

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 221.290 van 8 november 2012
in de zaak A. 206.631/XII-7105**

In zake: de NV MONUMENT VANDEKERCKHOVE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Arnoud Declerck en Eva Roels
kantoor houdend te 8530 Harelbeke
Kortrijksesteenweg 387
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de WEST-VLAAMSE INTERCOMMUNALE,
dienstverlenende vereniging
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Antoon Lust
kantoor houdend te 8310 Assebroek-Brugge
Baron Ruzettelaan 27
bij wie woonplaats wordt gekozen

Verzoekende partij in tussenkomst:

de BVBA BAAC VLAANDEREN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Michiel Beek
kantoor houdend te 9031 Drongen
Kroonprinsstraat 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 11 oktober 2012, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van 12 september 2012 van de West-Vlaamse Intercommunale, houdende de gunning van de overheidsopdracht ‘Archeologische Opgraving,

Gemeente Middelkerke, Bedrijventerrein Kalkaert’, aan de bvba BAAC Vlaanderen”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 24 oktober 2012 heeft de bvba BAAC Vlaanderen gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 5 november 2012, om 10.30 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Eva Roels, die verschijnt voor verzoekende partij, advocaat Dirk Peeters, die verschijnt voor verwerende partij, en advocaat Michiel Beek, die verschijnt voor tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederic Eggermont 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 overheidsopdracht uit voor een aanneming van diensten met als voorwerp “Archeologische opgraving Middelkerke - Kalkaert”. Als gunningswijze wordt gekozen voor de openbare aanbesteding.

De waarde van de opdracht wordt geraamd op 275.693,25 euro, btw niet inbegrepen.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 27 juni 2012.

3.3. In de ‘Bijzondere voorwaarden bij de vergunning voor een archeologische opgraving: Middelkerke, Kalkaertstraat’ worden regels opgenomen inzake: (1) de inhoud van het evaluatierapport dat binnen 20 werkdagen na het beëindigen van het veldwerk wordt verwacht en dat onder meer een korte beschrijving van de resultaten omvat; (2) de inhoud van het conceptrapport dat binnen 100 werkdagen na het beëindigen van het veldwerk wordt verwacht en dat een timing voor het afwerken van het eindrapport bevat; en (3) de inhoud van het eindrapport.

3.4. Het toepasselijke bijzonder bestek bepaalt in artikel IV.04 het volgende:

“De inventaris bevat vermoedelijke hoeveelheden. Het opdrachtgevend bestuur behoudt zich het recht voor de hoeveelheden van de posten in de inventaris ten allen tijde te wijzig[...]en in meer of in min, of zelfs geheel weg te laten zonder enig recht op schadevergoeding”.

In deel 3 ‘Inventaris’ van het bestek worden onder meer volgende posten opgenomen, waarnaast de inschrijvers hun prijzen moeten noteren:

“2. Veldwerk		
[...]		
2.8. Bemaling (incl. stroomvoorziening en verbruik)		
[...]		
4. Rapportage		
4.1. 1 Leidinggevende archeoloog	Werkdagen	9
4.2. 2 archeoloog-assistenten	Werkdagen	18
4.3. 1 bodemkundige-expert	Werkdagen	4,5”.

3.5. De inschrijvingen worden geopend op 24 augustus 2012. Er zijn vijf offertes ingediend, waaronder die van verzoekende partij en de bvba BAAC Vlaanderen.

De inschrijvers geven prijzen op voor de posten van de bemaling en de rapportage.

3.6. Bij de offerte van verzoekende partij is tevens een document 'Opmerking bij de meetstaat en offerte' gevoegd, waarin staat:

“- We merken op dat het aantal werkdagen voorzien voor de rapportage te weinig is: de voorziene termijn is te kort om een rapport van een onderzoek van dergelijke omvang op te stellen.
- Er is geen post voorzien voor een dumperkar om de grond te vervoeren. Daarentegen is het aantal kraandagen wel ruim gerekend. We gaan er van uit dat, indien een dumperkar dient ingezet te worden, deze onder de post 'kraan en machinist' valt.
- Bemaling: we voorzien bemaling voor 1 waterput voor een periode van 3 weken”.

3.7. In het gunningsverslag wordt omtrent de opmerkingen van verzoekende partij gesteld:

“Monument Vandekerckhove nv:
Er zijn te weinig werkdagen voorzien voor opmaak/verwerking reportage. Zal dus aanleiding geven tot een meerkost waardoor de rangschikking zal wijzig[en], gezien het zeer geringe verschil tussen 1ste en 2de positie =>1.408,82€ incl btw verschil. Dit gaat dus over een relevante onregelmatigheid. Daarenboven verander[t] de inschrijver hier de voorwaarden opgenomen in het bestek/meetstaat waardoor deze inschrijving onverenigbaar [is] t.o.v. de opgelegde voorwaarden.

Er is geen post voorzien voor een dumpkar om de grond te vervoeren. Daarentegen is het aantal kraandagen wel ruim gerekend. We gaan ervan uit dat, indien een dumpkar dient ingezet te worden, deze onder de post 'kraan en machinist' valt. => OK

Bemaling: we voorzien bemaling voor 1 waterput voor een periode van 3 weken => daar is een post (TP) voorzien voor alle bemalingen op het terrein. De inschrijver verander[t] hier ook de voorwaarden opgenomen in het bestek/meetstaat, waardoor deze inschrijving onverenigbaar is t.o.v. de opgelegde voorwaarden.

Voorgestelde toewijzing

Het laagste aanbod is weliswaar van Monument Vandekerckhove nv uit Ingelmunster, maar gezien de nu reeds gemaakte opmerkingen bij de inschrijving op het bestek en meetstaat waardoor dit zal aanleiding geven tot een meerprijs, en rekening houdend met het feit dat er een zeer geringe verschil [is] tussen 1ste en 2de positie waardoor de rangschikking sowieso zal wijzig[en]. Hier gaat het dus over een relevante onregelmatigheid. Ook het feit dat de inschrijver hierdoor de voorwaarden opgenomen in het bestek/meetstaat verander[t], waardoor deze inschrijving onverenigbaar is t.o.v. opgelegde voorwaarden. Hierdoor dient de inschrijving van Monument Vandekerckhove nv als onregelmatig te worden beschouwd.

Daarom [kan] het aanbod van bvba BAAC Vlaanderen uit Assenede [...] als regelmatig [...] beschouwd worden.

Stellen wij voor deze werken toe te wijzen aan bvba BAAC Vlaanderen uit Assenede de voor haar inschrijvingsbedrag van 293.212,34 euro inclusief btw”.

3.8. Bij beslissing van 12 september 2012 van het directiecomité wordt de offerte van verzoekende partij als onregelmatig geweerd en gunt verwerende partij de overheidsopdracht aan de bvba BAAC Vlaanderen.

Dit is de bestreden beslissing.

3.9. Bij aangetekende brief van 25 september 2012 wordt verzoekende partij op de hoogte gebracht van de bestreden beslissing.

3.10. Bij brief van 27 september 2012 vraagt verzoekende partij bijkomende documenten op die haar bij brief van 5 oktober 2012 door verwerende partij worden opgestuurd.

IV. Tussenkost

4. Verzoekende partij in tussenkost 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

5.1. 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.

5.2. Te dezen is evenwel 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’ van toepassing.

Luidens het door voornoemde wet van 23 december 2009 in de wet van 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is 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 het enig middel

Uiteenzetting

6. In het enig middel voert verzoekende partij de schending aan van de artikelen 15 en 65/8, § 1, 2°, van de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken,

leveringen en diensten’, van artikel 110, §§ 1 en 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken’, van de bepaling 04 van artikel III en artikel VI van het bijzonder bestek, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid de materiële-motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel.

Verzoekende partij betoogt dat in de bestreden beslissing wordt verwezen naar het gunningsverslag, waarin wordt gereageerd op haar opmerkingen bij de meetstaat en de offerte, namelijk dat (1) het aantal werkdagen voor de rapportage te weinig is; (2) er in geen post is voorzien voor een “dumperkar” om de grond te vervoeren; en (3) in bemaling wordt voorzien voor één waterput voor een periode van drie weken. Terwijl de tweede opmerking door verwerende partij wordt aanvaard, worden de eerste en de tweede opmerkingen aangegrepen om de offerte van verzoekende partij als onregelmatig te beschouwen. Echter, zowel voor de eerste als voor de derde opmerking kan er geen sprake zijn van enige aantasting van de regelmatigheid van de offerte in de zin van artikel 110, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996.

Wat de eerste opmerking betreft, betoogt verzoekende partij dat die geen enkele invloed op de prijs kan hebben en dat die evenmin enig voorbehoud inhoudt noch een verandering brengt aan de voorwaarden opgenomen in het bestek en/of de meetstaat, waardoor deze inschrijving onverenigbaar zou zijn met de opgelegde voorwaarden, en dit om volgende redenen:

- de vermoedelijke hoeveelheid wordt soeverein bepaald door de aanbestedende overheid en de eenheidsprijs per vermoedelijke hoeveelheid wordt vast opgegeven door elk van de inschrijvers. Ook verzoekende partij heeft respectieve eenheidsprijzen per dag voor de leidinggevende archeoloog, de twee archeoloog-assistenten en de bodemkundige-expert gegeven. De vermoedelijke hoeveelheid werd door verwerende partij voor elk van hen bepaald op (in die volgorde) 9, 18 en 4,5. Verzoekende partij heeft dus geenszins enige hoeveelheid van één of meer posten van de samenvattende meetstaat verbeterd of gewijzigd;

- verwerende partij heeft uitdrukkelijk inzake de wijze van prijsbepaling in het bijzonder bestek bepaald dat het opdrachtgevend bestuur zich het recht voorbehoudt de hoeveelheden van de posten in de inventaris te allen tijde te wijzigen in meer of in min, of zelfs geheel weg te laten, zonder enig recht op schadevergoeding;
- de opmerking is niet meer dan louter informatief en heeft geen enkele invloed op de regelmatigheid van de prijzen;
- de vergelijking van de inschrijvingsbedragen van de inschrijvers komt door de gemaakte opmerking op geen enkele wijze in het gedrang, gezien er immers een vaste eenheidsprijs door elk van de inschrijvers wordt gegeven en de vermoedelijke hoeveelheden, zoals door de overheid bepaald, voor elk van de inschrijvers identiek zijn;
- bovendien, indien achteraf zou komen vast te staan dat de opmerking correct zou zijn, kan dit niet leiden tot een verhoging van de prijs, nu verwerende partij zich uitdrukkelijk het recht heeft voorbehouden de vermoedelijke hoeveelheid te wijzigen in meer of min, of zelfs geheel weg te laten, zonder enig recht op schadevergoeding;
- het zeer geringe verschil tussen het inschrijvingsbedrag van de eerste en de tweede inschrijver is ter zake volkomen irrelevant aangezien verwerende partij, precies op grond van de bepaling 04.b) van het artikel III van het bijzonder bestek, de vermoedelijke hoeveelheid soeverein kan verhogen, en dit zonder enig recht op schadevergoeding. Krachtens voormelde bepaling hoeft verwerende partij een prijsverhoging niet te aanvaarden.

Ten overvloede stelt verzoekende partij dat de aanbestedende overheid bij de beoordeling van de offertes van de verschillende inschrijvers enkel de inschrijvingsprijzen in aanmerking neemt en niet de eventueel te verwachten prijzen na uitvoering. Zelfs indien zou worden geanticipeerd op de uitvoeringsfase, kan dit enkel leiden tot een navenante verhoging van de prijs voor elke inschrijver.

Wat de derde opmerking betreft, betoogt verzoekende partij dat er geen veranderingen werden aangebracht aan het bestek, nu er over de post bemaling niets werd vermeld in het bijzonder bestek. In de meetstaat zelf wordt in de post bemaling voorzien onder postnummer 2 'Veldwerk', waarop verzoekende partij een totaalprijs heeft opgegeven. Het voorschrift van de meetstaat, namelijk

een vaste totaalprijs voor de totaalpost bemaling, werd dus door verzoekende partij gerespecteerd. De derde opmerking is dan ook hier niet meer dan louter informatief te bestempelen, aangezien deze opmerking geen verandering kan aanbrengen aan de meetstaat. Omdat de post bemaling een totaalpost is, met een vaste totaalprijs en een som over het geheel, bestaat er geen enkele mogelijkheid dat verzoekende partij zich niet in haar offerte zou hebben verbonden tot het uitvoeren van alle bemalingen voor de in de offerte opgegeven totale som.

Ten slotte merkt verzoekende partij op dat verwerende partij exact dezelfde opmerkingen van verzoekende partij in het kader van een andere (identieke) overheidsopdracht met betrekking tot archeologisch onderzoek wel aanvaardde, en zij in dat geval niet tot de onregelmatigheid van de offerte besloot.

Beoordeling

7. Artikel 110, § 2, van het voornoemd koninklijk besluit van 8 januari 1996 bepaalt:

“Onverminderd de nietigheid van elke offerte wegens afwijking van de essentiële besteksbepalingen zoals deze opgesomd in artikel 89, 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”.

8. Wat betreft de “opmerking” die verzoekende partij bij haar meetstaat en offerte heeft gevoegd, waarbij zij stelt dat het aantal werkdagen voorzien voor de rapportage te weinig is en de termijn te kort om een rapport van een onderzoek van dergelijke omvang op te stellen, lijkt op het eerste gezicht te moeten worden aangenomen dat verzoekende partij hier een opmerking geeft die met een wijziging van de vermoedelijke hoeveelheden gelijk kan worden gesteld. Voor opdrachten voor diensten, zoals hier het geval, mag een inschrijver, tenzij het bestek het uitdrukkelijk toestaat – wat verzoekende partij niet beweert, de in de inventaris aangeduide hoeveelheden, ongeacht het om forfaitaire of vermoedelijke hoeveelheden gaat, niet wijzigen (artikel 97, § 1, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996). De aanbestedende overheid is immers de enige die haar eigen

behoeften kan bepalen. Bovendien wekt verzoekende partij met haar handelwijze minstens de indruk niet in staat te zijn tot een behoorlijke invulling van de opdracht tot rapportage binnen de door de aanbestedende overheid geschetste marges, wat twijfel doet ontstaan over de inhoud van haar verbintenissen.

Op het eerste gezicht mocht de aanbestedende overheid in die omstandigheden de offerte van verzoekende partij op dit punt als onregelmatig aanzien.

9. Ook wat de opmerking van verzoekende partij betreft inzake de post bemaling lijkt zij een van het bestek afwijkende invulling te geven. Van de inschrijver werd verwacht dat hij in de meetstaat één prijs gaf voor gans de post ‘bemaling’ terwijl verzoekende partij hier in wezen prijs geeft voor de bemaling van één waterput gedurende drie weken en dus niet noodzakelijk voor het geheel van de post. Opnieuw kan dit gerede twijfel bij de aanbestedende overheid doen rijzen over de verbintenis van verzoekende partij en mocht zij besluiten tot het weren van de offerte wegens onregelmatigheid. Deze vaststelling klemmt des te meer nu blijkt dat de prijsopgave van verzoekende partij voor deze post substantieel de laagste van de vijf offertes is.

10. Het feit dat de offerte van verzoekende partij inzake een opdracht te Ledegem zelfde “opmerkingen” bevatte en alsdan geen aanleiding gaf tot een beslissing van verwerende partij tot onregelmatigverklaring, lijkt geen rechten te scheppen voor verzoekende partij in voorliggende zaak, minstens maakt verzoekende partij niet duidelijk waarom het anders zou moeten zijn.

11. Het middel is niet ernstig.

BESLISSING

1. Het verzoek van de bvba BAAC Vlaanderen tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

3. Tussenkomen partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 8 november 2012, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Pierre Barra