

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 237.256 van 2 februari 2017
in de zaak A. 221.139/XII-8288**

In zake: de NV HEIJMANS BOUW
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Dirk De Keuster en Uschi Steurs
kantoor houdend te 2980 Sint-Antonius Zoersel
Handelslei 60
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

GO! ONDERWIJS VAN DE VLAAMSE GEMEENSCHAP
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Marc Cottyn
kantoor houdend te 9300 Aalst
Leopoldlaan 48
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 5 januari 2017, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van het Gemeenschapsonderwijs [...] met betrekking [tot] de overheidsopdracht voor werken te Brugge – Sint-Andries, SBSO De Varens, Nieuwbouw internaat en lasatelier, plus verbouwen bouwatelier, besteknr. GO/10821/25623023/2016/2778/PL(ID: 2778) waarbij deze overheidsopdracht wordt gegund aan nv Bekaert Building Company, Eug. Bekaertlaan 51 8790 Waregem”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 26 januari 2017, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Dirk De Keuster, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Wendy Van Laethem, die *loco* advocaat Marc Cottyn 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 verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor de aanneming van werken met als voorwerp “Brugge St.-Andries SBSO De Varens – Nieuwbouw internaat en lasatelier, plus verbouwen bouwatelier”.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen.

3.3. De opdracht is onderworpen aan het bestek met referentie GO/10821/25623023/2016/2778/PL en wordt gegund bij wijze van de open aanbesteding.

3.4. De opening van de offertes vindt plaats op 10 november 2016.

Zeven offertes worden ingediend:

- de nv Bekaert Building Company (gekozen inschrijver);
- de nv Heijmans Bouw (verzoekende partij);
- de nv Gabecon;
- de nv Jan De Nul;
- de nv Artes Depret;
- de thv Christiaens-Recon Bouw;
- de thv nv Braet-nv Himpe.

3.5. Op 7 december 2016 wordt een eerste verslag van nazicht van de offertes opgesteld.

3.6. Bij gemotiveerde gunningsbeslissing van 8 december 2016 besluit de verwerende partij de opdracht te gunnen aan de nv Bekaert Building Company. Het verslag van nazicht van de offertes van 7 december 2016 is als bijlage bij deze beslissing gevoegd en maakt er integraal deel van uit.

Dit is de bestreden beslissing.

3.7. Per aangetekend schrijven en per e-mailbericht van 8 december 2016 wordt de verzoekende partij ervan in kennis gesteld dat haar offerte niet is gekozen.

3.8. Per e-mailbericht van 17 december 2016 informeert de verzoekende partij naar het nazicht met betrekking tot de hoeveelheden.

Naar aanleiding hiervan wordt het verslag van nazicht van de offertes van 7 december 2016 op 21 december 2016 aangevuld met het “Nazicht technische opmerkingen en wijzigingen van hoeveelheden”.

Per aangetekend schrijven en per e-mailbericht van 22 december 2016 wordt een nieuwe kennisgeving van niet-gunning gedaan aan de verzoekende partij met inachtnaam van een nieuwe wachttermijn van 15 kalenderdagen. Het op

21 december 2016 aangevulde verslag van nazicht van de offertes is gevoegd als bijlage.

IV. Schorsingsvoorwaarden

4.1. 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.

4.2. 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.

V. Onderzoek van de middelen

Standpunt van de partijen

5.1. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 21, 95, 97, § 3, en 99, § 1, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit Plaatsing) en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zijnde de gelijkheid der inschrijvers en de zorgvuldigheidsplicht.

De verzoekende partij acht deze bepalingen en beginselen geschonden en betoogt daartoe:

“De aanbestedende overheid heeft onterecht een leemte toegepast voor de post 217 waar er een onderzoek had moeten plaatsvinden naar abnormale eenheidsprijzen.

Eerste onderdeel:

De aanbestedende overheid heeft onterecht gebruik gemaakt van de wettelijke bepaling inzake de leemtes, zoals bepaald in artikel 97, §3 van het KB-plaatsing;

Tweede onderdeel:

De aanbestedende overheid had een abnormale hoge eenheidsprijs moeten onderzoeken bij de weerhouden inschrijver, zoals bepaald in de artikelen 21, 95 en 99, §1 van het KB-Plaatsing, in plaats van een leemte toe te rekenen aan de andere inschrijvers. Daarenboven respecteert GO de regels inzake abnormale eenheidsprijzen niet. Er moet ook een onderzoek gevoerd worden naar abnormaal hoge eenheidsprijzen.

Derde onderdeel:

GO heeft als aanbestedende overheid evenmin zorgvuldig gehandeld. Indien GO vaststelt dat het bestek onduidelijk/dubbelzinnig is, dient zij heraan te besteden én geenszins oneigenlijk gebruik te maken van leemtes.”

5.2.1. De verwerende partij werpt tegen dat de verzoekende partij geen belang heeft bij het middel omdat zelfs indien geen leemteberekening zou worden toegepast, de offerte nog niet als laagste offerte zal worden gerangschikt.

5.2.2. In haar nota vermeldt de verwerende partij voorts dat het voor haar optredend architectenbureau vaststelde dat een “dubbelzinnigheid/onduidelijkheid in de opdrachtdocumenten was geslopen met betrekking tot

post 217”. De post is deze voor “hang- & sluitwerk – toegangscontrole”. Het betreft het aantal badgesystemen, niet op dezelfde wijze voorgesteld in de meetstaat (“buitenschrijnwerk” – “14x krukgarnituur”) als in het aan het bestek toegevoegde document “deurenlijst” dat 147 deuren opgeeft. Geen van de inschrijvers heeft zulks opgemerkt voorafgaand aan de indiening van de offertes, enkel de gekozen inschrijver heeft een “realistische prijs” opgegeven zodat van heraanbesteding geen sprake kan zijn.

6.1. In een tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van “de formele motiveringsplicht zoals bepaald in de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen; 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 en als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur”.

Zij acht deze bepalingen en beginselen geschonden en doet daartoe gelden:

“De bestreden beslissing is niet afdoende formeel gemotiveerd aangezien de bestreden beslissing nergens een duidelijk cijfermatig overzicht bevat hoe de finaal weerhouden prijzen waarop de gunning is gebaseerd, zijn tot stand gekomen. Daarenboven moeten ook de cijfers die gehanteerd worden bij toepassing van de leemtes afdoende worden gemotiveerd.”

De verzoekende partij licht toe dat op grond van het gunningsverslag onmogelijk kan worden vastgesteld hoe de prijzen, die ten grondslag liggen aan de gunning, zijn vastgesteld. GO heeft immers de ingediende prijzen aangepast door de hoeveelheden te corrigeren en leemtes aan te rekenen. Ten einde te voldoen aan de formelemotiveringsplicht had de verwerende partij een duidelijke cijfertabel moeten opstellen waaruit blijkt welke hoeveelheden bij welke inschrijver werden gecorrigeerd en wat hiervan de financiële consequenties zijn zowel per correctie als in totaliteit. Elke cijfermatige onderbouwing van de gewijzigde hoeveelheden ontbreekt echter.

Vervolgens diende dit subtotaal gecorrigeerd te worden met de toegepaste leemtes. Dit eindtotaal moet het aanbestedingsbedrag zijn waarop de gunning is gesteund. De gunningsbeslissing laat echter niet toe na te gaan hoe deze leemtes werden berekend en of de gehanteerde bedragen juist zijn. Bij wijze van voorbeeld stelt de verzoekende partij dat voor de post 217 “meerdere bedragen kunnen worden gehanteerd voor de factor X terwijl slechts één prijs als realistisch werd beschouwd” en dus de factor X dan overal dezelfde zou moeten zijn, zijnde de prijs van de gekozen inschrijver verminderd met diens prijs voor de post 217. Daarenboven stelt de verzoekende partij vragen bij de berekening van de factor Y. Deze factor veronderstelt dat er geen prijs is opgegeven voor de betrokken post. Uit de bestreden beslissing kan onmogelijk worden afgeleid in hoeverre de verwerende partij de bedragen vermeld in de offertes al dan niet in vermindering heeft gebracht.

De verzoekende partij besluit dat een afdoende motivering haar in de mogelijkheid had gesteld om nieuwe grieven te formuleren, minstens de bestaande grieven beter te onderbouwen.

6.2. Bij het tweede middel is het verweer in de nota beperkt tot:

“Het verslag van nazicht, waarnaar uitdrukkelijk wordt verwezen in de gemotiveerde beslissing en dat integraal deel uitmaakt van de bestreden beslissing, geeft een duidelijke weergave van de rangschikkingsbedragen. Voormelde blijkt daarnaast uit het rekenkundig nazicht [...], stuk dat omwille van de vertrouwelijkheid van de eenheidsprijzen niet aan alle inschrijvers werd gecommuniceerd.”

Beoordeling

7. In het ter terechtzitting uitgebrachte mondelinge advies van het auditoraat is bij het tweede middel geconcludeerd onder meer wat volgt.

Naar luid van artikel 4, eerste lid, 8°, van de voormelde wet van 17 juni 2013, stelt de aanbestedende instantie een gemotiveerde beslissing op wanneer ze de opdracht gunt, ongeacht de procedure. Deze motivering moet pertinent zijn, dat wil zeggen dat ze duidelijk met de beslissing te maken moet hebben, en moet draagkrachtig zijn, dat wil zeggen dat de aangehaalde redenen moeten volstaan om de beslissing te dragen. De

belangrijkste bestaansreden van de formelemotiveringsplicht bestaat erin dat de betrokkene in de hem aanbelangende beslissing zelf de motieven moet kunnen aantreffen op grond waarvan ze werd genomen, opdat hij met kennis van zaken zou kunnen uitmaken of het aangewezen is de beslissing met een annulatieberoep te bestrijden.

Uit het dossier blijkt dat de aanbestedende overheid de aanvankelijke offertebedragen heeft aangepast door de hoeveelheden voor tal van posten te corrigeren en leemtes aan te rekenen.

Op vraag van de verzoekende partij heeft de aanbestedende overheid het oorspronkelijke verslag van nazicht van de offertes van 7 december 2016 aangevuld met het “nazicht technische opmerkingen en wijzigingen van hoeveelheden”. Het oorspronkelijke gedeelte “nazicht verbeteringen en leemtes” is ongewijzigd gebleven ten opzichte van het oorspronkelijk verslag van nazicht.

De detailberekeningen voor alle inschrijvers zijn door de verwerende partij neergelegd als vertrouwelijk.

De gegevens waarover de verzoekende partij met het aangepaste verslag van nazicht van de offertes kan beschikken, schieten op het eerste gezicht tekort om te kunnen controleren of de overheid is uitgegaan van de juiste berekeningen:

- Het “nazicht technische opmerkingen en wijzigingen van hoeveelheden” biedt geen inzicht in de financiële gevolgen ervan noch per correctie, noch per totaalbedrag van de offertes;
- Het “nazicht verbeteringen en leemtes” laat niet toe uit te maken of onder de factor Y overeenkomstig artikel 97, § 3, van het koninklijk besluit Plaatsing is begrepen het “totale bedrag van de opmeting of de inventaris van de inschrijver die voor de betrokken post geen prijs heeft vermeld, eventueel verbeterd op grond van de juist bevonden hoeveelheden voor elke post van de opmeting of de inventaris en overeenkomstig artikel 96”;
- Het “nazicht verbeteringen en leemtes” laat niet toe uit te maken of onder de factor X overeenkomstig artikel 97, § 3, van het koninklijk besluit Plaatsing is begrepen “de verkregen waarde op basis van het rekenkundig gemiddelde van het totale bedrag van de opmeting of inventaris van alle inschrijvers die de prijs voor de betrokken post hebben vermeld, eventueel verbeterd op grond van de juist bevonden hoeveelheden voor elke post van de opmeting of de inventaris en overeenkomstig artikel 96, zonder rekening te houden met de prijs die voor die post werd aangegeven”.

In de huidige stand van het geding kan immers worden vastgesteld dat uit de gegevens zoals die zijn vervat in de gemotiveerde gunningsbeslissing de verzoekende partij bepaalde gevolgtrekkingen heeft afgeleid omtrent de rangschikking van de offertes na aanpassing van de hoeveelheden en vóór de toepassing van de leemteformule terwijl deze gevolgtrekkingen geen steun lijken te vinden in stuk 10 van het administratief dossier (herberekening vergeten posten en leemtes – niet vertrouwelijk) en de als vertrouwelijk neergelegde detailberekeningen (vertrouwelijke stukken 19, 20 en 21) .

Voorts en op het eerste gezicht niet ten onrechte, stelt de verzoekende partij zich vragen bij de invulling van de X-factor voor de toepassing van de leemteformule op de post 217 (54.46 “hang- & sluitwerk – toegangscontrole”).

De gemotiveerde gunningsbeslissing stelt in niet mis te verstane bewoordingen dat betreffende de post 217 (54.46 “hang- & sluitwerk – toegangscontrole”) “enkel één realistische prijs werd ingediend” en dat “de leemteberekening [wordt toegepast] op alle inschrijvers, behalve voor degene die de realistische prijs heeft opgegeven”. Uit het vervolg blijkt dat de leemteberekening enkel niet is toegepast voor de gekozen inschrijver en dat aan de factor L binnen de leemteformule telkens de waarde is gegeven van de prijs opgegeven door de gekozen inschrijver voor de post 217.

Hoewel het zich aldus laat verwachten dat in de gegeven omstandigheden de waarde van de X-factor bij de leemteberekening voor alle inschrijvers dezelfde is, blijkt het tegendeel uit het verslag van nazicht van de offertes. Een verklaring voor deze vaststelling is niet evident. Evenmin geeft de verwerende partij in haar nota een verklaring.

Ten slotte en nog daargelaten de vragen of de toepassing van de leemteformule op de post 217 (54.46 “hang- & sluitwerk – toegangscontrole”) zich hoe dan ook laat verzoenen met artikel 97, § 3, van het koninklijk besluit Plaatsing dat “geen [vermelding van een] prijs” voor de betrokken post veronderstelt en of een vastgestelde onmogelijkheid om de offertes te vergelijken zich niet noodzakelijk vertaalt in een plicht voor een zorgvuldig handelende overheid tot heraanbesteding – vragen die het voorwerp uitmaken van het eerste middel – laat de bestreden beslissing de betrokken inschrijvers – waaronder de verzoekende partij – in het ongewisse over het lot van de door hen voor de post 217 opgegeven prijzen. Uit dit alles lijkt te mogen worden afgeleid dat de opgegeven motivering te veel lacunes en onnauwkeurigheden bevat opdat de betrokken inschrijver had kunnen controleren, ten minste voor wat zijn eigen offerte betreft, of de aanbestedende overheid bij haar berekeningen is uitgegaan van de juiste bedragen en aldus of het zinvol was zich daartegen te verweren.

Om diezelfde reden wordt voorlopig niet ingegaan op de exceptie van de verwerende partij bij het eerste middel. Ter ondersteuning van haar betoog dat in geval van behoud van de oorspronkelijke prijzen voor de post 217, de rangschikking hoe dan ook ongewijzigd blijft, zoekt de verwerende partij steun in de als vertrouwelijk neergelegde detailberekeningen (stukken 19, 20 en 21).

Nu de verzoekende partij geen kennis heeft van deze detailberekeningen, zelfs niet wat haar eigen offerte betreft, en niet uit te sluiten valt dat zij, na een gebeurlijke schorsing van de bestreden gunningsbeslissing op grond van de vastgestelde motiveringsgebreken, nieuwe grieven formuleert omtrent de door de aanbestedende overheid aangebrachte correcties op de initiële offertebedragen, is de bespreking van de exceptie in de huidige stand van het geding voorbarig.

In dit kader valt overigens nog op te merken dat niet onmiddellijk valt in te zien waarom het vrijgeven van de toegepaste correctiebedragen zou

neerkomen op het meedelen van zakengeheimen of bedrijfsgevoelige informatie die de vertrouwelijkheid kunnen verantwoorden.

De bestreden beslissing lijkt minstens te zijn aangetast door een formeel motiveringsgebrek hetgeen in deze fase van het geding volstaat ter verantwoording van de schorsing van de tenuitvoerlegging ervan.

8. De Raad van State sluit zich aan bij deze vaststellingen, waarop ter terechtzitting door de verwerende partij overigens niet is gerepliceerd. Het tweede middel is in de besproken mate ernstig.

VI. Kosten

9. De vordering tot schorsing is ingesteld met een verzoekschrift dat ook een beroep tot nietigverklaring bevat. Aangezien hieruit volgt dat het geding ten gronde nog hangende is, past het de beslissing betreffende de kosten, daarin begrepen de rechtsplegingsvergoeding, in beraad te houden.

BESLISSING

De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 8 december 2016 van het Gemeenschapsonderwijs waarbij de overheidsopdracht voor werken te Brugge – Sint-Andries, SBSO De Varens, Nieuwbouw internaat en lasatelier, plus verbouwen bouwatelier, wordt gegund aan de nv Bekaert Building Company, Eug. Bekaertlaan 51 8790 Waregem, tegen het bedrag van 6.329.940,76 euro, btw inbegrepen.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 2 februari 2017,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Dierk Verbiest