RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 209.133 van 24 november 2010
in de zaak A. 137.452/XII-3881

In zake: de NV BOUWBEDRIJF VMG-DE COCK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jan Temmerman
kantoor houdend te Gent
Sint-Martensstraat 16
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE ZELZATE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Veerle Tollenaere
kantoor houdend te Gent
Koning Albertlaan 128
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 2 juni 2003, strekt tot de nietigverklaring van "de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Zelzate van ongekende datum (vermoedelijk februari-maart 2003) tot gunning, ingevolge openbare aanbesteding, van de aanneming voor de verbouwing van een brandweerkazerne - fase 1 uitrukhall, gelegen te 9060 Zelzate, Burgemeester J. Chalmetlaan 56, op basis van het bestek BRZ 328/98, aan de NV Serck A&P, met maatschappelijke zetel te 9090 Melle, Gontrode Heirweg 176, en tegelijk de beslissing tot het niet weerhouden van de inschrijving van de verzoekster als laagst regelmatig, aan de verzoekster ter kennis gebracht bij schrijven van 2 april 2003".

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 175.316 van 4 oktober 2007 zijn de debatten heropend, is industrieel ingenieur bouwkunde Paul Verougstraete aangesteld als deskundige en is het door de auditeur-generaal aan te wijzen lid van het auditoraat

gelast met een aanvullend onderzoek van de zaak na kennisname van het deskundig verslag.

Deskundige industrieel ingenieur bouwkunde Paul Verougstraete heeft een verslag opgesteld.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een aanvullend 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 5 oktober 2010.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Filip Geerts, die loco advocaat Jan De Temmerman verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Elsbeth Devylder, die loco advocaat Veerle Tollenaere verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een met dit arrest eensluidend 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. Voor een volledige weergave van de feitelijke gegevens van de zaak wordt verwezen naar het arrest van de Raad van State nr. 175.316 van 4 oktober 2007.

IV. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

4. In het arrest nr. 175.316 van 4 oktober 2007 heeft de Raad van State onder het randnummer 17 reeds het volgende vastgesteld betreffende het eerste middel:

> "De doorslaggevende betwisting tussen partijen betreft post 40.71 (raamdorpels - aluminium), door de verwerende partij in verband gebracht met post 36.32 (lichtstraten - volledige modules). Indien de verzoekende partij immers betreffende die posten gelijk heeft, heeft zij de laagste regelmatige offerte ingediend, en omgekeerd, indien de verwerende partij gelijk heeft betreffende die posten, heeft de verzoekende partij niet de laagste regelmatige offerte ingediend. De betwistingen omtrent andere posten kunnen de rangschikking niet wijzigen in dergelijke mate dat de verzoekende partij alsdan de laagste regelmatige offerte zou hebben ingediend.
>
> Uit de discussie tussen partijen blijkt dat, teneinde over de gegrondheid van het middel te kunnen beslissen, de Raad van State zich moet uitspreken over de vraag of de in het geding zijnde raamdorpels, door de verzoekende partij onder post 40.71 gesitueerd, toch onder post 36.32 zouden begrepen zijn".

De huidige uiteenzetting en het onderzoek van het middel geschieden dienovereenkomstig.

Standpunt van de partijen en verslag van de deskundige

5. De verzoekende partij steunt het eerste middel op de schending van "artikel 15 van de Wet van 24 december 1993" en van "artikel 112§1 van het K.B. van 8 januari 1996".

Zij betoogt daartoe dat zij wel degelijk de laagste regelmatige offerte heeft ingediend. De verwerende partij heeft immers de door haar aanvaarde wijziging in plus van de offerte van de verzoekende partij voor de post 40.71 van de meetstaat (raamdorpels - aluminium) met 40,30 lm en aldus van het totaalbedrag van de offerte met 4.433,00 euro, ten onrechte niet eveneens toegerekend op de offerte van de nv Serck.

6. De verwerende partij brengt hier in haar memorie van antwoord het volgende tegen in:

> "7. Wat betreft art. 40.71 (raamdorpels - aluminium) wordt in het verslag van de vergelijking van de prijzen duidelijk vermeld dat voor de verzoekende partij een bedrag van 40.30 lm in meer wordt aanvaard.
>
> In haar offerte vermeldde de verzoekende partij immers:
>
> '...
> opmerking: Fout in opmeting
> Opmeting
> t.p.v. lichtstraat 1 45.50 45.50m
> overdracht 4.71m
> Totaal opgemeten 50.21m
>
> Volgens meetstaat
> rl.1 - rl.8 8 0.65 5.20m
> over te dragen 4.71m
> Totaal volgens meetstaat 9.91m
> In meer 40.30m
> ...'
>
> In deze opmerking wordt naar de lichtstraten verwezen.
>
> In het bestek wordt bij art. 36.30 (lichtstraten - algemeen) volgende omschrijving gegeven:
>
> > 'Het betreft de levering en plaatsing van standaard of op maat geprefabriceerde lichtstraten, geïntegreerd in het dakvlak en/of gedeeltelijk aangebouwd, d.w.z. alle elementen nodig voor het samenstellen van de lichtstraat, met name de volledige draagstructuur, oplegstukken, dakbeglazing, met inbegrip van de nodige bevestigingsmiddelen, randaansluitingen, gootstukken, kitten, e.a., alsook alle in het bijzonder bestek vermelde opties.'
>
> Wat de meting betreft, wordt uitdrukkelijk vermeld in het bestek:
>
> '...
> * Meetcode: de op te geven afmetingen zijn de dagmaten van de lichtstraat gemeten aan de bovenkant van de opstand. Inbegrepen alle hulpstukken en bevestigingsmiddelen.
> * Aard van de overeenkomst: totaalprijs (TP)
> ...'
>
> Waar het bij art. 36.30 duidelijk de bedoeling was om een totaalprijs te krijgen, heeft de verzoekende partij de dorpels ter plaatste van de lichtstraat duidelijk apart behandeld, nl. bij art. 40.71. Deze verandering in plus kan uiteraard niet bij de anderen worden opgenomen, aangezien het bestek een totaalprijs had voorgeschreven.
> Uit het verslag van vergelijking van de prijzen blijkt dat deze wijziging in hoeveelheid enkel wordt aanvaard voor de verzoekende partij".

De verwerende partij besluit dat “de hoeveelheden in plus terecht enkel bij de verzoekende partij werden aangerekend”, zodat de verzoekende partij door haar met reden als tweede werd gerangschikt.

7. In haar memorie van wederantwoord doet de verzoekende partij onder meer het volgende gelden:

> “2.2. Voor wat betreft artikelnummer 40.71.
>
> [...]
>
> Waar de verweerster erkent in de fout te zijn gegaan voor wat betreft de hoeveelheidswijzigingen in plus met betrekking tot de artikelnummers 34.13, 35.32 en 37.22, door deze gesignaleerde en aanvaarde hoeveelheidswijziging in plus niet in rekening gebracht te hebben bij de andere inschrijvers, tracht zij een identieke fout met betrekking tot artikelnummer 40.71 te rechtvaardigen aan de hand van een *post factum* door haar architect verstrekte ‘uitleg’.
>
> Het hoeft niet te verwonderen dat de verweerster (lees : haar architect) er alles aan gedaan heeft om een ‘verklaring’ te vinden, nu de fout die met betrekking tot dit artikelnummer begaan werd, doorslaggevend is, aangezien het de rangschikking van de inschrijvers fundamenteel wijzigt (en de NV A&P Serck ten onrechte en ten nadele van de verzoekster op de eerste plaats rangschikt).
>
> [...]
>
> Deze ‘verklaring’, welke de verweerster naderhand tot de hare gemaakt heeft, werd door de architect overigens pas verstrekt nadat de verzoekster haar verzoekschrift tot nietigverklaring reeds had neergelegd én overgemaakt aan de verweerster.
>
> Niet alleen is de ‘uitleg’ vanwege de architect post factum en met de door de verzoekster gevoerde betwisting in het achterhoofd opgemaakt, bovendien is deze inhoudelijk onjuist en/of onaanvaardbaar.
>
> [...]
>
> De ‘verklaring’ die de verweerster (lees : haar architect) opgeeft, is onverzoenbaar met de wettelijke bepalingen. Artikel 112, § 1, 1ste lid, 2/ van het K.B. van 8 januari 1996, zoals gewijzigd bij K.B. van 25 maart 1999 bepaalt :
>
> > ‘Voor de rangschikking van de offertes worden de hoeveelheden, aanvaard door de aanbestedende overheid, die groter zijn dan of gelijk zijn aan de hoeveelheden van de oorspronkelijke opmetingsstaat, naar alle opmetingsstaten zonder onderscheid gebracht.’
>
> Deze wettelijke bepaling is zeer duidelijk en niet voor enige interpretatie vatbaar.

> Uit het nazichtsverslag blijkt onbetwistbaar dat de verweerster met betrekking tot artikelnummer 40.71 de door de verzoekster voorgestelde hoeveelheidswijziging aanvaard heeft ten belope van 40,30 lm in plus [...].
>
> Aldus werd, zoals trouwens blijkt uit de gebruikte bewoordingen van het nazichtsverslag, de definitief aanvaarde hoeveelheid gebracht op 50,21 lm (i.p.v. de in het bestek voorziene 9,91 lm).
>
> Onder de rubriek 'voorgestelde hoeveelheden en commentaar' werden in het nazichtsverslag, behalve de bevestiging dat de voorgestelde hoeveelheidswijziging 'aanvaard' werd, geen bijzondere opmerkingen betreffende de hoeveelheidswijziging opgetekend.
>
> Van de 'verklaring' die de architect post factum verstrekt heeft, was in het nazichtverslag (of in enig ander document) nergens sprake.
>
> Aangezien de verweerster de hoeveelheidswijziging in plus aanvaard heeft, bestaat er geen wettelijke grond die haar zou toelaten om deze wijziging selectief toe te passen (de wettekst is dienaangaande zeer duidelijk : 'naar alle opmetingsstaten zonder onderscheid gebracht').
>
> De verweerster diende dan ook deze meerhoeveelheden zonder meer te verrekenen in de opmetingsstaten van alle andere inschrijvers. Het feit dat zij dit niet gedaan heeft, is te wijten ofwel aan ondeskundigheid ofwel aan onachtzaamheid. Dit wordt des te meer aangetoond nu dezelfde fout ook gemaakt werd met betrekking tot de artikelnummers 34.13, 35.32 en 37.22. Met de naderhand verstrekte 'verklaring' tracht de architect (hierin gevolgd door de verweerster) te ontsnappen aan de gevolgen van deze fout".

De verzoekende partij besluit: "dienvolgens staat het vast dat de m.b.t. artikelnummer 40.71 door de verzoekster gesignaleerde én door de verweerster aanvaarde wijziging in plus ten onrechte niet in rekening gebracht werden bij de offerte van de NV A&P Serck", en dat de prijs van de offerte van deze laatste inschrijver aldus diende te worden verhoogd met een bedrag van 3.534,31 euro.

8. Op dit punt in de procedure is het voormelde tussenarrest geveld waarbij een deskundige werd aangesteld met als opdracht zijn beredeneerd standpunt te geven:

> "betreffende de stelling van de verzoekende partij dat kan worden bijgetreden dat de 40,30 m in meer inzake post 40.71 wat resulteert in 4.433 euro, niet enkel bij de offerteprijs van de verzoekende partij moet worden bijgerekend maar ook bij die van de andere inschrijvers zoals NV A & P Serck",
>
> alsook

> "betreffende het standpunt van de verwerende partij dat verzoekende partij geen dorpels heeft opgenomen in de prijs van de lichtstraten onder post 36.32 alwaar ze zouden moeten zijn inbegrepen".

De deskundige komt in zijn verslag van 30 januari 2009 tot het volgende besluit:

> "* De stelling van verzoekende partij dat de 40,30 m in meer inzake post 40.71 wat resulteert in 4.433 euro, niet enkel bij de offerteprijs van de verzoekende partij moet worden bijgerekend maar ook bij die van de andere inschrijvers zoals de NV A & P Serck, kan niet worden bijgetreden.
>
> * Het standpunt van de verwerende partij dat verzoekende partij geen dorpels heeft opgenomen in de prijs van de lichtstraten onder post 36.32 alwaar ze zouden moeten zijn inbegrepen, is correct".

9. De verzoekende partij verwerpt in haar laatste memorie na het deskundig verslag de bevindingen van de deskundige. Zij voert daartoe over 15 bladzijden gespreid een omstandig technisch betoog, zich hierbij steunend op een document opgesteld door een ingenieur, door de verzoekende partij geraadpleegd na de neerlegging van het deskundig verslag.

Beoordeling

10.1. De door de Raad aangestelde deskundige werd in onderling overleg door de partijen voorgesteld hetgeen aangeeft dat verzoekende partij de deskundigheid van de betrokkene erkende en aanvaardde; het geeft geen pas daarop terug te komen na een tegenvallend verslag.

Het verslag van de door de Raad van State aangestelde deskundige is omstandig gemotiveerd en toegelicht en komt op helder beredeneerde wijze tot zijn besluit. De deskundige beantwoordt in zijn verslag uitgebreid de opmerkingen die de partijen -inbegrepen de verzoekende partij- hebben gemaakt nadat hun op 19 december 2007 het voorverslag was toegezonden.

Inhoudelijke technische bezwaren tegen de vaststellingen van een deskundige dienen te worden aangevoerd op het daartoe voorziene tijdstip tijdens het verloop van het deskundig onderzoek.

De verzoekende partij heeft tijdens het deskundig onderzoek de gelegenheid gehad om haar opmerkingen te doen gelden betreffende het voorverslag, waarin reeds tot hetzelfde besluit als het eindverslag werd gekomen. Zij heeft zelfs om een verlenging verzocht van de haar daartoe door de deskundige geboden termijn, welke verlenging haar ook volledig werd toegestaan. De verzoekende partij toont niet aan waarom zij de door haar pas na de neerlegging van het deskundig verslag geraadpleegde ingenieur niet voordien, tijdens het verloop van het deskundig onderzoek, tot haar zijde had kunnen roepen om haar bij te staan en zijn opmerkingen te doen gelden ten aanzien van de -voor haar standpunt duidelijk negatieve- bevindingen van het voorverslag. De door de Raad van State aangestelde deskundige zou op die wijze de thans door de verzoekende partij voor het eerst in de laatste memorie aangebrachte bouwtechnische bezwaren in zijn verslag hebben kunnen betrekken. De verzoekende partij heeft deze kans evenwel laten voorbijgaan.

De huidige handelwijze van de verzoekende partij aanvaarden zou ertoe leiden dat de Raad van State, ondanks het aanstellen van een deskundige, opnieuw de technische discussie tussen de partijen dient te beslechten, waartoe hij niet over de vereiste technische kennis beschikt. Met de uitvoerige technische kritiek die de verzoekende partij in haar laatste memorie uitbrengt op het deskundig verslag, kan dan ook geen rekening worden gehouden.

10.2. Uit het onderzoek door de deskundige en het besluit van diens verslag volgt dat de verwerende partij terecht enkel voor de offerte van de verzoekende partij de vermeerdering van de post 40.71 van de meetstaat (raamdorpels - aluminium) met 40,30 lm -en aldus een vermeerdering van het totaalbedrag van haar offerte met 4.433,00 euro- heeft vastgesteld en dat deze bijkomende hoeveelheid en de bijbehorende prijsverhoging niet dienden te worden toegerekend op de offertes van de andere inschrijvers, waaronder de gekozen inschrijver, de nv Serck.

De omstandigheid dat deze bijkomende hoeveelheid enkel bij de offerte van de verzoekende partij diende te worden gevoegd vloeit voort uit de -door de deskundige in zijn verslag bijgevallen- vaststelling dat de verzoekende partij geen dorpels heeft opgenomen in de prijs van de lichtstraten onder post 36.32, waar deze zouden moeten zijn inbegrepen.

10.3. Het door de verzoekende partij geschonden geachte artikel 112, § 1, 2/ van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 luidt als volgt:

> "2° voor de rangschikking van de offertes worden de hoeveelheden aanvaard door de aanbestedende overheid die groter zijn dan of gelijk zijn aan de hoeveelheden van de oorspronkelijke opmetingsstaat, naar alle opmetingsstaten zonder onderscheid gebracht. De wijzigingen die door de aanbestedende overheid aanvaard worden en die een vermindering van de hoeveelheden tot gevolg hebben, spelen daarentegen enkel in het voordeel van de inschrijvers die ze gemeld hebben en enkel in de mate dat hun verantwoording is aanvaard. [...]".

Deze bepaling is door de door de verzoekende partij gelaakte werkwijze van de verwerende partij te dezen niet geschonden.

Immers uit het verslag van de deskundige blijkt dat de verzoekende partij in haar offerte geen dorpels heeft opgenomen in de prijs van de lichtstraten onder post 36.32, waar deze zouden moeten zijn inbegrepen, wat ertoe heeft geleid dat de verzoekende partij in haar offerte de hoeveelheden voor de post 40.71 heeft moeten vermeerderen.

10.4. De verwerende partij mocht aldus terecht de offerte van de verzoekende partij als tweede laagste rangschikken, ná de offerte van de nv Serck. De opdracht werd aldus wel degelijk toegewezen aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte had ingediend, zodat het door de verzoekende partij geschonden geachte artikel 15 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, evenmin werd miskend.

10.5. Het eerste middel is niet gegrond.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

11. In de memorie van wederantwoord ontwikkelt de verzoekende partij een tweede middel, gesteund op de schending van "de formele motiveringsplicht".

Zij acht deze verplichting geschonden doordat de verwerende partij “zich [steunt] op een motivering welke pas bij schrijven van 16.6.2003 ontwikkeld/veruitwendigd werd”, terwijl “de motivering dient opgenomen te worden in de beslissing zelf”. “Minstens hadden de motieven dienen voor te komen in het nazichtverslag waarnaar de gunningsbeslissing verwijst”.

Met de motivering die door de verwerende partij “*post factum* en nadat de rechtsgeldigheid van haar beslissing aangevochten werd”, werd ontwikkeld, mag volgens de verzoekende partij geen rekening worden gehouden.

Ten slotte betoogt de verzoekende partij nog dat zij dit bijkomend middel voor het eerst in de memorie van wederantwoord mag inroepen “aangezien zij bij neerlegging van haar verzoekschrift geen kennis had en evenmin kon hebben van de motivering die verweerster thans laat gelden”.

Beoordeling

12.1. De verzoekende partij neemt aanstoot aan het feit dat de verwerende partij haar argumentatie in de memorie van antwoord steunt op een schrijven van de architect-ontwerper dat pas na het instellen van het annulatieberoep werd verzonden en waarin onder meer wordt verduidelijkt waarom de wijziging in meer van de hoeveelheden voor de post 40.71 in de offerte van de verzoekende partij werd aanvaard en enkel op deze offerte werd toegerekend.

12.2. De verplichting voor de verwerende partij om de bestreden toewijzingsbeslissing formeel te motiveren, strekt er in essentie toe om de indieners van een offerte de nodige informatie te verschaffen opdat zij met kennis van zaken voor hun rechten kunnen opkomen.

Te dezen gaat het om een openbare aanbesteding. In beginsel is een toewijzingsbeslissing afdoende gemotiveerd door verwijzing naar de laagste regelmatige inschrijver.

Ten overvloede kan voorts op het volgende worden gewezen. Uit de uiteenzetting en de beoordeling van het eerste middel is gebleken dat de verzoekende partij uitvoerig de motieven van de bestreden beslissing heeft kunnen bekritiseren - zij doet dit zelfs op een dermate technisch onderbouwde wijze dat de

Raad van State zich genoodzaakt zag terzake een deskundige aan te stellen om een beredeneerd standpunt te geven over de pertinentie van haar betoog. Aldus heeft de verzoekende partij er blijk van gegeven dat zij de motieven voor het als tweede rangschikken van haar offerte kende, waardoor het doel van de formele motiveringsplicht is bereikt. Zij heeft dan ook geen belang bij het aanvoeren van de schending van de formele motiveringsplicht.

Het tweede middel wordt verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 24 november 2010, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Geert Van Haegendoren,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,

bijgestaan door

Silja Doms,	griffier.

De griffier **De voorzitter**

Silja Doms **Dierk Verbiest**