RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

nr. 232.048 van 14 augustus 2015
in de zaak A. 216.517/XII-7916

In zake: de NV DENYS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Joost Bosquet
kantoor houdend te 2600 Antwerpen
Roderveldlaan 5, bus 3
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de NV HAVENBEDRIJF GENT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Rika Heijse
kantoor houdend te 9000 Gent
Kortrijksesteenweg 867
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 23 juli 2015, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "de beslissing van het directiecomité van het Havenbedrijf Gent van 6 juli 2015 waarbij ingevolge het doorlopen van een open aanbesteding voor restauratiewerken aan het Huis van de Vrije Schippers - Exterieur (bestek nr. 2013-028) de opdracht werd toegewezen aan Artes Woudenberg N.V., en niet aan [nv Denys]".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 11 augustus 2015, om 11.00 uur.

De voorzitter van de Raad van State Roger Stevens heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Joost Bosquet en Maren Veeckman, die verschijnen voor de verzoekende partij en advocaten Rika Heijse en Aline Heyrman, die verschijnen 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. Vertrouwelijkheid van stukken

3.1. De verwerende partij verzoekt de stukken 15 tot en met 21 van haar administratief dossier vertrouwelijk te willen behandelen.

Het verzoek wordt gemotiveerd als volgt:

> "- de integrale offertes en de naar aanleiding van het onderzoek van de offertes aanvullend overgemaakte stukken bevatten informatie over de werking van de inschrijvers, over hun referenties, over de financiële toestand van de inschrijvers, over de gedetailleerde prijzen van de aangeboden producten, over de kenmerken van de uit te voeren prestaties/werken en in het bijzonder de concrete prijsopbouw voor bepaalde posten;
>
> - de voormelde bedrijfsgegevens moeten beschouwd worden als bedrijfsvertrouwelijke gegevens, minstens als gevoelige commerciële gegevens;
>
> - de onverkorte mededeling van en inzage in alle voormelde bedrijfsgegevens zou de verzoekende partij een oneerlijk voordeel bieden bij de latere overheidsopdrachten en de overige inschrijvers op disproportionele wijze onherroepelijk benadelen;

- het verslag van nazicht van offertes is aan het openbare deel van het administratief dossier gevoegd, zodat de rechten van verdediging van de verzoekende partij niet geschaad zijn. Er is enkel geen inzage in de concrete prijsopbouw van de offertes van de overige inschrijvers.

- in het licht van de voormelde elementen kan het belang van de openbaarmaking van de inhoud van de offertes en van de aanvullend overgemaakte stukken niet opwegen tegen de rechtmatige commerciële belangen van de overige inschrijvers, die moeten worden gevrijwaard door alle bedrijfsvertrouwelijk en commercieel gevoelige informatie geheim te houden."

3.2. De verzoekende partij vraagt van haar kant ook de vertrouwelijke behandeling van haar stukken 6 (prijsverantwoording) en 7 (offerte) om reden dat bedoelde stukken "vertrouwelijke bedrijfsinformatie (bevatten) in de zin van eenheidsprijzen en doorzicht in de prijsopbouw waarvan de bekendmaking onherstelbare schade kan opleveren voor verzoekende partij".

3.3. In het algemeen lijkt het al niet raadzaam reeds in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid en dus zonder diepgaand onderzoek de vertrouwelijkheid te doen lichten, wegens de dreiging daardoor ingrijpende en niet-omkeerbare gevolgen voor het zakengeheim van de betrokken inschrijvers te bewerkstelligen. Te dezen lijkt bovendien geen noodzaak te bestaan om de bedoelde stukken te laten inzien, nu hierna zal blijken dat die stukken niet noodzakelijk zijn om er de uitspraak over de vordering op te steunen.

Bedoelde stukken worden bijgevolg voorlopig afzonderlijk in het dossier opgenomen.

IV. Feiten

4.1. Het Havenbedrijf Gent schrijft een overheidsopdracht uit voor de aanneming van werken met als voorwerp de restauratie van het Huis van de Vrije Schippers aan de Graslei in het centrum van Gent.

4.2. De opdracht is onderworpen aan het bijzonder bestek nr. 2013-028 "Exterieur".

De opdracht omvat zowel de casco restauratie van het exterieur (deel 1), als de architectuur van het exterieur (deel 2).

De werken bestaan meer bepaald uit de casco restauratie van het beschermde monument (exterieur en stabiliteitsstructuren), alsook de bouw van enkele nieuwe zones.

4.3. Het volledige uitvoeringsdossier bestaat uit 5 verschillende aanbestedingsdossiers die apart gegund worden:

- Bestek 2013-028 Exterieur
- Bestek 2014-019 Interieur
- Bestek 2014-020 HVAC en sanitair
- Bestek 2014-021 Elektriciteit
- Bestek 2014-022 Meubilair

De aannemer van het dossier 2013-028 "Exterieur" treedt op als pilootaannemer en coördineert de overige 4 dossiers. De aannemers van deze overige 4 dossiers fungeren als nevenaannemers.

De werforganisatie valt ten laste van de pilootaannemer (bestek 2013-028, deel 0, C – bijlage pilootaanneming, pag. 28 e.v.). Wat betreft het rekenen van alle daarop betrokken kosten valt op pag. 31 van de algemene besteksbepalingen (deel 0) het volgende te lezen:

> "II. Werfinstallatie en –organisatie te voorzien door de pilootaannemer
> Zie ook detailbeschrijving in technisch bestek:
> Bestek nr. 2013-028, deel 1 casco restauratie exterieur (incl. stabiliteit), deel 'werfinrichting', art. 01. 'Algemene inrichting, bouwplaatsvoorzieningen'
> Voor werfinrichting worden alle kosten gerekend in bestek nr. 2013-028, deel 1 casco restauratie exterieur (incl. stabiliteit), deel 'werfinrichting' art. 01 Algemene inrichting bouwplaatsvoorzieningen, punt C. Inrichting van de bouwplaats (som over geheel post) (...)."

4.4. De gevolgde procedure is die van de open aanbesteding.

4.5. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 2 maart 2015.

De werken worden geraamd op 2.064.775,40 euro, btw niet inbegrepen zodat het om een niet-Europese opdracht gaat.

4.6. Het betreft een opdracht tegen gemengde prijszetting.

De algemene besteksbepalingen (deel 0) vermelden:

> "Aandachtspunt
> (...)
> De onkosten die gepaard gaan met het nakomen door de opdrachtnemer van al zijn verplichtingen, zoals die door de bestekdocumenten beschreven worden, worden verondersteld berekend te zijn in de inschrijvingsprijzen.
> (...)."

4.7. Het technisch gedeelte deel 1 van het bijzonder bestek stelt met betrekking tot de werfinrichting:

> "Art. 01. Algemene inrichting – bouwplaatsvoorzieningen
> (...)
> C. Inrichting van de bouwplaats
> De aannemer zal alle wettelijke bepalingen, reglementen en plaatselijke verordeningen eerbiedigen in verband met de inrichting van de werf, aansprakelijkheid tegenover personen, vereiste verzekeringen, sanitaire inrichtingen, loodsen voor werklieden en materialen, eerste hulp bij ongevallen, de nodige schuttingen en afsluitingen enz... Hij zal op eigen verantwoordelijkheid de toegang van derden op gevaarlijke plaatsen beletten.
> De aannemer zal vooraf, in overleg met het gemeentebestuur en de politiediensten, het nodige doen in verband met tijdelijk verwijderen, verplaatsen of aanpassen van alle bestaande installaties, zoals elektrische installaties, verkeersborden, signalisatie enz... Tevens zal hij zorgen voor alle nodige voorlopige voorzieningen i.v.m. signalisatie, verlichting, nodige verkeers- of verwittigingsborden, afsluitingen en veiligheidsmaatregelen tijdens de werken. De aannemer dient vooraf alle nodige contacten te leggen met de bevoegde plaatselijke overheid en te handelen naar de gegeven richtlijnen.
> Eventuele taksen voor de inname van het openbaar terrein vallen ten laste van de aannemer.
> Bij de aanvang der werken zal de aannemer een plan met daarop de werfinrichting ter goedkeuring voorleggen aan de VWC.

(...)
Aard van de overeenkomst:
Som over geheel (volledige duur van de werf).”

Punt A.4.1 van de algemene besteksbepalingen (deel 0) definieert SOG (som over geheel) als volgt:

> “De door de inschrijver op te geven forfaitaire prijs dekt het geheel der prestaties opgegeven in deze post. Hij moet door eigen berekeningen de exacte dimensioneringen en hoeveelheden bepalen.”

In de meetstaat worden voor de werfinrichting de volgende posten opgenomen:

- Onder deel 1: post 01.C inrichting van de bouwplaats – SOG
- Onder deel 2: post 02.11 werfinstallatie en –organisatie – pro memorie

4.8. De stad Gent heeft op 24 februari 2015 een specifiek belastingreglement op de inname van de openbare weg voor het uitvoeren van werken goedgekeurd. Dit reglement bepaalt dat de belasting verschuldigd is door de bouwheer van de uit te voeren werken (artikel 5).

4.9. De opening van de offertes vindt plaats op 22 april 2015.

Er worden 4 offertes ontvangen met volgende inschrijvings-bedragen, btw niet inbegrepen:

- nv Artes Woudenberg: 1.749.996,38 euro
- nv Denys: 1.833.286,64 euro
- nv Monument Vandekerckhove: 1.984.750,65 euro
- nv Renotec: 2.195.603,99 euro

De nv Artes Woudenberg voegt bij haar offerte een begeleidende nota met opmerkingen betreffende de volgende posten: 01.C, 10.A.2, 75.A, 77.B7, 113.E2, 52.A en 35.13. Inzake de post 01.C merkt zij het volgende op:

"Deel 1: Casco restauratie exterieur
Art. 01.C. Inrichting van de bouwplaats
Het bestek vermeldt onder dit artikel (p. 10 technische bepalingen) dat de inname van het openbaar domein ten laste valt van de aannemer. Op 24 februari 2015 verscheen voor de Stad Gent het nieuwe belastingsreglement op de inname van de openbare weg voor het uitvoeren van werken (Artikel 5 op pagina 3). Hierin staat dat de bouwheer als de belastingsplichtige wordt aanzien. Wij zijn er bijgevolg van uitgegaan dat de facturen voor inname openbare weg, door de Stad Gent rechtstreeks aan de bouwheer worden verstuurd en dus ook door de bouwheer rechtstreeks aan Stad Gent worden betaald. Hierdoor is in onze offerte geen bedrag opgenomen voor de inname openbare weg. In bijlage voegen wij ter info een kopie van het nieuwe reglement."

Voor de post C 1 – Inrichting van de bouwplaats hebben de inschrijvers de volgende totaalsom voorzien:

- nv Artes Woudenberg: 34.110,33 euro
- nv Denys: 45.132,26 euro
- nv Monument Vandekerckhove: 126.526,28 euro
- nv Renotec: 89.765,83 euro

4.10. Op 21 mei 2015 wordt aan de vier inschrijvers een schrijven gericht, waarin wordt verzocht om een gedetailleerde prijsopbouw van diverse eenheidsprijzen. Meer bepaald wordt aan alle inschrijvers voor post artikel 01.C Algemene inrichting – Bouwplaatsvoorzieningen – Inrichting van de Bouwplaats (deel 1) een gedetailleerde prijsopbouw gevraagd.

Het schrijven aan de nv Artes Woudenberg luidt als volgt:

"(...)
Gevolg gevend aan de richtlijnen van het Koninklijk Besluit plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren van 15 juli 2011 en latere wijzigingen, verzoeken wij u, in opdracht van het Havenbedrijf Gent, schriftelijk op papier de nodige verantwoordingen te verstrekken binnen een termijn van 15 kalenderdagen.
▪ Artikel 01.C Algemene inrichting – Bouwplaatsvoorzieningen – Inrichting van de Bouwplaats (deel 1)
Wij vragen u voor deze post een gedetailleerde prijsopbouw van de eenheidsprijs; €34.110,33; op te geven.
Specifiek voor de werfzone hadden wij ook graag vernomen hoe deze zal ingericht worden en hoeveel m² van de openbare weg er wordt ingenomen. Bij

U inschrijving maakte [uw] de opmerking dat volgens het nieuw belastingreglement van de Stad Gent, 24-02-2015, betreffende de inname van de openbare weg voor het uitvoeren van werken de bouwheer als belastingplichtige wordt aanzien. Bijgevolg is in [uw] offerte geen bedrag opgenomen voor de inname van de openbare weg. Wij vragen U om toch een prijs op te geven voor de inname van de openbare weg.
Voor een correcte vergelijking van alle inschrijvers wensen wij voor elke inschrijver de vergelijking te kunnen maken op basis van de ingenomen oppervlakte openbare weg, gerekend over eenzelfde periode, namelijk 24 maanden.
▪ Artikel 02.21 Bouwplaatsvoorzieningen – Coördinatieopdracht (deel 2)
Wij vragen U voor deze post een gedetailleerde prijsopbouw van de eenheidsprijs; €16.710,95; op te geven. Deze prijs moet alle werken omvatten zoals vermeld in de bijlage 'Pilootaanneming'
(...)."

Aan de verzoekende partij wordt het volgende gevraagd:

"(...)
Gevolg gevend aan de richtlijnen van het Koninklijk Besluit plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren van 15 juli 2011 en latere wijzigingen, verzoeken wij u, in opdracht van het Havenbedrijf Gent, schriftelijk op papier de nodige verantwoordingen te verstrekken binnen een termijn van 15 kalenderdagen.
▪ Artikel 01.C Algemene inrichting – Bouwplaatsvoorzieningen – Inrichting van de Bouwplaats (deel 1)
Wij vragen u voor deze post een gedetailleerde prijsopbouw van de eenheidsprijs; €45.132,26; op te geven.
Specifiek voor de werfzone hadden wij ook graag vernomen hoe deze zal ingericht worden. Hoeveel m² van de openbare weg wordt er ingenomen en welke vergoeding wordt hiervoor gerekend?
Werd hierbij rekening gehouden met het nieuw belastingreglement van de Stad Gent, 24-02-2015, betreffende de inname van de openbare weg voor het uitvoeren van werken waarin tabellen zijn opgenomen betreffende het tarief in functie van de ingenomen m² openbare weg[?]
Voor een correcte vergelijking van alle inschrijvers wensen wij voor elke inschrijver de vergelijking te kunnen maken op basis van de ingenomen oppervlakte openbare weg, gerekend over eenzelfde periode, namelijk 24 maanden.
(...)."

4.11. De nv Artes Woudenberg, de verzoekende partij en de nv Monument Vandekerckhove dienen de gevraagde prijsverantwoording in. De nv Renotec dient geen prijsverantwoording in.

De nv Artes Woudenberg heeft via schrijven van 4 juni 2015 als volgt geantwoord:

"(...)
In aansluiting op uw aangetekend schrijven dd 21 mei 2015, laten wij u als bijlage geworden:
- Een gedetailleerde prijsopbouw voor art. 01.C Algemene inrichting – Bouwplaats voorzieningen – Inrichten van de Bouwplaats (deel 1);
- Een gedetailleerde prijsopbouw voor art. 2.21 Bouwplaatsvoorzieningen – Coördinatieopdracht (deel 2);

Tot slot werd bij aanbesteding uitsluiting gemaakt voor de taksen voor inname openbare weg, waarbij het belastingreglement, inclusief taxering reeds was bijgevoegd. Op uw vraag vindt u dan ook in bijlage de begroting van die taksen voor inname openbare weg."

4.12. In het verslag van nazicht van 1 juli 2015 kan het volgende worden gelezen:

"Verbetering van de hoeveelheden – opmerkingen inschrijvers
Offerte nr. : 1 van ARTES Woudenberg NV
- Artikel 01.C. Inrichting van de bouwplaats.

De inschrijver merkt op dat hij voor deze post geen bedrag heeft opgenomen voor de inname van de openbare weg omdat de bouwheer conform het belastingreglement van de Stad Gent als belastingplichtige wordt aanzien. Bijgevolg is hij er van uit gegaan dat de kosten voor de inname van de openbare weg door de bouwheer rechtstreeks aan de Stad Gent worden betaald.
Behandeling: zie verder onder prijsverantwoording
(...)
Nazicht abnormale eenheidsprijzen en totale offerteprijzen:
Berekening abnormale totale offerteprijzen (excl. btw)
(...)
Er werden geen abnormale totale offerteprijzen vastgesteld
Berekening abnormale eenheidsprijzen (excl. btw)
(...)
Zowel abnormaal HOGE als abnormaal LAGE prijzen
Offerte nr. : 1 van ARTES Woudenberg NV

De ontwerper Callebaut Architecten heeft met aangetekend schrijven van 21 mei 2015 de aannemer verzocht om een gedetailleerde prijsopbouw van de eenheidsprijs op te geven van de volgende posten:
- Artikel 01.C. Inrichting van de bouwplaats. Met specifiek de opgave inname openbare weg, het aantal m² en welk bedrag hiervoor is ingerekend.
- Artikel 02.21: Coördinatie-opdracht.

De aannemer heeft de gevraagd(e) prijsverantwoording overgemaakt.
- Artikel 01.C. Inrichting van de bouwplaats

De aannemer heeft een werfinrichting met aanname van het aantal m² in te nemen openbaar domein opgegeven alsook de bijhorende kosten aangezien hij dit niet had ingerekend in zijn basisofferte van 22 april 2015. Het bedrag voor de inname van openbaar domein is het bedrag 44.535,73 euro.

De ontwerper heeft de opbouw van de prijzen van deze post gecontroleerd en als aanvaardbaar bevonden. Het bedrag van 44.535,73 euro wordt bijgeteld bij de basisprijs van artikel 01.C.Inrichting van de bouwplaats

- Artikel 02.21: Coördinatie-opdracht

De ontwerper heeft de opbouw van de prijzen van deze post gecontroleerd en als aanvaardbaar bevonden

Offerte nr. : 2 van Denys NV

De ontwerper Callebaut Architecten heeft met aangetekend schrijven van 21 mei 2015 de aannemer verzocht om een gedetailleerde prijsopbouw van de eenheidsprijs op te geven van de volgende posten:

- Artikel 01.C. Inrichting van de bouwplaats. Met specifiek de opgave inname openbare weg, het aantal m² en welk bedrag hiervoor is ingerekend
- Artikel 02.21: Coördinatie-opdracht
- Artikel 32.E. Liftdak

De aannemer heeft de gevraagd(e) prijsverantwoording overgemaakt

- Artikel 01.C. inrichting van de bouwplaats

De getailleerde prijsopgave van deze post geeft aan dat de aannemer de kosten voor de inname van de openbare weg gedurende de uitvoeringstermijn van de bouwwerken heeft ingerekend.

De ontwerper heeft de opbouw van de prijzen van deze post gecontroleerd en als aanvaardbaar bevonden.

- Artikel 02.21: Coördinatie-opdracht

De ontwerper heeft de opbouw van de prijzen van deze post gecontroleerd en als aanvaardbaar bevonden

(...)

Berekening leemteformule

Offerte nr. : 2 van Denys NV

De aannemer heeft voor 2 posten geen eenheidsprijs opgegeven. Berekening op basis van andere regelmatige inschrijvers.

- Artikel 92.D1. Schouwkanalen – Reinigen

P = ontbrekende eenheidsprijs
L = (6,57 + 5,25) /2 = 5,92
X = (1.758.705,81 + 1.952.103,60) / 2 = 1.855.404,71
Y = 1.834.455,01
P = (L x Y) / X = (5,92 x 1.834.455,01) / 1.855.404,71 = 5,85 > de berekende eenheidsprijs wordt ingevuld voor de prijsvergelijking

- Artikel 92.D2. Schouwkanalen – Tuberen met warme lucht koussysteem

P = ontbrekende eenheidsprijs
L = (268,74 + 245,25) / 2 = 257,00
X = (1.758.705,81 + 1.952.103,60) / 2 = 1.855.404,71
Y = 1.834.455,01
P = (L x Y) / X = (257,00 x 1.834.455,01) / 1.855.404,71 = 254,10 > de berekende eenheidsprijs wordt ingevuld voor de prijsvergelijking

(...)

Finale rangschikking regelmatige offertes (gerangschikt volgens prijs excl. btw)

Nr.	Naam	Prijs excl. btw
1	Artes Woudenberg NV	1.787.486,31 euro
2	Denys NV	1.868.206,51 euro
3	Monument Vandekerckhove nv	1.984.544,85 euro

."

Het verslag van nazicht stelt voor de opdracht te gunnen aan "de firma met de laagste regelmatige offerte, zijnde ARTES Woudenberg NV" tegen het nagerekende inschrijvingsbedrag van 1.787.486,31 euro, btw niet inbegrepen.

4.13. In zitting van 6 juli 2015 keurt het directiecomité het verslag van nazicht der offertes van 1 juli 2015 goed en gunt het de opdracht aan de nv Artes Woudenberg tegen het nagerekende inschrijvingsbedrag van 1.787.486,31 euro, btw niet inbegrepen.

Dit is het bestreden besluit.

4.14. Bij aangetekend schrijven van 9 juli 2015 wordt de verzoekende partij ervan in kennis gesteld dat de opdracht niet aan haar is gegund.

De verwerende partij respecteert een vrijwillige wachttermijn van 15 dagen gedurende dewelke zij niet tot contractsluiting is overgegaan.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

5. De verwerende partij betwist de ontvankelijkheid van de vordering in zoverre ze is gericht tegen de gunningsbeslissing. Zij argumenteert in essentie dat de toepassing van de redenering van de verzoekende partij op haar eigen offerte, zou nopen tot de vaststelling van de substantiële onregelmatigheid van die offerte.

Daartoe verwijst de verwerende partij vooreerst naar twee posten in de meetstaat die de verzoekende partij niet had ingevuld en die de verwerende partij heeft aangevuld aan de hand van een gemiddelde prijsberekening conform de leemteformule van artikel 97, § 3, van het koninklijk besluit Plaatsing van 15 juli 2011. De verwerende partij wijst erop dat dit artikel de aanbestedende overheid evenzeer de mogelijkheid laat om de offerte van de verzoekende partij onregelmatig te verklaren. De financiële waarde van de aanvullingen van deze twee leemtes ligt in dezelfde grootteorde als de correctie die ten aanzien van de nv Artes Woudenberg is uitgevoerd. Bij toepassing van de redenering van de verzoekende partij noopt de gelijke behandeling ertoe om de offerte van de verzoekende partij uit te sluiten.

Daarenboven blijkt volgens de verwerende partij uit de prijsverantwoording van de verzoekende partij dat voor de betwiste post ‘werfinstallatie’ deze inschrijver de kostprijs voor de taksen voor inname van het openbaar domein niet onder deze post heeft opgenomen als onderdeel van de som over het geheel, maar de kostprijs heeft geventileerd over alle eenheidsprijzen. Indien moet worden aangenomen dat het technisch voorschrift inzake de toerekening van de taksen voor de inname van het openbaar domein een essentieel technisch voorschrift zou zijn, moet de afwijking van het voorschrift dat de toerekening ervan als een vast onderdeel van de som over het geheel voor post C1 moet gebeuren, ertoe leiden dat de offerte van de verzoekende partij onregelmatig is.

6. De exceptie dient een voldoende grote mate van ernst te vertonen om te kunnen worden aangenomen in deze stand van het geding.

Te dezen toont de verwerende partij niet aan dat de vaststellingen, voorwerp van de exceptie, dermate vergelijkbaar zijn met de thans in het middel ter beoordeling voorliggende situatie, opdat kan worden aangenomen dat de toepassing van de redenering van de verzoekende partij op dier eigen offerte noodzakelijkerwijs leidt tot de substantiële onregelmatigverklaring van de offerte.

De exceptie wordt verworpen.

7. De verwerende partij betwist voorts de ontvankelijkheid van de vordering in zoverre ze is gericht tegen de impliciete weigeringsbeslissing. De verzoekende partij beargumenteert volgens haar niet waarom –bij een eventuele herevaluatie van de offertes in het licht van de aangehaalde grieven– de opdracht niet meer aan de nv Artes Woudenberg zou kunnen worden toegekend en waarom de aanbestedende overheid niet meer wettig het voordeel van de gunning aan de verzoekende partij zou kunnen weigeren.

8. Opdat de vordering tegen de impliciete weigeringsbeslissing ontvankelijk zou zijn, dient de verzoekende partij een middel aan te voeren dat, gelet op alle gegevens waarmee in het kader van de vordering moet worden rekening gehouden, tot de uitzonderlijke vaststelling leidt dat de verwerende partij geen andere keuze meer heeft dan de opdracht aan de verzoekende partij te gunnen. De ontvankelijkheid van het beroep hangt in die mate samen met de grond van de zaak.

VI. De schorsingsvoorwaarden

9. 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.

10. 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 van de thans bestreden beslissing worden geschorst 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 te worden onderzocht of minstens één ernstig middel wordt aangevoerd, dan wel een klaarblijkelijke onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissingen kunnen verantwoorden.

VII. Ernst van het enig middel

11. Een enig middel wordt genomen uit de schending van artikel 24 van de wet van 15 juni 2006 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’, artikel 95 alleen genomen en samen gelezen met artikel 21 en artikel 96, § 4, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘betreffende de plaatsing van de overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’, artikel 83, *juncto* artikel 97, van hetzelfde koninklijk besluit Plaatsing, het zorgvuldigheidsbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur, het beginsel van de gelijke behandeling der inschrijvers zoals neergelegd in artikel 5 van de Wet Overheidsopdrachten, de materiëlemotiveringsplicht als beginsel van behoorlijk bestuur en uit de ontstentenis van de rechtens vereiste feitelijke en juridische grondslag, en uit machtsoverschrijding,

“Doordat, de bestreden beslissing besluit tot de materiële regelmatigheid van de offerte van de N.V. Artes Woudenberg in weerwil van de

vaststelling dat uit de prijsverantwoording blijkt dat de kosten voor de inname van het openbaar domein niet werden ingerekend in de basisofferte van 22 april 2015;
Doordat, de bestreden beslissing in het kader van een prijsonderzoek de prijsverantwoording van de N.V. Artes Woudenberg aanvaardt waarin erop gewezen wordt dat een bepaalde prestatie die de prijszetting beïnvloedt niet werd verrekend, waarna de prijszetting van de offerte dienovereenkomstig werd aangepast;

Terwijl, de regelmatigheid van offertes dient te worden beoordeeld op grond van de offertes zelf en niet in het licht van aanvullende verklaringen die een wijziging van de offerte inhouden of essentiële aspecten, zoals prijszetting, kunnen beïnvloeden, en dit op straffe van de schending van de gelijke behandeling van de inschrijvers;

Terwijl, naar aanleiding van een prijsverantwoording ex art. 21 *juncto* art. 95 K.B. Plaatsing die verantwoording die ertoe strekt een fout in de initiële offerte toe te geven, redelijkerwijze niet kan worden aanvaard, gezien dit neerkomt op een erkenning van de door de bevraagde inschrijver opgegeven abnormale eenheidsprijs;

Terwijl, de aanbestedende overheid in het kader van een onderzoek naar abnormale prijzen niet kan overgaan tot het wijzigen van de prijszetting zonder daarbij toepassing te maken van de reglementaire uitzonderingsbepalingen die restrictief toelaten bepaalde verbeteringen in de offerte aan te brengen;

Terwijl, de aanpassing van een offerte waarbij bepaalde kosten die eerder niet werden betrokken in die offerte alsnog werden verrekend geen toegelaten loutere aanvulling of vervollediging vormt van de offerte, laat staan een rekenfout of een zuiver materiële vergissing, kwalificaties die de bestreden beslissing ook niet hanteert;

Terwijl, de formele motiveringsplicht vereist dat die feitelijke en juridische gronden die de aanbestedende overheid zouden hebben toegestaan om naar aanleiding van nieuwe gegevens de offerte te wijzigen zouden worden geëxpliciteerd, zodat het de rechtsonderhorige wordt mogelijk gemaakt om met kennis van zaken de rechtsgeldigheid van de gunningsbeslissing na te gaan;

Zodat, de bestreden beslissing die onder verwijzing naar een prijsverantwoording een offerte aanpast waarbij zogenaamde taksen voor de inname van de openbare weg alsnog worden verrekend in de prijszetting, zich hierbij steunend op de nieuwe gegevens die door de inschrijver daartoe worden aangereikt, de in het middel opgenomen wettelijke bepalingen en beginselen schendt."

12. De exceptie van de verwerende partij wegens gebrek aan het rechtens vereiste belang bij het middel, die gesteund is op dezelfde argumentatie als vermeld onder punt 5, kan om de redenen als vermeld onder punt 6 niet worden aangenomen.

13. Wanneer de aanbestedende overheid beslist de opdracht te plaatsen bij aanbesteding, dient die overeenkomstig artikel 24 van de wet overheidsopdrachten van 15 juni 2006 te worden gegund aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte heeft ingediend.

Centraal in de vraag naar de regelmatigheid van de offerte van de nv Artes Woudenberg staat te dezen de kwestie of de afwijking van de technische bepaling onder artikel 0.1. C 'Algemene inrichting – Bouwplaatsvoorzieningen – Inrichting van de bouwplaats', luidens welke "eventuele taksen voor de inname van het openbaar terrein (…) ten laste van de aannemer (vallen)", al dan niet kon worden geregulariseerd. Daartoe moet worden uitgemaakt of de afwijking een essentiële besteksbepaling betreft.

De verzoekende partij heeft geen belang bij de rest van haar betoog. De verwerende partij voert immers niet aan dat de inrekening van de kosten verbonden aan de inname van het openbaar domein door de nv Artes Woudenberg een voorstel tot verbetering inhoudt in de zin van artikel 83 van het koninklijk besluit Plaatsing, of dat er sprake zou zijn van de verbetering van materiële vergissingen in de zin van artikel 96 van het koninklijk besluit Plaatsing. Evenmin ontkent de verwerende partij dat van een leemte in de offerte van de nv Artes Woudenberg geen sprake is.

14. Het relevante artikel 95 van het koninklijk besluit Plaatsing luidt als volgt:

> "§1. De aanbestedende overheid gaat de regelmatigheid na van de offertes van de inschrijvers die aan de voorwaarden van het toegangsrecht en de kwalitatieve selectiecriteria voldoen. Ze onderzoekt de regelmatigheid, zowel op formeel als op materieel vlak.
>
> § 2. (…)
>
> § 3. Op materieel vlak is een offerte substantieel onregelmatig als ze afwijkt van de bepalingen van dit besluit of van de opdrachtdocumenten betreffende met name de prijzen, termijnen en technische specificaties, in de mate dat die bepalingen essentieel zijn, of in geval van een abnormale prijs als bedoeld in de artikelen 21 en 99.
>
> Als een offerte daarentegen niet in overeenstemming is met de andere bepalingen van dit besluit, meer bepaald met hoofdstuk 1, afdelingen 7 tot 11, en met hoofdstuk 6, afdelingen 2 tot 4, of van de opdrachtdocumenten, of nog enig voorbehoud inhoudt of elementen bevat die niet met de werkelijkheid overeenstemmen, is ze aangetast door een niet-substantiële onregelmatigheid.
>
> § 4. Een substantieel onregelmatige offerte is nietig.
>
> In geval van een niet-substantiële onregelmatigheid kan de aanbestedende overheid de offerte nietig verklaren. Als de aanbestedende overheid een offerte niet nietig verklaart, dan wordt deze offerte geacht regelmatig te zijn."

De vraag of een bepaling van het bestek essentieel is, namelijk dermate belangrijk dat de afwijking ervan onvermijdelijk tot gevolg moet hebben dat met de betrokken offerte geen rekening mag worden gehouden, dient *in concreto* in het licht van het dossier te worden beantwoord. Een afwijking van het bestek die de objectieve vergelijkbaarheid van de offertes in het gedrang brengt, lijkt alleszins te leiden tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte. Het staat voorts in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid om vast te stellen of

de afwijking al dan niet een essentiële besteksbepaling betreft. Deze beoordeling moet gesteund zijn op aanvaardbare motieven die blijken uit een zorgvuldig onderzoek.

Indien een offerte substantieel onregelmatig is, moet het bestuur die nietige offerte buiten beschouwing laten. Ter zake beschikt het niet over een discretionaire bevoegdheid.

15. De regelmatigheid van de offertes ingediend in het kader van een open aanbesteding dient te worden beoordeeld op grond van de offertes zelf en niet in het licht van aanvullende verklaringen die een wijziging van de offerte inhouden, en dit op straffe van een schending van de gelijke behandeling van de inschrijvers. Dit lijkt des te meer te gelden wanneer die aanvullingen worden verstrekt na de opening van de offertes.

16. Uit de gegevens van het dossier blijkt dat de nv Artes Woudenberg bij haar offerte een begeleidende nota had gevoegd met daarin opmerkingen inzake de post 01.C 'Algemene inrichting – Bouwplaats-voorzieningen – Inrichting van de bouwplaats'. Zij merkt daarbij op dat de facturatie voor inname van de openbare weg overeenkomstig het belastingreglement van 24 februari 2015 door de stad Gent rechtstreeks aan de bouwheer wordt verstuurd en dus ook door de bouwheer rechtstreeks aan de stad Gent moet worden betaald. Zij vervolgt om die reden in haar offerte geen bedrag te hebben opgenomen voor de inname van de openbare weg. Zij blijkt evenmin een opgave van de in te nemen oppervlakte van de openbare weg te hebben verstrekt.

In het kader van het prijsonderzoek heeft de aanbestedende overheid de nv Artes Woudenberg verzocht alsnog prijs op te geven voor de inname van de openbare weg. In haar antwoordschrijven van 4 juni 2015 begroot de nv Artes Woudenberg de taksen voor de inname van de openbare weg. De aanbestedende overheid heeft dit bedrag bijgeteld bij de initieel opgegeven prijs van post 01.C.

17. Met de verzoekende partij lijkt te moeten worden aangenomen dat de offerte van de nv Artes Woudenberg afwijkt van de in het bestek opgelegde tenlasteneming van eventuele taksen verbonden aan de inname van de openbare weg.

18. Voorts lijkt het *prima facie* een afwijking te betreffen van een besteksbepaling die betrekking heeft op een prijscomponent en aldus de prijszetting heeft beïnvloed. De prijs is een essentieel onderdeel van de offerte en vormt bij een open aanbesteding het enige gunningscriterium. De inhoud van de vraag om prijsopgave van de aanbestedende overheid van 21 mei 2015 lijkt er bovendien van blijk te geven dat de afwijking een correcte vergelijking van de inschrijvers verhindert.

De omstandigheid dat de betrokken besteksbepaling niet op straffe van nietigheid is voorgeschreven, lijkt in de gegeven omstandigheden niet van aard het essentieel karakter van het betrokken besteksvoorschrift tegen te spreken.

In zoverre de verwerende partij in haar nota verwijst naar een denkbare verwarring omtrent de toepasselijke reglementering in geval van inname van het openbaar domein, die in het voordeel van de inschrijver moet worden geïnterpreteerd, wordt dit in de huidige stand van het geding onvoldoende aangetoond. Nog afgezien van het feit dat zulks geen formeel motief uitmaakt van de bestreden beslissing, lijkt de verwerende partij eraan voorbij te gaan dat de andere regelmatig bevonden inschrijvers de kosten voor de inname van het openbaar domein wel in hun offerte hadden ingerekend.

19. In het licht van de voorgaanden lijkt in de huidige stand van het geding te moeten worden aangenomen dat de niet-naleving van het besteksvoorschrift in verband met de tenlasteneming van de taksen verbonden aan de inname van de openbare weg heeft geleid tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte van de nv Artes Woudenberg.

De argumenten van de verwerende partij dienaangaande, met name de omvang van de afwijking, de kwestie of deze al dan niet met bedrieglijk inzicht werd verricht, het "zuinigheidsbeginsel" en de daarmee gepaard gaande beweerde noodzaak om de offertes met "soepelheid" te onderzoeken, lijken aan die vaststelling geen afbreuk te kunnen doen.

20. Het toelaten om een substantiële onregelmatigheid te regulariseren door de betrokken inschrijver de kans te geven, na opening van de offertes, dit gebrek te herstellen, zowel in het kader van het prijsonderzoek, als anderszins, komt bovendien neer op het toelaten van een wijziging van de offerte die de gelijke behandeling van de inschrijvers in het gedrang lijkt te brengen.

In voorliggend geval wordt door de verwerende partij ook niet betwist dat de nv Artes Woudenberg haar prijs voor de inname van het openbaar domein onder de post 01.C, na opening van de offertes, heeft kunnen begroten met kennis van de andere totaalprijzen.

21. Om al deze redenen maakt de verzoekende partij op het eerste gezicht aannemelijk dat de verwerende partij ten onrechte heeft besloten tot de materiële regelmatigheid van de offerte van de nv Artes Woudenberg in weerwil van de vaststelling dat de kosten voor de inname van het openbaar domein niet werden ingerekend in de basisofferte van 22 april 2015.

Het enig middel is in de aangegeven mate ernstig.

22. De verzoekende partij voert aan dat de nietigheid van de offerte van de nv Artes Woudenberg noopt tot de vaststelling dat *in casu* een rechtsplicht bestond in hoofde van de verwerende partij om haar de opdracht te gunnen.

Evenwel komt de Raad van State thans, bovendien na een zeer summiere rechtspleging in uiterst dringende noodzakelijkheid, enkel tot de bevinding dat het desbetreffende middel ernstig is.

Bovendien werd ook de exceptie van de verwerende partij dat het gegrond bevinden van dat middel ook de onregelmatigheid van de offerte van de verzoekende partij met zich moet meebrengen, slechts *prima facie* afgewezen.

De aangevoerde rechtsplicht staat dan ook in de huidige stand van het geding niet vast.

Bovendien voert de verzoekende partij niet aan, en *a fortiori* toont ze niet aan, dat haar onmiddellijke belangen niet afdoende gevrijwaard worden door de schorsing van de tenuitvoerlegging van de toewijzing van de opdracht aan de nv Artes Woudenberg.

De vordering wordt verworpen in zoverre ze de schorsing van de impliciete weigeringsbeslissing betreft.

BESLISSING

1. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van "de beslissing van het directiecomité van het Havenbedrijf Gent van 6 juli 2015 waarbij ingevolge het doorlopen van een open aanbesteding voor restauratiewerken aan het Huis van de Vrije Schippers - Exterieur (bestek nr. 2013-028) de opdracht werd toegewezen aan Artes Woudenberg N.V.".

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 14 augustus 2015, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Roger Stevens,	voorzitter van de Raad van State,

bijgestaan door

Vera Wauters,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Vera Wauters	**Roger Stevens**