

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 223.238 van 23 april 2013
in de zaak A. 204.524/XII-6923**

In zake: de NV ACLAGRO
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Carlos De Wolf en Anthony Verheggen
kantoor houdend te 9680 Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE GAVERE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Patrick Devers
kantoor houdend te 9000 Gent
Kouter 71-72
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 18 april 2012, strekt tot de nietigverklaring van “de gunningsbeslissing d.d. 17.02.2012 van het College van Burgemeester en Schepenen van de gemeente Gavere [houdende] de toewijzing van een overheidsopdracht voor aanneming van werken betreffende de aanleg van fietspaden langsheen de Grenadierslaan [aan de nv Wegenwerken De Moor] voor een totaalbedrag van [1.538.807,64 euro] (incl. BTW) en bijgevolg de impliciete weigeringsbeslissing om de betreffende opdracht te gunnen aan [de nv Aclagro]”.

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 verwerende partij heeft een verzoek tot voortzetting van de rechtspleging ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 5 februari 2013.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Anthony Verheggen, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Patrick Devers, die verschijnt voor de verwerende 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. De gemeente Gavere schrijft bij wijze van openbare aanbesteding een overheidsopdracht van aanneming van werken uit met als voorwerp

“Aanleg fietspaden (incl. wegenis- en rioleringswerken) langsheen Grenadierslaan te Gavere”.

De raming bedraagt 1.772.652,79 euro, btw inbegrepen.

3.2. Volgens het proces-verbaal van opening van de offertes op 31 augustus 2011 zijn er zes offertes ingediend; de rangschikking van de drie laagste inschrijvers is, prijzen btw inbegrepen, als volgt:

- de nv AB Wegenbouw 1.504.101,48 euro,
- de nv Wegenwerken De Moor 1.538.727,90 euro,
- de nv Aclagro 1.663.061,94 euro.

3.3. Aan de laagste twee inschrijvers vraagt verwerende partij met een brief van 12 september 2011 een prijsverantwoording in het kader van het onderzoek naar abnormale prijzen.

3.4. Met een brief van 27 september 2011 geeft de nv Wegenwerken De Moor haar prijsverantwoording.

Bij de posten 80 (‘afgraving van teelaarde volgens IV-2.1.2.1. met verwijdering voor gebruik buiten de werf als bodem (635 m³)’) en 82 (‘uitgraving/uitbaggering volgens IV-4.1.2.2. met verwijdering buiten de werf in losse grond (code 211)’) vermeldt zij 15 euro/m³ en een supplement van 20 euro/m³ terwijl zij in haar offerte voor post 80 een totaalprijs van 9.525 euro had vermeld en aldus rekende met een eenheidsprijs van 15 euro/m³ (635 m³ x 15 euro) en voor post 82 expliciet een eenheidsprijs van 15 euro/m³ opgaf.

3.5. Met een brief van 8 december 2011 deelt het raadgevend ingenieursbureau dat instaat voor het aanbestedingsverslag, het volgende mee aan verwerende partij:

“Naar aanleiding van bovenvernoemde werken laten wij u bij deze onze visie geworden omtrent de verantwoording van de inschrijvingsprijzen van de nv AB Wegenbouw uit Nazareth-Eke en Wegenwerken De Moor nv uit Wetteren.

Basis aanbesteding:

Raming der werken: 1.772.652,79 € (incl. btw).

Bedrag laagste aanbesteding: 1.504.101,48 € (incl. btw)

Laagste inschrijving ingediend door nv AB Wegenbouw ligt 8,6 % lager dan het referentiegemiddelde der inschrijvingen en 15,1 % lager dan de raming der werken.

Op basis van deze gegevens wordt een prijsverantwoording gevraagd voor alle posten dewelke 15 % lager liggen dan het gemiddelde van de eenheids- en totaalprijzen.

Deze prijsverantwoording werd tevens ook aangevraagd bij de tweede laagste bieder zijnde de nv Wegenwerken De Moor uit Wetteren.

Bij schrijven van 27/09 ll. werd door beide aannemers hiervoor de gevraagde prijsverantwoording overgemaakt aan het opdrachtgevend bestuur.

In bijlage laten wij u het overzicht geworden van onze bemerkingen omtrent de opgegeven prijsverantwoordingen van beide aannemers.

Prijsverantwoording AB Wegenbouw :

Algemeen kan gesteld worden dat door AB Wegenbouw voor meerdere posten geen of onvoldoende prijsverantwoording werd opgegeven.

Verder wordt door AB Wegenbouw voor meerdere posten aangegeven dat de kostprijs van deze posten slechts een zeer beperkt aandeel vertegenwoordigen van het totale aanbestedingsbedrag en zodoende een minimale invloed hebben op het totaal bedrag van de inschrijving.

Dit klopt weliswaar doch bestaat de mogelijkheid dat tijdens de uitvoering der werken deze ‘vermoedelijke hoeveelheden’ wijzigen waardoor deze wel een invloed kunnen hebben op het totaal bedrag der werken.

Bij de interpretatie van de eenheidsprijzen kan wel rekening gehouden met de opmerking van de inschrijver betreffende de nabijheid van zijn depot waardoor de transportkosten voor de afvoer van gronden tot een minimum kunnen worden beperkt.

Prijsverantwoording Wegenwerken De Moor nv

Algemeen kan gesteld worden dat de prijsverantwoording van De Moor vrij gedetailleerd is opgemaakt.

Enkel dient vermeld te worden dat voor de posten 80 en 82 een supplement wordt aangegeven indien bijkomende hoeveelheden grond dienen afgevoerd te worden van de werf. Dit supplement zal niet worden toegepast.

Bij vergelijking van de eenheidsprijzen van deze posten zelf, kan gesteld worden dat deze in de lijn liggen van het gemiddelde van de overige inschrijvers en zodoende kunnen aanvaard worden.

Voor het overige zijn er omtrent deze prijsverantwoording geen bemerkingen te formuleren.”

3.6. In het aanbestedingsverslag van 8 december 2011 wordt over de offerte van de nv Wegenwerken De Moor nog het volgende opgemerkt:

“De prijsverantwoording dewelke door de inschrijver ‘Wegenwerken De Moor’ werden opgemaakt, zijn gedetailleerd en voor het overgrote deel gestaafd aan de hand van bijhorende prijsoffertes van onderaannemers en/of prijscalculatie van de posten.”

Ook wordt bij de door deze inschrijver opgegeven prijsverantwoording voor de posten 80 en 82 vermeld:

“In de verantwoording wordt melding gemaakt van een supplement van 20€/m³ indien bijkomende hoeveelheden grond dienen afgevoerd te worden van de werf. Dit supplement zal niet worden toegepast. Betreffende de opgegeven eenheidsprijs van deze post blijkt deze bij vergelijking in de lijn te liggen van het gemiddelde der inschrijvingen. Deze eenheidsprijs kan in die zin dan ook aanvaard worden.”

Voorgesteld wordt, na opgemerkt te hebben dat de prijsverantwoording van de nv AB Wegenbouw niet mag worden aanvaard, de opdracht te gunnen aan de nv Wegenwerken De Moor.

3.7. Het college van burgemeester en schepenen neemt in zijn beslissing van 17 februari 2012 de commentaar van voormeld bureau over in de overwegingen en beslist de opdracht te gunnen aan de laagste regelmatige bidder, de nv Wegenwerken De Moor.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

Standpunt van de partijen

4.1. Verwerende partij merkt in haar memorie van antwoord het volgende op:

“Bij haar uitgebreide uiteenzetting omtrent haar belang (p. 12-13 van haar verzoekschrift) rept de verzoekster met geen woord omtrent haar belang met betrekking tot de impliciete weigeringsbeslissing om de opdracht aan haar te gunnen.

Aangezien de verzoekster zelf haar belang omstandig aflijnt en zulke aflijning door Uw Raad beperkend op te vatten is, is het beroep onontvankelijk wat betreft deze impliciete weigeringsbeslissing.

Overigens bestaat, zoals bekend (artikel 18 van de overheidsopdrachtenwet van [24] december 1993), voor het bestuur geen verplichting om een aanbestedingsprocedure af te sluiten met een effectieve gunning.”

4.2. Verzoekende partij antwoordt in haar memorie van wederantwoord dat de vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing de opdracht te gunnen aan haar “enkel tot gevolg [heeft] dat wordt erkend dat de offerte van verzoekende partij als eerste gerangschikt diende te worden doch geenszins [...] daarmee de bevoegdheid van verwerende partij om te beslissen om de opdracht niet te gunnen, aan banden wordt gelegd”. Zij merkt ook op dat wat de overheid na de vernietiging van de weigeringsbeslissing op grond van het arrest inhoudelijk al dan niet moet doen, of niet meer mag doen, afhangt van het vernietigingsmotief, met andere woorden van het gegrond bevonden middel.

Beoordeling

5.1. Overeenkomstig de rechtspraak van de algemene vergadering van de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State, arresten nrs. 222.357 en 222.358 van 1 februari 2013, moet de jurisprudentiële techniek van de nietigverklaring van de impliciete weigeringsbeslissing worden voorbehouden aan uitzonderlijke gevallen. Deze uitzonderlijkheid, zo vervolgt de algemene

vergadering, moet steeds op overtuigende, afdoende wijze beargumenteerd zijn geworden door de verzoekende partij.

5.2. Verzoekende partij doet zulks te dezen in het geheel niet, waar zij integendeel uitdrukkelijk concludeert dat de handelingsvrijheid van verwerende partij bij een nietigverklaring van de impliciete weigeringsbeslissing “geenszins [...] aan banden wordt gelegd”.

5.3. Het beroep wordt verworpen in zoverre het tegen de impliciete weigeringsbeslissing is gericht.

V. Onderzoek van het eerste middel

Standpunt van de partijen

6. Verzoekende partij geeft de volgende samenvatting van haar middel:

“Schending van artikel 15 van de wet van 24 december 1993, artikel 110, §2, juncto artikel 89 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 en van de beginselen van behoorlijk bestuur, met name het zorgvuldigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel;

Doordat de offerte van [de nv Wegenwerken De Moor] een voorbehoud bevat nopens de prijszetting voor de posten 80 en 82 van de meetstaat, meer bepaald een voorbehoud in de zin dat de opgegeven (basis)eenheidsprijs enkel kan worden gehandhaafd, indien de hoeveelheden opgenomen in de meetstaat, worden gehandhaafd; terwijl een supplement moet worden toegepast, indien grotere hoeveelheden moeten worden uitgevoerd;

Terwijl post 80 van de meetstaat een post ‘TP’ betreft, waarbij het risico van de hoeveelheid dus aan de zijde van de aannemer wordt gelegd;

[...]

Doordat de bestreden beslissing de opdracht toewijst aan deze offerte die dergelijk voorbehoud bevat;

Terwijl die offerte afbreuk doet aan de essentiële bepalingen van het bestek, meer bepaald de risicoverdeling en de prijszetting, en deze offerte aldus dient te worden geweerd op grond van artikel 110, § 2, juncto artikel 89 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, alsmede het zorgvuldigheidsbeginsel en artikel 15 van de wet van 24 december

1993, nu dergelijk voorbehoud een substantiële onregelmatigheid uitmaakt; en

Doordat [de nv Wegenwerken De Moor] zich door haar handelswijze een voordeel heeft bewerkstelligd dat de wettigheidstoets niet kan doorstaan, aangezien de opdracht werd toegewezen bij wijze van openbare aanbesteding, waarbij de prijs als enig gunningscriterium geldt;

Terwijl het gelijkheidsbeginsel vereist dat alle inschrijvers op dezelfde manier worden beoordeeld en vergeleken en de vergelijkbaarheid van de offertes te allen tijde moet worden gegarandeerd, wat niet het geval is bij de offerte van [de nv Wegenwerken De Moor].”

In de toelichting wijst zij erop dat post 80 van de meetstaat betrekking heeft op de ‘afgraving van teelaarde volgens IV-2.1.2.1 met verwijdering voor gebruik buiten de werf (635 m³ - code 421)’ en een “Totale Prijs” betreft; dit laatste betekent volgens verzoekende partij dat het een forfaitaire prijs is waarbij de aanbestedende overheid het risico van de hoeveelheid ten laste legt van de aannemer.

De nv Wegenwerken De Moor heeft echter bij haar prijsverantwoording, toen verwerende partij expliciet vragen stelde bij de door deze inschrijver opgegeven prijs voor de post 80, aangegeven dat de basiseenheidsprijs dient te worden verhoogd met een supplement van 20 euro/m³ indien bijkomende hoeveelheden ten opzichte van de hoeveelheid vermeld in de meetstaat dienen te worden afgevoerd.

Hierdoor diende de offerte van de nv Wegenwerken De Moor onregelmatig te worden verklaard wegens het feit dat dergelijk supplement dient te worden begrepen als een verboden voorbehoud in de zin van artikel 110, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996. De nv Wegenwerken De Moor verbindt zich hier immers maar tot haar eenheidsprijs “op voorwaarde dat de uit te voeren hoeveelheden overeenstemmen met de hoeveelheden opgenomen in het bestek”.

Wat post 80 betreft legt de nv Wegenwerken De Moor immers zo het risico voor de hoeveelheid bij de aanbestedende overheid niettegenstaande het een TP post betreft.

7. Verwerende partij onthoudt zich van verweer.
8. In het auditoraatsverslag wordt geconcludeerd dat het middel inzake de post 80 gegrond is.
9. Verwerende partij dient enkel een verzoek tot voortzetting in zonder inhoudelijke bemerkingen op het besluit van het auditoraat en verklaart ter terechtzitting rekening te houden met een vernietiging.

Beoordeling

10. Een inschrijver maakt een voorbehoud onder meer wanneer hij de uitvoering van de opdracht volgens de voorschriften van het bestek op een bepaald punt doet afhangen van het vervullen van een voorwaarde die geen steun vindt in het bestek en de overheidsopdrachtenreglementering.
11. Post 80 van de meetstaat betreft een post waarvoor een totale prijs (TP) dient te worden opgegeven ongeacht de hoeveelheid. Er wordt dan ook niet gevraagd een eenheidsprijs op te geven. De hoeveelheid af te graven grond in de meetstaat vermeld is 635 m³. De nv Wegenbouw De Moor gaf voor deze post als prijs 9.525 euro. In haar verantwoording brengt zij een bijkomende prijs naar voor naast haar eerdere prijs van 9.525 euro voor het uitvoeren van een eventueel supplement aan afgraving boven de in de meetstaat vermelde 635 m³ en dit *ad* 20 euro/m³.

Terecht aanziet verzoekende partij dit als een voorbehoud die de nv Wegenwerken De Moor heeft gemaakt en die verwerende partij er had moeten toe leiden de offerte van deze inschrijver als substantieel onregelmatig te

beschouwen. Niet alleen wijzigde deze inschrijver zijn prijs, tevens maakte hij de vergelijkbaarheid tussen de offertes onmogelijk door zijn prijs afhankelijk te maken van de af te graven hoeveelheid grond terwijl de meetstaat uitging van een totale prijs.

Deze vaststelling volstaat om het middel gegrond te achten.

BESLISSING

- 1. De Raad van State vernietigt de beslissing van 17 februari 2012 van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Gavere waarbij de overheidsopdracht voor aanneming van werken betreffende de aanleg van fietspaden langsheen de Grenadierslaan wordt gegund aan de nv Wegenwerken De Moor.**
- 2. De Raad van State verwerpt het beroep voor het overige.**
- 3. 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 23 april 2013,
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