

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 222.134 van 18 januari 2013
in de zaak A. 206.384/XII-7078**

In zake: de NV GHENT DREDGING
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Peter Flamey en Joost Bosquet
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Jan Van Rijswijklaan 16
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de NV WATERWEGEN EN ZEEKANAAL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Christophe Lenders en Joris Wouters
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 27
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 18 september 2012, strekt tot de schorsing van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van de raad van bestuur van de nv Waterwegen en Zeekanaal van 18 juli 2012 betreffende een onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking voor de specieverwerking en opslag in het ambtsgebied van de afdelingen Bovenschelde, Zeekanaal en Zeeschelde - perceel 2, waarbij de beslissing van 11 april 2012 houdende toelating van inschrijvers waaronder verzoekende partij tot de volgende fase van de onderhandelingsprocedure werd ingetrokken en tot wijziging werd overgegaan van de toegelaten inschrijvers tot de volgende fase, waarbij de offerte van de nv Ghent Dredging niet langer tot deze volgende fase werd toegelaten, en de offertes van 5 rechtstreekse concurrenten werden toegelaten tot deze volgende fase”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Auditeur Inge Vos heeft een verslag opgesteld.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 10 januari 2013.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Gregory Verhelst en Sofie Aerts, die loco advocaten Peter Flamey en Joost Bosquet verschijnen voor de verzoekende partij, en advocaat Joris Wouters, die verschijnt voor de verwerende 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. De nv Waterwegen en Zeekanaal schrijft een overheidsopdracht van diensten uit voor de behandeling en tijdelijke opslag van baggerspecie.

Als gunningswijze wordt gekozen voor de onderhandelingsprocedure met bekendmaking.

De totale opdracht wordt per jaar geraamd op 12.500.000 euro (btw niet inbegrepen) en heeft een looptijd van 7 jaar.

De opdracht is opgedeeld in 5 percelen, geënt op de indeling van Vlaanderen in bekkens. De voorliggende procedure heeft uitsluitend betrekking op perceel 2, aangaande de Gentse regio.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Publicatieblad van de Europese Unie op 14 september 2009 en het Bulletin der Aanbestedingen op 15 september 2009.

3.3. Voor perceel 2 worden negen aanvragen tot deelneming ingediend, waaronder die van verzoekende partij.

3.4. Op 10 maart 2010 beslist verwerende partij om acht kandidaten te selecteren en om hun het bestek toe te zenden met het oog op het indienen van een offerte.

3.5. Het bijzonder bestek ‘16 EGGE 09/05 – Speciebehandeling’ omschrijft het verloop van de onderhandelingsprocedure als volgt:

“Op basis van de toetsing van de ingediende regelmatige offertes aan de gunningscriteria (zie II.) zal in een eerste fase worden beoordeeld welke offertes economisch meest voordelig zijn voor de aanbestedende overheid, en zal er een rangschikking van de offertes worden opgemaakt.

In een tweede fase zal de aanbestedende overheid onderhandelen met de best gerangschikte inschrijver of met meerdere best gerangschikte inschrijvers (met een maximum van 5, voor zover het aantal inschrijvingen zulks toelaat).

Tijdens de onderhandelingen kan aan de inschrijvers gevraagd worden om verbeterde offertes voor te leggen, die opnieuw aan de gunningscriteria zullen worden getoetst teneinde de meest voordelige offerte (best and final offer) te kunnen bepalen.

De aanbestedende overheid behoudt zich het recht voor om gedurende de onderhandelingsprocedure het aantal inschrijvers dat wordt toegelaten tot de (verdere) onderhandelingen en het indienen van verbeterde offertes stelselmatig te beperken.

De aanbestedende overheid behoudt zich voor elk perceel het recht voor om geen verdere onderhandelingen te voeren en de opdracht meteen aan de best gerangschikte te gunnen”.

3.6. Voor perceel 2 dienden zeven gegadigden, waaronder verzoekende partij, een offerte in.

3.7. In een eerste gunningsverslag met betrekking tot perceel 2 wordt vastgesteld dat één van de 7 offertes dient te worden geweerd wegens een voorbehoud. Na toetsing aan de gunningscriteria wordt voorgesteld om de eerste vijf gerangschikte inschrijvers toe te laten tot de onderhandelingen.

3.8. Op 11 april 2012 beslist verwerende partij overeenkomstig het gunningsverslag om voor perceel 2 de volgende inschrijvers toe te laten tot de onderhandelingen:

- nv DC Industrial,
- nv DEC,
- nv Ghent Dredging,
- thv Jan De Nul – Envisan,
- nv D. Stadsbader – Flamand.

3.9. Bij aangetekend schrijven van 26 april 2012 wordt aan de inschrijvers meegedeeld of zij al dan niet werden toegelaten tot de verdere onderhandelingsprocedure.

3.10. Aan de inschrijver wiens offerte onregelmatig werd verklaard worden de motieven voor de onregelmatigverklaring meegedeeld. Aan de inschrijver die als zesde werd gerangschikt en om die reden niet werd toegelaten tot de tweede fase van de onderhandelingsprocedure wordt een kopie van het gunningsverslag bezorgd waarin enkel de beoordeling van diens eigen offerte kenbaar wordt gemaakt en de beoordeling van de overige offertes wordt geanonimiseerd.

Aan de toegelaten inschrijvers wordt enkel meegedeeld dat zij toegelaten zijn tot de tweede fase. Er wordt hun geen afschrift bezorgd van voormelde beslissing van 11 april 2012, noch van het gunningsverslag. Voorts worden zij uitgenodigd om een verbeterde offerte in te dienen en om een vragenlijst te beantwoorden.

3.11. Bij aangetekend schrijven van 8 mei 2012 deelt de als zesde gerangschikte inschrijver mee niet akkoord te kunnen gaan met de beslissing. Daarbij wijst hij onder meer op het verschil tussen de totaalprijs in zijn offerte en de in het gunningsverslag vermelde totaalprijs. Bij aangetekend schrijven van 16 mei 2012 bezorgt deze inschrijver nog een aantal bijkomende grieven aan verwerende partij.

3.12. Bij aangetekend schrijven van 23 mei 2012 repliceert verwerende partij aan deze inschrijver onder meer dat het verschil tussen de in de offerte vermelde totaalprijs en de in het gunningsverslag in aanmerking genomen totaalprijs, zijnde een door verwerende partij herrekende totaalprijs op grond van de aangekondigde beoordelingsmethode, te wijten is aan afrondingsfouten. Voorts erkent zij dat door een materiële vergissing in het gunningsverslag voor deze inschrijver een foutieve offerteprijs is opgenomen. Zij stelt echter dat bij de quoterings wel degelijk rekening werd gehouden met de door de betrokken inschrijver opgegeven en door verwerende partij vervolgens herrekende totaalprijs en dat de besluitvorming op dit punt dus correct is.

3.13. Op 15 mei 2012 deelt verwerende partij aan de inschrijvers mee dat de termijn voor het indienen van de verbeterde offertes wordt verlengd tot 25 mei 2012. Bij brief van 23 mei 2012 biedt verwerende partij aan de inschrijvers nog een aantal verduidelijkingen aangaande de vragen gesteld aan de op 11 april 2012 tot de tweede fase toegelaten inschrijvers.

3.14. Op 25 mei 2012 ontvangt verwerende partij de verbeterde offertes van de vijf tot de tweede fase van de onderhandelingsprocedure toegelaten inschrijvers.

3.15. Naar aanleiding van het onderzoek van de verbeterde offertes stelt verwerende partij vast dat er een vergissing gebeurd is bij het onderzoek van de aanvankelijke offertes en de quoterings van het prijs criterium.

Er wordt een aangepast gunningsverslag betreffende de beoordeling van de eerste offertes opgesteld. Daarnaast wordt de problematiek toegelicht in een nota aan de raad van bestuur van verwerende partij.

3.16. Op 18 juli 2012 beslist verwerende partij voor perceel 2 haar beslissing van 11 april 2012 in te trekken op grond van een vergissing die inhoudt dat bij de beoordeling van de offertes totaalscores van inschrijvers zijn omgewisseld met gevolgen voor de rangschikking.

Tevens beslist verwerende partij om, overeenkomstig het aangepast gunningsverslag, de volgende inschrijvers toe te laten tot de onderhandelingen :

- nv DC Industrial,
- nv DEC,
- thv Hye-Artes-Verhelst,
- thv Jan De Nul – Envisan,
- nv Stadsbader – Flamand.

Deze beslissing van 18 juli 2012 is voorwerp van de vordering.

3.17. Bij aangetekend schrijven van 20 juli 2012 deelt verwerende partij aan verzoekende partij mee dat bij beslissing van 18 juli 2012 de beslissing van 11 april 2012 werd ingetrokken en dat tevens besloten werd om haar offerte niet in aanmerking te nemen voor deelname aan de onderhandelingen voor perceel 2. Als bijlage wordt een kopie gevoegd van het aangepaste gunningsverslag waarin enkel de beoordeling van de eigen offerte van verzoekende partij kenbaar wordt gemaakt, waaruit blijkt dat zij niet nuttig gerangschikt is. De beoordeling van de overige offertes en hun rangschikking wordt geanonimiseerd.

3.18. Bij aangetekend schrijven en faxbericht van 13 augustus 2012 betwist de raadsman van verzoekende partij de intrekkingbeslissing en vraagt hij een afschrift van de beslissingen van 18 juli 2012 en 11 april 2012 van de raad van bestuur van verwerende partij. Met een tweede faxbericht van 22 augustus 2012 wordt nog een herinnering verzonden.

3.19. Bij aangetekend schrijven van 6 september 2012 bezorgt verwerende partij de gevraagde beslissingen aan verzoekende partij, alsook aan de overige inschrijvers.

IV. Vertrouwelijkheid van de stukken

4.1. Verwerende partij vraagt de vertrouwelijke behandeling van een aantal stukken.

In het auditorsverslag wordt daaromtrent geconcludeerd:

“Gelet op het voorgaande kan de vertrouwelijkheid van voormelde stukken in de huidige stand van het geding worden aanvaard.

Het feit dat de door verwerende partij als vertrouwelijk aangemerkte stukken niet ter inzage worden gegeven aan verzoekende partij, belet de Raad van State evenwel niet van deze informatie kennis te nemen en deze waar nodig in zijn beoordeling te betrekken.

Voorts blijkt dat verwerende partij ook het proces-verbaal van opening van de aanvankelijke offertes en het proces-verbaal van opening van de verbeterde offertes als vertrouwelijk aanmerkt, hoewel in deze stukken enkel de namen van de inschrijvers worden vermeld en deze stukken geen prijzen, noch rangschikking bevatten.

Verwerende partij geeft geen motivering waarom ook de namen van de inschrijvers zelf als vertrouwelijk dienen te worden aangemerkt. Deze lijken geen bedrijfsgeheimen te bevatten en niet *ipso facto* als vertrouwelijke gegevens te kunnen worden beschouwd. Hoe dan ook blijkt dat verwerende partij zelf het vertrouwelijk karakter ervan, minstens gedeeltelijk, reeds heeft gelicht door opgave van de namen van de kandidaten en inschrijvers in de inventaris van het administratief dossier gevoegd bij haar nota”.

Ter terechtzitting reageren partijen niet op deze conclusies, die ook door de Raad van State worden bijgevalen.

V. De schorsingsvoorwaarden

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

6. Zoals verzoekende partij zelf terecht opmerkt 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’ nog niet van toepassing op de in het geding zijnde opdracht gelet op de bekendmaking van de opdracht in het Publicatieblad van de Europese Unie op 14 september 2009 en het Bulletin der Aanbestedingen op 15 september 2009.

Aldus is de in het geding zijnde opdracht en de daarmee verband houdende procedure voor de Raad van State nog ten volle onderworpen aan voormeld artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en de daarin bepaalde schorsingsvoorwaarden, die beide vervuld moeten zijn om de schorsing te mogen bevelen, zoals deze golden vóór de voornoemde wijziging bij wet van 23 december 2009.

VI. Beoordeling van de eerste schorsingsvoorwaarde

Uiteenzetting van het enige middel

7. In het enige middel voert verzoekende partij de schending aan van “160 Gec. G.W, art. 14 en 30 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State samen gelezen met artikel 4, derde alinea van het Besluit van de Regent van 23 augustus 1948 betreffende de procedure voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, het vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel als beginselen van behoorlijk bestuur, uit machtsoverschrijding en uit ontstentenis van de rechtens vereiste feitelijke en juridische grondslag”.

Verzoekende partij betoogt dat de bestreden beslissing “overgaat tot de intrekking en heroverweging van een rechtverlenende administratieve rechtshandeling van 11 april 2012, die aan verzoekende partij werd betekend op 27 april 2012 en waarbij zij werd toegelaten tot de volgende fase van de onderhandelingsprocedure op grond van een beoordeling van haar ingediende offerte, nadat de voorgeschreven verjaringstermijn om de beslissing van 11 april 2012 aan te vechten voor de Raad van State reeds was verstreken”.

De toelaatbaarheid van de intrekking is volgens verzoekende partij “in eerste instantie afhankelijk van het al dan niet rechtverlenend karakter van de administratieve rechtshandeling en het al dan niet wettig karakter ervan”. en “slechts wettige rechtverlenende administratieve rechtshandelingen überhaupt kunnen worden ingetrokken, zijnde enkel op rechtmatigheidsgronden”.

8. Dienaangaande wijst zij er in de eerste plaats op dat “de beslissing van 11 april 2012 zonder meer rechtverlenend is, gezien zij in hoofde van verzoekende partij de mogelijkheid bood als één van de vijf best gerangschikte inschrijvers aan de onderhandelingsfase van de procedure deel te nemen en een verbeterde offerte in te dienen (hetgeen zij overigens ook heeft gedaan, doch door de intrekking teniet is gedaan)”.

Voorts staat volgens haar niet vast dat de beslissing van 11 april 2012 onwettig is. Zij wijst erop dat “binnen de bestreden beslissing immers wordt verwezen naar een materiële vergissing” en dat “slechts indien de beweerde materiële vergissing daadwerkelijk heeft geleid tot de wijziging van de rangschikking van verzoekende partij sprake zou kunnen zijn geweest van enige wettigheidsproblematiek, doch zulks geheel niet kan worden nagegaan nu binnen de door de bestreden beslissing gehanteerde motivering noch binnen het verslag van beoordeling van de offertes dat verzoekende partij bij aangetekend schrijven van 20 juli 2012 werd toegezonden, blijkt welke het verschil betrof in prijszetting en beoordeling van de andere gunningscriteria in vergelijking met de andere inschrijvers”.

Bovendien zou de bestreden beslissing reeds door macht-overschrijding zijn aangetast door de loutere omstandigheid dat binnen de motieven die eraan ten grondslag liggen geen onwettigheid doch een louter materiële vergissing is ingeroepen, waarbij het niet tot de taak van de Raad van State noch van verzoekende partij zou behoren al deducerende en in de plaats van verwerende partij alsnog dergelijke onwettigheid te gaan vaststellen.

9. Voorts wijst verzoekende partij erop dat wanneer de publiekrechtelijke instelling echter zoals te dezen tot intrekking overgaat van een rechtverlenende administratieve rechtshandeling wegens vermeende onwettigheid

zonder dat kan worden geanticipeerd op een oordeel van de Raad van State, doordat de verjaringstermijnen teneinde de Raad van State nog dienstig te vatten met een beroep tot nietigverklaring zijn verstreken, zij zich een bevoegdheid aanmatigt waartoe zij geen wettelijke grondslag heeft. Zij voert aan dat verwerende partij zich daarbij niet kan beroepen op eventuele eigen nalatigheden bij de kennisgeving of informatieplicht van de beslissing van 11 april 2012 teneinde alsnog en op eenzijdige wijze de termijn dewelke voor intrekking dienstig was te verlengen. Door na het verstrijken van de dienstige termijn voor intrekking alsnog tot intrekking over te gaan schendt de bestreden beslissing volgens verzoekende partij dan ook de in het middel opgenomen bepalingen en beginselen.

10. Daarnaast merkt verzoekende partij op dat, in zoverre de bestreden beslissing zich voor de intrekking van de rechtshandeling beroept op de theorie van de onbestaande bestuurshandeling, zodat de rechtverlenende administratieve rechtshandeling zogenaamd zonder tijdsbeperking zou kunnen worden ingetrokken, zij de vereiste feitelijke en juridische grondslag ontbeert en in strijd is genomen met het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel.

Zij stelt in de eerste plaats dat een – te dezen beweerde en niet op grond van de aan verzoekende partij bekende motieven vast te stellen – onwettigheid niet volstaat om de ingetrokken beslissing voor onbestaande te houden, maar vereist is dat een bijzonder grove en manifest flagrante onregelmatigheid voorhanden is.

Het feit voorts dat een verkeerde puntentoekenning zou zijn gebeurd voor het gunningscriterium “prijs”, waardoor de offerte van verzoekende partij ten onrechte als vijfde in de rangschikking van de meest voordelige regelmatige inschrijvers zou zijn terechtgekomen, tast volgens verzoekende partij geenszins het bestaan zelf van de rechtshandeling aan.

Ook de eigen kwalificatie van de beweerde fout door verwerende partij als een “materiële vergissing” zou op zich reeds ontkrachten dat er sprake is van een zogenaamde onbestaande bestuurshandeling.

Voorts kan er volgens verzoekende partij bezwaarlijk sprake zijn van een onbestaande bestuurshandeling wanneer het bestuur zelf reeds rechtsgevolgen heeft verleend aan de kwestieuze bestuurshandeling, namelijk de vraag om een verbeterde offerte in te dienen.

Ook kan niet worden aangenomen dat het gaat om een onregelmatigheid die door iedereen in het rechtsverkeer zonder meer kan worden vastgesteld, aangezien verwerende partij de onregelmatigheid pas heeft opgemerkt nadat reeds gevolg was gegeven aan haar beslissing van 11 april 2012. Daarnaast wijst zij erop dat het de eigen keuze geweest is van verwerende partij om de inschrijvers in het duister te laten nopens het beoordelingsverslag dat aan de beslissing van 11 april 2012 ten grondslag ligt.

Verzoekende partij voert aan dat in die mate overigens het in haar hoofde gecreëerd rechtmatig vertrouwen dat haar offerte tot de onderhandelingsfase van de procedure werd toegelaten, werd geschonden “door zogenaamd te verwijzen naar een onbestaande bestuurshandeling die er geen is, en die door verwerende partij reeds was uitgevoerd”.

Ten slotte ontbeert volgens verzoekende partij ook de bestreden beslissing wat het besluit betreft om vijf concurrerende inschrijvers toe te laten tot de volgende fase van de onderhandelingsprocedure de vereiste juridische grondslag, nu verwerende partij deze beslissing heeft genomen gebruik makend van een onrechtmatig intrekingsbesluit.

Beoordeling

11. De beslissing van de raad van bestuur van verwerende partij van 11 april 2012 waarbij verzoekende partij wordt toegelaten tot de tweede fase van de onderhandelingsprocedure, lijkt een individuele, eenzijdige administratieve rechtshandeling te zijn, die rechten toekent. Zij bood verzoekende partij onder meer immers de mogelijkheid als één van de vijf best gerangschikte inschrijvers aan de onderhandelingsfase van de procedure deel te nemen en een verbeterde offerte in te dienen, hetgeen verzoekende partij vervolgens ook blijkt te hebben gedaan.

12. In de bestreden beslissing wordt de onregelmatigheid van de beslissing van 11 april 2012 nader toegelicht. In tegenstelling tot wat verzoekende partij betoogt, verwijst verwerende partij in de bestreden intrekkingbeslissing niet louter naar een “materiële vergissing”, – wat verzoekende partij onder die term dan ook verstaat: loutere verschrijving of inhoudelijke fout – doch verwerende partij beroept zich duidelijk op een “manifeste onregelmatigheid”; de beslissing luidt:

“Gelet op de beslissing d.d. 11 april 2012 van de raad van bestuur betreffende de weerhouden inschrijvers voor de onderhandelingsfase voor perceel 2;

Gelet op de materiële fout die na deze beslissing bij de verdere behandeling van het dossier – perceel 2 – aan het licht is gekomen; Dat meer bepaald is gebleken dat per vergissing de totaalscores van 3 inschrijvers binnen het tweede criterium ‘prijs’ onderling zijn gewisseld waarbij Ghent Dredging nv de score van ... kreeg toebedeeld, ... de score van Ghent Dredging nv kreeg en ... de score van ... ontving; Dat deze omwisseling te wijten is aan het werken met diverse Excel rekenbladen waarbij verwezen werd naar een verkeerde cel; Dat dit tot gevolg heeft gehad dat de rangschikking voor wat betreft perceel 2 foutief is en dat Ghent Dredging nv verkeerdelijk wel en ... verkeerdelijk niet werd weerhouden voor de onderhandelingsfase;

Dat dit een manifeste onregelmatigheid betreft die dermate evident is dat zij de beslissing d.d. 11 april 2012 van de raad van bestuur betreffende de weerhouden inschrijvers voor de onderhandelingsfase voor perceel 2 als volkomen onernstig doet voorkomen; Dat de onregelmatigheid uitsluitend berust op een cijfermatige vergissing in het kader van het criterium ‘prijs’;

Dat Ghent Dredging nv op basis van de correcte cijfers en eigen scores als zesde is gerangschikt en eenvoudigweg niet kon weerhouden worden voor de onderhandelingsfase;

Dat de beslissing d.d. 11 april 2012 van de raad van bestuur betreffende de weerhouden inschrijvers voor de onderhandelingsfase voor perceel 2 derhalve kennelijk onjuist is en dient te worden ingetrokken; Dat een andere (juiste) rangschikking voor dit perceel zich opdringt;

Gelet op het nieuwe (correcte) verslag tot beoordeling van de schriftelijke offertes ter toelating tot de onderhandelingen zoals voorzien in het bestek 16EGGE/09/05 – voor perceel 2 d.d. 5 juni 2012 dat de raad van bestuur zich eigen maakt; Gelet op de daarin opgenomen juiste rangschikking van de offertes waarbij de offerte van ... wel wordt weerhouden voor de onderhandelingsfase en die van Ghent Dredging nv niet;

Dat niettegenstaande de intrekking ervan, de beslissing d.d. 11 april 2012 van de raad van bestuur voor wat betreft perceel 2 reeds gedeeltelijk ten uitvoer is gelegd; Dat aan de in deze beslissing weerhouden inschrijvers

werd verzocht een verbeterde offerte in te dienen (wat ondertussen daadwerkelijk is gebeurd); Dat in navolging van de beslissing d.d. 11 april 2012 van de raad van bestuur aan ... werd gemeld dat zij niet verder weerhouden werd en dat aan haar een uittreksel van het beoordelingsverslag werd bezorgd waarin de beoordeling van de door haar ingediende offerte aan bod komt; Dat, door ... thans toe te laten alsnog een verbeterde offerte in te dienen, de gelijkheid der inschrijvers in het gedrang komt nu ... kennis heeft gekregen van de destijds gedane beoordeling van haar offerte en van de negatieve punten ervan terwijl de overige weerhouden inschrijvers niet over deze informatie beschikten toen zij een verbeterde offerte indienden; Dat het noodzakelijk is dat de gelijkheid der inschrijvers wordt gevrijwaard; Dat om die reden — voor wat betreft perceel 2 — aan de overige weerhouden inschrijvers alsnog een uittreksel van het beoordelingsverslag wordt bezorgd dat betrekking heeft op hun eigen offerte en aan hen dezelfde kans wordt gegeven om opnieuw een verbeterde offerte in te dienen; Dat thans een zelfde termijn wordt toegekend aan ... en de overige weerhouden inschrijvers om een verbeterde offerte in te dienen als de termijn die na de kennisgeving van de beslissing dd. 11 april 2012 van de raad van bestuur aan de destijds weerhouden inschrijvers werd verleend om een verbeterde offerte in te dienen”.

13. In haar nota verduidelijkt verwerende partij zulks nog als volgt:

“Het feit dat de offerte van verzoekende partij aanvankelijk wel bij de 5 beste werd gerangschikt, is het gevolg van de hierboven uiteengezette omwisseling van prijzen die verkeerdelijk werden toegeschreven aan de verkeerde inschrijver. Bij de beoordeling van de offerte van verzoekende partij werd een prijs als uitgangspunt genomen die veel lager was dan de prijs die verzoekende partij daadwerkelijk had geboden.

Meer bepaald werd er verkeerdelijk vanuit gegaan dat verzoekende partij een prijs had geboden van 6.111.270,15 EUR, btw niet inbegrepen, een tweede inschrijver een prijs van 7.447.913,86 EUR, btw niet inbegrepen, en een derde inschrijver een prijs van 5.239.817,75 EUR. Deze prijzen stemmen niet overeen met de door deze inschrijvers geboden prijzen. Verzoekende partij zal bij nazicht van haar eigen offerte kunnen vaststellen dat zij geenszins een prijs bood van 6.111.270,15 EUR, btw niet inbegrepen doch wel een prijs van 7.446.486,38 EUR, btw niet inbegrepen [...]. De prijs van 6.111.270,15 EUR werd in werkelijkheid geboden door de derde inschrijver. Het is evenwel op basis van het (verkeerde) bedrag van 6.111.270,15 EUR, btw niet inbegrepen dat verzoekende partij punten kreeg toebedeeld in het kader van het tweede gunningscriterium ‘Prijz’. De tweede inschrijver van wie ten onrechte werd vermeld dat hij een prijs had geboden van 7.447.913,86 EUR, btw niet inbegrepen (te weten de prijs die eigenlijk was geboden door verzoekende partij) had in werkelijkheid een prijs geboden van 5.239.817,75 EUR. Ook deze tweede inschrijver werd evenwel verkeerdelijk (veel te laag) gequoteerd voor wat betreft het tweede

gunningscriterium 'Prijs' nu de veel hogere prijs van 7.447.913,86 EUR, btw niet inbegrepen als uitgangspunt werd genomen. [...]

Ingevolge deze omwisselingen en de verkeerde scores die ingevolge hiervan werden toegekend aan de inschrijvers voor het tweede gunningscriterium 'Prijs', was de aanvankelijke eindrangschikking eveneens onjuist [...]. Daardoor werd verzoekende partij ten onrechte wel tot de onderhandelingen toegelaten en de genoemde tweede inschrijver ten onrechte niet. Op basis van de correcte prijsgegevens per inschrijver en de beoordeling daarvan in het kader van het tweede gunningscriterium diende verzoekende partij als zesde te worden gerangschikt [...].

Dit blijkt uit de totaalscores die zijn toegekend in het aanvankelijke (en onjuiste) verslag ter beoordeling van de schriftelijke offertes ter toelating tot de onderhandelingen [...]. Verzoekende partij kreeg daar 68,00 punten toegekend, de tweede inschrijver 52,17 punten en de derde inschrijver 74,41 punten. Een substantieel deel van deze totaalscore is het gevolg van de punten die werden toegekend voor het tweede gunningscriterium prijs. In de bijgestuurde (en correcte) versie van het verslag ter beoordeling van de schriftelijke offertes ter toelating tot de onderhandelingen zijn de juiste totaalscores weerhouden rekening houdend met de correcte punten voor het tweede gunningscriterium 'Prijs' [...]. Verzoekende partij scoort in realiteit 62,17 punten (ofwel 5,83 punten minder dan dat zij oorspronkelijk had gekregen en welke punten te wijten zijn aan het feit dat in eerste instantie rekening werd gehouden met de verkeerde offerteprijs). De tweede inschrijver scoort 67,91 punten (ofwel 15,74 meer dan dat deze oorspronkelijk had gekregen). De derde inschrijver scoort 69 punten [...].

Daar waar verzoekende partij aanvankelijk de beste score behaalde van de drie inschrijvers van wie de prijzen waren omgewisseld, is gebleken dat verzoekende partij rekening houdend met de correcte prijzen uiteindelijk de minste punten moest krijgen. Het staat vast dat de oorspronkelijke rangschikking onjuist was en moest gewijzigd worden. Verzoekende partij kwam aldus op de 6de plaats terecht”.

14. Wat de grief van verzoekende partij betreft dat zij de beweerde onwettigheid niet kan nagaan, wordt verwezen naar hetgeen reeds werd opgemerkt inzake de vertrouwelijke stukken. Voorts dient te worden vastgesteld dat het feit dat de door verwerende partij als vertrouwelijk aangemerkte stukken niet ter inzage worden gegeven aan verzoekende partij, de Raad van State niet belet van deze informatie kennis te nemen en deze waar nodig in zijn beoordeling te betrekken.

15. Verzoekende partij lijkt in de ontwikkeling van haar middel in te stemmen met de jurisprudentiële constructie, die inhoudt dat een bestuurlijke beslissing, die door een zodanige onregelmatigheid is aangetast, dat zij voor onbestaande moet worden gehouden, mag worden ingetrokken en zonder dat die intrekking aan een termijn is gebonden.

Verzoekende partij betoogt echter dat te dezen dergelijke onregelmatigheid niet voorhanden is. Hierna zal blijken dat de Raad van State die stelling niet bijvalt.

16. Te dezen is de kwestieuze onregelmatigheid, die verzoekende partij niet in haar bestaan, maar in haar kwalificatie betwist, een omwisseling van de prijzen die van aard blijkt te zijn om de rangschikking van de offertes te beïnvloeden. Zulks is hiervoor af te leiden uit de weergave van de bestreden beslissing onder randnummer 12. Een dergelijke onregelmatigheid lijkt manifest en grof en lijkt een gebrekkig motief dat tot onwettigheid van de betrokken beslissing lijkt te moeten leiden. Aldus lijkt geen wettelijk bezwaar de conclusie van verwerende partij in de intrekkingbeslissing, dat ze voor onbestaande moet worden gehouden, in de weg te staan.

In tegenstelling tot wat verzoekende partij betoogt is ook de vraag of de onregelmatigheid “het gevolg is van een fout of vergissing van de (o)verheid”, niet van belang. De enige voorwaarde tot toepassing van de rechtsfiguur van de onbestaande handeling, buiten het geval van bedrog, is het manifest karakter van de begane onregelmatigheid, niet de vraag aan wie die onregelmatigheid toegerekend moet worden. De beweerde voorwaarde dat de onregelmatigheid niet mag te wijten zijn aan een “vergissing” of “eigen fout” van de overheid die de ingetrokken beslissing heeft genomen, lijkt de rechtsfiguur van de onbestaande rechtshandeling wegens manifeste grove onwettigheid immers zo goed als inhoudsloos te maken.

Ook het feit dat het bestuur zelf rechtsgevolgen verleend heeft aan de kwestieuze bestuurshandeling, lijkt als dusdanig niet uit te sluiten dat er sprake kan zijn van een onbestaande rechtshandeling. Het spreekt voor zich dat aan

een administratieve rechtshandeling die zoals te dezen rechten toekent, op het ogenblik van de intrekking rechtsgevolgen kunnen zijn verleend.

Terecht wijst verwerende partij er voorts op dat de aanvankelijk in aanmerking genomen onjuiste rangschikking het gevolg is van een fout op grond van vaststaande cijfers die niet voor interpretatie vatbaar kunnen zijn.

Het manifest karakter van de begane onregelmatigheid lijkt tevens te worden bevestigd door het feit dat de bij de beslissing van 11 april 2012 als zesde gerangschikte inschrijver, na ontvangst van het gunningsverslag bij aangetekend schrijven van 8 mei 2012, onmiddellijk aan verwerende partij heeft meegedeeld niet akkoord te kunnen gaan met de beslissing, waarbij onder meer uitdrukkelijk gewezen werd op het verschil tussen de totaalprijs in de offerte en de in het gunningsverslag vermelde totaalprijs. Verwerende partij blijkt overigens in haar antwoordschrijven van 23 mei 2012 ook meteen te hebben erkend dat er door een materiële vergissing in het beoordelingsverslag een foutieve offerteprijs werd opgenomen. Desondanks meende zij – onbegrijpelijkerwijze – op dat ogenblik nog dat bij de quoterings wel de juiste offerteprijs in beschouwing werd genomen. Dit laatste zou verwerende partij er mogelijks toe kunnen aanzetten om verzoekende partij te vergoeden voor de door haar vergeefs gedane inspanningen bij het indienen van een verbeterde offerte, doch is niet van aard om het manifest karakter van de begane onregelmatigheid te ontkrachten.

Het lijkt aldus dat, gelet op voormelde vaststellingen, verwerende partij in redelijkheid vermocht, te oordelen dat het ingetrokken besluit is aangetast met een dermate manifeste onwettigheid, namelijk het ten onrechte toelaten van een inschrijver tot het vervolg van de onderhandelingsprocedure en het ten onrechte uitsluiten van een andere inschrijver, en dit op grond van een manifest verkeerde vaststelling van de feiten, dat die rechtshandeling voor onbestaande moet worden gehouden.

17. Het enige middel is niet ernstig.

VII. Besluit

18. Het enige middel is niet ernstig bevonden, zodat aan de voormelde eerste schorsingsvoorwaarde niet is voldaan. Die vaststelling volstaat om de vordering tot schorsing te verwerpen.

BESLISSING

De Raad van State verwerpt de vordering.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 18 januari 2013, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest