

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 212.084 van 17 maart 2011
in de zaak A. 152.833/XII-4170**

In zake: de BVBA CALOREC
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Nico Vandebroek
kantoor houdend te 3000 Leuven
Constantin Meunierstraat 111
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE LUBBEEK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Benny Welkenhuysen
kantoor houdend te 3210 Lubbeek
Staatsbaan 168
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 16 juni 2004, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing genomen door de gemeente Lubbeek inzake ‘bouw sportaccommodatie Linden – perceel 2 – centrale verwarming, verluchting en sanitair’, ingevolge waarvan de gemeente Lubbeek bij brief van 14.04.2004 aan verzoekende partij meedeelde dat de offerte van verzoekende partij niet werd weerhouden en de opdracht aan een derde partij werd toegewezen”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een 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 14 december 2010.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Aurélie Van Meensel, die loco advocaat Nico Vandebroek verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Karen Vanoverschelde, die loco advocaat Benny Welkenhuysen 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

3.1. Verwerende partij schrijft een opdracht uit met als voorwerp de bouw van een “sportaccommodatie” in de deelgemeente Linden. Het voorliggende beroep heeft betrekking op “perceel 2: centrale verwarming, verluchting & sanitair”.

De opdracht wordt op 7 en 14 november 2003 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen. De gunningswijze is de openbare aanbesteding.

3.2. Het op de opdracht toepasselijke bestek nr. A-5593/2 bepaalt onder meer dat er “één ‘verplichte variante’ [is] voorzien”. In de technische bepalingen van het bestek wordt deze variante nader omschreven:

“Ter vervanging van de mechanische verluchting en verwarming dient de inschrijver verplicht een variante in te dienen voor een extractie van de cafetaria en een bijkomende lucht aangedreven verwarming”.

3.3. Op 8 december 2003 worden de inschrijvingen geopend. Vijf ondernemingen, waaronder verzoekende partij en de bvba Geuvers, hebben offertes ingediend.

Op de openingszitting blijkt verzoekende partij, wat de basisoffertes betreft, de laagste prijs te hebben ingediend met 123.722,70 euro. De bvba Geuvers heeft met een basisofferte van 149.925,40 euro de tweede laagste inschrijving ingediend. Beide bedragen zijn btw niet inbegrepen.

3.4. In het begeleidend schrijven bij haar inschrijving merkt verzoekende partij op:

“Door het feit van verschillende tegenstrijdigheden tussen lastenboek, meetstaat en plannen, is onze inschrijving perceel 2 gebaseerd conform het KB 08-01-1996 en conform de algemene aannemingsvoorwaarden, meer bepaald art 24 ev.

De noodzakelijke aanpassingen voor het uitvoeren volgens de regels van goed vakmanschap zijn te verrekenen volgens bijgevoegde lijst van leemten en/of vergissingen”.

Verzoekende partij heeft een omstandige, 17 bladzijden tellende nota “Technische rechtzettingen – vergissingen en leemten” bij haar inschrijving gevoegd.

3.5. Op 1 maart 2004 wordt een gunningsverslag opgesteld door de ontwerper, bvba Studiebureau GVE. In de inleiding tot het verslag wordt gesteld: “verplichte variante: nihil”. De ingediende offertes worden vervolgens onder-

worpen aan een rekenkundig nazicht, zowel van de basisoffertes als van de verplichte varianten. De opmerkingen die verzoekende partij in voormelde nota had gemaakt, worden onderzocht en deels aanvaard, deels verworpen. Sommige door verzoekende partij vastgestelde leemten en verbeteringen worden aan alle inschrijvers toegerekend, andere worden niet aanvaard en de meerkost enkel aan verzoekende partij toegerekend. Vervolgens wordt een eindrangschikking van de basisoffertes opgesteld en een voorstel tot toewijzing geformuleerd:

“3.4. Rangschikken voor toewijzing (zonder rekening te houden met de verplichte variante).

3.4.1. Voor de toewijzing werd navolgende rangschikking opgesteld.

Nr.	Naam v/d inschrijver	Woonplaats	Bedrag excl. BTW	Verbeterd bedrag excl. BTW
1	Geuvers	Blanden	€ 149.925,40	€ 159.555,61
2	Verplaetsen	Herent	€ 152.565,83	€ 162.890,83
3	Jaspers	Hasselt	€ 180.750,00	€ 192.532,66
4	Calorec	Leuven	€ 123.722,70	€ 196.755,61
5	Coenen	Rotselaar	€ 215.581,83	€ 245.527,27

[...]

V. Voorstel tot toewijzing.

Gezien de aannemer reeds gelijkaardige werken met goed gevolg heeft uitgevoerd,

Gezien de aannemer in het bezit is van de vereiste erkenning en registratie,

5.1. Stellen wij voor:

De werken toe te vertrouwen aan:
Geuvers bvba, [...],

- indien gekozen wordt voor de uitvoering zonder verplichte variante:
voor de som van € 159.555,61 (excl. B.T.W.)
 € 33.506,68 (21% B.T.W.)
 € 193.062,29 (incl. B.T.W.)

- indien gekozen wordt voor de uitvoering met verplichte variante:
voor de som van € 152.585,61 (excl. B.T.W.)
 € 32.042,68 (21% B.T.W.)
 € 184.628,59 (incl. B.T.W.)”.

Bij het gunningsverslag zijn meerdere bijlagen gevoegd, waaronder een bijlage C die betrekking heeft op het rekenkundig nazicht van de offertes.

3.6. Op 31 maart 2004 beslist het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Lubbeek, onder meer “gelet op het aanbestedingsverslag d.d. 01/03/2004 opgemaakt door het Studiebureau GVE”, om “de firma bvba Geuvers [...] aan te stellen voor de uitvoering van de centrale verwarming, verluchting en het sanitair in de sportaccommodatie te Linden voor een totaal van 184.628,59 EUR (BTW incl.)”.

Dit is de thans bestreden beslissing.

3.7. Met een brief gedateerd op 14 april 2004 wordt verzoekende partij op de hoogte gebracht dat haar offerte “niet werd weerhouden” en dat de opdracht werd toewezen aan de bvba Geuvers. Bij deze brief is een kopie van het gunningsverslag gevoegd.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4. In haar laatste memorie betwist verwerende partij de ontvankelijkheid *ratione temporis* van het beroep. Zij wijst er op dat, hoewel verzoekende partij met een schrijven van 14 april 2004 op de hoogte werd gebracht van de bestreden beslissing, het annulatieberoep pas op 17 juni 2004 werd ingesteld, zodat “de termijn van 60 dagen na kennisname dan ook verstreken is”.

5. De verzoekende partij stelde reeds in haar inleidend verzoekschrift dat, blijkens de afstempeling, de kennisgeving van de bestreden beslissing pas op vrijdag 16 april 2004 werd verzonden en door haar op maandag 19 april 2004 werd ontvangen. Verwerende partij toont het tegendeel niet aan. De exceptie kan niet worden aanvaard.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6. Het eerste middel is gesteund op de schending van “art. 15 van de Wet van 24.12.1993, art. 113 van het K.B. nr. 1 van 08.01.1996 en het zorgvuldigheidsbeginsel”.

Verzoekende partij brengt in herinnering dat het bestek in een verplichte variante voorzag en deze omschreef. Zij wijst er op dat in het gunningsverslag een rangschikking van de basisoffertes werd opgesteld met verbeterde bedragen, doch zonder dat de verplichte varianten van elke inschrijver in de rangschikking werden opgenomen. Het gunningsverslag vermeldt daarentegen enkel “verplichte variante: nihil”, dit terwijl de verplichte variante een wezenlijk deel uitmaakt van de opdracht en niet als “nihil” kan worden beschouwd. Bovendien werd in het gunningsverslag enkel de verplichte variante van de bvba Geuvers besproken, wier basisofferte na verbetering de laagste bieding zou zijn.

De gunning aan een aannemer, enkel op grond van een rangschikking van de basisoffertes, gevolgd door een bespreking van de verplichte variante van enkel die aannemer, gebeurde dan ook niet correct. De laagste offerte dient immers in aanmerking te worden genomen, ongeacht of het een basisofferte dan wel een verplichte variante betreft. De door verzoekende partij ingediende verplichte variante werd in het gunningsverslag niet eens besproken.

Verzoekende partij besluit dat het duidelijk is dat verwerende partij zich bij het nemen van de bestreden beslissing heeft gesteund op een niet correct gemotiveerd gunningsverslag.

7. In haar laatste memorie wijst verzoekende partij er nog op dat bij gebrek aan één enkele rangschikking van basisoffertes en varianten, er niet kan worden nagegaan of door de bvba Geuvers de laagste regelmatige offerte werd ingediend.

Beoordeling

8.1. Overeenkomstig artikel 15 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, dient bij openbare of beperkte aanbesteding de opdracht te worden toegewezen aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte indiende. Voor het bepalen van de laagste regelmatige offerte, houdt de aanbestedende overheid rekening met de aangeboden prijzen en met de andere berekenbare gegevens die met zekerheid haar uitgaven zullen verhogen.

Artikel 113, eerste lid, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, luidt:

“Indien het bestek varianten oplegt of toestaat, moet het voorwerp van die varianten, hun aard en draagwijdte nader worden omschreven. In dat geval dient de inschrijver een offerte in voor het basisontwerp en, in voorkomend geval, als het om een opgelegde variëte gaat, voor deze variëte. De opdracht wordt gegund aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte heeft ingediend op grond van één enkele rangschikking van de basisoffertes en de varianten”.

8.2. De laatste zin van het aangehaalde artikel 113, eerste lid, strekt ertoe de aanbestedende overheid bij het onderzoek van de offertes en de toewijzing van de opdracht rekening te doen houden met alle ingediende offertes, zowel basisoffertes als varianten.

Te dezen blijkt uit de bij het gunningsverslag gevoegde rekenkundige tabellen (bijlage C bij het gunningsverslag) dat het studiebureau bij

het rekenkundig nazicht van de offertes de verplichte variante voor elke inschrijver heeft onderzocht (blz. 12 van de rekenkundige tabellen) en bij de rangschikking van de offertes in de rekenkundige tabellen (blz. 14) wel degelijk rekening heeft gehouden met de variante offertes en niet enkel met de basisoffertes. De bvba Geuvers blijkt met haar verplichte variante de laagste offerte te hebben ingediend en werd dienvolgens als eerste gerangschikt. Verzoekende partij wordt met haar beide offertes als voorlaatste gerangschikt.

In zoverre berust het middel dan ook op een onjuist feitelijk uitgangspunt.

Voorts werd in de inleiding van het gunningsverslag inderdaad gesteld “verplichte variante: nihil”. In het licht van de voorgaande vaststelling blijkt dit echter om een louter materiële misslag te gaan.

Het feit dat in het corpus van het gunningsverslag zelf geen rangschikking met inbegrip van de variante offertes werd opgenomen leidt niet tot de onrechtmatigheid van de bestreden beslissing, nu reeds is gebleken dat er wel degelijk rekening werd gehouden met de variante. Hetzelfde geldt voor het feit dat enkel de variante offerte van de bvba Geuvers in het corpus van het gunningsverslag werd vermeld.

Ten slotte is uit het voorgaande gebleken dat in de bij het gunningsverslag gevoegde rekenkundige tabellen de bvba Geuvers met haar variante offerte als eerste werd gerangschikt, zodat de opdracht uiteindelijk werd toegewezen aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte had ingediend. Aldus werd evenmin artikel 15 van de wet van 24 december 1993 miskend.

8.3. Het middel is niet gegrond.

B. Tweede middel

Standpunt van de partijen

9. In het tweede middel roept verzoekende partij de schending in van “art. 96 en 112 van het K.B. nr. 1 van 08.01.1996, van art. 24 van de Algemene Aannemingsvoorwaarden (bijlage bij het K.B. van 26.09.1996), van het motiveringsbeginsel en van het gelijkheidsbeginsel”.

Zij acht deze rechtsnormen geschonden:

“Doordat de aanbestedende overheid bij de toewijzing van de opdracht de gegrondheid van de door een inschrijver aangegeven leemten en vergissingen moet onderzoeken en desgevallend ook de prijzen van de offertes van de andere inschrijvers dient te verbeteren;

Terwijl in casu verwerende partij zich bij het nemen van de bestreden beslissing gebaseerd heeft op een aanbestedingsverslag waarin, zonder inachtneming van de interpretatieregel voorzien in art. 24 A.A.V. dat de plannen voorrang hebben op het bestek en de meetstaat, op arbitraire wijze bepaalde van de door verzoekende partij aangegeven leemten en vergissingen nu eens ook werden verrekend bij de andere inschrijvers, dan weer eens enkel bij de door verzoekende partij ingediende offerte werden verrekend, zodat de inschrijvingsprijs van verzoekende partij ten onrechte werd verhoogd van € 123.722,70 (goedkoopste) naar maar liefst € 196.755,61 (vierde plaats)”.

Verzoekende partij vervolgt haar betoog met een omstandige toelichting van dit middel waarin zij 31 punten van kritiek opwerpt ten aanzien van het onderzoek van haar offertes door het studiebureau:

“Toelichting

Een inschrijver op een openbare aanbesteding is verplicht over te gaan tot een grondige studie van de aanbestedingsdocumenten:

- art. 96 § 2 K.B. nr. 1 van 08.01.1996: ‘De inschrijver vult de leemten in de samenvattende opmetingsstaat aan en verbetert de vergissingen die hij in de forfaitaire hoeveelheden ontdekt, rekening houdend met de tekeningen, het bestek, zijn

beroepskennis of persoonlijke bevindingen; hij voegt bij zijn offerte een nota ter verantwoording van de wijzigingen. ...’.

Verzoekende partij had dan ook bij haar inschrijving naast de meetstaat tevens een uitvoerige gemotiveerde bijlage met technische rechtzettingen, vergissingen en leemten gevoegd.

Overeenkomstig art. 112 van het K.B. nr. 1 van 08.01.1996 diende verwerende partij bij de toewijzing van de opdracht dan ook de door verzoekende partij opgegeven leemten en vergissingen te onderzoeken en desgevallend, indien zij terecht werden geacht, ook in de offertes van de andere inschrijvers aan te vullen.

Uit het aanbestedingsverslag blijkt evenwel dat hiertoe uiterst lichtzinnig is overgegaan.

Zo wordt er in het aanbestedingsverslag geen rekening gehouden met de toepasselijke wetgeving en normen, bevat het fouten (bijvoorbeeld wordt in het aanbestedingsdossier gesteld dat bepaalde opgeworpen leemten als ‘inbegrepen’ vermeld zouden staan in de inschrijving van verzoekende partij, terwijl dit helemaal niet het geval was), en getuigt het van totale willekeur.

Het aanbestedingsverslag is bovendien, in tegenstelling tot de door verzoekende partij voorgestelde rechtzettingen en leemtes, technisch helemaal niet gemotiveerd.

Ook werd in het aanbestedingsverslag voorbij gegaan aan de wijze van prijsbepaling zoals uiteengezet in art. 24 A.A.V., met name dat in geval van tegenstrijdigheid tussen de verschillende documenten de volgende orde geldt: 1° de plannen, 2° het bestek, 3° de opmetingsstaat.

Dit willekeurig en slecht gemotiveerd nazicht van de inschrijving van verzoekende partij kan ontegensprekelijk worden afgeleid uit de opmerkingen die in het aanbestedingsverslag werden geformuleerd op de door verzoekende partij voorgestelde technische rechtzettingen, leemten en vergissingen:

[Er volgen, overheen negen bladzijden gespreid, de 31 punten van kritiek.]

Uit deze bespreking van het aanbestedingsverslag kunnen de volgende conclusies worden getrokken:

- er is geen coherentie tussen het lastenboek en de meetstaat die door de aanbestedende overheid werden opgesteld, waardoor in het aanbestedingsverslag fouten werden gemaakt bij de bespreking

van de door verzoekende partij aangewezen technische rechtzettingen en leemten;

- hoewel verzoekende partij in een bijlage had gewezen op technische rechtzettingen, leemten en vergissingen en die uitvoerig had gemotiveerd, werden in het aanbestedingsverslag het merendeel van deze posten zonder enige verantwoording niet aanvaard;
- zelfs technische rechtzettingen en leemten ingegeven door wettelijke verplichtingen (legionella-besluit, horeca-wetgeving, ...), waarnaar in het lastenboek niet eens werd verwezen, werden in het aanbestedingsverslag niet aanvaard voor alle inschrijvers;
- bij de beoordeling van de door verzoekende partij opgeworpen leemten werd in het aanbestedingsverslag niet de interpretatieregel van art. 24 A.A.V. gevolgd, die oplegt dat in geval van tegenstrijdigheid tussen de aanbestedingsdocumenten de plannen voorrang moeten hebben op de meetstaat;
- waar verzoekende partij had gewezen op leemten met betrekking tot posten die zij in haar inschrijving als ‘inbegrepen’ had vermeld, werden deze leemten in het aanbestedingsverslag ten onrechte als kostprijs van de ‘inbegrepen’ posten beschouwd en verrekend, terwijl verzoekende partij deze ‘inbegrepen’ posten nochtans reeds had verrekend in haar totale aannemingsprijs;
- in het aanbestedingsverslag werden dus een groot aantal leemten wel verrekend voor verzoekende partij maar niet voor de andere inschrijvers, wat wijst op willekeur.

In het aanbestedingsverslag werden dan ook geenszins de regels gerespecteerd waaraan de aanbestedende overheid zich bij het verbeteren van de leemten dient te houden ingevolge art. 112 van het K.B. nr. van 08.01.1996.

Dit zijn nochtans objectieve regels die de aanbestedende overheid nauwgezet in acht moet nemen: de aanbestedende overheid is verplicht alle inschrijvingen aan te passen rekening houdend met de door andere inschrijvers aangebrachte verantwoorde verbeteringen en leemten.

De bestreden beslissing is derhalve volledig ten onrechte gebaseerd op dit kennelijk niet correct gemotiveerd aanbestedingsverslag.

De bestreden beslissing berust aldus niet op ernstige grondslagen.

Indien alle leemten die in het aanbestedingsverslag opzichtens verzoekende partij werden verrekend ook naar de andere inschrijvers

zouden zijn verrekenend, zou de inschrijving van verzoekende partij nog steeds de goedkoopste zijn gebleven.

Het volstaat desbetreffend te verwijzen naar de kostprijs van slechts enkele leemten die wel naar verzoekende partij maar niet naar de andere inschrijvers werden verrekenend:

- veiligheidscoördinatie:	+ € 979,00
- aanpassingen inzake legionella-besluit:	+ € 18.880,94
- aanpassingen centrale verwarming:	+ € 18.142,34
- schouw:	+ € 1.345,00
- regelingen:	+ € 6.226,00
- opstelling luchtgroep kleedkamers:	+ € 1.590,00
	+ € 47.163,28

De oorspronkelijke aannemingsprijs van verzoekende partij ten bedrage van € 123.722,70 werd dan ook ten onrechte verhoogd tot maar liefst € 196.755,61, hetzij een verhoging met € 73.032,91, terwijl bijvoorbeeld de oorspronkelijke aannemingsprijs van de B.V.B.A. Geuvers, aan wie de opdracht werd toegewezen en die géén enkele leemte of vergissing had vermeld, slechts werd verhoogd van € 149.925,40 naar € 159.555,61, hetzij een verhoging van maar € 9.630,21, of een verschil in verhoging van wel € 63.402,70.

Mochten de leemten die opzichts van verzoekende partij werden verrekenend, ook verrekenend zijn geweest opzichts van de andere inschrijvers, waren hun oorspronkelijke aannemingsprijzen evenredig verhoogd zijn geweest en zou de inschrijving van verzoekende partij het goedkoopste gebleven zijn.

Hetzelfde geldt indien de leemten die ten onrechte opzichts van verzoekende partij werden verrekenend, helemaal niet zouden zijn verrekenend.

De oorspronkelijke aannemingsprijs van verzoekende partij was immers maar liefst met een verschil van € 26.202,70 goedkoper dan die van de B.V.B.A. Geuvers.

De fouten die door verwerende partij bij het verbeteren van de inschrijving van verzoekende partij werden begaan, hebben dan ook wel degelijk tot gevolg gehad dat het oorspronkelijke verschil in het voordeel van verzoekende partij (€ 26.202,70 goedkoper) werd teniet gedaan en ten onrechte omgezet in een nadeel (na verbetering € 37.200,00 duurder)".

10. Verwerende partij brengt in haar memorie van antwoord tegen het middel in dat verzoekende partij niet aantoont waarom het gunningsverslag opgesteld door het studie bureau niet correct zou zijn en dat zij geen enkel

tegenverslag bijbrengt van een “neutrale instantie”. Het “subjectief standpunt” van verzoekende partij volstaat niet om te besluiten dat de gemeente niet zou hebben toegewezen aan de laagste regelmatige inschrijver.

Volgens verwerende partij weerlegt “een eerste beschouwing” het “ongestaafd standpunt van verzoekende partij”. Vervolgens voert zij een betoog ter weerlegging van een aantal punten van kritiek die verzoekende partij had opgeworpen inzake de veiligheidscoördinatie, “de vereisten van het legionellabesluit”, de aanpassingen aan de centrale verwarming, de geluidsdempers en de brandklep aan de kleedkamers.

Zij stelt voorts dat “alle verantwoorde leemtes verrekend werden voor alle inschrijvers en waar het ging om een meerkost, deze uiteraard in rekening werden gebracht bij verzoekende partij” en “dat het al te gemakkelijk zou zijn zich bij een aanbesteding als laagste in te schrijven en achteraf met grote meerkosten af te komen”.

Verwerende partij werpt ten slotte nog op dat “wanneer verzoekende partij meent dat het verslag van het studie bureau niet correct is, [...] zij een objectieve deskundige [dient] te laten aanstellen, die zich erover kan uitspreken of haar standpunt correct is”.

11. In haar memorie van wederantwoord doet verzoekende partij in de eerste plaats gelden dat zij “geen bijkomende meerkosten [heeft] ‘uitgevonden’, zoals verwerende partij laat uitschijnen, maar integendeel een grondige studie [heeft] gemaakt van de aanbestedingsdocumenten en de gevonden vergissingen en leemtes gemeld, zoals haar door art. 96 van het K.B. nr. 1 van 08.01.1996 verplicht wordt”.

Verzoekende partij gaat daarna nader in op de “opmerkingen van verwerende partij”, doch enkel wat betreft de veiligheidscoördinatie, het “legionellabesluit”, en de centrale verwarming.

Ten slotte doet verzoekende partij de opmerking van verwerende partij “dat verzoekende partij maar een deskundige had moeten aanstellen om haar opmerkingen te laten nakijken” af als niet terecht, nu het volgens haar “praktisch gezien [...] onmogelijk [is] om binnen de zestig dagen na de kennisname van de beslissing een verslag te laten opmaken door een deskundige, dat dan wellicht toch door verwerende partij als eenzijdig zou worden afgedaan”.

Beoordeling

12. Verzoekende partij roept de schending in van “art. 96 en 112 van het K.B. nr. 1 van 08.01.1996, van art. 24 van de Algemene Aannemingsvoorwaarden (bijlage bij het K.B. van 26.09.1996), van het motiveringsbeginsel en van het gelijkheidsbeginsel”.

In zoverre zij de schending inroept van artikel 24 van de “algemene aannemingsvoorwaarden voor de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en voor de concessies voor openbare werken”, bijlage bij het koninklijk besluit van 26 september 1996 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken, merkt de Raad van State op dat artikel 24, § 1, stelt dat “voor interpretatie”, in geval van tegenstrijdigheid tussen de verschillende documenten, een bepaalde rangorde geldt.

In de mate dat de schending van de bepalingen van dit koninklijk besluit en zijn bijlage wordt aangevoerd is het middel dan ook niet gegrond, aangezien te dezen de toewijzing van de opdracht in het geding is en niet de interpretatie van het contract betreffende de opdracht.

13.1. In essentie voert verzoekende partij in dit middel aan dat de bestreden beslissing is gesteund op een onrechtmatig gunningsverslag. Zij brengt

daartoe in het verzoekschrift 31 punten van kritiek aan op het onderzoek van haar offertes door het studiebureau.

Deze kritiek is slordig geformuleerd.

Zo moet bijvoorbeeld worden vastgesteld dat de punten van kritiek, door verzoekende partij in haar verzoekschrift genummerd als punten 5, 7, 13, 16, 17, 24 en 27, alle betrekking hebben op leemten of verbeteringen die, zoals verzoekende partij overigens telkenmale zelf uitdrukkelijk erkent, door het studiebureau werden aanvaard en verrekend naar de offertes van alle inschrijvers. Bij deze kritieken heeft verzoekende partij klaarblijkelijk geen belang.

Voorts wordt opgemerkt dat verzoekende partij zelf het betoog in haar verzoekschrift, na een weergave van al haar kritieken op de beoordeling van haar offertes en de leemten en verbeteringen vastgesteld in de bij haar inschrijving gevoegde nota, uiteindelijk enkel toespitst op de zes punten van kritiek met betrekking tot de leemten en verbeteringen met een aanzienlijke financiële waarde, “die wel naar verzoekende partij maar niet naar de andere inschrijvers werden verrekend”, en die daarmee van aard zouden zijn om, mochten zij gegrond worden bevonden, haar offertes terug als goedkoopste te doen rangschikken. In de memorie van wederantwoord komt zij enkel nog terug op drie van deze zes kritieken, namelijk deze betreffende de veiligheidscoördinatie, “het legionellabesluit” en de centrale verwarming.

Er mag worden aangenomen dat verzoekende partij het middel aldus zelf heeft beperkt tot de zes in haar verzoekschrift afgezonderde kritieken.

13.2. De zes kritieken worden door verzoekende partij als volgt aangebracht in het verzoekschrift:

“4. veiligheidscoördinatie

a. in de meetstaat was geen post voor veiligheidscoördinatie voorzien, hoewel een veiligheidscoördinator verplicht is volgens het K.B. van 25.01.2001 betreffende de tijdelijke en mobiele werkplaatsen.

- b. verzoekende partij heeft dan ook terecht deze leemte aangevuld.
- c. in het aanbestedingsverslag wordt deze post enkel ten laste van verzoekende partij verrekend, terwijl in principe toch ook de andere inschrijvers in een veiligheidscoördinatie zouden moeten voorzien.

[...]

8. aanpassingen inzake legionella-besluit:

- a. in het lastenboek wordt er op gewezen dat de douche-installatie moest voldoen aan het Besluit van 22.11.2002 van de Vlaamse Regering betreffende de primaire preventie van de veteranenziekte in voor publiek toegankelijke plaatsen (post 14.10);
- b. in de meetstaat was hiervoor echter geen post voorzien, zodat verzoekende partij, in navolging van art. 24 A.A.V. dat het bestek voorrang heeft op de meetstaat, op deze leemte wees en een aantal min- en meerwerken voorzag om de beschreven installatie te laten voldoen aan de wettelijke vereisten;
- c. in het aanbestedingsverslag wordt gesteld dat het gaat om een 'belangrijke wijziging aan bestek, meerwerk welke niet als leemte kan aanvaard worden gezien de onduidelijkheid van de inschrijver waarbij reeds posten als inbegrepen zijn vermeld', en worden de meerkosten ten bedrage van € 18.880,94 enkel ten laste van verzoekende partij gelegd;
- d. nochtans zouden ook de door de andere inschrijvers voorgestelde installaties aan deze wetgeving moeten voldoen, gezien het om een wettelijke verplichting gaat én het beschreven staat in het lastenboek;

[...]

10. aanpassingen centrale verwarming:

- a. verzoekende partij had een uitvoerig gemotiveerde technische rechtzetting met betrekking tot het hydraulisch principe van de voorgestelde centrale verwarming gevoegd bij haar inschrijving, gezien de voorgestelde opstelling zou resulteren in een hydraulisch onevenwicht, totale ontluchting van de installatie niet mogelijk zou zijn, en had op basis daarvan een reeks minwerken en meerwerken voorgesteld;
- b. de aanbestedingsdocumenten waren tegenstrijdig, gezien hoeveel heden vermeld op de plannen niet overeenkwamen met de meetstaat, enz.;
- c. bij de aanbestedingsdocumenten was geen stookplaatsopstelling gevoegd, waardoor de controle van de leidinglengten niet konden worden nagegaan en verzoekende partij verplicht was om zelf een opstelling te maken en de leidinglengten te bemeten en te corrigeren;
- d. de verantwoording in het aanbestedingsverslag is tegenstrijdig, nu blijkt dat de ontwerper enerzijds deze technische rechtzetting wel onderschrijft, gezien hij de door verzoekende partij voorgestelde minwerken aanvaardt, doch anderzijds de voorgestelde meerwerken, voor een bedrag van € 18.142,34 enkel bij de inschrijving van verzoekende partij verrekent;
- e. ten onrechte wordt in het aanbestedingsverslag gesteld dat in de inschrijving van verzoekende partij sprake zou zijn van posten

‘inbegrepen’, terwijl voor geen enkele van de posten die betrekking hebben tot deze leemte, een vermelding van ‘inbegrepen’ werd gemaakt;

[...]

12. schouw:

- a. in het aanbestedingsverslag wordt opgemerkt dat deze post volgens de meetstaat gevoegd bij de inschrijving van verzoekende partij ‘inbegrepen’ zou zijn, terwijl dit niet het geval is, gezien in die meetstaat een bedrag van € 1.877,42 is voorzien;
- b. het plan voorzag een bouwschacht intern in het gebouw, doch die was niet voorzien in de ruwbouw ten tijde van de aanbesteding op 08.12.2003, zoals bleek bij het werfbezoek van verzoekende partij op 04.12.2003;
- c. verzoekende partij heeft dan ook als leemte de bijkomende kosten voor het uitvoeren van schouw tegen de buitengevel opgegeven;
- d. deze leemte had dan ook bij alle inschrijvers moeten worden verrekend in plaats van ten onrechte enkel opzichtsens verzoekende partij;

[...]

19. regelingen:

- a. verzoekende partij had opgemerkt dat de regeling van de sanitaire warm water produktie-eenheid en de regeling van de P/E groep van de cafetaria noch beschreven waren in het lastenboek noch voorzien waren in de meetstaat, dat in de meetstaat sprake was van een ‘bedieningsbord clublokaal’ terwijl dit op de plannen niet vermeld staat en het in het lastenboek niet werd beschreven;
- b. in het aanbestedingsverslag wordt simpelweg gesteld dat dit in principe diende opgenomen te worden in art. 20.15.01, doch dit gaat toch niet op nu die bijkomende vereiste regelingen nergens werden beschreven en dan ook terecht door verzoekende partij als leemten werden gemeld;
- c. het aanbestedingsverslag vermeldt dat volgens de inschrijving van verzoekende partij het bedieningsbord zou inbegrepen zijn in haar inschrijving, doch dit is niet correct, gezien integendeel voor het bord een bedrag van € 247,89 werd voorzien;
- d. ten onrechte worden dan ook in het aanbestedingsverslag de meerkosten ten bedrage van € 6.266,00 enkel verrekend opzichtsens verzoekende partij en niet tevens opzichtsens de andere inschrijvers;

[...]

28. opstelling luchtgroep kleedkamers:

- a. de opstelling van de luchtgroep zoals voorzien op de plannen en de opmeting van de kanalen in de meetstaat was volgens verzoekende partij onrealistisch, gezien op basis van de reële afmetingen van de luchtgroep en toebehoren (brandklep, geluidsdemper, ...) de plaatsing volgens de regels van goed vakmanschap onmogelijk was op de toegewezen ruimte;

- b. daar in het lastenboek geen uitvoeringsprincipes werden opgegeven, heeft verzoekende partij de aanbestedende overheid hiervan ingelicht onder de vorm van een leemte;
- c. in het aanbestedingsverslag wordt dit ten onrechte afgedaan als een louter probleem van coördinatie en het opstellen van de gepaste uitvoeringsplannen;
- d. de meerkost werd dan ook ten onrechte enkel opzichtens verzoekende partij verrekend”.

In haar memorie van antwoord brengt verwerende partij wat de kritieken inzake de toepassing van het “legionellabesluit” en de aanpassingen aan de centrale verwarming betreft, het volgende te berde:

“Dat verder kan opgemerkt worden dat de inschrijvers inderdaad rekening dienden te houden met de vereisten van het legionellabesluit, hetgeen ook gebeurd is;

Dat verzoekende partij verkoos een dermate gesofistikeerde installatie in rekening te brengen, dewelke haar prijs uiteraard opdreef, doch dewelke volgens het betreffende besluit helemaal niet nodig was;

Dat dit weerom een eigen keuze betrof van verzoekende partij, waarmee het studiebureau rekening diende te houden, doch die daarom niet ten laste kan gelegd worden van de andere inschrijvers;

Dat ook hetzelfde kan gesteld worden in verband met de centrale verwarming;

Dat de overige inschrijvers geen problemen hadden met de voorgestelde installatie”.

Verzoekende partij repliceert in haar memorie van wederantwoord nog als volgt op verwerende partij:

“2. Legionellabesluit:

In het lastenboek was bepaald dat de douche-installatie moest voldoen aan het zogenaamde Legionellabesluit (Besluit van 22.11.2002 van de Vlaamse Regering betreffende de primaire preventie van de veteranenziekte in voor publiek toegankelijke plaatsen).

Verzoekende partij heeft vastgesteld dat de in het aanbestedingsdossier beschreven installatie daaraan niet voldeed en had de nodige min- en

meerwerken voorzien om de installatie te laten voldoen aan de wettelijke vereisten.

In het aanbestedingsverslag werd dit als een belangrijke wijziging aan het bestek beschouwd en de meeruitgave van maar liefst € 18.890,94 werd enkel in de aanbieding van verzoekende partij verrekend.

Verzoekende partij heeft helemaal geen ‘dermate gesofistikeerde installatie’ in rekening gebracht, doch enkel die elementen aangegeven opdat de installatie aan de wettelijke vereisten zoals gesteld door het Legionellabesluit zou voldoen.

In principe was het echter aan het studiebureau aangesteld door verwerende partij om een conforme installatie te omschrijven, en niet andersom door één van de inschrijvers die zijn huiswerk wel maakt.

Verwerende partij stelt dat de andere inschrijvers wel rekening zouden hebben gehouden met de vereisten van het Legionellabesluit zonder daarvoor een meerprijs te voorzien, doch verwerende partij toont niet aan in welke posten van de inschrijving dit gebeurd zou zijn, bijvoorbeeld in de aanbieding van de B.V.B.A. Geuvers aan wie de opdracht werd gegund.

De verrekening die door verzoekende partij werd voorgesteld, was volledig gebaseerd op de leemte die verzoekende partij in het gelijkaardige project ‘bouw sportaccommodatie SMS Zanzibar’ had opgemaakt én die toen wel door verwerende partij werd aangenomen.

3. Centrale verwarming

Verwerende partij ontkracht geenszins de opmerkingen die verzoekende partij desbetreffend in haar verzoekschrift heeft geformuleerd.

Uit het aanbestedingsverslag blijken duidelijk de willekeur en onzorgvuldigheid bij de beoordeling van de aanbiedingen: zo werden met betrekking tot de door verzoekende partij voorgestelde aanpassingen aan de centrale verwarming de minwerken wel aanvaard voor alle inschrijvers, terwijl de meerwerken die uit die rechtzetting volgden, enkel ten laste van verzoekende partij werden verrekend.

Er is dan ook sprake van een schending van het gelijkheidsbeginsel.

Ten onrechte wordt door verwerende partij ook opgemerkt dat de overige inschrijvers geen problemen zouden hebben gehad met de voorgestelde installatie: de firma Verplaetsen had nochtans ook leemtes vermeld die in het aanbestedingsverslag aanvaard werden.

Verwerende partij laat desbetreffend echter nog steeds na aan te tonen op welke wijze die leemten verrekend werden”.

13.3. Deze kritieken en de discussie tussen de partijen hebben een dermate technische inslag dat de Raad van State zich niet bij machte ziet om er zich zonder deskundige bijstand over uit te spreken.

Ook in het auditoraatsverslag wordt voorgesteld om een deskundige aan te stellen. De partijen hebben zich in hun laatste memorie over dit voorstel kunnen uitspreken en hebben er zich niet tegen verzet.

BESLISSING

1. De debatten worden heropend.

2. Frank Luyts, met kantoor te 3000 Leuven, Ooiendonk 6/0101, wordt aangesteld als deskundige, met als opdracht:

- **na kennis te hebben genomen van het dossier, zijn beredeneerd standpunt te geven betreffende:**
 - o **de opmerking van verzoekende partij in de bij haar offerte gevoegde nota met betrekking tot de kosten inzake de veiligheidscoördinatie; alsook de vraag of de door verzoekende partij voorgestelde aanpassing ten onrechte enkel aan de offertes van verzoekende partij werd toegerekend;**
 - o **de door verzoekende partij in de bij haar offerte gevoegde nota voorgestelde aanpassingen van de douche-installatie om deze in overeenstemming te brengen met de vereisten van het besluit van 22 november 2002 van de Vlaamse Regering betreffende de primaire preventie van de veteranenziekte in voor publiek toegankelijke plaatsen; alsook de vraag of deze aanpassingen ten onrechte enkel aan de offertes van verzoekende partij werden toegerekend;**

- de door verzoekende partij in de bij haar offerte gevoegde nota voorgestelde aanpassingen aan de centrale verwarming voor de goede werking hiervan; alsook de vraag of deze aanpassingen ten onrechte enkel aan de offertes van verzoekende partij werden toegerekend;
- de opmerking van verzoekende partij in de bij haar offerte gevoegde nota met betrekking tot de bijkomende kosten voor het uitvoeren van de schouw tegen de buitengevel; alsook de vraag of deze kosten ten onrechte enkel aan de offertes van verzoekende partij werden toegerekend;
- de opmerkingen van verzoekende partij in de bij haar offerte gevoegde nota met betrekking tot de regeling van de sanitaire warm water productie-eenheid en de regeling van de P/E groep van de cafetaria; alsook de vraag of deze meerkosten ten onrechte enkel aan de offertes van verzoekende partij werden toegerekend;
- de opmerkingen van verzoekende partij in de bij haar offerte gevoegde nota met betrekking tot de opstelling van de luchtgroep voor de kleedkamers; alsook de vraag of deze meerkosten ten onrechte enkel aan de offertes van verzoekende partij werden toegerekend;
- de partijen hieromtrent te horen en op hun dienstige vragen te antwoorden;
- dit alles ter griffie neer te leggen, binnen zes maanden na aanvaarding van zijn opdracht, in een beëdigd en met redenen omkleed verslag waarin de opmerkingen van de partijen op het hun in prelectuur medegedeeld verslag worden besproken.

3. Het door de auditeur-generaal aan te wijzen lid van het auditoraat wordt gelast met een aanvullend onderzoek na kennisname van het deskundig verslag.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 17 maart 2011, 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