

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 238.425 van 6 juni 2017
in de zaak A. 222.151/XII-8373**

In zake: 1. de NV VIABUILD
2. de NV HERBOSCH-KIERE
samen vormend een tijdelijke handelsvennootschap
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Arnold Gits en Elias Gits
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
President Kennedypark 31 A
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het AUTONOOM GEMEENTEBEDRIJF VOOR VAST-
GOEDBEHEER EN STADSPROJECTEN ANTWERPEN
(AG VESPA)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Annelies Verlinden en Jackie Joossen
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 106
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 8 mei 2017, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:
 - “Besluit van het Directiecomité van AG Vespa van 21 april 2017 (betekend met aangetekende brief van 24 april 2017) tot stopzetting van de lopende aanbesteding met dossier nr. AG VESPA/SAW/SK/SAZ/BE08 voor fase 1 van de aanleg van de Sint-Andries en Zuid”
 - “Opvolgend besluit van het Directiecomité van AG Vespa van 21 april 2017 (betekend met aangetekende brief van 24 april 2017) tot plaatsing van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking met dossier nr. AG

‡AGGRNEFAJ-BCJIBHV‡

VESPA/SAW/SK/SAZ/BE09 voor fase 1 van de aanleg van de Sint-Andries en Zuid”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 23 mei 2017, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Elias Gits, die verschijnt voor de verzoekende partijen, en advocaten Lieven Annaert, Jackie Joosen en Florence Van Durme, die *loco* advocaat Annelies Verlinden verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Ines Martens 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. In het kader van het masterplan Scheldekaaien schrijft het Autonoom Gemeentebedrijf voor vastgoedbeheer en stadsprojecten Antwerpen (AG VESPA) een opdracht uit voor werken voor de heraanleg van het openbaar domein ter hoogte van de wijken Sint-Andries en Zuid en voor de bouw van een was- en overslagplaats voor veegwagens.

De opdracht wordt een eerste keer in de markt geplaatst met een open aanbesteding. In het kader van deze procedure wordt slechts één offerte

ingediend, namelijk door de nv Stadsbader. De opdracht wordt stopgezet omdat het offertebedrag niet binnen de voorziene projectkost valt.

3.2. Vervolgens wordt een nieuwe aanbestedingsprocedure opgestart met bekendmaking in het Bulletin der Aanbestedingen van 7 februari 2017 en in het Publicatieblad van de Europese Unie van 9 februari 2017. De opdracht is onderworpen aan het bestek AG VESPA/SAW/SK/SAZ/BE08 “Heraanleg van de Scheldekaaien ter hoogte van Sint-Andries en Zuid fase 1”. In dit bestek worden de kwalitatieve selectievereisten, meer bepaald wat het aantal gevraagde referenties betreft, enigszins afgezwakt ten opzichte van de vereiste referenties in het vorige bestek.

Er worden ditmaal twee offertes ingediend, namelijk door:

- 1) de thv Artes Roegiers-Artes Depret-Stadsbader
- 2) de thv Viabuild – Herbosch-Kiere (de verzoekende partijen).

3.3. De offertes worden onderzocht en er wordt op 21 april 2017 een gunningsverslag opgesteld door het aangestelde studiebureau. In dit verslag wordt als besluit vermeld:

“De laagste regelmatige bidder is: THV Viabuild – Herbosch-Kiere voor het bedrag van €12.029.021,77 (excl. btw) voor de basismeetstaat. Wij wijzen erop dat het bedrag substantieel hoger is dan de raming en het voorziene budget van het project.”

3.4. Op 24 april 2017 beslist het directiecomité van AG VESPA om de lopende aanbesteding voor fase 1 van de aanleg van de Sint-Andries en Zuid stop te zetten. In de beslissing wordt overwogen:

“Het offertebedrag is % meer dan het ramingsbedrag. Deze projectkost valt niet meer binnen de totale oorspronkelijk vooropgestelde projectkost. Gezien het feit dat het offertebedrag niet binnen de voorziene projectkost valt, wordt in overleg met de medeopdrachtgevers geadviseerd om de lopende procedure af te sluiten zonder gunning wegens onaanvaardbare hoge prijzen.

Artikel 1

Het directiecomité van AG VESPA beslist tot stopzetting van de lopende aanbesteding wegens onaanvaardbare hoge prijzen.”

Dit is de eerste bestreden beslissing.

Bij aangetekend verstuurd schrijven, gedateerd op 24 april 2017, wordt kopie van de bestreden beslissing samen met het aanbestedingsverslag aan de inschrijvers toegezonden.

3.5. Eveneens op 24 april 2017 beslist het directiecomité van AG VESPA om voor de opdracht fase 1 van de heraanleg van de Scheldekaaien ter hoogte van Sint-Andries en Zuid een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking op te starten met alle inschrijvers die bij de oorspronkelijke inschrijving aan de eisen inzake de kwalitatieve selectie beantwoordden en bij de eerste procedure een formeel regelmatige offerte hebben ingediend.

Dit is de tweede bestreden beslissing.

Bij aangetekend schrijven, 24 april 2017 gedateerd, worden de verzoekende partijen en de thv Artes Roegiers-Artes Depret-Stadsbader uitgenodigd om deel te nemen aan de onderhandelingsprocedure.

3.6. Beide inschrijvers dienen in het kader van de onderhandelingsprocedure een offerte in.

3.7. Op 8 mei 2017 dienen de verzoekende partijen de voorliggende vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

4. De verwerende partij werpt in haar nota excepties van gebrek aan belang op in hoofde van de verzoekende partijen, zowel wat de vordering zelf betreft als het enig middel. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over die door de verwerende partij opgeworpen excepties 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.

V. Schorsingsvoorwaarden

5.1. 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.

5.2. 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 kunnen verantwoorden.

VI. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

6. De verzoekende partijen voeren in het verzoekschrift in een enig middel de schending aan van “artikel 35 Overheidsopdrachtenwet van 15 juni 2016 [lees: 2006], van het gelijkheids- en niet-discriminatiebeginsel volgens uit de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli

‡AGGRNEFAJ-BCJIBHV‡

1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen, van de motiveringsplicht als algemeen rechtsbeginsel, van het vertrouwensbeginsel en van het redelijkheidsbeginsel”.

Het middel wordt aangebracht in drie onderdelen, die hierna bij de beoordeling zullen worden uiteengezet.

Beoordeling

Voorafgaand

7. Nergens in de uiteenzetting van de drie middelonderdelen, zo lijkt, brengen de verzoekende partijen een grief aan die kan worden betrokken op het in het middel geschonden geachte artikel 35.

Voorafgaand aan de uiteenzetting van die middelonderdelen stellen de verzoekende partijen enkel vast dat een eerste aanbestedingsprocedure werd stopgezet wegens onaanvaardbaar hoge prijzen, dat dezelfde opdracht een tweede maal werd geplaatst zonder verwijzing naar de raming of het beschikbare budget, dat er geen of nauwelijks wijzigingen aan het bestek voorhanden waren en dat deze opdracht opnieuw werd stopgezet, waarna een onderhandelingsprocedure werd opgestart, wat strijdig zou zijn met artikel 35 van de voormelde wet. De verzoekende partijen geven echter niet uitdrukkelijk aan welke van die beslissingen zij in strijd achten met het voormelde artikel 35, luidend:

“Het volgen van een procedure houdt geen verplichting in tot het gunnen of het sluiten van de opdracht. De aanbestedende overheid kan zowel afzien van het gunnen of het sluiten van de opdracht als de procedure herbeginnen, desnoods op een andere wijze.”

In de mate dat de verzoekende partijen aldus willen doen gelden dat het de eerste bestreden beslissing, tot stopzetting van de tweede aanbestedingsprocedure, is die genomen werd in strijd met het hiervoor aangehaalde artikel 35, zetten zij niet op duidelijke wijze uiteen op welke wijze dan wel die beslissing dat artikel schendt. Nochtans dient een middel dat in een schorsingsvordering wordt aangebracht, om als ernstig te kunnen worden aangemerkt, dermate

‡AGGRNEFAJ-BCJIBHV‡

duidelijk te zijn dat het bij de eerste lezing meteen aannemelijk is dat daarop een nietigverklaring kan worden gesteund, zonder dat een doorgedreven onderzoek van het middel noodzakelijk is. In een schorsingsprocedure die, zoals de huidige, dan nog is ingeleid bij uiterst dringende noodzakelijkheid, is zulks des te meer het geval, omdat het onderzoek van de Raad van State in die procedure uiterst snel moet kunnen verlopen.

In de mate dat de verzoekende partijen zouden willen aanvoeren dat de tweede bestreden beslissing, tot het opstarten van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking, in strijd zou zijn met het voormelde artikel 35, kan bovendien worden vastgesteld dat dit artikel geen betrekking heeft op het opstarten van een gunningsprocedure, zodat, zo lijkt, dit artikel niet geschonden kan worden door de tweede bestreden beslissing.

8. Het middel is op dit punt niet ontvankelijk, minstens niet ernstig.

Beoordeling

Eerste onderdeel

9. In een eerste onderdeel van hun middel voeren de verzoekende partijen aan dat er sprake is van een “kennelijk motiveringsgebrek” wat de beslissing tot stopzetting van de tweede aanbestedingsprocedure betreft. In deze beslissing wordt enkel vermeld dat het offertebedrag hoger is dan de raming maar het juiste percentage werd doorgehaald en wordt ook niet transparant gesteld in het bestek van de derde aanbestedingsprocedure, namelijk de lopende onderhandelingsprocedure. De verwerende partij beperkt zich aldus tot de vaststelling dat de projectkost niet meer valt binnen de totale voorgestelde projectkost en dat daarom beslist wordt om de lopende procedure stop te zetten wegens onaanvaardbaar hoge prijzen. Nu dit echter een tweede stopzetting op rij betreft, mocht de verwerende partij er zich volgens de verzoekende partijen niet toe beperken louter vast te stellen dat het offertebedrag hoger is dan het ramingsbedrag, zeker als bij de kennisgeving van de motivering het percentage van de overschrijding wordt doorgehaald. Er mag worden verwacht dat de verwerende partij aangeeft waarom de overschrijding budgetmatig ontoelaatbaar is. Immers enkel een substantiële en

‡AGGRNEFAJ-BCJIBHV‡

redelijkerwijze onverwachte overschrijding die budgetmatig niet kan worden gehaald, mag aanleiding geven tot stopzetting van de opdracht. Dit geldt des te meer wanneer geopteerd wordt voor een onderhandelingsprocedure met twee inschrijvers die elkaars inschrijvingsprijzen kennen.

De verzoekende partijen betrekken aldus hun grief inzake een motiveringsgebrek enkel op de eerste bestreden beslissing, namelijk de beslissing van 21 april 2017 tot stopzetting van de lopende aanbestedingsprocedure. Zo stellen zij onder meer als besluit van dit onderdeel: “De motivering is van aard dat er geen enkele controle mogelijk is op de draagkracht van het stopzettingsbesluit.” Het lijkt dat het eerste middelonderdeel dus enkel die beslissing betreft.

10. Er moet worden aangenomen dat indien de aanbestedende overheid beslist om na het volgen van een gunningsprocedure, de opdracht alsnog niet te gunnen, zij daarbij niet willekeurig te werk mag gaan en die beslissing moet steunen op deugdelijke motieven die de beslissing kunnen dragen.

11. Uit de hiervoor geciteerde motivering van de eerste bestreden beslissing blijkt dat de opdracht niet wordt gegund omdat het offertebedrag niet meer binnen de voorziene projectkost valt, wat maakt dat het voor de verwerende partij om “onaanvaardbare hoge prijzen” gaat.

De verzoekende partijen maken op het eerste gezicht niet aannemelijk waarom deze motivering een belanghebbende niet in staat stelt met kennis van zaken te beoordelen of het zin heeft de stopzettingsbeslissing aan te vechten met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt. De precieze vermelding van het percentage van overschrijding in de eerste bestreden beslissing lijkt daartoe niet noodzakelijk.

Minstens tonen de verzoekende partijen niet aan welk belang zij hebben bij hun grief dat het precieze percentage niet werd vermeld. Immers, zij betogen dat de vermelding noodzakelijk is omdat niet elke overschrijding van het geraamde bedrag van aard zou zijn dat tot stopzetting mag worden besloten maar dat het moet gaan om een substantiële overschrijding. In het derde middelonderdeel knopen zij hierbij aan waar zij argumenteren dat indien de offerteprijs de

‡AGGRNEFAJ-BCJIBHV‡

raming met minder dan 15 % overschrijdt, er een vermoeden van conformiteit met de raming geldt zodat dergelijk laag percentage niet zou volstaan om de procedure stop te zetten. Uit het eigen onderzoek van de Raad van State blijkt echter dat de offerteprijs van de verzoekende partijen de raming met meer dan 15 % overschrijdt en de verzoekende partijen voeren niet aan dat een overschrijding van de raming met meer dan 15 % een aanbestedende overheid niet zou toestaan een opdracht stop te zetten. Dat het om een substantiële overschrijding van de raming ging, werd ook reeds vermeld in het gunningsverslag, opgesteld door het studiebureau. Dit gunningsverslag werd samen met de eerste bestreden beslissing aan de verzoekende partijen bezorgd.

12. Voorts kan nog worden vastgesteld dat de eerste bestreden beslissing tot stopzetting van de lopende procedure en de tweede bestreden beslissing tot het opstarten van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking, twee van elkaar losstaande beslissingen zijn, zodat niet valt in te zien hoe de inhoud van de tweede bestreden beslissing, namelijk het opstarten van een onderhandelingsprocedure met twee inschrijvers die deelnamen aan de voorafgaande aanbestedingsprocedure, de omvang van de motiveringsverplichting ten aanzien van de eerste bestreden beslissing zou kunnen beïnvloeden.

Het eerste onderdeel van het middel, dat motiveringsgebreken betreft, is niet ernstig.

Tweede onderdeel

13. In een tweede onderdeel wordt een schending van het vertrouwensbeginsel en het redelijkheidsbeginsel aangevoerd nu het een complexe opdracht betreft waarvoor slechts weinig gegadigden zijn en er mocht volgens de verzoekende partijen worden verwacht dat de verwerende partij na de eerste procedure de raming opnieuw zou beoordelen dan wel een grondige wijziging zou doorvoeren van de besteksvoorwaarden dan wel een andere aanbestedingsmethodologie zou voorstellen. Het bestek werd echter niet grondig gewijzigd en de verzoekende partijen leiden uit de eerste bestreden beslissing af dat de oorspronkelijke raming niet opnieuw werd beoordeeld. Ook het derde bestek bevat nauwelijks wijzigingen ten opzichte van het eerste en het tweede bestek. Door

‡AGGRNEFAJ-BCJIBHV‡

noch het bestek te wijzigen, noch de raming te herevalueren, noch de gunningswijze aan te passen, heeft de verwerende partij, naar het oordeel van de verzoekende partijen, het vertrouwensbeginsel en het redelijkheidsbeginsel miskend. Immers, als de verwerende partij na het stopzetten van de eerste aanbestedingsprocedure opnieuw kiest voor een aanbesteding, dan kunnen de inschrijvers er van uitgaan dat de opdracht zal worden gegund aan de laagste regelmatige inschrijver en dat de procedure niet zal worden stopgezet, ook als de prijzen aan de hoge kant worden bevonden aangezien het ramingsbedrag normaal verhoogd zal zijn. Anders zou ofwel het bestek zijn gewijzigd ofwel meteen zijn gekozen voor een onderhandelingsprocedure.

In de mate dat de verzoekende partijen er van uitgaan dat zij mochten verwachten dat de verwerende partij na de eerste aanbestedingsprocedure de raming opnieuw zou beoordelen, hetzij een grondige wijziging van de besteksvoorwaarden zou doorvoeren, hetzij een andere aanbestedingsmethodologie zou kiezen, kan met de verwerende partij worden vastgesteld dat de verzoekende partijen de beslissing tot het opstarten van de tweede aanbestedingsprocedure niet tot het voorwerp van het voorliggend beroep hebben gemaakt.

Voorts lijkt de verwerende partij na de stopzetting van de eerste aanbestedingsprocedure het bestek wel degelijk te hebben aangepast met betrekking tot de kwalitatieve selectievereisten. Er werden namelijk minder strenge vereisten gesteld met betrekking tot het aantal voorgeschreven referenties. Bovendien blijkt uit de vertrouwelijk neergelegde stukken in het administratief dossier ook dat de raming enigszins werd verhoogd in het kader van de tweede aanbestedingsprocedure en dit op grond van gedetailleerde berekeningen uitgevoerd door het studiebureau.

In de mate dat de verzoekende partijen kritiek uiten op het feit dat de verwerende partij het bestek in de derde gunningsprocedure nauwelijks zou hebben gewijzigd, blijkt uit de tweede bestreden beslissing dat de verwerende partij na de tweede stopzettingsbeslissing ervoor geopteerd heeft een andere gunningsprocedure te voeren, namelijk een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking op grond van artikel 26, § 1, 1°, e), van de voormelde wet van 15 juni 2006. Er is dus wel gekozen voor een wijziging van de gunningsprocedure,

‡AGGRNEFAJ-BCJIBHV‡

in tegenstelling tot wat de verzoekende partijen in dit onderdeel van hun middel betogen. Voorts bepaalt het voormelde artikel 26, § 1, 1°, e), zoals de verwerende partij terecht vaststelt, dat de aanbestedende overheid de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht niet wezenlijk mag wijzigen. De kritiek van de verzoekende partijen mist in dat opzicht dan ook het noodzakelijk ernstig karakter.

14. Het besproken middelonderdeel, waarin wordt aangevoerd dat het vertrouwensbeginsel en het redelijkheidsbeginsel zijn geschonden, mist dan ook deels feitelijke, deels juridische grondslag en is bijgevolg niet ernstig.

Derde onderdeel

15. In een derde onderdeel voeren de verzoekende partijen een schending aan van het gelijkheidsbeginsel. Zij zetten hierbij uiteen dat de verwerende partij verplicht is het onaanvaardbare karakter van de prijs aan te tonen door concrete elementen. Indien dit percentage lager is dan 15 %, is er zelfs een vermoeden van conformiteit met de raming, zodat dergelijk laag percentage geenszins volstaat om de procedure stop te zetten, temeer omdat er geen bijzondere motivering aan verbonden is zoals *in casu*.

16. De verwerende partij moet hier worden bijgevalen in haar betoog dat op geen enkele wijze wordt uiteengezet op welke wijze de bestreden beslissingen het gelijkheidsbeginsel schenden. De in het verzoekschrift gegeven uiteenzetting van het middelonderdeel lijkt immers geen betrekking te hebben op een schending van het gelijkheidsbeginsel, maar op het vermoeden van conformiteit met de raming indien het voormelde percentage lager is dan 15 %, hetgeen overigens zoals hiervoor is vastgesteld, niet strookt met de gegevens van het dossier.

Het middelonderdeel is aldus niet ernstig.

VII. Besluit

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

‡AGGRNEFAJ-BCJIBHV‡

verworpen.

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

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. De verzoekende partijen worden, elk voor de helft, verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 400 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 6 juni 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