetzij behouwen crinoïdenkalksteen, 'petit granit' genoemd. Hetzij behouwen kalksteen zoals 'Maassteen', 'Doornikse steen', 'Sambersteen', hetzij behouwen kalksteen die behoort tot de etages 'Givetiaan' en 'Frasniaan' van het Devoon. De behouwing en eventueel de geologische herkomst worden gespecificeerd op de aanbestedingsdocumenten.”.

3.3. Op de samenvattende opmetingsstaat van haar offerte vult de nv Interplant het artikel 24.2.1. “blauwe hardsteentegels – gezaagd 200/200/80 mm” in aan een prijs van 306.660,00 euro op basis van een vermoedelijke hoeveelheid van 5.380 m² en een eenheidsprijs van 57,00 euro/m². Voor de posten 26.1. en 26.2. (trottoirbanden van natuursteen) wordt als eenheidsprijs 41,00 euro respectievelijk 18,00 euro gegeven.

De nv Kembo geeft voor artikel 24.2.1. een prijs op van 554.355,20 euro, dit is aan een eenheidsprijs van 103,04 euro; voor de posten 26.1. en 26.2. geeft zij als eenheidsprijzen 81,25 euro respectievelijk 39,62 euro. Zij voegt bij haar offerte wel de volgende opmerking: “Voor de bestrating van gezaagde blauwe hardsteentegels en de trottoirbanden van natuursteen zijn onze eenheidsprijzen opgesteld met blauwe hardsteen van Belgische oorsprong. Indien deze materialen van Oosterse oorsprong mogen zijn, geven wij u in bijlage onze aangepaste eenheidsprijzen voor de posten 24.2.1., 26.1. en 26.2.”. Voor artikel 24.2.1. wordt de prijs dan 295.738,60 euro aan een eenheidsprijs van 54,97 euro; de posten 26.1. en 26.2. worden dan aangeboden aan een eenheidsprijs van 41,40 euro respectievelijk 16,10 euro.

3.4. Bij brief van 31 maart 2005 vraagt verwerende partij aan de nv Interplant een prijsverantwoording voor de blauwe hardsteen (posten 24.2.1., 26.1. en 26.2.) op grond van artikel 110 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken. Zij verzoekt tevens de herkomst van de aangeboden materialen mee te delen.

In haar antwoord van 7 april 2005 verwijst de nv Interplant, wat de herkomst van de blauwe hardsteen betreft, naar haar inschrijving en bevestigt zij dat deze uit China afkomstig is. De nv Interplant wijst er tevens op dat deze steen kwalitatief minstens evenwaardig is aan de “petit granit”.

Verwerende partij vraagt bij brief van 19 april 2005 aan de nv Interplant de technische fiche op van deze Chinese hardsteen met de daarbij behorende COPRO-keuring.

De nv Interplant bezorgt bij brief van 20 april 2005 de gevraagde informatie.

3.5. In het aanbestedingsverslag van 22 april 2005 wordt onder meer het volgende vermeld:

“- Volgens COPRO beantwoordt Chinese blauwe hardsteen aan de Belgische normen en aan het TB 250.

- De prijsverantwoording voor de posten 24.2.1, 26.1 en 26.2 is aanvaardbaar.

- N.V. ATF en N.V. Kembo geven in h[un] inschrijvingsbiljet een bijgevoegde nota met de mededeling dat voor de posten 24.2.1, 26.1 en 26.2 de eenheidsprijzen zijn opgesteld met blauwe hardsteen van Belgische oorsprong.

Indien deze materialen van oosterse oorsprong mogen zijn, geven ze aangepast[e] eenheidsprijzen voor die posten.

N.V. ATF: voor post 24.2.1 blauwe hardsteen van Chinese origine met COPRO attest: 68,90 €/m²

N.V. Kembo: voor post 24.2.1: 54,97 €/m²
voor post 26.1.: 41,40 €/m²
voor post 26.2.: 16,10 €/m²

Het totaal bedrag van zijn inschrijving bedraagt in dit geval: 1.298.199,34 € excl. B.T.W.

Als de N.V. Kembo een COPRO attest kan voorleggen voor Chinese blauwe hardsteen voor de tegels en de trottoirbanden, komt de N.V. Kembo als laagste inschrijver.”.

Er wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de nv Kembo voor de som van 1.298.199,34 euro btw niet inbegrepen, na voorlegging van het COPRO-attest voor de blauwe hardsteen.

3.6. Het college van burgemeester en schepenen gunt bij beslissing van 25 april 2005 de opdracht aan de nv Kembo. Dit is de bestreden beslissing die onder meer als volgt wordt gemotiveerd:

“Overwegende dat de N.V. Interplant meldt dat door hen voorgestelde blauwe hardsteen afkomstig is uit China en dat deze materialen minstens evenwaardig zijn aan de Belgische;

Overwegende dat de N.V. Interplant dit staaft met bijkomende informatie:

- een overzichtstabel waarin de technische eisen van de Belgische blauwe hardsteen volgens het WTCB PV 220 rapport worden vergeleken met de proefresultaten uitgevoerd door 2 onafhankelijke labo's van de Chinese blauwe hardsteen, geplaatst door de N.V. Interplant op de Charloisesteenweg in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest. Uit dit rapport blijkt dat de Chinese steen voldoet aan alle technische eisen;

- de N.V. Interplant legt een COPRO-certificaat voor van de firma Eggermont voor Chinese blauwe hardsteen afkomstig uit Jining en een COPRO-attest van de firma Maris voor Chinese blauwe hardsteen, eveneens afkomstig uit Jining; [...]

Overwegende dat de firma's N.V. ATF en N.V. Kembo een offerte indienden voor het leveren en plaatsen van Belgische blauwe hardsteen en dat ze aangepaste eenheidsprijzen geven (N.V. ATF post 24.2.1 (68,90 €/m²) en N.V. Kembo post 24.2.1 (54,97 €/m²), post 26.1 (41,40 €/m²) en post 26.2 (16,10 €/m²)) voor het leveren en plaatsen van Chinese blauwe hardsteen indien de gemeente daarvoor kiest;

Overwegende dat doordat de voorgestelde materialen voldoen aan het typebestek 250, de offertes van de N.V. ATF en de N.V. Kembo dienen aangepast te worden”.

In de gunningsbeslissing wordt de offerte van de nv Interplant als tweede laagste gerangschikt.

3.7. Met een brief van 26 april 2005 laat verwerende partij de nv Interplant weten dat zij de opdracht niet toegewezen krijgt. Met een brief van 25 mei 2005 bezorgt verwerende partij de nv Interplant “de gemotiveerde gunningsbeslissing”.

3.8. De nv Interplant fuseert met de nv Brufort en de nv Arbel tot de nv Krinkels.

Op 28 juli 2011 beslist de raad van bestuur van de nv Krinkels het geding ingesteld door de nv Interplant te hervatten. De nv Krinkels wordt hierna als verzoekende partij aangeduid.

IV. Ontvankelijkheid

4. Verwerende partij voert een exceptie van niet-tijdigheid aan. Zij stelt dat verzoekende partij bij brief van 26 april 2005 op de hoogte is gesteld van het feit dat haar offerte niet was uitgekozen. De beroepstermijn verstreek dan ook, aldus verwerende partij, op 26 juni 2005. Het beroep ingesteld op 11 juli 2005 is niet tijdig.

Beoordeling

5. De brief van 26 april 2005, waarvan verzoekende partij beweert die pas op 11 mei 2005 te hebben ontvangen, vermeldt niet de beroepsmogelijkheden voorgeschreven bij artikel 19, tweede lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State. In die omstandigheden heeft deze brief in elk geval de beroepstermijn niet doen ingaan.

Bovendien heeft verzoekende partij de gemotiveerde gunningsbeslissing opgevraagd. Verwerende partij heeft die pas toegestuurd met een brief van 25 mei 2005.

Het beroep ingediend op 11 juli 2005 is bijgevolg tijdig ingesteld en de exceptie wordt verworpen.

V. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

6. Het enig middel wordt geput uit de schending van artikel 15, eerste lid, van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten *juncto* artikel 113 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen en van de beginselen van behoorlijk bestuur, met name het zorgvuldigheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*.

Het bestek voorziet niet in het gebruik van toegelaten of verplichte varianten. De nv Kembo heeft naast haar basisofferte met Belgische blauwe hardsteen een variante met Chinese blauwe hardsteen ingediend. Verzoekende partij daarentegen heeft geen variante ingediend en heeft zich beperkt tot een basisofferte met Chinese blauwe hardsteen. Verwerende partij mocht enkel rekening houden met de basisinschrijvingen.

7. In haar memorie van wederantwoord meent verzoekende partij dat zij, in tegenstelling tot wat verwerende partij in de memorie van antwoord had opgeworpen, wel degelijk belang heeft bij haar middel, niettegenstaande dat zij zelf ook Chinese hardsteen heeft aangeboden en de nv Kembo aldus een gelijke behandeling - dus een beoordeling van haar offerte met de Chinese hardsteen - diende te krijgen. Zij wijst erop dat zij géén variante had ingediend en de nv Kembo wél.

Voorts merkt zij op dat de nv Kembo te dezen een vrije variante heeft ingediend omdat deze inschrijver andere materialen dan deze in het bestek voorgeschreven aanbiedt. Zelfs aangenomen dat de voorgestelde alternatieve materiaalkeuze van de nv Kembo conform zou zijn met het bestek, dan dient te worden vastgesteld dat de nv Kembo meer dan één offerte heeft ingediend wat strijdt met het gelijkheidsbeginsel zoals “geponeerd in artikel 103” van het koninklijk besluit van 8 januari 1996.

8. In haar laatste memorie betwist verzoekende partij de opvatting in het auditorsverslag dat de schending van artikel 103 voornoemd niet tijdig werd ingeroepen.

Het middel, dat betrekking heeft op het feit dat de begunstigde een onregelmatige variante heeft ingediend, is volgens verzoekende partij intrinsiek verbonden met het verbod om twee offertes in te dienen. Een variante is immers een uitzondering op de regel dat er slechts één offerte per opdracht kan worden ingediend. Verzoekende partij heeft aldus deze problematiek al ingeroepen in het verzoekschrift. Als aangenomen wordt dat de aangepaste offerte van de nv Kembo niet afwijkt van het bestek dan gaat het om een niet regelmatige variante wat neerkomt op het indienen van twee besteksconforme basisoffertes.

Voorts wijst verzoekende partij erop dat zij in haar verzoekschrift de schending van het gelijkheidsbeginsel, door het indienen van twee prijzen door de nv Kembo, heeft ingeroepen. De kwalificatie van de tweede offerte als een tweede basisofferte dan wel een variante, is van geen belang. De offerte van nv Kembo is minstens onregelmatig en artikel 15 van de wet van 24 december 1993, aangevoerd in het verzoekschrift, werd dan ook geschonden.

Ten slotte stelt verzoekende partij dat artikel 103 voornoemd van openbare orde is en dat de schending ervan nog in een latere memorie mag worden ingeroepen.

Beoordeling

9. In het inleidend verzoekschrift voert verzoekende partij aan dat de nv Kembo naast haar basisofferte met Belgische hardsteen een variante met Chinese hardsteen heeft ingediend en dat het bestek geen variante toestond zodat de bestreden beslissing door de opdracht toe te kennen aan de nv Kembo voor de variante oplossing, de in het middel vermelde bepalingen schendt.

10. Het toepasselijke bestek laat geen varianten toe.

Een variante veronderstelt het uitvoeren van de opdracht volgens een ander technisch procédé of met andere materialen, dan in het bestek voorgeschreven.

Te dezen voldoet het leveren en plaatsen van Chinese blauwe hardsteen aan het bestek en is er dus geen sprake van een variante offerte.

Het middel zoals aangebracht in het inleidend verzoekschrift ontbeert dan ook feitelijke grondslag.

11.1. In haar memorie van wederantwoord geeft verzoekende partij aan haar middel een substantieel andere grondslag.

Zij voert aan dat, mocht het niet gaan om een variante die de nv Kembo indiende, er dient te worden vastgesteld dat zij twee basisoffertes indiende, hetgeen strijdt met artikel 103 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996.

11.2. Dit artikel 103 luidt:

“Onafgezien van eventuele varianten, mag ieder inschrijver slechts één offerte indienen per opdracht.”.

Artikel 103 stelt aldus een verbod in voor het indienen van meerdere basisoffertes.

11.3. Deze nieuwe grief, die, in tegenstelling tot wat verzoekende partij opwerpt, niet steunt op een schending van een bepaling die beoogt de openbare orde te beschermen, kon reeds worden aangevoerd in het inleidend verzoekschrift. Verzoekende partij toont alleszins niet aan dat zij deze grief alsnog ontvankelijk voor het eerst in de memorie van wederantwoord mocht ontwikkelen.

11.4. De opmerkingen in de laatste memorie van verzoekende partij laten niet toe er anders over te beschikken.

Verzoekende partij heeft weliswaar de schending van het gelijkheidsbeginsel ingeroepen in haar inleidend verzoekschrift doch dit enkel in een context van de beoordeling van een variante, niet in een context van meerdere besteksconforme offertes. Hetzelfde geldt wat de onregelmatigheid betreft van de offerte van nv Kembo en de schending van artikel 15 van de wet van 24 december 1993.

12. 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 1 maart 2012,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Geert Van Haegendoren,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Bram Van Thillo,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Bram Van Thillo

Dierk Verbiest