Raad van Bestuur van de Opdrachthoudende Vereniging voor Crematoriumbeheer in het arrondissement Oostende
20 juli 2017

Aanwezig:
Leden: Erwin Feys, Franky Annys, Gino Dumon, Gudrun De Vlam, Tom Germonpré, Charlie Wyllie, Jean Vandecasteele, Karel Labens,

Lid met raadgevende stem: Freddy Declerck

Experts/genodigden: Alain Maes

Verontschuldigd: Randy Vanderputte (volmacht aan Erwin Feys), Francine Duron, Martine Lesaffre, Krista Claeys (volmacht aan Jean Vandecasteele),

Afwezig:

***

De voorzitter, de heer Jean Vandecasteele, opent de vergadering om 18.00 uur.

De voorzitter verwelkomt de bestuurders.
Akteneming van de aanwezigheden.

De aanwezigheidslijst in bijlage wordt door de aanwezige bestuurders ondertekend.

Vaststelling van het vereiste aanwezigheidsquorum overeenkomstig artikel 22 van de statuten.

1. Goedkeuring notulen van de vorige vergadering van 04 mei 2017

De Raad keurt het verslag unaniem goed.

2. Aanstellen raadsman

Er waren 3 inschrijvers op de opening van de offertes voor perceel 1 GEBOUW en pilootaanneming perceel 2 GEBOUWTECHNIEKEN op 16 maart 2007:

- Denys NV, Industrieweg 124, 9032 Wondelgem voor een bedrag van 3.986.755,08 euro (incl. btw)
- Bouwbedrijf Furnibo nv, Bedrijvenlaan 7, 8630 Veurne voor een bedrag van 5.257.177,39 euro (incl. btw)
- Aannemingen M&J Braet nv, Toevluchtweg 2, 8620 Nieuwpoort voor een bedrag van 4.697.699,18 euro (incl. btw)

Aan Denys NV werd in het kader van de gunningsprocedure op 12 juni 2017 een aangetekende brief gestuurd met de vraag om een uittreksel uit het strafregister of een evenwaardig document, niet ouder dan 6 maanden, te bezorgen binnen 12 kalenderdagen.

Op 26 juni 2017 werd voormelde brief nogmaals per e-mail aan Denys nv toegestuurd.

We hebben dit document niet ontvangen.

Op 06 juli 2017 stuurde Denys NV een aangetekende brief aan OVCO (ook per e-mail) met de mededeling dat ze na grondige analyse vastgesteld hebben dat ze een vergissing hebben gemaakt in een aantal posten. Na analyse van de offerte van de onderaannemer, blijkt volgens Denys NV dat de achterwanden en deurbladen niet inbegrepen zijn in de offerte. Denys NV stelt dan ook de inschrijvingsprijzen voor een aantal posten niet te kunnen handhaven en verhoogt de totaalprijs met 249.500,00 euro.

De instandhoudingstermijn van voormelde overheidsopdracht eindigt op 12 september 2017. Voor de definitieve toewijzing is er eerst een definitieve toezegging van subsidie vereist van de subsidieverlenende overheid. Gelet op de meerprijs van het project ten opzichte van de initiële raming is ook de goedkeuring van de betrokken minister vereist. Gelet op deze tijdslijn en op voorgaande stappen van de goedkoopste inschrijver, heeft Ovco dringend juridische bijstand nodig voor de verdere behandeling van deze overheidsopdracht die hoogstwaarschijnlijk zal eindigen in een gerechtelijke procedure.

Overeenkomstig artikel 28, §1, eerste lid, 4° van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten en artikel 125 van het Koninklijk Besluit van 18 april 2017 verzocht Ovco bijgevolg op 20 juli 2017 via mail Eubelius, Linklaters en Stibbe om een offerte in te dienen om op te treden als raadsman voor OVCO (Opdrachthoudende Vereniging voor Crematoriumbeheer in het Arrondissement Oostende) in voormelde overheidsopdrachtenprocedure.

Linklaters diende geen offerte; men was er met verlof tot en met 21 juli 2017. Eubelius deelde mee geen offerte te kunnen indienen. Eubelius treedt immers reeds ten gunste van Denys NV op in een andere gerechtelijke procedure.

Stibbe heeft op 20 juli 2017 laten weten dat zij - omdat zij nog geen details kennen van het dossier – werken aan een globaal forfaitair uurtarief van 225 euro per uur (exclusief BTW). Indien zou blijken, op basis van de concrete vraag en in functie van de analyse van het dossier (termijn, aanpak etc.) dat ze zich efficiënt kunnen bestaffen en te werk gaan, is er uit te gaan van een globaal forfaitair uurtarief van 200 euro per uur (exclusief BTW).

De Raad beslist unaniem om het advocatenkantoor Stibbe cvba, Loksumstraat 254, 1000 Brussel aan te stellen om de Opdrachthoudende Vereniging voor Crematoriumbeheer in het arrondissement Oostende bij te staan in een eventuele gerechtelijke procedure in de overheidsopdrachtenprocedure voor perceel 1 GEBOUW en pilootaanneming en perceel 2 GEBOUWTECHNIEKEN van het te bouwen crematorium.

3. Bespreking dossier aanbesteding perceel 1 GEBOUW en pilootaanneming perceel 2 GEBOUWTECHNIEKEN: beslissing

Er waren 3 inschrijvers op de opening van de offertes voor perceel 1 GEBOUW en pilootaanneming perceel 2 GEBOUWTECHNIEKEN op 16 maart 2007:
- Denys NV, Industrieweg 124, 9032 Wondelgem voor een bedrag van 3.986.755,08 euro (incl. btw)
- Bouwbedrijf Furnibo nv, Bedrijvenlaan 7, 8630 Veurne voor een bedrag van 5.257.177,39 euro (incl. btw)
- Aannemingen M&J Braet nv, Toevluchtweg 2, 8620 Nieuwpoort voor een bedrag van 4.697.699,18 euro (incl. btw)

Aan Denys NV werd in het kader van de gunningsprocedure op 12 juni 2017 een aangetekende brief gestuurd met de vraag om een uittreksel uit het strafregister of een evenwaardig document, niet ouder dan 6 maanden, te bezorgen binnen 12 kalenderdagen.

Op 26 juni 2017 werd voormelde brief nogmaals per e-mail aan Denys nv toegestuurd.

We hebben dit document niet ontvangen.

Op 06 juli 2017 stuurde Denys NV een aangetekende brief aan OVCO (ook per e-mail) met de mededeling dat ze na grondige analyse vastgesteld hebben dat ze een vergissing hebben gemaakt in een aantal posten. Na analyse van de offerte van de onderaannemer, blijkt volgens Denys NV dat de achterwanden en deurbladen niet inbegrepen zijn in de offerte. Denys NV stelt dan ook de inschrijvingsprijzen voor een aantal posten niet te kunnen handhaven en verhoogt de totaalprijs met 249.500,00 euro.

Om voormelde initiatieven van Denys nv in deze overheidsopdrachtenprocedure en de gevolgen hiervan te kunnen duiden met het oog op verder te nemen stappen werd juridisch advies ingewonnen.

Advies:

1. ***Feitelijke achtergrond***

Op 24 januari 2017 publiceert OVCO een overheidsopdracht met als voorwerp "Nieuwbouw crematorium en ritueel landschap te Oostende" in het Bulletin der Aanbestedingen. Deze opdracht wordt via een open aanbesteding geplaatst en omvat twee percelen: (i) Gebouw (architectuur en stabiliteit): ruwbouw en afwerking en pilootaanneming en (ii) Gebouwtechnieken. De NV Denys diende een offerte in voor beide percelen, met de laagste prijs. Het prijsverschil met de tweede inschrijver zou ca. 800.000 euro bedragen.

Via informele weg verneemt OVCO evenwel dat deze bieder de opdracht uiteindelijk niet wenst uit te voeren en naar mogelijkheden zoekt om haar offerte terug te trekken.

De inschrijver heeft, vervolgens, inderdaad een aantal initiatieven ondernomen die het OVCO bemoeilijken de offerte van Denys nog in aanmerking te nemen. Zo heeft OVCO op 12 juni 2017 aan Denys een schrijven gericht waarin een uittreksel uit het strafregister, het enige ontbrekende stuk uit het selectiedossier, werd opgevraagd. Evenwel mocht OVCO op 6 juli 2017 een schrijven van de NV Denys ontvangen waarbij deze inschrijver (i) niet ingaat op de vraag om een uittreksel uit het strafregister over te maken en (ii) een prijsverhoging aankondigt van 249.500 euro wegens een vermeende vergissing in de aanname van een aantal posten.

2. ***Analyse in rechte***

Door die handelswijze dwingt de inschrijver OVCO ertoe zijn offerte te weren. OVCO kan, enerzijds, niet nagaan of de inschrijver zich niet in een situatie van uitsluiting bevindt. Anderzijds brengt deze inschrijver een wijziging aan zijn offerte aan na de opening van de inschrijvingen, hetgeen niet toegelaten is en tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte leidt (zie daarover de artikelen 91, 95 en 96 van het K.B. Plaatsing 2011, dat ten deze nog toepasselijk is). Met name is ten gevolge van die wijziging de gelijkheid tussen de inschrijvers in het gedrang, nu dit zou betekenen dat OVCO toelaat dat de inschrijver zijn offerte zou kunnen wijzigen in tegenstelling tot de andere inschrijvers. Bovendien ontstaat ambiguïteit omtrent de verbintenissen die de inschrijver bij het indienen van haar offerte aanging. Wat is nu het offertebedrag dat OVCO bij de beoordeling van de offerte van die inschrijver in aanmerking moet nemen? Het initiële of het gewijzigde bedrag?

Juridisch gezien brengt de NV Denys OVCO dan ook in een situatie waarin OVCO geen andere mogelijkheid heeft dan de offerte van die inschrijver te weren. Alles wijst erop dat de inschrijver, die niet langer belangstelling heeft voor de opdracht, die situatie doelbewust veroorzaakt heeft.

3. ***Mogelijke opties voor OVCO***

Wij zien drie mogelijke manieren om op deze handelswijze te reageren:

Een eerste optie bestaat erin alsnog de opdracht, eventueel incl. verhoogde prijs, aan deze bieder te gunnen. Deze optie houdt een dubbel risico in. OVCO zal immers contracteren met een inschrijver die een beperkte bereidheid toont de samenwerking met OVCO verder te zetten en wiens geloofwaardigheid werd aangetast. Bovendien bestaat er, zeker indien de verhoging van de offerte aanvaard wordt, een betekenisvol procesrisico, omdat een offertewijziging zou worden toegelaten en de opdracht wordt gegund aan – afhankelijk van de verkrijging van een uittreksel uit het strafregister via een andere weg – een inschrijver die niet aan de uitsluitingscriteria voldoet, minstens waarvan dit niet zeker is. Een andere inschrijver zou op grond van die vaststellingen de beslissing van OVCO kunnen aanvechten.

De tweede optie houdt in dat OVCO de gunt aan de als tweede gerangschikte inschrijver. Dit zou vanzelfsprekend als gevolg hebben dat OVCO een schade van 800.000 euro zou lijden.

Ons inziens is in dat geval een vordering tot schadevergoeding voor de burgerlijke rechter ter recuperatie van de schade die OVCO heeft geleden ernstig te overwegen. De inschrijver is immers een aannemer klasse 8 met een uitgebreide ervaring inzake overheidsopdrachten en een grote kennis van het aanbestedingsrecht. We kunnen er dus vanuit gaan dat deze inschrijver op de hoogte is of moet zijn van de gevolgen van haar gedrag voor haar offerte en voor OVCO. Door zichzelf in een situatie van uitsluiting te brengen en op ontijdige wijze – na de indiening van de offertes maar binnen de verbintenistermijn – een prijsverhoging te vragen, onttrekt de inschrijver zich op bewuste en onrechtmatige wijze aan de verbindende kracht van haar offerte. Die handelswijze is ons inziens als een precontractuele fout te beschouwen waardoor OVCO schade heeft geleden. OVCO kan van de inschrijver vergoeding van die schade vorderen.

OVCO zou, als derde optie, de aanbesteding kunnen stopzetten en een nieuwe opdracht uitschrijven met het oog op de indiening van betere prijzen. Dit heeft evenwel weinig zin indien er geen aanwijzingen zijn dat er, bijvoorbeeld ingevolge wijzigingen aan het bestek, betere prijzen zouden worden aangeboden.

Gelet op het feit dat elke optie risico's inhoudt, maar de risico's verbonden aan de tweede optie kunnen worden opgevangen door een vordering tot schadevergoeding, menen we dat deze optie verkieslijk is. De werken kunnen doorgaan en OVCO heeft een kans de door haar geleden schade terug te vorderen.

De Raad beslist unaniem om:

1. in overleg met Stibbe cvba een aangetekende brief te sturen naar Denys nv met de vraag zich niet te onttrekken aan de verbindende kracht van haar offerte en Denys nv te wijzen op de gerechtelijke gevolgen indien ze niet op de vraag van OVCO ingaat.
2. een nieuw businessplan op te maken, rekening houdend met de verhoogde kostprijs van perceel 1 GEBOUWEN en pilootaanneming perceel 2 GEBOUWTECHNIEKEN indien wordt gegund aan Aannemingen M&J Braet nv.
3. een nieuwe Raad van Bestuur samen te roepen na een voorafgaande vergadering met de Burgemeesters van de deelnemende gemeenten in Ovco.

4. Varia

De Raad van Bestuur vraagt om het advocatenkantoor Stibbe cvba te laten onderzoeken welke de mogelijkheden zijn om geen ereloonpercentage op de meerprijs ten opzichte van het door de architecten vooropgestelde ramingsbedrag te betalen.

De voorzitter sluit de vergadering om 18.35 uur.

Oostende, 20 juli 2017

de Voorzitter
Jean Vandecasteele

de Secretaris
Wendy Blondé

eensluidend afschrift
Wendy Blondé
secretaris