RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 224.783 van 24 september 2013
in de zaak A. 204.821/XII-6941

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 HAMME
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Dirk Van Heuven en Jonas Riemslagh
kantoor houdend te 2600 Antwerpen
Cogels Osylei 61
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 11 mei 2012, strekt tot de nietigverklaring van "de beslissing van het college van Burgemeester en Schepenen van de gemeente Hamme van 7.2.2012 tot gunning, ingevolge openbare aanbesteding, van de aanneming inhoudende het bouwen van een nieuw jeugdcentrum, aan de nv Serck, alsook van de beslissing tot het niet weerhouden van de offerte van [de nv Bouwbedrbijf 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 11 juni 2013.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Filip Geerts, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Gertie De Fraeye, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. De gemeente Hamme schrijft een openbare aanbesteding werken uit voor de nieuwbouw van een jeugdcentrum; de opening van de offertes is bepaald op 9 november 2011.

3.2. Er worden acht offertes ingediend door onder anderen de nv Serck en de nv Bouwbedrijf VMG-De Cock.

De offerte van de nv Serck is bij de opening de laagste met een bedrag van 841.000 euro, die van de nv Bouwbedrijf VMG-De Cock wordt als tweede laagste gerangschikt met een bedrag van 850.000 euro, telkens btw niet inbegrepen.

3.3. Opmerkingen worden door verscheidene inschrijvers gemaakt inzake verbetering van hoeveelheden en leemten; die worden onderzocht in het gunningsverslag van 8 december 2011.

In het gunningsverslag wordt bij de conclusie de offerte van de nv Serck als eerste gerangschikt (851.212,03 euro) en die van de nv Bouwbedrijf VMG-De Cock als tweede (860.354,52 euro).

3.4. Het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Hamme hecht op 7 februari 2012 goedkeuring aan het gunningsverslag en gunt de opdracht aan de nv Serck.

3.5. Met brief van 1 maart 2012, aangetekend verstuurd op 5 maart 2012, deelt de gemeente Hamme aan de nv Bouwbedrijf VMG-De Cock mee dat de opdracht gegund is aan de nv Serck en wordt de gemotiveerde gunningsbeslissing meegestuurd.

Met brief van 6 maart 2012 vraagt de nv Bouwbedrijf VMG-De Cock de overzending van “het nazichtsverslag”; de gemeente Hamme stuurt dit naar haar op met een brief gedagtekend op 9 maart 2012.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4. Verwerende partij voert twee excepties aan.

In de eerste plaats meent zij dat het beroep niet tijdig is. Zij merkt op dat verzoekende partij ten laatste op 6 maart 2012 kennis nam van de gunningsbeslissing en dat de beroepstermijn van zestig dagen dan ook verstreek op 5 mei 2012; het beroep dagtekent van nadien.

Voorts merkt verwerende partij op dat het beroep onontvankelijk is wat de impliciete weigeringsbeslissing betreft de opdracht aan verzoekende partij te gunnen.

5.1. In het auditoraatsverslag wordt, wat de eerste exceptie betreft, de repliek van verzoekende partij bijgevallen; hierin had verzoekende partij opgemerkt dat zij slechts na ontvangst van het nazichtsverslag, en dit was op 14 maart 2012, kennis had van de redenen van de gunningsbeslissing en dat pas vanaf die datum de beroepstermijn een aanvang nam.

Verwerende partij merkt in haar laatste memorie hier tegenover enkel op dat zij zich gedraagt naar de wijsheid van de Raad.

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

5.2. Wat de tweede exceptie betreft, deze raakt de grond van de zaak.

V. Onderzoek van het enige middel

Uiteenzetting van het middel

6. 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’ *iuncto* artikel 112, § 1, 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 betoogt dat zij met toepassing van artikel 96, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 aan de aanbestedende overheid een aantal vergissingen inzake forfaitaire hoeveelheden heeft gesignaleerd.

Zo stelt zij onder meer het volgende te hebben opgemerkt inzake artikelen over ter plaatse gestort beton:

- met betrekking tot artikel S.13.51 (plaatfunderingen) heeft zij een hoeveelheid in min gesignaleerd ten belope van 21,22 m³;
- met betrekking tot de volgende artikelen heeft zij een hoeveelheid in meer gesignaleerd: - artikel S.13.18 (paalkoppen): + 3,11 m³;
  - artikel S.13.30 (funderingsbalken): + 17,80 m³;
  - artikel S.26.13 (betonnen balken): + 1,19 m³.

Deze wijzigingen werden door verwerende partij ten onrechte niet aanvaard.

De meting van het gestort beton bij die artikelen dient te gebeuren volgens de norm NBN B 06-001. De ontwerper heeft echter een meting uitgevoerd in strijd met die norm.

De funderingsbalken (artikel S.13.30) en de paalkoppen (artikel S.13.18) dienen volgens de standaardmethode te worden gemeten tot de bovenkant van de vloerplaat; de ontwerper echter heeft de balken gemeten tot de onderkant van de vloerplaat. De balken-gordingen (artikel S.26.13) dienen te worden gemeten doorlopend van de onderkant van de balk tot de bovenkant van de balk; de ontwerper heeft de balken gemeten tot de onderkant van de vloerplaat en vanaf de bovenkant van de vloerplaat. De plaatfunderingen (artikel S.13.51)

dienen te worden gemeten tussen de balken; de ontwerper heeft de platen echter gemeten tot boven de balken.

De door verzoekende partij voorgestelde en door verwerende partij geweigerde verbeteringen zijn het gevolg van het verkeerd meten van de ontwerper; verzoekende partij had een verbetering in min voorgesteld *ad* 6.578,20 euro, namelijk min 21,22 m³ plaatfunderingen, en een verbetering in meer *ad* 11.280,15 euro, namelijk meer 3,11 m³ paalkoppen, 17,80 m³ funderingsbalken en 1,19 m³ betonnen balken. Concreet betekende dit dat het rangschikkingsbedrag van de offerte van verzoekende partij *ad* 860.354,52 euro diende te worden verhoogd met het verschil tussen de verbeteringen in min en in meer, dit is 4.701,95 euro, wat het "correcte bedrag" in hoofde van verzoekende partij geeft van 865.056,47 euro.

Het rangschikkingsbedrag van de offerte van de nv Serck bedraagt 855.539,92 euro. Deze inschrijver mag geen voordeel halen uit de door verzoekende partij voorgestelde verbeteringen in min maar zijn inschrijving dient wel te worden verhoogd met de door verzoekende partij voorgestelde verbeteringen in meer zodat zijn rangschikkingsbedrag waarschijnlijk – verzoekende partij beschikt niet over de eenheidsprijzen uit de offerte van de nv Serck – hoger is dan dit van verzoekende partij.

Het staat, zo besluit verzoekende partij, bijgevolg niet vast dat de offerte is gegund aan de laagste regelmatige offerte.

Ondergeschikt vraagt verzoekende partij aan de Raad van State een deskundige aan te stellen.

7. Verwerende partij antwoordt dat verzoekende partij de voorgestelde verbeteringen aan de hoeveelheden niet op ontvankelijke wijze heeft aangebracht zodat verwerende partij er geen rekening mee moest houden. Zij verduidelijkt dat volgens artikel 96, § 2, eerste lid, van het koninklijk besluit van

8 januari 1996 de inschrijver die leemten aan de aanbestedende overheid opmerkt deze in de samenvattende opmetingsstaat dient aan te vullen en een nota ter verantwoording van de wijzigingen bij zijn offerte te voegen. Te dezen heeft verzoekende partij de opmetingsstaat niet aangevuld noch een verantwoording gegeven.

Ten gronde merkt verwerende partij op dat verzoekende partij ten onrechte verwijst naar de norm NBN B 06-001. Uit artikel 01.05 van het bestek moet worden afgeleid dat deze norm maar van toepassing is als het bestek geen andere voorschrijft. Welnu, zo vervolgt verwerende partij, de besteks-bepalingen over de vier kwestieuze posten, plannen incluis, bevatten specifieke bepalingen inzake de opmeting, bepalingen gebaseerd op het typebestek van de Vlaamse Maatschappij voor Sociaal Wonen (VMSW) dat geënt is op recentere uitvoeringsmethodes dan de NBN B 06-001, en de ontwerper heeft deze bepalingen waarbij de vloerplaat de gehele oppervlakte omvat, zowel bovenop als tussen de balken, toegepast. “De ingenieur heeft bij het opstellen van het bestek de volledige plaat gemeten tot de buitenranden van het gebouw en de funderingsbalken die zich eronder bevinden gerekend zoals ze voorzien dienen te worden volgens de stabiliteitsstudie. De balken bevinden zich onder de plaat maar vormen er wel één geheel mee.” Terecht werden de verbeteringen voorgesteld door verzoekende partij niet aanvaard.

Verwerende partij merkt voorts op dat de door verzoekende partij voorgestelde verbeteringen in wezen geen reëel verschil uitmaken in de betonhoeveelheden, maar enkel betrekking hebben op de specifieke post waarop de volumes worden aangerekend.

8. Verzoekende partij merkt in haar memorie van wederantwoord op dat verwerende partij haar opmerkingen inzake onjuiste forfaitaire hoeveelheden niet heeft afgewezen als zijnde ongeldig of niet tegemoetkomend aan de wettelijke vereisten tijdens de gunningsprocedure; integendeel,

verwerende partij heeft al de opmerkingen ten gronde nagekeken en beantwoord. Thans het tegendeel beweren zoals verwerende partij doet, gaat niet op.

Ten gronde stelt verzoekende partij dat zij haar eigen metingen inderdaad met toepassing van de norm NBN B 06-001 heeft gedaan en dat de werken volgens deze norm moeten worden uitgevoerd. Verwerende partij meent daarentegen dat bepaalde delen moeten worden gemeten als plaatfundering ook al betreft het in werkelijkheid geen delen van de plaatfundering en dat bepaalde delen niet als funderingsbalken, paalkoppen of balken moeten worden gerekend, terwijl het in werkelijkheid wel degelijk gaat om delen van de funderingsbalken, paalkoppen of balken. Verwerende partij gaat zo uit van een fictie omdat de opgelegde uitvoering helemaal anders is.

De bewering van verwerende partij dat de funderingsplaat en de funderingsbalken één geheel vormen is volgens verzoekende partij onjuist; er worden voor de aparte posten verschillende prijzen geboden waarbij plaatfundering het goedkoopste is; deze bevat immers de minst dure wapening. De werkelijk uit te voeren hoeveelheden van elke post zijn essentieel. Het standpunt van verwerende partij is echter dat er meer plaatfundering en minder balken worden aangerekend dan uitgevoerd. “Op die manier doet de verwerende partij zichzelf profijt ten nadele van de aannemer. Immers, via de door haar in het leven geroepen fictie, die inhoudt dat bepaalde hoeveelheden van een duurder onderdeel dienen te worden aanzien als hoeveelheden van een goedkoper onderdeel, bekomt de verwerende partij dat zij minder zal moeten betalen dan de werkelijke kostprijs van hetgeen werkelijk is uitgevoerd.” Zo kent verwerende partij zich een korting van bijna 5.000 euro toe.

De verwijzing door verwerende partij naar het typebestek van de VMSW is irrelevant want niet opgenomen in het bestek.

Verzoekende partij herhaalt haar vraag tot de aanstelling van een deskundige “teneinde, aan de hand van het bestek en de plannen, na te gaan welke hoeveelheden er inzake de posten S.13.18, S.13.30, S.13.51 en S.26.13 daadwerkelijk uit te voeren waren en of deze hoeveelheden overeenstemmen met degene die de verwerende partij had opgenomen in haar samenvattende meetstaat dan wel met de hoeveelheden zoals deze door de verzoekster waren gecorrigeerd”.

9. In haar laatste memorie blijft verzoekende partij herhalen dat de concrete uitvoeringswijze verschilt van de opmetingsstaat en dat verwerende partij ten onrechte voorhoudt dat de werken werden uitgevoerd zoals voorzien in de opmetingsstaat.

Voorts wijst verzoekende partij, voor het eerst en aan de hand van nieuwe stukken, op een verschil tussen de plannen van de betoningenieur, die correct zouden zijn ten aanzien van de uitvoering, en de detailplannen van de architect waarop de zogenaamd verkeerde meetmethode werd toegepast; zij wijst erop dat de plannen van de betoningenieur werden uitgevoerd en niet de detail-plannen van de architect.

In ondergeschikte orde dringt zij nog steeds aan op de aanstelling van een deskundige.

Beoordeling

10. Verwerende partij heeft de vijfentwintig opmerkingen inzake verbetering van hoeveelheid voorgesteld door verzoekende partij alle zonder voorbehoud en ten gronde behandeld. Verwerende partij kan zich thans niet beroepen op een formele tekortkoming in het formuleren van die opmerkingen, die ten andere niet uitdrukkelijk op straffe van onontvankelijkheid is voorgeschreven.

11. Wat de grond van de zaak betreft stelt de Raad van State vast dat het bestek voor de kwestieuze posten telkens uitdrukkelijk de meetcode vermeldt.

Bij de paalfunderingen-paalkoppen (artikel S.13.18) wordt vermeld dat het netto-volume wordt “gemeten tot onderzijde vloerplaat, het gedeelte van de paalkoppen boven het niveau onderzijde vloerplaat wordt gemeten als vloer”. Bij de funderingsbalken (S.13.30) wordt vermeld dat het netto-volume wordt “gemeten tot onderzijde vloerplaat, het gedeelte van de funderingsbalken boven het niveau onderzijde vloerplaat wordt gemeten als vloer”. Bij de balken-gordingen (artikel S.26.13) wordt vermeld dat het netto-volume wordt “gemeten over de dragende kolommen of wanden heen”, de onderhangende balken worden “gemeten tot onderzijde vloerplaat, het gedeelte van de balken boven het niveau onderzijde vloerplaat […] als vloer” en de omgekeerde balken worden “gemeten vanaf bovenzijde vloerplaat, het gedeelte van de balken onder het niveau onderzijde vloerplaat […] als vloer”.

Uit deze besteksbepalingen dient te worden afgeleid dat de aanbestedende overheid niet de norm NBN B 06-001 wenste te zien worden toegepast doch in eigen meetbepalingen voorziet. Voorts heeft de ontwerper deze besteksbepalingen in het gunningsverslag toegepast en dienvolgens de opmerkingen van verzoekende partij hierover verworpen.

Alle inschrijvers waren aldus op de hoogte van de meetwijze van de aanbestedende overheid en dienden, zelfs als zij meenden dat dit een van de gebruikelijke meetwijze en uitvoeringswijze afwijkende regeling was, hiermee rekening te houden bij het opstellen van hun offerte, prijszetting inbegrepen. De door de verwerende partij toegepaste meetmethode, ware ze al ongebruikelijk, is op zich niet foutief. Verzoekende partij toelaten middels het mechanisme van artikel 112, § 1, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 de verbeteringen in min en in meer in rekening te brengen, enkel en alleen op basis van het feit dat de meetcode gebeurlijk niet congrueert met de uitvoeringswijze, brengt de gelijkheid

onder de inschrijvers in het gevaar aangezien alle inschrijvers op basis van duidelijke informatie zowel naar meetmethode als naar uitvoering hun prijs hebben gegeven.

Het middel is ongegrond.

12. Nopens de exceptie van verwerende partij wat de ontvankelijkheid van het beroep betreft ten aanzien van de impliciete weigeringsbeslissing, dient geen standpunt te worden ingenomen nu het middel hoe dan ook ongegrond is.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 24 september 2013, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Geert van Haegendoren,	kamervoorzitter,
Pierre Barra,	staatsraad,

bijgestaan door

Frank Bontinck,	griffier.

De griffier **De voorzitter**

Frank Bontinck **Dierk Verbiest**