

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIVe KAMER

A R R E S T

**nr. 220.178 van 5 juli 2012
in de zaak A. 192.310/XIV-34.163**

In zake : BVBA SIX
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaten Marc Bottelier en Annelies Bottelier
 kantoor houdend te 8501 Heule
 Kortrijksestraat 35
 bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

het OPENBAAR CENTRUM VOOR MAATSCHAPPELIJK
WELZIJN VAN ROESELARE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Dirk Vanheuve en Sofie Logie
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
President Kennedypark 6/24
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 20 april 2009, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van het OCMW van Roeselare van 17 februari 2009 waarbij door middel van openbare aanbesteding het perceel 2 technische installaties - lot 2.1. verwarming, sanitair, verlichting en koeling bij de bouw van woon- en zorgcentrum “De Zilverberg” wordt toegewezen aan de nv Develtere.

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.

Auditeur Ines Martens heeft een verslag opgesteld.

De verwerende partij heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 6 juni 2012.

Staatsraad Stephan De Taeye heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Annelies Bottelier, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Sofie Logie, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Ines Martens 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 OCMW van Roeselare beslist een overheidsopdracht uit te schrijven voor werken met betrekking tot de bouw van het Woon- en Zorgcentrum “De Zilverberg”. Op de raad voor maatschappelijk welzijn van 15 oktober 2008 worden daartoe het lastenboek en de gunningswijze voor perceel 2 “Technische installaties” goedgekeurd. De overheidsopdracht zal gegund worden volgens de procedure van openbare aanbesteding en wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 20 november 2008 en 4 december 2008.

3.2. In de aankondiging wordt vermeld dat het een opdracht voor werken betreft, met name voor de uitvoering van werken met betrekking tot het

woon- en zorgcentrum “De Zilverberg”, Perceel 2: technische installaties, Lot 2.1.: verwarming-sanitair-verluchting-koeling. Met betrekking tot de voorwaarden voor deelneming wordt bepaald dat een kopie van een registratie-atteest categorie 00 of 25 dient te worden bijgevoegd om na te gaan of voldaan is aan de vereisten in verband met de inschrijving in het beroeps- of handelsregister, alsook een kopie van een getuigschrift erkenning categorie D16-D17-D18, klasse 4 of klasse overeenkomstig het offertebedrag om de vakbekwaamheid na te gaan.

3.3. De opdracht is onderworpen aan het bestek Woon- en Zorgcentrum “De Zilverberg”, perceel 2: technische installaties, Lot 2.1.: verwarming - sanitair - verluchting - koeling. Voor wat betreft de prijsbepaling gaat het om een gemengde opdracht waarbij de prijzen al naargelang worden vastgesteld volgens globale prijs, volgens relatief forfait en volgens prijslijst.

3.4. De opdracht wordt geraamd op 1.824.167,92 euro excl. BTW .

3.5. Bij brief van 5 januari 2009 deelt W. De Vriendt, ingenieur-architect, aan de mogelijke inschrijvers bijkomende informatie mee in verband met het bestek. In deze brief wordt onder meer vermeld:

“ sub 2.1.1.2. staat er een fout. Sanitaire leidingen zijn niet in staal, maar in PE. Enkel de brandleiding is in galva.

(...)

De kring van de verwarmingsbatterijen staat niet op het schema. De verwarmingsbatterijen zijn natuurlijk niet elektrisch, dit uit verbruikskostoverweging. De aanvoertemperatuur van de verse lucht moet 20° C zijn. Elke batterij moet apart kunnen worden geregeld.

(...)

Gesloten cellenstructuur isolatie (b.v. armaflex) geldt enkel voor isolatie koelleidingen. Elders mag rotswol met PVC-folie worden genomen.

(...)”.

3.6. Uit het proces-verbaal van opening, opgemaakt op 7 januari 2009, blijkt dat de volgende zes inschrijvers een offerte hebben ingediend.

1) Develtere Roeselare voor een bedrag van 1.624.058,34 euro incl. BTW

- 2) Ampen Poperinge voor een bedrag van 1.656.105,52 euro incl. BTW
- 3) Vandewalle Jabbeke voor een bedrag van 1.726.781,77 euro incl. BTW
- 4) Naessens Waregem voor een bedrag van 1.352.138,81 euro excl. BTW
- 5) Six Izegem voor een bedrag van 1.652.376,31 euro incl. BTW
- 6) Stallo Laarne voor een bedrag van 1.704.890,00 euro incl. BTW.

3.7. Op 5 februari 2009 stelt W. De Vriendt een gunningsverslag op waarbij de ingediende offertes worden onderzocht en een voorstel van gunning wordt geformuleerd. De offerte van de firma nv Ampen wordt geweerd omdat zij in haar offerte geen prijs opgeeft voor deel C - verluchting: artikel 7.3.6. - regeling en elektriciteit en voor deel D - koeling. Gelet op het feit dat alle firma's hun prijzen opgaven incl. BTW, behalve de firma Naessens, worden voor alle inschrijvers de totaalprijzen herberekend zonder BTW en wordt de rangschikking als volgt gewijzigd :

1)	Develtere nv	1.342.203,19 euro excl. BTW
2)	Naessens bvba	1.352.323,81 euro excl. BTW
3)	Six bvba	1.364.587,28 euro excl. BTW
4)	Stallo bvba	1.406.480,00 euro excl. BTW
5)	Vadewalle nv	1.416.821,07 euro excl. BTW

3.8. Aan de voormelde vijf inschrijvers wordt bij schrijven van 19 januari 2009 een prijsverantwoording voor abnormale prijzen gevraagd. In het gunningsverslag wordt hieromtrent het volgende gesteld:

“ Iedereen antwoordde binnen de gestelde termijn:

- De firma VANDEWALLE nv bevestigde reeds haar offerte op dd. 21/01/2009; zie bijlage 12;
- De firma DEVELTERE nv bevestigde haar offerte per aangetekend schrijven van dd. 23/01/2009, op dd. 26/01/2009 ontvangen; zie bijlage 13;
- De firma STALLO BVBA bevestigde haar offerte per fax op dd. 26/01/2009; zie bijlage 14;
- De firma NAESSENS-HVAC bvba bevestigde haar offerteprijzen via mail op dd. 27/01/2009; zie bijlage 4d;
- Tenslotte bevestigde ook de firma SIX BVBA haar offerte per aangetekend schrijven op dd. 29/01/2009; zie bijlage 15.

De rangschikking en de bedragen blijven ongewijzigd en zijn dus:

- 1) DEVELTERE nv, Roeselare: 1.342.203,19 €
- (NAESSENS – HVAC bvba, Waregem: 1.352.323,81 €

2) SIX BVBA, Izegem:	1.364.587,28 €
(STALLO BVBA Laarne:	1.406.480,00 €
3) VANDEWALLE nv, Jabbeke:	1.416.821,07 € ”

Vervolgens worden in het gunningsverslag de opmerkingen onderzocht. Met betrekking tot de gekozen inschrijver nv Develtere wordt onder meer gesteld:

“- Verwarming:
Onder- en bovenverluchttingsroosters zijn niet inbegrepen: is OK
Isolatie: OK
CV-leidingen + ... voor luchtverwarmingsbatterijen zijn niet inbegrepen: OK
Technische fiche ingesloten.
- Sanitair:
Brandleidingen in galva, niet geïsoleerd: OK
KW-leidingen in mepla: OK. Condensisolatie armaflex: OK 9 mm: OK
WW-leidingen in mepla: rotswolisolatie 40 mm is OK; PVC-mantel is OK
(...)
- Koeling:
De koelleidingen zijn voorgeïsoleerde leidingen: Develtere nv offreert 9 mm;
Technische fiche ingesloten;
Het bedrijf is een erkend dealer;
De koelinstallatie is niet gekoppeld;
De centrale bediening is niet voorzien;
Voldoet volledig aan de beschrijving.”

Uiteindelijk worden de inschrijvers als volgt gerangschikt:

1)	DEVELTERE nv, Roeselare:	1.342.203,19 €
	(NAESSENS - HVAC bvba, Waregem:	1.352.323,81 €
2)	SIX BVBA, Izegem:	1.364.587,28 €
	(STALLO BVBA Laarne:	1.410.640,00 €
3)	VANDEWALLE nv, Jabbeke:	1.416.821,07 €

Rekening houdend met de rangschikking van de inschrijvers wordt voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de firma nv Develtere uit Roeselare.

3.9. Bij besluit van 17 februari 2009 van de raad voor maatschappelijk welzijn wordt beslist de opdracht te gunnen aan nv Develtere uit Roeselare voor een bedrag van 1.342.203,19 euro excl. BTW of 1.503.267,57 euro incl. 12% BTW.

Dit is de bestreden beslissing.

Voor de inschrijvers bvba Naessens en bvba Stallo wordt vastgesteld dat zij niet voldoen aan de nodige erkenningsklasse voor één of meerdere categorieën. De verzoekende partij wordt aldus als tweede gerangschikt.

3.10. Bij brief van 18 februari 2009 wordt aan de verzoekende partij het volgende meegedeeld:

“ Tot onze spijt moeten wij u meedelen dat de raad voor maatschappelijk welzijn in zitting van 17 februari 2009 bovenvermelde opdracht niet aan uw firma heeft toegewezen.”

3.11. Bij mailbericht van 4 maart 2009 worden de notulen van de zitting van de raad voor maatschappelijk welzijn van 17 februari 2009 aan de verzoekende partij overgemaakt.

3.12. Bij brief van 17 maart 2009 laat de verzoekende partij aan de verwerende partij weten dat zij meent dat de in de notulen van de zitting van 17 februari 2009 vermelde bedragen niet overeenkomen met de aanbestedingsuitslag en vraagt zij om de mededeling van het gunningsverslag van 5 februari 2009, van de principebeslissing, de oorspronkelijke offertes, het verslag omtrent het onderzoek van de ingediende offertes (inclusief PV van opening) en het visum van de ontvanger.

3.13. Bij brief van 25 maart 2009 wordt aan de verzoekende partij een uittreksel uit de notulen van de raad voor maatschappelijk welzijn van 12 november 2008, een schrijven van 5 januari 2009 van architect De Vriendt, het

proces-verbaal van opening van de inschrijvingen en het gunningsverslag van architect De Vriendt bezorgd.

IV. Regelmatigheid van de rechtspleging

4. Bij schrijven van 11 mei 2012 maakt de verzoekende partij de Raad van State een brief van 10 mei 2012 van zijn cliënte over, waarin geantwoord wordt op de laatste memorie van de verwerende partij. Een dergelijk stuk is niet in het algemeen procedurereglement voorzien, zodat het uit de debatten moet worden geweerd.

V. Onderzoek van de middelen

Enig middel

Standpunt van de partijen

5.1. De verzoekende partij voert in een eerste middel de schending aan van de artikelen 11 en 15 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, van de artikelen 2 en 3 van de uitdrukkelijke motiveringswet van 29 juli 1991, van de beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid van de materiële motiveringsplicht, alsook machtsoverschrijding.

In een eerste onderdeel voert de verzoekende partij aan dat de opdracht niet werd toegewezen aan de laagste regelmatige inschrijver. Zij betoogt dat uit de opmerkingen opgenomen in het gunningsverslag blijkt dat de nv Develetere, de gekozen inschrijver, een aantal belangrijke veranderingen heeft aangebracht aan technische specificaties waarvan melding werd gemaakt in de brief van architect De Vriendt van 5 januari 2009. De nv Develtere had immers de voeding en regeling voor de luchtverwarmingsbatterijen niet inbegrepen, terwijl deze wel dienden opgenomen te worden, zoals blijkt uit de brief van 5 januari

2009. Bovendien dienden de sanitaire leidingen, overeenkomstig de brief van 5 januari 2009, uitgevoerd te worden in PE (dus geen PE-ALU-PE), terwijl de nv Develtere haar offerte baseerde op leidingen in Mepla. De isolatiedikte van deze leidingen, hetzij 9 mm, wijkt af van het bestek onder punt 2.1.1.2.3.2.4., waar in vet de isolatiedikte vermeld staat en de bijkomende informatie in de brief van 5 januari 2009 staat geen wijziging in dikte toe. Hieruit blijkt dat de nv Develtere noch het bestek, noch de bijkomende informatie van 5 januari 2009 heeft gevolgd en is afgeweken van essentiële bepalingen, zodat haar inschrijving niet als regelmatig kan worden beschouwd. Immers alle voorwaarden die een weerslag kunnen hebben op de gelijkheid van de inschrijvers en op de rangschikking zijn essentieel.

Door de aangebrachte afwijkingen aan de technische specificaties door de nv Develtere waren de offertes niet meer vergelijkbaar en kwam de gelijkheid tussen de inschrijvers in het gedrang. Overeenkomstig artikel 11 van de wet van 24 december 1993 had de nv Develtere dan ook geweerd moeten worden.

5.2. De verwerende partij stelt in haar memorie van antwoord voorafgaandelijk dat de verzoekende partij weliswaar haar middel grondt op de schending van de beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid de schending van de materiële motiveringsplicht, maar dat zij behalve voor deze materiële motiveringsplicht niet specificeert welke beginselen geschonden zouden zijn, wat strijdig is met artikel 3, §1, 3° van het procedurereglement. Een “schending van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur” is te vaag zodat de verwerende partij in haar memorie van antwoord enkel de vermeende schending van de materiële motiveringsplicht weerlegt. Voor het overige is de aangevoerde schending van de beginselen van behoorlijk bestuur niet ontvankelijk.

Met betrekking tot het eerste middelonderdeel verwijst de verwerende partij naar de bepalingen van het bestek in verband met de warmtebatterijen, met name bepaling 2.3.7., en naar de verduidelijking die de

architect verstuurde bij brief van 5 januari 2009 omdat er verwarring bleek te bestaan bij de inschrijvers over het type verwarmingsbatterij. Indien de plannen van het bestek een “kring” hadden bevat, was er voor de inschrijvers geen twijfel mogelijk geweest over het gevraagde type van verwarmingsbatterijen. Aangezien dit niet het geval was, werd door de architect verduidelijkt welk type verwarmingsbatterij diende aangeleverd te worden. De leidingen, pompen en andere aspecten van de kring maken geen deel uit van het bestek en werden ook niet in de brief met bijkomende informatie van 5 januari 2009 vereist of beschreven. De nv Develtere merkte dit uitdrukkelijk op in haar offerte: “cv leidingen & isolatie evenals pompen en kranen voor de voeding en regeling van luchtverwarmingsbatterijen zijn niet inbegrepen in deze offerte”. In het gunningsverslag luidt het dan ook dat deze opmerking OK is. Aangezien noch het bestek, noch de brief van 5 januari 2009 enigerlei bepalingen bevatten omtrent de “kring” en aangezien de brief met “toelichtende informatie” louter het type verwarmingsbatterij verduidelijkte, spreekt het voor zich dat enkel de warmtebatterijen zelf moesten deel uitmaken van de ingediende offertes. Dit blijkt ook uit de wijze waarop de meetstaat met betrekking tot deze post is opgesteld. Gelet op deze specificiteit en het feit dat de prijs per stuk wordt gevraagd, spreekt het voor zich dat deze post enkel en alleen de verwarmingsbatterijen bevat. Aan de hand van de tabellen van het rekenkundig nazicht kan worden vastgesteld dat alle inschrijvers, behalve de verzoekende partij, vergelijkbare prijzen aanbieden voor de verwarmingsbatterijen. Dit toont aan dat de inschrijvers niet verondersteld werden de “kring” in hun offerte op te nemen en dat zij dit duidelijk hebben begrepen, behalve de verzoekende partij. Bovendien heeft de verzoekende partij, in tegenstelling tot de nv Develtere, geen enkele opmerking geformuleerd in haar offerte met betrekking tot de “kring” van de warmtebatterijen. Indien de verzoekende partij van oordeel was dat de “kring” deel diende uit te maken van de opdracht, dan had zij toepassing moeten maken van artikel 96 van het Koninklijk besluit van 8 januari 1996 met betrekking tot het invullen van de leemten in de opmetingsstaat en het verbeteren van vergissingen in de forfaitaire hoeveelheden.

Met betrekking tot de waterleidingen verwijst de verwerende partij eveneens naar het bestek, met name naar de bepaling 2.1.1.2.3.2.4., en naar de brief van 5 januari 2009 met bijkomende informatie. De opmerking van de verzoekende partij dat de sanitaire leidingen dienden uitgevoerd te zijn in PE terwijl de nv Develtere leidingen in Mepla aanbod, is niet dienstig voor de verzoekende partij. De leidingen die de nv Develtere aanbiedt zijn in PE en bovendien verstevigd met binnenin aluminium zodat zij een beter materiaal aanbod dan vereist. Dit kan niet tot de onregelmatigheid van de offerte leiden. De opmerking van de verzoekende partij dat de isolatiedikte van de leidingen die de nv Develtere aanbiedt, hetzij 9 mm, afwijkt van het bestek onder punt 2.1.1.2.3.2.4. mist feitelijke grondslag. De verzoekende partij verwacht koudwaterleidingen met koelleidingen. Waar de brief van 5 januari 2009 uitdrukkelijk stelde dat de “gesloten cellenstructuur isolatie” enkel vereist was voor de koelleidingen, meent de verzoekende partij ten onrechte dat dit ook geldt voor leidingen met gewoon koud water. Ondergeschikt, betreft de isolatiedikte van de “gesloten cellenstructuur” hoe dan ook geen essentiële technische bepaling van het bestek. Noch uit het bestek, noch uit de brief van 5 januari 2009 met bijkomende informatie blijkt dat de dikte van de isolatie een essentiële besteksbeepaling is.

5.3. In haar memorie van wederantwoord betoogt de verzoekende partij vooreerst dat uit het verzoekschrift, naast de schending van de materiële motiveringsplicht, duidelijk voortvloeit dat zij de schending van het gelijkheidsbeginsel aanvoert, zoals op pagina 3 onderaan van haar verzoekschrift vermeld.

Met betrekking tot het eerste middelonderdeel stelt de verzoekende partij dat er inderdaad verwarring bestond om reden dat het bestek niets vermeldde m.b.t. de aansluiting van de verwarmingsbatterijen en dat zij zich om die reden op 5 januari 2009 aangeboden heeft bij architect De Vriendt om hieromtrent duidelijkheid te krijgen. Deze stelde dat de verwarmingsbatterijen op de CV-installatie dienden te worden aangesloten. Dit houdt in dat de warmte niet uit een elektrisch verwarmingselement wordt gehaald maar uit een “kring” die in

verbinding staat met een centraal verwarmingstoestel. Wellicht naar aanleiding van dit bezoek heeft architect De Vriendt dezelfde dag nog een brief verstuurd naar alle inschrijvers met bijkomende informatie. In de brief wordt verduidelijkt dat de “kring” niet op het schema staat maar dat er niet-elektrische verwarmingsbatterijen worden bedoeld. Op grond hiervan heeft de verzoekende partij een offerte gemaakt voor niet-elektrische verwarmingsbatterijen met inbegrip van de kring en alle toebehoren gezien de warmte hieruit wordt gehaald. Niet-elektrische verwarmingsbatterijen zonder “kring” die derhalve niet gevoed worden, zijn volkomen nutteloos. De kring is inherent aan het systeem van niet-elektrische verwarmingsbatterijen. Waar de nv Develtere de leidingen, isolatie, pompen en kranen voor de voeding evenals de regeling van de verwarmingsbatterijen niet in haar offerte heeft opgenomen, heeft zij niet gehandeld conform het bestek en de bijkomende informatie van 5 januari 2009 en heeft zij een offerte opgemaakt voor een niet-functioneel systeem. Er is dienaangaande ook geen leemte in de meetstaat aangezien de verzoekende partij, overeenkomstig de meetstaat, een prijs per stuk heeft opgegeven voor elke functionele verwarmingsbatterij, met inbegrip van de “kring”, essentieel onderdeel van een niet-elektrische verwarmingsbatterij. Voor vijf batterijen werd eenzelfde eenheidsprijs gegeven terwijl voor één batterij een iets goedkopere eenheidsprijs werd gegeven.

Met betrekking tot de waterleiding verwijst de verzoekende partij naar bepaling 2.1.1.2.1.a.2., die vermeldt: “De watertoevoerende corrosievrije, verrottingsbestendige en geluidsdempende leidingen zijn kunststofbuizen van hogedruk vernette polyethyleen naar het systeem van Ph. Engel (HDVPE)”. De verzoekende partij heeft haar offerte gebaseerd op dit type van buizen terwijl de nv Develtere haar offerte gebaseerd heeft op een ander type met name Mepla. De nv Develtere heeft ook niet gepreciseerd of de Meplabuizen de leidingen tot aan de collectoren dan wel de leidingen van de collectoren naar de sanitaire toestellen betreffen.

Met betrekking tot de isolatie van de leidingen, brengt de brief van architect De Vriendt enkel een wijziging met zich mee m.b.t. het te gebruiken

materiaal, in die zin dat voor andere leidingen dan koelleidingen rotswol met PVC-folie mag worden gebruikt. Er werd niets gewijzigd m.b.t. de vereiste dikte (40 mm) van de isolatie van de leidingen voor koud of gekoeld of warm water, zoals bepaald in het bestek onder punt 2.1.1.2.3.2.4. Waar de nv Develtere voorziet in Armaflex 9 mm voor koudwaterleidingen voldoet dit niet aan de vereiste dikte en is dit derhalve niet conform het bestek. Waar de nv Develtere voor de warmwaterleidingen voorziet in rotswolisolatie 40 mm met PVC-mantel is dit wel conform. De isolatiedikte werd in het bestek in vet gedrukte letters vermeld zodat hieruit kan worden afgeleid dat dergelijke technische bepaling essentieel is.

5.4. In haar laatste memorie voegt de verwerende partij nog toe dat de sanitaire leidingen bestaan uit koude waterleidingen en warme waterleidingen. Voor wat betreft de warme waterleidingen biedt de gekozen inschrijver buizen met een isolatiedikte van 4 cm aan, voor wat de koude waterleidingen betreft 9 mm. Het argument van de verzoekende partij dat de gekozen inschrijver sanitaire leidingen aanbiedt met een isolatiedikte van 9 mm mist dus feitelijke grondslag, in de mate dat het argument betrekking heeft op de warmwaterleidingen. De gekozen inschrijver biedt immers voor de warmwaterleidingen 4 cm aan. Met zijn brief van 5 januari 2009 stelt de architect dat de gesloten cellenstructuur isolatie (b.v. armaflex) enkel geldt voor de isolatie van de koelleidingen, doch dat elders rotswol met PVC-folie (open cellenstructuur isolatie) mag worden genomen. De vereiste 4 cm isolatie slaat enkel op de gesloten cellenstructuur: “Alle hoofdleidingen van en naar de collectoren worden geïsoleerd met geprefabriceerde schalen van minstens 4 cm gesloten cellulaire structuur.”. De 4 cm-vereiste slaat dus op de “gesloten cellulaire structuur”. Indien de “gesloten cellulaire structuur” niet verplicht van toepassing is, geldt dit uiteraard ook voor de 4 cm-vereiste. Uit de brief van 5 januari 2009 blijkt dat de gesloten celstructuur niet vereist is voor de koudwaterleidingen (rotswol duidt immers op een open celstructuur). Bijgevolg is er evenmin een 4 cm-vereiste (“minstens 4 cm gesloten cellulaire structuur”). De gekozen inschrijver kon dus terecht een Armaflex 9 mm aanbieden voor de koudwaterleidingen. Van een onregelmatige inschrijving is dus geen sprake. Een isolatie van 4 cm voor koudwaterleidingen is bovendien allerminst gebruikelijk.

De koelleidingen zijn totaal iets anders en maken geen deel uit van het luik “sanitair” van het bestek, maar wel van het deel “koeling”. Door koelleidingen stroomt geen water, maar wel gas (bijv. voor airco). Het bestek bestaat uit diverse delen (zie koptekst van het bestek). Het desbetreffende deel wordt telkens in “vet” aangeduid. De zogenaamde koelleidingen maken deel uit van het deel “koeling”. Ook 2.1.1.1.0. van het deel “sanitair” vermeldt enkel de leidingen voor “warm en koud water”: “Het ganse leidingensysteem is zowel geschikt voor warm als voor koud water”. Ook in de bij het bestek gevoegde meetstaat (Uitgebreide meetstaat sanitair - pag. 3.5) is enkel sprake van leidingen in HDVPE volgens Engel, buis in buis systeem voor wat betreft de leidingen voor koud water en de leidingen voor warm water. Ook in artikel 2.1.1.2.3.2.4. van het deel “sanitair”, getiteld “isolatie tegen condensatie”, is enkel sprake van leidingen voor koud of gekoeld water. Het gebruik van de term “gekoeld” kan niet vereenzelvigd worden met “koelleidingen”. Door “koelleidingen” stroomt er, zoals gezegd, immers geen water, en dus ook geen gekoeld water. Koelleidingen bevatten gassen. In artikel 2.2.1. onder het deel “koeling” worden deze koelleidingen omschreven. Een isolatiedikte voor deze koelleidingen is niet in het bestek bepaald. Dit is evenmin het geval voor de meetstaat (uitgebreide meetstaat koeling - pag. 3.1) en voor de brief van 5 januari 2012 van de architect, waarin enkel gesteld wordt: “Gesloten cellenstructuur isolatie (b.v. armaflex) geldt enkel voor isolatie koelleidingen. Elders mag rotswol met PVC-folie worden genomen”. Ook in de offerte van de gekozen inschrijver staat de vermelding van 9 mm, onder het gedeelte “koeling”. Er wordt dus wel degelijk in de offerte van de gekozen inschrijver een onderscheid gemaakt tussen de koudwaterleidingen en de koelleidingen. Uiteraard dienden de koelleidingen niet vermeld te worden bij de opmerkingen in de offerte van de gekozen inschrijver onderaan het deel “sanitair”, vermits de koelleidingen deel uitmaken van het deel “koeling”. Deze isolatiedikte wordt bevestigd in het gunningsverslag (pg. 8.11), waar m.b.t. de isolatiedikte van de koelleidingen, aangeboden door de gekozen inschrijver, te lezen staat: “De koelleidingen zijn voorgeïsoleerde leidingen: Develtere nv offreert 9 mm.”. Uit deze vermelding mag niet zonder meer afgeleid worden dat dit een onregelmatigheid in de offerte van de gekozen inschrijver betreft. Het is immers niet verboden om in het

gunningsverslag informatieve vermeldingen op te nemen. In die zin is het niet meer dan logisch dat in het gunningsverslag vermeld wordt dat de isolatie armafex met een dikte van 9 mm “OK” is. De verzoekende partij maakt in haar offerte daarentegen op geen enkele wijze melding van de isolatiedikte van de koperen koelleidingen. In dit verband meldt de architect, die overigens verantwoordelijk was voor het opstellen van het bestek én het gunningsverslag, dat voorgeïsoleerde leidingen met een isolatiedikte van 4 cm niet in de handel verkrijgbaar zijn. Bijgevolg stelt zich de vraag in welke mate de verzoekende partij zelf voorgeïsoleerde leidingen met een isolatiedikte van 4 cm kan leveren.

Bijgevolg kan niet anders dan besloten worden dat de offerte van de gekozen inschrijver terecht niet onregelmatig werd verklaard, omwille van het aanbieden van:

- koudwaterleidingen met een isolatiedikte van 9 mm, vermits uit de brief van 5 januari 2009 blijkt dat de gesloten cellenstructuur niet geldt voor de koudwaterleidingen en dus evenmin de besteksvereiste van 4 cm, vermits deze betrekking heeft op “4 cm gesloten cellenstructuur”;
- koelleidingen met een isolatiedikte van 9 mm, vermits de koelleidingen deel uitmaken van het deel “koeling” van het bestek, en hier überhaupt nergens sprake is van een isolatiedikte (en dus a fortiori niet van 4 cm).

In ondergeschikte orde, indien de Raad van State van oordeel zou zijn dat volgens het bestek toch een isolatiedikte van 4 cm voor de koudwater- en/of koelleidingen vereist zou zijn, dan nog blijkt uit de offerte van de verzoekende partij evenmin dat zij in haar offerte voor de koudwater- en/of koelleidingen een isolatiedikte van 4 cm voorzien heeft. De verzoekende partij mist zodoende belang bij haar vordering. Minstens gaat het om een niet-essentiële besteksbevestiging, zeker voor wat betreft de koelleidingen. Dit blijkt vooreerst uit het feit dat de 4cm-isolatiedikte niet vermeld wordt in het gedeelte “koeling” van het bestek. Ook in de brief van 5 januari 2009 van de architect wordt enkel de “gesloten celstructuur” vermeld als vereiste voor de koelleidingen, doch niet de 4cm-dikte. Bovendien is het prijsverschil tussen de offerte van de verzoekende

partij en deze van de gekozen inschrijver voldoende groot dat de gekozen inschrijver zelfs met een dikkere isolatiedikte nog de goedkoopste is.

Beoordeling

5.5. Met de verwerende partij moet worden aangenomen dat het aanvoeren van een schending van “de algemene beginselen van algemeen bestuur” onvoldoende duidelijk is om als middel in de zin van artikel 2, § 1, 3° van het algemeen procedurereglement in aanmerking te worden genomen. Het middel is, wat deze beginselen betreft, echter wel ontvankelijk in zoverre de schending van de materiële motiveringsplicht wordt aangevoerd. Waar de verzoekende partij in de bespreking van haar middel opwerpt dat de gelijkheid tussen de kandidaten manifest in het gedrang gekomen is, dient dit als een schending van het gelijkheidsbeginsel begrepen te worden en is het middel eveneens ontvankelijk.

5.6. Het betoog van de verzoekende partij dat de offerte van de gekozen inschrijver niet als laagste regelmatige offerte beschouwd had mogen worden, maar geweerd had dienen te worden omdat zij niet aan de vereisten van het bestek voldoet nu de gekozen inschrijver voor de koude leidingen een isolatie heeft voorzien van slechts 9 mm in plaats van de door het bestek vereiste 4 cm, moet worden aangenomen om de navolgende redenen.

5.7. Met betrekking tot de isolatie van de leidingen wordt in het bestek bepaald:

“ 2.1.1.2.3.2.4. Isolatie tegen condensatie.

(...)

Alle hoofdleidingen van en naar de collectoren worden geïsoleerd met geprefabriceerde schalen van minstens 4 cm gesloten cellulaire structuur, bekleed met kunststof en potdicht afgeplakt. Alle hoeken, T's, ... enz. dienen perfect geïsoleerd te zijn.”

In zijn brief van 5 januari 2009 verduidelijkt ingenieur-architect W. De Vriendt onder meer het volgende :

“Gesloten cellenstructuur isolatie (b.v. armaflex) geldt enkel voor isolatie koelleidingen. Elders mag rotswol met PVC-folie worden genomen.”

5.8. Aangezien de voormelde brief geen wijziging vermeldt wat de dikte van de isolatie betreft, moet, wat de warme en de koude waterleidingen van het sanitair betreft, worden aangenomen dat de isolatiedikte van 4 cm, zoals vermeld in het bestek, blijft gelden. Wat betreft de warme waterleidingen, heeft de gekozen inschrijver dit overigens ook zo begrepen, nu hij voor deze leidingen een isolatie van 4 cm dikte heeft aangeboden. De door de verwerende partij aangevoerde omstandigheid dat een isolatie van 4 cm rotswol voor koude waterleidingen niet gebruikelijk is, doet niets af aan de bepaling ter zake in het bestek. De verwerende partij heeft op geen enkel moment aan de inschrijvers meegedeeld dat zij een andere isolatiedikte dan deze vermeld in het bestek dienden te voorzien.

5.9. Derhalve moet vastgesteld worden dat de offerte van de gekozen inschrijver afwijkt van de technische bepalingen wat betreft de isolatiedikte van de koude waterleidingen, met name 9 mm in plaats van 4 cm. Met de verzoekende partij moet voorts worden aangenomen dat de isolatiedikte van 4 cm. een technische specificatie betreft die in toepassing van artikel 89 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken als een essentiële bestekbepaling moet worden beschouwd en dit mede gelet op het feit dat de isolatiedikte in het bestek in vet gedrukte letters wordt weergegeven.

5.10. De afwijking van een essentiële besteksbepaling dient, overeenkomstig artikel 110, § 2, van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996, te leiden tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte. In dit geval dient het bestuur de offerte buiten beschouwing te laten. De opmerking in de

laatste memorie van de verwerende partij dat de offerte van de gekozen inschrijver zelfs met een dikkere isolatiedikte nog de goedkoopste zou zijn, doet hieraan geen afbreuk.

Het betoog in de laatste memorie van de verwerende partij dat uit de offerte van de verzoekende partij evenmin zou blijken dat zij voor de koudwaterleidingen een isolatie van 4 cm heeft voorzien, waardoor zij het vereiste belang bij haar vordering zou ontberen, wordt niet bijgetreden. Immers dient deze offerte, bij afwezigheid van enige aanwijzing in andere zin, geacht te worden conform de bepalingen van het bestek te zijn.

Het eerste onderdeel van het enig middel is in de aangegeven mate gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van het OCMW van Roeselare van 17 februari 2009 waarbij door middel van openbare aanbesteding het perceel 2 technische installaties - lot 2.1. verwarming, sanitair, verlichting en koeling bij de bouw van woon- en zorgcentrum “De Zilverberg” wordt toegewezen aan de nv Develtere.

2. De verwerende 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 5 juli 2012,
door de Raad van State, XIVE kamer, samengesteld uit:

André Beirlaen,	kamervoorzitter,
Carlo Adams,	staatsraad,
Stephan De Taeye,	staatsraad,
bijgestaan door	
Joris Casneuf,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Joris Casneuf

André Beirlaen