RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

nr. 85.842 van 7 maart 2000
in de zaak A. 45.072/XII-169.

In zake : de BVBA Algemene Ondernemingen AERTS,
gevestigd te LIER,
Paaiestraat 9

tegen :

de CV Huisvesting ANTWERPEN,
gevestigd te ANTWERPEN,
Italiëlei 17, bus 1

D E R A A D V A N S T A T E, XIIe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat de BVBA Algemene Ondernemingen AERTS op 30 september 1991 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van de beslissingen van de verwerende partij :

"1. om de werken, ingevolge openbare aanbesteding dd. 4/3/91, behelsend de renovatiewerken aan het complex BMA, gelegen te 2030 Antwerpen 3, Belfaststraat 2A, toe te wijzen aan de NV WOBO als laagst regelmatige inschrijver in plaats van aan verzoekster en
2. om de inschrijving van verzoekster op die aanbesteding dd. 4/3/89 te weren als onregelmatig 'wegens het koppelen van voorwaarden in tegenspraak met het beste'";

Gezien de regelmatig gewisselde memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgemaakt door auditeur J. STEVENS;

Gelet op de beschikking van 15 oktober 1996 die de neerlegging ter griffie van het verslag en van het dossier gelast;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen en gezien de regelmatig gewisselde laatste memories;

Gelet op de beschikking van 3 september 1999 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 28 september 1999;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter J. DE BRABANDERE;

Gehoord de opmerkingen van advocaat K. TURKRY, die loco advocaat D. BEYENS verschijnt voor de verzoekende partij en van advocaat Chr. COEN, die verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur J. STEVENS;

Gelet op titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

Over de gegevens van de zaak.

Overwegende dat de gegevens van de zaak kunnen worden samengevat als volgt :

1.1. De verwerende partij schrijft een openbare aanbesteding uit voor de renovatiewerken aan het complex BMA, aan de Belfaststraat te Antwerpen, waarop toepasselijk is het algemeen bestek N.M./T 80 van de NMH alsmede een bijzonder bestek N.M./B 82.

In dat laatste bestek zijn de volgende bepalingen van belang voor deze zaak :

"34.6. Dakbedekking.

34.60. Algemeen.

De waterdichte lagen worden geplaatst op een volkomen zuivere en droge hellende ondervloer of op een onderdeel van de bestaande dakbedekking.

Het staat de aannemer vrij om of een deel van de bestaande dakbedekking te behouden als ondergrond voor de nieuwe dakbedekking of een nieuwe dakbedekking te leggen op een herstelde ondergrond met de volledige verwijdering van de bestaande dakdichting.

Bij behoud van een deel van de bestaande dakbedekking worden de waterdichte lagen ook geplaatst op een volkomen zuivere en droge hellende ondervloer.

De juiste samenstelling van de dakbedekking dient ter goedkeuring te worden voorgelegd aan het bestuur en dient te voldoen aan de gestelde eisen in de algemene bestekken. De beschrijving in de betrokken artikels omvat een nieuwe dakbedekking na de volledige verwijdering van de dakbedekking.

De hoeken gevormd door het plaatsingsoppervlak en de opgaande muren worden op 45° afgeschuind met isolatiestrips in driehoekvorm, gekleefd in bitumen, zelfs bij niet geïsoleerde dakbedekkingen. In de aansluitingen tegen de opgaande wanden wordt de bedekking gekleefd. In de hoek van de aansluiting wordt er, voor het leggen van de bedekking een voorafgaande laag aangebracht die bestaat uit een band van minstens 30 cm breedte, waarop de banen van de waterdichting gekleefd worden. De waterdichting loopt tegen de wanden op tot 10 cm boven de pas van de afgewerkte vloer, de waterdichting wordt nergens onderbroken ook niet in de hoeken. Aan de dakranden wordt de bedekking over de volledige breedte van de dakranden geplooid. De eenheidsprijs omvat het beschreven geheel met inbegrip van alle nodige hulpmiddelen zoals hoeklatten, aluminium opzetprofielen, extra verstevigingen aan opzetkanten en dakdoorbraken, hulpstukken bij de uitzettingsvoeg, aluminium eindlatten bij opstaande kanten, plastische voegen, ...

Bij de aansluiting van waterafvoerbuizen wordt een plaat met tap in lood, dikte 2 mm, mee ingewerkt. Ter hoogte van deze dakkolk wordt de thermische isolatie of de bestaande onderlagen plaatselijk verlaagd zodat de oppervlakte rond de afvoer lager ligt, minimum 1 cm. Op de afvoer is bladvanger en grindkorf voorzien.

De werken worden uitgevoerd volgens de regels van de kunst en van goed vakmanschap. De aannemer geeft een 10-jarige, schriftelijke waarborg op het geheel wat betreft de waterdichtheid. De aannemer levert aan het bestuur een waarborgbewijs van

waterdichtheid. De bestaande zettingsvoegen worden gerespekteerd. Alle herstellingswerken van de voegdichting zijn in de eenheidsprijzen van de dakbekleding vervat.

Bij het volledig verwijderen van de bestaande dakbedekking dient de herstelling van het hellingsbeton te voldoen aan volgende voorwaarden.

Het hellingsbeton bestaat uit een mager en licht beton met minimum cementgehalte van 200 kg/m3, volumegewicht 2200 kg/m3. De minimumdikte is 2 cm.

Het hellingsbeton wordt over grote oppervlakten voorzien van krimpvoegen. Het vochtigheidsgehalte van het hellingsbeton dient voldoende laag te zijn voor het plaatsen van de waterdichte lagen.

De hellingen bedragen minimum 1,5 a 2 cm/m doch het geheel zal zo worden uitgevoerd dat een vlotte en vlugge afvoer van het regenwater kan geschieden, dit zowel bij volledige en/of gedeelte vernieuwing van het dak. Het oppervlak hiervan moet rein en droog zijn en geen afval vertonen. De oneffenheden mogen 3 mm niet overschrijden.

De dakbedekking van alle daken wordt verwijderd tot op het hellingsbeton of te behouden laag. Het verwijderen van de oude dakbedekking gebeurt in fasen volgens het vorderen van de nieuwe dakwerken. Bij het openleggen van het dak zal de aannemer de nodige voorzorgen nemen voor de bescherming van de onderliggende konstrukties tegen weersinvloeden. Een gedetailleerde planning wordt aan het bestuur ter goedkeuring voorgelegd.

De bestaande dakdoorbraken worden gerespekteerd en mee waterdicht ingewerkt in de nieuwe dakbedekking.

34.61. Platte Daken.
Meting per m2
Betreft hoofddak
Zie ook deel 0 - NMT & bijzonder bestek.

De eenheidsprijs voorziet volgende elementen :
verwijderen van de bestaande dakbedekking, zie ook hoger
herstellen hellingsbeton
plaatsen nieuwe dakbedekking met isolatie

De meting omvat de horizontale dakoppervlakte zonder aftrek van de dakopeningen. In de eenheidsprijs is het bekleden van de opstaande kanten, het inwerken in het nieuwe schouwmetselwerk, het aanwerken onder de dakranden mee inbegrepen.

Op de volledige droge geëgaliseerde hellingsbetonlaag wordt een waterdichte bedekking en een thermische isolatie aangebracht, bestaande uit volgende lagen :

1 laag bitumenlak, 08.21 C, 250 gr/m2
1 laag geoxideerd bitumen 85/25, min 2 kg/m2, 08.21 D

1 laag gebitumineerd aluminiumblad, 3 mm, 7 cm overlapping, 08.21 E
1 laag geoxideerd bitumen 85/25, min 1,5 kg/m2, 08.21 D
2 platen van 2,5 cm dikke isolatieplaten geschrankt geplaatst in vorige laag, 08.52.
Isolatieplaten van polyurethaan, dikte 5 cm, warmtegeleidingscoëfficiënt kleiner of gelijk aan 0,023 W/m°C, platen voorzien van tand en groef en aan beide zijden bekleed met gebitumineerd glasvlies en densiteit van 30 kg/m3. Staal en beschrijving produkt aan het bestuur voor te leggen. Isolatie-platen zijn onvervormbaar.
1 laag ruw glasvlies los geplaatst, 08.21 A
1 laag gewapend bitumen met glasvlies, 4 mm, los geplaatst, met 10 cm overlapping naden gelast, 08.21 B
1 laag elastische dakrol bestaande uit een niet geweven polyestermat, geimpregneerd en bedekt met bitumen dat gemodificeerd werd met polypropyleen-harsen, afgewerkt met leischilfer gelast op voor-gaande laag en geplaatst met 10 cm overlapping, dikte 4 mm,08.21 F.
Mee in de meting vervat de opstaande kanten tegen het metselwerk, bestaande uit
1 laag 08.21 C, 300 gr/m2
1 laag 08.21 B, 50/16
1 laag 08.21 F."

1.2. Op 4 maart 1991 worden de inschrijvingen geopend : er zijn vier inschrijvers, waaronder de verzoekende partij, die inschrijft voor een bedrag van 10.907.142 fr.. Bij de inschrijving zijn twee "terechtwijzingen" gevoegd, enerzijds inzake post 24.412 -plaatselijk herstelwerk- en anderzijds inzake post 34.61 -platte daken-.

Uit "terechtwijzing 2" blijkt dat de basis-inschrijving van de verzoekende partij gebaseerd is op het behoud van de bestaande dakbedekking. Indien de volledige dakbedekking weggenomen dient te worden en er uitvoering en samenstelling is volgens artikel 34.61 platte daken, dan is er een meerprijs van 736.866 fr., zijnde in totaal 11.644.008 fr..

De NV WOBO schrijft in voor een bedrag van 11.234.169 fr.. Dat bedrag heeft betrekking op de verwijdering van de volledige dakbedekking. Als variante wordt voor het behoud van de bestaande waterdichte dakbedekking een prijsvermindering op post 34.61 van 605.000 fr. toegestaan, hetgeen neerkomt op een bedrag van 10.629.169 fr..

1.3. In een aanbestedingsverslag van 8 maart 1991, aangepast op 26 maart 1991, worden de inschrijvingen door architect Mark VANHECKE onderzocht. In dat verslag staat dat de variante van de NV WOBO voorzien is in het bestek, onder art. 34.6, blz. 3.3 en deze aanvaardbaar is.

Ten aanzien van de inschrijving van de verzoekende partij wordt gesteld dat uit beide terechtwijzingen duidelijk blijkt dat de inschrijver van plan was een financieel voordeel te halen, namelijk inzake sloopwerk metselwerk (17.000 fr.) en inzake extra eindlaag dakbedekking (283.410 fr.).

De terechtwijzingen doen hem ertoe besluiten dat de inschrijving met een betrekkelijke nietigheid is behept, omdat ze een voorbehoud bevat doordat de inschrijver van plan was een door het bestek opgelegde verplichting te weigeren of doordat hij zijn akkoordbevinding afhankelijk maakt van het toekennen van een niet door het bestek voorzien voordeel.

Hij besluit dat de inschrijving afgewezen moet worden als onregelmatig.

Hij stelt voor de opdracht toe te wijzen aan de NV WOBO voor een bedrag van 10.629.169 fr., exclusief BTW, dus met behoud van de bestaande dakbedekking, met andere woorden de variante.

1.4. De raad van bestuur van de verwerende partij beslist op 27 maart 1991 de opdracht toe te wijzen aan de NV WOBO, laagste regelmatige bieder.

De Vlaamse Huisvestingsmaatschappij keurt op 4 juni 1991 de beslissing van de verwerende partij goed.

1.5. Met brief van 5 augustus 1991 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mede dat de opdracht toegewezen werd aan de NV WOBO, de laagste regelmatige inschrijver, vermeldende dat een variante ingediend was voorzien in het bestek zodat de inschrijvingsprijs van de NV WOBO 10.629.169 fr. bedroeg. In fine van die brief wordt tevens opgemerkt dat de inschrijving van de verzoekende partij onregelmatig was wegens het koppelen van voorwaarden in tegenspraak met het bestek;

Over de ontvankelijkheid van het beroep.

2.1. Overwegende dat de verwerende partij het belang van de verzoekende partij betwist, stellende dat haar inschrijving onregelmatig was en dus niet in aanmerking genomen kon worden, zodat de werken haar in geen geval gegund konden worden;

2.2. Overwegende dat geen formele beslissing van de verwerende partij voorligt krachtens welke de inschrijving van de verzoekende partij als onregelmatig zou zijn geweerd; dat in zijn aanbestedingsverslag de ontwerper echter ondubbelzinnig tot de conclusie komt dat de offerte van de verzoekende partij moet worden afgewezen als onregelmatig en hij deze dan ook niet meer met de andere rangschikt; dat ook in de sub 1.5. vermelde brief van 5 augustus 1991 van de verwerende partij aan verzoekster werd medegedeeld dat haar inschrijving onregelmatig was; dat de vraag of de

inschrijving van de verzoekende partij al dan niet regelmatig was en al dan niet terecht werd geweerd echter de grond van de zaak betreft; dat voorts, indien verzoeksters offerte niet als onregelmatig had mogen worden afgewezen, dan de vraag rijst -overigens bevestigend beantwoord in het aanbestedingsverslag- of haar bedrag hoe dan ook niet moest worden verhoogd, dermate dat ze niet meer de laagste was; dat dit probleem ook aan bod komt in de aangevoerde middelen; dat dus eerst die middelen moeten worden onderzocht;

Over de gegrondheid van het beroep.

3.1.1. Overwegende dat de verzoekende partij in een eerste middel de schending aanvoert van artikel 4, § 3, van het koninklijk besluit van 22 april 1977 betreffende de overheidsopdrachten voor de aanneming van werken, leveringen en diensten, doordat de opdracht werd gegund op grond van een dubbelzinnige besteksbepaling van artikel 34.6 van het bijzonder bestek, zodat onzeker is voor welke werken de inschrijvingsprijs gold, terwijl volgens de geschonden geachte bepaling het voorwerp van de door het bestek toegelaten varianten duidelijk moet worden aangegeven en de aard en de draagwijdte ervan nader moet worden omschreven; dat zij in een tweede middel op grond van de vaststelling van dezelfde dubbelzinnigheid ook artikel 34, 1° van het voornoemde koninklijk besluit van 22 april 1977 geschonden acht, hetwelk bepaalt dat de opdracht moet worden gegund aan de inschrijver die, op grond van één enkele rangschikking van basisinschrijvingen en varianten, de laagste regelmatige inschrijving heeft ingediend; dat zij in haar derde middel betoogt, steeds verwijzend naar die dubbelzinnigheid, dat ook artikel 12, § 1, van de wet van 14 juli 1970 betreffende de overheidsopdrachten voor de aanneming van werken, leveringen en diensten geschonden is; dat de aangeklaagde dubbelzinnigheid

volgens de verzoekende partij hierin is gelegen dat, waar volgens artikel 34.6 van het bijzonder bestek het de aannemer vrij staat een deel van de bestaande dakbedekking te behouden als ondergrond voor de nieuwe dakbedekking - zonder overigens de grootte van dat deel te specifiëren - of deze volledig te verwijderen, het niet duidelijk bepaalt dat de bestaande dakbedekking verwijderd dient te worden;

3.1.2. Overwegende dat de verzoekende partij in haar memorie van wederantwoord, na te hebben vastgesteld dat de aannemers die een variante hebben ingediend ervan uitgegaan zijn dat ofwel de bestaande dakbedekking volledig wordt behouden, ofwel volledig wordt verwijderd, aanneemt dat de onzekerheid omtrent het betrokken deel van de dakbedekking dat al dan niet dient te worden weggenomen geen invloed heeft op de huidige betwisting; dat zij wat dat betreft in haar laatste memorie preciseert dat zij daardoor geen afstand doet van haar middelen, doch benadrukt dat haar kritiek volgens welke de besteksbepaling die toeliet een deel van de bestaande dakbedekking te behouden zonder de omvang van dat deel nauwkeurig te omschrijven dubbelzinnig was, behouden bleef; dat zij zulks in verband brengt met het door haar opgeworpen probleem van de conformiteit van de -aangenomen- variante van de NV WOBO;

3.1.3. Overwegende dat uit de hiervoren in 1.1. overgeschreven passage van artikel 34.60 van het bijzonder bestek duidelijk blijkt dat de inschrijvers de keuze hadden tussen de volledige verwijdering van de bestaande dakbedekking of het behouden van een deel van de bestaande dakbedekking; dat voorts is bepaald dat de beschrijving in de betrokken artikelen - ter zake is dat specifiek artikel 34.61 dat betrekking heeft op de platte daken, naast enkele meer algemene uitvoeringsregels in fine van artikel 34.60 - geldt in de hypothese

dat de bestaande dakbedekking volledig wordt weggenomen, wat overigens wordt herhaald vooraan in artikel 34.61; dat voor een offerte met verwijdering van de bestaande dakbedekking alle elementen nauwkeurig zijn omschreven in artikel 34.61; dat ingeval geopteerd wordt voor behoud van een gedeelte van de bestaande dakbedekking, de samenstelling van de nieuwe dakbedekking uiteraard anders zal zijn dan die beschreven in artikel 34.61 en het zaak zal zijn die offerte te beoordelen in samenhang met het gedeelte dat behouden blijft; dat blijkbaar daarom artikel 34.60 voorschrijft dat de juiste samenstelling door het opdrachtgevend bestuur moet worden goedgekeurd; dat bijgevolg geen enkele dubbelzinnigheid kan worden ontwaard in de betrokken besteksbepalingen;

Overwegende dat de basisofferte van de verzoekende partij rekening hield met het behoud van de bestaande dakbedekking; dat die inschrijving lager was dan de basisofferte van de NV WOBO, welke echter gold met verwijdering van de bestaande dakbedekking en deze inschrijver een variante had ingediend met behoud van een deel van de bestaande dakbedekking, welke lager was dan de basisofferte van de verzoekende partij; dat in de veronderstelling dat die variante conform het bestek was, de verwerende partij derhalve de in het verzoekschrift aangehaalde wets- en verordeningsbepalingen correct heeft toegepast door, op grond van een niet dubbelzinnige besteksbepaling toegelaten variante en aan de hand van één enkele rangschikking te oordelen dat de NV WOBO de laagste regelmatige inschrijving had ingediend; dat die conclusie ook geldt in de hypothese dat de offerte van verzoekster regelmatig was; dat het eerste tot het derde middel niet gegrond zijn;

3.2.1. Overwegende dat de verzoekende partij in haar memorie van wederantwoord een aantal argumenten ontwikkelt met de bedoeling aan te tonen dat de

uiteindelijk aanvaarde variante van de NV WOBO niet conform het bestek was; dat zij daarmede eigenlijk een nieuw middel aanvoert, inzoverre deze argumentatie niet meer steunt op de dubbelzinnigheid van het bestek en dat voor een deel aansluit bij haar vierde middel, waarin zij aanvoert dat de beslissing om haar inschrijving als onregelmatig te weren op geen enkele wijze is gemotiveerd; dat dit nieuw middel ontvankelijk is, aangezien de verzoekende partij slechts na de neerlegging van het administratief dossier de betrokken variante van de NV WOBO heeft kunnen inzien;

3.2.2. Overwegende dat de verzoekende partij betoogt dat de uiteindelijk aangenomen variante van de NV WOBO boven het behouden dakgedeelte voorzag in een gegoten - d.w.z. vastliggende - waterdichte dakbedekking in plaats van, zoals het bestek voorschreef, een losliggende dakbedekking en dat de architect in zijn verslag ten onrechte stelde dat die variante toegelaten was door het bestek onder artikel 34.6, p. 3.3, wat des te opmerkzamer was daar diezelfde architect een identieke suggestie van de verzoekende partij beoordeelde als "een gemelde ontbrekende eindlaag en een voorwaarde in tegenstrijd met het bestek en daardoor nietig"; dat de verzoekende partij bijkomende argumenten voor haar stelling ontleent aan de nota van de NV WOBO welke haar variante vergezelde en waarin staat : "Waterdichte bedekking. (In het lastenboek is een losliggende waterdichte bedekking beschreven, toch is er geen schutlaag beschreven). Daarom hebben wij de samenstelling van de waterdichte bedekking aangepast : ...";

3.2.3. Overwegende dat in de hiervoren sub 1.1. overgeschreven bepalingen van het bijzonder bestek (artikel 34.60, p. 3.3.) te lezen staat : "De beschrijving van de betrokken artikels omvat een nieuwe dakbedekking na de volledige verwijdering van de

dakbedekking"; dat artikel 34.61 waarmede de aangenomen variante van de NV WOBO niet conform zou zijn een dergelijke beschrijving uitmaakt; dat -ook al meende de betrokken inschrijver van wel- dit artikel derhalve niet van toepassing is wanneer een gedeelte van de bestaande dakbedekking behouden wordt; dat zulks dan ook geacht moet worden specifiek het geval te zijn met betrekking tot het onderdeel "1 laag gewapend bitumen met glas-vlies, 4 mm, los geplaatst, met 10 cm overlapping naden gelast 08,21 B"; dat de verwerende partij een variante met vastliggende laag bitumen dan ook aanvaardbaar kon achten op grond van de bepaling in artikel 34.60 luidens welkde de juiste samenstelling van de dakbedekking ter goedkeuring dient te worden voorgelegd aan het bestuur; dat het middel niet gegrond is;

3.3. Overwegende dat uit het niet gegrond bevonden worden van de hiervoren behandelde middelen volgt dat de vraag of verzoeksters inschrijving al dan niet terecht als onregelmatig werd geweerd, zonder relevantie is; dat het vierde in het verzoekschrift aangevoerde middel, luidens welk de beslissing om verzoeksters inschrijving als onregelmatig te weren niet is gemotiveerd, dan ook niet onderzocht hoeft te worden,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het beroep wordt verworpen.

Artikel 2.

De kosten van het beroep bepaald op vierduizend frank, komen ten laste van de verzoekende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op zeven maart 2000, door de XIIe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	J. DE BRABANDERE,	kamervoorzitter,
	A. VANDENDRIESSCHE,	staatsraad,
	J. BAERT,	staatsraad,
Mevr.	S. DOMS,	griffier.

De griffier, **De voorzitter,**

S. DOMS. **J. DE BRABANDERE.**