

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 242.833 van 30 oktober 2018
in de zaak A. 226.361/XII-8626**

In zake: de NV ANTWERP RECYCLING COMPANY
bijgestaan en vertegenwoordigd
door advocaat Joost Bosquet
kantoor houdend te 2650 Antwerpen (Edegem)
Mechelsesteenweg 326
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD ANTWERPEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Annelies Verlinden
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 106
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 8 oktober 2018, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[d]e beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de Stad Antwerpen van 21 september 2018 waarbij de gunning wordt goedgekeurd voor het afsluiten van een raamovereenkomst voor het overslaan en vervoeren naar een erkende verwerker van bouw- en sloopafval, op basis van bestek GAC_2018_00213, aan Bruco Containers nv”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 23 oktober 2018, om 11.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Joost Bosquet en Gert Op De Beeck, die verschijnen voor de verzoekende partij, en advocaat Florence Van Durme, die *loco* advocaat Annelies Verlinden verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste 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. De stad Antwerpen, vertegenwoordigd door de Gemeenschappelijke Aankoopcentrale, schrijft een overheidsopdracht voor diensten uit voor het sluiten van een raamovereenkomst betreffende het overslaan en vervoeren naar een erkende verwerker van bouw- en sloopafval.

De opdracht wordt gegund met een openbare procedure en wordt geraamd op 338.467,25 euro per jaar, btw niet inbegrepen.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Supplement bij het

Publicatieblad van de Europese Unie op 10 juli 2018 en in het Bulletin der Aanbestedingen op 9 juli 2018.

3.3. Het bestek met nr. GAC_2018_00213 vermeldt als gunningscriteria ‘prijs’ (40 %), ‘afstand tot de overslagplaats’ (40 %) en ‘duurzaamheid van de dienstverlening en kwaliteit van de uit te voeren opdracht’ (20 %).

‡DAKSLCJFA-BDFDCHV‡

3.4. Drie inschrijvers dienen een offerte in, waaronder de verzoekende partij.

3.5. In het verslag van nazicht van de offertes wordt de offerte van één van de inschrijvers substantieel onregelmatig bevonden omdat de inschrijver geen Uniform Europees Aanbestedingsdocument bij zijn offerte heeft gevoegd.

Bij de offerte van de verzoekende partij wordt in het verslag van nazicht vastgesteld dat de totale offerteprijs 35 % boven het beschikbaar budget ligt en dus niet te aanvaarden is, zodat wordt beslist deze offerte te weren.

Na toetsing van enkel de offerte van nv Bruco Containers aan de gunningscriteria, wat resulteert in een score van 97/100 punten, wordt voorgesteld om de opdracht te gunnen aan die inschrijver.

3.6. Op 21 september 2018 beslist het college van burgemeester en schepenen van de stad Antwerpen om de opdracht te gunnen aan de nv Bruco Containers “als enige regelmatige inschrijver”. De offerte van de verzoekende partij wordt in die beslissing “onregelmatig bevonden omdat de totale offerteprijs van de inschrijver onaanvaardbaar is. De totaalprijs ligt namelijk 35 % boven het beschikbare budget”.

Met een op 24 september 2018 gedateerde aangetekende brief deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat de opdracht niet aan haar werd gegund.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

4. De verwerende partij werpt een exceptie van onontvankelijkheid van de vordering op, omdat de verzoekende partij bij die vordering geen belang zou hebben, aangezien zij de opdracht in geen geval gegund kan krijgen. Haar offerte is immers ruimschoots boven het beschikbaar budget en bijgevolg

onaanvaardbaar voor de verwerende partij. De verwerende partij bevond zich in de absolute onmogelijkheid om de offerte van de verzoekende partij goed te keuren.

5. De verwerende partij werpt een vergelijkbare exceptie van niet-ontvankelijkheid op bij het enig middel.

Beoordeling

6. Een inschrijver van wie de offerte is geweerd wegens onregelmatigheid, heeft in principe geen belang om de gunning van een overheidsopdracht aan een concurrerende inschrijver aan te vechten, tenzij uit de middelen blijkt dat zijn offerte ten onrechte onregelmatig werd verklaard of dat de opdracht aan geen enkele inschrijver rechtsgeldig mocht worden gegund.

Het enig middel van de verzoekende partij strekt er te dezen juist toe te doen vaststellen voor recht dat haar offerte ten onrechte werd geweerd.

De beoordeling van de excepties van gebrek aan belang hangt dan ook samen met de beoordeling van dat middel.

V. Schorsingsvoorwaarden

7.1. 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.

7.2. 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

8. De verzoekende partij voert in een enig middel de schending aan van artikel 76 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur, het legaliteitsbeginsel en rechtsstaatbeginsel als algemene rechtsbeginselen, het gelijkheidsbeginsel zoals vastgelegd in artikel 4 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016) en als algemeen rechtsbeginsel en beginsel van behoorlijk bestuur, het daarin begrepen verbod op willekeur en de ontstentenis van de rechtens vereiste feitelijke en juridische grondslag.

Zij acht deze bepalingen en beginselen geschonden, onder meer doordat de bestreden beslissing de in het geding zijnde raamovereenkomst gunt aan de volgens de beslissing enige regelmatige inschrijver de nv Bruco Containers en daarbij de offerte van verzoekende partij uit de procedure weert wegens onregelmatig gelet op een te dure of een zogenaamd “onaanvaardbare” offerteprijs, terwijl het regelmatigheidsonderzoek van de offertes zorgvuldig dient te gebeuren, terwijl een onaanvaardbare offerte als begrip binnen de regelgeving

‡DAKSLCJFA-BDFDCHV‡

overheidsopdrachten enkel voorkomt in artikel 38 van de wet overheidsopdrachten 2016, om het gebruik van een mededingingsprocedure met onderhandeling te verantwoorden, en de rechtsgrond voor de wering van een onaanvaardbare offerte ontbreekt, zodat de bestreden beslissing, losstaand van enig deugdelijk regelmatigheidsonderzoek, zonder dat er immers sprake is van een schijnbaar abnormale prijs en bijhorende prijsbevraging, de in het middel opgenomen artikelen en beginselen schendt.

Beoordeling

9. Uit de bestreden gunningsbeslissing van 21 september 2018 blijkt duidelijk dat de offerte van de verzoekende partij “onregelmatig [wordt] bevonden omdat de totale offerteprijs van de inschrijver onaanvaardbaar is. De totaalprijs ligt namelijk 35 % boven het beschikbare budget”.

Tevens wordt in deze beslissing verwezen naar de beoordeling van “de enige geselecteerde en regelmatige offerte” en gesteld dat de opdracht wordt gegund “aan de enige, regelmatige inschrijver”. Ook uit deze bewoordingen lijkt *a contrario* te moeten worden afgeleid dat de offertes van de overige twee inschrijvers, waaronder dus ook de offerte van de verzoekende partij, onregelmatig werden bevonden.

10. In het verslag van nazicht, waar de bestreden gunningsbeslissing naar verwijst, wordt de offerte van de verzoekende partij in het kader van het “Algemeen regelmatigheidsonderzoek” als “in orde” bevonden “wat de regelmatigheid van de offertes betreft”.

Daarentegen wordt onder het daaropvolgende kopje “Prijsonderzoek” vastgesteld:

“De aanbestedende overheid onderwierp de offertes aan een prijsonderzoek. De aanbestedende overheid is van oordeel dat de totale offerteprijs van inschrijver Antwerp Recycling Company nv onaanvaardbaar is en beslist deze offerte niet verder te beoordelen.
De totaalprijs van Antwerp Recycling Company nv ligt 35% boven het beschikbaar budget en daarom kan de aanbestedende overheid deze prijs niet aanvaarden.

De aanbestedende overheid acht de totale offerteprijs van de andere inschrijver wel aanvaardbaar”.

11. Overeenkomstig artikel 83 van de wet overheidsopdrachten 2016 en het in het middel geschonden geachte artikel 76 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 gaat de aanbestedende overheid na of de offertes regelmatig zijn.

Overeenkomstig artikel 35 van hetzelfde besluit onderwerpt de aanbestedende overheid de ingediende offertes aan een prijs- of kostenonderzoek.

12. Dat de verwerende partij te dezen beoogde toepassing te maken van de voormelde wettelijke en reglementaire bepalingen blijkt uit de aanhef van de bestreden beslissing, waarin onder meer naar deze bepalingen als “juridische grond” voor de bestreden beslissing wordt verwezen.

Ook uit het verslag van nazicht blijkt dat de verwerende partij het door haar uitgevoerde “aanvaardbaarheidsonderzoek” zelf situeert in het kader van een prijsonderzoek.

Doch, anders dan de verwerende partij dit ziet, lijkt een “onaanvaardbare prijs”, op zichzelf en zonder nader onderzoek met prijsbevraging, evenwel geen rechtsgeldig motief te kunnen zijn om in het kader van het prijsonderzoek tot onregelmatigheid van de offerte van de verzoekende partij te mogen besluiten en deze te weren.

In de mate dat de verwerende partij het zogenoemd onaanvaardbaar karakter van de totale offerteprijs afleidt uit een overschrijding van het beschikbare budget valt overigens op te merken dat dit budget nergens in de opdrachtdocumenten lijkt te zijn vermeld noch lijkt het dat dit kon worden geraadpleegd en de inschrijvers aldus hiervan kennis hadden of konden hebben bij de indiening van hun offertes.

Op het eerste gezicht voorzien de hiervoor vermelde wettelijke en reglementaire bepalingen inzake het prijsonderzoek bovendien nergens in de mogelijkheid van een zogenoemd “aanvaardbaarheidsonderzoek” in het kader van

‡DAKSLCJFA-BDFDCHV‡

het prijsonderzoek. Dit laatste lijkt dus doorgang te hebben gevonden op een wijze die niet in te passen is in de regels inzake het prijsonderzoek, minstens is het gebeurd met schending van de zorgvuldigheidsplicht.

13. Het voormelde artikel 35 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, waar de bestreden beslissing naar verwijst, betreft voorts slechts het algemeen prijs- of kostenonderzoek dat dient te worden onderscheiden van een eventueel navolgende formele onderzoeksprocedure naar abnormale prijzen of kosten, zoals vervat in artikel 36 van het voormelde besluit.

Het laatstgenoemde artikel bepaalt dat, indien uit het prijs- of kostenonderzoek overeenkomstig artikel 35, blijkt dat er prijzen of kosten worden aangeboden die abnormaal laag of hoog lijken – beslissing die de aanbestedende overheid dus op de eerste plaats moet nemen - zij een bevraging van deze prijzen of kosten dient uit te voeren.

In het kader van het prijsonderzoek lijkt de offerte van een inschrijver dan ook niet onregelmatig te mogen worden bevonden en te worden geweerd wegens een abnormale prijs, ook al is het zo dat deze prijs te dezen als “onaanvaardbaar” wordt bestempeld, zonder dat die inschrijver over die prijs voorafgaand is bevraagd.

14. Het voormelde prijsonderzoek lijkt ook te moeten worden onderscheiden van het geval waarbij aan een gunningsprocedure geen gevolg wordt gegeven omdat slechts “onaanvaardbare” prijzen worden ingediend.

Het begrip “onaanvaardbare offertes” lijkt door de wetgever immers uitsluitend te worden gehanteerd in artikel 38, § 1, 2°, van de wet overheidsopdrachten 2016 overeenkomstig welke bepaling een aanbestedende overheid gebruik kan maken van een mededigingsprocedure met onderhandeling met betrekking tot werken, leveringen of diensten waarvoor, naar aanleiding van een openbare of niet-openbare procedure, enkel onregelmatige of “onaanvaardbare” offertes werden ingediend.

In de bestreden beslissing lijkt de verwerende partij dan ook ten onrechte het begrip “onaanvaardbare prijs” te hebben binnengebracht in het prijsonderzoek.

15. In de mate dat de verwerende partij nog betoogt dat geen enkele zorgvuldige overheid een opdracht kan gunnen aan een inschrijver waarvan het offertebedrag boven het beschikbare budget ligt, lijkt zij zelf voorbij te gaan aan artikel 85 van de wet overheidsopdrachten 2016, overeenkomstig welke bepaling het volgen van een procedure geen verplichting inhoudt voor de aanbestedende overheid tot het gunnen of het sluiten van de opdracht.

Het feit dat er te dezen geen mogelijkheid zou zijn om te besluiten tot stopzetting van de procedure en tot gunning via een mededingingsprocedure met onderhandeling met toepassing van artikel 38, § 1, 2° van de wet overheidsopdrachten 2016, zoals de verwerende partij betoogt, omdat er hier ook een offerte met een aanvaardbare prijs zou zijn ingediend, lijkt *prima facie* geen afbreuk te doen aan de algemene mogelijkheid tot stopzetting van de procedure en het aangaan van een andere dan de voormelde onderhandelingsprocedure. Evenzeer zou de aanbestedende overheid de bestreden beslissing kunnen intrekken en de procedure deels kunnen overdoen, waarbij ditmaal de verzoekende partij wordt bevraagd over haar prijzen. Aldus lijken ook de excepties te moeten worden verworpen aangezien het niet vast staat dat de opdracht op geen enkele wijze nog ooit aan de verzoekende partij zou kunnen worden gegund.

16. Het enig middel is in de besproken mate ernstig.

VII. Besluit

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

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

‡DAKSLCJFA-BDFDCHV‡

BESLISSING

De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de Stad Antwerpen van 21 september 2018 waarbij een raamovereenkomst voor het overslaan en vervoeren naar een erkende verwerker van bouw- en sloopafval, op basis van bestek GAC_2018_00213, aan de nv Bruco Containers wordt gegund.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 30 oktober 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