

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 240.130 van 8 december 2017
in de zaak A. 221.022/XII-8279**

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

tegen:

het OPENBAAR CENTRUM VOOR MAATSCHAPPELIJK
WELZIJN VAN DE STAD GENT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Elke Casteleyn
kantoor houdend te 9160 Lokeren
Antwerpse Steenweg 47
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 20 december 2016, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing van het OCMW Gent van 13 oktober 2016 tot gunning, ingevolge open aanbesteding, van de aanneming van werken inhoudende de bouw van het lokaal dienstencentrum De Mantel te Zwijnaarde aan de nv Algemene Ondernemingen Himpe, alsook van de beslissing tot het niet weerhouden van de offerte van de [nv Bouwbedrijf VMG - De Cock] als de laagst regelmatige en van de impliciete beslissing om de werken niet te gunnen aan de [nv Bouwbedrijf VMG - De Cock]”.

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 21 november 2017.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Filip Geerts, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Bruno Persyn, die loco advocaat Elke Casteleyn verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een 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 verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor werken, namelijk de nieuwbouw van het lokaal dienstencentrum De Mantel te Zwijnaarde.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 26 februari 2016.

De gunningswijze is de open aanbesteding.

3.2. De administratieve en technische bepalingen voor de opdracht zijn opgenomen in het bestek “Open aanbesteding voor Lokaal Dienstencentrum De Mantel Zwijnaarde: nieuwbouw”.

3.3. Er worden volgens het proces-verbaal van de opening van de offertes negen offertes ingediend. De nv Algemene Ondernemingen Himpe biedt 2.671.181,62 euro, btw niet inbegrepen, en de nv Bouwbedrijf VMG - De Cock biedt 2.675.000,00 euro, btw niet inbegrepen.

3.4. Op 12 mei 2016 wordt een gunningsverslag opgesteld en wordt voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de nv Algemene Ondernemingen Himpe, waartoe op 9 juni 2016 door de verwerende partij wordt beslist.

3.5. Nadat de verzoekende partij aan de verwerende partij een aantal opmerkingen inzake de gunning heeft overgemaakt en er een onderhoud tussen hen plaatsgrijpt, beslist de verwerende partij op 13 juli 2016 de gunningsbeslissing van 9 juni 2016 in te trekken en na nazicht van de eenheidsprijzen een nieuwe gunningsbeslissing te nemen.

3.6. De verwerende partij voert een prijsonderzoek ten aanzien van een aantal inschrijvers. Ten aanzien van de offerte van de nv Algemene Ondernemingen Himpe spitst dit onderzoek zich toe op post 11.92.2. ‘Onderschoeiing – beton’.

3.7. Op 16 september 2016 wordt een nieuw gunningsverslag opgesteld.

Inzake de vraag gericht aan de nv Algemene Ondernemingen Himpe voor post 11.92.2. wordt opgemerkt:

“- 11.92.2. ‘Onderschoeiingen – beton’ : belang: 1,16 %; afwijking tov gemiddelde: -37%:

De inschrijver legt een uitgebreid overzicht voor van de gerekende kosten voor deze post. De inschrijver benadrukt dat de specifieke bouwmethode

(onderschoeiingsbreedte van 80 cm, hetgeen eerder veel is) de eenheidsprijs per m³ in hoge mate naar beneden toe beïnvloedt. Hij deelt ook mee dat de wapening voorzien is onder artikel 26.11, zoals expliciet vermeld in de gedetailleerde meetstaat. Hij vermeldt ook dat hij de bouwzone vooraf bezocht heeft om zich een duidelijk beeld te kunnen vormen van situatie ter plaatse, en dat hij hierbij heeft kunnen vaststellen dat de zone van de onderschoeiingen vlot bereikbaar is voor vrachtwagens en kranen. Hij laat ook weten dat zij zelf over het nodige materieel beschikken voor dit soort werk. Deze feiten lijken ons aannemelijk, en verklaren de lagere eenheidsprijs.

- Conclusie voor Alg. Ondernemingen Himpe nv:

De opgegeven informatie biedt de nodige verduidelijking.”

3.8. Op 13 oktober 2016 gunt de verwerende partij de opdracht opnieuw aan de nv Algemene Ondernemingen Himpe.

3.9. Op 26 oktober 2016 schrijft de verzoekende partij aan de verwerende partij onder meer:

“Uit het nazicht van de overgemaakte documenten blijkt dat de door inschrijver Himpe gegeven prijsverantwoording m.b.t. art. 11.92.2 onderschoeiingen-beton gebaseerd is op een onderschoeiingsbreedte van 80 cm terwijl uit plannen overduidelijk blijkt dat dit 35 cm betreft (zie plan, 7/29 detail 20 en detail 22).

In de verantwoording wordt ook aangegeven dat de breedte in belangrijke mate bepalend is voor de prijszetting en deze naar beneden beïnvloedt. M.a.w., de lage prijszetting houdt verband met de verkeerde onderschoeiingsbreedte.

De offerte van inschrijver Himpe is in de gegeven omstandigheden om te beginnen niet conform met de opdrachtdocumenten, hetgeen de offerte op zich reeds onregelmatig maakt.

De offerte van Himpe is niet vergelijkbaar met de andere offertes die wel besteksconform zijn.”

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

Standpunt van de verwerende partij

4. Bij de ontvankelijkheid van het beroep tegen de impliciete weigering de opdracht aan de verzoekende partij te gunnen voert de verwerende partij onder meer het volgende aan:

“Uit de briefwisseling van verzoekende partij naar aanleiding van de bestreden beslissing blijkt overigens dat verzoekende partij voor de post 11.92.2 is uitgegaan van de onderschoeiing van 35 cm en niet van 80 cm zoals opgegeven in de meetstaat, wat de regelmatigheid van de offerte van verzoekende partij in het gedrang brengt. Indien verwerende partij over deze informatie beschikte ten tijde van de gunning, had zij de offerte van verzoekende partij onregelmatig verklaard.”

5. In haar laatste memorie beklemtoont de verwerende partij dat de verzoekende partij duidelijk heeft aangegeven dat zij “prijs heeft opgegeven rekening houdende met een breedte van 35 cm en niet 80 cm, zoals gevraagd in de opdrachtdocumenten”. “Door geen rekening te houden met een onderschoeiingsbreedte van 80 cm, doch slechts 35 cm is de offerte van verzoekende partij substantieel onregelmatig. Inderdaad, in het schrijven van 26 oktober 2016 stelt verzoekende partij onverbloemd dat de offerte van de gekozen inschrijver substantieel onregelmatig is nu deze voorziet in een onderschoeiing van 80 cm en geen 35 cm. Welnu, er kan niet ernstig worden betwist dat de opdrachtdocumenten wel degelijk voorzien in een onderschoeiingsbreedte van 80 cm en geen 35 cm, zodat, volgens de eigen redenering van verzoekende partij, niet anders kan dan worden besloten dat de offerte van verzoekende partij substantieel onregelmatig is.”

Beoordeling

6.1. De verzoekende partij heeft in haar inleidend verzoekschrift noch in haar memorie van wederantwoord opgemerkt dat de offerte van de gekozen inschrijver onregelmatig zou zijn omdat er voor post 11.92.2. een prijs zou zijn gegeven voor een onderschoeiing met een dikte van 80cm in de plaats van 35cm; dit was enkel een bewering in haar voormeld bericht van 26 oktober 2016. In rechte laat de verzoekende partij enkel als middelen gelden dat de verwerende partij de uitleg van de gekozen inschrijver bij de vragen over de prijs voor post 11.92.2. ten onrechte heeft aanvaard, dat de verwerende partij ten onrechte voor andere eenheidsprijzen geen prijsonderzoek heeft gevoerd en dat de motiveringsplicht is geschonden.

Er kan aldus niet worden gesteund op een procedurestuk van de verzoekende partij dat deze voor de Raad van State aanbracht, om haar de bewering toe te schrijven dat de breedte van de onderschoeiing een element is inzake de besteksconformiteit van de offertes. Overigens en vooral gaat het te dezen niet om een feitelijkheid maar om een juridische appreciatie van de verzoekende partij die de Raad in rechte niet bindt.

6.2. De verzoekende partij heeft in haar meetstaat de post 11.92.2. ingevuld zonder wijziging van de in de meetstaat opgenomen vermoedelijke hoeveelheid, namelijk 51,8m³. Zij heeft een eenheidsprijs opgegeven van 1.000 euro per m³ en bood aldus 51.800 euro.

De door de gekozen inschrijver geboden prijs voor de kwestieuze post wijkt 37% af van de gemiddelde eenheidsprijs. Zonder in de huidige stand van het geding de vertrouwelijkheid van het betrokken gedeelte van het administratief dossier te lichten, mag hier worden opgemerkt dat de door de verzoekende partij geboden prijs voor deze post niet in aanmerking komt voor nader prijsonderzoek – het vragen van “bijkomende inlichtingen” – in het licht van de door de aanbestedende overheid gehanteerde grenswaarden, namelijk meer dan 30% onder of 50% boven de gemiddelde eenheidsprijs. Uit de door de verzoekende partij geboden “onverdachte” prijs mag bezwaarlijk worden afgeleid dat zij haar prijszetting heeft laten beïnvloeden door van een andere, niet in de meetstaat vervatte onderschoeiingsbreedte uit te gaan.

6.3. De verzoekende partij kan voorts niet worden verweten geen beroep te hebben gedaan op de mogelijkheid die artikel 83, § 2, 2°, van het koninklijk besluit Plaatsing haar biedt. Dit artikel is erop gericht de inschrijvers te stimuleren verbeteringen in de vermoedelijke hoeveelheden te melden door de inschrijver die zich erop beroept, te belonen; de verbetering in min met minstens 25% geldt volgens artikel 97, § 2, lid 2, van het koninklijk besluit Plaatsing enkel voor zijn offerte maar dan wel als forfaitaire prijs. De betrokken bepalingen houden aldus geen verplichting in.

Conclusie is dat het voormelde artikel 83 betrekken bij deze zaak niet tot een onregelmatigheidsbevinding van de offerte van de verzoekende partij leidt.

6.4. Zo ook doet artikel 86 van het koninklijk besluit Plaatsing dat bepaalt dat een inschrijver die “in de opdrachtdocumenten fouten of leemten ontdekt die van dien aard zijn dat ze de prijsberekening of de vergelijking van de offertes onmogelijk maken”, meldt aan de aanbestedende overheid, niet anders oordelen.

Zoals sub 6.2. opgemerkt is niet aangetoond dat de door de verzoekende partij gegeven eenheidsprijs dermate is, dat die afhangt van een andere dan in de meetstaat vervatte onderschoeiingsbreedte.

6.5. De conclusie is hier dan ook dat de voorliggende gegevens in ogenschouw genomen niet mag worden aanvaard dat de offerte van de verzoekende partij onregelmatig is om de redenen uiteengezet door de verwerende partij.

Aangezien het auditoraatsverslag tot dit ene rechtspunt is beperkt, dient het debat te worden heropend en een aanvullend verslag te worden opgesteld.

BESLISSING

1. De Raad van State heropent het debat.

2. Het door de auditeur-generaal aangewezen lid van het auditoraat wordt gelast met een aanvullend verslag.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 8 december 2017, 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