RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

nr. 235.412 van 12 juli 2016
in de zaak A. 219.486/XII-8168

In zake: de BVBA BALDEWIJNS & CO
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Philippe Van Wesemael
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 235
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Kris Wauters
kantoor houdend te 1170 Brussel
Terhulpsesteenweg 187
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de NV AANNEMINGEN CARMANS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Johan Vanmuysen
kantoor houdend te 3500 Hasselt
Koningin Astridlaan 79
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 14 juni 2016, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “het besluit van onbekende datum van Afdelingshoofd Ir. Gijs Moors van het Agentschap Wegen en Verkeer, afdeling Limburg, waarbij de offerte van verzoekster onregelmatig wordt bevonden en wordt geweerd en de opdracht voor de aanleg van een

carpoolparking in Heusden-Zolder gegund wordt aan de NV Aannemingen Carmans voor een bedrag van 202.241,52 euro (btw excl.).”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 23 juni 2016 heeft de nv Aannemingen Carmans gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 5 juli 2016, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Yannick Ballon, die *loco* advocaat Philippe Van Wesemael verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Kris Wauters, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Dieter Torfs, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederic Eggermont 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. Het Agentschap Wegen en Verkeer Limburg, schrijft in naam en voor rekening van het Vlaamse Gewest, een opdracht voor een aanneming van werken uit met als voorwerp “Heusden-Zolder Aanleg en ontsluiting van Carpoolparking N729 : Terlaemenlaan x Snelwegstraat”.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 14 oktober 2015.

De gekozen gunningsprocedure is de openbare aanbesteding.

3.3. Op 20 november 2015 vindt de opening der offertes plaats. Acht inschrijvers, waaronder de verzoekende partij, dienen een elektronische offerte in.

3.4. Bij aangetekende brief van 23 november 2015 vraagt de verwerende partij, met toepassing van artikel 21, § 3, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 'plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren' (hierna: koninklijk besluit Plaatsing), aan de verzoekende partij om een prijsverantwoording te geven voor de eenheidsprijs van "post 42: Gewassen waterdoorlatende betonstraatstenen, wit met kleurondersteunende granulaten, met drainageopeningen, 80 mm". Benadrukt wordt dat deze verantwoording "enkel gebaseerd [mag] zijn op objectieve factoren".

Bij brief van 3 december 2015 bezorgt de verzoekende partij een prijsverantwoording aan de verwerende partij, waarbij zij het volgende meedeelt:

> "Bij nazicht van onze eenheidsprijs is gebleken dat het hier om een materiële vergissing gaat.
> Door onze calculatiedienst werd de eenheidsprijs per lm gebruikt ipv de stukprijs.
> Als we er van uit gaan dat er 2 stuks/lm geplaatst worden, komt onze aangepaste stukprijs op
> 14, 75€/st.
> […]
> Post 42 Gewassen waterdoorlatende betonstraatstenen, wit met kleurondersteunende granulaten, met drainageopeningen, 80 mm VH stuk 330 x 14,75€/st = 4867.5€".

3.5. In het gunningsverslag wordt in het kader van het onderzoek naar de materiële regelmatigheid en inzonderheid aangaande het prijzenonderzoek dat daar deel van uitmaakt het volgende geoordeeld:

> "Prijsonderzoek

Voor post 42 werd voor inschrijver Baldewijn NV vastgesteld dat zijn opgegeven prijs sterk afwijkt van zowel de door de aanbestedende overheid voorziene raming als van de door de andere inschrijvers opgegeven eenheidsprijzen (vermoeden van een abnormaal hoge inschrijvingsprijs).
Om die reden werd een verzoek tot prijsverantwoording gericht aan deze inschrijver op basis van art. 21 §3 KB Plaatsing. Door Baldewijns NV wordt vervolgens aangegeven dat er sprake is van een materiële vergissing t.g.v. een fout van de calculatiedienst waarbij de eenheidsprijs per lm werd gebruikt i.p.v. de stukprijs. Er wordt uitgegaan van 2 stuks/lm en men voorziet daarom in een aangepaste eenheidsprijs (wijziging van de eenheidsprijs).
Gelet op het feit dat de inschrijver middels zijn prijsverantwoording een wijziging aanbrengt aan zijn offerte na de opening van de offertes, hetgeen absoluut niet toegelaten is, zijn wij verplicht deze offerte als onregelmatig te beschouwen.
Om bovenstaande reden wordt de offerte van inschrijver Baldewijns NV aangemerkt als onregelmatig, zij wordt bijgevolg geweerd.
De offerte van de 2de inschrijver in de rangschikking wordt tevens onderworpen aan een prijsonderzoek. Er worden daarbij echter geen onregelmatigheden vastgesteld.
Er werden verder geen onregelmatigheden vastgesteld."

3.6. "Gelet op de motieven uit het onderzoek en de beoordeling zoals […] omstandig [in het verslag] beschreven", beslist het optredend afdelingshoofd vervolgens op ongekende datum de opdracht te gunnen aan de nv Aannemingen Carmans voor een bedrag van 202.241,52, btw niet inbegrepen, of voor een bedrag van 244.712,24 euro, btw inbegrepen.

In dat besluit zijn de bestreden beslissingen vervat.

De verwerende partij deelt aan de verzoekende partij met een brief 31 mei 2016 gedateerd mee dat haar offerte "onregelmatig is bevonden en geweerd werd". De "motieven voor wering van [de] offerte " worden volgens die brief teruggevonden in "het als bijlage gevoegde uittreksel van de gemotiveerde gunningsbeslissing".

IV. Tussenkomst

4. De nv Aannemingen Carmans blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet haar verzoek tot tussenkomst worden ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van het beroep

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

VI. Schorsingsvoorwaarden

6.1. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

6.2. Te dezen is evenwel 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 beslissingen kunnen verantwoorden.

VII. Onderzoek van het enige middel

Uiteenzetting van het middel

7. De verzoekende partij voert in een enig middel de schending aan van:

> "van de artikelen 21 en 95 van het Koninklijk Besluit plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren van 15 juli 2011 (hierna KB Plaatsing), […] van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen, […] van de artikelen 4, 8° en 5, 8° en 9° van de Wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, […] van het Europeesrechtelijk non-discriminatie- en transparantiebeginsel, […] van de materiële motiveringsplicht, en […] van het gelijkheids-, het zorgvuldigheids-, het vertrouwensbeginsel en het patere legem quam ipsi fecisti-beginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur,
> Doordat de bestreden beslissing van oordeel is dat de door verzoekster opgegeven prijsverantwoording een wijziging zou inhouden van haar offerte,
> Terwijl conform artikel 96 §1 KB Plaatsing de aanbestedende overheid vooreerst de rekenfouten en de kennelijk materiële fouten in de offertes verbetert,
> En terwijl daarnaast de aanbestedende overheid de verplichting heeft om een in toepassing van artikel 21 §3 KB Plaatsing gegeven prijsverantwoording zorgvuldig te onderzoeken,
> En terwijl uit de door verzoekster opgegeven prijsverantwoording blijkt dat de opgegeven eenheidsprijs voor post 42 'Gewassen waterdoorlatende betonstraatstenen, wit met kleurondersteunende granulaten, met drainageopeningen' een materiële vergissing bevatte,
> En terwijl in casu verzoekster moet vaststellen dat de motivering in het gunningsverslag om haar prijsverantwoording te verwerpen niet afdoende en onredelijk is."

Toegelicht wordt dat het aan de aanbestedende overheid toekomt om met toepassing van artikel 96 koninklijk besluit Plaatsing een bepaalde post te onderzoeken en te beslissen of de offerte wordt verbeterd of niet. Te dezen heeft de verwerende partij vastgesteld dat de door verzoekster voor post 42 opgegeven prijs sterk afweek van zowel haar eigen raming als van de door de andere inschrijvers opgegeven eenheidsprijzen. Bij dit onderzoek kon de verwerende partij volgens de verzoekende partij enkel vaststellen dat de door haar opgegeven eenheidsprijs eenvoudigweg niet per stuk kon zijn, nu deze het dubbele bedroeg van de eigen raming en de door andere inschrijvers opgegeven prijs per stuk. Volgens de verzoekende partij moet eveneens worden vastgesteld dat uit de bestreden beslissing niet blijkt of de verwerende partij met toepassing van artikel 96 koninklijk besluit Plaatsing de litigieuze post effectief heeft onderzocht, welke beslissing zij vervolgens heeft genomen, laat staan op grond van welke motieven zij deze beslissing zou hebben genomen. Integendeel heeft de verwerende partij zich beperkt tot een vraag om prijsverantwoording conform artikel 21, § 3, koninklijk besluit Plaatsing.

De verzoekende partij betwist voorts dat de door haar bezorgde prijsverantwoording een wijziging zou vormen van haar offerte. Zij heeft enkel en alleen een prijs per meter opgegeven in plaats van een prijs per stuk. Één meter is exact twee stuks, vandaar dat de opgegeven prijs exact het dubbel bedraagt van hetgeen door de verwerende partij werd verwacht. Het is dan ook duidelijk dat dit een loutere vergissing betreft, en geen abnormale prijs. De begane materiële vergissing kan overigens ook perfect worden verklaard door onduidelijkheden in het bestek voor post 42 “waterdoorlatende betonstraatstenen”: de meetmethoden voor de hoeveelheden worden niet vermeld, terwijl dit bij andere posten uit het bestek wel het geval is.

De verzoekende partij betoogt ook nog dat zij uit de meegedeelde motivering niet kan afleiden om welke redenen de verwerende partij de prijsverantwoording onaanvaardbaar vindt. Te dezen beperkt de verwerende partij zich tot de vaststelling dat de aangevoerde materiële vergissing een wijziging zou inhouden van de oorspronkelijke offerte. Nochtans kan niet worden ontkend dat de prijsverantwoording concreet gestaafd is met cijfermatige gegevens en daar

eens te meer uit blijkt dat de verzoekende partij een louter materiële vergissing heeft begaan door de prijs per meter op te geven in plaats van de prijs per stuk.

Beoordeling

8. Het middel wordt geheel opgebouwd vanuit de aanname dat in de offerte van de verzoekende partij de geboden prijs op een volgens haar "materiële vergissing" berust.

9. De verzoekende partij heeft in haar prijsverantwoording van 3 december 2015 aldus meegedeeld dat bij nazicht van de prijs is gebleken "dat het hier om een materiële vergissing gaat" doordat haar "calculatiedienst […] de eenheidsprijs per lopende meter [heeft] gebruikt [in plaats van] de stukprijs". De verzoekende partij besluit dat "[a]ls we er van uitgaan dat er 2 stuks/lm geplaatst worden" de "aangepaste stukprijs op 14.75€/stuk" komt. Zij had in haar offerte als eenheidsprijs voor deze post 29,50 euro opgegeven.

De verwerende partij heeft deze verbetering van de prijs niet aanvaard, omdat aldus een wijziging zou worden aangebracht aan de door de verzoekende partij aanvankelijk opgegeven eenheidsprijs voor post 42 van de meetstaat. Hieruit lijkt impliciet doch zeker te moeten worden afgeleid dat de verwerende partij niet de toepassing aanvaardde van artikel 96, § 1, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 'plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren', op grond waarvan "zuiver materiële fouten" in de offertes mogen worden verbeterd door de aanbestedende overheid.

10. De opmetingstaat gevoegd bij het bestek vult wat betreft post 42 "Gewassen waterdoorlatende betonstraatstenen, wit met kleurondersteunende granulaten, met drainageopeningen, 80 mm (zandkleur)" als eenheid "stuk" in en als aantal "330,00". De argumentatie van de verzoekende partij dat het bestek niet de meeteenheid voor de hoeveelheden vermeldt, kan dus niet worden bijgevallen.

11. In de opmetingstaat zijn nog enkele andere posten opgenomen waarin een prijs moet worden opgegeven voor betonstraatstenen, te weten: post 39 – 'Onbehandelde betonstraatstenen, grijs, 220 x 110, 80 mm (fietsenstalling)'; en

post 41 – ‘Gewassen waterdoorlatende betonstraatstenen, gekleurd met kleurondersteunende granulaten, met drainageopeningen, 80 mm (zandkleur)’.

Posten 39 en 41 hebben als eenheid een oppervlaktemaat, te weten m², terwijl post 42 voor de betonstraatstenen zoals reeds vastgesteld, als eenheid “stuk” vermeldt (hoeveelheid: “330”). Er is aldus nergens sprake van een eenheidsprijs per (lopende) meter, maar wel van een prijs per m², ofwel van een prijs per stuk.

12. De verzoekende partij had in de opmetingstaat voor post 42 oorspronkelijk 9.735 euro als totaal ingevuld. In de prijsverantwoording beweert zij en zij bevestigt ter terechtzitting dat zij daarin verkeerdelijk een eenheidsprijs per “lm" heeft ingevuld in plaats van de stukprijs. Zij beweert voorts dat als er vanuit wordt gegaan dat er twee stuks per “lm" worden geplaatst, de stukprijs (14,75 euro) en de totale prijs (4867 euro) bedraagt dus de helft van de opgegeven prijs (29,50 euro respectievelijk 9735 euro). Een eenheidsprijs per (lopende) meter werd echter nooit gevraagd voor de betonstraatstenen. De verzoekende partij verduidelijkt niet waarom zij een prijs zou opgeven per lopende meter, indien voor de andere betonstraatstenen nergens sprake is van lopende meter.

Bovendien meldt zij in de prijsverantwoording dat de prijs komt op 14,75 euro per stuk “[a]ls we er van uit gaan dat er 2 stuks/lm geplaatst worden”. In het verzoekschrift beweert de verzoekende partij dat één meter “exact” twee stuks is. Het lijkt echter vreemd dat gelet op hun gebruikelijke standaardafmetingen er maar twee klinkers per (lopende) meter kunnen worden geplaatst.

Uit hetgeen voorafgaat volgt dat de verzoekende partij niet aantoont dat de aanbestedende overheid haar aangepaste stukprijs had dienen te beschouwen als een verschrijving, begaan bij de materiële verrichtingen die gepaard gaan met het opstellen van een offerte zoals uitschrijven, invullen, overbrengen van cijfergegevens.

13. Het uitgangspunt van het enige middel, dat er te dezen sprake is van een “zuiver materiële fout” in de zin van het voormelde artikel 96,§1,

koninklijk besluit Plaatsing lijkt aldus niet aangetoond. Evenmin lijkt aldus de onrechtmatigheid vast te staan van het oordeel van de aanbestedende overheid, dat er sprake was van een substantiële onregelmatigheid doordat na de opening van de offertes, de offerte van de verzoekende partij gewijzigd was.

14. De voorgaande vaststellingen volstaan om het middel niet ernstig te bevinden.

VIII. Besluit en kosten

15.1. Het enige middel is niet ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

15.2. 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 verwerende partij de door haar gevraagde rechtsplegingsvergoeding van 700 euro toe te kennen, nu zij door de verwerping van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid als de in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

In zoverre ook de tussenkomende partij een rechtsplegingsvergoeding vordert, wordt erop gewezen dat zij, overeenkomstig het uitdrukkelijk bepaalde in artikel 30/1, § 2, laatste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, niet voor deze vergoeding in aanmerking komt.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Aannemingen Carmans tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. 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.
De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op een rolrecht van 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 12 juli 2016, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,

bijgestaan door

Silja Doms,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Silja Doms	**Dierk Verbiest**