

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 219.753 van 14 juni 2012
in de zaak A. 197.683/XII-6340**

In zake: de BVBA BUMACO KOELTECHNIEK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Romain Vandebroek
kantoor houdend te 3000 Leuven
J.P. Minckelersstraat 33
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister
belast met Ambtenarenzaken
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D'Hooghe en Nathanaëlle Kiekens
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 7 september 2010, strekt tot de nietigverklaring van de op 8 juli 2010 ter kennis gebrachte beslissing van ongekende datum van de minister van Ambtenarenzaken en Overheidsbedrijven waarbij de offerte van de bvba Bumaco Koeltechniek onregelmatig wordt verklaard en waarbij er, met toepassing van artikel 18 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, geen verder gevolg wordt gegeven aan de procedure van de openbare aanbesteding.

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 en de verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 27 maart 2012.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Yannick Matthys, die loco advocaat Romain Vandebroek verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat David D’Hooghe, 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 FOD Personeel en Organisatie schrijft in november 2009 een overheidsopdracht uit voor de levering van “Klimaatkasten Serverlokaal en

Upslokaal”. De gunningswijze is de openbare aanbesteding en het toepasselijke bestek draagt het nummer FOD P&O/ICT/2009/005.

3.2. De opdracht wordt aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen van 23 november 2009.

3.3. De uiterste termijn voor de ontvangst van de inschrijvingen is 5 januari 2010.

Vier inschrijvers hebben een offerte ingediend:

- de bvba Bumaco;
- de nv Delta Thermic;
- de nv Prodfroid;
- de nv Climatec Service.

3.4. Bij de selectiefase wordt de nv Climatec Service niet geselecteerd “aangezien hij de vereiste ontbrekende informatie niet heeft aangeleverd”.

3.5. Vervolgens worden de offertes van de drie geselecteerde inschrijvers onderworpen aan een regelmatigheidsonderzoek.

Hierbij wordt vastgesteld dat twee offertes waaronder deze van verzoekende partij, behept zijn met een tekortkoming die de aanbestedende overheid ertoe aanzet om verduidelijking te vragen bij de betrokken inschrijvers.

3.6. Met een aangetekende brief van 22 maart 2010 schrijft verwerende partij het volgende aan verzoekende partij:

“Uw offerte voor de onder rubriek vermelde opdracht werd onderzocht in het raam van de regelmatigheid. Bij lezing van de offerte hebben wij vastgesteld dat u inzake de prijs de volgende clause in uw offerte heeft vermeld: ‘Niet inbegrepen: alle werken/materialen niet expliciet in de

prijsopgave vervat (slijpwerken, schilderwerken, bouwkundige werken, verticaal transport).’

Teneinde vast te kunnen stellen of deze clause al dan niet invloed heeft op de regelmatigheid van uw offerte, wordt u verzocht om uw clause omstandig te commentariëren.

Uw antwoord moet aan de heer [A.B.] per aangetekend schrijven worden gezonden binnen een termijn van twaalf kalenderdagen te rekenen vanaf de eerste kalenderdag die volgt op deze waarop u de onderhavige brief hebt ontvangen.”

Verzoekende partij antwoordt met brief van 24 maart 2010 onder meer als volgt:

“De offerte is forfaitair voor de gevraagde werken.

De rubriek met niet inbegrepen posten is puur om het limitatieve aspect van de aanneming te kennen te geven, doch impliceert voor u dus géén meerwerken of meerkosten!

U mag deze paragraaf dus als onbestaande beschouwen.”

3.7. In het onderzoeksverslag van de administratieve en technische regelmatigheid van de offertes wordt nopens de offerte van verzoekende partij het volgende vermeld:

“Op bladzijde 7 van de offerte staat vermeld: ‘Niet inbegrepen: Alle werken/materialen niet expliciet in de prijsopgave vervat (slijpwerken, schilderwerken, bouwkundige werken, verticaal transport).’

In het bestek staat op bladzijde 13 het volgende vermeld onder punt q: ‘De elektrische bekabeling en leidingen, die de binnenunits met de buitenunits verbindt, dienen geplaatst en vastgemaakt te worden in daarvoor voorzien goten. Indien deze er niet zijn moeten deze bijgeplaatst worden. De plaatsing en bevestiging van de binnen- en buitenunits is in de prijs inbegrepen. De levering en plaatsing en de bevestiging van de bekabeling, kabelgoten, leidingen, aansluitingen, etc. zijn inbegrepen in de prijs, rekening houdende met het aantal lengte. De doorboringen van de muur, plafonds en vloeren zijn inbegrepen in de prijs ongeacht de dikte van de muur, plafond en vloer. Het kwalitatief opvullen van de gaten (inclusief het bijwerken met verf, de vervanging van betegeling,...) is inbegrepen in de prijs.’

Het is duidelijk dat in het bestek vermelde elementen die verplicht in de aannemingsprijs moesten worden opgenomen, niet in de forfaitaire prijs zijn opgenomen.

Alvorens een definitieve uitspraak te doen inzake de regelmatigheid van deze offerte, werd Bumaco schriftelijk geconfronteerd met de voormelde

clausule vermeld in haar offerte. In haar antwoord van 24 maart 2010 vermeldt de inschrijver het volgende: ‘De offerte is forfaitair voor de gevraagde werken. De rubriek met niet inbegrepen posten is puur om het limitatieve aspect van de aanneming te kennen te geven, doch impliceert voor u dus géén meerwerken of meerkosten! U mag deze paragraaf dus als onbestaande beschouwen.’

Het is duidelijk dat de inschrijver met dit verzoek haar offerte wijzigt, wat niet kan binnen een openbare aanbesteding. Bijgevolg moet deze offerte als substantieel onregelmatig worden beschouwd omwille van technische redenen.

Conclusie: de offerte is substantieel onregelmatig omwille van technische redenen.”

Ook de offerte van de nv Prodfroid wordt substantieel onregelmatig bevonden.

3.8. De minister beslist op ongekende datum met toepassing van artikel 18 van de wet van 24 december 1993 geen gevolg te geven aan de lopende gunningsprocedure. Hierbij overweegt zij als volgt:

“Gelet op het feit dat uit dit onderzoek het volgende gebleken is:

- de offerte van Bumaco is substantieel onregelmatig omwille van technische redenen, omdat de inschrijver in zijn offerte expliciet heeft vermeld dat bepaalde kosten niet in de prijs begrepen zijn, niettegenstaande dat in het bestek uitdrukkelijk vermeld staat dat bepaalde van deze kosten in de offerteprijs moesten inbegrepen zijn;
- de offerte van Prodfroid is substantieel onregelmatig omwille van administratieve redenen omdat de inschrijver in zijn offerte een gestanddoeningstermijn heeft vermeld die korter is dan deze vermeld in het bestek;
- De offerte van Delta Thermic is administratief en technisch onregelmatig.

Gelet op het feit dat het totaal bedrag van de offerte van Delta Thermic meer dan 200% bedraagt van het geraamd bedrag van de opdracht;

Gelet op het feit dat de raming van de opdracht correct is gebeurd omdat het totaal bedrag van de offerte van één van de inschrijvers zich onder de Europese drempel bevindt en dicht aanleunt bij het geraamd bedrag van de opdracht;

Gelet op het feit dat het gunnen van de opdracht aan Delta Thermic niet kan worden overwogen omdat de aankondiging van de opdracht niet werd gepubliceerd in het Publicatieblad van de Europese Unie (deontologisch bezwaar);

Gelet op het feit dat de gunning van de opdracht aan Delta Thermic zou leiden tot buitensporige uitgaven en het bewezen is dat de aanbestedende

overheid haar behoeften kan invullen met een bedrag dat gevoelig lager is dan dit dat door Delta Thermic wordt voorgesteld (financieel bezwaar).”

3.9. Verwerende partij stelt verzoekende partij van deze beslissing in kennis met een door de minister ondertekende brief van 8 juli 2010:

“Uw offerte voor de onder rubriek vermelde opdracht werd aan een grondig onderzoek onderworpen. In een eerste fase werd uw onderneming getoetst aan de selectiecriteria vermeld in het bestek. Uit dit onderzoek is gebleken dat uw onderneming kon worden geselecteerd. Vervolgens werd uw offerte onderzocht op het vlak van de administratieve en technische regelmatigheid. Er werd vastgesteld dat uw offerte substantieel onregelmatig was.

Na afloop van de procedure heb ik beslist om, in toepassing van artikel 18 van de wet van 24 december 1993, geen gevolg te geven aan de procedure van de openbare aanbesteding.

In bijlage vindt u de gemotiveerde beslissing van de selectie en de gemotiveerde beslissing van de administratieve en technische regelmatigheid van de offertes en van het stopzetten van de procedure.”

3.10. Bij de ingereedstelling van de zaak ondervraagd door de staatsraad-verslaggever merkt verwerende partij op dat er nog geen nieuwe gunningsprocedure voor deze opdracht is opgestart.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4. Verwerende partij merkt op dat verzoekende partij enkel middelen aanvoert tegen de beslissing tot onregelmatigverklaring en niet tegen de beslissing tot stopzetting; hierdoor is het beroep in zijn geheel onontvankelijk. Voorts merkt zij op dat aangezien de offerte van verzoekende partij onregelmatig is, zij geen belang heeft bij het aanvechten van de stopzettingsbeslissing. Ten slotte beklemtoont verwerende partij dat zij als aanbestedende overheid over een ruime beoordelingsbevoegdheid beschikt en op basis van artikel 18 van de wet van 24 december 1993 niet verplicht is om de opdracht effectief toe te wijzen.

5. In het auditorsverslag worden de excepties op beredeneerde wijze verworpen.

Verwerende partij sluit zich in haar laatste memorie aan bij de bevindingen van het auditorsverslag zodat mag worden aangenomen dat zij er afstand van doet.

V. Onderzoek van de middelen

Het past de twee middelen samen te behandelen.

Uiteenzetting van de middelen

6.1. Verzoekende partij voert in een eerste middel de schending aan van artikel 18 van de wet van 24 december 1993, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurs-handelingen en van de algemene motiveringsplicht als beginsel van behoorlijk bestuur.

Het motief voor de onregelmatigverklaring, namelijk dat verzoekende partij in haar offerte expliciet heeft vermeld dat bepaalde kosten niet in de prijs zijn begrepen, mist feitelijke grondslag. Uit het antwoord van verzoekende partij van 24 maart 2010 inzake de betekenis van de clause in haar offerte “Niet inbegrepen: alle werken/materialen niet expliciet in de prijsopgave vervat (slijpwerken, schilderwerken, bouwkundige werken, verticaal transport)” blijkt zeer duidelijk dat deze kosten wel in de offerte begrepen waren.

6.2. In een tweede middel voert verzoekende partij de schending aan van het zorgvuldigheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en het redelijkheidsbeginsel.

Verwerende partij heeft, aldus verzoekende partij, geen zorgvuldigheid aan de dag gelegd bij het beoordelen van het antwoord van verzoekende partij van 24 maart 2010 door te beslissen dat de offerte van verzoekende partij onregelmatig was om reden dat bepaalde kosten niet in de prijs begrepen waren, ondanks uit haar voornoemd antwoord niets anders kon worden afgeleid dan dat ze wel in de prijs begrepen waren. In dezelfde zin meent verzoekende partij dat het vertrouwens- en het redelijkheidsbeginsel zijn geschonden.

7. In haar memorie van wederantwoord repliceert verzoekende partij op de stelling van verwerende partij dat verzoekende partij met haar voornoemd antwoord “in feite een wijziging zou hebben aangebracht aan haar offerte” door, daar waar in haar offerte vermeld stond dat niet inbegrepen waren alle werken en materialen die niet expliciet in de prijsopgave zijn vervat zoals slijpwerken, schilderwerken, bouwkundige werken en verticaal transport, in haar voornoemd antwoord deze vermelding te laten vallen.

Verzoekende partij meent dat “precies het omgekeerde [...] *in casu* het geval is”. Met het voornoemd antwoord wordt gesteld dat “wat niet in de aanneming is begrepen [...] uiteraard niet [dient] betaald te worden”. “Voor de duidelijkheid is er in die clause opgenomen wat niet in de aanneming is begrepen. In de mate dat deze werken wel begrepen zijn in de offerte dienen ze uiteraard onder de forfaitaire prijs begrepen te worden.” Ook merkt verzoekende partij op dat de vraag tot verduidelijking van verwerende partij geen enkele zin heeft mocht zonder de verduidelijking verwerende partij al van oordeel zijn dat de offerte onregelmatig is.

8. In haar laatste memorie beklemtoont verzoekende partij dat zij met haar voornoemd antwoord geen wijziging aan haar offerte heeft aangebracht, integendeel, zij heeft also duidelijk gemaakt dat de prijs onveranderd blijft, “er zijn geen meerwerken of meerkosten”.

Beoordeling

9.1. Het bestek benadrukt het forfaitair karakter van de opdracht. Zo wordt onder de rubriek algemene bepalingen, punt 10 prijzen, gesteld dat de leverancier wordt geacht in zijn globale prijs alle mogelijke kosten die op de leveringen wegen te hebben begrepen, met uitzondering van de btw. Onder de rubriek technische voorschriften, punt 1 klimaatkasten server lokaal, letter q, wordt onder meer bepaald dat de plaatsing en bevestiging in de prijs is inbegrepen, alsook de doorboringen van de muren, plafonds en vloeren en het kwalitatief opvullen van de gaten “inclusief de bijwerken met verf, de vervanging van betegeling, ...”.

9.2. In haar offerte heeft verzoekende partij een clause opgenomen waarbij wordt gesteld dat niet inbegrepen zijn alle werken en materialen die niet expliciet in de prijsopgave zijn vervat zoals slijpwerken, schilderwerken, bouwkundige werken en verticaal transport.

9.3. De clause opgenomen in de offerte van verzoekende partij sluit aldus een aantal werken uit de opdracht zoals omschreven in het bestek en betekent tevens dat verzoekende partij geen forfaitaire en globale prijs heeft gegeven voor deze opdracht.

9.4. Een aanbestedende overheid is er met toepassing van artikel 110, § 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, toe gehouden een offerte substantieel onregelmatig te verklaren in geval van een afwijking op een essentiële besteksbeeping zoals de prijs. Dit is hier het geval.

Verwerende partij, geconfronteerd met deze clause, vroeg verzoekende partij uitleg, naar eigen zeggen om zich ervan “te vergewissen dat ze het voorbehoud goed begreep cq. inschatte”.

Het antwoord van verzoekende partij dat de clausule als geschrapt mag worden beschouwd, is een wijziging van haar offerte, naar opdracht en prijs, hetgeen de gelijkheid onder de inschrijvers substantieel aantast.

10. Uit dit alles leidt de Raad van State af dat verwerende partij de offerte van verzoekende partij hoe dan ook terecht als substantieel onregelmatig afwees. De middelen worden dan ook verworpen.

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 14 juni 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