

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 218.992 van 24 april 2012
in de zaak A. 196.486/XII-6198**

In zake: de NV HYE WATERBOUW
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Peter Flamey en Joost Bosquet
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Jan Van Rijswijklaan 16
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het GEMEENTELIJK HAVENBEDRIJF ANTWERPEN,
autonoom gemeentebedrijf
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D’Hooghe en Ian Arnouts
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 17 mei 2010, strekt tot de nietigverklaring van “het Besluit van 1 maart 2010 vanwege het Directiecomité van het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen tot gunning van de opdracht voor renovatie van de kaaikopmuur van de zuidkaai van het Churchilldok kaai 402-412 en kaai 420-426 (bestek nr. B 9650) na het doorlopen van een onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking aan de firma N.V. P. Roegiers & Co voor een bedrag van 1.190.144,63 € en de impliciete beslissing deze opdracht niet aan de N.V. Hye te gunnen”.

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 7 februari 2012.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Tom Kloeck, die loco advocaat Peter Flamey verschijnt voor de verzoekende partij en advocaat Ellen Clymans, die loco advocaten David D’Hooghe en Ian Arnouts 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. Het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen schrijft de overheidsopdracht “Renovatie van de kaaimuurkop van de zuidkaai van het

Churchilldok kaai 402-412 en kaai 420-426” uit met als gunningswijze de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking.

3.2. Op 9 september 2009 wordt de opdracht bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen.

3.3. De procedure verloopt in twee fasen, waarbij eerst de geschikte kandidaten worden geselecteerd. Na de selectiefase worden er negen aannemers uitgenodigd om een offerte in te dienen.

Als gunningscriterium wordt uitsluitend de prijs van de offerte in aanmerking genomen.

3.4. Vier geselecteerde kandidaten dienen een offerte in, waaronder de nv Hye Waterbouw en de nv P. Roegiers & C° die de uiteindelijke begunstigde van de opdracht wordt.

3.5. Op basis van de oorspronkelijke inschrijvingsprijzen blijkt volgende rangschikking:

Inschrijver	Inschrijvingsbedrag (btw niet inbegrepen)
1. nv P. Roegiers & C°	1.220.144,63 euro
2. nv Hye Waterbouw	1.312.058,79 euro
3. nv Van Britsom & Verheye	1.499.359,73 euro
4. nv Herbosch-Kiere	1.674.807,60 euro

3.6. Alle geselecteerde inschrijvers worden uitgenodigd om op 1 en 3 december 2009 hun offerte toe te lichten en aanvullende informatie te verstrekken.

De twee laatst gerangschikte inschrijvers, de nv Herbosch-Kiere en de nv Van Britsom & Verheye, laten weten dat zij hun oorspronkelijke inschrijvingsprijs in beginsel ongewijzigd handhaven.

De nv Hye Waterbouw dient met een brief van 9 december 2009 een “aangepaste offerte” in voor een prijs van 1.191.074,13 euro, btw niet inbegrepen.

De nv P. Roegiers & C° stuurt op 9 december 2009 volgend e-mailbericht aan verwerende partij:

“In aansluiting met de gesprekken maken wij U hierbij onze bijkomende informatie over:

- Meerpaal 35: kortstondig uit dienst nemen van kabel
 - o Kabel te verleggen dwars op de kaaimuur door Havenbedrijf
 - o Roegiers voorziet rijschotten ter bescherming van de kabel
 - o Meerkost : 2000 euro
- [...]”.

Na deze eerste onderhandelingsronde wordt de rangschikking aangepast:

Inschrijver	Inschrijvingsbedrag (btw niet inbegrepen)
1. nv Hye Waterbouw	1.191.074,13 euro
2. nv P. Roegiers & C°	1.222.144,63 euro
3. nv Van Britsom & Verheye	1.499.359,73 euro
4. nv Herbosch-Kiere	1.674.807,60 euro

3.7. De nv Hye Waterbouw, die haar oorspronkelijke inschrijvingsprijs na de eerste onderhandelingen met ongeveer 120.000 euro verlaagt, wordt door de aanbestedende overheid uitgenodigd om haar “herbekeken” offerte op 16 december 2009 verder te komen toelichten.

De nv P. Roegiers & C° geeft per e-mail van 17 december 2009 een “commerciële korting” van 20.000 euro.

Na deze onderhandelingsronde is de aangepaste rangschikking:

Inschrijver	Inschrijvingsbedrag (btw niet inbegrepen)
1. nv Hye Waterbouw	1.191.074,13 euro
2. nv P. Roegiers & C°	1.202.144,63 euro
3. nv Van Britsom & Verheye	1.499.359,73 euro
4. nv Herbosch-Kiere	1.674.807,60 euro

3.8. Met een aangetekende brief van 14 januari 2010, ter post afgegeven op 18 januari 2010, nodigt de aanbestedende overheid de nv Hye Waterbouw en de nv P. Roegiers & C° uit om hun finale offertes een laatste keer te komen toelichten. In het kader van deze onderhandelingen wordt er met name verzocht om een gemotiveerde prijsverantwoording van de laatst ingediende offerte. Voorts wordt aan de beide inschrijvers de gelegenheid geboden om een “totale en finale commerciële korting” te geven. Er wordt een termijn van twaalf kalenderdagen gegeven.

3.9. Beide inschrijvers voorzien binnen de voorgeschreven termijn in de gevraagde verantwoording.

De nv P. Roegiers & C° geeft in haar schrijven van 29 januari 2010 ook aan dat zij een korting van 30.000 euro verleent zodat volgens deze brief haar “inschrijvingsprijs [...] hiermee [komt] op een totaal bedrag van 1.190.144,63 euro”. De nv Hye Waterbouw geeft in haar brief van 26 januari 2010 geen verdere korting.

De aanbestedende overheid vraagt de nv P. Roegiers & C° met een faxbericht van 2 februari 2010 in hoeverre de meerkost van 2.000 euro voor de bescherming van de kabel ter hoogte van meerpaal 35 al dan niet opgenomen

is in de prijs van 1.190.144,63 euro. De nv P. Roegiers & C° antwoordt dezelfde dag dat deze meerprijs inbegrepen is in het bedrag van 1.190.144,63 euro.

3.10. Met een brief van 25 februari 2010 laat de nv Hye Waterbouw de aanbestedende overheid het volgende weten:

“Aansluitend de vraag van uw brief d.d. 14 januari 2010 bevestigen wij een bijkomende commerciële korting van 15.384 € op onze totale inschrijvingsprijs voor post 2.2.6 ‘Leveren en plaatsen van beton’ (nieuwe eenheidsprijs 92,18 €/m³.

Onze nieuwe inschrijvingsprijs bedraagt 1.175.690,13 €.”

3.11. De aanbestedende overheid beslist op 1 maart 2010 de opdracht te gunnen aan de nv P. Roegiers & Co.

Hierbij wordt onder meer als volgt overwogen:

“

Inschrijver	Inschrijvingsbedrag in EUR en excl. BTW
1. nv P. Roegiers & C°	1.190.144,63
2. nv Hye	1.191.074,13
3. nv Van Britsom & Verheye	1.499.359,73
4. nv Herbosch-Kiere	1.674.807,60

Uit bovenstaande tabel blijkt nv P. Roegiers & C° de meest interessante offerte te hebben ingediend. De inschrijvingsprijs van 1.190.144,63 euro en de bijkomende prijsverantwoording zijn aanvaardbaar.

Op 25 februari 2010 heeft Hye een schrijven gestuurd met een nieuwe prijsofferte. Gezien het feit dat de brief met het aangepast prijsvoorstel van Hye een maand na de toegestane termijn verstuurd werd en gezien het feit dat in de brief aan Hye van 14 januari 2010 duidelijk vermeld werd dat ze in hun antwoord een finale commerciële korting konden geven en zij hierover in hun brief van 26 januari niets vermeld hebben, kan met de brief van Hye van 25 februari 2010 geen rekening gehouden worden.”

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4. Verwerende partij voert als exceptie aan dat het beroep in zoverre het is gericht tegen de impliciete weigeringsbeslissing om de opdracht aan verzoekende partij te gunnen, onontvankelijk is.

5. Aangezien, zoals hierna zal blijken, het enig middel ongegrond is, is de beoordeling van de exceptie niet nodig voor de oplossing van het geschil.

V. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

6.1. Verzoekende partij voert in haar inleidend verzoekschrift de schending aan van “het beginsel van de gelijke behandeling der inschrijvers zoals neergelegd in art. 10 en 11 G.W., het rechtszekerheids- en zorgvuldigheidsbeginsel, evenals het *patere-legem* beginsel als beginselen van behoorlijk bestuur, het Europeesrechtelijk transparantie- en niet-discriminatiebeginsel zoals afgeleid uit art. 28, 39, 43 en 49 EG-Verdrag, en uit ontstentenis van de rechtens vereiste feitelijke en juridische grondslag”.

Verzoekende partij wijst erop dat de aanbestedende overheid toelaat dat de nv P. Roegiers & C° “buiten de termijn vastgesteld door de aanbestedende overheid voor het indienen van een prijsverantwoording” zijn offerte wijzigt maar dit niet toelaat in hoofde van verzoekende partij.

Door op 2 februari 2010 aan de aanbestedende overheid mee te delen dat de meerprijs *ad* 2.000,00 euro voor de beveiliging van de kabel ter hoogte van meerpaal 35 wordt geschrapt, heeft de nv P. Roegiers & C° ten belope van dit bedrag een korting gegeven; de aanbestedende overheid had deze meerprijs trouwens al opgeteld bij de oorspronkelijke offerteprijs. De aanbestedende overheid heeft deze korting, geboden buiten termijn, dit is “na het verstrijken van de 12 kalenderdagen ter beschikking gesteld voor het formuleren van een prijsverantwoording en/of het indienen van een ‘totale en finale commerciële korting’” aanvaard als een wijziging van de offerte daar waar zij de korting van verzoekende partij, gedaan bij brief van 25 februari 2010 en dus ook buiten deze termijn, niet heeft aanvaard.

Voorts wijst verzoekende partij erop dat het zorgvuldigheidsbeginsel is geschonden “in zoverre bij het organiseren van de onderhandelingsrondes ofwel geen eindtermijn werd gehanteerd voor het formuleren van de finale offerte, dan wel deze eindtermijn niet opzichts alle inschrijvers werd gehandhaafd”.

6.2. In haar memorie van wederantwoord beklemt toont verzoekende partij dat de meerkost *ad* 2.000,00 euro een leemte betreft die dient te worden verrekend los van enige commerciële tegemoetkoming. “Een dergelijke kost die een onderdeel vormt van een kostenpost van de meetstaat is een noodzakelijk element voor de uitvoering en geen commerciële korting.” Dit was ook de opvatting van de aanbestedende overheid aangezien zij met de brief van 2 februari 2010 de nv P. Roegiers & C° interpelleerde over de kwestie. Het staat dan ook buiten kijf dat de aanbestedende overheid de nv P. Roegiers & C° heeft toegelaten na de termijn een korting in te dienen.

6.3. In haar laatste memorie wijst verzoekende partij op het onderscheid tussen het begrip leemte in een offerte “waarbij voor een bepaalde post in de meetstaat geen kost werd voorzien en derhalve een meerprijs van 2000 € in elk geval in rekening diende te worden gebracht” en het begrip “finale commerciële korting”. Met het geven van een commerciële korting mag de nv P. Roegiers & C° niet worden geacht “een gebrek aan prijszetting voor een bepaalde prijspost inzake bekabeling aan MP35” te hebben weggewerkt. Door toch andersom te oordelen heeft verwerende partij de nv P. Roegiers & C° toegelaten haar offerte te verbeteren.

Beoordeling

7. Verwerende partij nodigt verzoekende partij en de nv P. Roegiers & C° met een brief van 14 januari 2010, aangetekend verstuurd op 18 januari 2010, uit om een gemotiveerde prijsverantwoording te geven voor hun laatst ingediende offerte; voorts vermeldt zij dat het de inschrijvers vrij staat “om

een totale en finale commerciële korting te geven voor het project”. Zij geeft de inschrijvers een termijn van twaalf kalenderdagen. De nv P. Roegiers & C° dient op 29 januari 2010 haar prijsverantwoording in en beëindigt haar brief als volgt: “In totaliteit kunnen wij u een korting van 30.000 euro geven voor het totale project. Onze inschrijvingsprijs komt hiermee op een totaal bedrag van 1.190.144,63 euro.” Verzoekende partij beperkt zich tot het geven van een prijsverantwoording met een brief van 26 januari 2010 en biedt met een brief van 25 februari 2010 een “bijkomende commerciële korting” aan waardoor haar inschrijvingsprijs 1.175.690,13 euro wordt.

8. De Raad van State stelt vast dat de nv P. Roegiers & C° met haar brief van 29 januari 2010 een finaal bod ten bedrage van 1.190.144,63 euro uitbrengt en een prijsverantwoording bijbrengt, beide binnen de opgelegde termijn van twaalf kalenderdagen.

De omstandigheid dat bij de vorige bieding verwerende partij bij de offerte van de nv P. Roegiers & C° een kost *ad* 2.000,00 euro, btw niet-inbegrepen, aanwees die er niet in was opgenomen, houdt niet in dat deze kost bovenop dit laatste bod dient te worden verrekend; op de eerste plaats blijkt duidelijk uit het e-mailbericht van 9 december 2009 van de nv P. Roegiers & C° aan verwerende partij dat zij het werk beantwoordend aan de meerkost zal uitvoeren voor de geboden prijs, voorts is er het duidelijke en ondubbelzinnige eindbedrag dat de nv P. Roegiers & C° in haar brief van 29 januari 2010 aanbiedt als een finaal bod namelijk 1.190.144,63 euro.

Er was dan ook geen aanleiding om de nv P. Roegiers & C° te vragen te bevestigen dat haar bod *ad* 1.190.144,63 euro de meerkost omvatte. Dat verwerende partij dit toch heeft gevraagd is dan ook overbodig, maar op zich niet onrechtmatig.

Aldus staat vast dat de nv P. Roegiers & C° na afloop van de toegestane twaalf kalenderdagen haar bod niet heeft gewijzigd of verbeterd en dat

verwerende partij deze inschrijver dan ook niet heeft toegestaan dit te doen. Er is geen schending van het gelijkheidsbeginsel.

Evenmin is er een schending van het zorgvuldigheids- en het rechtszekerheidsbeginsel of van het *patere legem*- of het transparantiebeginsel. De in de brief van 14 januari 2010 door verwerende partij voorgeschreven termijn van twaalf kalenderdagen gericht aan verzoekende partij en aan de nv P. Roegiers & C° is duidelijk en zowel van toepassing op de prijsverantwoording als op de mogelijkheid tot het aanbieden van een korting. Verwerende partij heeft terecht enkel rekening gehouden met de offertes zoals die ten laatste binnen de voornoemde termijn zijn ingediend.

Het enig 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 24 april 2012,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Lust,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest