RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 213.943 van 17 juni 2011
in de zaak A. 200.204/XII-6593

In zake: de CVBA BONTINCK ARCHITECTURE AND ENGINEERING
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Hendrik Vermeire
kantoor houdend te 9000 Gent
Kouter 71-72
bij wie woonplaats wordt gekozen
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Willem De Brock

tegen:

de GEMEENTE SINT-MARTENS-LATEM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Luc De Meyere
kantoor houdend te 9000 Gent
Koning Albertlaan 165
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de BVBA AMV ARCHITECTEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Carlos De Wolf
kantoor houdend te 9680 Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 17 mei 2011, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Sint-Martens-Latem van 02 mei 2011, haar ter kennis gebracht bij aangetekend

schrijven van 02 mei 2011, waarbij de offerte van verzoekster, ingediend in het kader van het bestek voor opmaken van een ontwerp en uitvoeringsdossier voor het bouwen van een gemeentelijke sport- en cultuurcentrum, als onregelmatig wordt beoordeeld om reden dat de door verzoekster gegeven prijsverantwoording niet aanvaard wordt en waarbij de opdracht wordt toegewezen aan de AMV architecten bvba, Lange Kouterstraat 14a te 9230 Wetteren".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 31 mei 2011 heeft de bvba AMV Architecten gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 9 juni 2011, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Hendrik Vermeire, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Luc De Meyere, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Carlos De Wolf, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. Bij beslissing van 7 juli 2003 gunt het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Sint-Martens-Latem de opdracht voor het maken van een ontwerp voor een nieuwe gemeentelijke bibliotheek, aan G + D

Studiebureau Dirk Bontinck. Er wordt een overeenkomst gesloten tussen de gemeente Sint-Martens-Latem en G + D Studiebureau Dirk Bontinck betreffende het maken van dat ontwerp.

3.2. Op 18 februari 2005 beslist het college van burgemeester en schepenen evenwel om de opdracht van werken “bouwen van een gemeentelijke bibliotheek” om economische redenen niet toe te wijzen.

3.3. In 2009 wordt het dossier hernomen en omschreven als het “bouwen van een sport- en cultuurcentrum”. Aan verzoekende partij werd gevraagd om een aangepast ontwerp en aangepaste raming op te stellen.

3.4. Op 27 augustus 2009 verleent de gemeenteraad zijn goedkeuring aan het herwerkte ontwerp met aangepast bestek en raming ten bedrage van 1.833.783,8058 euro, btw niet inbegrepen, en wordt het college gemachtigd om de opdracht van werken toe te wijzen via een openbare aanbesteding.

3.5. Tegen voormelde gemeenteraadsbeslissing wordt klacht ingediend onder meer omdat de opdracht aan het ontwerpbureau onwettig zou uitgebreid zijn in strijd met de wetgeving op de overheidsopdrachten.

3.6. Bij besluit van 27 november 2009 schorst de gouverneur voormelde beslissing van de gemeenteraad van 27 augustus 2009 omdat volgens de gouverneur de opdracht van de ontwerper in strijd met de wetgeving overheidsopdrachten feitelijk werd uitgebreid.

3.7. Bij beslissing van de gemeenteraad van 18 januari 2010 wordt voormelde beslissing van 27 augustus 2009 ingetrokken.

3.8. Op 31 mei 2010 verleent de gemeenteraad vervolgens zijn goedkeuring aan het bestek voor “opmaken ontwerp en uitvoeringsdossier voor het bouwen van een gemeentelijk sport- en cultuurcentrum”.

3.9. Bij brief van 16 juni 2010 deelt de gemeente Sint-Martens-Latem aan verzoekende partij mee dat zij ingevolge de beslissing van de gouverneur

genoodzaakt is om de overeenkomst “opmaak ontwerp nieuwe bibliotheek” op te zeggen.

3.10. De nieuwe opdracht wordt aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen van 24 juni 2010, met een wijzigingsbericht op 25 juni 2010.

3.11. In verband met de hierboven vermelde historiek van het dossier vermeldt het bestek het volgende:

> “Antecendenten:
> Het gemeentebestuur beschikt ingevolge een eerdere overheidsopdracht over een volwaardig ontwerp met bestek en raming. Ingevolge een miskenning van de onderhandelingsprocedure en derhalve schending van de overheidsopdrachtenwetgeving, heeft dit ontwerp wegens de schorsing van de administratieve beslissing van de Gouverneur niet kunnen leiden tot een gunning van de aannemingswerken. Het gemeentebestuur heeft dan ook beslist over te gaan tot het opstarten van een heraanbestedingsprocedure van bij de aanvang, zijnde het opmaken van een ontwerp en uitvoeringsdossier voor het bouwen van een sport- en cultuurcentrum. De stukken met betrekking tot de oorspronkelijke opdracht liggen voor de kandidaat-inschrijvers ter inzage op het gemeentesecretariaat. De beschrijving van de opdracht verschilt evenwel op bepaalde punten met de beschrijving van de oorspronkelijke opdracht”.

Inzake de wijze van prijsopgave vermeldt het toepasselijke bestek het volgende:

> “I.4. Prijsopgave
>
> Ten aanzien van de vaststelling van de prijzen, wordt onderhavige overeenkomst beschouwd als een opdracht volgens een vastgelegd ereloonpercentage en kostenvergoeding.
> Er moet een aparte prijs worden opgegeven voor de opmaak van het bouwaanvraagdossier”.

Voorts vermeldt het bestek de volgende gunningscriteria:

Gunningscriteria	Omschrijving	Weging van het criterium in het geheel
Ereloonvoorstel	Ereloonpercentage + kostprijs opmaak bouwaanvraagdossier	50

Visie	- de inschrijver beschrijft zijn persoonlijke visie op het uitwerken van het project op basis van het opgestelde wensenprogramma. Hij omschrijft op gemotiveerde wijze eventuele afwijkingen van zijn concept/visie ten opzichte van dit wensenprogramma en staaft dit met ervaring in gelijkaardige projecten; - bijkomend wordt ook de ruimtelijke integratie kort toegelicht: de inpasbaarheid, de relatie tot de site, de kwaliteit van de open/bebouwde ruimte, de oriëntatie, … van het op te richten gebouw; - ook zullen de architecturale waarde (originaliteit, esthetiek, duurzaam materiaal-gebruik, keuze van technieken, basisvisie op stabiliteit, kwaliteit van de ruimtes…) en een eerste kostprijsindicatie beoordeeld worden - beschrijving van de integrale bouwkwaliteit van het project (functionaliteit, duurzaamheid, …)	40
Plan van aanpak	Korte omschrijving van de voorgestelde werkwijze: projectbeheer en -organisatie, samenstelling van het ontwerp- en projectteam	10

Daarnaast wordt in het bestek onder punt I.11 "Keuze van offerte" nog het volgende opgemerkt inzake het ereloonvoorstel:

> "Betreffende het ereloonvoorstel wordt het maximum van de punten toegekend aan de laagste conforme inschrijver. De overige conforme inschrijvers krijgen een puntenaantal proportioneel gerelateerd tot de door de laagste conforme inschrijver aangeboden prijs.
> Het ereloonpercentage wordt toegepast op een budget van 1.700.000 euro. Het bekomen bedrag wordt samengeteld met de kostprijs opmaak bouwaanvraagdossier voor het bekomen van het ereloonvoorstel. De inschrijver met het laagste ereloonvoorstel krijgt het maximum van de punten; het aantal punten dat aan de andere inschrijvers wordt toegekend is gelijk aan het maximum aantal punten vermenigvuldigd met de verhouding van het laagste ereloonvoorstel t.o.v. de door betreffende inschrijver ingediend ereloonvoorstel".

3.12. Acht inschrijvers dienen een offerte in, waaronder verzoekende partij en de bvba AMV Architecten.

3.13. Vervolgens wordt in het kader van het prijsonderzoek bij aangetekend schrijven van 23 november 2010 een prijsverantwoording gevraagd aan alle inschrijvers, met uitzondering van één inschrijver wiens offerte nietig

wordt bevonden wegens het ontbreken van de nodige handtekeningen. Met betrekking tot de offerte van verzoekende partij wordt een prijsverantwoording gevraagd aangezien deze offerte meer dan 15 % ten opzichte van het gemiddelde afwijkt van het ereloonpercentage, de kostprijs van het bouwaanvraagdossier en het totaal van het ereloonvoorstel.

3.14. Met een schrijven van 1 december 2010 verantwoordt verzoekende partij haar prijzen.

3.15. In het gunningsverslag wordt de prijsverantwoording van alle inschrijvers aanvaard, behoudens de prijsverantwoording van verzoekende partij. Geadviseerd wordt om de offerte van verzoekende partij als onregelmatig af te wijzen wegens abnormale prijzen. Voorgesteld wordt om de opdracht te gunnen aan de bvba AMV Architecten.

3.16. Op 21 februari 2011 beslist het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Sint-Martens-Latem om de offerte van verzoekende partij als onregelmatig af te wijzen wegens abnormale prijzen en om de opdracht te gunnen aan bvba AMV Architecten.

De beslissing om de offerte van verzoekende partij onregelmatig te verklaren, steunt op de volgende overwegingen:

> "Overwegende dat inschrijver vermeld onder nr.6 (Bontinck Architecture and Engineering cvba) de prijsopgave (ereloonpercentage - kostprijs bouwaanvraagdossier - totaal ereloonvoorstel) verantwoordt door voor te houden dat 'het werk voor het ontwerp, de bouwaanvraag en het uitvoeringsdossier heel beperkt (is), wegens reeds uitgevoerd en vergoed, waardoor dit als een bijzonder gunstige omstandigheid moet worden aanzien, die in het voordeel van het bestuur vertaald wordt in een volgens jullie laag ereloonpercentage. Wij wensen als studiebureau inderdaad niet 2 keer langs de kassa te passeren'.
> Overwegende dat de bezorgdheid voor de gemeentefinanciën evenwel niet toelaat om bij de beoordeling van de prijzen voor deze nieuwe opdracht rekening te houden met de reeds geleverde en vergoede prestaties voor een voorbije en door de toezichthoudende overheid als onwettig beoordeelde opdracht en gunning omdat dit niet kan gelden voor alle inschrijvers, waardoor één inschrijver zou bevoordeeld worden; dat de gelijkheid der inschrijvers inhoudt dat alle inschrijvers op een gelijke voet dienen

behandeld en beoordeeld te worden en dat geen der inschrijvers enig voordeel kan worden toegekend welke voor andere inschrijvers onmogelijk en niet bereikbaar zou zijn;
Overwegende dat de door inschrijver vermeld onder nr. 6 gegeven verantwoording derhalve niet kan worden aanvaard zodat de offerte van Bontinck Architecture and Engineering cvba wegens abnormale prijzen voor wat betreft het ereloonpercentage en het totaal ereloonvoorstel als onregelmatig moet worden beoordeeld".

3.17. Bij aangetekend schrijven van 22 februari 2011 wordt aan verzoekende partij meegedeeld dat haar offerte als onregelmatig werd afgewezen en dat de opdracht werd gegund aan bvba AMV Architecten. Als bijlage wordt een afschrift van het collegebesluit en het verslag van nazicht gevoegd.

3.18. Met een ter post aangetekend verzonden verzoekschrift van 9 maart 2011 vordert verzoekende partij de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de voormelde beslissing van 21 februari 2011.

3.19. Bij arrest nr. 212.333 van 31 maart 2011 beveelt de Raad van State de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Sint-Martens-Latem van 21 februari 2011 om de offerte van de cvba Bontinck Architecture And Engineering, ingediend in het kader van de overheidsopdracht voor opmaken van een ontwerp en uitvoeringsdossier voor het bouwen van een gemeentelijk sport- en cultuurcentrum, onregelmatig te verklaren, alsook van de beslissing van diezelfde datum om de betrokken opdracht toe te wijzen aan de bvba AMV architecten op grond van de volgende overwegingen:

"14. Artikel 110, § 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 laat de aanbestedende overheid uitdrukkelijk toe om bij het onderzoek van de vermoedelijk abnormale prijzen rekening te houden met verantwoordingen gesteund op 'uitzonderlijke gunstige omstandigheden waarvan de inschrijver bij het verlenen van de diensten kan profiteren'.

15. Op het eerste gezicht lijkt voormeld artikel 110, § 3, aldus in beginsel niet uit te sluiten dat bij het onderzoek van vermoedelijk abnormaal lage prijzen rekening gehouden wordt met door een inschrijver reeds geleverde en vergoede prestaties in het kader van eerdere opdrachten door dezelfde of andere aanbestedende overheden.

16. De vraag rijst of te dezen anders moet worden geoordeeld wegens het feit dat de beslissing van de gemeenteraad van 27 augustus 2009, waarbij goedkeuring werd verleend aan het herwerkte ontwerp met aangepast bestek en raming ten bedrage van 1.833.783,8058 euro, btw niet inbegrepen, en waarbij het college werd gemachtigd om de opdracht van werken toe te wijzen via een openbare aanbesteding, in zijn tenuitvoerlegging door de toezichthoudende overheid werd geschorst.

17. Dit lijkt niet het geval te zijn: verzoekende partij verwijst in haar prijsverantwoording niet alleen naar het aangepaste ontwerp dat zij in 2009 heeft opgesteld, doch tevens naar het eerste ontwerp dat zij na de beslissing van 7 juli 2003 om de opdracht voor het maken van een ontwerp voor een nieuwe gemeentelijke bibliotheek aan haar te gunnen heeft opgesteld, en op grond waarvan een bouwvergunning werd verleend. Die eerste opdracht werd door de toezichthoudende overheid geenszins onwettig bevonden. Het motief dat verwerende partij vindt in de verwijzing naar een 'onwettig beoordeelde opdracht en gunning' kan aldus op het eerste gezicht in elk geval niet gelden voor de geleverde en vergoede prestaties die verzoekende partij reeds in de eerste fase van het project had verricht.

18. Verwerende partij betwist ook niet dat de betrokken architectuuropdracht werd uitgevoerd en dat de prestaties die verzoekende partij heeft geleverd ook alle werden betaald.

19. Ten slotte heeft verwerende partij, allicht precies met het oog op de gelijke benadeling van de inschrijvers alle stukken inzake de oorspronkelijke opdracht ter inzage gelegd voor de kandidaat-inschrijvers op het gemeentesecretariaat. De overige inschrijvers hebben dus evenzeer kennis kunnen nemen van de door verzoekende partij geleverde prestaties.

20. Noch uit de bestreden beslissing, noch het administratief dossier, lijkt voorts te kunnen worden afgeleid dat de aanbestedende overheid in de onderhavige zaak van oordeel was dat gelet op het door verzoekende partij geboden ereloonpercentage er een risico van niet uitvoering van de opdracht zou zijn.

21. Uit al hetgeen voorafgaat dient te worden besloten dat het op algemene wijze geformuleerde motief 'dat de bezorgdheid voor de gemeentefinanciën niet zou toelaten om bij de beoordeling van de prijzen voor de nieuwe opdracht rekening te houden met de reeds geleverde en vergoede prestaties voor een voorbije en door de toezichthoudende overheid als onwettig beoordeelde opdracht en gunning omdat dit niet kan gelden voor alle inschrijvers' niet als deugdelijk en afdoend motief kan gelden om de offerte van verzoekende partij onregelmatig te verklaren.

22. In haar memorie van antwoord merkt verwerende partij bijkomend op dat verzoekende partij in haar verantwoording zelfs niet aangeeft hoe en waarom zij, ondanks het feit dat het werk voor het ontwerp, de

bouwaanvraag en het uitvoeringsdossier heel beperkt zou zijn wegens uitgevoerd en vergoed, dan nog tot een ereloonpercentage van 3,50 % komt. Zij wijst erop dat een inschrijver die een verzoek tot prijsverantwoording ontvangt, zijn prijzen concreet en onderbouwd dient te verantwoorden.

23. Zulks betreft echter een motief dat verwerende partij voor het eerst aandraagt in het kader van de procedure voor de Raad van State en dat geen grondslag lijkt te vinden in de bestreden gunningbeslissing, noch in enig ander stuk van het administratief dossier.

Teneinde te voldoen aan het in het enig middel geschonden geachte artikel 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, moet de bestreden beslissing de motivering de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan die beslissing ten grondslag liggen, en zulks op afdoende wijze. In geval een offerte wordt uitgesloten wegens abnormale prijzen dient verwerende partij op grond van artikel 65/8, § 1, onmiddellijk na het nemen van de gunningsbeslissing aan elke inschrijver van wie de offerte onregelmatig werd bevonden de motieven voor de wering meedelen. Voormeld motief aangaande het gebrek aan concrete onderbouwing van de geboden 3,5 % werd nooit meegedeeld aan verzoekende partij. Zij kende aldus de motieven niet afdoende, op het ogenblik dat zij huidig beroep instelde. Het feit dat zij in het kader van het huidige beroep van dit bijkomend motief kon kennisnemen kan niet goedmaken dat verzoekende partij, in strijd met het oogmerk van de formele-motiveringsverplichting, zich over het instellen van het beroep moest beraden en het heeft moeten instellen zonder kennis te hebben van de motieven.

24. Tussenkomende partij van haar kant wijst er bovendien op dat verzoekende partij de besteksvoorschriften niet zou hebben nageleefd en gaat dus uit van een onregelmatige offerte van verzoekende partij, doordat laatstgenoemde de facto slechts een ereloonvoorstel zou hebben gedaan voor een gedeelte van de opdracht, namelijk voor die werken die zij nog niet had uitgevoerd en waarvoor zij bijgevolg nog niet vergoed was geweest in het kader van een vorige overheidsopdracht. Zij zou als inschrijver hebben nagelaten om een ereloonvoorstel te doen voor de volledige opdracht. Ook om die reden zou het middel volgens haar niet ernstig zijn.

25. Het bestek bepaalt inderdaad uitdrukkelijk dat de beschrijving van de opdracht ‘op bepaalde punten verschilt met de oorspronkelijke opdracht’. In de technische bepalingen van het bestek wordt voorgeschreven dat de architect samen met de opdrachtgever een programma van eisen op punt dient te stellen op grond waarvan de architect minstens één en maximum drie schetsontwerpen dient op te maken en dat op grond van de gekozen schets een definitief voorontwerp en ten slotte ook het ontwerp dient te worden opgemaakt.

Uit het administratief dossier lijkt echter nergens te kunnen worden afgeleid dat verwerende partij de offerte van verzoekende partij op dit punt heeft onderzocht, laat staan dat zij dit in de bestreden beslissing als motief zou hebben gehanteerd om tot onregelmatigheid van de offerte van verzoekende partij te besluiten.

26. Gelet op het gebrek aan onderzoek van de offerte van verzoekende partij door de aanbestedende overheid op dit punt en geschreven wederwoord van verzoekende partij, is de Raad van State in de huidige stand van het geding, in het kader van een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, niet in de mogelijkheid om wegens de door tussenkomende partij aangevoerde reden tot onregelmatigheid van de offerte van verzoekende partij en dienvolgens gebrek aan belang bij het middel te besluiten.

27. De bestreden beslissing lijkt aldus bij het onregelmatig verklaren van de offerte van verzoekende partij niet op deugdelijke en afdoende motieven te steunen en niet van de vereiste zorgvuldigheid te getuigen zodat in zoverre het middel ernstig is. 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 voordeligste regelmatige offerte heeft aangeboden. De beide aangevochten beslissingen dienen dus in hun tenuitvoerlegging te worden geschorst".

3.20. Op 11 april 2011 wordt voormelde gunningsbeslissing van 21 februari 2011 ingetrokken.

3.21. Vervolgens wordt aan de inschrijvers gevraagd om de gestanddoeningstermijn van hun offertes te verlengen.

3.22. Op 29 april 2011 wordt een nieuw verslag van nazicht opgesteld.

3.23. Op 2 mei 2011 beslist het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Sint-Martens-Latem om de offerte van verzoekende partij als onregelmatig af te wijzen wegens abnormale prijzen wat betreft het ereloonpercentage en het totaal ereloonvoorstel en wegens schending van de besteksbepalingen en om de opdracht te gunnen aan bvba AMV Architechten.

De beslissing om de offerte van verzoekende partij onregelmatig te verklaren, steunt op de volgende overwegingen:

“Overwegende dat de inschrijver, vermeld onder nr. 6 (Bontinck Architecture and Engineering cvba), de prijsopgave (ereloonpercentage - kostprijs bouwaanvraagdossier - totaal ereloonvoorstel) verantwoordt door het gebruik van ‘ons laatste ontwerp dat als bouwaanvraag werd ingediend en vergund en dat eveneens werd aanbesteed en dat door het bestuur als definitief werd aanzien’, waardoor ‘het werk voor het ontwerp, de bouwaanvraag en het uitvoeringsdossier heel beperkt (is) wegens reeds uitgevoerd en vergoed waardoor dit als een bijzondere gunstige omstandigheid moet worden aanzien, die in het voordeel van het bestuur vertaald wordt in een volgens jullie laag ereloonpercentage. Wij wensen als studiebureau inderdaad niet 2 keer langs de kassa te passeren’. Het laag ereloonpercentage wordt aangeboden ‘wegens de originaliteit van onze producten en daarmee gepaard gaande diensten vanwege het gebruiken van ons laatste ontwerp dat werd aanvaard door het bestuur, met wijziging van enkele architecturale elementen, zijnde variaties op hetzelfde thema’. Wat het ereloon voor het indienen van de bouwaanvraag betreft wordt gesteld dat in alle dossiers ‘circa 25% voor het indienen van een bouwaanvraag’ wordt gevraagd.

Gelet op volgende overwegingen:

- Na de tussenkomst van de toezichthoudende overheid omwille van de onwettige toewijzing van de aanvullende ontwerpopdracht, is het bestuur verplicht om rekening houdend met de voorschriften en de bepalingen van de overheidsopdrachtenwet over te gaan tot het heraanbesteden van de ontwerpopdracht. Hierbij moeten alle inschrijvers gelijke kansen worden geboden en op gelijke wijze worden beoordeeld.
- De gelijkheid der inschrijvers houdt onder meer in dat geen der inschrijvers enig voordeel zou worden toegekend welke voor andere inschrijvers onmogelijk en niet bereikbaar zou zijn.
- Het bestuur is van oordeel dat het kunnen gebruik maken van een eerder uitgevoerde opdracht geenszins een ‘uitzonderlijk gunstige omstandigheid’ in de zin van art. 110 § 3 KB 8 januari 1996 kan uitmaken om een laag ereloonpercentage te verantwoorden. Dergelijk ‘voordeel’ zou immers niet kunnen gelden als een mogelijkheid voor alle inschrijvers, waardoor enkel inschrijver nr. 6 (Bontinck Architecture and Engineering cvba) zou bevoordeeld worden.
- Het gegeven dat (de gunning van) het ‘eerste ontwerp van 2003’ door de toezichthoudende overheid niet onwettig werd verklaard doet hieraan geen enkele afbreuk. Dit ontwerp had overigens enkel betrekking op een bibliotheek zoals in de oorspronkelijke opdracht omschreven. De inschrijver verwijst trouwens zelf naar het ‘laatste ontwerp’, waarvan (de gunning van) de uitbreiding wel als onwettig werd beschouwd. Het gaat bovendien thans om een nieuwe en volledige heraanbesteding.
- De gelijkheid van de inschrijvers bij de heraanbesteding blijft het uitgangspunt. De bezorgdheid voor de gemeentefinanciën laat het bestuur dus niet toe om, zonder schending van het gelijkheidsbeginsel, bij de beoordeling van de prijzen voor deze nieuwe opdracht rekening te houden met de reeds geleverde en vergoede prestaties voor een voorbije en door de toezichthoudende overheid deels als onwettig beoordeelde opdracht en

gunning. Dit zou immers slechts kunnen gelden voor één inschrijver en niet voor alle inschrijvers, waardoor deze ene inschrijver zou bevoordeeld worden.

- Anders oordelen zou het normale spel van de mededinging vervalsen en onmogelijk maken. In de redenering van deze inschrijver zou de heraanbesteding van de ontwerpopdracht immers enkel en alleen opnieuw aan haar kunnen gegund worden. Alleen deze inschrijver kan immers voorhouden reeds 'voor de eerste opdracht vergoed te zijn geweest'.
- De vermelding van de 'antecedenten' in het bestek heeft enkel de bedoeling om andere mogelijke inschrijvers te informeren dat reeds een vroegere ontwerpopdracht werd uitgeschreven en gegund en om de andere mogelijke inschrijvers kennis te laten nemen van alle elementen van het bedoeld ontwerp, met de uitdrukkelijke vermelding in het bestek dat de huidige ontwerpopdracht 'verschilt op bepaalde punten met de beschrijving van de oorspronkelijke opdracht'.
- Het is evenwel duidelijk dat de andere inschrijvers, gelet op de bescherming van de intellectuele eigendomsrechten van inschrijver nr. 6, op geen enkele wijze gebruik konden maken van het laatste (vergunde) ontwerp, waardoor het onmogelijk was voor de andere inschrijvers van deze informatie en ontwerp(en) gebruik te maken en een lagere prijs in te zetten.
- In de verantwoording van inschrijver nr. 6 (Bontinck Architecture and Engineering cvba) wordt gesteld dat een laag ereloonpercentage mogelijk is 'wegens de originaliteit van onze producten en daarmee gepaard gaande diensten vanwege het gebruiken van ons laatste ontwerp dat werd aanvaard door het bestuur, met wijziging van enkele architecturale elementen, zijnde variaties op hetzelfde thema'. Hieruit dient te worden afgeleid dat slechts een ereloonvoorstel voor een gedeelte van de opdracht, namelijk voor die werken die zij nog niet had uitgevoerd en waarvoor zij nog niet vergoed was geweest in het kader van de vorige overheidsopdracht, wordt ingediend. De besteksbepalingen laten evenwel niet toe om slechts voor een gedeelte van de opdracht een ereloonvoorstel te formuleren.
- Inschrijver nr. 6 specifieert bovendien ook niet eens op welke wijze zij tot een ereloonpercentage van 3,5% of, berekend op het geraamde bedrag van € 1 700 000,00, tot een bedrag van 59 500,00 komt, niettegenstaande 'het werk voor het ontwerp, de bouwaanvraag en het uitvoeringsdossier heel beperkt is wegens reeds uitgevoerd en vergoed'.
- Dit heeft eveneens tot gevolg dat het door inschrijver nr. 6 (Bontinck Architecture and Engineering cvba) opgegeven ereloonvoorstel en de gegeven verantwoording het bestuur niet eens toelaten een vergelijking met de andere inschrijvingen te maken.

Overwegende dat derhalve de door de inschrijver nr. 6 gegeven verantwoording omwille van bovenstaande overwegingen niet kan worden aanvaard zodat de offerte van Bontinck Architecture and Engineering cvba wegens abnorma1e prijzen voor wat betreft het ereloonpercentage en het

totaal ereloonvoorstel en wegens schending van de besteksbepalingen als onregelmatig wordt beoordeeld".

3.24. Bij aangetekend schrijven van 2 mei 2011 wordt aan verzoekende partij meegedeeld dat haar offerte als onregelmatig werd afgewezen wegens onregelmatige prijzen en wegens schending van besteksbepalingen en dat de opdracht werd gegund aan bvba AMV Architecten. Als bijlage wordt een afschrift van het collegebesluit en het verslag van nazicht toegevoegd.

IV. Tussenkomst

4. Verzoekende partij in tussenkomst blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet haar verzoek worden ingewilligd.

V. De schorsingsvoorwaarden

5. 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.

6. De opdracht werd bekendgemaakt 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.

Luidens het in de wet van 24 december 1993 nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is aldus voor de schorsing van de thans bestreden beslissing het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist. Anderzijds verplicht artikel 65/15, tweede lid, verzoekende partij 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.

VI. Onderzoek van de middelen

Uiteenzetting van het enig middel

7. Een eerste en enig middel is genomen uit “de schending van art. 110, § 3 van het K.B. van 08.01.1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, uit de schending van de materiële en formele motiveringsplicht als beginselen van openbaar bestuur, de schending van de artn 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991, uit de schending van het zorgvuldigheidsbeginsel, schending van het gelijkheidsbeginsel, schending van het mededingingsbeginsel”.

Het middel wordt opgesplitst in twee onderdelen.

7.1. In een eerste onderdeel wordt de schending ingeroepen van artikel 110, § 3, van het voormelde koninklijk besluit.

De verzoekende partij wijst erop dat verwerende partij in de thans bestreden beslissing opnieuw betoogt, en dit in volledige tegenspraak met het arrest nr. 212.333 van de Raad van State, dat het kunnen gebruik maken van een eerder uitgevoerde en vergoede opdracht geen uitzonderlijke omstandigheid kan uitmaken om een laag ereloonpercentage te verantwoorden, aangezien de gelijkheid van de inschrijvers hierdoor geschonden zou zijn. Voorts is de huidige motivering volgens haar tegenstrijdig waar zij eerst doet gelden dat het een totaal ander concept is, en anderzijds verwijst naar haar eigen besteksbepalingen die stellen dat de opdracht op bepaalde punten verschilt. De werkelijkheid toont volgens haar aan dat het in essentie om een nagenoeg identiek ontwerp gaat dat door verzoekende partij reeds volledig in 2004 is uitgevoerd. De motivering van verwerende partij is volgens verzoekende partij dan ook strijdig met artikel 110, § 3, van het koninklijk besluit en met het arrest nr. 212.333 van de Raad van State.

Voorts merkt zij op dat een duidelijke prijsverantwoording voorligt, waarvan de Raad van State reeds heeft gezegd dat deze een geldige prijsverantwoording is. Volgens verzoekende partij is het evident dat het feit dat een voorgaande reeds vergoede opdracht als uitzonderlijke gunstige omstandigheid kan gelden ook inhoudt dat de prijs kan worden gegeven rekening houdend met het reeds uitgevoerde zodat verwerende partij hier tevergeefs poogt uit af te leiden dat aan bepaalde besteksbepalingen niet zou voldaan zijn en dat zij slechts een ereloonvoorstel zou hebben gedaan voor een gedeelte van de opdracht.

Voorts wijst zij er ook op dat zij zeer duidelijk heeft gemotiveerd hoe zij tot het door haar voorgestelde ereloonpercentage en het ereloon van de bouwaanvraag komt, refererend aan het provinciaal modelcontract, dat bij de vorige overeenkomst werd ondertekend, waarin bepaald is dat 15% van het ereloon wordt gevraagd voor het voorontwerp en 25% van het ereloon voor de opmaak van de definitieve plannen. Het feit dat reeds een deel van het werk is uitgevoerd, toegepast op het provinciaal modelcontract zoals gevoegd bij de vorige overeenkomst zou resulteren in een ereloonpercentage van 3,5%. Verzoekende

partij voegt hieraan toe dat verwerende partij ook geen inhoudelijke opmerkingen heeft gemaakt op de door verzoekende partij verstrekte prijsverantwoording. De loutere vermelding dat verzoekende partij "geen 'wijze van berekening'" geeft, is volgens verzoekende partij strijdig met de materialiteit van het dossier, met de door verzoekende partij gegeven prijsverantwoording en met de bijzonder gunstige omstandigheid als prijsverantwoording. Voorts zou verwerende partij in haar motivering niet weergeven dat er een risico zou bestaan dat verzoekende partij voor de opgegeven prijs de opdracht niet zou kunnen uitvoeren. Evenmin wordt in de motivering aangevoerd dat het opgegeven ereloonpercentage een prijs is die niet overeenstemt met de werkelijkheid.

De thans opgegeven prijs van verzoekende partij als abnormaal beschouwen, zou volgens haar inhouden dat verzoekende partij had moeten inschrijven aan een prijs zonder rekening te houden met de door verzoekende partij reeds ontvangen bedragen voor identiek werk als hetgene dat reeds uitgevoerd is. Dit zou als pervers effect hebben dat de aanbestedende overheid twee keer zou moeten betalen voor hetzelfde werk.

7.2. In een tweede onderdeel beroept verzoekende partij zich op een schending van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, "van de motiveringsplicht" en van het zorgvuldigheidsbeginsel.

Zij wijst erop dat de gegeven motivering van verzoekende partij -dat de plannen en ontwerpen niet gebruikt konden worden gelet op de bescherming van de intellectuele eigendomsrechten- kant nog wal raakt, nu verwerende partij deze plannen zelf ter inzage heeft gelegd van alle inschrijvers en dat ook mocht doen, gezien de bewoording van de overeenkomst van 2003 tussen de partijen.

Beoordeling

8.1. In het arrest nr. 212.333 van 31 maart 2011 oordeelde de Raad van State "dat het op algemene wijze geformuleerde motief 'dat de bezorgdheid voor de gemeentefinanciën niet zou toelaten om bij de beoordeling van de prijzen

voor de nieuwe opdracht rekening te houden met de reeds geleverde en vergoede prestaties voor een voorbije en door de toezichthoudende overheid als onwettig beoordeelde opdracht en gunning omdat dit niet kan gelden voor alle inschrijvers' niet als deugdelijk en afdoend motief kan gelden om de offerte van verzoekende partij onregelmatig te verklaren".

8.2. De bestreden beslissing van 2 mei 2011 is, in tegenstelling tot wat het geval was in de inmiddels ingetrokken beslissing van 21 februari 2011, echter niet beperkt tot dit motief.

In de bestreden beslissing van 2 mei 2011 tracht verwerende partij in de eerste plaats op meer uitvoerige wijze te verantwoorden waarom anders oordelen volgens haar het normale spel van de mededinging zou vervalsen en een schending van het gelijkheidsbeginsel zou inhouden.

Daarnaast voegt verwerende partij evenwel nog de drie volgende motieven toe om de bestreden beslissing te verantwoorden:

> "- In de verantwoording van inschrijver nr. 6 (Bontinck Architecture and Engineering cvba) wordt gesteld dat een laag ereloonpercentage mogelijk is 'wegens de originaliteit van onze producten en daarmee gepaard gaande diensten vanwege het gebruiken van ons laatste ontwerp dat werd aanvaard door het bestuur, met wijziging van enkele architecturale elementen, zijnde variaties op hetzelfde thema'. Hieruit dient te worden afgeleid dat slechts een ereloonvoorstel voor een gedeelte van de opdracht, namelijk voor die werken die zij nog niet had uitgevoerd en waarvoor zij nog niet vergoed was geweest in het kader van de vorige overheidsopdracht, wordt ingediend. De besteksbepalingen laten evenwel niet toe om slechts voor een gedeelte van de opdracht een ereloonvoorstel te formuleren.
> - Inschrijver nr. 6 specifieert bovendien ook niet eens op welke wijze zij tot een ereloonpercentage van 3,5% of, berekend op het geraamde bedrag van € 1 700 000,00, tot een bedrag van 59 500,00 komt, niettegenstaande 'het werk voor het ontwerp, de bouwaanvraag en het uitvoeringsdossier heel beperkt is wegens reeds uitgevoerd en vergoed'.
> - Dit heeft eveneens tot gevolg dat het door inschrijver nr. 6 (Bontinck Architecture and Engineering cvba) opgegeven ereloonvoorstel en de gegeven verantwoording het bestuur niet eens toelaten een vergelijking met de andere inschrijvingen te maken".

9.1. Artikel 110, § 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 luidt:

> "Vooraleer de aanbestedende overheid evenwel een offerte afwijst, wegens haar blijkbaar abnormaal hoge of abnormaal lage eenheidsprijzen of totale prijzen, verzoekt zij de betrokken inschrijver per aangetekende brief hierover de nodige schriftelijke verantwoordingen te verstrekken binnen een termijn van twaalf kalenderdagen, tenzij de uitnodiging een langere termijn bepaalt.
> Het is de inschrijver die het bewijs moet leveren van de verzending van die verantwoordingen.
> Bij het onderzoek van de vermoedelijk abnormale prijzen kan de aanbestedende overheid met name rekening houden met verantwoordingen gebaseerd op:
> 1° de doelmatigheid van het bouwproces, van het productieproces van de producten of van de dienstverlening;
> 2° de gekozen technische oplossingen en/of uitzonderlijk gunstige omstandigheden waarvan de inschrijver bij de uitvoering van de werken, de levering van de producten of het verlenen van de diensten kan profiteren;
> 3° de originaliteit van de door de inschrijver aangeboden werken, producten of diensten;
> 4° de naleving van de bepalingen inzake arbeidsbescherming en arbeidsvoorwaarden die gelden op de plaats waar de opdracht wordt uitgevoerd;
> 5° de eventuele ontvangst van rechtmatig toegekende overheidssteun door de inschrijver. […]".

9.2. In het raam van het nazicht van blijkbaar abnormaal lage prijzen zoals bepaald door het hiervoor aangehaalde artikel, beschikt de aanbestedende overheid over een ruime discretionaire bevoegdheid om de in het kader van dat artikel gegeven verantwoordingen al dan niet te aanvaarden. Dienvolgens komt het niet aan de Raad van State toe om een eigen beoordeling in de plaats van deze van het bestuur te stellen, doch enkel om na te gaan of de betrokken motieven in rechte ter verantwoording van de bestreden beslissing in aanmerking mogen worden genomen, wat onder meer vereist dat ze naar behoren zijn bewezen, en dat daarbij de appreciaties van het bestuur de perken van de redelijkheid niet te buiten zijn gegaan.

10.1. Te dezen blijkt verzoekende partij in haar offerte een ereloonpercentage van 3,50% te hebben opgegeven, evenals een bedrag van

15.000 euro als kostprijs voor de opmaak van het bouwaanvraagdossier, wat een totaalprijs geeft van 74.500 euro.

10.2. In het gunningsverslag worden de door de inschrijvers opgegeven prijzen vergeleken met het berekend gemiddelde. Daarbij wordt wat de offerte van verzoekende partij betreft, vastgesteld dat haar ereloonpercentage 51,56% bedraagt van het gemiddelde, haar kostprijs bouwaanvraagdossier 162,79% van het gemiddelde en haar totaal ereloonvoorstel 59,79% van het gemiddelde, dus telkens met een afwijking die beduidend meer beloopt dan 15% van het gemiddelde.

10.3. Voorts blijkt dat verwerende partij aan verzoekende partij een prijsverantwoording heeft gevraagd wat betreft haar ereloonvoorstel, de kostprijs bouwaanvraagdossier en haar totaal ereloonvoorstel.

Bij schrijven van 1 december 2010 verantwoordde verzoekende partij haar prijzen als volgt:

> "Eind augustus 2002 dienden wij een offerte in voor de bouw van een nieuwe bibliotheek te Sint-Martens-Latem. Deze werd aan ons kantoor officieel gegund, waarna we aansluitend met het bestuur het geheel verder gingen detailleren en ontwerpen. Er werden diverse wijzigingen besproken en uitgevoerd aan het ontwerp tot een consensus met het bestuur werd bereikt om zo in december 2003 de bouwaanvraag in te dienen voor de bouw van een nieuwe bibliotheek. Het stedebouwkundig vergunde ontwerp werd aanbesteed in maart 2004, maar werd wegens overschrijding van de raming nooit gegund.
> Aansluitend heeft het bestuur gevraagd bijkomende aanpassingen te tekenen en te becijferen tot op het moment dat er een definitief nieuw plan werd goedgekeurd door de Gemeenteraad dat als bouwaanvraag werd ingediend in mei 2009 en aansluitend opnieuw werd aanbesteed in juni 2009. De resultaten van deze aanbesteding waren positief. De aanbestedingsprijzen van de offertes lagen lager dan de raming door ons opgemaakt. Niettegenstaande deze positieve wending werd de aanbesteding geschorst door de gouverneur wegens te grote afwijking van het oorspronkelijke ontwerp. Wij wensen te benadrukken dat alle bovenvermelde opdrachten en fases werden vergoed door het bestuur.
>
> Bij de verantwoording van onze offerte wensen wij ons uitdrukkelijk te richten op enkele punten gespecificeerd in artikel 110, § 3 van het KB van 8 januari 1996.

2° de gekozen technische oplossingen en/of uitzonderlijk gunstige omstandigheden waarvan de inschrijver bij de uitvoering van de werken, de levering van de producten of het verlenen van de diensten kan profiteren.
Aangezien wij in de nieuwe aanbesteding van juni 2010 voor het 'opmaken ontwerp en uitvoeringsdossier voor het bouwen van een sport- en cultuurcentrum' gebruik maken van ons laatste ontwerp dat als bouwaanvraag werd ingediend en vergund, en dat eveneens werd aanbesteed, en dat door het bestuur als definitief werd aanzien, is het werk voor het ontwerp, de bouwaanvraag en het uitvoeringsdossier heel beperkt, wegens reeds uitgevoerd en vergoed, waardoor dit als een bijzondere gunstige omstandigheid moet worden aanzien, die in het voordeel van het bestuur vertaald wordt in een volgens jullie laag ereloonpercentage. Wij wensen als studiebureau inderdaad niet 2 keer langs de kassa te passeren.

3° de originaliteit van de door de inschrijver aangeboden werken, producten of diensten;
Wij bieden het bestuur een laag ereloonpercentage aan wegens de originaliteit van onze producten en daarmee gepaard gaande diensten vanwege het gebruiken van ons laatste ontwerp dat werd aanvaard door het bestuur, met wijziging van enkele architecturale elementen, zijnde variaties op hetzelfde thema.

Via deze verantwoordingen vermoeden wij dat het duidelijk is dat onze inschrijving perfect normaal is, gelet op de reeds uitgevoerde en vergoede prestaties in een eerdere opdracht die rechtmatig aan ons kantoor werd gegund.

Ook wensen wij te benadrukken dat ons ereloon voor het indienen van de bouwaanvraag perfect normaal is. In alle dossiers vragen we circa 25% voor het indienen van de bouwaanvraag, aangezien ontwerpmatig dan het werk is geschied en dat dit, deontologisch gezien, 25% van het werk behelst en logischerwijze 25% van het ereloon bedraagt. Ook als we naar het provinciaal modelcontract refereren, dat wij in het vorige dossier hebben ondertekend, stellen we vast dat voor het voorontwerp 15% van het ereloon wordt gevraagd en voor het ontwerp 25% voor het gedeelte voor opmaak van de definitieve plannen. In totaal wordt dus 40% van het ereloon gerekend tot het moment dat de plannen definitief klaar zijn, waarop dan aansluitend de bouwaanvraag wordt ingediend door het bestuur zelf.

Zodoende concluderen wij nogmaals dat 25% correct is, identiek volgens de schijf ontwerp/plans van ons vorige provinciaal modelcontract, maar dat onze collega's inschrijvers abnormaal weinig vragen, zijnde 10%".

10.4. Een inschrijver die een verzoek tot prijsverantwoording ontvangt, moet weten dat dit een ernstige aangelegenheid is en hij dient zich ervan

bewust te zijn dat hij zijn prijzen concreet en onderbouwd dient te verantwoorden aangezien hij het risico loopt dat zijn offerte onregelmatig wordt verklaard. Een inschrijver die een verzoek tot prijsverantwoording ontvangt, mag zich niet beperken tot algemeenheden en vaagheden.

10.5. Te dezen verwijst verzoekende partij wat betreft het ereloonpercentage louter op algemene wijze naar mogelijke verantwoordingen overeenkomstig artikel 110, § 3, doch zij laat na toe te lichten waarom alsnog een percentage van 3,5% wordt gevraagd en zij laat verwerende partij verder ook in het ongewisse over welke prestaties hier tegenover staan. Dit laatste lijkt op het eerste gezicht tevens een risico van niet-uitvoering van de gehele opdracht te impliceren.

Het loutere feit dat voormeld artikel 110, § 3, op het eerste gezicht in beginsel niet lijkt uit te sluiten dat bij het onderzoek van vermoedelijk abnormaal lage prijzen rekening gehouden wordt met door een inschrijver reeds geleverde en vergoede prestaties in het kader van eerdere opdrachten door dezelfde of andere aanbestedende overheden, ontheft een inschrijver die een verzoek tot prijsverantwoording ontvangt er niet van om een volledige, concreet onderbouwde prijsverantwoording te verstrekken.

In tegenstelling tot wat verzoekende partij betoogt in haar verzoekschrift lijkt de Raad van State in voormeld arrest nr. 212.333 nergens te hebben gesteld dat de door verzoekende partij opgegeven prijsverantwoording een "geldige prijsverantwoording" is op grond waarvan verwerende partij ertoe zou zijn gehouden om het regelmatig karakter van de door verzoekende partij geboden prijzen te aanvaarden. Er werd enkel geoordeeld dat "het op algemene wijze geformuleerde motief 'dat de bezorgdheid voor de gemeentefinanciën niet zou toelaten om bij de beoordeling van de prijzen voor de nieuwe opdracht rekening te houden met de reeds geleverde en vergoede prestaties voor een voorbije en door de toezichthoudende overheid als onwettig beoordeelde opdracht en gunning omdat dit niet kan gelden voor alle inschrijvers' niet als deugdelijk en afdoend motief kan gelden om de offerte van verzoekende partij onregelmatig te verklaren".

Door aan te geven in de bestreden beslissing “Inschrijver nr. 6 specifieert bovendien ook niet eens op welke wijze zij tot een ereloonpercentage van 3,5% of, berekend op het geraamde bedrag van € 1 700 000,00, tot een bedrag van 59 500,00 komt, niettegenstaande ‘het werk voor het ontwerp, de bouwaanvraag en het uitvoeringsdossier heel beperkt is wegens reeds uitgevoerd en vergoed’”, lijkt verwerende partij op een deugdelijk motief te steunen en lijkt zij de bestreden beslissing afdoende te hebben gemotiveerd gelet op de context van een verzoek tot verantwoording van abnormale prijzen en zulks zonder schending van het voornoemde artikel 110, § 3.

10.6. Daarnaast wordt de offerte van verzoekende partij tevens onregelmatig verklaard wegens afwijking van het bestek. Uit de prijsverantwoording blijkt volgens verwerende partij dat door verzoekende partij, doordat het vorig ontwerp zal worden gebruikt, slechts een ereloonvoorstel wordt gedaan voor een gedeelte van de opdracht, “namelijk voor die werken die zij nog niet had uitgevoerd en waarvoor zij nog niet vergoed was geweest in het kader van de vorige overheidsopdracht”, terwijl de besteksbepalingen niet toestaan om slechts voor een gedeelte van de opdracht een ereloonvoorstel te formuleren.

Tussenkomende partij werpt op dat het hier eigenlijk ook zou gaan om een verkapt voorbehoud, wat een aantal concrete taken betreft die door de architect moeten worden uitgevoerd, met een noodzakelijk daaraan verbonden tijdsbesteding.

Luidens artikel 110, § 2, van het voormeld koninklijk besluit van 8 januari 1996 “kan de aanbestedende overheid offertes als onregelmatig en derhalve als onbestaande beschouwen, indien zij niet overeenstemmen met de bepalingen van deze titel, enig voorbehoud inhouden, of bestanddelen bevatten die niet met de werkelijkheid overeenstemmen”. Een voorbehoud lijkt te impliceren dat er in feite en in rechte aanvaardbare gegevens voorhanden zijn die het aannemelijk maken dat de inschrijver aan zijn inschrijving een voorwaarde heeft verbonden die geen steun vindt in het bestek en de regelgeving inzake overheidsopdrachten.

In haar prijsverantwoording voert verzoekende partij aan dat zij een laag ereloonpercentage kan aanbieden aangezien zij in het kader van de huidige opdracht gebruik maakt van haar laatste ontwerp dat als bouwaanvraag werd ingediend en vergund, en dat eveneens werd aanbesteed, en dat door het bestuur als definitief werd beschouwd. Om die reden is het werk voor het ontwerp, de bouwaanvraag en het uitvoeringsdossier volgens verzoekende partij "heel beperkt, wegens reeds uitgevoerd en vergoed".

Daarbij dient in de eerste plaats te worden vastgesteld dat het bestek uitdrukkelijk bepaalt dat het gemeentebestuur weliswaar reeds beschikt over een "volwaardig ontwerp met bestek en raming" ingevolge een eerdere overheidsopdracht, doch dat dit ontwerp wegens de schorsing door de gouverneur niet heeft kunnen leiden tot een gunning van de aannemingswerken en dat het gemeentebestuur dan beslist heeft tot een heraanbestedingsprocedure "van bij de aanvang, zijnde het opmaken van een ontwerp en uitvoeringsdossier voor het bouwen van een sport- en cultuurcentrum". Voorts wordt uitdrukkelijk opgemerkt dat de beschrijving van de opdracht op bepaalde punten evenwel verschilt met de beschrijving van de oorspronkelijke opdracht. Het voorwerp van de opdracht betreft het opmaken van het ontwerp, het opmaken van het uitvoeringsdossier, aanbesteding en controle op de uitvoering van de werken inzake het nieuw te bouwen sport- en cultuurcentrum. De opdracht omvat het architecturaal ontwerp, de stabiliteitsstudie, de studie van de technische installaties, de coördinatie van de studies, de veiligheidscoördinatie volgens de desbetreffende regelgeving, de EPB-verslaggeving en de opmaak van het bouwaanvraagdossier.

Voorts blijkt uit de technische bepalingen van het bestek dat de architectuuropdracht diverse stadia omvat. Zo bepaalt het bestek dat de architect samen met de opdrachtgever een programma van eisen op punt dient te stellen op grond waarvan de architect minstens één en maximum drie schetsontwerpen dient op te maken, dat op grond van de in aanmerking genomen schets een definitief voorontwerp en ten slotte ook het ontwerp dient te worden opgemaakt.

Voormelde besteksbepalingen bieden verzoekende partij op het eerste gezicht aldus geen enkele zekerheid dat zij haar laatste ontwerp zonder meer zou kunnen hergebruiken. Nochtans lijkt zij hier van uit te gaan bij haar

prijszetting nu zij in haar prijsverantwoording duidelijk aangeeft dat “het werk voor het ontwerp, de bouwaanvraag en het uitvoeringsdossier heel beperkt [is] wegens reeds uitgevoerd en vergoed”. Het vertrekpunt van verzoekende partij, namelijk haar laatste ontwerp dat als bouwaanvraag werd ingediend en vergund, stemt niet overeen met het vertrekpunt waarvan het bestek uitgaat, meer bepaald het opstellen van een programma van eisen. Verzoekende partij lijkt dus inderdaad geen prijs te bieden voor het geheel van de in het bestek voorgeschreven prestaties, doch biedt slechts een prijs klaarblijkelijk op voorwaarde dat haar laatste ontwerp dat in het kader van de eerdere opdracht door het bestuur werd aanvaard als vertrekpunt wordt gebruikt. Zij lijkt immers enkel in een prijs te voorzien voor de “wijziging van enkele architecturale elementen, zijnde variaties op hetzelfde thema”.

Op het eerste gezicht lijkt verwerende partij aldus de offerte van verzoekende partij onregelmatig te hebben verklaard wegens afwijking van het bestek, zonder daarbij de in het middel vermelde rechtsnormen te hebben geschonden.

10.7. Voorts lijkt verwerende partij in de gegeven omstandigheden op het eerste gezicht in de bestreden beslissing eveneens terecht op te merken dat het door verzoekende partij opgegeven ereloonvoorstel en de gegeven verantwoording het bestuur niet toestaan een vergelijking met de andere inschrijvingen te maken.

Tevens lijkt met tussenkomende partij te kunnen worden aangenomen dat het hier eigenlijk gaat om een voorbehoud nu verzoekende partij aan haar inschrijving een voorwaarde lijkt te hebben verbonden, meer bepaald het gebruik van haar laatste ontwerp, die geen steun vindt in het bestek. Bovendien lijkt dit voorbehoud de vergelijkbaarheid van de offertes in het gedrang te brengen.

11. Aangezien de voormelde laatste drie motieven op het eerste gezicht de bestreden beslissing op deugdelijke wijze schragen, dient de wettigheid van de overige motieven, die als overtollige motieven lijken te moeten worden beschouwd, niet nader te worden onderzocht.

12. Het eerste en enig middel is niet ernstig.

Deze vaststelling volstaat om de voorliggende vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid te verwerpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van bvba AMV Architecten tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 175 euro.
De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 17 juni 2011, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,

bijgestaan door

Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Greta Scheveneels	**Dierk Verbiest**