



GEMEENTERAAD

Zitting van
Schriftelijke vraag

Schriftelijke vraag van raadslid Johan Uytdenhouwen: Overzicht contentieux overheidsopdrachten

Indiener(s)

Johan Uytdenhouwen (CD&V);

Gericht aan

Lieven Dehandschutter;

Bondige toelichting

In het arrest in de bijlage van het Hof van Beroep van Gent dd. 12 maart 2021 werd de stad veroordeeld tot het betalen van 29.108,70 EUR aan schadevergoeding wegens een onrechtmatige gunning van een overheidsopdracht.

Graag bekom ik een overzicht van de rechtsprocedures die inzake overheidsopdrachten de afgelopen 5 jaar (2018 tot heden) tegen de stad/OCMW zijn ingesteld en/of een uitspraak hebben gekend, dit zowel voor de Raad van State als voor de gewone rechtbanken.

In hoeveel gevallen is tot schorsing en/of vernietiging van de gunningsbeslissing overgegaan?

In welke gevallen is, zoals in de casus in bijlage, effectief een veroordeling tot schadevergoeding lastens de stad/OCMW uitgesproken en wat waren dan de respectieve bedragen waartoe de stad werd veroordeeld?

Ik bekom graag een afschrift van de vonnissen en arresten geveld door de gewone rechtbanken in het overheidsopdrachtencontentieux.



Linda Boon
overheidsopdrachten en administratie
03 778 35 71
linda.boon@sint-niklaas.be

De heer Johan Uytdenhouwen, raadslid
Grote Peperstraat 16
9100 Sint-Niklaas

13-06-2023

uw kenmerk

ons kenmerk
OVA/-/0203

bijlagen

afschriften vonnissen en arresten

Overzicht contentieux overheidsopdrachten

Geacht raadslid

In antwoord op uw schriftelijke vraag tot het bekomen van een overzicht van de rechtsprocedure inzake overheidsopdrachten gedurende de afgelopen 5 jaar, zenden wij u bijgaand een oplijsting. Eveneens werd een afschrift van de vonnissen en arresten toegevoegd.

Hoogachtend

Namens het college van burgemeester en schepenen:

In opdracht:

Johan Verhulst
algemeen directeur

Ine Somers
schepenen

Lieven Dehandschutter
burgemeester

Datum:
20/10/2016

College van Burgemeester en Schepenen
Stad Sint - Niklaas
Grote Markt 1
9100 Sint-Niklaas

Betreft: Stad Sint - Niklaas / VMG DE COCK

U. Ref.: Bouwbedrijf VMG - De Cock: renovatie westvleugel en dak de Vrije Ateliers

O. Ref.: 12604/VDG/NS

Geachte Burgemeester,
Geachte Schepenen,

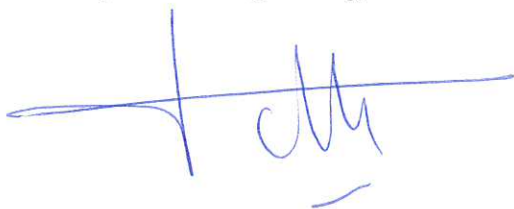
Met oprecht genoegen laat ik u in bijlage een kopie worden van het arrest in deze zaak gewezen door de Raad van State afdeling Bestuursrechtspraak 12^{de} kamer op de zitting van 18 oktober 2016 waarbij u zal bemerken dat het beroep van tegenpartij wordt verworpen.

Tegenpartij wordt veroordeeld voor de kosten.

Ik meen uiteraard van een uitzonderlijk gunstig resultaat te kunnen gewagen.

Ik vraag nu de rechtsplegingsvergoeding op bij de tegenpartij en kom dan spontaan op het dossier terug ter afsluiting.

Met oprechte hoogachting,



Willy Van der Gucht
Advocaat

12604
RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

ARREST

nr. 236.173 van 18 oktober 2016
in de zaak A. 215.874/XII-7885

In zake: de NV BOUWBEDRIJF VMG-DE COCK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Filip Geerts
kantoor houdend te 9300 Aalst
Bauwensplaats 1 bus 10
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD SINT-NIKLAAS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Willy Van der Gucht
kantoor houdend te 9000 Gent
Voskenslaan 34-36
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 19 mei 2015, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing van de stad Sint-Niklaas van 16 maart 2015 tot gunning, ingevolge open aanbesteding, van de aanneming van werken inhoudende de renovatie van de westvleugel en de dakrenovatie van de Vrije Ateliers, aan de nv Alpas, alsook van de beslissing tot het niet [in aanmerking nemen] van de offerte van [de nv Bouwbedrijf VMG-De Cock] als de laagste regelmatige en van de impliciete beslissing om de werken niet te gunnen aan [de nv Bouwbedrijf VMG-De Cock].

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 27 september 2016.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Filip Geerts, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Kenneth Gijssel, die loco advocaat Willy Van der Gucht 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 voor aanneming van werken uit met als voorwerp “vrije ateliers: renovatie Westvleugel en dakrenovatie”.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 13 januari 2015. Het bestek nr. 2014/030aa is van

toepassing. De werken worden geraamd op een bedrag van 314.049,59 euro, btw niet inbegrepen.

3.2. Uit het proces-verbaal van opening der offertes blijkt dat acht offertes zijn ingediend. De verzoekende partij en de nv Alpas hebben een offerte ingediend.

3.3. De verwerende partij vraagt met een brief van 24 februari 2015 aan de nv Alpas “een gedetailleerde prijsberekening voor te leggen, gesteund op offertes van leveranciers (bij te voegen documenten) voor de kost van de materialen, met eveneens opgave van uw winstmarge” en dit “binnen de wettelijk voorziene termijn van 12 kalenderdagen na ontvangst van deze brief” voor de posten:

- 40.32 profielen/aluminium – thermisch onderbroken/gemoffeld,
- 03.33 afbraak/dakelementen – dakopbouw,
- 34.14 isolatieplaten – polyisocyanuraatschuim (PIR).

3.4. Met een brief van 6 maart 2015 antwoordt de nv Alpas als volgt:

“Na onderzoek kunnen wij u melden dat onze prijs gebaseerd is op offertes van minimum 2 of 3 gespecialiseerde onderaannemers vermeerderd met onze normale winstmarge.

De materialen en werkwijze zijn telkens conform in het lastenboek:

Art. 03.33 afbraak/dakelementen – dakopbouw

Afbraak van roofing + onderliggende laag isolatie tot op de hellingsbeton:
12,20 €/m²

Onze totaalprijs van 7.132,13 € voor 589,43 m² omvat:

- Werkuren: + voorbereiden + plaatsing + opkuis van de werf: 96 manuren x 48,85 €/u = 4.689,60 €
- 6 afvalcontainers x 407,00 €/st. = 2.442,00 €

Art. 34.14 Isolatieplaten – polyisocyanuraatschuim (PIR)

Onze totaalprijs van 13.156,96 € voor 552,58 m² omvat:

- Werkuren: 48 manuren x 47,15 €/u = 2.263,56 €
- Materialen: lijn: 552,58 m² x 2,41 €/m² = 1.331,72 €
schuine kanten 5*5 cm – 156 lm x 1,43
€/lm = 223,08 €
PIR-platen 552,58 m² x 16,90 €/m² = 9.338,60 €

De prijs voor het damp scherm werd opgenomen in art. 35.10 Plat dak – dakdichting

Art. 40.32 Profielen – aluminium – thermisch onderbroken/gemoffeld

Onze totaalprijs van 35.497,23 € voor 103,39 m² buitenschrijnwerk omvat:

- Werkuren + voorbereiden + plaatsing + opkuis van de ramen en deuren: 10 dagen x 4 man x 8 uren x 38,82 €/u. = 12.424,40 €
- Materialen: profielen + beslag 13.250,78 €
glas: 9.822,05 €.”

3.5. Met een e-mailbericht van 9 maart 2015 vraagt de verwerende partij aan de nv Alpas een bijkomende verantwoording:

“De stedelijke ontwerpdienst heeft de door u overgemaakte prijsverantwoording nagezien en wil graag nog verduidelijking op volgende vragen:

- Post 34.14:

* Op welke wijze is de lengte van de schuine kanten bepaald? Graag een detailopmeting bijvoegen.

* Op welke manier is de isolatie van de dakopstanden ingerekend? Deze moesten namelijk ook in dit artikel opgenomen worden.

* Het damp scherm is opgenomen in art. 35.13. Er wordt dus ook een prijsverantwoording van artikel 35.13 gevraagd.

- Post 40.32

* Op welke manier zijn de ventilatie roosters (art. 40.63 PM bij het buitenschrijnwerk) ingerekend in dit artikel? Indien deze niet zijn opgenomen in art. 40.32 dan dient er een prijsverantwoording afgelegd te worden voor het artikel waar deze wel ingerekend zijn.

Is het mogelijk om [ons] deze aanvullingen per kerende te bezorgen?”

3.6. Met een e-mailbericht van 11 maart 2015 antwoordt de nv Alpas.

Zij brengt wat de vragen omtrent post 34.14 betreft, een gedetailleerde opmeting van de schuine kanten bij en stelt dat de dakopstanden opgenomen zijn in de prijzen. Wat het damp scherm betreft dat in haar offerte is opgenomen onder post 35.13, geeft zij een becijferde prijsverantwoording voor deze post.

Wat post 40.32 betreft, geeft zij een becijferde uitleg aangaande het inrekenen van de ventilatieroosters in deze post.

3.7. Op 12 maart 2015 wordt het verslag van nazicht opgesteld.

Bij de “finale rangschikking regelmatige offertes” wordt de offerte van de nv Alpas als eerste gerangschikt met een bedrag, btw inbegrepen, van 352.122,71 euro en de offerte van de verzoekende partij als tweede met een bedrag, btw inbegrepen, van 352.215,29 euro, dit is een verschil van 92,58 euro, btw inbegrepen.

Wat de prijsverantwoording van de nv Alpas betreft, wordt het volgende opgemerkt:

“Bijkomende motivering: Er werd prijsverantwoording gevraagd aan de inschrijver Alpas voor volgende artikels:

Post 4 – 03.33 : afbraak / dakelementen – dakopbouw

Post 37 – 34.14 : isolatieplaten – polyisocyanuraatschuim (PIR)

Post 50 – 40.32 : Profielen /aluminium – thermisch onderbroken / gemoffeld

Binnen de wettelijke termijn werd door deze inschrijver een gedetailleerde prijsverantwoording met verduidelijking bezorgd. Voor elk van deze artikels werden telkens de prijzen van de verschillende benodigde materialen toegelicht en de kosten voor de bijhorende werkuren. Ook de prijzen van de artikels die PM stonden beschreven in het bestek bij de artikels werden toegelicht. Alle opgegeven materiaal- en uitvoeringsprijzen verantwoordden afdoende de totaal opgegeven eenheidsprijzen van bovenstaande artikels.”

Er wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de nv Alpas.

3.8. Op 16 maart 2015 beslist de verwerende partij de opdracht te gunnen aan de nv Alpas.

IV. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

4.1. De verzoekende partij voert de schending aan 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), van de artikelen 21, 95 en 99 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit Plaatsing) en van de algemene “beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het zorgvuldigheidsbeginsel”.

De verzoekende partij betoogt dat de nv Alpas een “niet aangetoonde, onbehoorlijke en niet afdoende prijsverantwoording” heeft ingediend. Zij wijst erop dat er een verschil in de rangschikkingsbedragen tussen haar offerte en die van de nv Alpas is, in het voordeel van die laatste, van amper 76,52 euro, btw niet inbegrepen.

4.2. De nv Alpas werd om een prijsverantwoording gevraagd voor bepaalde posten; haar antwoord voldoet echter niet en de verantwoording werd ook niet “werkelijk” onderzocht door de verwerende partij. Het gewoonweg verwijzen naar prijzen van een onderaannemer volstaat niet te meer omdat deze bewering niet wordt bewezen en niet concreet wordt aangegeven waarom deze prijzen aanzienlijk afwijken van die van de andere inschrijvers. De verwerende partij heeft zich ermee vergenoegd de bewering van de nv Alpas dat “de materialen en werkwijze telkens conform de beschrijving in het lastenboek zijn” te aanvaarden.

4.3. Ook is het, aldus de verzoekende partij, de verwerende partij ontgaan dat in de verantwoording van de nv Alpas er geen winstpercentage en geen aandeel in de algemene en de financiële kosten zitten vervat, aangezien volgens de nv Alpas haar prijzen enkel zijn samengesteld uit werkuren en materiaal. Dit zijn aldus geen marktconforme prijzen.

4.4. Voorts, zo vervolgt de verzoekende partij, werd niet voor alle onderdelen van de uit te voeren werken een prijs ingerekend.

Zo merkt zij op dat bij post 03.30. 'afbraak dakelementen' de nv Alpas in geen bedrag heeft voorzien voor het vermijden dat er tussen het verwijderen van de bestaande dakdichting en het plaatsen van de nieuwe, regenwater in de constructie dringt en dat de waterstand op het dak te hoog wordt met gevaar voor een te hoge belasting, elementen die het bestek nochtans oplegt.

Wat post 40.32. 'aluminium profielen' betreft, wijst de verzoekende partij erop dat de nv Alpas in haar prijs niet heeft voorzien in de afbraak en het storten van het bestaande buitenschrijnwerk, en evenmin in de randafwerking van het nieuwe schrijnwerk.

Wat post 40.63. 'ventilatie-roosters' betreft, wordt in het bestek bepaald dat de prijs hiervan moet zijn inbegrepen in de prijs van het buitenschrijnwerk, dit is post 40.32. In de eerst gegeven prijsverantwoording bij post 40.32. wordt niets over ventilatie-roosters vermeld "hetgeen doet aannemen dat ook dit over het hoofd werd gezien". Alsdan heeft de verwerende partij uitdrukkelijk naar die roosters gevraagd en heeft de nv Alpas "uiteraard gesteld dat de prijs voor de ventilatie-roosters begrepen zou zijn geweest in de prijs die was opgegeven voor art. 40.32." Dit werd zomaar door de verwerende partij aanvaard.

4.5. Ook voert de verzoekende partij aan dat niet alle uit te voeren hoeveelheden begrepen zijn in de prijs van de nv Alpas. Bij de prijsverantwoording voor post 35.10. heeft de nv Alpas gesteld dat zij prijs heeft geboden voor waterdichting van het dakvlak ten belope van 552 m² en van de opstanden ten belope van 52 m², wat in totaal 604 m² bitumen is. Echter, zo merkt de verzoekende partij op, het dakvlak alleen reeds, gemeten binnen de opstanden, beslaat volgens de meetstaat 604,45 m² zodat de nv Alpas een prijs heeft geboden voor te weinig oppervlakte.

4.6. Ten slotte wijst de verzoekende partij erop dat in de eerste prijsverantwoording bij post 34.14. er andere bedragen zijn vermeld dan bij de

aanvullende verantwoording, wat de verwerende partij niet heeft opgemerkt en hetgeen aldus wijst op onzorgvuldigheid.

5. In haar memorie van wederantwoord wijst de verzoekende partij er nogmaals op dat in de prijsdetaillering van de nv Alpas geen algemene en vaste kosten, noch een winstmarge zijn terug te vinden.

Voorts wijst de verzoekende partij er onder meer op dat bij post 40.63. 'ventilatiëroosters' de bijkomende verantwoording van de nv Alpas niet correct kan zijn; de nv Alpas stelt dat zij in vier roosters voorziet in de danszaal *a rato* van 291 euro per stuk terwijl twee ramen merkkelijk groter zijn dan de twee andere wat niet kan corresponderen met een zelfde eenheidsprijs; ook wijst de verzoekende partij erop dat de nv Alpas voor vijf ramen in de muziekklassen in roosters voorziet terwijl er zes ramen zijn en ten slotte stelt zij vragen bij de eenheidsprijs van het rooster bij de nooddeur die een lengte heeft van 2,05 m *ad* 93,50 euro terwijl een zelfde type rooster van 2,85 m 291 euro kost.

6. In haar zeer uitgebreide laatste memorie, na een voor haar negatief auditoraatsverslag waarin het middel deels ongegrond, deels onontvankelijk wordt bevonden, merkt de verzoekende partij onder meer nog het volgende op.

Zij benadrukt dat bij de prijsverantwoording van de nv Alpas deze zich beroept op onderaannemers zonder nadere toelichting; evenmin is er sprake van een gedetailleerde verantwoording aangezien nergens uit blijkt hoe de nv Alpas haar algemene werfkosten, vaste kosten en winst toewijst. Voorts bekritiseert zij de stellingname in het auditoraatsverslag dat de kwestieuze prijzen van de nv Alpas nu eens in de buurt van de raming liggen, dan weer in die van andere inschrijvers en zij meent dat aldus enkel die elementen worden aangehaald die de prijsverantwoording kunnen goedpraten.

Wat post 03.30. 'afbraak dakelementen', maar eigenlijk 03.33. betreft, merkt de verzoekende partij ook op dat de nv Alpas weliswaar in haar verantwoording het heeft over de voorbereiding doch nagelaten heeft daar een concrete inhoud aan te geven. Voorts strookt het gewoonweg aannemen dat de

aannemer het werk volgens de regels van de kunst zal uitvoeren, niet met de plicht tot prijsonderzoek. Wat post 40.32. 'aluminium profielen' betreft, merkt de verzoekende partij onder meer op dat de vraag tot verantwoording er de nv Alpas precies had moeten toe aanzetten alle aspecten van het uit te voeren werken, dus ook bijvoorbeeld het herstel van de binnenbepleistering, gedetailleerd en getaxeerd te vermelden, wat zij niet deed. Wat post 40.63. 'ventilatioeroosters' betreft, betwist de verzoekende partij de stelling in het auditoraatsverslag dat zij in haar memorie van wederantwoord het middel een nieuwe wending gaf die laattijdig is; zij meent dat zij in haar memorie van wederantwoord enkel heeft uiteengezet waarom de verwerende partij niet kan worden gevolgd.

Wat posten 34.14. 'isolatieplaten' en 35.13. 'bitumen' betreft, blijft de verzoekende partij bij haar stelling dat de nv Alpas verkeerde berekeningen heeft gemaakt.

Beoordeling

7.1. Op de eerste plaats wijst de Raad op het minieme prijsverschil tussen de offertes van de verzoekende partij en de gekozen inschrijver. Het bedraagt minder dan 0,05%.

7.2. In de mate dat de verzoekende partij ten aanzien van de prijsverantwoording van de gekozen inschrijver opmerkt dat er geen offertes van onderaannemers zijn bijgevoegd en dat volgens de rechtspraak van de Raad van State een verwijzing op zich naar prijzen van een onderaannemer niet volstaat, moet worden opgemerkt dat de gekozen inschrijver voor de om verantwoording gevraagde posten, een detail heeft gegeven van de prijsopbouw wat een geval is te onderscheiden van wat de verzoekende partij aanklaagt.

7.3. Voor zover de verzoekende partij opmerkt dat er in de prijsverantwoording van de nv Alpas geen winstpercentage of aandeel in de algemene en financiële onkosten zijn vervat, wordt dit tegengesproken door deze verantwoording van 6 maart 2015 zelf.

7.4. In de mate dat de verzoekende partij erop wijst dat voor de kwestieuze posten de offerte van de gekozen inschrijver afwijkt of goedkoper is dan de offertes van de andere inschrijvers, moet worden opgemerkt dat wat post 03.33. betreft, de prijs van de nv Alpas hoger is dan de raming en dan die van twee andere inschrijvers, wat post 34.14. betreft, dat de prijs van de nv Alpas in de buurt komt van die van een andere inschrijver en wat post 40.32. betreft, de prijs van de nv Alpas hoger is dan die van een andere inschrijver.

7.5.1. Wat de opmerkingen van de verzoekende partij betreft aangaande posten waarvoor niet voor alle onderdelen van de uit te voeren werken een prijs werd ingerekend, worden ze om de volgende redenen niet aanvaard.

7.5.2. Wat post 3.30. ‘afbraak dakelementen’ betreft, mag worden aangenomen dat de nv Alpas in haar prijsverantwoording wanneer zij het heeft over “afbraak van roofing + onderliggende laag isolatie tot op het hellingsbeton” omvattende “voorbereiden + plaatsing + opkuis” deze werken besteksconform en volgens de regels van de kunst zal uitvoeren en dus rekening zal houden met het regenwater. De verzoekende partij wijst er niet op dat dit een niet-reguliere werkzaamheid bij deze post is.

7.5.3. Wat post 40.32. ‘aluminium profielen’ betreft, wordt, zoals in het vorig randnummer, aangenomen dat uit de prijsverantwoording van de nv Alpas niet kan worden afgeleid dat zij de werken niet zou uitvoeren zoals het bestek voorschrijft of volgens de regels van de kunst.

7.5.4. Ten slotte wat post 40.63. ‘ventilatioeroosters’ – een pro memorie post – betreft, aanvaardt de Raad van State dat de gekozen inschrijver bij zijn eerste verantwoording voor post 40.32. ‘aluminium profielen’ niet nog eens uitdrukkelijk diende te stellen dat hij het bestek zou naleven wat de ventilatioeroosters betreft; bij de tweede verantwoording heeft hij medegedeeld op welke wijze in die roosters is voorzien. De feitelijke elementen die de verzoekende partij voor haar kritiek aanvoert in haar memorie van wederantwoord, geven haar middel een nieuwe feitelijke grondslag; dit diende in haar verzoekschrift te worden aangevoerd zodat deze kritiek niet tijdig is.

7.6. Voor zover de verzoekende partij kritiek uit op het feit dat voor post 35.13. ‘meerlaags/elastomeerbitumen’ niet alle uit te voeren hoeveelheden zijn begrepen, werd hiervoor pas een verantwoording gevraagd nadat bij de eerste verantwoording van post 34.14. ‘isolatieplaten – polyisocyanuraatschuim (PIR)’ de gekozen inschrijver had opgemerkt dat de prijs voor het dakscherf werd opgenomen in post 35.13.

Wanneer de door de nv Alpas geboden prijzen voor die beide posten worden samengeteld, namelijk 13.156,96 euro (post 34.14) en 21.506,15 euro (post 35.13.), dit is 34.663,11 euro, blijkt dit hoger dan wat de verzoekende partij heeft geboden, namelijk 18.235,19 euro (post 34.14) en 15.111,13 euro (post 35.13.), dit is 33.346,32 euro, zodat mag worden aangenomen dat de verwerende partij terecht aan post 34.14 geen abnormaal karakter meer toeschreef na kennisname van de verantwoording van de nv Alpas dat het dampscherf deel uitmaakte van post 35.13.

7.7. Wat ten slotte de kritiek van de verzoekende partij betreft, dat bij de eerste verantwoording bij post 34.14. er andere bedragen zijn vermeld dan bij de aanvullende verantwoording, wordt deze evenmin aangenomen.

De verzoekende partij betoogt dat de verwerende partij onzorgvuldig is tewerk gegaan bij het nazicht van de prijsverantwoordingen door niet op te merken dat de nv Alpas in haar eerste verantwoording het heeft over 2.263,56 euro aan werkuren, 1.331,72 euro voor de lijm en 9.338,60 euro voor de isolatie, terwijl in haar aanvullende verantwoording er opeens sprake is van 2.255,12 euro aan werkuren, 1.337,24 euro voor de lijm en 9.342,47 euro voor de isolatie.

Er is dus voor die post een globaal verschil tussen de beide verantwoordingen van 94 eurocent. Dit voor ogen houdende aanvaardt de Raad de uitleg van de verwerende partij dat “[e]r [...] in de prijsverantwoording minimale afwijkingen [waren], hetgeen nv Alpas toeschreef aan ‘kleine verschillen na de komma betreffende afrondingen’” en dat “[d]e verschillen [...] trouwens zodanig klein [waren] dat deze geen enkele impact konden hebben”.

7.8. Het middel wordt verworpen.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

8. De verzoekende partij voert de schending aan van “de beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid de formele, minstens de materiële motiveringsplicht”.

Zij betoogt dat de verwerende partij niet motiveert, “minstens niet op een correcte, pertinente en draagkrachtige wijze, waarom de prijsverantwoording van de nv Alpas als een aangetoonde, afdoende en deugdelijke verklaring voor de lage prijzen kon worden weerhouden”. In het nazichtsverslag wordt enkel een stijlformule opgenomen, namelijk dat “[a]lle opgegeven materiaal- en uitvoeringsprijzen [...] afdoende de totaal opgegeven eenheidsprijzen van bovenstaande artikels [verantwoorden]”.

Beoordeling

9. In de mate dat de verzoekende partij de schending aanvoert van de formelemotiveringsplicht volstaat de overweging dat zij niet aantoont dat zij niet in staat was ten gepaste tijde voor haar rechten op te komen – integendeel – om die grief te verwerpen.

In de mate dat de verzoekende partij meent dat er een schending van de materiëlemotiveringsplicht is, merkt de Raad op dat de bestreden beslissing steunt op het aanbestedingsverslag waarin inzake het prijsonderzoek ten aanzien van de offerte van de nv Alpas wordt vermeld wat *sub* randnummer 3.7. is opgenomen.

Zoals uit de beoordeling van het eerste middel blijkt, is niet aangetoond dat deze motivering gelet op de gegeven verantwoordingen niet in feite juist en in rechte aanvaardbaar zou zijn.

Het middel wordt verworpen.

V. Kosten

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 verwerende partij de door haar gevraagde basisrechtsplegingsvergoeding van 700 euro toe te kennen, nu zij door de verwerping van het beroep tot nietigverklaring als in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

BESLISSING

1. De Raad van State verworpt het beroep.

2. De verzoekende 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 verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 18 oktober 2016, 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

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 250.505 van 3 mei 2021
in de zaak A. 228.124/XII-8739**

In zake : de NV BOUWBEDRIJF VMG-DE COCK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Filip Geerts
kantoor houdend te 9300 Aalst
Bauwensplein 1 bus 10
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD SINT NIKLAAS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Willy Van der Gucht en Hilde Dhont
kantoor houdend te 9000 Gent
Voskenslaan 34-36
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 15 mei 2019, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van de stad Sint-Niklaas van 26 november 2018 tot gunning van de aanneming van werken, namelijk de interne verbouwing, uitbreiding met berging en vernieuwing van het buitenschrijnwerk van het kinderdagverblijf Driekoningen, aan de bvba PIC, van de beslissing tot het niet in aanmerking nemen van de offerte van de nv Bouwbedrijf VMG-De Cock als de laagst regelmatige offerte en van de impliciete weigeringsbeslissing om de werken te gunnen aan de nv Bouwbedrijf VMG-De Cock.

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.

Auditeur Thomas Maes heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 27 april 2021.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Filip Geerts, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Kenneth Gijssels, die *loco* advocaten Willy Van der Gucht en Hilde Dhont verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Thomas Maes 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 voor werken uit met als voorwerp “kinderdagverblijf Driekoningen: interne verbouwing, uitbreiding met berging en vernieuwen buitenschrijnwerk”.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 9 mei 2016. De gunningswijze is de open aanbesteding. Het bestek 2016/002aa is van toepassing. De opdracht wordt geraamd op 378.504,42 euro, btw inbegrepen.

3.2. Er worden vijf offertes ingediend. De verzoekende partij dient de tweede laagste offerte in voor een bedrag van 344.850,00 euro, btw inbegrepen, en de bvba PIC de laagste voor een bedrag van 342.143,77 euro, btw inbegrepen.

3.3. Bij het nazicht van de prijzen stelt de verwerende partij bij de offerte van de bvba PIC vast dat deze inschrijver voor post 86-57.10B “keukenmeubelen – algemeen – voedselberging” een eenheidsprijs biedt van 266 euro terwijl het gemiddelde van de ingediende offertes 6.404,03 euro bedraagt.

3.4. Op 16 juni 2016 vraagt de verwerende partij een prijsverantwoording aan de bvba PIC wegens een abnormaal lage eenheidsprijs voor post 86-57.10B.

3.5. De bvba PIC antwoordt met een brief van 4 juli 2016 waarbij zij een bijlage van haar onderaannemer, de nv De Ruyver, van 13 juni 2016 voegt:

“In het kader van uw vraag tot prijsverantwoording van post 86 hebben wij de prijzen van onze offerte grondig onderzocht.

Wij stellen vast dat wij een zuiver materiële fout hebben begaan. Met name hebben wij de offerteprijzen van onze onderaannemer verkeerdelijk opgesplitst op onze inschrijving zie zijn offerte in bijlage.

Wij verzoeken u vriendelijk om in toepassing van art. 96 KB Plaatsing deze materiële fout te verbeteren als volgt – zie de exacte opsplitsing en volledige prijsverantwoording hiervoor van onze onderaannemer in bijlage.

Wij hadden volgende opsplitsing toegepast (afgerond):

44.24 bekledingspanelen + regelwerk+ folie	30.682,00 €+ 10 % winst= 33.750,00 €
57.10A meubelen algemeen keuken	4.720,00 € + 10 % winst =5.192,00 €
57.10B meubelen algemeen voedselberging	242,00 + 10% winst= 265,00 €
57.10C meubelen algemeen eindcorpus	<u>840,00 € + 10% winst = 924,00 €</u>
	Totaal : 40.131,00 €

Verbeterde materiële fout (afgerond):

44.24 bekledingspanelen + regelwerk+ folie	28.506,00 € + 10 % winst= 31.357,00 €
57.10A meubelen algemeen keuken	4.975,00 € + 10 % winst = 5.472,00 €
57.10B meubelen algemeen voedselberging	2.542,00 € + 10 % winst= 2.796,00 €
57.10C meubelen algemeen eindcorpus	<u>460,00€ + 10% winst : 506,00 €</u>
	Totaal : 40.131,00 €

Als slot bevestigen wij dat al onze prijzen rekening houden en gebaseerd zijn met en op de prijzen van onze leveranciers.”

3.6. Op 12 juli 2016 vraagt de verwerende partij aan de bvba PIC een bijkomende verantwoording voor de kwestieuze post:

“De ingediende prijsverantwoording laat niet toe om te zien hoe de prijs van de posten 57.10A, 57.1[0]B en 57.10C afzonderlijk is samengesteld. Is het mogelijk om duidelijkheid te brengen hoe de opsplitsing gebeurd is van de totale prijs van 7977,00 EUR naar respectievelijk 4975,00 EUR, 2542,00 EUR en 460,00 EUR zodat duidelijk wordt hoe elk van deze posten afzonderlijk is samengesteld?

Er wordt bijzondere aandacht gevraagd voor de gedetailleerde verantwoording van de prijs van artikel 57.10 B die, na deze aanpassing, nog steeds een grote afwijking vertoont ten opzichte van de andere ingediende prijzen.”

3.7. Op 14 juli 2016 geeft de bvba PIC nadere verantwoording aan de hand van een brief van haar onderaannemer, de nv De Ruyver, van 13 juli 2016. In deze brief van 13 juli 2016 geeft deze onderaannemer voor de posten 57.10A, 57.10B en 57.10C een uiteenzetting van de prijssamenstelling.

3.8. De verwerende partij vraagt aan inschrijver de bvba PIC op 8 augustus 2016 “een verduidelijking van de bijkomende prijsverantwoording”:

“In de opgesplitste prijsverantwoording van 57.10 A, B en C valt de verhouding op tussen de kostprijs van deze verschillende artikels voor het onderdeel ‘kostprijs houtplaten HPL’. Er worden respectievelijk prijzen opgegeven van 1125, 410 en 245 euro. Deze komen overeen met respectievelijk ongeveer 63, 23 en 14% van de totaalprijs van 1780 euro. Als de benodigde oppervlakte plaatmateriaal artikels 57.10A, 57.10B en 57.10C met elkaar vergeleken worden, dan komt deze verhouding hierin helemaal niet terug.

Kan er daarom een verduidelijking gegeven worden van dit onderdeel ‘kostprijs houtplaten HPL’ voor artikels 57.10A, 57.10B en 57.10C?”

3.9. Hierop antwoordt de bvba PIC op 12 augustus 2016:

“Een correcte opsplitsing van de kostprijs HPL houtplaten is moeilijk op te maken omdat bij het aankopen en verwerken van HPL platen er geen rekening gehouden wordt met de opsplitsing keuken, voedselberging of eindcorpus en leggers. De platen worden op basis van de goedgekeurde tekeningen in een éénmalig order besteld en verwerkt.

Met deze reden hebben wij in de eerste verantwoording alles in 1 verantwoording verantwoord. Het terug ‘recupereren’ ervan is een ommekeer, de facto overbodig proces, en geeft aanleiding tot kunstmatige en dus verwrongen uitkomsten, waarvan de vergelijking met andere ‘gebaised’ is.

Wij hebben dus 1780 euro aan plaatmateriaal nodig om alles uit te voeren. In de opsplitsing hiervan hebben wij het materiaal verdeeld op basis van de kostprijs van het artikel, wat natuurlijk geen exacte weergave is van [de] prijs per artikel rekening houdend met de hierboven vermelde opmerking. Dit omdat verliezen van het plaatmateriaal van de keuken gebruikt kunnen worden bij de opdeling en fabricage van de voedselberging en corpus.”

3.10. Op 17 augustus 2016 wordt een gunningsverslag opgesteld. Hierin wordt over de problematiek van de prijsverantwoording vermeld:

“Bijkomende motivering: Er werd prijsverantwoording gevraagd aan de inschrijver PIC voor volgend artikel:

Post 86 - 57.10B : keukenmeubelen - algemeen - voedselberging.

Binnen de wettelijke termijnen werd door deze inschrijver een gedetailleerde prijsverantwoording en extra verduidelijkingen bezorgd waarbinnen zij stellen een materiële vergissing begaan te hebben in de opsplitsing van de opgegeven totaalprijs van hun onderaannemer voor 4 artikels (waaronder het artikel waarvoor verantwoording werd gevraagd). Dit wordt gestaafd door een nieuwe opsplitsing, die in een latere verduidelijking nog verder werd gedetailleerd, tussen deze 4 verschillende artikels en de detaillering van elk artikel waarbij de verschillende benodigde materialen en de kosten voor de bijhorende werkuren en winstmarges toegelicht werden. Ook de prijzen van de artikels die PM stonden beschreven in het bestek bij deze artikels werden toegelicht. Ondanks het feit dat er voor deze 4 artikels dus een aangepaste prijs werd bezorgd, blijft de globale prijs van de offerte dezelfde. Er werd nog een extra verduidelijking gevraagd en opgegeven i.v.m. de kostprijs van het plaatmateriaal waaruit blijkt dat de opsplitsing van de kostprijs van het plaatmateriaal over [artikelen] 57.10A, B en C eerder kunstmatig werd gedaan aangezien de snijverliezen van het ene meubel in het andere gebruikt kunnen worden.

Uit de combinatie van de nieuwe prijs voor artikel 57.10B, gedetailleerde prijsopgave van dit artikel en de andere artikels waarvoor de prijs is gewijzigd, en het feit dat snijverliezen van het ene meubel gebruikt kunnen worden in een ander meubel blijkt dat de offerte als regelmatig beschou[w]d mag worden. Alle opgegeven materiaal- en uitvoeringsprijzen verantwoordende de totaal opgegeven eenheidsprijzen van bovenstaand artikel.

In de prijsverantwoording werd ook een fout opgemerkt van 1 euro. Deze is aangepast omdat een verschil van 1 euro geen uitspraak doet over het al dan niet abnormaal laag zijn van [...] de prijs. Verder werd de nieuw opgegeven prijs voor artikel 44.24 op[ge]geven als een totaalprijs i.p.v. een prijs per m². De totaalprijs werd omgerekend naar een prijs per m². Deze prijs per m² werd afgerond tot op 2 cijfers na de komma waardoor de totaalprijs van de offerte 75 cent verander[t].”

Er wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de bvba PIC voor een bedrag van 342.183,80 euro, btw inbegrepen.

3.11. Op 3 oktober 2016 beslist de verwerende partij de opdracht te gunnen aan de bvba PIC.

3.12. Op 12 december 2016 stelt de verzoekende partij een beroep tot nietigverklaring in bij de Raad van State tegen de gunningsbeslissing van 3 oktober 2016. Deze zaak is bij de Raad van State gekend onder het rolnummer A. 220.930/XII-8271.

3.13. Met een arrest nr. 239.922 van 21 november 2017 vernietigt de Raad van State de gunningsbeslissing van 3 oktober 2016. De Raad oordeelde daarbij als volgt:

“Uit het verslag van nazicht en uit het verweer dient te worden afgeleid dat de verwerende partij haar beslissing inzake de regelmatigheid van de offerte van de bvba PIC in het kader van het prijsonderzoek, steunt op de aanvaarding van een materiële fout in hoofde van de bvba PIC. Deze laatste zou de offerte van haar onderaannemer, de nv De Ruyver, bij de redactie van haar meetstaat hebben uitgesplitst op een verkeerde manier; zij zou dit hebben rechtgezet na interpellatie van de verwerende partij met staving van haar werkwijze door middel van een verduidelijking vanwege de nv De Ruyver.

[...] Het verbeteren van offertes gebeurt in beginsel vóór het prijsonderzoek – artikel 99, § 1, van het koninklijk besluit Plaatsing luidt: ‘Na voorafgaand artikel 96 [inzake rekenfouten en zuiver materiële fouten in de offertes] te hebben toegepast, gaat de aanbestedende overheid over tot het prijsonderzoek overeenkomstig artikel 21’.

De verwerende partij is niet uit eigen beweging overgegaan tot het verbeteren van de offerte van de bvba PIC maar pas tijdens het prijsonderzoek op aangeven van de gekozen inschrijver zelf.

Met een zuiver materiële fout wordt in principe een verschrijving of vergissing bedoeld, begaan bij de materiële verrichtingen die gepaard gaan met het opstellen van een offerte zoals het uitschrijven, invullen en overbrengen van cijfergegevens; omtrent dergelijke fout lijkt nauwelijks discussie mogelijk.

[...] Te dezen gaat het niet om een zuiver materiële vergissing. Zoals de verzoekende partij terecht betoogt, toont de verwerende partij niet aan dat de bvba PIC bij de redactie van haar offerte met meetstaat, de door haar onderaannemer de nv De Ruyver opgegeven prijzen bij mistasten en onopzettelijk verkeerdelijk heeft ingevuld. Integendeel mag uit het administratief dossier en het verweer worden afgeleid dat de bvba PIC de

opsplitsing van het totale bedrag van haar onderaannemer niet onopzettelijk en bij vergissing heeft gedaan. Het ‘rechtzetten’ van haar handelwijze, en dan nog aan de hand van stukken opgesteld na de vraag tot prijsverantwoording, geeft, wanneer een aanbestedende overheid dit aanvaardt, aanleiding tot de mogelijkheid van het vaststellen van een offerte met nieuwe prijzen, hier dus een nieuwe offerte, wat een onwettige werkwijze is.

Conclusie is dan ook dat de aanbestedende overheid te dezen onterecht een zuiver materiële fout zoals bedoeld in artikel 96 van het koninklijk besluit Plaatsing heeft aanvaard bij de offerte van de bvba PIC. Dit houdt een schending in van het voornoemde artikel 96 en van de materiële motiveringsplicht.

Het gegrond bevinden van het middel heeft gevolgen voor de beoordeling van de offerte van de nv PIC zodat de verzoekende partij belang heeft bij het middel.

De gunningsbeslissing dient te worden vernietigd.

[...]

Sub 11 is vastgesteld dat de verwerende partij artikel 96 van het koninklijk besluit Plaatsing heeft geschonden alsook [...] de materiële motiveringsplicht; de verwerende partij steunt haar gunningsbeslissing op een onwettig motief, namelijk het feit dat de bvba PIC een zuiver materiële fout in haar offerte zou hebben begaan.

De verwerende partij zal na de nietigverklaring een nieuwe beslissing dienen te nemen en hierbij de beslissende overwegingen van het arrest moeten in acht nemen wanneer zij de offerte van de bvba PIC beoordeelt wat het prijsonderzoek betreft.

In die mate zijn hier niet duidelijk de uitzonderlijke omstandigheden voorhanden waaruit zou moeten blijken dat de offerte van de verzoekende partij in elk geval de laagste regelmatige offerte is.”

3.14. Op 18 juni 2018 gaat de verzoekende partij over tot dagvaarding van de verwerende partij voor de rechtbank van eerste aanleg Oost-Vlaanderen met een vordering tot schadevergoeding.

3.15. Er wordt een nieuw gunningsverslag opgesteld. Het onderzoek van de prijsverantwoordingsproblematiek in dit nieuwe gunningsverslag ziet er als volgt uit (doorhalingen zoals in het origineel):

“Bijkomende motivering: Er werd prijsverantwoording gevraagd aan de inschrijver PIC voor volgend artikel:

Post 86 - 57.10B : keukenmeubelen - algemeen - voedselbergeng.

Binnen de wettelijke termijnen werd door deze inschrijver een gedetailleerde prijsverantwoording en extra verduidelijkingen bezorgd waarbinnen zij stellen een ‘zuiver materiële fout’ begaan te hebben in de opsplitsing van de opgegeven totaalprijs van hun onderaannemer voor

4 artikels (waaronder het artikel waarvoor verantwoording werd gevraagd). Dit wordt gestaafd door een nieuwe opsplitsing, die in een latere verduidelijking nog verder werd gedetailleerd, tussen deze 4 verschillende artikels en de detaillering van elk artikel waarbij de verschillende benodigde materialen en de kosten voor de bijhorende werkuren en winstmarges toegelicht werden. Ook de prijzen van de artikels die PM stonden beschreven in het bestek bij deze artikels werden toegelicht. ~~Ondanks het feit dat er voor deze 4 artikels dus een aangepaste prijs werd bezorgd, blijft de globale prijs van de offerte dezelfde.~~

Ondanks het feit dat de inschrijver voor deze 4 artikels een nieuwe opsplitsing van de prijzen maakt, blijft de globale prijs van de offerte dezelfde. Er werd nog een extra verduidelijking gevraagd en opgegeven i.v.m. de kostprijs van het plaatmateriaal waaruit blijkt dat de opsplitsing van de kostprijs van het plaatmateriaal over artikels 57.10A, B en C eerder kunstmatig werd gedaan aangezien de snijverliezen van het ene meubel in het andere gebruikt kunnen worden.

~~Uit de combinatie van de nieuwe prijs voor artikel 57.10B, gedetailleerde prijsopgave van dit artikel en de andere artikels waarvoor de prijs is gewijzigd, en het feit dat snijverliezen van het ene meubel gebruikt kunnen worden in een ander meubel blijkt dat de offerte als regelmatig beschouwd mag worden. Alle opgegeven materiaal- en uitvoeringsprijzen verantwoordende de totaal opgegeven eenheidsprijzen van bovenstaand artikel.~~

Uit de combinatie van de gedetailleerde prijsopgave van artikel 57.10B en de andere artikels die hiermee verband houden, en het feit dat snijverliezen van het ene meubel gebruikt kunnen worden in een ander meubel blijkt dat alle in dossier voorziene werken ook daadwerkelijk voorzien werden in het geheel van de offerte en dat de offerte dus als regelmatig beschouwd mag worden. Alle opgegeven materiaal- en uitvoeringsprijzen verantwoordende de prijs van artikel 57.10B en alle hiermee in verband staande artikels.

~~In de prijsverantwoording werd ook een fout opgemerkt van 1 euro. Deze is aangepast omdat een verschil van 1 euro geen uitspraak doet over het al dan niet abnormaal laag zijn van de de prijs. Verder werd de nieuw opgegeven prijs voor artikel 44.24 opgeven als een totaalprijs i.p.v. een prijs per m². De totaalprijs werd omgerekend naar een prijs per m². Deze prijs per m² werd afgerond tot op 2 cijfers na de komma waardoor de totaalprijs van de offerte 75 cent veranderd.~~

Vermits er voldoende werd aangetoond dat alle werken voorzien zijn wordt de offerte aanvaard. De prijs en de eenheidsprijzen van de offerte worden niet gewijzigd.

In de prijsverantwoording werd ook een fout opgemerkt van 1 euro. Deze wordt niet in beschouwing genomen omdat een verschil van 1 euro geen uitspraak doet over het al dan niet abnormaal laag zijn van de prijs.”

Vervolgens wordt opnieuw voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de bvba PIC voor een bedrag van 342.183,80 euro, btw inbegrepen.

3.16. Op 26 november 2018 beslist de verwerende partij, onder verwijzing naar het nieuwe gunningsverslag, om de opdracht opnieuw te gunnen aan de bvba PIC. Dat is de bestreden gunningsbeslissing.

3.17. De verzoekende partij krijgt naar eigen zeggen kennis van deze nieuwe gunningsbeslissing nadat ze als bijlage wordt gevoegd bij een conclusie gedateerd op 26 maart 2019 die de verwerende partij heeft neergelegd in het kader van de voornoemde procedure voor de rechtbank van eerste aanleg.

IV. Voorwerp van het beroep

4.1. Naast de gunningsbeslissing van 26 november 2018 richt de verzoekende partij het beroep ook tegen “de beslissing tot het niet weerhouden van de offerte van de [nv Bouwbedrijf VMG-De Cock] als de laagst regelmatige offerte en [...] de impliciete beslissing om de werken niet te gunnen aan de [nv Bouwbedrijf VMG-De Cock]”.

In het verzoekschrift geeft de verzoekende partij de volgende toelichting bij het voorwerp van het beroep, in zoverre het beroep gericht is tegen de beslissing om de offerte van de verzoekende partij niet als de laagst regelmatige te rangschikken en tegen de impliciete weigering om de opdracht aan de verzoekende partij te gunnen:

“Art. 24 van de Wet van 15 juni 2006 stipuleert dat de opdracht dient gegund te worden aan degene die de laagste regelmatige offerte heeft ingediend.

In deze dient om de [in de middelen] uiteengezette redenen geoordeeld te worden dat de offerte(s) van de bvba PIC geweerd had(den) moeten worden. Het gevolg hiervan is dat de offerte van de verzoekster in werkelijkheid de laagste regelmatige offerte was.

De opdracht werd door de verwerende partij daadwerkelijk gegund en er is geen enkele (aanvaardbare) reden, inzonderheid gelet op het zeer kleine verschil in prijs tussen de offerte van de verzoekster en de offerte van de bvba PIC, waarom de opdracht, bij wering van de offerte(s) van de bvba PIC, niet aan de verzoekster zou (moeten) gegund zijn.

Derhalve dient ook de beslissing om de offerte van de verzoekster niet te weerhouden als de laagste regelmatige en de impliciete beslissing om de opdracht niet aan de verzoekster te gunnen, vernietigd te worden.”

4.2. In de memorie van antwoord betwist de verwerende partij de ontvankelijkheid van het beroep tegen de impliciete weigeringsbeslissing:

“Op de vordering van de verzoekende partij tot vernietiging van ‘de beslissing om de offerte van de verzoekster niet te weerhouden als de laagste regelmatige en de impliciete beslissing om de werken niet te [g]unnen aan de verzoekster’ kan hoedanook niet worden ingegaan.

De vaststelling van enige onregelmatigheid, leidt niet tot de noodzakelijke gevolgtrekking dat de opdracht hoedanook aan de verzoekende partij moet worden gegund.

De offerte waarin een abnormale eenheidsprijs is voorzien, is niet substantieel nietig. Bijgevolg moet de aanbestedende overheid, zelfs indien zij een abnormale eenheidsprijs vaststelt, niet noodzakelijk deze offerte als onregelmatig weren (cfr. RvS (12e k.) nr. 225.615 dd. 26 november 2013 in de zaak A.210.612/XII-7496).”

4.3. In de memorie van wederantwoord repliceert de verzoekende partij en licht zij haar argumentatie in het verzoekschrift nader toe.

4.4. In haar laatste memorie beperkt de verwerende partij zich tot een loutere herhaling van het standpunt in haar memorie van antwoord.

Beoordeling

4.5. Het onderzoek van de ontvankelijkheid van het beroep in zoverre het gericht is tegen de beslissing om de offerte van de verzoekende partij niet als de laagst regelmatige te rangschikken en tegen de impliciete weigering om de opdracht aan de verzoekende partij te gunnen, valt in de huidige stand van de zaak samen met het onderzoek van de grond van de zaak.

V. Onderzoek van het eerste middel

Standpunt van de partijen

5. De verzoekende partij voert in haar verzoekschrift de schending aan van “artikel 24 van de wet van 15 juni 2006 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken,

leveringen en diensten, [...] van de artikelen 21, 95 en 99 van het K.B. van 15 juli 2011 plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren”.

Zij betoogt dat de gekozen inschrijver geen deugdelijke, afdoende verklaring of verantwoording heeft gegeven voor de abnormale prijs. De verwerende partij heeft het antwoord van de gekozen inschrijver ten onrechte aanvaard. De gekozen inschrijver heeft zijn prijzen gewoon aangepast, maar niet verantwoord. Door te erkennen dat er voor meerdere posten verkeerde eenheidsprijzen waren opgegeven, heeft de gekozen inschrijver openlijk erkend dat voor die eenheidsprijzen, zoals ze werden opgegeven in de offerte, geen verantwoording kon worden gegeven. Erkennen dat een vergissing werd begaan, vormt geen toelaatbare prijsverantwoording.

Bovendien wordt ook niet aangetoond hoe het zogenaamde gebruik van snijverliezen een verantwoording zou vormen voor de abnormale prijs. Dat argument is inhoudsloos en vormt geen uitzonderlijke omstandigheid die enkel gold voor de gekozen inschrijver. De prijscalculatie en de berekening van de hoeveelheid benodigd materiaal is in beginsel voor alle inschrijvers dezelfde. Daarbij komt dat dit element hoe dan ook een dermate geringe impact heeft op de prijszetting dat het in geen geval een (afdoende) verklaring kan vormen voor een sterk afwijkende, abnormale prijs.

De verzoekende partij vervolgt dat hetgeen dat in het nieuwe gunningsverslag werd toegevoegd, niet voldoet om het antwoord van de gekozen inschrijver toch als een werkelijke, deugdelijke en afdoende verantwoording te aanvaarden. Dat de totaalprijs onveranderd blijft, doet er niets aan af dat voor vier posten een andere eenheidsprijs werd opgegeven door de gekozen inschrijver, nadat de offertes al waren geopend, wat niet toegelaten is. Voorts ziet de verwerende partij over het hoofd dat de “gedetailleerde prijsopgave” betrekking had op de eenheidsprijzen zoals de gekozen inschrijver deze na opening van de offertes en na de vraag om prijsverantwoording had aangepast. De detaillering heeft geen betrekking op de eenheidsprijzen zoals ze oorspronkelijk in de offerte waren opgegeven en dus mag ermee geen rekening worden gehouden.

6. In haar memorie van antwoord doet de verwerende partij gelden dat zij terecht mocht beslissen om de prijsverantwoording van de gekozen inschrijver te aanvaarden. “Het staat vast dat bij de herevaluatie niet langer wordt aanvaard dat PIC bvba met haar prijsverantwoording de rechtzetting doet van een zuiver materiële fout”. Er is volgens de verwerende partij “[e]en volledige herevaluatie van de door PIC bvba ingediende offerte [...] gebeurd in het kader van het prijsonderzoek, rekening houdend met de door PIC bvba aangebrachte elementen”, op grond waarvan werd vastgesteld dat de globale prijs van de offerte werd behouden, dat de verantwoording ertoe leidt dat de door de bvba PIC geboden prijs voor de kwestieuze post niet als abnormaal moet worden aanzien en kan worden aanvaard en dat voor alle uit te voeren werken ook daadwerkelijk een prijs werd geboden in de offerte.

De verwerende partij wijst op de marginale controle door de Raad van State en haar eigen “zeer ruime beoordelingsbevoegdheid [...] enkel begrensd door de kennelijke fout, in de zin van voor de hand liggende en onverklaarbare tegenstrijdigheden tussen de feiten en de genomen beslissing”.

Er is, zo vervolgt de verwerende partij, zeker geen sprake van een kennelijk onredelijke beslissing. De prijsverantwoording van 12 augustus 2016 van de gekozen inschrijver houdt verband met de doelmatigheid van het bouwproces en de gekozen technische oplossingen. De gekozen inschrijver geeft in zijn antwoord ook duidelijk aan dat met de opgegeven hoeveelheden houtplaten en prijzen de werken kunnen worden uitgevoerd.

Prijsonderzoek en prijsverantwoording moeten volgens haar niet noodzakelijk gebeuren op het niveau van de post zelf. Op zich is dit een aanvaardbare en relevante verklaring en deze werd dan ook door haar mee in de overwegingen opgenomen.

Gelet op de gegeven verantwoording bleek, aldus de verwerende partij, de vergelijkbaarheid van de offertes niet in het gedrang te zijn en leek het eerder kennelijk onredelijk indien deze offerte zou worden geweerd. Er wordt duidelijk vastgesteld dat alle uit te voeren werken ook in de offerte zijn opgenomen

en er geen aanpassing gebeurt of moet gebeuren van de globale prijs van de offerte. “De omstandigheid dat het aannemingsrisico, door slechts enkele posten materieel foutief in te vullen, niet disproportioneel ontspoord, kan leiden tot de vaststelling dat niet iedere normaal zorgvuldige aanbestedende instantie moet beslissen dat geen deugdelijke uitvoering van de werken meer mogelijk is”.

De verwerende partij stelt ten slotte dat hierbij rekening mag worden gehouden met het proportionaliteitsbeginsel, “te meer daar in de Richtlijn 2014/24/EU het proportionaliteitsbeginsel een belangrijke rol speelt, zodat kleine onregelmatigheden slechts uitzonderlijk kunnen gesanctioneerd worden”.

7. In haar memorie van wederantwoord betoogt de verzoekende partij dat de verwerende partij naast de kwestie argumenteert: de uitleg die de bvba PIC heeft verstrekt (en die ten andere ook niet toereikend is), had helemaal geen betrekking op de oorspronkelijke prijsopgave in de offerte, maar had betrekking op de nieuwe prijzen die de bvba PIC, na de vraag om prijsverantwoording, had opgegeven. De prijs voor post 57.10B was na de aanpassing nog altijd abnormaal laag en er werd hiervoor geen werkelijke, afdoende prijsverantwoording gegeven. De verwerende partij houdt bovendien geen rekening met de mogelijke invloed op de rangschikking.

8. In haar laatste memorie merkt de verwerende partij op dat in het auditorsverslag ten onrechte wordt opgemerkt dat de verwerende partij bij het nemen van haar nieuwe gunningsbeslissing de beslissende overwegingen van het in de vorige procedure tussengekomen arrest van de Raad van State met nr. 239.922 niet in acht heeft genomen zodat het gezag van gewijsde van dit arrest zou zijn geschonden.

Er wordt in de nieuwe gunningsbeslissing immers niet langer aanvaard dat de bvba PIC met haar prijsverantwoording de rechtzetting doet van een zuiver materiële fout. Er wordt wel vastgesteld dat in de oorspronkelijke offerte alle werken zijn opgenomen conform het bestek en dat de gegeven prijsverantwoording mag worden aanvaard. “Er wordt dus geen rechtzetting

toegestaan van enige fout; wel wordt de uitleg aanvaard dat alle werken en materialen in de oorspronkelijke offerte begrepen waren”.

9. In haar laatste memorie benadrukt de verzoekende partij opnieuw dat de verwerende partij over het hoofd ziet dat de bvba PIC haar prijzen heeft gewijzigd en op die grond nader heeft geargumenteed. De bvba PIC heeft immers niet geargumenteed op grond van haar oorspronkelijke prijzen.

Beoordeling

10. In het arrest nr. 239.922 van 21 november 2017 oordeelde de Raad van State, zoals hierboven reeds aangehaald, onder meer:

“Te dezen gaat het niet om een zuiver materiële vergissing. Zoals de verzoekende partij terecht betoogt, toont de verwerende partij niet aan dat de bvba PIC bij de redactie van haar offerte met meetstaat, de door haar onderaannemer de nv De Ruyver opgegeven prijzen bij mistasten en onopzettelijk verkeerdelijk heeft ingevuld. Integendeel mag uit het administratief dossier en het verweer worden afgeleid dat de bvba PIC de opsplitsing van het totale bedrag van haar onderaannemer niet onopzettelijk en bij vergissing heeft gedaan. Het ‘rechtzetten’ van haar handelwijze, en dan nog aan de hand van stukken opgesteld na de vraag tot prijsverantwoording, geeft, wanneer een aanbestedende overheid dit aanvaardt, aanleiding tot de mogelijkheid van het vaststellen van een offerte met nieuwe prijzen, hier dus een nieuwe offerte, wat een onwettige werkwijze is.

Conclusie is dan ook dat de aanbestedende overheid te dezen onterecht een zuiver materiële fout zoals bedoeld in artikel 96 van het koninklijk besluit Plaatsing heeft aanvaard bij de offerte van de bvba PIC. Dit houdt een schending in van het voornoemde artikel 96 en van de materiëlemotiveringsplicht.

Het gegrond bevinden van het middel heeft gevolgen voor de beoordeling van de offerte van de [bvba] PIC zodat de verzoekende partij belang heeft bij het middel.

De gunningsbeslissing dient te worden vernietigd.”

Aldus oordeelde de Raad van State dat de bvba PIC geen materiële fout heeft begaan maar de prijzen voor de kwestieuze posten in haar offerte niet onopzettelijk maar wetens en willens heeft opgegeven. Nadien heeft de bvba PIC in het kader van de gevraagde prijsverantwoording haar prijzen

gewijzigd en de verwerende partij heeft deze nieuwe prijzen en dus het motief van de materiële fout aanvaard.

In de nieuwe gunningsbeslissing van 26 november 2018 gaat de verwerende partij mee in deze nieuwe prijszetting en neemt ze mee in de prijsverantwoording die zij aanvaardt.

De verwerende partij mag dan ook niet worden gevolgd in haar verweer dat zij bij deze nieuwe gunningsbeslissing “dus geen rechtzetting [toestaat] van enige fout”, integendeel, de gegeven prijsverantwoording is gegrond op nieuwe prijzen die werden gegeven omdat de in de offerte vermelde prijzen aangetast zouden zijn door een materiële fout.

Zoals de Raad in zijn arrest nr. 239.922 aangaf, heeft de verwerende partij aldus de bvba PIC de mogelijkheid gegeven een nieuwe offerte in te dienen wat een onwettige werkwijze is. Om die reden mocht de verwerende partij de bvba PIC niet meer in aanmerking nemen als de laagste regelmatige bieder en schendt zij artikel 24, eerste lid, van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’. Evenzeer is de schending van de artikelen 21, 95 en 99 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ aangetoond aangezien het prijsonderzoek, waarbij de prijsverantwoording wordt aanvaard, is gevoerd op grond van andere prijzen dan die opgenomen in de offerte.

Het middel is gegrond.

11. De verzoekende partij vordert tevens de nietigverklaring van de beslissing tot het niet in aanmerking nemen van haar offerte als de laagste regelmatige offerte en van de impliciete beslissing om de werken niet aan haar te gunnen.

In het auditoraatsverslag, dat besluit tot de vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing, wordt hieromtrent onder meer als volgt overwogen:

“Gelet op de concrete omstandigheden van het dossier, waaruit de moedwillige houding van de verwerende partij naar voren komt -zij heeft in essentie haar eerdere, door de Raad van State vernietigde beslissing gewoon hernomen, zonder de motivering wezenlijk te herzien, daarbij het gezag van gewijsde schendend van het arrest nr. 239.922 van 21 november 2017- lijkt er te dezen voldaan aan de uitzonderlijke omstandigheden die voorhanden moeten zijn opdat de bijzondere jurisprudentiële techniek van de bijkomende vernietiging van een impliciete weigeringsbeslissing zou kunnen worden overwogen.”

Zoals opgemerkt *sub* 4.4 herhaalt de verwerende partij in haar laatste memorie woordelijk haar standpunt van haar memorie van antwoord zonder nader in te gaan op de conclusie in het auditoraatsverslag.

Gelet op deze conclusie, het gebrek aan concreet verweer hierop en het gebrek aan door de verwerende partij aangevoerde elementen die erop zouden kunnen wijzen dat de offerte van de verzoekende partij op haar beurt onregelmatig zou zijn, dient de impliciete weigeringsbeslissing om de kwestieuze opdracht te gunnen aan de verzoekende partij als laagste regelmatige inschrijver, te worden vernietigd samen met de gunningsbeslissing.

VI. Rechtsplegingsvergoeding

12.1. In haar memorie van wederantwoord – herhaald in haar laatste memorie – vordert de verzoekende partij als rechtsplegingsvergoeding het maximumbedrag van 2.800 euro en geeft hierbij de toelichting:

“[D]it om reden dat de verwerende partij zich manifest foutief heeft gedragen op meerdere vlakken, met name door

- een nieuwe beslissing te nemen die als tergend en roekeloos is te aanzien, nu deze geen rekening houdt met de inhoud van het arrest dat de Raad van State op 21 november 2017 ten nadele van de verwerende partij heeft uitgesproken en een deugdelijke, pertinente en draagkrachtige motivering voor de nieuwe beslissing nog altijd ontbreekt, en het duidelijk is dat die nieuwe beslissing enkel werd

genomen om het betalen van een schadevergoeding, waarvoor de verzoekster intussen een vordering voor de burgerlijke rechtbank had uitgebracht, te vertragen;

- zich in haar memorie van [antwoord] te bedienen van enerzijds algemene en zelfs inhoudsloze stellingen en geen werkelijk antwoord of repliek te bieden op de middelen van de verzoekster, en anderzijds zelfs meermaals stellingen te poneren die regelrecht indruisen tegen de werkelijkheid en de objectieve stukken, hetgeen ook het verweer een tergend, roekeloos en onredelijk karakter geeft.

In feite heeft de verwerende partij in deze misbruik gemaakt van de theoretische mogelijkheid om een nieuwe beslissing te nemen en is zij al zeker manifest in de fout gegaan door in de gegeven omstandigheden dezelfde beslissing te nemen als degene die eerder door de Raad van State was vernietigd. Op die manier heeft de verwerende partij de verzoekster nodeloos op bijkomende kosten gejaagd.”

Beoordeling

12.2. Het toekennen van een rechtsplegingsvergoeding heeft geen sanctionerend karakter maar betreft een forfaitaire tegemoetkoming in de kosten en honoraria van de advocaat van de in het gelijk gestelde partij.

Voorts vertoont de zaak inhoudelijk geen bovenmatige complexiteit. Er mag dan ook worden volstaan met een rechtsplegingsvergoeding aan het basisbedrag van 700 euro.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van de stad Sint Niklaas van 26 november 2018 waarbij de opdracht van aanneming van werken, namelijk de interne verbouwing, uitbreiding met berging en vernieuwing van het buitenschrijnwerk van het kinderdagverblijf Driekoningen, wordt gegund aan de bvba PIC alsook de impliciete weigeringsbeslissing om deze opdracht te gunnen aan de nv Bouwbedrijf VMG-De Cock.

2. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 20 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verzoekende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van drie mei tweeduizend eenentwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,

bijgestaan door

Greta Scheveneels,	griffier.
--------------------	-----------

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Dierk Verbiest

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 252.446 van 16 december 2021
in de zaak A. 235.075/XII-9153**

In zake: de BV GARAGE VINCKE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Manuel Horbach
kantoor houdend te 9250 Waasmunster
Nijverheidslaan 43
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD SINT-NIKLAAS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Elke Casteleyn
kantoor houdend te 9160 Lokeren
Begijnhofstraat 8/0003

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 24 november 2021, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “het besluit van 18 oktober 2021 (lees: 8 november 2021) van het CBS van de stad Sint-Niklaas, 9100 Sint-Niklaas, Grote Markt 1. Houdende de gunning van een raamcontract voor het takelen en stallen van voertuigen in Sint-Niklaas, tijdens de periode 1/1/2022 tot en met 31/12/2024.”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De partijen zijn overeenkomstig artikel 16, § 2, derde lid, van het koninklijk besluit van 5 december 1991 ‘tot bepaling van de rechtspleging in kort geding voor de Raad van State’ door de waarnemend voorzitter van de XIIe kamer bijeengeroepen voor een virtuele terechtzitting via Teams, op donderdag 16 december 2021, om 11.00 uur.

XII-9153-1/3

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Manuel Horbach, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Elke Casteleyn, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederick Ongena 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. Intrekking van de bestreden beslissing

3. Met een beslissing van 6 december 2021 van het college van burgemeester en schepenen van de stad Sint-Niklaas is de bestreden beslissing ingetrokken.

De vordering is bijgevolg zonder voorwerp, minstens heeft de verzoekende partij haar belang bij de vordering verloren.

IV. Kosten

4. In de gegeven omstandigheden past het de kosten, zijnde het rolrecht, de bijdrage en de door de verzoekende partij gevraagde basisrechtsplegingsvergoeding van 700 euro, ten laste van de laste van de verwerende partij te leggen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 20 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verzoekende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van zestien december tweeduizend eenentwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

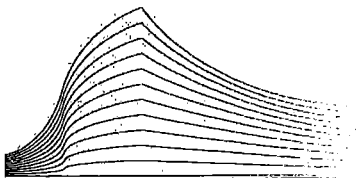
Patricia De Somere,	staatsraad, waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Patricia De Somere



Repertoriumnummer 2022 / 3164
Datum van uitspraak 8 april 2022
Rolnummer 18/1928/A

Uitgifte

Uitgereikt aan	Uitgereikt aan	Uitgereikt aan
op €	op €	op €

- Aan te bieden aan de ontvanger
- Verzoekschrift/dagvaarding na 31.1.2019

Rechtbank van eerste aanleg Oost-Vlaanderen, afdeling Dendermonde

Vonnis – D 8^e Kamer

15433

Aangeboden op
Niet te registreren

De rechtbank van eerste aanleg Oost-Vlaanderen, afdeling Dendermonde, sectie burgerlijke rechtbank, D Achtste kamer, heeft het volgend vonnis verleend:

In de zaak : 18/1928/A

BOUWBEDRIJF VMG-DE COCK NV, KBO 0433.430.444, met vennootschapszetel te 9100 Sint-Niklaas, Industriepark-West 55,

eiseres, vertegenwoordigd door Meester Geerts Filip, advocaat te 9300 Aalst, Bauwensplaats 1bus 10.

tegen

STAD SINT-NIKLAAS, vertegenwoordigd door haar College van Burgemeester en Schepenen, met burelen te te 9100 Sint-Niklaas, Grote Markt 1, stadhuis,

verweerster, vertegenwoordigd door Meester Dhondt Hilde *loco* Meester Van Der Gucht Willy, advocaat te 9000 Gent, Voskenslaan 34-36.

VELT DE RECHTBANK HET VOLGENDE VONNIS:

I Procedureverloop – elementen waarop de rechtbank haar oordeel steunt

1.1 De rechtbank laat de betrokkenen bij deze procedure weten dat zij in wat volgt de volgende woorden gebruikt om hen aan te duiden:

- ✚ eisende partij: “eiseres” of “VMGDC”
- ✚ verwerende partij: “verweerster” of “SINT-NIKLAAS”

1.2 De rechtbank heeft kennis genomen van de volgende proceduristukken:

- ✚ de gedinginleidende dagvaarding van 18 juni 2018
- ✚ de beschikking houdende bepaling van conclusietermijnen en rechtsdag, gewezen op basis van art. 747 § 2 Ger.W. op 20 september 2018
- ✚ de synthesebesluiten voor eiseres van 19 november 2021, en
- ✚ de synthesebesluiten voor verweerster van 11 januari 2022.

Geen enkele partij heeft ter zitting gewag gemaakt van enig incident bij de ingereedheidbrenging van de zaak.

Partijen hebben hun standpunten uiteengezet en toegelicht op de zitting van 14 januari 2022.

Volgende partijen hebben hun overtuigingsstukken neergelegd:

- ✎ eiseres, een bundel omvattende 20 stukken conform inventaris, en
- ✎ verweerster, een bundel omvattende 25 stukken conform de aan haar besluiten van 20 september 2019 gehechte inventaris.

De rechtbank heeft de debatten gesloten en de zaak in beraad genomen.

1.3 De rechtbank stelt vast dat gedurende de volledige procedure de bepalingen van de Wet op het Taalgebruik in Gerechtszaken, in het bijzonder artt. 2, 24, 30, 33, 34, 36, 37, 40, 41 en 42, gerespecteerd werden.

II Vorderingen

2.1 Eiseres VMGDC vordert als volgt:

“De vordering ontvankelijk en gegrond te verklaren.

De stad Sint-Niklaas te veroordelen om een de eiseres een bedrag te betalen van 28.508,20 Euro, méér de moratoire intresten aan de wettelijke rentevoet vanaf 12 december 2016 tot 18 juni 2018 en méér de gerechtelijke intresten vanaf 18 juni 2018 aan de wettelijke rentevoet op het totaal van de hoofdsom en de tot 18 juni 2018 vervallen moratoire intresten, dit tot moment van volledige betaling.

De stad Sint-Niklaas te veroordelen tot het betalen van al de kosten waartoe het geding aanleiding kan geven, aan de zijde van de eiseres op vandaag begroot op:

- | | |
|--|----------------|
| - dagvaarding (met inbegrip van rolrecht): | 328,87 Euro |
| - rechtsplegingsvergoeding: | 2.600,00 Euro” |

2.2 Verweerster SINT-NIKLAAS vordert als volgt:

“De vordering van eisende partij zonder voorwerp hetzij onontvankelijk te verklaren, minstens de vordering integraal af te wijzen als ongegrond.

Eiseres te veroordelen tot de kosten van het geding met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding, aan de zijde van conculant begroot op 2.600,00 EUR.”

III Situering van het geschil: feitelijke voorgaanden en standpunten van partijen

3.1 VMGDC is een bouwonderneming. Zij dingt regelmatig mee voor overheidsopdrachten voor gespecialiseerde bouwwerken.

SINT-NIKLAAS is het gedecentraliseerde lokaal bestuur voor het grondgebied van de stad Sint-Niklaas. Zij beheert een vastgoedportefeuille nodig om haar diensten uit te oefenen.

3.2 SINT-NIKLAAS heeft een openbare opdracht uitgeschreven voor de renovatie en uitbreiding van haar kinderdagverblijf “Driekoningen”.

VMGDC heeft hierop ingeschreven.

SINT-NIKLAAS heeft de inschrijving van VMGDC afgewezen stellende dat na onderzoek blijkt dat BV PIC, derde ten aanzien van de procedure, een betere prijs gegeven had.

VMGDC heeft deze beslissing aangevochten voor de administratieve rechter. Deze heeft geoordeeld dat SINT-NIKLAAS haar beslissing op onregelmatige wijze genomen had en haar een tweede kans gegeven een correcte beslissing te nemen.

VMGDC vat deze rechtbank in schadevergoeding. Dit is deze procedure.

3.3 Hangende deze procedure neemt SINT-NIKLAAS klaarblijkelijk een nieuwe beslissing waarbij zij de opdracht nogmaals toewijst aan PIC en de voornoemde inschrijving VMGDC afwijst.

VMGDC vat de administratieve rechter die haar opnieuw in het gelijk stelt, dit maal zonder nieuwe kans te geven aan SINT-NIKLAAS.

3.4 VMGDC meent dat vast staat dat SINT-NIKLAAS onwettig gehandeld heeft en vordert schadevergoeding die zij op forfaitaire wijze begroot.

SINT-NIKLAAS meent dat de feiten aangehaald in de dagvaarding uitgeput zijn zodat het geschil zonder voorwerp is. Zij trekt hieruit het besluit dat de vordering onontvankelijk is, minstens ongegrond.

IV Gronden van het vonnis

IV.1 INLEIDEND

4.1 De rechtbank houdt eraan een aantal basisbegrippen in herinnering te brengen vooraleer de vorderingen tussen VMGDC en SINT-NIKLAAS te beoordelen.

4.2 “Rechtsmacht” (in het Frans: “*jurisdiction*”) gaat de taakverdeling tussen enerzijds Belgische gerechtelijkrechtelijke organen en anderzijds andere rechtsprekende organen – administratieve rechtsprekende organen, arbiters, buitenlandse organen – aan.¹ Het is een notie die verwant is aan “bevoegdheid” aangezien deze laatste de taakverdeling tussen de verschillende organen van de rechterlijke macht aangaat.

¹ Vergelijk Rb Oost-Vlaanderen (afd. Dendermonde) 29 januari 2019, AR 16/1819/A, *onuitg.*, titel IV.2, nr. 4.3.

“Macht” daarentegen gaat de vraag aan of een rechter een bepaalde kwestie daadwerkelijk kan beoordelen. “Macht” heeft deze rechtbank al eens gedefinieerd als de som van “rechtsmacht”, “bevoegdheid”, “dienst”² en “saisine”.³

De meest bekende beperking van de macht van de rechter is het beschikkingsbeginsel. De rechtbank mag alleen beslechten wat partijen haar voorleggen als geschil, dit op straffe van nietigheid van de rechterlijke beslissing.⁴

“Macht” (in het Frans: “*pouvoir*”) en “rechtsmacht” zijn naar het begrip van deze rechtbank dus geen synoniemen. In de Franse rechtstaal – die ook voor het begrip van het Belgisch recht maatgevend is – gaat het eveneens om twee onderscheiden woorden die niet eens op elkaar lijken.

Om het gemakkelijk te maken – deze formule is sarcastisch – gebruikt de literatuur vaak het woord “bevoegdheid” om op “macht” te wijzen.

“Rechtsmacht” (en ook “bevoegdheid”) gaat de procedure aan, “macht” de concrete beoordeling en dus de grond van de zaak.

IV.2 ONTVANKELIJKHEID VAN DE VORDERINGEN

4.3 SINT-NIKLAAS betwist de ontvankelijkheid van de vordering van VMGDC.

4.4 Ontvankelijkheid gaat de relatie tussen eiser en vordering aan: heeft de eiser hoedanigheid om zijn vordering in te stellen en heeft hij belang bij zijn vordering?

Of de vordering doel treft, is het gegrondheidsoordeel dat de rechter wijst.

De rechtbank moet de ontvankelijkheid in de eerste plaats beoordelen aan de hand van de aanduidingen in de dagvaarding.

In de dagvaarding verklaart VMGDC dat zij belang heeft om een bepaald geschil beslecht te zien en zij verklaart hoedanigheid te hebben de vordering in te stellen omdat zij een afgewezen inschrijver is.

Of deze gegevens correct zijn en of zij leiden tot een veroordeling, is een kwestie ten gronde:

² Art. 88 Ger.W.

³ Vergelijk Rb Oost-Vlaanderen (afd. Dendermonde) 29 januari 2019, AR 16/1819/A, *onuitg.*, titel IV.2, nr. 4.7.

⁴ Art. 1138.2° Ger.W. Vergelijk M. VERDICKT, “De taak van de rechter wanneer de openbare orde zich opdringt: het Hof van Cassatie brengt chaos in de chaos”, noot onder Cass. 4 september 2020, *R.W.* 2021/10, (408) 409, nr. 4.

“Ook al wordt zijn recht betwist, de procespartij die titularis van een subjectief recht beweert te zijn heeft het vereiste belang en de vereiste hoedanigheid om een rechtsvordering in te stellen. Het onderzoek naar het bestaan of de draagwijdte van het subjectieve recht dat de [...] partij inroept, valt niet onder de ontvankelijkheid maar onder de gegrondheid van de vordering.”⁵

4.5 Op zich betwist SINT-NIKLAAS het voorgaande niet, zij meent dat de ontvankelijkheid verloren gegaan is door de evolutie van de zaak.

Ontvankelijkheid is inderdaad een kwestie die de rechtbank moet beoordelen over het geheel van de procedure. Aangezien de rechter rekening moet houden met de evolutie van de zaak hangende de procedure⁶, moet de vordering ontvankelijk zijn, niet alleen bij aanhangigmaking maar eveneens op het moment van inberaadname. Dit geldt even goed voor het belangvereiste.⁷

Deze overweging in rechte doet evenwel geen afbreuk aan de overweging onder het voorgaande randnummer dat voor het vervullen van het belangvereiste, de verklaring van de eisende partij principieel volstaat. VMGDC verklaart ondanks de evolutie nog steeds belang te hebben bij de beslechting van het geschil dat zij aan de rechtbank heeft voorgelegd. Of dit geschil nog actueel is, is dan een beoordeling ten gronde.

4.6 Terloops merkt de rechtbank op dat SINT-NIKLAAS zich vergist aangaande de kwalificatie van de evolutie van de zaak.

De toewijzingsbeslissing is geen voorwerp van dit geschil, wel de oorzaak. De toewijzingsbeslissing was voorwerp van het geschil dat VMGDC had aangebracht bij de RAAD VAN STATE. Dit is de kern van de leer van de afsplitsbare akte: is de administratieve akte in kwestie voorwerp of oorzaak van het geding?

4.7 De rechtbank ziet geen ambtshalve te onderzoeken elementen die zich tegen ontvankelijkverklaring verzetten.

De rechtbank verklaart de vordering dus ontvankelijk.

IV.3 GEGRONDHEID VAN DE VORDERINGEN

⁵ Vergelijk Cass, 26 januari 2017, C.16.0291.F; Cass, 11 januari 2017, P.16.0703.F; Cass, 29 oktober 2015, C.13.0374.N; Cass, 5 september 2013, C.12.0445.N; Cass, 26 februari 2004, C.01.0402.N.

⁶ Vergelijk Cass, 19 oktober 2018, R.W. 2018-19/40, 1592, nummer 2.

⁷ Vergelijk HvJ, C-550/07, *Akzo Nobel/Commissie*, 14 september 2010, <http://curia.europa.eu>, overweging 22. Vergelijk Cass, 6 oktober 2006, *RABG* 2006, 1346, overweging III.3. Vergelijk P. LEMMENS, *Gerechtigd privaatrecht*, I, Leuven, Acco, 1994, 127.

4.8 Conform de eenheidsleer staat vast dat SINT-NIKLAAS een fout begaan heeft bij het nemen van haar toewijzingsbeslissing. De uitspraak van de administratieve rechter bindt deze rechtbank.

Weliswaar stelt SINT-NIKLAAS onder verwijzing naar gezaghebbende literatuur dat de eenheidsleer niet strikt geldt in het openbare-opdrachtencontentieux maar de rechtbank verwerpt deze stelling.

De beslissing die een overheid neemt is immers per definitie aan die overheid **toerekenbaar**. Anders zou iemand anders de beslissing genomen hebben voor rekening van iemand anders dan die overheid en zelfs in die hypothese is er een zekere mate van toerekenbaarheid aangezien deze andere persoon noodzakelijk een mandaat moet gehad hebben. Niet-toerekenbaarheid wil zeggen dat één en ander achter de spreekwoordelijke rug van de betrokkene gebeurd is.

Toerekenbaarheid is zoals SINT-NIKLAAS terecht opmerkt niet hetzelfde als fout. Dit is in het algemeen burgerlijk recht ook het verschil tussen art. 1382 (oud) B.W. en art. 3.101 B.W. (voorheen art. 544 (oud) B.W.). Toerekenbaarheid is burgerlijkrechtelijk maar aan de orde wanneer de grondslag van de vordering abstractie maakt van een eventuele fout.

De onwettigheid van een beslissing impliceert evenwel per definitie het foutieve karakter van die beslissing. Een onwettigheid kan niet rechtmatig zijn, dit is een *contradictio in terminis*, een interne tegenspraak in het eigen discours. Wel kan een onwettigheid verschoonbaar zijn maar van verschoonbaarheid kan moeilijk sprake van zijn wat een overheid betreft. Het tegendeel bepleiten komt neer op ingaan tegen het principe *legem patere quam ipse fecisti*, de wet is duidelijk voor diegene die ze gemaakt heeft, waarbij de rechtbank eraan herinnert dat een lokaal bestuur geen drager is van soevereiniteit maar slechts een territoriaal gedecentraliseerde bestuurlijke eenheid uitmaakt. De (federale) wet is dus duidelijk voor het lokale bestuur.

Indien de beslissing van SINT-NIKLAAS niet aan SINT-NIKLAAS toerekenbaar zou zijn, aan wie dan wel? De vraag stellen is ze beantwoorden.

4.9 Zelfs in de veronderstelling dat deze rechtbank zou moeten onderzoeken of SINT-NIKLAAS haar beslissing te goeder trouw geweest zou hebben, stelt de rechtbank vast dat hier geen sprake van kan zijn aangezien – zoals de RAAD VAN STATE tot twee keer toe heeft opgemerkt – SINT-NIKLAAS aan PIC de gelegenheid gegeven heeft een nieuwe prijsofferte in te dienen.

SINT-NIKLAAS heeft dus de gelijkheid tussen inschrijvers geschonden wat zij onmogelijk te goeder trouw kan doen. Het gelijkheidsbeginsel is een basisprincipe van de rechtsstaat dat SINT-NIKLAAS moet kennen en in acht nemen.

4.10 Het verweer van SINT-NIKLAAS dat haar tweede beslissing en vervolgens de vernietiging van die tweede beslissing “het voorwerp” – waarmee zij de oorzaak bedoelt – van het geschil wegneemt wat minstens tot ongegrondheid van de vordering moet leiden, is onterecht.

In haar tweede arrest heeft de RAAD VAN STATE immers aangestipt dat SINT-NIKLAAS op basis van haar eerste arrest PIC niet meer in aanmerking mocht nemen als laagste bieder op straffe van schending van art. 24 van de oude overheidsopdrachtenwet.

De RAAD VAN STATE bevestigt dus dat het probleem bij de plaatsing van de opdracht al verworven is bij haar eerste arrest.

Het tweede arrest is dus maar een “feit” in de loop van de procedure.

Feit of rechtsfeit, de rechtbank moet in ieder geval rekening houden met de evolutie van de zaak gedurende het geding.⁸ SINT-NIKLAAS verwacht dit principe met het principiële verbod het geschil uit te breiden in de loop van het geding tenzij de maatgevende feiten voor deze uitbreiding al beschreven staan in de dagvaarding.⁹

VMGDC brengt naar aanleiding van het tweede arrest van de RAAD VAN STATE geen nieuw geschil aan. Zij brengt hoogstens een nieuw (rechts-)feit aan. Met dit nieuwe (rechts-)feit moet de rechtbank rekening houden.

4.11 Dat VMGDC schade geleden heeft, staat voor de rechtbank vast.

VMGDC heeft immers inspanningen moeten leveren om een offerte in te dienen waar SINT-NIKLAAS vervolgens op foutieve wijze mee omgaat. Deze inspanningen zijn verloren, niet doordat zij niet competitief waren maar doordat SINT-NIKLAAS de marktparticipanten niet op gelijke wijze behandelde en dit zonder dat SINT-NIKLAAS op welke wijze ook rechtsherstel heeft mogelijk gemaakt.

Vervolgens voorziet de wet in forfaitaire waardering van de schade.

4.12 Het oorzakelijk verband tussen deze schade en de onwettigheid van de beslissing is apert.

Zonder onwettigheid geen kans voor PIC om haar offerte te “herstellen” en onder de prijs van VMGDC terecht te komen.

4.13 VMGDC vordert op datum van dagvaarding kapitalisatie van moratoire intresten.

Dergelijke kapitalisatie is op zich strijdig met de openbare orde.

⁸ Vergelijk Cass. 19 oktober 2018, *R.W.* 2018-19/40, 1592, nummer 2.

⁹ Art. 807 Ger.W.

Het is aan VMGDC om aan te tonen dat de kapitalisatie die zij vordert mogelijk is.

Alternatief merkt de rechtbank op dat het kapitalisatieverbod niet geldt mochten de intresten die VMGDC vordert van vergoedende, indemnitaire, aard zijn. Kapitalisatie is dan zelfs verplicht – op datum vonnis – om volledige schadevergoeding toe te kennen.

Evenwel staan de parameters van de vordering van VMGDC van in den beginne op kenbare wijze vast en voorziet de wet in een forfaitaire waardering van de schade. De rechtbank moet de schadevergoeding dus niet waarderen. Dit impliceert dat de vordering een sommenvordering, geen waardevordering, is. De intresten zijn dus wel degelijk van moratoire aard. Aan de kapitalisatievoorwaarden is niet voldaan.

Overigens zijn de “gerechtelijke” intresten op geen enkele wijze autonoom: zij zijn de voortzetting ná dagvaarding van de intresten die vóór dagvaarding liepen en hebben de zelfde aard.

IV.4 PROCEDUREKOSTEN

4.14 SINT-NIKLAAS is verliezende partij en moet dus de procedurekosten dragen.

Dit impliceert tegelijk dat zij de kosten die VMGDC opgelopen heeft moet terugbetalen. Kosten in debet moet zij aan de BELGISCHE STAAT betalen.

Haar eigen kosten heeft zij al gedragen zodat de rechtbank hier geen titel voor hoeft te verlenen.

4.15 Volgens de aantekeningen van de gerechtsdeurwaarder heeft de dagvaarding 328,87 euro gekost.

De griffier heeft de bijdrage aan het bijzonder begrotingsfonds juridische tweedelijnsbijstand geëind.

4.16 Partijen zijn het eens dat de toe te wijzen rechtsplegingsvergoeding 2.600 euro bedraagt.

V Andere middelen

5.1 De rechtbank beoordeelt de door partijen ingeroepen middelen die zij niet uitdrukkelijk besproken heeft als irrelevant voor de beoordeling van het geschil, dan wel als impliciet beantwoord.

VI Uitspraak

DE RECHTBANK

⚖️ doet uitspraak op tegenspraak

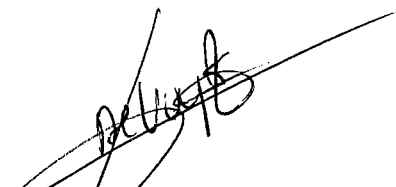
⚖️ verklaart de vordering van VMGDC ontvankelijk en gegrond als volgt

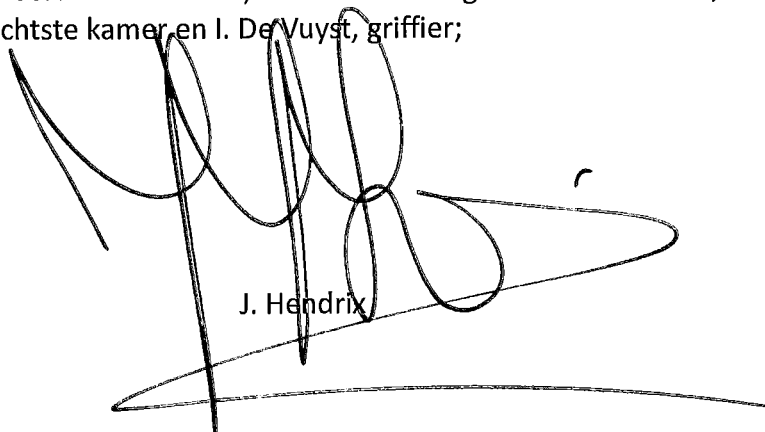
- veroordeelt SINT-NIKLAAS tot betaling aan VMGDC van 28.508,20 euro, te vermeerderen met verwijlinteresten aan de wettelijke intrestvoet sinds 12 december 2016 tot aan de dag van volledige betaling en verstaat dat deze interesten sinds de dagvaarding eveneens van gerechtelijke aard zijn

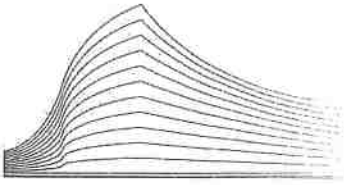
⚖️ verwijst SINT-NIKLAAS in de kosten van de procedure en veroordeelt haar dan ook tot betaling

- aan VMGDC van de procedurekosten die zij heeft opgelopen en stelt vast dat het hierbij om de volgende kosten gaat:
 - dagvaarding met inbegrip van de rolrechten 328,87 euro
 - rechtsplegingsvergoeding 2.600,00 euro

Aldus gewezen en uitgesproken in openbare terechtzitting van de D achtste kamer van de rechtbank van eerste aanleg Oost-Vlaanderen, afdeling Dendermonde, zetelend in burgerlijke zaken, op **ACHT APRIL TWEEUUIZEND TWEEËNTWINTIG**, alwaar aanwezig waren: J. Hendrix, ondervoorzitter, voorzitter van de D achtste kamer en I. De Vuyst, griffier;


I. De Vuyst


J. Hendrix



Repertoriumnummer 2021/10992
Kamer D8
Datum van uitspraak 12/11/2021
Rolnummer 20/1387/A

Uitgifte

Uitgereikt aan	Uitgereikt aan	Uitgereikt aan
op €	op €	op €

VRUGGESTELD VAN
EXPEDITIE RECHT
art. 792 GW-200/2* Wetb. Reg

- Aan te bieden aan de ontvanger
- verzoekschrift/dagvaarding na 31/01/2019
- Pro Deo
- FJTB

**rechtbank van eerste aanleg
Oost-Vlaanderen
afdeling Dendermonde
sectie burgerlijke rechtbank**

Kamer D8

Aangeboden op
Niet te registreren

TUSSENVONNIS

Heropening van de debatten
Zitting op 9 december 2022

In de zaak: 20/1387/A

NV BOUWBEDRIJF VMG-DE COCK, met maatschappelijke zetel te 9100 Sint-Niklaas, Industriepark-West 55, RPR Gent, afdeling Dendermonde, KBO-nr. 0433.430.444

Eiseres, vertegenwoordigd door mr. Geerts Filip, advocaat te 9300 Aalst, Bauwensplaats 1bus 10.

Tegen:

STAD SINT-NIKLAAS, vertegenwoordigd door haar college van burgemeester en schepenen, gevestigd te 9100 Sint-Niklaas, Grote Markt 1

Verweerster

Eiseres in gedwongen tussenkomst en vrijwaring, vertegenwoordigd door mr. Swennen F., loco mr. Laenen Gitte, advocaat te 2800 Mechelen, Antwerpsesteenweg 16-18.

Tegen:

CV MAN ARCHITECTEN, met maatschappelijke zetel te 9100 Sint-Niklaas, Kalkstraat 62, KBO-nr. 0644.825.316

Verweerster in gedwongen tussenkomst en vrijwaring, vertegenwoordigd door mr. Goossens S., loco mr. Uytterhoeven Kristof, advocaat te 2600 Berchem, Potvlietlaan 4.

VELT DE RECHTBANK HET VOLGENDE VONNIS:

I Procedureverloop – elementen waarop de rechtbank haar oordeel steunt

1.1 De rechtbank laat de betrokkenen bij deze procedure weten dat zij in wat volgt de volgende woorden gebruikt om hen aan te duiden:

- ☛ eisende partij: “eiseres” of “VMGDC”
- ☛ verwerende partij: “verweerster” of “SINT-NIKLAAS”
- ☛ verweerster in gedwongen tussenkomst: “tussengekomen partij” of “MAN”

1.2 De rechtbank heeft kennis genomen van de volgende procedurestukken:

- ☛ de gedinginleidende dagvaarding van 24 juni 2020
- ☛ de dagvaarding in tussenkomst en vrijwaring van 30 september 2020
- ☛ de beschikking houdende bepaling van conclusietermijnen en rechtsdag, gewezen op basis van art. 747 § 2 Ger.W. op 23 oktober 2020
- ☛ de synthesebesluiten voor eiseres van 7 mei 2021,
- ☛ de synthesebesluiten voor verweerster van 11 juni 2021, en
- ☛ de synthesebesluiten voor tussengekomen partij van 9 juli 2021.

Geen enkele partij heeft ter zitting gewag gemaakt van enig incident bij de ingereedheidbrenging van de zaak.

Partijen hebben hun standpunten uiteengezet en toegelicht op de zitting van 10 september 2021.

Volgende partijen hebben hun overtuigingsstukken neergelegd:

- ✚ eiseres, een bundel omvattende 22 stukken conform inventaris,
- ✚ verweerder, een bundel omvattende 30 stukken conform inventaris, en
- ✚ tussengekomen partij, een bundel omvattende 1 stuk conform inventaris.

De rechtbank heeft de debatten gesloten en de zaak in beraad genomen.

1.3 De rechtbank stelt vast dat gedurende de volledige procedure de bepalingen van de Wet op het Taalgebruik in Gerechtszaken, in het bijzonder artt. 2, 24, 30, 33, 34, 36, 37, 40, 41 en 42, gerespecteerd werden.

II Vorderingen

2.1 Eiseres VMGDC vordert als volgt:

"In hoofdorde:

De vordering ontvankelijk en gegrond te verklaren.

Dienvolgens de stad Sint-Niklaas te veroordelen om aan de eiseres een schadevergoeding te betalen ten bedrage van 79.952,13 Euro, te vermeerderen met de vergoedende intresten aan de wettelijke rentevoet vanaf 14 mei 2019 tot op moment van volledige betaling.

Te zeggen voor recht dat de vervallen intresten kunnen worden gekapitaliseerd in de zin van art. 1154 B.W.

In ondergeschikte orde:

Minstens dient, alvorens ten gronde te oordelen:

- *de vertrouwelijkheid van de stukken 26, 27 en 29 van de stad Sint-Niklaas opgeheven te worden en aan de stad Sint-Niklaas bevolen te worden om er een kopie van over te maken aan de eiseres om er inzage van te nemen en standpunt over in te nemen;*
- *de stad Sint-Niklaas en/of MAN Architecten te bevelen om de stukken en objectieve gegevens voor te leggen waarop de raming van de kostprijs van de elementen in architectonisch beton zou zijn gebaseerd.*

De stad Sint-Niklaas te veroordelen tot het betalen van al de kosten waartoe het geding aanleiding geeft, aan de zijde van de eiseres op heden begroot op:

- | | |
|-----------------------------|----------------|
| - kosten dagvaarding: | 270,95 Euro |
| - rechtsplegingsvergoeding: | 3.600,00 Euro” |

2.2 Verweerster SINT-NIKLAAS vordert als volgt:

“In hoofdorde

De vorderingen van concludante jegens eisende partij ontvankelijk en gegrond te verklaren.

De vorderingen van eisende partij te verworpen als onontvankelijk, minstens als ongegrond.

Diengevolgens eisende partij te horen veroordelen tot de kosten van het geding, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding ten belope van 3.600,00 euro, te indexeren indien geïndexeerd bij KB tussen huidige conclusie en het tussen te komen vonnis.

In ondergeschikte orde

De vordering tot vrijwaring tegen verweerster in gedwongen tussenkomst ontvankelijk en gegrond te verklaren;

Diengevolgens tussenkomende partij te veroordelen tot het vrijwaren van verwerende partij voor wat betreft alle bedragen, kosten en andere zaken waarvoor verwerende partij zou worden veroordeeld;

Diengevolgens verweerster in gedwongen tussenkomst te horen veroordelen tot de kosten van het geding, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding ten belope van 3.600,00 euro, te indexeren indien geïndexeerd bij KB tussen huidige conclusie en het tussen te komen beschikking.

Het te vellen vonnis uitvoerbaar bij voorraad te verklaren niettegenstaande enig rechtsmiddel en met uitsluiting van borgstelling en kantonnement.”

2.3 Tussengekomen partij MAN vordert als volgt:

“- Met betrekking tot de vorderingen van VMG-De Cock lastens de Stad Sint-Niklaas:

- o *de vorderingen van VA,..[G-De Cock af te wijzen als ongegrond;*

- Met betrekking tot de vordering gedwongen tussenkomst en vrijwaring van de Stad Sint-Niklaas lastens concludante:

- o *in hoofdorde en in zoverre de vordering van VMG-De Cock toelaatbaar en gegrond zou worden verklaard: de vrijwaringsvordering van de Stad Sint-Niklaas af te wijzen als ongegrond;*
- o *in ondergeschikte orde: concludante maximaal te veroordelen tot 61.065,20 EUR (excl. BTW), en minstens tot maximaal 50% van de weerhouden schadevergoeding;*

- *dienvolgens de Stad Sint-Niklaas te veroordelen tot de kosten van het geding, inclusief de rechtsplegingsvergoeding begroot op 1900,00 EUR;”*

III Situering van het geschil: feitelijke voorgaanden en standpunten van partijen

3.1 VMGDC is een bouwonderneming. Zij dingt regelmatig mee voor overheidsopdrachten voor gespecialiseerde bouwwerken.

SINT-NIKLAAS is de gedecentraliseerde lokale administratieve overheid voor het grondgebied van de stad Sint-Niklaas. Zij beheert een vastgoedportefeuille nodig om haar diensten uit te oefenen.

3.2 SINT-NIKLAAS heeft een openbare opdracht uitgeschreven tot uitbreiding van haar sportcentrum “De Witte Molen”. MAN trad hierbij adviserend en coördinerend op.

Na analyse van de inschrijvingen heeft zij de opdracht toegewezen aan THV VHK-DE TENDER. Op 3 augustus 2018 brengt zij de inschrijvers op de hoogte van haar beslissing.

VMGDC heeft vragen bij deze toewijzing en wijst SINT-NIKLAAS in eerste instantie – als het ware minnelijk – erop dat VHK-DE TENDER in strijd met de opdracht niet het gevraagde architecturaal beton lijkt aan te bieden maar industrieel beton. Zij vraagt dan ook de het dossier te bekijken in het licht van die informatie.

SINT-NIKLAAS antwoordt dat zij bij haar beslissing blijft.

3.3 Bij de uitvoering van de werken blijkt dat precies die problemen opduiken die VMGDC had voorspeld. Het beton dat VHK-DE TENDER giet is niet architecturaal maar industrieel.

Zij brengt SINT-NIKLAAS hiervan op de hoogte en merkt op dat aangezien SINT-NIKLAAS klaarblijkelijk ten aanzien van VHK-DE TENDER heeft afgezien van de voorwaarde van architecturaal beton, SINT-NIKLAAS de opdracht op onregelmatige wijze heeft gegund.

3.4 VMGDC voert nog correspondentie met SINT-NIKLAAS om een aantal elementen uitgeklaard te zien maar SINT-NIKLAAS gaat hier niet op in.

VMGDC legt de kwestie voor aan deze rechtbank.

3.5 VMGDC meent dat SINT-NIKLAAS tot een verkeerde waardering van de inschrijvingen is gekomen en illustreert dit middel met technische en rekenkundige argumenten. Zij besluit tot de nietigheid van de beslissing maar vordert geen nietigverklaring, alleen schadevergoeding.

SINT-NIKLAAS en MAN gaan in op de vraag naar de correcte waardering van de inschrijving en besluiten tot de regelmatige totstandkoming van de beslissing en bijgevolg ongegrondheid van de vordering. SINT-NIKLAAS ziet een onontvankelijkheid in de mate hares inziens de kwestie van het beton behoort tot de uitvoering van de overeenkomst, uitvoering waaraan VMGDC vreemd is.

3.6 Ter zitting noteert de griffier:

“Partijen pleiten, eiseres legt bundel neer.

Over de kwestie afsplitsbare akte verwijst eiser naar stuk 20 van zijn bundel en meent dat de discussie hiermee beëindigd is.

Verweerder gedraagt zich naar de wijsheid.

De Rechtbank vraagt aan partijen de toepassing van PRESSETEXT-leer.

Partijen nemen standpunt in.”

IV Gronden van het vonnis

IV.1 PROCESVERHOUDINGEN TUSSEN PARTIJEN

4.1.1 Alvorens in de beoordeling van de geschillen te treden, stelt de rechter vast welke geschillen bij haar aanhangig zijn om hieruit de te vereffenen procesverhoudingen te distilleren.

Geschillen bestaan uit vorderingen die een procesverhouding doen ontstaan.

Elke individuele vordering brengt in principe een eigen geschil aan en doet dus in principe een eigen procesverhouding ontstaan, ook al zou één akte meerdere vorderingen aanbrengen.¹

Een tegenvordering doet evenwel geen nieuwe procesverhouding ontstaan² nu zij tot hetzelfde geschil behoort. De bewarende tussenkomst waarbij een tussenkomende partij de belangen van een al in het geding zijnde partij beschermt brengt geen geschil aan en doet dus al evenmin een procesverhouding ontstaan.³ De vrijwaringsvordering brengt daarentegen wel degelijk een geschil aan en doet dus wel een procesverhouding ontstaan.⁴

Omgekeerd is er slechts een aparte procesverhouding in de mate er ook een ander geschil aanwezig is.⁵

¹ Vergelijk Cass, 8 december 2014, RW 2015-16/6, 223, noot VAN DONINCK.

² Vergelijk B. VAN DEN BERGH en S. SOBRIE, *De rechtsplegingsvergoeding in al zijn facetten*, Mechelen, Kluwer, 2016, RN 76, eerste twee alinea's.

³ *Ibid*, RN 85.

⁴ *Ibid*, RN 79. Voor een synoptische tabel van de proceshandelingen die al dan niet een procesverhouding doen ontstaan, zie S. VOET, "Gedingkosten in de civiele rechtspleging", in J. VAN DONINCK, L. VAN DEN HOLE en VLAAMS PLEITGENOOTSCHAP (eds), "Civiel procesrecht vandaag en morgen", *Reeks Vlaams Pleitgenootschap*, Antwerpen, Intersentia, 2013, RN 31.

⁵ Vergelijk B. VAN DEN BERGH, "De verwijzing in de (gerechts)kosten", *BHBP*, RN 38325.

4.1.2 De rechtbank identificeert de volgende vorderingen tussen partijen:

- een hoofdvordering van VMGDC op SINT-NIKLAAS
- een tussenvordering van SINT-NIKLAAS op MAN

4.1.3 De vrijwaringsvordering creëert een andere procesverhouding dan deze die haar oorzaak uitmaakt.

4.1.4 Aldus moet de rechtbank volgende procesverhoudingen vereffenen:

- tussen VMGDC en SINT-NIKLAAS, bestaande in een hoofdvordering, en
- tussen SINT-NIKLAAS en MAN, bestaande in een tussenvordering.

IV.2 PROCESVERHOUDING TUSSEN VMGDC EN SINT-NIKLAAS

IV.2.A Inleidend

4.2.1 De rechtbank houdt eraan een aantal basisbegrippen in herinnering te brengen vooraleer de vorderingen tussen VMGDC en SINT-NIKLAAS te beoordelen.

4.2.2 “Rechtsmacht” (in het Frans: “*jurisdiction*”) gaat de taakverdeling tussen enerzijds Belgische gerechtelijkrechtelijke organen en anderzijds andere rechtsprekende organen – administratieve rechtsprekende organen, arbiters, buitenlandse organen – aan.⁶ Het is een notie die verwant is aan “bevoegdheid” aangezien deze laatste de taakverdeling tussen de verschillende organen van de rechterlijke macht aangaat.

“Macht” daarentegen gaat de vraag aan of een rechter een bepaalde kwestie daadwerkelijk kan beoordelen. “Macht” heeft deze rechtbank al eens gedefinieerd als de som van “rechtsmacht”, “bevoegdheid”, “dienst”⁷ en “saisine”.⁸

De notie “macht” is praktizijnen vaak onbekend. Nochtans lijkt het weinig twijfel dat de burgerlijke rechter geen macht heeft vast te stellen, laat staan te oordelen, dat de wetten waarop partijen zich beroepen strijdig zijn met de Grondwet. Mocht deze vraag zich stellen, moet de rechter dienaangaande het Grondwettelijk Hof vatten bij wege van prejudiciële-vraagstelling. De rechter blijft rechtsmacht en bevoegdheid hebben voor het voorgelegde geschil maar mist de macht een bepaalde vaststelling te doen.

De meest bekende beperking van de macht van de rechter is het beschikkingsbeginsel. De rechtbank mag alleen beslechten wat partijen haar voorleggen als geschil, dit op straffe van nietigheid van de rechterlijke beslissing.⁹

⁶ Vergelijk Rb Oost-Vlaanderen (afd. Dendermonde) 29 januari 2019, AR 16/1819/A, *onuitg.*, titel IV.2, nr. 4.3.

⁷ Art. 88 Ger.W.

⁸ Vergelijk Rb Oost-Vlaanderen (afd. Dendermonde) 29 januari 2019, AR 16/1819/A, *onuitg.*, titel IV.2, nr. 4.7.

⁹ Art. 1138.2° Ger.W. Vergelijk M. VERDICKT, “De taak van de rechter wanneer de openbare orde zich opdringt: het Hof van Cassatie brengt chaos in de chaos”, noot onder Cass. 4 september 2020, *R.W.* 2021/10, (408) 409, nr. 4.

“Macht” (in het Frans: “*pouvoir*”) en “rechtsmacht” zijn naar het begrip van deze rechtbank dus geen synoniemen. In de Franse rechtstaal – die ook voor het begrip van het Belgisch recht maatgevend is – gaat het eveneens om twee onderscheiden woorden die niet eens op elkaar lijken.

Om het gemakkelijk te maken gebruikt de literatuur vaak het woord “bevoegdheid” om op “macht” te wijzen.

“Rechtsmacht” (en ook “bevoegdheid”) gaat de procedure aan, “macht” de concrete beoordeling en dus de grond van de zaak.

IV.2.B Ontvankelijkheid van de vorderingen

4.2.3 SINT-NIKLAAS betwist de ontvankelijkheid van de vordering van VMGDC.

4.2.4 Ontvankelijkheid gaat de relatie tussen eiser en vordering aan: heeft de eiser hoedanigheid om zijn vordering in te stellen en heeft hij belang bij zijn vordering?

Of de vordering doel treft, is het bodemoordeel dat de rechter wijst.

De rechtbank moet de ontvankelijkheid beoordelen aan de hand van de aanduidingen in de dagvaarding.

In de dagvaarding verklaart VMGDC dat zij belang heeft om een bepaald geschil beslecht te zien en zij verklaart hoedanigheid te hebben de vordering in te stellen omdat zij een afgewezen inschrijver is.

Of deze gegevens correct zijn en of zij leiden tot een veroordeling, is een kwestie ten gronde:

“Ook al wordt zijn recht betwist, de procespartij die titularis van een subjectief recht beweert te zijn heeft het vereiste belang en de vereiste hoedanigheid om een rechtsvordering in te stellen. Het onderzoek naar het bestaan of de draagwijdte van het subjectieve recht dat de [...] partij inroept, valt niet onder de ontvankelijkheid maar onder de gegrondheid van de vordering.”¹⁰

4.2.5 De rechtbank ziet geen ambtshalve te onderzoeken elementen die zich tegen ontvankelijkverklaring verzetten.

De rechtbank verklaart de vordering dus ontvankelijk.

4.2.6 SINT-NIKLAAS vordert wel ontvankelijkverklaring van haar tegenvordering maar de rechtbank identificeert geen enkele materiële tegenvordering.

¹⁰ Vergelijk Cass, 26 januari 2017, C.16.0291.F; Cass, 11 januari 2017, P.16.0703.F; Cass, 29 oktober 2015, C.13.0374.N; Cass, 5 september 2013, C.12.0445.N; Cass, 26 februari 2004, C.01.0402.N.

De vordering tot proceskostenvergoeding is *a priori* geen materiële vordering aangezien zij slechts beoogt proceduretechnische gevolgen te trekken uit de beslissing aangaande de materiële verhoudingen.

Pas wanneer de proceskostenvergoeding een zelfstandige vordering uitmaakt, maakt zij een materiële vordering uit die een procesverhouding doet ontstaan en die bovendien ook nog als berekeningsbasis voor een rechtsplegingsvergoeding uitmaakt, dit laatste alleszins wanneer een partij een rechtsmiddel instelt dat enkel de beslissing inzake de procedurekosten viseert.

IV.2.C *Gegrontheid van de vorderingen*

4.2.7 De rechtbank heeft ter zitting de vraag gesteld wat de gevolgen zijn van de leer van de afsplitsbare akte in het openbare-opdrachtencontentieux.

VMGDC heeft hierop laten weten dat wat haar betreft de discussie definitief beslecht is door het arrest van het hof van beroep te Gent van 13 november 2020 dat zij neerlegt als stuk 20.

VMGDC vergist zich inzake de precedentwerking naar Belgisch recht. Staat vast dat rechtspraak, overigens van welke rechtbank ook, “rechtscheppend” werkt, de figuur van de “vaste rechtspraak” in de zin van precedentenwerking – “*stare decisis*” – is het Belgisch recht onbekend en is zelfs strijdig met de openbare orde.¹¹ Dit is een algemeen verspreid principe: zelfs naar Angelsaksisch recht kent het zogeheten precedent geen bindende werking maar maakt het volgen van een precedent een beleidskeuze uit.¹²

Feitelijke precedentwerking brengt hooguit een zogeheten “rechtsvrede” tot stand vanuit de zogeheten “overtuigende werking” van precedenten.

De stabiliteit van rechtspraak is slechts een middel en geen doel van rechtsvorming. Er is geen recht op vaste rechtspraak.¹³ Dat (ook) het Hof van Cassatie tegenwoordig uitdrukkelijk de discussie aangaat met (zijn) eerdere uitspraken verandert daar niets aan en betekent enkel dat het Hof uitdrukkelijk nagaat hoe een nieuw arrest past in zijn eigen dan wel de algemene traditie.

4.2.8 Wanneer een rechter zich geconfronteerd ziet met een kwestie van openbare orde, moet hij deze opwerpen en dienaangaande uitspraak doen. Hij moet maatregelen nemen om de openbare orde te vrijwaren, zelfs tegen de eventuele akkoorden van partijen in omdat de

¹¹ Art. 6 Ger.W.

¹² Vergelijk M. FREEMAN, *Lloyd's introduction to Jurisprudence*, 6^e uitg., Londen, Sweet & Maxwell, 1994, 1260-1268. Vergelijk R. BYRNE en J. McCUTCHEON, *The Irish legal system*, 2^e uitg., Dublin, Butterworths, 1989, 118-123.

¹³ Vergelijk EHRM 18 december 2008, *Unédic/Frankrijk*, nr. 20153/04, aangehaald in M. VAN DER HAEGEN, “*Panta Rhei*: een nieuwe wijze van omgaan in de cassatierechtspraak”, *RW* 2021-22/7, (305) 307, nr. 18, laatste alinea.

openbare orde onbeschikbaar is voor partijen.¹⁴

Wel moet de rechter de rechten van verdediging respecteren. Hij moet dus alvorens maatregelen te nemen, partijen toelaten standpunt en vordering (in) te nemen. Zou(den) dit standpunt en/of deze vordering strijdig zijn met de openbare orde, dan mag de rechter maatregelen nemen om de openbare orde vrijwaren, desnoods tegen de standpunten en vorderingen van partijen in.¹⁵

4.2.9 De scheiding der machten is zo een principe dat tot de openbare orde behoort.

Onderdeel van de scheiding der machten is het principe dat de (burgerlijke) rechter zich niet in de plaats stelt van het bestuur.¹⁶ Hierover bestaat geen discussie.

Het probleem is, zoals het Gentse hof van beroep in zijn arrest van 13 november 2020 terecht opmerkt, dat ook de wettigheid(-toetsing) van de toewijzingsbeslissing tot de openbare orde behoort. Het is dan ook een macht die de burgerlijke rechter is toegewezen in de Grondwet zelve, en wel in art. 159 G.W.¹⁷ Hierover bestaat al evenmin discussie.

Dit conflict is in wezen al oeroud. Art. 159 G.W. stond ook al in de oorspronkelijke versie van de grondwet, te weten in oud art. 107 G.W.¹⁸

Desalniettemin werd destijds algemeen aangenomen dat de Staat geen burgerlijkrechtelijke fouten kon maken. De Staat was onschendbaar, alleszins voor zover zij optrad als soeverein.¹⁹

Aan deze opvatting kwam definitief een einde door het *Flandria*-arrest van 5 november 1920.²⁰ Ook als soeverein kan de overheid burgerlijkrechtelijke fouten begaan, in eerste instantie alleen bij de uitvoering van een beslissing maar sinds het *koepokken*-arrest van 26 april 1963²¹ ook met de "wettigheid" van de beslissing als dusdanig, ongeacht of deze individuele dan wel algemene draagwijdte heeft.

Dit is de evolutie van het burgerlijkrechtelijk kader.

4.2.10 Binnen het kader van deze zogeheten *flandria*-rechtspraak die het principe heeft gevestigd dat ook de overheid drager van burgerlijkrechtelijke rechten en plichten kan zijn, heeft zich de leer van de afsplitsbare akte ontwikkeld.

¹⁴ Vergelijk Cass. 4 september 2020; R.W. 2021/10, 4087, noot M. VERDICKT, "De taak van de rechter wanneer de openbare orde zich opdringt: het Hof van Cassatie brengt chaos in de chaos".

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Vergelijk Gent, 13 november 2020, AR 2018/AR/684 en 2018/AR/1275, *onuitg.*, stuk 20 bundel VMGDC, p. 10, nr. 2.2, eerste alinea.

¹⁷ Vergelijk Gent, 13 november 2020, AR 2018/AR/684 en 2018/AR/1275, *onuitg.*, stuk 20 bundel VMGDC, p. 8, tweede alinea.

¹⁸ Vergelijk J. DE LE COURT en Ch. LEURQUIN, *Codes belges et lois usuelles en vigueur en Belgique*, 22^e uitg., Brussel, Vve. Ferdinand Larcier, 1921, 11.

¹⁹ Vergelijk W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, "Verbintenissenrecht", 3^e uitg., *studie juri*, Leuven, Acco, 2010, 484 en volgende.

²⁰ *Pas.* 1920, I, 193, aangehaald in W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *l.c.*, 485.

²¹ Vergelijk W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *l.c.*, 486.

De leer van de afsplitsbare akte wil dat wanneer een overheidshandeling tot stand komt bij beslissing, een onderscheid geldt tussen de beslissing als dusdanig – die zich beheerst ziet door het administratief recht – en de burgerlijkrechtelijke gevolgen hiervan – die onder het burgerlijk recht vallen. Eén en ander heeft ook procedurele gevolgen: de beslissing valt onder het toezicht van de administratieve rechter, de burgerlijkrechtelijke gevolgen onder dat van de gerechtelijkrechtelijke rechter.

Principieel kan de gerechtelijkrechtelijke rechter zich niet inlaten met de taken die de administratieve rechter toekomen. Dit is een gevolg van de scheiding der machten. Zoals al aangegeven: dit is geen punt van discussie.²²

4.2.11 Als resultaat van deze beide evoluties is het bestuur niet meer principieel onschendbaar en dus kan de gerechtelijkrechtelijke rechter fouten in hoofde van het bestuur vaststellen.

Wanneer de fout zich evenwel binnen de beslissing zelf situeert, staat deze principieel onder het toezicht van de administratieve rechter. Het beslissingsproces behoort immers tot de zogeheten *imperium*-macht van het bestuur.

Het gemene recht kent een gelijkaardig onderscheid: alleen de strafrechter kan vaststellen dat een fout strafrechtelijk van aard is. De burgerlijke rechter kan dit niet.

Dit neemt niet weg dat deze strafrechtelijke fout doorgaans ook een burgerlijkrechtelijke fout uitmaakt of kan uitmaken. Wanneer de burgerlijke rechter vaststelt dat een bepaalde vorm van slagen en verwondingen een “fout” uitmaakt, onthoudt hij zich evenwel van de vaststelling dat deze slagen en verwondingen strafbaar (kunnen) zijn maar stelt hij vast dat de feiten een burgerlijkrechtelijke fout uitmaken waaraan hij al dan niet gevolgen verbindt.

Hooguit kan de burgerlijke rechter oordelen, precies aangaande (onvrijwillige) slagen en verwondingen, dat de zogeheten stuwadoorsleer niet toepasselijk is omwille van de leer van “het noodzakelijk vast te stellen misdrijf”.²³ Het “noodzakelijk vast te stellen misdrijf” is het misdrijf zonder strafrechtelijk te waarden totstandkomingsvereiste zoals de in het verkeersrecht buitengewoon nuttige kwalificatie “onvrijwillige slagen en verwondingen” maar ook bijvoorbeeld het misbruik van vertrouwen²⁴ omvat enkel en alleen burgerlijkrechtelijke componenten waaraan een strafrechter strafrechtelijke gevolgen kan verbinden. Merk trouwens op dat het “noodzakelijk vast te stellen misdrijf” te situeren valt in hoofde van de uitvoeringsagent, niet van de bij de rechtshandeling betrokken partij.

Hier zit het verschil met de administratieve fout. De leer van de afsplitsbare akte verhindert de burgerlijke rechter vast te stellen dat feiten en evenementen binnen het bestuursrechtelijke (“*imperiale*”) beslissingsproces een burgerlijkrechtelijke fout uitmaken

²² Vergelijk Gent, 13 november 2020, AR 2018/AR/684 en 2018/AR/1275, *onuitg.*, stuk 20 bundel VMGDC, p. 10, nr. 2.2, eerste alinea.

²³ Vergelijk Cass. 26 oktober 1990, *Arr.Cass.* 1990-91, (244) 246, rechter kolom.

²⁴ Art. 418 S.W.

tenzij deze feiten en evenementen tegelijk een inbreuk uitmaken op subjectieve rechten.

Zo mag een bestuur in haar beslissingsproces zich bijvoorbeeld niet bezondigen aan machtsafwending. Dit zou een burgerlijkrechtelijke fout uitmaken die de burgerlijke rechter kan sanctioneren, ongeacht het statuut van de bestuurlijke beslissing en van de eruit gevolgde overeenkomst.²⁵

4.2.12 Om aan de werking van de leer van de afsplitsbare akte te ontsnappen mag de ingeroepen fout dus geen loutere (administratieve) fout uitmaken maar moet deze fout een inbreuk uitmaken op een subjectief recht.²⁶

Toewijzing van een openbare opdracht is ondanks de ondubbelzinnige formulering van de wetgeving terzake nog steeds het resultaat van een beslissingsproces waarbij het bestuur op soevereine wijze de inschrijvingen aan een aantal criteria toetst om tot een oordeel te komen.

De vraag of een inschrijving de “goedkoopste” inschrijving is, is het resultaat van deze beoordeling, niet een feitelijk gegeven dat aan deze beoordeling voorafgaat.

Er anders over oordelen zou impliceren dat het bestuur na de opening van de enveloppen geen enkele toetsing laat staan waardering zou mogen uitvoeren. VMGDC beweert dit niet eens.

Enkel afgaan op de in geld uitgedrukte prijs kan niet volstaan. Het bestuur moet ook kwantiteits- en kwaliteitsafwegingen kunnen maken. Anders zou iedere openbare opdracht riskeren te verzanden in wat de economische sector wel eens omschrijft als *if you pay peanuts, you get monkeys*, in de proceduretaal: wie met apennootjes betaalt krijgt apen.

VMGDC erkent dit uitdrukkelijk aangezien zij de kwantiteits- en kwaliteitskenmerken en hun al dan niet verkeerde waardering tot voorwerp van het geschil maakt. Het is trouwens ook de aanleiding van het geschil. Hierbij vordert VMGDC dat de rechtbank tot een andere waardering van de verschillende inschrijvingen komt en dus zich in de plaats van het bestuur stelt.

Een rechtbank kan en mag zich niet in de plaats van het bestuur stellen.

Een partij heeft geen subjectief recht op een bepaald oordeel of een bepaalde waardering. Een inschrijver heeft geen subjectief recht op de toewijzing van de opdracht. Dat zou erop neerkomen dat VMGDC in deze zaak een subjectief recht zou hebben op een voor haar gunstig vonnis. Waarom zou SINT-NIKLAAS geen subjectief recht (kunnen) hebben op een voor haar gunstig vonnis? En MAN?

²⁵ Vergelijk Rb Oost-Vlaanderen (afd. Dendermonde) 1 maart 2019, AR 12/1215/A, *onuitg.*

²⁶ Vergelijk Cass. 13 juni 2003, aangehaald in M. BOES, *oc*, 180. Vergelijk eveneens Cass. 10 april 1987 en 10 maart 1994, beide aangehaald in VELAERS, J, *De Grondwet en de Raad van State: vijftig jaar adviezen aan wetgevende vergaderingen in het licht van de rechtspraak van het Arbitragehof*, Antwerpen, Maklu, 1999, 465, RN 8, rechter kolom, eerste alinea.

Toegepast op de administratieve beslissing zelf: een onderneming heeft mogelijks een subjectief recht op een behoorlijke afwikkeling van haar inschrijving op een openbare opdracht maar vaststellen dat een beslissing fout is wil niet zeggen dat het bestuur onzorgvuldig gehandeld heeft. Die redenering zou impliceren dat een schade (een naar resultaat mogelijks verkeerde evaluatie) een foutief gedrag (een onzorgvuldige evaluatie) zou bewijzen, wat naar burgerlijk aansprakelijkheidsrecht onmogelijk is.

Anders gezegd en hoe vreemd dit ook moge klinken: of de beslissing juist of fout is, is voor de vraag naar de behoorlijke afwikkeling van de zaak niet eens relevant. Dit hoeft niet eens te verbazen: een overheid staat ook in voor onaangename gevolgen van zijn rechtmatige optreden.²⁷

4.2.13 Het is intussen genoegzaam bekend dat bepaalde rechtsleer deze lezing van de Rechtsbeschermingswet kritisch onthaald heeft.²⁸

De Rechtsbeschermingswet zegt nochtans nergens dat zij de leer van de afsplitsbare akte buiten werking stelt.

Dit is ook niet wat de gezegde kritische auteurs in het overheidsopdrachtenrecht beweren: door te stellen dat de burgerlijke rechter niet mag verwachten dat de afgewezen inschrijver eerst de nietigheidsrechter vat, stellen zij dat de Rechtsbeschermingswet nergens bevestigt dat de leer van de afsplitsbare akte toepasselijk is.

Deze redenering is evenwel de wereld op zijn kop. Sinds wanneer moet een wet bevestigen dat een principe dat tot de openbare orde behoort van toepassing is? Moet art. 1382 B.W. dan bevestigen dat het ook van toepassing is bij burgerlijke-partijstelling?

Wat deze rechtsleer niet lijkt te weten, alleszins niet rapporteert, is dat de rechter ondanks de dekking van deze leer wel degelijk schadevergoedingen kan toekennen, ook wanneer de belanghebbende de nietigheidsvordering niet heeft ingesteld.²⁹ De titels van de gezegde noten maken kwakkels uit.

Deze rechtbank heeft zich al lang aangesloten bij de opvatting van het hof van beroep te Gent, verwoord in zijn arrest van 13 november 2020 dat de nietigheidsvordering voorafgaandelijk instellen niet

*"[...] steeds de (ongenuanceerde) verplichting zou zijn geworden."*³⁰

²⁷ Vergelijk W. VAN GERVEN en S. COVEMAER, *l.c.*, 487.

²⁸ Vergelijk F. VANDENDRIESSCHE en N. SNEYERS, "Vordering tot schadevergoeding bij overheidsopdrachten enkel na een voorafgaand vernietigingsberoep?", noot onder Rb. Oost-Vlaanderen (afd. Dendermonde) 16 juni 2017, *NjW* 2017/369, 705 alsook N. BRAECKEVELT en E. VANHAUTER, "Een schadevergoedingsclaim voor inbreuk op wetgeving overheidsopdrachten zonder voorafgaandelijke nietigverklaring: *mission impossible?*", noot onder Rb. Oost-Vlaanderen (afd. Dendermonde) 16 juni 2017, *RABG* 2018/14, 1292.

²⁹ Vergelijk Rb Oost-Vlaanderen (afd. Dendermonde) 1 maart 2019, AR 12/1215/A, *onuitg.* Vergelijk Rb Oost-Vlaanderen (afd. Dendermonde) 26 juni 2020, AR 17/3286/A, *onuitg.*

³⁰ Vergelijk Gent, 13 november 2020, AR 2018/AR/684 en 2018/AR/1275, *onuitg.*, stuk 20 bundel VMGDC, p. 9, eerste alinea. De rechtbank benadrukt.

en merkt op dat het hof van beroep aldus duidelijk erkent dat er omstandigheden zijn waarin de voorafgaande nietigverklaring wél noodzakelijk is en dit in de eerste plaats wanneer de aanbesteder een publiekrechtelijk lichaam is. Klaarblijkelijk is de vraag alleen nog waar de grens ligt.

Er bestaan naar het oordeel van deze rechtbank inderdaad feiten en omstandigheden die zij kan beoordelen buiten de werking van de leer van de afsplitsbare akte om en dergelijke vordering kan haar grondslag vinden in de Rechtsbeschermingswet maar even goed in het onderliggende art. 1382 (oud) B.W.³¹ De kwalificatie van de vordering gaat de grond van de vordering aan, niet haar ontvankelijkheid.

In hun commentaren gaan VANDENDRIESSCHE-SNEYERS en BRAECKEVELT-VANHAUTER niet in op de rechtsvraag naar de effecten van de leer van de afsplitsbare akte hoewel alleszins deze laatsten het tussenvonnissen waarin de rechtbank deze rechtsvraag formuleert annoteren en de eersten het tussenvonnissen zouden moeten kennen om over het eindvonnissen uitspraken te kunnen doen.

In zijn arrest van 13 december 2019³² gaat het Gentse hof evenmin uitdrukkelijk op deze rechtsvraag in, dit hoewel het Gentse hof uitdrukkelijk heeft gesteld:

“Volgens de rechtsbeschermingswet Overheidsopdrachten 2013 is de vervaltermijn 60 dagen vanaf de kennisname van het bestek en het is die termijn die de nv F. heeft laten verstrijken, waardoor zij niet meer kan worden toegelaten tot het instellen van een burgerlijke vordering.”³³

Gaan voor zover de rechtbank heeft vastgesteld evenmin in op deze rechtsvraag:

- ✚ de bijdragende auteurs in I. COOREMAN (ed.), “De wettigheidstoets van artikel 159 van de Grondwet”, *Administratieve rechtsbibliotheek*, Brugge, Die Keure, 2010,
- ✚ P. FLAMEY en C. DE KONINCK, “Overheidsopdrachten”, *APR*, Mechelen, Kluwer, 2017,
- ✚ P. TEERLINCK, C. DE KONINCK en L. GALOT, “Schadevergoeding”, *De aanbestedende overheid &*, Gent, Larcier, 2017, de in dit boek weergegeven overvloedige rechtspraak al evenmin, en
- ✚ P.-J. VAN DE WEYER, “De rechterlijke toetsing van bestuursrechtelijke handelingen”, *Public law collection*, Brussel, Lefebvre Sarrut (Intersentia), 2020.

Het verbaast dan ook niet dat de Nederlandse rechtsvergelijkende literatuur tot het besluit komt dat het Belgisch recht de theorie van de formele rechtskracht, de Nederlandse naam voor de leer van de afsplitsbare akte, niet kent.³⁴

Ook partijen lijken deze leer niet te kennen. Geen van hen gaat erop in. Noch het Gentse arrest van 13 december 2019, noch het Gentse arrest van 13 november 2020 noemen deze leer bij naam hoewel zij allebei op het bestaan ervan alluderen en er een andere draagwijdte

³¹ *Ibid.*

³² Vergelijk Gent 13 december 2019, *T.Aann.* 2020, (71) 78, linker kolom, eerste alinea. De rechtbank onderlijnt.

³³ *Ibid.*, p. 77, linker kolom, derde alinea. De rechtbank onderlijnt.

³⁴ Vergelijk B. ROOZENDAAL, “Een andere kijk op de formele rechtskracht”, in Vereniging voor Bestuursrecht (red.), “De toekomst van de formele rechtskracht”, *VAR*, vol. 162, Den Haag, Boom, 2019, (135) 165-168.

aan verlenen, uiteraard afhankelijk van de concrete omstandigheden van de zaak.

Indien de gezegde leer niet zou bestaan, rijst natuurlijk de vraag waarom OPDEBEECK en DE SOMER uitdrukkelijk bevestigen dat deze leer *a priori* toepasselijk is en meer bepaald op
*“Gunningsbeslissingen en ook andere eenzijdige bestuurlijke rechtshandelingen die in het kader van de gunningsprocedure worden genomen [...]”*³⁵

Ook bepaalde literatuur signaleert dit stilzwijgen bij de gespecialiseerde auteurs.³⁶ Waaraan kan dit stilzwijgen liggen? Het kan natuurlijk niet dat dergelijke volgehouden omissie resulteert in *de facto* wetgeverschap doordat de literatuur de argeloze lezer het bestaan van de problematiek onthoudt, zeker nu het gaat om een kwestie die tot de openbare orde behoort.

4.2.14 Wat hiervan ook zij, deze rechtbank oordeelt dat de vraag niet is of een rechtsmiddel ingesteld laat staan geslaagd is, wel of de ingeroepen nietigheid gedekt is door de leer van de afsplitsbare akte, de zogeheten *“acte détachable”*.³⁷

Indien wel, kan de rechtbank de fout die bestaat in de aldus gedekte nietigheid niet vaststellen, indien niet, kan de rechtbank deze fout perfect vaststellen en er gevolgen aan verbinden.

Zij is het dus niet eens met de in het Gentse arrest van 13 december 2019 geponeerde stelling dat de vordering van de afgewezen inschrijver onontvankelijk zou zijn bij gebrek aan instellen van de nietigheidsvordering bij de daartoe aangewezen verhaalinstantie. Meer algemeen is de rechtbank het dus eens met de stelling van VANDENDRIESSCHE-SNEYERS dat de schadevergoedingsvordering ook mogelijk moet zijn zonder geslaagde voorafgaande nietigheidsprocedure en zij is het evenzeer eens met BRAECKEVELT-VANHAUTER dat de schadevergoedingsvordering zonder voorafgaande nietigverklaring geen *mission impossible* (in de proceduretaal: een onmogelijke opdracht) mag zijn. Dit mag partijen er evenwel niet van ontslaan hun huiswerk te maken binnen de termijnen die de wet hiertoe stelt, hoe kort³⁸ die ook mogen zijn. Het openbaar belang rechtvaardigt kortere termijnen: ook de wetten op de rijkscomptabiliteit – bijvoorbeeld – leggen bijzondere korte termijnen vast.

Naar burgerlijk recht heeft ook de overheid recht op zekerheid: zij beschikt alleen over het

³⁵ Vergelijk I. OPDEBEECK en S. DE SOMER, *Algemeen bestuursrecht*, 2^e uitg., Antwerpen, Intersentia, 2019, 154, nr. 329. In dezelfde zin, vergelijk A. TROISFONTAINES, *L'acte détachable du contrat public*, Louvain-la-Neuve, Faculté de droit et de criminologie – Université catholique de Louvain, <https://dial.uclouvain.be/memoire/ucl/en/object/thesis%3A8422>, 2017, onuitgegeven tekst van een proefschrift verkregen bij de auteur, titel “Introduction”.

Bevestigen het bestaan en de algemene werking van de leer van de afsplitsbare akte: Brussel, 22 maart 2005, *Jaarboek Handelspraktijken 2005*, 648, nr. 19, W. VAN GERVEN en M. WYCKAERT, “Overeenkomsten met de overheid”, *TPR* 1987, 1709, titel 2.4.2 alsook M. BOES, , *Bestuursrecht*, 7^e uitg, Leuven, Acco, 2011, pp. 179 en volgende, onder verwijzing naar Cass, 13 juni 2003, C.020552.N.

³⁶ Vergelijk TROISFONTAINES, *o.c.*, Titel “introduction”, tweede alinea.

³⁷ Vergelijk Rb. Oost-Vlaanderen (afd. Dendermonde) 15 april 2016, AR 14/2006/A, *RABG* 2018/14, (1286) 1291, nr. 4.4. Vergelijk Rb Oost-Vlaanderen (afd. Dendermonde) 24 mei 2017, AR 17/3286/A, *onuitg.* Nr. 4.57.

³⁸ Vergelijk Gent, 13 november 2020, AR 2018/AR/684 en 2018/AR/1275, *onuitg.*, stuk 20 bundel VMGDC, p. 9, laatste alinea.

privilege deze zekerheid zelf te definiëren.

De inschrijver die geen nietigheidsvordering instelt of deze ziet afwijzen, beschikt naar het oordeel van deze rechtbank wel degelijk over een vorderingsrecht. De rechtbank heeft de vordering al ontvankelijk verklaard.

4.2.15 De Rechtsbeschermingsrichtlijn zegt nergens dat hij de leer van de afsplitsbare akte buiten werking stelt, wel integendeel, mocht een dergelijk stelsel bestaan, dan ratificeert de richtlijn dit stelsel:

“De lidstaten kunnen bepalen dat, wanneer schadevergoeding wordt gevorderd omdat het besluit onwettig is genomen, het aangevochten besluit eerst nietig moet worden verklaard door een instantie die daartoe bevoegd is.”³⁹

In tegenstelling tot wat het hof van beroep te Gent in zijn arrest van 13 november 2020 aangeeft⁴⁰ maakt deze bepaling geen enkel onderscheid tussen publieke en quasi-publieke lichamen. De rechtbank merkt op dat dit zou leiden tot een materieel duaal rechtsbeschermingsstelsel, wat de richtlijn net wil uitsluiten. Art. 2 Rechtsbeschermingsrichtlijn maakt het onderscheid waarop het hof alludeert niet: het onderscheid tussen procedures voor een administratieve nietigheidsrechter en een burgerlijke nietigheidsrechter is een keuze die de Belgische wetgever gemaakt heeft en mocht deze keuze leiden tot verschillen in behandeling, zou zij de richtlijn naar alle waarschijnlijkheid schenden. Het is niet aan deze rechtbank zich hierover uit te spreken, laat staan bij hypothese. Ter herinnering: ten aanzien van publieke lichamen is alleen de Raad van State “verhaalinstantie” in de zin van art. 65/14 Overheidsopdrachtenwet 1993.⁴¹

Waar de Rechtsbeschermingsrichtlijn de nationale wetgever de keuze laat de nietigverklaring als voorafgaande voorwaarde te stellen voor de schadevergoedingsvordering⁴², sluit de richtlijn niet uit

- ☛ dat deze keuze volgt uit de organisatie van het rechtsstelsel als dusdanig⁴³, en al evenmin
- ☛ dat deze keuze niet voor alle hypothesen dezelfde hoeft te zijn.

Omgekeerd geformuleerd stelt de Rechtsbeschermingsrichtlijn nergens

- ☛ dat de wetgever moet bevestigen dat een eventueel (algemeen) toepasselijke leer van afsplitsbare akte/formele rechtskracht ook in het domein van de overheidsopdrachten toepasselijk is, laat staan
- ☛ dat de wetgever moet bevestigen dat de burgerlijke rechter de hypothese waarin een bestuur een inbreuk maakt op subjectieve rechten anders mag/moet behandelen

³⁹ Art. 2.6 Rechtsbeschermingsrichtlijn.

⁴⁰ Vergelijk Gent, 13 november 2020, AR 2018/AR/684 en 2018/AR/1275, *onuitg.*, stuk 20 bundel VMGDC, p. 9, eerste alinea.

⁴¹ Art. 65/24 Overheidsopdrachtenwet 1993. Art. 24 Rechtsbeschermingswet 2013.

⁴² Vergelijk F. VANDENDRIESSCHE en N. SNEYERS, “Vordering tot schadevergoeding bij overheidsopdrachten enkel na een voorafgaand vernietigingsberoep?”, noot onder Rb Oost-Vlaanderen (afdeling Dendermonde) 16 juni 2017, *NjW* 2017/369, (705) 706.

⁴³ Vergelijk TROISFONTAINES, *oc*, titel 2.1.1 § 1, laatste alinea, onder verwijzing naar K. WAUTERS en T. CAMBIER, “L’annulation des concessions domaniales”, *Rev.Prat.Dr.Imm.* 2015/3, 133.

dan die waarin het bestuur een (loutere) bestuursrechtelijke fout zou hebben gemaakt.

Evenmin spreekt de Rechtsbeschermingsrichtlijn zich uit over de vraag of de voorwaarde, indien toepasselijk, betrekking moet hebben op de ontvankelijkheid dan wel op de gegrondheid van de schadevergoedingsvordering.

Voor een voorbeeld van een buitenwerkingstelling van de leer van de afsplitsbare akte door de wet verwijst de rechtbank naar art. 16, tweede alinea, eerste zin van de Ontheffingswet 1962. De rechtsbeschermingswet bevat geen analoge clausule.

4.2.16 Art. 159 G.W. biedt geen soelaas.

Om de bestuurlijke beslissing buiten werking te stellen, moet de burgerlijke rechter immers vaststellen dat deze een inbreuk maakt op subjectieve rechten.

Art. 159 G.W. is in essentie immers geen zelfstandig recht maar een incident naar aanleiding van een concreet geschil.⁴⁴ Alleen wanneer een schending van subjectieve rechten op handen is, laat art. 159 G.W. actieve censuur ten aanzien van overheidsoptreden toe.⁴⁵

Principieel leidt art. 159 G.W. tot een onthouding van de rechter, niet tot een actie van de rechter.⁴⁶

Aldus bekeken dient art. 159 G.W. zich aan als het publiekrechtelijk equivalent van het incidenteel derdenverzet gekend uit het gerechtelijk recht. Dit incidenteel derdenverzet leidt evenzeer tot een welomschreven gevolg:

*“Het gerecht dat het derdenverzet toewijst, vernietigt de bestreden beslissing geheel of ten dele **doch alleen ten aanzien van de derde.**”⁴⁷*

De individuele nietigheid is precies hetzelfde als het individuele buitentoepassinghouden of de niet-tegenwerpelijkheid van een beslissing.⁴⁸

Wanneer een partij beschikt over een rechtsmiddel en dit niet instelt of zich ervan ziet afwijzen, kan hij zich niet beroepen op art. 159 G.W. om alsnog het objectieve proces te voeren voor de rechter van de subjectieve rechten.

“De essentie van de formele rechtskracht⁴⁹ is dat de gewone rechter, zonder dat hij

⁴⁴ Vergelijk K. LEUS en B. MARTEL, “De wettigheidstoets van artikel 159 van de Grondwet. Procedurele benadering – de toepassing van artikel 159 G.W. als exceptie” in I. COOREMAN (ed.), “De wettigheidstoets van artikel 159 van de Grondwet”, *Administratieve Rechtsbibliotheek*, vol. 10, Brugge, Die Keure, 2010, (1) 34.

⁴⁵ Vergelijk K. WAUTERS, “Rechtsbescherming en overheidsovereenkomsten”, *Metro*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 304, onder verwijzing naar A. ALEN en K. MUYLLE, *Compendium van het Belgisch Staatsrecht*, deel 2, Mechelen, Kluwer, 2004, 584.

⁴⁶ Vergelijk LEUS en MARTEL, *l.c.*

⁴⁷ Art. 1130 Ger.W. De rechtbank benadrukt.

⁴⁸ Vergelijk Vz. Rb. Oost-Vlaanderen 15 december 2020, AR 20/17/C, *onuitg.*, nr. 5.1.4.

⁴⁹ De naam die het Nederlandse recht kent voor de “formele onaantastbaarheid” geponeerd door de Raad van State.

zich onbevoegd verklaart, [noot: Waardoor het bezwaar van ongrondwettigheid van die rechtspraak, in het licht van artikel 112 van de Nederlandse Grondwet (vergelijkbaar met artikel 144 van de Belgische Grondwet, supra nrs. 177-178 en infra nr. 681) wordt weggenomen.] in werkelijkheid terugtreedt (door de vordering desgevallend onontvankelijk te verklaren), niet alleen wanneer de bestuursrechter zich reeds over de wettigheid van een bestuurshandeling heeft uitgesproken (hetgeen door het gezag van gewijsde kan worden opgevangen, supra nrs. 661-672), maar ook wanneer de bestuursrechter zich over de wettigheid van de bestuurshandeling had kunnen uitspreken maar die handeling hem niet (tijdig) werd voorgelegd.

***Na het verstrijken van de beroepstermijn, zou de exceptie van onwettigheid niet meer mogen worden toegepast ten aanzien van rechtsverlenende individuele bestuurshandelingen, op voorwaarde althans dat de partij die om die toepassing verzoekt de betrokken bestuurshandeling “zonder enige twijfel” had kunnen aanvechten (supra nr. 574). [noot: Zie ook reeds P. VERMEULEN, “De oproeping van de onrechtmatigheid van administratieve beschikking als grondslag van een vordering tot nietigverklaring van een latere beschikking”, TBP 1957, 92: “het is nogal vanzelfsprekend dat waar geen aktierecht bestaan heeft, de afwezigheid van het recht om een onrechtmatigheid bij wijze van exceptie in te roepen moeilijk kan afgeleid worden uit een verval van het recht op de actie tot nietigverklaring, vermits van een verval geen sprake kan zijn”.]*⁵⁰**

De exceptie van art. 159 G.W. staat ten aanzien van beweerde bestuursfouten alleen open voor derden ten aanzien van de totstandkoming van de bestreden beslissing.

Er anders over oordelen komt erop neer dat een bestuur ten aanzien van de bestuurde geen “onaangename” beslissing zou kunnen nemen: geen onteigeningen, geen weigering van feesten, geen weigering van gebruik van openbaar domein en dit omdat deze allemaal terug te leiden kunnen vallen tot subjectieve rechten (te weten en respectievelijk op (genot van) eigendom, op zelfontplooiing en op gelijkheid voor openbare lasten). Kan de burgerlijkrechtelijke rechter de weigering van vergunning voor een concert “buiten toepassing verklaren” omdat deze een inbreuk maakt op het subjectief recht op cultuurbeleving? *La Boum* en consorten stellen de kwestie scherp.

Het is een aperte contradictie enerzijds een beslissing te erkennen als definitieve beslissing waartegen geen rechtsmiddel openstaat en anderzijds deze beslissing bij de rechter van de burgerlijkrechtelijke gevolgen niet-tegenwerpelijk te verklaren ten aanzien van de betrokkene zelf. Dit is hetzelfde als stellen dat de beslagrechter een veroordelend vonnis niet-tegenstelbaar zou kunnen verklaren ten aanzien van de veroordeelde omdat de bodemrechter zich op één of ander punt vergist zou hebben.

Art. 159 G.W. mag geen vorm van derde aanleg vormen ten aanzien van beweerd onrechtmatige beslissingen van een bestuur:

⁵⁰ Vergelijk J. THEUNIS, *De exceptie van onwettigheid – Onderzoek naar de rol en de grenzen van artikel 159 van de Grondwet in de Belgische rechtsstaat*, Brugge, Die Keure, 2011, nr. 678 en volgende, tekst raadpleegbaar op <https://www.uhasselt.be/Documents/faculteiten/rechten/DoctoraatJanTheunis.pdf>. De rechtbank benadrukt.

- ✚ een eerste bij de bestuurlijke beroepsinstantie, met werking *erga omnes*
- ✚ een tweede bij de Raad van State, met werking *erga omnes*
- ✚ de derde, in geval een buitenwerkingstelling *erga omnes* om welke reden ook niet zou slagen, bij de burgerlijke rechter met werking *inter partes*.

Dergelijke redenering toepassen op de beslissingen van de rechterlijke macht zelf⁵¹ zou een veroordeling tot een gevangenisstraf buiten werking kunnen stellen omdat deze een schending van het grondrecht op persoonlijke vrijheid zou inhouden... Een absurditeit.⁵²

Door de werking van de leer van de afsplitsbare akte beschikt de rechtbank ten gronde niet over de vereiste “macht” (in het Frans: “*pouvoir*”) om de ingeroepen fouten vast te stellen.

4.2.17 De rechtbank stelt bij studie van het arrest van het Gentse hof van beroep van 13 november 2020 vast dat volgens de analyse van het hof – die de rechtbank deelt – er twee principes van openbare orde zijn die met elkaar in conflict lijken te komen waarbij hun respectieve toepassing de toepassing van de andere uitsluit:

- ✚ ofwel aanvaardt de rechter de beslissing als onaantastbaar binnen de leer van de afsplitsbare akte en dan moet hij de wettigheidstoets bedoeld in art. 159 G.W. uitvoeren binnen de grenzen van de leer van de afsplitsbare akte,
- ✚ ofwel aanvaardt de rechter de omvang van de wettigheidstoets bedoeld in art. 159 G.W. als onbeperkt en sluit hij dusdoende de werking van de leer van de afsplitsbare akte uit.

Een tussenpositie ziet deze rechtbank niet.

Welnu, de richtlijn voorziet dit conflict en definieert de oplossing:

organisatie gaat voor op rechtsbescherming – rechtsbescherming gaat niet voor op organisatie.

In de woorden van de richtlijn zelf:

*“De lidstaten kunnen bepalen dat, wanneer schadevergoeding wordt gevorderd omdat het besluit onwettig is genomen, het aangevochten besluit eerst nietig moet worden verklaard door een instantie die daartoe bevoegd is.”*⁵³

Een duidelijke bepaling behoeft geen interpretatie.

4.2.18 Tot slot komt de rechtbank nog eens terug op het cassatie-arrest van 4 september 2020, besproken onder randnummer 4.2.8 hierboven.

In de lijn van dit arrest zou deze rechtbank dan de toewijzingsbeslissing moeten/kunnen nietig verklaren, ook al vragen partijen dit niet, omdat zij strijdt met de openbare orde en het

⁵¹ Vergelijk Cass. 19 december 1991, aangehaald in VAN GERVEN en COVEMAERKER, *l.c.*, 496 en volgende.

⁵² Voor een opmerkelijke toepassing van deze redenering: X, “Verdachte bestorming Capitol Hill: ‘Gevangenis is in strijd met mensenrechten’”, *De Standaard Avond*, 3 mei 2021 onder verwijzing naar <https://lawandcrime.com/u-s-capitol-siege/capitol-breach-defendant-who-wielded-hockey-stick-calls-jail-a-grave-human-rights-abuse-with-no-time-in-front-of-the-television/>.

⁵³ Art. 2.6 Rechtsbeschermingsrichtlijn.

de taak van elke individuele rechter is de openbare orde te vrijwaren. De rechtbank heeft ter zitting de in deze context relevante vraag naar de werking van de leer van de afsplitsbare akte gesteld en partijen hebben standpunt ingenomen zodat de rechten van verdediging dienaangaande gerespecteerd zijn.

Art. 159 G.W. voorziet geen dergelijke macht: het voorziet alleen een macht tot “buitentoe passingverklaring”.

Art. 24 Rechtsbeschermingswet ontzegt deze rechtbank deze macht uitdrukkelijk: het behoudt deze voor aan de Raad van State.

4.2.19 Hierboven heeft de rechtbank al aangegeven dat VMGDC wellicht een subjectief recht heeft op behoorlijke afwikkeling van haar inschrijving op de overheidsopdracht.

De rechtbank heeft ter zitting dan ook gevraagd of de PRESSETEXT-doctrine toepasselijk zou zijn. Indien een bestuur immers ten aanzien van één inschrijver afwijkt van zijn eigen lastenboek maar niet ten aanzien van de andere inschrijvers, behandelt dit bestuur de inschrijvers op ongelijke wijze.

De toelichting van partijen ter zitting is evenwel te summier en lacunair om vatbaar te zijn voor onmiddellijke beoordeling. De PRESSETEXT-doctrine is ook subtiel.

IV.2.D Procedurekosten binnen de procesverhouding

4.2.20 Dit vonnis is geen “eindvonnis” in de zin van art. 1017 Ger.W. zodat de rechtbank zich over de kwestie van de procedurekosten niet hoeft uit te spreken.

IV.3 PROCESVERHOUDING TUSSEN SINT-NIKLAAS EN MAN

IV.3.A Ontvankelijkheid van de vorderingen

4.3.1 Ontvankelijkheid is een kwestie die de rechter moet beoordelen over het geheel van de procedure. Aangezien de rechter rekening moet houden met de evolutie van de zaak hangende de procedure⁵⁴, moet de vordering ontvankelijk zijn, niet alleen bij aanhangigmaking maar eveneens op het moment van beoordeling. Dit geldt even goed voor het belangvereiste.⁵⁵

4.3.2 In de mate op heden nog niet vast staat of de vrijwaringsvordering überhaupt een oorzaak heeft, is de zaak niet in staat van wijzen.

⁵⁴ Vergelijk Cass, 19 oktober 2018, RW 2018-19/40, 1592, RN 2.

⁵⁵ Vergelijk HvJ, C-550/07, *Akzo Nobel/Commissie*, 14 september 2010, <http://curia.europa.eu>, RO 22. Vergelijk Cass, 6 oktober 2006, *RABG 2006*, 1346, RO III.3. Vergelijk P. LEMMENS, *Gerechtigd privaatrecht*, I, 1994, Leuven, Acco, 127.

IV.3.B Gegrondheid van de vorderingen

4.3.3 Hierop kan de rechtbank al evenmin ingaan.

IV.3.C Procedurekosten binnen de procesverhouding

4.3.4 Dit vonnis is geen “eindvonnis” in de zin van art. 1017 Ger.W. zodat de rechtbank zich over de kwestie van de procedurekosten niet hoeft uit te spreken.

V Andere middelen

5.1 De rechtbank beoordeelt de door partijen ingeroepen middelen die zij niet uitdrukkelijk besproken heeft als irrelevant voor de beoordeling van het geschil, dan wel als impliciet beantwoord.

VI Uitspraak

De rechtbank

- ⚖️ doet uitspraak op tegenspraak
- ⚖️ verklaart de vordering van VMGDC ontvankelijk
- ⚖️ alvorens verder recht te doen, heropent ambtshalve de debatten teneinde partijen toe te laten standpunt en uit te wisselen aangaande hetgeen de rechtbank heeft opgemerkt onder randnummer 4.2.19 hierboven
- ⚖️ beveelt partijen hun besluiten en overtuigingsstukken mee te delen en neer te leggen volgens de volgende kalender:

▪ eiseres VMGDC	17 januari 2022
▪ verweerster SINT-NIKLAAS	17 maart 2022
▪ tussengekomen partij MAN	17 mei 2022
▪ eiseres VMGDC	17 juni 2022
▪ verweerster SINT-NIKLAAS	16 september 2022
▪ tussengekomen partij MAN	14 oktober 2022

⚖️ zegt dat deze kalender een kalender zoals bedoeld in art. 747 § 2 Ger.W. uitmaakt

⚖️ zegt dat partijen in toepassing van art. 19 al. 1 Ger.W. enkel besluiten zullen nemen aangaande de kwesties die de rechtbank nog niet heeft berecht

☞ beveelt partijen in toepassing van art. 869 al. 1, laatste zinsnede Ger.W. al hun argumenten en middelen aan te geven in de eerste besluiten die zij zullen nemen

☞ zegt dat partijen in toepassing van art. 748bis Ger.W. in hun laatste besluiten al hun argumenten en middelen samenbrengen zodat deze besluiten synthesebesluiten zullen zijn

☞ bepaalt de rechtsdag voor debatten op

vrijdag 9 december 2022 om 9.00 uur

voor een te voorziene duur der debatten van 45 minuten, te indicatieven titel,

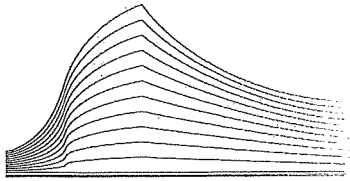
voor de D-8 kamer bij de rechtbank van eerste aanleg Oost-Vlaanderen, afdeling Dendermonde

☞ stelt vast dat zij zich in dit vonnis niet over procedurekosten hoeft uit te spreken

Dit vonnis is gewezen en uitgesproken tijdens de openbare terechtzitting op **TWAALF NOVEMBER TWEEDUIZEND EENENTWINTIG** door de D-ACHTSTE KAMER van de rechtbank van eerste aanleg Oost-Vlaanderen, afdeling Dendermonde, zetelend in burgerlijke zaken, alwaar aanwezig waren: J. Hendrix, rechter, voorzitter van de D/achtste kamer en I. Coppieters, griffier.

I. Coppieters

J. Hendrix



AFSCHRIFT toegezonden
ingevolge art. 792 Ger.W.
Vrij van expeditierecht
art. 280/2° Wetboek Reg.

846

Repertoriumnummer 3319 2023 / 1070
Datum van uitspraak 01/06/2023
Rolnummer A/18/01347

Uitgifte

Uitgereikt aan	Uitgereikt aan	Uitgereikt aan
op €	op €	op €

Niet aan te bieden aan de
ontvanger

**Ondernemingsrechtbank Gent,
Afdeling DENDERMONDE**

Vonnis

ZESDE KAMER

Aangeboden op
Niet te registreren

A/18/01347 INZAKE

STAD SINT-NIKLAAS, met maatschappelijke zetel te 9100 SINT-NIKLAAS, GROTE MARKT 1, ondernemingsnummer 0207.464.192.

Eiseres, vertegenwoordigd door meester Hilde Dhondt, in eigen naam en loco meester WILLY VAN DER GUCHT, advocaat, met kantoor te 9000 GENT, VOSKENS LAAN 34.

TEGEN

PAINTINGS & INDUSTRIAL COATINGS BV, met maatschappelijke zetel te 9270 KALKEN, LEEWEG 24, ondernemingsnummer 0421.135.396.

Verweerster, vertegenwoordigd door meester Lotte Ottevaere, in eigen naam en loco meester ANN EECKHOUT, advocaat, met kantoor te 9700 OUDENAARDE, DROESBEKEPLEIN 20.

VITRON SPJ BO, met maatschappelijke zetel te 15523 BIALYSTOK (POLEN), GRABOWKA, UL. SZOSA BARANOWICKA 119, ondernemingsnummer 0671.806.558.

Verweerster in tussenkomst en vrijwaring, vertegenwoordigd door meester PHILIPPE DE VOS, advocaat, met kantoor te 9000 GENT, BEGIJNHOF LAAN 93.

In deze zaak in beraad genomen heeft de Rechtbank het hiernavolgend vonnis verleend.

De rechtbank hoort de partijen in hun middelen op de zitting van 9 maart 2023. Zij neemt de zaak daarna in beraad en ziet de neergelegde stukken in.

De rechtbank heeft de wet van 15 juni 1935 op het gebruik van de talen in gerechtszaken nageleefd.

I. DE FEITEN

1. Door PAINTINGS & INDUSTRIAL COATINGS BV (hierna PIC) werd in opdracht van de STAD SINT-NIKLAAS (hierna SN) volgende overheidsopdracht uitgevoerd :

‘Kinderdagverblijf Driekoningen: interne verbouwing, uitbreiding met berging en vernieuwen buitenschrijnwerk’.

2. PIC deed voor de uitvoering van het buitenschrijnwerk beroep op VITRON SPJ (verder VITRON).

Daartoe werd op 20.01.2017 een onderaannemingsovereenkomst ondertekend.

3. Tijdens de uitvoering van deze opdracht is tussen partijen discussie ontstaan met betrekking tot de afrekening, de kwaliteit van de uitgevoerde werken en de uitvoeringstermijn.

Deze discussiepunten maakten het voorwerp uit van veelvuldige briefwisseling tussen partijen.

4. Op 31 mei 2018 liet SN een dagvaarding betekenen aan PIC.
5. Op 13 juli 2018 ging PIC over tot dagvaarding in tussenkomst en vrijwaring van VITRON.
6. Bij vonnis dd. 15.11.2018 van de Ondernemingsrechtbank Gent, afdeling Dendermonde werd deskundige VERPLANCKE aangesteld.
7. Op 28 oktober 2021 legde de deskundige zijn eindverslag neer.

II. DE VORDERINGEN

De hoofdvorderingen SN-PIC

SN vordert haar vordering ontvankelijk en gegrond te verklaren.

SN vordert PIC te veroordelen om aan STAD SINT-NIKLAAS een bedrag van 117.428,36 euro, minstens (na compensatie) een bedrag van 34.707,19 euro te betalen, meer de verwijlrenten en meer de gerechtelijke intresten tot datum van algehele betaling.

SN vordert PIC te veroordelen tot de kosten van het geding, begroot als volgt :

- dagvaarding en rolstelling	291,26 euro
- rechtsplegingsvergoeding	2.800,00 euro
- expertisekosten	13.004,48 euro

De tegenvorderingen PIC-SN

PIC vordert de door haar ingestelde tegenvordering ontvankelijk en gegrond te verklaren.

PIC vordert SN te horen veroordelen tot het bedrag van 82.721,17 euro.

PIC vordert te zeggen voor recht dat de vordering van PIC met betrekking tot de openstaande facturen en de vordering van SN tot schadevergoeding en verdragingsboete, op basis van art. 1289 oud BW, dan wel op basis van gerechtelijke compensatie, dienen gecompenseerd te worden.

De vorderingen in vrijwaring PIC-VITRON

PIC vordert de door haar ingestelde vordering in vrijwaring ontvankelijk en gegrond te verklaren.

PIC vordert VITRON te veroordelen tot de betaling van het bedrag van 23.314,09 euro aan PIC, meer de verwijlrente vanaf de datum van de neerlegging van het eindverslag (28.10.2021) wegens gebreken en minwaarden en een bedrag van 18.248,67 euro aan PIC (de contractueel voorziene maximale boete), minstens tot 14.139,83 euro aan PIC (maximale boete in de verhouding SN – PIC) wegens vertraging, meer de verwijlrente vanaf de datum van de neerlegging van het eindverslag (28.10.2021).

Daarnaast, voor zover de vordering van SN ten aanzien van PIC op dat punt weerhouden wordt door de rechtbank, VITRON te veroordelen om PIC integraal te vrijwaren wat betreft de kosten ingevolge het inrichten van de vervangingsaccomodaties.

PIC vordert te zeggen voor recht dat de door PIC aan VITRON verschuldigde bedragen gecompenseerd moeten worden met het bedrag dat VITRON aan PIC verschuldigd is op basis van de door PIC ingestelde vrijwaringsvordering.

PIC vordert VITRON te veroordelen tot de kosten van het geding, daarin begrepen de expertisekosten en de rechtsplegingsvergoeding in hoofd van PIC begroot op een bedrag van 2.800,00 euro.

Vorderingen VITRON-PIC

VITRON vordert PIC te veroordelen tot de betaling aan VITRON van een bedrag van 100.370,01 euro meer de verwijlinteressen aan 7,5% vanaf 13 juli 2018 tot de datum van de volledige betaling, meer de rechtsplegingsvergoeding begroot op 4.200 euro.

III. DE BEOORDELING

Toepasselijke wetgeving

Aangezien de opdracht bekend gemaakt werd op 09 mei 2016, is volgende regelgeving van toepassing :

- de wet dd. 15.06.2006 op overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten
- het KB dd. 15.07.2011 plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren
- het KB dd. 14.01.2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten (versie 2014)

Aansprakelijkheid PIC ten opzichte van SN

1. PIC werd door SN aangesteld als hoofdaannemer.

2. Artikel 84 van het KB van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten (hierna AUR) stipuleert het volgende :

“§1 De aannemer is aansprakelijk voor alle werken die door hem of door zijn onderaannemers zijn uitgevoerd tot de definitieve oplevering van het geheel van de werken

Gedurende de waarborgtermijn moet de aannemer, naargelang de vereisten, aan het bouwwerk al de nodige werken en herstellingen uitvoeren om het in goede staat of in goede werking te houden.

Na de voorlopige oplevering is de aannemer evenwel niet aansprakelijk voor de schade waarvan de schuld niet bij hem ligt.

§2 Vanaf de voorlopige oplevering en onverminderd de bepalingen van paragraaf 1 betreffende zijn verplichtingen gedurende de waarborgtermijn, is de aannemer aansprakelijk voor de stevigheid van het bouwwerk en voor de goede uitvoering van de werken, overeenkomstig de artikelen 1792 en 2270 van het Burgerlijk Wetboek."

3. De werken zijn door PIC of haar onderaannemers niet naar behoren uitgevoerd en dit werd door de deskundige vastgesteld.

De rechtbank overloopt de gebreken hieronder.

De gebreken in de uitvoering

De deskundige stelde volgende tekortkomingen vast :

4.01.1. Afbraakwerken en glasscherven (p. 20 deskundig verslag)

(a) Aansprakelijkheid

4. De deskundige stelt vast :

"Uit de voorgelegde stukken kan duidelijk opgemaakt worden dat de uitbraak van de glasdals inderdaad op een erg grove wijze gebeurde.

Tijdens dit onderzoek kon de deskundige trouwens nog steeds tal van glasscherven vaststellen in de dakgoten.

Aldus worden deze gebreken aanvaard. Hun oorzaak is een slordige / onvakkundige uitvoering.

Zie ook "Art. 01.51 Werfcondities, orde en netheid" van het technisch bestek, alsook bvb "Art. 03.21 Afbraak ruwbouwelementen". Er diende voorzichtig afgebroken te worden en alle afval van de werf te verwijderen."

5. Het is duidelijk dat werd nagelaten om de nodige beschermingsmaatregelen te nemen in deze nochtans zeer gevoelige omgeving (kinderdagverblijf).

6. Onterecht betwist PIC haar verantwoordelijkheid.

7. PIC stelt dat SN geen herstelkosten kan vorderen omdat SN eigengereid besliste om zonder tegensprekelijke vaststellingen de nog aanwezige glasscherven op te ruimen en dus de voorwaarden van artikel 44 en artikel 47 AUR niet heeft nageleefd.

Zo kan volgens PIC een ambtshalve maatregel – in dit geval het opruimen van de glasscherven – maar genomen worden op voorwaarde dat SN de procedure zoals beschreven in artikel 44 AUR volgt.

8. Art. 44 en art. 47 AUR stipuleren het volgende :

Artikel 44 :

«§ 1. De opdrachtnemer wordt voor de uitvoering van de opdracht geacht in gebreke te zijn:

1° wanneer de prestaties niet uitgevoerd worden volgens de voorschriften bepaald in de opdrachtdocumenten;

2° ongeacht het ogenblik, wanneer de prestaties niet zodanig vorderen dat zij op de vastgestelde data volledig kunnen worden voltooid;

3° wanneer hij de geldig gegeven schriftelijke bevelen van de aanbesteder niet naleeft.

§ 2. Al de tekortkomingen op de bepalingen van de opdracht, daarin begrepen het niet-naleven van de bevelen van de aanbesteder, worden in een proces-verbaal vastgesteld, waarvan onmiddellijk een afschrift aan de opdrachtnemer wordt verzonden bij aangetekende zending of bij elektronische zending die op vergelijkbare wijze de exacte datum van de verzending waarborgt.

De opdrachtnemer dient zonder verwijl zijn tekortkomingen te herstellen. Hij kan aan de aanbesteder zijn verweermiddelen doen gelden bij aangetekende zending of bij elektronische zending die op vergelijkbare wijze de exacte datum van de verzending waarborgt. Dit verweer moet hij verzenden binnen de vijftien dagen volgend op de datum van verzending van het proces-verbaal. Zijn stil zwijgen na die termijn geldt als een erkenning van de vastgestelde feiten.

...

§ 3. Wanneer in hoofde van de opdrachtnemer tekortkomingen worden vastgesteld, stelt hij zich bloot aan sancties door toepassing van één of meer van de maatregelen bepaald in de artikelen 45 tot 49, 85 tot 88, 123, 124, 154 en 155. »

Artikel 47 :

« § 1. Wanneer de opdrachtnemer, na het verstrijken van de in artikel 44, § 2, gestelde termijn om zijn verweermiddelen te doen gelden, inactief is gebleven of middelen heeft aangevoerd die door de aanbesteder als niet gerechtvaardigd worden beoordeeld, kan deze laatste de ambtshalve maatregelen vermeld in paragraaf 2 treffen.

De aanbesteder mag de ambtshalve maatregelen nochtans treffen zonder het verstrijken van de termijn bedoeld in artikel 44, § 2, af te wachten wanneer de opdrachtnemer op voorhand expliciet de vastgestelde tekortkomingen heeft toegegeven.

§ 2. De ambtshalve maatregelen zijn :

....

2° de uitvoering in eigen beheer van het geheel of van een deel van de niet-uitgevoerde opdracht;

De maatregelen onder het eerste lid, 2° en 3°, worden getroffen op kosten en risico van de in gebreke gebleven opdrachtnemer. Nochtans vallen de vertragsboetes en straffen die bij de uitvoering van een opdracht voor rekening worden toegepast, ten laste van de nieuwe opdrachtnemer.

§ 3. De beslissing van de aanbesteder om tot de gekozen ambtshalve maatregel over te gaan, wordt bij aangetekende zending of bij elektronische zending die op vergelijkbare wijze de exacte datum van de verzending waarborgt aan de in gebreke gebleven opdrachtnemer bekendgemaakt.

Vanaf deze kennisgeving mag de in gebreke gebleven opdrachtnemer niet meer tussenkomen in de uitvoering van het gedeelte van de opdracht onderworpen aan de ambtshalve maatregel.

....»

9. De formele bezwaren – verwijzing naar artikel 44 en 47 AUR – kunnen niet worden gevolgd.

Het klopt dat SN geen proces verbaal heeft opgemaakt waarin ze deze tekortkoming heeft vastgesteld.

Maar, dit belet niet dat SN deze contractuele tekortkoming niet op een andere wijze mag aantonen.

Dit uiteraard, voor zover SN de rechten van de verdediging respecteert.

De rechtbank sluit zich aan bij de rechtspraak en de rechtsleer die dit principe eveneens aanvaarden.

“Het proces-verbaal zelf wordt niet gedefinieerd en is evenmin aan vormvereisten onderworpen, zodat moet aangenomen worden dat de duidelijke wil volstaat om tekortkomingen vast te stellen.” (P. FLAMEY en C. DE KONINCK, *Overheidsopdrachten – bijzonder deel*, APR 2017, nr. 3843, p. 1733).

“De opdrachtgever behoudt steeds het recht om de tekortkomingen van de opdrachtnemer te bewijzen met alle middelen van recht zo er geen proces-verbaal werd opgesteld, met dien verstande dat de rechten van verdediging gevrijwaard moeten worden.” (A. EECKHOUT en L. OTTEVAERE, *“Straffen, boeten, ambtshalve maatregelen... Is de macht van het bestuur begrensd?”* in jaarboek *Overheidsopdrachten 2014-15*, 356; met verwijzing naar Cass. 5 oktober 1972, T. Aann. 1973, 17; aangehaald in P. FLAMEY en C. DE KONINCK, *“Overheidsopdrachten, bijzonder deel”*, APR 2017, p. 1733, nr. 3843).

“Dat tekortkomingen van de aannemer slechts zouden kunnen worden bewezen op basis van deze strenge, van het gemeen bewijsrecht afwijkende wijze, moet echter worden genuanceerd. De ratio legis en de finaliteit van dit specifieke in overheidsopdrachten voorziene systeem, waarbij tekortkomingen van de aannemer worden vastgesteld in een proces-verbaal, is het waarborgen van de rechten van verdediging van de aannemer, teneinde hem in de mogelijkheid te stellen kennis te nemen van de contractuele tekortkomingen die het bestuur hem verwijt, hem de mogelijkheid te geven om deze tekortkomingen te herstellen en/of zijn verweermiddelen te doen gelden.” (B. PELLEMANS, *“Uitvoering van overheidsopdrachten van werken”* in I. DE KNIJF (ed.), *Bouwrecht, Van A(anneming) tot Z(akenrecht)*, Brussel Larcier 2009, 161). P. FLAMEY en C. DE KONINCK, *“Overheidsopdrachten, algemeen deel”*, APR 2017, p. 475, nr. 1021).

10. Zo werden de tekortkomingen meermaals vastgesteld in aanwezigheid van PIC en werd PIC ook verschillende keren aangemaand om de gevolgen van de grove afbraak te verhelpen en dus de glasscherven te verwijderen.

Dit blijkt uit werfverslagen en briefwisseling zoals hierna weergegeven.

11. In het werfverslag nr. 28 van 13 september 2017 werd er gewezen op het feit dat na inspectie bleek dat er toch nog glas lag in de tuintjes. Er zou gestofzuigd worden als het weer het toeliet namelijk als het droog bleef. De vraag werd gesteld of dit ondertussen was gebeurd. (zie stuk II. 25 van SN)

In het werfverslag nr. 29 van 13 september 2017 werd er gewezen op het feit dat er veel glas was ontdekt op alle hoge horizontale richeltjes en lampen in de peuterboxen. Hierover was er afgesproken dat dit secuur zou verwijderd worden. Men had slechts 1 van de 2 boxen gedaan. In de tweede box moest het glas nog zo snel mogelijk verwijderd worden. Na inspectie bleek ook dat er toch nog glas lag in de tuintjes. Er zou gestofzuigd worden als het weer het toeliet namelijk als het droog bleef. De vraag werd gesteld of dit ondertussen was gebeurd. (zie stuk II.26 van SN)

In het werfverslag nr. 31 van 4 oktober 2017 werden deze punten als “dringend” hernomen. (zie stuk II. 27 van SN)

Op 11 oktober 2017 stuurde SN een ingebrekestelling :

Ook de ruimte die nu in gebruik is, is niet veilig want er liggen glasscherven op de lampen en horizontale richels. Bij een trilling (dichtslaan van een deur) kan dit naar beneden vallen en de vloer beschadigen, of erger, verwondingen veroorzaken bij de kinderen en personeel...” (zie stuk III.8 van SN)

In het werfverslag nr. 33 van 8 november 2017 wordt gemeld dat er in alle boxen gestofzuigd werd en ook in de richels en de kabelgoten.

Maar, dit bleek onvoldoende want het probleem was niet opgelost.

Dit blijkt uit de volgende ingebrekestelling die SN op 16 november 2017 naar PIC verstuurde :

“.. Ondanks herhaalde meldingen in de werfverslagen en het feit dat er op 2 en 3 november 2017 nog gepoetst is geweest is in de boxen van de kinderen om al het glas weg te krijgen, is vastgesteld dat er toch nog altijd glas aanwezig is.

Hierop hebben onze diensten 1 willekeurige lopende meter van de kabelgoten grondig onderzocht. De hoeveelheid glas die hier rond (in, op, achter) nog aangetroffen wordt is hallucinant, zoals u kunt vaststellen op de bijgevoegde foto

Het is evident dat dit glas afkomstig is van de grove uitbraak van de glasdals.

Na het vaststellen van al dit aanwezige glas en er rekening mee houdend dat het dus mogelijk is dat dit (gedeeltelijk) naar beneden kan vallen, is beslist dat dit onmiddellijk opgelost moet worden en dat de boxen van de kinderen 100% veilig en dus vrij van glas moeten zijn.

Daarom zullen onze eigen diensten op 25/11 aanvatten met de werken om de lokalen vrij te maken van glas.

Dit werk houdt in grote lijnen in :

- (omschrijving)

...

(zie stuk III.10 van SN)

Op 20 november 2017 antwoordde PIC dat ze de nodige reinigingswerken had uitgevoerd en dat ze betwistte dat het glas afkomstig zou zijn van haar werken. Het verbaasde PIC dat alle glas op de foto effectief uit 1 lopende meter kabelgoot afkomstig zou zijn. PIC wou dit graag nagaan en vaststellen en vroeg om 1 lokaal ter beschikking te houden op 22 november 2017. (zie stuk III. 12 van SN)

Op 22 november 2017 ging PIC ter plaatse en werd er getoond hoeveel glas er nog in de kabelgoten aanwezig was. PIC liet weten dat ze het glas zelf wou verwijderen. (zie stuk IV. 1 van SN)

Op 25 november 2017 was PIC ter plaatse. Er kon geen toegang worden verleend omdat de deur niet werkte. Tegelijkertijd stelde SN vast dat PIC niet het gepaste materiaal bij had om een grondige opkuis te doen. (zie stuk IV.1 van SN)

Op 30 november 2017 stelde SN PIC hierover in gebreke :

“Eerst en vooral is het absoluut niet duidelijk of u niet zelf (mede)verantwoordelijk bent voor het feit dat de deuren niet konden geopend worden. Bovendien hebben wij vastgesteld dat de aanwezige ploeg enkel voorzien was van een industriële stofzuiger, terwijl bij het vooronderzoek in uw aanwezigheid duidelijk bleek dat de armaturen en goten moesten gereinigd worden door deze volledig te demonteren. Dit hield in dat u hiervoor de nodige materialen moest voorzien, evenals het nodige materiaal om alles nadien weer op te kitten.

Tevens moeten wij vaststellen dat gans deze problematiek enkel en alleen te wijten is aan het onoordeelkundig uitbreken van de glasdallen. Reeds in het werfverslag nr. 28 van 13 september 2017 werd erop gewezen dat op diverse plaatsen glas moest verwijderd worden en sedertdien werd er bijna in ieder volgend werfverslag genoteerd dat er nog steeds glas aanwezig was.

U heeft dus meer dan voldoende kansen gekregen om de nodige opkuiswerken zelf uit te voeren.

Rekening houdend met de thans nog aanwezige veiligheidsrisico's zullen wij daarom vanaf zaterdag 2 december zelf het nodige personeel inzetten om de opkuiswerken uit te voeren.” (zie stuk II.13 van SN)

Op 2 december 2017 ging SN over tot opkuiswerken.

Op 4 december en 5 december 2017 vond SN opnieuw glas.

Op 6 december 2017 ging SN nogmaals over tot opkuiswerken. (zie stuk IV.1 van SN)

Steeds opnieuw bleef SN glasscherven aantreffen.

In het P.V. van 30 januari 2018 werd de voorlopige oplevering geweigerd, o.m. om reden van de aanwezigheid van resterend glas (o.m. in de tuintjes). (stuk III.16 van SN)

12. Het staat vast dat de blijvende aanwezigheid van glasscherven veroorzaakt werd door het feit dat PIC onvoldoende beschermingsmaatregelen heeft genomen alvorens de afbraakwerken van de glasdallen aan te vatten. Een grote hoeveelheid glas kwam terecht in/op/achter/ de kabelgoten en bleef zich verspreiden binnen in de crèche, in de boxen (bedden, bakken, vloeren..) en in de tuin.

PIC heeft meermaals de kans gekregen om de gevolgen van haar afbraakwerken te verhelpen maar zorgde niet voor een duurzame oplossing.

Om een verdere verspreiding van de glasscherven in te dijken, had PIC onmiddellijk de glasscherven uit de kabelgoten moeten verwijderen. PIC stelde op geen enkel ogenblik een grondig plan van aanpak voor en beperkt zich ertoe om – na hiertoe meermaals te zijn aangemaand – met een industriële stofzuiger te komen opkuisen. Ook nadat bleek dat de deur op 25 november niet opende en SN erop wees dat de aanpak die PIC voor ogen had niet voldeed, reageerde PIC niet met een overtuigend snel opkuisplan dat de bezorgdheid van SN wegnam.

Bijgevolg is SN dan terecht zelf overgegaan tot het opkuisen van de glasscherven om zo goed als mogelijk de problematiek op te lossen en dient PIC deze kosten te vergoeden.

(b) Schade en minwaarde (= 4.02 + 7.08 = p. 89 deskundig verslag + p. 103)

13. De schade wordt begroot op :

- Opruimen glasdals	5.220,00 euro
- Vervanging buitenspeeltegels rekening houdend met vetustiteit	4.449,79 euro
- Wegname en vervanging grasmatten	2.200,00 euro
- Linoleum	/
- Totaal	11.869,79 euro

14. De schade blijkt uit de stukken IV.3 tot 5 van SN en de deskundige bevestigt dat de raming correct is. De schade wordt bijgevolg op correcte wijze onderbouwd en door de deskundige als redelijke schade aangenomen.

De rechtbank ziet geen reden om hiervan af te wijken.

4.01.2. Gebreken buitenschrijnwerk (p. 21 deskundig verslag)

(a) Aansprakelijkheid

15. Alle ramen werden fout opgemeten. Deze fout opgemeten ramen werden geplaatst.

De deskundige kon in zijn nazicht volgende gebreken vaststellen :

- *“Verkeerde dimensionering met als gevolg dat het verluchtingrooster bovenaan te nipt geplaatst is en daardoor moeilijk te onderhouden / bedienen is (foto 3)*
- *Verkeerde dimensionering met daardoor gebrek aan consistentie in zichtbreedte profielen (foto 4)*
- *Verkeerde dimensionering met daardoor spleet bovenaan, noodoplossing met opzet L-profielen (foto 5).”*

De opmeting toont aan dat het om ca. 36,00 m² gevelschrijnwerk gaat.

16. VITRON wordt als onderaannemer voor het buitenschrijnwerk technisch aansprakelijk gesteld.

PIC blijft als hoofdaannemer – medecontractant van SN gehouden.

PIC verwijst naar het standpunt van VITRON.

Er is geen betwisting wat betreft de verantwoordelijkheid. PIC stelt trouwens wat dit betreft een vrijwaringsvordering lastens VITRON.

(b) Begroting van de schade

17. Zie punt 7.07. de schade wordt begroot op een minwaarde van **4.914,09 euro** (p. 58 + 88 deskundig verslag)

Dit bedrag wordt door PIC en VITRON niet betwist.

4.1.3. Lekken met vochtinfiltratie, natte muur in achterste box met vochtinfiltratie, kitwerken (p. 23 deskundig verslag)

(a) Aansprakelijkheid

18. De deskundige omschrijft de gebreken en de oorzaak ervan als volgt :

“Er werden in minstens 4 van de 7 kleine pyramidedaken alsook in het grote pyramidedak van de inkom, lekken gemeld.

Een deel ervan konden ter plaatse geverifieerd worden door de Deskundige dmv vochtaflopers op de binnendelen of vaststellingen van vochtigheid dmv meting met de vochtmeter.

Nazicht buiten van de 7 kleine en het grote dak toont dat voor al deze daken, het nieuw geplaatst buitenschrijnwerk (vervanging glasdals – Zie art. 04.01.1.) onderaan zeer slordig aangesloten is op het dak.

Samenvattend doen zich volgende problemen voor :

De EPDM slabben die de aansluiting vormen tussen de ramen en het dakvlak :

- *Zijn onvoldoende ondersteund en vertonen depressies*
- *Zijn slordig uitgevoerd en niet steeds continu*
- *Zijn soms aan elkaar gezet met kit, er zijn openstaande delen*
- *Zijn niet geheel verkleefd / openstaand*
- *Sluiten niet steeds aan op belendende delen ifv afwatering*
- *Er ontbreken kitvoegen en/of zwelbanden”*

De deskundige toont één en ander ook aan met foto's.

19. VITRON wordt als onderaannemer voor het buitenschrijnwerk technisch aansprakelijk gesteld.

PIC blijft als hoofdaannemer – medecontractant van SN gehouden.

PIC verwijst naar het standpunt van VITRON.

Er is geen betwisting wat betreft de verantwoordelijkheid. PIC stelt trouwens wat dit betreft een vrijwaringsvordering lastens VITRON.

(b) Begroting van de schade

20. De deskundige stelt voorop dat dergelijke aansluitingen in principe geacht worden om 30 jaar mee te gaan. De werken voldoen hieraan dus zeker niet, nu er al na 2 jaar problemen rijzen.

Bovendien, stelt de deskundige, is de gerealiseerde detaillering dermate dat er in de volgende jaren meer en meer problemen mogen worden verwacht.

De deskundige stelt dus voorop om de aansluiting van het dak met het buitenschrijnwerk voor alle 8 pyramidedaken rondom rond na te zien en te herdoen.

Dit wordt begroot op **18.000 euro excl. BTW.** (p. 88 deskundig verslag)

Dit bedrag wordt door PIC en VITRON niet betwist.

4.01.4. Voordeur

(a) Aansprakelijkheid

21. Het pand is uitgerust met een dubbele automatisch draaiende voordeur.

Op deze voordeur is een automatisch open-sluitsysteem geplaatst.

Het gaat om de voordeur van een kinderdagverblijf. Om veiligheidsredenen is de voordeur extra beveiligd met een toegangscontrole via vingervorm.

Reeds kort na de plaatsing is deze deur meermaals in panne gevallen en defect geweest.

Dit leidt niet alleen tot praktische problemen, dit geeft ook hinder voor personeel en ouders.

De pannes omvatten o.a. dat de deur niet meer open ging of niet meer afsloot. Hierdoor moest telkens de zij-ingang gebruikt worden. Daar is geen toegangscontrole via vingervorm aanwezig waardoor er gedurende de hele ochtend een medewerker aan deze deur moest blijven staan bij elke panne.

Na teveel problemen en gezien de tussenkomsten van de onderaannemer van PIC geen soelaas brachten, werd het automatisch open-sluitsysteem vervangen.

SN laat opmerken dat na vervanging er geen noemenswaardige problemen meer waren.

PIC betwist ten onrechte haar aansprakelijkheid

22. PIC meent dat ze niet kan worden aangesproken aangezien het probleem was hersteld en de deskundige dus geen tegensprekelijke vaststellingen meer heeft kunnen doen.

23. Het klopt dat het probleem hersteld werd vóór de aanvang van de expertise.

Maar, dit neemt niet weg dat :

- PIC zelf het probleem heeft vastgesteld en zelfs mee naar een oplossing heeft gezocht, evenwel zonder resultaat
- PIC uiteindelijk aangemaand werd om het probleem te verhelpen, evenwel zonder resultaat
- De gerechtsdeskundige aan de hand van de stukken en foto's wel degelijk heeft kunnen vaststellen dat de deur niet functioneerde, zodat zij terecht werd vervangen.

24. Het verslag van de deskundige verwijst naar de voorgelegde stukken :

"Het volgende blijkt uit het nazicht van de voorgebrachte stukken :

- *Bijkomend stuk 1 : enkel het automatisch open- en sluitsysteem werd vervangen iov partij STAD SINT-NIKLAAS*
- *Bijkomend stuk 1 : er waren herhaaldelijke pannes aan de voordeur, de deur opende en sloot niet meer*
- *Bijkomend stuk 3 : er is twijfel over de geschiktheid van het bedieningssysteem van de voordeur ifv de gebruiksfrequentie en ifv eventuele verkeerde bediening door gebruikers*
- *Bijkomend stuk 3 : de onderaannemer GEZE van partij P.I.C. bvba kwam herhaaldelijk langs ifv herstellingen, echter loste dit de situatie niet definitief op.*

Eenzijds duidt het lange parcours van onderzoek en poging tot herstel door partij P.I.C. bvba er op dat deze partij de voordeur, spijt herhaalde pogingen, niet tot een voldoening gevend operationeel niveau kreeg.

Anderzijds toont de factuur voor herstelling van KONE tbv 4.195,00 € aan dat deze investering om de bediening te herdoen, wel degelijk uitgevoerd werd.

En ook zijn er sindsdien blijkbaar geen problemen met de bediening meer.

Op basis van deze gegevens, aanvaardt de deskundige de hier voorgebrachte herstellingskosten tbv 4.195,00 € als zijnde ten laste van partij P.I.C. Bvba."

De deskundige kon dus op basis van de voorgebrachte stukken vaststellen dat (1) er langdurige en meerdere pogingen geweest zijn om in de minne tot een oplossing te komen; (2) de uiteindelijke herstelling door een derde, KONE, wel tot genoegdoening leidde waar de tussenkomsten van PIC en zijn onderaannemer geen oplossing boden.

De bedoelde stukken worden voorgelegd in bundel IV, stukken 6 tot 8 van SN.

SN verwijst hierbij uitdrukkelijk naar het stuk IV.6, zijnde een volledige 'historiek' van vaststellingen en tussenkomsten, die nooit werd betwist.

Hieruit blijkt dat kort na plaatsing in september 2017 de eerste problemen zijn ontstaan. PIC en GEZE zijn meermaals ter plaatse geweest maar deze tussenkomsten brachten geen oplossing.

SN brengt volgende stukken bij :

27/09/17	Vorige en deze week heel wat problemen geweest doordat het systeem vanzelf verspringt. Geze is een aantal keer langs geweest, maar is vandaag het systeem aan het veranderen. Er komen maar 3 standen (de 2 standen die niet gebruikt werden verdwijnen dus) en het schakelen is meer mechanisch en dus normaal gezien betrouwbaarder.
23/11/17	deur in panne
12/12/17	Ook de voordeur is nog steeds niet hersteld : er gaat maar 1 van de twee deuren open, waardoor ouders met een brede buggy staan te sukkelen om binnen te komen en bovendien werkt de opening van buitenaf bij nachtstand nog steeds niet.
03/01/18	zie onderstaand mailverkeer : ter info : voordeur nog steeds niet hersteld. (melding 23/11/2017) Vandaag nieuw defect erbij : deur gaat niet meer dicht. (zie foto)
05/01/18	De herstelling van de deur is al meerdere malen gevraagd, maar was inderdaad nog steeds niet opgelost. Omdat ze nu echt onbruikbaar geworden was heeft Kristof deze week rondgebeld en op dringende interventie aangestuurd die gebeurd is. Ik heb begrepen dat de deur nu weer bruikbaar en afsluitbaar is maar dat de secundaire vleugel nog steeds niet werkt. Hiervoor zijn volgens Geze 2 mogelijke oorzaken van. Voor beide oorzaken heeft met nu herstelstukken besteld die geplaatst

09/02/18	deur nog steeds stuk. Nog niet hersteld
20/02/18	deur opnieuw in panne
26/02/18	Gevraagd aan PIC om constructieve oplossing, ook met PV van ingebrekestelling
15/03/18	deur opnieuw in panne Geze heeft onmiddellijk iemand lang gestuurd
20/03/18	deur opnieuw in panne PIC heeft ondertussen een bestelbon gekregen om een extra schakelaar te plaatsen waardoor de deur sneller open zou gaan. Geze zal dit komen plaatsen samen met het herstel van de voordeur
	...

28/03/18	Geze komt langs voor 'definitieve oplossing'. Na enkele uren is de deur opnieuw defect. Hierdoor is ons geduld op. Daarom hebben onze eigen elektriciens het probleem hersteld . Ondertussen is er offerte opgevraagd bij een externe firma om het gehele systeem te vervangen. Dit is besteld en wordt vermoedelijk in de week van 7/5/2018 uitgevoerd."
----------	---

Dit doet zich dus voor na tientallen tussenkomsten.

Er wordt ook uitdrukkelijk verwezen naar de werfverslagen daterend van na de plaatsing. (stukken II.27 e.v van SN)

Nr. 36 (stuk II. 30) dd. 23-01-2018	Inkom : Secundaire vleugel werkt niet meer sinds 22/11 ochtend. Ook problemen met het slot. ... De deur opent van binnenuit ook heel traag. Veel trager dan in het begin...
Nr. 37 (stuk II. 31) dd. 15-02-2018	Inkom : Secundaire vleugel werkt niet meer sinds 22/11 ochtend. Ook problemen met het slot. ... De deur opent van binnenuit ook heel traag. Veel trager dan in het begin...
PV weigering voorlopige oplevering 30-01- 2018 (stuk III.16)	
	...

25. Samenlezing van alle stukken toont dus aan dat de voordeur voortdurend gebreken vertoonde waaraan ook na tussenkomst van PIC en haar aangestelden, niet werd verholpen.

SN levert hiermee het bewijs dat PIC aansprakelijk is voor deze tekortkoming.

26. De tekortkomingen worden vastgesteld in werfverslagen en briefwisseling en er werd meermaals de kans geboden aan PIC om de problemen te verhelpen.

De rechten van verdediging werden dus zeker gerespecteerd.

Na meer dan een half jaar was er nog steeds geen behoorlijk functionerende voordeur.

Het was duidelijk dat PIC en/of haar onderaannemer niet in staat waren de problematiek te verhelpen binnen normale termijn.

27. De beslissing om de herstelling te laten uitvoeren door KONE, is geheel te goeder trouw en redelijk in het licht van de omstandigheden.

(b) Begroting van de schade

28. De schade wordt begroot op **4.195,00 euro excl. btw.** Dit stemt overeen met de factuur van Kone (vervanging automatisatie). (p. 88 deskundig verslag)

Offerte en factuur worden voorgelegd (stukken IV.7 en IV.8).

29. De schade wordt bijgevolg op correcte wijze onderbouwd en door de deskundige als redelijke schade aangenomen.

De rechtbank ziet geen reden om hiervan af te wijken.

4.01.5 Sluiting buitendeuren (p.26 deskundigenverslag)

(a) Aansprakelijkheid

30. Er deed zich een probleem voor van tocht onder de buitendeuren.

Conform het verslag van de deskundige zijn alle deuren voorzien van valdorpels. Deze moeten nagezien worden.

31. PIC blijft als hoofdaannemer – medecontractant van SN – gehouden.

PIC verwijst naar het standpunt van VITRON.

Er is geen betwisting wat betreft de verantwoordelijkheid. PIC stelt trouwens wat dit betreft een vrijwaringsvordering lastens VITRON.

(b) Begroting van de schade

32. De inregeling moet worden voorzien en de schade / kostprijs wordt begroot op **400,00 euro excl. btw (= 1 dag werk + materieel).** (p. 88 deskundig verslag)

PIC en VITRON voeren geen betwisting.

4.01.9 Ligger boven schuifraam (p. 30 deskundig verslag)

(a) Aansprakelijkheid

33. De nieuw geplaatste ligger boven het nieuwe schuifraam vertoont roestvorming. In het bestek was nochtans voorzien dat de balk beschermd moest zijn tegen corrosie.

De deskundige toont dit aan met foto 19 (bijlage 1 deskundig verslag). Hij stelt dat er inderdaad roestvorming kan worden vastgesteld, hetgeen uiteraard niet mag, gezien de vereiste en normaal toegepaste corrosiebescherming.

(b) Begroting van de schade

34. De schade wordt begroot op **450,00 euro excl. btw** (= 1 dag werk + materiaal / materieel). (p. 88 deskundig verslag)

35. De rechtbank ziet geen reden om hiervan af te wijken.

4.01.13 Buitenstopcontact

(a) Aansprakelijkheid

36. Het buitenstopcontact aan het buitentoilet was niet aangesloten.

Dit bleek een vergetelheid van partij PIC.

37. De plaatsing en aansluiting was voorzien en diende te worden uitgevoerd. Bij gebrek hieraan moet de overeenstemmende schade worden vergoed.

Wat betreft de formele betwisting, wordt verwezen naar hetgeen hierboven werd uiteengezet aangaande de sluiting van de voordeur (buitendeur).

(b) Begroting van de schade

38. De schade wordt begroot op **563,42 euro**. (p. 88 deskundig verslag)

Dit is gebaseerd op :

- Factuur buitenstopcontact (stuk 9.b) : 134,59 euro
- Uurlonen aansluiting (stuk 9.d) : 428,65 euro

39. De rechtbank ziet geen reden om hiervan af te wijken.

De Vertraging

(a) Aansprakelijkheid

40. De werken hebben vertraging opgelopen.

Conform het bestek dienden de werken te worden uitgevoerd tegen uiterlijk 16-06-2017.

De deskundige stelt vast dat de werken in staat van voorlopige oplevering waren op 20-11-2017.

41. De voorziene einddatum werd dus overschreden.

Op dat moment waren de werken nog steeds niet 100% vervolledigd.

(b) de verdragingsboete

42. De verdragingsboete wordt begroot op 5%, zoals wettelijk en contractueel voorzien.

Dit geeft een bedrag van **14.139,83 euro**.

43. Er is geen aanleiding om dit bedrag te verlagen in het licht van de omstandigheden.

Niettegenstaande de aannemer(s) op de hoogte was / waren dat het kinderdagverblijf zo veel mogelijk in werking moest blijven en er tijdens de werken slechts tijdelijk kon worden uitgeweken naar andere opvanginitiatieven, liep de werf al te grote vertraging op.

De boete is gerechtvaardigd.

Geen aparte schade voor vervangaccomodatatie - vakantie opvang : valt onder de verdragingsboete

44. SN maakt naast de verdragingsboete beschreven in art. 46 AUR en 86 AUR ook nog aanspraak op alle kosten die zij diende te maken voor de inrichting van een vervangingsaccomodatatie aangezien het kinderdagverblijf niet tijdig in gebruik genomen kon worden ingevolge de laattijdigheid van PIC.

45. De rechtbank volgt deze redenering niet.

Immers bepaalt artikel 86 § 6 AUR :

Het totaalbedrag van de verdragingsboetes dat op een opdracht wordt toegepast, mag niet hoger zijn dan vijf procent van het bedrag zoals bepaald in paragraaf 1. Wanneer de uitvoeringstermijn een gunningscriterium van de opdracht vormt, kunnen de opdrachtdocumenten het bovengenoemde percentage verhogen tot maximum tien procent. Dit percentage wordt vastgesteld in verhouding tot de relatieve belangrijkheid van het gunningscriterium betreffende de uitvoeringstermijn

De boetes waarvan het totaal geen vijfenzeventig euro per opdracht bereikt, worden niet aangerekend.” (eigen onderlijning)

De verdragingsboete is een forfaitaire vergoeding verschuldigd voor de schade die voor het opdrachtgevend bestuur voortvloeit uit de vertraging bij de aannemer. Het doel van een verdragingsboete is het herstellen van de door de aanbestedende overheid geleden schade die wordt veroorzaakt door een laattijdige uitvoering.

Dit houdt in dat elke schade in hoofde van de aanbestedende overheid, zowel rechtstreekse als onrechtstreekse, die het gevolg is van de vertraging bij de uitvoering van de opdracht wordt geacht gedekt te zijn door het bedrag van de verdragingsboete.

Gelet op het forfaitair karakter kan geen ruimere schadevergoeding geëist worden door het opdrachtgevend bestuur indien de werkelijke schade hoger zou blijken dan het bedrag van de verdragingsboete.

46. Evenmin kan SN een beroep doen op artikel 46, lid 2AUR.

Artikel 46, lid 2 AUR bepaalt :

Onverminderd de toepassing van de verdragingsboetes, vrijwaart de opdrachtnemer de aanbesteder in voorkomend geval tegen elke schadevergoeding die deze aan derden verschuldigd is op grond van zijn vertraging in de uitvoering van de opdracht.” (eigen onderlijning).

Het forfaitair karakter van het verdragingsbeding kan niet ontkracht, genuanceerd of gemoduleerd worden omwille van het vrijwaringsbeding zoals voorzien in artikel 46, lid 2, AUR.

Dit artikel bepaalt immers enkel dat onverminderd of zonder afbreuk te doen aan de verdragingsboete de opdrachtnemer wel nog gehouden is om het opdrachtgevend bestuur te vrijwaren tegen elke schadevergoeding die deze aan derden verschuldigd zou zijn op grond van de vertraging bij de uitvoering van de opdracht.

Deze vrijwaring heeft dus betrekking op schade aan derden, geleden dus door derden die hiervoor het opdrachtgevend bestuur aanspreken en niet op schade geleden door het opdrachtgevend bestuur zelf.

SN kan dus, wegens de vertraging, enkel aanspraak maken op een hogere vergoeding dan het maximale bedrag van de verdragingsboete, indien zij zelf ingevolge de vertraging van PIC een schadevergoeding verschuldigd is aan derden.

Dit is niet het geval.

47. De vordering van SN ingevolge de vertraging die het maximaal bedrag van de verdragingsboete te boven gaat, dient dan ook afgewezen te worden als ongegrond.

48. Verder meent SN zich te kunnen beroepen op artikel 60 AUR.

Dit artikel werd met ingang van 30 juni 2017 opgeheven.

Het klopt dat dit artikel nog van toepassing was bij het toekennen van de opdracht aan PIC maar dit artikel is algemeen geformuleerd terwijl artikel 86 AUR een specifieke regeling bevat omtrent de schade bij vertraging en het maximum bedrag dat als verdragingsboete kan worden vastgelegd bij de opdracht.

Deze specifieke bepaling dient dan ook bij voorrang te worden toegepast en sluit de algemene bepaling uit. Zo niet zou artikel 86 §6 AUR geen enkel nut hebben.

Conclusie : schadevergoeding verschuldigd door PIC aan SN

Stad Sint-Niklaas heeft volgende schade geleden :

Herstel / minderwaarde	28.522,51 euro
Schade glasdals – glasbraak	11.864,79 euro
Verdragingsboete	14.139,82 euro
Totaal	54.527,12 euro

De tegenvorderingen PIC-SN

49. PIC heeft nog een openstaand saldo van 301.350,50 euro – 218.629,33 euro = **82.721,17 euro** .

50. SN betwist dit bedrag niet.

51. Dit saldo is verschuldigd.

Compensatie met openstaand saldo van de aannemingsom

52. PIC vordert te zeggen voor recht dat de vordering van PIC met betrekking tot de openstaande facturen en de vordering van SN tot schadevergoeding en vertragsboete, op basis van art. 1289 oud BW, dan wel op basis van gerechtelijke compensatie, dienen gecompenseerd te worden.

53. Aangezien het schadebedrag in dit vonnis wordt bepaald, gaat de rechtbank over tot de gerechtelijke compensatie.

54. Het openstaand saldo dat SN aan PIC verschuldigd is, bedraagt 82.721,17 euro.

De schadevergoeding die PIC aan SN verschuldigd is bedraagt 54.527,12 euro.

Bijgevolg is SN aan PIC nog verschuldigd : 82.721,17 euro – 54.527,12 euro = **28.194,05 euro**.

De vorderingen in vrijwaring PIC-VITRON

55. VITRON betwist niet dat ze verantwoordelijk is voor :

- Gebreken buitenschrijnwerk : 4.914,09 euro
- Lekken met vochtinfiltratie, natte muur in achterste box met vochtinfiltratie, kitwerken : 18.000 euro
- Sluiting buitendeuren : 400 euro

Totaal : **23.314,09 euro**

56. VITRON betwist dat ze verantwoordelijk wordt gesteld voor de opgelopen vertraging.

57. De rechtbank stelt op basis van de werfverslagen vast dat de uitvoering van het buitenschrijnwerk door VITRON moeizaam verliep wat PIC ertoe aanzette om in mei-juni een ingebrekestelling te versturen.

Op 2 augustus 2017 liet PIC via een deurwaarder de problemen omtrent het buitenschrijnwerk vaststellen met de bedoeling om een derde aannemer in te schakelen die VITRON dus zou vervangen.

VITRON liet weten dat ze de werken toch nog wenste uit te voeren waarmee PIC instemde.

Op 13 september 2017 gaf PIC aan SN een planning door van werken die nog door VITRON moesten gebeuren waarna PIC verder kon afwerken. (zie stuk III.6 van SN)

Op 11 oktober 2017 antwoordt SN dat het niet volledig klopte dat PIC moest wachten tot de werken door VITRON waren uitgevoerd (zoals herstellen van kapotte tegels, weghalen van een stelling die

niet langer gebruikt werd, vergeten/herstel-schilderwerk) maar dat PIC het niet interessant vond om voor kleinere zaken nu al langs te komen om deze al af te werken. SN meldt ook dat er nog steeds glasscherven op de lampen en horizontale richels lagen waardoor de ruimte die in gebruik was niet veilig was.

SN merkt op dat de werken door VITRON nog steeds niet waren afgerond (ze waren nog maar pas begonnen) terwijl ze grotendeels stonden ingepland voor de week van 18/9. (zie stuk III.8 van SN)

PIC antwoordde dat VITRON niet begin van de week van 18/9 was kunnen starten maar pas einde van de week wegens een laattijdige levering. (zie stuk III.9 van SN)

Uit het werfverslag nr. 33 van 8 november 2017 blijkt dat de opmerkingen omtrent de ramen van het vorige werfverslag waren uitgevoerd met uitzondering van het plaatsen van vliegenramen. (zie stuk II.28 van SN)

Op dat ogenblik was het probleem van de blijvende aanwezigheid van glasscherven nog niet opgelost (zie hierboven) wat de voorlopige oplevering verhinderde.

58. Het staat dus vast dat VITRON haar werken met vertraging uitvoerde maar dat ze de opmerkingen die in de werfverslagen werden gemaakt, heeft weggewerkt voorafgaand aan de voorlopige oplevering die niet door haar toedoen werd uitgesteld maar door toedoen van de blijvende aanwezigheid van glasscherven te wijten aan de fout van een nevenaannemer waarvoor PIC aansprakelijk is.

Bijgevolg meent de rechtbank dat de volledige uitoefening van het schadebeding onder deze concrete omstandigheden kennelijk onredelijk is in die zin dat het een te groot nadeel oplevert voor VITRON in afweging met het voordeel of het geschade belang van PIC.

De rechtbank matigt dan ook de toepassing van het schadebeding en herleidt dit tot de 1/2 van de schadevergoeding die door PIC aan SN is verschuldigd namelijk **7.069,91 euro**.

De vorderingen VITRON-PIC

59. VITRON heeft nog een openstaand saldo van 143.394,80 euro – 43.024,79 = **100.370,01 euro**.

60. PIC betwist dit bedrag niet.

61. Dit saldo is verschuldigd.

Compensatie met openstaand saldo van de aannemingssom

62. VITRON vordert te zeggen voor recht dat de vordering van VITRON met betrekking tot de openstaande facturen en de vordering van PIC tot schadevergoeding, op basis van art. 1289 oud BW, dan wel op basis van gerechtelijke compensatie, dienen gecompenseerd te worden.

63. Aangezien het schadebedrag in dit vonnis wordt bepaald, gaat de rechtbank over tot de gerechtelijke compensatie.

64. Het openstaand saldo dat PIC aan VITRON verschuldigd is, bedraagt 100.370,01 euro.

De schadevergoeding die VITRON aan PIC verschuldigd is bedraagt 30.383,59 euro.

Bijgevolg is PIC aan VITRON nog verschuldigd : 100.370,01 euro – 30.383,59 euro = **69.986,42 euro**.

De gerechtskosten

Aangezien zowel SN, PIC als VITRON elk omtrent enig geschilpunt in het ongelijk werden gesteld, slaat de rechtbank de kosten om. Dit in toepassing van artikel 1017 Ger.W.

Zo heeft SN ongelijk gekregen omtrent het geschilpunt van de cumul van de vertragsboete en de schade van de vervangingsaccomodaties wat een aanzienlijk onderdeel van de gerechtelijke expertise heeft ingevuld.

Zo heeft PIC ongelijk gekregen omtrent het geschilpunt van de vertragsboete ten opzichte van VITRON.

Bijgevolg zal elke partij haar eigen kosten dragen (dagvaardingskosten en erelonen advocaten) en zal elke partij veroordeeld worden tot 1/3 van de expertisekosten.

IV. DE BESLISSING

Procesverhouding SN-PIC

De rechtbank verklaart de vorderingen ontvankelijk.

De rechtbank veroordeelt PAINTINGS & INDUSTRIAL COATINGS BV tot de betaling van een schadevergoeding aan STAD SINT-NIKLAAS van **54.527,12 euro**.

De rechtbank veroordeelt STAD SINT-NIKLAAS tot de betaling aan PAINTINGS & INDUSTRIAL COATINGS BV van een openstaand saldo van **82.721,17 euro**.

De rechtbank past de gerechtelijke compensatie toe.

Bijgevolg is STAD SINT-NIKLAAS aan PAINTINGS & INDUSTRIAL COATINGS BV nog verschuldigd : 82.721,17 euro – 54.527,12 euro = **28.194,05 euro** te vermeerderen met de nalatigheidsinteressen aan de gewone wettelijke interestvoet vanaf de datum van dit vonnis tot de datum van de volledige betaling.

Procesverhouding PIC-VITRON

De rechtbank veroordeelt VITRON SPJ tot de betaling aan PAINTINGS & INDUSTRIAL COATINGS BV van een schadevergoeding van **30.383,59 euro**.

De rechtbank veroordeelt PAINTINGS & INDUSTRIAL COATINGS BV tot de betaling aan VITRON SPJ van een openstaand saldo van **100.370,01 euro**.

De rechtbank past de gerechtelijke compensatie toe.

Bijgevolg is PAINTINGS & INDUSTRIAL COATINGS BV aan VITRON SPJ nog verschuldigd : 100.370,01 euro – 30.383,59 euro = **69.986,42 euro** te vermeerderen met de nalatighedsinteressen aan de gewone wettelijke interestvoet vanaf de datum van dit vonnis tot de datum van de volledige betaling.

De kosten

De rechtbank slaat de gerechtskosten om en veroordeelt elke partij tot het dragen van haar eigen kosten en veroordeelt elke partij tot 1/3 van de expertisekosten dit is 13.004,48 euro : 3 = **4.334,83 euro**.

Veroordeelt elke partij tot 1/3 van het rolrecht begroot op 165 euro : 3 = **55 euro** aan de Belgische Staat (FOD Financiën). De FOD Financiën zorgt voor de inning en zal hiertoe een betalingsuitnodiging sturen.

Het vonnis is op tegenspraak gewezen door de zesde kamer van de ondernemingsrechtbank Gent, afdeling Dendermonde, samengesteld uit rechter M. Aguirre y Otegui als voorzitter, rechters in ondernemingszaken G. Henkens en B. Van der Plaetsen. Het is op de openbare terechtzitting van **1 juni 2023** uitgesproken door rechter M. Aguirre y Otegui in aanwezigheid van de griffier B. D'Hondt.

2018/AR/1011 - In de zaak van:

BOUWBEDRIJF VMG-DE COCK N.V., ON 0433.430.444
met rechtspersoonszetel te 9100 SINT-NIKLAAS, Industriepark-West 55,

appellante,
hierna kort VMG DC genoemd

hebbende als raadsman mr. GEERTS Filip, advocaat te 9300 AALST, Bauwensplaats 1 bus 10

tegen

STAD SINT-NIKLAAS, vertegenwoordigd door haar College van Burgemeester en Schepenen
(afgekort CBS), ON 0207.464.192
met zetel/kantoren te 9100 SINT-NIKLAAS, Grote Markt 1,

geïntimeerde,
hierna kort SINT-NIKLAAS genoemd

hebbende als raadsliden mr. VAN der GUCHT Willy en mr. DHONDT Hilde, advocaten te
9000 GENT, Voskenslaan 34-36

wijst het hof het volgend arrest:

1. feitelijk en juridisch belanghebbende antecedenen

1.1. Het bestreden vonnis is dat van **16 maart 2018 van de D10^e Kamer van de rechtbank van eerste aanleg Oost-Vlaanderen, afdeling Dendermonde**, gewezen in de zaak daar gekend onder **A.R. nr. 17/1040/A**.

Tegen deze beslissing werd (bij ontstentenis van (medegedeelde) betekening –cf. art. 1051 Ger.W.) tijdig, regelmatig naar de vorm (cf. art. 1056, 2° Ger.W.), en eveneens ontvankelijk¹ hoger beroep ingesteld door VMG DC, dit met op 24 mei 2018 ter griffie van het hof neergelegd verzoekschrift.

¹ De onontvankelijkheid van het hoger beroep zelf werd door SINT-NIKLAAS niet ingeroepen, noch heeft het hof ambtshalve op te werpen redenen van onontvankelijkheid van het hoger beroep ontwaard.



Inzake de ontvankelijkheid en regelmatigheid van het incidenteel beroep van SINT-NIKLAAS cf. hierna onder 1.3.2..

De partijen bij monde van hun respectieve raadslieden hebben de zaak uiteengezet in openbare terechtzitting en in het Nederlands.

De partijen hebben blijkens het PV van de openbare terechtzitting van 29 januari 2021 alle neergelegde conclusies en stukken in het debat aanvaard.

Het hof zag de door partijen neergelegde stukkenbundels, evenals het gerechtsdossier in, inzonderheid de (laatste) syntheseconclusies van partijen in de zin van art. 748*bis* Ger.W..

1.2. De zaak betreft een betwisting inzake de gunning van een overheidsopdracht, meer in het bijzonder een open aanbesteding, die wettelijk² als enige gunningscriterium de verplichting te gunnen aan de regelmatige inschrijver met de laagste prijs kent.

1.2.1. VMG DC liet de geding inleidende dagvaarding aan SINT-NIKLAAS betekenen op 4 april 2017, strekkende tot betaling door SINT-NIKLAAS van de wettelijke, forfaitaire schadevergoeding³ van 29.108,70 euro, meer vanaf de ingebrekestelling van 19 mei 2015 de moratoire intrest en vanaf dagvaarding de gerechtelijke intrest tot op het moment van de integrale betaling; meer ook de aan haar zijde nader begrote gedingkosten.

1.2.2. De eerste rechter heeft met het bestreden vonnis:

- de vordering onontvankelijk verklaard in de mate dat VMG DC zich beriep op de kwestie van de elastomeerbitumen,
- de vordering ontvankelijk verklaard in de mate dat VMG DC zich beriep op de kwestie van de ventilatieroosters,
- de vordering voor zover ontvankelijk, ongegrond verklaard, met verwijzing van VMG DC in de gedingkosten van eerste aanleg, aan de zijde van SINT-NIKLAAS nader begroot.

1.3.

1.3.1. VMG DC vordert met haar hoger beroep, zoals nader omschreven in haar laatste (synthese)conclusie andermaal dat het hof haar oorspronkelijke vordering zou inwilligen, waarbij zij de aan haar zijde gevallen gedingkosten van beide instanties, waarin zij SINT-NIKLAAS vraagt te verwijzen, nader heeft begroot.

² Art. 24 overheidsopdrachtenwet van 15 juni 2006.

³ Art. 24 overheidsopdrachtenwet van 15 juni 2006 *iuncto* art. 1382 B.W..

1.3.2. SINT-NIKLAAS vraagt met haar laatste (synthese)conclusies van het hof om het hoofdberoep ontvankelijk te verklaren maar af te wijzen als ongegrond.

Verder betracht zij met haar incidenteel beroep, dat middels haar eerste beroepsconclusie regelmatig en ontvankelijk (art. 1054 Ger.W.) werd ingesteld, de oorspronkelijke vordering van VMG DC integraal onontvankelijk te doen verklaren, *subsidiair* vraagt zij de bevestiging van het bestreden vonnis, waarbij zij de aan haar zijde gevallen gedingkosten van beide instanties, waarin zij VMG DC vraagt te verwijzen, nader heeft begroot.

2. bespreking

2.1. Het hof gaat hierna enkel in op de middelen die afdoende en relevant zijn om tot zijn beslissing te komen.

Indien het hof bepaalde middelen en argumenten hierna niet verder of meer in detail ontmoet is dit omdat zij naar het oordeel van het hof, overbodig zijn geworden dan wel niet (langer) relevant zijn, in die zin dat ze niet van aard zijn het hof tot een andersluidende beslissing⁴ te (kunnen) leiden in deze.

2.2. overheidsopdracht en belanghebbende, toepasselijke regelgeving ter zake.

2.2.1. De zaak betreft (zoals hiervoor onder 1.2. en 1.2.1. reeds enigszins aangegeven) een door VMG DC ten laste van SINT-NIKLAAS gevorderde (wettelijk forfaitaire) schadevergoeding van 10%, berekend op de door haar (VMG DC) ingestoken prijs (zonder btw), en dit omdat de door SINT-NIKLAAS uitgeschreven overheidsopdracht onder vorm van een open aanbesteding met als voorwerp "Vrije Ateliers: renovatie westvleugel en dakrenovatie" (waarvan de opening van de offertes was voorzien op 19 februari 2015 om 10.00 uur) niet aan haar (VMG DC) als laagste, regelmatige inschrijver werd gegund, maar wél aan de nv ALPAS die volgens haar (VMG DC) niet de laagste, laat staan een regelmatige inschrijver was.

- Het hof wijst er op dat volgens het bestek de *overheidsopdrachtenwet van 15 juni 2006*⁵, in deze van toepassing is.

Art. 24 van deze wet bepaalt: "*Wanneer de aanbestedende overheid beslist de opdracht te plaatsen bij aanbesteding, dient die te worden gegund aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte heeft ingediend, op straffe van een forfaitaire schadevergoeding vastgesteld op tien percent van het bedrag zonder belasting over de toegevoegde waarde van deze offerte. (...).*"

⁴ Die de vordering (in meerdere mate) zou doen inwilligen dan wel (in meerdere mate) zou doen afwijzen.

⁵ zijnde de Wet betreffende de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten



Deze wetsbepaling wordt geacht een bijzondere toepassing te zijn van art. 1382 B.W., in die zin dat wanneer het aanbestedend bestuur haar wettelijke plicht om de opdracht toe te wijzen aan de laagste regelmatige bidder niet nakomt, zij ten aanzien van deze laagste regelmatige bidder een buitencontractuele fout maakt die haar jegens deze laatste schadelijkt maakt tot beloop van een wettelijk voorziene forfaitaire schadevergoeding van 10% op diens offerte zonder btw.

- Het hof wijst er eveneens op dat volgens het bestek eveneens de *Rechtsbeschermingswet van 17 juni 2013*⁶, van toepassing is.

Art. 16 van deze wet bepaalt: *De verhaalsinstantie kent een schadevergoeding toe aan de personen die benadeeld zijn door één van de in art. 14 bedoelde schendingen die door de aanbestedende instantie zijn begaan en voorafgaan aan de sluiting van de opdracht op voorwaarde dat de verhaalsinstantie zowel de schade als het oorzakelijk verband tussen de schade en de beweerdde schending bewezen acht.*

Art. 14 van deze Rechtsbeschermingswet heeft het in dit opzicht over...*'beslissingen die een machtsafwijking inhouden of een inbreuk vormen op:*

1° het op de desbetreffende opdracht toepasselijke Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten, alsook op de wetgeving overheidsopdrachten;

2° de grondwettelijke, wettelijke of reglementaire bepalingen, alsook de algemene rechtsbeginselen die op de betreffende opdracht van toepassing zijn;

3° de opdrachtdocumenten

Ook voormeld art. 16 van de wet rechtsbescherming wordt geacht een bijzondere toepassing te zijn van art. 1382 B.W. (gezien de nader bepaalde vereisten van fout, schade en oorzakelijk verband tussen beide).

Art. 16 hiervoor aangehaald (*iuncto* art. 1382-1383 B.W.) vereist meer specifiek een nader bepaalde fout/wetsschending door het opdrachtgevend bestuur, in deze meer specifiek een welomschreven schending van de overheidsopdrachtenregelgeving, hetgeen nadeel/schade heeft toegebracht (dus met oorzakelijk verband) aan een aan de overheidsopdracht deelnemend aannemer.

De burgerlijke rechter (art. 144 G.W.⁷) is bevoegd om recht te doen over een eis tot toepassing van art. 1382 B.W. en zijn *lex specialis* (wettelijke bijzondere toepassingsvormen).

Het vorderen van schadevergoeding in toepassing van deze *lex specialis* betreft immers vorderingen inzake specifieke toepassingen van art. 1382 B.W., die tevens te beschouwen zijn, zoals in deze aangevoerd, als vorderingen tot toepassing van een aangevoerd subjectief recht (op schadevergoeding).

Om een vordering in te stellen voor de burgerlijke rechter op deze grond(en) beschikt de gelaedeerde overeenkomstig art. 2262bis §1, tweede lid B.W. over een termijn van vijf jaar

⁶ zijnde de Wet betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten.

⁷ Grondwet.



vanaf de dag volgend op die waarop de benadeelde kennis heeft gekregen van de schade (of van de verzwaring ervan) en van de identiteit van de daarvoor aansprakelijke perso(o)n(en).

De burgerlijke rechter heeft rechtsmacht en is bevoegd om over de op voormelde gronden ingestelde vordering tot het bekomen van schadevergoeding te oordelen, zelfs indien de voorgehouden fout bestaat in het gesloten zijn van een onwettige administratieve handeling/bestuursakte.

Voor het beoordelen van een vordering in schadevergoeding dient deze onwettige administratieve handeling/bestuursakte niet per se eerst nietig verklaard te worden; wat betreft een administratieve overheid (zoals in deze: SINT-NIKLAAS) vermag trouwens enkel de Raad van State als administratieve rechter een dergelijke nietigverklaring uit te spreken.

2.2.2. Er is geen betwisting dat de overheidsopdracht in kwestie een overheidsopdracht betreft die het Europese drempel op verre na niet overschreed.

Er is/diende aldus geen wachtermijn of schorsingstermijn verplichtend te worden gerespecteerd door SINT-NIKLAAS.

2.2.3. Het vorenstaande heeft reeds duidelijk gemaakt dat het hof de eerste rechter niet volgt inzake zijn beoordeling die erop neerkomt dat VMG DC:

- eerst in rechte de schorsing en vervolgens ook de nietigverklaring van de gunning zou moeten nastreven (en bekomen) vooraleer zij voor zichzelf in rechte een schadevergoeding zou kunnen vorderen (en bekomen),
- bijgevolg (impliciet) haar aanspraken op schadevergoeding aldus zou verwerken/verliezen om reden dat het niet (voorafgaandelijk) hebben nagestreefd van de nietigverklaring de oorzakelijkheid tussen de fout van het bestuur en de door haar geleden schade zou doorbreken,
- bijgevolg (impliciet) de gunningsbeslissing zelfs zou moeten geacht worden te hebben aanvaard omdat zij er geen (voorafgaandelijke) vernietiging van vorderde.

Hoe dan ook merkt het hof op en is het van oordeel dat de onderhavige, door het hof thans te beslechten vordering duidelijk en onmiskenbaar in hoofde van VMG DC (enkel in essentie) een aanspraak op schadeloosstelling uitmaakt.

VMG DC laat derhalve in deze in essentie een subjectief recht op schadevergoeding in rechte gelden.

Het gaat daarbij in deze geenszins om een in essentie objectief geschil (ook niet wanneer bij de beoordeling van het recht op schadevergoeding van VMG DC eveneens de toetsing van de wettigheid van een administratieve rechtshandeling/administratieve beslissing in enige mate om de hoek komt kijken).



De civiele rechter was (en is tot op heden) bevoegd om in toepassing van art. 159 G.W.⁸ (dat als van openbare orde wordt beschouwd/is te beschouwen) de al of niet wettigheid van de administratieve rechtshandeling te beoordelen binnen het voormelde kader van een ingestelde vordering in toepassing van art. 1382-1383 B.W..

De civiele rechter dient daarbij waar nodig vast te stellen ten aanzien van de in het geding betrokken partijen dat in geval van onwettigheidsbevinden van deze voornoemde administratieve rechtshandeling, de ene partij (in deze het opdrachtgevend bestuur) tegenover de andere (de aannemer die voorhoudt door niet gunning aan hem gelaedeerd te zijn) niet (langer) de toepassing/het gebonden zijn, minstens het tegenwerpen van deze administratieve beslissing nog kan laten gelden.

Het gaat in dergelijk geval dus enkel om een volkomen '*relatieve*' beoordeling door de civiele rechter, geldend enkel binnen de rechtsverhouding waarin de kwestie wordt aangevoerd en van toepassing is, en dus in geen enkel opzicht met een '*erga omnes*' effect (een effect dat automatisch ook geldt tegenover buitenstaande derden).

De beoordeling van de schade die voortvloeit uit het feit dat een dergelijke onwettige administratieve rechtshandeling (gunning) tot stand kwam, als gevolg waarvan een andere inschrijver op de openbare aanbesteding (in deze VMG DC), wanneer en hoewel hij de laagste regelmatige inschrijver zou zijn, de opdracht niet kreeg gegund, behoort tot de rechtsmacht van de civiele rechter.

Tot op heden is het zo dat ingevolge de implementatie/omzetting in ons intern recht van het internationaal recht, zoals de Europese Rechtsbeschermingsrichtlijn⁹, er geen verplichting door de wetgever is opgelegd om vooraleer aanspraak op schadevergoeding wegens de miskennis van zijn aanspraken op gunning als laagste regelmatige inschrijver te kunnen laten gelden er eerst een procedure tot schorsing en/of nietigverklaring zou moeten worden voeren en/of eerst de schorsing en/of nietigverklaring zou moeten bekomen zijn, welke procedures in deze (ten aanzien van een administratieve overheid als SINT-NIKLAAS als contractspartij) enkel kunnen worden gevoerd voor de administratieve rechter.

Het verplichten om eerst een schorsings- en/of nietigverklaringsprocedure te voeren (die zelfs eerst zou moeten bekomen zijn) zou de toegang tot de rechter voor een gelaedeerde als VMG DC vaak nodeloos kunnen bezwaren/hypothekeren en evenzo zou dit haar rechtens bestaande mogelijkheid om op een relatief eenvoudige wijze haar '*volledige*', wettelijk door art. 24 van de overheidsopdrachtenwet van 15 juni 2006 *iuncto* artt. 1382-1383 van het B.W. voorziene schadeloosstelling in rechte te pogen bekomen ernstig kunnen bezwaren/hypothekeren, nu dit zoveel eenvoudiger en meer proceseconomisch kan gebeuren gelet op de van oudsher bestaande bevoegdheid van de civiele rechter om

⁸ Grondwet.

⁹ dit is de Richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 tot wijziging van de Richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten.



schadeloosstelling toe te kennen na toetsing van de al dan niet wettigheid van de administratieve rechtshandeling in toepassing van art. 159 G.W., van openbare orde zijnde.

Het valt vanuit geen enkel van de door partijen aangehaalde middelen/standpunten in te zien dat en waarom VMG-DC in deze eerst binnen een relatief korte termijn van 60 dagen vernietiging had moeten vorderen en bekomen (of een binnen een nog (veel) kortere termijn in te stellen schorsingsprocedure had moeten voeren en bekomen) daar waar zij daarnaast nog steeds over de veel ruimere termijn (van (minstens vijf jaar in de zin) van art. 2262bis, §1 lid 2, gebeurlijk lid 3 B.W. beschikt om een subjectief-rechtelijke eis tot het bekomen van schadevergoeding in toepassing van artt. 1382-1383 *iuncto* 159 G.W. (en *iuncto* de mogelijk andere artt. van de overheidsopdrachtenregelgeving door VMG-DC nog ingeroepen) in te stellen.

Naar oordeel van het hof zijn de door SINT-NIKLAAS aangevoerde argumenten en regelgeving bij nader toezien en lezing niet van aard dat zij (absoluut) dwingend ten aanzien van de rechtshandelingen hier in dit geschil aan de orde zouden vereisen/met zich brengen dat vooreerst een administratieve schorsing- en annuleringsvordering voor de administratieve rechter zou moeten worden/zijn ingesteld en dat deze annulering zou moeten zijn bekomen alvorens een schadeloosstelling ook maar enigszins aan de orde zou kunnen zijn.

Het hof leest niet/nergens in de argumentatie en stukken van SINT-NIKLAAS dat de wettigheidstoets ex art. 159 G.W., artikel dat van openbare orde wordt geacht, inzake en in combinatie met onderhavige subjectieve eis tot schadeloosstelling, dit alles betreffende een gunning van een overheidsopdracht dwingend en retroactief buiten spel zou zijn gezet. Indien dit het geval zou zijn, *quod non*¹⁰, zou naar oordeel van het hof hierin zelfs een mogelijke aantasting van de rechtszekerheid en van het vertrouwensbeginsel kunnen schuilen.

2.3. Daarenboven is het in dit concreet geval zo dat VMG DC weliswaar geen administratieve schorsingsvordering heeft gevoerd, maar weliswaar toch een procedure in annulering/vernietiging heeft gevoerd voor de Raad van State, welke is afgewezen.

Er waren 8 deelnemers aan de overheidsopdracht in kwestie.

Van VMG DC en nv ALPAS werd door SINT-NIKLAAS bij het door haar gevoerde nazicht en beoordeling van hun offertes nooit gezegd dat hun inschrijving onregelmatig zou zijn.

Bij de opening van de offertes was VMG DC de laagste bieder met 290.000,- euro, excl. btw, wat btw incl. uitkomt op 350.900,- euro.

¹⁰ Wat naar oordeel van het hof absoluut niet het geval is.

Nv ALPAS was bij de opening van de offertes de tweede in rang met een inschrijving van 290.061,- euro, excl. btw, wat btw incl. uitkomt op 350.973,81 euro.

Omdat, zoals reeds gezegd, inzake een open aanbesteding dient gegund aan de laagste regelmatige bieder en het verschil tussen VMG DC en nv ALPAS werkelijk zeer klein was, was het de boodschap om het nazicht van de inschrijvingen toch wel zeer nauwkeurig te doen, zeker wanneer de volgorde zou worden omgekeerd na nazicht, zoals in deze het geval was. Met een dergelijk klein verschil tussen de eerste twee gerangschikte inschrijvers vallen argumenten steunend op *de minimis non curat praetor* (kleine onbenullige posten en kleine verschillen zijn irrelevant) volkomen weg.

Het verslag van nazicht van de offertes vermeldt uiteindelijk na nazicht de volgende rangschikking van prijzen, incl. btw:

-nv ALPAS: 352.122,71 euro

-VMG DC: 352.215,29 euro

Het verslag van nazicht van de offertes vermeldt uiteindelijk na nazicht de volgende rangschikking van prijzen, *bedrag indien gegund*:

-nv ALPAS: 352.050,11 euro

-VMG DC: 352.215,29 euro

Er is wat betreft onderhavige open aanbesteding geen sprake van abnormale totaalprijzen, maar er is wel om prijsverantwoording gevraagd door SINT-NIKLAAS (onder meer) aan nv ALPAS en VMG DC voor wat betreft mogelijk abnormale detailprijzen, maar noch bij nv ALPAS noch bij VMG DC zijn door SINT-NIKLAAS (na de gegeven prijsverantwoording van de inschrijvers) uiteindelijk abnormale detailprijzen weerhouden geworden.

VMG DC kon zich in het detailprijzenonderzoek van SINT-NIKLAAS niet vinden en stelde op die basis een administratieve vernietigingsprocedure in voor de Raad van State, die haar in zijn arrest nr. 236.173 van 18 oktober 2016 (XIIe kamer) geen gelijk gaf.

De conclusie van de eerste auditeur vangt aan met het stellen:

“Verzoekster (VMG DC) vat haar uiteenzetting aan met algemene beschouwingen inzake de naleving van de wettelijke bepalingen inzake abnormale prijzen (...)

Indien het de bedoeling van verzoekster zou zijn die algemene beschouwingen toe te spitsen op de offerte van nv ALPAS, dient vastgesteld te worden dat de offerte van verzoekster nauwelijks 92,58€ (excl. BTW) meer bedraagt dan de offerte van de nv ALPAS.”

Het arrest voormeld van de Raad van State heeft zoals gezegd het beroep van VMG DC verworpen.

Een verwerpingsarrest van de Raad van State heeft enkel een *relatief gezag van gewijsde*.

Het arrest heeft zich in essentie uitgesproken inzake de door VMG DC voorgehouden abnormale detailprijzen van nv ALPAS die tijdig waren aangevoerd en waarvan de Raad vermocht kennis te nemen.



Het oordeel desbetreffend van de Raad komt erop neer dat er zich daartussen geen eigenlijk abnormale detailprijzen bevinden, meer niet.

Het hof is van oordeel dat VMG DC evenwel voor het hof binnen de termijn van art. 2262bis §1, tweede lid B.W.¹¹ een aantal bezwaren tegen de gunning aan nv ALPAS aanvoert, die zij voorheen voor de Raad van State nog niet liet gelden.

De Raad van State sprak zich aldus naar oordeel van het hof nog niet uit over een aantal door VMG DC aangevoerde punten waaruit naar voor zou komen dat SINT-NIKLAAS niet voldoende na ging/controleerde of door nv ALPAS wel degelijk voor alle per post voorziene hoeveelheden in het bestek en zijn medegaande meetstaat prijs werd gegeven.

Zelfs indien bepaalde detailprijzen niet kennelijk abnormaal zijn moeten zij toch aangerekend worden voor alle desbetreffend in het bestek en meetstaat voorziene posten (en daar is in het uitgevoerde nazicht van de inschrijvingen en in de procedure voor de Raad van State geen aandacht aan besteed, het was daar niet aan de orde/werd aldaar niet als aan de orde zijnde aangenomen).

Het hof haalt één van deze punten aan hetwelk op zichzelf blijkt te volstaan om de rangschikking reeds terug in het voordeel van VMG DC om te buigen.

- Immers, *inzake de ventilatieroosters* stelde de Raad in punt 7.5.4. van zijn arrest (voornoemd) dat de feitelijke elementen die VMG DC desbetreffend voor haar kritiek aanvoert in haar memorie van wederantwoord, aan haar middel een nieuwe feitelijke grondslag geven en dit in haar verzoekschrift diende te worden aangevoerd zodat deze kritiek niet tijdig is/werd bevonden door de Raad.
- VMG DC stelt dat in eerste instantie nv ALPAS in haar prijsverantwoording niets over het inbegrepen zijn van een prijs voor de ventilatieroosters vermeldde en dat nv ALPAS hierover vervolgens specifiek (en op uiterst suggestieve wijze) werd bevraagd door SINT-NIKLAAS, waarna nv ALPAS plots met de bewering kwam dat de prijs van de ventilatieroosters wel degelijk begrepen zou zijn geweest in de totaalprijs die was opgegeven voor het buitenschrijnwerk.
- Nv ALPAS concretiseerde daarbij letterlijk het volgende: *“De ventilatieroosters zijn voorzien bij:*
 - o *4 stuks ramen in de danszaal à rato van 291,- €/stuk*
 - o *5 stuks ramen in de muziekklassen à rato van 291,- €/stuk*
 - o *1 stuk nooddeur à rato van 93,50 €/stuk”*

In de realiteit waren er echter in de muziekklassen geen 5 maar 6 ramen, elk met een lengte van 2,85m, zoals duidelijk blijkt uit de plannen (stuk 11/VMG DC).

Dat betekent dat er in alle geval in de offerte van nv ALPAS 291,- euro ontbreekt, zijnde de prijs van één ventilatierooster voor het 6^e raam in de muziekklassen. Deze som van 291,- euro moet bijgeteld worden bij de prijs van nv ALPAS die

¹¹ De opening van de offertes dateert van 19 februari 2019, de dagvaarding waarin deze bezwaren werden aangevoerd is ten verzoeken van VMG DC betekend aan SINT-NIKLAAS op 4 april 2017 (dus tergeve binnen de wettelijk voorziene vijfjarige termijn).

aldus uitkomt op minstens 352.050,11 euro + 291,- euro = 352.341,11 euro hetzij duurder dan de prijs van VMG DC van 352.215,29 euro.

Het gaat hier geenszins om onbenullige vitterijen. Hiervoor werd reeds gemotiveerd dat inzake open aanbesteding maar één criterium geldt, hetzij de prijs en dat de verplichting bestaat om te gunnen aan de laagste regelmatige inschrijver.

De regelmatigheid van de inschrijving van VMG DC werd (alsdan) nooit in twijfel getrokken. VMD DC was aanvankelijk de laagste bidder en wanneer SINT-NIKLAAS dit na nazicht denkt te moeten veranderen is het nodig om zeker te zijn van zijn stuk.

De enkele kwestie van de ontbrekende prijs van één ventilatierooster maakt van VMG DC opnieuw de laagste inschrijver aan wie diende te zijn gegund, wat niet is gebeurd.

Het is ten onrechte dat SINT-NIKLAAS (nergens nader toegelicht) thans wil in twijfel trekken of de offerte van VMG DC wel zo regelmatig was en de eigen detailprijzen van VMG DC toch niet kennelijk abnormaal waren.

Dit wordt zoals reeds aangegeven allemaal op geen enkel vlak nader toegelicht, laat staan in enige mate aannemelijk gemaakt en het staat haaks op de voorheen door SINT-NIKLAAS opzichtsens de inschrijving van VMG DC aangenomen regelmatigheid ervan en de aanneming door SINT-NIKLAAS van de door VMG DC gegeven detailprijsverantwoording.

SINT-NIKLAAS weerlegt naar oordeel van het hof niet de voormelde fout begaan in het nazicht van de offertes van nv ALPAS (en met name dat niet is opgemerkt dat nv ALPAS onmiskenbaar voor één ventilatierooster te weinig prijs heeft gegeven).

Indien SINT-NIKLAAS desbetreffend (voor de controle en nazicht van de offertes) beroep heeft gedaan op specialisten, staat zij voor hun fout(en) in ten aanzien van de gelaedeerde derden zoals VMG DC.

De loutere verwijzing naar de specialist waarop SINT-NIKLAAS desbetreffend een beroep heeft gedaan ontlast SINT-NIKLAAS dus niet van aansprakelijkheid, doch het had SINT-NIKLAAS er wél toe kunnen aanzetten om haar specialist(en) in tussenkomst en vrijwaring te dagvaarden (indien het werkelijk/kennelijk de schuld van deze ingehuurde specialisten was/zou zijn, maar er is geen dagvaarding in tussenkomst en vrijwaring gevolgd, SINT-NIKLAAS heeft ten andere vermoedelijk zelf ook eigen interne diensten voor nazicht en narekening inzake overheidsopdrachten).

Uit het vorenstaande volgt dat SINT-NIKLAAS instaat jegens VMG DC voor haar fout het nazicht van de inschrijvingen onzorgvuldig te hebben uitgevoerd/te hebben laten uitvoeren met als resultaat van niet aan VMG DC als laagste regelmatige inschrijver te hebben gegund. Krachtens art. 24 van de in deze toepasselijke overheidsopdrachtenwet van 15 juni 2006 en *iuncto* artt. 1382-1383 B.W. dient SINT-NIKLAAS de eruit voortvloeiende schade aan VMG DC te vergoeden, door deze laatste geraamd op het wettelijk forfait van 10% van haar inschrijvingsprijs zonder btw, hetzij 29.108,70 euro, meer de wettelijke rente op deze schadevergoeding, aan de gemeenrechtelijke wettelijke rentevoet van de wet van 5 mei 1865 vanaf de ingebrekestelling van 19 mei 2015 tot de integrale betaling.



2.4. SINT-NIKLAAS is tegenover VMG DC in het ongelijk gesteld (art. 1017, eerste lid Ger.W.) en wordt verwezen in de gedingkosten van beide instanties, enkel nader nuttig te begroten aan de zijde van VMG DC op:

- 405,82 euro kosten dagvaarding en rolstelling
- 210,- euro rolrecht hoger beroep
- 20,- euro bijdrage begrotingsfonds tweedelijnsbijstand
- 2.400,- euro basisrechtsplegingvergoeding zowel voor de eerste aanleg als voor het hoger beroep (correct basisbedrag gehanteerd door beide partijen met toepassing van artt. 2 en 8 KB 26 oktober 2007).

**Om deze redenen,
het hof,**

op tegenspraak en met toepassing van art. 24 van de taalwet van 15 juni 1935,

verklaart het hoger en incidenteel beroep ontvankelijk,

wijst het incidenteel beroep als ongegrond af en verklaart het hoger beroep gegrond,

doet het bestreden vonnis teniet en opnieuw wijzend,

verklaart de oorspronkelijke vordering van VMG DC ontvankelijk en gegrond en veroordeelt SINT-NIKLAAS tot betaling aan VMG DC van 29.108,70 euro, meer de wettelijke rente op deze schadevergoeding aan de gemeenrechtelijke wettelijke rentevoet van de wet van 5 mei 1865 vanaf de ingebrekestelling van 19 mei 2015 tot de integrale betaling (en vanaf de dagvaarding gerechtelijke rente genoemd),

meer ook de gedingkosten aan de zijde van VMG DC te begroten op:

- 405,82 euro kosten dagvaarding en rolstelling
- 210,- euro rolrecht hoger beroep
- 20,- euro bijdrage begrotingsfonds tweedelijnsbijstand
- 2.400,- euro basisrechtsplegingvergoeding zo voor de eerste aanleg als voor het hoger beroep (dus in totaal 2 x),

zegt dat de eigen uitgezette gedingkosten, met inbegrip van de rechtsplegingvergoeding aan haar zijde ten laste blijven van SINT-NIKLAAS.



Aldus gewezen door de **negende kamer** van het Hof van beroep te Gent, recht doende in burgerlijke zaken, samengesteld uit:

Mevrouw M. Beerens

Kamervoorzitter,

De heer M. Baranyai

Raadshcer,

De heer M. Bouche

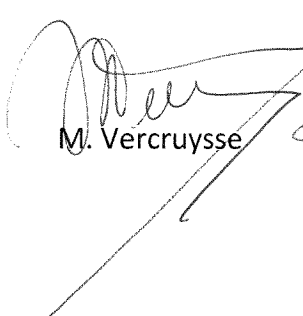
Raadshcer,

en uitgesproken door de Kamervoorzitter van de kamer in openbare terechtzitting op **twalf maart tweeduizend en éérentwintig,**


bijgestaan door

Mevrouw M. Vercruysse

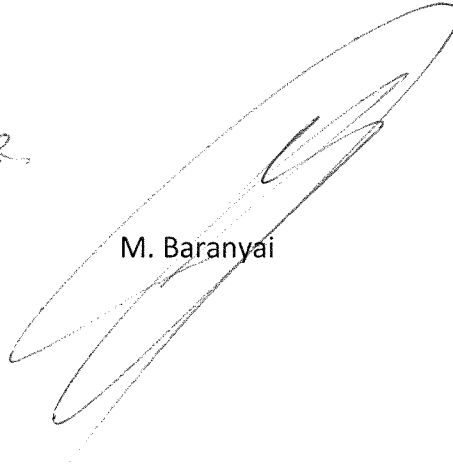
Griffier.



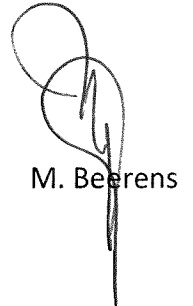
M. Vercruysse



M. Bouche



M. Baranyai



M. Beerens



Rechtsprocedures inzake overheidsopdrachen

1) Vrije Ateliers, VMG- De Cock (gegund aan Alpas 16/3/2015):

- arrest Raad van State van 18/11/2016
- arrest van het Hof van Beroep van 12/03/2021 (schadevergoeding: 38.049,32 EUR)
- geen cassatieberoep meer ingesteld (SC 23/8/2021: sluiten dossier)

2) KDV Driekoningen: verbouwing en uitbreiding, VMG – De Cock (gegund aan PIC 3/10/2016):

- arrest Raad van State van 3/5/2021
- vonnis Rechtbank van eerste aanleg van 8/4/2022 (SC 25/4/2022: betaling schadevergoeding van 34.366,39 EUR)

3) KDV Driekoningen: verbouwing en uitbreiding, PIC:

- ondernemingsrechtbank Dendermonde
- expert aangesteld
- de zaak werd gepleit op 9 maart 2023, vonnis dd 1/6/2023: schadevergoeding van 54.527,12 EUR
- SC 12/6/2023: geen hoger beroep

4) De Witte Molen, judozaal, VMG – De Cock (gegund aan VHK – De Tender 2/7/2018):

- dagvaarding VMG- De Cock dd 24/6/2020 (SC 29/6/2020: aanstellen raadsman)
- tussenvonnis rechtbank van eerste aanleg dd 12/11/2021
- verzoekschrift tot hoger beroep neergelegd op 20/5/2022
- neerlegging syntheseconclusie hoger beroep vanwege eisende partij, VMG – De Cock is voorzien op 20 juni 2023

5) Takeldossier:

- vordering tot schorsing: arrest 16 december 2021(zie bijlage)
- gunning ingetrokken enkel rechtsplegingsvergoeding

6) Elektriciteit:

- vordering ingesteld, conclusie termijn loopt