

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 240.730 van 15 februari 2018
in de zaak A. 224.364/XII-8499**

In zake: de NV GHENT DREDGING
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Dirk Peeters en Matthias Lierman
kantoor houdend te 8200 Brugge
Gistelse Steenweg 593
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de VLAAMSE MILIEUMAATSCHAPPIJ (VMM)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Stephane Libeer
kantoor houdend te 1040
Sint-Michielslaan 55/10
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de NV HEYRMAN - DE ROECK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jos Timmermans
kantoor houdend te 9300 Aalst
Leo de Béthunelaan 46
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 29 januari 2018, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van :

“- een beslissing van 15 december 2017 [...] van de Vlaamse Milieumaatschappij, inzake een opdracht tot het uitvoeren van werken voor de aanleg van lokale beschermingswerken tegen wateroverlast vanuit de

Marke te Galmaarden en Herne (Bestek L 4620 1 0015 G), waarbij beslist werd om de offerte van [de nv Ghent Dredging] niet te kiezen én de opdracht te gunnen aan de nv Heyrman-De Roeck, voor een bedrag van 1.694.037,51 EUR btw;

- alsook het verslag van nazicht van 21 november 2017”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 6 februari 2018 heeft de nv Heyrman-De Roeck gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 13 februari 2018, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Dirk Peeters, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Matthias Kirsch, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Jos Timmermans, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Thomas Maes 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 Vlaamse Milieumaatschappij schrijft een overheidsopdracht uit voor werken voor de “aanleg van lokale beschermingswerken tegen wateroverlast vanuit de Marke te Galmaarden en Herne”. Het betreft een open

‡BFC SNABFJ-BDCHBJV‡

procedure met één gunningscriterium, de prijs. De waarde van de opdracht wordt geraamd op 1.536.513,61 euro, btw inbegrepen.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 20 oktober 2017.

3.2. In het toepasselijke bestek met referentie L 4620 I 0015 G wordt onder meer het volgende bepaald:

“Art. 79, § 2 Verbetering van de vermoedelijke hoeveelheden
De verbetering van de vermoedelijke hoeveelheden van de posten van de samenvattende opmetingsstaat is niet toegestaan.
De inschrijver dient eventueel vastgestelde leemten of vergissingen te melden in een bij zijn offerte gevoegde nota.”

3.3. De verzoekende partij dient een offerte met meetstaat in. Zij voegt daarbij echter een nota met als titel “Verantwoording verbetering van de vermoedelijke hoeveelheden volgens art 79 § 2”. In deze nota vraagt zij “conform art. 79 §2 [...] een wijziging van de vermoedelijke hoeveelheden voor onderstaande posten”, waarna enkele tientallen posten uit de meetstaat volgen, telkens met herberekening en korte toelichting bij de gevraagde wijziging. Zij wijzigt echter de meetstaat zelf niet wat de door de verwerende partij opgegeven vermoedelijke hoeveelheden betreft.

3.4. Op 21 november 2017 worden de inschrijvingen geopend. Er blijken vier offertes te zijn ingediend. De nv Heyrman-De Roeck, dit is de tussenkomende partij, heeft de laagste offerte ingediend met een totaalprijs van 1.694.037,51 euro en de verzoekende partij biedt de tweede laagste offerte met een totaalprijs van 1.778.224,22 euro, alle bedragen btw inbegrepen.

3.5. Ook op 21 november 2017 wordt een gunningsverslag opgesteld. Alle inschrijvers worden geselecteerd. Vervolgens worden de offertes op hun regelmatigheid onderzocht. Wat de offerte van de verzoekende partij betreft, wordt er in het gunningsverslag het volgende opgemerkt:

“Materiële regelmatigheid

‡BFC SNABFJ-BDCHBJV‡

Ghent-Dredging nv heeft bij zijn offerte een nota toegevoegd waarbij de vermoedelijke hoeveelheden van verschillende posten zijn verbeterd onder de titel: ‘Verantwoording verbetering van de vermoedelijke hoeveelheden volgens art 79 §2’.

Art. 79 §2 van het bijzonder bestek vermeldt echter duidelijk dat ‘De verbetering van de vermoedelijke hoeveelheden van de posten van de samenvattende opmetingsstaat niet is toegestaan.’ Bijgevolg wordt er bij de beoordeling van de offerte van Ghent-Dredging geen rekening gehouden met de verbeterde hoeveelheden in deze nota.”

Na het nazicht van de prijzen blijven de totale offertesommen onveranderd. Er wordt dan ook voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de nv Heyrman-De Roeck als inschrijver met de laagste regelmatige offerte.

Het gunningsverslag is de tweede bestreden beslissing.

3.6. Op 15 december 2017 beslist de verwerende partij, verwijzend naar het gunningsverslag, dat volgens de gunningsbeslissing er integraal deel van uitmaakt, om de opdracht te gunnen aan de nv Heyrman-De Roeck. Dit is de eerste bestreden beslissing.

IV. Tussenkoms

4. De nv Heyrman-De Roeck blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg wordt haar verzoek tot tussenkoms ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

5. Ambtshalve merkt de Raad van State op dat de vordering onontvankelijk is ten aanzien van het gunningsverslag op zich.

Een vordering gericht tegen het verslag van nazicht van de offerte op zich is als voorbereidende handeling immers in beginsel niet onontvankelijk. De verzoekende partij maakt niet aannemelijk waarom dat te dezen anders zou moeten zijn.

Aangezien het gunningsverslag mag worden beschouwd als een integraal deel van de gunningsbeslissing, wordt hierna deze laatste dan ook aangewezen als de bestreden beslissing, dit is de gunningsbeslissing met het verslag van nazicht inbegrepen.

VI. Schorsingsvoorwaarden

6.1. 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.

6.2. 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’ 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.

‡BFC SNABFJ-BDCHBJV‡

VII. Onderzoek van de middelen

Vooraf

7.0. Los van het antwoord op de vraag – problematiek die niet in het debat ter sprake kwam – of de verzoekende partij te dezen geen twee offertes heeft ingediend, namelijk één met haar offerteformulier en meetstaat ten bedrage van 1.778.224,22 euro, en één op grond van haar nota “Verantwoording verbetering van de vermoedelijke hoeveelheden volgens art 79 § 2” voor een ander, lager bedrag, wat tot het besluit zou kunnen leiden dat de verzoekende partij een onregelmatige offerte-indiener is, worden de middelen om de volgende redenen als niet ernstig afgewezen.

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

7.1.1. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 79, § 2, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: ‘koninklijk besluit plaatsing 2017’), “al dan niet in samenhang gelezen met de schending van het motiveringsbeginsel”.

Volgens de verzoekende partij dient artikel 79, § 2, koninklijk besluit plaatsing 2017, gelet op het Verslag aan de Koning bij die bepaling, zo te worden gelezen dat de verwerende partij hoe dan ook verplicht is om in de opdrachtdocumenten, meer bepaald in het bestek, te voorzien in de mogelijkheid om de vermoedelijke hoeveelheden van de posten van de samenvattende opmeting te verbeteren. De bestreden beslissing, die van het tegendeel uitgaat, namelijk dat een aanbestedende overheid de mogelijkheid – en dus niet de verplichting – heeft om in de opdrachtdocumenten een dergelijke verbetering toe te laten, en te dezen niet in deze mogelijkheid voorziet, schendt dus artikel 79 koninklijk besluit plaatsing 2017. De verzoekende partij wijst er nog op dat zij op ontvankelijke wijze de onrechtmatigheid van het bestek mag invoeren tegen latere beslissingen in de gunningsprocedure.

Beoordeling

7.1.2. Overeenkomstig artikel 79, § 2, eerste lid, 2°, koninklijk besluit plaatsing 2017 voert de inschrijver, rekening houdend met de opdracht-documenten, zijn beroepskennis of persoonlijke vaststellingen, verbeteringen door voor “de fouten die hij ontdekt in de vermoedelijke hoeveelheden waarvoor de opdracht-documenten een dergelijke verbetering toelaten en op voorwaarde dat de voorgestelde verbetering minstens tien percent in meer of in min van de hoeveelheid van de post in kwestie bedraagt”.

De verzoekende partij lijkt deze bepaling op onjuiste wijze te lezen waar zij stelt dat deze bepaling zou inhouden dat de opdracht-documenten de inschrijvers sowieso dienen toe te laten om verbeteringen aan te brengen in de vermoedelijke hoeveelheden. Eerder het omgekeerde lijkt uit de tekst van artikel 79 naar voor te komen: het aanbrengen van wijzigingen in de vermoedelijke hoeveelheden is enkel toegelaten in zoverre de opdracht-documenten een dergelijke verbetering toelaten.

De verwijzing van de verzoekende partij naar het Verslag aan de Koning bij het koninklijk besluit plaatsing 2017 doet daaraan geen afbreuk. De verzoekende partij lijkt het Verslag aan de Koning eveneens in onjuiste zin te lezen. Het Verslag lijkt de hiervoor weergegeven draagwijdte van artikel 79, § 2, te bevestigen. In dit verband verwijst en vergelijkt de verwerende partij op het eerste gezicht terecht met de regeling waarin het koninklijk besluit plaatsing 2011 voorzag.

In die omstandigheden toont de verzoekende partij niet aan dat de verwerende partij artikel 79, § 2, koninklijk besluit plaatsing 2017 verkeerdelijk heeft toegepast in haar bestek en bij de bestreden beslissing.

Het middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

7.2.1. De verzoekende partij voert de schending aan van “het *patere legem quam ipse fecisti*-beginsel, het motiveringsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, en het gelijkheidsbeginsel, al dan niet apart of samen gelezen”.

In een eerste middelonderdeel wijst de verzoekende partij erop dat de verwerende partij haar eigen opdrachtdocumenten niet heeft nageleefd. In het bestek wordt bepaald dat de inschrijver vastgestelde leemten of vergissingen moet melden in een bij zijn offerte gevoegde nota. De verzoekende partij heeft in een bij haar offerte gevoegde nota gevraagd om een wijziging van de vermoedelijke hoeveelheden door te voeren, de samenvattende opmetingsstaat zelf heeft zij niet gewijzigd of verbeterd. Zij heeft niets anders gedaan dan wat in de voormelde besteksbepaling is voorgeschreven.

In een tweede middelonderdeel betoogt de verzoekende partij dat de verwerende partij haar offerte en de bijlagen niet voldoende en deugdelijk heeft onderzocht. De verwerende partij heeft volgens haar de offerte op ongelijke wijze beoordeeld, meer bepaald door voor de verzoekende partij niet te onderzoeken of de door haar gevraagde aanpassing van de vermoedelijke hoeveelheden voor diverse posten al dan niet gegrond was. De verwerende partij had voorts moeten vaststellen dat de bij de offerte van de verzoekende partij gevoegde samenvattende opmeting niet gewijzigd werd. De bij de offerte gevoegde nota bevatte evenmin een verbeterde samenvattende opmetingsstaat, maar enkel een vraag om de vermoedelijke hoeveelheden aan te passen. Noch de samenvattende opmetingsstaat, noch de nota, werden door de verwerende partij onderzocht of getoetst op hun inhoud.

Beoordeling

7.2.2.1. Wat het eerste middelonderdeel betreft, merkt de Raad op dat bij de beoordeling van het eerste middel reeds werd vastgesteld dat *prima facie* in het bestek te dezen de mogelijkheid tot het aanbrengen van wijzigingen aan de
‡BFC SNABFJ-BDCHBJV‡

vermoedelijke hoeveelheden onvermeld mocht blijven, meer zelfs dit aanbrengen mocht worden verboden.

De bepaling in het bestek dat de inschrijvers eventueel vastgestelde leemten of vergissingen dienen te melden in een bij hun offerte gevoegde nota, lijkt dan ook logischerwijze geen betrekking te kunnen hebben op wijzigingen aan de vermoedelijke hoeveelheden, doch enkel op andere leemten of andere vergissingen in de samenvattende opmeting of inventaris.

Dat de verwerende partij in het gunningsverslag besloot om bij de beoordeling van de offerte van de verzoekende partij geen rekening te houden met de verbeterde hoeveelheden in de bij die offerte gevoegde nota, lijkt dan ook niet in te druisen tegen het bestek, doch er veeleer mee samen te vallen.

7.2.2.2. Wat het tweede onderdeel betreft, voert de verzoekende partij in de eerste plaats een schending aan van het gelijkheidsbeginsel.

Zij laat echter na in concreto aan te tonen hoe dat beginsel hier dan wel miskend zou zijn geworden. In zoverre de verzoekende partij lijkt aan te voeren dat de verwerende partij de offerte van de verzoekende partij op ongelijke wijze zou hebben beoordeeld door niet te onderzoeken of de door haar gevraagde aanpassing van de vermoedelijke hoeveelheden voor diverse posten al dan niet gegrond was, dient te worden opgemerkt dat de verwerende partij dit, zoals blijkt uit voorgaande beoordelingen, niet mocht doen. Bovendien blijkt noch uit de bestreden beslissing of het gunningsverslag, noch uit het administratief dossier, dat voor een andere inschrijver wél wijzigingen aan vermoedelijke hoeveelheden zouden zijn aanvaard.

Voorts wordt vastgesteld dat de verwerende partij wel degelijk de ongewijzigde samenvattende opmeting zoals gevoegd bij de offerte van de verzoekende partij lijkt te hebben betrokken in het onderzoek en de eindrangschikking van de offertes. Ook de nota gevoegd bij de offerte van de verzoekende partij heeft zij beoordeeld aangezien zij opmerkt dat met deze nota geen rekening wordt gehouden wegens strijdigheid met het bestek.

7.2.2.3. Het middel is in zijn geheel niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

7.3.1. De verzoekende partij voert de schending aan van “de beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het formeel en materieel motiveringsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, en het gelijkheidsbeginsel”.

De formelemotiveringsplicht is volgens de verzoekende partij geschonden omdat zij uit de bestreden beslissing zelf niet kan afleiden waarom haar offerte niet gekozen is.

De materiëlemotiveringsplicht is geschonden omdat noch de bestreden beslissing, noch het gunningsverslag op draagkrachtige motieven steunen. Volgens de verzoekende partij is de verwerende partij “blijven steken” op de titel van de bij haar offerte gevoegde nota. De veronderstelling van de verwerende partij dat deze nota een verantwoording zou inhouden van de verbetering van de vermoedelijke hoeveelheden is om twee redenen onjuist, aldus de verzoekende partij; in de eerste plaats houdt de nota geen verbetering in, wel een vraag tot wijziging terwijl de verwerende partij ervan uitgaat dat het om een verbetering gaat; in de tweede plaats heeft de verzoekende partij de samenvattende opmetingsstaat zelf ongemoeid gelaten, zodat de verwerende partij onterecht stelt dat ze deze heeft verbeterd.

De verwerende partij heeft voorts de nota van de verzoekende partij niet eens ontmoet of inhoudelijk beantwoord. De verwerende partij heeft de aangevraagde wijzigingen met andere woorden afgewezen zonder motivering ter zake, wat de materiëlemotiveringsplicht schendt, nu de door de verzoekende partij bij haar offerte gevoegde nota volgens de verzoekende partij zeer concreet, duidelijk, helder, gedetailleerd en uitgebreid is, alsook betrekking heeft op een hele reeks posten uit de samenvattende opmetingsstaat.

Beoordeling

7.3.2. Wat de aangevoerde schending van de formelemotiveringsplicht betreft, volstaat het vast te stellen dat de bestreden beslissing reeds op het eerste gezicht uitdrukkelijk verwijst naar het ervan deelluitmakende gunningsverslag, waarin de verzoekende partij de redenen kan terugvinden waarom haar offerte niet als de laagste regelmatige werd beschouwd.

Wat de overige aangevoerde schendingen betreft, mag worden volstaan met te verwijzen naar de uitdrukkelijke motivering in het gunningsverslag. Zoals reeds hiervoor geoordeeld mocht de verwerende partij de nota gevoegd bij de offerte van de verzoekende partij, die zichzelf de titel gaf “Verantwoording verbetering van de vermoedelijke hoeveelheden volgens art 79, § 2”, weren als strijdig met het bestek dat dergelijke verbetering uitsluit.

Het middel is niet ernstig.

D. Vierde middel

Uiteenzetting van het middel

7.4.1. De verzoekende partij voert de schending aan van “artikel 81 Wet 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten *juncto* artikel 86 §4 KB Plaatsing van 18 april 2017 en het zuinigheidsbeginsel”.

De verzoekende partij betoogt dat zij aan de samenvattende opmetingsstaat geen wijzigingen of verbeteringen heeft aangebracht, zodat de vergelijking van de offertes niet in het gedrang is gekomen. Zij wijst erop dat het verschil in totaalprijs vermeld op de meetstaten tussen haar offerte en deze van de gekozen inschrijver 94.186,70 euro (lees: 84.186,71 euro), btw inbegrepen, in het voordeel van de gekozen inschrijver bedraagt. Zij heeft bij haar offerte een vraag tot wijziging opgenomen van de vermoedelijke hoeveelheden van verscheidene posten. Rekening houdend met die voorgestelde wijziging heeft dit tot gevolg dat er een verschil zou zijn tussen haar offerte en die van de gekozen inschrijver van 177.878,80 euro, in het voordeel van de verzoekende partij. Dit had de verwerende

‡BFCSNABFJ-BDCHBJV‡

partij moeten noodzaken de vraag tot wijziging van de vermoedelijke hoeveelheden te onderzoeken, bij gebreke waarvan het zuinigheidsbeginsel is geschonden.

De verwerende partij heeft voorts volgens de verzoekende partij artikel 86, § 4, koninklijk besluit plaatsing 2017 geschonden, nu krachtens deze bepaling verminderingen van hoeveelheden enkel in het voordeel spelen van de inschrijvers die ze hebben gemeld. De verminderingen die de verzoekende partij heeft voorgesteld in de nota bij haar offerte hadden enkel in het voordeel van de verzoekende partij mogen spelen. Hierdoor zou de opdracht aan haar moeten zijn gegund.

Beoordeling

7.4.2. Zoals bij de beoordeling van het eerste, tweede en derde middel bleek, mocht in de opdrachtdocumenten worden bepaald dat te dezen het wijzigen van de vermoedelijke hoeveelheden verboden was en diende de verwerende partij geen nader onderzoek te wijden aan een bij de offerte gevoegde nota die wel degelijk indruist tegen dat verbod.

Het middel met als uitgangspunt dat de verwerende partij, ondanks de vermelde kwestieuze besteksbepaling, wel degelijk ertoe gehouden zou zijn om de door de verzoekende partij voorgestelde wijzigingen toch te onderzoeken, faalt dan ook.

Er blijkt niet dat de bestreden beslissing de in het middel ingeroepen bepalingen zou miskennen.

Het middel is niet ernstig.

VIII. Besluit

8. Geen van de middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Heyrman-De Roeck tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. 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.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op een rolrecht van 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 15 februari 2018, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Pierre Barra