RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 218.357 van 8 maart 2012
in de zaak A. 193.992/XII-5951

In zake: de NV BOUWBEDRIJF VMG-DE COCK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Filip Geerts
kantoor houdend te 9320 Erembodegem-Aalst
Industrielaan 4
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het OPENBAAR CENTRUM VOOR MAATSCHAPPELIJK WELZIJN VAN LOKEREN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Wim De Langhe
kantoor houdend te 9160 Lokeren
Roomstraat 40
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de NV MEBUMAR BELGIË
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Carlos De Wolf en Michaël De Mol
kantoor houdend te 9680 Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 14 september 2009, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van 2 juli 2009 van het Openbaar Centrum voor Maatschappelijk Welzijn van de stad Lokeren waarbij de opdracht van renovatie van de eerste tot en met de vierde verdieping van het rust- en verzorgingstehuis “Ter Durme” (lot 1: Bouwwerken en aanverwanten) wordt

gegund aan de nv Wycor en de offerte van de nv Bouwbedrijf VMG-De Cock onregelmatig wordt verklaard.

II. Verloop van de rechtspleging

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

De nv Mebumar België is bij beschikking van 7 januari 2010 aangeduid als tussenkomende partij. Zij heeft een memorie ingediend.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 22 november 2011.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Filip Geerts, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Wim De Langhe, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Carlos De Wolf, 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. Verwerende partij schrijft een openbare aanbesteding uit voor de renovatie van de eerste tot en met de vierde verdieping van het rust- en verzorgingstehuis "Ter Durme" (lot 1: Bouwwerken en aanverwanten).

3.2. De opening van de offertes vindt plaats op 12 mei 2009. Er zijn dertien offertes waarbij verzoekende partij de laagste inschrijver is.

3.3. In het gunningsverslag van 15 juni 2009, opgesteld door tussenkomende partij, wordt vermeld:

> "Onverminderd de voorschriften van artikel 12 'Keuringen' blz. 11 en 12 van de administratieve bepalingen; primeert de bijzondere besteksbepaling volgens art. 80.0 Algemene voorschriften bij schilderwerken, onder punt 6:
>
> > 'Op straffe van verval van aanbieding is de aannemer verplicht bij de aanbesteding van het werk het type van de door hem voorziene materialen op te geven met documentatie en aanduiding van de kenmerken en eigenschappen. Bovendien moet hij de leveranciers bekend maken.'
>
> Alleen Dero Construct N.V. en Wycor N.V. hebben een lijst technische fiches i.v.m. de gebruikte verfproducten bijgevoegd en voldoen derhalve aan deze bindende besteksbepaling.
> Ingevolge deze uitsluitingsgrond blijven alleen Wycor N.V. en Dero Construct N.V. nog over voor verder onderzoek".

Er wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de nv Wycor als laagste regelmatige inschrijver voor de som van 1.864.385,13 euro.

3.4. Op 2 juli 2009 beslist verwerende partij de opdracht toe te wijzen zoals voorgesteld onder de volgende overwegingen:

> "Gelet op het PV dd. 12.05.2009 van de opening van de biedingen;
> Gelet op de bijzondere bestekbepaling:
> 'Op straffe van verval van aanbieding is de aannemer verplicht bij de aanbesteding van het werk het type van de door hem voorziene materialen op te geven met documentatie en aanduiding van de kenmerken en eigenschappen. Bovendien moet hij de leveranciers bekend maken';
> Gelet op het feit dat enkel de firma Dero Construct nv en de firma Wycor nv deze informatie verstrekken op het moment van aanbieding;

> Gelet op het algemeen juridisch principe dat een bijzondere bepaling voorrang heeft op algemene bepalingen[;]
> Gelet op het verslag der biedingen opgemaakt door het ontwerpbureau MV² op 15.06.2009 waaruit blijkt dat de laagste regelmatige bieding deze is van de firma Wycor NV".

3.5. Met brief van 8 juli 2009 wordt verzoekende partij medegedeeld dat de opdracht niet aan haar is toevertrouwd. Met brief van 10 juli 2009 vraagt verzoekende partij het gunningsverslag, hetgeen haar wordt toegezonden met brief van 28 juli 2009. Het bestreden besluit wordt haar toegezonden met brief van 11 augustus 2009.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4.1. Verwerende partij en tussenkomende partij voeren een exceptie van gebrek aan belang aan.

In de eerste plaats wijzen zij erop dat de offerte van verzoekende partij substantieel onregelmatig is en terecht werd geweerd. Verzoekende partij komt aldus nooit in aanmerking als laagste regelmatige inschrijver.

In de tweede plaats toont verzoekende partij niet aan dat zij de laagste offerte heeft ingediend. Integendeel, na rekenkundig nazicht bedraagt de offerte van de nv Wycor 1.864.385,13 euro; tussenkomende partij heeft een tabel, een zogenaamde "Theoretische vergelijkingslijst ten behoeve van de verantwoording inschrijvingsprijs Wycor nv", die ze als vertrouwelijk stuk neerlegt, opgesteld met voor alle offertes het bedrag na rekenkundig nazicht en hieruit blijkt dat de offerte van verzoekende partij hoger is dan voornoemd bedrag dat het laagste van alle inschrijvers is.

4.2.1. Voor zover verwerende partij en tussenkomende partij aanvoeren dat de offerte van verzoekende partij onregelmatig is wat haar enig belang bij haar beroep ontzegt, betreft deze exceptie de grond van de zaak. Verzoekende partij betwist dat haar offerte onregelmatig diende te worden verklaard.

4.2.2. Voor zover verwerende partij en tussenkomende partij aanvoeren dat de offerte van de verzoekende partij niet de laagste offerte is, kan deze exceptie evenmin worden aangenomen.

Aan de zogenaamde "Theoretische vergelijkingslijst ten behoeve van de verantwoording inschrijvingsprijs Wycor nv" mag geen decisieve weerslag op de ontvankelijkheid van het annulatieberoep worden toegekend. Dit is immers een stuk dat uitgaat van tussenkomende partij dat niet ten grondslag ligt aan de bestreden beslissing. Verwerende partij heeft er geen formele beslissing over genomen en het werd pas ten behoeve van de huidige procedure voor de Raad van State opgesteld.

V. Onderzoek van het eerste middel

Standpunt van de partijen

5.1. Verzoekende partij voert de schending aan van artikel 15 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten *juncto* 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.

Verzoekende partij betwist de onregelmatigverklaring van haar offerte. Verwerende partij geeft volgens haar een verkeerde lezing aan een bepaling uit het technische gedeelte van het bestek.

In de eerste plaats merkt zij op dat de bepalingen uit een technisch gedeelte van een bestek voorschrijven op welke wijze de opdracht moet worden uitgevoerd terwijl het administratieve gedeelte de voorwaarden aangeeft waaraan de inschrijvers en de offertes dienen te voldoen. Het zou dus ongebruikelijk, onlogisch en misleidend zijn in de technische bepalingen op te nemen welke documenten bij de offerte dienen te worden gevoegd.

Bovendien blijkt uit het geheel van de besteksbepalingen dat de bepaling in kwestie (artikel 80.0., vierde lid, 6°, van de technische bepalingen) niets te zien heeft met de regelmatigheid van de offertes maar uitsluitend met de voorbereiding en de uitvoering van de werken.

Artikel 80 "Schilderwerken", subartikel 80.0. "Algemene voorschriften" van de technische bepalingen van het bestek luidt:

> "Teneinde de controle op de producten mogelijk te maken op de werf, zullen de producten op de bouwplaats aangevoerd worden in bussen, bevattende de volgende inlichtingen:
> - naam van de fabrikant,
> - naam van het product,
> - gebruik waarvoor het bestemd is.
>
> Na de aanbesteding zullen de kleuren op door de aannemer voor te leggen kleurmonsters bepaald worden door Bestuur en architecten. De stalen worden afgeleverd in formaat ca. 1,00 x 1,00 m.
>
> Waar twijfel ontstaat omtrent de juiste keuze van de omschreven materialen, moet het advies van de architect ingewonnen worden. De architect mag ten alle tijde de kwalitatieve waarde der gebruikte verven en vernissen nagaan; deze zullen gezonden worden naar een laboratorium naar keuze. Alle gekleurde afdeklagen moeten in originele, fabrieksmatige bereide kleurschakering op de werken gebracht worden en verwerkt. De aannemer vraagt toestemming aan de architect, om volgende vernis- of verflagen aan te brengen.
>
> De werken en leveringen worden uitgevoerd volgens de bepalingen van index 07 van TB 104-uitgave 1973.
>
> 1. Alvorens enig ander werk te starten, worden alle vloerbedekking integraal en duurzaam afgeschermd. De uitvoerder voorziet karton (Terapack of soortgelijke) over de volledige vloeroppervlakte.
>
> 2. De aannemer dient rekening te houden met het feit dat de lokalen en kamers bemeubeld zijn (vast meubilair). Derhalve zal hij de meubelen per lokaal volledig af te dekken. Hij moet alle voorzorgen nemen opdat niets zou beschadigd of bevuild worden. Indien - ondanks alle voorzorgen - toch bevuiling en/of beschadiging zou zijn ontstaan, dient de bevuiling door de aannemer te worden gereinigd en/of schade door hem te worden hersteld. Het bevuilen of beschadigen geldt trouwens ook voor alle andere onderdelen van het gebouw en zijn uitrusting. Alle ruimten of lokalen en delen dienen goed afgestoft te worden vooraleer de werken worden aangevangen.
>
> 3. Voor het te beschilderen of te bestrijken houten schilderwerk moet alle beslagwerk worden afgenomen. Na de werken dient alles teruggeplaatst in zijn oorspronkelijke toestand en met de nodige zorg, zonder schade of schending. Voor wat de scharnieren aan de deuren betreft: deze mogen

noch verwijderd, noch geverfd of bestreken worden. Er zal streng opgetreden worden bij niet naleven van deze opmerkingen.
4. Het is verboden de wastafels, tabletten, radiatoren of andere toestellen als steun of als steiger te gebruiken. Integendeel, deze delen zullen zorgvuldig afgedekt worden en alle eventuele verfspatten en bevuilingen zullen onmiddellijk verwijderd worden.
5. De aannemer zorgt zelf voor de nodige steigers, ladders, steunen enz. voor het uitvoeren van zijn werken.
6. Op straffe van verval van aanbieding is de aannemer verplicht bij de aanbesteding van het werk het type van de door hem voorziene materialen op te geven met documentatie en aanduiding van de kenmerken en eigenschappen. Bovendien moet hij de leveranciers bekend maken.
7. De kleuren zullen tijdens de werken ter plaatse gesitueerd worden. Door de bouwdirectie zal gekozen worden uit verschillende tinten en uit verschillende materialen (glasweefsel...). Teneinde een goede controle te vergemakkelijken, zullen de tinten van de onderlagen onderling - maar onderscheidbaar - van elkaar verschillen en zullen ook lichtjes - maar onderscheidbaar - van de eindlaag verschillen. Tevens zal de aannemer aan de bouwdirectie - door situering van de verschillende stadia - het bewijs leveren van de meer-lagen uitvoering in zake beitsen en vernissen. De bouwdirectie staat op het correct naleven van deze uitvoeringsmodaliteiten".

Deze bepalingen situeren zich alle, zonder uitzondering, bij de eigenlijke uitvoering van de werken of bij de aanvang ervan. Ze zijn ook gericht tot de aannemer en niet tot de inschrijver.

De kwestieuze bepaling heeft het over "verval van aanbieding". Dit houdt het verlies in van een verworven recht en heeft niets te maken met een vorm van nietigheid van de offerte.

Voorts, aldus verzoekende partij, wordt in deze bepaling gestipuleerd dat de documenten dienen te worden bezorgd "bij de aanbesteding van het werk". Hiermee kan niet bedoeld zijn bij de indiening van de offerte maar slechts na toewijzing van de opdracht.

De interpretatie dat de technische fiches inzake verfproducten geen deel uitmaken van de offerte doch enkel door de aannemer moeten worden voorgelegd vóór aanvang van de werken wordt trouwens ook bevestigd door artikel 12 van de administratieve bepalingen van het bestek dat luidt:

> “Artikel 12 - Keuringen
> Bij de aanvang van de werken dient de aannemer een lijst voor te leggen waarin, post per post, alle gebruikte materialen en/of speciale procédés worden vermeld (voorgestelde merken, types, eventuele opmerkingen).
> Waar de aannemer niet specifiek en schriftelijk de eventuele afwijkingen tov de specificaties van het bestek opgeeft, zal het bestuur aannemen dat alles voldoet aan de specificaties van onderhavig bestek.
> Indien na goedkeuring door het Bestuur toch nog blijkt dat niet alles conform is aan de specificaties van onderhavig bestek, zullen alle kosten voor het conform brengen aan de specificaties van het bestek, ten laste vallen van de aannemer.
> Het voorleggen van monsters, stalen en modellen zal uit eigen beweging door de aannemer gebeuren en dit op tijdstippen die de voorziene termijnen voor nazicht toelaten, zonder de planning van de werken in het gedrang te brengen.
> De elementen en/of uitvoeringen waarvan zeker een monster of staal of model moeten voorgelegd, worden in het bijzonder bestek beschreven”.

5.2. Verwerende partij brengt daartegen artikel 110, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 in herinnering dat luidt:

> “§ 2. Onverminderd de nietigheid van elke offerte wegens afwijking van de essentiële besteksbepalingen zoals deze opgesomd in artikel 89, kan de aanbestedende overheid offertes als onregelmatig en derhalve als onbestaande beschouwen, indien zij niet overeenstemmen met de bepalingen van deze titel, enig voorbehoud inhouden, of bestanddelen bevatten die niet met de werkelijkheid overeenstemmen”.

De offerte van verzoekende partij was onregelmatig.

Artikel 110, § 2, voornoemd maakt geen onderscheid binnen het bestek tussen een administratief en een technisch gedeelte. Te dezen is er een afwijking van een essentiële voorwaarde namelijk een technisch voorschrift. De term aannemer wordt in het bestek gebruikt om diegene aan te duiden die wenst in te schrijven op de aanneming. Met het verval van de aanbieding wordt bedoeld het niet meer gelden ervan. Artikel 80.0. van het technische gedeelte ten slotte bepaalt dat de gevraagde documenten dienen te worden bezorgd bij de aanbesteding van de werken, wat niet anders kan betekenen dan samen met de offerte.

5.3. Tussenkomende partij merkt in de eerste plaats op dat wanneer de wet van 24 december 1993 en de uitvoeringsbesluiten het hebben over het bestek, dit zowel betrekking heeft op de administratieve bepalingen, de technische bepalingen alsook de andere onderdelen van het bestek. Het voorschrift 80.0. voornoemd dat onder meer voorschrijft de technische fiches inzake de verfproducten voor te leggen, is een essentiële voorwaarde en het ontbreken ervan leidt tot een substantiële onregelmatigheid van de offerte.

De zinsnede “op straffe van verval van aanbieding” houdt in dat de offerte vervallen is bij het intreden van het rechtsfeit, namelijk een offerte in te dienen zonder de gevraagde informatie.

Bovendien, zo vervolgt tussenkomende partij, heeft voornoemd artikel een weloverwogen objectief doel, namelijk het verzekeren dat in de offerte materialen worden opgenomen die beantwoorden aan de door het bestek gestelde vereiste zodat wordt voldaan aan de door de verwerende partij gewenste kenmerken inzake duurzaamheid wat betreft de uit te voeren schilderwerken. Artikel 80.0. en volgende zijn vanuit deze benadering opgebouwd, namelijk van meet af aan elke discussie uitsluiten met betrekking tot de met het oog op de uitvoering van de schilderwerken gewenste materialen. Verwerende partij beoogt onder meer te vermijden dat na de gunning de aannemer betoogt dat er geen bestekconforme materialen kunnen worden gevonden. Aldus heeft verwerende partij in een dubbel systeem voorzien: enerzijds, het vereisen op straffe van verval van informatie bij de offerte en, anderzijds, een controle tijdens de uitvoering.

Ook wijst tussenkomende partij er ten slotte op dat verzoekende partij, zo zij twijfelde aan de betekenis van bepaalde bestekbepalingen, geen gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid van artikel 98 van het voornoemd koninklijk besluit van 8 januari 1996 om in contact te treden met de aanbestedende overheid.

5.4. Verzoekende partij merkt in haar memorie van wederantwoord op dat de interpretatie van verwerende partij en tussenkomende partij niet opgaat. Wanneer de technische fiches van de verfproducten gegeven zijn bij de offerte dan zou er geen discussie meer kunnen plaatsgrijpen over bestekconformiteit

van de te gebruiken verven, in het bijzonder zou het opdrachtgevend bestuur de producten die het aan de hand van een specifieke identificatie en technische documentatie heeft aanvaard, naderhand niet alsnog in twijfel kunnen trekken. Nochtans bepaalt het bestek in hetzelfde artikel 80.0. dat, waar twijfel ontstaat omtrent de juiste keuze van de omschreven materialen, het advies van de architect moet worden ingewonnen en dat de architect te allen tijde de kwalitatieve waarde der gebruikte verven en vernissen mag nagaan.

Ten slotte merkt verzoekende partij op dat zij meende dat het bestek duidelijk was zodat er geen toepassing nodig was van artikel 98 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996.

5.5. In haar laatste memorie beklemtoont tussenkomende partij onder meer dat de interpretatie van verzoekende partij als zou het verval van de toewijzing als een opschortende of ontbindende voorwaarde moeten worden beschouwd, tegen artikel 117, eerste lid, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 ingaat. Volgens deze laatste bepaling kan de betekening van een opdracht niet onderhevig zijn aan enig voorbehoud.

Voorts wijst zij erop dat de verwijzing naar artikel 12 van de administratieve voorwaarden van het bestek niet kan overtuigen aangezien deze algemene bepaling geen afbreuk kan doen aan het recht van een aanbestedende overheid om met betrekking tot specifieke werken een bijzondere bepaling op te nemen.

Beoordeling

6.1. In de artikelen 82, 83 en 87 van het technische gedeelte van het bestek wordt een kwalitatieve omschrijving gegeven van de te gebruiken verf.

De inschrijvers waren aldus op de hoogte van de technische vereisten waaraan de verf diende te voldoen.

6.2. Vraag te dezen is te weten wat de draagwijdte is van de besteksbepaling artikel 80.0., vierde lid, 6°, van het technische gedeelte van het bestek dat luidt:

> "De werken en leveringen worden uitgevoerd volgens de bepalingen van index 07 van TB 104-uitgave 1973.
> […]
> 6. Op straffe van verval van aanbieding is de aannemer verplicht bij de aanbesteding van het werk het type van de door hem voorziene materialen op te geven met documentatie en aanduiding van de kenmerken en eigenschappen. Bovendien moet hij de leveranciers bekend maken".

Deze bepaling is opgenomen in artikel 80.0. dat geschreven is ten aanzien van de aannemer die de werken moet uitvoeren, dit wil zeggen in de fase vóór de aanvang van de werken en tijdens de werken en dus na de toewijzing ervan. De zeven in acht te nemen maatregelen vervat in het vierde lid van het voornoemd artikel 80.0. zijn in een chronologische orde opgevat, vanaf het afdekken van de vloer tot de keuze van de kleuren ter plaatse door de bouwdirectie. Het ligt dan ook in de rede de bepaling onder 6° in die logica te begrijpen en enkel van toepassing te achten bij het begin en de verdere uitvoering van de werken.

De technische kwaliteiten van de verven zijn in het bestek opgenomen. Verwerende partij noch tussenkomende partij tonen aan dat volgens het bestek van een inschrijver verwacht wordt bij de offerte effectieve keuzes te maken omtrent de verven die hij zinnens is te verwerken. Integendeel, de eerste drie leden van voornoemd artikel 80.0. en artikel 12 van het administratief gedeelte van het bestek wijzen er precies op dat de gekozen aannemer bij het begin van de werken zijn verven dient voor te leggen om onder meer de besteks-conformiteit ervan na te gaan.

Niets wijst er op de door tussenkomende partij verdedigde zogenaamde dubbele controle. Deze partij geeft trouwens geen aannemelijke reden aan waarom in dit geval dergelijke controle aangewezen zou zijn temeer, zoals verzoekende partij aangeeft en hierin niet wordt tegengesproken, omdat er geen bijzondere verven of verftechnieken in het geding zijn.

De slotsom is dan ook dat artikel 80.0., vierde lid, 6°, van het technische gedeelte van het bestek geen grond kan bieden om de offerte van verzoekende partij onregelmatig te verklaren. Deze offerte werd dan ook ten onrechte niet in aanmerking genomen in het verdere verloop van de gunnings-procedure. Deze vaststelling volstaat om de bestreden toewijzingsbeslissing nietig te verklaren.

6.3. Het middel is gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van 2 juli 2009 van het Openbaar Centrum voor Maatschappelijk Welzijn van de stad Lokeren waarbij de opdracht van renovatie van de eerste tot en met de vierde verdieping van het rust- en verzorgingstehuis "Ter Durme" (lot 1: Bouw-werken en aanverwanten) wordt gegund aan de nv Wycor en de offerte van de nv Bouwbedrijf VMG-De Cock onregelmatig wordt verklaard.

2. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 euro.
De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van de gedwongen tussenkomst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 8 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**