

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 229.192 van 18 november 2014
in de zaak A. 198.938/XII-6480**

In zake: de NV BORZEE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Arne Van Der Graesen
kantoor houdend te 3580 Beringen
Scheigoorstraat 5
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

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

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld uiterlijk op 21 februari 2011, strekt tot de nietigverklaring van “het besluit van Association Hospitalière de Bruxelles - Hôpital Universitaire des Enfants Reine Fabiola, afgekort Association Hospitalière - H.U.D.E.R.F. dd. 10.01.2011 betreffende de toewijzing van de opdracht voor lot 4 aan sa Energys en waarbij de offerte van de [nv Borzée] als onregelmatig werd beschouwd”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 211.654 van 1 maart 2011 is de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de bestreden beslissing verworpen.

De verzoekende partij heeft een verzoekschrift tot voortzetting van de rechtspleging ingediend.

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

Eerste auditeur Luc Vermeire 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 21 oktober 2014.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Joris Gebruers, die loco advocaat Arne Van Der Graesen verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Quentin De Backer, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Luc Vermeire heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3. In het hiervoor vermeld arrest nr. 211.654 van 1 maart 2011 werden de feiten als volgt weergegeven:

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

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

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

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

en

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

Deze documenten moeten worden gedateerd en getekend door de inschrijver.

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

‘Ik ondergetekende verklaar te hebben gecontroleerd dat de hierna vermelde documenten volledig in overeenstemming zijn met de vermeldingen zoals die voorkomen op het offerteformulier, de samenvattende meetstaat of de prijslijst, bezorgd door de bouwheer, en neem daarvoor persoonlijk de volledige verantwoordelijkheid op me. Alle vermeldingen die tegengesteld zijn aan het model, zoals bepaald door de

administratie moeten worden beschouwd als onbestaande met uitzondering van de posten waarvoor de hoeveelheden werden gewijzigd overeenkomstig artikel 96 § 2 van het KB van 08.01.96 en die met eventuele hiaten worden opgenomen in de laatste pagina's van mijn document'.

Het bestek bepaalt voorts:

‘Alle correcties aan de forfaitaire hoeveelheden zijn toegelaten’ en

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

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

‘Het gaat om een gemengde opdracht

- opdracht met prijslijst voor de posten met vermoedelijke hoeveelheden (voorafgegaan door de vermelding V.H. in de samenvattende meetstaat)

- opdracht met totaalprijs voor de andere posten’ (blz. 9/53);

‘Alle hoeveelheden die zijn vermeld in elke post van de samenvattende meetstaat zijn forfaitaire hoeveelheden, met uitzondering van die worden voorafgegaan door de vermelding ‘V.H’, die vermoedelijke hoeveelheden zijn. De vermoedelijke hoeveelheden mogen niet worden gewijzigd’ (blz. 11/53)

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

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

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

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

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

3.5. Verwijzend naar artikel 110, §§ 3 en 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van

werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, vraagt de ontwerper in een aangetekende brief van 16 september 2010 aan verzoekende partij zo spoedig mogelijk een aantal abnormaal laag geachte prijzen te verantwoorden. Deze brief is enkel in het Frans opgesteld.

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

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

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

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

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

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

‘De vennootschap Borzee nv werd ondervraagd per aangetekend schrijven om de blijkbaar abnormale prijzen te verantwoorden.

De vennootschap antwoordde per aangetekend schrijven op 22 september 2010.

Meerdere aangebrachte verantwoordingen waren niet voldoende ten aanzien van § 3 van artikel 110 van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996’.

De ontwerper concludeert vervolgens:

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

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

3.9. Op 24 september 2010 beslist verwerende partij perceel 4 van de opdracht te gunnen aan de nv Energys voor een bedrag van 690.292,00 euro, btw niet inbegrepen. Het als stuk 9 voorgelegde uittreksel uit het

register van de processen-verbaal van de beraadslagingen van de raad van bestuur van 24 september 2010 is enkel in het Frans opgesteld.

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

‘Overeenkomstig de artikelen 111 en 112 van de wet van 24 december 1993, het uitvoerings K.B. van 8 januari 1996 en de wijzigingsbesluiten, beschouwen wij uw offerte als onregelmatig. U heeft immers het matenplan van de inschrijving gewijzigd op de posten HV16; diverse werken eigen aan het hoofdstuk verwarming en SA13; diverse werken eigen aan het hoofdstuk sanitair. Deze posten zijn in het lastenboek beschreven als pro memorie, en dus begrepen in het geheel van de posten. De wijziging van het matenplan van de inschrijving kan niet aanvaard worden, want zij wijzigt de geest van de inschrijving op de aanbesteding, welke voorziet dat deze kosten in de andere posten geïntegreerd worden. Bovendien zijn meerdere rechtvaardigingsstukken voor de abnormaal lage prijs aangebracht door uw aangetekend schrijven van 22/09/2010 niet voldoende met het oog op § 3 van het artikel 110 van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996. Meerdere rechtvaardigingen verwijzen enkel naar een leveringsprijs zonder hem mee te delen en zonder de andere kosten te rechtvaardigen zoals de arbeidskosten, de algemene kosten, de winstmarges.... De opdrachtgevende overheid beschikt niet over objectieve elementen om de abnormaal lage prijs van uw offerte te rechtvaardigen.

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

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

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

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

3.12. Met een blijkbaar aangetekende brief van 9 november 2010 deelt verwerende partij een uittreksel uit het register van de processen-verbaal

van de beraadslagingen van de raad van bestuur van 24 september 2010 mee alsook het ‘analytisch verslag van de offertes die hieraan ten grondslag liggen’ - per vergissing gaat het om het verslag van de ontwerper betreffende perceel 3. Er wordt opnieuw gewezen op de mogelijkheid een vordering tot schorsing en/of vernietiging bij de Raad van State in te dienen, thans met vermelding van een beroepstermijn van 60 dagen. Tevens wordt nu gewezen op de mogelijkheid een verzoek tot ‘schorsing bij hoogdringendheid’ bij de Raad van State in te dienen. De brief zelf is opgesteld in het Nederlands maar van de beslissing zelf en het verslag wordt enkel een versie in het Frans bijgevoegd.

3.13. Nadat verzoekende partij in een aangetekende brief van 16 november 2010 meedeelde dat verkeerdelijk het verslag voor perceel 3 werd ontvangen, bezorgt verwerende partij met een blijkbaar aangetekende brief van 18 november 2010 het juiste verslag. De beroepsmogelijkheden worden opnieuw vermeld zoals in de voornoemde brief van 9 november 2010.

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

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

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

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

3.16. Inzake dit lot 4 luidt deze beslissing:

‘Overheidsopdracht voor werken van uitbreiding en renovatie van de Units van Intensieve Zorgen, afwerking en technieken - lot 4: HVAC-Sanitair.

Gezien de Wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’, alsook zijn bijlagen;

Gezien de beslissing van de Raad van bestuur van UKZKF tijdens de zitting van 21 mei 2010 om de opdracht uit te schrijven per openbare aanbesteding en om het volledige aanbestedingsdossier goed te keuren (bijzonder bestek, plan en meetstaten);

Gezien de offertes van Druart nv, Delta Thermic nv, Energys nv, AG Thermo Service bvba, Limpens nv en Borzee nv, voor lot 4;

Gezien het rapport van de opdrachtgever Architectes associés nv van 23 september 2010;

Overwegende dat de inschrijvers aan de hand van kwalitatieve selectiecriteria geselecteerd zijn;

Overwegende dat de offertes van Druart nv, Delta Thermic nv, Energys nv, AG Thermo Service bvba en Limpens nv regelmatig zijn;

Overwegende dat de offerte van Borzee nv niet regelmatig is nu deze vennootschap de meetstaat van de inschrijving heeft gewijzigd; dat de posten HV16 en SA13 beschreven zijn in het lastenboek als integraal deel van de posten; dat hiervoor afzonderlijke posten creëren (voor een totale waarde van 34.586,21 EUR), in plaats van de kost hiervoor in de andere posten op te nemen het opzet van de inschrijving wijzigt, en gelet op de grootte van dit bedrag een vergelijking tussen de offerte van Borzee nv en de offertes van de andere inschrijvers onmogelijk maakt;

Gelet ook op de niet-bevredigende antwoorden van de vennootschap Borzee op de gestelde vragen (art. 110, § 3, 2de alinea van de AR van 8/1/96);

Overwegende de beslissing van de Raad van bestuur van het UKZKF van 24 september 2010 om lot 4 van de huidige opdracht toe te kennen aan de inschrijver die de laagste offerte heeft ingediend, zijnde de onderneming Energys nv en dit voor een bedrag van 690.292,00 euro exclusief btw, of 835.253,32 euro inclusief btw, op basis van de motivering uit het rapport van de opdrachtgever ‘Architectes associés nv’ van 23 september 2010 dat zich in bijlage bevindt van de huidige beslissing en er integraal deel van uitmaakt.

Gezien artikel 58 alinea 3 van de wet van 18 juli 1966 op het gebruik van talen in bestuurszaken volgens welke ‘de akten of reglementen waarvan de nietigheid aldus wordt vastgesteld ingevolge van onregelmatigheden wat betreft de vorm worden vervangen door een regelmatige vorm door de overheid waarvan zij uitgaan: deze vervanging is van kracht vanaf de datum van de vervangende akte of reglement [lees: die vervanging heeft uitwerking op de datum van het vervangen bescheid]’.

De Raad van Beheer beslist de beslissing van 24 september 2010 te vervangen door huidige beslissing.

Overeenkomstig het aangehaalde artikel 58 alinea 3, heeft huidige beslissing effect op 24 september 2010’.

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

3.17. Met een blijkbaar aangetekende brief van 24 januari 2011 deelt verwerende partij aan verzoekende partij mee dat beslist werd de opdracht voor perceel 4 toe te kennen en dat de offerte van verzoekende partij ‘niet werd weerhouden daar zij onregelmatig werd bevonden’. ‘Conform artikel 65/8 van de Wet overheidsopdrachten’ wordt een uittreksel meegedeeld van de beslissing van de raad van bestuur van 10 januari 2011 alsook een kopie van het rapport van de architecten van 18 oktober 2010, ‘met de motieven voor de wering van [haar] offerte’. Er wordt thans vermeld dat zij ‘overeenkomstig artikelen 65/11 en 65/15 van de Wet overheidsopdrachten’ beschikt ‘over een termijn van 15 dagen, vanaf de verzending van dit schrijven, om een schorsend beroep in te dienen tegen de beslissing van UKZKF voor de bevoegde beroepsinstantie’. Voorts wordt gewezen op de mogelijkheid binnen de 60 dagen vanaf de verzending van deze brief een vordering tot vernietiging en/of schorsing bij de Raad van State in te dienen.

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

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4. De verwerende partij werpt als exceptie op dat de verzoekende partij geen belang heeft bij het beroep aangezien haar offerte onregelmatig werd verklaard en het derde middel niet gegrond is, zodat haar offerte in elk geval onregelmatig was wegens wijziging van de opmetingsstaat en zij bijgevolg geen belang meer heeft bij de andere middelen.

Beoordeling

5. In het tweede en derde middel betwist de verzoekende partij dat haar offerte onregelmatig is. Zoals de verwerende partij zelf erkent, valt het onderzoek van deze exceptie dan ook samen met de beoordeling van de gegrondheid van die middelen. Ook in het eerste middel voert de verzoekende partij aan dat de procedure nietig is vanaf de aan haar gevraagde prijsverantwoording. Ook hier valt het onderzoek van de exceptie samen met de beoordeling van de gegrondheid van dit middel.

De exceptie wordt verworpen.

V. Onderzoek van de middelen

A. Vooraf

6.1. Zoals uit de bestreden beslissing en het verslag van de raadgevend architect dat aan de basis ligt van de bestreden beslissing, dient te worden afgeleid werd de offerte van de verzoekende partij onregelmatig verklaard om twee redenen: enerzijds omdat de meetstaat werd gewijzigd en anderzijds omdat de aangebrachte antwoorden op de vraag om de blijkbaar abnormale eenheidsprijzen te verantwoorden niet voldoende waren en deze prijzen dus niet werden aanvaard.

De beslissing tot onregelmatigverklaring steunt aldus op twee redenen die indien ze afdoende zijn en deugdelijk, elk op zich deze beslissing kunnen verantwoorden. Hieruit volgt, zoals reeds vastgesteld in het voormeld arrest nr. 211.654 van 1 maart 2011 en in het auditorsverslag, dat van zodra één van deze redenen de kritiek van de verzoekende partij doorstaat, de verzoekende partij geen belang meer heeft bij haar kritiek op de andere reden daar alsdan vaststaat dat haar offerte terecht onregelmatig is verklaard. De verzoekende partij betwist deze conclusie niet en toont evenmin aan dat de beslissing om haar offerte te weren niet steunt of niet kan steunen op elk van deze motieven afzonderlijk. Integendeel beperkt zij er zich in de laatste memorie toe zonder meer te “volhard[en] in de argumentatie die werd gevoerd in de eerdere procedurestukken”.

6.2. Het is passend het onderzoek van de middelen aan te vatten met het derde middel.

B. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

7. De verzoekende partij formuleert het middel als volgt:

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

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

Zij licht toe dat de posten HV16 en SA13 een gedetailleerd overzicht geven van een hele reeks werken die *pro memorie* zijn opgenomen en geacht worden te zijn inbegrepen in het aanbod en dat zij een gedetailleerd prijs-overzicht heeft bezorgd. De verwerende partij weert haar offerte omdat de prijzen moesten zijn verdeeld over de andere posten en dit niet is gebeurd zodat een vergelijking van de eenheidsprijzen wordt verhinderd. Terwijl, zo vervolgt de verzoekende partij, “[o]f ze nu zijn opgenomen in het geheel van de posten of gedetailleerd zijn voorgesteld, [...] van geen belang [is] aangezien dit totaal niets verandert aan het totale bedrag van de offerte. De ingeroepen argumentatie is niets meer dan een drogreden om de verzoekende partij te kunnen uitsluiten uit de procedure”.

De verzoekende partij benadrukt voorts dat zij in de offerte uitdrukkelijk had verklaard dat iedere vermelding die strijdig is met het door het bestuur vastgestelde model als niet geschreven moet worden beschouwd. Zij merkt ook op dat de verwerende partij, “met het oog op de plicht om materiële fouten te corrigeren [...] zeer eenvoudig het totale bedrag van de post HV16 (die

3.3% vertegenwoordig[t]) in mindering [kon] brengen en 3,3% toevoegen aan elk van de HVAC posten en het totale bedrag van de post SA 13 in mindering brengen (hetgeen 11,7% vertegenwoordig[t]) en opnieuw 11,7% toevoegen aan elk der posten”.

Daarnaast acht zij het “compleet tegenstrijdig te beweren dat de verstrekte gegevens in het kader van 110 § 3 (verantwoording van de prijzen) niet voldoende worden geacht en gelijktijdig kritiek leveren op het feit dat de posten pro memorie te uitgebreid werden beschreven door de verzoekende partij”.

De verzoekende partij besluit dat “[d]e ingeroepen argumentatie om de offerte onregelmatig te verklaren [...] niet pertinent, [...] volstrekt onjuist en [...] absoluut niet draagkrachtig [is] om toepassing te kunnen maken van artikel 110 § 3 van het K.B. van 8 januari 1996”. “Tevens [zo vervolgt zij] getuigt het niet van fairplay en proportionaliteit om de verzoekende partij op grond van dergelijke argumentatie te weren.”

8. In haar memorie van wederantwoord verwijst zij nog naar artikel 110, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken’. Zij benadrukt voorts dat het getuigt van kennelijke onredelijkheid de zeer eenvoudige herberekening, vermeld in het middel, niet door te voeren maar ervoor te opteren de offerte te weren. Zodra die berekening wordt doorgevoerd, vervalt immers het argument dat de eenheidsprijzen niet vergelijkbaar zouden zijn. Van een onregelmatigheid is er dan geen sprake meer, temeer daar de verwerende partij hierdoor 12.538 euro kan besparen. Dergelijke houding van de verwerende partij is aldus ook strijdig met het zuinigheidsbeginsel als uitwerking van het zorgvuldigheidsbeginsel.

Beoordeling

9. In dit middel betwist de verzoekende partij het eerste motief van de bestreden beslissing dat haar offerte onregelmatig is omdat zij “hoeveelheden [heeft] ingebracht en prijzen doorgegeven voor de posten HV16: Diverse

werken mbt het hoofdstuk verwarming en SA13: Diverse werken mbt het hoofdstuk sanitair” met als gevolg dat zij “de meetstaat van de inschrijving [heeft] veranderd. Deze posten zijn pro memorie omschreven in het lastenboek, dus opgenomen in het geheel van de posten. Het totaalbedrag van deze posten in de offerte van de vennootschap Borzee nv bedraagt 34.586,21€ en kan niet worden aanvaard, aangezien deze de basisopzet van de inschrijving -die vraagt deze kosten in andere posten op te nemen- verander[t]”.

10. De verzoekende partij citeert zelf deze motivering. Aldus blijkt zij deze te kennen. Zij toont dan ook niet aan dat niet voldaan is aan de formele-motiveringsplicht, minstens aan de *ratio legis* ervan. Zij betwist trouwens evenmin de vaststelling in het voormelde arrest nr. 211.654 en in het auditoraatsverslag dat zij in dit middel niet toelicht op welke wijze de formelemotiveringsplicht, die zij afleidt uit van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ zou zijn geschonden.

11. Evenmin betwist de verzoekende partij de vaststelling in voormeld arrest en in het auditoraatsverslag dat deze grief vreemd is aan de in het middel ingeroepen artikel 110, §§ 3 en 4, van het voormeld koninklijk besluit van 8 januari 1996 dat het onderzoek van het al dan niet abnormaal karakter van de prijzen betreft.

12.1. Meer relevant voor de door de verzoekende partij aangebrachte problematiek is het in de memorie van wederantwoord ingeroepen artikel 110, § 2, van datzelfde koninklijk besluit van 8 januari 1996. Dit artikel maakt een onderscheid tussen de gevallen waarin de inschrijvingen nietig zijn – dit is de substantiële onregelmatigheid – omdat ze afwijken van de voornaamste bepalingen van het bestek, onder meer die welke betrekking hebben op de prijs, de termijnen en de technische voorwaarden, en de gevallen van betrekkelijke nietigheid – de relatieve onregelmatigheid – waarin het bestuur de mogelijkheid heeft om de inschrijvingen als nietig te beschouwen. De vraag of een bepaling

van het bestek essentieel is, namelijk dermate belangrijk dat de afwijking ervan onvermijdelijk tot gevolg moet hebben dat met de betrokken offerte geen rekening mag worden gehouden, moet dan ook *in concreto* in elk geval afzonderlijk in het licht van het dossier worden beantwoord. Het staat in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid om vast te stellen of de afwijking al dan niet een essentiële bestekbepaling betreft. Indien een offerte substantieel onregelmatig is, omdat ze een afwijking bevat van een essentiële bestekbepaling, moet het bestuur die offerte vervolgens buiten beschouwing laten. Ter zake beschikt het niet over een discretionaire bevoegdheid. Een afwijking van het bestek die de objectieve vergelijkbaarheid van de offertes in het gedrang brengt, leidt tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte.

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

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

Het bestek vereist aldus de invulling van de samenvattende opmetingsstaat zonder wijziging van de aard van de posten. De verzoekende partij heeft echter de prijs voor de *pro memorie* posten HV16 en SA13 niet, zoals gevraagd in het bestek, opgenomen onder de andere posten maar heeft voor die *pro memorie* posten – behalve de *as built* plannen onder post SA13 waar de opmetingsstaat een forfaitaire prijs vraagt – alle posten samen onder HV16 en SA13 ingevuld, wat neerkomt op een bedrag van 36.583,65 euro, te verminderen met 1997,44 euro – dit is de prijs voor de *as built* plannen onder SA13 – wat 34.586,21 euro geeft.

Met de verwerende partij moet worden aangenomen dat deze afwijking van de wijze van prijsopgave, de vergelijkbaarheid van de offertes in het gedrang brengt. De verwerende partij mocht dienvolgens besluiten dat de offerte van de verzoekende partij substantieel onregelmatig was en diende te worden geweerd.

12.3. Het argument van de verzoekende partij dat de kwestie of de kosten zijn opgenomen in het geheel van de posten of gedetailleerd zijn voorgesteld, niets verandert aan de totaalprijs, kan om de volgende redenen niet worden gevolgd.

Het bestek laat niet toe het karakter van posten te veranderen. Voorts lijkt de wijze van invulling van de opmetingsstaat door de verzoekende partij wel degelijk de vergelijking van de eenheidsprijzen te beletten; de verzoekende partij toont niet aan dat de “eenvoudige herberekening” die zij voorstelt, door bij elke post hetzelfde percentage toe te voegen als het procentuele aandeel van die kosten in het totaal van de HVAC respectievelijk SA kosten, niets verandert aan de totale prijs van de offerte; evenmin toont de verzoekende partij aan dat een lineaire herberekening de reële prijzen weerspiegelt. Deze bewijslast berust nochtans op de verzoekende partij omdat zij afwijkt van de voorgeschreven meetstaat.

12.4. De argumentatie inzake het zuinigheidsbeginsel werd pas ingeroepen in de memorie van wederantwoord zodat deze onontvankelijk is.

12.5. De verklaring van de verzoekende partij bij de offerte dat iedere vermelding die strijdig is met het door het bestuur vastgestelde model als niet geschreven moet worden beschouwd, leidt evenmin tot een andere conclusie. Er blijkt niet dat dit de verwerende partij zelf toelaat de andere prijzen te verhogen met het totale percentage dat werd ingevuld voor *pro memorie* posten.

12.6. Evenmin toont de verzoekende partij aan dat er een tegenstrijdigheid is tussen enerzijds het oordeel van het bestuur dat de prijsverantwoording niet voldoende werd geacht en anderzijds wat zij noemt de kritiek dat “de posten pro memorie te uitgebreid werden beschreven”. Het motief van de onregelmatigverklaring is trouwens dat de samenvattende meetstaat hierdoor werd gewijzigd en de vergelijkbaarheid van de offertes aangetast.

13. Slotsom is dat de verzoekende partij niet aantoont dat de bestreden beslissing de in het middel geschonden geachte rechtsregels of algemene beginselen van behoorlijk bestuur schendt.

Het middel wordt verworpen.

C. Tweede middel

14. In dit middel wordt het tweede motief – geen afdoende prijsverantwoording – betwist. Aangezien het derde middel, dat het eerste motief van de bestreden beslissing viseert, wordt verworpen, is een nader onderzoek van het tweede middel dan ook overbodig; de gegrondverklaring van dit middel kan immers niet leiden tot de nietigverklaring van de bestreden beslissing. Deze conclusie die ook al werd aangenomen in het voormelde arrest nr. 211.654, wordt nergens door de verzoekende partij weersproken.

D. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

15. De verzoekende partij formuleert het middel in haar verzoekschrift als volgt:

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

In de toelichting benadrukt zij dat de taalwetgeving van openbare orde is; de overtreding van de taalwetgeving wat de brief 16 september 2010 van de verwerende partij betreft heeft als gevolg dat de gunningsbeslissing is aangetast met absolute nietigheid. Ten slotte stelt zij dat de gunningsbeslissing ook onwettig is omdat ze enkel in het Nederlands zou zijn opgesteld terwijl ze ook in het Frans diende te zijn opgesteld.

16. In haar memorie van wederantwoord herneemt de verzoekende partij haar middel met uitzondering van haar kritiek dat de gunningsbeslissing ten onrechte enkel in het Nederlands zou zijn opgesteld. Zij bekritiseert voorts het voormelde arrest nr. 211.654 dat het middel niet ernstig achtte; zij merkt op dat zij niet goed inziet “welk belang zij zou mankeren om het middel op ontvanke-lijke wijze op te werpen” aangezien het middel ontegensprekelijk tot nietig-verklaring van de bestreden beslissing kan leiden en het van openbare orde is.

Beoordeling

17. In het auditorsverslag wordt het middel samengevat om volgende redenen verworpen.

De verzoekende partij toont niet aan waarom het standpunt van het voormelde arrest nr. 211.654 zou moeten worden verlaten.

Hoewel de taalwetgeving in bestuurszaken van openbare orde is en iedere overtreding ervan desnoods ambtshalve door de Raad van State wordt opgeworpen, moet die overtreding wel kunnen leiden tot de nietigverklaring van het bestreden besluit. Dit is hier niet het geval.

Waar dit middel aanstoot neemt aan de in het Frans gestelde vraag tot prijsverantwoording, leidt deze immers niet tot de onwettigheid van de gehele daaropvolgende procedure maar enkel van de beoordeling van de prijsverantwoording. Het eerste motief inzake de wijziging van de meetstaat dat, zoals hiervoor is gebleken, de kritiek daarop aangevoerd in het derde middel kan doorstaan, is echter niet gesteund op de vraag tot prijsverantwoording. De eventuele onwettigheid van een in een verkeerde taal gestelde vraag tot prijsverantwoording kan te dezen dan ook niet leiden tot de nietigverklaring van de bestreden beslissing aangezien deze dan nog kan steunen op het eerste motief.

In de mate dat de verzoekende partij in het eerste middel voorts aanvoert dat, door de vervanging van de gunningbeslissing van 24 september 2010 door de bestreden beslissing, de gunningbeslissing nog enkel in het Nederlands bestaat terwijl dit niet de taal is van de overige inschrijvers, komt zij op deze grief niet meer terug in de memorie van wederantwoord. Minstens mag, zoals reeds vastgesteld in het arrest nr. 211.654, worden vastgesteld dat deze grief feitelijke grondslag mist. De bestreden beslissing – die de gunningbeslissing van 24 september 2010 vervangt – bestaat zowel in een Nederlandse als Franse versie.

Voor zover de verzoekende partij in het eerste middel ten slotte nog aanvoert dat zij – in tegenstelling tot de andere inschrijvers – niet in haar eigen taal werd behandeld en dat daardoor het gelijkheidsbeginsel werd geschonden, licht zij deze grief niet nader toe. In zoverre deze grief zou steunen op de haar in het Frans gestelde vraag tot prijsverantwoording, kan deze grief, indien gegrond, om de reeds uiteengezette redenen, niet leiden tot nietigverklaring van de bestreden beslissing.

18. In haar laatste memorie weerspreekt de verzoekende partij deze conclusies van het auditorsverslag op geen enkel ogenblik. In die omstandigheden sluit de Raad van State zich aan bij de terechte argumenten van het auditorsverslag en wordt het middel verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verworpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing en het beroep tot nietigverklaring, begroot op 350 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 18 november 2014, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest