

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 237.572 van 7 maart 2017
in de zaak A. 221.465/XII-8311**

In zake: de BVBA Andre AUDENAERT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Gitte Laenen en Frederick Ongena
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de PROVINCIE VLAAMS-BRABANT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Michel van Dievoet
kantoor houdend te 1000 Brussel
Wolstraat 56
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 13 februari 2017, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van

- “• De beslissing van [...] 19 januari 2017 [van de provincie Vlaams-Brabant] waarbij [de] offerte [van de bvba Andre Audenaert], ingediend in het kader van de openbare aanbesteding ‘Onderhoudswerken uit te voeren aan de onbevaarbare waterlopen van de tweede categorie in het Demerbekken Noord – 2016-2017’ onregelmatig wordt verklaard;
- De beslissing van [dezelfde] datum waarbij de opdracht ‘Onderhoudswerken uit te voeren aan de onbevaarbare waterlopen van de tweede categorie in het Demerbekken Noord – 2016-2017’ aan [de bvba Geerts] wordt gegund”.

De verzoekende partij verzoekt voorts volgende voorlopige maatregel te bevelen:

“De schorsing te bevelen van de tenuitvoerlegging van elke rechtshandeling genomen in uitvoering van de bestreden beslissing en totdat de bestreden beslissingen zijn ingetrokken of de Raad van State uitspraak heeft gedaan over de nietigverklaring ervan.”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 28 februari 2017, om 14.30 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Frederick Ongena, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Filip van Dievoet, die *loco* advocaat Michel van Dievoet verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Luc Vermeire 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 van werken uit, met als voorwerp “Onderhoudswerken uit te voeren aan de onbevaarbare waterlopen van de tweede categorie in het Demerbekken Noord – 2016-2017”.

De opdracht, met een geraamde waarde van 400.000 euro, btw inbegrepen, wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen.

De gekozen gunningswijze is de open aanbesteding. Het bestek nr. 2016/10 is van toepassing op de opdracht.

3.2. De offertes worden geopend op 23 november 2016. Er worden zeven offertes ingediend, namelijk door de bvba AD, de bvba Andre Audenaert, de bvba A. Cocquyt, de sprl E.T.H., de bvba Geerts, de nv Heyrman-De Roeck en de nv Quintelier.

De verzoekende partij dient met 183.770,92 euro, btw inbegrepen, de laagste offerte in, de bvba AD dient de tweede laagste offerte in en de bvba Geerts de derde laagste.

3.3. De verwerende partij stelt een rekenblad op met een vergelijking van de eenheidsprijzen en een rekenstaat met de berekening van de afwijking van het gemiddelde.

Het administratief dossier bevat voorts een afschrift van een brief van 14 december 2016 met aanduiding “aangetekend” van de verwerende partij aan de verzoekende partij. Hierin wordt meegedeeld dat haar offerte meer dan 15 procent onder het gemiddelde bedrag ligt van de ingediende offertes zoals berekend overeenkomstig artikel 99, § 2, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit Plaatsing). Met toepassing van artikel 99, § 2, en artikel 21, § 3, van dit koninklijk besluit wordt in de brief aan de verzoekende partij een verantwoording gevraagd voor het abnormaal laag totaal offertebedrag van haar offerte en een gedetailleerde prijsrechtvaardiging wegens abnormaal lage prijzen voor een aantal opgesomde posten. Blijkbaar is aan de bvba AD eenzelfde brief verzonden met een vraag tot verantwoording van het abnormaal laag totaal offertebedrag en van bepaalde schijnbaar abnormaal lage posten.

Het administratief dossier bevat geen antwoord van de verzoekende partij.

De bvba AD deelt op 28 december 2016 een prijsverantwoording mee. Daarin wordt vermeld dat de vraag op 19 december 2016 werd ontvangen. In

een e-mailbericht van 3 februari 2017 deelt de bvba AD nog mee dat de vraag tot prijsverantwoording niet aangetekend was verstuurd en bij de buur was terechtgekomen die deze haar had bezorgd.

3.4. Op 19 januari 2017 beslist de deputatie van de Provincie Vlaams-Brabant dat alle inschrijvers worden geselecteerd, en dat de offertes van de verzoekende partij en de bvba AD als substantieel onregelmatig en bijgevolg nietig worden beschouwd.

Dit wordt voor de offerte van de verzoekende partij als volgt gemotiveerd:

“Het totale offertebedrag van de laagste inschrijver, de firma Audenaert A. bvba, bedraagt 183.770,92 euro incl. btw, hetzij 151.876,80 euro excl. btw. Deze offerte ligt circa 42% lager dan het gemiddelde bedrag van de ingediende offertes bepaald volgens artikel 99§2 van het kb van 15 juli 2011 betreffende de plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren. De 15%-grens bedraagt 225.869,56 euro (excl. btw). Het totale offertebedrag van de firma Audenaert A. bvba ligt ook meer dan 15% lager dan de raming (zelfs meer dan 50% lager dan de raming). De offerte wordt aldus als vermoedelijk abnormaal beschouwd.

In toepassing van de artikels 99§2 en 21§3 van het kb van 15 juli 2011 betreffende de plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren werd de firma Audenaert A. bvba bij aangetekende brief d.d. 14 december 2016 verzocht om volgende verantwoordingen in te dienen:

- Een verantwoording voor het abnormaal laag totaal offertebedrag van zijn offerte;
- Een gedetailleerde prijsrechtvaardiging wegens abnormaal lage prijzen voor volgende op het inschrijvingsformulier vermelde posten: post 2 t.e.m. 10; post 19 t.e.m.59; post 60 t.e.m. 62, post 63 t.e.m. 68; post 83 t.e.m. 131; post 132 t.e.m. 147; post 148 t.e.m. 155; post 156 t.e.m. 185, post 186 t.e. m. 194; post 229 t.e.m. 235.

De firma Audenaert A. bvba weerhield zich ervan een prijsverantwoording op te sturen. De offerte wordt daarom onregelmatig en nietig beschouwd.”

Voor de tweede laagste inschrijver, de bvba AD, wordt gemotiveerd waarom de prijsverantwoording niet wordt aanvaard en het totale inschrijvingsbedrag “effectief abnormaal” wordt beschouwd. De andere offertes worden regelmatig beschouwd en er wordt beslist de opdracht te gunnen aan de bvba Geerts.

Dit is de bestreden beslissing waarbij de offerte van de verzoekende partij als substantieel onregelmatig wordt geweerd en de opdracht wordt gegund aan de bvba Geerts.

3.5. Met een aangetekend verzonden brief van 27 januari 2017 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat zij op 19 januari 2017 werd geselecteerd, en dat “[t]ijdens de volgende stap van de procedure [haar] offerte onregelmatig en bijgevolg nietig [werd] beschouwd, gelet op het onderzoek en de beoordeling van de prijsverantwoording”.

3.6. Met een aangetekend verzonden brief van 27 januari 2017 wordt aan de bvba Geerts meegedeeld dat de opdracht aan haar werd gegund.

3.7. Met een e-mailbericht van 30 januari 2017 vraagt de verzoekende partij aan de verwerende partij “het bewijs van aangetekend schrijven betreffende de aanvraag tot prijsverantwoording” voor deze opdracht. Deze vraag wordt herhaald op 31 januari 2017.

Die laatste dag antwoordt de verwerende partij:

“Ik heb vandaag vernomen dat het poststuk dat jullie moest bereiken rond 16/12/2016, niet bij aangetekende zending verstuurd is. De brief zou wel naar u verzonden moeten zijn.

In elk geval zijn wij ons ervan bewust dat dit geen normale gang van zaken is en bekijken wij nu intern hoe de gunning verder zal verlopen.”

3.8. Met een aangetekende brief en via e-mailbericht van 2 februari 2017 vraagt de raadsman van de verzoekende partij aan de verwerende partij om de gunningsbeslissing en de beslissing waarbij de offerte van de verzoekende partij als onregelmatig werd geweerd uiterlijk op 8 februari 2017 om 12 u in te trekken. Het verzoek tot het overmaken van een prijsverantwoording werd immers volgens haar niet overgemaakt conform de regels die het koninklijk besluit Plaatsing vooropstelt, namelijk per aangetekende brief, en de verzoekende partij ontving zelfs geen enkele vraag tot prijsverantwoording noch aangetekend noch per gewone post, per e-mailbericht of via enige andere weg.

Met een e-mailbericht van 7 februari 2017 antwoordt de verwerende partij:

“Het is praktisch onmogelijk tegen morgen 12 u de betrokken beslissing in te trekken. Onze deputatie vergadert immers enkel op donderdag en het dossier is te complex om dit op korte termijn op te lossen.

Bovendien werd de betrokken opdracht reeds gesloten, door betekening van de gunningsbeslissing aan de betrokken firma.

Tot slot verandert het procedureverloop in dit dossier niets aan de grond van de zaak en zijn we van mening dat de offerte van uw cliënt aangetast is door onregelmatig lage prijzen. Het staat u vrij om alsnog een prijsverantwoording in te dienen. Pas na ontvangst van een afdoende prijsverantwoording, kunnen we deze in de beoordeling van het dossier betrekken.

Deze mail wordt u gericht zonder enige nadelige erkenning en onder voorbehoud van alle rechten.”

3.9. Met een e-mailbericht van 10 februari vraagt de raadsman van de verzoekende partij aan de verwerende partij, “gelet op de lopende termijnen”, die dag nog de gunningsbeslissing en het verslag van nazicht van de offertes over te maken en mee te delen wanneer de opdracht werd gesloten.

Diezelfde dag deelt de verwerende partij “het document” mee “dat aan onze deputatie werd voorgelegd, met o.a. de gunningsbeslissing”.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering – gebrek aan rechtsmacht

4. De verwerende partij werpt in haar nota onder een rubriek “ontvankelijkheid en belang” op dat de Raad van State, gelet op artikel 30, derde lid, van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ (hierna: de wet van 17 juni 2013) zonder rechtsmacht is, aangezien de overeenkomst “einde januari 2017” werd gesloten en voormeld artikel 30, derde lid, zich uitstrekt tot zowel de gunning van de opdracht als de sluiting van de opdracht en ook tot de Raad van State, zoals blijkt uit de memorie van toelichting en de verwijzing naar de verhaalsinstantie “welke die ook zij” en de omschrijving van het begrip “opdracht” in artikel 2 van die wet.

Beoordeling

5. Artikel 30 van de wet van 17 juni 2013 luidt:

“Artikel 11 is toepasselijk op de opdrachten voor werken die verplicht onderworpen zijn aan de Belgische bekendmaking en waarvan het bedrag van de goed te keuren offerte zonder belasting over de toegevoegde waarde meer dan de helft bedraagt van het door de Koning vastgestelde bedrag voor de Europese bekendmaking.

De aanbestedende instantie kan artikel 11, eerste lid, toepasselijk maken op de opdrachten bedoeld in dit hoofdstuk die niet onderworpen aan het eerste lid.

Zodra de opdracht is gesloten, kan deze niet meer geschorst of onverbindend worden verklaard door de verhaalinstantie, welke die ook zij.”

Het wordt niet betwist dat de geraamde waarde van de opdracht niet de Europese drempel bereikt. Evenmin bedraagt het bedrag van de goed te keuren offerte zonder belasting over de toegevoegde waarde meer dan de helft van het door de Koning vastgestelde bedrag voor de Europese bekendmaking.

Artikel 11 met de verplichte wachttermijn geldt dan ook niet noch artikel 13 volgens hetwelk de schorsing van de uitvoering van de gunningsbeslissing van rechtswege leidt tot de schorsing van de uitvoering van de opdracht die in strijd met artikel 11 zou zijn gesloten.

6. Zoals onder meer in het arrest nr. 230.386 van 3 maart 2015 inzake de nv Etablissements Maurice Wanty, door de Raad van State reeds werd geoordeeld, gaat de verwerende partij, in zoverre zij met haar exceptie bedoelt dat de sluiting van het contract het belang van de verzoekende partij bij de vordering zou doen verdwijnen, eraan voorbij dat een verzoekende partij in de materie van de overheidsopdrachten bij de nietigverklaring van een gunningbeslissing, die een afsplitsbare bestuurshandeling uitmaakt, een gekwalificeerd moreel belang heeft dat zij ontleent aan het feit dat zij is voorbijgegaan door die beslissing. Dat belang wordt door de nietigverklaring van de gunningbeslissing gediend, spijs de sluiting en zelfs de uitvoering van de daaropvolgende overeenkomst.

Ook bij de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van die gunningsbeslissing lijkt dat belang voldoende zeker, gelet op de ruime omschrijving van het belang bij de nietigverklaring in artikel 14 van de wet van 17 juni 2013 toegekend aan “elke persoon die een belang heeft of heeft gehad om een bepaalde opdracht te krijgen en die door de beweerde schending is of dreigt te worden benadeeld”. Krachtens artikel 15, eerste lid, kan de schorsing worden uitgesproken “onder dezelfde voorwaarden” als die bedoeld in artikel 14, dus ook wat het belang betreft.

Deze beide artikelen zijn krachtens artikel 31 van de voormelde wet ook toepasselijk op de opdrachten die zoals de in het geding zijnde opdracht het Europese drempelbedrag niet bereiken. De Raad van State kan te dezen ook bezwaarlijk vooruitlopen op de gevolgen die de aanbestedende overheid zal hechten aan een schorsing indien deze wordt bevolen, ook wanneer de opdracht reeds werd gesloten. Probleemsituaties die na de schorsing zouden ontstaan, lijken te moeten worden toegeschreven aan de verwerende partij wegens haar eigen beslissing om de opdracht te sluiten.

Artikel 30, derde lid, van de meervermelde wet van 17 juni 2013, dat bepaalt dat zodra de opdracht is gesloten, deze niet meer geschorst of onverbindend kan worden verklaard door de verhaalinstantie, welke die ook zij, betreft het sluiten van het contract voor de opdracht, hetgeen tot de rechtsmacht van de hoven en rechtbanken behoort. Die bepaling verzet er zich niet tegen dat de Raad de schorsing van de tenuitvoerlegging beveelt van de van de gesloten opdracht afsplitsbare gunningsbeslissing.

Bijgevolg lijkt noch de rechtsmacht noch het belang van de verzoekende partij *prima facie* nuttig te kunnen worden betwist op grond van het feit dat de opdracht is gesloten en wordt uitgevoerd.

V. Schorsingsvoorwaarden

7. 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.

8. Te dezen is evenwel ook de wet van 17 juni 2013 van toepassing.

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

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

Overeenkomstig artikel 31 gelden deze bepalingen ook voor opdrachten die de drempelbedragen voor Europese bekendmaking niet bereiken.

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

VI. Onderzoek van het enig middel

Standpunt van de partijen

9. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 24 van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’, van de artikelen 21, § 1 en § 3, en 99, § 2, van het koninklijk besluit Plaatsing, van de artikelen 29, § 1, 4 en 5 van de wet van 17 juni 2013, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ (hierna: de wet van 29 juli 1991) en van de materiële motiveringsplicht als beginsel van behoorlijk bestuur.

Zij meent dat die schending voorhanden is:

“Doordat verwerende partij de offerte van verzoekende partij onregelmatig heeft verklaard omwille van een abnormaal lage prijs;

Terwijl een offerte slechts kan worden onregelmatig verklaard omwille van een abnormaal lage prijs nadat de inschrijver, per aangetekend schrijven, een termijn van twaalf kalenderdagen wordt geboden om zijn prijs te verantwoorden en de aanbestedende overheid deze verantwoording op gemotiveerde wijze verwerpt;

Terwijl verzoekende partij de offerte heeft ingediend met de laagste prijs;

Terwijl verwerende partij geen aangetekend schrijven aan verzoekende partij heeft gericht waarin een termijn van twaalf kalenderdagen wordt geboden om de prijzen te verantwoorden;

Terwijl verwerende partij per e-mail van 31 januari heeft erkend dat geen zo een verzoek per aangetekend schrijven werd verstuurd;

Terwijl het gunningsverslag vermeldt dat wel een verzoek tot prijsverantwoording per aangetekend schrijven werd verzonden en hiermee de deputatie op basis van met de werkelijkheid strijdende verklaringen werd misleid tot het nemen van de bestreden beslissingen;

Zodat de offerte van verzoekende partij ten onrechte als onregelmatig werd verworpen;

Zodat geenszins vaststaat dat de opdracht werd gegund aan de inschrijver met de laagste regelmatige offerte;

Zodat de bestreden beslissingen behept zijn met een onwettigheid die tot de schorsing van de tenuitvoerlegging ervan moet leiden.”

De verzoekende partij licht toe dat haar, in weerwil van wat artikel 21, § 3, van het koninklijk besluit Plaatsing vereist, niet per aangetekend schrijven een termijn van minstens twaalf kalenderdagen werd verstrekt om een prijsverantwoording te geven, terwijl die vormvereiste is ingesteld ter bescherming van de belangen van de betrokken inschrijver en dus substantieel van aard is, zodat de niet-naleving ervan gesanctioneerd wordt met een absolute nietigheid. Wanneer de aanbestedende overheid nalaat een verzoek tot prijsverantwoording te richten aan een inschrijver, kan de offerte niet onregelmatig worden verklaard omwille van het abnormaal karakter van de prijzen.

De verzoekende partij wijst er voorts op dat de verwerende partij met een e-mailbericht van 31 januari 2017 erkent dat zij aan haar geen enkele vraag tot prijsverantwoording aangetekend heeft verstuurd en dat niettegenstaande de verwerende partij beweert dat deze wel per gewone post zou zijn verstuurd, zij nooit een dergelijke brief heeft ontvangen. De afwezigheid van een

prijsverantwoording en haar onmiddellijk verzoek na de bestreden beslissing om de vraag tot prijsverantwoording te mogen ontvangen, bevestigen dit.

De verzoekende partij merkt ook op dat zij de verwerende partij met een brief en een e-mailbericht van 2 februari 2017 op deze onwettigheid heeft gewezen en de kans heeft geboden haar beslissing in te trekken. De verwerende partij heeft echter de begane en erkende manifeste onwettigheid naast zich neergelegd en de opdracht gegund aan een inschrijver wiens offerte bijna dubbel zo duur is als de offerte van de verzoekende partij.

Zij vervolgt dat het “gunningsverslag” dat zij ontving beweringen bevat die manifest strijdig zijn met de werkelijkheid. Het gunningsverslag vermeldt immers dat een prijsverantwoording per aangetekend schrijven werd verzonden. Nu de verwerende partij heeft erkend dat geen prijsverantwoording per aangetekend schrijven werd verzonden, staat het vast dat het gunningsverslag valse verklaringen bevat die de deputatie ertoe hebben aangezet beslissingen te nemen die gesteund zijn op onjuistheden.

De verzoekende partij besluit dat de beslissing om de offerte van de verzoekende partij als onregelmatig te verwerpen, bijgevolg is aangetast met een manifeste onwettigheid; haar offerte werd volgens haar immers ten onrechte als onregelmatig verworpen en de opdracht werd aldus niet aan de inschrijver met de laagste regelmatige offerte gegund.

10. De verwerende partij antwoordt in haar nota dat de verzoekende partij geen belang heeft bij het enig middel aangezien uit de motivering van de bestreden beslissing ten aanzien van de gekozen inschrijver ontegensprekelijk blijkt dat de prijzen van de verzoekende partij eveneens abnormaal laag zijn. Uit de motivering ten aanzien van de geboden prijzen door de bvba AD kon de verzoekende partij afleiden waarom haar eigen offerte is verworpen. Het loutere feit dat zij geen prijsverantwoording heeft ingediend, doet hieraan geen afbreuk aangezien in de bestreden beslissing wordt vastgesteld dat de door de bvba AD geboden prijzen – die hoger liggen dan deze van de verzoekende partij – onmogelijk kunnen worden aanvaard.

De verwerende partij betwist voorts niet dat de verzoeken tot prijsverantwoording aan de bvba AD en aan de verzoekende partij zijn verzonden per gewone brief, en dus niet per aangetekende brief. Nadat de verzoekende partij op 27 januari 2017 in kennis is gesteld van de niet-gunning, heeft deze het bewijs van de aangetekende zending opgevraagd en het is pas op dat ogenblik dat de verwerende partij heeft vastgesteld dat de brief niet aangetekend werd verzonden.

Bovendien meent de verwerende partij dat “[moet] worden vastgesteld dat uit het verloop van de aanbestedingsprocedure blijkt dat de verzoekende partij het verzoek tot prijsverantwoording dat is verzonden per gewone brief wel degelijk heeft ontvangen, maar dat zij er doelbewust voor heeft gekozen niet te antwoorden. Dit blijkt duidelijk uit het feit dat de bvba AD, die ook een verzoek tot prijsverantwoording heeft ontvangen per gewone brief, wel heeft gereageerd binnen de opgelegde termijn van twaalf dagen”.

Bijgevolg moet, zo besluit de verwerende partij, gelet op het feit dat de verzoekende partij op een nuttig tijdstip een prijsverantwoording kon indienen, worden vastgesteld dat de verzoekende partij geen belang heeft bij het enig middel, minstens dat dit middel niet ernstig is.

Beoordeling

11. Het wordt niet betwist dat artikel 99, § 2, van het koninklijk besluit Plaatsing te dezen van toepassing was nu het gaat om een aanneming van werken gegund bij open aanbesteding waarbij minstens vier offertes werden ingediend, noch dat het bedrag van de offerte van verzoekende partij minstens vijftien percent onder het gemiddelde bedrag van de andere ingediende offertes ligt. De aanbestedende overheid diende de offerte van verzoekende partij bijgevolg te beschouwen als een offerte waarvan het eventueel abnormale karakter van de prijs moet worden nagezien. Evenmin wordt de beslissing betwist om ter zake een prijsverantwoording te vragen.

De verzoekende partij stelt echter dat zij geen vraag tot prijsverantwoording heeft ontvangen en dat de verwerende partij zelf op 31 januari

2017 erkende dat geen enkele vraag tot prijsverantwoording aangetekend werd verstuurd.

12. Het verweer dat de verzoekende partij geen belang heeft bij het enig middel aangezien uit de motivering van de bestreden beslissing blijkt dat de door de bvba AD geboden prijzen – die hoger liggen dan deze van de verzoekende partij – onmogelijk kunnen worden aanvaard, overtuigt niet.

Overeenkomstig artikel 21, § 3, van het koninklijk besluit Plaatsing mag een offerte niet worden geweerd wegens abnormale prijzen dan na een vraag tot prijsverantwoording. De offerte van de verzoekende partij werd echter niet geweerd omdat de prijsverantwoording niet voldeed, maar enkel omdat zij geen verantwoording heeft ingediend. Zij betoogt echter in dit middel dat haar geen vraag tot verantwoording bij aangetekende brief werd opgestuurd en zij ook geen dergelijke vraag heeft ontvangen. Indien het middel ernstig wordt bevonden en later eventueel gegrond, staat vast dat aan de verzoekende partij de waarborg werd ontnomen dat de verwerende partij haar prijsverantwoording onderzoekt en vervolgens in voorkomend geval motiveert waarom deze niet voldoet en de offerte wegens abnormale prijzen weert. Het komt daarbij niet aan de Raad van State toe om die beoordeling, in het kader van een exceptie, te doen, anticiperend op die verantwoording en in plaats van de aanbestedende overheid.

13. In de nota erkent de verwerende partij dat de vraag tot prijsverantwoording niet werd verzonden bij aangetekend schrijven zoals voorgeschreven door voormeld artikel 21, § 3; het vereiste van een aangetekend schrijven biedt zekere waarborgen aan de geadresseerde en doet een dwingende termijn ingaan; het niet naleven van dit vereiste is te dezen apert. Hoe dan ook bewijst de verwerende partij niet dat de verzoekende partij de vraag tot prijsverantwoording, zo al verzonden, ook heeft ontvangen. De verwerende partij beweert wel dat de verzoekende partij deze brief bij gewone post zou hebben ontvangen. Het feit dat de tweede laagste inschrijver aan wie eveneens een vraag tot prijsverantwoording werd verzonden deze gewone brief wel heeft ontvangen, lijkt dit op zich echter niet aan te tonen. Uit het administratief dossier blijkt trouwens dat deze meedeelde dat de brief bij een buur was afgegeven.

Aldus is niet aangetoond dat de verwerende partij een prijsverantwoording aan de verzoekende partij heeft gevraagd zodat de verwerende partij moet worden geacht artikel 21, § 3, vijfde lid, en 99, § 2, van het koninklijk besluit Plaatsing, die een vraag tot prijsverantwoording voorschrijven vooraleer een prijs als abnormaal mag worden beschouwd en de offerte om die reden mag worden geweerd, te hebben geschonden. Bijgevolg staat niet vast dat de offerte van de verzoekende partij terecht als substantieel onregelmatig werd geweerd en dus ook niet dat de opdracht werd gegund aan de inschrijver met de laagste regelmatige offerte zoals vereist door artikel 24 van de wet van 15 juni 2006. Evenmin lijkt de bestreden beslissing dan ook te steunen op voldoende draagkrachtige motieven zodat ook de materiële motiveringsplicht geschonden lijkt.

14. Het enig middel is in de aangegeven mate ernstig en rechtvaardigt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de bestreden beslissing.

VII. Voorlopige maatregelen

15. De verzoekende partij verzoekt de Raad van State om de volgende voorlopige maatregel op te leggen:

“De schorsing te bevelen van de tenuitvoerlegging van elke rechtshandeling genomen in uitvoering van de bestreden beslissingen totdat de bestreden beslissingen zijn ingetrokken of de Raad van State uitspraak heeft gedaan over de nietigverklaring ervan.”

Het opleggen van deze maatregel is volgens de verzoekende partij noodzakelijk om haar “materieel” belang, te weten de mogelijkheid om als laagste regelmatige inschrijver de opdracht zelf uit te voeren, “maximaal” veilig te stellen.

Beoordeling

16. Overeenkomstig artikel 15 van de wet van 17 juni 2013 kan de Raad van State, in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke

onwettigheid, zolang het vernietigingsberoep bij hem aanhangig is, “de voorlopige maatregelen bevelen om de beweerde schending ongedaan te maken of te voorkomen dat de betrokken belangen worden geschaad” en “de voorlopige maatregelen bevelen die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van haar uitspraak”.

De verzoekende partij verduidelijkt niet welke rechtshandelingen genomen in uitvoering van de bestreden beslissing moeten worden geschorst en stelt de Raad van State aldus niet in staat te onderzoeken of deze maatregel een bijkomend voordeel oplevert ten opzichte van de bevolen schorsing en niet de grenzen overschrijdt van wat als een voorlopige maatregel mag worden gevraagd om haar belangen te vrijwaren in afwachting van een arrest dat zich over het beroep tot nietigverklaring ten gronde uitsprekt.

Deze vaststelling volstaat om de vordering tot het opleggen van voorlopige maatregelen te verwerpen.

VIII. Belangenafweging

17. Ten slotte vraagt de verwerende partij over te gaan tot een belangenafweging en om, aangezien de werken aan de betrokken onbevaarbare waterloop dringend moeten worden uitgevoerd, conform artikel 15, derde lid, van de wet van 17 juni 2013 de schorsing van de bestreden beslissing, en in elk geval de gevraagde voorlopige maatregel, niet toe te staan omdat de negatieve gevolgen ervan groter zouden zijn dan de voordelen ervan.

Het betreft, zo vervolgt zij, een overheidsopdracht voor werken waarvan het geraamde bedrag ruim onder de Europese drempel valt en de overeenkomst in het kader van deze opdracht is onmiddellijk afgesloten met de gekozen inschrijver zodat de verwerende partij verbintenisrechtelijke verplichtingen ten aanzien van deze inschrijver heeft. Het toestaan van een schorsing en de gevraagde voorlopige maatregel zal een financiële weerslag hebben op de verwerende partij aangezien zij haar verplichtingen ten aanzien van de gekozen inschrijver niet kan nakomen. Bovendien, zo vervolgt zij, zijn de werken dringend “aangezien het onderhoud van de onbevaarbare waterloop noodzakelijk is (cf. gevaar voor overstromingen, slibvorming, enz...) en de

begroeiing vanaf de maanden april/mei 2017 de uitvoering van de werken sterk zal hinderen”. De beperkte inzet van de overheidsopdracht, de mogelijke financiële weerslag op de verwerende partij en het kennelijk dringend karakter van de werken staan, zo besluit de verwerende partij, niet in verhouding tot het voordeel dat de verzoekende partij kan hebben bij een schorsing van de bestreden beslissing en bij het toekennen van een voorlopige maatregel.

Beoordeling

18. Het komt op het eerste gezicht diegene toe die, niettegenstaande de voorwaarden voor een schorsing in beginsel vervuld zijn, deze schorsing alsnog geweigerd wil zien, om aannemelijk te maken dat de negatieve gevolgen groter zijn dan de voordelen.

De verwerende partij maakt te dezen niet concreet aannemelijk waarom de financiële weerslag van een schorsing van die aard is dat de negatieve gevolgen van een schorsing voor haar groter zijn dan de voordelen van een schorsing voor de verzoekende partij. Een niet-schorsing gevolgd door een nietigverklaring kan trouwens ook financiële gevolgen hebben wanneer de verzoekende partij een schadevergoeding zou vragen. Zij maakt evenmin het acute gevaar voor overstromingen en slibvorming concreet aannemelijk. Zij toont ook niet aan dat er niet voldoende wettelijke mogelijkheden zijn om dringende opdrachten alsnog te laten uitvoeren noch dat er na schorsing geen nieuwe beslissing voor april/mei mogelijk zou zijn. Zij gaat er voorts aan voorbij dat zij reeds vanaf eind januari kennis had van de problematiek en eventueel al een vraag tot prijsverantwoording zou kunnen hebben verzonden.

De verwerende partij maakt dan ook niet aannemelijk dat er een afdoende reden is om in te gaan op de vraag om de vordering tot schorsing te verwerpen op grond van belangenafweging.

IX. Kosten

19. Het is passend, gelet op de hierna ingewilligde vordering tot schorsing en het daaropvolgende nog noodzakelijke procedureverloop, de kosten,

de gevorderde rechtsplegingsvergoeding inbegrepen, in beraad te houden.

BESLISSING

De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 19 januari 2017 van de deputatie van de provincie Vlaams-Brabant waarbij de offerte van de bvba Andre Audenaert voor de opdracht “Onderhoudswerken uit te voeren aan de onbevaarbare waterlopen van de tweede categorie in het Demerbekken Noord – 2016-2017” (bestek nr. 2016/10) als substantieel onregelmatig wordt geweerd en waarbij die opdracht wordt gegund aan de bvba Geerts.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 7 maart 2017, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,
bijgestaan door

Silja Doms,

De griffier

Silja Doms

waarnemend voorzitter,

griffier.

De voorzitter

Pierre Barra