**RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK**

**XIIe KAMER**

**A R R E S T**

**nr. 238.789 van 7 juli 2017**
**in de zaak A. 218.617/XII-8102**

In zake: de BVBA SIX
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Annelies Bottelier
kantoor houdend te 8501 Kortrijk-Heule
Kortrijksestraat 35
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het UNIVERSITAIR ZIEKENHUIS GENT – UZ GENT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Frederik Vandendriessche, Leen De Vuyst en Jole Carlé
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

---

*I. Voorwerp van het beroep*

1. Het beroep, ingesteld op 2 maart 2016, strekt tot de nietigverklaring van de "beslissing [van 18 januari 2016] tot toewijzing van een opdracht 'Renovatie onderstations voor verwarming & sanitair warmwaterproductie in het gebouw K5 op de Campus van het UZ Gent' aan Francis & Tytgat nv […] d.m.v. open aanbesteding" en tot de veroordeling van het UZ Gent "tot betaling aan [de bvba SIX] van de som van 19.998,80 euro, meer de vergoedende rente vanaf 25.01.16 tot heden en van dan af op deze gecumuleeerde bedragen de gerechtelijke rente".

*II. Verloop van de rechtspleging*

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

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij en de verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 20 juni 2017.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Annelies Bottelier, die verschijnt voor de verzoekende partij, en kapitein-commandant van het vliegwezen Maarten Kerckhofs, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

*III. Feiten*

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor de aanneming van werken met als voorwerp “Renovatie onderstations voor verwarming & sanitair warmwaterproductie in het gebouw K5 op de Campus van

het UZ Gent". De gunningswijze is de open aanbesteding. De opdracht wordt geraamd op 240.000,00 euro, btw inbegrepen.

3.2. Er worden twee offertes ingediend, namelijk door de nv Francis & Tytgat voor een bedrag van 180.855,29 euro, btw inbegrepen, en door de verzoekende partij voor een bedrag van 241.985,47 euro, btw inbegrepen.

3.3. Volgens het verslag van nazicht worden de totaalprijzen van de beide inschrijvers als normaal beschouwd; hiervoor heeft de verwerende partij het gemiddelde van de geboden prijzen genomen en deze prijzen getoetst aan een afwijkingsnorm *ad* 15%.

Wat de eenheidsprijzen betreft – ook hier worden het gemiddelde van de twee prijzen genomen en een afwijkingsnorm *ad* 15% – wordt het volgende overwogen:

> "Enkel posten waarvan de raming/ehp meer dan 5% van de totale raming/offerteprijs bedraagt werden gecontroleerd.
> Maximale afwijking: 15,00%
> Zowel abnormaal HOGE als abnormaal LAGE prijzen
> Volgende abnormale EHP werden vastgesteld:
> - Offerte nr. : 1 van Six bvba
> Post 69: 1000 KW 70/50°C: EHP offerte: € 7.338,6600 (gemiddelde: € 6.354,6000; afwijking + 15,49%)
> - Offerte nr. : 2 van Francis & Tytgat
> Post 69: 1000 KW 70/50°C: EHP offerte: € 5.370,5400 (gemiddelde: € 6.354,6000; afwijking: - 15,49%)"

Als besluit geldt: "De prijzen van beide inschrijvers worden als normaal beschouwd". Er wordt voorgesteld de opdracht aan de nv Francis & Tytgat te gunnen.

3.4. Op 18 januari 2016 beslist de verwerende partij de opdracht te gunnen aan de nv Francis & Tytgat voor een bedrag van 180.855,29 euro, btw inbegrepen.

3.5. Op 11 mei 2016 beslist de verwerende partij de gunningsbeslissing van 18 januari 2016 in te trekken, de opdracht niet te gunnen, de procedure stop te zetten en een nieuwe procedure op te starten.

De toelichting bij de beslissing luidt onder meer:

> "Gelet op het feit dat slechts 2 firma's, zijnde Francis & Tytgat nv en bvba SIX, een offerte hebben ingediend voor de opdracht.
> Gelet op de gemotiveerde gunningsbeslissing d.d. 18 januari 2016, waarbij is beslist om de opdracht te gunnen aan Francis & Tytgat nv […] tegen de prijs vermeld in de offerte, zijnde 149.467,18 euro (excl. btw), als laagste regelmatige inschrijver.
> Gelet op het verzoekschrift tot nietigverklaring dat tegen deze gemotiveerde beslissing werd ingesteld door hoger genoemde niet-gegunde inschrijver, met name bvba SIX, zoals toegekomen bij de Raad van State op 3 maart 2016, op grond van het feit dat het prijsonderzoek niet nauwkeurig zou zijn uitgevoerd.
> Gelet op het feit dat de niet-gegunde inschrijver met name bvba SIX, een schadevergoeding t.b.v. 19.998,80 euro vordert.
> Gelet op het feit dat de opdracht nog niet werd gesloten.
> Dat de Raad van Bestuur op 29/2/2016 heeft beslist om extra budget te voorzien voor investeringen voor de Dienst Infrastructuur voor het vervangen van de CV Collector in gebouw B2 en de pompen in het Infrastructuurgebouw. Dat dit soortgelijke werken zijn, zodat het gepast voorkomt om de voorliggende opdracht 'uit te breiden' met deze werken, teneinde gunstigere prijzen te bekomen en eenzelfde opdrachtnemer aan te duiden, hetgeen de uitvoering en opvolging van de opdracht kan vereenvoudigen. Dat zulks evenwel veronderstelt dat een nieuwe bevraging wordt opgestart nu deze werken niet kunnen worden opgenomen in de voorliggende opdracht;
> Dat in het kader van de voorliggende opdracht daarenboven discussie bestaat aangaande het prijsonderzoek en dienaangaande door bvba Six een verzoekschrift tot nietigverklaring werd ingesteld bij de Raad van State; dat is gebleken dat bij de controle van de prijzen in het kader van de voorliggende opdracht is uitgegaan van een formule die niet geschikt is bij nazicht van een dossier met twee offertes; dat inmiddels bij bijkomend nazicht ook is vastgesteld dat de raming van de opdracht dient te worden bijgesteld;
> Dat het om al die redenen derhalve aangewezen is om de gemotiveerde beslissing d.d. 18/01/2016 (met bijgevoegd verslag van nazicht van de offertes d.d. 7 december 2015) in te trekken en over te gaan tot niet-gunning en aldus de opdracht stop te zetten, en bijgevolg hiervoor een nieuwe opdracht conform de wetgeving overheidsopdrachten uit te schrijven waarin ook de bijkomende werken worden opgenomen."

3.6. Met een brief van 11 mei 2016 wordt de verzoekende partij in kennis gesteld van de intrekkingsbeslissing.

*IV. Ontvankelijkheid van het beroep tot nietigverklaring en van de vordering tot toekenning van een schadevergoeding tot herstel*

*Standpunt van de partijen*

4. Samen met haar beroep tot nietigverklaring van de gunnings-beslissing – de verzoekende partij voert aan dat de gunningsbeslissing onwettig is, in essentie omdat de prijs geboden door de nv Francis & Tytgat abnormaal laag is, minstens de verwerende partij geen zorgvuldig prijsonderzoek heeft gevoerd en ook daaromtrent niet afdoende heeft gemotiveerd – vordert de verzoekende partij in haar inleidend verzoekschrift de toekenning van een schadevergoeding tot herstel ten belope van 19.998,80 euro op grond van artikel 24 van de wet van 15 juni 2006 'overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten' (hierna: de wet van 15 juni 2006).

5. De verwerende partij beperkt haar memorie van antwoord tot de stelling dat door de intrekking "de bestreden beslissing onbestaande is, zodat het beroep tot nietigverklaring van verzoekende partij op heden zonder voorwerp is".

6. In haar memorie van wederantwoord merkt de verzoekende partij op dat in de intrekkingsbeslissing wordt verwezen naar haar beroep tot nietigverklaring en er in wordt vermeld dat "in de bestreden beslissing tot toewijzing van de opdracht d.d. 18.01.16 aangaande het prijsonderzoek werd uitgegaan van een formule die niet geschikt is voor een dossier met twee offertes". "Derhalve erkent verwerende partij zelf dat de bestreden gunnings-beslissing aangetast is door onwettigheid, en zij, mede om die reden, beslist heeft deze beslissing in te trekken."

De verzoekende partij laat voorts gelden dat zij “volhardt in het vragen van een schadevergoeding tot herstel nu de onwettigheid van de bestreden beslissing vaststaat en deze door verwerende partij zelf wordt erkend”. “Indien verwerende partij een correct prijsonderzoek zou hebben doorgevoerd, zou de opdracht zijn toegewezen aan verzoekster.”

Ook vordert de verzoekende partij “dat alle kosten van de procedure tot nietigverklaring met verzoek tot schadevergoeding tot herstel ten laste worden gelegd van verwerende partij, die de rechtstreekse oorzaak is van de gemaakte kosten”.

Ten slotte betwist de verzoekende partij de door de verwerende partij aangevoerde vertrouwelijkheid van de stukken 7 en 8 van het administratief dossier – dit zijn de offertes van de beide inschrijvers – omdat de verwerende partij “niet concreet aanduidt laat staan bewijst waarom de mededeling van deze stukken nadelig zou zijn voor de rechtmatige commerciële belangen en/of eerlijke mededinging van de inschrijvers”.

7. Het auditoraatsverslag is voor de verzoekende partij negatief: hierin wordt geconcludeerd dat het beroep tot nietigverklaring zonder voorwerp is en dat de vordering tot schadevergoeding moet worden afgewezen omdat de verwerende partij in de intrekkingsbeslissing weliswaar verwijst naar het annulatieberoep van de verzoekende partij maar dat de verwerende partij hiermee niet erkent dat de bestreden beslissing is aangetast met de onwettigheid aangevoerd door de verzoekende partij en omdat in de intrekkingsbeslissing ook wordt verwezen naar de beslissing van 29 februari 2016 om de opdracht uit te breiden met soortgelijke werken in gebouw B2 en in het Infrastructuurgebouw om alzo gunstigere prijzen te krijgen en eenzelfde opdrachtnemer aan te duiden waarvoor dan een nieuwe procedure wordt opgestart, motief dat op zich alleen de niet met een annulatieberoep aangevochten intrekkingsbeslissing kan schragen. Daaromtrent merkt de verzoekende partij in haar laatste memorie op dat “voor het verzoek tot schadevergoeding er niet noodzakelijk een vernietigingsarrest dient

voorhanden te zijn"; "de schadevergoeding [kan] ook geënt […] worden op een arrest dat de intrekking van een bestuurshandeling vaststelt (RvS., 2 oktober 2015, nr. 232.416, Legrand)".

Voorts wijst zij erop dat het annulatieberoep "het hoofdmotief" is van de intrekkingsbeslissing; "indien geen annulatieberoep zou zijn aangetekend, zou verwerende partij de beslissing niet hebben ingetrokken." Het motief van de intrekkingsbeslissing met betrekking tot de uitbreiding van de werken in gebouw B2 en Infrastructuurgebouw is volgens de verzoekende partij overtollig, "hetgeen temeer is aangetoond doordat er geen bewijs voorligt dat dergelijk nieuwe opdracht werd uitgeschreven".

8. In haar laatste memorie merkt de verwerende partij op dat op grond van artikel 11*bis* van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en artikel 25/3 van het 'besluit van de Regent van 23 augustus 1948 tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State', de Raad van State een schadevergoeding kan toekennen indien aan drie voorwaarden is voldaan, namelijk er is sprake van een onwettigheid, diegene die het verzoek tot schadevergoeding instelt, heeft schade geleden en er bestaat een causaal verband tussen de onwettigheid en de geleden schade. Aan geen van deze voorwaarden is volgens de verwerende partij voldaan.

Wat de eerste voorwaarde betreft, impliceert dit volgens haar dat de onwettigheid wordt vastgesteld in een arrest wat hier niet het geval is. Gelet op de intrekking zal dit ook niet meer kunnen. De verzoekende partij heeft geen beroep ingesteld tegen deze intrekkingsbeslissing. Evenmin heeft de verwerende partij op één of andere wijze erkend dat de bestreden beslissing was aangetast door een onwettigheid. "[I]n tegenstelling tot wat verzoekende partij beweert, zijn de motieven die aan de beslissing van 11 mei 2016 ten grondslag liggen geenszins allemaal terug te brengen tot het onderzoek van de offertes van de twee inschrijvers (en dus het door verzoekende partij ingestelde vernietigings-beroep)." In de intrekkingsbeslissing wordt vermeld dat de verwerende partij had

beslist om extra budget te voorzien voor aan de betrokken opdracht soortgelijke werken. “Omwille van redenen van financiële impact (cf. gunstigere prijzen) en vereenvoudiging (cf. aanduiden één opdrachtnemer), kwam het derhalve gepast voor om de opdracht met deze werken uit te breiden. Bovendien bleek ook de raming van de opdracht te moeten worden bijgesteld.” Intussen heeft de verwerende partij een nieuwe opdracht uitgeschreven over drie gebouwen heen, naast gebouw K5 heeft deze opdracht ook betrekking op de gebouwen B2 en K12E (infrastructuurgebouw). De scope van de nieuwe opdracht is in de lijn met de intrekkingsbeslissing, veel ruimer. De bewering van de verzoekende partij dat het motief van de uitbreiding van de scope een overtollig motief zou zijn, is dan ook geen overtollig motief. De verzoekende partij heeft op deze nieuwe opdracht trouwens ingeschreven. De vergelijking die de verzoekende partij maakt met het arrest Legrand – nr. 232.416 van 2 oktober 2015 – dat geen overheidsopdracht betreft, gaat niet op; in dat geval immers was er een schorsingsarrest waarbij de bestreden beslissing werd geschorst op grond van een ernstig middel; hierop werd de bestreden beslissing ingetrokken onder uitdrukkelijke en enige verwijzing naar dit schorsingsarrest; onmiddellijk werd een voor die verzoeker gunstige beslissing genomen; in het arrest van 2 oktober 2015 kende Raad van State, na eerst te hebben vastgesteld dat het beroep zonder voorwerp was, een schadevergoeding toe aan de verzoekende partij en dit op grond van het schorsingsarrest en de reactie van de verwerende partij hierop als de meest belangrijke overweging.

Wat de tweede voorwaarde betreft, betoogt de verwerende partij dat de verzoekende partij geen schade heeft geleden. Op de verwerende partij rust in het kader van het volgen van een aanbestedingsprocedure geen verplichting tot het gunnen of sluiten van de opdracht. Dat de verzoekende partij bij het indienen van een offerte geld en tijd daaraan heeft besteed, is dan ook niet relevant als schade in het kader van artikel 11*bis* van de gecoördineerde wetten op de Raad van State. Evenmin, zo vervolgt de verwerende partij, bestaat de schade uit het verlies aan enige kans door de verzoekende partij; die kans is immers niet verloren gegaan door de intrekkingsbeslissing aangezien de

verwerende partij een nieuwe opdracht heeft uitgeschreven waar de verzoekende partij aan heeft deelgenomen.

Ook wat de derde voorwaarde betreft, meent de verwerende partij dat deze evenmin is vervuld. Er is volgens haar geen causaal verband tussen enige onwettigheid en enige schade. Mocht er al schade zijn dan vloeit deze niet voort uit de onwettigheid; ook zonder de vermeende onwettigheid zou immers de opdracht geenszins aan de verzoekende partij zijn gegund; de verwerende partij had immers beslist de opdracht stop te zetten en opnieuw in de markt te zetten.

*Beoordeling*

9.1. Het voorwerp van het beroep tot nietigverklaring tegen de gunningsbeslissing van 18 januari 2016 is door de beslissing van 11 mei 2016 ingetrokken. Er is geen beroep ingediend tegen deze laatste beslissing zodat deze intrekking definitief is. In die omstandigheden is het beroep doelloos en wordt het verworpen.

9.2. Welkdanig verzoek tot schadevergoeding tot herstel komt maar aan de orde indien in het arrest dat uitspraak doet over de gevorderde nietigverklaring een onwettigheid wordt vastgesteld. Aangezien het ingestelde beroep tot nietigverklaring als onontvankelijk wordt verworpen en de Raad van State bijgevolg niet tot een vaststelling van onwettigheid komt, kan van de toekenning van een schadevergoeding geen sprake zijn. Mocht de verzoekende partij zich in dit kader beroepen op het arrest Legrand, dan volstaat het, om een vergelijkbaarheid tussen dit arrest en de onderhavige casus te verwerpen, te verwijzen naar het essentieel verschillend feitelijk en juridisch kader van de twee zaken. Te dezen is er geen onwettigheid in een schorsingsarrest vastgesteld, in tegenstelling tot de zaak Legrand; voorts heeft de verwerende partij weliswaar de initiële gunning ingetrokken – de verzoekende partij vecht deze intrekking overigens niet aan zodat ze definitief is – maar ook een nieuwe procedure opgestart waar de verzoekende partij aan mocht deelnemen terwijl in de zaak Legrand de initieel

geweigerde afgifte van een identificatiekaart uiteindelijk toch aan de verzoeker werd toegekend en de initiële intrekking van de weigering hierop uitsluitend steunde.

9.3. Het beroep tot nietigverklaring en de vordering tot toekenning van een schadevergoeding worden verworpen.

*V. Besluit*

10. Er is te dezen grond om met toepassing van artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en artikel 67, § 1, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’, de verzoekende partij een rechtsplegingsvergoeding toe te kennen, nu haar beroep door de intrekkings-beslissing van de verwerende partij zonder voorwerp is geworden en de verwerende partij niet aantoont dat dit beroep kennelijk onontvankelijk of ongegrond werd ingesteld aangezien de verwerende partij zelf in haar intrekkingsbeslissing haar werkwijze inzake het prijzenonderzoek in vraag stelt.

Er is echter geen reden om de verzoekende partij – zij vordert in haar laatste memorie ongemotiveerd een rechtsplegingsvergoeding ad 2.400 euro – meer toe te kennen dan de basisrechtsplegingsvergoeding van 700 euro aangezien zij niet aantoont dat de huidige zaak bijzondere moeilijkheden vertoont op het technisch of juridisch vlak.

11. Gelet op het bepaalde in artikel 70, § 1, vijfde lid, van het algemeen procedurereglement, dient het rolrecht dat verband houdt met het verzoek tot een schadevergoeding tot herstel aan de verzoekende partij te worden terugbetaald aangezien het beroep wordt verworpen.

## BESLISSING

**1. De Raad van State verwerpt het beroep.**

**2. De Raad van State verwerpt het verzoek tot toekenning van een schadevergoeding tot herstel.**

**3. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 200 euro, en een rechtsplegingsvergoeding begroot op 700 euro die verschuldigd is aan de verzoekende partij.**
**Het onverschuldigde recht in verband met het verzoek tot een schadevergoeding tot herstel, begroot op 200 euro, dient aan de verzoekende partij te worden terugbetaald.**

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 7 juli 2017, 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**