

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 240.075 van 5 december 2017
in de zaak A. 220.755/XII-8262**

In zake: de NV MONUMENT VANDEKERCKHOVE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Eva Roels en Aurora Hoet
kantoor houdend te 8530 Harelbeke
Kortrijksesteenweg 387
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de VLAAMSE GEMEENSCHAP
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Patrick Peeters en Roeland Van Cleemput
kantoor houdend te 1000 Brussel
Terhulpsesteenweg 120
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 21 november 2016, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing *sine dato* van de Vlaamse Gemeenschap waarbij werd beslist om de offerte van de nv Monument Vandekerckhove voor het uitvoeren van de overheidsopdracht ‘Landschapsaanleg en renovatie van het plantenpaleis – Perceel 1’ in de plantentuin te Meise niet als de laagste regelmatige inschrijving aan te duiden, en de werken toe te wijzen aan de nv PPR-Vibed”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij en de verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 24 oktober 2017.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Anaël Vander Eecken, die *loco* advocaat Eva Roels verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Roeland Van Cleemput, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven, behoudens wat de kosten betreft.

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 renovatie van de voorgevel van het plantenpaleis en de heraanleg van de toegangszone in de Plantentuin te Meise.

Zij kiest als gunningswijze voor de open aanbesteding.

De opdracht bestaat uit twee percelen: perceel 1 omvat de renovatie van de voorgevel van het plantenpaleis, perceel 2 de heraanleg van de toegangszone. Beide percelen bestaan op hun beurt uit, enerzijds, een gedeelte werken en, anderzijds, een gedeelte onderhoud. Enkel perceel 1 is hier in het geding.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 1 april 2016.

3.2. Bij het toepasselijk bestek wordt een samenvattende meetstaat gevoegd. De post “90.26.40 verhardingen – breuksteen”, wordt vermeld als artikel van perceel 1 in de technische bepalingen van het bestek, maar ontbreekt in de bijgevoegde samenvattende meetstaat. Deze post 90.26.40 betreft de renovatie en uitbreiding van de bestaande buitenverhardingen door middel van gerecupereerde tegels in natuursteen.

De partijen verklaren dat de verzoekende partij en de nv PPR-Vibed deze leemte in de samenvattende meetstaat schriftelijk aan de verwerende partij zouden hebben gemeld vóór de datum van de openingszitting. In het rectificatiebericht 2, gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen van 3 mei 2016, antwoordt de verwerende partij dat de voormelde post “inderdaad [ontbreekt] in de meetstaat” en dat “[d]e inschrijver [...] voor dit artikel eveneens een prijs [dient] te maken”.

3.3. De opening van de offertes vindt plaats op 10 mei 2016. Drie inschrijvers dienen een offerte in: de verzoekende partij, de nv PPR-Vibed en de nv DSV.

3.4. Bij de opening van de offertes worden de prijzen afgeroepen die in het offerteformulier werden vermeld door de inschrijvers. Dit geeft aanleiding tot een rangschikking waarbij de verzoekende partij als laagste inschrijver wordt gerangschikt.

3.5. In het gunningsverslag van 14 juli 2016 rangschikt de verwerende partij onder “Rangschikking bij opening offertes” de offertes op grond van de door de inschrijvers vermelde prijzen met uitsluiting van de ontbrekende post 90.26.40, waardoor de nv PPR-Vibed thans als laagste inschrijver wordt gerangschikt.

Na verrekening en verbetering van enkele rekenfouten in de offertes van de inschrijvers, bepaalt de aanbestedende overheid in het gunningsverslag inzake “leemten” het volgende:

“3.4 Leemten

Onderzoek naar de gegrondheid van aangevulde leemtes en de invulling van aanvaarde leemtes.

In de andere offertes volgens de formules en regels cfr arts. 83, 85-87 en art. 97 KB Plaatsing 15/07/2011

PPR Vibed

Deze inschrijver heeft volgende leemtes gemeld:

90.26.40: Verhardingen breuksteen + FH (m²) x [vertrouwelijke prijs] = [vertrouwelijke prijs]. Deze leemte wordt aanvaard gezien deze post wel vermeld wordt in het bestek maar niet in de meetstaat.

Monument Vandekerckhove

Deze inschrijver heeft volgende leemtes gemeld:

90.26.40: Verhardingen breuksteen + FH (m²) x [vertrouwelijke prijs] = [vertrouwelijke prijs]. Deze leemte wordt aanvaard gezien deze post wel wordt vermeld in het bestek maar niet in de meetstaat.

DSV nv

Deze inschrijver heeft geen leemtes gemeld. Via de leemteberekening wordt post 90.26.40 ingevuld.”

Hierna wordt in het gunningsverslag besloten tot een nieuwe rangschikking, waarbij de nv PPR-Vibed de laagste regelmatige offerte heeft ingediend.

De aanbestedende overheid besluit om de opdracht, perceel 1, te gunnen aan de nv PPR-Vibed voor een bedrag van 1.737.228,89 euro, btw inbegrepen voor gedeelte 1 en 15.584,80 euro, btw inbegrepen voor gedeelte 2, dit is in totaal 1.752.813,69 euro, btw inbegrepen. Het gunningsverslag is als bijlage bij de beslissing gevoegd en maakt er integraal deel van uit; de motivering en het besluit ervan worden geheel onderschreven.

Voormelde beslissing, aan de verzoekende partij ter kennis gebracht bij aangetekende brief van 20 september 2016, vormt de bestreden beslissing. Het gunningsverslag is bijgevoegd.

3.6. De verzoekende partij wijst in een e-mailbericht van 23 september 2016 aan de verwerende partij op de verschillende inschrijvingsbedragen voor de nv PPR-Vibed in het proces-verbaal van opening en in het gunningsverslag, en vraagt naar de mogelijke verklaring voor dit verschil.

Op 14 oktober 2016 antwoordt de verwerende partij:

“Op het tijdstip van de opening worden de bedragen afgelezen van de ingediende offertes, deze bedragen worden opgenomen in het pv van opening. Na de opening volgt het onderzoek van de ingediende offertes en meer bepaald op de toelaatbaarheid, kwalitatieve selectie, formele en materiële regelmatigheid.

Na dit onderzoek kan het dat een inschrijver die bij opening (bedragen vermeld[...] op het offerteformulier) niet meer de laagste inschrijver is.

Voor deze opdracht (perceel 1) bedroeg voor de firma PPR Vibed het bedrag op het offerteformulier 1.787.236,19 euro en na een eerste controle van de ingediende eenheidsprijzen bedroeg het totaal 1.727.766,26 euro (gebaseerd op de ingediende samenvattende meetstaat).”

IV. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

4. In een enig middel voert de verzoekende partij 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 95, § 3, en 96, § 1, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit Plaatsing), “de materiële motiveringsplicht van bestuurshandelingen vervat in de artikelen 2 en 3 van de Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van [de] bestuurshandelingen, evenals in de artikelen 29, § 1, *juncto* 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 van “de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel”.

De verzoekende partij betoogt in de eerste plaats dat de verwerende partij de offerte van de nv PPR-Vibed had moeten weren als

substantieel onregelmatig, aangezien er onduidelijkheden waren over de prijs waartoe die inschrijver zich had verbonden. De verzoekende partij stelt dat er dubbelzinnigheid rees over de prijs waartoe die inschrijver zich had verbonden, aangezien in het offerteformulier de prijs werd vermeld van 1.787.236,19 euro en in de meetstaat “blijkbaar” het bedrag van 1.727.766,26 euro.

Voorts voert zij aan dat de verwerende partij de inschrijvingsprijs van de nv PPR-Vibed zonder afdoende motivering heeft aangepast. Nergens wordt gemotiveerd waarom in het gunningsverslag een andere, namelijk lagere, inschrijvingsprijs wordt vermeld dan het bedrag genoteerd in het offerteformulier en in het proces-verbaal van opening. De uitleg die hierover wordt gegeven in het e-mailbericht van 14 oktober 2016 kan onmogelijk gelden als een afdoende motivering, aangezien deze niet duidelijk en concreet is.

De verzoekende partij concludeert dan ook dat de verwerende partij de inschrijvingsprijs van de nv PPR-Vibed op een ongeoorloofde wijze heeft verlaagd.

5. In de memorie van wederantwoord repliceert de verzoekende partij op de uitleg in de memorie van antwoord, die wordt gegeven om de verschillende inschrijvingsbedragen te verklaren, dat de formele motiveringsplicht duidelijk is geschonden – wat zij nu aanbrengt in een “eerste onderdeel: schending motiveringsplicht”, nu zij een annulatieberoep diende in te stellen om een verklaring te krijgen voor de handelwijze van de verwerende partij. Die motieven zijn niet terug te vinden in het administratief dossier dat ter inzage was van de verzoekende partij.

Wat het “tweede onderdeel: dubbelzinnige verbintenis – ongeoorloofde aanpassing inschrijvingsprijs” betreft, stelt zij dat haar argumentatie daarover nog relevant blijft “[v]oor zover uit de (vertrouwelijke) stukken die verwerende partij in haar administratief dossier neerlegt, evenwel zou blijken dat de toelichting omtrent de leemten en de beweerde cijfergegevens niet correct zou zijn”.

Voorts voert de verzoekende partij in een nieuw tweede middel de schending aan van artikel 97, § 4, van het koninklijk besluit Plaatsing en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het zorgvuldigheidsbeginsel. Zij meent dat de verwerende partij de regels omtrent de leemten heeft geschonden, aangezien die volgens haar niet toelaten “om aan de inschrijvingsprijs van een inschrijver te sleutelen en er bedragen van af te trekken”: de verwerende partij “had geen enkele grond om eerst het bedrag van de kwestieuze post af te trekken [en] om hem er nadien weer bij te tellen”. Bovendien is het voor de verzoekende partij niet controleerbaar of deze bedragen twee maal dezelfde zijn en er dus effectief sprake is van een nuloperatie, dan wel of de inschrijvingsprijs van de nv PPR-Vibed werd gemanipuleerd.

6. In de laatste memorie benadrukt de verzoekende partij het feit dat de verzoekende partij onmogelijk uit het gunningsverslag kon opmaken waarom de prijs van de nv PPR-Vibed werd gewijzigd. Deze vaststelling betekent per definitie dat de gunningsbeslissing behept is met een schending van de formelemotiveringsplicht. Uit de reactie van de verwerende partij in haar e-mailbericht van 14 oktober 2016 kon de verzoekende partij evenwel nog steeds niet afleiden waarom aan de inschrijvingsprijs van de nv PPR-Vibed werd gesleuteld. Zij repte immers met geen woord over de ontbrekende post “90.26.40”, zodat de verzoekende partij aldus nog steeds in het ongewisse bleef over het prijsverschil. “Pas onder druk van de procedure”, heeft de verwerende partij toelichting gegeven over de bewuste post “90.26.40” en hoe dit tot een wijziging van de inschrijvingsprijs van de nv PPR-Vibed heeft geleid. Deze uitleg kon niet worden afgeleid uit de gunningsbeslissing zelf, noch uit de nadien verstrekte toelichting.

Wat haar nieuw tweede middel betreft, blijft de verzoekende partij erbij dat “(i) een aanbestedende overheid het aanbod van een inschrijver niet mag wijzigen, dat (ii) het onderzoek van leemten pas plaatsvindt in de fase van het onderzoek naar de materiële regelmatigheid en dat (iii) de definitieve rangschikking pas gebeur[t] op het einde van de procedure zodat de vergelijkbaarheid geen argument is om inschrijvingsprijzen te wijzigen”.

Beoordeling

7. De aanleiding voor de grieven van de verzoekende partij spits zich toe op het verschil in inschrijvingsprijs van de nv PPR-Vibed zoals die wordt vermeld in het proces-verbaal van opening, zijnde 1.787.236,19 euro, en het bedrag dat in het gunningsverslag wordt vermeld bij “Rangschikking bij opening offertes”, zijnde 1.727.766,26 euro.

In het gunningsverslag wordt daarover geen uitleg verschaft.

Nadat de verzoekende partij daarover een verklaring vraagt, antwoordt de verwerende partij bij e-mailbericht van 14 oktober 2016 dat na een “eerste controle” werd vastgesteld dat het totale inschrijvingsbedrag van de nv PPR-Vibed 1.727.766,26 euro bedroeg “gebaseerd op de ingediende samenvattende meetstaat” en dat het “bedrag op het offerteformulier” 1.787.236,19 euro bedroeg.

De verwerende partij verklaart evenwel nog niet waarom zij het laagste bedrag als het juiste inschrijvingsbedrag in aanmerking nam.

Pas in de memorie van antwoord verklaart zij dat “een discrepantie [werd] vastgesteld tussen de inschrijvingsprijs van PPR-Vibed in haar offerteformulier (waarin de prijs voor de post 90.26.40 wél was inbegrepen) en de inschrijvingsprijs van Monument Vandekerckhove in haar offerteformulier (waarin de prijs voor de post 90.26.40 niet was inbegrepen)” en dat zij “[o]m de vergelijkbaarheid van de ingediende offertes en de gelijkheid onder de inschrijvers te garanderen en gelet op het gegeven dat de ontbrekende post 90.26.40 een leemte uitmaakt in de samenvattende meetstaat, [...] in het gunningsverslag allereerst de inschrijvingsprijzen van beide offertes zonder de ontbrekende post 90.26.40 [vermeldt]”.

Aan de verzoekende partij kan inderdaad worden bevestigd dat “uit de (vertrouwelijke) stukken die verwerende partij in haar administratief dossier neerlegt”, blijkt dat “de toelichting omtrent de leemten en de beweerde cijfergegevens” “correct” is.

Zo blijkt, zoals de verwerende partij toelicht in haar feitenrelaas in de memorie van antwoord, dat de door de nv PPR-Vibed ingevulde samenvattende meetstaat alle posten van perceel 1 bevat zonder de ontbrekende post “90.26.40 verhardingen – breuksteen”, dat zij naast de samenvattende meetstaat tevens een kopie van de kennisgeving van de verwerende partij inzake de leemte voor post 90.26.40 toevoegde waarop zij een aparte prijs vermeldt voor de voormelde post “90.26.40 verhardingen – breuksteen” en dat de totale prijs van perceel 1 ingevuld op het offerteformulier van de nv PPR-Vibed 1.787.263,19 euro bedraagt, waarin dat apart opgegeven bedrag voor de ontbrekende post 90.26.40 is inbegrepen.

Voorts blijkt inderdaad dat de door de verzoekende partij ingevulde samenvattende meetstaat wél een prijsvermelding voor de ontbrekende post “90.26.40 verhardingen – breuksteen” bevat, maar dat die niet mee werd opgeteld in de totaalprijs voor perceel 1. De totale prijs van 1.757.542,68 euro, die door de verzoekende partij wordt vermeld in haar offerteformulier, omvat aldus alle posten van de samenvattende meetstaat behalve de prijs voor de ontbrekende post 90.26.40. De verzoekende partij betwist dit niet in haar memorie van wederantwoord.

De respectieve door de inschrijvers opgegeven bedragen voor de in de meetstaat ontbrekende post 90.26.40 werden, zoals blijkt uit de vertrouwelijke versies van het gunningsverslag bij “3.4. Leemten”, bij beide inschrijvers (terug) bijgeteld.

8. Nu uit het administratief dossier is gebleken dat de “toelichting omtrent de leemtes en de beweerde cijfergegevens” correct is, moet, zoals de verzoekende partij zelf aangeeft, worden vastgesteld dat haar argumentatie met betrekking tot het “tweede onderdeel: dubbelzinnige verbintenis – ongeoorloofde aanpassing inschrijvingsprijs” niet meer relevant is.

9. Wat haar nieuw tweede middel betreft, dat de verzoekende partij formuleert nadat zij van die toelichting kennis heeft gekregen via de memorie van antwoord van de verwerende partij, kan haar argumentatie niet worden bijgevalen. De verwerende partij heeft geenszins het aanbod van de

nv PPR-Vibed gewijzigd, het onderzoek van de leemten heeft, zoals blijkt uit het gunningsverslag, wel degelijk plaatsgevonden in de fase van het onderzoek naar de materiële regelmatigheid en de definitieve rangschikking is wel degelijk pas gebeurd op het einde van het onderzoek.

Zelfs al zou in het begin van het gunningsverslag bij de “Rangschikking bij opening offertes” geen ander inschrijvingsbedrag dan dat van het proces-verbaal van opening zijn vermeld voor de nv PPR-Vibed, waardoor de verzoekende partij als eerste zou zijn gerangschikt, dan nog zou bij het onderzoek van de leemtes zijn gebleken dat het bedrag van de in de meetstaat ontbrekende post 90.26.40 niet meer bij het inschrijvingsbedrag van de nv PPR-Vibed diende te worden bijgeteld, aangezien uit haar offerte blijkt dat deze inschrijver dat bedrag daar zelf al heeft bijgeteld, en zou bij de verzoekende partij het door haar opgegeven bedrag voor die post wél nog moeten worden bijgeteld, omdat uit haar offerte blijkt dat zij die post nog niet in haar totaalbedrag had bijgeteld. Bij de definitieve rangschikking zou dan hierdoor de verzoekende partij niet langer als eerste kunnen worden geklasseerd. Zoals de verwerende partij terecht opmerkt in haar kwestieus e-mailbericht kan het immers voorvallen dat na het onderzoek van de offertes blijkt dat een inschrijver die bij opening, wat de bedragen vermeld op het offerteformulier betreft, wel de laagste inschrijver is, dit niet meer is bij de definitieve rangschikking, wat te deze wordt verklaard door de verhoging van de inschrijvingsprijs van de verzoekende partij met het bedrag voor de ontbrekende post 90.26.40.

Bij nazicht van de vertrouwelijke stukken door de Raad van State blijkt inderdaad dat hetzelfde bedrag van de ontbrekende post een eerste maal is afgetrokken en dan bij het onderzoek van de leemtes weer is bijgeteld; aldus blijkt niet dat de inschrijvingsprijs van de nv PPR-Vibed werd gemanipuleerd.

10. Wat ten slotte de aangevoerde schending van de formele-motiveringsplicht betreft, kan met de verwerende partij worden aangenomen, dat bij een aanbesteding in beginsel een gunning afdoende gemotiveerd is door verwijzing naar de laagste inschrijvingsprijs, aangezien dit gegeven de aanbestedende overheid bindt.

Te dezen had de gekozen inschrijver bij de opening van de offertes echter niet de laagste inschrijvingsprijs, maar wel bij de definitieve rangschikking. In dat geval moet alleszins duidelijk blijken waarom deze inschrijver na onderzoek van de offertes wél de laagste inschrijvingsprijs heeft, zodat achteraf elke inschrijver kan nagaan of de gunning rechtmatig is gebeurd. Uit de bestreden beslissing en het gunningsverslag kan echter niet worden afgeleid waarom plots bij de “opening offertes” in het verslag wordt uitgegaan van een veel lager inschrijvingsbedrag voor deze inschrijver. Ook uit de toelichting in het e-mailbericht blijkt niet onmiddellijk de verklaring die de verwerende partij wél geeft in de memorie van antwoord en die zoals hiervoor is vastgesteld, bevestiging vindt in het administratief dossier.

Ten tijde van het instellen van de vordering kende de verzoekende partij dan ook niet de voormelde verklaring en is de formelemotiveringsplicht in die mate geschonden. De verwerende partij had dit na uitdrukkelijke vraag daartoe van de verzoekende partij reeds kunnen toelichten, zoals zij wel deed in haar memorie van antwoord in de huidige procedure. Hierdoor is de verzoekende partij, weliswaar pas na het instellen van een annulatieberoep, wat niet beantwoordt aan het doel van de formelemotiveringsplicht, in staat gesteld geweest de uitleg te kennen en zij heeft in haar memorie van wederantwoord ook een nieuw middel aangevoerd. Een vernietiging van de gunningsbeslissing op grond van een schending van de formelemotiveringsplicht omdat de verzoekende partij bij het instellen van haar beroep niet in staat was die toch eenvoudige verklaring te kennen, is in de huidige stand van het geding dan ook niet dienstig voor de verzoekende partij; zij is tijdens het geding wel afdoende in staat gesteld voor haar rechten op te komen en heeft dit ook ten volle gedaan.

11. De beoordeling van het middel zoals het werd aangebracht in het inleidend verzoekschrift heeft echter nog nut voor de verzoekende partij in de mate dat het in de particuliere omstandigheden van de zaak van belang is bij de kostenbegroting. In die omstandigheden is het middel, in zoverre het de formelemotiveringsverplichting betreft, gegrond maar leidt het niet tot de nietigverklaring van de bestreden beslissing.

V. Conclusie

12. Het beroep wordt verworpen.

Gelet op het gegrond bevinden van het eerste middel, voor zover daarin de schending van de formelemotiveringsplicht wordt aangevoerd – relevant ten aanzien van het bepalen van de kosten van het beroep – dient het rolrecht ten laste van de verwerende partij te worden gelegd en is er 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 verzoekende partij de door haar gevraagde basisrechtsplegingsvergoeding van 700 euro toe te kennen.

BESLISSING

1. De Raad van State verworpt het beroep.

2. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verzoekende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 5 december 2017, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Dierk Verbiest