

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 185.409 van 15 juli 2008
in de zaak A. 83.311/XII-1985.**

In zake : de NV BOUW & RENOVATIE,
 die woonplaats kiest bij
 advocaat A. Coppens,
 kantoor houdende te Roeselare,
 Westlaan 358

tegen :

de GEMEENTE ZWALM.

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 NV Bouw & Renovatie op 2 april 1999 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van “de beslissing van het college van burgemeester en schepenen [van Zwalm] waarbij de overheidsopdracht tot onderhouds- en verbouwingswerken aan de pastorie van Meilegem wordt gegund aan de nv John Saey Renovatiebedrijf [...] en de inschrijving van verzoekende partij wordt geweerd”;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op de beschikking van 19 februari 2002 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 memories;

Gelet op de beschikking van 12 februari 2008 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 11 maart 2008;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat A. Coppens, die verschijnt voor de verzoekende partij, en van advocaat A. Eeckhout, die verschijnt voor de verwerende 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,

OVERWEEGT WAT VOLGT :

De gegevens van de zaak

1. Op 22 september 1998 keurt de gemeenteraad het bestek goed voor de voormelde opdracht : het betreft een openbare aanbesteding en de opdracht omvat drie percelen namelijk perceel 1 bouwwerken, perceel 2 sanitair en perceel 3 elektriciteit. De raming bedraagt 4.184.092 frank, BTW niet inbegrepen.
2. De opening van de offertes vindt plaats op 4 december 1998 : vijf ondernemingen dienen een offerte in, waaronder de verzoekende partij die de laagste offerte heeft is met 3.690.189 frank, BTW niet inbegrepen.
3. Bij brief van 11 december 1998 deelt de ontwerper aan de verzoekende partij mede dat zij de laagste prijs haalt dank zij de “lage, eerder abnormale”, prijzen voor de percelen 2 (50% onder het gemiddelde) en 3 (30% lager) en dat de offerte ook het laagste aantal normale eenheidsprijzen vertoont in vergelijking met het gemiddelde van de offertes; de verzoekende partij wordt verzocht een verantwoording te geven voor de eenheidsprijzen van vijf posten van perceel 2 en drie posten van perceel 3.
4. Met een brief van 21 december 1998 deelt de verzoekende partij mee dat zij de werken kan uitvoeren tegen de ingeschreven prijs, conform het bestek, dat zij voor de onderaanneming vaste eenheidsprijzen heeft waarop een minimale winstmarge kan worden vastgelegd, dat zij gespecialiseerd is in dat soort werken, dat de opgegeven schakelaars in de leemte vermoedelijke hoeveelheden zijn en dat alle materialen en toestellen zullen worden voorgesteld ter goedkeuring alvorens te worden verwerkt.

5. Met een brief van 4 januari 1999 deelt de ontwerper aan de verzoekende partij mee dat de verantwoording van 21 december 1998 onbevredigend is; gevraagd wordt een afdoend antwoord te geven op de eerder geformuleerde vragen en de tekortkomingen door middel van cijfermateriaal aan te vullen en te verantwoorden.

6. Met een brief van 15 januari 1999 deelt de verzoekende partij mee dat haar onderaannemer sanitair een eenmansbedrijf is met slechts één gast in dienst, dat werkt met een vast afgesproken eenheidsprijs op jaarbasis, dat voor de elektriciteit hetzelfde principe geldt, dat zij voorts de sanitaire en elektrische toestellen zelf rechtstreeks aankoopt; een prijsverantwoording wordt gegeven voor drie posten (21.1, 30.4 en 30.5) en gesteld wordt dat het voor de overige leidingen moeilijk cijfermatig kan aangezien 85% neerkomt op het werk zelf.

7. De ontwerper stelt op 22 januari 1999 zijn verslag op.

Hij stelt daarin bij de verantwoording van de verzoekende partij onder andere :

“Het is inderdaad zo dat bij zijn offerte perceel 2 slechts 2% en perceel 3 slechts 5,7% daar waar perceel 1 = 91,5% van de aanbesteding uitmaakt. In vergelijking met de raming en het gemiddelde van de aanbiedingen, zonder rekening te houden met de hoogste en de laagste prijs, dient deze verhouding als volgt te liggen:

voor perceel 1 rond de 85%

voor perceel 2 rond de 5%

voor perceel 3 rond de 8-15%

Het is daar waar de gegronde vrees op gebaseerd is.

De verhouding van de verschillende percelen onderling blijven een even belangrijke beoordelingscriteria.

We kunnen niet het risico lopen te moeten werken met onderaannemers die onvoldoende notie genomen hebben met de werkelijke bouwomstandigheden. Het betreft hier immers plaatsen van leidingen binnen een bestaand afgewerkt gebouw zoals beschreven in het eerste schrijven d.d. 11.12.1998.

De aannemer meldt zelf te werken met onderaannemers tegen vastgelegde eenheidsprijzen op jaarbasis.

Zoals vermeld in ons vorig schrijven vertoont de offerte lage, abnormale, prijzen voor de percelen 2 en 3.

Voor perceel 2 - sanitair ligt de prijs 50% onder het gemiddelde.

Voor perceel 3 - elektriciteit ligt de prijs 30% lager.

De aanbieding vertoont tevens ook het laagste aantal normale eenheidsprijzen in vergelijking met het gemiddelde van de andere bidingen.

Voor art. 21.1 - WC ligt de prijs 28% onder het gemiddelde

Voor art. 30.4 el. boiler 10L ligt de prijs 31% onder het gemiddelde

Voor art. 30.5 el. boiler 100L ligt de prijs 26% onder het gemiddelde.

Uit vorige en huidige overwegingen raad ik de aanbestedende overheid aan om de offerte van aannemer 1 als onregelmatig te beschouwen en bijgevolg van rechtswege nietig”.

8. Het college van burgemeester en schepenen beslist op 1 februari 1999 de opdracht toe te wijzen aan de NV John Saey Renovatiebedrijf “overwegende dat door de ontwerper [...] wordt vastgesteld dat door [de] laagste aanbieder abnormaal lage eenheidsprijzen werden ingediend voor perceel 2 (sanitair) en perceel 3 (elektriciteit) waar de laagste aanbieder respectievelijk 50% en 30% onder het gemiddelde ligt; overwegende dat architect Ghyselinck [...] aan het gemeentebestuur voorstelt de werken toe te wijzen aan de tweede laagste aanbieder [...]”.

9. Met een brief van 3 februari 1999 brengt de ontwerper, “in opdracht van het gemeentebestuur”, verslag uit van de beslissing van 1 februari 1999 aan de verzoekende partij; medegedeeld wordt wat hiervoor is geciteerd.

Bij brief van 21 februari 1999 vraagt de raadsman van de verzoekende partij een kopie van de collegebeslissing, die toegezonden wordt met een brief van 24 februari 1999.

De ontvankelijkheid van het beroep

10. De verwerende partij werpt een exceptie ratione temporis op, waar zij ter terechtzitting afstand van doet.

11. De verwerende partij betwist in een tweede exceptie het belang van de verzoekende partij omdat haar offerte onregelmatig is bevonden. In haar middelen betwist de verzoekende partij zulks. De exceptie valt dus samen met de grond van de zaak.

12. De verwerende partij stelt in een derde exceptie dat de verzoekende partij niet aantoont te beschikken over een actueel belang, aangezien de overeenkomst betreffende de opdracht reeds is gesloten en uitgevoerd, uit de tekst van het verzoekschrift tot nietigverklaring duidelijk is af te leiden dat de enige bedoeling van de verzoekende partij het verkrijgen van schadevergoeding is en het vooruitzicht van een schadevergoeding niet volstaat om het vereiste belang voor een annulatievordering bij de Raad van State aan te tonen.

13. Het belang van een verzoekende partij om bij de Raad van State een beslissing inzake de toewijzing van een overheidsopdracht te bestrijden, bestaat er idealiter in opnieuw op zijn minst kans te maken om die opdracht toegewezen te krijgen en die zelf uit te voeren. Het enkele feit echter dat het voormelde doel onbereikbaar is geworden moet niet noodzakelijk tot gevolg hebben dat een verzoekende partij elk rechtstreeks belang bij de vordering tot nietigverklaring verliest. Het beroep strekt immers tot de nietigverklaring van een toewijzingsbeslissing, afsplitsbare bestuurshandeling waardoor de verzoekende partij is voorbijgegaan. Een verzoekende partij ontleent aan dat voorbijgaan in principe een gekwalificeerd moreel belang dat gediend wordt, en, spijs het sluiten of zelfs de uitvoering van de overeenkomst betreffende de opdracht, gediend blijft door een nietigverklaring van de toewijzingsbeslissing. Het voornoemd moreel belang volstaat ter ondersteuning van het annulatieberoep. Het feit dat een schadevergoedingsvordering zou worden beoogd kan daaraan geen afbreuk doen. De exceptie wordt dienvolgens niet aanvaard.

De gegrondheid van het beroep

14. In een *eerste middel* voert de verzoekende partij in haar inleidend verzoekschrift de schending aan van artikel 15 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten. Zij gaat er daarbij eerst van uit dat haar offerte “duidelijk regelmatig” was en daarbij “nooit geen opmerkingen gemaakt” zijn.

Nochtans doet zij terzelfder tijd gelden dat “zij wel degelijk haar prijzen omstandig en afdoende verantwoord heeft in brieven dd. 21 december 1998 en 15 januari 1999”.

Voorts stelt zij dat de bestreden beslissing, in strijd met genoemd artikel 15, wordt verantwoord omdat er “toch maar een gering prijsverschil (+ 46.227,-) is” en om reden van het feit dat is “geprejugeerd” door ervan uit te gaan dat zij de opdracht niet naar behoren zou uitvoeren. Ten slotte meent zij dat de beoordeling te dezen ten onrechte is gebeurd aan de hand van aanvullende verklaringen.

15. Overeenkomstig het voornoemde artikel 15 dient bij een openbare aanbesteding de opdracht te worden toegewezen aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte indiende.

Te dezen heeft de verzoekende partij de laagste offerte ingediend maar werd deze onregelmatig bevonden wegens haar abnormaal lage eenheidsprijzen voor perceel 2 en 3 waar zij respectievelijk 50% en 30% onder de gemiddelde prijs bood.

De verzoekende partij kan bezwaarlijk staande houden dat haar offerte “duidelijk regelmatig” was en er “geen opmerkingen” waren : tot tweemaal toe is haar immers om verantwoording gevraagd betreffende abnormaal bevonden prijzen en bij brief van 3 februari 1999 is haar medegedeeld dat haar verantwoording niet is aanvaard.

Aldus vertrekt het middel van een verkeerd feitelijk uitgangspunt.

In zoverre de verzoekende partij dan toch beweert dat zij haar prijzen omstandig en afdoende heeft verantwoord, moet worden vastgesteld dat een verantwoording voor acht posten werd gevraagd, dat in het eerste antwoord voor geen enkele post een verantwoording is gegeven en in het tweede antwoord -een herkansingsmogelijkheid haar geboden- zij slechts voor drie posten een verantwoording geeft en geen verantwoording voor vijf posten. In dergelijke omstandigheden kan de Raad van State de stelling van de verzoekende partij niet bijvallen.

Het prijsverschil tussen haar offerte en deze van de tweede laagste inschrijver waarvan de verzoekende partij gewag maakt heeft niet tot grondslag gediend van de bestreden beslissing : enkel de abnormaal bevonden prijzen hebben daartoe gediend, waarbij enkel terloops een opmerking over het prijsverschil werd gemaakt.

De regelgeving omtrent het onderzoek van de prijzen brengt een noodzakelijk “prejugeren” met zich mee en deze voorziet eveneens in aanvullende verklaringen : overeenkomstig artikel 110, § 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, verzoekt immers de aanbestedende overheid, vooraleer zij een offerte afwijst wegens haar blijkbaar abnormaal hoge of abnormaal lage eenheidsprijzen of totale prijzen, de betrokken inschrijver hierover de nodige verantwoordingen te verstrekken.

16. In haar memorie van wederantwoord roept de verzoekende partij in dat de bestreden beslissing om haar offerte onregelmatig te verklaren niet op aanvaardbare motieven is gesteund, dat ze niet binnen de grenzen van de redelijkheid is gebleven en dat ze door een substantieel vormgebrek is aangetast doordat niet de verwerende partij zelf maar haar architect aan haar de vraag tot verantwoording heeft gericht. In haar laatste memorie roept de verzoekende partij dan nog in dat artikel 110, § 3, van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 is geschonden en de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen.

Al deze grieven moeten als nieuwe middelen worden beschouwd die niet ontvankelijk zijn, nu niet blijkt dat ze niet reeds in het inleidend verzoekschrift hadden kunnen zijn geformuleerd.

Het eerste middel is niet gegrond.

17. De verzoekende partij doet in een *tweede middel* gelden dat het gelijkheidsbeginsel zoals vervat in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet is geschonden, doordat aan de NV John Saey Renovatiebedrijf geen verantwoording is gevraagd voor de abnormaal lage prijs voor perceel 1.

18. Voor perceel 1 heeft de ontwerper vastgesteld dat de prijzen op gelijke hoogte liggen, binnen het gemiddelde; voor perceel 2 heeft de ontwerper vastgesteld dat de prijs van de verzoekende partij 50% onder het gemiddelde ligt en voor perceel 3 30% onder het gemiddelde zodat er van schending van het gelijkheidsbeginsel geen sprake kan zijn. De situatie van voornoemde onderneming voor perceel 1 afgezet tegen de situatie van de verzoekende partij voor percelen 2 en 3 doet dan ook niet blijken van gelijke omstandigheden.

Het tweede middel is niet gegrond.

19. In een *derde middel* voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen.

20. De verzoekende partij stelt echter zelf : “de omstandige motivering in de brief van architect Ghyselinck d.d. 3.02.1999 houdende mededeling van het niet weerhouden van de inschrijving van verzoekende partij komt niet voor in het overwegend gedeelte van de bestreden bestuursakte”. Zij blijkt dus kennis te hebben gekregen van de “omstandige motivering” waardoor het voornaamste doel van de uitdrukkelijke motiveringsplicht is bereikt : de verzoekende partij kent de motieven van de beslissing zodat zij in staat was zich een oordeel te vormen of het al dan niet zin had die beslissing met rechtsmiddelen aan te vechten. Zij heeft zulks overigens gedaan met het voorliggende beroep.

In haar laatste memorie doet zij nog gelden dat “indien de bestreden bestuursakte op deze grond zou vernietigd worden” zij gerechtigd zou zijn op de forfaitaire schadevergoeding bepaald in artikel 15 van de voormelde wet van 24 december 1993. In dat standpunt wordt zij niet bijgevalen : de verzoekende partij gaat ten onrechte uit van het a priori dat het verboden zou zijn om na de nietigverklaring dezelfde toewijzingsbeslissing te nemen, ditmaal met een afdoende formele motivering.

Het middel is niet ontvankelijk wegens gebrek aan belang.

21. In een *vierde middel* voert de verzoekende partij “onwettige delegatie” door de verwerende partij aan doordat het de ontwerper is, die de beslissing zou hebben getroffen.

22. Het college van burgemeester en schepenen heeft zich te dezen laten adviseren door een deskundige, wat niet ongebruikelijk is. Volgens de verzoekende partij was de ontwerper op de zitting aanwezig en heeft hij daar zijn standpunt “doorgedrukt indien niet gedicteerd”. Die beweringen blijken niet nader te worden gestaafd.

Het blijkt daarentegen het college van burgemeester en schepenen te zijn dat op 1 februari 1999 de bestreden beslissingen heeft genomen, onder verwijzing en steunende op de bevindingen van de ontwerper-architect, hetgeen geen “delegatie” van bevoegdheid inhoudt. Voorts moeten vragen en mededelingen niet uitgaan van de aanbestedende overheid zelf : de controle en het onderzoek van de inschrijvingen zijn zeker een zaak van het bestuur, maar kunnen ook worden

toevertrouwd aan de auteur van het ontwerp, die het best geplaatst is om de offertes op hun regelmatigheid te onderzoeken.

Het middel is niet gegrond.

23. In een *vijfde middel* voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 25 van het meer vermelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 doordat niet de aanbestedende overheid doch de architect de verzoekende partij op de hoogte bracht van het feit dat haar offerte “niet werd uitgekozen”.

24. Luidens het bedoelde artikel 25 worden inschrijvers van wie de offerte als onregelmatig werd beschouwd, door de aanbestedende overheid onverwijld van dit feit op de hoogte gebracht.

Ongeacht het feit dat de verzoekende partij zich steunt op een niet op haar toepasselijk onderdeel van artikel 25 (betreffende niet gekozen -regelmatige- offertes) kan de eventuele schending van de in artikel 25 vervatte kennisgevingsverplichting niet tot gevolg hebben dat de bestreden beslissing zelf daardoor wordt gevitieerd.

Het middel is niet gegrond.

25. In een *zesde middel* voert de verzoekende partij ten slotte de schending aan van “beginselen van behoorlijk bestuur”.

De hoorplicht zou zijn geschonden, het zorgvuldigheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en het zuinigheidsbeginsel; voorts zou de belangenafweging onvoldoende zijn gebeurd.

26. Wat de hoorplicht betreft werd te dezen de verzoekende partij met toepassing van de regelgeving betreffende het onderzoek van abnormale prijzen, tot tweemaal toe uitgenodigd om prijsverantwoordingen te verstrekken. De verzoekende partij maakt niet aannemelijk dat haar op straffe van de schending van de hoorplicht nog een derde kans diende te moeten worden geboden om haar verantwoording uiteen te zetten.

27. De verzoekende partij acht het zorgvuldigheidsbeginsel geschonden omdat de besluitvorming zou zijn overgelaten aan de architect en er aldus geen correcte feitenvinding is geweest. De Raad van State valt dit standpunt niet bij : hiervoor is immers reeds vastgesteld dat het de verwerende partij toegestaan was zich op de deskundige bijstand van haar architect te verlaten.

28. De verzoekende partij doet ten onrechte gelden dat geen voldoende belangenafweging tussen de inschrijvers is gebeurd, onder verwijzing naar het verschil in behandeling tussen haar offerte en deze van NV John Saey Renovatiebedrijf. Hiervoor is immers reeds vastgesteld dat deze onderscheiden behandeling niet strijdig was met het gelijkheidsbeginsel.

29. In zoverre de verzoekende partij zich steunt op het vertrouwensbeginsel en het zuinigheidsbeginsel, vertrekt zij van het -hiervoor onjuist bevonden- uitgangspunt dat zij de laagste regelmatige offerte had ingediend.

Het middel is dienvolgens in geen van zijn onderdelen gegrond.

**OM DIE REDENEN
BESLIST DE RAAD VAN STATE :**

Artikel 1.

Het beroep wordt verworpen.

Artikel 2.

De kosten van het beroep tot nietigverklaring, bepaald op 173,53 euro, komen ten laste van de verzoekende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op
vijftien juli 2008, 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.