

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 244.192 van 5 april 2019
in de zaak A. 222.797/XII-8416**

In zake: de NV AANNEMINGEN JANSSEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Luc Schuermans en Koen Van den Wyngaert
kantoor houdend te 2300 Turnhout
Merodelei 112
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD LANDEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Wim Rasschaert
kantoor houdend te 9420 Erpe-Mere
Schoolstraat 20
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 1 augustus 2017, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van de stad Landen van 1 juni 2017, waarbij de overheidsopdracht voor werken “nieuwbouw kinderdagverblijf: huis van het kind en dienst welzijn”, perceel 1: ruwbouw & afwerking, technische installaties, omgevingsaanleg & coördinatieopdracht aan de thv bouwbedrijf Vandersmissen – algemene aanneming De Coninck wordt gegund.

II. Verloop van de rechtspleging

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

Eerste auditeur Jozef 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 26 maart 2019.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Koen Van den Wyngaert, die *loco* advocaat Luc Schuermans verschijnt voor de verzoekende partij en advocaat Flora Wauters, die *loco* advocaat Wim Rasschaert verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Inge Vos 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 stad Landen schrijft een overheidsopdracht voor aanneming van werken uit met als voorwerp: “nieuwbouw van het kinderdagverblijf huis van het kind en dienst welzijn, perceel 01 - ruwbouw & afwerking, technische installaties, omgevingsaanleg en coördinatieopdracht”.

De plaatsingswijze is de open aanbesteding.

De opdracht wordt geraamd op 5.382.976,47 euro, btw niet inbegrepen.

Het bestek is gekend onder de referte 14751/01.

3.2. De opdracht wordt gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen op 16 januari 2017.

3.3. Acht offertes worden ingediend.

Bij de opening der offertes wordt de offerte van de verzoekende partij als eerste gerangschikt met de laagste prijs, een prijs van 5.326.042 euro, btw niet inbegrepen, en de offerte van de thv Bouwbedrijf Vandersmissen – algemene aanneming De Coninck (hierna: thv VDC) als tweede met een prijs van 5.351.525,34 euro, btw niet inbegrepen.

3.4. Op 15 mei 2017 wordt een “verslag van administratief, rekenkundig en technisch nazicht van offertes” opgesteld.

Na de verbetering van de rekenfouten – waardoor het offertebedrag van de thv VDC wordt verhoogd tot 5.352.525,34 – en de aanvaarding van een aantal gewijzigde hoeveelheden – waardoor hun beide offertebedragen worden verhoogd tot respectievelijk 5.416.510,47 voor de verzoekende partij en 5.441.288,21 voor de thv VDC, blijft de rangschikking ongewijzigd.

Bij de behandeling van opmerkingen en leemtes wordt het volgende opgemerkt:

“De volgorde tussen de tot op heden laagst gerangschikte inschrijvers verandert ingevolge de leemte voor terrasplaten, die in de detailmeetstaat en op de plannen van hoofdstuk 2 worden vermeld.

Aannemingen Janssen nv en thv Bouwbedrijf Vandersmissen – algemene aannemingen De Coninck merken terecht op dat de ontbrekende oppervlakte voor de terrasplaten dient beschouwd te worden als een leemte.

Gelet op het verschil in omvang van de opgegeven eenheidsprijzen van Aannemingen Janssen nv en thv Bouwbedrijf Vandersmissen –algemene aannemingen De Coninck, wordt thv Bouwbedrijf Vandersmissen – algemene aannemingen De Coninck de laagst gerangschikte inschrijver.”

De rangschikking wordt hierdoor gewijzigd in die zin dat de thv VDC thans als laagste inschrijver wordt gerangschikt met een offertebedrag van 5.517.754,67 euro, btw niet inbegrepen, en de verzoekende partij als tweede met een offertebedrag van 5.541.453,06 euro, btw niet inbegrepen. De offertebedragen van de verzoekende partij en die van de thv VDC worden aldus vermeerderd met respectievelijk 125.142,59 euro voor de verzoekende partij en 76.466,46 euro voor de thv VDC.

In het verslag wordt vervolgens voorgesteld de opdracht te gunnen aan de thv VDC als laagste regelmatige inschrijver.

3.5. Op 1 juni 2017 beslist de verwerende partij het gunningsverslag goed te keuren, het integraal deel te laten uitmaken van de beslissing en de opdracht te gunnen aan de thv VDC.

IV. Nadere precisering van het voorwerp van het beroep

4. De verzoekende partij heeft als voorwerp van haar beroep alle artikelen van het dispositief van de bestreden beslissing opgegeven. Het beroep is echter enkel gericht op artikel 2 van dat besluit dat de eigenlijke gunningsbeslissing inhoudt. Hierover bestaat ook geen betwisting. De andere geciteerde artikelen van de beslissing zijn aldus geen voorwerp van het beroep.

V. Onderzoek van de middelen

5. In het auditoraatsverslag worden enkel het eerste middel, tweede onderdeel en het tweede middel, eerste onderdeel onderzocht en samen genomen beoordeeld. Ze zullen hierna eerst samen worden uiteengezet en vervolgens beoordeeld.

Standpunt van de partijen

6. De verzoekende partij voert in een eerste middel de schending aan van artikel 4, 8°, artikel 5, 9°, art. 8, § 1, eerste lid, 1°, van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ en de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

In het tweede onderdeel van dit middel betoogt de verzoekende partij dat de bestreden beslissing deugdelijke materiële grondslag mist, doordat een hoger bedrag voor de vergeten post van de terrasplaten werd in rekening gebracht dan die door haar werd opgegeven. Met verwijzing naar haar bijlage 15 bij haar offerte “Nota ‘leemten’ digitale versie”, licht zij toe dat de vergeten oppervlakte voor de terrasplaten 48,85 m³ bedraagt en de door haar aangerekende eenheidsprijs 1.350 euro, zodat de bijkomende kost ingevolge deze vergeten post door de verzoekende partij werd begroot op een totaalbedrag van 65.947,50 euro. Nochtans werd haar offertebedrag verhoogd met een bedrag van 125.142,59 euro. Dit bedrag stemt bijgevolg geenszins overeen met de door de verzoekende partij opgegeven vergeten oppervlakte en evenmin met de door haar opgegeven eenheidsprijs, namelijk 65.947,50 euro. Het verschil wordt nergens verklaard, laat staan verantwoord.

7. De verzoekende partij voert in een tweede middel de schending aan van artikel 24 van de wet van 15 juni 2006 ‘betreffende overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’, artikelen 21 en 99 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘betreffende de plaatsing van overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2011), de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ en de

materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

In het eerste onderdeel van dit middel verwijt de verzoekende partij aan de verwerende partij dat zij geen enkel onderzoek heeft gedaan naar de eenheidsprijzen van de kwestieuze leemte, minstens geen afdoende. Zij licht toe dat het verschil tussen de verhogingen voor de kwestieuze leemte 48.676,13 euro bedraagt (125.142,59 euro – 76.466,46 euro), waaruit zij afleidt dat “het verschil in eenheidsprijzen voor wat de terrasplaten betreft, [...] tussen dat van de verzoekende partij en dat van de thv VDC kennelijk maar liefst 38,90 % [bedraagt]” Dergelijk verschil kan volgens haar bezwaarlijk geen abnormaal karakter hebben en had bij de verwerende partij opmerkzaamheid moeten wekken. Dit geldt *a fortiori* in de mate dat rekening wordt gehouden met de verhogingen die de verwerende partij in rekening heeft gebracht op het vlak van deze leemte bij de overige inschrijvers, waar bedragen vanaf 105.144 euro tot 153.599 euro werden aangerekend.

8. In haar memorie van antwoord stelt de verwerende partij, wat het tweede onderdeel van het eerste middel betreft, dat uit de gunningsbeslissing, die zich het verslag van nazicht integraal eigen heeft gemaakt – met verwijzing naar de bijlagen 6A en 6B bij het verslag van nazicht – duidelijk blijkt, dat er meerdere leemte-opmerkingen werden aangenomen en de verzoekende partij aldus in haar kritiek onterecht uitgaat van slechts één aangenomen leemte.

Met betrekking tot het eerste onderdeel van het tweede middel spreekt de verwerende partij met klem tegen dat op dit punt geen prijsonderzoek zou hebben plaatsgevonden. Zij verwijst naar het verslag van nazicht waaruit volgens haar duidelijk blijkt dat zij de opgegeven eenheidsprijs van de gekozen inschrijver niet als een schijnbaar abnormale eenheidsprijs heeft beschouwd en de prijszetting voor deze leemtepost heeft aanvaard:

“Leemte-opmerking opgemerkt door Aannemingen Janssen nv en thv Bouwbedrijf Vandersmissen - algemene aanneming De Coninck. Zie

ook bijlage 5a - hoeveelheidswijziging van artikel 02.23.11.04.01 – funderingsplaten beton.

Volgende aannemers beschouwen dit als een hoeveelheidswijziging:

- Bouwbedrijf Dethier
- Heijmans bouw nv
- Vanderstraeten

Rekening houdend met volgende:

- Op de stabiliteitsplannen staan deze platen aangeduid als terras, terwijl er bij de funderingsplaten geen bijkomende omschrijving staat aangeduid.
- In de detailmeetstaat is er een opsomming van de verschillende funderingsplaten en van de verschillende terrasplaten
- De uitvoeringswijze van de 2 elementen is ook verschillend, gezien een funderingsplaat op een volle grond met PE-folie uitgevoerd worden, terwijl de terrasplaten zwevend worden uitgevoerd, waarbij de onderzijde zichtbaar blijft. Op basis van bovenstaande is het logischer om dit te behandelen als een leemte en niet als een hoeveelheidswijziging.

De eenheidsprijs van Aannemingen Janssen nv is hoog vergeleken met de eenheidsprijs van thv Bouwbedrijf Vandersmissen - algemene aanneming De Coninck maar kan verantwoord worden indien de elementen volledig als prefab-elementen worden toegepast, in plaats van enkel de zichtbare onderzijde. Slechts iets minder dan de helft van deze elementen is ook effectief zichtbaar langs de onderzijde.”

De verwerende partij meent voorts dat het loutere feit dat er een verschil in prijs is tussen de inschrijvers, op zich niet voldoende is om te besluiten dat er een prijsverantwoording gevraagd had moeten worden. Zij benadrukt dat deze post in het bestelbedrag bovendien slechts 1,2 % bedraagt zodat het duidelijk gaat om een niet-essentiële post, waarvoor een aanbestedende niet verplicht is om een prijsverantwoording te vragen. Zij concludeert dat *in casu* de leemte betreffende de terrasplaat, gelet op de beperkte hoeveelheid én de beperkte totaalprijs, onmogelijk als een essentiële post kan worden beschouwd, reden waarom zij niet verplicht is om prijsverantwoording te vragen én de prijzen voor die leemtes mocht aanvaarden.

9. In haar memorie van wederantwoord repliceert de verzoekende partij, wat het tweede onderdeel van het eerste middel betreft, dat uit de voormelde bijlagen 6A en 6B – waarvan zij geen kennis heeft gekregen vóór de indiening van haar beroep en wat zij ook aanklaagt in haar derde onderdeel – blijkt dat de invulling die de thv VDC geeft aan de gemelde leemte van de

terrasplaten, namelijk met ter plaatse gestort beton zonder specifieke zichteisen, volstrekt indruist tegen het bestek en in het bijzonder niet te rijmen valt met de eisen zoals vermeld in punt 23 van de architectuurplannen waar de volgende beschrijving wordt gegeven: “terraselementen in geprefabriceerde beton niet gestructureerd, kleur wit”. Bijgevolg heeft de verwerende partij een andere uitvoering toegelaten, terwijl het bestek geen varianten toestaat. Dit is volgens haar substantieel vermits precies hierdoor de rangschikking ten nadele van de verzoekende partij werd gewijzigd.

Voorts, ondergeschikt, blijft zij erbij dat de door de verzoekende partij opgegeven leemte en de door haar aangerekende eenheidsprijs onjuist door de verwerende partij werden toegepast. Zij wijst hierbij nog op de volgende vaststellingen: uit stuk 15 van de verwerende partij zelf blijkt dat de verhoging van alle offertes voor de leemtes zich rond de 120.000 euro situeert, in functie van het gemiddelde, terwijl de offerte van de thv VDC slechts met 76.466,45 euro werd verhoogd; de leemte met betrekking tot de terrasplaten maakt de grootste post uit binnen de diverse leemtes wat de begroting en bijgevolg ook de impact op de wijziging in de rangschikking betreft; bij de prijs van de thv VDC wordt voor die post een bedrag bijgeteld van 14.459,60 euro en voor de verzoekende partij 65.947,50 euro; hierdoor heeft de thv VDC een voordeel op de verzoekende partij verkregen van 51.487,90 euro, terwijl met de finale rangschikking de offerte van de thv VDC slechts 23.698,39 euro lager lag dan die van de verzoekende partij.

Ten slotte, wat dit middelonderdeel betreft, meent de verzoekende partij dat zelfs in de hypothese dat de verwerende partij de kwestie van de abnormale eenheidsprijs van de thv VDC zou hebben onderzocht, dan nog zij met toepassing van artikel 97, § 4, van het koninklijk besluit plaatsing 2011 eventueel zou hebben kunnen vaststellen dat de technische eisen van de leemte niet heel duidelijk waren en de prijzen ver uiteen lagen zodat zij de opdracht had moeten gunnen zonder deze post.

Wat het eerste onderdeel van het tweede middel betreft, benadrukt de verzoekende partij in de eerste plaats dat er een groot verschil bestaat van 38,90 % tussen de eenheidsprijzen voor de leemten en dat dit ook geldt voor enkel de leemte met betrekking tot de terrasplaten, waar de verzoekende partij een eenheidsprijs van 1.350 euro hanteert, terwijl die voor de thv VDC slechts 296 euro bedraagt.

Voorts is zij van mening dat het wel degelijk om een essentiële post gaat, “niet zozeer in functie van de totale aannemingssom, maar wel precies omwille van het feit dat deze leemte de directe reden is van de wissel in de rangschikking van de inschrijvers ten nadele van de verzoekende partij”.

10. In haar laatste memorie, na een voor haar negatief uitvallend auditorsverslag, blijft de verwerende partij erbij dat zij wel degelijk op correcte wijze is omgegaan met de door zowel de verzoekende partij als de begunstigde inschrijver aangegeven leemte en dat er een ernstig prijsonderzoek heeft plaatsgevonden inzake de aanvaarde prijs van 14.459,60 euro in de offerte van de begunstigde inschrijver.

Voorts betwist zij de vergelijking door de verzoekende partij met de “code 23” zoals vermeld op de architectuurplannen. Zij wijst daarbij op het volgende:

“- De betrokken code 23 heeft enkel betrekking op een plint die geplaatst wordt maar heeft geen betrekking op de terrasplaten waarover zowel de THV Vandersmissen-De Coninck als de verzoekende partij opmerken dat er sprake is van een leemte.

- Die plint met code 23 was voorzien in art. 03.08.12f ‘plintstuk uit glad architectonisch prefab beton.’

- Stuk 9 dat door verzoekende partij wordt aangebracht betreft een zijaanzicht en geen doorsnede. Het lijkt inderdaad alsof die code 23 slaat op de terrasplaat zelf.

Maar in een nota vanwege de ontwerpers (bijkomend stuk 22 - zie infra) wordt afdoende aangetoond dat op basis van diverse doorsnedes het stuk structuur dat op het plan te zien is en code 23 heeft toegewezen gekregen in de legende eigenlijk de plint is die aan de zijkant van de terrasplaat staat. De terrasplaat zelf is op dit zijaanzicht niet zichtbaar omdat dit dus

achter deze plint zit. Bijgevolg kan uit stuk 9 niet worden afgeleid dat de terrasplaat blijkens code 23 in de legende in geprefabriceerd beton moest worden uitgevoerd.”

Zij betoogt dan ook dat het verwijt van het gebrek aan onderzoek naar het grote prijsverschil aldus uitgaat van de verkeerde opvatting dat de terrasplaten volledig in architectonisch beton uitgevoerd zouden moeten worden, terwijl de code 23 enkel slaat op het plintstuk en niet op de terrasplaten. De prijs van de verzoekende partij was volgens haar aldus te hoog, vermits deze er foutief van uitgaat dat de terrasplaten volledig in architectonisch beton moeten worden uitgevoerd, terwijl die veronderstelling onjuist is en ook niet blijkt uit de opdrachtdocumenten in tegenstelling tot wat wordt aangenomen.

De verwerende partij legt het bijkomend stuk 22 neer waarbij de ontwerpers haar standpunt verduidelijken en concludeert hierbij het volgende:

- “- voor de terrasplaten (niet de plint) er niet overal architectonisch beton voorzien diende te worden. Die terrasplaten zijn immers niet overal zichtbaar. Enkel op de plaatsen waar de terrasplaten zichtbaar zijn, wordt op de plannen (dewelke voorrang hebben in de hiërarchie van de opdrachtdocumenten) voorzien dat de onderzijde van die terrasplaat uitgevoerd moet worden in geprefabriceerd glad beton: [...]
- uit de offerte van verzoekende partij blijkt dat voor de volledige hoeveelheid van de aanvaarde leemte (nl. 48,85m³) een prijs wordt gerekend van 1.350 euro/m³, hetgeen erop wijst dat ervan uitgegaan wordt dat de leemte voor de terrasplaten volledig uitgevoerd moet worden in architectonisch beton, hetgeen de plannen tegenspreken (immers: enkel op bepaalde plaatsen, en enkel de zichtbare onderzijde diende uitgevoerd te worden in architectonisch beton).
- uit de opmerking van verzoekende partij voorts blijkt dat deze de bedoeling heeft om de volledige hoeveelheid van de terrasplaten uit te voeren aan een prijs van 1.350 euro, hetgeen een te hoge prijs is voor de uitvoeringshoeveelheid die wordt beoogd.
- de prijs van de begunstigde inschrijver Vandersmissen-De Coninck niet te laag was voor de uitvoeringswijze die gevraagd was in de opdrachtdocumenten, wel integendeel.
- een aantal inschrijvers de terrasplaten hadden opgemerkt als meerhoeveelheid bij de gewone funderingsplaten, hetgeen niet juist is vermits er voor een beperkt deel van de terrasplaten architectonisch beton nodig was.
- de prijs van de begunstigde inschrijver thv Vandersmissen-De Coninck voor de leemte hoger was dan de prijs voor de gewone funderingsplaten,

hetgeen erop wijst dat zij rekening heeft gehouden met het feit dat een beperkt deel van de terrasplaten uitgevoerd dient te worden dmv architectonisch beton.

- de prijs van de thv Vandersmissen-De Coninck voor de leemte meer dan aanvaardbaar is.

- waar de auditeur in diens verslag nog verwijst naar de (berekende) prijzen van de andere inschrijvers en dat deze tussen de prijs van de verzoekende partij en de thv Vandersmissen-De Coninck ligt, dit een eigenaardige redenering vormt: immers werd voor alle andere inschrijvers een prijs berekend met de leemteformule zodat hun prijs uiteraard het gemiddelde vormt van de prijs van de thv Vandersmissen-De Coninck en de prijs die de verzoekende partij had opgegeven.

Het is inderdaad zo dat uit de opmerking van de thv Vandersmissen-De Coninck blijkt dat deze de terrasplaten zou uitvoeren in ‘ter plaatse gestort beton zonder specifieke zichteisen’ terwijl uit de opdrachtdocumenten blijkt dat een beperkt deel van de terrasplaten (nl. +/- 9,62m³) er wel zichteisen worden gesteld.

Zoals blijkt uit de nota van de architecten (bijkomend stuk 22) kan op basis van de eenheidsprijs van thv Vandersmissen-De Coninck (begunstigde inschrijver) afgeleid worden dat hij wel rekening hield met de bijkomende zichteisen voor een beperkt deel van de opdracht.”

Voorts blijft zij erbij dat zelfs indien zou worden aanvaard dat er sprake is van een niet-conformiteit in hoofde van de begunstigde inschrijver dan nog bezwaarlijk kan worden gesteld dat het zou gaan om een essentiële niet-conformiteit. Zij argumenteert dat, nu de zichteisen slechts een zeer beperkt deel van de opdracht betreffen, aan het bestelbedrag van de begunstigde inschrijver 10.139,48 euro (9,62m³ x 1.054 euro) zou moeten worden toegevoegd, wat slechts 0,19 % van het bestelbedrag van 5.446.148,67 euro, btw niet inbegrepen, uitmaakt. Dit verschil is bovendien, zo vervolgt zij, niet van die orde om de rangschikking te wijzigen, gezien het verschil in rangschikking tussen de offertes van de thv VDC en van de verzoekende partij 23.698,39 euro bedraagt.

Daarbij merkt zij nog op dat alle plannen en detailtekeningen inclusief doorsneden waarnaar wordt verwezen in de nota van de ontwerper, bijkomend stuk nr. 22, deel uitmaakten van de opdrachtdocumenten en dus gekend waren voor alle inschrijvers.

Ten slotte, gelet op hoge graad van techniciteit rond de betrokken leemte “gevolgd uit de lezing van de aanbestedingsplannen”, verzoekt de verwerende partij om de aanstelling van een gerechtsdeskundige-architect.

11. In haar laatste memorie betwist de verzoekende partij in de eerste plaats met klem de bewering van de verwerende partij dat de kwestieuze code 23 bij de architectuurplannen enkel betrekking zou hebben op de plint. Die code verwijst naar “terrasplaten” en wanneer die bewoording wordt gebruikt, is er geen enkele aanleiding om “terrasplaten” als “plinten” te lezen. Het is volstrekt duidelijk dat de ontwerper hier de “terrasplaat” heeft bedoeld en niet alleen het verticaal zichtbaar gedeelte (= de plint). Zo niet, zo vervolgt zij, zou daartoe toch minstens enige precisering of toelichting over terug te vinden moeten zijn.

Het voorgaande wordt volgens haar bovendien integraal bevestigd en verduidelijkt op de doorsnede, die de verwerende partij voor het eerst aanhaalt in haar laatste memorie, waaruit zeer duidelijk valt af te leiden dat de vermelding “ruwbouw terras vloerplaat in geprefabriceerd glad beton (onderzijde) kleur witgrijs [...]” betrekking heeft op de volledige plaat en niet enkel op de plint. Zij wijst erop dat de bedoelde vermelding ook wordt verbonden aan een aanduiding met een lijn die uitkomt op de plaat zelf en dus niet op (alleen) de plint.

Voorts betwist zij met klem de beweringen van de verwerende partij dat de plannen zouden vermelden dat “enkel op bepaalde plaatsen, en enkel de zichtbare onderzijde diende uitgevoerd te worden in architectonisch beton” en dat dit uit de prijs van de thv VDC zou blijken. Zij wijst op het volgende:

- In de code 23 wordt gesproken over “terrasplaten” zonder meer en dus zonder enige precisering zoals onderzijde, bovenzijde of gedeeltelijk;
- de leemtevermelding van de thv VDC zelf stelt dat de prijszetting voor de kwestieuze leemte gebaseerd is op “ter plaatse gestort beton zonder

specifieke zichteisen” en dus geen enkel onderscheid maakt in de omvang of zonering binnen de terrasplaten

- de opdrachtdocumenten bevatten geen informatie over de uitvoeringswijze, de hoeveelheden of de beschrijving van de terrasplaten.

De eigen berekening die de verwerende partij nog in de laatste memorie maakt van het verschil in prijs voor het terras tussen haar en de gekozen inschrijver en op de voormelde foutieve veronderstelling van de verwerende partij is gestoeld, is bijgevolg ook geheel “ongestaafd”, volgens de verzoekende partij.

De verzoekende partij verzet zich ook tegen de aanstelling van een gerechtsdeskundige, nu er *in casu* geen onoverkomelijke technische vraagstukken zijn gerezen en de verwerende partij één en ander in strijd met de duidelijke bewoordingen ervan, leest.

Beoordeling

12. In het gunningsverslag wordt bevestigd dat “de volgorde tussen de tot op heden laagst gerangschikte inschrijvers [wordt gewijzigd] ingevolge de leemte voor terrasplaten, die in de detailmeetstaat en op de plannen van hoofdstuk 2 worden vermeld” en “gelet op het verschil in omvang van de opgegeven eenheidsprijzen van Aannemingen Janssen nv en thv Bouwbedrijf Vandersmissen – Algemene Aannemingen De Coninck, wordt de thv de laagst gerangschikte inschrijver”.

De gekozen thv wordt met een offertebedrag van 5.517.754,67 euro de laagste en de verzoekende partij, met een bedrag van 5.541.453,06 euro, de tweede laagste. Het verschil bedraagt 23.698,39 euro.

De leemte voor terrasplaten is dus, zoals in het gunningsverslag zelf uitdrukkelijk wordt bevestigd, van cruciaal belang geweest voor het bepalen

van de rangschikking en door het verschil in prijszetting voor die leemte is de offerte van de verzoekende partij van de laagste naar de tweede laagste plaats verschoven.

Wat de terrasplaten betreft, hebben twee inschrijvers een leemte gemeld van 48,85 m³:

- de verzoekende partij met een eenheidsprijs van 1.350 euro wat een totaal geeft van 65.947,50 euro
- de thv VDC met een eenheidsprijs van 296 euro wat een totaal geeft van 14.459,60 euro.

Het verschil tussen beide totaalprijzen is 46.487,90 euro in het voordeel van de gekozen thv VDC: dat bedrag overtreft het voormelde verschil van 23.698,39 euro tussen beide totale offertebedragen.

Drie andere inschrijvers hebben de vergeten post terrasplaten beschouwd als een meerhoeveelheid voor het “artikel 02.23.11.04.01 – beton (funderingsplaat inbegrepen randbekisting)”. De verwerende partij heeft die post echter behandeld als een leemte en niet als een hoeveelheidswijziging op grond van de motivering opgenomen in bijlage 6A van het gunningsverslag. De verzoekende partij betwist deze kwalificatie niet.

Voor de zes andere inschrijvers heeft de verwerende partij dan ook voor de terrasplaten totaalprijzen van 45.091,76, 47.258,83, 41.884,37, 41.900,76, 45.763,41 en 43.829,13 euro berekend. De verwerende partij bevestigt in de laatste memorie dat “hun prijs uiteraard het gemiddelde vormt van de prijs van de thv Vandersmissen-De Coninck en de prijs die de verzoekende partij had opgegeven”.

Uit het verslag blijkt voorts dat de verwerende partij blijkbaar wel de eenheidsprijzen van de verzoekende partij en de gekozen inschrijver heeft

vergeleken, doch enkel een opmerking maakt over de “hoge eenheidsprijs” van de verzoekende partij, die zij verantwoord acht “indien de elementen volledig als prefab-elementen worden toegepast in plaats van enkel de zichtbare onderzijde”, terwijl zij zonder opmerkingen of onderzoek de totaalprijs van 14.459,60 euro voor de gekozen inschrijver aanvaardt.

13. De verzoekende partij betoogt in haar memorie van wederantwoord bij het tweede onderdeel van het eerste middel dat uit hetgeen de gekozen inschrijver heeft vermeld bij de leemte voor terrasplaten – waarvan zij pas kennis kreeg na inzage van het administratief dossier – blijkt dat zijn eenheidsprijs uitgaat van “ter plaatse gestort beton zonder specifieke zichteisen”, wat volgens haar zou ingaan tegen de architectuurplannen waar bij de terrasplaten code 23 staat hetgeen betekent “terrasselementen in geprefabriceerde beton niet gestructureerd, kleur wit”. Zij meent tevens dat de volledige oppervlakte en niet enkel het zichtbare gedeelte moet worden uitgevoerd in geprefabriceerd beton.

De verzoekende partij is er aldus van uitgegaan dat de terrasplaten volledig in geprefabriceerde beton dienden te worden uitgevoerd met een hogere eenheidsprijs tot gevolg, terwijl de gekozen inschrijver uitgaat van “ter plaatse gestort beton zonder specifieke zichteisen” met een aanzienlijk lagere eenheidsprijs.

Met de verzoekende partij mag worden aangenomen dat uit de leemtevermelding van de thv VDC, die zelf stelt dat de prijszetting voor de kwestieuze leemte uitgaat van “ter plaatse gestort beton zonder specifieke zichteisen” niet blijkt dat deze inschrijver rekening heeft gehouden met het feit dat minstens een beperkt deel van de terrasplaten diende te worden uitgevoerd met “architectonisch beton”, zoals de verwerende partij in de laatste memorie beweert, en dus in tegenspraak is met die vermelding van de inschrijver zelf bij zijn leemteopmerking.

Hoe dan ook, blijkt reeds uit een beperkt onderzoek van de zaak dat de twee inschrijvers met hun prijszetting zijn uitgegaan van een totaal andere uitvoeringswijze voor de terrasplaten – de verzoekende partij ging uit van de code 23, “kleur wit” en “geprefabriceerde beton” terwijl de gekozen thv bij zijn leemtemelding “ter plaatse gestort beton” genoteerd heeft. De kwestie van de correcte uitvoering is nochtans cruciaal voor de prijsbepaling. De verwerende partij blijkt hiervan op de hoogte te zijn geweest: wat de verzoekende partij betreft, stelt zij immers vast dat “de eenheidsprijs van Aannemingen Janssen nv [...] hoog is, vergeleken met de eenheidsprijs van thv Bouwbedrijf Vandersmissen - algemene aanneming De Coninck maar kan verantwoord worden indien de elementen volledig als prefab-elementen worden toegepast”.

De verwerende partij onderzoekt enkel de prijs van de verzoekende partij en niet deze van de gekozen inschrijver; voorts onderzoekt zij niet, noch argumenteert zij nader wat dan wel de besteksconforme uitvoeringswijze is. Evenmin besluit zij dat de prijs van de verzoekende partij abnormaal hoog is, noch dat die van de gekozen inschrijver abnormaal laag is. Zij stelt evenmin een onduidelijkheid in de plannen vast. Zij onderzoekt en motiveert ook niet, zoals zij thans in de laatste memorie wel doet, of volgens de plannen, de terraselementen geheel dan wel deels in “architectonisch” beton dienden te worden uitgevoerd. Zij stelt enkel in haar motivering dat “slechts iets minder dan de helft van deze elementen [...] ook effectief zichtbaar [is] langs de onderzijde”, maar verbindt daar verder geen gevolgen aan. In de laatste memorie steunt zij zich op het bijkomend stuk 22 – een verduidelijking van de ontwerpers, die zij blijkbaar zelf nog niet overtuigend genoeg acht, nu zij ook nog om de aanstelling van een gerechtsdeskundige-architect vraagt, “gelet op de hoge graad van techniciteit” van de plannen. Die argumentatie, namelijk dat voor de terrasplaten – niet de plint – omdat deze niet overal zichtbaar zijn, niet overal in architectonisch beton diende te worden voorzien, is dan ook te beschouwen als een *post factum* argumentatie. Uit de bestreden beslissing, het verslag of enig ander stuk blijkt niet welke uitvoeringswijze de verwerende partij als besteksconform beschouwt noch blijkt dat zij vervolgens onderzocht of een

eventuele onregelmatigheid, in dit geval, als substantieel moest worden beschouwd. De argumentatie in de laatste memorie dat het zou gaan om een niet-essentiële post, is evenzeer een *post factum* motivering.

14. Uit het voorgaande blijkt dat de verwerende partij geen voldoende zorgvuldig onderzoek heeft gewijd aan de kwestieuze leemte van de terrasplaten en geen uitsluitel gaf over wat volgens de plannen diende te worden aangeboden voor deze leemte. Het is niet aan de Raad van State, eventueel met bijstand van een deskundige, om dit onderzoek in de plaats van de verwerende partij alsnog te doen.

15. Het tweede onderdeel van het eerste middel en het eerste onderdeel van het tweede middel, zijn in de aangegeven mate gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt artikel 2 van de beslissing van de stad Landen van 1 juni 2017 waarbij de opdracht voor werken “nieuwbouw kinderdagverblijf, huis van het kind & dienst welzijn”, perceel 1: ruwbouw & afwerking, technische installaties, omgevingsaanleg & coördinatie-opdracht aan de thv bouwbedrijf Vandersmissen – algemene aanneming De Coninck wordt gegund.

2. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verzoekende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 5 april 2019,
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