

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 207.385 van 16 september 2010

in de zaak A. 196.573/XII-6211

In zake: de NV AANNEMINGEN WILLEMS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Hans-Kristof Carême
kantoor houdend te Heverlee
Industrieweg 4/1
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de CVBA INTERLEUVEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Dany Socquet
kantoor houdend te Tervuren
Merenstraat 28
bij wie woonplaats wordt gekozen

Verzoekster in tussenkomst:

de NV MARCEL NIJS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Christophe Lenders en Joris Wouters
kantoor houdend te Antwerpen
Mechelsesteenweg 27
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 26 mei 2010, strekt tot de schorsing van de tenuitvoerlegging van “de minstens impliciete beslissing van het directiecomité van de cvba Interleuven van 9 september 2009 om de overheidsopdracht Opstreek fase 2, Wegen- en rioleringswerken in verkaveling ‘Opstreek’ te Bertem met besteknummer A-5021 niet toe te wijzen (d.i. de eerste

bestreden beslissing), en om tot heraanbesteding over te gaan (d.i. de tweede bestreden beslissing)”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Eerste auditeur Luc Vermeire heeft een verslag opgesteld.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 2 september 2010.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Hans-Kristof Carême, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Dany Socquet, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

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

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

III. Feiten

3.1. Verwerende partij, een vereniging van gemeenten, schrijft een openbare aanbesteding uit voor een overheidsopdracht voor een aanneming van werken voor “wegen- en rioleringswerken in verkaveling Opstreek”.

3.2. Op deze opdracht is het bestek nr. A-5031 “Wegen- en rioleringswerken in verkaveling ‘Opstreek’ in Bertem” van toepassing.

In de synopsis van het bestek wordt vermeld:

“De uitvoeringstermijn bedraagt 220 werkdagen.

Fase 1: grondwerken, rioleringswerken en plaatsen onderfunderingen, 130 werkdagen

Fase 2: wegeniswerken, beplantingen 90 werkdagen”.

Het betreft voorts een gemengde opdracht waarbij “de prijzen volgens verschillende wijzen (‘T.P.’ of ‘V.H.’) [worden] vastgesteld. De in de samenvattende meetstaat aangegeven hoeveelheden zijn hetzij forfaitaire hoeveelheden, hetzij vermoedelijke hoeveelheden. Slechts de vermoedelijke hoeveelheden worden tegen prijslijst (‘V.H.’) uitgevoerd en tegensprekelijk opgemeten in de loop van de periode van uitvoering. Deze opmeting bij het einde der werken wordt bij de eindafrekening gevoegd”.

3.3. De offertes worden geopend op 9 juli 2009. Er blijken tien offertes te zijn ingediend. De offerte van verzoekende partij bevat met 969.194,51 euro, de laagste inschrijvingsprijs. De nv Marcel Nijs heeft met 1.008.983,37 euro, de tweede laagste prijs geboden.

3.4. Op 27 augustus 2009 wordt het dossier door verwerende partij besproken met het Studiebureau GVE, dat volgens de nota instaat voor het ontwerp en de controle van de werken. Er worden opmerkingen gemaakt over bepaalde posten in de meetstaat voor grondwerken, deel riolering en deel wegenwerken, de groenaanleg, over de rioleringswerken, over het plan “Lengteprofielen” en over het plan “Wegenwerken”. Er wordt voorgesteld “gezien de verschillende fouten in het bestek, meetstaat en plannen” om deze documenten aan te passen en een nieuwe aanbesteding uit te schrijven en dit met nog bijkomende aanpassingen op het plan en met fasering van de werken waarvan het deel dat betrekking heeft op de wegen

gelegen naast de nog niet verworven gronden in een latere fase uitgevoerd zal worden.

3.5. Op 9 september 2009 neemt het directiecomité van verwerende partij de thans bestreden beslissingen, die als volgt worden gemotiveerd:

“Verkaveling Opstreek - aanbesteding infrastructuur

Na het consulteren van de verslagen en plannen is het directiecomité van oordeel dat de infrastructuur in de verkaveling Opstreek best gefaseerd wordt aangelegd en een oplossing dient te worden gezocht voor de verdere ontwikkeling van het gebied. Meer bepaald betreffende de ontsluiting van de nog niet verworven gronden in het woonuitbreidingsgebied. De aanbesteding van de infrastructuur zal aangepast worden aan de verschillende opmerkingen en wijziging in fasering. Er dient geen onnodige infrastructuur te worden aangelegd”.

3.6. De beslissing van 9 september 2009 blijkt tot een aanpassing van het bestek nr. A-5031 te leiden. Het aangepaste bestek krijgt het nummer W-5031.

3.7. Met een brief van 26 maart 2010 en verwijzend naar “wegen- en rioleringswerken in verkaveling ‘Opstreek’ te Bertem” deelt verwerende partij aan verzoekende partij mee dat de werken “ingevolge wijzigingen in vermeld dossier”, “volgens dit gewijzigd bestek terug in openbare aanbesteding zullen worden gesteld”.

3.8. De aankondiging van de gewijzigde opdracht “wegen- en rioleringswerken voor aanleg infrastructuur verkaveling Opstreek te Bertem” volgens de procedure van de openbare aanbesteding wordt op 29 maart 2010 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen. De vereiste erkenning blijft categorie C maar is nu “klasse 4 of hoger” vergeleken met “klasse 5 of hoger” in de aankondiging van de oorspronkelijke opdracht.

3.9. De offertes worden geopend op 5 mei 2010. Er blijken thans twaalf offertes te zijn ingediend. De offerte van verzoekende partij bevat met

744.047,00 euro, btw inbegrepen, de tweede laagste prijs. De laagste prijs wordt thans geboden door de nv Marcel Nijs, met 700.450,67 euro, btw inbegrepen.

IV. Tussenkomst

4. Met een op 2 juli 2010 ter post aangetekend verzoekschrift vraagt de nv Nijs Marcel om in het geding te mogen tussenkomen. Ze doet echter bij brief van haar raadsman afstand van deze vordering.

V. Ontvankelijkheid van het beroep

5. Verwerende partij werpt een aantal ontvankelijkheidsexcepties op.

Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over deze excepties uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak daarover zou alleen nodig zijn indien zou komen vast te staan dat de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, te dezen niet het geval is.

VI. De schorsingsvoorwaarden

6. Overeenkomstig artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

VII. Beoordeling van de eerste schorsingsvoorwaarde

Uiteenzetting van het enig middel

7.1. Verzoekende partij neemt een enig middel uit “de schending van de artikelen 10 en 11 van de gecoördineerde Grondwet, de artikelen 15 en 18 al. 1 van de Wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten [...], de artikelen 2 en 3 van de Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen, het algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, inzonderheid het redelijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel, en uit machtsoverschrijding”.

7.2. Verzoekende partij wijst er in de eerste plaats op dat hoewel verwerende partij blijkbaar reeds op 9 september 2009 “minstens impliciet maar zeker” had beslist om de opdracht niet toe te wijzen en tot heraanbesteding over te gaan, zij heeft nagelaten om verzoekende partij -die in het kader van de eerste aanbesteding de laagste regelmatige offerte had ingediend- hiervan onmiddellijk op de hoogte te brengen en dat verzoekende partij pas met het aangetekend schrijven van 26 maart 2010, meer dan zes maanden later, in kennis werd gesteld van deze beslissingen. Verzoekende partij meent dat om die reden de bestreden beslissing “sowieso al de in het middel aangehaalde bepalingen en beginselen, inzonderheid het transparantiebeginsel en de motiveringsplicht schendt”.

7.3. Daarnaast werpt zij op dat “enige afdoende motivering van de bestreden beslissingen ontbreekt”, zodat de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen “in ieder geval” geschonden zijn. Verzoekende partij verwijst naar de motivering van het verslag van het directiecomité van verwerende partij van 9 september 2009 en stelt dat deze motivering niet afdoende is in het licht van het bestek nr. A-5031 dat reeds in een fasering van de opdracht voorzag.

Deze motivering is volgens verzoekende partij “nog minder pertinent en dus niet afdoende” in het licht van de alternatieven die aan verwerende partij beschikbaar waren om, met eerbiediging van de rechten van verzoekende partij als laagste regelmatige inschrijver, tijdens de uitvoering van de werken wijzigingen te bevelen die eveneens voldoen aan “de zgn. behoeften van fasering en de verdere ontwikkeling van het gebied, incl. de ontsluiting van de nog niet verworven gronden in het woonuitbreidingsgebied”.

7.4. Verzoekende partij leidt hieruit ook af dat verwerende partij te dezen niet naar redelijkheid kon beslissen om de opdracht niet toe te wijzen en een nieuwe aanbesteding uit te schrijven.

Zij benadrukt dat het verschil tussen bestek nr. A-5031 en het bestek nr. W-5031 zich situeert in de fasering van de werken, waarbij bestek nr. A-5031 voorziet in de uitvoering van de werken in twee fasen met onderbreking en het bestek nr. W-5031 thans uitsluitend voorziet in de uitvoering van de eerste fase van de werken, waarbij de tweede fase op een latere datum zal worden aanbesteed als een afzonderlijke overheidsopdracht.

Qua materiaalkeuze zijn de aansluitingsbuizen in het bestek nr. W-5031 in PVC, terwijl het bestek nr. A-5031 in “gres” voorzag. In het bestek nr. W-5031 wordt nog voorzien in diverse L-keerelementen voor de aansluiting aan de bestaande straat, terwijl het bestek nr. A-5031 hierin niet heeft voorzien.

Verzoekende partij stelt dat de aanpassingen in het bestek nr. W-5031 dermate beperkt zijn dat de rechtzetting had kunnen plaatsvinden tijdens de uitvoering van de opdracht, bijvoorbeeld door een beroep te doen op artikel 17 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, dan wel door een beroep te doen “op artikel 42 van de Algemene Aannemingsvoorwaarden (nl. via schriftelijke wijzigingsbevelen overeenkomstig artikel 42, § 1, AAV, al dan niet met herziening van eenheidsprijzen overeenkomstig artikel 42, § 2 en § 6 AAV)” en dat dit des te meer geldt nu de

prijsbepaling volgens een gemengde opdracht geschiedt, derhalve volgens totaalprijzen of vermoedelijke hoeveelheden zodat de vermoedelijke hoeveelheden eenvoudig konden worden herleid.

Zij betoogt voorts dat de samenvattende meetstaat bij bestek nr. W-5031 slechts voor een aantal posten verschilt van vermoedelijke hoeveelheden ten opzichte van de meetstaat bij het bestek nr. A-5031. Verzoekende partij benadrukt dat de verschillen qua vermoedelijke hoeveelheden bijna steeds -op een enkele uitzondering na- minder dan 50 % (en zelfs aanzienlijk minder) bedragen zodanig dat verzoekende partij in beginsel -en afhankelijk van de werkelijk gerealiseerde hoeveelheden- geen herziening van de eenheidsprijzen in haar voordeel zou hebben kunnen eisen, en dat er zich slechts ogenschijnlijk grotere verschillen zouden manifesteren voor wat betreft de grondwerken (posten 17 tot en met 22 van de samenvattende meetstaat bij bestek nr. W-5031). In de samenvattende meetstaat bij bestek nr. A-5031 werd er dan echter met totaalprijzen (TP) gewerkt, terwijl de samenvattende meetstaat bij bestek nr. W-5031 met vermoedelijke hoeveelheden en derhalve met eenheidsprijzen werkt; ook de hoeveelheden in de samenvattende meetstaat van bestek nr. W-5031 betreffende het grondwerk zijn in totaal ongeveer dezelfde (bestek nr. A-5031: 5.000m³ tot 7.500 m³ TP; bestek nr. W-5031: 5.564 m³ VH) als in de meetstaat van het bestek nr. A-5031, maar zij werden in de meetstaat van bestek nr. W-5031 verder uitgesplitst, ook al omdat men daar niet meer met totaalprijzen werkt.

Volgens verzoekende partij kan er “zodoende [...] niet naar redelijkheid worden ingezien waarom de niet-toewijzing van de opdracht en een navolgende heraanbesteding zich noodzaakten”.

7.5. Ten slotte betoogt verzoekende partij nog dat het gelijkheidsbeginsel te dezen werd geschonden doordat, bij gebrek aan een rechtsgeldig motief voor de niet-gunning en heraanbesteding van de opdracht, het voordeel van de gunning van de opdracht ten onrechte aan haar werd ontzegd.

Beoordeling

8.1. Artikel 15, eerste lid, van de voornoemde wet van 24 december 1993 bepaalt:

“Indien de bevoegde overheid beslist de opdracht toe te wijzen, dient deze bij openbare of beperkte aanbesteding toegewezen te worden aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte indiende, op straffe van een forfaitaire schadeloosstelling vastgesteld op 10 pct. van het bedrag zonder belasting op de toegevoegde waarde van deze offerte”.

Artikel 18, eerste lid, van deze wet bepaalt:

“Het volgen van de procedure van aanbesteding, offerteaanvraag of via onderhandelingen houdt geen verplichting in tot het toewijzen van de opdracht. De aanbestedende overheid kan zowel afzien van het gunnen van de opdracht als de procedure herbeginnen, desnoods op een andere wijze”.

Overeenkomstig dit artikel 18, eerste lid, mag een aanbestedende overheid aldus zowel afzien van het gunnen van de opdracht als de procedure herbeginnen, desnoods op een andere wijze, zij het dat zij daarbij niet willekeurig mag te werk gaan en die beslissing moet steunen op deugdelijke motieven die de beslissing kunnen dragen.

8.2. In de mate dat verzoekende partij aanstoot neemt aan het feit dat zij pas met een brief van 26 maart 2010 op de hoogte werd gebracht van de bestreden beslissing en dat zij daardoor de ingeroepen rechtsregels en -beginselen, met name de motiveringsplicht en het transparantiebeginsel geschonden acht, blijkt in de huidige stand van het geding niet waarom deze late kennisgeving tot de onwettigheid van de bestreden beslissingen leidt. Een gebrek in de kennisgeving leidt in beginsel niet tot onwettigheid van de bestreden beslissing.

Het middel is op dit punt dan ook niet ernstig.

8.3. Verwerende partij betwist niet dat de beslissing tot stopzetting van de eerste aanbestedingsprocedure en tot heraanbesteding formeel gemotiveerd moet worden.

Die motivering moet, teneinde te voldoen aan de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen; die motivering moet afdoende zijn teneinde een belanghebbende in staat te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt.

In de mate dat verzoekende partij in dit middel verwijst naar een niet afdoende motivering van de bestreden beslissingen en zij hiermee de schending van de formele motiveringsplicht bedoelt in te roepen, wordt vastgesteld dat zij een uittreksel uit het verslag van de vergadering van 9 september 2009 van het directiecomité van verwerende partij als stuk 4 bij het verzoekschrift heeft gevoegd en dat zij in het verzoekschrift woordelijk uit dit verslag citeert. Verzoekende partij had aldus kennis van de motieven die aan de bestreden beslissingen ten grondslag liggen vóór het instellen van de vordering.

Er blijkt aldus niet *prima facie* waarom verzoekende partij niet in staat zou zijn geweest terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissingen te verweren met de middelen die het recht haar ter beschikking stelt. Integendeel betwist zij in het verzoekschrift uitvoerig de redelijkheid van deze motieven, blijkt zij dus deze motieven te kennen en lijkt zij bijgevolg ook geen belang te hebben bij dit onderdeel van het middel, gesteund op de schending van de formele motiveringsplicht, waarvan het doel aldus bereikt lijkt.

Er lijkt dan ook voldaan aan de formele motiveringsplicht, minstens aan de *ratio legis* ervan, zodat het middel op dit punt niet ernstig is.

8.4. In de mate dat verzoekende partij aanvoert dat de motivering niet pertinent is en onredelijk, blijkt uit het voornoemde verslag van de vergadering van 9 september 2009 van het directiecomité dat verwerende partij via de heraanbesteding de fasering van de opdracht wenste te wijzigen, de infrastructuur gefaseerd wenste aan te leggen en dat zij een oplossing zocht voor de verdere ontwikkeling van de gronden, meer bepaald betreffende de ontsluiting van de nog niet verworven gronden in het woonuitbreidingsgebied. Tevens werd beslist dat de aanbesteding zal worden aangepast aan de verschillende opmerkingen en fasering. Zij wenste aldus de aanleg van onnodige infrastructuur te vermijden en liet aldus een deel van de in bestek A-5031 opgenomen werken weg uit de opdracht beheerst door bestek W-5031.

Verzoekende partij toont niet *prima facie* aan dat dit motief op zichzelf de beslissing tot heraanbesteding redelijkerwijze niet kan ondersteunen, onder meer in het licht van de in het betrokken verslag ook verwoorde bezorgdheid geen onnodige infrastructuur te realiseren. In de oorspronkelijke opdracht zou immers infrastructuur worden gegund voor gronden die nog niet verworven waren en waarvan de ontwikkeling blijkbaar nog niet vaststond.

Weliswaar kan met verzoekende partij worden vastgesteld dat de oorspronkelijke opdracht ook een fasering bevatte, doch daar betrof het blijkbaar een fasering in de totale uitvoeringstermijn van 220 werkdagen, dus in de uitvoering van de gegunde opdracht, waarbij voor de eerste fase van de werken, zoals in het bestek nr. A-5031 omschreven, een uitvoeringstermijn van 130 werkdagen geldt en voor de in dat bestek omschreven tweede fase van de werken een uitvoeringstermijn van 90 werkdagen. Dit verschilt van de in de heraanbesteding doorgevoerde fasering waarin het niet enkel gaat om een fasering in de uitvoering van de gegunde werken maar waarin voor de ontwikkeling van de site nog slechts een deel van de oorspronkelijk voorziene en in het voorwerp van de oorspronkelijke opdracht opgenomen infrastructuurwerken in mededinging wordt gesteld en desgevallend gegund. Voor het andere deel zal een afzonderlijke

aanbestedingsprocedure worden gevoerd. De totale uitvoeringstermijn bedraagt nu nog slechts 110 werkdagen.

Voorts lijkt het dat de door verzoekende partij opgesomde posten van de samenvattende meetstaat bij het tweede bestek nr. W-5031 niet zonder meer vergeleken kunnen worden in de meetstaat bij het eerste bestek nr. A-5031 nu de nummering door toevoeging, weglating of verplaatsing van posten niet langer overeenstemt en dat aldus vergeleken moet worden met de inhoudelijk overeenstemmende post (zo stemt bijvoorbeeld post 24 in de meetstaat bij het nieuwe bestek (fundering van zandcement) niet overeen met post 24 in de meetstaat bij het eerste bestek (aanvulling met zand) maar met post 17). Voorts lijkt het dat diverse posten van de meetstaat werden gewijzigd. Zo werden vele vermoedelijke hoeveelheden verminderd, wat het gevolg lijkt van de weglating van de oorspronkelijke fase 2 van de opdracht.

Aangezien de bedoeling de opdracht op te splitsen en een deel van de werken (fase 2) niet meer op te nemen in de nieuwe opdracht, op zich reeds een voldoende motief lijkt om de eerste opdracht stop te zetten en een nieuwe aanbesteding uit te schrijven, dient niet nader ingegaan op de vraag of ook de andere door verzoekende partij aangehaalde wijzigingen daarvoor wel een voldoende motief kunnen zijn.

8.5. In de mate dat verzoekende partij nog aanvoert dat het gaat om dermate beperkte aanpassingen dat de rechtzetting had kunnen plaatsvinden tijdens de uitvoering van de opdracht, bijvoorbeeld bij toepassing van artikel 17 van de voormelde wet van 23 december 1993 dan van artikel 42 van de Algemene Aannemingsvoorwaarden, toont zij niet concreet en specifiek aan hoe dit artikel 17, dat bepaalt wanneer een overheidsopdracht mag worden gegund door middel van een onderhandelingsprocedure, relevant kan zijn om in de loop van de uitvoering van de opdracht de betrokken wijzigingen te realiseren.

Artikel 17, § 2, 2°, a), laat toe gebruik te maken van een onderhandelingsprocedure voor aanvullende werken of diensten die noch in het toegewezen oorspronkelijke ontwerp noch in de eerste gesloten overeenkomst voorkwamen en die ingevolge onvoorziene omstandigheden noodzakelijk geworden zijn voor de uitvoering van het werk of van de dienst zoals het beschreven werd, voor zover ze worden toegewezen aan de aannemer die het werk of de dienst uitvoert en voor zover het samengevoegde bedrag van die opdrachten gegund voor de aanvullende werken of diensten niet hoger ligt dan 50 % van het bedrag van de hoofdopdracht:

- wanneer deze werken of diensten technisch of economisch niet zonder ernstig bezwaar van de hoofdopdracht gescheiden kunnen worden;
- wanneer deze werken of diensten, alhoewel scheidbaar van de uitvoering van de hoofdopdracht, strikt noodzakelijk zijn voor de vervolmaking ervan.

Daargelaten de vraag of aan de andere voorwaarden zou zijn voldaan en of er bijvoorbeeld nog sprake zou kunnen zijn van onvoorziene omstandigheden wanneer bepaalde daarvan al vóór de toewijzing van de hoofdopdracht werden vastgesteld, betreft deze bepaling dus de hypothese van aanvullende werken nà toewijzing van de hoofdopdracht, terwijl te dezen daarentegen een aantal werken worden weggelaten.

Uit de lezing van artikel 7 van het koninklijk besluit van 26 september 1996 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies van openbare werken, en van artikel 42 van de in de bijlage bij dat besluit gevoegde algemene aannemingsvoorwaarden lijkt te moeten worden afgeleid dat deze bepalingen enkel wijzigingen betreffen waarvan de noodzaak of het nut pas blijkt nà de toewijzing van de opdracht. Te dezen bleken de kwestieuze wijzigingen reeds vóór de toewijzing van de opdracht noodzakelijk of nuttig, zodat het procédé dat verzoekende partij voorstaat lijkt in te druisen tegen het principe van de gelijkheid van de inschrijvers.

In de huidige stand van het geding blijkt in ieder geval niet *prima facie* waarom verwerende partij de ingeroepen rechtsregels en -beginselen zou hebben geschonden door de opdracht in heraanbesteding te brengen en geen gebruik te maken van haar eenzijdig wijzigingsrecht nu het, in tegenstelling tot wat verzoekende partij stelt, niet om minimale wijzigingen lijkt te gaan – wat blijkt uit de impact die een en ander had op de raming en op de ingediende prijzen; een en ander leidde trouwens ook tot een verlaging van de gevraagde erkenningsklasse van “klasse 5 of hoger” naar “klasse 4 of hoger”.

Indien in deze wijzigingen al voorzien was vóór de toewijzing van de opdracht lijkt het in elk geval meer verenigbaar met het beginsel van de mededinging en de gelijke behandeling van alle inschrijvers en mogelijke inschrijvers om deze wijzigingen niet op te vangen via een wijziging op basis van artikel 42, maar daarentegen om over te gaan tot een heraanbesteding zodat alle inschrijvers en mogelijke inschrijvers op gelijke voet de kans krijgen om een (nieuwe) offerte in te dienen aan de hand van een aangepast bestek.

8.6. Er wordt niet met de vereiste *prima facie* ernst aangetoond dat de beslissing tot stopzetting van de eerste aanbestedingsprocedure en tot heraanbesteding van een gewijzigde opdracht, niet zou zijn gedragen door deugdelijke en in redelijkheid aanvaardbare motieven zodat het ingeroepen artikel 18 van de wet van 24 december 1993 en het redelijkheidsbeginsel niet zijn geschonden. Evenmin kan dan artikel 15 van die wet geschonden zijn, nog daargelaten de vaststelling dat dit veronderstelt dat verzoekende partij bij de eerste opdracht de laagste regelmatige inschrijver was terwijl het bestuur te dezen nog geen rekenkundig en administratief nazicht van de offertes en evenmin een onderzoek van de regelmatigheid van de offertes had verricht.

8.7. In de mate dat de schending wordt ingeroepen van het gelijkheidsbeginsel wordt deze grief niet afzonderlijk toegelicht. Deze lijkt dan ook enkel te worden afgeleid uit de reeds besproken en niet ernstig bevonden grieven.

In dit verband wordt er ten slotte nog op gewezen dat, aangezien in geval van openbare aanbesteding de aangeboden prijzen worden bekendgemaakt op de openingszitting, voorkennis omtrent prijzen inherent is aan het herbeginnen van de procedure na openbare aanbesteding zoals artikel 18 van de voormelde wet van 24 december 1993 toestaat, waardoor het gelijkheidsbeginsel door dit feit alvast niet geschonden lijkt. Verzoekende partij was immers eveneens op de hoogte van de ingediende prijzen, zodat zij evenzeer in de mogelijkheid verkeerde om een andere prijs in te dienen, des te meer nu het een gewijzigde opdracht betrof en geen van de andere inschrijvers, door de voorlezing van de prijzen voor de eerste opdracht, kon weten welke invloed die wijziging zou hebben op de prijs van de andere inschrijvers, ook deze van verzoekende partij.

8.8. Het enig middel is dan ook in zijn geheel niet ernstig.

VIII. Besluit

9. Uit hetgeen voorafgaat volgt dat niet is voldaan aan de eerste van de door het voormelde artikel 17, § 2, gestelde voorwaarden, die cumulatief moeten zijn vervuld wil een vordering tot schorsing worden toegewezen. Deze vaststelling volstaat om de vordering te verwerpen.

BESLISSING

1. De afstand, door de nv Marcel Nijs, van haar verzoek tot tussenkomst in het administratief kort geding, wordt vastgesteld.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekster in tussenkomst wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 16 september 2010, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest