

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 240.926 van 6 maart 2018
in de zaak A. 224.511/XII-8509**

In zake: de NV TERRA ENGINEERING & CONSULTANCY
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Steven Van Geeteruyen
kantoor houdend te 3700 Tongeren
Pieelpoel 13
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de OPENBARE VLAAMSE AFVALSTOFFENMAAT-
SCHAPPIJ (OVAM)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Joris Wouters
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 27
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 12 februari 2018, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van [OVAM] d.d. 29 januari 2018 waarbij de overheidsopdracht diensten ‘BBO’s bij particulieren’ wordt gegund aan:

- Esher bvba [...] voor de prijs van 400.000,00 euro (excl. btw) [...]
- Envirosol nv [...] voor de prijs van 300.000,00 euro (excl. btw) [...]
- ABO nv [...] voor de prijs van 200.000,00 euro (excl. btw) [...]
- RSK Benelux bvba [...] voor de prijs van 100.000,00 euro (excl. btw)”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 1 maart 2018, om 14.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Laura Kempeneers, die *loco* advocaat Steven Van Geeteruyen verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaten Joris Wouters en Lisa Van Besouw, die verschijnen 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. OVAM schrijft een overheidsopdracht uit voor diensten met als voorwerp het uitvoeren van bodembeschrijvende onderzoeken (BBO's) – (deelopdrachten – bij particulieren, waarvan de onderzoekslocaties gelegen zijn in Vlaanderen.

Er wordt gekozen voor de procedure van de open aanbesteding. Het enig gunningscriterium is de totale inschrijvingsprijs, btw inbegrepen.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 26 juni 2017 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 1 juli 2017.

Er wordt een verbeteringsbericht bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 25 juli 2017 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 29 juli 2017. Hierin wordt onder meer het volgende vermeld:

“Deze aankondiging betreft een erratum op de oorspronkelijke aankondiging van 26.6.2017. Er werd een aangepaste versie van de meetstaat opgeladen. De vorige versie vervalst. De aanpassingen hebben betrekking op volgende posten: 6.2.2.3.1 tot en met 6.2.2.3.8 en 6.2.3.3.1 tem 6.2.3.3.8.”

3.3. In het bijzonder bestek met nr. R0170605 wordt vermeld dat de opdracht een raamovereenkomst betreft, die van rechtswege een einde neemt zodra de totaliteit van de gesloten opdrachten het vastgelegde bedrag van 1.000.000 euro, btw niet inbegrepen, bereikt. Voorts wordt vermeld dat de best gerangschikte deelnemer maximaal 40 % van de deelopdrachten zal uitvoeren, de tweede gerangschikte deelnemer maximaal 30 %, de derde gerangschikte deelnemer maximaal 20 % en de vierde gerangschikte deelnemer maximaal 10 %.

3.4. Er worden acht offertes ingediend.

3.5. In het gunningsverslag van 18 december 2017 worden alle inschrijvers geselecteerd. In het kader van het onderzoek naar de regelmatigheid van de offertes wordt, met betrekking tot de offerte van de verzoekende partij, het volgende vastgesteld:

“Uit dit onderzoek is gebleken dat de offerte van Terra Engineering & Consultancy nv op formeel vlak onregelmatig is omdat de inschrijver de verkeerde meetstaat gebruikte.
De offerte kan hierdoor niet vergeleken worden met de andere offertes. Het betreft dan ook een substantiële onregelmatigheid die tot de absolute nietigheid van de offerte leidt.
Deze offerte wordt niet weerhouden.”

Ook de offerte van de bvba Abesim wordt om diezelfde reden substantieel onregelmatig bevonden.

De offertes van de overige zes inschrijvers worden regelmatig bevonden en gerangschikt volgens de gecorrigeerde inschrijvingsbedragen.

Daarbij wordt ook op het volgende gewezen:

“De totale inschrijvingsprijs die door de inschrijvers wordt bekomen door het zetten van prijzen op basis van de in de inventaris vermelde vermoedelijke hoeveelheden, wordt enkel gebruikt ter vergelijking van de offertes om aldus de rangschikking van de deelnemers te bepalen.”

Vervolgens wordt er in voorgesteld om de opdracht, overeenkomstig de in het bestek voorziene verdeling van 40/30/20/10 te gunnen aan:

- de bvba Esher voor de prijs van 400.000 euro, btw niet inbegrepen;
- de nv Envirosoil voor de prijs van 300.000 euro, btw niet inbegrepen;
- de nv ABO voor de prijs van 200.000 euro, btw niet inbegrepen;
- de bvba RSK Benelux voor de prijs van 100.000 euro, btw niet inbegrepen.

3.6. Op 29 januari 2018 beslist de verwerende partij om de opdracht in overeenstemming met het gunningsverslag te gunnen aan voormelde inschrijvers.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

4.1. De verwerende partij werpt een exceptie van onontvankelijkheid van de vordering op die zij uiteenzet als volgt:

“Uit het verzoekschrift blijkt dat verzoekende partij enkel de beslissing aanvecht om de opdracht te gunnen aan inschrijvers Esher bvba, Envirosoil nv, ABO nv en RSK Benelux bvba. Van de beslissing tot het onregelmatig verklaren van de offerte van verzoekende partij, wordt geen schorsing en/of vernietiging gevorderd. Nochtans maakt deze beslissing tot het onregelmatig verklaren van de offerte van verzoekende partij deel uit van de beslissing van 29 januari 2018 (zo wordt in deze beslissing verwezen naar het gunningsverslag waarin duidelijk is gestel[d] dat de offerte van verzoekende partij substantieel onregelmatig is). Gelet op bovenstaande heeft verzoekende partij geen belang bij haar vordering en is het beroep onontvankelijk. De beslissing om de offerte van

verzoekende partij onregelmatig te verklaren blijft immers onaangetast zodat verzoekende partij sowieso niet in aanmerking komt voor gunning van de opdracht.”

4.2. De exceptie wordt verworpen. Zoals de verwerende partij zelf erkent in haar nota, maakt de beslissing tot het onregelmatig verklaren van de offerte van de verzoekende partij onmiskenbaar deel uit van de bestreden gunningsbeslissing van 29 januari 2018. Ook uit de uiteenzetting van het middel blijkt dat de verzoekende partij met haar beroep tevens de onregelmatigverklaring van haar offerte viseert. De bestreden beslissing is dan ook de gunningsbeslissing samen met de onregelmatigverklaring van de offerte van de verzoekende partij.

V. Schorsingsvoorwaarden

5.1. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

5.2. Te dezen is evenwel ook de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, 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.

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.

VI. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

6.1. De verzoekende partij voert de schending aan van de artikelen 95, §§ 2 en 4, en 96, § 1, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2011), van artikel 24 van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2006), van de materiële motiveringsplicht, het zorgvuldigheids- en het redelijkheidsbeginsel als beginselen van behoorlijk bestuur.

Zij betoogt:

“De offerte van verzoekende partij [werd] niet weerhouden [...] omwille van de zogenaamde substantiële onregelmatigheid ervan doordat verzoekende partij de verkeerde meetstaat had gebruikt, terwijl de twee voorhanden zijnde meetstaten louter van elkaar afwijken op het vlak van enkele aangeduide vermoedelijke hoeveelheden, waardoor er geen discussie kan bestaan over de eenheidsprijzen van verzoekende partij, de vergelijkbaarheid van de offertes dan ook niet in gedrang kwam en er aldus geen sprake kan zijn van een substantiële onregelmatigheid.”

Artikel 95, § 2, van het koninklijk besluit plaatsing 2011 formuleert volgens de verzoekende partij twee cumulatieve voorwaarden opdat er sprake zou kunnen zijn van een substantiële onregelmatigheid: Het moet gaan om een vormvoorschrift uit één van de in artikel 95 aangehaalde artikelen of uit de opdrachtdocumenten en dit vormvoorschrift moet essentieel zijn.

Te dezen is volgens de verzoekende partij aan geen van beide voorwaarden voldaan.

Wat de eerste voorwaarde betreft, verduidelijkt de verwerende partij in haar gunningsverslag immers niet welk vormvoorschrift geschonden zou zijn.

Wat de tweede voorwaarde betreft, wijst de verzoekende partij erop dat de gevolgen van de toevoeging van een verkeerde meetstaat bij haar offerte slechts beperkt zijn. Als beide meetstaten met elkaar worden vergeleken, blijkt dat louter de vermoedelijke hoeveelheden in de meetstaten op enkele posten van elkaar verschillen. Aangezien in beide meetstaten staat dat de inschrijvers een eenheidsprijs per post formuleren, kan er volgens haar dan ook geen discussie of onduidelijkheid bestaan over haar eenheidsprijzen. Een eenvoudige vermenigvuldiging van de eenheidsprijs per post van de verzoekende partij met de aangepaste vermoedelijke hoeveelheid per post leidt ertoe dat haar meetstaat volledig in overeenstemming is met de overige meetstaten.

Het miskennen van het vormvoorschrift is te dezen volgens de verzoekende partij niet essentieel. De onregelmatigheid in de offerte kan immers aan de verzoekende partij geen voordeel opleveren ten aanzien van haar concurrenten hetgeen zou leiden tot een ongelijke behandeling, want de eenheidsprijzen van de verzoekende partij zijn duidelijk. Ook de verbintenis van de verzoekende partij wordt door deze kleine vergissing op generlei wijze uitgehouden of onzeker gemaakt. Tevens kan deze onregelmatigheid ook de goede uitvoering van de opdracht in geen geval in gevaar brengen. Ten slotte kan niet worden ingezien hoe deze vergissing aanleiding zou kunnen geven tot manipulatie van de offertes of tot speculatie, want de eenheidsprijzen van de verzoekende partij staan duidelijk vast.

Volgens de verzoekende partij schendt de verwerende partij met haar bestreden beslissing tevens artikel 96, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2011 doordat zij nagelaten heeft de vermoedelijke hoeveelheden in de ingevulde meetstaat van de verzoekende partij aan te passen en op grond hiervan heeft nagelaten de totale prijzen van de verzoekende partij te verbeteren. Voorts is

volgens de verzoekende partij artikel 24 van de wet overheidsopdrachten 2006 geschonden aangezien, na eenvoudige vermenigvuldiging van de aangepaste vermoedelijke hoeveelheden met de eenheidsprijzen per post van de verzoekende partij, alsdan blijkt dat zij wel degelijk de derde laagste offerte had ingediend. De bestreden beslissing schendt volgens haar tevens de materiële motiveringsplicht; de verwerende partij gaat er verkeerdelijk van uit dat de vergelijkbaarheid van de offertes in het gedrang komt. Ook het zorgvuldigheidsbeginsel is volgens haar geschonden omdat een zorgvuldige aanbestedende overheid geplaatst in dezelfde omstandigheden tot de conclusie zou zijn gekomen dat de meetstaat van de verzoekende partij op eenvoudige wijze mag worden verbeterd. Ten slotte voert zij aan dat er minstens sprake is van een schending van het redelijkheidsbeginsel door te oordelen dat de offerte van de verzoekende partij substantieel onregelmatig is.

Beoordeling

6.2.1. Uit de artikelen 131 en 133 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), volgt dat de nieuwe regelgeving inzake overheidsopdrachten – de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016) en het koninklijk besluit plaatsing 2017 – 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, er vanaf die datum wordt uitgenodigd tot het indienen van een offerte.

Te dezen is de opdracht, die het Europese drempelbedrag lijkt te overschrijden, bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 26 juni 2017 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 1 juli 2017.

Zoals de Raad reeds oordeelde in het arrest sa Sodaerp, nr. 240.252 van 20 december 2017, dient een opdracht die het Europese drempelbedrag overschrijdt, het voorwerp uit te maken van een bekendmaking in het Bulletin der Aanbestedingen en in het Supplement op het Publicatieblad van de

Europese Unie en lijkt het dat pas wanneer deze beide bekendmakingen zijn uitgevoerd, het voorschrift inzake de bekendmaking zoals voorgeschreven in artikel 29 van het koninklijk besluit plaatsing 2011 als vervuld mag worden beschouwd en dat de opdracht aldus als bekendgemaakt mag worden beschouwd in de zin van artikel 131 van het koninklijk besluit plaatsing 2017.

Aangezien de opdracht het laatst werd bekendgemaakt in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 1 juli 2017, lijkt de verwerende partij de bepalingen van de wet overheidsopdrachten 2016 en het koninklijk besluit plaatsing 2017 te moeten toepassen.

Het middel dat uitgaat van de schending van het koninklijk besluit plaatsing 2011 en van de wet overheidsopdrachten 2006 lijkt dan ook in dat opzicht te falen.

6.2.2. De verzoekende partij formuleert haar inhoudelijke kritiek aan de hand van de door de verwerende partij zelf toegepaste “oude” regelgeving. Op het eerste gezicht lijkt deze kritiek hier echter evenzeer te kunnen worden gevormd aan de hand van de “nieuwe” regelgeving. Het is te dezen passend haar argumentatie in die laatste zin te ontmoeten.

6.2.3. Overeenkomstig artikel 76, § 1, derde lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 is een offerte 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. In het artikel 76, § 3, van hetzelfde besluit wordt voorts bepaald dat wanneer wordt gebruikgemaakt van een openbare of niet-openbare procedure de aanbestedende overheid de substantieel onregelmatige offerte dient nietig te verklaren.

6.2.4. Te dezen werd de offerte van de verzoekende partij substantieel onregelmatig verklaard omdat zij “de verkeerde meetstaat gebruikte” waardoor de

offerte volgens de verwerende partij niet kon worden vergeleken met de andere offertes.

6.2.5. In tegenstelling tot wat de verzoekende partij beweert, lijkt de verwerende partij in het gunningsverslag wel degelijk te verduidelijken welk vormvoorschrift geschonden werd, nu uitdrukkelijk gewezen wordt op het gebruik van een “verkeerde meetstaat”.

De verzoekende partij betwist ook niet dat zij bij haar offerte de oude en dus “vervallen” versie van de inventaris – de geëigende term bij een dienstenopdracht – heeft gevoegd. Haar offerte wijkt dan ook af van de besteksbeplating dat de inschrijver voor het opmaken van zijn offerte gebruik dient te maken van de bij het bestek gevoegde inventaris.

Voorts lijkt het voor de regelmatigheid van de offerte vereist te zijn dat, indien de inventaris in vermoedelijke hoeveelheden voorziet, de eenheidsprijs die de inschrijver opgeeft, van de in het bestek vermelde hoeveelheden uitgaat.

6.2.6. *Prima facie* mocht de verwerende partij besluiten dat de onregelmatigheid van de kwestieuze offerte, gegeven de concrete omstandigheden van de zaak, van aard is de vergelijking van de offerte van de verzoekende partij met de andere offertes te verhinderen en de offerte ingevolge deze substantiële onregelmatigheid nietig verklaren en dit om de volgende redenen.

Op de eerste plaats heeft de verzoekende partij een prijs geboden op grond van zeer verschillende vermoedelijke hoeveelheden dan die van de andere inschrijvers, wat tot onvergelykbaarheid leidt tussen de gegeven offertes.

Voor elk van de kwestieuze posten 6.2.2.3.1 tot en met 6.2.2.3.8 en 6.2.3.3.1 tot en met 6.2.3.3.8 was in de “oude” inventaris een vermoedelijke hoeveelheid opgenomen van 20,00 terwijl dit in de “nieuwe” inventaris werd herleid tot 2,00.

Voorts wordt de verzoekende partij niet gevolgd wanneer zij betoogt dat over de eenheidsprijzen die zij bood voor deze kwestieuze posten, hier geen discussie kan zijn wat de hoeveelheid ook is.

Er lijkt in principe een correlatie te zijn tussen de prijszetting en de hoeveelheid. Dit vindt overigens een juridische neerslag in de regelgeving inzake overheidsopdrachten zelf, zoals bijvoorbeeld blijkt uit het artikel 79 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 en ook uit het recht op herziening van de eenheidsprijzen tijdens de uitvoeringsfase van de opdracht.

De feiten lijken dit hier te bevestigen. Zoals de verwerende partij opmerkt, is de door de verzoekende partij geboden prijs voor de kwestieuze posten in vergelijking met die van de andere inschrijvers beduidend lager; het belang van de hoeveelheid bij de prijszetting lijkt dan ook schijnbaar apert.

De verzoekende partij lijkt zich ook ten onrechte te beroepen op het arrest van de Raad van State nr. 217.662, 1 februari 2012, sa Socatra, waarin de aanbestedende overheid, in tegenstelling tot de verwerende partij hier, na verbetering van de gewijzigde hoeveelheden die als zuiver materiële fout werden beschouwd, zonder meer overging tot rangschikking van de offertes en daarmee aangaf dat de vergelijking van de prijzen mogelijk was.

Aangezien de prijsvergelijking te dezen substantieel lijkt te worden bemoeilijkt doordat de inschrijvers hun eenheidsprijzen voor bepaalde posten hebben bepaald op grond van zeer sterk uiteenlopende vermoedelijke hoeveelheden, mocht de verwerende partij, zonder de grenzen van de redelijkheid te buiten te gaan, de voormelde afwijking van het bestek als een substantiële onregelmatigheid beschouwen, met de nietigheid van de offerte van de verzoekende partij tot gevolg. Er blijkt aldus *prima facie* evenmin dat de verwerende partij zou hebben gehandeld in strijd met de materiële motiveringsplicht, het zorgvuldigheids- of het redelijkheidsbeginsel.

In de mate dat de verzoekende partij aanvoert dat de verwerende partij de offertes verbetert in functie van de door haar of een inschrijver vastgestelde rekenfout of zuiver materiële fout in de opdrachtdocumenten, maakt

zij niet aannemelijk dat de verwerende partij hier tot die verbetering gehouden is. Er lijkt geen sprake van een foutieve rekenkundige bewerking of een materiële fout in de zin van een niet-discutabele verschrijving. De eenheidsprijzen van de verzoekende partij staan, zoals reeds beoordeeld, allerminst vast.

6.2.7. Het middel is niet ernstig.

VII. Besluit

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

Het is passend, gelet op het enig verzoekschrift waarbij naast de vordering tot schorsing ook de nietigverklaring wordt gevorderd en op het daaropvolgende nog noodzakelijke procedureverloop, de kosten, de gevorderde rechtsplegingsvergoedingen inbegrepen, in beraad te houden.

BESLISSING

De Raad van State verwerpt de vordering.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 6 maart 2018, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Pierre Barra