

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 211.654 van 1 maart 2011
in de zaak A. 198.938/XII-6480**

In zake: de NV BORZEE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Arne Van Der Graesen
kantoor houdend te Beringen
Scheigoorstraat 5
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de VERENIGING VAN ZIEKENEHUIZEN -
het UNIVERSITAIR KINDERZIEKENHUIS
KONINGIN FABIOLA (U.K.Z.K.F.)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Valentine de Francquen en Patrick Thiel
kantoor houdend te 1170 Brussel
Terhulpsessesteenweg 178
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, vermoedelijk ingesteld op 24 januari 2011 (poststempel onleesbaar), strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “het besluit van Association Hospitaliere de Bruxelles - Hopital Universitaire des Enfants Reine Fabiola, afgekort Association Hospitaliere - H.U.D.E.R.F. dd. 10.01.2011 betreffende de toewijzing van de opdracht voor lot 4 aan SA Energys en waarbij de offerte van de verzoekende partij als onregelmatig werd beschouwd”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 24 februari 2011, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Joris Gebruers, die loco advocaat Anne Van Der Graesen verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Virginie Dor, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Luc Vermeire 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

3.1. Verwerende partij schrijft een openbare aanbesteding uit voor een opdracht van werken, in de aankondiging genoemd “uitbreiding van de eenheid intensieve zorgen op +1 - Afwerken & speciale technieken”.

3.2. Deze opdracht, met een in de aankondiging geraamde waarde van 2.500.000 euro, btw niet inbegrepen, is in het bestek (blz. 7/53) omschreven als “de afwerking en de speciale technieken van eenheid intensieve zorgen en eenheid van gebranden” en bestaat uit 5 percelen. Te dezen betreft de vordering perceel 4, HVAC-Sanitair.

Het bestek bepaalt inzake de samenvattende meetstaat en inhoud van het bestek onder meer (blz. 9/53):

“Om HUDERF in staat te stellen de bepalingen van artikel 96 van het KB van 8 januari 1996 toe te passen, moet de inschrijver een samenvattende meetstaat invullen die conform is met het model, zoals bijgevoegd in onderhavig bijzonder lastenboek, met opgave van zijn eenheidsprijzen en de totalen, overeenkomstig artikel 100 van hetzelfde Koninklijk Besluit. Dit document moet, gedateerd en getekend, bij de offerte worden gevoegd”

en

“De offertes en samenvattende meetstaten moeten worden opgesteld op de gedrukte teksten in bijlage bij het bijzonder lastenboek, overeenkomstig het model bepaald in artikel 90 van het KB van 08.01.1996, gewijzigd door artikel 38 van het KB van 25.03.1999.

Deze documenten moeten worden gedateerd en getekend door de inschrijver.

Elke offerte, samenvattende meetstaat of prijslijst die zijn opgesteld op een ander document valt onder de uitsluitende verantwoordelijkheid van de inschrijver die bovenaan de betreffende documenten de volgende formule moet aanbrengen:

‘Ik ondergetekende verklaar te hebben gecontroleerd dat de hierna vermelde documenten volledig in overeenstemming zijn met de vermeldingen zoals die voorkomen op het offerteformulier, de samenvattende meetstaat of de prijslijst, bezorgd door de bouwheer, en neem daarvoor persoonlijk de volledige verantwoordelijkheid op me. Alle vermeldingen die tegengesteld zijn aan het model, zoals bepaald door de administratie moeten worden beschouwd als onbestaande met uitzondering van de posten waarvoor de hoeveelheden werden gewijzigd overeenkomstig artikel 96 § 2 van het KB van 08.01.96 en die met eventuele hiaten worden opgenomen in de laatste pagina's van mijn document’”.

Het bestek bepaalt voorts:

“Alle correcties aan de forfaitaire hoeveelheden zijn toegelaten” en

“[Het is] verboden om het karakter van een post te veranderen” (blz. 5/53);

“De inschrijver is verplicht om basisprijzen op te geven overeenkomstig de samenvattende meetstaat” (blz 8/53);

“Het gaat om een gemengde opdracht

- opdracht met prijslijst voor de posten met vermoedelijke hoeveelheden (voorafgegaan door de vermelding V.H. in de samenvattende meetstaat)
 - opdracht met totaalprijs voor de andere posten” (blz. 9/53);
- “Alle hoeveelheden die zijn vermeld in elke post van de samenvattende meetstaat zijn forfaitaire hoeveelheden, met uitzondering van die worden voorafgegaan door de vermelding ‘V.H’, die vermoedelijke hoeveelheden zijn. De vermoedelijke hoeveelheden mogen niet worden gewijzigd” (blz. 11/53)

De niet steeds ook in het Nederlands opgestelde samenvattende meetstaat voor perceel 4 merkt de posten aan als “QF”, “PG” en sommige posten zoals de posten onder HV16 “diverse werkzaamheden specifiek voor het hoofdstuk hvac” en alle posten onder SA13 “diverse specifieke werken voor het hoofdstuk sanitair” behalve het “AS-BUILT dossier” als “PM” of pro memorie.

De technische bepalingen “perceel 4 verwarming” van het bestek vermelden daarbij voor post HV16 nogmaals “Opmeting - Pro memorie, begrepen in het geheel van de posten” (adm. doss., stuk 3a, blz. 97). De technische bepalingen “perceel 4 sanitair technische bepalingen” vermelden bij post SA13 ook nog eens “Opmeting - Ter herinnering, inbegrepen in het geheel van de posten” (adm. doss., stuk 3b, blz. 31).

3.3. De aankondiging van de opdracht wordt op 23 juni 2010 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen.

3.4. De offertes worden geopend op 9 september 2010. Er worden 6 offertes ingediend voor het perceel 4 HVAC – Sanitair. Verzoekende partij stelt met 671.392,09 euro de laagste prijs voor, gevolgd door nv Energys met 683.930,53 euro:

- Druart nv: 864.939,42 euro;
- Limpens nv: 764.095,42 euro;
- AG Thermo-service nv: 703.011,56 euro;
- Delta Thermic nv: 685.751,54 euro;
- Energys nv: 683.930,53 euro;
- Borzee nv: 671.392,09 euro.

3.5. Verwijzend naar artikel 110, §§ 3 en 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, vraagt de ontwerper in een aangetekende brief van 16 september 2011 aan verzoekende partij zo spoedig mogelijk een aantal abnormaal laag geachte prijzen te verantwoorden. Deze brief is enkel in het Frans opgesteld.

3.6. Met een aangetekende brief en e-mail van 22 september 2010 deelt verzoekende partij een verantwoording mee.

3.7. Naar blijkt uit het gunningsverslag werd ook een prijsverantwoording gevraagd aan nv Delta Thermic en aan nv Energys.

3.8. In een “rapport van de auteur van de opdracht” van 18 oktober 2010 stelt de ontwerper onder “rekenkundige analyse van de offertes” onder meer:

“De vennootschap Borzee NV heeft hoeveelheden ingebracht en prijzen doorgegeven voor de posten HV16: Diverse werken mbt het hoofdstuk verwarming en SA13: Diverse werken mbt het hoofdstuk sanitair. De vennootschap heeft de meetstaat van de inschrijving veranderd. Deze posten zijn pro memorie omschreven in het lastenboek, dus opgenomen in het geheel van de posten. Het totaalbedrag van deze posten in de offerte van de vennootschap Borzee nv bedraagt 34.586,21€ en kan niet worden aanvaard, aangezien deze de basisopzet van de inschrijving -die vraagt deze kosten in andere posten op te nemen- veranderd”.

Onder “abnormale prijzen” wordt de prijsverantwoording gegeven door nv Delta Thermic en nv Energys voldoende geacht.

De prijsverantwoording van verzoekende partij daarentegen wordt als volgt niet aanvaard:

“De vennootschap Borzee nv werd ondervraagd per aangetekend schrijven om de blijkbaar abnormale prijzen te verantwoorden. De vennootschap antwoordde per aangetekend schrijven op 22 september 2010. Meerdere aangebrachte verantwoordingen waren niet voldoende ten aanzien van §3 van artikel 110 van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996”.

De ontwerper concludeert vervolgens:

“Ten gevolge van de aritmetische analyse van de offertes werd de offerte van de Borzee nv niet weerhouden, daar de meetstaat van de inschrijving werd gewijzigd en de aangebrachte antwoorden op de vraag om de blijkbaar abnormale prijs te verantwoorden niet voldoende waren”.

In zijn eindconclusie stelt hij dat de offerte van de nv Borzee niet conform werd verklaard en dat de andere offertes conform werden verklaard en dat de opdracht voor perceel 4 mag worden gegeven aan de nv Energys voor een prijs van 689.181,31 euro, btw niet inbegrepen of 833.909,39 euro, btw inbegrepen.

3.9. Op 24 september 2010 beslist verwerende partij perceel 4 van de opdracht te gunnen aan de nv Energys voor een bedrag van 690.292,00 euro, btw niet inbegrepen. Het als stuk 9 voorgelegde uittreksel uit het register van de processen-verbaal van de beraadslagingen van de raad van bestuur van 24 september 2010 is enkel in het Frans opgesteld.

3.10. Met een blijkbaar aangetekende brief van 28 oktober 2010 en blijkbaar ook per faxbericht op 29 oktober 2010 deelt verwerende partij -in het Nederlands- aan verzoekende partij mee dat de opdracht niet aan haar werd gegund. Na vermelding van de inschrijvingsprijzen bij opening van de offertes en na de vermelding dat “alle offertes werden weerhouden na de kwalitatieve selectie en het onderzoek van de offertes”, wordt meegedeeld dat de offerte van verzoekende partij om de volgende redenen als onregelmatig wordt beschouwd:

“Overeenkomstig de artikelen 111 en 112 van de wet van 24 december 1993, het uitvoerings K.B. van 8 januari 1996 en de wijzigingsbesluiten, beschouwen wij uw offerte als onregelmatig. U heeft immers het matenplan van de inschrijving gewijzigd op de posten HV16; diverse werken eigen aan het hoofdstuk verwarming en SA13; diverse werken eigen aan het hoofdstuk sanitair. Deze posten zijn in het lastenboek beschreven als pro memorie, en dus begrepen in het geheel van de posten. De wijziging van het matenplan van de inschrijving kan niet aanvaard worden, want zij wijzigt de geest van de inschrijving op de aanbesteding, welke voorziet dat deze kosten in de andere posten geïntegreerd worden.

Bovendien zijn meerdere rechtvaardigingsstukken voor de abnormaal lage prijs aangebracht door uw aangetekend schrijven van 22/09/2010 niet voldoende met het oog op § 3 van het artikel 110 van het Koninklijk Besluit

van 8 januari 1996. Meerdere rechtvaardigingen verwijzen enkel naar een leveringsprijs zonder hem mee te delen en zonder de andere kosten te rechtvaardigen zoals de arbeidskosten, de algemene kosten, de winstmarges.... De opdrachtgevende overheid beschikt niet over objectieve elementen om de abnormaal lage prijs van uw offerte te rechtvaardigen.

Wij houden alle bewijsstukken ter uwe beschikking die u nodig zou achten”.

Ten slotte wordt gewezen op de mogelijkheid een vordering tot schorsing en/of vernietiging bij de Raad van State in te dienen:

“Overeenkomstig artikel 19 van de gecoördineerde wetten betreffende de Raad van State, meld ik u dat u over de mogelijkheid beschikt, om een verzoekschrift tot schorsing en/of vernietiging in te dienen bij de Raad van State tegen deze beslissing. Uw verzoekschrift moet aangetekend verstuurd worden naar de griffie van de Raad van State - Wetenschapsstraat 33 te 1040 Brussel. Per verzoeker moet een recht van 175 € betaald worden”.

3.11. Met een aangetekende brief van 4 november 2010 vraagt verzoekende partij om een kopie toe te sturen van de “gemotiveerde toewijzingsbeslissing van de opdracht”.

3.12. Met een blijkbaar aangetekende brief van 9 november 2010 deelt verwerende partij een uittreksel uit het register van de processen-verbaal van de beraadslagingen van de raad van bestuur van 24 september 2010 mee alsook het “analytisch verslag van de offertes die hieraan ten grondslag liggen” - per vergissing gaat het om het verslag van de ontwerper betreffende perceel 3. Er wordt opnieuw gewezen op de mogelijkheid een vordering tot schorsing en/of vernietiging bij de Raad van State in te dienen, thans met vermelding van een beroepstermijn van 60 dagen. Tevens wordt nu gewezen op de mogelijkheid een verzoek tot “schorsing bij hoogdringendheid” bij de Raad van State in te dienen.

De brief zelf is opgesteld in het Nederlands maar van de beslissing zelf en het verslag wordt enkel een versie in het Frans bijgevoegd.

3.13. Nadat verzoekende partij in een aangetekende brief van 16 november 2010 meedeelde dat verkeerdelijk het verslag voor perceel 3 werd ontvangen, bezorgt verwerende partij met een blijkbaar aangetekende brief van

18 november 2010 het juiste verslag. De beroepsmogelijkheden worden opnieuw vermeld zoals in de voornoemde brief van 9 november 2010.

De brief van 18 november 2010 zelf is opgesteld in het Nederlands maar van het verslag zelf wordt enkel een versie in het Frans bijgevoegd.

3.14. In een faxbericht van 25 november 2010 stelt de raadsman van verzoekende partij dat de kennisgeving van 20 oktober 2010 niet regelmatig is en niet voldoet aan de vereisten van artikel 65/8, § 1, en 65/29 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, en dat de vraag tot het verkrijgen van de gemotiveerde toewijzingsbeslissing niet correct werd beantwoord. Hij vraagt mee te delen op welke datum aan de nv Energys ter kennis werd gebracht dat de opdracht aan haar werd toegewezen en behoudt alle rechten voor om een vordering tot schorsing, nietigverklaring en schadevergoeding in te leiden tenzij verwerende partij meldt “af te zien van het plaatsen van de opdracht”.

3.15. Verwijzend naar artikel 58, derde lid, van de gecoördineerde wetten van 18 juli 1966 op het gebruik van de talen in bestuurszaken, beslist verwerende partij op 10 januari 2011 de beslissing van 24 september 2010 met effect op 24 september 2010 te vervangen door de beslissing van 10 januari 2011.

Voorts lijkt deze beslissing inhoudelijk gelijklopend aan de voormelde beslissing van 24 september 2010. Perceel 4 wordt dan ook opnieuw gegund aan de nv Energys.

3.16. Inzake dit lot 4 luidt deze beslissing:

“Overheidsopdracht voor werken van uitbreiding en renovatie van de Units van Intensieve Zorgen, afwerking en technieken - lot 4: HVAC-Sanitair. Gezien de Wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’, alsook zijn bijlagen;
Gezien de beslissing van de Raad van bestuur van UKZKF tijdens de zitting van 21 mei 2010 om de opdracht uit te schrijven per openbare aanbesteding

en om het volledige aanbestedingsdossier goed te keuren (bijzonder bestek, plan en meetstaten);
Gezien de offertes van Druart nv, Delta Thermic nv, Energys nv, AG Thermo Service bvba, Limpens nv en Borzee nv, voor lot 4;
Gezien het rapport van de opdrachtgever Architectes associés nv van 23 september 2010;
Overwegende dat de inschrijvers aan de hand van kwalitatieve selectiecriteria geselecteerd zijn;
Overwegende dat de offertes van Druart nv, Delta Thermic nv, Energys nv, AG Thermo Service bvba en Limpens nv regelmatig zijn;
Overwegende dat de offerte van Borzee nv niet regelmatig is nu deze vennootschap de meetstaat van de inschrijving heeft gewijzigd; dat de posten HV16 en SA13 beschreven zijn in het lastenboek als integraal deel van de posten; dat hiervoor afzonderlijke posten creëren (voor een totale waarde van 34.586,21 EUR), in plaats van de kost hiervoor in de andere posten op te nemen het opzet van de inschrijving wijzigt, en gelet op de grootte van dit bedrag een vergelijking tussen de offerte van Borzee nv en de offertes van de andere inschrijvers onmogelijk maakt;
Gelet ook op de niet-bevredigende antwoorden van de vennootschap Borzee op de gestelde vragen (art. 110, § 3, 2de alinea van de AR van 8/1/96);
Overwegende de beslissing van de Raad van bestuur van het UKZKF van 24 september 2010 om lot 4 van de huidige opdracht toe te kennen aan de inschrijver die de laagste offerte heeft ingediend, zijnde de onderneming Energys nv en dit voor een bedrag van 690.292,00 euro exclusief btw, of 835.253,32 euro inclusief btw, op basis van de motivering uit het rapport van de opdrachtgever 'Architectes associés nv' van 23 september 2010 dat zich in bijlage bevindt van de huidige beslissing en er integraal deel van uitmaakt. Gezien artikel 58 alinea 3 van de wet van 18 juli 1966 op het gebruik van talen in bestuurszaken volgens welke 'de akten of reglementen waarvan de nietigheid aldus wordt vastgesteld ingevolge van onregelmatigheden wat betreft de vorm worden vervangen door een regelmatige vorm door de overheid waarvan zij uitgaan: deze vervanging is van kracht vanaf de datum van de vervangende akte of reglement [lees: die vervanging heeft uitwerking op de datum van het vervangen bescheid]'.
De Raad van Beheer beslist de beslissing van 24 september 2010 te vervangen door huidige beslissing.
Overeenkomstig het aangehaalde artikel 58 alinea 3, heeft huidige beslissing effect op 24 september 2010".

Deze beslissing werd afzonderlijk genomen in het Frans en het Nederlands en is de bestreden beslissing.

3.17. Met een blijkbaar aangetekende brief van 24 januari 2011 deelt verwerende partij aan verzoekende partij mee dat beslist werd de opdracht voor perceel 4 toe te kennen en dat de offerte van verzoekende partij "niet werd

weerhouden daar zij onregelmatig werd bevonden”. “Conform artikel 65/8 van de Wet overheidsopdrachten” wordt een uittreksel meegedeeld van de beslissing van de raad van bestuur van 10 januari 2011 alsook een kopie van het rapport van de architecten van 18 oktober 2010, “met de motieven voor de wering van [haar] offerte”. Er wordt thans vermeld dat zij “overeenkomstig artikelen 65/11 en 65/15 van de Wet overheidsopdrachten” beschikt “over een termijn van 15 dagen, vanaf de verzending van dit schrijven, om een schorsend beroep in te dienen tegen de beslissing van UKZKF voor de bevoegde beroepsinstantie”. Voorts wordt gewezen op de mogelijkheid binnen de 60 dagen vanaf de verzending van deze brief een vordering tot vernietiging en/of schorsing bij de Raad van State in te dienen.

3.18. Deze brief is in het Nederlands; van de beslissing van 10 januari 2010 en het rapport lijken ook de Nederlandse versie te zijn bijgevoegd.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

4.1. In een eerste exceptie betwist verwerende partij de tijdigheid van de vordering.

Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over deze exceptie uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak daarover zou alleen nodig zijn indien zou komen vast te staan dat de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing zijn vervuld, wat, zoals hierna zal blijken, te dezen niet het geval is.

4.2. In een tweede exceptie stelt verwerende partij dat verzoekende partij geen belang heeft bij de vordering aangezien haar offerte onregelmatig werd verklaard en zij niet aantoont dat haar offerte regelmatig is.

In het tweede en derde middel betwist verzoekende partij dat haar offerte onregelmatig is. Het onderzoek van de tweede exceptie valt dan ook samen met de beoordeling van de ernst van die middelen.

V. De schorsingsvoorwaarden

5. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

6. De aankondiging van de opdracht werd echter bekendgemaakt na 24 februari 2010.

Dienvolgens is de wet van 23 december 2009 tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, te dezen van toepassing. De voornoemde wet van 23 december 2009 is immers in werking getreden op 25 februari 2010 krachtens artikel 76 van het koninklijk besluit van 10 februari 2010 tot wijziging van bepaalde koninklijke besluiten tot uitvoering van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten.

Overeenkomstig artikel 7 van de voornoemde wet van 23 december 2009 bepaalt de Koning de datum van haar inwerkingtreding en zijn enkel overheidsopdrachten die zijn bekendgemaakt vanaf die datum, zoals de in het geding zijnde opdracht, onderworpen aan de nieuwe wet.

Overeenkomstig het in de wet 24 december 1993, nieuw ingevoerde artikel 65/15, eerste lid, is voor de schorsing van de thans bestreden beslissing het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist. Artikel 65/15, tweede lid, verplicht verzoekende partij bovendien tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Dit geldt ongeacht of de opdracht de Europese drempel bereikt of niet. Artikel 65/31 van de wet van 24 december 1993 maakt artikel 65/15 immers ook toepasselijk op opdrachten die de Europese drempel niet bereiken.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de bestreden beslissing kunnen verantwoorden.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

7. Verzoekende partij formuleert het eerste middel als volgt in het verzoekschrift:

“Het eerste middel is gebaseerd op een schending van o.m. artikel 19 van de gecoördineerde wetten van 18 juli 1966 op het gebruik van de talen in bestuurszaken, de schending van de artt. 10 en 11 van de Grondwet en de schending van de beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het gelijkheidsbeginsel doordat de brief van 16.09.2010 waarbij de verzoekende partij verzocht werd een aantal prijzen te verantwoorden enkel in de Franse taal is opgesteld, doordat de verzoekende partij -in tegenstelling tot de andere inschrijvers- niet in haar eigen taal werd behandeld en doordat het besluit van 10.01.2011 enkel in de Nederlandse taal is opgesteld terwijl dit niet de taal is van de overige inschrijvers”.

Beoordeling

8. In de huidige stand van het geding kan worden vastgesteld dat de bestreden beslissing de offerte van verzoekende partij onregelmatig verklaart omdat deze vennootschap de meetstaat van de inschrijving heeft gewijzigd door voor de posten HV16 en SA13 die in het bestek omschreven zijn als pro memorie posten en integraal deel uitmaken van de andere posten afzonderlijk geprijsde posten te creëren in plaats van de kost hiervoor in de andere posten op te nemen, hetgeen het opzet van de inschrijving wijzigt en gelet op de grootte van dit bedrag

een vergelijking tussen de offerte van verzoekende partij en de offertes van de andere inschrijvers onmogelijk maakt. Voorts wordt verwezen naar de niet-bevredigende antwoorden van de verzoekende partij op de gestelde vragen betreffende abnormaal geachte prijzen.

Zoals ook in het verslag van de architect dat aan de basis ligt van de bestreden beslissing en zoals ook vermeld in de eerste kennisgevingsbrief van 28 oktober 2010 lijkt de offerte van verzoekende partij aldus te zijn onregelmatig verklaard om twee redenen: enerzijds omdat de meetstaat werd gewijzigd en anderzijds omdat de aangebrachte antwoorden op de vraag om de blijkbaar abnormale eenheidsprijzen te verantwoorden niet voldoende waren en deze prijzen dus niet werden aanvaard.

Beide motieven, indien wettig, lijken elk op zich de onregelmatigverklaring van de offerte van verzoekende partij te kunnen verantwoorden.

In het tweede middel wordt het tweede motief - geen afdoende prijsverantwoording - betwist en in het derde middel het eerste motief: de wijziging van de meetstaat. Aangezien dit derde middel, zoals hierna zal blijken, niet ernstig is, lijkt verzoekende partij geen belang meer te hebben bij een eventuele schorsing van de bestreden beslissing op grond van het eerste middel in de mate dit aanstoot neemt aan de in Frans gestelde vraag tot prijsverantwoording. Het eerste motief lijkt immers niet te steunen op de vraag tot prijsverantwoording en de eventuele onwettigheid van een in een verkeerde taal gestelde vraag tot prijsverantwoording lijkt niet tot de onwettigheid te leiden van de gehele daaropvolgende procedure maar enkel van de beoordeling van de prijsverantwoording. Het desgevallend ernstig bevinden van deze grief lijkt dan te dezen ook niet te kunnen leiden tot de schorsing *casu quo* nietigverklaring van de bestreden beslissing in de mate deze dan nog kan steunen op het eerste motief.

Het feit dat verzoekende partij zich hier beroept op een middel dat steunt op een schending van een wet die beoogt de openbare orde te beschermen en dan ook geen belang bij het middel lijkt te moeten aantonen, middel dat in beginsel zelfs ambtshalve zou moeten worden aangevoerd, lijkt niet tot een

andere conclusie te moeten leiden aangezien verzoekende partij nog steeds een belang moet hebben bij de gevraagde schorsing zelf.

9. In de mate dat verzoekende partij in dit middel voorts aanvoert dat, door de vervanging van de gunningbeslissing van 24 september 2010 door de bestreden beslissing, de gunningbeslissing nog enkel in het Nederlands bestaat terwijl dit niet de taal is van de overige inschrijvers, volstaat in de huidige stand van het geding de vaststelling dat de bestreden beslissing -die de gunningbeslissing van 24 september 2010 vervangt- bestaat in een Nederlandse en Franse versie. Aldus lijkt er wel degelijk tegelijk ook een gunningbeslissing in het Nederlands en Frans te bestaan zoals verzoekende partij lijkt te vereisen zodat dit middelonderdeel feitelijke grondslag lijkt te missen.

In de mate dat verzoekende partij aanvoert dat zij -in tegenstelling tot de andere inschrijvers- niet in haar eigen taal werd behandeld en dat daardoor het gelijkheidsbeginsel werd geschonden, licht zij dit niet verder toe.

In zoverre deze grief zou steunen op de haar in het Frans gestelde vraag tot prijsverantwoording, lijkt deze grief, indien ernstig, om de reeds uiteengezette redenen, niet tot schorsing van de bestreden beslissing te kunnen leiden.

In de mate dat zij deze grief zou afleiden uit het feit dat deze gunningsbeslissing nu nog enkel zou bestaan in het Nederlands, lijkt deze grief zoals reeds opgemerkt feitelijke grondslag te missen; bovendien wordt zij hierdoor juist wel in haar eigen taal behandeld.

In zoverre zij deze grief ten slotte zou afleiden uit het feit dat de gunningsbeslissing haar eerst in het Frans werd meegedeeld, blijkt dit niet alleen niet voldoende duidelijk uit het middel maar gaat zij er ook aan voorbij dat deze met uitwerking op de dag van de eerste beslissing werd vervangen door een wel in het Nederlands gestelde tekst, die haar opnieuw werd meegedeeld en waartegen zij beroep kon instellen.

10. Het eerste middel is dan ook niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

11. In het verzoekschrift verwoordt verzoekende partij dit middel als volgt :

“Het tweede middel is gebaseerd op de schending van de artt. 110 §§ 3 en 4 van het K.B. van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, de schending van de beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het zorgvuldigheids-, het transparantie- en het motiveringsbeginsel en de schending van de artt. 2 en 3 van de formele motiveringswet van 29 juli 1991 doordat HUDERF toepassing maakt van artikel 110 §§ 3 en 4 van het K.B. van 8 januari 1996 terwijl de offerte van de verzoekende partij geen 15% afwijkt van het gemiddelde van de offertes, doordat de offerte van de verzoekende partij ten onrechte als abnormaal laag werd beschouwd, doordat de bestreden beslissing geen motieven bevat waaruit de verzoekende partij zou kunnen opmaken welke prijzen dan wel als abnormaal laag worden beschouwd en doordat de bestreden beslissing geen rekenkundige regeling bevat waaruit de verzoekende partij zou kunnen opmaken waarom de offerte 15% afwijkt van het gemiddelde van de offertes”.

Beoordeling

12. Om de reeds bij het eerste middel uiteengezette redenen lijkt verzoekende partij geen belang te hebben bij dit middel dat het tweede motief van de onregelmatigverklaring van haar offerte -geen afdoende prijsverantwoording- betwist aangezien, zoals hierna zal blijken, het derde middel dat het eerste motief -de wijziging van de meetstaat- betwist, niet ernstig is. Zelfs indien het tweede middel ernstig zou zijn, kan dit bijgevolg niet leiden tot de schorsing *casu quo* nietigverklaring van de onregelmatigverklaring van de offerte van verzoekende partij nu deze voldoende kan steunen op het eerste motief.

Het tweede middel is dan ook niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

13. Verzoekende partij omschrijft het derde en laatste middel als volgt:

“Het derde middel is gebaseerd op de schending van de artt. 110 §§ 3 en 4 van het K.B. van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, de schending van de beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het zorgvuldigheids-, het fairplay-, het redelijkheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel en de schending van de artt. 2 en 3 van de formele motiveringswet van 29 juli 1991”.

Deze rechtsnormen acht zij in essentie geschonden “doordat HUDERF toepassing maakt van de artt. 110 §§ 3 en 4 van het K.B. van 8 januari 1996 en ten onrechte de offerte van de verzoekende partij als onregelmatig beschouwd”.

Beoordeling

14. Uit de toelichting van het middel blijkt dat hier het motief wordt betwist dat de offerte van verzoekende partij onregelmatig is omdat verzoekende partij de meetstaat heeft gewijzigd door voor posten HV16 en SA13, in de meetstaat omschreven als pro memorie posten, dus posten waarvan de kost in de andere posten inbegrepen moest zijn, prijs te geven ten belope van 34.586,21 euro, dus door deze kosten niet op te nemen in de andere posten. Dit gaat volgens de bestreden beslissing in tegen de opzet van de inschrijving en maakt de vergelijking met de andere offertes onmogelijk.

15. Verzoekende partij citeert zelf deze motivering en betwist deze inhoudelijk. Aldus blijkt zij deze te kennen en lijkt voldaan aan de formele motiveringsplicht, minstens de *ratio legis* ervan. Zij licht in dit middel trouwens ook niet toe op welke wijze te dezen de formele motiveringsplicht, die zij afleidt uit de wet van 29 juli 1991, werd geschonden.

16. Voorts lijkt deze grief vreemd aan de in het middel ingeroepen artikelen 110, §§ 3 en 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 die het onderzoek van het al dan niet abnormaal karakter van de prijzen betreffen.

17. Te dezen lijkt het niet door verzoekende partij ingeroepen artikel 110, § 2, van datzelfde koninklijk besluit echter meer relevant:

“§ 2. Onverminderd de nietigheid van elke offerte wegens afwijking van de essentiële bestekbepalingen zoals deze opgesomd in artikel 89, kan de aanbestedende overheid offertes als onregelmatig en derhalve als onbestaande beschouwen, indien zij niet overeenstemmen met de bepalingen van deze titel, enig voorbehoud inhouden, of bestanddelen bevatten die niet met de werkelijkheid overeenstemmen”.

De prijs behoort tot de voormelde essentiële bestekbepalingen.

18. Verwerende partij benadrukt terecht dat het bestek bepaalt dat de inschrijver “Om HUDERF in staat te stellen de bepalingen van artikel 96 van het KB van 8 januari 1996 toe te passen, [...] een samenvattende meetstaat [moet] invullen die conform is met het model, zoals bijgevoegd in onderhavig bijzonder lastenboek, met opgave van zijn eenheidsprijzen en de totalen, overeenkomstig artikel 100 van hetzelfde Koninklijk Besluit”. Tevens is bepaald dat “Elke offerte, samenvattende meetstaat of prijslijst die zijn opgesteld op een ander document valt onder de uitsluitende verantwoordelijkheid van de inschrijver die bovenaan de betreffende documenten de volgende formule moet aanbrengen: [...]”.

Het bestek bepaalt voorts onder meer dat alle hoeveelheden die zijn vermeld in elke post van de samenvattende meetstaat forfaitaire hoeveelheden zijn met uitzondering van die welke voorafgegaan worden door de vermelding “V.H.”, die vermoedelijke hoeveelheden zijn, dat alle correcties aan de forfaitaire hoeveelheden zijn toegelaten maar dat het verboden is het karakter van een post te veranderen en dat de inschrijver verplicht is om basisprijzen op te geven overeenkomstig de samenvattende meetstaat.

Inhoudelijk dient aldus vastgesteld dat het bestek de invulling vereiste van de meetstaat zonder wijziging van de aard van de posten. Dit lijkt

verzoekende partij wel gedaan te hebben door de prijs voor bepaalde pro memorie posten niet zoals gevraagd in het bestek op te nemen onder de andere posten. Dat dit gegeven minstens de vergelijkbaarheid van de prijzen kan aantasten, lijkt een beoordeling die niet onzorgvuldig is en de perken van de redelijkheid niet te buiten gaat.

Het argument van verzoekende partij dat de kwestie, of de kosten zijn opgenomen in het geheel van de posten of gedetailleerd zijn voorgesteld, niets verandert aan de totaalprijs, toont niet *prima facie* het tegendeel aan.

Artikel 111 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 bepaalt weliswaar dat de aanbestedende instantie, alvorens de begunstigde aan te wijzen, de rekenfouten verbetert en de kennelijk materiële fouten in de offertes, zonder dat zij voor niet ontdekte fouten aansprakelijk is, maar verzoekende partij roept niet de schending van dit artikel in; het lijkt te dezen *prima facie* ook niet te gaan om een rekenfout of kennelijk materiële fout in de zin van dit artikel 111.

De verklaring van verzoekende partij bij de offerte dat iedere vermelding die strijdig is met het door het bestuur vastgestelde model als niet geschreven moet worden beschouwd, leidt evenmin tot een andere conclusie; dit lijkt verwerende partij immers niet toe te laten dan zelf maar de andere prijzen te verhogen met hetgeen werd ingevuld voor post HV16 respectievelijk SA13, en deze posten in mindering te brengen, zoals verzoekende partij in het middel stelt.

Evenmin lijkt er *prima facie* een tegenstrijdigheid tussen enerzijds het oordeel van het bestuur dat de prijsverantwoording niet voldoende werd geacht en anderzijds wat verzoekende partij noemt de kritiek dat de posten pro memorie te uitgebreid werden beschreven door verzoekende partij. Het motief van de onregelmatigverklaring is trouwens dat de meetstaat werd gewijzigd en aldus de vergelijkbaarheid van de offertes aangetast.

Verzoekende partij toont dan ook niet met de vereiste *prima facie* ernst aan dat verwerende partij om die reden ten onrechte besloot de offerte van verzoekende partij als onregelmatig te weren. De schending van artikel 110,

§ 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 wordt zoals gezegd trouwens niet ingeroepen.

19. Aldus lijkt evenmin aangetoond dat deze beslissing niet op deugdelijke motieven steunt of de beginselen van de zorgvuldigheid of van de redelijkheid schendt.

Zo dit al een onderscheiden rechtsbeginsel is, vereist de schending van het ingeroepen “fairplaybeginsel” niet alleen een onzorgvuldig optreden te vereisen, maar bovendien dat hieraan moedwilligheid ten grondslag ligt, hetgeen veronderstelt dat de verzoekende partij aantoont dat de overheid te dezen met enige kwade trouw zou hebben gehandeld en met opzet zou hebben gepoogd haar in de uitoefening van haar rechten te belemmeren.

Het argument dat dit alles een drogreden is om verzoekende partij te kunnen uitsluiten, zou in verband kunnen worden gebracht met de ingeroepen schending van het fair play beginsel, maar wordt niet aangetoond.

20. Het derde middel is bijgevolg niet ernstig.

VII. Besluit

21. Nu de drie middelen alle niet ernstig werden bevonden dient de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid te worden verworpen. Er dient dan ook niet te worden ingegaan op de door verwerende partij gevraagde belangenafweging.

BESLISSING

De Raad van State verwerpt de vordering.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 1 maart 2011,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest