RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 241.319 van 26 april 2018
in de zaak A. 224.922/XII-8530

In zake: de NV DESMET MACHINEBOUW ENGINEERING
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Aurora Hoet en Eva Roels
kantoor houdend te 8530 Harelbeke
Kortrijksesteenweg 387
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Kris Wauters en Sophie Bleux
kantoor houdend te 1170 Brussel
Terhulpsesteenweg 187
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 4 april 2018, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "de gunningsbeslissing van 19 februari 2018 van het Agentschap Wegen en Verkeer, betreffende de overheidsopdracht voor aanneming van diensten met als voorwerp: 'Diensten voor onderhoud, de herstelling en de vernieuwing van mechanische en oleohydraulische uitrustingen van kunstwerken langs de waterwegen, van sommige installaties langs de wegen en van sommige installaties op de luchthavens van Oostende en Wevelgem - Perceel 2: West-Vlaanderen'".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 19 april 2018, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Eva Roels, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Jorien Van Belle, die *loco* advocaten Kris Wauters en Sophie Bleux verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Thomas Maes heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor diensten voor “het onderhoud, de herstelling en de vernieuwing van mechanische en oleohydraulische uitrustingen van kunstwerken langs de waterwegen, van sommige installaties langs de wegen en van sommige installaties op de luchthavens van Oostende en Wevelgem”. Het betreft een openbare procedure met één gunningscriterium, de prijs. De vordering betreft perceel 2 van de opdracht.

De waarde van de opdracht wordt geraamd op 1.103.299,23 euro, btw inbegrepen.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 9 oktober 2017 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie op 14 oktober 2017.

3.2. Op 28 november 2017 worden de inschrijvingen geopend. Er blijken twee offertes te zijn ingediend : de verzoekende partij met een prijs van 1.138.711,54 euro en de bvba Vandezande, de gekozen inschrijver, met een prijs van 1.008.168,26 euro, telkens btw inbegrepen.

3.3. Op 20 december 2017 vraagt de verwerende partij aan de bvba Vandezande een prijsverantwoording voor de posten 67, 141 en 142. Op 18 januari 2018 volgt een vraag om prijsverantwoording aan de bvba Vandezande voor de posten 64 en 173.

De bvba Vandezande bezorgt telkens een prijsverantwoording aan de verwerende partij.

3.4. Op 31 januari 2018 wordt een gunningsverslag opgesteld. Beide inschrijvers worden geselecteerd. De offertes van beide inschrijvers worden regelmatig bevonden. Wat het prijsonderzoek betreft wordt de volgende regel gehanteerd “Het prijzenonderzoek spitst zich toe op de posten waarvan het gewicht meer dan 1% van de totale inschrijving bedraagt en waarbij er een verschil is van meer dan 30% t.o.v. de raming en dit zowel in positieve als negatieve zin”. De door de bvba Vandezande verstrekte prijsverantwoordingen worden vervolgens aanvaard na een uitvoerig onderzoek daarvan. Er wordt dan ook voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de bvba Vandezande aangezien deze de laagste totaalprijs heeft voorgesteld.

3.5. Op 19 februari 2018 beslist de Vlaamse minister van Mobiliteit en Openbare Werken om de opdracht te gunnen aan de bvba Vandezande voor een bedrag van 1.008.168,26 euro, btw inbegrepen.

3.6. Met een aangetekende brief en een e-mailbericht van 21 maart 2018 wordt de verzoekende partij op de hoogte gebracht van het feit dat haar

offerte niet werd gekozen. Het gunningsverslag wordt gevoegd bij de kennisgeving per e-mailbericht.

IV. Schorsingsvoorwaarden

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

4.2. Te dezen is evenwel ook de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’ 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.

V. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

5. De verzoekende partij voert in een enig middel de schending aan van artikel 36 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het zorgvuldigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel en van het beginsel *‘patere legem quam ipse fecisti’*.

De essentiële grief die de verzoekende partij doet gelden in het enig middel lijkt dat de verwerende partij een wiskundige fout heeft begaan bij het prijsonderzoek. De verwerende partij heeft als uitgangspunt bij het prijsonderzoek een dubbel criterium gehanteerd en enkel posten onderzocht (a) waarvan het gewicht meer dan 1% van de raming bedraagt en (b) waarbij er een verschil is van meer dan 30% in meer of in min tegenover de raming. De verzoekende partij betwist deze regel op zich niet, wel de “rekenfout” die de verwerende partij zou hebben gemaakt bij de toepassing ervan. Uit het gunningsverslag blijkt dat er slechts tien posten van beide inschrijvers werden uitgefilterd, die zouden voldoen aan het voornoemde dubbele criterium. De verzoekende partij heeft de in het gunningsverslag meegedeelde berekeningstabel waarin wegens de vertrouwelijkheid gegevens onzichtbaar waren gemaakt terug vervolledigd aan de hand van eigen berekeningen. De verzoekende partij betoogt in dit verband op grond van die berekeningen het volgende:

> “(i)Voor wat betreft de prijzen van de inschrijvers die 30% hoger liggen dan de prijzen van de raming werd een correcte formule toegepast voor het bepalen van het afwijkingspercentage van de prijzen van bvba Vandezande (alsook van verzoekende partij) ten opzichte van de raming, met name:
>
> (prijs Vandezande / prijs raming) – 1
>
> Dit resulteert dan bijvoorbeeld voor post 60 in volgend correct afwijkingspercentage:
>
> (89 / 60) — 1 = 0,4833, of nog + 48,33 %

(ii) Maar voor de prijzen die meer dan 30% lager liggen dan de prijzen van de raming, of nog waar de ramingsprijzen 30% hoger liggen dan de prijs van BVBA Vandezande, werd volgende foutieve formule gebruikt voor het bepalen van het afwijkend percentage:

(prijs BVBA Vandezande / prijs raming) – 1

Dit resulteert dan bijvoorbeeld voor post 64 in volgend foutief afwijkingspercentage:

(250 / 418) - 1 = - 0,4019, of nog - 40,19 %

Verwerende partij heeft voor het bepalen van het afwijkingspercentage van de prijzen van Vandezande die meer dan 30% lager liggen t.o.v. de raming dus klakkeloos dezelfde formule toegepast als voor het bepalen van het afwijkingspercentage van de prijzen die 30% hoger lagen dan de raming. Dit is niet correct.

Op die manier bekomt men namelijk gewoon het kortingspercentage.

De correcte formule voor het bepalen van het afwijkingspercentage van een prijs lager dan de raming, moet de volgende zijn:

1 - (prijs raming / BVBA Vandezande)

Dit resulteert dan bijvoorbeeld voor post 64 in volgend correct afwijkingspercentage:

1 - (418 / 250) = 1 - 1.672 = - 0.672, of nog dat de prijs van de raming 67,2% hoger ligt dan de prijs van BVBA Vandezande of de prijs van Vandezande die 67,2% lager ligt dan de ramingsprijs.

Voor de in voormelde tabel vermelde post 173 geldt net dezelfde redenering.

De toepassing van de foutieve formule (43/63-1) leidt tot een afwijkingspercentage van 31,75 % […], terwijl het in werkelijkheid 46,51% (1- 63/43) moet zijn."

Volgens de verzoekende partij is het duidelijk dat de negatieve verschillen, namelijk de prijzen van de gekozen inschrijver die meer dan 30% afwijken van de raming, in werkelijkheid veel groter zijn dan vermeld in het gunningsverslag. Zij merkt daarbij nog op dat haar eigen prijzen niet in een percentage ten opzichte van de raming in het gunningsverslag zijn opgenomen. Het is dus enkel op grond van de prijzen van de gekozen inschrijver ten opzichte van de

prijzen van de raming dat de verwerende partij tot de tien posten is gekomen voor het voeren van haar prijsonderzoek.

Het toepassen van een foutieve formule door de verwerende partij heeft drie specifieke gevolgen volgens de verzoekende partij:

- de verwerende partij is voor alle posten waarvan de prijzen van de gekozen inschrijver lager liggen dan de prijzen van de raming, uitgegaan van positievere cijfers dan de werkelijke in de offerte opgegeven cijfers; de verzoekende partij illustreert dit met een bladzijdevullende ‘theoretische tabel’ (zie bladzijde 13 van het verzoekschrift) waarin volgens haar het verschil wordt weergegeven tussen de toepassing van de juiste formule en de toepassing van de foutieve formule; dit impliceert volgens de verzoekende partij dat de verwerende partij zich een volledig verkeerd beeld heeft gevormd van alle prijzen van de gekozen inschrijver die lager lagen dan de prijzen van de raming, wat uiteraard ook repercussies heeft op de beoordeling en de vergelijking met de gemiddelde offerteprijzen, en vergelijking met de prijzen van de verzoekende partij;
- voorts heeft de foutieve berekeningsformule volgens de verzoekende partij tot gevolg dat tijdens het prijsonderzoek alle prijzen van de gekozen inschrijver die in werkelijkheid tussen de 30% en de 42,86% lager lagen dan de prijzen van de raming, niet werden onderzocht; de verzoekende partij illustreert dit opnieuw met een cijfertabel (zie bladzijde 14 van het verzoekschrift); alle prijzen van de gekozen inschrijver die dus tussen de 23,07 % en 30% lager liggen dan de raming volgens de (foutief) toegepaste formule, zijn dus ontsnapt aan het prijzenonderzoek, terwijl zij in werkelijkheid tussen de 30% en 42,86% lager liggen dan de prijzen van de raming en dus volgens de eigen regels van de verwerende partij aan een prijzenonderzoek dienden te worden onderworpen;
- ten slotte zijn volgens de verzoekende partij door toepassing van de “verkeerde berekeningsformule” 80% van de in het prijsonderzoek vermelde tien posten, posten waarvan de prijzen van de gekozen inschrijver minstens 30% hoger zijn ten opzichte van de prijzen van de raming; slechts 20% van de opgenomen posten zijn posten waarvan de prijs minstens 30% lager ligt dan de prijzen van de raming, dit ondanks het gegeven dat de

totale inschrijvingsprijs van de gekozen inschrijver 9,44% lager ligt dan de raming, het kan dus niet correct zijn dat slechts twee posten van de gekozen inschrijver een prijs bevatten die minstens 30% lager ligt dan de ramingsprijs; de verzoekende partij illustreert ook dit betoog met een cijfertabel (zie bladzijde 16 van het verzoekschrift); vervolgens voert de verzoekende partij een betoog aan de hand van een eigen berekening over de gemiddelde postwaarde van de overige 228 posten van de opdracht, dit betoog lijkt erop neer te komen dat de verwerende partij meer posten in het prijsonderzoek had moeten betrekken dan de tien die zij in aanmerking heeft genomen in het gunningsverslag .

De verzoekende partij besluit haar enig middel als volgt:

"De onzorgvuldigheid (namelijk de materiële fout bij de beoordeling) van verwerende partij is van die aard dat zij een impact kan hebben op de evaluatie van de offertes en de finale rangschikking van de inschrijvers.
Mocht er een zorgvuldig prijzenonderzoek uitgevoerd zijn, dan is het geenszins uitgesloten dat het resultaat van het prijzenonderzoek en ook de keuze van de inschrijver er anders zou hebben uitgezien."

Beoordeling

6. De verzoekende partij voert te dezen een enig middel aan, echter uiteengezet overheen elf bladzijden, waarin zij hele bladzijden met zelfbedachte rekentabellen opneemt met voorbeelden bij haar betoog. Een dergelijk middel leent zich op het eerste gezicht echter niet zonder meer tot de uiterst snelle toetsing die van de bestuursrechter wordt verwacht in het kader van een spoedprocedure.

Gelet op de beperkingen eigen aan een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid zal de Raad van State hierna enkel beoordelen hetgeen zich in dat betoog *prima facie* als een duidelijke grief aandient.

7. Het enig middel steunt in essentie op de stelling dat de verwerende partij bij het prijsonderzoek een verkeerde berekening heeft gehanteerd voor eenheidsprijzen die lager liggen dan de prijzen van de raming, waardoor het prijsonderzoek met een fundamenteel gebrek zou zijn aangetast.

Meer bepaald zou de verwerende partij ten onrechte eenzelfde berekeningwijze hebben toegepast bij het nazicht van de prijzen boven de raming als bij het nazicht van de prijzen onder de raming. De verzoekende partij stelt zelf een andere berekeningswijze voor die de aanbestedende overheid volgens haar had moeten toepassen bij eenheidsprijzen onder het bedrag van de raming.

Noch de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ noch het koninklijk besluit plaatsing 2017 leggen een specifieke berekeningswijze aan de aanbestedende overheid op betreffende het te dezen gevoerd onderzoek van afwijkingen ten opzichte van de raming.

De verwerende partij doet gelden dat zij een courant gangbare formule heeft gebruikt en deze zowel op eenheidsprijzen boven als onder de raming heeft toegepast. Volgens haar is die formule identiek aan de formule die “frequent in de wetenschappelijke, technische en economische wereld wordt toegepast om de procentuele ‘afwijking’ te berekenen van een ‘experimentele waarde’ ten opzichte van een ‘gekende waarde’”.

De discussie tussen partijen lijkt in wezen van wiskundige aard en de Raad van State lijkt in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid niet bij machte deze decisief te beslechten zonder nader onderzoek.

De Raad kan te dezen enkel vaststellen dat op het eerste gezicht de stelling die verwerende partij doet gelden, inhoudende dat de alternatieve berekeningswijze die de verzoekende partij naar voren schuift, lijkt te impliceren dat de maatstaf - de raming- dan niet langer als referentiepunt wordt gehanteerd, maar dat de te onderzoeken eenheidsprijs zélf de maatstaf van de toetsing wordt, hem plausibel overkomt.

Er moet voorts worden opgemerkt dat de verzoekende partij in het verzoekschrift en ter terechtzitting zelf de juistheid erkent van de betrokken formule en het hanteren ervan voor eenheidsprijzen boven de raming.

De verzoekende partij betwist eveneens het realistisch karakter van de raming en het gebruik daarvan als algemene maatstaf niet.

Uit dit alles moet worden besloten dat de verzoekende partij in het kader van de huidige procedure niet lijkt te hebben aangetoond dat de verwerende partij onzorgvuldig zou hebben gehandeld door bij het prijsonderzoek dezelfde formule te hebben gehanteerd voor prijzen onder de raming als voor deze boven de raming.

De drie in het verzoekschrift aangevoerde gevolgen van de beweerde fout, die alle steunen op de veronderstelling dat het aangevoerde gebrek in het prijsonderzoek aanwezig zou zijn, lijken aldus eveneens grondslag te missen.

9. Het enig middel is niet ernstig . Aldus dient niet meer te worden ingegaan op de grieven die de verwerende partij aanvoert betreffende de ontvankelijkheid van het middel.

VI. Besluit en kosten

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

Gelet op de voorgestelde verwerping, dienen de kosten van die vordering ten laste te worden gelegd van de verzoekende partij. Deze kosten bestaan uit het rolrecht, de bijdrage overeenkomstig artikel 5, § 1, van de wet van 19 maart 2017 ‘tot oprichting van een Begrotingsfonds voor de juridische tweedelijnsbijstand’ en de door de verwerende partij gevraagde rechtsplegingsvergoeding .

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 20 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 26 april 2018, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,

bijgestaan door

Silja Doms,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Silja Doms	**Dierk Verbiest**