

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

IXe KAMER

A R R E S T

**nr. 224.018 van 21 juni 2013
in de zaak A. 202.953/IX-7509**

In zake : Carine MISSIAEN
wonend te 2980 Zoersel
Nieuwedreef 5
waar woonplaats wordt gekozen

tegen :

het REKENHOF
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Koen Geelen en Elsbeth Loncke
kantoor houdend te 3500 Hasselt
Gouverneur Roppesingel 131
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingediend op 23 december 2011, strekt tot de nietigverklaring van de navolgende beslissingen van de examencommissie voor de aanwerving van adjunct-auditeurs/expert overheidsopdrachten bij het Rekenhof:
- de beslissing waarbij Carine Missiaen niet geslaagd wordt verklaard voor de praktische proef;
 - de beslissing waarbij de lijst met de geslaagde kandidaten wordt vastgesteld.

II. Verloop van de rechtspleging

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

Auditeur Melissa Celis heeft een verslag opgesteld.

De verzoekster heeft een verzoek tot voortzetting van het geding en een laatste memorie ingediend. De verwerende partij heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 6 mei 2013.

Kamervoorzitter André Vandendriessche heeft verslag uitgebracht.

De verzoekster en advocaat Chris Schijns, die loco advocaten Koen Geelen en Elsbeth Loncke verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Geert De Bleekere 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. Op 25 mei 2011 en 15 juni 2011 beslist de algemene vergadering van het Rekenhof tot de organisatie van een statutair wervingsexamen voor adjunct-auditeur, expert overheidsopdrachten. Het gaat om een vergelijkend examen waarbij de laureaten worden opgenomen in een werfreserve die drie jaar geldig blijft.

3.2. In het examenreglement worden de toelatingsvoorwaarden bepaald en wordt de selectieprocedure voor de werving uiteengezet.

Het examen zal bestaan uit (a) indien er meer dan vijftig kandidaten zijn, een preselectie bestaande uit een computergestuurde intelligentietest, (b) een schriftelijke praktische proef om na te gaan of de kandidaat zijn kennis van de materie in de praktijk kan brengen en (c) een selectie-interview om de affiniteit van de kandidaat met het werkterrein, de motivatie en de mondelinge communicatievaardigheden te testen.

De slaagnorm wordt vastgelegd (a) op 60% (12 punten op 20) voor de intelligentietest (preselectie) met een maximum van 50 geslaagden, (b) op 60% (42 op 70) voor de praktische proef met een maximum van 12 geslaagden en (c) op 60% (18 op 30) voor het selectie-interview.

Specifiek met betrekking tot de inhoud van de -in deze zaak centraal staande- schriftelijke praktische proef -ook de “test van de technische competenties” genoemd- stelt het examenreglement: “Onder andere op basis van gevalstudies naast open vragen en meerkeuzevragen, wordt onderzocht in welke mate de kandidaat over een doorgedreven kennis van de reglementering inzake overheidsopdrachten en de toepassing hiervan in de praktijk beschikt. Er wordt nagegaan of de kandidaat in het kader van de controleopdracht de belangrijkste risico's inzake de gunning en de uitvoering van overheidsopdrachten kan identificeren en daaromtrent aanbevelingen kan formuleren ten behoeve van de geauditeerde”.

De Algemene Vergadering van het Rekenhof heeft voorts, op voorstel van de Nederlandse kamer, ook beslist dat de schriftelijke praktische proef wordt opgemaakt en verbeterd door een jury bestaande uit een externe expert en een personeelslid - expert overheidsopdrachten.

3.3. De verzoekster stelt zich kandidaat. Aangezien geen vijftig kandidaten aan de toelatingsvoorwaarden voldoen, wordt geen preselectie gehouden.

3.4. De praktische proef van het examen gaat door op 1 oktober 2011.

De proef omvat in totaal elf vragen. De antwoorden van de deelnemers aan het examen worden verbeterd aan de hand van een door de jury opgesteld modelantwoord. De verzoekster betwist niet dat dit modelantwoord voorafgaandelijk is opgesteld door de twee examinatoren.

Op 26 oktober 2011 neemt de Bijzondere Nederlandse kamer akte van de scores die door de jury zijn toegekend.

De verzoekster behaalt een totaalscore van 56/110 of 50,91%.

3.5. Met een brief van 28 oktober 2011 wordt aan de verzoekster meegedeeld dat zij niet geslaagd is voor de proef. Het betreft de eerste bestreden beslissing. De mededeling luidt:

“Op 1 oktober 2011 nam u deel aan de praktische proef van bovenvermeld examen. Tot mijn spijt moet ik u melden dat u niet bent geslaagd.

Het examenreglement bepaalt namelijk in punt V. Selectieprocedure dat de kandidaten minimaal 60% van de punten dienen te behalen. U behaalde evenwel slechts 35,64 punten op 70, hetzij 50,91%.

(...)”.

3.6. Daarom gevraagd bezorgt de verwerende partij op 4 november 2011 aan de verzoekster een afschrift van haar examenkopij en een overzicht van de punten die zij op elke afzonderlijke vraag behaalde, met daarbij telkens de commentaar van de examinatoren.

3.7. Op 19 november 2011 vindt het selectie-interview plaats. De examenjury maakt vervolgens volgende rangschikking op van de geslaagden:

1. Frédéric DE COOMAN (70,73/100)
2. Bart GHEYSENS (70,23/100)

- | | |
|-----------------------|--------------|
| 3. Leen DE SMET | (66,09/100) |
| 4. Bjorn DEMEULENAERE | (65,64/100) |
| 5. Carolina STEVENS | (64,00/100). |

Op 23 november 2011 neemt de algemene vergadering akte van het eindresultaat van het examen. Zij beslist dat de twee best gerangschikte laureaten van het examen zullen worden opgeroepen om in dienst te treden op 16 januari 2012.

De beslissing tot vaststelling van de lijst met de geslaagde kandidaten maakt de tweede bestreden beslissing uit.

3.8. Op 18 januari 2012 beslist de algemene vergadering dat Frédéric De Cooman en Leen De Smet worden toegelaten tot de stage in de graad van adjunct-auditeur van de Nederlandse taalrol, en dit met ingang van 16 januari 2012. Dat met de eerste laureaat ook de derde laureaat is aangewezen, is volgens de verwerende partij te wijten aan het feit dat de tweede laureaat zou besloten hebben alsnog niet in dienst te treden.

IV. Uitbreiding van het voorwerp van het beroep

4. De verzoekster stelt in haar memorie van wederantwoord dat zij het voorwerp van haar beroep uitbreidt tot de sub 3.8 vermelde beslissingen van de algemene vergadering van 18 januari 2012.

5. De aanstellingen in het ambt van de laureaten van het vergelijkend examen vinden hun noodzakelijke rechtsgrond in de rangschikking van de kandidaten in de werfreserve, zijnde de eindbeslissing in de complexe verrichting waartoe de examenverrichtingen behoren die de verzoekster ook tot het voorwerp van haar beroep maakt. De onregelmatigheid van die verrichtingen vitieert de aanstellingsbeslissingen die erop gevolgd zijn.

De verzoekster heeft met de eerste processuele gelegenheid die zich aandiente om de uitbreiding van het voorwerp van haar beroep gevraagd. De vraag wordt ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van het beroep

6. De verwerende partij betwist het belang van de verzoekster in het licht van haar opzet om in de wervingsreserve opgenomen te worden.

In de eerste plaats stelt zij dat de verzoekster, om haar doelstelling te bereiken, moet kunnen aantonen dat zij minstens 60% van de punten had moeten behalen op het examen; daarvoor moet zij aantonen dat haar middelen gegrond zijn en dat zij op de vijf examenvragen waarop zij haar uitslag bekritiseert een voldoende hoge score verdiende. Zij behaalde een totaalscore van 56 punten op 110 -50,91% - en een score van 22,75 op 50 op de vijf vragen die zij bekritiseert, zodat zij om het totaal van 60% te bereiken, op de betwiste vragen 32,75 op 50 moet behalen. Met de verwerping van een of meerdere onderdelen van de aangevoerde middelen wordt het voor de verzoekster onmogelijk om de vereiste 60%-norm te bereiken.

In de tweede plaats stelt zij dat de kans op een aanwijzing in een betrekking uiterst klein is. Er zijn reeds twee laureaten in dienst getreden en de kans dat er in de komende drie jaar nog iemand uit de wervingsreserve benoemd kan worden is zeer klein. In ieder geval gaan er in dat geval, wanneer de verzoekster nog 60% van de punten behaalt, haar nog drie personen vooraf.

7. De verzoekster stelt dat zij, door aan het examen deel te nemen, blijk heeft gegeven van het vereiste belang: zij wil in de werfreserve opgenomen worden en vervolgens benoemd worden. In dit geval beoogt zij zelfs veeleer in de werfreserve opgenomen te worden omdat zij in de drie jaar dat de reserve loopt haar studies kan afmaken en dan meer bewegingsruimte heeft op de arbeidsmarkt. Wordt zij in de reserve opgenomen, dan is de kans dat daaruit een aanwerving

volgt zeker niet onbestaande; de kans bestaat ook dat de actueel op de reserve ingeschreven personen niet meer beschikbaar zijn. Zij voegt daaraan toe dat het aantal punten dat zij tekortkomt om 60% te behalen niet onoverbrugbaar is -een gemiddelde van twee punten meer per vraag- terwijl de nietigverklaring van de lijst van geslaagden tot gevolg heeft dat er geen wervingsreserve meer bestaat en een nieuwe proef ingericht moet worden.

8. In haar laatste memorie wijst de verwerende partij er nog op dat niet uit het oog verloren mag worden dat de kandidaten na de praktische proef ook nog een selectie-interview moesten afleggen en dat zij ook daarop een minimum-score moesten behalen zodat helemaal niet zeker is dat de verzoekster uiteindelijk de vereiste 60% zou behalen. Met andere woorden, met het gegrond horen verklaren van de middelen alleen komt de verzoekster nog niet in de werfreserve. Zij wijst ook nog op de eigenaardigheid dat de verzoekster uiteindelijk liever voor een periode van drie jaar in de werfreserve geplaatst wil worden en geen onmiddellijke benoeming ambieert, hetgeen vragen doet rijzen bij haar belang.

Beoordeling

9. De verzoekster verzet zich tegen de beoordeling van haar praktische proef, waardoor zij uitgesloten werd van deelname aan de verdere examenverrichtingen en ook niet opgenomen is kunnen worden in de werfreserve. De onregelmatigheid van dat resultaat om de enkele reden dat haar individuele prestatie verkeerd beoordeeld werd, heeft niet automatisch tot gevolg dat de gehele rangschikking onregelmatig wordt en dat er een nieuwe proef moet ingericht worden; zij verplicht de verwerende partij in beginsel enkel tot het heroverwegen van de prestatie van de verzoekster en tot een nieuwe rangschikking met inachtneming van de punten die de verzoekster bij de heroverweging behaalt. Dit kan hoogstens anders zijn bij het gegrond bevinden van het eerste middel, waarin de verzoekster de regelmatigheid van het modelantwoord in vraag stelt en in welk geval vast komt te staan dat de jury, toen zij de prestaties van alle kandidaten aan

het modelantwoord toetste, rekening gehouden heeft met een onregelmatige beoordelingsgrondslag en daarmee een onregelmatigheid begaan heeft die op de prestatie van alle kandidaten afspiegelt.

De heroverweging van de prestatie van de verzoekster is een discretionaire beslissing van de examencommissie, waarop de Raad van State niet mag vooruitlopen. Hij kan hic et nunc alleen vaststellen dat het niet uitgesloten is dat de verzoekster na die discretionaire heroverweging de vereiste 60% van de punten behaalt waardoor zij toegang krijgt tot de volgende proef, hetgeen haar dan weer uitzicht laat krijgen op een gunstige einduitslag en dus een opname in de rangschikking van de laureaten en de werfreserve.

Aangezien de verzoekster, door het bestrijden van de rangschikking van de laureaten, de weg heeft opengehouden om op de plaats die haar toekomt in de rangschikking opgenomen te worden, geeft zij blijk van het vereiste belang bij de vernietiging van de verschillende beslissingen die zij bestrijdt.

De omstandigheid dat de kans gering is dat de verzoekster tijdens de drie jaar dat de wervingsreserve geldt in het ambt kan aangesteld worden vermindert haar belang niet; de kans op een aanstelling volstaat om het belang aan te nemen.

VI. Onderzoek van de middelen

Eerste middel

Standpunt van de partijen

10. De verzoekster stelt dat de verbetering van haar proefwerk niet op deugdelijke motieven steunt, aangezien de examenjury bij het opmaken van het standaardantwoord, waarop de beoordeling van haar kopij afgestemd is, een

“kennelijk verkeerde” toepassing gemaakt heeft van de regelgeving inzake de overheidsopdrachten. Het middel is toegespitst op vraag 11 van het examen, die betrekking had op het maken van bemerkingen bij een voorgelegd bestek in het kader van een auditverslag; die opdracht luidde:

“U bent belast met het doorlichten van de overheidsopdrachten gegund door het Vlaams Parlement in 2010 en 2011. U beslist het bestek m.b.t. de bestelopdracht voor het vertalen van teksten voor het Vlaams parlement, de Vlaamse Ombudsdienst, het Kinderrechtencommissariaat, het Instituut voor Samenleving & Technologie en het Vlaams Vredesinstituut aan een nauwgezet onderzoek te onderwerpen.

Welke bemerkingen -zo er al zijn- zult u formuleren in uw auditverslag?”

In haar uiteenzetting stelt de verzoekster dat de acht punten van kritiek die de examenjury, daarbij voortbouwend op het modelantwoord, tegen haar prestatie heeft ingebracht in vier gevallen verkeerd is -met name steunen ‘op een verkeerde toepassing van de regelgeving’- en dat de kritiek in de vier andere gevallen steunt op een letterlijke interpretatie van enkele bepalingen uit het bestek die nochtans duidelijk als een onhandige formulering of een materiële fout te begrijpen zijn en geen kritische bemerking behoeften.

De volgende vier punten van het modelantwoord zijn volgens haar verkeerd omdat zij niet stroken met de geldende reglementen:

- De kritiek van de examencommissie ad punt A7 van het bestek, dat berichten en rechtzettingen ook op Europees vlak bekendgemaakt moeten worden, is onjuist omdat de diensten die het voorwerp zijn van het bestek, vallen onder bijlage 2B van de wet van 24 december 1993 waarvoor geen Europese bekendmaking verplicht is;
- De kritiek ad punt B2 -de prijssherzieningsformule- dat het niet voor herziening vatbaar bedrag ‘in beginsel 0,2 en niet 0,3’ is, is onjuist omdat de wet van 30 maart 1976 een prijssherziening mogelijk maakt voor “maximum 80% van de eindprijs” zodat er geen beletsel is om het niet-herzienbare gedeelte op meer dan 0,2 te bepalen en er dus over die bestekbepaling geen opmerking geformuleerd moest worden;

- Het verwijt ad punt B10 dat het bestek geen borgtocht vereist, is niet correct omdat, in toepassing van artikel 5, § 1, vijfde lid, 1°, juncto artikel 69, § 2, van de Algemene Aannemingsvoorwaarden (hierna “de AAV”, dit zijn de bepalingen vermeld in de bijlage bij het koninklijk besluit van 26 september 1996), geen borgtocht verplicht voor opdrachten waarvan de uitvoeringstermijn de dertig dagen niet overschrijdt, nu elke afzonderlijk bestelde vertaaldienst binnen de vijf dagen afgewerkt moet worden;
- Het verwijt ad punt B11 -“boete wegens laattijdige uitvoering en maatregelen van ambtswege”- dat de boete van 25% gemotiveerd moet worden, berust op een vergissing omdat hier duidelijk geen sprake is van een sanctie voor vertraging bij de uitvoering, maar als een eenmalige straf voor de vertraging, ongeacht de duur ervan.

Vier andere punten, vermeld in het modelantwoord, steunen op een letterlijke interpretatie van de bepalingen van het bestek door de examenjury, terwijl niets erop wijst dat het bestuur beoogde tegen de reglementering in te gaan:

- Dat afwijkingen van het bestek ten onrechte niet vooraan in het bestek vermeld staan is niet terecht, omdat dit slechts kan gevraagd worden wanneer het bestek metterdaad afwijkt van de algemene voorwaarden. Enkel de bepaling inzake de betalingstermijn (punt B3) kan als een afwijking van het bestek worden gezien, maar die bepaling moet volgens artikel 3, § 1, laatste lid, van het koninklijk besluit van 26 september 1996 niet geschreven worden geacht;
- Dat de subgunningscriteria niet gepondereerd zijn (punt A13) is niet verkeerd. Het betekent alleen dat het criterium niet als afzonderlijk onderdeel gequoteerd mag worden; het mag wel als beoordelingscriterium bij de zaak betrokken worden;
- Dat de formule voor de berekening van de punten voor het criterium “prijs” (punt A14) foutief is, is correct, maar het komt het bestuur toe die “zuiver materiële fout” te verbeteren;

- Dat geen voorschot wordt toegestaan (punt B3) is correct maar de vermelde regel kan slaan op het aanvaarden van een betaling mits afhouding van een saldo totdat alle keuringsformaliteiten afgehandeld zijn.

De verzoekster stelt dat zij op vraag 11 slechts 3,5 punten op 10 behaalde op basis van een aantal bekritiseerbare beoordelingcriteria vanwege de examenjury terwijl zij toch negen andere opmerkingen tegen het bestek geformuleerd heeft die de examenjury, door ze niet te weerleggen, terecht bevonden heeft.

Zij besluit dat de verkeerde toepassing van de regelgeving enerzijds en de eigenzinnige interpretatie van de regelgeving anderzijds haar laag puntenaantal verklaart.

11. De verwerende partij beantwoordt het middel als volgt:

De examencommissie beschikt bij het opstellen van en de verbetering van examens over een discretionaire bevoegdheid, zodat de Raad van State de beslissing van de commissie alleen marginaal mag toetsen. Aangezien het examen werd opgesteld en verbeterd door twee examinatoren die beiden als een autoriteit gelden op het vlak van de overheidsopdrachten en zij de proef goed omkaderd hebben -met name door het opstellen van “referentiële vragen”, het werken met een verbeter sleutel, het afzonderlijk verbeteren van de antwoorden, het samenbrengen en bespreken van de verbeteringen en de uitdrukkelijke motivering van de score van de verzoekster op elke vraag-, mag gesteld worden dat het examen professioneel, zorgvuldig en objectief was georganiseerd en kan niet worden ingezien welke fouten “tegen het recht” de examinatoren zouden hebben kunnen maken.

De verzoekster toont niet aan dat het gehanteerde model voor de verbetering kennelijk onredelijk is. Zij stelt dat vier antwoorden “fout” zijn maar spreekt niet van kennelijke onredelijkheid ervan; en stellen dat vier antwoorden

teruggaan naar een “onhandige formulering” in het bestek, betekent nog niet dat het antwoord dat van de kandidaten verwacht werd, kennelijk onredelijk is.

Volgens het modelantwoord werd van de examinandi verwacht dat zij elf onregelmatigheden zouden ontdekken. De verzoekster heeft er slechts twee van gevonden en daarvoor heeft zij een score behaald van 3,5 op 10; dit omdat haar antwoorden toch bepaalde aspecten duidelijk stelden.

Concreet geeft de verwerende partij dan een punctuele uiteenzetting ter ondersteuning van de kritiek die de examencommissie bij de examenkopij van de verzoekster gegeven heeft:

- Punt A7: van de kandidaten werd verwacht dat zij zouden opmerken dat rechtzettingen en aanvullingen bij het bestek ook Europees bekendgemaakt moesten worden. Die verplichting volgt uit punt A2 van het bestek waarin bepaald is dat de opdracht zelf Europees bekendgemaakt wordt. Dat de reglementering vertaaldiensten uitsluit van verplichte Europese bekendmaking doet daar niets aan af.
- Punt B2: van de kandidaten werd verwacht dat zij zouden opmerken dat het bedrag dat niet voor herziening vatbaar is in beginsel 0,2 bedraagt en niet 0,3. Dat het niet verboden is 30% uit de prijsherziening te weren is niet ter zake.
- Punt B10: van de kandidaten werd verwacht dat zij zouden opmerken dat ten onrechte geen borgtocht wordt gevraagd; ook dat deze afwijking op de AAV en de formele motivering ervan vooraan in het bestek vermeld zou worden. Het standpunt dat de verzoekster in het verzoekschrift inneemt is niet juist, want uit de samenlezing van de artikelen 5, § 1, 1°, en 69, § 2, AAV volgt niet dat de opdracht moest gesplitst worden per vertaaldienst, er moet integendeel een analoge toepassing worden gemaakt van de regeling inzake de bekendmakingsdrempels waarbij de waarde van de gehele opdracht in aanmerking wordt genomen en niet de afzonderlijke waarden van elke afzonderlijke dienst. Overigens is de uitvoeringstermijn van deze opdracht bepaald op negen jaar zodat artikel 5, § 1, 1°, AAV niet van toepassing is en betreft artikel 69, § 2, AAV alleen de uitvoeringsmodaliteiten voor de

betekening van de bestellingen zodat de afzonderlijke betekening van elke bestelling niet verhindert dat de borgtocht moet worden bepaald aan de hand van de looptijd van de overeenkomst en de raming van de opdracht. En een afwijking van die regeling is ook slechts mogelijk mits dit vooraan in het bestek aangegeven is met verwijzing naar de betreffende bepaling van het bestek.

- Punt B11: van de kandidaten werd verwacht dat zij zouden opmerken dat de boete van 25% van het bedrag van de bestelde opdracht gemotiveerd moest worden. De verzoekster heeft bij dit punt geen bemerking gemaakt. In het verzoekschrift verwijst de verzoekster naar een “straf” en stelt zij dat de AAV dergelijke straf niet verbiedt maar die uiteenzetting kan niet gevolgd worden en in ieder geval is het onderscheid tussen een straf en een boete, waarop de verzoekster de nadruk legt, naast de kwestie.
- Uit de kritiek zelf die de verzoekster formuleert, blijkt dat minstens één afwijking van het bestek vooraan moest geformuleerd worden; het komt de examinandus toe onduidelijkheden te signaleren, minstens daarover een principiële opmerking te maken.
- Punt A13: de opvatting dat de term “subcriteria” opgevat moet worden als een verwijzing naar een beoordelingselement, is een persoonlijke uitleg van de verzoekster, die niet strookt met de bewoordingen van het bestek.
- Punt A14: de verzoekster betwist het antwoord van de jury niet maar formuleert bedenkingen, waardoor zij zelf aangeeft dat de oplossing niet kennelijk onredelijk is. Het antwoord op de vraag vereiste immers dat niet alleen alle juridische, maar ook alle materiële onvolkomenheden zouden aangewezen worden.
- Punt B3: het antwoord van de verzoekster stemt niet overeen met het modelantwoord. De kritiek van de verzoekster wijst er integendeel op dat het modelantwoord correct is: van haar werd verwacht dat zij de gevolgen van de verschillende interpretaties zou onderzoeken; bewijzen over de nodige kennis te beschikken veronderstelt dat de kandidaat iets zegt en zich niet in stilzwijgen hult. Er had moeten vermeld worden dat de toekenning van een voorschot niet toegestaan is.

Besluitend merkt de verwerende partij op dat de verzoekster niet duidelijk maakt op welk vlak de motivering gebrekkig zou zijn, nu de punten normaal volstaan als motief en er hier zelfs bijkomend verantwoord is wat de jury van de verzoekster verwachtte en wat in het gegeven antwoord ontbrak. In de mate de verzoekster verwijst naar het hanteren van een verkeerde verdeelsleutel, stelt zij dat het hanteren van een verdeelsleutel een gelijke behandeling van de kandidaten waarborgt en dat zij de kritiek van de verzoekster kan weerleggen. Tenslotte merkt zij ook nog op dat de verzoekster, aangezien zij slechts twee punten van kritiek als vermeld in het modelantwoord heeft gezien, met een score van 3,5 op 11 “goed bediend” werd.

12. De verzoekster stelt in haar memorie van wederantwoord dat de verbeteraars in hun modelantwoord bij vraag 11 in minstens vier gevallen bemerkingen bij het bestek geformuleerd hebben die niet stroken met de regelgeving. De verkeerde lezing van de regels maakt dat de verbetering van haar proefwerk geen deugdelijke grondslag heeft en dat de conclusies kennelijk onredelijk zijn. Aangezien de autoriteit van de twee examinatoren niet betwist wordt, kunnen de gemaakte vergissingen enkel aan een gebrek aan zorgvuldigheid te wijten zijn.

Zij zet vervolgens nogmaals uiteen waarom het modelantwoord verkeerd is waar het een bemerking vereist bij punt A7, B2, B10 en B11 van het bestek terwijl die bepalingen in overeenstemming zijn met de reglementering, en waarom het modelantwoord ten onrechte verwijst naar de noodzakelijke vermelding, vooraan in het bestek, van de afwijkingen op de Algemene Voorwaarden en naar de noodzaak om een bemerking te maken bij bepalingen waarvan de bedoeling van de aanbestedende overheid duidelijk kan vastgesteld worden. Zij voegt daaraan toe dat bij het bestek veel opmerkingen konden gemaakt worden, maar dat de kandidaten over een beperkte tijd beschikten. Zij is van oordeel dat van de jury mocht verwacht worden dat de verbeter sleutel zou aangepast worden in functie van de opmerkingen van de kandidaten en besluit dat,

zo de examenjury inderdaad over een discretionaire bevoegdheid beschikt, zij toch geen inhoudelijke fouten mag maken.

13. In haar laatste memorie merkt de verzoekster nog op dat, om aan de vraagstelling te voldoen, er geen opmerkingen moesten gemaakt worden wanneer er geen problemen rezen, zodat haar niet ten kwade kan worden geduid niet uiteengezet te hebben waarom zij oordeelde geen bemerkingen te moeten formuleren. Zij benadrukt verder dat er ook niet van uitgegaan mag worden dat een antwoord verkeerd is omdat het niet met de verbeter sleutel overeenstemt en zij dit niet betwist. Zij blijft erbij dat de verbeter sleutel de regelgeving op onjuiste en onrealistische wijze toepast en herhaalt haar eerder ingenomen standpunten. Zo moeten berichten en rechtzettingen met betrekking tot dit bestek niet Europees bekendgemaakt worden, bestaat er geen beginsel dat de “vaste factor” voor de prijsherziening op 20% vaststelt, is het redelijk dat er geen borgtocht wordt geëist en wordt in punt B11 het woord “boete” gebruikt maar moet dit gelezen worden als een strafbepaling zodat geen bijzondere motivering nodig was.

Beoordeling

14. De verzoekster betwist de redenen die de examencommissie ertoe hebben gebracht haar voor vraag 11 van de proef slechts 3,5 punten op 10 toe te kennen.

De examencommissie heeft de prestatie van de verzoekster getoetst aan het modelantwoord dat de commissie voor zichzelf had opgesteld. In dat modelantwoord zijn elf onregelmatigheden vermeld die de kandidaten moesten aanstippen. Onregelmatigheden in het modelantwoord, die vervolgens als een fout aan de verzoekster zijn aangerekend, vitiëren de punten die de verzoekster heeft gekregen.

Vóór alles wordt vastgesteld dat de verzoekster niet betwist dat de proef waaraan zij deelgenomen heeft een kennisproef is, waarbij nagegaan is of

de kandidaten hun kennis -in deze van de materie van de overheidsopdrachten- in de praktijk kunnen brengen; zij voert ook niet aan dat de proef die zij afgelegd heeft de grenzen van die materie te buiten ging. Zij betwist evenmin dat de twee examinatoren die het examen hebben opgesteld, allebei de kopijen nagelezen hebben en dat zij vervolgens gezamenlijk de punten van de kandidaten hebben bepaald. Zij betwist voorts geenszins dat de twee juryleden expert zijn in het vakgebied. Die elementen zijn sturend voor de beoordeling van de discretionaire bevoegdheid van de examencommissie aangaande de beoordeling van de antwoorden van de kandidaten.

15. Het modelantwoord dat de examinatoren met het oog op de verbetering van de kopijen hebben opgesteld luidt:

“De examinandus dient inzonderheid volgende onregelmatigheden op te merken:

- afwijkingen AAV worden ten onrechte niet vooraan in bestek opgenomen
- Punt A.4. van het bestek: duur van overeenkomst ad 9 jaar is heel lang waardoor de opdracht heel lang aan de mededinging wordt onttrokken en op termijn mogelijks met niet langer marktconforme prijzen zal moeten worden gewerkt
- Punt A.7. van het bestek: berichten en rechtzettingen niet alleen in BdA maar ook te publiceren in EP omdat opdracht Europese drempel heeft bereikt
- Punt A.13. van het bestek: selectie criterium aangewend als gunningscriterium
- Punt A.13. van het bestek: subgunningscriterium niet gepondereerd
- Punt A.14. van het bestek: De formule voor het berekenen van de punten van het criterium prijs is foutief: moet zijn: $\text{totaalbedrag laagste} \times 35 / \text{totaalbedrag beoordeelde inschrijving}$
- Punt B.2. van het bestek: prijsherzieningsformule: niet voor herziening vatbaar bedrag is in beginsel 0,20 en niet 0,30
- Punt B.3. van het bestek: betaling binnen 60 kalenderdagen => dit moet 50 kalenderdagen zijn
- Punt B.3. van het bestek: toekenning van voorschot is niet toegestaan
- Punt B.10. van het bestek: er wordt ten onrechte geen borgtocht gesteld. Deze afwijking van de AAV had overigens vooraan in het bestek moeten worden vermeld en uitdrukkelijk gemotiveerd
- Punt B.11. van het bestek: boete van 25% van bedrag bestelde opdracht => moet gemotiveerd worden”.

De examencommissie heeft bij het antwoord van de verzoekster volgende bemerkingen gemaakt:

“De examinandus heeft volgende zaken niet opgemerkt of onvoldoende uitgewerkt:

- afwijkingen AAV worden ten onrechte niet vooraan in bestek opgenomen
- Punt A.7. van het bestek: berichten en rechtzettingen niet alleen in BdA maar ook te publiceren in EP omdat opdracht Europese drempel heeft bereikt
- Punt A.13. van het bestek: subgunningscriterium niet gepondereerd
- Punt A.14. van het bestek: De formule voor het berekenen van de punten van het criterium prijs is foutief: moet zijn: totaalbedrag laagste x 35/totaalbedrag beoordeelde inschrijving
- Punt B.2. van het bestek: prijsherzieningsformule: niet voor herziening vatbaar bedrag is in beginsel 0,20 en niet 0,30
- Punt B.3. van het bestek: toekenning van voorschot is niet toegestaan
- Punt B.10. van het bestek: er wordt geen borgtocht gesteld
- Punt B.11. van het bestek: boete van 25 % van bedrag bestelde opdracht = moet gemotiveerd worden”.

De commissie heeft dus nagegaan of het antwoord van de verzoekster de vooraf vastgestelde bemerkingen uit het modelantwoord bevatte en op basis daarvan punten toegekend. De verzoekster betwist niet dat de opgegeven redengeving aansluit bij de “geaccordeerde puntenlijst C. De Koninck en prof. D. d’Hooghe” en dat zij een gezamenlijke beslissing van beide examinatoren uitmaakt.

16. De redactie van een modelantwoord -wat op zich zelfs niet verplicht is om tot een deugdelijke beoordeling van de prestaties te kunnen overgaan- objectieveert de beoordeling en vormt zodoende een belangrijk gegeven in het besluitvormingsproces. Het modelantwoord geeft weer wat de examinatoren vanuit hun deskundigheid hebben vastgesteld bij het eigen onderzoek van het bestek. Het modelantwoord is niet allesomvattend en bevat ook geen absolute waarheid, maar de deskundigheid van de examinatoren genereert wel een vermoeden dat hun antwoord op de gestelde vragen correct is en dat zij redelijkerwijze dat antwoord mochten verwachten.

Een examinandus kan dat vermoeden weerleggen. Daarvoor moet hij aantonen dat de jury zich met haar modelantwoord kennelijk vergist heeft, dit wil zeggen dat haar standpunt in geen geval juist kan zijn. Het is niet omdat de

examinandus de gestelde vraag vanuit een ander oogpunt benadert en zijn antwoord vanuit dat oogpunt misschien zelfs correct kan zijn, dat het modelantwoord verkeerd is.

17. In de mate de verzoekster stelt dat zij in haar oplossing valabele bemerkingen gemaakt heeft die de examencommissie, door er geen opmerking bij te formuleren, ook correct bevonden heeft, dient haar te worden tegengeworpen dat de examencommissie in haar modelantwoord heeft aangegeven wat zij van de kandidaten verwachtte en dat zij, vanuit haar discretionaire bevoegdheid, kon beslissen alleen met die antwoorden rekening te houden. Door zich in het verlengde daarvan niet uit te spreken over de antwoorden van de verzoekster heeft zij geen standpunt ingenomen dat onredelijk kan genoemd worden.

Waar de verzoekster erop wijst dat het bestek veel opmerkingen kon genereren maar dat het korte tijdsbestek waarover de kandidaten beschikten een rem waren op de volledigheid, wordt haar geantwoord dat het niet onredelijk is te vereisen dat de kandidaten hun werkstuk binnen een kort tijdsbestek inleveren, aangezien dit de kandidaten verplicht zich te beperken tot de kern van de zaak, het essentiële van het detail te onderscheiden en alles op een bevattelijke manier te formuleren.

18. Van de kandidaten werd verwacht dat zij een auditverslag zouden opstellen. Een kandidaat voor een examen dat erop gericht is de kennis van de reglementering na te gaan, moet beseffen dat hij door middel van dergelijk verslag moet doen blijken van een kritisch onderzoek van de opdracht en dat hij dat bewijs slechts kan leveren wanneer hij in zijn werkstuk alle pijnpunten aanstipt die hij ontdekt en alle kritiek formuleert die bij hem opkomt, zelfs wanneer hem dit, na enige redenering, niet tot het besluit brengt dat de regelgeving miskend is. De verzoekster kan zich derhalve niet verschuilen achter de stelling dat een aantal bepalingen, waarbij het modelantwoord een bemerking formuleerde, niet onregelmatig waren.

19. De examencommissie heeft in de vergelijking van het werkstuk van de verzoekster met het modelantwoord acht bemerkingen niet teruggevonden. De verzoekster betwist zulks niet. Zij stelt alleen dat vier bemerkingen niet overeenstemmen met de regelgeving en dat vier andere het gevolg zijn van een letterlijke lezing van de bestekbepalingen.

20. Voor wat betreft de bemerkingen die volgens de verzoekster steunen op een eigenzinnige -met name een formele- lezing van het bestek door de examencommissie, kan verwezen worden naar de hiervoor omschreven discretionaire bevoegdheid van de examencommissie. Het is de examencommissie die bepaald heeft welke bemerkingen zij relevant achtte en de verzoekster toont niet aan dat de commissie zich daarbij klaarblijkelijk vergist heeft; integendeel, door te stellen dat de examencommissie de bepalingen van het bestek te strikt zou gelezen hebben, geeft zij alleen aan dat zij een andere mening voorstaat en bewijst zij niet dat de commissie zich klaarblijkelijk vergist heeft.

21. Voor wat betreft de bemerking van de verzoekster dat haar ten onrechte verweten wordt niet gesteld te hebben dat afwijkingen van de AAV vooraan in het bestek moesten vermeld worden en met een motivering, stelt de Raad van State vast dat, in het algemeen, het modelantwoord verwijst naar de algemene regel opgenomen in artikel 3, § 1, tweede lid, van het koninklijk besluit van 26 september 1996 dat de lijst van bepalingen -waarmee afgeweken wordt van een aantal artikelen van de AAV- moet vermeld worden vooraan in het bestek en met motivering. Aangezien de verzoekster in haar verzoekschrift zelf verwijst naar een afwijking, geeft zij zelf toe die regel niet te hebben nageleefd. Zij verwijst wel naar de verplichting om het bestekvoorschrift voor ongeschreven te houden -zoals artikel 3, § 1, laatste lid, van het koninklijk besluit van 26 september 1996 inderdaad bepaalt- maar zij heeft die problematiek in haar antwoord op geen enkele wijze verwerkt of ook maar aangestipt en de examencommissie had geen enkele reden om aan te nemen dat het stilzwijgen van de verzoekster op die redenering gesteund was.

22. Vier modelantwoorden druisen volgens de verzoekster in tegen de bestaande regelgeving.

23. De verzoekster betwist het modelantwoord dat de berichten en aanpassingen in verband met deze opdracht ook Europees bekendgemaakt moeten worden omdat de “opdracht (de) Europese drempel bereikt heeft”. Volgens haar is dat verkeerd omdat een opdracht als deze volgens de wet van 24 december 1993 niet Europees bekendgemaakt moet worden. De verwerende partij heeft daarop geantwoord dat de vereiste verbonden is met punt A2 van het bestek, waarin voorzien is dat de opdracht gegund wordt “bij wijze van algemene offerteaanvraag met Europese bekendmaking”. Dat antwoord strookt met de werkelijkheid.

In haar repliek stelt de verzoekster dan dat het motief dat de examencommissie naar voren geschoven heeft in haar modelantwoord niet strookt met de uitleg in de memorie van antwoord: het vooropgestelde antwoord luidde “omdat opdracht Europese drempel heeft bereikt” maar de werkelijke reden blijkt nu te zijn dat de opdracht oorspronkelijk Europees bekendgemaakt werd. Daargelaten de vraag of de examencommissie zich daarmee wel zou tegengesproken hebben -zij heeft immers eenvoudig gesteld dat de Europese drempel bereikt was, zonder in te gaan op de grondslag van die verplichting- kan die grief geen reden zijn om te stellen dat de bemerking zelf tegen de reglementering ingaat.

24. De verzoekster betwist het modelantwoord waar verwacht werd dat vermeld zou worden dat het niet voor prijsherziening in aanmerking komend bedrag in beginsel 0,2 en niet 0,3 zou zijn. Zij stelt dat volgens de reglementering een groter aandeel dan 20% als niet herzienbaar mag worden aangemerkt, zodat bij de clause van 30% geen opmerking moest gemaakt worden.

De verzoekster erkent dat, reglementair, minimaal 20% van de opdracht buiten de prijsherziening moet blijven. Het bestek voorzag een hogere drempel, hetgeen niet verboden is. In haar modelantwoord heeft de

examencommissie niet aangenomen dat het verhogen van de drempel onregelmatig was, zij heeft alleen op een bemerking over die problematiek aangestuurd. De beslissing van de examencommissie om daarover een opmerking te vragen in het auditverslag dat de kandidaten moesten opstellen -dat als hoger gezegd, meer moet zijn dan het aanstippen van echte onwettigheden-, is niet kennelijk onredelijk, aangezien de kandidaten moesten bewijzen dat zij de regelgeving overheidsopdrachten beheersen.

25. De verzoekster betwist het modelantwoord waar verwacht werd dat bij de bepaling “Er wordt geen borgtocht geëist” zou gesteld worden dat er een borgtocht noodzakelijk was en dat een afwijking van het bestek vooraan in dat bestek vermeld had moeten worden. Zij stelt dat -volgens artikel 5, § 1, lid 5, 1°, in combinatie met artikel 69, § 2, van de AAV- geen borgtocht wordt gevraagd wanneer de uitvoeringstermijn van de opdrachten niet meer dan dertig dagen belooft en dat dit hier het geval is aangezien krachtens punt A1, tweede lid, van het bestek elke opdracht uitgevoerd wordt in een periode van maximaal 5 werkdagen. De verwerende partij heeft daarop geantwoord dat uit de voormelde artikelen 5, § 1, lid 5, en 69, § 2, en uit de rechtsleer en de rechtspraak “onmogelijk” afgeleid kan worden dat de opdracht, voor wat de noodzaak van een borgstelling betreft, per vertaaldienst opgesplitst moest worden, en dat naar analogie met de bekendmakingsdrempels moet gehandeld worden zodat de waarde van de ganse opdracht in aanmerking genomen wordt; voorts wijst zij erop dat de duur van de opdracht, waarbinnen bestellingen moeten worden geplaatst en die voor het stellen van de borgtocht in aanmerking genomen moet worden, door punt A4 van het bestek op negen jaar is bepaald en zij voegt daaraan toe dat artikel 69, § 2, voornoemd alleen betrekking heeft op de betekening van de bestellingen en niet beoogt de bepalingen inzake de borgtocht te regelen. De verzoekster repliceert dat punt A1, tweede lid, van het bestek, waar bepaald wordt dat “elke opdracht uitgevoerd wordt in een periode van maximaal 5 werkdagen”, haar toeliet geen bemerkingen te formuleren bij de ontstentenis van borgtochtverplichting en bij de verplichte motivering ervan; de uitvoeringstermijn is de termijn die de partij krijgt om een bepaalde opdracht uit te voeren en die opstelling strookt ook met de ratio

legis van de borgtocht, die betrekking heeft op de garantie voor de uitvoering van de opdracht. In haar laatste memorie gaat zij ook nog uitvoerig in op de opportuniteit van de borgstelling bij opdrachten van relatief geringe waarde, op het onderscheid tussen de vereiste inzake de bekendmakingsdrempel en de drempel voor de borgtocht en op het feit dat voor een bestelopdracht met relatief lange looptijd relatief gemakkelijk een vervanger kan gevonden worden zodat het gebruikelijk is daarvoor geen borgtocht te vragen.

26. In het kader van het marginaal toezicht dat de Raad van State ter zake kan uitoefenen, wordt vastgesteld dat de verzoekster haar standpunt, dat de reglementering voor de onderhavige zaak -artikel 5, § 1, lid 5, 1°, AAV- geen borgtocht vereiste, geheel steunt op punt A1, tweede lid, van het bestek waarin gesteld is: “elke opdracht (wordt) uitgevoerd in een periode van maximaal 5 werkdagen” en dat de verwerende partij gewis het argument van de verzoekster niet uitdrukkelijk weerlegt maar toch op coherente wijze uiteenzet waarom voor de berekening van de borgtocht de globale duur van de opdracht in rekening gebracht moet worden. De kennelijke onredelijkheid van het standpunt van de examencommissie is niet aangetoond.

27. De verzoekster betwist het modelantwoord met betrekking tot de boete wegens laattijdige uitvoering, omdat de bepaling in het bestek eigenlijk betrekking had op een straf, als bedoeld in artikel 20, § 4, van de Algemene Aannemingsvoorwaarden; zij stelt dat in ieder geval het motief vermeld in het modelantwoord verkeerd is.

De verzoekster heeft over het besproken punt geen enkele opmerking geformuleerd. Die rubriek betreft de “boete wegens laattijdige uitvoering”, een begrip dat door de regelgeving duidelijk onderscheiden is van de “straffen” -artikel 20, § 4, versus artikel 20, § 5, AAV-. Waar de verzoekster van oordeel was dat het bestek de beide begrippen verwarde, had zij daarover zeker een opmerking moeten maken.

Het modelantwoord stelt dat een boete van “25% van het bedrag van de bestelde opdracht” moet gemotiveerd worden en dat, aangezien de AAV een regeling vooropstelt voor de berekening van de boete wegens laattijdige uitvoering (artikel 75, § 1), er een motivering voor die afwijkende bepaling moest opgegeven worden. Dat antwoord strookt met artikel 3, § 1, tweede lid, van het koninklijk besluit van 26 september 1996. Het modelantwoord gaat niet in tegen de reglementering.

28. De verzoekster toont niet aan dat de examencommissie zich kennelijk vergist heeft bij de redactie van een modelantwoord. De commissie heeft ook niet kennelijk onredelijk gehandeld door de prestatie van de verzoekster te toetsen aan haar modelantwoord en de punten te bepalen in functie van de overeenstemming van de antwoorden met de modelantwoorden.

29. Het middel is niet gegrond.

Tweede middel

Standpunt van de partijen

30. De verzoekster voert de schending aan van het redelijkheidsbeginsel bij de verbetering van vraag 6 van het examen. De vraag luidde:

“Bij het uitvoeren van een audit naar een opdracht voor aanneming van werken tot het bouwen van een brug over de Kleine Nete stelt u vast dat de aanbestedende overheid tijdens de uitvoering van deze opdracht belangrijke wijzigingen heeft aangebracht aan het ontwerp: oorspronkelijk was een vaste brug voorzien maar tijdens de uitvoering werd beslist om hiervan een draaibrug te maken. Door deze conceptwijziging worden belangrijke bijkomende opdrachten toegewezen aan de aannemer, in die mate dat het oorspronkelijk inschrijvingsbedrag met 60% wordt overschreden.

In antwoord op uw vraag naar de regelmatigheid van deze belangrijke wijziging en uitbreiding van de opdracht, verwijst de aanbestedende overheid naar artikel 7 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996: ‘De aanbestedende overheid is gerechtigd de oorspronkelijke opdracht eenzijdig te wijzigen, voor zover het voorwerp ervan onveranderd blijft en, zo nodig, middels een

rechtmatige compensatie'. De aanbestedende overheid wijst er verder op dat dit artikel 7 de juridische emanatie is van het principe van de veranderlijkheid van de openbare dienst en haar recht om eenzijdig contractuele voorwaarden aan de noden van het algemeen belang aan te passen, wat volgens haar een origineel en onvervreemdbaar recht uitmaakt van de overheid, ook zonder contractuele clause in die zin.

Welk standpunt zult u in uw auditrapport omtrent deze aangelegenheid innemen?"

De verzoekster zet uiteen dat blijkens het modelantwoord van de kandidaat verwacht werd dat hij de rechtspraak van het Hof van Justitie, inzonderheid het basisarrest 19 juni 2008, zou bespreken terwijl de vraagstelling van die vereiste geen gewag maakte, terwijl dat arrest toch ook een specifiek probleem behandelde, en terwijl de elementen die in het arrest naar voor worden geschoven gewoon deel uitmaken van de basisprincipes van de regelgeving inzake de overheidsopdrachten. Volgens de verzoekster blijkt uit het antwoord dat zij heeft gegeven dat zij zich wel degelijk heeft afgevraagd of het om een wijziging aan een essentiële bepaling van de opdracht ging, of de wijziging de vrije mededinging schond en of de begunstigde aannemer geen buitenproportioneel voordeel werd toegeschoven. Aangezien zij derhalve alle inhoudelijke elementen in haar antwoord vermeld heeft, voldoet het puntcijfer van 4,5/10 dat haar werd toegekend, niet. Bovendien lijkt het erop dat de examencommissie, door te vereisen dat een arrest zou besproken worden waarin alleen maar algemene beginselen werden herhaald, een voordeel heeft gegeven aan de kandidaten die kort tevoren deelnamen aan een opleiding waarin dit arrest besproken werd.

31. De verwerende partij brengt eerst het modelantwoord onder de aandacht. Dit luidt:

“Van de examinandus wordt verwacht dat hij de rechtspraak van het Hof van Justitie -en dan inzonderheid het basisarrest presstext Nachrichtenagentur (zaak C-454/06 van 19 juni 2008)- bespreekt.

In dit arrest verklaarde het Hof voor recht dat met het oog op het garanderen van de transparantie van de procedures en de gelijke behandeling van de inschrijvers, de wijzigingen van de bepalingen van een overeenkomst inzake een overheidsopdracht tijdens de geldigheidsduur ervan een nieuwe plaatsing van een opdracht uitmaken, wanneer zij kenmerken vertonen die wezenlijk verschillen van de bepalingen van de oorspronkelijke overeenkomst.

Een wijziging van de oorspronkelijke overeenkomst wordt door het Hof van Justitie als wezenlijk aangemerkt wanneer zij:

- de opdracht in belangrijke mate uitbreidt tot werken, leveringen of diensten die oorspronkelijk niet waren opgenomen;
- het economische evenwicht van de overeenkomst wijzigt in het voordeel van de opdrachtnemer op een wijze die door de voorwaarden van de oorspronkelijke opdracht niet was bedoeld”.

Zij betoogt dat die verbetersleutel, in zoverre hij een bespreking van een bepaald arrest van het Hof van Justitie vereiste, niet kennelijk onredelijk is. In het bedoelde arrest -“presstext Nachrichtenagentur t/Oostenrijk”- heeft het Hof van Justitie immers verduidelijkt wat “het plaatsen van een overheidsopdracht” inhoudt en wanneer een wijziging van de opdracht als een nieuwe opdracht moet worden gezien. Dit onderscheid is in de regelgeving niet expliciet geregeld en dus was de gevraagde verwijzing naar het arrest zeker niet overbodig. Het gaat om een basisbeginsel dat van primordiaal belang is voor de praktijk en waartegen artikel 7 van het koninklijk besluit van 26 september 1996, dat in de vraagstelling vermeld wordt, zelfs ingaat. Dat in de vraag niet uitdrukkelijk verwezen is naar de noodzaak om het arrest te bespreken, doet geen afbreuk aan het gegeven dat het niet kennelijk onredelijk is om bij de verbetering na te gaan of het arrest bij het antwoord betrokken is. En het is evenmin kennelijk onredelijk om van een examinandus, die expert wil worden in overheidsopdrachten, te verwachten dat hij op de hoogte is van rechtspraak van het Hof van Justitie die in de rechtsleer overvloedig besproken werd en die de regelgeving determinerend beïnvloed heeft. Zij verduidelijkt nog dat zonder bespreking van het arrest -minstens zonder de inhoud ervan te vermelden- de kandidaat niet duidelijk kon maken dat de wijziging van de opdracht neerkwam op een nieuwe opdracht en voegt daaraan toe dat de verzoekster ook niet aantoont dat het arrest niet van toepassing was.

De verwerende partij stelt vervolgens dat de verzoekster ten onrechte stelt dat haar antwoord alle elementen bevat die de verbetersleutel vereist: haar antwoord geeft blijk van onzekerheden en gaat uit van veronderstellingen; waar het verwijst naar een wijziging van de essentiële bepalingen van het bestek verbindt het daar verkeerde conclusies aan, aangezien het arrest de situatie

gelijkstelt met een nieuwe plaatsing en een nieuwe opstart van de procedure geen mogelijkheid, maar een verplichting is. In het licht van het antwoord dat de verzoekster gaf zijn haar punten zelfs “eerder gunstig”.

De verwerende partij noemt ten slotte het door de verzoekster beweerde voordeel dat kandidaten die een opleiding gevolgd hebben of zouden kunnen gehad hebben, “compleet uit de lucht gegrepen” en zij herhaalt dat iemand die zichzelf expert overheidsopdrachten wil noemen op de hoogte moet zijn van de rechtspraak en van de gevolgen ervan, zonder daarvoor een bijkomende opleiding te hebben genoten.

32. De verzoekster repliceert dat de vraag betrekking had op het bepalen van een standpunt over een bepaalde aangelegenheid, die “een behoorlijk verziende situatie” betrof. Dergelijke vraag beantwoorden met de analyse van een arrest, gewezen in een niet vergelijkbare situatie, kan gelezen worden als het ontwijken van de vraag zodat de verwachting van de examencommissie kennelijk onredelijk was.

De verzoekster gaat vervolgens uitgebreid in op de vaststelling van de verwerende partij dat haar antwoord blijk gaf van onzekerheid: die onzekerheid heeft geen betrekking op de onregelmatigheid van de situatie die voorlag, maar op het zoeken naar een oplossing; zij wenste daarover een standpunt in te nemen, maar de omstandigheden om dat te beoordelen waren zo divers dat een uitgesproken standpunt alleen mogelijk was in geval het bestuur de opdracht had kunnen plaatsen bij wege van onderhandeling zonder bekendmaking, omdat in dat geval de opdracht kon toegewezen worden aan de aannemer die reeds ter plaatse aan het werk was.

De verzoekster besluit dat het verre van logisch is om voor het antwoord op een vraag die over een concrete situatie ging, te verwachten dat spontaan een arrest besproken wordt en dat de examenjury daardoor haar discretionaire bevoegdheid te buiten gegaan is; hebben bepaalde kandidaten met

een verwijzing naar het arrest geantwoord, dan wijst dit erop dat zij vooraf waren ingelicht over die verwachting.

33. In haar laatste memorie brengt de verzoekster geen nieuwe beoordelingselementen aan.

Beoordeling

34. De verzoekster heeft vraag 6 als volgt beantwoord:

“Welke gegronde redenen kunnen opgegeven worden om het concept in die mate te wijzigen? Waren voor de opmaak van het bestek de redenen voor deze aanpassing onbekend (bijvoorbeeld een wijziging in de scheepvaartpolitiek, welke niet bekend was op het ogenblik van gunnen van de opdracht voor werken). Is hier geen gebrek aan zorgvuldigheid te verwijten aan de aanbestedende overheid?

In elk geval, de verwijzing naar art. 7 KB 8/1/1996 klopt niet – het is art. 7 KB 26/9/1996.

Ik veronderstel dat het vervangen van een vaste brug door een draaibrug wel een afwijking is van essentiële bepalingen van de opdracht. Zeker als de opdracht alleen de brug betreft. De overheid moet hier wel met een sluitende motivering voor de dag komen (art. 8 wet 24/12/1993). Ik denk dat, zelfs als de noodzaak tot wijzigen van het concept pas tijdens de gunningsprocedure aan het licht gekomen was, de overheid er beter aan gedaan had de gunningsprocedure stop te zetten en een aangepast bestek uit te brengen, in een nieuwe procedure. Een andere aannemer zou misschien beter geschikt zijn of een gunstigere offerte kunnen indienen hebben voor het nieuwe ontwerp.

Er valt zelfs te overwegen of na de gunning, maar voor het aanvangen van de werken, niet had moeten beslist worden de opdracht niet uit te voeren (mits schadevergoeding) en een nieuwe procedure te starten. Maar misschien kon de overheid dan niet meer voldoen aan de tijdslimiet die zij had om die brug te laten bouwen. Af te wegen is het bedrag van een eventuele schadevergoeding tegen het voordeel van een offerte die meteen voor het nieuwe concept is opgemaakt. De schadevergoeding zou wellicht niet meer dan 10% bedragen. De prijs van de brug met een nieuwe offerte zou misschien lager geweest zijn dan 150% van het gunningsbedrag van de oorspronkelijke opdracht. Daarvoor mis ik de technische kennis van bruggenbouwtechnieken om een definitieve uitspraak te doen”.

35. De verwerende partij zet in de memorie van antwoord uiteen waarom het arrest van het Hof van Justitie wezenlijk is voor het formuleren van een antwoord op de gestelde vraag, met name omdat daarin de criteria zijn bepaald

om uit te maken of het voorwerp van de opdracht onveranderd blijft. Mag van de kandidaten niet verwacht worden dat zij de referenties van het arrest uit het hoofd kennen, dan is het toch wezenlijk dat zij erop wijzen dat de regels die het antwoord dragen door de rechtspraak zijn geformuleerd en welke die regels zijn. In die zin begrepen is het modelantwoord geenszins onredelijk.

36. Volgens de verzoekster houdt haar antwoord rekening met de elementen die in het bedoelde arrest naar voren worden geschoven. De Raad van State kan dit standpunt niet volgen. Immers, zoals bij de bespreking van het eerste middel reeds gesteld, mag van een deelnemer aan een examen verwacht worden dat hij de problemen die hij ziet effectief vermeldt; het komt de examenjury niet toe veronderstellingen te maken en redeneringen op te bouwen die toelaten het antwoord in bepaalde omstandigheden toch correct te bevinden.

37. Het antwoord van de verzoekster stemt niet overeen met wat van haar verlangd werd. Dat het misschien verdedigbaar is in de mate de verzoekster uiteenzet dat bepaalde concrete omstandigheden haar niet toelieten in concreto uit te maken of de wijziging wezenlijk nieuwe kenmerken vertoonde, verhindert niet dat de verzoekster nagelaten heeft de grondslag van haar redenering -dus de beginselen vermeld in het arrest- in haar antwoord te vermelden.

38. De verzoekster verwijst naar de mogelijkheid dat andere kandidaten tijdens een specifieke opleiding hebben kunnen leren dat het arrest van het Hof van Justitie de sleutel was voor beantwoorden van de vraag.

Dat verwijt zou slechts relevant bij de zaak kunnen betrokken worden wanneer zou blijken dat bepaalde kandidaten in de gelegenheid gesteld zijn om een opleiding te krijgen die specifiek gericht was op de deelneming aan dit examen terwijl zij zelf van die opleiding uitgesloten is geweest. De verzoekster geeft daarover geen enkele aanwijzing.

39. Het middel is niet gegrond.

Derde middel

Standpunt van de partijen

40. Opnieuw voert de verzoekster de schending aan van het redelijkheidsbeginsel bij de verbetering van haar examen, maar nu betrokken op de vragen 2, 4 en 9.

Zij stelt dat haar antwoord op die vragen “in essentie dezelfde inhoud (heeft) als de voorgestelde verbetering” maar dat dit antwoord toch niet als correct beoordeeld werd in die zin (a) dat het antwoord dat zij voor vraag 2 opgaf hoger gequoteerd moest worden dan met 5 punten op 10, (b) dat het antwoord voor vraag 4 meer verdiende dan 6 op 10, nu haar antwoord niet beperkt was tot opdrachten voor werken maar integendeel alle soorten opdrachten beoogde en het antwoord voorts vrijwel alle andere wijzigingen “zo goed als volledig weergeeft” en (c) dat haar antwoord op vraag 9 slechts met 3,5 punten is bedacht, terwijl haar antwoord toch verwijst naar en terugvalt op het gemeen recht, geen rekening houdt met de onterechte verwijzing naar de “aanbesteding” die volledig buiten de vraag omtrent de schadevergoeding valt en voorts zoekt naar de financieel voordeligste formule voor de overheid.

41. De verwerende partij wijst er in eerste instantie op dat in het middel enkel wordt gesteld dat het gegeven antwoord op de drie vragen correct is. Op zich betekent dit reeds dat het middel niet gegrond is omdat de verzoekster moet aantonen dat de verbetering van haar kopij kennelijk onredelijk is.

Ten gronde stelt zij, wat vraag 2 betreft, dat het antwoord drie elementen omvatte waarvan de verzoekster slechts één heeft aangestipt -de prijzen die buiten mededinging zijn tot stand gekomen- en twee -betalingsachterstand en onderhandse uitbreiding- niet besproken heeft. Rekening houdend met dat antwoord heeft de verzoekster met 5 op 10 een vrij hoog cijfer gekregen.

Met betrekking tot het antwoord op vraag 4 stelt de verwerende partij dat de verzoekster onvoldoende duidelijk heeft laten blijken dat, in de nieuwe regeling, prijsherziening ook verplicht is voor leveringen en diensten; ook dat de zogenaamde “krappe quotering” van 6 op 10 vanwege de examencommissie streng kan zijn, maar daarom niet onwettig is.

Met betrekking tot het antwoord op vraag 9 stelt de verwerende partij dat de verzoekster geen onderscheid maakt “tussen de vergoeding van gemeenrechtelijke en de buitencontractuele aard”, zodat zij ook niet blijkt te weten dat de problematiek aan de hand van de gemeenrechtelijke regeling moet opgelost worden; integendeel, zij lijkt ervan uit te gaan dat de schadevergoeding verband houdt met de opportuniteit en dit is iets geheel anders dan stellen dat de overheid uit kracht van wet de werkelijk gemaakte kosten moet betalen. Het antwoord van de verzoekster voldoet helemaal niet aan de vraag. En dat zij daarvoor 3,5 op 10 kreeg kan mogelijks getuigen van een strenge opstelling, maar niet van een kennelijk onredelijke opstelling.

42. In haar repliek stelt de verzoekster dat de examencommissie haar antwoorden oppervlakkig gelezen heeft en dus onzorgvuldig gehandeld heeft waar zij gewag maakt van het ontbreken van elementen van antwoord. Voorts is het onredelijk dat een examencommissie antwoorden die correct zijn maar niet in het modelantwoord ingepast kunnen worden, niet honoreert. Zij zet vervolgens uitvoerig uiteen waarom volgens haar de punten die zij op de drie vragen gekregen heeft niet voldoen.

43. In haar laatste memorie brengt de verzoekster geen nieuwe beoordelingselementen aan.

Beoordeling

44. Vraag 2 van het examen luidde:

“Na monitoring van uw beleidsdomein blijkt het extern verzelfstandigd agentschap Eva regelmatig buitensporige verrekeningen te genereren, geënt op door haar gegunde overheidsopdrachten voor aanneming van werken. Deze verrekeningen lijken inzonderheid voort te vloeien uit een onzorgvuldige voorbereiding door Eva van haar aannemingen. In uw voorstudie dient u een overzicht te geven van de belangrijkste nadelige gevolgen van dit verrekeningengedrag. Welke zijn deze volgens u?”

Het modelantwoord vermeldt:

“Belangrijkste steeds weerkerende problematiek is de betalingsachterstand die voortvloeit uit de verrekeningen voor meerwerken die voornamelijk bestaan uit posten met “Overeengekomen Prijzen”, d.w.z. posten die niet waren voorzien in de oorspronkelijke opmetingsstaat en waar dus een overeenkomst tot stand dient te komen tussen aanbestedende overheid en aannemer. Vaak leiden deze verrekeningen tot langdurige discussies waarbij slechts na min of meer lange tijd overeenstemming wordt bereikt. Inmiddels heeft de aannemer voor deze meerwerken wel al schuldvorderingen ingediend en hebben deze tot -vaak belangrijke- verwijlinterrestbedragen geleid.

Vanzelfsprekend vormt ook de belangrijke onderhandse uitbreiding van de aanneming tijdens de uitvoering ervan -met in belangrijke mate prijzen die buiten mededinging zijn tot stand gekomen- een probleem (cfr. ook Pressetext-arrest, vraag 6)”.

De verzoekster heeft volgend antwoord gegeven:

“Geld wordt niet efficiënt gebruikt, omdat door de aanpassingen aan de uitvoering (gevolg van onvoldoende zorgvuldigheid bij opmaak bestek en gunningsprocedure) geregeld hogere prijzen betaald worden, dan indien deze door de mededinging te laten spelen vastgelegd zouden zijn.

Waarschijnlijk wordt de prijs door de aanpassingen, ook zonder het effect van gebrek aan mededinging, hoger dan het zou geweest zijn, mocht de aannemer van in het begin zijn offerte + projectplanning op basis van de uiteindelijke uitvoering gemaakt hebben. Hij heeft immers extra kosten voor studiewerk en voor het voorzien van andere bouwmaterialen of ander materieel, eventueel voor het wijzigen van zijn planning en zelfs omdat hij andere klanten door de wijzigingen moet benadelen en eventueel schade moet vergoeden.

Ingevolge al de onverwachte wendingen, welke het gevolg zijn van onzorgvuldige voorbereiding, is het moeilijk uit te maken welke vertragingen aan de aannemer te wijten zijn. Hij zal dus makkelijk de overheid

verantwoordelijk kunnen stellen. Het wordt dus moeilijk de eventuele boeten voor laattijdige uitvoering op te leggen. De uitvoering riskeert op de lange baan geschoven te worden, zonder dat de overheid nog effectieve middelen van optreden heeft zonder gerechtelijke tussenkomst”.

De examenjury heeft voor het antwoord 5 punten op 10 gegeven met de vermelding dat de elementen opgenomen in het modelantwoord “in het antwoord ontbraken”.

45. De verzoekster betwist de regelmatigheid van het modelantwoord niet.

Getoetst aan dat modelantwoord ontbreekt in het antwoord van de verzoekster een verwijzing naar twee van de drie noodzakelijk geachte elementen. De examencommissie heeft bij het toekennen van de punten daarmee rekening gehouden. Waar de verzoekster betoogt dat haar antwoord toch impliciet verwijst naar een ander element, weze herhaald dat de examenjury bij de verbetering niet mag uitgaan van de vooronderstelling dat de examinandus de regelgeving kent en ze regelmatig toegepast heeft.

De verzoekster heeft voor haar antwoord op de vraag 2 vijf punten op 10 gekregen. Dat cijfer is niet kennelijk onredelijk.

46. Vraag 4 van het examen luidde:

“Het koninklijk besluit van 15 juli 2011 houdende de plaatsing van overheidsopdrachten in de klassieke sectoren werd op 9 augustus 2011 gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad. Dit besluit, dat de specifieke gunningsregels bevat voor het plaatsen van overheidsopdrachten in de klassieke sectoren en aldus deels uitvoering geeft aan de nieuwe Overheidsopdrachtenwet van 15 juni 2006, zal op korte termijn het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken vervangen.

U wordt geconsulteerd door het College van het Rekenhof dat u vraagt of het koninklijk besluit van 15 juli 2011 belangrijke nieuwigheden op het vlak van de voorschriften inzake prijsherziening bevat. Wat is uw antwoord?”

Het modelantwoord vermeldt:

“Voortaan moet niet enkel in een prijsherzieningsclausule worden voorzien voor de opdrachten voor werken, maar in principe ook voor de opdrachten voor leveringen en diensten.

Het is essentieel dat de herziening de werkelijke kostprijsstructuur weerspiegelt. Bijgevolg moet de herziening gebaseerd zijn op objectieve en controleerbare parameters en gebruik maken van correcte wegingscoëfficiënten.

Afhankelijk van de aard van de opdracht en het al dan niet voorhanden zijn van de voormelde parameters, kan het niettemin moeilijk of zelfs onmogelijk zijn om een herzieningsclausule op te stellen die aan de genoemde voorwaarden voldoet. In dat geval kan de aanbestedende overheid voortaan gebruik maken van de gezondheidsindex, de index van de consumptieprijzen of een andere passende indexformule”.

De verzoekster heeft volgend antwoord gegeven:

“Ja, er zijn inderdaad belangrijke vernieuwingen.

Waar voordien de index van de consumptieprijzen uit den boze was (al moest die door bepaalde wettelijke bepalingen, bijvoorbeeld op de diensten van een EDPB, wel al aangewend worden), mag deze nu wel gebruikt worden, indien het onmogelijk is een prijsherziening op basis van werkelijk relevante economische parameters uit te werken. Ook zal men geen rekening meer moeten houden met de vaste factor van 20%, opgelegd door de wet op economische herstelmaatregelen.

De prijsherziening wordt verplicht voorzien in het bestek, als de uitvoeringstermijn langer dan 6 maanden bedraagt (wat volgens mij een belachelijk korte termijn is). Tot nog toe is men vrij al dan niet een mogelijkheid tot prijsherziening in het bestek op te nemen”.

De examencommissie heeft voor het antwoord 6 punten op 10 gegeven met de verantwoording: “Er moest inzonderheid worden vermeld dat prijsherziening onder het regime van de nieuwe regelgeving niet alleen verplicht is voor werken maar ook voor leveringen en diensten. Dit aspect ontbrak in het antwoord.”

47. Van de kandidaten werd verwacht dat zij zouden aanstippen dat de nieuwe regeling ook zou gelden voor de opdrachten van leveringen en diensten. In het antwoord van de verzoekster kan dit niet teruggevonden worden.

De verzoekster stelt dat haar antwoord in die zin kan gelezen worden. Als hoger gesteld, weze haar tegengeworpen dat een examenjury geen veronderstellingen maakt, maar dat het aan de examinandus toekomt klaar en duidelijk aan te geven waar hij voor staat. Met wat aan de commissie voorlag, heeft zij in redelijkheid kunnen vaststellen dat het antwoord van de verzoekster niet voldeed.

48. De verzoekster heeft voor haar antwoord 6 punten op 10 gekregen. De kennelijke onredelijkheid van die quotering wordt niet aangetoond.

49. Vraag 9 van het examen luidde:

“Nadat een opdracht is gegund en het contract is gesloten, blijkt dat het maatschappelijk draagvlak voor het gegund project geheel verdwenen is. Het is m.a.w. niet meer haalbaar om de uitvoering toe te laten, resp. te benaarstigen. De overheid ziet zich dan ook verplicht om de opdracht te verbreken. De betrokken aannemer vraagt een schadevergoeding van 10% van het aannemingsbedrag. De overheid aanvaardt dit schadebedrag, omdat het om een aanbesteding ging. Welke opmerkingen gaat u formuleren?”

Het modelantwoord vermeldt:

“De verwijzing naar de “aanbesteding” is niet bepalend voor de toekenning van de verbrekingsvergoeding van 10%.

Voor de toekenning van het schadebedrag had de “werkelijke schade” moeten worden nagegaan. Een vergoeding van 10% is niet a priori onverdedigbaar maar zou toch enigszins moeten kunnen worden onderbouwd”.

De verzoekster heeft volgend antwoord gegeven:

“Volgens mij heeft de aannemer inderdaad recht op een schadevergoeding, want hij heeft wellicht al maatregelen genomen om de uitvoering van de opdracht mogelijk te maken. Maar is 10% een redelijk bedrag?

Elke inschrijver heeft de kosten moeten doen om zijn offerte op te stellen. Dus daarvoor moet de opdrachtnemer niet vergoed worden. Indien het een belangrijk werk is, met een lange uitvoeringstermijn, zijn die 10% misschien een overdreven vergoeding. Stelt voor dat de aannemer zijn gemaakte kosten bewijst, om zo een redelijke schadevergoeding vast te stellen.

10% is wel een gemakoplossing. Het vermijdt juridische kosten, maar is misschien meer dan wat een rechter zou toekennen”.

De examencommissie heeft voor het antwoord 4,5 punten op 10 gegeven met de verantwoording:

“In de vraagstelling wordt de schadevergoeding van 10% in verband gebracht met de extracontractuele schadevergoeding van 10% wanneer niet wordt gegund aan de laagste regelmatige inschrijver. Deze link is niet correct.

In casu valt de schadevergoedingsproblematiek onder het regime van artikel 1794 BW. En zal de aannemer moeten worden vergoed ‘voor al zijn uitgaven, al zijn arbeid en alles wat hij bij die aanneming had kunnen winnen’.

Voormelde aspecten ontbraken volledig in het antwoord.”

50. De examencommissie heeft vastgesteld dat het antwoord van de verzoekster niet voldeed aan het modelantwoord, wat de verzoekster niet betwist. Zij heeft ook uiteengezet waarom het antwoord niet voldeed. In de memorie van antwoord wordt het standpunt van de jury nader verklaard en wordt uiteengezet dat het de verzoekster ontbeert aan inzicht in de verplichtingen van de aanbestedende overheid. In het kader van de marginale toetsing kan de beoordeling van het werk van de verzoekster niet kennelijk onredelijk bevonden worden.

De verzoekster stelt dat uit haar antwoord impliciet blijkt dat de specifieke bepalingen van het gemeen recht van toepassing zijn, maar ook hier dient haar tegengeworpen te worden dat de examenjury geen veronderstellingen moet of mag maken.

51. De verzoekster heeft voor haar antwoord 3,75 punten op 10 gekregen. De kennelijke onredelijkheid van die quoterings wordt niet aangetoond.

52. Het middel is in geen van zijn onderdelen gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State verwierpt het beroep.

2. De 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 21 juni 2013,
door de Raad van State, IXe kamer, samengesteld uit:

André Vandendriessche,	kamervoorzitter,
Daniël Moons,	staatsraad,
Geert Debersaques,	staatsraad,
bijgestaan door	
Vera Wauters,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Vera Wauters

André Vandendriessche