RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

nr. 203.932 van 18 mei 2010
in de zaak A. 123.822/XII-3597.

In zake : de NV DELTA THERMIC,
die woonplaats kiest bij
advocaten E. Van Rymenant, X. Leurquin en P. De Maeyer,
kantoor houdende te Brussel,
Tedescolaan 7

tegen :

het VLAAMSE GEWEST,
dat woonplaats kiest bij
advocaat K. Ronse,
kantoor houdende te Brussel,
G. Macaulaan 33.

D E R A A D V A N S T A T E, XIIe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat de nv Delta Thermic op 12 juli 2002 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van de "beslissing genomen door verwerende partij op een onbekende datum waarbij haar offerte voor de opdracht 'bestek 16 FG/01 H 04 Antwerpen Waaslandtunnel - vernieuwen van ventilatoren, rookafvoerkleppen, brand- en CO-detectiesysteem' waarvoor er een algemene offerteaanvraag plaats vond op 25 oktober 2001 'niet te gunnen wegens economische redenen' en hiervoor een nieuwe offerteaanvraag uit te schrijven";

Gelet op het arrest nr. 112.277 van 5 november 2002 waarbij de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing wordt verworpen;

Gezien het verzoekschrift tot voortzetting van het geding van 18 december 2002 ingediend door verzoekende partij;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op de beschikking van 1 september 2005 die de neerlegging ter griffie van het verslag en van het dossier gelast;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen en gezien de laatste memorie van verzoekende partij;

Gelet op de beschikking van 17 november 2009 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 8 december 2009;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat P. De Maeyer, die verschijnt voor de verzoekende partij, en van advocaat B. Ronse, die verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973,

OVERWEEGT WAT VOLGT :

Gegevens van de zaak

1. Verwerende partij schrijft een algemene offerteaanvraag uit voor een aanneming van werken “Antwerpen - Waaslandtunnel - Vernieuwen van ventilatoren, rookafvoerkleppen, brand- en CO-detectiesysteem”. De opening van de offertes wordt bepaald op 25 oktober 2001.

Het bestek bepaalt de volgende gunningscriteria en hun weging:

1. “het vergelijkingsbedrag”: 50 punten,
2. “de technische waarde en de volledigheid van de installaties”: 25 punten,
3. “gedetailleerde beschrijving van voorgestelde werkwijze voor eenvoudige exploitatie van de gerealiseerde installatie”: 15 punten,
4. “beschrijving van de organisatie voor het uitvoeren van correctieve tussenkomsten en het herstellen van averijen”: 5 punten,

5. “kwaliteit van de in te dienen berekeningsnota's, plannen”: 5 punten.

2. Er worden zes offertes ingediend, waaronder die van verzoekende partij.

3. Uit een brief van 15 mei 2002 van verzoekende partij aan verwerende partij blijkt dat er tussen deze beiden telefonisch contact is geweest op 13 mei 2002 waarbij verzoekende partij op de hoogte werd gebracht dat “het bovenvermelde dossier zou worden heraanbesteed ‘op basis van grote prijsverschillen’”. Verzoekende partij vraagt een schriftelijke bevestiging hiervan.

4. Met een schrijven van 21 mei 2002 deelt verwerende partij aan verzoekende partij mee dat “op basis van een evaluatie van de ingediende offertes [...] het bestuur [besliste] deze opdracht niet te gunnen wegens economische redenen”. Dit is de thans bestreden beslissing.

5. In een nota van 18 juni 2002 van de afdeling Elektriciteit en Mechanica - Antwerpen aan de Inspecteur-generaal van financiën worden de redenen voor deze beslissing als volgt uiteengezet:

> “2. Probleemstelling
>
> [...]
>
> Er werden 6 inschrijvingen ontvangen:

	Inschrijver	Investeringen (BEF, incl. BTW)	Onderhoud (BEF, incl. BTW)
1	Delta Thermic NV	141.642.419	233.520
2	Cegelec NV	144.981.371	1.492.576
3	NV Egemin	147.472.735	178.142
4	Abay TS NV	165.027.828	1.718.621
5	GTI	168.815.271	4.391.635
6	NV V.S.&E.	181.771.205	1.953.823

> [...]
>
> De raming bedroeg 88.075.900,- BEF (incl. BTW) voor het deel Investeringen en 350.900,- BEF (incl. BTW) voor het deel Onderhoud.

Het gemiddelde overeenkomstig de bepalingen van Art.110-§4 van het K.B. van 08/01/1996 bedraagt 156.574.301,- BEF (incl. BTW).

Afwijking t.o.v. de raming

De laagste inschrijving is 60,80% hoger dan de raming. Het berekende gemiddelde is 77,80% hoger dan de raming.

[...]

Uit het voorgaande blijkt dat onaanvaardbare prijzen werden ingediend, zowel in het totaal (60,8% hoger dan de raming) als bij de prijzen van belangrijke onderdelen van de inschrijving, zoals hiervoor opgesomd.
De inschrijvingen werden dan ook niet verder onderzocht om gequoteerd te worden.

3. Mogelijke oplossing

Ik ben van oordeel dat geen gevolg kan gegeven [worden] aan de algemene offerteaanvraag 16FG/01 H 04 d.d. 25/10/2001 en dat de werken dienen heraanbesteed te worden op basis van het aangepast bestek 16FG/02 E 04".

6. Met een faxbericht van 24 juni 2002 vraagt de raadsman van verzoekende partij bij verwerende partij naar de motieven van de beslissing om de opdracht niet te gunnen. Deze vraag wordt herhaald in een faxbericht en aangetekend schrijven van 1 juli 2002.

7. Verwerende partij verduidelijkt de bestreden beslissing in een aangetekende brief van 2 juli 2002, gericht aan verzoekende partij op adres Ankerrui 3 te Antwerpen. Uit het administratief dossier blijkt dat deze brief niet werd afgehaald door verzoekende partij en op 23 juli 2002 door de post aan verwerende partij werd teruggezonden. In haar memorie van wederantwoord geeft verzoekende partij toe dat zulks aan een "disfunctioneren" van haar diensten te wijten was.

8. Met het voornoemde arrest van de Raad van State nr. 112.277 van 5 november 2002 wordt het op 12 juli 2002 ingestelde verzoek tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing verworpen bij ontstentenis aan ernstige middelen.

Gegrondheid van het beroep

9. Verzoekende partij voert in haar inleidend verzoekschrift vijf middelen aan. In haar memorie van wederantwoord verklaart zij te verzaken aan het derde, vierde en vijfde middel.

10. In het *eerste middel* voert verzoekende partij schending aan van "artikel 18 van de Overheidsopdrachtenwet van 24 december 1993, van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen en aan de machtsoverschrijding".

Volgens verzoekende partij heeft verwerende partij deze rechtsnormen geschonden doordat "de betwiste handeling beslist de opdracht niet te gunnen en over te gaan tot heraanbesteding ofschoon de opdracht onmiddellijk had kunnen (en moeten) worden [toegewezen] aan verzoekster die een regelmatige offerte had ingediend die de meest voordelige was volgens de criteria van het bestek", terwijl volgens verzoekende partij "het bestuur slechts gebruik mag maken van de discretionaire bevoegdheid die hem door art. 18 Overheidsopdrachtenwet wordt toegekend in functie van de sociale doelgerichtheid van dit recht, m.a.w. enkel met het oog op het algemeen belang en rekening houdend met het principe van de gelijkheid van de inschrijvers, hetgeen geenszins het geval was terzake".

Zij voegt hier in een toelichting nog aan toe dat "de discretionaire bevoegdheid om aan de gunningsprocedure geen gevolg te geven [...] op rechtsgeldige motieven [moet] berusten" en dat "verwerende partij [...] in gebreke blijft aanvaardbare of redelijke motieven voor de bestreden beslissing aan te geven". Onder verwijzing naar de formele-motiveringsplicht stelt verzoekende partij nog dat "de vage verwijzing naar - niet nader toegelichte - 'economische redenen op basis van een evaluatie van de ingediende offertes' onmogelijk als een afdoende motivering kan worden beschouwd".

11. In haar memorie van wederantwoord erkent verzoekende partij dat de motieven van de bestreden beslissing haar door verwerende partij werden meegedeeld in het door verzoekende partij niet afgehaalde aangetekend schrijven van 2 juli 2002, waarvan zij door inzage van het administratief dossier alsnog kennis heeft gekregen. Verzoekende partij geeft vervolgens toe dat "er in het verzoekschrift ten onrechte werd uitgegaan van de overtuiging dat de bestreden handeling een

behoorlijke motivering ontbeerde" en dat het eerste middel, in de mate dat er aan verwerende partij wordt verweten in gebreke te zijn gebleven motieven voor de bestreden beslissing aan te geven, berust op een "misverstand".

Verzoekende partij ontwikkelt vervolgens een kritiek op de materiële motieven die aan de bestreden beslissing ten grondslag liggen: zo verwijt zij onder meer aan de door verwerende partij gehanteerde raming dat deze "totaal onrealistisch" is en stelt zij nog dat "de overheid de rechtmatige verwachtingen van verzoekster [heeft] geschonden" door zich op deze raming te steunen.

12. In haar laatste memorie doet verzoekende partij niets meer dan "te volharden" in het eerste middel.

13. In het voornoemde schorsingsarrest nr. 112.277 van 5 november 2002 overwoog de Raad van State in deze zaak het volgende met betrekking tot het eerste middel:

> "Overwegende dat het middel, zoals het hierboven is aangehaald, slechts één concrete grief verwoordt, namelijk dat "de opdracht onmiddellijk had kunnen (en moeten) worden [toegewezen] aan verzoekster die een regelmatige offerte had ingediend die de meest voordelige was volgens de criteria van het bestek"; dat deze premisse niet correct lijkt; dat immers de verscheidene offertes niet eens zijn geëvalueerd aan de hand van de voornoemde criteria; dat het bestuur juist niet zover is gekomen maar op grond van de geboden prijzen meteen heeft beslist om de opdracht niet toe te wijzen; dat voorts de prijs van de verzoekende partij weliswaar op het eerste gezicht de laagste lijkt, maar zelfs in de veronderstelling dat dit een prijs is van een regelmatige offerte, te dezen het prijscriterium slechts voor vijftig van de honderd punten telt in de beoordeling; dat van een verplichting om de opdracht aan de verzoekende partij toe te wijzen dienvolgens geen sprake lijkt te zijn; dat in die omstandigheden de besproken grief niet dienend lijkt om tot een schending van artikel 18 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, te doen besluiten; dat in elk geval de voormelde grief geen afbreuk lijkt te kunnen doen aan de mogelijkheid die dit artikel het bestuur biedt om af te zien van een toewijzing".

Verzoekende partij brengt thans geen elementen aan die de Raad van State tot een ander besluit brengen betreffende de beweerde schending van artikel 18 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten.

Wat betreft de vermeende miskenning van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, dient te worden vastgesteld dat verzoekende partij in haar memorie van wederantwoord erkent dat de motieven van de bestreden beslissing haar door verwerende partij werden meegedeeld in het door verzoekende partij niet afgehaalde aangetekend schrijven van 2 juli 2002. Verzoekende partij geeft zelf toe dat middel op dit vlak dan ook op een "misverstand" berust en moet worden geacht niet langer aan te dringen wat dit onderdeel van het middel betreft.

In de mate dat verzoekende partij in haar memorie van wederantwoord alsnog kritiek levert op de materiële motieven van de bestreden beslissing is deze kritiek niet ontvankelijk want laattijdig, nu verzoekende partij - behoudens van haar eigen nalatigheid het aangetekende schrijven van 2 juli 2002 af te halen- niet doet blijken van omstandigheden die haar zouden hebben verhinderd om de schending van de verplichting tot materiële motivering reeds in haar inleidend verzoekschrift te ontwikkelen.

Het eerste middel, dat in het arrest over de schorsing niet ernstig werd bevonden, blijkt thans niet gegrond.

14. Verzoekende partij ontleent een *tweede middel* aan de schending van "het gelijkheidsbeginsel zoals vastgelegd in artt. 10 en 11 van de Grondwet en aan de machtsoverschrijding".

Verzoekende partij betoogt daartoe dat "de bestreden beslissing ontegensprekelijk de concurrenten van verzoekster bevoordeelt enerzijds door haar het voordeel van haar ingediende offerte te ontnemen vermits de opdracht haar niet gegund wordt en anderzijds door een nieuwe offerteaanvraag uit te schrijven en aldus aan haar concurrenten een kans te bieden om de opdracht binnen te halen", en dat "deze handelswijze op flagrante wijze het principe van de gelijkheid van de inschrijvers geweld aandoet". Zij voegt hier in een toelichting nog aan toe dat "de gelijkheid van de inschrijvers [...] een basisprincipe [is] van de wetgeving en de reglementering inzake overheidsopdrachten" en verwijst naar een schorsingsarrest van de Raad van State, nr. 37.387 van 28 juni 1991, waarin zou zijn overwogen dat "niet blijkt dat er een geldige reden was om in plaats van aan de verzoekende partij op basis van de gehouden offerteaanvraag de levering toe te wijzen, haar dat voordeel te onthouden en, door een nieuwe offerteaanvraag uit te schrijven, aan haar

concurrenten een nieuwe kans te gunnen; dat bezien vanuit de gelijkheidsregel dat een bevoordeling te haren opzichte betekent van die concurrenten".

15. In haar memorie van wederantwoord stelt verzoekende partij dat "de overheid uitging van een fantasiebeeld wat de gehanteerde ramingen betreft", dat "het bod van verzoekster de meest aantrekkelijke [was] wat de prijs betreft", doch dat verwerende partij "niet eens de moeite nam de andere criteria te onderzoeken en alleszins niet aantoont dat het bod van verzoekster vanuit dit standpunt het moest afleggen tegen de andere kandidaten" zodat het "meer dan aannemelijk [is] dat de offerte van verzoekster ook globaal gezien de meest voordelige was". Aldus zou volgens verzoekende partij het gelijkheidsbeginsel zijn geschonden.

16. Verzoekende partij beperkt zich in haar laatste memorie tot de verklaring te volharden in het tweede middel.

17. De Raad van State overwoog in het genoemde schorsingsarrest nr. 112.277 van 5 november 2002 over het middel:

> "Overwegende dat, zoals reeds bij de bespreking van het eerste middel is vastgesteld, de verzoekende partij er vooreerst ten onrechte lijkt van uit te gaan dat zij degene was aan wie de opdracht diende te worden toegewezen; dat voorts voor de bestreden beslissing om af te zien van de toewijzing van de opdracht, in het administratief dossier alvast motieven voorhanden lijken: in de aangehaalde nota van 18 juni 2002 wordt vastgesteld dat de laagste inschrijving reeds 60,80% hoger is dan de raming en het berekende gemiddelde 77,80% hoger; dat in die nota wordt geconcludeerd dat onaanvaardbare prijzen werden ingediend; dat dit motief, dat op het eerste gezicht niet ondeugdelijk lijkt, tegenover alle inschrijvers is ingeroepen; dat de gelijkheid tussen de inschrijvers dienvolgens niet geschonden lijkt".

Verzoekende partij voert ten gronde geen argumenten aan die thans tot een andere conclusie aanleiding zouden kunnen geven. Zij gaat er in haar middel nog steeds ten onrechte van uit dat zij degene was aan wie de opdracht diende te worden toegewezen, hetgeen zoals is vastgesteld bij de bespreking van het eerste middel, een onjuist uitgangspunt is.

Zij heeft voorts te dezen niet aangetoond dat de door verwerende partij gehanteerde motieven niet correct waren, zodat evenmin is aangetoond dat het gelijkheidsbeginsel geschonden is.

Het tweede middel, niet ernstig bevonden in het arrest over de schorsing, blijkt thans niet gegrond.

OM DIE REDENEN
BESLIST DE RAAD VAN STATE :

Artikel 1.

Het beroep wordt verworpen.

Artikel 2.

De kosten van de vordering tot schorsing en van het beroep tot nietigverklaring, bepaald op 350 euro, komen ten laste van de verzoekende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op 18 mei 2010, door de XIIe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
	J. LUST,	staatsraad,
	G. VAN HAEGENDOREN,	staatsraad,
Mevr.	S. DOMS,	griffier.

De griffier, **De voorzitter,**

S. DOMS. **D. VERBIEST.**