

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 241.868 van 21 juni 2018
in de zaak A. 225.306/XII-8556**

In zake: de NV BEKAERT BUILDING COMPANY
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Ann Eeckhout en Lotte Ottevaere
kantoor houdend te 9700 Oudenaarde
Droesbekeplein 20
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tegen
het INTERGEMEENTELIJK SAMENWERKINGSVERBAND
VOOR RUIMTELIJKE ORDERING EN
SOCIO-ECONOMISCHE EXPANSIE (SOLVA)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Joost Bosquet
kantoor houdend te 2650 Edegem
Mechelsesteenweg 326
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV ALGEMENE ONDERNEMINGEN ROBERT
WYCKAERT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Carlos De Wolf
kantoor houdend te 9680 Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Charlotte De Wolf

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 24 mei 2018, strekt tot de schorsing
bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:

- “- [...] de beslissing van het Intergemeentelijk Samenwerkingsverband voor Ruimtelijke Ordening en Socio-Economische Expansie [...] van 08.05.2018 aan [de nv Bekaert Building Company] overgemaakt bij aangetekend schrijven dd. 09.05.2018, waarbij werd beslist om de overheidsopdracht voor aanneming van werken ‘Bouwen van een politiehuis - Nieuwbouw van een politiekantoor: ruwbouw, afwerking en technieken excl. omgevingsaanleg te gunnen aan Algemene Ondernemingen Robert Wyckaert nv
- [...] de impliciete weigeringsbeslissing van het Intergemeentelijk Samenwerkingsverband voor Ruimtelijke Ordening en Socio-Economische Expansie waarbij de opdracht niet werd toegewezen aan [de nv Bekaert Building Company].”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 7 juni 2018 heeft de nv Algemene Ondernemingen Robert Wyckaert gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 14 juni 2018, om 10.30 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Lotte Ottevaere, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Gert Op De Beeck, die *loco* advocaat Joost Bosquet verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Carlos De Wolf, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

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

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

III. Feiten

3.1. In de loop van 2015 en 2016 beslissen de gemeenten Erpe-Mere en Lede en de politiezone Erpe-Mere/Lede om het Intergemeentelijk Samenwerkingsverband voor Ruimtelijke Ordening en Socio-Economische Expansie (de huidige verwerende partij, hierna: Solva) aan te stellen als bouwheer voor het bouwen van een nieuw politiekantoor.

Op 9 januari 2018 beslist de verwerende partij om een overheidsopdracht uit te schrijven voor een opdracht van werken voor het bouwen van een politiekantoor. Het betreft een openbare procedure met één gunningscriterium, de laagste prijs. De waarde van de opdracht wordt geraamd op 5.085.546,86 euro, btw niet inbegrepen.

3.2. Op 14 maart 2018 worden de inschrijvingen geopend. Er blijken vijf offertes te zijn ingediend. De twee laagste offertes werden ingediend door de nv Bekaert Building Company (hierna: Bekaert) aan 5.090.816,23 euro (btw niet inbegrepen) en de nv Algemene Ondernemingen Robert Wyckaert (hierna: Wyckaert) aan 5.133.068,10 euro (eveneens btw niet inbegrepen).

Zowel Bekaert als Wyckaert blijken in hun offertes diverse aanpassingen in min en in meer aan de meetstaat te hebben voorgesteld en leemten in de meetstaat te hebben opgemerkt.

3.3. Op 26 april 2018 wordt een gunningsverslag opgesteld door de ontwerper-architect. De vijf inschrijvers worden allen geselecteerd.

In het verslag worden de door de inschrijvers voorgestelde aanpassingen aan de meetstaat en de opgemerkte leemtes besproken. Vervolgens komt het gunningsverslag tot een volgende samenvattende tabel van de totaalprijzen:

“

	verbeterde offerte	toewijsbedrag	rangschikkingsbedrag
BBC	€ 5 130 025.31	€ 5 132 135.82	€ 5 147 122.53
WYCKAERT	€ 5 133 068.12	€ 5 092 633.75	€ 5 146 157.97
PEREMANS	€ 5 379 545.22	€ 5 342 070.21	€ 5 381 829.99
IBO	€ 5 445 793.30	€ 5 404 102.30	€ 5 469 177.42
MEVACO	€ 5 587 619.77	€ 5 548 808.94	€ 5 611 797.62

”

Er wordt nog vastgesteld dat er geen abnormale prijzen zijn. Vervolgens wordt voorgesteld om de opdracht te gunnen aan Wyckaert voor een bedrag van 5.092.633,75 euro, btw niet inbegrepen.

3.4. Op 8 mei 2018 beslist de verwerende partij om de opdracht te gunnen aan Wyckaert voor een bedrag van 5.092.633,75 euro, btw niet inbegrepen. Dit is de eerste bestreden beslissing.

3.5. Met een aangetekend schrijven van 9 mei 2018 geeft de verwerende partij kennis aan de verzoekende partij van het feit dat haar offerte niet werd gekozen. De gunningsbeslissing is bijgevoegd. Met een e-mailbericht van diezelfde dag wordt haar ook het gunningsverslag bezorgd.

3.6. Er volgt nog enige correspondentie waarin de advocaten van de verzoekende partij de geldigheid van de gunningsbeslissing betwisten en vragen om deze in te trekken, doch de verwerende partij blijft op haar standpunt en weigert de intrekking.

IV. Tussenkoms

4. De nv Algemene Ondernemingen Robert Wyckaert blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissingen en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet haar verzoek tot tussenkoms worden ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid

5. Er is te dezen geen noodzaak om nader in te gaan op de ontvankelijkheid van de vordering tegen de impliciete weigeringsbeslissing nu, zoals hierna zal blijken, geen van de middelen als ernstig dient te worden aangemerkt.

VI. Schorsingsvoorwaarden

6. 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.

7. 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, zonder dat het bewijs van spoedeisendheid is vereist.

Overeenkomstig artikel 15, tweede lid, 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 en concessies die de drempelbedragen voor Europese bekendmaking niet bereiken.

8. 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 beslissingen kan verantwoorden.

VII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

9. De verzoekende partij voert in het verzoekschrift in het eerste middel de schending aan van “art. 79 § 2 KB Plaatsing [2017], art. 81 KB Plaatsing [2017], van het art. 86 § 1, § 3 en § 4 KB Plaatsing [2017], alsook van art. 4 Wet Overheidsopdrachten [2016]” en van het gelijkheidsbeginsel:

“Doordat Solva de door Wyckaert geformuleerde dubbele opmerking, nl. enerzijds een verbetering in min voor de post 42.45 – bekledingspanelen aluminium en anderzijds de melding van een leemte met betrekking tot de wand aan de balie in volkern aanvaardt en bijgevolg een dubbele verbetering aan de offertes doorvoert, nl. enerzijds een verbetering in min die voor de rangschikking enkel in het voordeel van Wyckaert speelt en anderzijds de toevoeging van de leemte bij alle inschrijvers Terwijl deze opmerking om meerdere redenen niet aanvaard kon worden. Deze opmerking diende conform art. 81 KB Plaatsing [2017] uiterlijk 10 dagen vóór de uiterste datum voor de ontvangst van de offerte gemeld te worden en houdt een oneigenlijk gebruik van de leemteformule in. Deze opmerking vindt geen steun in het dossier. Bovendien, zelfs indien de opmerking van Wyckaert correct was, kon deze niet als een leemte beschouwd worden.”

Volgens de verzoekende partij heeft de verwerende partij ten onrechte de opmerking van Wyckaert bij de post 42.45 “bekledingspanelen – aluminium” aanvaard, dit om vier redenen.

Beoordeling

10. Artikel 79, § 2, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017) luidt:

“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 81 koninklijk besluit plaatsing 2017 luidt:

“Als een ondernemer in de opdrachtdocumenten fouten of leemten ontdekt die van die aard zijn dat ze de prijsberekening of de vergelijking van de offertes onmogelijk maken, meldt hij dit onmiddellijk en schriftelijk aan de aanbestedende overheid. Alleszins verwittigt hij haar ten laatste tien dagen vóór de uiterste datum voor de ontvangst van de offertes, tenzij zulks onmogelijk is door de inkorting van de termijn voor ontvangst van de offertes.

De aanbestedende overheid oordeelt of de fouten of leemten voldoende belangrijk zijn om tot een rechtszettingsbericht over te gaan of tot een andere vorm van aangepaste bekendmaking en om, indien nodig en met inachtneming van artikel 9, tweede en derde lid, de termijn voor de indiening van de offertes te verlengen.”

Artikel 86, §§ 1, 3 en 4, koninklijk besluit plaatsing 2017 luidt als volgt:

“§ 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.

[...]

§ 3. Telkens er met toepassing van artikel 79, § 2, een leemte in de samenvattende opmeting of in de inventaris is aangevuld, gaat de aanbestedende overheid als volgt te werk :

1° ze onderzoekt de gegrondheid van die aanvulling en verbetert ze zo nodig volgens haar eigen bevindingen.

Indien de andere inschrijvers geen prijzen voor deze leemten hebben voorgesteld, worden deze prijzen, voor elke post, met het oog op de rangschikking van de offertes, volgens de onderstaande formule berekend en blijven ze behouden bij de definitieve verbetering van de offertes :

[...]

§ 4.

[...]

Daarentegen spelen de wijzigingen die door de aanbestedende overheid aanvaard worden en die een vermindering van de hoeveelheden tot gevolg hebben, enkel in het voordeel van de inschrijvers die ze gemeld hebben en enkel in de mate dat hun verantwoording is aanvaard. [...].”

Overeenkomstig artikel 4, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016) behandelen de aanbesteders de ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en handelen zij op een transparante en proportionele wijze.

10.1.1. Ten eerste doet de verzoekende partij gelden dat de opmerkingen die Wyckaert maakt op de post 42.45 de vergelijking van de offertes onmogelijk maken:

“Om het cru uit te drukken wil Wyckaert gerangschikt worden op volgende basis:

- in haar offerte zou de prijs van de volgens haar teveel voorziene gevelbekledingspanelen in aluminium niet mogen opgenomen worden, doch enkel de gevelbekledingspanelen in volkern. In de offerte van Wyckaert is de uitvoering van de wand in het interieur aan de inkom 1 keer voorzien (in volkern).
- terwijl in de offerte van de andere inschrijvers, waaronder [de verzoekende partij], zowel de prijs voor de uitvoering van de gevelbekledingspanelen in aluminium als de uitvoering van de gevelbekledingspanelen in volkern moet inbegrepen zijn. In de offerte van de overige inschrijvers dient de uitvoering van de wand in het interieur aan de inkom dus 2 keer inbegrepen te zijn. (1 keer in aluminium en 1 keer in volkern).”

De verzoekende partij wijst erop dat artikel 81 koninklijk besluit plaatsing 2017, om zulke onbillijkheden te vermijden, bepaalt dat een inschrijver die een dergelijke opmerking op de opdrachtdocumenten wil maken dit onmiddellijk moet doen en niet mag wachten tot hij zijn offerte indient. Dit artikel

moet worden toegepast als een fout die “de vergelijking van de offertes” onmogelijk maakt. In de mate dat aangenomen wordt dat er sprake is van een fout, is het er volgens de verzoekende partij één die de vergelijking en de rangschikking van de offertes beïnvloedt. Het gevolg van de door Wyckaert voorgestelde verbetering is dat de betrokken wand in zijn offerte slechts één keer begrepen zit, terwijl de wand in de offertes van de overige inschrijvers twee keer begrepen zit. Dit kan niet volgens de verzoekende partij, de inschrijvers moeten voor dezelfde prestaties prijs geven.

De verzoekende partij wijst erop dat het voormelde artikel 81 ertoe strekt de aanbestedende overheid de mogelijkheid te geven tijdig te corrigeren en alle inschrijvers in staat te stellen voor dezelfde prestaties een prijs te geven. De verzoekende partij verwijt Wyckaert speculatieve motieven bij het niet maken van een opmerking vóór de openingszitting, Wyckaert wou de rangschikking alleen ten voordele van zichzelf beïnvloeden, aldus de verzoekende partij, die verwijst naar rechtspraak waarin al streng zou zijn geoordeeld over het “spitsvondig aanwenden” van de mogelijkheid tot het verbeteren van hoeveelheden in de samenvattende meetstaat. Zij besluit haar betoog als volgt:

“De inschrijver die, ten aanzien van een vergissing of tegenstrijdigheid in de samenvattende opmetingsstaat, oneigenlijk toepassing maakt van de mogelijkheid tot verbetering van hoeveelheden, erkent dat hij de vergissing of tegenstrijdigheid opmerkte, doch naliет toepassing te maken van art. 81 KB Plaatsing [2017]. Dit komt neer op speculatie op een opgemerkte vergissing in de opdrachtdocumenten.

Het gevolg van het kwalificeren van de oneigenlijke toepassing van art. 79 KB Plaatsing [2017] als speculatie is dat de samenvattende meetstaat van de betrokken inschrijver niet volgens de speculatieve verbetering en/of aanvulling kan worden aangepast. De inschrijver die op een oneigenlijke wijze vergissingen en tegenstrijdigheden in de samenvattende opmetingsstaat opmerkt, wordt aldus gelijk gesteld met de inschrijver die in het geheel geen vergissingen of tegenstrijdigheden heeft gemeld.

Conclusie: Aangezien Wyckaert een oneigenlijk[e] toepassing maakt van art. 79 KB [Plaatsing 2017] en geen toepassing maakt van art. 81 kan Solva de offerte van Wyckaert niet conform deze speculatieve verbetering aanpassen.”

10.1.2. Artikel 81 koninklijk besluit plaatsing 2017 heeft betrekking op “fouten of leemten [...] die van die aard zijn dat ze de prijs-

berekening of de vergelijking van de offertes onmogelijk maken”. Het lijkt daarbij niet te gaan om om het even welk gebrek in de opdrachtdocumenten, maar wel degelijk om gebreken die voldoende belangrijk zijn opdat de aanbestedende overheid ertoe gedwongen is om maatregelen te nemen om deze fout nog voor het indienen van de offertes recht te zetten, zoals beschreven in het tweede lid van artikel 81. Het verslag aan de Koning bij het voormelde besluit geeft in de toelichting bij artikel 81 twee voorbeelden van dergelijke gebreken: “het ontbreken van bewapeningsgegevens waardoor het niet mogelijk is de hoeveelheden staal te berekenen voor een bouwwerk in gewapend beton [of] een wezenlijk verschil tussen de Franstalige en de Nederlandstalige versie van de opdrachtdocumenten”. De rechtspraak waar de verzoekende partij zelf als voorbeeld naar verwijst, betreft onder meer het geval waarin de opdrachtdocumenten dermate gebrekkig waren dat er kennelijk van de inschrijvers werd verlangd een gebouw op te trekken zonder vloer en zonder dak.

Artikel 81 lijkt dus op het eerste gezicht onoverkomelijke gebreken te betreffen, dat wil zeggen gebreken die het een inschrijver onmogelijk maken om een prijs op te geven, of die van hem vereisen dat hij zelf bepaalde onderdelen van de opdracht zou invullen, wat alsdan aanleiding zou geven tot onvergelijkbare offertes.

De kwestieuze leemte in de opdracht in post 42.45 heeft betrekking op de interieurafwerking van de inkomhalie. Op de plannen wordt volkernplaat vermeld, terwijl in de meetstaat geen dergelijke post blijkt te zijn opgenomen. Volgens de leemtenota bij de offerte van de gekozen inschrijver betreft het minder dan 15 m² aan muurpanelen, voor een totale leemtewaarde van 2.681,58 euro.

De opdracht heeft betrekking op het bouwen van een nieuw politiehuis, inzake de ruwbouw, de afwerking en de technieken. De waarde van de opdracht werd geraamd op 5.085.546,86 euro, btw niet inbegrepen. De eindrangschikkingsbedragen van de vijf ingediende offertes liggen in een vork tussen 5.146.157,97 euro en 5.611.797,62 euro. Gelet op het voorwerp en de waarde van de opdracht lijkt het dat de verwerende partij te dezen tot het besluit is gekomen dat de door de gekozen inschrijver voorgestelde verbetering op het vlak

van de volkernpanelen in de inkombalie niet diende te worden aangemerkt als een fout of leemte in de opdrachtdocumenten die elke prijsberekening onmogelijk maakte of die het vergelijkbaar karakter van de offertes in het gedrang bracht. Het lijkt niet dat de verwerende partij door de voorgestelde verbeteringen aan de meetstaat te aanvaarden de meldingsplicht voorgeschreven door artikel 81 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 heeft miskend.

Anders dan de verzoekende partij doet gelden, blijkt het op het eerste gezicht immers te gaan om een normale toepassing van de regels inzake verbeteringen aan de meetstaat door de inschrijvers, mogelijkheid waarin de regelgever uitdrukkelijk heeft voorzien. Het lijkt niet aangetoond dat het om een oneigenlijke of spitsvondige toepassing van deze bepalingen zou gaan, met louter speculatief oogmerk. Overigens moet worden vastgesteld dat de verzoekende partij veeleer slecht geplaatst lijkt om de handelwijze van een verbetering in min gecombineerd met het melden van een leemte als speculatief aan te merken. Op het eerste gezicht heeft zij immers in haar eigen offerte gelijkaardige aanpassingen aan de meetstaat voorgesteld betreffende de posten 54.32.72.d en 54.31.61.f.

Waar de verzoekende partij doet gelden dat de verbeteringen voorgesteld door de gekozen inschrijver de rangschikking beïnvloeden en dus om die reden ook de vergelijkbaarheid van de offertes, kan worden opgemerkt dat zulks een feitelijk element betreft dat toe te schrijven is aan het zeer geringe prijsverschil tussen de totale offerteprijs van de als eerste en tweede gerangschikte offerte (te dezen minder dan duizend euro) en niet inherent is aan de verbeteringen zelf. Zoals al opgemerkt, is hier immers reeds op het eerste gezicht een detailverbetering voorhanden van geringe materiële impact en geringe financiële invloed op het voorstel van de inschrijvers.

In de mate dat de verzoekende partij de gekozen inschrijver nog verwijt met zijn verbeteringen de rangschikking van zijn offerte gunstig te willen beïnvloeden, lijkt dit de normale gang van zaken te zijn bij de toepassing van de voormelde regeling inzake aanpassingen in meer en min en leemten. Het verbeteren van hun rangschikking lijkt daarbij een belangrijke *incentive* voor de inschrijvers om diligent te werk te gaan bij het nazicht van de opdracht-documenten.

10.2.1. Op de tweede plaats doet de verzoekende partij gelden dat het aanvaarden van de opmerking van Wyckaert met betrekking tot post 42.45 een schending van het gelijkheidsbeginsel impliceert. In wezen komt volgens de verzoekende partij het standpunt van Wyckaert, hierin gevolgd door de verwerende partij, er immers op neer dat, met het oog op het bepalen van de rangschikking, een bedrag in aanmerking moet worden genomen waarin een gedeelte van de effectief uit te voeren aannemingswerken dubbel is vervat en dat moet worden vergeleken met een inschrijvingsprijs waarin de uit te voeren aannemingswerken wel op een correcte wijze zijn opgenomen.

10.2.2. Dat standpunt wordt niet bijgevalen. Het aanvaarden van een verbetering aan de meetstaat door een inschrijver lijkt geen disproportionele aantasting van de gelijkheid tussen de inschrijvers in te houden. Het systeem lijkt er immers net op gericht inschrijvers die zich inspannen om de meetstaat en de opdrachtdocumenten na te kijken te belonen, boven inschrijvers die dat niet doen en zonder meer de meetstaat invullen.

10.3.1. Ten derde wijst de verzoekende partij erop dat de opmerking van Wyckaert geen steun vindt in de opdrachtdocumenten. Wyckaert steunt zich alleen op het plan “interieur balie inkom”, dat volgens de verzoekende partij evenwel geen detailplan maar een uitvoeringsplan is. Op dit plan is enkel een pijl met de vermelding “volkernplaat” terug te vinden. In het bestek en in de meetstaat wordt aangegeven dat deze wand in het interieur aan de inkom in aluminium is. Op alle plannen waarop de wand zichtbaar is (ook het betrokken plan) wordt de wand voorgesteld op dezelfde wijze als de wanden die in aluminium uitgevoerd moeten worden (geen andere lijn of dikte). Op grond van het geheel van de opdrachtdocumenten is dus duidelijk dat ook de wand in het interieur aan de inkom in aluminium bekledingspanelen moet worden uitgevoerd. De inschrijver moet zich door dit geheel laten leiden bij het uitvoeren van verbeteringen, dit blijkt volgens de verzoekende partij uit artikel 79 koninklijk besluit plaatsing 2017. Die bepaling bevat het essentieel principe dat de inschrijvers de fouten verbeteren en de leemten aanvullen die zij ontdekken in de geplande hoeveelheden van de opmetingsposten, rekening houdend met de opdrachtdocumenten en hun persoonlijke kennis of bevindingen. Een “fout” kan niet worden afgeleid op grond van een beweerde hiërarchie tussen de opdrachtdocumenten, artikel 79 stelt geen dergelijke

hiërarchie voorop, aldus de verzoekende partij, die daarbij zonder nadere referentie verwijst naar “een arrest van de Raad van State”.

10.3.2. Deze stelling wordt niet gevolgd. Plan “UV/11/A – Interieur balie inkom” lijkt wel degelijk een duidelijke vermelding “volkernplaat” te bevatten. De meetstaat lijkt daarentegen geen post te bevatten waarin de inschrijvers hun prijzen voor deze volkernplaten kunnen opgeven.

Zoals de tussenkomenende partij terecht lijkt aan te stippen, bepaalt artikel 80, eerste lid, koninklijk besluit plaatsing 2017:

“Behoudens andersluidende bepaling in de opdrachtdocumenten is de volgende voorrangsorte bepalend voor de interpretatie in geval van tegenspraak tussen de opdrachtdocumenten :

1° de plannen;

2° het bestek;

3° de samenvattende opmeting of de inventaris.”

Anders dan de verzoekende partij betoogt, lijkt uit de opdrachtdocumenten dus niet voort te vloeien dat de betrokken wanden in aluminium dienen te worden uitgevoerd. Minstens lijkt de verwerende partij de gekozen inschrijver te zijn bijgevallen in diens vaststelling dat er wel degelijk volkernplaten dienen te worden gebruikt in het interieur van de inkombalie en dat er dus wel degelijk sprake is van een leemte in de meetstaat.

10.4.1. Ten vierde en “ondergeschikt” doet de verzoekende partij ten slotte gelden dat, zelfs indien de opmerkingen van Wyckaert correct zouden zijn, de toevoeging van de wand in het interieur aan de inkom in volkern niet als een leemte mag worden beschouwd door de verwerende partij. Volgens de verzoekende partij is er slechts sprake van een leemte indien een uit te voeren prestatie – die niet als een detail kan worden aangemerkt – onder geen enkele post van de samenvattende opmetingsstaat kan worden ondergebracht, derwijze dat moet worden aangenomen dat de inschrijvingen ingediend door inschrijvers die de “leemte” niet hebben aangevuld, geen prijs bevatten voor die prestatie. Dit is te dezen niet het geval. De offerte van de verzoekende partij en de overige

inschrijvers bevat wel degelijk een prijs voor de bekledingspanelen, doch in aluminium en niet in volkern.

10.4.2. Gelet op de hoger gedane vaststellingen dient ook dit vierde argument van de verzoekende partij te worden verworpen. Het lijkt geen foutieve vaststelling dat de meetstaat en de offertes van de overige inschrijvers geen prijzen bevatten voor volkernplaten en dus een leemte vertonen.

11. Aldus is niet aangetoond dat de verwerende partij ten onrechte de verbeteringen aan de meetstaat door de gekozen inschrijver betreffende de volkernplaten zou hebben aanvaard.

Het eerste middel dient te worden verworpen.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

12. De verzoekende partij voert in het verzoekschrift in het tweede middel de schending aan van “art. 79 § 2 KB Plaatsing [2017], van art. 86 § 3 KB Plaatsing [2017], van art. 4 Wet Overheidsopdrachten [2016] en het daarin vervatte gelijkheidsbeginsel, van het zorgvuldigheidsbeginsel, alsook van het beginsel ‘patere legem quam ipse fecisti’”:

“Doordat Solva de door Wyckaert geformuleerde leemte met betrekking tot post 5.12.7. - metselwerkondersteuningsconsoles aanvaardt
Terwijl deze leemte niet aanvaard kon worden aangezien deze metselwerkondersteuningsconsoles inbegrepen moesten zijn in de post 22.21.20 - gevelstenen - algemeen, aangezien deze post niet conform de regels van de kunst uitgevoerd kan worden zonder het inwerken van deze metselwerkondersteuningsconsoles.”

Volgens de verzoekende partij heeft de verwerende partij om twee redenen ten onrechte de door Wyckaert gemelde leemte bij de post 5.12.7 “Metselwerkondersteuningsconsoles” aanvaard.

12.1. Ten eerste is er volgens de verzoekende partij te dezen geen sprake van een leemte. De consoles moesten, zowel op basis van de regels van de kunst als op grond van de opdrachtdocumenten, inbegrepen zijn in de post 22.21.20 “gevelstenen – bakstenen/handvorm- en vormbakstenen”. De uitvoering van deze consoles kan dus niet als een leemte beschouwd worden. Vervolgens doet de verzoekende partij gelden:

“De argumentatie van Solva uiteengezet in haar schrijven dd. 18.05.2018 als reactie op het verzoek namens [de verzoekende partij] om over te gaan tot intrekking van de gunningsbeslissing, meer bepaald dat de verwijzing door [de verzoekende partij] naar post 22.12.20 niet relevant is aangezien de consoles in het deel stabiliteit onder een aparte post voorzien zijn, zodat deze in het deel architectuur niet onder een algemene post kunnen opgenomen worden, kan niet gevolgd worden. De consoles onder post 5.12.7. (deel stabiliteit) hebben niets te maken met de metselwerkondersteuningsconsoles (deel architectuur). De verwijzing van [de verzoekende partij] naar post 22.21.20 is wel degelijk relevant.”

De verzoekende partij verwijst naar de samenstelling van haar eigen eenheidsprijs voor post 22.21.20, waaruit volgens haar blijkt dat de consoles (aldaar ‘geveldraggers’ genoemd) wel degelijk inbegrepen zijn.

12.2. Ten tweede doet de verzoekende partij gelden dat het aanvaarden van de door Wyckaert met betrekking tot post 5.12.7 gemelde leemte en de daaruit voortvloeiende verbeteringen van de offertes, een schending van het gelijkheidsbeginsel inhoudt. De verwerende partij vergelijkt immers een bedrag waarin een gedeelte van de werken dubbel is vervat (meer bepaald de metselwerkondersteuningsconsoles in het gevelmetselwerk) met een inschrijvingsprijs waarin de uit te voeren aannemingswerken wel op een correct wijze zijn opgenomen. Minstens diende de verwerende partij met toepassing van het zorgvuldigheidsbeginsel bij de overige inschrijvers navraag te doen of deze metselwerkondersteuningsconsoles in hun offerteprijs begrepen waren.

Beoordeling

13. Het tweede middel vereist reeds op het eerste gezicht het beslechten van een technisch vraagstuk, namelijk de vraag of metselwerkconsoles

of -dragers “volgens de regels van de kunst” in principe dienen te worden beschouwd als inbegrepen in de posten met betrekking tot gevelmetselwerk (stelling van de verzoekende partij) dan wel of het niet opnemen van metselwerkconsoles of -dragers in de meetstaat om een leemte in het bestek gaat (stelling van de tussenkommende partij en aanvaard door de verwerende partij). Het is niet aan de Raad van State een antwoord te bieden op een dergelijke vraag zonder deskundig advies, dat in de huidige procedure niet kan worden ingepast, zodat de Raad zich tot de volgende vaststellingen moet beperken.

14. Er kan worden opgemerkt dat alle partijen lijken te aanvaarden dat metselwerkondersteuningsconsoles vereist zijn voor de stabiliteit van de gevelopbouw.

15. Er dient voorts te worden vastgesteld dat de voormelde post 22.21.20 geen melding lijkt te maken van dergelijke metselwerkondersteuningsconsoles. Het bestek vereist in de beschrijving van deze post wel de uitvoering van het metselwerk conform post 22.01. Echter blijkt ook deze post geen melding te maken van dergelijk gebruik. Er is in deze laatste post enkel sprake van “de levering en voorbereiding” van alle materialen, wat een dermate vage omschrijving is dat er niet al te veel belang aan lijkt te kunnen worden gehecht betreffende het al dan niet inbegrepen zijn van de betrokken consoles.

Op het eerste gezicht lijkt het geen onzorgvuldige veronderstelling van de verwerende partij dat een post met betrekking tot gevelstenen en bakstenen (de betrokken post 22.21.20), waarbij het bestek louter de eigenschappen van deze stenen omschrijft, niet ook meteen metselwerkondersteuningsconsoles omvat. Dit lijkt des te meer zo indien wordt vergeleken met het besteksdeel stabiliteit waarin metselwerkondersteuningsconsoles wel uitdrukkelijk onder een post van de meetstaat zijn vermeld: post 5.12.7. Aldus lijkt het op het eerste gezicht niet dat de verwerende partij ten onrechte zou hebben besloten dat het wel degelijk om een leemte in de meetstaat gaat.

Aan deze vaststelling lijkt geen afbreuk te worden gedaan door de loutere bewering van de verzoekende partij dat de regels van de kunst in elk geval het gebruik van metselwerkondersteuningsconsoles veronderstellen als deel

van post 22.21.20. Deze bewering wordt alleszins niet voldoende technisch onderbouwd in het debat gebracht om deze in aanmerking te kunnen nemen.

16. Waar de verzoekende partij in het tweede middel eenzelfde of een gelijkaardige schending van het gelijkheidsbeginsel aanvoert als onder het eerste middel, kan worden verwezen naar het onderzoek en de verwerping van dat middel.

17. In de mate dat de verzoekende partij de schending van het zorgvuldigheidsbeginsel aanvoert, kan worden opgemerkt dat geen enkele bepaling aan de aanbestedende overheid lijkt op te leggen om bij het nazicht van leemtes in de meetstaat de overige inschrijvers te bevragen.

18. Ook het tweede middel dient wegens niet ernstig te worden verworpen.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

19. De verzoekende partij voert in het verzoekschrift in het derde middel de schending aan van “art. 79 § 2, art. 86 § 1 en § 4, alsook van de materiële motiveringsplicht van Solva”:

“Doordat Solva de door [de verzoekende partij] verbetering in min met betrekking tot post 6.11. – brandwerende verf niet volledig aanvaardt Terwijl deze verbetering in min doorgevoerd door [de verzoekende partij] terecht is en Solva er niet in slaagt te motiveren waarom deze verbetering niet volledig aanvaard wordt door Solva.”

Volgens de verzoekende partij heeft de verwerende partij ten onrechte de door de verzoekende partij voorgestelde verbetering in min bij de post 6.11 “Brandwerende verf [...]” niet volledig aanvaard. De verwerende partij had dit wel moeten doen, om twee redenen.

19.1. Op de eerste plaats is de door de verwerende partij in aanmerking genomen oppervlakte die brandwerend geverfd moet worden volgens de verzoekende partij, niet correct:

“Volgens Solva moet de volledige onderplaat van de profielen in brandwerende verf voorzien worden. Het heeft technisch echter geen zin om de volledige onderplaat in brandwerende verf te voorzien, aangezien de bovenzijde aan de profielen gelast dient te worden. Brandwerende verf aan de bovenzijde is dus volkomen nutteloos. Meer zelfs, deze zorgt voor een slechte hechting... Een behandeling met brandwerende verf is bijgevolg technisch niet aangewezen.”

19.2. De redenering van de verwerende partij met betrekking tot de in aanmerking te nemen oppervlakte die brandwerend geverfd moet worden, is voorts niet consequent:

“In de door detailberekening van de door Solva aanvaarde hoeveelheid [sic] worden profielen die volledig ingestort zijn in bepaalde gevallen wel voorzien om brandwerend geschilderd te worden, in andere gevallen niet. Er is geen enkele technische basis om een onderscheid te maken tussen de verschillende types van ingestorte profielen. Solva slaagt er aldus niet in om de door haar weerhouden hoeveelheid te motiveren.”

Beoordeling

20. Ook het derde middel vereist *prima facie* het beslechten van een technische vraagstelling, namelijk of de door de verzoekende partij voorgestelde aanpassing in min van de oppervlakte die met brandwerende verf dient te worden behandeld, al dan niet terecht maar voor een deel werd aanvaard door de verwerende partij.

21. In het derde middel voert de verzoekende partij in wezen een feitelijke kritiek aan op het slechts gedeeltelijk aanvaarden door de aanbestedende overheid van de door haar voorgestelde verbetering in min betreffende post 6.11 “Brandwerende verf [...]”.

Zij vraagt de Raad van State aldus om in de plaats van de aanbestedende overheid te bepalen wat de juiste oppervlakte is die met brandwerende verf moet worden behandeld. De Raad van State is daartoe echter niet bekwaam zonder deskundig advies, dat te dezen niet kan worden ingepast in de onderhavige procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

In elk geval moet worden vastgesteld dat het derde middel wordt aangebracht als een loutere bewering, die amper *in concreto* onderbouwd wordt. Het volstaat niet dat een inschrijver zijn eigen visie op de feiten en de beoordeling van de offertes tegenover deze van de aanbestedende overheid stelt, opdat daarmee de rechtmatigheid van een gunningsbeslissing afdoende zou worden ondergraven teneinde de schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing te bevelen.

Het derde middel wordt niet ernstig bevonden.

VIII. Besluit en kosten

22. Geen van de drie middelen is aanvaard. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient bijgevolg te worden verworpen.

23. Het is gepast, gelet op het verdere procedureverloop, de kosten, de rechtsplegingsvergoedingen inbegrepen, in beraad te houden.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Algemene Ondernemingen Robert Wyckaert tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verworpt de vordering.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 21 juni 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