

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

**nr. 232.089 van 28 augustus 2015
in de zaak A. 216.558/XII-7920**

In zake: de BV onder Nederlands recht VAN BOEKEL ZEELAND
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Rika Heijse
kantoor houdend te 9000 Gent
Kortrijksesteenweg 867
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE KALMTHOUT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Gitte Laenen
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 29 juli 2015, strekt tot de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van “de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Kalmthout van 13 juli 2015, tot intrekking van de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Kalmthout van 29 juni 2015 tot gunning van de overheidsopdracht voor aanneming van werken bij wege van een open aanbesteding ‘Herinrichting winkelcentrum De Beek: fase 2 en 3 Omgevings- en rioleringswerken’ (bijzonder bestek nr. 11060) aan BV Van Boekel Zeeland”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota en een administratief dossier ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 28 augustus 2015, om 10 uur.

Staatsraad Stephan De Taeye heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Aline Heyrman, die loco advocaat Rika Heijse verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaten Yasmine D’hanis en Els Gypen, die loco advocaat Gitte Laenen 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. Feiten

3.1. De gemeente Kalmthout schrijft een overheidsopdracht uit voor de aanneming van werken met als voorwerp de “herinrichting winkelcentrum De Beek, fase 2 en 3”.

3.2. De opdracht is onderworpen aan het bijzonder bestek nr. 11060B.

3.3. De opdracht wordt oorspronkelijk geraamd op 1.522.279,97 euro, btw inbegrepen.

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

3.5. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 13 mei 2015.

3.6. De opening van de offertes vindt plaats op 19 juni 2015.

Er worden drie offertes ontvangen met volgende inschrijvingsbedragen, btw inbegrepen:

- NV Aannemingsbedrijf Aertssen: 1.317.032,09 euro;
- BV Van Boekel Zeeland: 1.219.476,57 euro;
- NV Vermetten Wegenbouw: 1.409.194,80 euro.

3.7. Op 25 juni 2015 wordt aan de verzoekende partij een e-mail gericht, met vraag om prijsverantwoording voor tal van posten, over te maken uiterlijk op 26 juni 2015.

De verzoekende partij heeft bij e-mail van 26 juni 2015 als volgt geantwoord:

“We hebben de afgelopen uren alle gevraagde posities beoordeeld en kunnen u bevestigen dat we werkzaamheden voor de door ons aangeboden eenheidsprijzen kunnen uitvoeren in volstrekte overeenstemming met de offerteformulieren en totale aanvraag.

Op een dergelijke korte termijn is het voor ons onmogelijk om elke positie separaat te onderbouwen, maar in de bijlage treft u in elk geval onze overkoepelende verklaring getekend aan.”

Ook aan de NV Aannemingsbedrijf Aertssen wordt een prijsverantwoording gevraagd naar aanleiding van een negatieve eenheidsprijs in haar offerte.

3.8. In het verslag van nazicht van niet gekende datum wordt als volgt geconcludeerd:

“Het merendeel van de eenheidsprijzen wijkt af en hiervoor is conform het rekenkundig nazicht prijsverantwoording opgevraagd bij Van Boekel Zeeland B.V. In een verklaring geeft Van Boekel Zeeland B.V. aan dat de werkzaamheden voor de door hen aangeboden eenheidsprijzen kunnen worden uitgevoerd.

Wij adviseren u Van Boekel Zeeland B.V. het werk te gunnen”.

3.9. In zitting van 29 juni 2015 beslist het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Kalmthout om, op grond van het verslag van nazicht, dat integraal deel uitmaakt van de beslissing, de opdracht te gunnen aan de verzoekende partij tegen het nagerekende inschrijvingsbedrag van 1.219.476,57 euro, btw inbegrepen.

3.10. Bij e-mailbericht van 30 juni 2015 en per aangetekend schrijven van 2 juli 2015 wordt de verzoekende partij ervan in kennis gesteld dat de opdracht aan haar is gegund met verzoek tot borgstelling. Op 15 juli 2015 voldoet de verzoekende partij aan haar verplichting tot borgstelling.

3.11. De andere inschrijvers worden er per aangetekend schrijven van 2 juli 2015 van in kennis gesteld dat de opdracht niet aan hen is gegund.

3.12. Met een e-mailbericht van 1 juli 2015 en per schrijven op 9 juli 2015 ontvangt de verwerende partij van de NV Aannemingsbedrijf Aertssen een prijsverantwoording.

3.13. Bij e-mailbericht van 6 juli 2015 en per schrijven ontvangen op 9 juli 2015 formuleert de NV Aannemingsbedrijf Aertssen volgende bezwaren tegen de gunningsbeslissing van 29 juni 2015:

- “- Prijsverantwoording van BV Van Boekel is onregelmatig, minstens niet voldoende. Een verklaring op eer dat de meegedeelde eenheidsprijzen kunnen worden geëerbiedigd met betrekking tot de uitvoering van de werken is geen overtuigende prijsverantwoording.
Zonder gedetailleerde prijsverantwoording is een correcte vergelijking van alle ingediende offertes immers onmogelijk waardoor de gelijkheid der inschrijvers en eerlijke mededinging wordt geschonden.
De offerte van BV Van Boekel Zeeland diende aldus als onregelmatig te worden geweerd, minstens diende een bijkomende prijsverantwoording te worden gevraagd.
- Niet eerbiediging van de termijn conform artikel 21 KB plaatsing. U verzocht NV Aannemingsbedrijf Aertssen om een prijsverantwoording op 29 juni 2015, de dag waarop de gunningsbeslissing werd genomen.
Niettegenstaande hetgeen in het verslag wordt vermeld, heeft NV Aannemingsbedrijf Aertssen op 1 juli 2015 haar prijsverantwoording per e-mail ingediend. U treft deze nogmaals in bijlage aan deze brief.
Deze prijsverantwoording is u aldus binnen de in artikel 21 KB Plaatsing gestelde termijn van 12 kalenderdagen (termijn dewelke thans zelfs nog niet verstreken is!) bezorgd.”

3.14. Op 13 juli 2015 beslist het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Kalmthout de gunningsbeslissing van 29 juni 2015 in te trekken om de volgende redenen:

“Overwegende dat de firma Aertssen na betekening van de sluitingsbrief en het versturen van de niet-gunningsbrieven op datum van 2 juli 2015, bezwaar heeft ingediend per mail op 6 juli 2015 en per post op 9 juli 2015 tegen de gunning, naar aanleiding van onregelmatigheden bij de procedure, meer bepaald tegen de onvoldoende overtuigende prijsverantwoording van abnormale prijzen per post door de firma Van Boekel Zeeland BV en de onvoldoende tijd die werd gegeven voor het opmaken van deze prijsverantwoording;

Overwegende dat de dienst Openbare Werken van oordeel is dat de eerder vermelde bezwaren die door de firma Aertssen gesteld werden, terecht zijn;

Gelet op het voorstel van de dienst Openbare Werken om de gunning aan de firma Van Boekel Zeeland van 29 juni 2015 in te trekken en aan elke inschrijver een gedetailleerde prijsverantwoording van abnormale prijzen te vragen;

[...]

Overwegende dat het college van burgemeester en schepenen zich akkoord kan verklaren met het voorstel van de dienst Openbare Werken om de gunningsbeslissing met betrekking tot de opdracht ‘Herinrichting winkelcentrum De Beek: fase 2 en 3 – Omgevings en rioleringswerken’ in te trekken omwille van bovenvermelde redenen;”

Dit is het bestreden besluit.

3.15. Per aangetekend schrijven van 14 juli 2015 worden de verzoekende partij en de andere inschrijvers in kennis gesteld van de bestreden intrekkingsbeslissing.

3.16. Nog per aangetekend schrijven van 14 juli 2015 worden alle inschrijvers verzocht om een prijsverantwoording in te dienen vóór 7 augustus 2015.

De verzoekende partij en de NV Aannemingsbedrijf Aertssen dienen tijdig een prijsverantwoording in.

3.17. Bij beslissing van 24 augustus 2015 wordt de opdracht door het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Kalmthout opnieuw aan de verzoekende partij gegund.

IV. Ontvankelijkheid

4. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over de door de verwerende partij opgeworpen ontvankelijkheidsexceptie uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak over die exceptie zou alleen nodig zijn indien zou komen vast te staan dat de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

V. Schorsingsvoorwaarden

5.1. 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.

5.2. 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 beslissing 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 beslissing kunnen verantwoorden.

VI. Onderzoek van het enig middel

A. Het aangevoerde enig middel

6. De verzoekende partij roept als enig middel de schending in van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, meer bepaald het zorgvuldigheids-, vertrouwens-, rechtszekerheids- en motiveringsbeginsel, alsook van artikel 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ en artikel 30 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' (hierna : de wet van 17 juni 2013):

“Doordat de verwerende partij de gunningsbeslissing d.d. 29 juni 2015 tot gunning van de overheidsopdracht voor aanneming van werken bij wege van een open aanbesteding ‘Herinrichting winkelcentrum De Beek: fase 2 en 3 Omgevings- en rioleringswerken’, in het kader van het bijzonder bestek nr. 11060, bij beslissing d.d. 13 juli 2015 intrekt;

Terwijl de overeenkomst tot aanneming van werken tussen de verwerende en de verzoekende partij reeds op 2 juli 2015 is gesloten, zijnde de datum waarop de gunningsbeslissing per ter post aangetekende brief aan BV Van Boekel Zeeland is verzonden;

En terwijl door die contractsluiting de rechten die de gunningsbeslissing d.d. 29 juni 2015 toekent, op definitieve wijze tot stand zijn gekomen, nu in toepassing van artikel 30 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, de overeenkomst voor aanneming van werken die voor een bedrag lager dan de helft van het Europese drempelbedrag wordt gesloten, door de verhaalinstantie niet meer kan worden geschorst of onverbindend verklaard; Dat het bestuur dan ook niet zorgvuldig is wanneer het in deze omstandigheid een gunningsbeslissing waarop een definitief contract is gesteund alsnog intrekt;

En terwijl blijkt dat de bestreden intrekkingsbeslissing geen draagkrachtig motieven bevat die staven dat de gunningsbeslissing door een dermate ernstige onregelmatigheid zou zijn aangetast, die redelijkerwijze zouden nopen tot een intrekking van de gunningsbeslissing. Dat de houding van het bestuur regelrecht ingaat tegen de gewekte indruk van aanvaarding van regelmatigheid van de offerte van verzoekende partij en tegen de gewekte verwachting dat gevolg wordt gegeven aan de opdracht, door de opstart van de uitvoering, temeer verzoekende partij reeds de gevraagde borgtocht heeft gesteld.

Zodat de gunningsbeslissing d.d. 29 juni 2015 conform vaststaande rechtspraak van de Raad van State een regelmatige administratieve rechtshandeling is die rechten heeft verleend en die bijgevolg niet meer kan worden ingetrokken.”

B. Beoordeling

7.1. De partijen lijken niet te betwisten, en uit het dossier blijkt *prima facie* voldoende, dat de ingetrokken gunningsbeslissing een bestuurshandeling is die rechten heeft gecreëerd.

7.2. Een onregelmatige administratieve rechtshandeling die rechten toekent kan op geldige wijze worden ingetrokken indien en voor zover een uitdrukkelijke wetsbepaling de intrekking toelaat. Bij ontstentenis van enige wetsbepaling kan zij slechts worden ingetrokken, enkel op rechtmatigheidsgronden, hetzij binnen de termijn bepaald voor het instellen van een annulatieberoep bij de Raad van State en, indien een ontvankelijk annulatieberoep is ingesteld, tot de sluiting van de debatten, hetzij te allen tijde, als die handeling door bedrog is uitgelokt of door een zodanige onregelmatigheid is aangetast dat zij voor onbestaande moet worden gehouden.

7.3. De omstandigheid dat artikel 30, derde lid, van de wet van 17 juni 2013 bepaalt dat de opdracht, zodra deze is gesloten, niet meer kan worden geschorst of onverbindend verklaard door de verhaalinstantie, lijkt aan het voormelde *prima facie* geen afbreuk te doen. Deze bepaling richt zich op het eerste gezicht niet tot de aanbestedende overheid, maar tot de justitiële rechter.

7.4. De bestreden gunningsbeslissing moet worden beschouwd als een administratieve rechtshandeling die van het daarop gesteunde contract afsplitsbaar is. Met haar betoog dat de aanbestedende overheid, in het licht van het meervermelde artikel 30, derde lid, op “zorgvuldige wijze discretionair moet oordelen” op welk tijdstip zij tot contractsluiting overgaat, maakt de verzoekende partij nog niet aannemelijk dat deze bepaling of het zorgvuldigheids-, vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel, er zich tegen verzetten dat de aanbestedende overheid, mits naleving van de onder randnummer 7.2 vermelde voorwaarden, de aan de contractsluiting voorafgaande gunningsbeslissing intrekt.

Evenmin lijkt de verzoekende partij in deze stand van het geding te kunnen worden bijgevalen in haar standpunt dat in de omstandigheid als bedoeld in artikel 30 van de wet van 17 juni 2013 enkel een bestuurshandeling die is behept met een dermate grove of manifeste onregelmatigheid dat zij voor “onbestaande” moet worden gehouden, vatbaar is voor intrekking.

7.5. Blijven de vragen of de termijn voor het intrekken van de gunningsbeslissing is gerespecteerd en of de bestreden intrekkingbeslissing gesteund is op feitelijk juiste en in rechte aanvaardbare motieven.

7.6. Het lijkt door partijen niet te worden betwist dat de gunningsbeslissing van 29 juni 2015 is ingetrokken vóór het verstrijken van de termijn waarbinnen tegen deze beslissing een beroep bij de Raad van State kon worden ingesteld.

7.7. Het volstond in beginsel dan ook dat de gunningsbeslissing van 29 juni 2015 door een onregelmatigheid was aangetast opdat het bestuur haar vermocht in te trekken.

De bestreden intrekkingbeslissing verwijst wat dit laatste betreft naar de onvoldoende overtuigende prijsverantwoording van schijnbaar abnormale prijzen door de verzoekende partij en de onvoldoende tijd die werd gegeven voor het opmaken van deze prijsverantwoording.

7.8. Indien na het nemen van de gunningsbeslissing, in dit geval naar aanleiding van een klacht door een andere inschrijver, blijkt dat het gevoerde prijsonderzoek niet naar behoren is verricht, kan dit een geldige reden uitmaken om de gunningsbeslissing in te trekken.

De verzoekende partij toont op het eerste gezicht niet met de vereiste *prima facie* ernst aan dat het bestuur ten onrechte tot de voormelde conclusie is gekomen. De “prijsverantwoording” van de verzoekende partij bestaat te dezen immers uit niet meer dan een controle van de aangeboden eenheidsprijzen en een schriftelijke prijsbevestiging. In dat verband wijst de verzoekende partij er in haar e-mailbericht overigens zelf op dat het voor haar “op een dergelijke korte termijn” - van *in casu* één dag - “onmogelijk [is] om elke positie separaat te onderbouwen”. Ten overvloede dient er op gewezen dat artikel 21, § 3, tweede lid, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘inzake plaatsing overheidsopdrachten

klassieke sectoren' de inschrijver een termijn van minstens twaalf kalenderdagen voor het indienen van een prijsverantwoording toekent.

Noch het oorspronkelijk uitblijven van een bezwaar van de inschrijvers tegen de opgelegde termijn om een prijsverantwoording in te dienen, noch het mogelijks ongewijzigd blijven van de oorspronkelijke rangschikking na herevaluatie, noch het initieel afdoende bevinden van de prijsbevestiging van de verzoekende partij door het bestuur, noch de verscheidenheid van de eenheidsprijzen bij de inschrijvers, tonen op het eerste gezicht de ontoereikendheid van de genoemde motieven van de bestreden intrekkingbeslissing aan.

7.9. Het enig middel is niet ernstig.

VII. Besluit

8. Bij afwezigheid van een ernstig middel dient de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid te worden afgewezen.

VIII. Kosten

9. De kosten van het beroep, met inbegrip van een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, verschuldigd aan de verwerende partij als in het gelijk gestelde partij, dienen te laste van de verzoekende partij te worden gelegd.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

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

Stephan De Taeye,
bijgestaan door

Elisabeth Impens,

De griffier

Elisabeth Impens

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De voorzitter

Stephan De Taeye