

**RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.**

**A R R E S T**

**nr. 156.749 van 23 maart 2006  
in de zaak A. 69.909/XII-3224.**

In zake : de NV AQUA RENO (in faillissement),  
rechtsgeding hervat door :  
1. advocaat H. Willems, curator,  
kantoor houdende te Sint-Niklaas,  
Tereken 91  
2. advocaat M. Schoenmaekers, curator,  
kantoor houdende te Sint-Niklaas,  
Dr. Jos Charlottelaan 71

tegen :

het OPENBAAR CENTRUM VOOR MAATSCHAPPELIJK  
WELZIJN VAN ANTWERPEN.

---

**D E R A A D V A N S T A T E, X I I e K A M E R,**

Gezien het verzoekschrift dat de NV Aqua Reno op 17 juli 1996 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van “de beslissingen van het OCMW Antwerpen van onbekende datum m.b.t. :

1. De beslissing tot toewijzing van de opdracht ‘De betonherstelling aan de gevels van het A.Z.M. (Algemeen Ziekenhuis Middelheim [...]) (faze 2), volgens het bijzonder lastencohier van de hand van A&M Wustefeld [...], na algemene offerteaanvraag dd. 5 maart 1996 aan aannemingen Van Derzypen [...]
2. De beslissing tot gunning van voormelde opdracht aan Van Derzypen [...]
3. De beslissing verzoekster 12 punten op 35 toe te kennen voor het criterium uitvoeringswijze, waardoor zij niet de meest interessante offerte is.”;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op de beschikking van 18 september 2001 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 laatste memorie van de verzoekende partij;

Gelet op de beschikking van 24 oktober 2005 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 6 december 2005;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat H. Stevens, die loco advocaat M. Schoenmaekers verschijnt voor de verzoekende partij ;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur J. Stevens;

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

1. De gegevens van de zaak.

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

1.1. De verwerende partij schrijft een algemene offerteaanvraag uit voor de voormelde opdracht. De opening van de offertes is vastgesteld op 5 maart 1996.

Negen offertes worden ingediend, waaronder die van de verzoekende partij.

Volgens het toepasselijke bestek (blz. 33) zijn de gunnings-criteria :

- “1. Bedrag van de offerte 50 pt.
2. Wijze van uitvoeren en eruitvloeiend gebrek aan hinder en last voor het ziekenhuis 35 pt.
3. Ervaring en referenties van gelijkwaardige uitgevoerde werken 10 pt.
4. Minimale uitvoeringstermijn 5 pt.”.

1.2. In het verslag van 10 april 1996 van nazicht van de offertes door W.M.-Engineering wordt bij de offerte van de verzoekende partij onder meer gesteld :

“1. Bedrag van de offerte

$$50 \times \frac{16.560.333}{22.194.771} = 37,30/50$$

2. Wijze van uitvoering = 12,00/35

Er is geen detaillering van de werkwijze bijgevoegd, zoals gevraagd in punt 1.12, maar de prijzen wijzen op het gebruik van hangbruggen [...]

3. Ervaring en referenties = 10,00/10

De inschrijver heeft in 1995 als hoofdaannemer de herstellingswerken van de 1ste fase uitgevoerd. De werken geven voldoening.

4. Minimale uitvoeringstermijn

$$5 \times (80 : 120) = 3,33/5$$

Totaal 62,63/100”.

1.3. De verzoekende partij wordt met 62,63/100 punten als vierde gerangschikt, NV Van Derzypen met 84,05/100 punten als eerste. Voorgesteld wordt de opdracht aan deze laatste toe te wijzen.

1.4. De ontwerper wordt uitgenodigd op de vergadering van 21 mei 1996 van het Bijzonder Comité voor Aankopen, Werken en Eigendommen van het OCMW omdat “diverse leden aanmerking [hadden] op de verdeling der punten en de gehanteerde criteria”.

1.5. Op 24 mei 1996 beslist de raad van het OCMW de opdracht toe te wijzen aan NV Van Derzypen verwijzend naar het verslag opgesteld door architect Wustefeld van BVBA W.M. Engineering.

1.6. Met een brief van 2 juli 1996 vraagt de verzoekende partij de kennisgeving van de motivering van het voormelde besluit. Het voornoemde verslag van 10 april 1996 wordt haar toegezonden bij brief van 5 juli 1996;

## 2. Het voorwerp.

Overwegende dat in het auditorsverslag het beroep enkel ontvankelijk wordt geacht in zoverre het de eerste bestreden beslissing betreft; dat in de laatste memorie en ter terechtzitting de verzoekende partij zich met die conclusie akkoord verklaart zodat het beroep enkel nog wordt onderzocht in zoverre het de eerste bestreden beslissing betreft;

### 3. De gegrondheid.

3.1.1. Overwegende dat de verzoekende partij in een eerste middel de schending aanvoert van “art. 14 van de wet van 14 juli 1976 en van art. 44 lid 1 en 5 van het K.B. van 22 april 1977” en daartoe betoogt hetgeen volgt :

“Het bestuur dient die offerte te kiezen die haar het voordeligst lijkt, rekening houdend met het bedrag, de aanwendingskosten, technische waarde enz.

Het bestuur heeft bij de beoordeling van de offerte van verzoekster voor de toekenning van punten aan het tweede criterium (wijze van uitvoering), geen rekening gehouden met de gevraagde toelichting volgens het bestek, die in het inschrijvingsbiljet werden vermeld.

Het bestuur meldt dat zij op grond van een veronderstelling besluit tot een uitvoeringswijze die slechts 12 punten kan wegdragen.

Het bestuur kan overeenkomstig art. 44 lid 5 in contact komen met de inschrijvers met het oog op het bekomen van preciseringen of aanvullingen.

Het bestuur heeft hiertoe niet het initiatief genomen, hoewel zij blijkbaar op basis van een veronderstelling een kandidaat aldus direkt benadeelt.

Het bestuur heeft dan ook art. 44 lid 5 K.B. 22 april 1977 geschonden.

Het bestuur schendt ook art. 44 lid 1 door het inschrijvingsbiljet met bijlage niet konsekvent te toetsen aan de criteria in het bestek voorzien.

Dat immers aan de hand van de bijlage verzoekster verwees naar fase 1, zeker niet onbekend voor het bestuur en haar architect.

Dat in fase 1 met heksteigers werd gewerkt en dit tot tevredenheid van het bestuur en haar architect.

Dat trouwens het werk van fase 1 als referentie werd voorgebracht en de kwotering 10 kreeg, het maximum.

Dat het bestuur dan ook niet kan gevolgd worden in haar toekenning van punten inzake uitvoeringswijze.

Dat aan de hand van de bewoordingen in het verslag duidelijk blijkt dat het bestuur de voorziene uitvoeringswijze niet heeft getoetst aan de criteria, wat een schending uitmaakt van art. 44 lid 1 K.B. 22 april 1977”;

dat de verzoekende partij in haar memorie van wederantwoord daaraan toevoegt hetgeen volgt :

“Verzoekster verwijst naar haar uiteenzetting in het verzoekschrift en benadrukt dat in strijd met wat verweerster in haar memorie van antwoord voorhoudt inzake de toepasselijkheid van art. 44 lid 5, gelet op het verschil tussen fase 1 en fase 2 inzake toewijzingsprocedure. Auteur D’Hooghe stelt uitdrukkelijk : ‘De mogelijkheid of de verplichting om de inschrijvers na de opening van de inschrijving te raadplegen, geldt dus zowel bij offerteaanvraag-procedure als bij aanbesteding. Bij aanbestedingen dient aan die mogelijkheid nochtans een beperktere draagwijdte te worden toegekend’ (H. D’Hooghe, ‘De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten’, Die Keure 1993, p. 418 ev., specifiek nr. 1.006).

In casu kan er zelfs moeilijk sprake zijn van het voeren van enige onderhandelingen, nu enkel indien er een onduidelijkheid zou zijn in hoofde van verweerster, het intern zeer eenvoudig was geweest het dossier van de eerste fase te raadplegen. Dit dossier kon haar zeker niet onbekend zijn nu het bestek en de opsteller hiervan dezelfde waren als deze van de eerste fase.

Er kan geen sprake zijn van enige aanvulling in casu op de inschrijving die een belangrijk punt zou wijzigen. Dit is niet gebeurd.

Verweerster, had de plicht om overeenkomstig art. 44 al. 5 informatie in te winnen indien er onduidelijkheden waren.

Er kan evenmin ontkend worden dat een verwijzing qua uitvoeringswijze was gegeven (zie reeds opmerking bij de feiten). Het verweer in de memorie van antwoord is dan ook in strijd met het dossier en de toewijzing van 17,5 punten op het totaal van 35 aan verzoekster met verwijzing naar de firma Peter Cox wijst op willekeur. Er werd dus niet het minste onderzoek gevoerd, ondanks de verwijzing naar de eerste fase.

Er dient herhaald dat de fase 2 in geen enkel opzicht qua aard afweek van de werken van fase 1. Trouwens verweerster duidt in haar memorie van antwoord nergens de juiste verschillen aan.

Waar verweerster meent te kunnen stellen dat zij onwetend was nopens de door Aqua-Reno gevolgde werkwijze, vermits in fase 1 de werken in onderaanneming werden uitgevoerd, wordt angstvallig niet vermeld dat NV Van Derzypen de werken diende uit te voeren zoals voorgeschreven en opgelegd door de NV Aqua-Reno. Werkwijze die bestond uit de uitvoering zoals beschreven door Van Derzypen in fase 2.

Het feit dat verweerster op de referentie van fase 1, 10 punten (maximum) toekende, toont aan dat de uitvoeringswijze blijkbaar optimaal was.

Verweerster geeft in de memorie van antwoord toe dat zij niet de minste moeite heeft gedaan de verwijzing bij inschrijving van concludante naar fase 1 te toetsen aan de criteria vooropgesteld in het bijzonder bestek, zich verschuilend achter het feit dat geen toelichting zou zijn gegeven inzake uitvoeringswijze. Het dossier bewijst het tegendeel en wijst dan ook op manifeste willekeurige behandeling met miskennis van art. 44 lid 1 en 5.

De vergelijking door verweerster gemaakt met de inschrijving van de firma Peter Cox wijst op absolute miskennis van gelijkheid der inschrijvers. Immers de werkwijze van de firma Cox was zowieso niet gekend, terwijl NV Aqua-Reno expliciet had verwezen naar de werkwijze van fase 1, die gelet op het bestek en gelet op de gedane uitvoering zeker gekend waren door het bestuur. Hoe zou zij anders immers qua referenties een puntentoekenning hebben gedaan van 10, hetzij het maximum.”;

dat de verzoekende partij in haar laatste memorie nog laat gelden :

“Verzoekster gaat niet akkoord met de stelling van de Auditeur. De uitdrukking eigen schuld dikke bult, is geenszins van toepassing nu de Auditeur blijkbaar niet de vergelijking gemaakt heeft tussen de bestekken van eerste en tweede fase.

Het gebouw Middelheim diende gerestaureerd in verschillende fasen. Het betreft een gebouw dat per fase zou gerestaureerd worden en waarvan alle gevels identiek zijn.

Tevens dient herhaald dat het studiebureau hetzelfde is (ontwerper) en er enkel een wijziging is aangebracht in de procedure, m.n. openbare aanbesteding naar algemene offerte-aanvraag.

Juist deze wijziging van procedure heeft zeker een bedoeling gehad met name onderaannemer Van Derzypen de mogelijkheid te bieden meer kansen te hebben tot gunning, gelet ondertussen op zijn verkregen kennis via verzoekster in de eerste fase.

De veronderstelling van de Auditeur dat er geen detaillering in de offerte is weergegeven is weinig ernstig nu er expliciet verwezen wordt naar de uitvoering van de eerste fase waar verzoekster alle punten kreeg toegewezen in het kader van de referenties.

Dit is het klinkend bewijs van voldaan te hebben aan het referentiecriterium - gebrek aan hinder en last. Immers werd dit ook in fase 1 als een belangrijk punt van de aanbesteding beschouwd.

De stelling van de Auditeur dat de eerder uitgevoerde opdracht niet in verband staat met de tweede opdracht is evenmin ernstig nu restauratie aan de gevels van het Middelheim continu werden uitgevoerd en fase 2 een gewone verderzetting was.”;

Overwegende dat luidens artikel 14 van de wet van 14 juli 1976 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, de bevoegde overheid de regelmatige offerte kiest die haar het voordeligst lijkt, rekening houdend met haar bedrag, haar aanwendingskosten, haar technische waarde, de zekerheid van de bevoorrading, de beroeps- en financiële waarborgen geboden door elk der kandidaten, de uitvoeringstermijn, en alle andere overwegingen voorzien in het bestek of in de offerteaanvraag; dat luidens artikel 44, eerste lid, van het koninklijk besluit van 22 april 1977 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, de bevoegde overheid bij toepassing van het voormelde artikel 14 van de wet van 14 juli 1976 de regelmatige offerte kiest die haar het voordeligst lijkt op grond van criteria die verschillend kunnen zijn naargelang van de opdracht, zoals deze opgesomd in voornoemd artikel 14; dat artikel 44, vijfde lid, van hetzelfde besluit bepaalt dat het bestuur slechts in contact treedt met de kandidaten indien zij de inhoud van hun offerte moeten verbeteren of aanvullen;

Overwegende dat te dezen het toepasselijke bestek bepaalt (blz. 9) dat de inschrijver bij zijn offerte de bescheiden en nota's moet voegen die vereist zijn door het bestek en door de documenten waarnaar dit verwijst; dat voorts op bladzijde 35 is bepaald :

“3. De aannemer moet er rekening mee houden dat hij in een ‘ziekenhuis in functie’ werkt en dat hij geen hinderlijke toestanden voor de patiënten en personeel mag scheppen. Alle werken die hinderlijk zijn zullen onmiddellijk stopgezet worden.

De aannemer dient alle voorzorgen te nemen om geen hinder en/of last te veroorzaken.

[...]

5. Door zijn inschrijving erkent de aannemer ter plaatse van de toestanden en de werking van het ziekenhuis kennis te hebben genomen en dat zijn werken een minimum aan belemmering zal betekenen voor het ziekenhuis.”;

dat ten slotte op bladzijde 38 is voorgeschreven :

“”1.12. De aannemer zal zelf alle nodige trappen, liften, hijstoestellen en andere nodige toestellen voorzien.

“Detaillering van de voorziene toestellen en de werkwijze ervan dient bij de inschrijving gevoegd.”;

dat de verzoekende partij in een bijlage bij haar offerte stelt :

“De werken zullen worden uitgevoerd geheel conform het lastenboek en geheel analoog aan de vorig jaar door ons bedrijf uitgevoerde werken aan het AZ Middelheim.

Verdere details zullen, bij inoverwegingneming van onze bieding gaarne worden verstrekt op eerste verzoek.

Het ziekenhuis zal, zoals in vorig werk, daardoor geen last of hinder van ondervinden.”;

Overwegende dat aldus het bestek -mede met het oog op een deugdelijke vergelijking van de offertes- vereist dat de detaillering van de nodige toestellen en van de werkwijze ervan bij de inschrijving gevoegd wordt; dat voorts het tweede gunningscriterium duidelijk beoogt de hinder die uit de werken voortvloeit te beperken; dat de verzoekende partij daarom diende te weten dat de wijze van uitvoering en het daaruit voortvloeiend gebrek aan hinder en last voor het ziekenhuis een belangrijk criterium was, waaraan overigens 35% van de toe te kennen punten verbonden waren; dat de verzoekende partij zich in haar offerte nochtans beperkt tot het verwijzen naar de door haar een jaar eerder uitgevoerde werken aan het ziekenhuis en stelt dat verdere details bij inoverwegingneming van haar offerte zullen worden verstrekt op eerste verzoek; dat zij derhalve bij haar offerte, in weerwil van het voornoemde punt 1.12 van het bestek, geen detaillering van de voorziene toestellen en hun werkwijze geeft en stelt dat ze maar, als het gevraagd wordt, verstrekt zal worden bij inoverwegingneming van haar offerte, terwijl die detaillering juist een criterium is om te evalueren wie de meest voordelige offerte heeft ingediend en het bijvoegen van die detaillering bij het indienen van de offerte, reeds in het bestek is gevraagd; dat, zoals de verwerende partij terecht betoogt, te dezen de offerte niet mag worden gepreciseerd of aangevuld, nu elk element van beoordeling betreffende de bedoelde toestellen en werkwijze ontbrak; dat op de verwerende partij geen plicht rustte om de verzoekende partij te contacteren maar het voormelde artikel 44, vijfde lid, juist een principieel verbod bevat om zulks te doen; dat de verzoekende partij van haar kant de plicht had om bij haar offerte de toestellen en hun werkwijze te detailleren, wat zij niet gedaan heeft; dat de verwijzing naar een eerder uitgevoerde opdracht daarbij irrelevant is; dat immers het te dezen toepasselijke bestek enkel een “fase 2” betreft, als een afzonderlijke opdracht die zelfs met de procedure van de algemene offerteaanvraag is gegund, terwijl de eerste fase voorwerp was van een openbare aanbesteding en de opdrachten volgens de verwerende partij verschillen in moeilijkheidsgraad zonder dat

de verzoekende partij deze vaststellingen tegenspreekt; dat het voorts niet aan de verwerende partij is om aan te tonen dat de in het geding zijnde opdracht verschillend was van de vorige opdracht;

Overwegende dat uit hetgeen voorafgaat volgt dat van geen van de in het middel geschonden geachte bepalingen de schending is aangetoond; dat het middel niet gegrond is;

3.2.1. Overwegende dat de verzoekende partij in een tweede middel de “schending van het zorgvuldigheidsbeginsel” aanvoert stellende hetgeen volgt :

“Overwegende dat aan de hand van het verslag van architect Wustefeld, motivering door het O.C.M.W. Antwerpen tot de hare gemaakt, blijkt dat op grond van een veronderstelling een punten aantal wordt toegekend.

Dat er geen grondig onderzoek door het bestuur is gedaan naar de uitvoeringswijze; immers had alsdan vastgesteld kunnen worden dat er zou uitgevoerd worden als in de eerste fase en dit tot elkeen voldoening (trouwens is referentiewerk vermeld en kwotering van alle punten gekregen !)

Dat er een manifeste onzorgvuldigheid blijkt in het onderzoek van de inschrijving van verzoekster.

Dat er minstens geen afdoende motivering is inzake de toekenning van punten voor het criterium uitvoeringswijze tussen NV Aqua Reno en NV Van Derzypen, en dit dan ook een schending uitmaakt van het zorgvuldigheidsbeginsel, te meer daar beide uitvoeringswijzen identiek zijn en bijgevolg dezelfde puntentoekenning hadden dienen te krijgen.”;

dat de verzoekende partij daar in haar memorie van wederantwoord aan toevoegt :

“Verweerster tracht hier andermaal voorop te stellen dat bij afwezigheid van enige opgave van werkwijze zij niets hoefde te toetsen aan criteria en punten, wat in strijd is met het dossier. Haar verweer faalt dan ook volledig. Verzoekster handhaaft haar volledige uiteenzetting onder punt ‘tweede middel’ in haar verzoekschrift tot nietigverklaring.

Verweerster heeft geen grondig onderzoek gedaan naar de uitvoeringswijze !”;

dat zij in haar laatste memorie zonder nadere uitleg het middel handhaaft;

3.2.2. Overwegende dat de verwerende partij geen onzorgvuldigheid heeft begaan door slechts 12/35 punten toe te kennen aan de offerte van de verzoekende partij met als motief dat “geen detaillering van de werkwijze is bijgevoegd”; dat geen nader onderzoek diende te worden verricht, nu de verzoekende partij zulks zelf heeft verhinderd door te verzuimen de nodige detaillering bij te voegen; dat het middel niet gegrond is;

3.3.1. Overwegende dat de verzoekende partij in haar inleidend verzoekschrift nog betoogt hetgeen volgt :

“Schending van het middel afgeleid uit de machtsafwendings  
Aan de hand van de feiten, blijkt het O.C.M.W. Antwerpen zijn bevoegdheid te misbruiken door een voordeel te verschaffen aan de NV Van Derzypen, door een puntentoekenning, die manifest wijst op een willekeurige beoordeling.”;

dat zij in haar memories dit middel zonder nadere uiteenzetting handhaaft;

Overwegende dat, uit hetgeen hiervoor is vastgesteld bij de bespreking van het eerste en tweede middel, volgt dat het feitelijk gegeven waarop het derde middel steunt, namelijk dat “de feiten” wijzen op een willekeurige beoordeling, niet is aangetoond; dat immers de enige puntentoekenning die de verzoekende partij betwistte, haar eigen evaluatie 12/35 aan de hand van het tweede criterium betrof en hiervoor is gebleken dat de onrechtmatigheid daarvan niet is aangetoond; dat het middel alleen daardoor reeds niet gegrond is; dat aldus geen van de middelen gegrond is,

## **B E S L U I T :**

### **Artikel 1.**

Het beroep wordt verworpen.

### **Artikel 2.**

De kosten van het beroep, bepaald op 99,16 euro, komen ten laste van de failliete boedel van de NV Aqua Reno.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op  
drieëntwintig maart 2006, door de XIIe kamer, die was samengesteld uit :

|        |                     |                  |
|--------|---------------------|------------------|
| de HH. | D. VERBIEST,        | kamervoorzitter, |
|        | J. LUST,            | staatsraad,      |
|        | G. VAN HAEGENDOREN, | staatsraad,      |
| Mevr.  | S. DOMS,            | griffier.        |

**De griffier,**

**De voorzitter,**

**S. DOMS.**

**D. VERBIEST.**