RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 222.683 van 28 februari 2013
in de zaak A. 203.508/XII-6831

In zake: de NV BORZEE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Raf Van Goethem
kantoor houdend te 3000 Leuven
Mechelsestraat 107-109
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE ZANDHOVEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Wim Slosse
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Brusselstraat 59
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 1 februari 2012, strekt tot de nietigverklaring van "de gunningsbeslissing van de gemeente Zandhoven van 7 december 2011 waarbij de aanneming van werken, leveringen en diensten voor opdracht 3 bij de bouw van sportcomplex 'Het Veld' onterecht aan de N.V. Keysers […] werd gegund".

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 18 december 2012.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Jellina Buelens, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Diana Islamaj, die loco advocaat Wim Slosse 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. De gemeente Zandhoven schrijft een openbare aanbesteding uit voor een "opdracht 3: verwarming, koeling en ventilatie" in het kader van het bouwen van een sporthal.

De waarde van de opdracht wordt geraamd op 646.911,35 euro, btw niet inbegrepen.

De opdracht wordt aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen van 24 mei 2011. In de aankondiging wordt vermeld dat het gaat om een opdracht voor werken.

3.2. De offertes worden geopend op 6 september 2011. Elf inschrijvers hebben een offerte ingediend, onder wie verzoekende partij en de nv Keysers. Deze laatste heeft met 586.067,01 euro, btw niet inbegrepen, de

laagste offerte bij de opening, verzoekende partij heeft de tweede laagste offerte, met 596.756,01 euro, btw niet inbegrepen.

3.3. Er wordt een gunningsverslag opgesteld. In dit verslag wordt onder meer het volgende vermeld:

> "6. Wijzigingen en leemten (KB dd. 08.01.1996 art. 112)
>
> 6.1. Wijziging van hoeveelheid:
> […]
> - art. 1.1.1. 'Condenserende aardgasketel met premixbrander – RVS'
> [Een inschrijver] vermeldt dat zowel op de plannen als in het bestek 2 ketels vermeld worden, terwijl in de meetstaat slechts 1 ketel vermeld staat. Meerprijs 2e ketel: 8.670,68 EUR excl. BTW.
> Antwoord: opmerking terecht. De exacte hoeveelheid wordt 2 stuks, voor alle inschrijvers."

Vervolgens worden de offertes aangepast aan deze opmerking en een nieuwe rangschikking opgesteld. De nv Keysers heeft met 599.332,79 euro, btw niet inbegrepen, nog steeds de laagste offerte. De offerte van verzoekende partij blijft met 604.769,41 euro, btw niet inbegrepen, de tweede laagste.

Er wordt dan ook voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de nv Keysers.

3.4. Op 7 december 2011 beslist het college van burgemeester en schepenen van Zandhoven om de opdracht te gunnen aan de nv Keysers. Dit is de bestreden beslissing die onder meer als volgt is gemotiveerd:

> "Overwegende dat 11 offertes werden ontvangen:
> - Keysers nv, […] (586.067,01 euro (exclusief btw) of 709.141,08 euro (inclusief 21% btw))
> - [...]
> - Borzee nv, [...] (596.756,01 euro (exclusief btw) of 722.074,77 euro (inclusief 21% btw))
>
> Gelet op het verslag van nazicht van de offertes van 20 september 2011 opgesteld door de ontwerper […];

> Overwegende dat de ontwerper voorstelt om, rekening houdende met het voorgaande, deze opdracht te gunnen aan de laagste regelmatige bieder, zijnde Keysers nv […] tegen het nagerekende en verbeterde inschrijvingsbedrag van 599.332,79 euro (exclusief btw) of 725.192,68 euro (inclusief 21% btw);
> […]
>
> Besluit:
>
> Artikel 1.
> Goedkeuring wordt verleend aan het verslag van nazicht van de offertes van 20 september 2011 voor de opdracht 'Bouw van een sportcomplex 'Het Veld' – opdracht 3: verwarming, koeling en verluchting', opgesteld door de ontwerper […].
>
> Artikel 2.
> De opdracht wordt gegund aan de laagste regelmatige bieder, zijnde Keysers nv […] tegen het nagerekende en verbeterde inschrijvingsbedrag van 599.332,79 euro (exclusief btw) of 725.192,68 euro (inclusief 21% btw)."

3.5. Met een brief van 8 december 2011 wordt verzoekende partij ervan op de hoogte gebracht dat de opdracht aan een andere inschrijver werd gegund. Een kopie van de gunningsbeslissing wordt bijgevoegd.

IV. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

4. Verzoekende partij voert de schending aan van "de Richtlijn 2004/18/EG; schending van artikel 15 van de wet op de overheidsopdrachten d.d. 24 december 1993; minstens schending van het redelijkheidsbeginsel".

Verzoekende partij betoogt in essentie als volgt:

> "Uit de bestreden beslissing blijkt duidelijk dat verzoekende partij de laagst regelmatige inschrijver was. Verzoekende partij, nv Borzee, had namelijk een regelmatige offerte ingediend ten bedrage van € 596.756,01 exclusief BTW (€ 722.074,77 inclusief BTW).

De bestreden beslissing kent de opdracht echter verkeerdelijk toe aan de nv Keysers die een offerte indiende ten bedrage van € 599.332,79 exclusief BTW (€ 725.192,68 inclusief BTW).

Aangezien *in casu* verzoekende partij de laagst regelmatige inschrijver was, diende de overheidsopdracht aan verzoekende partij gegund te worden.

De bestreden beslissing schendt derhalve de wet op de overheidsopdrachten.
[…]

In casu is het duidelijk dat de overheid onredelijk heeft gehandeld aangezien zij de opdracht tot werken niet heeft gegund aan de laagste regelmatige inschrijver, terwijl de laagste prijs het enige vastgestelde gunningscriterium was.

Bovendien geeft verwerende partij geen enkele reden op waarom de opdracht niet wordt gegund aan verzoekende partij.

Voornoemde onredelijkheid van de bestreden beslissing wordt ten slotte nog versterkt door het feit dat de bestreden beslissing letterlijk vermeldt dat de opdracht wordt gegund aan de laagste regelmatige inschrijver, terwijl de bestreden beslissing de tweede laagste inschrijver de opdracht gunt."

Beoordeling

5.1. In zoverre verzoekende partij in dit middel de schending aanvoert van "de Richtlijn 2004/18/EG" is het middel niet ontvankelijk. Verzoekende partij duidt geen concrete bepaling aan van deze richtlijn die zij geschonden acht, voert niet nader aan hoe deze richtlijn in deze zaak rechtstreekse werking zou hebben en voert evenmin aan dat de huidige opdracht onder het toepassingsgebied van de Europese regels inzake overheidsopdrachten valt.

5.2.1. Overeenkomstig artikel 15 van de wet van 24 december 1993 'betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten' dient de opdracht bij openbare aanbesteding te worden toegewezen aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte indiende.

5.2.2. Uit het administratief dossier, het gunningsverslag en de bestreden beslissing blijkt dat de nv Keysers de laagste regelmatige offerte had ingediend voor de kwestieuze opdracht. In overeenstemming met het voornoemde artikel 15 diende de opdracht dan ook aan deze inschrijver te worden gegund, wat verwerende partij heeft gedaan.

Artikel 15 van de wet van 24 december 1993 werd dan ook niet geschonden. Het redelijkheidsbeginsel werd aldus evenmin geschonden.

5.3. Het middel is niet gegrond.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

6.1. Verzoekende partij voert de schending aan van "de motiveringsplicht".

Verzoekende partij betoogt in essentie in het verzoekschrift als volgt:

> "1. Het materiële motiveringsbeginsel
> […]
>
> De bestreden beslissing is enkel terug te vinden in de notulen van het Schepencollege d.d. 7 december 2011 […]. De bestreden beslissing is op geen enkele andere wijze gematerialiseerd: er bestaat geen afzonderlijk document waarin de bestreden beslissing *in se* is opgenomen.
>
> De bestreden beslissing is zowel feitelijk, als juridisch niet correct gemotiveerd.
>
> Volgens de bestreden beslissing wordt de opdracht gegund aan de laagste regelmatige bieder, zijnde Keysers nv, die een gecorrigeerde offerte indiende ten bedrage van € 599.332,79 (exclusief btw) of € 725.192,68 (inclusief btw). De bestreden beslissing stelt dat het zich baseert op het verslag van nazicht van de offertes van 20 september 2011, opgesteld door de ontwerper […].

Verzoekende partij heeft echter een regelmatige offerte ingediend ten bedrage van € 596.756,01 (exclusief btw) of € 722.074,77 (inclusief btw).

Bijgevolg is het verzoekende partij die de laagste regelmatige bieder is en niet de nv Keysers, zoals verkeerdelijk wordt gemotiveerd in de bestreden beslissing.

De bestreden beslissing houdt om alle voormelde redenen derhalve een manifeste schending in van de materiële motiveringsverplichting.

2. De formele motiveringsplicht
[…]

Aangezien hierboven werd aangetoond dat de bestreden beslissing inhoudelijk leeg is, kan niet anders dan worden aangenomen dat de bestreden beslissing de formele motiveringsverplichting schendt."

6.2. In haar memorie van wederantwoord komt verzoekende partij enkel nog terug op wat zij als een schending van de formele-motiveringsplicht aanmerkt, in volgende bewoordingen:

"B. De formele motiveringsplicht
[…]

Verwerende partij stelt in haar memorie van antwoord dat alle ingediende offertes dienden te worden aangepast. Blijkbaar werd er -nadat alle inschrijvers hun offerte hadden ingediend- opgemerkt dat zowel de plannen als het bestek twee condenserende aardgasketels vermeldden, terwijl er in de meetstaat slechts één aardgasketel vermeld stond. Hierdoor hadden alle inschrijvers in hun offerte slechts één aardgasketel aangerekend, terwijl nadien bleek dat het er twee dienden te zijn.

Volgens verwerende partij werden alle offertes vervolgens aangepast en werd de prijs die door de inschrijvers voor één aardgasketel werd aangerekend, verdubbeld.

Dit werd echter nooit gecommuniceerd naar verzoekende partij, noch werd dit op deze manier gemotiveerd in de bestreden beslissing. Het is nu voor de eerste keer dat dit wordt meegedeeld aan verzoekende partij.

Uit de bestreden beslissing valt nergens af te leiden dat in alle offertes de prijs van de aardgasketel werd verdubbeld (aangezien het er twee dienden te worden geplaatst in plaats van één). De ontvangen offertes die in de bestreden beslissing worden vermeld, vermelden trouwens enkel de offerteprijs zoals deze oorspronkelijk werd ingediend door de inschrijvers, en niet zoals deze werd aangepast (zonder medeweten van verzoekende

partij!). Nergens blijkt uit de bestreden beslissing dat de prijzen van alle offertes werden verhoogd en er dus met andere prijzen werd rekening gehouden.

Uit de bestreden beslissing blijkt wel dat de offerteprijs van de nv Keysers werd gecorrigeerd. Er wordt echter niet gemotiveerd waarom en er wordt ook niet aangegeven dat ook de offerteprijzen van de andere inschrijvers werden gecorrigeerd.

Zelfs in het geval dat de opdracht *in casu* dus toch werd gegund aan de laagst regelmatige inschrijver, dan nog heeft verwerende partij zich onzorgvuldig gedragen, aangezien haar gunningsbeslissing onvoldoende gemotiveerd is.

Bijgevolg schendt de bestreden beslissing in elk geval de formele motiveringsplicht."

6.3. In haar laatste memorie voegt verzoekende partij nog het volgende toe aan haar betoog:

"A. Het materiële motiveringsbeginsel
[…]

Nergens uit de bestreden beslissing blijkt dat het inschrijvingsbedrag van verzoeker ook diende te worden gecorrigeerd. Verzoeker was hier dan ook niet van op de hoogte. De bestreden beslissing laat uitschijnen dat enkel het bedrag van de nv Keysers diende te worden gecorrigeerd. De 'nieuwe' rangschikking […] werd niet vermeld in de bestreden beslissing."

Beoordeling

7.1. Het middel zoals aangebracht in het verzoekschrift is in wezen een herhaling van de grieven uit het eerste middel en berust evenzeer op de onjuiste feitelijke veronderstelling dat de opdracht niet aan de laagste regelmatige inschrijver zou zijn gegund.

Wat voorts de opmerking betreft dat de bestreden beslissing "op geen enkele andere wijze gematerialiseerd" is dan in de notulen van het college van burgemeester en schepenen, geeft verzoekende partij niet aan welke

rechtsregel hierdoor zou zijn geschonden; de Raad van State ziet dit ook niet spontaan in.

7.2.1. In de memorie van wederantwoord laakt verzoekende partij de formele motivering opgenomen in de bestreden beslissing, in zoverre hierin geen melding werd gemaakt van het onderzoek en aanpassing van de offertes terzake van de ontbrekende condenserende aardgasketel in de meetstaat. In de laatste memorie voegt verzoekende partij aan deze kritiek toe dat in de bestreden beslissing evenmin wordt vermeld dat ook het totale offertebedrag van haar offerte werd aangepast, noch de nieuwe rangschikking van de offertes na onderzoek en aanpassing door verwerende partij.

7.2.2. Wat de aldus aangevoerde schending van de formele-motiveringsplicht betreft moet worden opgemerkt dat de hier gehanteerde gunningswijze de openbare aanbesteding is, zodat, overeenkomstig artikel 15 van de wet van 24 december 1993, in beginsel de vermelding dat de opdracht gegund wordt aan de laagste regelmatige inschrijver een afdoende formele motivering uitmaakt.

7.2.3. De bestreden beslissing vermeldt uitdrukkelijk dat "[d]e opdracht wordt gegund aan de laagste regelmatige bieder, zijnde Keysers nv […] tegen het nagerekende en verbeterde inschrijvingsbedrag van 599.332,79 euro (exclusief btw) of 725.192,68 euro (inclusief 21% btw)"; voorts wordt uitdrukkelijk verwezen naar het gunningsverslag van de ontwerper van 20 september 2011, dat vervolgens door het college van burgemeester en schepenen wordt goedgekeurd.

De motieven opgenomen in de bestreden beslissing volstaan in beginsel om een gunning van een opdracht in rechte en in feite te schragen vanuit het oogpunt van de formele motivering.

Verzoekende partij toont te dezen niet aan dat de formele-motiveringsplicht vereist dat verwerende partij in de bestreden beslissing waarin de opdracht wordt gegund aan de nv Keysers, meer motieven zou vermelden dan zij deed.

De gunningsbeslissing verwijst in dit verband, zoals reeds opgemerkt, overigens naar het gunningsverslag. In dit gunningsverslag wordt het onderzoek en de aanpassing van de offertes uitvoerig toegelicht en besloten dat de nv Keysers de laagste regelmatige offerte heeft ingediend. In dit verslag wordt eveneens een eindrangschikking van de offertes na correctie vermeld.

7.3. Nu de bestreden beslissing afdoende formeel werd gemotiveerd en, gelet op de inhoud van het gunningsverslag, staat evenmin vast dat verwerende partij het zorgvuldigheidsbeginsel zou hebben geschonden, zoals verzoekende partij nog betoogt in de memorie van wederantwoord.

7.4. Het middel is niet gegrond.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

8.1. Verzoekende partij voert de schending aan van het zorgvuldigheidsbeginsel.

In het verzoekschrift betoogt zij hieromtrent in essentie als volgt:

> "*In casu* is het duidelijk dat de bestreden beslissing niet naar behoren werd voorbereid. Indien dit wel was gebeurd, zou de bestreden beslissing niet enerzijds stellen dat de opdracht wordt gegund aan de laagst regelmatige inschrijver en anderzijds de opdracht toch niet gunnen aan de laagst regelmatige inschrijver.
>
> Verwerende partij heeft bij het nemen van de bestreden beslissing onvoldoende aandacht besteed aan de ingediende offertes.
>
> Gelet op deze wijze van besluitvorming schendt de bestreden beslissing het zorgvuldigheidsbeginsel."

8.2. In haar memorie van wederantwoord voegt verzoekende partij hier nog het volgende aan toe:

> "Verwerende partij stelt nu dat de opdracht wel werd gegund aan de laagst regelmatige inschrijver, aangezien […] blijkbaar alle offertes werden aangepast omdat er in de oorspronkelijke meetstaat slechts één condenserende aardgasketel werd vermeld, terwijl het er twee dienden te zijn.
>
> Zelfs in het geval dat de uiteenzetting van verwerende partij kan gevolgd worden en verzoekende partij na de aanpassing van de offertes, inderdaad niet de laagst regelmatige bieder was, dan nog heeft verwerende partij haar zorgvuldigheidsplicht geschonden.
>
> Verwerende partij heeft verzoekende partij namelijk nooit ingelicht over het feit dat er een fout stond in de meetstaat en dat de offertes hierdoor dienden te worden aangepast. Dit op zich is al een schending van het zorgvuldigheidsbeginsel.
>
> Daar komt bovendien nog bij dat verwerende partij de offertes allemaal zelf heeft aangepast en verzoekende partij (en ook de andere inschrijvers) niet de kans heeft gegeven om de offerte zelf te corrigeren. Het is namelijk niet zo dat de prijs van één condenserende aardgasketel automatisch verdubbeld dient te worden indien er in de plaats van één, twee ketels dienen te worden geplaatst. Deze prijsbepaling kan enkel worden overgelaten aan de inschrijver zelf, aangezien hier een heel aantal factoren bij komen kijken. Bijgevolg heeft verwerende partij ook de zorgvuldigheidsnorm geschonden door deze offertes niet terug te sturen naar de inschrijvers ter aanpassing.
>
> Gelet op deze wijze van besluitvorming schendt de bestreden beslissing het zorgvuldigheidsbeginsel."

Beoordeling

9.1. Het middel zoals aangebracht in het verzoekschrift is zoals het tweede middel een herhaling van de grieven uit het eerste middel en berust evenzeer op de onjuiste feitelijke veronderstelling dat de opdracht niet aan de laagste regelmatige inschrijver zou zijn toegewezen.

9.2.1. In de memorie van wederantwoord laakt verzoekende partij het feit dat verwerende partij de inschrijvers niet heeft ingelicht over de fout in de meetstaat, noch hun de kans heeft gegeven om de offerte zelf te corrigeren.

9.2.2. Het nazicht van de offertes bij een openbare aanbesteding wat betreft de wijziging van hoeveelheden in de meetstaat door één van de inschrijvers, wordt geregeld door artikel 112 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken’. De eerste paragraaf van dit artikel luidt:

> “§ 1. Wanneer een inschrijver, bij toepassing van artikel 96, § 2, de hoeveelheid van één of meer posten van de samenvattende opmetingsstaat van een overheidsopdracht voor aanneming van werken heeft verbeterd, ziet de aanbestedende overheid die wijzigingen na, verbetert ze zo nodig volgens eigen berekeningen en wijzigt eventueel de opmetingen gevoegd bij de offertes volgens de regels hierna :
>
> 1° voor de definitieve verbetering van de offerte, wordt als volgt te werk gegaan :
>
> a) de aanbestedende overheid verbetert de offerte op grond van de juist bevonden hoeveelheden voor elke post van de samenvattende opmetingsstaat;
>
> b) wanneer de aanbestedende overheid de wijzigingen van een post met vermoedelijke hoeveelheden niet door eigen berekeningen kan nazien, brengt zij de voorgestelde verhoging van de hoeveelheden tot de oorspronkelijke hoeveelheid van de opmetingsstaat terug; de aanbestedende overheid behoudt de verminderingen aangebracht door de inschrijvers, onverminderd de rechten van de aanbestedende overheid, omschreven in artikel 96, § 2, derde lid, 1° en 2°;
>
> 2° voor de rangschikking van de offertes worden de hoeveelheden aanvaard door de aanbestedende overheid die groter zijn dan of gelijk zijn aan de hoeveelheden van de oorspronkelijke opmetingsstaat, naar alle opmetingsstaten zonder onderscheid gebracht. De wijzigingen die door de aanbestedende overheid aanvaard worden en die een vermindering van de hoeveelheden tot gevolg hebben, spelen daarentegen enkel in het voordeel van de inschrijvers die ze gemeld hebben en enkel in de mate dat hun verantwoording is aanvaard. Aldus :
>
> a) wordt, indien de hoeveelheid voorgesteld door de inschrijver kleiner is dan de hoeveelheid aanvaard door de aanbestedende overheid, deze laatste hoeveelheid in de opmetingsstaat gebracht;
>
> b) wordt, indien de hoeveelheid voorgesteld door de inschrijver, ligt tussen de hoeveelheid aanvaard door de aanbestedende overheid en de hoeveelheid van de oorspronkelijke opmetingsstaat, de hoeveelheid voorgesteld door de inschrijver in de opmetingsstaat gebracht;
>
> c) wordt, indien de hoeveelheid voorgesteld door de inschrijver, groter is dan de hoeveelheid van de oorspronkelijke opmetingsstaat, de door de inschrijver voorgestelde hoeveelheid teruggebracht tot de hoeveelheid van de oorspronkelijke opmetingsstaat.”

De bepaling voorziet niet in de mogelijkheid voor de aanbestedende overheid om contact op te nemen met de inschrijvers, noch hun de kans dient te geven zelf hun offertes aan te passen. Dergelijke handelwijze zou overigens in beginsel indruisen tegen het gelijkheids- en transparantiebeginsel.

9.2.3. Verzoekende partij toont aldus niet aan dat verwerende partij bij het nemen van de bestreden beslissing op onzorgvuldige wijze de aangehaalde reglementaire bepalingen zou hebben toegepast.

Het middel is niet gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 28 februari 2013, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Lust,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,

bijgestaan door

Bram Van Thillo,	griffier.

De griffier **De voorzitter**

Bram Van Thillo **Dierk Verbiest**