

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 230.820 van 10 april 2015
in de zaak A. 215.318/XII-7848**

In zake: de NV AANNEMINGSBEDRIJF L. JANSSENS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Frederik Cornette
kantoor houdend te 2060 Antwerpen
Fr. Rooseveltplaats 12/3
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de INTERGEMEENTELIJKE VERENIGING VOOR
ONTWIKKELING VAN HET GEWEST MECHELEN EN
OMGEVING
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D’Hooghe en Alexandre Peytchev
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 18 maart 2015, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[d]e beslissing genomen door de Raad van Bestuur van IGEMO [...] genomen op zitting van 27 februari 2015 waarbij werd besloten om de aannemingsopdracht zoals nader omschreven in het bestek ‘Woonproject Maenhoevevelden te Sint Katelijne Waver – W & R -fase 1A’ te gunnen aan Gebroeders Van Den Bogerd bvba [...] en waarbij aldus deze opdracht niet werd gegund aan [de nv Aannemingsbedrijf L. Janssens]”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 2 april 2015, om 10.30 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Frederik Cornette, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Filip Lahaye, die loco advocaat David D’Hooghe verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Ann Eylenbosch 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 open aanbesteding uit voor een aanneming van werken met als voorwerp “Woonproject Maenhoevevelden te Sint-Katelijne-Waver W&R fase 1A”.

Het betreft wegenis- en rioleringswerken met als doel de ontwikkeling van een “duurzaam en kwalitatief woonproject”.

De opdracht is onderworpen aan het bijzonder bestek nr. 10613/Versie 4 van 10 oktober 2014.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 28 oktober 2014.

De waarde van de opdracht wordt geraamd op 964.497,29 euro, btw inbegrepen.

3.2. De opening van de offertes vindt plaats op 5 december 2014.

Er worden elf offertes ingediend, onder meer door de verzoekende partij en de bvba Gebroeders Van Den Bogerd. De offerte van de verzoekende partij wordt als eerste gerangschikt.

3.3. Op 23 december 2014 vraagt de verwerende partij aan de verzoekende partij om prijsverantwoording voor post 20 ‘ophoging volgens 4.21.2.3, met uitgegraven bodem, geleverd door de aannemer ($\pm$ 4441 m³), incl. terreinprofilering’. De verzoekende partij had voor die post een minprijs geboden van 20.000 euro, tegenover een gemiddelde prijs van 10.422,12 euro.

Op 5 januari 2015 geeft de verzoekende partij prijsverantwoording.

3.4. In het verslag van nazicht van 11 februari 2015 wordt de prijsverantwoording als volgt aanvaard:

“De aannemer motiveert zijn prijs omstandig en is voornamelijk het gevolg van de beschikbaarheid van een eigen breekwerf/betoncentrale/TOP (gekend onder de naam SORAF) en gevestigd in de nabijheid van de werfzone (+/- 15 km).

Doordat er op deze tussentijdse opslagplaats een grote grondstock beschikbaar is, kunnen tarieven in min aangeboden worden wegens overstock en gezien deze plaatsen op korte termijn dienen ontruimd [te] worden met oog op bouwwerken van loodsen op deze terreinen.

Voor de kwaliteit van het geleverde werk is de aannemer bovendien gebonden aan de besteksbepalingen en in bijzonder deze van SB250. Vanuit SB250 worden eisen gesteld aan de methode (i.v.m. verdichten, proeven, e.d.).”

Alle offertes worden regelmatig bevonden.

In hetzelfde verslag wordt voorts het volgende vermeld:

“Herziening n.a.v. beslissing deputatie d.d. 23/12/2014

Op 11 augustus 2014 nam het schepencollege van Sint-Katelijne-Waver een positieve beslissing omtrent de verkavelingsvergunning voor fase 1A van het woonproject Maenhoevevelden. Er werd bij de deputatie beroep ingediend tegen de vergunning.

Op 28 oktober 2014 werd het aanbestedingsdossier voor de wegenis- en rioleringswerken gepubliceerd. De opening der zitting vond plaats op 5 december 2014.

IGEMO heeft op 28/01/2015 de beslissing van de deputatie d.d. 23/12/2014 ontvangen. De beslissing luidt dat de vergunning kan verleend worden onder voorwaarden. Zo dienen de adviezen van de aangeschreven instanties strikt gevolgd te worden, m.n. agentschap natuur en bos, onroerend erfgoed, brandweer, centrum voor toegankelijkheid, provinciale dienst waterbeleid, VMM, Pidpa, HidroRio, Iverlek, Telenet.

De vergunning verleend door de deputatie bevat enkele bijkomende voorwaarden voor realisatie, waaronder het strikt volgen van het advies van de provinciale dienst waterbeleid. Uit de conclusies van de provincie zijn volgende punten belangrijk:

- Er mag geen ruimte voor water verloren gaan
- Iedere ophoging moet worden gecompenseerd door afgraving (er mag geen grond van elders aangevoerd worden)

Dit heeft een aanzienlijke impact op de opdracht tot uitvoering van de werken betreft, inzonderheid de posten m.b.t. het grondverzet. Post 20 inzake ophoging met uitgegraven bodem, geleverd door de aannemer (4441 m³), incl. terreinprofilering, geraamd op 11.000 € (excl btw) is hierbij van belang.

Teneinde de evaluatie van de inschrijvingsprijzen correct uit te kunnen voeren en de marktwerking niet te verstoren is beslist om bij de evaluatie van de offertes geen rekening te houden met post 20.”

Finaal wordt de verzoekende partij als derde gerangschikt.

3.5. In zitting van 27 februari 2015 beslist de verwerende partij de opdracht te gunnen aan de bvba Gebroeders Van Den Bogerd voor de prijs van 680.292,10 euro, btw niet inbegrepen, 823.153,44 euro, btw inbegrepen.

Dit is de bestreden gunningsbeslissing. Hierin wordt onder meer als volgt overwogen:

“IGEMO heeft op 28/01/2015 de beslissing van de deputatie d.d. 23/12/2014 ontvangen. Uit de beslissing van de deputatie blijkt dat het opgelegde advies van de provinciale dienst waterbeleid strikt dient gevolgd

te worden. Dit heeft een aanzienlijke impact op de opdracht tot uitvoering van de werken, inzonderheid de posten m.b.t. het grondverzet. Teneinde de evaluatie van de inschrijvingsprijzen correct uit te kunnen voeren en de marktwerking niet te verstoren is beslist om bij de evaluatie van de offertes geen rekening te houden met post 20. In het aanbestedingsverslag zijn de inschrijvingsprijzen in die zin gecorrigeerd.”

3.6. Met een aangetekend schrijven van 4 maart 2015 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat haar offerte niet is gekozen.

De gemotiveerde gunningsbeslissing van 27 februari 2015 is bijgevoegd.

IV. Schorsingsvoorwaarden

4.1. 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.

4.2. Te dezen is evenwel ook de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ van toepassing.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissingen in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

Overeenkomstig artikel 15, tweede lid, echter wordt de vordering tot schorsing voor de Raad van State uitsluitend ingesteld volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Overeenkomstig artikel 31 gelden deze bepalingen ook voor opdrachten die de drempelbedragen voor Europese bekendmaking niet bereiken.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of minstens één ernstig middel wordt aangevoerd, dan wel een klaarblijkelijke onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissingen kan verantwoorden.

V. Onderzoek van het enige middel

Standpunt van de partijen

5.1. De verzoekende partij voert de schending aan van de artikelen 24 en 35 van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’, van artikel 100 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit Plaatsing), van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, de artikelen 4 en 5 van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’, van de materiële- en de formelemotiveringsplicht, van de beginselen inzake transparantie en gelijke behandeling van de inschrijvers, van het beginsel “*patere legem quam ipse fecisti*”, van het bestek “Woonproject Maenhoevevelden te Sint-Katelijne-Waver – W&R – fase 1A” en van het zorgvuldigheids- en het redelijkheidsbeginsel.

“Doordat verwerende partij beslist heeft om bij de evaluatie van de verschillende inschrijvingen in het kader van de openbare aanbesteding een post buiten beschouwing te laten, waardoor de rangschikking voor verzoekster nadelig werd gewijzigd.

Doordat eveneens een motivering werd gebezigd welke niet correct blijkt te zijn, minstens kan deze verantwoording niet worden teruggevonden in de stukken waarnaar deze beslissing heeft verwezen.

Terwijl de wet en het bestek uitdrukkelijk voorziet dat bij een openbare aanbesteding en indien er wordt beslist tot gunning van de opdracht, de opdracht dient te worden gegund aan de inschrijver die de laagst regelmatig[e] offerte heeft ingediend rekening houdende met alle aangeboden prijzen.

Terwijl het opdrachtgevend[e] bestuur eveneens de verplichting heeft haar beslissingen zowel vormelijk als inhoudelijk correct te motiveren.

Zodat de bestreden beslissing de in het middel aangehaalde wetbepalingen en beginselen schendt.”

Op de eerste plaats stelt de verzoekende partij dat er geen wettelijke basis is om met een bepaalde post geen rekening te houden bij de evaluatie en toebedeling van de opdracht. Het is volgens haar eigen aan de gunningswijze van de open aanbesteding dat de opdracht, indien wordt beslist tot gunning, wordt gegund aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte heeft ingediend. De laagste prijs wordt bepaald door de totale som te nemen van alle delen waarvoor prijs is gevraagd. De aanbestedende overheid beschikt niet over het recht om na de inschrijving en vóór de gunning van de opdracht, bepaalde posten buiten beschouwing te laten. Indien er zich belangrijke wijzigende omstandigheden voordoen, kan de aanbestedende overheid enkel afzien van de gunning en een nieuwe procedure starten. Het buiten beschouwing laten van bepaalde posten hangende de evaluatie, kan aanleiding geven tot willekeur en ongelijke behandeling. Aanvullend merkt de verzoekende partij op dat haar om prijsverantwoording was gevraagd voor de betrokken post 20 en dat de verwerende partij deze heeft aanvaard.

Op de tweede plaats meent de verzoekende partij dat de aangevoerde motivering niet kan worden teruggevonden in het besluit van de bestendige deputatie. Het deputatiebesluit waarop de bestreden beslissing is gesteund, legt in beroep geen andere voorwaarden op dan de verkavelingsvergunning uitgereikt door het college en burgemeester en schepenen. Het bestreden besluit doet er dus niet van blijken dat er zich een fundamenteel nieuwe situatie zou hebben voorgedaan om op grond daarvan een bepaalde post buiten beschouwing te laten. Ten slotte blijkt volgens de verzoekende partij nergens uit het deputatiebesluit de expliciete bepaling dat “iedere ophoging moet worden gecompenseerd door afgravingen”, laat staan dat er geen grond van elders zou mogen worden aangevoerd.

5.2. De verwerende partij repliceert dat het een aanbestedende overheid niet verboden is “om, ter vrijwaring van een eerlijke en vrije

mededinging, die posten te schrappen die een vertekening van de mededinging met zich kunnen meebrengen”. “Zo mag de aanbestedende overheid, in geval van tegenstrijdigheden in de opdrachtdocumenten, overgaan tot het schrappen van de posten die strijdig zijn met de opdrachtdocumenten, gelet op de vertekening van de mededinging die zou gebeuren indien met die posten wel rekening zou worden gehouden.” Het algemeen beginsel inzake eerlijke mededinging is de juridische basis voor een dergelijk optreden. Te dezen is post 20 strijdig met de verkavelingsvergunning uitgereikt op 11 augustus 2014 door het college van burgemeester en schepenen. “Post 20 betreft immers de ophoging met uitgegraven bodem, geleverd door de aannemer, terwijl uit de verkavelingsvergunning blijkt dat er geen grond mag worden aangevoerd: ‘De grondbalans van het perceel moet neutraal zijn; iedere ophoging moet gecompenseerd worden door een afgraving’.” Dit gegeven werd hernomen in de verkavelingsvergunning van de bestendige deputatie.

Post 20 was determinerend voor de uitkomst van de aanbesteding. Door een minprijs van 20.000 euro op te geven voor die post was de verzoekende partij initieel de laagste inschrijver; door geen rekening te houden met die post bij alle inschrijvers werd de verzoekende partij derde gerangschikt.

Overigens, zo vervolgt de verwerende partij, kan het niet worden uitgesloten dat post 20 het voorwerp heeft uitgemaakt van speculatie. De verwerende partij vermoedt dat de bepalingen van de verkavelingsvergunning uitgereikt door het college, aanleiding hebben kunnen geven tot speculatie waarbij de verzoekende partij de kroon zou spannen “door een – weliswaar verantwoordbare – minprijs te geven”. Andere inschrijvers gaven een prijs variërend tussen 3.834,36 euro tot 37.750 euro. “Ook de andere inschrijvers hebben dus mogelijks kunnen speculeren op het (gedeeltelijk) wegvallen van deze post.” “De verwerende partij had dan ook geen enkel comfort dat de prijszetting voor post 20 hetzelfde zou geweest zijn, indien niet kon worden geweten dat post 20 allicht zou komen te vervallen.” Speculatievermoeden geeft een aanbestedende overheid het recht “om daardoor mogelijks ontstane vertekening van de mededinging te neutraliseren door ook de betrokken post te neutraliseren (en daartoe te schrappen)”.

Overigens, zo vervolgt de verwerende partij, zal post 20 effectief niet worden uitgevoerd. De voorwaarden van de verkavelingsvergunning laten de uitvoering ervan niet toe.

Ten slotte benadrukt de verwerende partij dat de motieven van de bestreden beslissing afdoende zijn gekend; uit het aanbestedingsverslag blijkt duidelijk dat post 20 werd geschrapt omdat ze niet zal worden uitgevoerd “vermits er overeenkomstig de vergunning zoals verleend door de deputatie geen grond van elders aangevoerd mag worden”.

Beoordeling

6. Op het eerste gezicht lijkt te moeten worden aangenomen dat overeenkomstig artikel 100, laatste lid, koninklijk besluit Plaatsing een aanbestedende overheid bij de gunning in beginsel rekening moet houden met de totale som van alle posten van de opdracht.

7. Te dezen heeft de verwerende partij geen rekening gehouden met post 20. Zij heeft dit gedaan, blijkens het gunningsverslag, de gunningsbeslissing en haar verweernota – voor zover de redenen in dit laatste document al als rechtsgeldige motivering mogen worden beschouwd –, om reden dat post 20 niet kon worden uitgevoerd omdat de verkavelingsvoorwaarden, die de deputatie zou opleggen, dit verbieden en omdat de evaluatie van de inschrijvingsprijzen correct zou verlopen en de marktwerking niet zou worden verstoord; er was immers, zo stelt de verwerende partij, een tegenspraak in de opdrachtdocumenten die door het weglaten van post 20 werd weggewerkt en bovendien wordt door dit weglaten mogelijke speculatie met betrekking tot deze post vermeden.

Het standpunt van de verwerende partij kan niet worden gevolgd om de volgende redenen.

Zoals de verwerende partij zelf in haar nota aangeeft werden de voor post 20 bezwarende verkavelingsvoorwaarden reeds door het college van burgemeester en schepenen vastgelegd vóór de verwerende partij haar opdracht

bekendmaakte. Niettemin heeft zij in haar meetstaat post 20 opgenomen. Zoals zij ter terechtzitting niet ontkent, lijkt de verkavelingsvergunning met haar voorwaarden geen opdrachtdocument zodat er op het eerste gezicht geen sprake is van een tegenstrijdigheid in deze documenten; dit betekent ook dat de verwerende partij geen leer lijkt te kunnen trekken uit het door haar ingeroepen arrest 230.466 van 10 maart 2015. De ook op die grond ingeroepen mogelijkheid tot speculatie lijkt dan eveneens op het eerste gezicht niet aangetoond temeer omdat de verwerende partij aan de verzoekende partij een prijsverantwoording heeft gevraagd voor post 20 en deze heeft aanvaard.

Slotom is dan ook dat de motieven die de verwerende partij inroept om niet de totale som van alle posten bij haar prijsevaluatie te betrekken niet in rechte aanvaardbaar zijn. Op te merken valt overigens dat de verwerende partij nalaat een uitdrukkelijk geschreven reglementaire bepaling aan te brengen die zou wijzen op de mogelijkheid om in voorliggend geval een uitzondering te maken op die regel. Deze vaststelling verantwoordt de schorsing van de tenuitvoerlegging van de gunningsbeslissing.

De verzoekende partij lijkt ook om de schorsing van de tenuitvoerlegging te verzoeken van de impliciete beslissing de opdracht niet te gunnen aan haar. Zij laat echter na dienaangaande voldoende uitzonderlijke omstandigheden bij te brengen die de Raad ertoe zou moeten doen besluiten op deze vraag in te gaan.

BESLISSING

1. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van IGEMO van 27 februari 2015 waarbij werd besloten om de aannemingsopdracht ‘Woonproject Maenhoevevelden te Sint Katelijne Waver – W & R -fase 1A’ te gunnen aan de bvba Gebroeders Van Den Bogerd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering voor het overige.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 10 april 2015,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Pierre Barra