

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 240.865 van 1 maart 2018
in de zaak A. 224.376/XII-8501**

In zake: de NV VBG
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Marie Vastmans en Anthony Poppe
kantoor houdend te 1160 Brussel
Tedescolaan 7
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Carlos De Wolf en Anthony Verheggen
kantoor houdend te 9680 Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de NV AANNEMINGEN VAN WELLEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bettina Poelemans
kantoor houdend te 9051 Sint-Denijs-Westrem
MG Building II
Kortrijksesteenweg 1144G
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 30 januari 2018, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[d]e beslissing van de administrateur-generaal van het Agentschap Wegen & Verkeer van het Vlaamse Gewest van 20 december 2017 houdende wering van de

offerte van [de nv VBG] als substantieel onregelmatig en tot gunning van de overheidsopdracht voor werken ‘E19 Noord: structureel onderhoud tussen St-Job-in-‘t-Goor en Kleine Bareel (rich Antw) en ter hoogte van de aansluiting op R1 (rich NL)’ aan de nv Van Wellen”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 9 februari 2018 heeft de nv Aannemingen Van Wellen gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 20 februari 2018, om 11.00 uur.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Anthony Poppe, die tevens *loco* advocaat Marie Vastmans, verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Anthony Verheggen, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Bettina Poelemans, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Ann Eylenbosch 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. Regelmatigheid van de rechtspleging

3. De verzoekende partij heeft een “pleitnota” ingediend. De verwerende partij en de tussenkomende partij hebben hierop een “replik verwerende partij op pleitnota”, respectievelijk “replik pleitnota” ingediend.

‡ABDSOAFDH-BDCIJGV‡

Het procedurereglement kort geding voorziet niet in de mogelijkheid tot het indienen van dergelijke nota's. Er wordt dan ook enkel rekening mee gehouden in zoverre ze de neerslag vormen van hetgeen ter terechtzitting is gepleit.

IV. Feiten

4.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor de aanneming van werken met als voorwerp “E19 Noord: Structureel onderhoud tussen Sint-Job-In-‘t-Goor en Kleine Bareel (rich Ant) en ter hoogte van de aansluiting op R1 (rich NL)”.

4.2. De opdracht wordt gegund via een openbare procedure met enkel de prijs als gunningscriterium.

4.3. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 28 september 2017.

Er worden nadien nog vijf terechtwijzende berichten gepubliceerd.

4.4. Het bijzonder bestek met referentnummer 1M3D8E/17/44 is van toepassing.

4.5. De opening van de offertes vindt plaats op 3 november 2017. Drie offertes worden ingediend:

1. De nv VBG Agentschap Noord: 5.371.170,80 euro, btw niet inbegrepen,
2. De nv Aannemingen Van Wellen: 5.507.802,55, btw niet inbegrepen,
3. De nv Stadsbader: 5.548.790,35, btw niet inbegrepen.

De tussenkomen partij vermeldt in een afzonderlijke nota de volgende wijzigingen van vermoedelijke hoeveelheden:

- Signalisatie post 48: aanpassen van de vermoedelijke hoeveelheid van 45 KD naar 29 KD;

- Inzagen asfaltverharding post 7: aanpassen van de vermoedelijke hoeveelheid van 7169 lm naar 1915 lm;
- Inzagen betonverharding fase 2 post 60: aanpassen van de vermoedelijke hoeveelheid van 1500 lm naar 0 lm.

4.6. Op 7 november 2017 richt de verwerende partij een vraag tot prijsverantwoording aan de verzoekende partij voor de posten 19, 33, 47 tot 52 en 91 tot 112. Dit verzoek vermeldt dat de verantwoording enkel mag zijn gesteund op objectieve factoren en eveneens moet aantonen dat “alle verplichtingen inzake het sociaal, arbeids- en milieurecht, met inbegrip van de verplichtingen die van toepassing zijn op het vlak van welzijn, lonen en sociale zekerheid, geëerbiedigd werden”.

4.7. Op 17 november 2017 dient de verzoekende partij haar prijsverantwoording in.

4.8. De afdeling Algemene Technische Ondersteuning formuleert op 30 november 2017 haar opmerkingen met betrekking tot het prijs- of kostenonderzoek.

4.9. Eveneens op 30 november 2017 wordt het gunningsverslag opgesteld.

Alle inschrijvers worden geselecteerd.

Inzake de “Regelmatigheid van de offertes” vermeldt het verslag wat volgt:

“4.1 Rangschikking na selectie

	Inschrijver	Excl. BTW	Incl. BTW
1.	VBG NV	€ 5.371.170,80	€ 6.499.116,67
2.	Van Wellen NV	€ 5.507.802,55	€ 6.664.441,09
3.	Stadsbader NV	€ 5.548.790,34	€ 6.714.036,31

4.2 Handtekeningbevoegdheid

Er werd nagegaan of de offertes correct werden ondertekend door de personen bevoegd om de inschrijver te verbinden.

Inschrijver	OK/NOK:
Van Wellen NV	OK
Stadsbader NV	OK
VBG NV	OK

4.3 Technische conformiteit

- Documentatie geleideconstructie

Inschrijver	OK/NOK:	opmerkingen
Van Wellen NV	OK	OK
Stadsbader NV	NOK	Enkel documentatie van de tijdelijke afschermende constructie werd toegevoegd
VBG NV	OK	Er werden twee systemen voorgesteld. De twee systemen kunnen voldoen bij uitvoering.

- Verklaringen asfaltproducent

Inschrijver:	OK/NOK:
Van Wellen NV	OK
Stadsbader NV	OK
VBG NV	OK

4.4 VGM-voorwaarden

[...]

4.5 Administratieve (on)regelmaticheden

Er werd nagegaan of de offertes van de inschrijvers substantieel of niet substantieel onregelmatig zijn in de zin van art. 83 Wet Overheidsopdrachten en art. 76 §1 lid 4 KB Plaatsing en zoals gespecificeerd in de opdrachtdocumenten 1M3D8E/17/44.

4.6 Opmerkingen en verbeteringen door inschrijvers aangegeven

Er werd nagegaan of de inschrijvers eventuele wijzigingen hebben aangebracht cfr. artikelen 34, 81, 87 §1 en 87 §2 KB Plaatsing.

Er werden geen wijzigingen/verbeteringen voorgesteld of aangebracht.

4.7 Rekenkundig nazicht

Er werden afrondingsverschillen vastgesteld bij offerte 2) Van Wellen NV en offerte 3) Stadsbader NV.

Er werden geen leemten vastgesteld.

Rangschikking na rekenkundig nazicht van de prijzen:

	Inschrijver	Excl. BTW	Incl. BTW
1.	VBG NV	€ 5.371.170,80	€ 6.499.116,67
2.	Van Wellen NV	€ 5.507.802,56	€ 6.664.441,10
3.	Stadsbader NV	€ 5.548.790,35	€ 6.714.036,32

4.8 Prijsonderzoek

Er werd op 7/11/2017 prijsverantwoording opgevraagd aan VBG NV over volgende eenheidsprijzen: post 19, 33, 47 t.e.m. 52, 91 tem 112. De prijsverantwoording werd aangeleverd op 17/11/2017 en voldoet niet. Deze prijsverantwoording werd eveneens voorgelegd aan de afdeling technische ondersteuning.

De redenen waarom de prijsverantwoording niet wordt aanvaard zijn de volgende:

- Post 47 en 49: de markering wordt voorzien in verf. Dit is strijdig met wat wordt gevraagd in het bijzonder bestek in paragraaf 3.6.1 Markeringen
'Op wegdekken die niet vernieuwd worden tijdens de werken worden enkel de voorgevormde markeringen toegelaten als tijdelijke markeringen om zodoende het wegdek ongeschonden te kunnen houden. Dit met uitzondering van ter hoogte van de pechstrook op de R1 rich Antwerpen (hier kan verf worden gebruikt).'
- De gehanteerde uurlonen voor de arbeiders liggen onder het minimumloon

De offerte van VBG NV wordt hierdoor als materi[eel] substantieel onregelmatig beschouwd en wordt verder niet meer in aanmerking genomen.

Er is geen vermoeden van abnormale totaal en eenheidsprijzen voor de tweede inschrijve[r] Van Wellen NV.

Algemeen besluit regelmatigheid van de ingediende offertes

De offerte van VBG NV is materieel substantieel onregelmatig aangezien uit de prijsverantwoording blijkt dat er wordt afgeweken van de technische voorschriften van het bijzonder bestek. Eveneens liggen de gehanteerde uurlonen voor arbeiders onder het minimumloon.

De offerte van Stadsbader NV is eveneens substantieel onregelmatig gezien de documentatie van de te plaatsen geleideconstructie niet werd aangeleverd.

Rangschikking na onderzoek van de regelmatigheid:

	Inschrijver	Excl. BTW	Incl. BTW
1.	Van Wellen NV	€ 5.507.802,56	€ 6.664.441,10

5 Evaluatie van de offertes

5.1 Gunningscriteria volgens de opdrachtdocumenten

De economisch meest voordelige offerte wordt vastgesteld op basis van de prijs.

5.2 Finale rangschikking

	Inschrijver	Excl. BTW	Incl. BTW
1.	Van Wellen NV	€ 5.507.802,56	€ 6.664.441,10

Er wordt voorgesteld de werken toe te wijzen aan de nv Aannemingen Van Wellen.

4.10. “Gelet op de motieven uit het onderzoek en de beoordeling zoals hierboven omstandig beschreven wordt de opdracht” bij gemotiveerde gunningsbeslissing van 20 december 2017 gegund aan de nv Aannemingen Van Wellen.

Dit is het bestreden besluit. Het gunningsverslag van 30 november 2017 maakt er integraal deel van uit.

4.11. Per aangetekend schrijven en per e-mailbericht van 15 januari 2018 wordt de verzoekende partij ervan in kennis gesteld dat haar offerte als onregelmatig wordt geweerd.

V. Tussenkoms

5. De nv Aannemingen Van Wellen blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet haar verzoek tot tussenkoms worden ingewilligd.

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.

VII. Onderzoek van de middelen

7. De verzoekende partij voert drie middelen aan.

In een eerste middel betwist de verzoekende partij de onregelmatigverklaring van haar offerte.

In een tweede middel voert de verzoekende partij aan dat de offerte van de gekozen inschrijver als substantieel onregelmatig had moeten worden geweerd, omdat deze vermoedelijke hoeveelheden heeft gewijzigd of voorgesteld deze te wijzigen, wat niet is toegelaten.

In een derde middel voert de verzoekende partij opnieuw aan dat de offerte van de gekozen inschrijver had moeten worden geweerd, om reden dat ze niet zou zijn ondertekend door een persoon die gemachtigd is de onderneming te verbinden.

8. Een inschrijver van wie de offerte onregelmatig is verklaard, zoals te dezen de verzoekende partij, heeft in principe geen belang om de gunning

‡ABDSOAFDH-BDCIJGV‡

van een overheidsopdracht aan een concurrerende inschrijver aan te vechten tenzij uit de middelen blijkt dat zijn offerte ten onrechte onregelmatig werd verklaard of dat de opdracht aan geen enkele inschrijver rechtsgeldig mocht worden toegewezen.

Vermits de offerte van de gekozen inschrijver in de huidige zaak als enige regelmatig werd beschouwd, volstaat te dezen dat de verzoekende partij aantoonde dat hetzij haar eigen offerte onterecht onregelmatig werd verklaard, hetzij de offerte van de gekozen inschrijver onregelmatig is.

Onderzoek van het tweede middel

Standpunt van de partijen

9. In een tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van het beginsel van de gelijke mededinging en het transparantiebeginsel vervat in artikel 4 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), van artikel 83 van dezelfde wet en artikel 76 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), van de artikelen 79, § 2, 2°, en 86, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, van artikel 4, eerste lid, 8°, van 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 de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur “van de materiële motiveringsplicht, en het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* dat oplegt dat de overheid haar eigen regels moet respecteren”.

Zij acht deze artikelen en beginselen geschonden:

“Doordat de gekozen inschrijver wijzigingen heeft aangebracht in de vermoedelijke hoeveelheden terwijl het bestek dit niet toeliet;

Doordat in de bestreden beslissing enerzijds werd vermeld dat wijzigingen werden voorgesteld en anderzijds werd besloten dat de inschrijvers geen wijzigingen in de samenvattende opmeting hebben aangebracht;
Doordat niet wordt weergegeven welk gevolg werd gegeven aan het voorstel van de gekozen inschrijver tot wijziging van de samenvattende opmeting in het kader van het regelmatigheidsonderzoek;
Doordat niet wordt meegedeeld of dit voorstel tot wijziging al dan niet correct was;
Doordat de regelmatigheid van de offerte van de gekozen inschrijver niet getoetst werd in het licht van dit voorstel;
Doordat de offerte van de gekozen inschrijver niet langer vergelijkbaar is met de offertes van de andere inschrijvers maar toch niet geweerd werd;
Doordat de offerte van de gekozen inschrijver geen zekere verbintenis inhoudt tot uitvoering van de opdracht aan de door de aanbestedende overheid gestelde voorwaarden;
Terwijl geen wijzigingen aan vermoedelijke hoeveelheden in de samenvattende opmeting mogen doorgevoerd worden tenzij de opdracht-documenten dit uitdrukkelijk[...] toelaten;
Terwijl een offerte maar ten gronde kan beoordeeld worden indien zij regelmatig is;
Terwijl elke gunningsbeslissing moet steunen op draagkrachtige motieven die in de beslissing zelf opgenomen zijn en hun grondslag vinden in het administratief dossier;
Terwijl een aanbestedende overheid een offerte die behept is met een onregelmatigheid moet weren indien blijkt dat zij niet langer vergelijkbaar is met de andere offertes dan wel er onzekerheid bestaat over de verbintenis van de inschrijver;
Zodat de in het middel aangehaalde bepalingen geschonden werden.”

Het tweede middel omvat drie onderdelen.

In een eerste onderdeel gaat de verzoekende partij er van uit dat de gekozen inschrijver een aantal vermoedelijke hoeveelheden in de samenvattende opmeting heeft gewijzigd of voorgesteld deze te wijzigen en daartoe een rechtvaardigingsnota heeft gevoegd aan zijn offerte terwijl het bestek geen verbetering van vermoedelijke hoeveelheden toelaat. De aanbestedende overheid beschikt voorts niet over de mogelijkheid die haar toekomt op grond van artikel 86 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 om de wijzigingen te aanvaarden. Daarom had de offerte van de gekozen inschrijver moeten worden geweerd.

Minstens blijkt uit de bestreden beslissing volgens de verzoekende partij niet of de samenvattende opmeting op correcte wijze werd ingevuld door de gekozen inschrijver, of de gekozen inschrijver zich heeft

verbonden tot uitvoering van de opdracht tegen de vermoedelijke hoeveelheden vermeld in de samenvattende opmeting en welk gevolg de aanbestedende overheid heeft gegeven aan de schending door de gekozen inschrijver van artikel 79, § 2, 2°, *juncto* artikel 86, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2017.

Bovendien is de motivering van de gunningsbeslissing intern tegenstrijdig: eerst wordt gesteld dat de gekozen inschrijver wijzigingen heeft aangebracht en vervolgens, onder punt 4.6 wordt besloten dat “geen wijzigingen/verbeteringen [werden] voorgesteld of aangebracht”.

Een tweede onderdeel gaat uit van de stelling dat de gekozen inschrijver de vermoedelijke hoeveelheden in de samenvattende opmeting heeft gewijzigd en de aanbestedende overheid deze wijzigingen heeft aanvaard. “Immers was de prijs in de ingediende offerte dezelfde als diegene die weerhouden werd voor gunning”.

Een derde onderdeel gaat uit van het gegeven dat de gekozen inschrijver zowel de vermoedelijke hoeveelheden in de samenvattende opmeting heeft ingevuld en zijn prijs hierop steunt als dat zij een voorstel tot wijziging van deze vermoedelijke hoeveelheden heeft gedaan en de aanbestedende overheid dus geen rekening heeft gehouden met het voorstel tot wijziging van de vermoedelijke hoeveelheden.

Ook in dat geval kan volgens de verzoekende partij de aanbestedende overheid geen zekerheid hebben over het gegeven dat de gekozen inschrijver de opdracht zal uitvoeren tegen de in het bestek gestelde voorwaarden. Immers heeft de gekozen inschrijver volgens de verzoekende partij in dat geval twee voorstellen neergelegd met betrekking tot de posten in kwestie in de offerte en zou hij de aanbestedende overheid tijdens de uitvoering kunnen tegenwerpen dat deze akkoord is gegaan met het voorstel tot wijziging door de aanvaarding van de offerte. Ook in dat geval had de offerte van de gekozen inschrijver als substantieel onregelmatig moeten worden verworpen.

Indien twee voorstellen zijn geformuleerd door de gekozen inschrijver, dan dient het voorstel tot wijziging van de vermoedelijke hoeveelheden te worden beschouwd als een vrije variante, die niet is toegelaten door het bestek. Het neerleggen van vrije varianten mag in elk geval niet worden ingepast in de aanbestedingsprocedure, waarin de prijs als enig gunningscriterium geldt. Uit het voorgaande volgt dat de aanbestedende overheid in dat geval haar eigen bestek heeft geschonden. Dit besluit vloeit volgens de verzoekende partij des te meer voort uit het gegeven dat de gekozen inschrijver de mogelijkheid had om fouten op voorhand te melden aan de aanbestedende overheid, overeenkomstig artikel 81 van het koninklijk besluit plaatsing 2017. De gekozen inschrijver heeft voorafgaand aan het indienen van zijn offerte geen vragen gesteld noch een leemte of vergissing gemeld. De verzoekende partij besluit opnieuw dat de offerte van de gekozen inschrijver substantieel onregelmatig had moeten worden verklaard.

10. In de nota repliceert de verwerende partij in essentie dat de gekozen inschrijver de hoeveelheden in de samenvattende meetstaat niet heeft gewijzigd, dat bij de offerte enkel een afzonderlijke nota was gevoegd, waarbij werd voorgesteld om de vermoedelijke hoeveelheden van drie posten te wijzigen, doch dat de meetstaat, zoals gevoegd bij de offerte, melding maakte van de door de verwerende partij bepaalde hoeveelheden. De verwerende partij heeft de voorgestelde wijzigingen dan ook niet verwerkt of aanvaard in de betrokken meetstaat, evenmin heeft zij enige wijziging of rechtzetting moeten verrichten in de meetstaat van de gekozen inschrijver, die conform het gevraagde was ingevuld en dus vergelijkbaar was met de overige inschrijvers. Het eerste en het tweede onderdeel van het middel zijn volgens de verwerende partij bijgevolg niet relevant.

Wat het derde onderdeel betreft, betwist de verwerende partij wel de kwalificatie door de verzoekende partij van het betrokken voorstel tot wijziging van de vermoedelijke hoeveelheden als een vrije variante. “De voorliggende problematiek” laat zich volgens de verwerende partij “enkel juridisch kwalificeren als een eventuele schending van artikel 79 van het Koninklijk Besluit van 18 april 2017, t.t.z. een voorstel tot wijziging van de vermoedelijke hoeveelheden waar de inschrijver dit niet mocht, en niet als het indienen van 2 voorstellen, dan wel een basisofferte en (verboden) vrije variante”.

Voorts betoogt de verwerende partij dat zij, gelet op de nota met voorstel tot wijziging van de vermoedelijke hoeveelheden van de gekozen inschrijver, niet “per definitie” verplicht was de betrokken inschrijver om die reden als onregelmatig te beschouwen. Volgens haar kan er hoogstens sprake zijn van een niet-substantiële onregelmatigheid. Bijgevolg mocht zij wel degelijk voorbijgaan aan de nota met voorgestelde wijzigingen: de gekozen inschrijver heeft de hoeveelheden van de meetstaat zelf immers niet aangepast, maar heeft deze enkel opgenomen in een afzonderlijke nota waarbij hij zich bovendien beroept op niet-toepasselijke reglementering, te weten het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’.

Bovendien stelt de verwerende partij dat, indien zij gehouden zou zijn tot een regelmatigheidsafweging in de zin van artikel 76 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, kan worden verwezen naar volgende overwegingen waarvan de bestreden beslissing minstens impliciet blijkt geeft:

- artikel 79 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 is niet opgenomen in de lijst met substantiële onregelmatigheden, vastgesteld in artikel 79 van hetzelfde besluit;
- in de offerte is een duidelijk onderscheid gemaakt tussen de conforme inschrijving en de bijgevoegde nota. Er diende geen enkele aanpassing of wijziging te gebeuren aan de offerte. In het licht van het proportionaliteitsbeginsel is de voorliggende keuze dan ook verantwoord;
- de posten die het voorwerp zijn van de voorgestelde wijziging in de vermoedelijke hoeveelheden, met name de posten 7, 48 en 66, zijn niet geïdentificeerd als posten die mogelijks zijn behept met abnormale prijzen voor niet-verwaarloosbare posten in het kader van het prijsonderzoek;
- de eenheidsprijzen voor de posten 48 en 66 zijn bovendien de tweede duurste, respectievelijk de duurste, en maken dan ook niet het voorwerp uit van speculatie.

Voor zover er “*per impossibile*” sprake zou zijn van een onregelmatigheid, brengt deze dan ook in geen geval de effecten teweeg, beoogt in artikel 76, § 1, derde lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, zodat er hoogstens sprake kan zijn van een niet-substantiële onregelmatigheid. Echter, op grond van datzelfde artikel 76 geldt dat een offerte die slechts is behept met één niet-substantiële onregelmatigheid niet mag worden geweerd.

11. De tussenkommende partij voert in haar verzoekschrift tot tussenkomst een gelijkaardige repliek als die van de verwerende partij aan. Wat het eerste en het tweede onderdeel betreft, benadrukt de tussenkommende partij, net zoals de verwerende partij, dat zij de hoeveelheden van de posten in de samenvattende meetstaat niet heeft gewijzigd, doch dat zij enkel een afzonderlijke nota heeft gevoegd met melding van voorgestelde verbeteringen van vermoedelijke hoeveelheden, waarmee de verwerende partij echter geen rekening heeft gehouden, “omdat in casu artikel 86 § 1 KB Plaatsing inderdaad geen toepassing vindt”.

Wat het derde onderdeel betreft, betoogt zij, net zoals de verwerende partij, dat de enkele melding van een voorstel tot verbetering van de vermoedelijke hoeveelheden van drie posten van de meetstaat in een afzonderlijke nota, zonder enige verbetering te hebben doorgevoerd van de hoeveelheden zelf in de samenvattende meetstaat, niet als een door artikel 79, § 2, koninklijk besluit plaatsing 2017 niet toegelaten verbetering van hoeveelheden of schending van dat artikel, en aldus niet als een onregelmatigheid kan worden beschouwd. “[A]lleszins”, gaat het niet om een substantiële onregelmatigheid in de zin van artikel 76 van het koninklijk besluit plaatsing 2017. Zo wijst zij er nog op dat de verzoekende partij zelf overigens maar een discriminerend voordeel en een concurrentievervalsing heeft aanvaard in de mate dat de verwerende partij de in de meetstaat doorgevoerde verbeteringen zou hebben aanvaard.

Beoordeling

12. Overeenkomstig artikel 83 van de wet overheidsopdrachten 2016 onderzoekt de aanbestedende overheid de regelmatigheid van de offertes.

Artikel 76, §§ 1, 2 en 3, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 bepaalt:

“§ 1. De aanbestedende overheid gaat na of de offertes regelmatig zijn. De offerte kan substantieel of niet substantieel onregelmatig zijn. Een offerte is substantieel onregelmatig wanneer ze van aard is de inschrijver een discriminerend voordeel te bieden, tot concurrentievervalsing te leiden, de beoordeling van de offerte van de inschrijver of de vergelijking ervan met de andere offertes te verhinderen, of de verbintenis

van de inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onbestaande, onvolledig of onzeker te maken.

De volgende onregelmatigheden worden met name als substantieel beschouwd :

1° de niet-naleving van het milieu-, sociaal of arbeidsrecht, voor zover deze niet-naleving strafrechtelijk gesanctioneerd wordt;

2° de niet-naleving van de vereisten bedoeld in de artikelen 38, 42, 43, § 1, 44, 48, § 2, eerste lid, 54, § 2, 55, 83 en 92 van dit besluit en in artikel 14 van de wet, voor zover zij verplichtingen bevatten ten aanzien van de inschrijvers;

3° de niet-naleving van de minimale eisen en de vereisten die als substantieel worden aangemerkt in de opdrachtdocumenten.

§ 2. De offerte die slechts een of meer niet-substantiële onregelmatigheden bevat die, zelfs gecumuleerd of gecombineerd, niet de in paragraaf 1, derde lid, bedoelde gevolgen teweeg brengen, wordt niet nietig verklaard.

§ 3. Wanneer gebruik wordt gemaakt van een openbare of niet-openbare procedure, verklaart de aanbestedende overheid de substantieel onregelmatige offerte nietig. Dit is ook het geval voor een offerte die meerdere niet-substantiële onregelmatigheden bevat wanneer de cumulatie of combinatie ervan de in paragraaf 1, derde lid, bedoelde gevolgen teweeg brengt.”

Artikel 79 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 bepaalt:

“§ 1. Indien bij de opdrachtdocumenten een samenvattende opmeting of inventaris is gevoegd, vult de inschrijver deze in en maakt hij de nodige berekeningen.

§ 2. De inschrijver voert, rekening houdende met de opdrachtdocumenten, zijn beroepskennis of persoonlijke vaststellingen, verbeteringen door voor :

1° de fouten die hij ontdekt in de forfaitaire hoeveelheden;

2° de fouten die hij ontdekt in de vermoedelijke hoeveelheden waarvoor de opdrachtdocumenten 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;

3° de leemten in de samenvattende opmeting of inventaris.

Hij voegt bij zijn offerte een nota ter verantwoording van deze verbeteringen.”

Artikel 86, § 1, van hetzelfde besluit bepaalt:

“§ 1. Wanneer een inschrijver, overeenkomstig de artikelen 34 en 79, § 2, de hoeveelheid van één of meer posten van de samenvattende opmeting of inventaris heeft verbeterd, ziet de aanbestedende overheid die wijzigingen na, verbetert ze zo nodig volgens eigen berekeningen en wijzigt desgevallend de opmetingen of inventarissen gevoegd bij de offertes.”

13. Onder punt 2.3 “Opmerkingen en verbeteringen door inschrijvers aangegeven” vermeldt het gunningsverslag:

“Volgende opmerkingen en/of verbeteringen werden gemeld via de offerte: Van Wellen N.V. heeft volgende wijzigingen van vermoedelijke hoeveelheden in een aparte nota vermeld:

1. Signalisatie post 48 – 1004.11220*: aanpassen van de vermoedelijke hoeveelheid van 45 KD naar 29 KD.
2. Inzagen asfaltverharding post 7 - 0401.21014: aanpassen van de vermoedelijke hoeveelheid van 7169 lm naar 1915 lm.
3. Inzagen betonverharding fase 2 post 60 - 0401.21024: aanpassen van de vermoedelijke hoeveelheid van 1500 lm naar 0 lm.”

Onder punt 4.6 “Opmerkingen en verbeteringen door inschrijvers aangegeven” vermeldt hetzelfde gunningsverslag voorts:

“Er werd nagegaan of de inschrijvers eventuele wijzigingen hebben aangebracht cfr. artikelen 34, 81, 87 §1 en 87 §2 KB Plaatsing.
Er werden geen wijzigingen/verbeteringen voorgesteld of aangebracht.”

14. In het eerste onderdeel voert de verzoekende partij in essentie een schending van de formelemotiveringsplicht aan. In het tweede en het derde onderdeel werkt de verzoekende partij twee hypothesen inhoudelijk uit.

De verzoekende partij stelt niet verder aan te dringen op het tweede onderdeel indien uit het dossier zou blijken dat het feitelijk uitgangspunt ervan foutief zou zijn.

Uit het dossier blijkt dat de gekozen inschrijver in de samenvattende opmeting zelf geen wijzigingen heeft aangebracht aan de vermoedelijke hoeveelheden en dat de verwerende partij haar wijzigingsvoorstel in de vorm van een afzonderlijke nota niet heeft behandeld.

In de gegeven omstandigheden wordt vastgesteld dat de verzoekende partij afstand doet van het tweede onderdeel van het middel.

15. Het past het eerste en het derde onderdeel, die uitgaan van het feitelijk correcte gegeven dat de gekozen inschrijver zowel de vermoedelijke

hoeveelheden in de samenvattende opmeting heeft ingevuld en haar prijs hierop steunt als dat hij een voorstel tot wijziging van deze vermoedelijke hoeveelheden heeft gedaan, samen te behandelen.

16. In zoverre de verzoekende partij de gekozen inschrijver aldus verwijt twee voorstellen te hebben ingediend waarbij het voorstel tot wijziging van de vermoedelijke hoeveelheden moet worden bestempeld als een niet door het bestek toegelaten vrije variante, kan zij niet worden bijgevalen.

Overeenkomstig artikel 2, 53°, van de wet overheidsopdrachten 2016 is een variante immers een alternatieve ontwerp- of uitvoeringswijze die hetzij op vraag van de aanbesteder, hetzij op initiatief van de inschrijver wordt ingediend. De door de gekozen inschrijver bij de offerte gevoegde nota waarin zij de verbetering voorstelt van de vermoedelijke hoeveelheden van drie posten, kan bezwaarlijk worden aanzien als een alternatieve conceptie- of uitvoeringswijze.

Voorts wordt met de tussenkomen de partij vastgesteld dat de verzoekende partij niet de schending aanvoert van artikel 54, § 2, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 dat het verbod insluit voor inschrijvers om per opdracht meer dan één offerte in te dienen.

Terecht – zo lijkt het – kwalificeert de verwerende partij in haar nota de voorliggende problematiek als een eventuele schending van artikel 79 van het koninklijk besluit plaatsing 2017. In een afzonderlijke nota bij de offerte heeft de gekozen inschrijver immers een wijziging van de vermoedelijke hoeveelheden van een aantal posten voorgesteld waar dit door de opdrachtdocumenten was uitgesloten.

Noch de omstandigheid dat deze afzonderlijke nota steun zoekt in niet langer rechtsgeldige bepalingen van het voordien geldende koninklijk besluit plaatsing, noch de omstandigheid dat het voorstel niet blijkt te zijn vertaald in wijzigingen in de samenvattende opmeting zelf, lijken een onderzoek door de aanbestedende overheid naar de impact ervan op de regelmatigheid van de offerte van de gekozen inschrijver uit te sluiten.

17. Hoewel zulks geen neerslag lijkt te hebben gekregen in de besluitvorming, verklaart de verwerende partij een onderzoek in de zin van artikel 76 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 wel degelijk te hebben gevoerd.

Het niet als substantieel aanmerken door artikel 76 van een eventuele schending van artikel 79 van hetzelfde besluit, de toepasselijkheid van het proportionaliteitsbeginsel, het niet gekwalificeerd zijn van de prijszetting door de gekozen inschrijver in de meetstaat voor de betrokken posten 7, 48 en 66 als mogelijks abnormaal en de verwachting dat een speculatieve prijszetting zich veeleer zou manifesteren als een bijzonder lage eenheidsprijs om zo het totaalbedrag speculatief laag te houden, nopen volgens de verwerende partij hoogstens tot het aangetast zijn van de offerte met een niet-substantiële onregelmatigheid die niet zou mogen leiden tot de wering van de offerte.

De tussenkomen de partij deelt deze mening. Volgens haar geldt de enkele melding van een voorstel tot verbetering van de vermoedelijke hoeveelheden van drie posten van de meetstaat in een afzonderlijke nota, zonder enige verbetering te hebben doorgevoerd van de hoeveelheden in de samenvattende meetstaat zelf, niet als een schending van artikel 79, § 2, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 en kan zulks niet worden beschouwd als een onregelmatigheid, of hoogstens als een niet-substantiële onregelmatigheid worden beschouwd. Ook zij verwijst dienaangaande naar het niet door artikel 76 als substantieel aanmerken van een niet-naleving van het voormelde artikel 79 maar gaat ook in op de gevolgen zoals bedoeld in artikel 76, § 1, derde lid, van het voormelde koninklijk besluit: “Het enkel toevoegen van een aparte nota met een voorstel tot verbetering van hoeveelheden, doch zonder dat de hoeveelheden van de samenvattende meetstaat zelf werden verbeterd, verhindert geenszins de beoordeling van de offerte van verzoekster in tussenkomst noch de vergelijking ervan met de andere offertes, noch maakt deze de verbintenis van verzoekster in tussenkomst om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onzeker”.

18. De voormelde overwegingen blijken echter niet te zijn veruitwendigd in de gunningsbeslissing. Het administratief dossier geeft evenmin blijk van een onderzoek naar de verenigbaarheid van het voorstel van de gekozen

‡ABDSOAFDH-BDCIJGV‡

inschrijver tot wijziging van de vermoedelijke hoeveelheden met het voormelde artikel 79. Er blijkt derhalve op het eerste gezicht niet dat de aanbestedende overheid de gevolgen omschreven in artikel 76, § 1, derde lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 en die eventueel ook een niet-substantiële onregelmatigheid ombuigen tot een substantiële onregelmatigheid in haar beoordeling heeft betrokken.

Op het eerste gezicht lijkt de verzoekende partij immers niet helemaal ten onrechte in dat verband vragen op te werpen ten aanzien van de zekerheid van de verbintenis van de gekozen inschrijver en zijn met de afzonderlijke nota uitgedrukte wens om de betrokken opdracht tegen een andere prijs uit te voeren dan vermeld in het offerteformulier.

Zelfs indien de verwerende partij na dergelijk onderzoek nog steeds zou besluiten tot de regelmatigheid van de offerte van de gekozen inschrijver ondanks de afzonderlijke nota met voorstel tot wijziging van de vermoedelijke hoeveelheden, lijkt zulks de verplichting met zich te brengen een en ander te motiveren. Het proportionaliteitsbeginsel en de resultaten van het prijzenonderzoek doen op het eerste gezicht aan deze vaststelling geen afbreuk.

Het tweede middel is in de aangegeven mate ernstig.

VIII. Besluit

19. Het tweede middel is in de aangegeven mate ernstig gebleken. Dit verantwoordt op zich reeds de schorsing van de bestreden beslissing.

In de huidige stand van het geding is de schorsing van de gunningsbeslissing voldoende om tegemoet te komen aan het belang van de verzoekende partij aangezien de verwerende partij bij een nieuwe beslissing zich ook opnieuw zal dienen uit te spreken over de wering van de offerte van de verzoekende partij.

Het is passend, gelet op de hierna ingewilligde vordering tot schorsing en het daaropvolgende nog noodzakelijke procedureverloop, de kosten, de gevorderde rechtsplegingsvergoedingen inbegrepen, in beraad te houden.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Aannemingen Van Wellen tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van de administrateur-generaal van het agentschap Wegen en Verkeer van het Vlaamse Gewest van 20 december 2017 tot gunning van de overheidsopdracht voor werken “E19 Noord: structureel onderhoud tussen St-Job-in-‘t-Goor en Kleine Bareel (rich Antw) en ter hoogte van de aansluiting op R1 (rich NL)” aan de nv Aannemingen Van Wellen.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 1 maart 2018, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Johan Bovin,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Johan Bovin