

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

**nr. 228.083 van 15 juli 2014
in de zaak A. 212.835/XII-7686**

In zake: de NV AANNEMINGSBEDRIJF L. JANSSENS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat André Caeymaex
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Kielsevest 2-4
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de PROVINCIE ANTWERPEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Christophe Coen
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 210a
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 20 juni 2014, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “het deputatiebesluit van de provincie Antwerpen, d.d. 30 april 2014 [...] waarbij werd besloten de opdracht ‘heraanleg van de beukendreef’ op het provinciaal groendomein Rivierenhof- renovatie omgeving Jezui[e]tendreef niet meer te gunnen aan [de nv Aannemingsbedrijf L. Janssens] enerzijds, geen verder gevolg meer te geven aan de voor deze opdracht gehouden openbare aanbesteding en een vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met bekendmaking uit te schrijven anderzijds”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 8 juli 2014, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Stéfanie Van De Leest, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Christophe Coen, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

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

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

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een openbare aanbesteding uit voor een opdracht van aanneming van werken “Antwerpen/Deurne - provinciaal groendomein Rivierenhof - renovatie omgeving Jezuïetendreef - deel 2: heraanleg van de beukendreef”.

De opdracht wordt aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen van 19 september 2012.

3.2. De gestanddoeningstermijn bedraagt 300 kalenderdagen, ingaand de dag na de zitting voor de opening van de offertes.

Deze openingszitting is bepaald op 26 oktober 2012 om 15 u 30.

3.3. De kostprijs van de opdracht wordt geraamd op 418.018 euro, btw niet inbegrepen.

3.4. Vijf inschrijvers dienen een offerte in, waaronder de verzoekende partij.

3.5. Op 6 december 2012 beslist de bestendige deputatie van de provincie Antwerpen de in het geding zijnde opdracht te gunnen aan de verzoekende partij voor de prijs van 350.096,17 euro, btw inbegrepen.

3.6. Met een aangetekende brief gedateerd en verzonden op 10 december 2012 wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat de deputatie in zitting van 6 december 2012 beslist heeft haar offerte te kiezen. Een kopie van de gemotiveerde gunningsbeslissing en van het gunningsverslag wordt bijgevoegd en er wordt vermeld: “Deze mededeling doet geen contractuele verbintenis ontstaan”.

3.7. In een e-mail van 14 januari 2013 vraagt de verzoekende partij aan de verwerende partij “in functie van de opmaak van de stabiliteitsstudie (bestek IX.26.1. pagina 26) van de brugconstructie)” het sonderingsverslag. De verwerende partij deelt dit verslag nog dezelfde dag mee. In een e-mail van 15 januari 2013 vraagt de verzoekende partij of de verwerende partij weet “bij welke leverancier [zij] de verlichtingselementen (paal + armatuur zoals heraangelegde dreef naar openluchttheater) kan vinden”. Informatie daarover wordt meegedeeld op 16 januari 2013. In een e-mail van 30 januari 2013 deelt de verzoekende partij aan de verwerende partij mee dat het ingenieursbureau, “[i]n functie van de opmaak van de stabiliteitsstudie / funderingsontwerp voor de nieuw aan te leggen brugconstructie”, de digitale plannen voor dit project vraagt. De verwerende partij antwoordt dezelfde dag.

3.8. Volgens de nota werd intussen voor de uitvoering van de werken een stedenbouwkundige vergunning aangevraagd, werd de eerste aanvraag van 5 maart 2013 op 9 juli 2013 deels geweigerd, werd daarop het ontwerp herwerkt en werd op 10 september 2013 een nieuwe aanvraag ingediend waarna op 12 december 2013 de vergunning werd afgegeven, doch met tal van voorwaarden.

3.9. In een aangetekende brief gedateerd en verzonden op 7 januari 2014 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat de gestanddoeningstermijn van 300 kalenderdagen van haar offerte is verstreken en dat voor de uitvoering van de werken wel een bouwtoelating werd verkregen maar met voorwaarden onder meer dat de bomen in functie van mogelijke vleermuizen slechts in welbepaalde periodes mogen worden gerooid, en vraagt zij of de verzoekende partij bereid is de gestanddoeningstermijn te verlengen tot 31 juli 2014, “zodat bij een positieve reactie de opdracht vóór die datum met uw firma kan gesloten worden”. Een schriftelijke reactie wordt gevraagd “per kerende en uiterlijk op 21 januari 2014”.

3.10. De verzoekende partij antwoordt per brief van 21 januari 2014 als volgt:

“Naar aanleiding van Uw schrijven dd. 07/01/2014 en bij ons ontvangen per aangetekende zending op datum 10/01/14 deel ik U mede om tijdens de gevraagde bijkomende gestanddoeningstermijn tot 31 juli 2014 alle eenheidsprijzen te verhogen met 11,64% dat verantwoord is door omstandigheden die zich na de opening van de inschrijvingen dd. 26/10/2012 hebben voorgedaan.

De nieuwe omstandigheden die zich hebben voorgedaan en die niet worden opgevangen door de herzieningsformule zijn de volgende:

- , materialen die wij in voorraad hadden en die nu niet meer beschikbaar zijn
- , prijsverhogingen die zich hebben voorgedaan bij diverse leveranciers van de benodigde materialen”.

3.11. De deputatie van de provincie Antwerpen beslist op 30 april 2014 “niet in te stemmen met de door de nv Aannemingsbedrijf L. Janssens [...] ingevolge het verstrijken van de verbintenistermijn van de offertes voor deze [opdracht], gevraagde prijsverhoging, en geen verder gevolg te geven aan de voor deze opdracht gehouden open [lees: openbare] aanbesteding met opening van de offertes op 26 oktober 2012”. Tegelijk hecht de deputatie “goedkeuring aan het verslag aan de provincieraad, voor te leggen in vergadering van 22 mei 2014, met betrekking tot het aangepast ontwerp voor voormelde opdracht voor werken, opgemaakt door de dienst Infrastructuur en Vastgoed, met als wijze van gunnen

de vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met bekendmaking, in toepassing van artikel 26.§2.1°d) van de wet overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten van werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006”.

De toelichting bij dit besluit luidt:

“In vergadering van 27 september 2012 keurde de provincieraad het ontwerp goed voor deel 2: heraanleg van de beukendreef bij de renovatie van de omgeving van de Jezuïetendreef in het provinciaal groendomein Rivierenhof te Deurne, Antwerpen, opgemaakt door de dienst Infrastructuur en Vastgoed, met de open [lees: openbare] aanbesteding als wijze van gunnen.

In zitting van 6 december 2012 besliste uw college voormelde opdracht voor werken te gunnen aan nv Aannemingsbedrijf L. Janssens [...] voor de prijs van 350.096,17 EUR (incl. btw).

De verbintenistermijn van 300 kalenderdagen van de offertes verstreek op 22 augustus 2013. Voor de uitvoering van de werken diende gewacht omdat bij het verlenen van de bouwvergunning de voorwaarde werd opgelegd dat rekening gehouden moest worden met de aanwezigheid van vleermuizen. Met aangetekende brief van 7 januari 2014 werd voormelde firma gevraagd of zij bereid was de verbintenistermijn te verlengen tot 31 juli 2014, zodat bij een positieve reactie de opdracht vóór die datum zou kunnen gesloten worden.

Met aangetekende brief van 21 januari 2014 meldde de nv Aannemingsbedrijf L. Janssens dat de verbintenistermijn tot voormelde datum kon verlengd worden, mits een algemene prijsverhoging van de offerte van 11,64%, ‘dat verantwoord is door omstandigheden die zich na de opening van de inschrijvingen dd. 26/10/2012 hebben voorgedaan’.

Als deze omstandigheden worden opgegeven:

- ‘materialen die wij in voorraad hadden en die nu niet meer beschikbaar zijn
- prijsverhogingen die zich hebben voorgedaan bij diverse leveranciers van de benodigde materialen’.

Omdat de firma uitsluitend zeer algemene redenen aanreikt kan, mede rekening gehouden met de sinds de datum van de opening van de offertes dalende conjunctuur bij de infrastructuurwerken, alleen geconcludeerd worden dat de gevraagde prijsverhoging niet verantwoord is, waardoor de opdracht in toepassing van artikel 118 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken niet meer aan haar kan gegund worden.

Nog in toepassing van voormeld artikel 118 mag de aanbestedende overheid zich in dit geval richten tot de andere inschrijvers, onder de modaliteiten bepaald in voormeld artikel. Gelet op de nog steeds lage conjunctuur en het beperkt aantal andere inschrijvers (drie), wordt aan uw college voorgesteld het gunningsbesluit van 6 december 2012 in te trekken en geen gevolg te geven aan de gehouden gunningsprocedure en een nieuwe procedure op te starten, op basis van aangepaste voorwaarden, waarbij terug een maximaal beroep op de concurrentie zal gedaan worden.

In de meerjarenplanning werd krediet voorzien voor voormelde werken.

Thans ligt voor goedkeuring door de provincieraad dit aangepast ontwerp voor deze werken voor, opgemaakt door de dienst Infrastructuur en Vastgoed, en omvattende bijzonder bestek, samenvattende opmeting, kostenraming en plannen.

In dit aangepast ontwerp werd rekening gehouden met voormelde voorwaarde van de bouwvergunning en werd de recuperatie door de opdrachtnemer van de te rooien bomen in de samenvattende opmeting losgekoppeld van de te leveren prestaties voor het rooien.

De kostenraming van deze werken bedraagt 367.753,68 EUR, incl. 21% btw en verkoop van de te rooien bomen met een geraamde waarde van 65.920,00 EUR aan de opdrachtnemer.

Uw college gelieve navolgend verslag aan de provincieraad te willen goedkeuren. [...]”.

3.12. Op 22 mei 2014 gaat de provincieraad akkoord met het voorstel van de deputatie voor deze opdracht een nieuwe procedure op te starten met aangepaste voorwaarden. De provincieraad keurt het aangepast ontwerp voor de heraanleg van de beukendreef goed en beslist om de werken te gunnen via de vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met bekendmaking met toepassing van artikel 26, § 2, 1°, d), van de wet van 15 juli 2006.

3.13. Met een aangetekende brief gedateerd op 5 juni 2014 en bij bpost afgegeven op 6 juni 2014, deelt de Provincie Antwerpen, Departement Logistiek, dienst Infrastructuur en Vastgoed aan de verzoekende partij mee wat volgt:

“Met aangetekende brief van 7 januari 2014 werd u gevraagd of u bereid was de verbintenistermijn van 300 kalenderdagen van uw offerte voor bij onderwerp vermelde opdracht, die verstreken was sinds 22 augustus 2013, te verlengen tot 31 juli 2014.

Met aangetekende brief van 21 januari 2014 deelde u mee hiertoe bereid te zijn, mits een verhoging van alle eenheidsprijzen met 11,64%, verklaard door opgegeven omstandigheden.

De deputatie besliste in zitting van 30 april 2014 niet in te stemmen met uw gevraagde prijsverhoging, gemotiveerd als volgt:

‘Met aangetekende brief van 21 januari 2014 meldde de nv Aannemingsbedrijf L. Janssens dat de verbintenistermijn tot voormelde datum kon verlengd worden, mits een algemene prijsverhoging van de offerte van 11,64%, ‘dat verantwoord is door omstandigheden die zich na de opening van de inschrijvingen dd. 26/10/2012 hebben voorgedaan’.

Als deze omstandigheden worden opgegeven:

- ‘materialen die wij in voorraad hadden en die nu niet meer beschikbaar zijn
- prijsverhogingen die zich hebben voorgedaan bij diverse leveranciers van de benodigde materialen’.

Omdat de firma uitsluitend zeer algemene redenen aanreikt kan, mede rekening gehouden met de sinds de datum van de opening van de offertes dalende conjunctuur bij de infrastructuurwerken, alleen geconcludeerd worden dat de gevraagde prijsverhoging niet verantwoord is, waardoor de opdracht in toepassing van artikel 118 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken niet meer aan haar kan gegund worden.’.

De deputatie besliste in dezelfde zitting geen verder gevolg te geven aan de voor deze opdracht gehouden open [lees: openbare] aanbesteding.

U beschikt over de mogelijkheid om tegen deze beslissing beroep in te stellen bij de Raad van State, overeenkomstig het artikel 14 en/of het artikel 15 van de bovenvermelde Wet.

Om ontvankelijk te zijn moet u dit beroep indienen binnen 15 dagen na deze mededeling in geval van een vordering tot schorsing overeenkomstig artikel 15, of binnen 60 dagen na deze mededeling in geval van een vordering tot vernietiging overeenkomstig artikel 14.

De inleiding van het beroep gebeurt overeenkomstig de procedurereglementen van de Raad van State (voor een gecoördineerde versie zie www.raadvanstate.be).

Voor deze opdracht zal op basis van aangepaste documenten een vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met bekendmaking worden uitgeschreven”.

De beslissingen zelf worden niet bijgevoegd.

3.14. De nieuwe opdracht wordt op 6 juni 2014 bekendgemaakt in het Bulletin der aanbestedingen.

4. Op 20 juni 2014 dient de verzoekende partij bij de Raad van State een enig verzoekschrift in met een annulatieberoep en de voorliggende vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

5. In de huidige stand van het geding kan worden vastgesteld dat de bestreden beslissing van de deputatie van 30 april 2014 niet de beslissing bevat om de opdracht te gunnen met een vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met bekendmaking, maar slechts een voorstel daartoe aan de provincieraad. Dergelijk voorstel lijkt geen aanvechtbare rechtshandeling. Dit lijkt wel het geval voor het voormelde besluit van de provincieraad, maar dit is niet het voorwerp van het beroep.

V. De schorsingsvoorwaarden

6.1. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de

nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

6.2. 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’, nog van toepassing wat betreft de beslissing om de opdracht niet te gunnen aan de verzoekende partij en tot stopzetting van de lopende gunningsprocedure.

Het door voornoemde wet van 23 december 2009 in de wet van 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, tweede lid, verplicht de verzoekende partij tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Overeenkomstig artikel 65/31 geldt die bepaling ook voor opdrachten die de drempelbedragen voor Europese bekendmaking niet bereiken.

6.3. 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

A. Eerste middel

Uiteenzetting

7. Het eerste middel wordt door de verzoekende partij als volgt verwoord:

“Genomen uit de schending van artikel 118 van het KB van 8 januari 1996 en artikel 18 van de Wet van december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, van het patere legem beginsel, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, van het gelijkheidsbeginsel, van het materiële motiveringsbeginsel, van het redelijkheidsbeginsel en van het zorgvuldigheidsbeginsel en 1382 B.W.

Doordat de Provincie Antwerpen de beslissing waarvan de schorsing wordt gevorderd, heeft genomen zonder dat een onderzoek werd gevoerd naar de door de verzoekende partij gevraagde prijsverhoging;

En terwijl bij toepassing van de artikelen 2 en 3 wet 29.07.1991 bestuurshandelingen van de administratieve overheden zoals bedoeld in artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, zoals te dezen de deputatie van de Provincie Antwerpen, de bestuurshandelingen uitdrukkelijk moeten motiveren, waarbij de akte de juridische en feitelijke overwegingen moet vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen en de motivering ook afdoende dient te zijn, de bestreden beslissing voor wat betreft de motivering ervan, uitsluitend verwijst naar de dalende conjunctuur bij de infrastructuurwerken sinds de datum van de opening van de offertes, zonder ter zake dit concreet te onderzoeken en te motiveren, zonder ter zake enige verduidelijking of verantwoording te vragen bij de verzoekende partij en aldus ook elke deugdelijke inhoudelijke motivering ontbreekt door het totaal ontbreken van redelijke motieven;

Zodat de bestreden beslissing de aangehaalde bepalingen en algemene beginselen van behoorlijk bestuur schendt”.

Beoordeling

8. Artikel 18 van de te dezen, voor de beslissingen in het kader van de opdracht aangekondigd op 19 september 2012, nog toepasselijke wet van

24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’ luidt:

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

Wanneer de opdracht verschillende percelen betreft, heeft de aanbestedende overheid het recht er slechts enkele toe te wijzen en eventueel te besluiten de andere op te nemen in één of meer nieuwe opdrachten die desnoods op een andere wijze zullen worden gegund, op voorwaarde dat zij zich dit recht uitdrukkelijk heeft voorbehouden in het bestek of de als zodanig geldende stukken”.

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

Artikel 118 van het te dezen voor dezelfde beslissingen nog toepasselijke koninklijk besluit van 8 januari 1996 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken’ luidt:

“Wanneer, bij openbare of beperkte aanbesteding, de betekening van de goedkeuring van de offerte niet binnen de termijn bepaald in artikel 116 is geschied is de opdracht slechts gesloten voor zover de betrokken inschrijver hiermede schriftelijk en zonder voorbehoud heeft ingestemd.

Wanneer die inschrijver zijn offerte slechts handhaaft op voorwaarde dat hij een hogere prijs krijgt, moet de aanbestedende overheid, in plaats van de procedure te herbeginnen de gevraagde prijsverhoging toestaan, indien de gevorderde verhoging verantwoord wordt door omstandigheden die zich na de opening van de offertes hebben voorgedaan en de aldus bekomen nieuwe prijs lager blijft dan die van de oorspronkelijke offertes van de mededingers.

Zo niet, mag de aanbestedende overheid:

1° hetzij zich achtereenvolgens richten, volgens de rangschikking van hun regelmatige offerte, tot de andere inschrijvers waarvan de offerte aldus lager geworden is;

2° hetzij aan al de andere inschrijvers vragen hun prijs, op grond van de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht te herzien, en de opdracht gunnen aan de laagste geworden offerte volgens de uitslag van de nieuwe prijsaanvraag, rekening houdend met de verantwoorde prijsverhoging geëist door de inschrijver waarvan sprake is in het tweede lid.

Indien de gekozen laagste inschrijver zijn offerte niet handhaaft of slechts handhaaft dan behoudens bepaalde voorwaarden, andere dan het vorderen van een prijsverhoging, richt de aanbestedende overheid zich achtereenvolgens, volgens de rangschikking van hun offertes, tot de andere inschrijvers”.

Het in deze aangehaalde bepalingen vermelde artikel 116 betreft de gestanddoeningstermijn – te dezen volgens het bestek 300 kalenderdagen ingaand de dag na de openingszitting, terwijl het niet in dit middel maar wel in het tweede middel ingeroepen artikel 117 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, zoals te dezen nog toepasselijk voor de beslissingen in het kader van de opdracht aangekondigd op 19 september 2012, bepaalt:

“De sluiting van de opdracht gebeurt door de betekening van de goedkeuring van zijn offerte aan de begunstigde. Ze mag niet onderhevig zijn aan enig voorbehoud.

De betekening gebeurt per aangetekende brief, per telefax of via andere elektronische middelen op voorwaarde dat in de twee laatste gevallen, de inhoud binnen vijf dagen per aangetekende brief wordt bevestigd.

De betekening is tijdig gedaan door de verzending van de aangetekende brief of de verzending per telefax of via andere elektronische middelen binnen de gestanddoeningstermijn bedoeld in artikel 116”.

9.1. Vastgesteld kan worden dat de verzoekende partij in dit middel niet betwist dat artikel 118 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 werd toegepast, hetgeen veronderstelt dat geen betekening van de goedkeuring van haar offerte conform voormeld artikel 117 is geschied binnen de gestanddoeningstermijn. Zij heeft ook niet opgeworpen dat die betekening reeds had plaatsgevonden, na ontvangst van de brief van 7 januari 2014 met vraag of zij bereid was de inmiddels verstreken gestanddoeningstermijn te verlengen tot 31 juli 2014 “zodat bij een positieve reactie de opdracht vóór die datum met uw firma gesloten kan worden”. *Prima facie* lijkt deze mededeling *a contrario* in te houden dat tot dan nog geen sluiting van het contract had plaatsgevonden. Voorts doet de verzoekende partij in haar antwoordbrief van 21 januari 2014 gelden te

hopen dat de opdracht “kortelings aan [haar] kan worden toegewezen”. In het tweede middel lijkt zij daarentegen dan wel aan te voeren dat de opdracht gesloten is minstens dat zij daarop mocht vertrouwen, maar dit middel is, zoals hierna zal blijken, niet ernstig.

9.2. Krachtens het aangehaalde artikel 118 is de aanbestedende overheid verplicht de door de oorspronkelijk laagste inschrijver gevraagde prijsverhoging toe te staan, indien de verhoging verantwoord wordt door omstandigheden die zich hebben voorgedaan na de opening van de offertes en de nieuwe prijs lager blijft dan die van de oorspronkelijke offertes van de mededingers.

In het verslag aan de Koning bij het koninklijk besluit van 8 januari 1996 (B.S. 26 januari 1996, 1550) wordt verduidelijkt dat volgens artikel 118, tweede lid, de aanbestedende overheid de door de regelmatige inschrijver gevraagde prijstoeslag moet toekennen, voor zover deze toeslag gerechtvaardigd is door omstandigheden die volgen op de opening van de offertes. Zo worden bijvoorbeeld die omstandigheden bedoeld die de inschrijver niet kon voorzien, en voor de gevolgen waarvan deze inschrijver niet wordt gedekt door de bepalingen van de algemene aannemingsvoorwaarden.

Voorts bepaalt artikel 118 dat het moet gaan om een prijsverhoging die “verantwoord” wordt door omstandigheden die zich voordeden na de opening van de offertes, zonder dat uitdrukkelijk wordt bepaald dat de betrokken inschrijver voor de nieuwe prijs zelf een prijsverantwoording moet leveren.

Er lijkt te kunnen worden aangenomen dat een aanbestedende overheid aan de betrokken inschrijver verduidelijking mag vragen omtrent de prijsverhoging, opdat zij kan beoordelen of de prijsverhoging inderdaad betrekking heeft op omstandigheden die zich hebben voorgedaan na de opening van de offertes. De aanbestedende overheid lijkt op het eerste gezicht bij die beoordeling over enige appreciatiebevoegdheid te beschikken, weze het dat in artikel 118 uitdrukkelijk wordt bepaald dat de aanbestedende overheid de prijsverhoging “moet” toestaan indien deze verantwoord wordt door

omstandigheden die zich voordeden na de opening van de offertes en de betrokken inschrijver nog steeds de laagste offerteprijs biedt.

9.3. Uit het dossier blijkt dat de verzoekende partij op die vraag tot verlenging van de gestanddoeningstermijn antwoordt dat tijdens de gevraagde bijkomende gestanddoeningstermijn al haar eenheidsprijzen met 11,64 % dienen te worden verhoogd gelet op omstandigheden na de opening van de offertes, te weten materialen die zij in voorraad had maar niet meer beschikbaar zijn en prijsverhogingen die zich hebben voorgedaan bij diverse leveranciers van de benodigde materialen.

De verzoekende partij geeft in dit antwoord niet aan om welke materialen het gaat noch wat de prijsverhogingen bij die leveranciers zijn en evenmin waarom dit leidt tot eenzelfde prijsverhoging van alle eenheidsprijzen. Er worden ook geen bewijsstukken voorgelegd. Ook voor de Raad van State wordt dit alles nog steeds niet verduidelijkt of geconcretiseerd.

In dat licht wordt niet aangetoond dat de verwerende partij niet van oordeel mocht zijn dat de gevraagde prijsverhoging niet werd verantwoord omdat hetgeen de verzoekende partij inriep “zeer algemene redenen” zijn. Die vaststelling betreffende het oordeel van de verwerende partij geldt des te meer nu uit de door de verwerende partij voorgelegde prijsvergelijking *prima facie* blijkt dat niet alle posten beperkt zijn tot materiaalposten en bij het motief “mede rekening gehouden met de sinds de datum van de opening van de offertes dalende conjunctuur bij de infrastructuurwerken” door de verzoekende partij niet wordt aangetoond dat die vaststelling onjuist is. Aldus toont de verzoekende partij *prima facie* niet aan dat de verwerende partij deze verantwoording en prijsverhoging moest aanvaarden.

9.4. Het feit dat de verhoogde prijs van de verzoekende partij nog steeds lager zou zijn dan deze van de tweede gerangschikte inschrijver, leidt *prima facie* niet tot een andere conclusie, nu dit slechts één van de twee voorwaarden van artikel 118, tweede lid, is.

9.5. Evenmin wordt *prima facie* aangetoond dat de verwerende partij hiertoe slechts mocht beslissen na de verzoekende partij daarover om verduidelijking of verantwoording te hebben gevraagd. De verwerende partij lijkt een verantwoording te mogen vragen, maar te dezen gaf de verzoekende partij reeds zelf een verantwoording. De verzoekende partij toont niet aan dat het bestuur in dat geval verplicht was daarover nog nadere toelichting te vragen.

9.6. De verzoekende partij licht in dit middel niet nader toe hoe artikel 118 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 nog geschonden zou zijn door na de voormelde vaststelling betreffende de prijsverhoging, vervolgens niet te gunnen aan de verzoekende partij. Aldus betwist zij niet het meegedeelde motief dat, aangezien de gevraagde prijsverhoging niet wordt aanvaard, de opdracht met “toepassing van artikel 118 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996” niet meer aan haar kan worden gegund.

Zij werpt weliswaar op dat die beslissing om niet aan haar te gunnen tegenstrijdig is met de beslissing van 6 december 2012 waarbij wel aan haar werd gegund, maar gaat aldus voorbij aan de door haar gevraagde prijsverhoging waarvan de verantwoording niet werd aanvaard. Minstens toont zij niet aan hoe dit het voormelde motief de voormelde toepassing van artikel 118 onrechtmatig zou maken.

Er kan voorts worden vastgesteld dat de beslissing van 30 april 2014 van de deputatie om geen gevolg te geven aan de lopende gunningsprocedure en zich niet te richten tot andere inschrijvers, nader wordt gemotiveerd door verwijzing naar de “nog steeds lage” conjunctuur en het beperkt aantal inschrijvers, volgens de beslissing drie. Tevens wordt voorgesteld een nieuwe procedure uit te schrijven tegen aangepaste voorwaarden.

De verzoekende partij kreeg weliswaar geen kennis van laatstgenoemde motieven maar lijkt, wanneer de middelen tegen de beslissing om niet aan haar te gunnen niet ernstig zijn, geen belang te hebben bij het betwisten van die beslissing tot niet-gunning aangezien de beslissing van de provincieraad tot het uitschrijven van een aangepaste opdracht, die niet het voorwerp is van de vordering, haar juist een nieuwe kans op de opdracht geeft.

9.7. De bestreden beslissing moet voorts, om te voldoen aan de formelemotiveringsverplichting die de verzoekende partij in dit middel afleidt uit de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991, de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen; die motivering moet afdoende zijn teneinde de belanghebbende in staat te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt.

De verzoekende partij maakt niet *prima facie* aannemelijk waarom de meegedeelde motieven op grond waarvan haar prijsverhoging niet wordt aanvaard en de opdracht niet aan haar wordt gegund, waarvan zij kennis kreeg vóór het indienen van het verzoekschrift, haar niet in staat stelde terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen die beslissing te verweren met de middelen die het recht haar ter beschikking stelt en geen afdoende formele motivering zou zien. Integendeel betwist zij in het verzoekschrift deze motieven vanuit de materiëlemotiveringsverplichting.

9.8. Aldus is het middel niet ernstig in de mate dat het steunt op de schending van artikel 118 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, de wet van 29 juli 1991, de materiëlemotiveringsverplichting en het zorgvuldigheidsbeginsel. De ingeroepen schendingen van artikel 18 van de wet van 24 december 1993, van het *patere legem* beginsel en van het redelijkheidsbeginsel worden niet afzonderlijk toegelicht maar blijkbaar afgeleid uit dezelfde hiervoor besproken grieven en ook deze kunnen aldus niet leiden tot een ernstig middel.

9.9. Het middel steunt voorts op de schending van het “gelijkheidsbeginsel” en artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek zonder dat nader wordt toegelicht hoe dat beginsel en dat artikel 1382 werden geschonden. In de mate dat dit zou worden afgeleid uit dezelfde hiervoor besproken grieven blijkt niet hoe dit inhoudt dat de verzoekende partij ongelijk werd behandeld in vergelijking met andere inschrijvers noch dat de bestreden beslissing een fout zou impliceren in de zin van artikel 1382. Op het eerste gezicht behoort de beoordeling van het middelonderdeel, gesteund op de schending van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek, overigens niet tot de rechtsmacht van de Raad van

State. Met dit middelonderdeel lijkt de verzoekende partij de Raad van State er immers toe te willen brengen zich uit te spreken over subjectieve burgerlijke rechten, hetgeen tot de uitsluitende rechtsmacht behoort van de justitiële rechter.

9.10. Het eerste middel is bijgevolg niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting

10. De verzoekende partij steunt een tweede middel op “de schending van 117 KB 8 januari 1996 betreffende overheidsopdrachten, *culpa in contrahendo* en 1382 B.W., het rechtszekerheid[s]- en vertrouwensbeginsel in samenhang met het zorgvuldigheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur”.

Hierop volgt, anders dan bij het eerste middel, geen samenvatting maar onmiddellijk een toelichting.

Daarin betoogt de verzoekende partij in wezen dat de verwerende partij per brief van 10 december 2012 de gemotiveerde gunningsbeslissing aan de verzoekende partij “betekende” met de vermelding dat haar offerte was gekozen voor de uitvoering van de werken, waarbij evenwel werd aangegeven dat deze mededeling geen contractuele verbintenis doet ontstaan, terwijl artikel 117 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 bepaalt dat “de betekening van de goedkeuring van de offerte van de begunstigde (welke geschiedde per brief van 10 december 2012) niet onderhevig mag zijn aan enig voorbehoud”.

Zij betoogt voorts dat er te dezen geen wachttermijn in acht diende te worden genomen, dat zij “[na] betekening van de goedkeuring van de offerte op 10 december 2012” er rechtmatig vanuit ging dat weldra het aanvangsbevel zou worden betekend, dat zij per mail van 14 en 15 januari 2013 evenals 30 januari 2013 een aantal technische vragen stelde en het sonderingsverslag en digitale plannen brugconstructie opvroeg, waarop de

Provincie Antwerpen telkens een antwoord verschaftte zonder enig voorbehoud en dat “uit de berichten van verzoekster” ook bleek dat “haar stabiliteitsingenieur reeds bezig was aan de stabiliteitsstudie/ funderingsontwerp”.

Zij besluit:

“Het opdrachtgevend bestuur deed minstens de gerechtvaardigde verwachting ontstaan dat de opdracht zou worden toegekend aan de verzoekende partij, om nadien de beslissing in te trekken. Dit maakt een schending uit van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel”.

Beoordeling

11.1. Daargelaten de vaststelling dat er in de bestreden beslissing door de deputatie niet uitdrukkelijk beslist wordt tot intrekking van de beslissing van de gunningsbeslissing van 6 december 2012, mag een administratieve rechtshandeling die geen rechten heeft doen ontstaan, steeds, en ongeacht het regelmatig of onregelmatig karakter ervan, worden ingetrokken, indien de overheid oordeelt dat het algemeen belang zulks vereist.

11.2. Het uitgangspunt van het middel lijkt dat de verwerende partij bij brief van 10 december 2012 aan de verzoekende partij de goedkeuring van haar offerte heeft betekend maar dat deze kennisgeving een met het reeds bij het eerste middel weergegeven artikel 117 strijdig voorbehoud bevat door te vermelden dat deze mededeling geen contractuele verbintenis doet ontstaan. Daargelaten de vraag naar het belang van de verzoekende partij bij deze grief, faalt het feitelijk uitgangspunt van het middel.

Overeenkomstig artikel 65/4 van de wet van 24 december 1993, dient een aanbestedende instantie een gemotiveerde beslissing op te stellen, onder meer “5° wanneer ze een opdracht gunt, ongeacht de procedure”. Die beslissing bevat luidens artikel 65/5, 7°, van dezelfde wet “de namen van de gekozen inschrijver en van de inschrijvers van wie de regelmatige offerte niet werd gekozen en de juridische en feitelijke motieven, waaronder de kenmerken en relatieve voordelen van de gekozen offerte”. Artikel 65/8, § 1, eerste lid, 3°, van deze wet bepaalt voorts dat de aanbestedende instantie, onmiddellijk na het

nemen van de gunningsbeslissing, kennisgeving doet van de gemotiveerde beslissing aan elke inschrijver van wie de offerte niet is gekozen en aan de gekozen inschrijver. Ook deze bepalingen zijn via artikel 65/29 toepasselijk op opdrachten die de Europese drempelbedragen niet bereiken behoudens de uitzonderingen waarin de Koning kan voorzien voor bepaalde soorten opdrachten of voor opdrachten beneden bepaalde bedragen; te dezen lijkt geen van deze uitzonderingen relevant.

De voormelde brief van 10 december 2012 betreft zo lijkt slechts een kennisgeving overeenkomstig het voormelde en te dezen toepasselijke artikel 65/8, § 1, eerste lid, 3°, die geen enkele contractuele verbintenis noch rechten lijkt te doen ontstaan ten aanzien van de gekozen inschrijver zoals ook uitdrukkelijk in die brief zelf wordt vermeld, en lijkt dus niet de betekening te zijn van de goedkeuring van de offerte bedoeld in artikel 117 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996.

Dat geen verplichte wachtperiode geldt lijkt niet tot een andere conclusie te leiden.

Herhaald kan worden dat de verzoekende partij ook niet heeft opgeworpen dat het contract reeds werd gesloten na ontvangst van de brief van 7 januari 2014 van de verwerende partij met vraag of zij bereid was de inmiddels verstreken gestanddoeningstermijn te verlengen tot 31 juli 2014 “zodat bij een positieve reactie de opdracht vóór die datum met uw firma gesloten kan worden”, hetgeen *a contrario* inhoudt dat dit tot dan nog niet het geval was, en dat zij integendeel in haar antwoordbrief van 21 januari 2014 stelt te hopen dat de opdracht “kortelings aan ons kan worden toegewezen”.

11.3. Het vertrouwensbeginsel is een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur dat moet vermijden dat de rechtmatige verwachtingen die de burger uit het bestuursoptreden put, te kort worden gedaan; dit houdt in dat de burger moet kunnen vertrouwen op een vaste gedragslijn van de overheid of op toezeggingen of beloften die de overheid in een concreet geval heeft gedaan. Om zich op een schending van het vertrouwensbeginsel te kunnen beroepen dient een

verzoekende partij het bewijs leveren van een bestuursgedrag dat aanleiding heeft gegeven tot een rechtmatige verwachting.

Nu niet blijkt dat de goedkeuring van haar offerte aan de verzoekende partij werd betekend, blijkt ook niet dat de verzoekende partij, zoals zij beweert, er rechtmatig op kon vertrouwen dat spoedig een aanvangsbevel zou worden betekend, “na de betekening van de goedkeuring van de offerte op 10 december 2012”.

Er wordt niet *prima facie* aangetoond waarom daarover anders geoordeeld zou moeten worden in het licht van het eveneens ingeroepen rechtszekerheidsbeginsel.

11.4. Het feit dat de verzoekende partij per e-mail van 14 en 15 januari 2013 evenals 30 januari 2013 een aantal technische vragen stelde en het sonderingsverslag en digitale plannen brugconstructie opvroeg, waarop de Provincie Antwerpen telkens een antwoord verschaftte zonder enig voorbehoud en dat ook bleek dat haar stabiliteitsingenieur reeds bezig was aan de “stabiliteitsstudie/ funderingsontwerp”, lijkt, mede in dat licht, evenmin van aard dat de verwerende partij “minstens de gerechtvaardigde verwachting [deed] ontstaan dat de opdracht zou worden toegekend aan de verzoekende partij”. De opdracht werd initieel gegund aan de verzoekende partij maar zij begon met de aanvang van de “stabiliteitsstudie/funderingsontwerp” duidelijk op eigen risico nu de goedkeuring van de offerte nog niet was betekend en het lijkt dan ook niet strijdig met het vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel dat de verwerende partij, gelet op het verstrijken van de gestanddoeningstermijn en nu de verantwoording voor de gevraagde prijsverhoging om de offerte te handhaven niet werd aanvaard, beslist geen gevolg meer aan de opdracht te geven.

11.5. Het middel is dan ook niet ernstig in de mate dat het steunt op de schending van artikel 117 of het vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel in samenhang met het zorgvuldigheidsbeginsel.

11.6. Het middel steunt voorts op hetgeen *culpa in contrahendo* wordt genoemd en op schending van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek zonder dat echter nader wordt toegelicht wat te dezen onder de zogenoemde

culpa in contrahendo wordt verstaan, waarom die te dezen voorhanden zou zijn, op welke wijze artikel 1382 werd geschonden en hoe al deze gegevens een rechtsmiddel zouden vormen, laat staan een middel waarvan de beoordeling tot de rechtsmacht van de Raad van State zou behoren.

11.7. Het tweede middel is bijgevolg niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting

12. De verzoekende partij steunt een derde en laatste middel op “de schending van artikel 18 van de Wet van december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten [...], van artikel 65/4, eerste lid, 6°, juncto artikel 65/5, 8°, van de wet van 24 december 1993 van het *patere legem* beginsel, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen [...], van het van het materiële motiveringssbeginsel, van het redelijkheidsbeginsel en van het zorgvuldigheidsbeginsel en 1382 B.W.”

Ook hierop volgt, anders dan bij het eerste middel, geen samenvatting maar onmiddellijk een toelichting.

Daarin betoogt de verzoekende partij in wezen dat de beslissing van de deputatie in zitting van 30 april 2014 niet globaal ter kennis werd gebracht aan de verzoekende partij, terwijl krachtens artikel 65/4, eerste lid, 6°, juncto artikel 65/5, 8°, van de wet van 24 december 1993 de aanbestedende instantie een gemotiveerde beslissing opstelt “wanneer ze afziet van het plaatsen van de opdracht en eventueel beslist een nieuwe opdracht uit te schrijven” en deze gemotiveerde beslissing “de juridische en feitelijke motieven van de opdracht en, in voorkomend geval, de vermelding van de nieuwe gunningsprocedure die wordt gevolgd” bevat. Uit de brief gedateerd op 5 juni 2014 blijkt niet de motivering van de Provincie Antwerpen waarom er geen verder gevolg wordt gegeven aan de opdracht. Er wordt enkel vermeld dat de beslissing wordt genomen met

“toepassing van artikel 118 KB 8 januari 1996”, en meegedeeld dat voor deze opdracht op grond van aangepaste documenten een vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met bekendmaking wordt uitgeschreven.

De verzoekende partij benadrukt voorts dat de mogelijkheid waarover de aanbestedende overheid beschikt in het kader van artikel 118 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 niet mag worden verward met de mogelijkheid waarover zij beschikt te beslissen al dan niet gevolg te geven aan de oorspronkelijke procedure en eventueel een nieuwe procedure op te starten zo nodig op een andere wijze, - zoals overeenkomstig artikel 18 van de wet van 24 december 1993. De verwerende partij besloot te dezen, enerzijds, - met toepassing van artikel 118 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 - dat de opdracht niet meer werd gegund aan de verzoekende partij en, anderzijds, in dezelfde zitting, om geen gevolg meer te geven aan de openbare aanbesteding voor deze opdracht, tot stopzetting van de openbare aanbesteding en tot heraanbesteding. Het uitoefenen van de bevoegdheid van een opdrachtgevend bestuur om een opdracht stop te zetten moet echter worden gestoeld op wettelijke motieven en te dezen werden geen wettelijke motieven meegedeeld. Deze bevoegdheid laat geen willekeur toe, en de aanbestedende overheden moeten het wapen van de heraanbesteding heel gematigd gebruiken, “vermits zij er slechts gebruik van kunnen maken middels een dwingende technische rechtvaardiging, om de prijzen af te wegen naar aanleiding van een “tweede ronde”, waar “de kaarten geschud zijn”, en “waar de concurrenten die een offerte hebben ingediend hieraan tijd en geld hebben besteed, wat eventueel de vergoeding voor nutteloos gemaakte studiekosten, ja zelfs gederfde winst of een verloren kans zou kunnen rechtvaardigen”.

Zij besluit:

“Dienvolgens is het middel ernstig en is de beslissing dd. 30 april 2014, inhoudelijk ter kennis gebracht bij brief gedateerd op 5 juni 2014, ter post afgegeven op 6 juni 2014, van de deputatie van de Provincie Antwerpen, Departement logistiek, Dienst Infrastructuur en Vastgoed om de opdracht ‘heraanleg van de beukendreef bij de renovatie van de omgeving van de Jezui[e]tendreef in het provinciaal groendomein Rivierenhof te Deurne, Antwerpen’ stop te zetten en heraan te besteden niet verantwoord. Deze beslissing dient te worden geschorst en vernietigd”.

Beoordeling

13.1. De inhoud van ingeroepen artikelen 18, 65/4, eerste lid, 6°, en 65/5, 8°, van de wet van 24 december 1993 werden hiervoor reeds geciteerd.

13.2. De verzoekende partij merkt terecht op dat de beslissing van de bestendige deputatie van 30 april 2014 haar niet volledig werd meegedeeld. Aldus kreeg zij niet vooraf kennis van de motieven voor de stopzetting van de lopende procedure.

Daargelaten de vraag of dit geen gebrek in de kennisgeving is en dus geen onwettigheid van de betrokken beslissingen zelf, die wel een formele motivering bevatten, en daargelaten de vaststelling dat niet de artikelen 65/4 en 65/5 de kennisgeving regelen van de beslissing af te zien van de opdracht, maar wel het niet ingeroepen artikel 65/9, lijkt de verzoekende partij wanneer de middelen tegen de beslissing om haar prijsverhoging niet te aanvaarden en niet aan haar te gunnen niet ernstig zijn, zoals te dezen het geval is, geen belang te hebben bij het betwisten van die beslissing tot niet gunning. De beslissing van de provincieraad tot het uitschrijven van een aangepaste opdracht, die niet het voorwerp is van de vordering, geeft haar overigens een nieuwe kans op de opdracht.

13.3. Voorts lijkt niet aangetoond dat de motieven om de lopende procedure stop te zetten, reeds eerder weergegeven, ingaan tegen artikel 18 van de wet van 24 december 1993 of op een onzorgvuldig oordeel steunen.

Ten slotte wordt ook hier niet toegelicht hoe de bestreden beslissing strijdig is met het *patere legem* beginsel of hoe ze schending inhoudt van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek onverminderd de reeds hiervoor gestelde vraag of de Raad wel rechtsmacht heeft om een schending van dit artikel 1382 vast te stellen.

13.4. Het derde middel is bijgevolg niet ernstig.

VII. Besluit

14. Geen van de middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

VIII. Kosten

15. De vordering tot schorsing is ingediend met een verzoekschrift dat ook een beroep tot nietigverklaring bevat. Aangezien hieruit volgt dat het geding ten gronde nog hangende is, past het de beslissing betreffende de kosten in beraad te houden.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. De uitspraak over de kosten van de vordering tot schorsing wordt in beraad gehouden.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 15 juli 2014, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

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

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest