

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 240.256 van 21 december 2017

in de zaak A. 223.912/XII-8471

In zake: de NV AANNEMINGSBEDRIJF L. JANSSENS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Frederik Cornette
kantoor houdend te 2140 Antwerpen
Bouwensstraat
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD ANTWERPEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Gitte Laenen
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 1 december 2017, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing genomen door het College van Burgemeester en Schepenen van de Stad Antwerpen genomen op de vergadering van 17 november 2017 waarbij werd besloten om de overheidsopdracht ‘Riolerings- en bestratingswerken Moorkensplein, Borgerhout – gunning van bestek GAC/2017/4462 (SWOU10896)’ te gunnen aan nv Aannemingen Van Wellen, met maatschappelijke zetel te 2950 Kapellen, Klinkaardstraat 198”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 14 december 2017, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Frederik Cornette, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Tessa Jordens, die *loco* advocaat Gitte Laenen verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos 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 stad Antwerpen schrijft een overheidsopdracht voor de aanneming van werken uit inzake “Riolerings- en bestratingswerken Moorkensplein” te Borgerhout.

Als gunningswijze wordt gekozen voor een open aanbesteding.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 23 juni 2017.

3.3. Het op de opdracht van toepassing zijnde bijzonder bestek vermeldt als toepasselijke regelgeving onder meer de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ (hierna: wet van 15 juni 2006) en het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit Plaatsing).

3.4. Slechts twee inschrijvers dienen een offerte in: de verzoekende partij en de nv Aannemingen Van Wellen.

3.5. Op 17 november 2017 beslist het college van burgemeester en schepenen van de stad Antwerpen om de opdracht te gunnen aan nv Aannemingen Van Wellen op grond van de volgende motivering:

“Juridische grond

In toepassing van artikel 24 van de wet van 15 juni 2006 betreffende de overheidsopdrachten, dient de opdracht bij aanbesteding toegewezen te worden aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte indiende. Voor het bepalen van de laagste regelmatige offerte, houdt de bevoegde overheid rekening met de aangeboden prijzen en met de andere berekenbare gegevens die met zekerheid haar uitgaven zullen verhogen.

In toepassing van artikel 58 van het koninklijk besluit plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren van 15 juli 2011, gaat de aanbestedende overheid over tot selectie van de kandidaten of inschrijvers in de mate dat de noodzakelijke inlichtingen en documenten aantonen dat ze cumulatief voldoen aan:

- de bepalingen betreffende het toegangsrecht tot de opdracht zoals omschreven in de artikelen 61 tot 66;
- de kwalitatieve selectiecriteria van financiële, economische of technische aard of inzake beroepsbekwaamheid die de aanbestedende overheid heeft vastgesteld op grond van de artikelen 67 tot 79.

In toepassing van artikel 97 § 3 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011, wanneer een inschrijver voor een willekeurige post van de samenvattende opmeting of de inventaris geen prijs heeft vermeld, kan de aanbestedende overheid hetzij de offerte als onregelmatig weren, hetzij ze behouden door de leemte aan te vullen volgens de in deze paragraaf voorgeschreven regels.

Regelgeving: bevoegdheid

Artikel 57 § 3,4° van het Gemeentedecreet van 18 juli 2005 stelt dat het college bevoegd is voor het voeren van de gunningsprocedure, de gunning en de uitvoering van overheidsopdrachten.

Argumentatie

Op 10 juli 2015 (jaarnummer 06013) besliste het college om TV Buro Lubbers, Korteknie-Stuhlmacher, Bovenbouwarchitecten aan te stellen voor de realisatie van het Moorkensplein. Ingevolge de gesloten overeenkomst stond de firma in voor de opmaak van het gemotiveerd gunningsverslag. Het verslag wordt bij dit besluit gevoegd. Het wordt samengevat als volgt:

Inzake de kwalitatieve selectie werden beide inschrijvers geschikt bevonden.

De offerte van de firma Aannemingsbedrijf L. Janssens nv werd onregelmatig bevonden.

De opdracht kan gegund worden aan de enige regelmatige inschrijver, zijnde de firma Aannemingen Van Wellen nv.”

Dit is de bestreden beslissing.

3.6. In het verslag van nazicht waar de bestreden beslissing naar verwijst wordt opgemerkt dat de verzoekende partij voor elf posten noch een eenheidsprijs noch een totaalprijs heeft opgegeven en wordt geadviseerd om de betrokken offerte als onregelmatig te beschouwen.

3.7. Met een aangetekend schrijven van 21 november 2017 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat zij besloten heeft om de opdracht niet aan haar te gunnen. Als bijlage worden een kopie toegevoegd van de hiervoor aangehaalde gunningsbeslissing evenals een uittreksel uit het verslag van nazicht, met de motieven die de onregelmatigheid van de offerte van de verzoekende partij betreffen.

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, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’ (hierna: 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.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

5. De verzoekende partij voert in een eerste middel de schending aan van artikel 97 van het koninklijk besluit Plaatsing, alsmede van “de beginselen inzake transparantie en het algemeen beginsel ‘*patere legem quam ipse fecisti*’, het wettigheidsbeginsel, het zorgvuldigheids- en redelijkheidsbeginsel”.

De verzoekende partij merkt op dat de stad Antwerpen in haar bestek stelt dat het voormelde koninklijk besluit Plaatsing van toepassing is, doch dat uit het uittreksel van het verslag van nazicht blijkt dat de Stad Antwerpen de offertes heeft onderzocht “op basis van het nieuwe kb van 18 april 2017”.

Zij wijst er op dat het laatstgenoemde koninklijk besluit van 18 april 2017 het koninklijk besluit Plaatsing weliswaar heeft vervangen, doch slechts voor opdrachten uitgeschreven vanaf 30 juni 2017.

Aangezien de in het geding zijnde opdracht door de stad Antwerpen nog gepubliceerd werd in het Bulletin der aanbestedingen van 23 juni 2017 was volgens de verzoekende partij niet het koninklijk besluit van 18 april 2017 van toepassing, maar wel het koninklijk besluit Plaatsing.

Beoordeling

6. Met het “nieuwe kb” bedoelt de verzoekende partij klaarblijkelijk het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit van 18 april 2017), waarvan artikel 131 luidt:

“Voor de overheidsopdrachten die onder het toepassingsveld van titel 2 van de wet vallen, treden de artikelen van de wet die nog niet in werking zijn getreden, met uitzondering van de in artikel 132 van dit besluit vermelde bepalingen, in werking op 30 juni 2017, voor de opdrachten die vanaf die datum worden bekendgemaakt of hadden moeten worden bekendgemaakt, alsook voor de opdrachten waarvoor, bij ontstentenis van een verplichting tot voorafgaande bekendmaking, vanaf die datum wordt uitgenodigd tot het indienen van een offerte.”

Overeenkomstig artikel 133 treedt het besluit zelf, met uitzondering van het te dezen niet relevante artikel 126, in werking op 30 juni 2017.

Uit die bepalingen, samen genomen, volgt dat de nieuwe regelgeving inzake overheidsopdrachten in beginsel in werking treedt op 30 juni 2017 voor de opdrachten die vanaf die datum worden bekendgemaakt of hadden moeten worden bekendgemaakt, alsook voor de opdrachten waarvoor, bij ontstentenis van een verplichting tot voorafgaande bekendmaking, vanaf die datum wordt uitgenodigd tot het indienen van een offerte.

7. Te dezen gebeurde de bekendmaking op 23 juni 2017, dit is vóór de inwerkingtreding van de nieuwe regelgeving, zodat de wet van 15 juni 2006 en het koninklijk besluit Plaatsing op de in het geding zijnde opdracht nog van toepassing zijn. Dit wordt ook in het bestek uitdrukkelijk bevestigd.

8. Uit de bestreden beslissing zelf blijkt voorts dat de verwerende partij beoogt haar beslissing wel degelijk te steunen op de bepalingen van de voormelde wet van 15 juni 2006 en het koninklijk besluit Plaatsing. Zo wordt onder het kopje “juridische grond” onder meer uitdrukkelijk verwezen naar artikel 97, § 3, van het koninklijk besluit Plaatsing.

Uitsluitend in het verslag van nazicht, waar de bestreden beslissing naar verwijst, wordt geschreven dat de offertes rekenkundig werden onderzocht “conform artikel 86 van het koninklijk besluit van 18 april 2017”, een vermelding die in de bestreden beslissing zelf niet hernomen is.

Voorts moet worden opgemerkt dat in artikel 86 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 de voor de huidige zaak relevante bepalingen in artikel 97, § 3, van het koninklijk besluit Plaatsing 2011 gelijkaardig zijn.

9. De verzoekende partij toont aldus niet aan op welke wijze zij in die concrete omstandigheden belang heeft bij het middel, nu zij niet aangeeft hoe de bekritiseerde onregelmatigheid een invloed kon uitoefenen op de draagwijdte van de genomen beslissing of haar een waarborg heeft ontnomen, voorwaarden om nietigverklaring, en bijgevolg schorsing op grond van dat middel te kunnen verkrijgen.

10. Het eerste middel is niet ontvankelijk.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

11. In een tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 24 en 35 van de wet van 15 juni 2006, alsook van artikel 97 van het koninklijk besluit Plaatsing, van “de beginselen inzake transparantie en gelijke behandeling van de inschrijvers en van het algemeen beginsel ‘*patere legem quam ipse fecisti*’, van het zorgvuldigheids- en redelijkheidsbeginsel”.

De verzoekende partij verwijt de stad Antwerpen dat zij haar offerte als onregelmatig heeft beschouwd omdat zij 10 van de 269 posten niet had ingevuld, terwijl artikel 97, § 3, van het voormelde koninklijk besluit Plaatsing uitdrukkelijk bepaalt dat de overheid in geval van leemtes de discretionaire bevoegdheid heeft om ofwel de offerte te weren, dan wel de leemtes aan te vullen conform de in deze bepaling opgenomen formule.

De verzoekende partij betoogt in haar “uitlegging bij het middel” nog dat de ingediende offerte slechts mocht worden geweerd op voorwaarde dat de ontbrekende posten – zelfs bij toepassing van de leemteformule – een adequate vergelijking van de offerte zouden hebben bemoeilijkt of onmogelijk gemaakt of indien de ontbrekende posten betrekking hadden op belangrijke of wezenlijke onderdelen van de opdracht. Deze voorwaarden zijn volgens de verzoekende partij *in casu* geenszins vervuld.

Er dient immers volgens de verzoekende partij te worden vastgesteld dat het totale bedrag aan leemtes 3,2 % van het offertebedrag zou hebben uitgemaakt, wat aldus op een uiterst beperkt belang zou wijzen.

De voorkeur tot het invullen van de leemtes overeenkomstig de formule vervat in artikel 97, § 3, van het koninklijk besluit Plaatsing geldt volgens de verzoekende partij bovendien des te meer indien, zoals *in casu*, wordt vastgesteld dat er slechts twee offertes zijn ingediend voor de kwestieuze opdracht. Door de omstandigheid dat één van de twee offertes werd geweerd, heeft er volgens haar als dusdanig immers geen prijsvergelijking of concurrentie plaatsgevonden.

Ook bij het overlopen van de verschillende posten dient volgens de verzoekende partij te worden vastgesteld dat de leemtes geen betrekking hebben op enig belangrijk of wezenlijk onderdeel van de aanbesteding. De tien niet ingevulde posten hadden volgens haar betrekking op enkele kleinigheden en niet belangrijke kwesties. Zij verduidelijkt in dat verband:

“Post 61 en 62 : voorzien van een onderfundering over een beperkte plaats op de site (daar waar enkele bomen zouden worden aangeplant) van

groeiplaatconstructie met drukverdelende laag. Dit is een dragend paneel uit kunststof dat, in combinatie met geotextiel, de druk verdeelt naar de funderingslaag, waardoor lokaal een hogere belasting mogelijk wordt. (aanplanten bomen)

Post 133 : afvoer en verwerking van grondverschotten uit ondiep grondwerk. Verzoekster heeft hiervoor geen prijs gegeven daar zij in de veronderstelling verkeerde dat deze werken inbegrepen waren in het hoofdstuk levering en plaatsing 'riolering'.

Posten 182 – 183 – 184 -190 – 191 : betreft de levering van enkele hoekstukken voor trottoirband en katstroken.

Post 196 : leveren van een nader omschreven staalband type 1.

Post 230 – 231 : leveren van een nader omschreven type foorkast.”

Rekening houdende met “de opgegeven 3,2 %” vertegenwoordigen deze leemtes volgens de verzoekende partij slechts een bedrag in een grootorde van 50.000 euro op een totaal bedrag van 1.820.048,73 euro.

Beoordeling

12. De verzoekende partij verduidelijkt niet waarom zij het artikel 35 van de wet van 15 juni 2006, dat betrekking heeft op de mogelijkheid voor de aanbestedende overheid om af te zien van het gunnen van de opdracht, te dezen geschonden acht. In de mate dat een schending van deze bepaling wordt opgeworpen, is het middel dan ook niet ontvankelijk.

13. Indien de aanbestedende overheid beslist de opdracht te plaatsen bij wijze van aanbesteding, dient deze, luidens artikel 24 van de wet van 15 juli 2006, te worden gegund aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte heeft ingediend.

Het op de opdracht toepasselijke bijzonder bestek bepaalt dat de inschrijvers bij hun offerte onder meer de ingevulde samenvattende opmeting dienen te voegen, waarbij de prijzen in euro worden uitgedrukt, tot twee cijfers na de komma.

De offerte van de verzoekende partij wordt onregelmatig verklaard, met toepassing van het voormelde artikel 97, § 3, van het koninklijk

besluit Plaatsing, op grond van de volgende motivering opgenomen in het verslag van nazicht:

“4.3 Onnauwkeurigheden, wijzigingen in hoeveelheden en leemtes

De offertes van de inschrijvers werden rekenkundig onderzocht, conform Art. 86 van het KB van 18 april 2017.

Wat betreft rekenkundige onnauwkeurigheden, wijzigingen in hoeveelheden, wijzigingen in meeteenheden en leemtes werd het volgende vastgesteld.

[...]

L. Janssens nv heeft de volgende posten noch een eenheidsprijs, noch een totaalprijs opgegeven:

- Post 6
- Post 62
- Post 133
- Post 182
- Post 183
- Post 184
- Post 190
- Post 191
- Post 196
- Post 230
- Post 231

4.4 Besluit van regelmatigheid van de offertes

(...)

Bij nazicht van de leemtes concluderen we dat het totale bedrag aan leemtes 3,2 % van de offerte bedraagt. Dit vertegenwoordigt een zeker belang in de opdracht. Op basis van het bedrag alsook om uitvoeringsdiscussies te vermijden en de gelijkheid van aannemers te respecteren adviseren we om de offerte van de firma L. Janssens nv als onregelmatig te beschouwen.”

Indien een inschrijver voor een willekeurige post van de samenvattende opmeting of de inventaris geen prijs heeft vermeld, kan de aanbestedende overheid overeenkomstig artikel 97, § 3, van het koninklijk besluit Plaatsing hetzij de offerte als onregelmatig weren, hetzij ze behouden door de leemte aan te vullen aan de hand van de formule vermeld in deze bepaling.

Deze keuze moet steunen op deugdelijke motieven en moet op gelijke wijze gebeuren voor alle inschrijvers die geen prijs opgaven voor de betrokken post.

Het verslag van nazicht waar de bestreden beslissing naar verwijst, bevat niet alleen een overzicht van de posten waarvoor geen prijs werd opgegeven doch ook motieven op grond waarvan de offerte aldus onregelmatig wordt verklaard.

Aangezien deze motieven door de verzoekende partij uitgebreid worden betwist in het derde middel, wordt hiervoor naar de beoordeling van het derde middel verwezen.

14. In de mate dat de verzoekende partij in het kader van het tweede middel aanvoert dat de verwerende partij slechts gerechtigd zou zijn om met toepassing van het voormelde artikel 97, § 3, een offerte onregelmatig te verklaren op voorwaarde dat de ontbrekende posten – zelfs bij toepassing van de leemteformule – een adequate vergelijking van de offerte zouden bemoeilijken of onmogelijk maken of indien de ontbrekende posten betrekking hebben op belangrijke of wezenlijke onderdelen van de opdracht, lijkt zij op het eerste gezicht voorwaarden toe te voegen aan dat artikel.

In dat verband moet worden opgemerkt dat daarentegen in artikel 97, § 3, zelf verwezen wordt naar “een willekeurige post” van de samenvattende opmeting of de inventaris, die bij gebrek aan prijsopgave reeds aanleiding kan geven tot de toepassing van dat artikel.

Overigens blijkt de visie van de verzoekende partij dat de leemtes de vergelijking van de offertes niet onmogelijk maken omdat het totale bedrag aan leemtes slechts 3,2 % van de offerte zou hebben uitgemaakt en dat de niet ingevulde posten slechts betrekking zou hebben op “enkele kleinigheden en niet belangrijke kwesties” door de verwerende partij in de nota uitvoerig te worden betwist.

Zo kunnen onder meer de posten met betrekking tot een onderfundering (posten 61 en 62) en een electriciteitskast (posten 230-231) volgens de verwerende partij bezwaarlijk als verwaarloosbaar worden beschouwd en moet ook het afvoeren en verwerken van grondoverschotten (post 133) als een wezenlijk element van de opdracht worden beschouwd.

Wat het financieel belang van de leemtes betreft, wijst de verwerende partij erop dat dit belang volgens de raming van de stad Antwerpen zelfs 7,87 % vertegenwoordigd en volgens de leemteberekening 3,48 % in de offerte van de verzoekende partij.

Wat de nadere beoordeling van die motieven betreft, wordt voorts verwezen naar het derde middel.

15. In tegenstelling tot wat de verzoekende partij betoogt, blijkt *prima facie* voorts niet uit de tekst van artikel 97, § 3, een “voorkeur tot het invullen van de leemtes” conform de formule in artikel 97, § 3, van het koninklijk besluit Plaatsing. De verzoekende partij lijkt hierbij ook uit het oog te verliezen dat het ontbreken van de prijzen hier enkel te wijten is aan de verzoekende partij zelf.

16. De verzoekende partij voert in het kader van dit middel nog aan dat er des te meer reden was om de leemten in te vullen conform de betrokken formule, ter vrijwaring van de concurrentie omdat er slechts twee offertes zijn ingediend voor de kwestieuze opdracht.

Dienaangaande valt in de eerste plaats op te merken dat de opdracht wordt gegund bij open aanbesteding en bekendgemaakt werd in het Bulletin der Aanbestedingen zodat de mededinging reeds op dit niveau heeft kunnen spelen. Er blijken echter slechts twee inschrijvers een offerte te hebben ingediend.

Het blijkt voorts op het eerste gezicht niet dat de verwerende partij ertoe zou zijn gehouden om op grond van het beginsel van de mededinging meer dan één offerte te toetsen aan de gunningscriteria, indien slechts één inschrijver een regelmatig offerte blijkt te hebben ingediend.

17. Bijgevolg blijkt op het eerste gezicht niet dat de verwerende partij in de bestreden beslissing artikel 97, § 3, van het koninklijk besluit Plaatsing niet correct heeft toegepast.

Evenmin is aldus aangetoond dat de opdracht niet werd gegund aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte heeft ingediend, zoals vereist door artikel 24 van de wet van 15 juni 2006, noch dat de overige bepalingen en beginselen waarvan de schending in dit middel wordt aangevoerd, zijn geschonden.

Het tweede middel is deels niet ontvankelijk, deels niet ernstig.

18. De verwerende partij werpt nog een exceptie van gebrek aan belang op bij dit middel. Deze exceptie dient niet te worden onderzocht nu het ernstig karakter van het middel niet is aangetoond.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

19. In een derde middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 24 en 35 van de wet van 15 juni 2006, van artikel 97 van het koninklijk besluit Plaatsing, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ (hierna: wet van 29 juli 1991), van de artikelen 4 en 5 van de voormelde wet van 17 juni 2013, van de “materiële- en formelemotiveringsplicht, de beginselen inzake transparantie en gelijke behandeling van de inschrijvers en van het algemeen beginsel ‘*patere legem quam ipse fecisti*’, van het zorgvuldigheids- en redelijkheidsbeginsel”.

20.1. In de “uitlegging bij het middel” lijken twee onderdelen te kunnen worden onderscheiden.

Het eerste onderdeel lijkt in essentie betrekking te hebben op een schending van motiveringsverplichtingen. Volgens de verzoekende partij is de bestreden beslissing “foutief, gebrekkig, minstens onvoldoende gemotiveerd”.

Volgens de verzoekende partij bevat het aanbestedingsverslag “foutieve gegevens” nu de verwerende partij aanneemt dat de verzoekende partij 11 posten niet zou hebben ingevuld, terwijl zij wel degelijk een prijs zou hebben opgegeven voor post 6, namelijk 1.800 euro.

Bovendien kan door de verzoekende partij evenmin worden vastgesteld om welke reden de verwerende partij de offerte weert en de leemten niet aanvult conform de vooropgestelde formule. De motivering die de verwerende partij daarvoor geeft is gebrekkig en onduidelijk.

Zo blijkt niet op grond van welke gegevens werd geoordeeld dat 3,2 % een “zeker” belang vertegenwoordigde. Er wordt niet uitgelegd of hier een “standard practice” wordt gehanteerd. De motivering lijkt dan ook “gebaseerd op willekeur, zonder enige gefundeerde onderbouwing”.

Ook blijkt volgens de verzoekende partij niet of met een zeker belang, een financieel belang wordt bedoeld dan wel eerder een belang in de zin van het aantal leemtes in vergelijking met het totaal aantal posten van de offerte.

De motivering inzake het vermijden van uitvoeringsdiscussies is volgens de verzoekende partij eveneens “onbegrijpbaar”. De *ratio legis* van artikel 97, § 3, van het koninklijk besluit Plaatsing is volgens haar immers juist dat de aanbestedende overheid de leemte invult conform de bepaalde formule. De inschrijver die de offerte met leemte heeft ingediend dient zich vervolgens – bij de eventuele uitvoering van de opdracht, indien de opdracht aan hem wordt gegund – te houden aan deze prijs. Er wordt niet ingezien welke uitvoeringsdiscussies hierdoor zouden kunnen ontstaan.

Hoe de verwerende partij in gebreke zou komen de gelijkheid van de aannemers te respecteren is volgens de verzoekende partij ook “onduidelijk”. Het mechanisme van artikel 97, § 3, van het koninklijk besluit Plaatsing en de opgenomen formule waarborgt immers net de gelijkheid tussen aannemers. De prijszetting wordt niet overgelaten aan willekeur.

20.2. In wat als een tweede onderdeel van de “uitlegging bij het middel” kan worden beschouwd, voert de verzoekende partij nog een schending aan van het” zorgvuldigheids- en redelijkheidsbeginsel.“

De *ratio legis* van artikel 97, § 3, van het koninklijk besluit Plaatsing kan volgens de verzoekende partij worden gevonden in de omstandigheid dat de aanbestedende overheid de mogelijkheid heeft om de offerte van een inschrijver als onregelmatig te weren indien een aanzienlijk aantal posten werden opengelaten. *In casu* gaat het slechts om tien onbelangrijke posten, zodat de verzoekende partij niet onder de voormelde *ratio legis* valt en de verwerende partij de leemtes had moeten aanvullen conform de vooropgestelde formule.

In casu maakt de stad Antwerpen zich schuldig aan een schending van het redelijkheidsbeginsel door de offerte van de verzoekende partij als onregelmatig te weren, terwijl er slechts tien posten werden opengelaten.

Bovendien dient te worden vastgesteld dat er slecht twee aannemers een offerte indienden bij de stad Antwerpen.

Door het niet ambtshalve aanvullen van de leemtes in de offerte van de verzoekende partij, schendt de stad Antwerpen aldus ook haar zorgvuldigheidsverplichting. De stad Antwerpen kon door het weren van de offerte van de verzoekende partij immers onmogelijk nagaan of de offerte van de nv Aannemingen Van Wellen een marktconforme offerte was. Aangezien de verwerende partij werkt met publieke gelden, had zij daarom – als zorgvuldig bestuur – de offerte van de verzoekende partij moeten aanvullen, ten einde de concurrentie tussen de verzoekende partij en de nv Aannemingen Van Wellen te laten spelen.

Beoordeling

21. Ook in het derde middel wordt een schending aangevoerd van artikel 35 van de wet van 15 juni 2006, dat betrekking heeft op de mogelijkheid voor de aanbestedende overheid om af te zien van het gunnen van de opdracht. Ook hier blijft de verzoekende partij in gebreke uiteen te zetten waarom de bestreden
‡CBMRODDDI-BDCBBJV‡

beslissing genomen zou zijn met schending van deze bepaling. In de mate dat een schending van deze bepaling wordt opgeworpen, is het middel dan ook niet ontvankelijk.

22. Indien de aanbestedende overheid beslist de opdracht te plaatsen bij aanbesteding, dient deze, luidens artikel 24 van de wet van 15 juli 2006, te worden gegund aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte heeft ingediend.

Wanneer een inschrijver voor een willekeurige post van de samenvattende opmeting of de inventaris geen prijs heeft vermeld, kan de aanbestedende overheid overeenkomstig artikel 97, § 3, van het koninklijk besluit Plaatsing hetzij de offerte als onregelmatig weren, hetzij ze behouden door de leemte aan te vullen met behulp van de formule vermeld in deze bepaling

23. De verzoekende partij voert in dit middel een schending van de formelemotiveringsverplichting aan, die zij afleidt uit de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 en de artikelen 4 en 5 van de wet van 17 juni 2013 omdat de beslissing tot wering van haar offerte niet afdoende zou zijn gemotiveerd.

De artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 verplichten de overheid ertoe in de akte de juridische en feitelijke overwegingen te vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen en die motivering moet “afdoende” zijn.

Overeenkomstig artikel 5, 8°, van de wet van 17 juni 2013 bevat de gemotiveerde gunningsbeslissing “de namen van de inschrijvers van wie de offerte onregelmatig is bevonden en de juridische en feitelijke motieven voor hun wering”.

24. Uit de bestreden beslissing blijkt dat de offerte van de verzoekende partij door de verwerende partij onregelmatig wordt verklaard, met toepassing van voormeld artikel 97, § 3, van het koninklijk besluit Plaatsing, op grond van de motivering:

“Wat betreft rekenkundige onnauwkeurigheden, wijzigingen in hoeveelheden, wijzigingen in meeteenheden en leemtes werd het volgende vastgesteld.

[...]

L. Janssens nv heeft de volgende posten noch een eenheidsprijs, noch een totaalprijs opgegeven:

- Post 6
- Post 62
- Post 133
- Post 182
- Post 183
- Post 184
- Post 190
- Post 191
- Post 196
- Post 230
- Post 231

4.4 Besluit van regelmatigheid van de offertes

[...]

Bij nazicht van de leemtes concluderen we dat het totale bedrag aan leemtes 3,2 % van de offerte bedraagt. Dit vertegenwoordigt een zeker belang in de opdracht. Op basis van het bedrag alsook om uitvoeringsdiscussies te vermijden en de gelijkheid van aannemers te respecteren adviseren we om de offerte van de firma L. Janssens nv als onregelmatig te beschouwen.”

25. Met de verzoekende partij dient te worden vastgesteld dat zij wel een prijs lijkt te hebben opgegeven voor post 6. Dit wordt door de verwerende partij ook niet betwist. Het lijkt op het eerste gezicht een materiële verschrijving te betreffen in het gunningsverslag. Uit de offerte van de verzoekende partij en de nota blijkt dat post 61 werd bedoeld. Dat zij voor deze post evenmin een prijs had opgegeven, had de verzoekende partij bij nazicht van haar offerte zelf ook kunnen vaststellen, nu deze post immers de niet ingevulde post 62 voorafgaat. Beide posten hebben betrekking op de onderfundering van een groeiplaatconstructie met drukverdelende laag (sandwichpaneel) doch met verschillende dikte (dikte 5 cm voor post 61 en dikte 15 cm voor post 62). Dat de verzoekende partij de motivering

in de bestreden beslissing ook zelf zo begrepen heeft, blijkt overigens uit bladzijde 9 van haar verzoekschrift waar zij zelf ook post 61 vermeldt als één van de niet ingevulde posten.

Aldus blijft op het eerste gezicht de vaststelling overeind dat de verzoekende partij voor 11 posten geen eenheidsprijs noch totaalprijs heeft opgegeven – de verzoekende partij maakt in haar verzoekschrift wel stelselmatig gewag van 10 posten.

26. Anders dan de verzoekende partij betoogt, blijkt uit het verslag van nazicht voorts voldoende duidelijk dat met het percentage van 3, 2 % een financieel belang wordt bedoeld. Overigens blijkt uit het verzoekschrift dat de verzoekende partij zelf dit in wezen ook zo lijkt te hebben begrepen.

Het blijkt op het eerste gezicht niet dat de formelemotiveringsverplichting zoals opgenomen in voormelde bepalingen tevens van de verwerende partij zou vereisen om dit motief in de bestreden beslissing nader te onderbouwen onder verwijzing naar een “standard practice” zoals de verzoekende partij aanvoert.

27. In de mate dat in het verslag van nazicht voorts gewezen wordt op het respecteren van de gelijkheid van de aannemers, lijkt dit motief op het eerste gezicht ook voldoende duidelijk aangezien slechts twee inschrijvers een offerte blijken te hebben ingediend en de verzoekende partij zelf in haar verzoekschrift aangeeft dat zij van oordeel is dat indien haar offerte niet als onregelmatig werd geweerd, zij de laagste offerte had en de opdracht aan haar had moeten worden gegund. Zij gaat er aldus blijkbaar zelf van uit dat de verbetering die zij nastreeft van aard is om de rangschikking tussen de offertes te beïnvloeden.

28. Dat de aanpassing van elf niet ingevulde posten tot uitvoeringsproblemen kan leiden, is alvast op het eerste gezicht niet geheel onrealistisch. Hoewel de inschrijver in dergelijk geval wel gebonden lijkt te zijn door de met toepassing van de leemteformule ingevulde prijzen, lijkt de vrees in hoofde van een aanbestedende overheid voor een minder kwalitatieve uitvoering niet geheel ongegrond nu de inschrijver immers de posten zal moeten uitvoeren

‡CBMRODDDI-BDCBBJV‡

overeenkomstig een prijs die niet door hemzelf werd vastgesteld en opgegeven. Daarbij lijkt ook rekening te moeten worden gehouden met het feit dat *in casu* slechts één andere inschrijver een offerte blijkt te hebben ingediend, zodat in de leemteformule de prijzen van slechts één inschrijver de plaats zouden innemen van het rekenkundig gemiddelde van de prijzen opgegeven door alle inschrijvers.

De verzoekende partij lijkt op het eerste gezicht overigens enkel te beschikken over het rechtens vereiste belang bij haar kritiek op dit motief indien zou blijken dat de overige motieven niet voldoende draagkrachtig zijn om de bestreden beslissing te verantwoorden, wat op het eerste gezicht niet het geval is.

29. Het eerste onderdeel van het derde middel lijkt dan ook niet ernstig.

30. In wat als een tweede onderdeel van het derde middel kan worden beschouwd, voert de verzoekende partij nog een schending aan van het zorgvuldigheids- en redelijkheidsbeginsel.

31. Het komt de Raad van State niet toe betreffende de toepassing van het betrokken artikel 97, § 3, zijn beoordeling in de plaats te stellen van die van de bevoegde administratieve overheid. Hij mag in de uitoefening van zijn rechterlijk toezicht op de voor hem aangevochten beslissing, desgevraagd enkel nagaan of de aanbestedende overheid is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens, of zij die correct heeft beoordeeld en of zij op grond ervan zonder de perken van de redelijkheid te overschrijden tot het bestreden besluit is kunnen komen.

Zoals blijkt uit hetgeen hiervoor werd uiteengezet, heeft de verzoekende partij wel degelijk voor 11 posten geen eenheidsprijs noch totaalprijs opgegeven.

Het bijzonder bestek bepaalt echter dat de inschrijvers bij hun offerte de ingevulde samenvattende opmeting dienen te voegen. Doordat de verzoekende partij 11 posten niet heeft ingevuld, lijkt zij niet te hebben voldaan aan deze verplichting.

Dat zij in haar offerte geen prijs blijkt te hebben opgegeven voor de betrokken posten wordt door de verzoekende partij ook niet betwist. Evenmin voert zij aan dat deze posten duidelijk uit andere posten zouden kunnen worden afgeleid.

Ook het standpunt van de verzoekende partij dat het slechts om een aantal onbelangrijke posten zou gaan, lijkt in het licht van het verweer van de verwerende partij en zoals ook reeds is gebleken uit de beoordeling van het tweede middel, op het eerste gezicht niet te mogen worden bijgevalen.

Er blijkt *prima facie* dan ook niet dat de verwerende partij de grenzen van een redelijke uitoefening van haar beoordelingsvrijheid te buiten zou zijn gegaan door de offerte van de verzoekende partij te weren.

32. Wat ten slotte nog de in het tweede middelonderdeel opgeworpen schending van het zorgvuldigheidsbeginsel betreft, waaronder ook een schending van het zuinigheidsbeginsel lijkt te worden bedoeld gelet op de verwijzing naar de publieke gelden die worden besteed, kan worden volstaan met de vaststelling dat dit beginsel lijkt samen te vallen met de wettelijke verplichting vervat in artikel 24 van de voormelde wet van wet van 15 juli 2006. Volgens die bepaling dient bij aanbestedingen de opdracht te worden gegund aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte indient. Die bepaling belet niet dat de opdracht niet aan een nog lagere inschrijver wordt gegund wanneer die geen regelmatige offerte heeft ingediend.

33. Het derde middel is deels niet ontvankelijk, deels niet ernstig.

34. De door de verwerende partij ook bij dit middel opgeworpen exceptie van gebrek aan belang dient niet te worden onderzocht nu het ernstig karakter van het middel niet is aangetoond.

VI. Besluit en kosten

35. Geen van de middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden
‡CBMRODDDI-BDCBBJV‡

verworpen.

36. Er is te dezen grond om met toepassing van artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en artikel 67, § 1, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’, de verwerende partij de door haar gevraagde basisrechtsplegingsvergoeding van 700 euro toe te kennen, nu zij door de verwerping van de vordering tot schorsing als in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 21 december 2017, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest