

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 240.969 van 8 maart 2018
in de zaak A. 224.469/XII-8506**

In zake: de NV BOUWBEDRIJF VMG-DE COCK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Filip Geerts
kantoor houdend te 9300 Aalst
Bauwensplein 1/10
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het OPENBAAR CENTRUM VOOR MAATSCHAPPELIJK
WELZIJN VAN SINT-NIKLAAS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Erika Rentmeesters
kantoor houdend te 9100 Sint-Niklaas
Vijfstraten 57
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 8 februari 2018, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van 14 december 2017 inhoudende de stopzetting van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking betreffende de aanneming van werken voor het bouwen van vijf appartementen te Sint-Niklaas, Kongostraat, en het principiële akkoord tot opstart van een nieuw dossier bestaande uit twee percelen (gunningsprocedure voor de bouw van vijf appartementen te Sint-Niklaas, Kongostraat tezamen met de bouw van vijftien assistentiefiets te Sint-Niklaas, Bokkenhof)”.

Tevens vordert de verzoekende partij dat “bij wijze van voorlopige maatregel, verbod zou worden opgelegd om een nieuwe gunnings-procedure te starten waarbij de aanneming van werken voor het bouwen van vijf appartementen te Sint-Niklaas, Kongostraat het voorwerp zou vormen of één van de voorwerpen (percelen) zou vormen, en het bevel zou worden gegeven om een eventueel reeds opgestarte gunningsprocedure onmiddellijk te staken”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De verzoekende partij heeft op 26 februari 2018 via het platform voor de elektronische procedure en op 27 februari 2018 per faxbericht aan de Raad van State een “replieknota” bezorgd.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 1 maart 2018, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Filip Geerts, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Roy Vander Cruyssen, die *loco* advocaat Erika Rentmeesters verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Jonas Riemslaghe 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 verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor werken met als voorwerp de nieuwbouw van vijf appartementen met fietsenberging te Sint-Niklaas, Kongostraat 90-92.

Op 23 februari 2017 keurt de verwerende partij het bestek voor de opdracht goed. De waarde van de opdracht wordt geraamd op 597.113,06 euro. De opdracht wordt geplaatst met een open aanbesteding.

De aankondiging van de opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 2 maart 2017.

Er worden geen offertes ingediend voor deze opdracht.

3.2. Op 27 april 2017 beslist de verwerende partij vervolgens om, met toepassing van artikel 26, § 1, 1°, d), van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ (hierna: de wet van 15 juni 2006) een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking uit te schrijven voor de voormelde opdracht.

Er worden zeven ondernemingen uitgenodigd om een offerte in te dienen.

3.3. Op de opening van de inschrijvingen op 1 juni 2017 worden er twee offertes ingediend, namelijk door de verzoekende partij en door de thv Van Hauwermeiren – De Tender.

3.4. Op 24 augustus 2017 beslist de verwerende partij om “[g]oedkeuring te verlenen aan het verslag van nazicht van de inschrijvingen”, dat “integraal deel uit[maakt] van deze beslissing” en dat de “opdracht voor de bouw van 5 appartementen in de Kongostraat te Sint-Niklaas wordt gegund aan de laagste bieder, THV Van Hauwermeiren – De Tender, Kuilstraat 2, 9111 Belsele tegen het onderhandelde bedrag van 643.156,17 EUR excl. btw”.

3.5. De verzoekende partij betwist in briefwisseling met de verwerende partij de geldigheid van die gunningsbeslissing.

Op 26 oktober 2017 beslist de verwerende partij, na te hebben verwezen naar de correspondentie met de verzoekende partij en naar “het juridisch advies”, om de gunningsbeslissing van 24 augustus 2017 in te trekken en de “onderhandelingen met beide inschrijvers verder te zetten”.

3.6. Op 14 december 2017 beslist de verwerende partij echter om de “opdracht tot het bouwen van 5 appartementen in de Kongostraat stop te zetten” en om “[p]rincipieel akkoord te gaan met de opstart van een nieuw dossier bestaande uit 2 percelen”, namelijk “Bouw 5 appartementen Kongostraat Sint-Niklaas” en “Bouw 15 assistentief flats Bokkenhof Sint-Niklaas”.

In de motivering van deze beslissing wordt onder meer het volgende overwogen:

“Overwegende dat door de VMG De Cock Bouwbedrijf dd. 4.09.2017 opmerkingen werden geformuleerd tegen de beslissing tot niet-gunning en de regelmatigheid van de offerte van de thv Van Hauwermeiren-De Tender werd betwist;

[...]

Overwegende dat alleen al op voormelde gronden de definitieve offerte van de thv Van Hauwermeiren-De Tender als onregelmatig dient te worden beschouwd:

Overwegende dat het gepast voorkomt en als zorgvuldig kan worden beschouwd over te gaan tot intrekking van de gunningsbeslissing dd. 24.08.2017, dewelke kennelijk gebaseerd is op een ingediende offerte die is aangetast door onregelmatigheden. Dat hiertoe op datum van 26.10.2017 werd beslist;

Overwegende dat bijgevolg enkel door VMG De Cock Bouwbedrijf een offerte werd ingediend in het kader van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking;

Overwegende dat het niet opportuun wordt geacht de onderhandelingsprocedure te voeren met slechts één inschrijver nu dit het doel van de aanbesteding voorbij schiet;

Overwegende dat aan inschrijvers werd gevraagd een prijsopgave te doen zonder dat de werfkraan in de Kongostraat kon worden opgesteld, terwijl inmiddels de toelating werd bekomen de werfkraan onder voorwaarden te voorzien in de Kongostraat. Dat dit gegeven onvermijdelijk een impact

heeft gehad in de prijsbepaling van inschrijvers, maar dit op heden niet meer geldt;

Overwegende dat de inschrijvingsprijs van de VMG De Cock Bouwbedrijf 74.246,94 EUR boven de geraamde prijs van het project ligt en dit verschil (+12,5%) te groot is om het project nog financieel haalbaar te maken;

Overwegende dat, bij stopzetting van de huidige gunningsprocedure en het opstarten van een nieuw dossier, het oprichten van vijf appartementen op het bouwperceel Kongostraat 90/92 kan gekoppeld worden aan het in de onmiddellijke omgeving oprichten van vijftien assistentiewoningen ‘Bokkenhof’ (site Gerdapark), waarvan de stedenbouwkundige vergunningsaanvraag momenteel in behandeling is bij het college van burgemeester en schepenen van de stad Sint-Niklaas. Dat een voorlopige raming van deze assistentiewoningen oploopt tot een bedrag van 1.820.000 EUR en een gezamenlijke werf kostenvoordelen met zich mee kan brengen voor inschrijvers op beide percelen;

Overwegende dat een nieuwe open gunningsprocedure houdende twee percelen zich opdringt, waarbij de concurrentie tussen meerdere aannemers ten volle kan spelen;

Overwegende dat de huidige onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking tot het bouwen van 5 appartementen te Sint-Niklaas, Kongostraat 90/92 dient te worden stopgezet.”

Dit is de bestreden beslissing.

3.7. De verzoekende partij wordt van de beslissing van 14 december 2017 op de hoogte gebracht bij aangetekende brief van 16 januari 2018, verzonden op 24 januari 2018.

IV. Regelmatigheid van de rechtspleging

4. De verzoekende partij heeft een “replieknota” aan de Raad van State bezorgd.

Deze nota wordt hierna in het debat betrokken, nu ter terechtzitting blijkt dat het auditoraat en de verwerende partij daartegen geen bezwaar hebben.

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

‡AIDSLEHFG-BDDACIV‡

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.

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.

VI. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

6. De verzoekende partij voert in het inleidend verzoekschrift de schending aan van “artikel 35 van de wet van 15 juni 2006 betreffende de

overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten in samenhang met een schending van de materiële motiveringsplicht”.

In een eerste middelonderdeel betoogt de verzoekende partij dat de beslissing om een gunningsprocedure te stoppen en eventueel te herbeginnen niet op willekeurige of onredelijke wijze mag gebeuren, maar moet steunen op deugdelijke, pertinente en draagkrachtige motieven. Zij stelt dat uit de uiteenzetting van het tweede middelonderdeel blijkt dat de motieven vals zijn of minstens niet volstaan om te dezen de toepassing van het voormelde geschonden geachte artikel 35 te verantwoorden.

De verzoekende partij steunt een tweede middelonderdeel op de “schending van de beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid de materiële motiveringsplicht en het redelijkheidsbeginsel – schending van artikel 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurs-handelingen”.

De nadere uitwerking van deze middelonderdelen komt aan bod bij de beoordeling ervan.

Beoordeling

7. De twee onderdelen van het enig middel worden hierna samen onderzocht.

De formelemotiveringsverplichting

8. Op de ingeroepen schending van de formelemotiveringsverplichting vervat in de voormelde wet van 29 juli 1991 komt de verzoekende partij in de ontwikkeling van haar middel niet uitdrukkelijk terug. Zij bekritiseert wel voluit de motieven van de bestreden beslissing waarover zij bij het opstellen van haar vordering volledig beschikte en geeft er aldus blijk van dat zij deze motieven kende. Voorts herneemt zij evenmin die schending in haar “Conclusie” (randnummer 2.5 van het verzoekschrift) waarin zij immers enkel vermeldt dat de verwerende partij is tekortgeschoten “aan de op haar rustende materiële

‡AIDSLEHFG-BDDACIV‡

motiveringsplicht en er tegelijk sprake [is] van een schending van het redelijkheidsbeginsel”.

Aldus lijkt geen schending aangetoond van de betrokken verplichting.

De andere grieven

9. Het geschonden geachte artikel 35 van de wet van 15 juni 2006 luidt:

“Het volgen van een procedure houdt geen verplichting in tot het gunnen of het sluiten van de opdracht. De aanbestedende overheid kan zowel afzien van het gunnen of het sluiten van de opdracht als de procedure herbeginnen, desnoods op een andere wijze.”

10. Er mag worden aangenomen dat indien de aanbestedende overheid beslist om na het volgen van een gunningsprocedure, de opdracht alsnog niet te gunnen bij toepassing van artikel 35 van de wet van 15 juni 2006, zij daarbij niet willekeurig te werk mag gaan en die beslissing moet steunen op deugdelijke motieven die de beslissing kunnen dragen.

Die materiële motiveringsverplichting houdt in dat iedere bestuurshandeling moet steunen op werkelijk bestaande en concrete feiten die relevant zijn en met de vereiste zorgvuldigheid door het bestuur werden vastgesteld.

Bij de beoordeling van de naleving van de materiële motiveringsplicht mag de Raad van State zijn oordeel omtrent de feiten niet in de plaats stellen van het oordeel van de administratieve overheid. Hij is enkel bevoegd om, desgevraagd, na te gaan of de administratieve overheid is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens, of zij die correct heeft beoordeeld en of zij op grond daarvan binnen de perken van de redelijkheid tot haar besluit is kunnen komen.

Uiteenzetting van de eerste grief

11.1. De verzoekende partij bekritiseert op de eerste plaats het “motief” dat er slechts één offerte werd ingediend.

Zij doet gelden dat er reeds voldoende pogingen werden ondernomen om offertes te ontvangen, aangezien eerst een open aanbesteding werd georganiseerd en er vervolgens een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking werd gevoerd waarbij zeven aannemers werden uitgenodigd om een offerte in te dienen. De procedure herbeginnen met als doel om alsnog meerdere offertes te verkrijgen, is bijgevolg “niet redelijk en eerder roekeloos”.

Zij merkt voorts op dat er in het kader van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking niet één, maar twee offertes werden ingediend, maar dat de offerte van de tweede inschrijver onregelmatig bleek te zijn.

Daarnaast stelt de verzoekende partij dat de betrokken motivering niet consequent is, aangezien reeds naar aanleiding van de zitting van 26 oktober 2017 onder meer de optie voorlag om de procedure stop te zetten, maar dat op dat ogenblik werd gekozen om de gunningsbeslissing van 24 augustus 2017 in te trekken en de onderhandelingen te vervolgen. Bijgevolg is het “vreemd en inconsequent” om naderhand te overwegen dat het onderhandelen met slechts één inschrijver “het doel van de aanbesteding voorbij schiet”.

Ten slotte betoogt de verzoekende partij dat het loutere feit dat slechts één geldige offerte overblijft, niet volstaat om de gunningsprocedure te herbeginnen.

Bespreking van de eerste grief

11.2. Uit de motivering van de bestreden beslissing, en in het bijzonder de overwegingen die de bekritiseerde overweging voorafgaan, blijkt voldoende duidelijk dat hiermee wordt bedoeld dat er, na het onregelmatig verklaren van de offerte van de thv Van Hauwermeiren – De Tender, nog één offerte overbleef, namelijk deze van de verzoekende partij.

Wanneer er slechts één geldige inschrijving is, lijkt het geen ondeugdelijk motief om zoals te dezen ervan uit te gaan dat een dergelijke omstandigheid doet twifelen aan het feit of de geboden prijzen van die ene inschrijver concurrentieel zijn. Voorts lijkt ook een verschil tussen de raming en de inschrijvingsprijs van meer dan 12,5 % eveneens een rechtsgeldig motief om er een beslissing zoals de hier bestredene op te steunen. Beide elementen lijken elk op zichzelf een beslissing tot heraanbesteding te mogen verantwoorden. Zulks lijkt des te meer te gelden indien ze zoals te dezen samen in een motivering zijn opgenomen.

Bijgevolg lijkt het dat de verwerende partij redelijkerwijze mocht oordelen dat het in de gegeven omstandigheden niet wenselijk was om de onderhandelingsprocedure voort te zetten met alleen de verzoekende partij als regelmatige inschrijver, al dan niet in samenhang met de andere motieven die door de verzoekende partij afzonderlijk worden bekritiseerd maar in wezen als een samen te nemen geheel moeten worden gezien, dat de motivering uitmaakt.

11.3. De verzoekende partij lijkt ook niet te kunnen worden bijgevalen in haar stelling dat er reeds voldoende inspanningen werden gedaan om meerdere offertes te verkrijgen en dat het stopzetten of herbeginnen van de procedure “niet redelijk en eerder roekeloos” is. Daarbij moet worden opgemerkt dat de eerste procedure, de open aanbesteding, tot geen enkele offerte heeft geleid en dat de verwerende partij in het kader van die plaatsingsprocedure dus geen kennis heeft kunnen nemen van inschrijvingsprijzen. Het is voor het eerst in het kader van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking dat zij heeft kunnen vaststellen hoe prijzen zich verhielden tot de raming.

11.4. Het loutere gegeven dat de verwerende partij eerder, op 26 oktober 2017, besliste om de “onderhandelingen met beide inschrijvers” wel degelijk voort te zetten, lijkt te moeten worden gerelativeerd in het licht van de andere motieven van de bestreden beslissing zoals de koppeling aan een ander project.

Uiteenzetting van de tweede grief

12.1. Het tweede motief dat de verzoekende partij bekritiseert, is de toelating om toch nog een werfkraan te plaatsen in de Kongostraat.

Zij meent dat er van die toelating geen bewijs is en deze voorts ook “zeer onwaarschijnlijk” is.

Daarnaast is de verzoekende partij van oordeel dat het verkrijgen van de toelating voor een werfkraan in de Kongostraat hoe dan ook niet voldoet als motief om de procedure stop te zetten. Indien die omstandigheid zou hebben genoopt tot een aanpassing van het bestek, was dat in het kader van de onderhandelingsprocedure immers mogelijk zonder de procedure te moeten herbeginnen.

Bovendien was dit element volgens de verzoekende partij reeds bekend toen de beslissing van 26 oktober 2017 werd genomen om de onderhandelingen met de verzoekende partij voort te zetten.

De verzoekende partij merkt ten slotte op dat de mogelijkheid om een werfkraan te plaatsen in de Kongostraat eerder noopt tot een voortzetting van de onderhandelingen, aangezien dit mogelijk “een zekere (positieve) impact [kan] hebben op de uitvoeringsmodaliteiten en op die manier ook op de prijszetting”.

Bespreking van de tweede grief

12.2. Uit het administratief dossier blijkt dat aan de uitgenodigde ondernemingen werd meegedeeld dat er geen werfverkeer zou worden toegelaten via het aangrenzende Gerdapark (bij het WZC De Gerda) en dat “[o]ok de politiediensten [...] onder geen beding een werfkraan [zullen] toestaan in de Kongostraat”. Bijgevolg diende de werfkraan “op het eigen terrein gemonteerd” te worden. Voor de meerkost die dat met zich zou meebrengen moest in een aparte post worden voorzien. Na de opening van de inschrijvingen op 1 juni 2017 werd op 29 juni 2017, gelijktijdig met de uitnodiging om een BAFO in te dienen, in dat verband aan de inschrijvers het volgende meegedeeld :

‡AIDSLEHFG-BDDACIV‡

“Ten slotte komen wij nog eens terug op de moeilijke bereikbaarheid voor de kraan. Het OCMW zal toch toestemmen om het aanrijden en wegrijden van de bouwkraan via de wegenis van WZC De Gerda te laten verlopen.”

Het administratief dossier bevat op het eerste gezicht geen document waaruit blijkt dat de politie de toelating heeft verleend om, onder voorwaarden, de werfkraan in de Kongostraat te plaatsen. Wel bevat het administratief dossier correspondentie tussen de verwerende partij en de ontwerper van het project waaruit blijkt dat er nog contacten waren met de politiediensten inzake het plaatsen van de werfkraan in de Kongostraat en het er naar uit zag dat de kraan op eigen terrein moest komen. In een e-mailbericht van 18 oktober 2017 schrijft de secretaris van de verwerende partij echter aan haar raadsman: “ten aanzien van de plaatsing van de kraan is er een essentiële wijziging: de politie heeft laten weten dat zij akkoord kan gaan met een (in tijd beperkte) plaatsing van een bouwkraan in de Kongostraat, mits er op de rijbaan een vrije doorgang van 3 meter blijft”.

Op 27 oktober 2017 schrijft de verwerende partij aan de verzoekende partij eveneens dat “er ook factoren uit het lastenboek veranderd zijn (bijvoorbeeld de plaatsing van de kraan die volgens de politie, onder bepaalde voorwaarden, nu toch in de Kongostraat zou kunnen [...])”.

12.3. De verzoekende partij voert op de eerste plaats aan dat er geen bewijs voorligt van de stelling inzake de plaatsing van de werfkraan in de Kongostraat. Zij doet gelden dat dit onwaarschijnlijk is, gelet op de beperkte breedte van de straat en het feit dat de toelating “normaliter pas verleend wordt nadat meegedeeld is geworden welke kraan men zinnens is te plaatsen [...] en vanaf welke datum en hoelang men de kraan wenst te plaatsen”. Zij meent dat er geen enkel bewijs voorligt “dat effectief toelating werd verkregen”.

De motivering in de bestreden beslissing, dat “inmiddels de toelating werd bekomen de werfkraan onder voorwaarden te voorzien in de Kongostraat”, veronderstelt niet dat de toelating reeds formeel werd toegekend. In de mate dat de verzoekende partij ervan uitgaat dat er reeds een formele toelating

zou zijn, gaat zij uit van een verkeerde lezing van de motivering. Zij toont voorts niet aan dat een principieel akkoord van de politie over het plaatsen van een werfkraan in de Kongostraat niet zou bestaan.

12.4. Op het eerste gezicht lijkt de noodzaak om aanpassingen aan te brengen in het bestek, bijvoorbeeld wat de toegestane plaatsing van een werfkraan betreft, geen onrechtmatige reden om een lopende gunningsprocedure stop te zetten en een nieuwe gunningsprocedure aan te vatten.

Zelfs al mocht, zoals de verzoekende partij tenminste beweert, de beoogde wijziging eveneens mogelijk zijn geweest in het kader van de verdere onderhandelingen, lijkt een aanpassing van het bestek in het kader van de onderhandelingsprocedure hoe dan ook niet mogelijk voor de andere aanpassing die in de motivering wordt aangekondigd, namelijk de samenvoeging van de opdracht met een ander project tot één overheidsopdracht met twee percelen.

De vraag of de verwerende partij reeds op de hoogte was van de mogelijkheid om alsnog een werfkraan te plaatsen in de Kongostraat toen zij op 26 oktober 2017 de gunningsbeslissing introk en besliste om de “onderhandelingen met beide inschrijvers” verder te zetten, lijkt op zichzelf niet van die aard te zijn dat de deugdelijkheid van het hier besproken onderdeel van de motivering wordt aangetast.

In haar “replieknota” werpt de verzoekende partij, in antwoord op de nota van de verwerende partij, op dat de voorwaarde dat “er op de rijbaan een vrije doorgang van 3 meter blijft”, ertoe leidt dat de plaatsing van een werfkraan in de Kongostraat *de facto* onmogelijk is, aangezien “tussen het op te richten gebouw en de werfkraan een stelling moet worden geplaatst en de Kongostraat slechts 4,2 meter breed is, wat maakt dat er slechts 1,2 meter ruimte blijft om de kraan te plaatsen, hetgeen totaal onmogelijk is (de kraanvoet bedraagt rond 5 meter)”.

De verzoekende partij heeft hier echter nagelaten de door haar vermelde afmetingen te ondersteunen met overtuigingsstukken en het argument, mocht het al ernstig zijn, gelet op het specifieke en technische karakter ervan, leent zich niet tot een beoordeling door de Raad van State in het kader van een procedure

bij uiterst dringende noodzakelijkheid. Het lijkt in elk geval dat in de bestreden beslissing niet zonder reden wordt verwezen naar effecten op de prijszetting ten gevolge van de bestaande of niet-bestaande mogelijkheid om een werfkraan te plaatsen in de kwestieuze straat.

Uiteenzetting van de derde grief

13.1. De verzoekende partij bekritiseert vervolgens het motief dat haar inschrijvingsprijs hoger ligt dan de raming.

Zij doet gelden dat ter zake geen bewijs voorligt waaruit blijkt dat “het bedrag waarvan de verwerende partij uitgaat te hoog is om het project financieel haalbaar te maken”. Voorts betoogt zij dat niet vaststaat dat de raming deugdelijk is. Zij doet gelden dat aan haar geen gedetailleerde raming werd voorgelegd, waardoor zij deze niet kan nazien en evalueren.

Daarnaast stelt de verzoekende partij dat de stelling niet strookt met de eerdere houding van de verwerende partij, die op 24 augustus 2017 immers had beslist om de opdracht te gunnen aan de thv Van Hauwermeiren – De Tender voor een bedrag dat eveneens de beschikbare kredieten te buiten ging. De verwerende partij toont volgens haar niet aan dat de overschrijding van dat bedrag met ongeveer 45.000 euro door de voormelde thv wél en de overschrijding met ongeveer 74.000 euro door de verzoekende partij tot een andere conclusie inzake de financiële haalbaarheid leiden.

De verzoekende partij voert voorts aan dat er nog geen zekerheid bestond omtrent de definitieve kostprijs en dat er nog mogelijkheden waren om tot besparingen te komen, al dan niet na aanpassing van de voorwaarden van de opdracht. Zij meent dat bijvoorbeeld op het vlak van de materiaalkeuze nog belangrijke besparingen kunnen worden gerealiseerd.

Ten slotte betoogt de verzoekende partij dat het gegeven dat er met haar geen onderhandelingen meer werden gevoerd en er niet nader werd nagegaan welke wijzigingen aan het bestek konden worden aangebracht, er op lijkt

te wijzen dat het budgettaire motief “eigenlijk een vals motief is”, waarbij de term “machtsafwending” voorkomt in het opschrift van het betrokken tekstdeel.

Bespreking van de derde grief

13.2. Er lijkt te moeten worden aangenomen dat het overschrijden van de geraamde kostprijs van de opdracht in beginsel een geldig motief kan zijn om een gunningsprocedure stop te zetten.

In haar verzoekschrift heeft de verzoekende partij aangevoerd dat niet vaststaat dat de verwerende partij een “volledige, geactualiseerde en deugdelijke raming” heeft gebruikt, doch zij voert in haar verzoekschrift geen concrete elementen aan om aan de juistheid van die raming te doen twijfelen.

De verwerende partij heeft in de huidige procedure in elk geval een gedetailleerde raming voorgelegd.

In haar “replieknota” stelt de verzoekende partij dat de raming “dateert [...] van één jaar geleden en [...] blijkbaar niet [werd] aangepast aan de stijging van materiaalkosten en lonen”. Zij merkt nog op dat voor “de werfcoördinatie algemeen (post 01.20) [...] geen prijs [werd] voorzien in de raming (in de offerte van de verzoekster bedroeg de kostprijs hiervan 15.000 Euro)”.

Zelfs indien de verzoekende partij zou worden bijgevalen in haar zienswijze dat de raming bepaalde gebreken bevatte, lijkt daaruit niet meteen te moeten volgen dat de aanbestedende overheid nadien niet meer zou kunnen oordelen dat het verschil tussen de inschrijvingsprijs en de raming “te groot is om het project nog financieel haalbaar te maken”. De verzoekende partij houdt het van haar kant bij slechts één becijferde kritiek.

De verwerende partij lijkt aldus binnen de perken van de redelijkheid te zijn gebleven door te oordelen dat de inschrijvingsprijs van de verzoekende partij, die 12,5 % hoger lag dan de raming, van die aard was om de gunningsprocedure stop te zetten, temeer omdat de verwerende partij daarbij

tevens in andere motieven overwoog dat het voeren van een onderhandelingsprocedure met slechts één inschrijver niet opportuun leek, dat er zich een wijziging had voorgedaan inzake de mogelijkheid om een werfkraan in de Kongostraat te plaatsen en dat er mogelijk een kostenvoordeel kon worden verkregen door de opdracht te koppelen aan een ander project.

13.3. Deze zienswijze lijkt niet te worden tegengesproken door het feit dat de verwerende partij op 24 augustus 2017 besliste om de opdracht te gunnen aan de thv Van Hauwermeiren – De Tender voor een bedrag dat de raming met ongeveer 7,5 % overschreed. Het lijkt niet dat de verwerende partij buiten de perken van de redelijkheid is getreden om een bijkomende overschrijding met 5 % als onaanvaardbaar te beschouwen.

13.4. De verzoekende partij wijst er ten slotte op dat de kostprijs nog niet definitief was aangezien er nog mogelijkheden waren om in het kader van de onderhandelingsprocedure tot besparingen te komen, “al dan niet na aanpassing van het lastenboek”.

Het gegeven dat er nog een bepaalde marge voor onderhandelingen of aanpassingen is, lijkt niet noodzakelijk te impliceren dat de keuze om de gunningsprocedure stop te zetten onrechtmatig is. Daarnaast moet worden vastgesteld dat de verzoekende partij weliswaar voorbeelden geeft van besparingen die kunnen worden gerealiseerd, maar niet concreet aangeeft welke grootteorde deze besparingen zouden hebben noch uiteenzet hoe de voorgestelde aanpassingen aan de opdrachtvoorwaarden, zoals het materiaal van het schrijnwerk of de stenen en de bekleding van de gevel, mogelijk is in het kader van een lopende onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking. Daarbij mag overigens niet uit het oog worden verloren dat overeenkomstig artikel 26, § 1, 1°, d), van de wet van 15 juni 2006 de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking een uitzonderingsprocedure is die *in casu* werd verantwoord door het feit dat “geen of geen geschikte aanvraag tot deelneming of offerte werd ingediend naar aanleiding van een open of beperkte procedure”, waarbij uitdrukkelijk is bepaald “mits de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht niet wezenlijk worden gewijzigd”.

Uiteenzetting van de vierde grief

14.1. De verzoekende partij bekritiseert ten slotte het motief betreffende de koppeling van de opdracht aan een ander project.

Zij betoogt dat de verwerende partij eerder had kunnen en moeten beslissen om beide opdrachten te koppelen, aangezien dat project haar reeds langer bekend was. Zij heeft desondanks eerst een open aanbesteding en vervolgens een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking georganiseerd.

De verzoekende partij merkt voorts op dat de verwerende partij er bovendien voor heeft gekozen om de projecten gescheiden te houden toen zij op 26 oktober 2017 besliste om de gunningsbeslissing aan de thv Van Hauwermeiren – De Tender in te trekken en de onderhandelingen voort te zetten.

De verzoekende partij betoogt vervolgens dat de aanbestedende overheid rekening moet houden met de inspanningen die de inschrijvers reeds hebben gedaan en de kosten die zij reeds hebben gemaakt en zichzelf heeft aldus “veel tijd en moeite gestoken in het onderzoek van het project, in de opmaak van een offerte en (naderhand) in de onderhandelingen omtrent en aanpassing van haar initiële offerte”.

Daarnaast stelt de verzoekende partij dat het niet zeker is dat bij een samenvoeging van de projecten tot één opdracht met twee percelen de inschrijvers zullen inschrijven op beide percelen en dat één inschrijver de laagste prijs zal aanbieden voor elk van beide percelen of minstens voor de totaliteit van beide percelen. Zij stelt dat beide werven zich weliswaar niet erg ver van elkaar zullen bevinden, maar ziet niet in welke besparingen er zouden kunnen worden gerealiseerd indien een en dezelfde aannemer beide projecten zou uitvoeren. Alleszins heeft de verwerende partij dit niet nader verklaard. Zelfs indien er een kostenbesparing zou kunnen worden gerealiseerd, is overigens niet aangetoond dat deze voldoende belangrijk is om de stopzetting van de gunningsprocedure te verantwoorden.

Bespreking van de vierde grief

14.2. Het loutere gegeven dat de verwerende partij ook eerder had kunnen beslissen om de twee projecten aan elkaar te koppelen en in het bijzonder het feit dat zij op 26 oktober 2017 nog besliste om de onderhandelingsprocedure voor de betrokken opdracht verder te voeren, lijkt op zichzelf niet van die aard om dit motief zijn deugdelijkheid te ontnemen. Zo blijkt uit de motivering van de bestreden beslissing dat er ook andere aanleidingen waren om de gunningsprocedure stop te zetten, zoals bijvoorbeeld de prijs van de verzoekende partij en de wijziging inzake de plaatsing van de werfkraan en dat “de stedenbouwkundige vergunningsaanvraag [van het andere project] momenteel in behandeling is bij het college van burgemeester en schepenen” waarmee wordt gesuggereerd dat de koppeling van de projecten vanuit een temporeel oogpunt mogelijk wordt geacht. Het lijkt niet dat de verwerende partij door in die omstandigheden te beslissen om de projecten aan elkaar te koppelen, onzorgvuldig zou hebben geoordeeld.

14.3. In zoverre de verzoekende partij aanvoert dat de aanbestedende overheid rekening moet houden met de inspanningen die de inschrijvers reeds hebben gedaan en de kosten die zij hebben gemaakt, toont zij niet aan dat hieruit een bijkomende verplichting in hoofde van de verwerende partij volgt die verder gaat dan het beginsel dat zij bij de stopzetting van de gunningsprocedure niet willekeurig te werk mag gaan en die beslissing moet steunen op deugdelijke motieven die de beslissing kunnen dragen.

In haar “replieknota” herhaalt de verzoekende partij haar argumentatie omtrent de voormelde inspanningen, maar voert zij geen bijkomende argumenten aan om aan te tonen waarom de inspanningen die een inschrijver zich heeft getroost op zichzelf te dezen de stopzetting van de gunningsprocedure zouden moeten verhinderen.

14.4. Wat ten slotte de “kostenvoordelen” betreft, heeft de verwerende partij in de bestreden beslissing overwogen dat de koppeling van de projecten “kostenvoordelen met zich mee kan brengen voor inschrijvers op beide percelen”. Zij lijkt er van uit te gaan dat in een nieuwe open gunningsprocedure met de twee percelen “de concurrentie tussen meerdere aannemers ten volle kan spelen”, zoals

‡AIDSLEHFG-BDDACIV‡

zij het in de bestreden beslissing verwoordt. Bijgevolg lijkt de verwerende partij het kostenvoordeel als een mogelijkheid en niet als een zekerheid te hebben beschouwd. Deze beoordeling gaat op het eerste gezicht de perken van de redelijkheid niet te buiten.

Zelfs indien wordt aangenomen dat de praktische organisatie van de verschillende werven slechts in beperkte mate tot besparingen leidt, lijkt niet zonder meer te kunnen worden uitgesloten dat er bijvoorbeeld bij de aankoop van grotere hoeveelheden materialen kortingen worden verkregen of dat een inschrijver in prijskortingen voorziet indien beide percelen hem worden gegund.

Voorts lijkt, anders dan de verzoekende partij aanvoert, geen verplichting op de verwerende partij te rusten om in de motivering de bedoelde en mogelijk geachte kostenvoordelen cijfermatig te verantwoorden.

Besluit bij de vier grieven

15. Uit hetgeen voorafgaat, lijkt te moeten worden afgeleid dat de verzoekende partij niet heeft aangetoond dat de verwerende partij op onrechtmatige wijze het geschonden geachte artikel 35 van de wet van 15 juni 2006 betreffende het stopzetten van de procedure zou hebben toegepast, onder meer door daarbij de materiële motiveringsverplichting te schenden of het redelijkheidsbeginsel.

Machtsafwending

16. Hoewel de verzoekende partij hiervan geen melding maakt in de uiteenzetting van de geschonden geachte bepaling en beginselen, stelt zij in het verzoekschrift tweemaal dat er sprake is of lijkt te zijn van machtsafwending.

Zij verklaart echter ter terechtzitting de beweerde machtsafwending niet als een afzonderlijke grief te hebben aangevoerd, zodat deze onbesproken kan blijven.

VII. Besluit bij de vordering tot schorsing en tot het opleggen van voorlopige maatregelen

17. Het enig middel is niet ernstig. De vordering tot schorsing moet bijgevolg worden afgewezen.

18. Overeenkomstig artikel 15 van de voormelde wet van 17 juni 2013 kan de Raad van State “[o]nder dezelfde voorwaarden als die bedoeld in artikel 14 en zonder dat het bewijs van spoedeisendheid is vereist”, “in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid, eventueel op straffe van een dwangsom”, niet alleen de uitvoering van de in artikel 14 bedoelde beslissingen schorsen, maar ook “zolang het vernietigingsberoep bij hem aanhangig is:

1° de voorlopige maatregelen bevelen om de beweerde schending ongedaan te maken of te voorkomen dat de betrokken belangen worden geschaad;

2° de voorlopige maatregelen bevelen die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van haar uitspraak”.

Aangezien hiervoor is gebleken dat het enig middel niet ernstig is en evenmin een klaarblijkelijke onwettigheid is vastgesteld, mogen geen voorlopige maatregelen worden opgelegd. Bijgevolg dient de vordering daartoe te worden verworpen.

VIII. Kosten

19. Er is 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’ (hierna: het algemeen procedure-reglement), de verwerende partij een rechtsplegingsvergoeding toe te kennen, nu zij door de verwerping van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid als de in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

20. De verwerende partij vordert een rechtsplegingsvergoeding van 840 euro, zonder dat zij de grondslag daartoe verduidelijkt. Aangezien de verzoe-
‡AIDSLEHFG-BDDACIV‡

kende partij geen beroep tot nietigverklaring heeft ingesteld is er alvast geen sprake van een van de gevallen bedoeld in artikel 67, § 2, van het algemeen procedurereglement, die tot een dergelijk bedrag aanleiding zouden kunnen geven.

21. Er is bijgevolg geen reden om een andere rechtsplegingsvergoeding toe te kennen dan het basisbedrag van 700 euro.

BESLISSING

1. De Raad van State verwierpt de vordering tot schorsing en tot het opleggen van voorlopige maatregelen.

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 8 maart 2018, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Dierk Verbiest