

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 215.798 van 18 oktober 2011
in de zaak A. 170.875/XII-4661**

In zake: de NV EO DESIGN PARTNERS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Dirk De Maeseneer
kantoor houdend te 1050 Brussel
Waterloosesteenweg 412 F
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD LEUVEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bert Beelen
kantoor houdend te 3000 Leuven
Justus Lipsiusstraat 24
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 9 maart 2006, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van 23 december 2005 van het college van burgemeester en schepenen van de stad Leuven om de opdracht met betrekking tot de plaatsing van informatieve bewegwijzering en aansluitende toeristische informatiedragers niet aan de nv EO Design Partners te gunnen, maar aan de nv Moonlight Design.

II. Verloop van de rechtspleging

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

Auditeur Pierre Barra heeft een verslag opgesteld.

Verzoekster en de verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 25 januari 2011.

Staatsraad Johan Lust heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Dirk De Maeseneer, die verschijnt voor verzoekster en advocaat Thomas Beelen, die loco advocaat Bert Beelen 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. De stad Leuven schrijft een opdracht uit met als voorwerp de plaatsing van informatieve bewegwijzering en aansluitende toeristische informatiedragers te Leuven. De opdracht wordt gegund bij wijze van onderhandelingsprocedure met bekendmaking.

In het bestek wordt de opdracht als volgt beschreven:

“De opdracht omvat:

Perceel 1 bestaande uit:

- ° Deel 1: het uitwerken van het concept

- ° Deel 2: de plaatsing van de informatieve bewegwijzering en aansluitende toeristische informatiedragers

- ° Deel 3: het herstel

Perceel 2: de afbraak en verwijdering van de bestaande informatieve bewegwijzering en aansluitende toeristische informatiedragers

In overeenstemming met artikel 18, 2e alinea van de wet van 24 december 1993 behoudt de aanbestedende overheid zich het recht voor om niet alle percelen toe te wijzen en deze op te nemen in één of meer nieuwe opdrachten die desnoods op een andere wijze zullen worden gegund.

De opdracht is een aanneming van werken en diensten en houdt een resultaatsverbintenis in”.

De procedure omvat twee fasen: een eerste fase omvat de selectie van de kandidaten (minimum drie en maximum zes kandidaten); in een tweede fase worden de geselecteerde kandidaten uitgenodigd hun offerte in te dienen, worden de voorstellen inhoudelijk beoordeeld en zal de stad Leuven onderhandelen met één of meer inschrijvers.

De prijs voor de twee percelen samen mag maximaal 600.000 euro inclusief btw bedragen. Deze maximumprijs omvat de kosten voor perceel 1 (delen 1 en 2), perceel 2 en een post onvoorziene omstandigheden ten belope van 10 % van de kostprijs van de opdracht. De jaarlijkse herstellingskosten (perceel 1, deel 3) worden niet meegerekend in het maximum van 600.000 euro.

De prijs die voor de vergelijking van de offertes in aanmerking wordt genomen, is volgens het evaluatieverslag de totale prijs voor de twee percelen van de opdracht met inbegrip van de onderhouds- en herstelkosten gedurende 15 jaar.

Het bestek vermeldt als gunningscriteria: de esthetische waarde (30 %), de technische waarde (30 %), de prijs (30 %) en het contract met betrekking tot de herstellingswerken (10 %).

Vijf ondernemingen stellen zich kandidaat, onder wie verzoekster en de nv Moonlight Design - Urbis. Beslist wordt om ze alle vijf om een offerte te vragen.

Vijf offertes worden ingediend.

Een evaluatieverslag wordt opgesteld door de firma PPI uit Antwerpen.

Hieruit blijkt dat de offerte van verzoekster als substantieel onregelmatig wordt aangezien, enerzijds, omdat zij zich niet op prijsniveau verbindt en het maximum budget van 600.000 euro niet respecteert en, anderzijds, omdat verzoekster geen conceptnota heeft ingediend zodat de beoordeling van de gunningscriteria esthetische waarde en technische waarde onmogelijk is.

De offerte van de nv Moonlight Design wordt als relatief onregelmatig beschouwd, om reden dat enkel een totale prijs is opgegeven voor perceel 1 en voor perceel 2, weze het dat de meetstaten en prijsberekeningen ondertekend zijn zodat de prijsgegevens duidelijk zijn, en om reden dat deel 1 van perceel 1 wordt verrekend onder deel 2.

Aangezien de andere inschrijvers een substantieel onregelmatige offerte hebben ingediend, die op grond van absolute nietigheid uit de verdere procedure wordt geweerd, wordt alleen nog met de nv Moonlight Design voort onderhandeld.

Op 23 december 2005 beslist het college van burgemeester en schepenen de opdracht toe te wijzen aan “Urbis/Moonlight Design” voor 587.932,58 euro, btw inbegrepen.

Verzoekster wordt van die beslissing in kennis gesteld met een brief van 4 januari 2006, waarbij “een kopie van het gedetailleerd gunningsverslag” is gevoegd.

4. Bij brief van 13 januari 2006 schrijft verzoekster aan verwerende partij:

“Naar aanleiding van het bezoek op het stadhuis op 11 januari jl. en na analyse van het voorstel van de firma ‘Moonlight design’ aan wie de opdracht gegund werd, hebben we onregelmatigheden vastgesteld. Hierbij besluiten we de beslissing betreffende bovenvermelde opdracht aan te vechten bij de Raad van State. Om ons beroep te kunnen argumenteren en motiveren vragen we U een volledig kopie van de ingezonden kandidatuurstelling en offerte van het bedrijf ‘Moonlight design’ alsook van de overige inschrijvers ons toe te sturen”.

Verwerende partij antwoordt op 23 januari 2006 dat zij slechts een afschrift mag geven op voorwaarde dat de andere kandidaten daarin toestemmen, en dat ze onmiddellijk om deze toestemming vraagt.

Verzoekster tekent hiertegen bij brief van 15 februari 2006 beroep aan bij de beroepsinstantie inzake openbaarheid van bestuur bij het ministerie van de Vlaamse Gemeenschap.

Bij beslissing van 13 maart 2006 bevindt de beroepsinstantie inzake de openbaarheid van bestuur het verzoek gegrond. De beroepsinstantie oordeelt dat door de inzage de openbaarmaking reeds is geschied en dat dus een afschrift niet meer kan worden geweigerd.

Met een brief van 22 maart 2006 wordt een afschrift van de kandidaatstelling en offerte van de nv Moonlight Design aan verzoekster toegestuurd.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

Exceptie

5. Verwerende partij betwist het belang van verzoekster omdat zij niet duidelijk maakt welk voordeel zij uit een vernietiging zou kunnen halen. In dat verband betoogt verwerende partij dat verzoekster niet zou betwisten dat haar eigen offerte substantieel onregelmatig is, dat het contract tussen verwerende partij en de begunstigde reeds gesloten werd en in volle uitvoering is en dat verzoekster zelf mee bewerkstelligd heeft dat zij de opdracht nooit meer toegekend kan krijgen, door nagelaten te hebben een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de bestreden beslissing in te dienen.

Beoordeling

6. Een inschrijver van wie de offerte onregelmatig is verklaard en die deze onregelmatigverklaring niet betwist, heeft er in principe geen belang bij om de toewijzingsbeslissing te bestrijden. Anders is het evenwel in voorliggend geval waarin immers slechts één offerte door verwerende partij regelmatig werd verklaard -die van de nv Moonlight Design- en waarin verzoekster in haar middelen net doet gelden dat ook die offerte door substantiële onregelmatigheden is aangetast.

Voorts doet het voor verzoeksters belang bij het beroep tot nietigverklaring van de afsplitsbare rechtshandeling die de bestreden toewijzingsbeslissing is, niet ter zake dat het contract reeds tot stand is gekomen en al is uitgevoerd. Het belang bij de nietigverklaring van een afsplitsbare handeling wordt principieel los beoordeeld van het contract dat erop gevolgd is. Het is nu eenmaal inherent aan het beroep tot nietigverklaring van een afsplitsbare rechtshandeling dat het zonder directe weerslag blijft op het contract, waaromtrent niet de Raad van State maar de gewone rechter bevoegd is.

Evenmin doet het dan ter zake dat verzoekster geen vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid heeft ingediend “om te voorkomen dat de opdracht definitief werd toegewezen en kon uitgevoerd worden”.

De exceptie wordt verworpen.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

7. In een eerste middel voert verzoekende partij de schending aan van “de voorafgaande procedureregels, de substantiële voorschriften, evenals van de artikelen 110 en 115 van het Koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken” en van de beginselen van behoorlijk bestuur, doordat verwerende partij de opdracht toekent aan een inschrijver die een nietige offerte heeft ingediend.

Verzoekster voert vervolgens drie onregelmatigheden aan die zouden kleven aan de offerte van de uiteindelijk gekozen inschrijver.

Vooreerst, aangezien de nv Moonlight Design in het verleden geen gelijkaardige opdrachten aan perceel 1 - deel 2 van de opdracht heeft uitgevoerd, kan zij niet hebben voldaan aan de vereiste van het bestek onder punt 2.3.1° van de kwalitatieve selectie dat een inschrijver een verklaring betreffende de omzet gedurende de drie laatste boekjaren met betrekking tot opdrachten gelijkaardig aan perceel 1 - deel 2 van de opdracht moet voorleggen.

Ten tweede, aangezien de nv Moonlight Design in het verleden geen opdrachten gelijkaardig aan perceel 1 - deel 2 noch aan perceel 1 - deel 1 en 3 van de opdracht heeft uitgevoerd, kan zij niet voldoen aan de vereiste onder punt 2.3.2° van de kwalitatieve selectie dat een inschrijver in het kader van het aantonen van zijn technische bekwaamheid een lijst moet voorleggen van referenties gedurende de laatste vijf jaren van opdrachten gelijkaardig aan perceel 1 - deel 2 van de opdracht en van referenties gedurende de laatste drie jaren van opdrachten gelijkaardig aan perceel 1 - deel 1 met opgave van de aanbestedende overheid, de omschrijving van de opdracht, het bedrag en het tijdstip van uitvoering.

Om dezelfde redenen kan de nv Moonlight Design ten derde niet hebben voldaan aan de vereiste onder punt 2.3.3° van het bestek om voorbeelddossiers neer te leggen van de gerealiseerde projecten relevant voor de huidige opdracht.

Verzoekster stelt ten slotte nog dat in de offerte van de nv Moonlight Design werd verwezen naar haar website en dat de offerte niet de vereiste documenten als bijlage had.

8. In de memorie van wederantwoord voert verzoekster de volgende onregelmatigheden aan die zouden kleven aan de offerte van de nv Moonlight Design:

- Uit de offerte blijkt niet duidelijk welke vennootschap zich kandidaat stelde: de nv Urbis dan wel de nv Moonlight Design dan wel beiden als “tijdelijke vereniging”. Het formulier tot aanvraag bevat enkel gegevens over de nv Moonlight Design en niet de gegevens van de nv Urbis. De referenties hebben dan weer enkel betrekking op de nv Urbis.
- Geen recente attesten werden bijgevoegd: geen recent attest van niet falend, geen recent uittreksel uit het strafregister en geen recent belastingattest.
- Er werden ook geen jaarrekeningen van de nv Moonlight Design gevoegd.

- Herhaling van de onregelmatigheid dat de nv Moonlight Design geen omzet van de laatste drie jaren bijbracht met betrekking tot opdrachten gelijkaardig aan perceel 1, deel 2. Evenmin bracht zij een referentie bij aangaande perceel 1, deel 1. Wel was er een referentielijst van de nv Urbis doch enkel voor perceel 1, deel 2 en niet voor perceel 1, deel 1. De nv Moonlight Design beweert tevens ten onrechte de signalisatie van Brussel te hebben uitgevoerd: het waren Decaux en Adshell op ontwerp van verzoekster.
- Van de in de offerte vermelde onderaannemer voor perceel 2 van de opdracht en de in de onderhandelingsfase ter sprake komende onderaannemer voor perceel 1 van de opdracht wordt niet de (volledige) noodzakelijke beschrijving en documentatie medegedeeld, die door de tegenpartij als “absoluut noodzakelijk” werd omschreven.
- Het bestek vroeg een prijs per perceel op te geven doch de nv Moonlight Design diende geen prijs in voor perceel 1 - deel 1, meer bepaald het ontwerp. De offerte van de nv Moonlight Design bevat een samenvattende opmetingsstaat die zeer gedetailleerd hoeveelheden en eenheidsprijzen van bepaalde producten weergeeft zonder dat hierin sprake was van het ontwerp.

Inzake haar eigen offerte stelt verzoekster dat zij wel degelijk betwist dat deze onregelmatig zou zijn, minstens gaat het niet om substantiële onregelmatigheden. Zij zegt niet de kans te hebben gehad zoals de nv Moonlight Design wel heeft gekregen, om toelichting te verschaffen dan wel aanpassingen te doen in het kader van verdere onderhandelingen. Verzoekster heeft zich bovendien wel verbonden voor een bepaalde prijs: zij heeft aangegeven de gehele opdracht te kunnen uitvoeren binnen de maximale prijs van 600.000 euro en verwerende partij mocht dan ook in het gunningsverslag niet het tegendeel beweren.

9. In de laatste memorie voert verzoekster nog aan dat haar argumentatie aangaande de onregelmatigverklaring van haar eigen offerte enkel wordt weergegeven ter motivering van haar beroep tegen de beslissing tot toekenning van de opdracht aan de nv Moonlight Design en dat het niet is omdat

verzoekster - en niet haar raadsman, aan wie inzage werd geweigerd - inzage zonder afschrift kon nemen van het administratief dossier dat zij in de mogelijkheid was om de in de memorie van wederantwoord aangevoerde onwettigheden te ontdekken en reeds in het inleidend verzoekschrift op te werpen.

Beoordeling

10. In het verzoekschrift somt verzoekster drie bestekvereisten inzake de “kwalitatieve selectie” op waaraan de begunstigde van de opdracht niet zou hebben voldaan, namelijk het voorleggen van een verklaring omtrent de omzet met betrekking tot opdrachten inzake de plaatsing van informatieve bewegwijzering, het voorleggen van een referentielijst van opdrachten inzake de plaatsing van informatieve bewegwijzering en van opdrachten inzake het uitwerken van het concept, en het voorleggen van relevante voorbeelddossiers. Hierdoor zou de offerte nietig zijn “om reden van substantiële onregelmatigheden”.

11. Die kritiek mist minstens gedeeltelijk feitelijke grond. De offerte van de nv Moonlight Design - Urbis bevat een lijst van zeventien “Referenties Signalisatie” sinds 1999. Voor elke opdracht is opgegeven wie de aanbestedende overheid is, wat de opdracht van Urbis, die een afdeling is van de nv Moonlight Design, precies was (productie of plaatsing of herstel), het bedrag en tijdstip van uitvoering. Van elf van die opdrachten is een voorbeelddossier neergelegd, bestaande uit foto's van het gerealiseerde project.

12. Hoe dan ook vermag het middel, zoals het initieel is aangevoerd, niet tot nietigverklaring te leiden.

Wat het bestek wezenlijk immers vereist is dat de kandidaten aantonen dat zij, op grond van hun financiële en economische draagkracht, op grond van hun technische bekwaamheid en op grond van hun ervaring, in staat

zijn om de opdracht tot een goed einde te brengen. Het is in dat verband dat hun wordt gevraagd bepaalde documenten neer te leggen.

In het middel wordt louter hierop gefocust dat de nv Moonlight Design niet alle documenten heeft neergelegd waarom gevraagd werd. Dit is voor de wettigheid van de offerte evenwel niet doorslaggevend. Het sluit als zodanig niet uit dat de verwerende partij op grond van de wel meegedeelde documenten toch nog naar recht, inbegrepen naar redelijkheid, kan oordelen dat de betrokken inschrijver voldoende waarborgen biedt wat zijn financiële en economische draagkracht betreft, zijn technische bekwaamheid en zijn ervaring.

Te dezen heeft verwerende partij, gelet op de bijgebrachte documenten, gemeend dat de nv Moonlight Design de opdracht tot een goed einde kon brengen. De specifieke kritiek in het verzoekschrift toont niet de onjuistheid van dat oordeel aan.

13. Van de onwettigheden die verzoekster zagezegd niet eerder dan in de memorie van wederantwoord ter sprake kon brengen omdat zij pas na het indienen van haar verzoekschrift afschrift verkreeg van de offerte van de nv Moonlight Design, houdt een eerste gedeelte verband met de “uitsluitingsgronden”. Volgens die gronden kunnen bijvoorbeeld kandidaten die in staat van faillissement verkeren of die aangifte van een faillissement hebben gedaan worden uitgesloten, evenals kandidaten die veroordeeld zijn voor een misdrijf dat de beroepsmoraal aantast en kandidaten die niet in orde zijn met de betaling van hun belastingen. Het bewijs van het tegendeel wordt geleverd door voorlegging van een recent attest van niet faillissement, een recent uittreksel uit het strafregister en een recent getuigschrift directe en indirecte belastingen.

Volgens verzoekster voldoen de attesten die de nv Moonlight Design bijbracht niet, in essentie wegens te oud. Verwerende partij oordeelde daar anders over. Voor de Raad van State blijkt niet dat dit oordeel foutief is, laat staan nog dat de attesten die de nv Moonlight Design bij haar aanvraag tot

deelname en haar offerte voegde verwerende partij ertoe verplicht moesten hebben om -van de weeromstuit- aan te nemen dat de nv Moonlight Design in een geval als bedoeld in de uitsluitingsgronden verkeerde én dat er gebruik diende te worden gemaakt van de mogelijkheid om haar van deelneming aan de opdracht uit te sluiten.

14. Een tweede gedeelte van de nieuwe kritiek in de memorie van wederantwoord betreft weer de kwalitatieve selectie. Meer bepaald zouden de meest recente jaarrekeningen en de nodige informatie omtrent de onderaannemers hebben ontbroken.

Voor zoveel die kritiek al -helemaal- feitelijk juist zou zijn, moet ook hier worden vastgesteld dat hij als zodanig nog niet uitwijst dat verwerende partij, op grond van de wél voorgelegde stukken en meegedeelde informatie, ten onrechte heeft aangenomen dat de nv Moonlight Design had aangetoond de opdracht tot een goed einde te kunnen brengen.

15. Een laatste gedeelte van de nieuwe kritiek viseert het feit dat de gekozen kandidaat geen aparte prijs heeft opgegeven voor perceel 1 - deel 1 van de opdracht.

Deze kritiek kon ook al in het verzoekschrift zijn aangevoerd. Hij is gesteund op een gegeven dat uitdrukkelijk ter sprake komt in het evaluatieverslag (pp. 19 en 24) dat verzoekster met een brief van 4 januari 2006 meegedeeld kreeg.

16. Het eerste middel wordt in zijn geheel verworpen.

B. Tweede en derde middel

Uiteenzetting van de middelen

17. In een tweede middel voert verzoekster de schending aan van artikel 115 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, van de principes van behoorlijk bestuur, van het gelijkheids- en redelijkheidsbeginsel, en machtsafwendings.

Verzoekster klaagt in dit middel inzonderheid aan dat het evaluatieverslag niet met de nodige objectiviteit werd opgemaakt, doordat het bij alle inschrijvers behalve bij de nv Moonlight Design substantiële onregelmatigheden vaststelt, terwijl niettemin de offerte van laatstgenoemde behept is met de volgende onregelmatigheden:

- De nv Moonlight Design heeft geen prijs voorgesteld per perceel, doch slechts een algemene prijs voor de gehele opdracht zonder onderscheid van percelen.
- Het bestek schrijft voor dat er een prijs dient te worden opgegeven voor het onderhoud en herstel. De nv Moonlight Design verwijst hier naar eenheidsprijzen zonder opgave ervan, wat een substantiële onregelmatigheid is. In het evaluatieverslag wordt deze onregelmatigheid voorlopig buiten beschouwing gelaten om reden dat het een onderhandelingsprocedure betreft. De onregelmatigheden in de offertes van de andere inschrijvers betroffen evenwel dezelfde “onderhandelingsprocedure”, doch werden blijkbaar op een andere leest geëvalueerd.
- De offerte van de nv Moonlight Design bevat geen bedrag voor onvoorziene omstandigheden ten belope van 10 % van de kostprijs van de opdracht zoals punt 1.4 van het bestek voorschrijft. Verwerende partij heeft zelf de offerte aangevuld met een bepaald bedrag voor onvoorziene omstandigheden, wat niet mag, en bovendien “werd voor de onvoorziene omstandigheden 10% van de kostprijs van een deel van de opdracht aangevuld”. Een correcte toepassing van

de voorwaarde leidt tot de vaststelling dat de offerte van de nv Moonlight Design het maximum van 600.000 euro overschrijdt.

18. In de memorie van wederantwoord argumenteert verzoekster met betrekking tot het tweede middel nog dat de nv Moonlight Design enkel een totale prijs heeft opgegeven en geen afzonderlijke prijzen voor perceel 1, deel 1, deel 2, deel 3 en perceel 2. Hierdoor zou die offerte volgens verwerende partij relatief nietig zijn; de offertes van andere inschrijvers daarentegen worden, ook wegens onregelmatigheden inzake de opgegeven prijs, als substantieel nietig beschouwd. Voor de nv Moonlight Design wordt niet dezelfde beoordeling gemaakt.

Voorts betwist verzoekende partij dat het manco aan de 10% voor onvoorziene omstandigheden in de offerte van de nv Moonlight Design een kennelijke materiële fout of rekenfout zou zijn: er was geen opgave van prijs. Daarenboven voegt verwerende partij geen 10% van de opdracht, doch 10% van een deel van de opdracht toe, en dit enkel en alleen om de offerte van de nv Moonlight Design onder het maximum te houden. Het bestek is nochtans duidelijk, het gaat om 10% van de opdracht.

Tevens stelt verzoekende partij dat de data in het gunningsverslag niet kloppen: geen datum van ondertekening en op de meeste pagina's wordt "21 december 2005" vermeld en op pagina 2, "4 januari 2006". Voorts stelt het verslag voor om onderhandelingen met de nv Moonlight Design aan te vatten, terwijl die reeds voorheen plaatsvonden, namelijk op 19 december 2005, en verwijst het verslag zelf naar die onderhandelingen om aan de tegenpartij voor te stellen de opdracht toe te wijzen aan de nv Moonlight Design.

19. Het derde middel bouwt op het tweede voort. Het is afgeleid uit "de schending van de motivatieverplichting, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, de machtsafwending en de machtsoverschrijding", doordat de gunningsbeslissing gebaseerd is op een evaluatieverslag dat is aangetast door

onregelmatigheden en doordat de voorwaarden van het bestek niet op een consequente en gelijke manier ten aanzien van de diverse inschrijvers zijn onderzocht.

Beoordeling

20.1. Ook in het tweede -en indirect in het derde- middel voert verzoekster de onregelmatigheid van de offerte van de nv Moonlight Design aan. In het verzoekschrift doet verzoekster in de eerste plaats als onregelmatigheid gelden, het feit dat de nv Moonlight Design “geen prijs [heeft] voorgesteld per perceel, doch slechts een algemene prijs voor de gehele opdracht zonder onderscheid van percelen”.

20.2. Dit staat er, zoals hierover in het evaluatieverslag wordt opgemerkt, niet aan in de weg dat, gelet op de meetstaten en prijsberekeningen in het dossier, “de prijsgegevens duidelijk zijn”. De opmetingsstaat laat geen twijfel over welk gedeelte van de prijs voor perceel 1 geldt en welk gedeelte ervan voor perceel 2. Voorts wordt in het verzoekschrift niet toegelicht waarom het evaluatieverslag ter zake niet rechtmatig kon aannemen dat er slechts sprake was van een relatieve onregelmatigheid.

In zoverre verzoekster in de memorie van wederantwoord in dat verband argumenteert dat de nv Moonlight Design blijkbaar een mildere beoordeling te beurt viel dan de andere inschrijvers, kan die uitleg, voor zoveel al tijdig, hoe dan ook niet overtuigen. De vergelijking van de offerte van de nv Moonlight Design met die van de andere inschrijvers mist grond:

- Copatra Thema diende geen offerteformulier in, alleen een voorstel in een begeleidend schrijven, zonder verbintenis op prijsniveau;
- verzoekster deelde verwerende partij mee dat zij pas later een exacte prijs voor realisatie en plaatsing kon geven en verbond zich niet op prijsniveau;
- Janssens gaf maar gedeeltelijk een prijs, de “andere prijzen” konden pas later worden aangeboden;

- ook wat Gooren Lichtreclame betreft kon, op basis van welbepaalde vaststellingen, de prijs niet volledig worden bepaald.

21.1. In de tweede plaats betwist verzoekster in het verzoekschrift de beoordeling van de nv Moonlight Design wat haar prijs voor het herstel betreft: die werd “voorlopig buiten beschouwing gelaten”.

21.2. De reden om de bewuste prijs voorlopig buiten beschouwing te laten is dat -anders dan verwerende partij had gedacht en verwacht- het onderhoud en herstel in de sector niet gebeurt op een permanente basis, tegen een forfaitaire, maandelijkse prijs, maar gebeurt op basis van oproep en verrekend wordt aan regieprijzen (materiaal en personeelskosten). Waar de verwerende partij vaststelde dat de drie inschrijvers die een prijsberekening indienden zich verbonden tot het uitvoeren van herstellingen tegen eenheidsprijzen, en deze eenheidsprijzen door verzoekster en Gooren Lichtreclame op basis van andere hoeveelheden werden uitgedrukt en door de nv Moonlight Design niet werden vermeld, werd het betrokken deel van het perceel tot voorwerp van de verdere onderhandelingen gemaakt en werd het “voorlopig buiten beschouwing gelaten”.

Dit komt in de concrete omstandigheden van de zaak niet foutief voor.

22.1. Ten derde oefent verzoekster in het verzoekschrift kritiek uit met betrekking tot het feit dat de offerte van de nv Moonlight Design -evenmin ten andere als alle andere inschrijvers- niet in een som voorzag “voor onvoorziene omstandigheden inclusief BTW, ten belope van 10 % van de kostprijs van de opdracht”. Verwerende partij voegde dat bedrag zelf toe aan het inschrijvingsbedrag van de nv Moonlight Design. Bovendien berekende zij de 10 % alleen op deel 2 van perceel 1, waarbij zij eerst nog het bedrag dat de nv Moonlight Design voor perceel 1 opgaf (450.902 euro, zonder btw), moest opsplitsen in een bedrag voor perceel 1 en een bedrag voor perceel 2. Volgens verzoekster wou verwerende partij klaarblijkelijk vermijden dat de offerte van de

nv Moonlight Design de maximumprijs van 600.000 euro, inclusief btw, zou overschrijden.

22.2. Dat in “de opdracht” waarvan de kostprijs in aanmerking wordt genomen voor de berekening van het bedrag voor onvoorziene omstandigheden (10 %), niet ook deel 1 van perceel 1 is begrepen, mag als voor de hand liggend worden aangezien. Dit deel 1 behelst immers het uitwerken van het concept. Onvoorziene omstandigheden mogen daarbij uitgesloten worden geacht.

Voorts bleek de nv Moonlight Design voor delen 1 (uitwerken concept) en 2 (plaatsing) van perceel 1 geen afzonderlijke prijs te hebben opgegeven. Met het oog op het berekenen van de som van 10 % voor onvoorziene omstandigheden, heeft de verwerende partij (initieel) zelf een opsplitsing gemaakt en heeft zij aangenomen dat de prijs voor deel 1, 100.000 euro bedroeg en de prijs voor deel 2, 339.717 euro.

De Raad van State begrijpt zeer goed dat dit verzoekster achterdochtig maakt en dat zij vreest voor een mogelijk manoeuvre dat ertoe moet strekken dat de prijs van de nv Moonlight Design niet het toegelaten maximumbedrag van 600.000 euro overschrijdt: hoe hoger de prijs voor deel 1 wordt ingeschat, des te minder hoog is het bedrag van de verhoging voor onvoorziene omstandigheden, die immers alleen op de prijs voor deel 2 wordt berekend. Te dezen wordt evenwel vastgesteld dat, zelfs indien de prijs voor deel 1 maar op een onwaarschijnlijke 1.000 euro was geschat én zelfs indien de verhoging voor onvoorziene omstandigheden, ten belope van 10 %, eveneens op de prijs van perceel 2 werd berekend, dan nog de totaalprijs van de nv Moonlight Design niet boven de 600.000 euro zou uitkomen.

23. Voor het eerst in de memorie van wederantwoord leidt verzoekster uit het evaluatieverslag nog een onregelmatigheid in verband met “de data van dit verslag” af, evenals een onregelmatigheid doordat reeds met de

nv Moonlight Design onderhandelingen werden aangevat vooraleer er daartoe zelfs maar een voorstel tot beslissing in die zin bestond.

De kritiek is laattijdig. Een kopie van het betrokken verslag is verzoekster met een brief van 4 januari 2006 toegestuurd. De onwettigheden die zij er in de memorie van wederantwoord uit afleidt, konden al in het verzoekschrift van 9 maart 2006 zijn aangevoerd.

24. Het tweede middel en bijgevolg ook het derde middel, dat op het tweede is geënt, worden verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 18 oktober 2011, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Lust,	staatsraad,
Geert Van Haegendoren,	staatsraad,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest