RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

nr. 235.558 van 28 juli 2016
in de zaak A. 219.599/XII-8179

In zake: de NV GABECON
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Isabelle Cooreman
kantoor houdend te 1082 Brussel
Keizer Karellaan 586 bus 9
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de HOGESCHOOL GENT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Sofie Logie en Nick Goetschalckx
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
Beneluxpark 27B
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de NV STRABAG BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bettina Poelemans
kantoor houdend te 9051 Sint-Denijs-Westrem
Kortrijksesteenweg 1144G
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 29 juni 2016, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van de Hogeschool Gent van 10 juni 2016, “waarbij omtrent de open aanbesteding voor werken ‘ter realisatie van het gebouw T – perceel 1 (Ruwbouw en afwerking)’: wordt beslist te gunnen aan Strabag voor een globaal bedrag van

11.829.376,37 eur; alsook impliciet wordt beslist niet te gunnen aan Gabecon voor een bedrag van 11.655.437,48 eur".

II. Verloop van de rechtspleging

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

Met een verzoekschrift van 8 juli 2016 heeft de nv Strabag Belgium gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 18 juli 2016, om 11 uur.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Lotte Vanderlinden, die *loco* advocaat Isabelle Cooreman verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Leandra Decuyper, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Bettina Poelemans, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Alexander Van Steenberge 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. Op 3 december 2015 schrijft de verwerende partij een overheidsopdracht uit voor de aanneming van werken met als voorwerp "Realisatie van het gebouw T". De opdracht bestaat uit 6 percelen, waaronder perceel 1 "ruwbouw en afwerking" en kadert in de realisatie van een bijkomende

nieuwbouw op de campus Schoonmeersen gelegen te 9000 Gent, Voskenslaan 362.

De gunningswijze is de open aanbesteding.

3.2. De opdracht wordt gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen van 3 december 2015 en in het Publicatieblad van de Europese Unie van 8 december 2015.

3.3. De opening van de offertes vindt plaats op 11 februari 2016. Vijf inschrijvers blijken een offerte te hebben ingediend:

	Naam	Prijs excl. btw
1.	Algemene ondernemingen Wyckaert Robert nv	€ 11.750.000,00
2.	Heijmans Bouw nv	€ 12.630.002,64
3.	CIT Blaton nv	€ 12.688.795,18
4.	Gabecon nv	€ 11.214.428,64
5.	Strabag Belgium nv	€ 12.234.210,17

3.4. Een verslag van nazicht wordt opgesteld op 10 juni 2016.

De offerte van de nv Heijmans wordt substantieel onregelmatig verklaard wegens de niet-ondertekening van het bij de offerte gevoegde offerteformulier. De overige vier offertes werden regelmatig bevonden.

Bij het rekenkundig nazicht wordt de volgende opmerking van de tussenkomende partij aangaande 'Deel 2: Stabiliteit – opmerkingen en hoeveelheden' aanvaard:

> "– Post 164 -03.21.4 Waterdicht gewapend beton – C35/45 – platen op palen
> Volgens de stabiliteitsplannen dient alle beton (buiten de zuiverheidslaag) te voorzien worden in C30/37.
> Plan BW-01a:
>
> OPMERKINGEN
> -Betonkwaliteit: C.30/37
> -Omgevingsklasse: EE .3
> -Staalkwaliteit Be 500
> -Maten zijn steeds ter plaatse na te meten

-Uitvoering conform NBN B15

Deze post vervalt dus en de plaat op palen dient te worden gemeten in post 03.21.3: waterdicht gewapend beton – C30/37 – platen op palen (zie ook leemtes)

De opmerking van de inschrijver wordt aanvaard.

Voorziene hoeveelheid	1 431,977 m³
Hoeveelheid inschrijver	0 m³
Aanvaarde hoeveelheid	0 m³
Te verrekenen hoeveelheid (in min) voor bestelling	- 1 431,977 m³
Te verrekenen hoeveelheid (in min) voor Strabag Belgium nv	- 1 431,977 m³

In toepassing van KB van 15 juli 2011 artikelen 97, § 2 speelt de vermindering van deze hoeveelheid voor de rangschikking in het voordeel van de inschrijver die ze gemeld heeft."

Eveneens wordt de volgende opmerking aanvaard:

"– 03.21.3 Waterdicht gewapend beton – C30/37 – platen op palen

Deze post is voorzien in het lastenboek, maar niet in de meetstaat, deze post vormt aldus een leemte.

Volgens de stabiliteitsplannen is al het beton te voorzien in C30/37, dus dient de funderingsplaat hier gemeten te worden.

Volgens plan BW-01 a:

OPMERKINGEN
-Betonkwaliteit: C30/37
-Omgevingsklasse: EE 3
-Staalkwaliteit: Be 500
-Maten zijn steeds ter plaatse na te meten
-Uitvoering conform N8N 815

Onze prijs hiervoor bedraagt: 1315,31 m³ x 93,2 EUR/m³ = 122 587,3 EUR

(+ detailmeting toegevoegd)

De leemte wordt aanvaard, de hoeveelheid werd nagerekend en wordt deels aanvaard.

Hoeveelheid inschrijver	1 315,310 m³
Aanvaarde hoeveelheid	1 347.187 m³

Vergeten post wordt voor de inschrijvers die deze leemte niet hebben opgemerkt, berekend met leemteformule."

Het rekenkundig nazicht van deze regelmatige offertes leidt aldus tot een aanpassing van de inschrijvingsprijzen met een nieuwe rangschikking tot gevolg, waarbij de nv Strabag Belgium de laagste regelmatige inschrijver is:

	Naam	Prijs excl. btw
1.	Strabag Belgium nv	€ 11.835.163,34
2.	Gabecon nv	€ 11.967.498,70
3.	Algemene ondernemingen Wyckaert Robert nv	€ 12.544.939,19
4.	CIT Blaton nv	€ 13.498.167,26

In het gunningsverslag wordt voorgesteld “om dit perceel te gunnen aan de firma met de laagste regelmatige offerte, zijnde Strabag Belgium nv, Rijnkaai 37 te 2000 Antwerpen tegen het nagerekende inschrijvingsbedrag van 11.829.376,37 euro (excl. btw) of 12.539.138,95 euro (incl. 6% btw).”

3.5. Op 10 juni 2016 beslist het bestuurscollege tot gunning van perceel 1 aan de nv Strabag Belgium als zijnde de laagste regelmatige inschrijver:

> “art. 1 de overheidsopdracht open aanbesteding nr. dfit/sp/15.15 realisatie van het gebouw t op campus schoonmeersen bestaande uit zes percelen, als volgt te gunnen:
> - perceel 1 (ruwbouw en afwerking) wordt, rekening houdend met de motivering in het verslag van nazicht van de offertes, gegund aan strabag belgium nv voor een bedrag van 11.829.376,37 euro (excl. btw) of 12.539.138,95 euro (incl. 6% btw).”

Dit is de bestreden beslissing.

3.6. Bij brief en e-mailbericht van 14 juni 2016 worden de inschrijvers, waaronder de verzoekende partij, in kennis gesteld van de gunningsbeslissing. Het gunningsverslag is bijgevoegd.

IV. Tussenkomst

4. De nv Strabag Belgium 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. Regelmatigheid van de rechtspleging

5.1. De verzoekende partij heeft na indiening van het verzoekschrift een “pleitnota” ingediend.

5.2. In een dergelijke nota is niet voorzien in de procedureregeling. De Raad van State betrekt deze nota slechts in zijn beoordeling in zoverre ze niets meer is dan de neerslag van de mondelinge uiteenzetting ter terechtzitting.

VI. Ontvankelijkheid van het beroep

6. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over de door de verwerende partij en de tussenkomende partij opgeworpen ontvankelijkheids-excepties omtrent de impliciete weigeringsbeslissing uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak over die excepties 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.

VII. De schorsingsvoorwaarden

7.1. 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.

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

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

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

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

VIII. Onderzoek van de middelen

8. De verzoekende partij voert in haar verzoekschrift drie middelen aan. Zij stelt in haar verzoekschrift dat “het gegrond verklaren van volgende combinaties van middelen [ertoe] [leidt] dat [zij] als laagst regelmatige inschrijver zou worden gerangschikt: 1+2+3 of 1+3”.

Bijgevolg is hoe dan ook vereist dat het derde middel ernstig is. Om die reden wordt eerst het derde middel onderzocht.

A. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

9. De verzoekende partij voert in een derde middel de schending aan van de materiëlemotiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel, artikel 97 koninklijk besluit ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: het koninklijk besluit Plaatsing), artikel 5, 9°, 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’ en artikel 24 van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’, “doordat, het aanvaarden van de door STRABAG voorgestelde wijziging in hoeveelheden voor post 164 ‘03.21.4 Waterdicht gewapend beton – C35/45 – platen op palen’ en leemte voor de post – 03.21.3 Waterdicht gewapend beton – C30/37 – platen op palen’ een kennelijke beoordelingsfout uitmaakt; terwijl, een materieel gemotiveerde beslissing moet steunen op juiste en objectief vastgestelde feiten.”

In haar toelichting bij het middel zet de verzoekende partij uiteen dat in het bestek wordt aangegeven in welke sterkteklasse van beton er moet worden voorzien voor elk deel van het bouwwerk. Uit het bestek blijkt, enerzijds, dat het beton een sterkte moest hebben van C35/45 voor wat betreft de ‘structurele vloeren op palen’ en de ‘vloerplaten buiten’ en, anderzijds, dat er twee posten zijn voor “Waterdicht gewapend beton – platen op palen” met een sterkte van respectievelijk C30/37 (post 03.21.3) en C35/45 (post 03.21.4). In de meetstaat

wordt voor post 03.21.3 een totaal opgegeven van 0,000 m³, terwijl voor post 03.21.4 een totaal wordt opgegeven van 1.431,977 m³.

De tussenkomende partij meende echter dat, omdat er op "de stabiliteitsplannen" zou vermeld staan dat "al het beton voor de vloerplaten de sterkte 'C30/37' moet hebben", enerzijds, de hoeveelheid van post "03.21.4 Waterdicht gewapend beton - C35/45 - platen op palen" naar nul moest worden gebracht en, anderzijds, bij de post "03.21.3 Waterdicht gewapend beton – C30/37 – platen op palen", de hoeveelheid van nul naar 1.315,31 m³ moest worden gebracht.

Deze redenering van de tussenkomende partij werd, aldus de verzoekende partij, ten onrechte door de verwerende partij aanvaard. De tussenkomende partij verwijst naar het stabiliteitsplan "Plan BW-01a". Hierop wordt inderdaad verwezen naar een betonsterkte van C30/37. Echter, het "Plan BW-01a" heeft als titel "Overzichtsplan Palen & Funderingsbalken" en heeft dan ook uitdrukkelijk enkel betrekking op de palen en funderingsbalken. De opmerkingen vermeld op "Plan BW-01a" kunnen derhalve enkel betrekking hebben op de zaken die op dat plan worden vermeld. Op dat plan staat geen enkele vloerplaat vermeld, maar wel de paalkoppen en verbindingsbalken. De opmerkingen op dit plan stemmen ook overeen met de vermelding voor palen en funderingsbalken in het bestek.

Voor wat de post in kwestie betreft – post 164 "03.21.4 Waterdicht gewapend beton – C35/45 – platen op palen" – bestaat er geen plan. Er is bijgevolg geen tegenstrijdigheid tussen de plannen en de meetstaat waarbij conform art. 85, § 1, koninklijk besluit Plaatsing voorrang zou moeten worden verleend aan de plannen. De verwerende partij maakt dan ook een kennelijke beoordelingsfout in het aanvaarden van de redenering van de tussenkomende partij.

Beoordeling

10. De artikelen 83, 85 en 97 van het koninklijk besluit Plaatsing, relevant voor de beoordeling van het middel, bepalen:

“Art. 83. § 1. Indien bij de opdrachtdocumenten van een opdracht voor werken een samenvattende opmeting is gevoegd, vult de inschrijver haar in en maakt hij de nodige berekeningen.
§ 2. De inschrijver voert, rekening houdende met de opdrachtdocumenten, zijn beroepskennis of persoonlijke vaststellingen, verbeteringen door voor:
1° de fouten die hij ontdekt in de forfaitaire hoeveelheden;
2° de fouten die hij ontdekt in de vermoedelijke hoeveelheden, op voorwaarde dat de voorgestelde verbetering minstens vijfentwintig percent in meer of in min van de hoeveelheid van de post in kwestie bedraagt;
3° de leemten in de samenvattende opmeting.
Hij voegt bij zijn offerte een nota ter verantwoording van deze verbeteringen.”

“Art. 85. § 1. Behoudens andersluidende bepaling in de opdracht-documenten is de volgende voorrangsorde bepalend voor de interpretatie in geval van tegenspraak tussen de opdrachtdocumenten:
1° de plannen;
2° het bestek;
3° de samenvattende opmeting of de inventaris.
Als de plannen tegenspraak vertonen, kan de inschrijver zich op de voor hem meest gunstige hypothese steunen, tenzij de andere opdrachtdocumenten daarover uitsluitsel geven.
§ 2. Behoudens andersluidende bepaling in de opdrachtdocumenten gelden de gegevens van de samenvattende opmeting zoals verstrekt door de aanbestedende overheid, enkel als eenvoudige inlichting en kunnen ze slechts worden aangewend als aanvulling, in voorkomend geval, van onvolkomenheden van de andere opdrachtdocumenten.
De opdrachtdocumenten kunnen deze paragraaf toepasselijk maken op de opdrachten voor leveringen en diensten.”

“Art. 97. § 1. Dit artikel is toepasselijk bij aanbesteding

§ 2. Wanneer een inschrijver, met toepassing van artikel 83, § 2, of 84, § 2, de hoeveelheid van één of meer posten van de samenvattende opmeting of inventaris heeft verbeterd, ziet de aanbestedende overheid die wijzigingen na, verbetert ze zo nodig volgens eigen berekeningen en wijzigt desgevallend de opmetingen of inventarissen gevoegd bij de offertes.

Voor de inschrijver die een vermindering heeft voorgesteld met toepassing van artikel 83, § 2, 2°, wordt de totale prijs die overeenstemt met de aldus verminderde hoeveelheid een forfaitaire prijs, op voorwaarde en in de mate dat de aanbestedende overheid deze verbetering aanvaardt.
Wanneer de aanbestedende overheid de wijzigingen van een post met vermoedelijke hoeveelheden niet door eigen berekeningen kan nazien, brengt zij de voorgestelde verhoging of verlaging van de hoeveelheid terug tot de oorspronkelijke hoeveelheid van de opmeting of inventaris.
§3. […]

§ 4. Telkens er met toepassing van artikel 83, § 2, of artikel 84, § 2, een leemte in de samenvattende opmeting of in de inventaris is aangevuld, gaat de aanbestedende overheid als volgt te werk:

1° ze onderzoekt de gegrondheid van die aanvulling en verbetert ze zo nodig volgens haar eigen bevindingen.

Indien de andere inschrijvers geen prijzen voor de leemten hebben voorgesteld, worden deze prijzen, voor elke post, met het oog op de rangschikking van de offertes, volgens de onderstaande formule berekend en blijven ze behouden bij de definitieve verbetering van de offertes:

$S = L \times Y/X$

waarbij dient te worden begrepen onder:

· S: de prijs van de leemte;

· L: het eventueel door de aanbestedende overheid verbeterde bedrag voor de leemte in de samenvattende opmeting of de inventaris van de inschrijver die op de leemte heeft gewezen;

· X: het totale offertebedrag van dezelfde inschrijver, eventueel verbeterd op grond van de juist bevonden hoeveelheden voor elke post van de samenvattende opmeting of inventaris en overeenkomstig artikel 96, zonder met de leemte rekening te houden;

· Y: het totale offertebedrag van de betrokken inschrijver die de leemte niet heeft vermeld, eventueel verbeterd op grond van de juist bevonden hoeveelheden voor elke post van de samenvattende opmeting of de inventaris en overeenkomstig artikel 96, zonder met de leemte rekening te houden;

2° wanneer verscheidene inschrijvers dezelfde leemte hebben vermeld, worden L en X verkregen door het rekenkundig gemiddelde te nemen van de waarden L en X in de samenvattende opmeting of inventaris van die inschrijvers;

3° in beide gevallen wordt de eenheidsprijs van de leemte verkregen door het bedrag S te delen door de overeenstemmende hoeveelheid, zoals die eventueel door de aanbestedende overheid is verbeterd;

4° voor de berekening van de prijzen van een leemte overeenkomstig 1° en 2° kan de aanbestedende overheid beslissen geen rekening te houden met de offerte waarin voor die leemtepost een abnormale prijs is geboden.

Als geen enkele inschrijver een normale prijs heeft geboden voor die leemte, kan de aanbestedende overheid de opdracht gunnen zonder die post.

§ 5. Enkel voor de rangschikking van de offertes worden de hoeveelheden aanvaard door de aanbestedende overheid die groter zijn dan of gelijk zijn aan de hoeveelheden van de oorspronkelijke opmeting of inventaris, zonder onderscheid naar alle opmetingen of inventarissen gebracht.

Daarentegen spelen de wijzigingen die door de aanbestedende overheid aanvaard worden en die een vermindering van de hoeveelheden tot gevolg

hebben, enkel in het voordeel van de inschrijvers die ze gemeld hebben en enkel in de mate dat hun verantwoording is aanvaard. Aldus:

1° wordt, indien de hoeveelheid voorgesteld door de inschrijver kleiner is dan de hoeveelheid aanvaard door de aanbestedende overheid, deze laatste hoeveelheid in de opmeting of inventaris gebracht;
2° wordt, indien de hoeveelheid voorgesteld door de inschrijver ligt tussen de hoeveelheid aanvaard door de aanbestedende overheid en de hoeveelheid van de oorspronkelijke opmeting of inventaris, de hoeveelheid voorgesteld door de inschrijver in de opmeting of inventaris gebracht;
3° wordt, indien de hoeveelheid voorgesteld door de inschrijver, groter is dan de hoeveelheid van de oorspronkelijke opmeting of inventaris, de door de inschrijver voorgestelde hoeveelheid teruggebracht tot de hoeveelheid van de oorspronkelijke opmeting of inventaris.

§ 6. Voor de toepassing van dit artikel houdt de aanbestedende overheid rekening met de verbeteringen die zijn voorgesteld in al dan niet regelmatige offertes die door geselecteerde inschrijvers zijn ingediend."

11. In het derde middel voert de verzoekende partij in essentie aan dat de verwerende partij een "kennelijke beoordelingsfout" heeft gemaakt door de opmerking van de gekozen inschrijver in zijn verklarende nota te aanvaarden dat "post 03.21.4 Waterdicht gewapend beton – C35/45 – platen op palen" dient te vervallen en dat "post 03.21.3 Waterdicht gewapend beton – C30/37 – platen op palen" een "leemte" vormt die bijgevolg moet worden aangevuld.

Het standpunt van de verzoekende partij blijkt te zijn gesteund op twee feitelijke vaststellingen: enerzijds heeft het plan "Overzichtsplan Palen & Funderingsbalken" "BW-01a" volgens haar enkel betrekking op "palen & funderingsbalken" en wordt er daarop "geen enkele vloerplaat vermeld", en anderzijds ligt er geen enkel plan voor waarbij de betonkwaliteit van de vloeren op palen wordt aangeduid. Aldus, meent zij, is er geen tegenstrijdigheid tussen de plannen en de meetstaat waarbij conform art. 85, § 1, koninklijk besluit Plaatsing voorrang zou moeten worden verleend aan de plannen.

12. Wat het voornoemde plan "BW-01a" betreft met als titel "Bekisting & Wapening" en als ondertitel "Overzichtsplan Palen & Funderings-balken", blijkt dat daarop op meerdere plaatsen melding wordt gemaakt van de plaatdikte: "plaatdikte 30 cm". Dit weerlegt op het eerste gezicht de bewering van de verzoekende partij dat op dit plan "geen enkele vloerplaat vermeld" wordt. De

“plaatdikte” kan niet anders dan betrekking hebben op de platen op palen. In de legende bij dit plan wordt duidelijk aangegeven dat de “Betonkwaliteit: C30/37” bedraagt.

Ook kan uit de titel van het plan “Overzichtsplan Palen & Funderingsbalken” op het eerste gezicht niet op onontkoombare wijze worden afgeleid dat dit plan enkel betrekking zou hebben op “Palen & Funderingsbalken”. De titel dient veeleer als een identificatie van een document te worden beschouwd, die niet uitsluit dat ook andere gegevens in dat plan worden opgenomen, zoals te dezen omtrent de platen op palen.

Daarbij kan worden opgemerkt dat de kwestieuze “posten” over “platen op palen” handelen, waardoor er een duidelijk verband bestaat tussen de palen en de [vloer]plaat.

Ook uit andere plannen blijkt dat de [vloer]platen van 30 cm aan de betonkwaliteit C30/37 dienen te voldoen. Dit blijkt onder meer uit de plannen “Overzicht Fundering en Riolering”, nummer “A2.8 0”, en “Funderingstekening en riolering 1/3”, “Funderingstekening en riolering 2/3” en “Funderingstekening en riolering 3/3”, nummers “A2.8 1”, “A2.8 2” en “A2.8 3”, waarop telkens bij de “Opmerkingen” wordt vermeld: “Betonkwaliteit: C30/37”.

Daarnaast lijkt ook te kunnen worden verwezen naar de plannen “Ruwbouw”, nummers “R-03a” en “R-04a”, “Dakopeningen”. In de nota’s (“Notes”) op deze plannen wordt, wat de betonkwaliteit betreft, een algemene opmerking opgenomen die op het eerste gezicht de “dakopeningen” overstijgt. In deze nota’s wordt op algemene wijze gesteld dat alle beton van de kwaliteit C30/37 moet zijn met uitzondering van de zuiverheidslaag waarvoor betonkwaliteit C20/25 geldt (“5. All concrete is class C30/37 except blinding which is class C20/25”).

Op grond van de voormelde plannen kan op het eerste gezicht worden aangenomen dat ook de platen op palen aan de betonkwaliteit C30/37 en niet aan de hogere betonkwaliteit C35/45 moeten voldoen.

Op grond van deze feitelijke vaststellingen toont de verzoekende partij op het eerste zicht niet aan dat de verwerende partij “een kennelijke beoordelingsfout” zou hebben gemaakt door het aanvaarden van de opmerking van de tussenkomende partij dat er in de plannen in een andere betonkwaliteit wordt voorzien dan in het bestek en de opmetingsstaat.

13. De verzoekende partij voert ter terechtzitting “in ondergeschikte orde” nog aan dat de vermelding “plaatdikte 30cm” op plan “BW-01a” enkel betrekking heeft “op de dieper gelegen kelders”. De verzoekende partij leidt dit af uit het feit dat in het gebouw in vloerplaten dient te worden voorzien op verschillende niveaus: de vloerplaat van de parkeergarage ligt op het niveau -2,97 en de vloerplaten van de dieper gelegen kelders liggen op niveau -4,55. Op het plan “BW-01a” wordt bij de vermelding “plaatdikte 30cm” het nummer -4,55 vermeld, zodat in dit plan enkel wordt verwezen naar de vloerplaten van de dieper gelegen kelders, en enkel hiervoor de betonkwaliteit C30/37 geldt, zoals vermeld in de legende van het plan “BW-01a”. Hieruit volgt dat, ook indien men de vermindering in hoeveelheden enerzijds en de leemte anderzijds enkel aanvaardt voor wat de vloerplaten betreft van de dieper gelegen kelders, het rangschikkingsbedrag van de verzoekende partij nog steeds aanzienlijk lager is dan dat van de gekozen inschrijver.

Daargelaten de vraag of de verzoekende partij ter terechtzitting een nieuwe invulling kan geven aan het derde middel, door “in ondergeschikte orde” bijkomende wettigheidkritiek te leveren op het bestreden besluit, terwijl deze kritiek ook in het verzoekschrift kon worden aangevoerd, lijkt ook deze bewering niet aannemelijk.

Door het samen lezen van het voornoemde plan “BW-01a” met de algemene opmerking dat alle beton van de kwaliteit C30/37 moet zijn met uitzondering van de zuiverheidslaag waarvoor betonkwaliteit C20/25 geldt, mocht de verwerende partij in alle redelijkheid aannemen dat de betonkwaliteit C30/37 niet enkel voor de dieper gelegen kelders geldt. Daarenboven blijken de geschrapte “post” 03.21.4 “platen op palen” en de in de plaats gekomen “post” 03.21.3 “platen op palen” dezelfde niveaus te betreffen: “niveau -4,65”, “niveau -2,975”,

“uitsparingen”, “onder buitentrap”, “pompputten kelders”. Dezelfde gedetailleerde “omschrijving” blijkt aldus voor de beide “posten” te gelden.

14. Het derde middel is niet ernstig.

B. Eerste en tweede middel

Uiteenzetting

15. De verzoekende partij voert in een eerste middel de schending aan van de materiële motiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel, artikel 5, 9°, van de voornoemde wet van 17 juni 2013 en artikel 24 van de voornoemde wet van 15 juni 2006, “doordat, de bestreden beslissingen gebaseerd zijn op het weerhouden van een eenheidsprijs voor post 185 ‘03.24.10 – Gewoon gewapend beton – C30/37 – vloer +18.00’ die niet overeenstemt met de prijs door Gabecon gegeven in haar offerte; terwijl, een materieel gemotiveerde beslissing moet steunen op juiste en objectief vastgestelde feiten.”

Toegelicht wordt dat de verwerende partij voor de voormelde post 185 een “hoeveelheid in meer” aanvaardt, waardoor de hoeveelheid toeneemt van 1.027,347 m³ naar 1.211,077 m³, dat de verzoekende partij voor die post heeft ingeschreven met een eenheidsprijs van 102,65 euro, hetgeen voor deze post neerkomt op een totaalprijs van 124.317,05 euro, doch dat de verwerende partij deze post in haar verslag van nazicht vermeldt als “abnormale eenheidsprijs”: “193,05 EUR (gemiddelde : 118,80 EUR; afwijking + 62,50%)”, hetgeen zou neerkomen op een totaalprijs van 233.798,41 euro (1.211,077 m³ x 193,05 euro). Dit had tot gevolg dat haar offerteprijs ten onrechte met 109.481,36 euro (233.798,41 euro - 124.317,05 euro) werd verhoogd, wat, aldus de verzoekende partij, een flagrante materiële vergissing uitmaakt. Indien deze materiële vergissing niet was begaan zou het verschil tussen de rangschikkingsbedragen slechts beperkt zijn geweest tot 22.854,00 euro.

16. De verzoekende partij voert in een tweede middel de schending aan van de materiële motiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel, artikel 5, 9° van de voornoemde wet van 17 juni 2013, artikel 97 koninklijk besluit Plaatsing,

en artikel 24 van de voornoemde wet van 15 juni 2006, “doordat, de bestreden beslissingen gebaseerd zijn op het weerhouden van een eenheidsprijs voor een aanvaarde leemte voor brandwerende deuren die niet overeenstemt met de prijs door Gabecon gegeven in haar offerte; terwijl, een materieel gemotiveerde beslissing moet steunen op juiste en objectief vastgestelde feiten.”

Toegelicht wordt dat de verwerende partij de door de verzoekende partij aangegeven leemte met betrekking tot “brandwerende stalen deuren 54.4-022” heeft aanvaard in haar verslag van nazicht, doch verkeerdelijk het bedrag van 712,57 euro weerhoudt in plaats van het opgegeven en aanvaarde bedrag van 1.712,57 euro als eenheidsprijs voor deze brandwerende deuren. Indien de verwerende partij het juiste bedrag van de eenheidsprijs zou hebben gebruikt, dan zou haar offerte met 10.275,42 euro (1.712,57 euro x 6 stuks) zijn verhoogd, in plaats van slechts met het bedrag van 4.275,42 euro (712,57 euro x 6 stuks) en dan zou de offerte van de gekozen inschrijver met 10.423,68 euro (1.737,28 euro (toepassing van de leemteformule op grond van de correcte eenheidsprijs) x 6 stuks) zijn verhoogd, in plaats van slechts met het bedrag van 4.337,10 euro (722,85 euro x 6 stuks). Dit betekent dat de rangschikkingsprijs van de verzoekende partij 6.000,00 euro te laag is en die van de gekozen inschrijver 6.086,58 euro, zodat ten onrechte 86,58 euro verschil te weinig werd aangerekend tussen beide rangschikkingsbedragen. Na het eerste middel bedroeg het verschil tussen beide rangschikkingsbedragen nog 22.854,00, zodat met het tweede middel het verschil verder wordt beperkt tot 22.769,42 euro.

Beoordeling

17. De verzoekende partij heeft geen belang bij de voorliggende middelen, nu, zoals hiervoor is gebleken, het derde middel niet ernstig is en zij zelf erkent dat ook het derde middel moet worden “gegrond” verklaard opdat zij “als laagst regelmatige inschrijver zou worden gerangschikt”.

18. Het eerste en het tweede middel zijn niet ontvankelijk.

IX. Besluit en kosten

19. De middelen zijn niet ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

20. 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 basisrechtsplegingsvergoeding van 700 euro toe te kennen, nu zij door de verwerping van de vordering tot schorsing als de in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Strabag Belgium tot tussenkomst in het administratief kort geding 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 150 euro.

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

Johan Bovin,	staatsraad, waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Joris Casneuf,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Joris Casneuf	**Johan Bovin**