

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 220.776 van 27 september 2012
in de zaak A. 201.295/XII-6663**

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

tegen:

de GEMEENTE WETTEREN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Filip Mertens
kantoor houdend te 9000 Gent
Coupure 373
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV BOUW & RENOVATIE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Filiep Desmet en Jan Vandenbraembussche
kantoor houdend te 8940 Wervik
Nieuwstraat 38
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 1 augustus 2011, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Wetteren 20.5.2011 tot gunning, ingevolge openbare aanbesteding, van de aanneming inhoudende de verbouwing van een eengezinswoning tot een gebouw voor buitenschoolse kinderopvang, aan de nv Bouw & Renovatie, alsook

van de beslissing tot het niet weerhouden van de offerte van de [nv Bouwbedrijf VMG-De Cock] als de laagste regelmatige”.

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 Bouw & Renovatie heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 17 oktober 2011. De tussenkomende partij 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 11 september 2011.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Filip Geerts, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Barbara Aerts, die loco advocaat Filip Mertens verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Valérie De Schepper, die loco advocaat Filiep Desmet verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een met dit arrest gedeeltelijk 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. Op 20 januari 2011 keurt de gemeenteraad van verwerende partij het bijzonder bestek met nummer dna2bvba/2010/01 IBO goed voor een aanneming van werken “Rozenstraat 13: verbouwen van ééngezinswoning tot IBO”, dit is Initiatief voor Buitenschoolse Opvang. De gunningswijze is de openbare aanbesteding.

De opdracht wordt geraamd op 200.000,00 euro btw inbegrepen of 165.289,26 euro btw niet inbegrepen.

3.2. Er zijn zes inschrijvers waaronder verzoekende partij die de tweede laagste offerte *ad* 185.000,00 euro btw niet inbegrepen indient en tussenkomende partij die de laagste offerte *ad* 182.925,58 euro btw niet inbegrepen indient. Zowel verzoekende partij als tussenkomende partij maken opmerkingen ten aanzien van een aantal posten.

3.3. Op 12 mei 2011 stelt de raadgevend architect een verslag van nazicht van de offertes op. Hieruit blijkt dat alle inschrijvers zijn geselecteerd; er wordt een rangschikking van de offertes opgesteld op basis van de in de offertes opgegeven prijzen. Aldus wordt tussenkomende partij als eerste gerangschikt en verzoekende partij als tweede. Hij stelt voor de opdracht te gunnen aan tussenkomende partij.

3.4. Op 20 mei 2011 beslist het college van burgemeester en schepenen de opdracht te gunnen aan tussenkomende partij voor de prijs van 182.925,58 euro.

3.5. Met een brief gedagtekend op 24 mei 2011 stelt verwerende partij verzoekende partij in kennis van de gunningsbeslissing.

3.6. Met een aangetekende brief van 24 mei 2011 vraagt verzoekende partij het nazichtsverslag op bij verwerende partij. Met een brief van 31 mei 2011 wordt dit verslag aan verzoekende partij bezorgd.

3.7. Met een op 1 juni 2011 aangetekend verstuurd brief schrijft verzoekende partij aan verwerende partij:

“Bij nazicht van het overgemaakte verslag van nazicht van de offertes blijkt geen nazicht te zijn gedaan van de bij inschrijving gegeven opmerkingen. Dit is uiteraard een zware tekortkoming bij het nazicht der inschrijvingen.

Er werd geen rangschikkingsbedrag bepaald tussen de verschillende inschrijvers. Dat het offertebedrag ook overeenstemt met het bestelbedrag is onmogelijk.

Wij maken in elk geval voorbehoud voor deze gang van zaken en verzoeken u met spoed een correct nazichtverslag te willen opmaken. Een gunning aan B&R is in elk geval voorbarig.”

3.8. Verwerende partij antwoordt met een brief van 10 juni 2012 als volgt:

“Het KB van 8 januari 1996 vermeldt omstandig welke regels het opdrachtgevend bestuur moet volgen als het een overheidsopdracht wil gunnen.

Hierin staat duidelijk dat, nadat de offertes zijn geopend op de daartoe bestemde vergadering, het bestuur zal controleren of de ingediende offertes regelmatig zijn.

In sommige gevallen MOET het opdrachtgevend bestuur de offerte weigeren (volstreekte nietigheid) wanneer de kandidaat veranderingen aanbrengt aan technische specificaties.

Dit is het geval wanneer een kandidaat wijzigingen aanbrengt waardoor de gelijkheid tussen de kandidaten in het gedrang komt.

Ons inziens heeft uw firma 2 wijzigingen aangebracht aan de technische specificaties van het bestek waardoor een nietigheid van uw inschrijving kon worden ingeroepen en de door u aangebrachte andere wijziging bijgevolg niet in overweging dient genomen. Concreet hebben wij het over volgende wijzigingen:

1. De wijziging aangaande de afvoergoten is ons inziens een wijziging aan de inhoud van het bestek waardoor de gelijkheid tussen de kandidaten wegvalt.
2. De wijziging aan de betonbalken is ons inziens een aanpassing in de technische specificaties bepaald door een stabiliteits-ingenieur.

Wij hebben niet de gewoonte ons te focussen op kleine tekortkomingen om een ingediende offerte nietig te kunnen verklaren en hebben dit dan ook niet gedaan. Wij zijn ervan overtuigd dat dit de huidige of toekomstige samenwerking steeds ten goede komt. Blijkbaar houdt uw firma er een andere mening op na. Wij betreuren dit ten zeerste.

In antwoord op uw vraag in uw mail van 01-06-2011 aangaande de prijsverantwoording van B&R voor artikel 57.30: noteer dat deze prijsverantwoording u overgemaakt werd op 09-05-2011. Wij zullen bovendien een aangepast aanbestedingsverslag opmaken waarin alle door uw firma aangebrachte wijzigingen zijn opgenomen met een verantwoording waarom ze al dan niet worden aanvaard. Van zodra dit verslag is afgewerkt zullen wij u dit toesturen. Wij verwachten dat dit volledig is afgewerkt op 12 juni 2011.”

3.9. Met een brief op 8 juli 2011 aangetekend verstuurd vraagt verzoekende partij aan verwerende partij het door haar “aan[ge]kondigde [...] aangepast aanbestedingsverslag”.

3.10. Met een brief van 18 juli 2011 brengt verwerende partij een verslag gedagtekend op 16 juni 2011 verzoekende partij ter kennis.

In dit verslag wordt de offerte van tussenkomende partij als eerste gerangschikt met een bedrag van 189.292,58 euro btw niet inbegrepen en de offerte van verzoekende partij als tweede met een bedrag van 189.717,00 euro btw niet inbegrepen.

Uit de bijlage bij dit verslag blijkt dat een aantal van de opmerkingen van verzoekende partij voor een aantal posten zijn aanvaard en voor andere niet, zo ook voor de opmerkingen van tussenkomende partij. Ten slotte merkt de raadgevend architect op dat verzoekende partij “eveneens zonder schriftelijke en geldige reden niet [heeft] ingeschreven op het daarvoor bestemde en opgestuurde inschrijvingsblad”.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4. Verwerende partij en tussenkomende partij voeren twee excepties van onontvankelijkheid aan.

4.1. In de eerste plaats merken zij op dat het beroep ingesteld op 1 augustus 2011 niet tijdig is. Verzoekende partij zelf vraagt immers op 24 mei 2011 het aanbestedingsverslag op; dit houdt in dat zij ten laatste op die dag kennis had van de gunningsbeslissing zodat de beroepstermijn inging op 25 mei 2011. De bewering van verzoekende partij dat zij pas op 31 mei 2011 kennis kreeg van de brief van verwerende partij van 24 mei 2011 is “hoogst ongeloofwaardig”.

4.2. Met een tweede exceptie betwisten verwerende partij en tussenkomende partij het belang van verzoekende partij bij haar beroep. Volgens hen heeft verzoekende partij een onregelmatige offerte ingediend zodat zij dan ook niet beschikt over een rechtmatig belang. Zij wijzen erop dat verzoekende partij bij haar offerte “de samenvattende meetstaat niet heeft ingeschreven op het daarvoor bestemde en met het bestek meegestuurde inschrijvingsblad en evenmin heeft verklaard dat het document conform is aan het bij het bestek horende model”; dit maakt een inbreuk uit op een essentiële besteksbepaling.

Ook om een andere reden is de inschrijving van verzoekende partij onregelmatig “vermits de door de verzoekende partij ingediende inschrijving op twee belangrijke punten essentiële wijzigingen aan de inhoud van het bestek aanbrengt, met name met betrekking tot de afvoergoten en de betonbalken”. Het gaat om technische specificaties die als essentiële besteksbepalingen moeten worden beschouwd.

5. Verzoekende partij betwist de excepties.

5.1. Wat de exceptie van niet-tijdigheid betreft merkt zij op dat zij de brief van verwerende partij met de gunningsbeslissing en gedagtekend op 24 mei 2011, pas ontvangen heeft op 31 mei 2011. Verwerende partij toont het tegendeel niet aan niettegenstaande het een aangetekende zending betreft en het bewijs van het tijdstip van de verzending dus gemakkelijk te leveren is.

Voorts heeft zij, vóór ontvangst van de gunningsbeslissing, verwerende partij om mededeling gevraagd van het aanbestedingsverslag; dit verslag, door verwerende partij verstuurd met een brief gedagtekend op 31 mei 2011 doch pas verzonden op 3 juni 2011, heeft zij pas gekregen op 6 juni 2011; zij wijst erop dat de beroepstermijn aldus maar kan beginnen op 7 juni 2011, namelijk nadat zij kennis had van het verslag waar zij binnen een redelijke termijn om heeft verzocht. Zelfs zo de beroepstermijn zou zijn beginnen lopen op 1 juni 2011 dan nog is het beroep op 1 augustus 2011 tijdig ingesteld aangezien 30 juli 2011 een zaterdag is.

Zij besluit dat het beroep in welke hypothese ook, tijdig is ingediend.

5.2. Wat de exceptie van gebrek aan rechtmatig belang betreft wijst verzoekende partij erop dat verwerende partij en tussenkomen partij zich baseren op het tweede aanbestedingsverslag van 16 juni 2011 dat echter niet relevant is aangezien “het werd opgemaakt nadat de gunningsbeslissing al was genomen (20.05.2011)”. Het “heeft als zodanig geen enkele rol gespeeld bij het tot stand komen van de bestreden beslissing”.

Voorts is de stellingname van de onregelmatigverklaring niet tijdig omdat het nazichtsverslag op basis waarvan de gunningsbeslissing is genomen noch de gunningsbeslissing zelf de offerte van verzoekende partij onregelmatig hebben verklaard.

Ten slotte is de stellingname van de onregelmatigverklaring volgens verzoekende partij ook foutief. Verzoekende partij heeft wel degelijk op de door haar ingediende meetstaat vermeld dat die conform is aan het bij het bestek horende model. Voorts merkt verzoekende partij op dat het niet echt duidelijk is wat verwerende partij verzoekende partij precies ten laste legt inzake “wijzigingen aan de afvoergoten en aan de betonbalken”; zij heeft in haar offerte geen enkele wijziging aangebracht doch enkel opmerkingen gemaakt waarbij met toepassing van artikel 96, § 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, “fouten in opmeting” werden gesignaleerd waarbij het aan verwerende partij toekomt hierover te beslissen.

6. In hun laatste memories weerleggen verwerende partij en tussenkomende partij de repliek van verzoekende partij, zoals uitdrukkelijk bijgevallen door het auditoraat, niet; zij komen niet verder dan het louter woordelijk herhalen van hun eerder geformuleerde excepties.

In die omstandigheden spreekt de Raad van State het standpunt van verzoekende partij dat consistent en overtuigend overkomt, niet tegen en verwerpt hij de excepties.

V. Onderzoek van het eerste middel

Standpunt van de partijen

7. 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, samen genomen met artikel 96, § 2, en artikel 112 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 merkt op dat zij bij haar inschrijving wat de forfaitaire hoeveelheden betreft “18 wijzigingen in plus [heeft] gesignaleerd en 7 wijzigingen in min”. Verwerende partij heeft deze wijzigingen niet onderzocht alvorens de gunningsbeslissing te nemen. “Dit blijkt reeds uit het feit dat alle bedragen die voor de definitieve rangschikking werden weerhouden identiek zijn aan de bedragen die bij opening van de offertes werden genoteerd.” Nochtans dienen met toepassing van artikel 112 van het voornoemd koninklijk besluit van 8 januari 1996 met het oog op de rangschikking alle wijzigingen in meer bij iedere offerte in rekening te worden gebracht terwijl de wijzigingen in min enkel in rekening worden gebracht bij de offerte van de inschrijver die de wijziging heeft gesignaleerd.

Zo had verzoekende partij wijzigingen in min ten bedrage van 12.358,81 euro gesignaleerd. De architect van verwerende partij heeft na de gunningsbeslissing, toen verzoekende partij erop wees dat er geen rekening mee was gehouden, alsnog een verslag opgesteld waaruit blijkt dat de wijzigingen in min en in meer werden onderzocht en dat er voor de offerte van verzoekende partij een totaal van 2.108,18 euro in mindering diende te worden gebracht. Hieruit blijkt volgens verzoekende partij ook dat bepaalde door haar voorgestelde wijzigingen in min ten onrechte niet werden aanvaard.

8. Verwerende partij betwist het middel en voert in de eerste plaats aan dat verzoekende partij bij de wijzigingen in haar offerte geen nota heeft gevoegd ter verantwoording van de wijzigingen zoals nochtans vereist is door artikel 96, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996. Wat verzoekende partij heeft voorgelegd is een document “dat enkel cijfers, afmetingen en hoeveelheden poneert zonder ze te verantwoorden”, dit is geen verantwoordingsnota. Dienvolgens mocht de aanbestedende overheid de voorgestelde wijzigingen negeren.

Bovendien, zo vervolgt verwerende partij, gaat het slechts om minieme afwijkingen of om afwijkingen die “dermate afwijken dat zij een

fundamentele wijziging aan de inhoud van het bestek tot gevolg hebben, waardoor een gelijke beoordeling van alle inschrijvers niet mogelijk is”.

9. Tussenkomende partij merkt op dat verzoekende partij slechts oog heeft voor haar wijzigingen in min en niet die in meer zodat er geen bewijs is dat er een andere rangschikking in het voordeel van verzoekende partij zou moeten worden opgemaakt.

10. In haar memorie van wederantwoord betwist verzoekende partij dat zij geen verantwoordingsnota zou hebben ingediend. Voorts wijst zij erop dat haar wijzigingen forfaitaire hoeveelheden betreffen zodat verwerende partij niet staande kan houden dat het om minimale afwijkingen gaat waarmee geen rekening moet worden gehouden; dit laatste betreft immers een regel van toepassing bij vermoedelijke hoeveelheden. Ten slotte brengt zij een berekening naar voor van alle wijzigingen in meer en in min, aan de hand van de inschrijvingen zoals neergelegd in het administratief dossier, waaruit moet blijken dat zij de laagste inschrijver is.

11. In haar laatste memorie reageert verzoekende partij op het auditoraatsverslag waarin wordt opgemerkt dat de gunningsbeslissing de artikelen 96, § 2, en 112, § 1, van het voornoemd koninklijk besluit van 8 januari 1996 schendt en dat de Raad van State niet voor recht kan zeggen dat verzoekende partij de laagste regelmatige inschrijver is om reden dat het aanbestedingsverslag van 16 juni 2011 enkel uitgaat van de raadgevend architect en dagtekent van na de gunningsbeslissing en de Raad aldus niet kan ingaan op berekeningen waaruit blijkt dat de offerte van verzoekende partij de laagste inschrijver is.

Zij stelt vast dat het nazichtsverslag van 16 juni 2011 minstens impliciet is goedgekeurd door verwerende partij; de wijzigingen die daar worden aanvaard, zijn dan ook verworven; voorts wijst zij erop dat de in dit verslag niet aangenomen wijzigingen, ten onrechte niet werden aanvaard zodat “de offerte van de verzoekster in werkelijkheid 5.381,83 euro lager is dan deze van de

tussenkomen partij”. Het staat dan ook vast, aldus verzoekende partij, dat zij de laagste offerte heeft ingediend zodat de impliciete beslissing om de opdracht niet aan verzoekende partij toe te wijzen eveneens dient te worden vernietigd.

Ondergeschikt vraagt verzoekende partij dat een deskundige wordt aangesteld om de opmerkingen van verzoekende partij inzake de wijzigingen op hun juistheid te onderzoeken en om een correcte rangschikking op te maken; er is immers hier geen sprake meer van de uitoefening van een “discretionaire bevoegdheid”.

12. In haar laatste memorie merkt verwerende partij op dat “het nazichtsverslag van 12/05/2011 [...] alle (in de zin van artikel 112, § 1 van het K.B.) noodzakelijke elementen [bevatte] om tot een rechtsgeldige en correct gemotiveerde beslissing te komen”. “Dat de verwerende partij nadien – onder meer middels het nazichtsverslag van 16/06/2011 – op verzoek van de verzoekende partij meerdere uitleg geeft, impliceert niet dat de beslissing die zij eerder nam niet rechtsgeldig zou zijn.”

Beoordeling

13. Luidens artikel 96, § 2, van het voornoemde koninklijk besluit van 8 januari 1996 verbetert de inschrijver de vergissingen die hij in de forfaitaire hoeveelheden ontdekt, rekening houdend met de tekeningen, het bestek, zijn beroepskennis of persoonlijke bevindingen en voegt hij bij zijn offerte een nota ter verantwoording van de wijzigingen.

Verzoekende partij heeft bij haar offerte een lijst met opmerkingen gevoegd, een document van acht bladzijden, waarin door haar ontdekte vergissingen in een aantal posten met forfaitaire hoeveelheden worden verbeterd; bij die vermelde posten wordt de reden van verbetering opgegeven, de meest voorkomende reden is “fout in opmeting”, en worden telkens afmetingen en hoeveelheden vermeld die door verzoekende partij werden opgemeten en die

worden vergeleken met de afmetingen en hoeveelheden van de meetstaat. Dit document moet aanzien worden als een “nota ter verantwoording”.

14. Artikel 112, § 1, van voornoemd koninklijk besluit van 8 januari 1996 bepaalt dat wanneer een inschrijver, bij toepassing van artikel 96, § 2, de hoeveelheid van één of meer posten van de samenvattende opmetingsstaat heeft verbeterd, de aanbestedende overheid de wijzigingen naziet; zij verbetert zo nodig volgens eigen berekeningen en wijzigt eventueel de opmetingen gevoegd bij de offertes volgens bepaalde regels.

Hier heeft verwerende partij voormelde bepaling niet toegepast. Op 20 mei 2011 beslist zij tot gunning; uit geen enkel stuk blijkt dat zij voornoemd artikel 112, § 1, had toegepast wanneer zij tot de gunning beslist.

Het artikel 112, § 1, is dan ook geschonden. Dit verantwoordt de vernietiging van de gunningsbeslissing en van de impliciete weigeringsbeslissing. Duidelijkheidshalve weze opgemerkt dat uit de vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing geenszins volgt dat, zoals verzoekende partij ten onrechte meent, de overheid van de weeromstuit verplicht zou zijn om de opdracht thans aan de verzoekende partij te gunnen. Zoals steeds is het gevolg van de uitgesproken vernietiging te beoordelen in het licht van het vernietigingsmotief, hier de schending van het artikel 112, § 1. Verwerende partij moet de gunningsprocedure hernemen rekening houdend met het vernietigingsmotief van het arrest waarbij zij hoe dan ook een nieuwe rangschikking zal dienen op te stellen.

Immers, op geen enkel ogenblik heeft verwerende partij een beslissing genomen over de opmerkingen van de vier verschillende inschrijvers die diverse wijzigingen in meer of in min hebben voorgesteld. De rangschikking waarop verwerende partij zich baseerde bij de gunningsbeslissing, was opgemaakt op basis van de in de offerte opgegeven prijzen.

Met het op 16 juni 2011 door de raadgevend architect opgesteld verslag, bijna een maand na de bestreden beslissing, en niet onderworpen geweest aan de goedkeuring van verwerende partij, kan geen rekening worden gehouden.

15. Het is niet de opdracht van de Raad van State de gunnings-procedure over te doen en dus een nieuwe rangschikking van de offertes op te stellen met toepassing van voornoemd artikel 112, § 1.

Om dezelfde reden dient er evenmin een deskundige met die opdracht te worden belast.

16. Het middel is in de aangegeven mate gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van de gemeente Wetteren van 20 mei 2011 tot gunning, ingevolge openbare aanbesteding, van de aan-neming van werken, verbouwing van een eengezinswoning tot een gebouw voor buitenschoolse kinderopvang, aan de nv Bouw & Renovatie en de impliciete weigeringsbeslissing de opdracht te gunnen aan de nv Bouw-bedrijf VMG-De Cock.

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

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 27 september 2012, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Lust,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest