RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 236.172 van 18 oktober 2016
in de zaak A. 214.534/XII-7788

In zake: de NV DE MAERTELEIRE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Thierry Willems
kantoor houdend te 8000 Brugge
Waalsestraat 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de HOGESCHOOL GENT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Sofie Logie en Michelle Decruy
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
Beneluxpark 27B
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 19 december 2014, strekt tot de nietigverklaring van "de beslissing [van de algemeen directeur van de Hogeschool Gent van 3 december 2014] tot gunning van de opdracht 'Open Aanbesteding' n° DGFB/KW/14.06A Hogeschool Gent tot aanpassing van de MS-cabines […] aan [de nv] Cofely Fabricom".

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 230.817 van 10 april 2015 is de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing verworpen.

De verzoekende partij heeft een verzoekschrift tot voortzetting van de rechtspleging ingediend.

De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Eerste auditeur Ann Eylenbosch heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij heeft een verzoek tot voortzetting ingediend en de verwerende partij heeft een verzoek tot voortzetting en een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 27 september 2016.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Wouter Moonen, die loco advocaat Thierry Willems verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Michelle Decruy, die loco advocaat Sofie Logie verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Ann Eylenbosch 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 Hogeschool Gent schrijft een overheidsopdracht uit voor de aanneming van werken met als voorwerp de renovatie en het onderhoud van de middenspanningscabine (MS-cabine) op een aantal van haar campussen. De gunningswijze is de open aanbesteding. De opdracht wordt geraamd op 161.600 euro, btw inbegrepen. De opdracht is onderworpen aan het bijzonder bestek nr. DGFB/KW/14.06A.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 8 juli 2014.

3.2. De opening van de offertes vindt plaats op 4 september 2014.

Er worden zes offertes ingediend. De verzoekende partij dient de laagste prijs in en de nv Cofely Fabricom de vierde laagste.

3.3. In het verslag van nazicht van de offertes van 14 november 2014 wordt voorgesteld om de offerte van de verzoekende partij te weren als onregelmatig en om de opdracht te gunnen aan de nv Cofely Fabricom als de "firma met de laagste regelmatige offerte".

In dit verslag wordt de onregelmatigverklaring van de offerte van de verzoekende partij in essentie gemotiveerd door de vaststelling dat er geen afzonderlijke prijs is opgegeven voor de posten 2.2, 2.3, 2.4, 2.5 en 3 – de eerste vier posten zouden inbegrepen zijn in post 2.6 en post 3 zou "inbegrepen" zijn – terwijl het aparte posten betreft waarvoor uitdrukkelijk een prijsdetail werd gevraagd. Aldus is, zo wordt gesteld, geen concreet inzicht mogelijk in deze prijzen en kan niet worden nagegaan of deze prijzen al dan niet schijnbaar abnormaal zijn. Het gaat om meer dan 30% van de totale prijs en deze posten maken dan ook een essentieel deel uit van de prijszetting. Dit regulariseren is onmogelijk zonder de gelijkheid tussen de inschrijvers te raken. De offerte is dan ook, zo wordt besloten, formeel en materieel onregelmatig.

3.4. Bij besluit van 3 december 2014 beslist de algemeen directeur van de verwerende partij de opdracht, "rekening houdend met de motivering in het verslag van nazicht van de offertes", te gunnen aan de nv Cofely Fabricom.

Dit is het bestreden besluit.

3.5. Met een aangetekend schrijven van 5 december 2014 wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat de opdracht is gegund aan de nv Cofely Fabricom. In bijlage is het verslag van nazicht van de offertes gevoegd.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4.1. De verwerende partij werpt in haar memorie van antwoord op dat in het verzoekschrift geen middelen worden aangebracht in de zin van artikel 2, § 1, 3°, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 'tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State'. Zij wijst erop dat de verzoekende partij geen rechtsregel of rechtsbeginsel aangeeft die de verwerende partij zou hebben geschonden.

4.2. In de memorie van wederantwoord repliceert de verzoekende partij dat de "wetsartikelen [...] weliswaar niet [zijn] geciteerd, doch dit is géén ontvankelijkheidsvereiste voor zover verwerende partij weet wat haar precies verweten wordt". De belangen van de verwerende partij zijn niet geschaad nu zij haar repliek accuraat en precies heeft kunnen opstellen.

4.3. In haar laatste memorie blijft de verwerende partij bij haar exceptie. Zij wijst erop dat de verzoekende partij in haar memorie van weder-antwoord bij haar middel plotsklaps twee wetschendingen aanvoert te weten de schending door de verwerende partij van artikel 21, § 1, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 'plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren' (hierna: koninklijk besluit Plaatsing) en artikel 97, § 3, van hetzelfde besluit. Dit kan echter volgens de verwerende partij geen soelaas brengen aan de initiële onontvankelijkheid.

Beoordeling

5.1. In het auditoraatsverslag wordt de exceptie verworpen op grond van volgende beschouwingen:

> "Een middel bestaat uit de voldoende en duidelijke omschrijving van de geschonden geachte rechtsregel en van de wijze waarop die rechtsregel door het bestreden besluit wordt geschonden.
> Het relaas van de verzoekende partij geeft de geschonden geachte rechtsregel(s) niet uitdrukkelijk aan. Zulks hoeft op zich evenwel niet tot de onontvankelijkheid van het annulatieberoep te leiden op voorwaarde dat de verwerende partij niet is verhinderd om de geschonden geachte

bepalingen en/of beginselen te identificeren en de grieven op een onderbouwde wijze te beantwoorden.
De verzoekende partij moet wel verdragen dat haar niet al te helder betoog slechts ontvangen en beoordeeld zal worden in de mate dat de verwerende partij het heeft begrepen en weerlegd.
De exceptie wordt onder dit voorbehoud verworpen."

5.2. Dit standpunt mag worden bijgevallen. Het betoog van de verzoekende partij ten gronde dat inderdaad niet uitblinkt in helderheid, moet worden beoordeeld zoals het in het verzoekschrift is aangebracht en door de verwerende partij is begrepen zodat de exceptie hier samenvalt met de beoordeling van de grond van de zaak. De verweermogelijkheden van de verwerende partij worden in die mate niet benadeeld temeer omdat de verwerende partij wel degelijk ten gronde op de grieven heeft geantwoord.

De verzoekende partij, die geen laatste memorie heeft ingediend en zich heeft beperkt tot het vragen van de voortzetting, ziet het blijkbaar niet anders dan in het auditoraatsverslag is voorgesteld.

V. Onderzoek ten gronde

Standpunt van de verzoekende partij in haar verzoekschrift

6. De verzoekende partij voert in haar verzoekschrift het volgende aan:

"a.
de posten 2.2, 2.3, 2.4, 2.5, 2.6, en 3, betiteld respectievelijk:
- beveiliging van transformator 1 en 2 (incl. sokkel), (2.2)
- meetcel (incl. sokkel), (2.3)
- algemene beveiliging (incl. sokkel), (2.4)
- vertrek (incl. sokkel), (2.5)
- aankomst (incl. sokkel), en (2.6)
- verbindingen tussen de cellen (3)
betreffen één en hetzelfde hoogtechnisch industrieel toestel, dat verzoekende partij ook in zijn geheel dient aan te kopen bij de fabrikant ervan:
het toestel vormt één geheel en is prijs-technisch niet correct uitsplitsbaar in elkeen van haar onderdelen.

b.
er bestaat hiervan dan ook géén afzonderlijke prijszetting per onderdeel, en mocht verzoekende partij dit toch gedaan hebben, kon dat niet op correct gefundeerde gegevens zijn geschied.
de inschrijvers die van deze onderscheiden posten een uitsplitsing zouden hebben gemaakt, kunnen niet anders dan deze uitsplitsing willekeurig te hebben 'uitgevonden', doordat geen enkele fabrikant/leverancier van de inschrijver een uitgesplitste prijs per onderdeel specifieert, doch steeds het toestel 'in globo' aanbiedt tegen één vastbepaalde prijs.
c.
er kan aldus geen schending bestaan van de gelijkheid tussen inschrijvers, integendeel, de inschrijvers welke een uitsplitsing van prijs hanteren, deze willekeurig en ondoorzichtig moeten hebben 'uitgevonden' en medegedeeld.
d.
de prijszetting en prijsvergelijking is voor de gunnende Overheid wel degelijk controleerbaar, door samentelling/samenvoeging van de betrokken posten 2.2, 2.3, 2.4, 2.5, 2.6 en 3, minstens had de samenvattende opmeting (bijlage D) (stuk 2 van verzoekende partij) dergelijke samenvoeging dienen te voorzien, nu het studiebureau welke het lastenboek opstelde, wel degelijk de kennis en wetenschap heeft dat het toestel uit één geheel bestaat, en op de markt niet afzonderlijk bestaat, minstens niet in prijsbepaling.
e.
nu de prijszetting en prijsvergelijking wel degelijk te controleren is (zie supra sub 'd'), kan er van géén schending zijn van de gelijkheid tussen de inschrijvers sprake zijn.
d.
voormelde middelen zijn dan ook gegrond."

Beoordeling

7. Conform wat is aangenomen *sub* 5.2. worden de grieven van de verzoekende partij ontvangen en beoordeeld in de mate dat de verwerende partij ze heeft begrepen.

De verwerende partij vat de grieven samen als de onmogelijkheid om voor de posten 2.2 tot en met 2.6 en 3 een afzonderlijke prijs op te geven, nu al deze posten betrekking hebben op één toestel waarvoor slechts één globale prijs zou kunnen worden gegeven zonder dat de prijs in deze posten zou kunnen worden opgesplitst.

8. Wat de offerte van de verzoekende partij betreft, wordt in het nazichtsverslag, dat uitdrukkelijk is bijgevallen in de bestreden beslissing, als volgt overwogen:

> "De Maerteleire nv
> De inschrijver heeft de samenvattende opmeting niet conform ingevuld. Er wordt immers geen aparte prijs vermeld voor de posten 2.2, 2.3, 2.4, 2.5 en 3 terwijl het hier afzonderlijke posten (werken) betreft waarvan uitdrukkelijk prijsdetail werd gevraagd. De inschrijver vermeldt in de samenvattende opmeting bij de eerste vier voormelde posten dat de prijs is inbegrepen in post 2.6. Bij post 3 vermeldt de inschrijver dat deze 'inbegrepen' is. Op deze wijze is er geen concreet inzicht mogelijk in de prijs voor deze afzonderlijke posten en kan niet nagegaan worden of de prijszetting hiervoor al dan niet (schijnbaar) abnormaal is. Voor post 3 dient bijkomend vastgesteld te worden dat de inschrijver de prijs ervan zou 'inbegrepen' hebben. Er wordt echter niet aangegeven in welke posten deze dan wel zou inbegrepen zijn. Het zijn hoe dan ook geen algemene kosten die mogen 'omgeslagen' worden, wat zeer duidelijk uit het bestek en de samenvattende opmeting blijkt nu hiervoor een aparte prijs werd gevraagd. De voormelde onregelmatigheden hebben betrekking op belangrijke posten (samen meer dan 30% van de geraamde totaalprijs) en hebben dus betrekking op een essentieel onderdeel van de prijszetting. Het is niet mogelijk om deze onregelmatigheden te (laten) regulariseren zonder de gelijkheid van de inschrijvers te schenden.
> De offerte wordt om voormelde redenen geweerd wegens onregelmatigheid (formeel en materieel onregelmatig)."

9. Artikel 95 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 'plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren' (hierna: het koninklijk besluit Plaatsing) luidt:

> "§ 1. De aanbestedende overheid gaat de regelmatigheid na van de offertes van de inschrijvers die aan de voorwaarden van het toegangsrecht en de kwalitatieve selectiecriteria voldoen. Ze onderzoekt de regelmatigheid, zowel op formeel als op materieel vlak.
> § 2. Op formeel vlak is een offerte substantieel onregelmatig als ze afwijkt van de vormvoorschriften van de artikelen 6, § 1, 51, § 2, 52, 54, § 2, 55, 80, 81, 82, 90 en 91 en van de opdrachtdocumenten, in de mate dat de vormvoorschriften van die artikelen of die documenten essentieel zijn.
> Als een offerte daarentegen afwijkt van de overige vormvoorschriften van de in het eerste lid vermelde artikelen of van de opdrachtdocumenten, is ze aangetast door een niet-substantiële onregelmatigheid.
> § 3. Op materieel vlak is een offerte substantieel onregelmatig als ze afwijkt van de bepalingen van dit besluit of van de opdrachtdocumenten

betreffende met name de prijzen, termijnen en technische specificaties, in de mate dat die bepalingen essentieel zijn, of in geval van een abnormale prijs als bedoeld in de artikelen 21 en 99.
Als een offerte daarentegen niet in overeenstemming is met de andere bepalingen van dit besluit, meer bepaald met hoofdstuk 1, afdelingen 7 tot 11, en met hoofdstuk 6, afdelingen 2 tot 4, of van de opdrachtdocumenten, of nog enig voorbehoud inhoudt of elementen bevat die niet met de werkelijkheid overeenstemmen, is ze aangetast door een niet-substantiële onregelmatigheid.
§ 4. Een substantieel onregelmatige offerte is nietig.
In geval van een niet-substantiële onregelmatigheid kan de aanbestedende overheid de offerte nietig verklaren. Als de aanbestedende overheid een offerte niet nietig verklaart, dan wordt deze offerte geacht regelmatig te zijn."

Artikel 81 van hetzelfde besluit luidt onder meer:

"De offerte vermeldt :
1° [...]
2° a) het totale offertebedrag, belasting over de toegevoegde waarde desgevallend inbegrepen, zoals in voorkomend geval gedetailleerd in de samenvattende opmeting of de inventaris; [...]"

In het bestek wordt met betrekking tot de samenvattende meetstaat het volgende bepaald:

"13. Samenvattende meetstaat
De prijs van de elektrische uitrusting omvat voor iedere post in de meetstaat
- [...]
De bieding dient opgemaakt te worden aan de hand van de bijgevoegde samenvattende meetstaat, opgemaakt door de ingenieur technieken.
De hoeveelheden dienen door de inschrijvers gekontroleerd te worden. Eventuele wijzigingen moeten in bijlage bij de offerte vermeld worden met de eventuele prijsconsequentie.
De posten in de meetstaat omvatten alle leveringen en prestaties met inbegrip van alle toebehoren voor een bedrijfsklare afwerking volgens de regels van goed vakmanschap".

10. Het behoort in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid om vast te stellen of een afwijking van een besteksbepaling al dan niet een essentieel voorschrift betreft. Indien een offerte substantieel onregelmatig is,

omdat ze een afwijking bevat van een essentiële bepaling, moet de aanbestedende overheid die offerte buiten beschouwing laten. Ter zake beschikt zij niet over een discretionaire bevoegdheid. Indien de offerte daarentegen enkel relatieve onregelmatigheden bevat, is de aanbestedende overheid vrij om de offerte al dan niet als onregelmatig te weren, zij het dat deze beoordelingsbevoegdheid steeds in het licht van de concrete, beschikbare gegevens moet worden uitgeoefend. In het ene en het andere geval moet de beoordeling uitgaan van aanvaardbare motieven die voortvloeien uit een zorgvuldig onderzoek.

Een afwijking van het bestek die de objectieve vergelijkbaarheid van de offertes in gedrang brengt, leidt in principe tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte.

11. Uit de offerte van de verzoekende partij blijkt dat zij voor de posten 2.2. – CEL 05/07: beveiliging transformator 1 en 2 (incl. sokkel), 2.3. – CEL 04: meetcel (incl. sokkel), 2.4. – CEL 03: algemene beveiliging (incl. sokkel) en 2.5. – CEL 02: vertrek (incl. sokkel) geen afzonderlijke eenheidsprijs heeft opgegeven, want “inbegrepen in post 2.6”. Bij post 3 – verbindingen tussen de cellen – campus Vesalius – vermeldt de verzoekende partij dat de prijs ervan is “inbegrepen”.

12. Voor zover de verzoekende partij lijkt te betogen dat er een onmogelijkheid is om de prijzen per cel op te splitsen, wordt in de eerste plaats vastgesteld dat in de offerte zelf hierover geen nadere toelichting wordt verstrekt. Evenmin beweert de verzoekende partij, noch blijkt uit het dossier dat zij de aanbestedende overheid, voorafgaandelijk aan de indiening van haar offerte overeenkomstig artikel I.17 van het bestek, dat een inschrijver oplegt ten minste tien dagen vóór indiening van zijn offerte het bestuur op de hoogte te brengen van vergissingen of leemtes die het hem onmogelijk maken een prijs te geven of de vergelijking onder de inschrijvers in het gedrang brengen, op enige wijze zou hebben attent gemaakt op het feit dat de technische besteksvereiste van een “monobloc systeem met geïntegreerde functies” zich niet verdraagt met een uitsplitsing in de samenvattende meetstaat per post en dus een afzonderlijke prijsbepaling per post.

Voorts blijkt uit de offertes van de overige inschrijvers dat zij allemaal afzonderlijke eenheidsprijzen hebben opgegeven voor de betrokken posten. De opmerking van de verzoekende partij dat zij de uitsplitsing van de prijs moeten hebben “uitgevonden”, blijft beperkt tot een blote bewering.

De verzoekende partij spreekt zich overigens niet uit over de mogelijkheid of onmogelijkheid een detaillering van de prijs per onderdeel via de fabrikant te krijgen.

Al deze elementen doen niet aannemen dat de grief van de verzoekende partij dat zij in de onmogelijkheid verkeerde afzonderlijke eenheidsprijzen voor de posten 2.2, 2.3, 2.4, 2.5 en 3 op te geven, aannemelijk is.

13. De detaillering van de prijs aan de hand van de posten in de meetstaat heeft betrekking op de prijs en de wijze van prijsopgave. Artikel 81 van het koninklijk besluit Plaatsing en de hiervoor geciteerde besteksvoorschriften met betrekking tot de meetstaat kunnen volgens het voormelde artikel 95, § 2, van hetzelfde besluit essentiële vormvoorschriften bevatten. Ook op het materiële vlak kan een offerte overeenkomstig artikel 95, § 3, van hetzelfde besluit substantieel onregelmatig worden verklaard als ze afwijkt van voorschriften betreffende de prijzen.

Er moet worden vastgesteld dat de deugdelijkheid van de motieven van het bestreden besluit om de offerte onregelmatig te verklaren, namelijk de onmogelijkheid om na te gaan of de prijszetting voor de afzonderlijke posten al dan niet (schijnbaar) abnormaal is en het belangrijk aandeel van de betrokken posten in de geraamde totaalprijs, in wezen door de verzoekende partij in haar verzoekschrift niet wordt betwist.

Het niet opgeven van afzonderlijke prijzen voor de posten 2.2, 2.3, 2.4, 2.5. en 3 mag in de gegeven omstandigheden volstaan om te besluiten tot de formele en materiële onregelmatigheid van de kwestieuze offerte omwille van een essentiële tekortkoming.

14. Eenmaal de aanbestedende overheid heeft vastgesteld dat een offerte substantieel onregelmatig is, moet zij conform artikel 95, § 4, eerste lid, van het koninklijk besluit Plaatsing deze offerte nietig verklaren.

De argumentatie van de verzoekende partij in de memorie van wederantwoord ontleend aan de artikelen 21, § 1, en 97, § 3, van het koninklijk besluit Plaatsing waarbij zij betoogt dat de verwerende partij aan haar inlichtingen over de kwestieuze posten had moeten vragen, kan, mocht ze al voor het eerst ontvankelijk worden aangebracht in haar memorie van wederantwoord, niet worden aangenomen, alleen al om reden dat zulke toelichting door de verzoekende partij op een vraag tot inlichtingen in een dergelijk geval een niet toegelaten regularisatie beoogt.

15. De grieven zijn niet gegrond.

VII. Besluit

16. Gelet op de verwerping van het beroep moet de verzoekende partij worden verwezen in de kosten. Er is te dezen grond om met toepassing van artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en artikel 67, § 2, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’, de verwerende partij de door haar gevraagde verhoogde rechtsplegingsvergoeding van 840 euro toe te kennen, nu zij door de verwerping van het beroep als de in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing en het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 400 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 840 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 18 oktober 2016, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,

bijgestaan door

Silja Doms,	griffier.

De griffier **De voorzitter**

Silja Doms **Dierk Verbiest**