

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 234.161 van 17 maart 2016
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 (IGEMO)
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 het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 23 april 2015, strekt tot de nietigverklaring 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 memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Eerste auditeur Ann Eylenbosch heeft een verslag opgesteld.

De verwerende partij en de verzoekende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 8 maart 2016.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Frederik Cornette, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Alexander Peytchev, die 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 Intergemeentelijke Vereniging voor Ontwikkeling van het Gewest Mechelen en Omgeving, kortweg IGEMO, schrijft een open aanbesteding uit voor de aanneming van werken met als voorwerp “Woonproject Maenhoevevelden te Sint-Katelijne-Waver W&R fase 1A”. Het betreft wegenis- en rioleringswerken. 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 door 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 ($\pm 4441 \text{ m}^3$), 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/beton-centrale/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 vervolgens 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.”

Uiteindelijk 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.

3.7. Bij arrest nr. 230.820 van 10 april 2015 werd de kwestieuze gunningsbeslissing in haar tenuitvoerlegging geschorst.

IV. Onderzoek van het enige middel

Standpunt van de partijen

4.1. 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.”

In 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 toedeling 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.

In 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 van 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.

4.2. De verwerende partij antwoordt in haar memorie van antwoord 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 deputatie. De loutere vaststelling dat de verkavelingsvergunning van 11 augustus 2014 niet formeel deel uitmaakt van de opdrachtdocumenten, doet geen afbreuk aan het voorgaande. “De wettelijke randvoorwaarden (*i.e.* verkavelingsvoorwaarden) die ten grondslag liggen aan onderhavige opdracht worden immers uiteengezet in voormelde vergunning. De eigenlijke realisatiewijze van deze opdracht, zoals uiteengezet in de opdrachtdocumenten, is dan ook onlosmakelijk verbonden met deze dwingende voorwaarden.”

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.” Het risico op een speculatieve prijszetting op post 20 wordt door de prijsverantwoording van de verzoekende partij geenszins geneutraliseerd. “Post 20 betreft immers een post waarvoor meerdere inschrijvers (en niet enkel verzoekende partij) een schijnbaar speculatieve prijs hebben opgegeven.” “De verwerende partij had dan ook geen enkel comfort [sic] dat de door alle inschrijvers opgegeven prijzen voor post 20 hetzelfde zou[den] geweest zijn, indien niet kon worden geweten dat post 20 allicht zou komen te vervallen.” Post 20 is derhalve op gelijke wijze ten aanzien van alle inschrijvers –en niet enkel ten aanzien van verzoekende partij– geschrapt.

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”.

4.3. In haar memorie van wederantwoord merkt de verzoekende partij op dat het antwoord op de vraag of de uitgeschreven opdracht al dan niet onlosmakelijk is verbonden met de dwingende voorwaarden van een verkavelingsvergunning, niet ter zake doet. De verwerende partij kan niet zomaar, ook al zou de uitgeschreven opdracht niet conform de verkavelingsvergunning zijn, na inschrijving en vóór de toebedeling van de opdracht bepaalde posten buiten beschouwing laten.

In de eerste plaats, zo vervolgt zij, is er het gegeven dat de verkavelingsvergunning die de verwerende partij ter verantwoording van haar beslissing inroept, geen deel uitmaakt van de opdracht of de besteksbepalingen: “de inschrijvers hadden hiervan dan ook geen enkele kennis”. “De omstandigheid dat deze vergunning de inschrijvers onbekend was, betekent dan ook dat de argumentatie aangaande de vermeende speculatie in hoofde van bepaalde inschrijvers, waaronder verzoekster, geen hout snijdt.”

Voorts waren de redenen waarop de verwerende partij zich beroept om een post te schrappen bij haar eindevaluatie reeds gekend op het ogenblik van het uitreiken van het bestek en a fortiori zelfs op het ogenblik dat zij een prijsverantwoording heeft gevraagd bij de verzoekende partij. “Op geen enkel van deze tijdstippen heeft IGEMO zich blijkbaar bekommerd om de ‘stringente’ verkavelingsvoorwaarden, laat staan dat deze een onderdeel zouden hebben gemaakt van de opdrachtdocumenten.” De verzoekende partij voegt hieraan toe dat het regelmatig bevinden van haar offerte na aanvaarding van haar prijsverantwoording strijdt met het schrappen van post 20 om reden van speculatie.

4.4. In haar laatste memorie merkt de verwerende partij op dat zij krachtens het beginsel van de eerlijke mededinging over de mogelijkheid beschikt een post te schrappen die strijdig is met de opdrachtdocumenten.

Voorts beklemtoont zij dat er hier wel sprake is van een tegenstrijdigheid in de opdrachtdocumenten. “[D]e loutere vaststelling dat de verkavelingsvergunning niet formeel deel uitmaakt van de opdrachtdocumenten [doet] niet besluiten dat er geen sprake kan zijn van een daadwerkelijke *de facto* tegenstrijdigheid, hetgeen een risico op speculatieve prijszetting heeft teweeggebracht *in casu*.” De eigenlijke realisatiewijze van de opdracht is onlosmakelijk verbonden met de verkavelingsvoorwaarden waaronder de voorwaarde dat er geen grond van elders mag worden aangebracht.

De verwerende partij beroept zich op het arrest nr. 230.466 van 3 maart 2015 waaruit zij meent te kunnen afleiden dat een aanbestedende overheid mag overgaan tot het schrappen van 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 geval hier waarbij het gaat om een post die strijdt met een dwingende voorwaarde, is niet anders te behandelen.

Voorts wijst de verwerende partij er opnieuw op dat er sprake kan zijn van speculatie. Doordat de meetstaat een post bevatte die nooit zou kunnen worden uitgevoerd, konden de inschrijvers ervan uitgaan dat deze post

nooit zou worden uitgevoerd wat “de prijszetting onvermijdelijk [heeft] kunnen bepalen”. Het was dan ook aangewezen de post voor iedereen te schrappen.

Ook merkt de verwerende partij op dat het feit dat zij reeds bij de bekendmaking van de opdracht weet had van de bewuste verkavelingsvoorwaarde, niets ter zake doet. Mocht post 20 niet in de meetstaat zijn opgenomen, dan had dit geen effect voor de verzoekende partij; zij zou niet de eerste zijn gerangschikt.

Concluderend stelt de verwerende partij dat “een aanbestedende overheid een post die de vergelijkbaarheid van de offertes ernstig in het gedrang brengt doordat zij manifest strijdig is met een wettelijke (rand)voorwaarde op rechtmatige wijze [dient] te schrappen”.

Beoordeling

5. In het arrest nr. 230.820 waarbij de gunningsbeslissing in haar tenuitvoerlegging werd geschorst, overwoog de Raad als volgt:

“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.

Slotsom 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.”

Deze overwegingen worden hier uitdrukkelijk herhaald en bijgevalen om de volgende redenen.

De verwerende partij slaagt er in haar memories niet in aannemelijk te maken dat de verkavelingsvoorwaarden deel uitmaken van de opdrachtdocumenten zoals die ter beschikking moesten zijn van de inschrijvers. Deze voorwaarden waaronder de kwestieuze voorwaarde inzake het bewuste grondverzet, zijn tijdens de gunningsprocedure nooit door de verwerende partij als deel van de opdrachtdocumenten aangewezen niettegenstaande ze haar reeds vóór de publicatie van de opdracht bekend waren. De verwerende partij heeft alle inschrijvers prijs laten geven voor het geheel van de opdracht, deze post 20 inbegrepen, zonder dat zij hen op de hoogte heeft gebracht van het feit dat deze post niet kon worden uitgevoerd. De verwerende partij slaagt er niet in de door haar beweerde speculatie aan te tonen aangezien zij nergens ook maar enigszins aannemelijk maakt dat de één of andere inschrijver voorkennis van de problematiek inzake post 20 had of kon hebben; in de mate dat de verwerende

partij dit element in verband brengt met de door haar beweerde drijfveer om geen rekening te houden met post 20, namelijk het vrijwaren van de eerlijke mededinging, is deze drijfveer dan ook niet dienstig. De handelwijze van de verwerende partij tijdens de gunningsprocedure waarbij zij een prijsonderzoek voert specifiek voor post 20 bij de offerte van de verzoekende partij en waarbij zij alle offertes regelmatig beoordeelt, wijst evenmin in de richting van een niet laten uitvoeren van post 20, integendeel. Overigens toont de verwerende partij niet aan dat de eerlijke mededinging hier in het gedrang is.

De opmerking van de verwerende partij dat “zelfs in de veronderstelling [dat] de betrokken post 20 van meet af aan nooit in de opdracht-documenten / meetstaat was opgenomen [dit] geen enkele impact [zou] kunnen hebben gehad op de uiteindelijke rangschikking” waarbij zij lijkt te insinueren dat de verzoekende partij een identieke offerte wat de andere posten betreft zou hebben ingediend, mocht zij voor post 20 niet hebben moeten bieden, wordt wegens haar hypothetisch karakter niet aanvaard. De opmerking lijkt overigens in tegenspraak met de opmerking van de verwerende partij dat post 20 de prijszetting van de offerte heeft kunnen bepalen.

Ten slotte, in de mate dat de verwerende partij zich in haar laatste memorie beroept op het arrest 230.466 van 3 maart 2015, moet worden vastgesteld dat zij dit niet dienstig doet. In dat arrest is er sprake van een tegenstrijdigheid in de opdracht-documenten wat hier niet het geval is.

De conclusie is dan ook dat de motieven die de verwerende partij aanbrengt om in de gegeven omstandigheden toch te gunnen en bij de beoordeling van de offertes post 20 niet te betrekken, niet kunnen worden aanvaard.

Deze overwegingen verantwoorden de nietigverklaring van de gunningsbeslissing.

In de mate dat de verzoekende partij de nietigverklaring van de impliciete beslissing de opdracht niet aan haar te gunnen zou vorderen, wordt het volgende opgemerkt.

In het auditorsverslag wordt op gemotiveerde wijze de uitdrukkelijke verworping van dit deel van het beroep voorgesteld. De verzoekende partij weerspreekt deze conclusie niet, niettegenstaande deze verworping ook al vervat was in het tussengekomen schorsingsarrest. Alleen al om die reden wordt dit deel van het beroep verworpen.

V. Kosten

6. Er is te dezen grond om met toepassing van artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en artikel 67, § 1, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’, de verzoekende partij de door haar in haar laatste memorie gevraagde rechtsplegingsvergoeding van 700 euro toe te kennen, nu zij als in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van IGEMO van 27 februari 2015 waarbij werd besloten om de opdracht voor de aanneming van werken ‘Woonproject Maenhoevevelden te Sint Katelijne Waver – W & R -fase 1A’ te gunnen aan de bvba Gebroeders Van Den Bogerd.

2. De Raad van State verworpt het beroep voor het overige.

3. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing en het beroep tot nietigverklaring, begroot op 400 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verzoekende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 17 maart 2016,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest