

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 207.964 van 7 oktober 2010

in de zaak A. 197.706/XII-6346

In zake: de NV DUYNSLAEGER & CO
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Claude Van Marcke
kantoor houdend te Anzegem
Kerkstraat 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD ZOTTEGEM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Wim Rasschaert
kantoor houdend te Erpe-Mere
Ten Bos 30
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 16 september 2010, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “een beslissing van het College van Burgemeester en Schepenen van de Stad Zottegem dd. 25.08.2010, ter kennis gebracht van verzoekster bij schrijven dd. 01.09.2010, en waarbij de opgegeven prijs van verzoekster in haar offerte dd. 07.05.2010 in de procedure openbare aanbesteding betreffende de opdracht ‘Masterplan stadsrenovatie: aanstellen ontwerper voor opmaak technische uitvoeringsplannen Stationstraat, Hoogstraat en Markt.’ niet als regelmatig werd aanvaard” en van “de onbekende beslissing van onbekende datum waarbij de overheidsopdracht ‘Masterplan publieke ruimte: aanstellen ontwerper voor technische uitvoeringsplannen Stationstraat, Hoogstraat en Markt’ van de stad Zottegem, werd gegund aan de onbekende derde”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 30 september 2010, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Claude Van Marcke, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Wim Rasschaert, 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 schrijft een openbare aanbesteding uit voor een overheidsopdracht van aanneming van diensten “Masterplan stadsrenovatie: aanstellen ontwerper voor opmaak technische uitvoeringsplannen Stationstraat, Hoogstraat en Markt”. De aankondiging van deze opdracht wordt, onder de benaming “Masterplan publieke ruimte. Renovatie van de Stationsstraat, Hoogstraat en Markt”, op 22 april 2010 bekend gemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen.

3.2. Op deze opdracht is het bijzonder bestek “Masterplan stadsrenovatie: aanstellen ontwerper voor opmaak technische uitvoeringsplannen Stationstraat, Hoogstraat en Markt” met referentie 2010/049 van toepassing.

3.3. Artikel I.1 van het bestek (blz. 4) beschrijft de opdracht als volgt:

“Voorwerp van deze diensten: Masterplan stadsrenovatie: aanstellen ontwerper voor opmaak technische uitvoeringsplannen Stationstraat, Hoogstraat en Markt.

Op 1 maart 2010 keurde het College van Burgemeester en Schepenen het gunningsverslag goed waarin een eindlaureaat werd aangesteld voor de opmaak van een masterplan voor de publieke ruimte in het stadscentrum en in de stationsomgeving via de procedure van "Open Oproep".

De uitwerking van het masterplan betreft een conceptuele visie voor de inrichting van de openbare ruimte in het stadscentrum en de stationsomgeving met betrekking tot verkeers- en parkeerconcept, na te streven wegbreedtes, materiaalgebruik, specifieke verlichting en ander straatmeubilair enz...

De stad wenst in dit kader bij prioriteit de Stationstraat, Hoogstraat en Markt te herinrichten;

De visie van de eindlaureaat stelt dat dit optimaal kan gebeuren wanneer de uitwerking van de technische uitvoeringsplannen parallel kunnen worden opgemaakt samen met het masterplan, waardoor de conceptuele voorstellen voor deze publieke ruimtes direct kunnen getoetst worden aan hun technische haalbaarheid en waardoor er een wisselwerking tussen de eindlaureaat voor de opmaak van het masterplan en de ontwerper voor de opmaak van de technische uitvoeringsplannen mogelijk is;

Om deze samenloop en wisselwerking mogelijk te maken is het bijgevolg noodzakelijk bij hoogdringendheid een ontwerper aan te stellen die deze technische plannen kan ontwerpen en in een latere fase de uitvoering ervan kan begeleiden.

Bijgevolg zal de opdracht verdeeld worden in 2 fases:

1ste fase:

In deze fase bestaat de opdracht in het verlenen van technische bijstand en ondersteuning aan de eindlaureaat voor de opmaak van het masterplan via de procedure ‘Open Oproep’ door middel van het opmaken van technische uitvoeringsplannen. Een optimale wisselwerking tussen de eindlaureaat voor de opmaak van het masterplan en de ontwerper voor de opmaak van de technische uitvoeringsplannen is dus in deze fase van groot belang.

2de fase:

Na de goedkeuring van het masterplan door de gemeenteraad, start de 2de fase. Hier bestaat de opdracht in de verdere uitvoering van de technische plannen, de aanbesteding, coördinatie, de leiding van de werken, de medewerking bij de voorlopige en definitieve oplevering enz

Mogelijks wordt in een later[e] fase de opdracht uitgebreid met bijkomende deelopdrachten in het kader van de verdere uitvoering van het masterplan”.

Dit wordt nader uitgewerkt in deel III van het bestek (blz. 12 e.v.) waar de eerste fase ook “voorontwerp” wordt genoemd.

Artikel I.4 (blz. 5) bepaalt inzake de prijsopgave:

“Ten aanzien van de vaststelling van de prijzen, wordt onderhavige overeenkomst voor fase 1 beschouwd als een opdracht voor een globale prijs. Ten aanzien van de vaststelling van de prijzen, wordt onderhavige overeenkomst voor de 2de fase uitgevoerd tegen een vast ereloonpercentage. Ten aanzien van de vaststelling van de prijzen, wordt het ereloon voor de veiligheidscoördinatie uitgevoerd tegen een vast ereloonpercentage:

- ontwerp:%
- verwezenlijking:%”.

Artikel I.9 (blz. 8) bepaalt dat de prijs het enig gunningscriterium is met 30 punten gesteld op de forfaitaire prijs voor de eerste fase van de opdracht, 60 punten op het vast ereloonpercentage voor de tweede fase van de opdracht en 10 punten op het vast ereloonpercentage voor de veiligheidscoördinatie. Telkens wordt vermeld hoe de prijs, het ereloonpercentage en het ereloonpercentage veiligheidscoördinatie worden “gewogen”, lees beoordeeld:

“Het bestuur kiest de laagste regelmatige offerte.

De prijs is het enig gunningscriterium. De offerte wordt gegund aan de goedkoopste inschrijver.

1ste fase van de opdracht = 30 punten: forfaitaire prijs

Het criterium prijs zal als volgt worden gewogen: $P = P_{\max} \times P_{\min} / \text{Profferte}$

$P_{\min}$ = de laagste prijs

Profferte = prijs van de offerte

P = punten toegekend voor het criterium ‘Prijs’

$P_{\max}$ = maximale weging van het criterium ‘Prijs’

2de fase van de opdracht = 60 punten: tegen vast ereloonpercentage

Het ereloonpercentage zal als volgt worden gewogen:

$P = P_{\max} \times P_{\min} / \text{Profferte}$

$P_{\min}$ = de laagste prijs

Profferte = prijs van de offerte

P = punten toegekend voor het criterium ‘Prijs’

$P_{\max}$ = maximale weging van het criterium ‘Prijs’

ereloon veiligheidscoördinatie = 10 punten: vast ereloonpercentage

- ontwerp:%

- verwezenlijking:%

Het ereloon veiligheidscoördinatie zal als volgt worden gewogen: $P = P_{\max} \times P_{\min} / \text{Profferte}$

$P_{\min}$ = de laagste prijs

Profferte = prijs van de offerte
P = punten toegekend voor het criterium 'Prijs'
Pmax = maximale weging van het criterium 'Prijs'".

3.4. De opening van de offertes vindt plaats op 10 mei 2010. Tien inschrijvers blijken een offerte te hebben ingediend, waaronder verzoekende partij en de uiteindelijk gekozen inschrijver bvba Studiebureau Ir. Ch. Lobelle.

Verzoekende partij stelt de volgende prijzen voor: eerste fase van de opdracht: forfaitaire prijs: 1.000 euro; tweede fase van de opdracht: vast ereloonpercentage: 1,5 %; ereloon veiligheidscoördinatie: ontwerp: 1,2 %; verwezenlijking: 1,4 %.

3.5. Met een aangetekende brief van 17 juni 2010 wordt aan verzoekende partij als volgt een prijsverantwoording gevraagd:

“Als voetnoot vindt U — ter informatieve titel — de link waar u de wedstrijd bundel van de eindlaureaat voor de opmaak van het masterplan i.f.v. de stadsrenovatie kunt downloaden. De eindlaureaat verwacht dat het uitvoerend bureau in de eerste fase in dialoog met en parallel aan het ontwerpbureau werkt. Het uitvoerend bureau onderzoekt hoe de technische aspecten en de detaillering van het ontwerp de vormgeving van de openbare ruimte beïnvloedt en ondersteunt.

In fase 1 wordt er van het uitvoerend bureau een creatieve inbreng verwacht om tot een geïntegreerd en coherent ontwerp te komen in samenspraak met het ontwerpbureau en de opdrachtgever. Er worden hiervoor verschillende overlegmomenten en werksessies gepland tussen uitvoerend bureau en ontwerpbureau.

Daarom vragen wij u de door u opgegeven lijst van referenties uit te filteren en specifieker toe te lichten. Wilt u in het bijzonder uw ervaring bij dergelijke opdrachten naar renovatie en herinrichting van publieke ruimtes gedetailleerder en gericht aantonen?

Bij nazicht van uw offerte blijkt eveneens dat u met een inschrijvingsbedrag van 1.000,00 euro excl. btw, voor fase 1 van de opdracht ver onder het gemiddelde van de ingediende offertes ligt.

Om uw offerte te kunnen aanvaarden en om alle ingediende offertes correct te kunnen vergelijken vragen wij uw inschrijvingsprijs te motiveren, gelet op de belangrijke rol die het uitvoerend bureau in deze fase wordt toegewezen.

Ook voor de 2de fase a) (het vaste ereloonpercentage) van de opdracht blijkt dat u met het ingediende ereloonpercentage onder het gemiddelde van de ingediende offertes ligt.

Voor de 2de fase b) (de ereloonpercentages voor de veiligheidscoördinatie) blijkt dan weer dat u boven het gemiddelde van de ingediende offertes ligt.

Rekening houdend met artikel 110, § 3 van het KB van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen [en diensten] en de concessies voor openbare werken, verzoeken wij u om een verantwoording te verstrekken per aangetekend schrijven ten laatste binnen de 12 kalenderdagen”.

3.6. Met een brief van 25 juni 2010 licht verzoekende partij de referenties toe en geeft zij de volgende prijsverantwoording:

“2) Prijsverantwoording

Bij een studieopdracht is het geslaagd voorontwerp de meest tijdrovende activiteit en tegelijk het moeilijkste van de totale opdracht.

Gezien het voorontwerp gemaakt is, is de studie sterk gereduceerd tot twee niveau's:

- 1) tekenwerk : niveau tekenaars
- 2) begeleiding + opmeting + raming + bestek + V&G + werfopvolging inzake studieopdracht en veiligheid niveau ingenieur.

Er dient opgemerkt te worden dat in ons bureau de ingenieur die het ontwerp begeleidt ook de ingenieur is die het werk zal volgen in uitvoering en ook de veiligheidsingenieur is.

Bij een prijszetting wordt de complexiteit van het werk bekeken, vervolgens wordt een schatting van het aantal uren gemaakt om vervolgens om te zetten in een ereloonpercentage.

In deze opdracht wordt uiteraard rekening gehouden met het feit dat het voorontwerp grotendeels wordt bepaald door het ontwerpbureau, waarbij onze taak begeleiding is.

Wij hebben onze oefening gemaakt en het resultaat was dat wij deze opdracht kunnen uitvoeren voor 4.1 %. Dit is een normaal ereloonpercentage, indien het voorontwerp reeds voorgekauwd wordt door het ontwerpbureau.

Uiteindelijk hebben we dit percentage verdeeld over de nodige voorziene inschrijvingsposten.

Begeleiding:

Het begeleiden van het voorontwerp zouden we eigenlijk gratis kunnen doen omdat uren inzake begeleiding reflecteren in de aanzet van de totale opdracht en bijgevolg is dit verrekend in de 4.1 % ereloon, we hebben dus enkel een minimale kost doorgerekend.

Ereloonpercentage studieopdracht : 1.5 %

Hierin zitten de uren vervat van de tekenaars en de uren van de ingenieur voor de opmaak van de raming, bestek, controle van de vorderingstaten en behandeling van de proeven.

Ereloonpercentage veiligheidscoördinatie ontwerp : 1.2 %

De veiligheidsingenieur moet van bij het begin het werk ook bekijken ifv veiligheidscoördinatie ontwerp, dus de begeleidende uren met opdrachtgevers, tekenaars vergaderingen, coördinatievergaderingen met nutsleidingen zitten hierin vervat, gezien hun overlapping met studieopdracht. Dit is het grote voordeel dat de veiligheidsingenieur dezelfde persoon is die

ontwerp maakt en uitvoering doet. Dat we hiervoor veel vragen is enkel en alleen ook te wijten aan de grote verantwoordelijkheid van de veiligheidsingenieur, hij is immers persoonlijk verantwoordelijk. Daarnaast moet hij nog V&G-plan ontwerp opmaken, en de voorafgaandelijke vergaderingen met nutsleidingen bijwonen. Hierin zitten alle vaste kosten inzake studie van de ingenieur vervat.

Ereloonpercentage veiligheidscoördinatie uitvoering : 1.4 %.

Deze ingenieur is dezelfde persoon die het werk in uitvoering volgt, dus alle uren dewelke hij spendeert aan het toezicht en opvolging der werken, zijn ook dienstig voor de veiligheidscoördinatie en vice versa. Vaste kosten inzake uitvoering zijn hierin vervat. Dat we hiervoor veel vragen is enkel en alleen ook te wijten aan de grote verantwoordelijkheid van de veiligheidsingenieur, hij is immers persoonlijk verantwoordelijk bij eventuele ongevallen in uitvoering.

Daarnaast moet hij nog V&G-plan uitvoering opmaken, coördinatiedagboek en het post interventiedossier opmaken. Hierin zitten alle vaste kosten inzake opvolging van de werken van de ingenieur vervat.”

3.7. Ook aan andere inschrijvers, waaronder de uiteindelijk gekozen inschrijver, blijken prijsverantwoordingen te zijn gevraagd.

3.8. Volgens het verslag van nazicht van 25 augustus 2010 worden alle inschrijvers geselecteerd en de offertes van vier inschrijvers waaronder deze van verzoekende partij worden “nietig verklaard of onregelmatig bevonden, en zijn dus niet ontvankelijk”. Voor verzoekende partij wordt dit als volgt gemotiveerd:

“4 Duynslaeger & Co

De inschrijver gaat ervan uit dat het voorontwerp ‘reeds gemaakt is’, terwijl dit luidens het bestek moet worden opgemaakt. De inschrijver ‘reduceert’ zijn diensten dan ook tot ‘tekenwerk’ en ‘begeleiding (...)’

De inschrijver geeft met andere woorden een prijs op voor een dienstverlening die niet overeenstemt met de gevraagde dienstverlening en de in het bestek beschreven specificaties. Deze prijs kan derhalve niet als regelmatig worden aanvaard”.

Van de regelmatig bevonden offertes wordt een rangschikking opgesteld volgens prijs (gewogen overeenkomstig artikel I.9. van het bestek). Bvba Studiebureau Ir. Ch. Lobelle wordt eerste gerangschikt met 90,85 punten. Er wordt dan ook voorgesteld de opdracht aan haar toe te wijzen aangezien ze met de laagste regelmatige offerte inschreef.

3.9. Op 30 augustus 2010 maakt het college van burgemeester en schepenen zich de overwegingen en motieven van dit verslag van nazicht eigen en beslist het om de opdracht te gunnen aan inschrijver Lobelle en om “vrijwillig een stand-still termijn toe te passen van 15 dagen, zoals bedoeld in artikel 65/11 van de wet van 24 december 1993”.

3.10. Met een op 2 september 2010 ter post aangetekende brief, 1 september 2010 gedateerd, deelt verwerende partij aan verzoekende partij mee dat haar offerte “onregelmatig werd bevonden”. Een “uittreksel uit de gemotiveerde beslissing”-in feite de motivering van de onregelmatigverklaring van de offerte van verzoekende partij in het verslag van nazicht gedateerd 25 augustus 2010 en ondertekend door de leidend ambtenaar- is bijgevoegd. Voorts wordt vermeld dat een “standstill termijn” van 15 dagen wordt gehanteerd die ingaat de dag na de verzending van die brief.

3.11. Met een brief van 13 september 2010 vraagt de raadsman van verzoekende partij om een afschrift van de gunningsbeslissing mee te delen, dan wel te bevestigen dat nog geen gunningsbeslissing werd genomen. Tegelijk deelt hij mee dat een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid zal worden ingediend tegen de beslissing waarbij de offerte van verzoekende partij onregelmatig werd verklaard en in voorkomend geval ook tegen de gunningsbeslissing.

3.12. Met een aangetekende brief van 15 september 2010 bevestigt verwerende partij dat niet zal worden overgegaan tot formele betekening van de gunningsbeslissing met het oog op de totstandkoming van de overeenkomst indien, overeenkomstig artikel 65/11 van de overheidsopdrachtenwet van 24 december 1993, is aangetoond dat binnen de stand-still periode van 15 dagen daadwerkelijk een verzoekschrift werd ingediend. Tevens vermeldt zij dat de redenen voor de onregelmatigverklaring reeds werden meegedeeld en deelt zij voor de volledigheid nog afschrift van het proces-verbaal van opening der inschrijvingen mee.

IV. Nadere omschrijving van het voorwerp van de vordering

4. Verzoekende partij vecht formeel een beslissing van 25 augustus 2010 aan van het college van burgemeester en schepenen waarbij haar prijs voor de opdracht in kwestie “niet als regelmatig werd aanvaard”, alsook de onbekende beslissing van onbekende datum waarbij die opdracht werd gegund aan een onbekende derde.

De beslissing betreffende de offerte van verzoekende partij en om de opdracht te gunnen aan bvba studiebureau Ir. Ch. Lobelle werd door het college van burgemeester en schepenen in werkelijkheid echter genomen op 30 augustus 2010. De vordering moet dan ook worden geacht te zijn gericht tegen die beslissing waarin, naast het onregelmatig bevinden van de offerte van verzoekende partij, ook de gunning aan de gekozen inschrijver is vervat.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

Uiteenzetting van de exceptie

5. Verwerende partij betwist in een exceptie het belang van verzoekende partij.

Zij stelt daartoe onder meer dat elke systematische benadering van de quoteringswaarde waaruit moet blijken dat zij een reële kans maakt bij een herevaluatie om de opdracht toegewezen te krijgen, ontbreekt. Bij elk van de twee aangevoerde middelen herhaalt verwerende partij in vergelijkbare bewoordingen deze exceptie.

Beoordeling

6. De inschrijving van verzoekende partij is onregelmatig verklaard en zij betwist in de middelen de wettigheid van die onregelmatigverklaring.

In de mate dat de Raad van State het standpunt van verzoekende partij zou bijvallen, zou dit inhouden dat de offerte van verzoekende partij ten

onrechte onregelmatig werd bevonden en dat haar inschrijving ten onrechte niet mee werd vergeleken met de regelmatig bevonden offertes. De verzoekende partij heeft er belang bij om haar offerte wel te zien beoordelen om aldus nog een kans te verkrijgen om de opdracht aan haar te zien toewijzen. De excepties worden niet aanvaard.

VI. De schorsingsvoorwaarden

7. Overeenkomstig artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, 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.

8. De aankondiging van de kwestieuze opdracht werd echter bekend gemaakt na 24 februari 2010.

Dienvolgens is de wet van 23 december 2009 tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten te dezen van toepassing. De voornoemde wet van 23 december 2009 is immers in werking getreden op 25 februari 2010 krachtens artikel 76 van het koninklijk besluit van 10 februari 2010 tot wijziging van bepaalde koninklijke besluiten tot uitvoering van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten.

Overeenkomstig artikel 7 van de voornoemde wet van 23 december 2009 bepaalt de Koning de datum van haar inwerkingtreding en zijn enkel overheidsopdrachten die zijn bekendgemaakt vanaf die datum, zoals de in het geding zijnde opdracht, onderworpen aan de nieuwe wet.

Volgens het in de wet 24 december 1993, nieuw ingevoerde artikel 65/15, eerste lid, overeenkomstig artikel 65/31 toepasselijk op de in het geding zijnde opdracht, is voor de schorsing van de thans bestreden beslissing het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist. Artikel 65/15, tweede lid, verplicht verzoekende partij bovendien tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid. Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de bestreden beslissing kunnen verantwoorden.

VII. Onderzoek van de middelen

Uiteenzetting van de middelen

9. Verzoekende partij roept in een eerste middel de schending in van “de materiële motiveringsplicht als algemeen rechtsbeginsel en algemeen beginsel van behoorlijk bestuur”.

In essentie voert zij aan dat de conclusie dat haar offerte onregelmatig is, steunt op een “volledig verkeerde interpretatie van de prijsverantwoording die verzoekster meedeelde bij schrijven dd. 25.06.2010” en dat de opgegeven motivering “geenszins overeenstemt met de werkelijkheid”.

Zij merkt op dat zij in haar prijsverantwoording vermeldde dat “in deze opdracht uiteraard rekening wordt gehouden met het feit dat het voorontwerp grotendeels wordt bepaald door het ontwerpbureau, waarbij onze taak begeleiding is”, en dat het meegedeelde uittreksel uit de bestreden beslissing hierover niets zegt maar enkel insinueert “dat verzoekster [...] ten onrechte er van uit ging dat het voorontwerp reeds was opgemaakt, *quod non*, waardoor zij een prijs opgaf die niet overeenstemde met de gevraagde dienstverlening en de in het bestek beschreven specificaties”.

10. In een tweede middel voert verzoekende partij onder meer schending van het zorgvuldigheidsbeginsel aan.

Zij betoogt daartoe onder meer dat geenszins sprake is van een abnormale prijs in de door de haar opgegeven prijzen van 1000 euro voor de eerste fase, een vast ereloonpercentage van 1,5 % voor de tweede fase en een ereloon veiligheidscoördinatie van 1,2 % voor ontwerp en 1,4 % voor verwezenlijking.

Zij doet gelden dat “deze prijs” in de eerste plaats wordt verantwoord door het feit dat het voorontwerp grotendeels wordt bepaald door het ontwerp bureau aangesteld voor de opmaak van een masterplan voor de publieke ruimte in het stadscentrum en in de stationsomgeving. De wedstrijd bundel van de eindlaureaat voor de opmaak van het masterplan toont aan dat het concept reeds voorhanden is, zodat verzoekende partij dient in te staan voor de technische uitwerking en haalbaarheid; de burgemeester verklaarde in een internet filmpje dat er wel degelijk een voorontwerp voorhanden is en er heeft hierover ook reeds een bespreking met de bevolking van stad Zottegem plaatsgevonden. Verzoekende partij benadrukt dat met dergelijk voorontwerp het grootste gedeelte van het werk reeds is geleverd nu de voorbereidende werkzaamheden die aan de oorsprong liggen van het voorontwerp, het komen tot een concept, naar haar ervaring steeds het moeilijkste gedeelte van het werk is. Zij stelt: “deze voorbereidende werkzaamheden zijn nu reeds grotendeels geleverd door de eindlaureaat van het masterplan, hetgeen verzoekster heel wat werk bespaarde. Hierdoor kan verzoekster dan ook haar prijs voor de eerste fase zo beperkter houden”.

Volgens verzoekende partij werd in haar prijsverantwoording ook uitdrukkelijk gewezen op het feit dat de ingenieur die het ontwerp begeleidt ook de ingenieur is die het werk zal volgen in uitvoering en ook de veiligheidsingenieur is. Aldus overlappen de taken van de studieopdracht met de taken van de veiligheidsingenieur, hetgeen een groot voordeel biedt en verzoekende partij de mogelijkheid biedt de prijs in fase 1 en fase 2 a) beperkt te houden. Dat de prijs voor fase 2 b) iets hoger lijkt, is te verantwoorden door hetgeen zij in haar prijsverantwoording aanhaalde: “de grote verantwoordelijkheid van de veiligheidsingenieur, hij is immers persoonlijk verantwoordelijk bij eventuele ongevallen in uitvoering. Daarnaast moet hij nog V&G-plan uitvoering opmaken, coördinatiedagboek en het post interventiedossier opmaken. Hierin zitten alle vaste kosten inzake opvolging van de werken van de ingenieur vervat”.

Ten slotte wijst zij er nog op dat haar prijs voor de eerste fase, namelijk 1.000 euro, in het licht van de opgegeven prijzen van verscheidene andere inschrijvers niet eens zo afwijkend is als verwerende partij het wil voorstellen. Inschrijver nv Soresma biedt 5.000 euro terwijl de prijs van bvba Studiebureau Ch. Lobelle 5.300 euro is en Arcadis VDS zelfs heeft ingeschreven voor een prijs van 0 euro in de eerste fase. Ook in de tweede fase a), is haar ereloonpercentage van 1,5 % opnieuw slechts 1 à 1,3 % verwijderd van andere inschrijvers, bijvoorbeeld ARA met 2,5 % en SWBO met 2,795 %. Haar totaalpercentage aan ereloon, 4,1 %, is niet dermate afwijkend van de overige prijzen dat dit als abnormaal kan worden aangemerkt: D+A consult komt tot een percentage van 4,07 %, SWBO tot 3 % en ARA tot 4,35 %.

Zij concludeert dat er niets abnormaals is aan haar prijs en dat haar offerte in ieder geval onrechtmatig werd geweerd.

Standpunt van de verwerende partij

11. In de nota doet verwerende partij in het antwoord op het eerste middel in essentie gelden dat verzoekende partij is afgeweken van een essentiële besteksbepaling, meer bepaald het voorwerp van de opdracht die de opmaak van een voorontwerp van technisch uitvoeringsplan inhield, en zij het masterplan verwarde met de technische uitvoeringsplannen.

Verwerende partij heeft het wel ook over “het voorontwerp van masterplan dat inderdaad reeds werd opgemaakt door VAPS”.

In het antwoord op het tweede middel betoogt verwerende partij dat “de prijs onregelmatig is in de zin dat deze een essentieel onderdeel van de opdracht niet afdekt”, dat de offerte onregelmatig is “omdat een andere dienstverlening wordt aangeboden dan gevraagd” en dat dit een voldoende argument was om de offerte van verzoekende partij te weren zonder dat verwerende partij nog verder diende in te gaan op het vermeend abnormaal karakter van de prijzen.

Beoordeling

12.1. Wat fase 1 betreft, werd in de vraag tot verantwoording verzoekende partij verzocht onder meer haar inschrijvingsbedrag van 1000 euro, dat “ver onder het gemiddelde van de ingediende offertes” ligt, te motiveren.

12.2. Verzoekende partij deed zulks, stellende dat “bij een studieopdracht het geslaagd voorontwerp de meest tijdrovende activiteit en tegelijk het moeilijkste van de totale opdracht [is]”, “gezien het voorontwerp gemaakt is, de studie sterk gereduceerd [is] tot twee niveaus’s: 1/ tekenwerk: niveau tekenaars 2/ begeleiding + opmeting + raming + bestek + V&G + werfopvolging inzake studieopdracht en veiligheid niveau ingenieur.” en “in deze opdracht wordt uiteraard rekening gehouden met het feit dat het voorontwerp grotendeels wordt bepaald door het ontwerpbureau, waarbij onze taak begeleiding is”.

12.3. In het gunningsverslag waarvan de conclusies de aanbestedende overheid zich eigen maakte, werd bij die verantwoording vastgesteld: “De inschrijver gaat ervan uit dat het voorontwerp ‘reeds gemaakt is’, terwijl dit luidens het bestek moet worden opgemaakt. De inschrijver ‘reduceert’ zijn diensten dan ook tot ‘tekenwerk’ en ‘begeleiding’. De inschrijver geeft met andere woorden een prijs op voor een dienstverlening die niet overeenstemt met de gevraagde dienstverlening en de in het bestek beschreven specificaties. Deze prijs kan derhalve niet als regelmatig worden aanvaard”.

12.4. In het bestek wordt beklemtoond dat er volgens de laureaat voor de opmaak van een masterplan, een “wisselwerking” dient te zijn met de ontwerper van de technische uitvoeringsplannen teneinde de technische haalbaarheid van de conceptuele voorstellen in het masterplan te kunnen toetsen aan hun technische haalbaarheid.

In haar prijsverantwoording heeft verzoekende partij woordelijk van een “reeds gemaakt” “voorontwerp” gewag gemaakt, maar zij lijkt daarmee te hebben kunnen bedoelen dat hetgeen de voornoemde laureaat heeft voorgesteld, toch alvast “voorstellen” bevatte die aan het masterplan reeds richting gaven en aldus ook als een voorontwerp konden worden aangemerkt. In haar nota spreekt de

verwerende partij alvast zelf van een “reeds opgemaakt” “voorontwerp van masterplan”.

In het bestek lijkt er ook te worden van uitgegaan dat er reeds een richtinggevend voorontwerp was: er wordt bijvoorbeeld bij de nadere omschrijving van de opdracht gewag gemaakt van een grondplan dat moet worden opgesteld “aangevuld met summier ontwerpgegevens”.

In die omstandigheden lijkt verwerende partij te snel verzoekende partij te hebben aangewreven een deel van de opdracht niet van een prijs te hebben voorzien, door het deze kwalijk te nemen te hebben verwezen naar bestaand voorbereidend werk van de laureaat. Aldus lijkt verwerende partij niet met een voldoende draagkrachtig motief de prijs van verzoekende partij “niet regelmatig” te hebben verklaard. De aanzienlijke prijsverschillen tussen de inschrijvers voor fase 1 lijken evenzeer deze conclusies te ondersteunen. Overigens lijkt het dat de nv Soresma en de gekozen inschrijver met geboden prijzen van respectievelijk 5000 en 5300 euro voor fase 1, gelet op deze relatief laag lijkende bedragen, evenzeer van dezelfde veronderstelling als verzoekende partijen zijn uitgegaan, namelijk dat tijdrovend voorbereidend conceptueel werk aan het masterplan reeds was verricht.

De bestreden beslissing lijkt aldus bij het onregelmatig verklaren van de offerte van verzoekende partij, niet op voldoende draagkrachtige motieven te steunen en niet van de vereiste zorgvuldigheid te getuigen zodat in zoverre de middelen ernstig zijn. Het staat aldus niet vast dat de betrokken offerte terecht als onregelmatig is geweerd, waardoor meteen ook niet meer vaststaat dat de gekozen inschrijver de laagste regelmatige offerte heeft aangeboden. De beide aangevochten beslissingen dienen dus in hun tenuitvoerlegging te worden geschorst.

BESLISSING

De Raad van State schorst bij uiterst dringende noodzakelijkheid de beslissing van 30 augustus 2010 van het college van burgemeester en

schepenen van de stad Zottegem om de offerte van verzoekende partij voor de opdracht “Masterplan stadsrenovatie: aanstellen ontwerper voor opmaak technische uitvoeringsplannen Stationstraat, Hoogstraat en Markt” onregelmatig te verklaren en om de opdracht toe te wijzen aan bvba Studiebureau Ir. Ch. Lobelle.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 7 oktober 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