

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 223.412 van 7 mei 2013
in de zaak A. 203.142/XII-6792**

In zake: de NV BOUWBEDRIJF VMG – DE COCK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Filip Geerts
kantoor houdend te 9300 Aalst
Bauwensplaats 1 bus 10
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE SINT-GILLIS-WAAS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Erika Rentmeesters
kantoor houdend te 9100 Sint-Niklaas
Vijfstraten 57
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 4 januari 2012, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Sint-Gillis-Waas van 17.10.2011 tot gunning, ingevolge openbare aanbesteding, van de aanneming inhoudende de renovatie van een zolderatelier van de gemeentelijke academie voor schone kunsten (perceel 5 timmer- en schrijnwerken), aan de nv Herweyers, alsook van de (impliciete) beslissing tot het niet weerhouden van de offerte van [de nv Bouwbedrijf VMG – De Cock] als de laagst 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.

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 22 januari 2013.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Filip Geerts, die verschijnt voor de verzoekende partij en advocaat Erica Rentmeesters, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een andersluidend 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 Sint-Gillis-Waas schrijft een overheidsopdracht uit voor het renoveren van het zolderatelier van de Stedelijke Academie voor Schone Kunsten. Het betreft een openbare aanbesteding.

De opdracht bestaat uit acht percelen. De voorliggende zaak heeft betrekking op perceel 5: timmer- en schrijnwerken.

3.2. Het bijzonder bestek van toepassing op deze opdracht bepaalt onder meer:

“I.4 Prijsopgave

De opdracht wordt beschouwd als een opdracht voor globale prijs.

De opdracht voor een globale prijs is een opdracht waarvoor een forfaitaire prijs het geheel van de prestaties dekt of die uitsluitend forfaitaire posten omvat.”

De technische bepalingen van het bestek omschrijven wat perceel 5 betreft de werken en de wijze waarop deze moeten worden uitgevoerd. Er wordt niets vermeld over werken met betrekking tot de parketvloer van het zolderatelier, noch met betrekking tot het leveren en plaatsen van prikborden.

Bij de documenten die aan de kandidaat-inschrijvers worden bezorgd hoort een “prijschatting kunstzolder Sint-Gillis-Waas”, door verwe-rende partij en verzoekende partij aangemerkt als “samenvattende meetstaat”. Dit document somt inzake perceel 5 een reeks werken op die dienen te gebeuren, waaronder:

“5. Timmer- en schrijnwerken

[...]

e. Parket

opschuren + 3 lagen vernis

[...]

g. Prikborden

MDF 9mm.

21,7.”

3.3.1. Op 23 juni 2011 worden de offertes geopend. Wat perceel 5 betreft zijn er drie offertes ingediend (btw niet inbegrepen):

- | | |
|--------------------------------|-----------------|
| - nv Solar | 46.147,98 euro, |
| - nv Herweyers | 55.624,70 euro, |
| - nv Bouwbedrijf VMG – De Cock | 57.000,00 euro. |

3.3.2. Bij de offerte van de nv Solar is een nota gevoegd:

“Uit te voeren werken aan: plankenvloer (planché) kunstzolder

- opschuren van de bestaande plankenvloer (planché)

- aanbrengen van drie lagen lak

VH 275 m² aan 28,60 €/m² = 7950,80 €

- doordrijven en opstoppen van nagels in daguurwerk

VH 20 u aan 37,40€/u = 748,00 €

- andere bijkomende herstellingen/werken worden uitgevoerd in daguren aan 37,40€/uur + materiaal”.

3.3.3. In de offerte van de nv Herweyers is in de bijgevoegde samenvattende meetstaat onder “e. Parket” een bijkomende post opgenomen na “opschuren + 3 lagen vernis”:

“	aantal eenheid	eenh. prijs	totaal
[...]			
indrijven van nagels (uurprijs)	1 regie	47,50 €	47,50 €”

3.3.4. Verzoekende partij heeft in haar offerte enkel een totaalprijs gegeven voor perceel 5, zonder opmerkingen.

3.4. Op 11 oktober 2011 wordt een gunningsverslag opgesteld. Wat perceel 5 betreft worden de drie inschrijvers geselecteerd en hun offertes regelmatig bevonden. De offertes worden onderworpen aan een rekenkundig nazicht. Na dit nazicht wordt een nieuwe rangschikking opgesteld voor perceel 5 bedragen btw niet inbegrepen:

1. nv Herweyers 53.949,76 euro,
2. nv Solar 54.012,98 euro,
3. nv Bouwbedrijf VMG – De Cock 54.179,00 euro.

Er wordt dan ook voorgesteld om de opdracht voor perceel 5 te gunnen aan de nv Herweyers.

3.5. Op 12 oktober 2011 richt de ontwerper-architect van verwerende partij een e-mail aan de drie inschrijvers voor perceel 5.

Aan verzoekende partij vraagt de ontwerper-architect:

“Graag hadden wij bijkomende informatie gekregen over de volgende punten:

Graag per [perceel] een gedetailleerde oplijsting van wat inbegrepen is in de prijs van de verschillende posten met de bijhorende eenheidsprijzen en totaalprijzen.

Wat is er juist in [perceel] 5 (timmer- en schrijnwerken) inbegrepen ivm het parket? Opschuren? Lakken? Indrijven nagels? Is er een prijs voorzien voor het indrijven van de nagels? Zo niet, hoeveel bedraagt deze dan?

[Perceel] 5: is er een prijs aangerekend voor de prikborden? Hoeveel bedraagt deze?”

Aan de nv Herweyers vraagt hij onder meer:

“In de prijsbieding [voor perceel 5] voorzien jullie 1 uur voor het indrijven van de nagels in het parket. Is dit voldoende? Of voorzien jullie meer uren?

[Perceel] 5: de prikborden worden niet uitgevoerd, de prijs wordt niet ingerekend.”

Ten slotte vraagt hij aan de nv Solar onder meer:

“In bijlage hebben jullie een aparte prijsopgave gegeven voor het opschuren en aanbrengen van 3 lagen lak op het parket en een afzonderlijke prijsopgave voor het indrijven van de nagels.

Wat is er juist in [perceel] 5 (timmer- en schrijnwerken) in bijlage B inbegrepen? Opschuren? Lakken? Indrijven nagels?

[Perceel] 5: is er een prijs aangerekend voor de prikborden? Hoeveel bedraagt deze?”

3.6.1. Verzoekende partij antwoordt met een e-mail van diezelfde 12 oktober 2011:

“Post 5 Timmer en schrijnwerken.

M.b.t. parket is alles inbegrepen zoals gevraagd.

De prikborden zijn uiteraard inbegrepen (de aparte prijs omvat hiervoor: 2821 euro).”

Later die dag volgt nog een tweede e-mail van verzoekende partij aan verwerende partij met de gevraagde prijsdetaillering.

3.6.2. Met een e-mail van 13 oktober 2011 antwoordt de nv Herweyers:

“1) in de meetstaat die wij ontvingen stond voor het indrijven van de nagels: regie 1 uur, dus wij gaven prijs op per uur indrijven zoals gevraagd
2) prikboarden: wij nemen nota.”

3.6.3. Eveneens met een e-mail van 13 oktober 2011 antwoordt de nv Solar:

“Wij hebben een afzonderlijke offerte opgesteld voor het opschuren en vernissen van de parket vermits dit niet in het bestek beschreven werd. Deze prijzen zitten dan ook niet inbegrepen in de prijzen van de meetstaat.
Post 5: prikboarden, hiervoor verwijzen wij naar ons schrijven dd 22/06/11 dat onze inschrijving vergezelde. Wij maken hierin de opmerking dat onze offerte geen prijs voorziet voor het leveren van de prikboarden gezien dit niet diende te gebeuren.”

3.7. Op 17 oktober 2011 beslist het college van burgemeester en schepenen om de opdracht voor perceel 5 te gunnen aan de nv Herweyers. Dit is de bestreden beslissing.

3.8. Met een aangetekende brief van 21 oktober 2011 brengt verwerende partij verzoekende partij op de hoogte dat perceel 5 werd gegund aan de nv Herweyers.

Met een brief van 24 oktober 2011 vraagt verzoekende partij om voor dit perceel het gunningsverslag te bezorgen.

Met een schrijven van 7 november 2011 bezorgt verwerende partij een gunningsverslag aan verzoekende partij.

3.9. Met een brief van 8 november 2011 vraagt verzoekende partij aanvullende verduidelijkingen omdat het gunningsverslag “geen enkele verduidelijking” bevat volgens haar.

Met een aangetekende brief van 17 november 2011 antwoordt verwerende partij aan verzoekende partij:

“Naar aanleiding van uw verzoek van dinsdag 8 november 2011 formuleren we volgende antwoorden op uw vragen:

1. Voor perceel 4 (glas- en aluminiumwerken) [...].
2. Voor perceel 5 (Timmer- en schrijnwerken) waren er een aantal verschillen tussen de technische bepalingen opgenomen in het bestek (2011-46) en de meetstaat verdeeld door de architect, de heer [P.V.]:
 - behandelen van de parket: werd niet opgenomen in de technische bepalingen van het bestek maar wel in de meetstaat verdeeld door de architect.
Solar heeft op een apart document prijs opgegeven voor het behandelen van de parket en ook voor het indrijven van nagels. Het bedrag van het behandelen van de parket werd dus opgeteld bij het bedrag ingevuld voor perceel 5 in bijlage B van het bestek. Vandaar de afwijking tussen het bedrag bij opening (46.147,98 euro) en het bedrag opgenomen in de gunningsbeslissing (54.012,98 euro).
 - prikborden: werd niet opgenomen in de technische bepalingen van het bestek maar wel in de meetstaat verdeeld door de architect.
De afdeling Personeel en Onderwijs besliste uiteindelijk dat prikborden overbodig zijn waardoor bij de vergelijking de prijs voor prikborden uit alle inschrijvingen werd geweerd hetgeen de prijsverschillen verklaart tussen de prijzen bij opening en de prijzen opgenomen in de gunningsbeslissing.
3. De prijzen van alle inschrijvers voor perceel 5 (Timmer- en schrijnwerken) werden vergeleken MET het behandelen van het parket inbegrepen, ZONDER prikborden en ZONDER het indrijven van de nagels in het parket. Het indrijven van de nagels werd nooit gevraagd in het bestek (2011-46) noch in de meetstaat verdeeld door de architect.”

3.10. Na nog een brief van verzoekende partij van 1 december 2011 bezorgt verwerende partij met een aangetekende brief van 5 december 2011 een exemplaar van een in vergelijking met het eerdere verslag aangevuld gunningsverslag aan verzoekende partij dat als volgt wordt gemotiveerd:

“Herweyers

- De firma Herweyers geeft in de samenvattende opmetingstaat een btw-tarief op van 6%. Het geldende btw-tarief is echter 21%. De firma Herweyers werd hiervan op de hoogte gebracht via een aangetekend schrijven op 1 augustus. Op 8 augustus 2011 ontvangen we een aangetekend schrijven van de firma Herweyers dat ze hiermee akkoord gaan.
- Voor perceel 4: glas- en aluminiumwerken
[...]
- Voor perceel 5: timmer- en schrijnwerken
 - De firma Herweyers heeft een regieprijs opgegeven voor het indrijven van nagels: 47,5 euro excl. btw / uur. Dit werd echter niet gevraagd in het bestek en ook niet in de meetstaat. Daarom wordt deze opgegeven regieprijs in de vergelijking niet opgenomen.
 - De prijs die opgegeven werd door Herweyers voor de prikborden (1.627,5 euro excl. btw) wordt ook niet mee opgenomen in de vergelijking omdat het bestuur uiteindelijk geen prikborden wenst.
 - De uiteindelijke prijs voor perceel 5 die wordt opgenomen in de vergelijking, voor de firma Herweyers, is: 55.624,76 euro – 47,5 euro (uurprijs voor indrijven nagels) – 1.627,50 euro (prikborden) = 53.949,76 euro excl. btw.

Solar

- De kostprijs voor het behandelen van de plankenvloer bedraagt volgens de berekening van Solar: 7.950,80 euro excl. btw. Bij narekening blijkt dit bedrag foutief: $275 \text{ m}^2 \times 28,60 \text{ euro/m}^2 = 7.865 \text{ euro excl. btw}$. Dit werd schriftelijk meegedeeld aan de firma Solar.
- Voor perceel 4: glas- en aluminiumwerken
[...]
- Voor perceel 5: timmer- en schrijnwerken
 - het behandelen van het parket werd niet opgenomen in de technische bepalingen van het bestek maar wel in de meetstaat verdeeld door de architect. Solar heeft op een apart document prijs opgegeven voor het behandelen van het parket en voor het indrijven van de nagels. M.a.w. de nagerekende prijs voor het behandelen van het parket moet nog worden opgeteld bij de opgegeven prijs in het offerteformulier (de prijs opgegeven voor het indrijven van [de] nagels wordt niet meegerekend -> zie opmerking [bij] firma Herweyers)
 - in de prijs opgegeven voor perceel 5 was geen prijs voor prikborden inbegrepen.
 - de uiteindelijke prijs voor perceel 5 die wordt opgenomen in de vergelijking, voor de firma Solar, is: 46.147,98 euro + 7.865 euro (parket) = 54.012,98 euro excl. btw.

VMG – De Cock

- Geen rekenfouten
- Voor perceel 4: glas- en aluminiumwerken

[...]

- Voor perceel 5: timmer- en schrijnwerken
 - De prijs die opgegeven werd door VMG – De Cock voor de prikborden (2.821 euro excl. btw) wordt niet mee opgenomen in de vergelijking omdat het bestuur uiteindelijk geen prikborden wenst.
 - De uiteindelijke prijs voor perceel 5 die wordt opgenomen in de vergelijking, voor de firma VMG – De Cock, is: 57.000 euro excl. btw – 2.821 euro excl. btw (prikborden) = 54.179 excl. btw.

[...]

=> de prijzen van alle inschrijvers voor perceel 5 (timmer- en schrijnwerken) worden vergeleken MET het behandelen van het parket inbegrepen en ZONDER het indrijven van de nagels in het parket en ZONDER prikborden.”

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

Exceptie

4.1. In een exceptie betwist verwerende partij de tijdigheid van het beroep. Met een brief van 21 oktober 2011 werd de bestreden beslissing aan verzoekende partij bezorgd en is de beroepstermijn van 60 dagen beginnen lopen. Het beroep werd pas ingesteld op 4 januari 2012 en is “bijgevolg manifest laattijdig”, aldus verwerende partij.

Verzoekende partij kan niet doen gelden dat de beroepstermijn pas inging met de mededeling van het gunningsverslag. De gunningsbeslissing van 17 oktober 2011 bevat immers “zonder enige twijfel de motieven waarop verwerende partij zich gebaseerd heeft” aangezien het om een openbare aanbesteding gaat en in de gunningsbeslissing duidelijk wordt verwezen naar de gunning aan de laagste regelmatige inschrijver. Het is dus niet de kennisname van het gunningsverslag die de beroepstermijn doet aanvangen, maar de datum van betekening van de gunningsbeslissing.

4.2. In haar laatste memorie benadrukt verwerende partij dat de motieven van de bestreden beslissing in de gunningsbeslissing zelf terug te vinden zijn en dat het gunningsverslag enkel de “motieven achter de motieven”

bevat, zodat de kennisname hiervan niet doorslaggevend is om de beroepstermijn te doen aanvangen.

Beoordeling

5. De bestreden beslissing zoals aanvankelijk meegedeeld aan verzoekende partij vermeldt wat de gunning van perceel 5 betreft enkel dat de opdracht wordt gegund aan “de meest voordelige regelmatige bidder”, de nv Herweyers, “tegen het nagerekende inschrijvingsbedrag van 53.949,76 euro excl. btw”.

Er wordt echter niet vermeld hoe de drie offertes voor dit perceel zich met nagerekende bedragen tot elkaar verhouden in een rangschikking, noch wordt enig gegeven vermeld met betrekking tot de selectie van verzoekende partij of de regelmatigheid van haar offerte. Deze gegevens blijken enkel uit het gunningsverslag, waarnaar de bestreden beslissing niet uitdrukkelijk verwijst. In tegenstelling tot wat verwerende partij opwerpt bevat het gunningsverslag dus niet enkel “de motieven achter de motieven”. Opgemerkt moet overigens worden dat verwerende partij op 5 december 2011 aan verzoekende partij een substantieel aangevuld gunningsverslag bezorgt wat haar stelling dat verzoekende partij voldoende ingelicht was op 21 oktober 2011 grondig weerspreekt.

De Raad van State neemt in die omstandigheden aan dat de beroepstermijn ten vroegste pas na kennisgeving van het gunningsverslag met de brief van 7 november 2011 is kunnen ingaan. Verzoekende partij heeft het gunningsverslag overigens met gepaste spoed opgevraagd. Het beroep is tijdig ingesteld.

V. Onderzoek van het enige middel

Standpunt van de partijen

6. In een enig middel voert verzoekende partij de schending aan van artikel 15 van de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheids-

opdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten'. Het middel bestaat uit twee onderdelen.

6.1. In een eerste onderdeel betwist verzoekende partij de regelmatigheid van de offertes van de nv Herweyers en de nv Solar. Zij wijst erop dat de opdracht, overeenkomstig het bestek, wordt gegund voor een globale prijs. De offertes van de nv Herweyers en de nv Solar miskennen dit principe.

De nv Herweyers voorzag in haar offerte in een prijs in regie voor het indrijven van de nagels in de parketvloer. Een forfaitaire hoeveelheid werd op deze manier door deze inschrijver gewijzigd in een vermoedelijke hoeveelheid. Daarnaast blijkt uit een e-mail van 10 november 2011 tussen verwerende partij en de nv Herweyers dat de prijs van de offerte van de nv Herweyers niet alle nodige kosten omvatte inzake werfinrichting. Dit maakt deze offerte ongeldig. De nv Herweyers erkende dit volgens verzoekende partij en was bereid om af te zien van de opdracht.

De nv Solar beperkte haar prijs voor de plankenvloer tot een vermoedelijke hoeveelheid. Dit is een miskenning van de globale prijs en laat deze inschrijver toe om meer aan te rekenen indien nodig. Dit maakt ook deze offerte ongeldig.

De offerte van verzoekende partij was dan ook de enige regelmatige voor perceel 5, zodat de opdracht aan haar had moeten worden toegewezen.

6.2. In een tweede onderdeel voert verzoekende partij aan dat –in zoverre de offertes van de nv Herweyers en de nv Solar al regelmatig zouden zijn– verwerende partij fouten heeft gemaakt bij het nazicht en de verbetering van de offertes en het opstellen van de rangschikking.

Verzoekende partij merkt onder meer op dat de kost met betrekking tot het indrijven van de nagels in de parketvloer niet in de offerte van de nv Herweyers was inbegrepen, zodat het bedrag van deze offerte in de rangschikking te laag is. Voorts heeft verwerende partij ten onrechte besloten om

de kosten voor het indrijven van de nagels in de parketvloer buiten beschouwing te laten in de vergelijking van de offertes. In het bestek wordt omtrent deze taak niets bepaald en alle drie de inschrijvers hebben gemeend dat deze bij de werken hoorde –niet meer dan logisch: het restaureren en opschuren van de parketvloer kan niet naar behoren worden uitgevoerd tenzij de nagels dieper worden ingedreven– weze het dat de nv Herweyers en de nv Solar een aparte prijs hebben gegeven en verzoekende partij dit heeft ingecalculeerd in haar globale prijs, zoals het hoort. Verwerende partij mag niet een onderdeel van de werken laten vallen omdat een inschrijver er niet op behoorlijke wijze een prijs voor heeft gegeven.

7.1. In haar memorie van antwoord betoogt verwerende partij, wat het eerste onderdeel betreft, dat wanneer blijkt dat de nv Herweyers terecht als laagste regelmatige inschrijver werd aanvaard, verzoekende partij geen belang heeft bij dit onderdeel aangezien dan de mogelijke onregelmatigheid van de offerte van de nv Solar niet relevant is.

Verwerende partij erkent dat de nv Herweyers voor het indrijven van de nagels een prijs in regie heeft opgegeven, doch werpt op dat het indrijven van de nagels niet tot de opdracht behoorde nu hiervoor geen prijs werd gevraagd. Noch in het bestek, noch in de meetstaat werd het indrijven van de nagels vermeld. Verwerende partij beschouwde dit niet als een leemte in het bestek en heeft dan ook terecht besloten om geen rekening te houden met de bedragen die de inschrijvers op eigen initiatief voor het indrijven van de nagels hadden opgegeven. Op deze manier werden de inschrijvers gelijk behandeld.

Verwerende partij werpt vervolgens op dat verzoekende partij in haar offerte geen prijs voor het indrijven van de nagels heeft gegeven, wat blijkt uit haar laconieke antwoord op de e-mail van de ontwerper-architect van 12 oktober 2011.

Wat de offerte van de nv Herweyers betreft erkent verwerende partij dat zij niet een offerte met vermoedelijke hoeveelheden mocht aanvaarden voor een opdracht aan globale prijs, doch dit principe belette haar niet om deze offerte toch te aanvaarden nu het werk waarvoor een vermoedelijke hoeveelheid

werd gegeven niet tot de opdracht behoorde. De regelmatigheid van de offerte van de nv Herweyers kwam niet in het gedrang, aldus verwerende partij.

7.2. Wat het tweede onderdeel betreft, doet verwerende partij gelden op het eerste punt van kritiek dat de kosten voor het indrijven van de nagels terecht niet in rekening werden gebracht bij de rangschikking van de offertes, nu deze geen deel uitmaakten van de opdracht. Overigens, zelfs als de kosten voor het indrijven van de nagels (47,50 euro) bij de offerte van de nv Herweyers worden geteld, dan nog blijft deze de laagste.

8. In de memorie van wederantwoord doet verzoekende partij onder meer gelden dat het standpunt van verwerende partij in de memorie van antwoord dat het indrijven van de nagels in de parketvloer niet tot de opdracht behoorde niet klopt, om meerdere redenen:

- de prijs moet alles omvatten om tot een deugdelijke uitvoering van de opdracht te komen, het is bij deze opdracht volgens verzoekende partij absoluut nodig dat de reeds aanwezige nagels worden ingedreven om tot een behoorlijk resultaat te komen, zij wijst er in dit verband op dat de Raad van State reeds heeft geoordeeld dat niet ieder aspect van een bepaalde post specifiek moet worden opgesomd in het bestek of in de meetstaat om toch als onderdeel van de post te moeten worden beschouwd;
- alle inschrijvers hebben prijs gegeven voor het indrijven van de nagels, waaruit blijkt dat zij allen vanuit hun beroepservaring van mening waren dat het indrijven van de nagels in de parketvloer noodzakelijk was om tot een behoorlijk resultaat te komen;
- ook de ontwerper-architect van verwerende partij was van oordeel dat het indrijven van de nagels diende te gebeuren, dit blijkt uit zijn e-mail aan verzoekende partij van 12 oktober 2011 en zijn e-mail aan de nv Herweyers van diezelfde datum, eveneens inzake het indrijven van de nagels.

Daarnaast betoogt verzoekende partij dat in tegenstelling tot wat verwerende partij beweert in de memorie van antwoord de prijs voor het indrijven van de nagels wel degelijk in haar offerte was begrepen. Zij heeft dit

bevestigd aan de ontwerper-architect na zijn e-mail van 12 oktober 2011. Zij verwijst in dit verband naar een reeds bij het verzoekschrift gevoegde offerte van haar onderaannemer, waarin er sprake is van het indrijven van nagels in de parketvloer.

Beoordeling

9. Artikel 15 van de wet van 24 december 1993 bepaalt dat de opdracht moet worden gegund aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte heeft ingediend.

10. Centraal in de vraag naar de regelmatigheid van de offertes van de nv Herweyers en de nv Solar staat de kwestie of het indrijven van de nagels in de parketvloer al dan niet deel uitmaakte van de opdracht. Indien dit het geval blijkt, dan dient met verzoekende partij te worden vastgesteld dat deze inschrijvers voor dit werk beiden een prijs hebben gegeven in regie en aan vermoedelijke hoeveelheden, wat afwijkt van de besteksbepalingen inzake de prijsopgave, die voorzien in het opgeven van een globale, forfaitaire prijs. Deze besteksbepalingen hebben overeenkomstig artikel 110, § 2, en artikel 89 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 een essentieel karakter en offertes die ervan afwijken zijn dan ook substantieel onregelmatig. Indien een offerte substantieel onregelmatig is, moet het bestuur die offerte buiten beschouwing laten en beschikt het terzake niet over een discretionaire bevoegdheid. De prijs is immers een essentieel onderdeel van de offerte en vormt bij een openbare aanbesteding het enige gunningscriterium. De wijze waarop de prijsbepaling geschiedt, is voor de beoordeling en vergelijking van de offertes in deze procedure dan ook van doorslaggevend belang.

In deze zaak erkent verwerende partij overigens zelf uitdrukkelijk in haar memorie van antwoord dat offertes die een prijs aan vermoedelijke hoeveelheden bevatten als onregelmatig hadden moeten worden geweerd uit de gunningsprocedure.

11. Noch het bestek, noch het document dat door de partijen als samenvattende meetstaat wordt beschouwd, vermeldt specifiek het indrijven van

de nagels in de parketvloer. Er wordt enkel uitdrukkelijk vermeld “opschuren + 3 lagen vernis”.

In tegenstelling tot wat verwerende partij betoogt in de memorie van antwoord betekent dit echter niet dat mag worden besloten dat het indrijven van de nagels in geen geval deel uitmaakte van de opdracht. Integendeel, niet elk onderdeel van een werk dat moet worden uitgevoerd, dient als een afzonderlijke post te worden opgenomen; een prestatie die een wezenlijk geheel vormt met een of meerdere andere prestaties samen kan als één omvattende post in de samenvattende meetstaat worden opgenomen. Een opdracht omvat immers ten minste alle werken die noodzakelijk zijn voor haar deugdelijke uitvoering.

12. Uit het dossier en de argumenten van verzoekende partij blijkt op voldoende aannemelijke wijze dat het indrijven van de nagels in de parketvloer wel degelijk noodzakelijk was om het opschuren van de vloer en dus de opdracht op een gedegen wijze te kunnen uitvoeren.

Dit wordt onder meer bevestigd door de volgende elementen.

In de eerste plaats blijkt uit het dossier dat de nv Herweyers en de nv Solar beiden uit eigen initiatief in hun offertes in het indrijven van de nagels in de parketvloer voorzagen en dat ook de onderaannemer van verzoekende partij dit deed. Het feit dat de nv Herweyers en de nv Solar niet in overeenstemming met het bestek prijzen in regie en aan vermoedelijke hoeveelheden opgaven voor dit werk, doet geen afbreuk aan de vaststelling dat deze beide inschrijvers toch vanuit hun beroepservaring van oordeel waren dat dit werk wel degelijk noodzakelijk was en hun offertes met een meerprijs diende te bezwaren.

Verwerende partij mag in dit verband overigens niet worden bijgetreden waar zij opwerpt dat verzoekende partij in haar offerte niet zou hebben voorzien in het indrijven van de nagels in de parketvloer. Verzoekende partij voegde immers reeds bij het verzoekschrift –en dus voorafgaand aan het formuleren van dit verweer in de memorie van antwoord– een offerte van een onderaannemer waaruit blijkt dat deze voorzag in het indrijven van de nagels.

Verwerende partij weerspreekt deze vaststelling niet, hoewel zij wel degelijk rekening kon houden met het betrokken stuk.

In de tweede plaats blijkt uit het dossier dat ook de ontwerper-architect van verwerende partij aan de inschrijvers bevestiging vroeg of zij in het indrijven van de nagels in de parketvloer hadden voorzien en hiervoor wel degelijk een prijs hadden opgegeven. Met verzoekende partij kan worden vastgesteld dat deze bevraging van de inschrijvers tijdens de gunningsprocedure de *post factum* geformuleerde these van verwerende partij dat het indrijven van de nagels *ab initio* niet tot de opdracht behoorde, niet bevestigt. Ook het eerder merkwaardige verloop van het meedelen van het gunningsverslag aan verzoekende partij –dat in zijn uiteindelijke versie sterk blijkt te berusten op de brief van 17 november 2011 en waarvan de motieven dus pas minstens een maand ná de gunningsbeslissing lijken te zijn geformuleerd– ondergraaft deze these.

In dit verband dient overigens nog te worden opgemerkt dat verwerende partij zelfs binnen haar these dat het indrijven van de nagels in de plankenvloer geen deel uitmaakte van de opdracht, niet correct heeft gehandeld door in de vergelijking van de offertes de prijs voor het indrijven van de nagels wél te schrappen in de offertes van de nv Herweyers en de nv Solar, doch niet in de offerte van verzoekende partij, hoewel deze laatste haar uitdrukkelijk had bevestigd wel degelijk eveneens in het indrijven van de nagels te voorzien.

Ten derde brengt verzoekende partij meerdere zeer aannemelijke technische redenen naar voren waarom het indrijven van de nagels een wezenlijk geheel vormt met het opschuren van de parketvloer en vereist is om de opdracht naar behoren uit te voeren. Verwerende partij weerlegt niet dat het opschuren van de parket vereist dat de aanwezige nagels eerst worden ingedreven, noch dat het niet-indrijven van de nagels tot een onesthetisch resultaat leidt, laat staan dat dit tot een onveilig resultaat leidt met nagels die aan alle kanten uit de vloer steken.

13. De offertes van de nv Herweyers en de nv Solar, die voor dit werk in afwijking van de essentiële bepalingen van het bestek inzake de

prijsvorming een prijs opgaven in regie en aan vermoedelijke hoeveelheden, hadden om die reden dan ook als onregelmatig moeten worden geweerd.

Dit is niet gebeurd en de opdracht is in weerwil van artikel 15 van de wet van 24 december 1993 gegund aan een inschrijver die een onregelmatige offerte had ingediend.

Het middel is in zoverre gegrond. De bestreden gunningsbeslissing dient dan ook te worden vernietigd.

14. Verzoekende partij vraagt in het verzoekschrift ook de nietigverklaring van de impliciete weigeringsbeslissing om de opdracht aan haar te gunnen.

Uit het gegrond bevinden van het enige middel volgt dat verzoekende partij de enige regelmatige offerte had ingediend voor perceel 5. Bijgevolg is aangetoond dat er uitzonderlijke omstandigheden voorhanden zijn waarin meer bepaald ook de bestreden impliciete weigeringsbeslissing dient te worden nietigverklaard.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van 17 oktober 2011 van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Sint-Gillis-Waas om perceel 5 ‘Timmer- en schrijnwerken’ van de overheidsopdracht voor de renovatie van een zolderatelier van de gemeentelijke academie voor schone kunsten te gunnen aan de nv Herweyers en niet aan de nv Bouwbedrijf VMG – De Cock.

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 7 mei 2013,
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