

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 243.419 van 17 januari 2019

in de zaak A. 226.940/XII-8661

In zake:

1. de NV ALGEMENE ONDERNEMINGEN HIMPE
2. de BVBA GWM ARCHITECTEN
samen vormend een tijdelijke vennootschap
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Isabelle Cooreman
kantoor houdend te 1082 Brussel
Keizer Karellaan 586 bus 9
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

GO! ONDERWIJS VAN DE VLAAMSE GEMEENSCHAP
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Marc Cottyn
kantoor houdend te 9300 Aalst
Leopoldlaan 48
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partijen:

1. de NV VUYLSTEKE-NV EIFFAGE
2. de NV ANTWERPSE BOUWWERKEN
3. de BVBA ARCHITECTUURBUREAU DIRK MARTENS
samen vormend het consortium
Eiffage Vlaanderen-Architectuurbureau Dirk Martens bvba
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Joost Bosquet
kantoor houdend te 2650 Edegem
Mechelsesteenweg 326
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 13 december 2018, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de

XII-8661-1/13

“gunningsbeslissing van 3 december 2018 van GO! Onderwijs van de Vlaamse Gemeenschap waarbij de overheidsopdracht voor aanneming van werken – Evergem – BS Het Molenschip – Design & Build GO/21502/227723002/2018/3440/HDJ wordt gegund aan het consortium Eiffage Vlaanderen – ABDM Pittemstraat 56 te 8760 Meulebeke, tegen het nagerekende gunningsbedrag van 3.877.029,52 EUR incl. BTW”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 4 januari 2019 hebben de nv Vuylsteke-Eiffage, de nv Antwerpse Bouwwerken, de bvba Architectuurbureau Dirk Martens, samen vormend het consortium Eiffage Vlaanderen-Architectuurbureau Dirk Martens bvba (hierna: Eiffage Vlaanderen-ABDM), gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 11 januari 2019, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Bram Tollet, die *loco* advocaat Isabelle Cooreman verschijnt voor de verzoekende partijen, advocaat Patrick Jacobs, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaten Gert Op De Beeck en Valerie De Bruyckere, die *loco* advocaat Joost Bosquet verschijnen voor de tussenkomende partijen, zijn gehoord.

Auditeur Frederic Eggermont 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 “aanneming van werken — Evergem — BS Het Molenschip — Design & Build GO/21502/227723002/2018/3440/HDJ” uit.

Het betreft een niet-openbare procedure.

3.2. Op 23 maart 2018 publiceert de verwerende partij in het Bulletin der Aanbestedingen de oproep tot aanvraag tot deelneming en de selectieleidraad.

Wat het voorwerp van de opdracht betreft, wordt in de beschrijving ervan vermeld:

“De projectdefinitie beschrijft in grote lijnen de volgende opdracht: Nieuwbouw basisschool Het Molenschip te Evergem. Het indicatieve bouwbudget is 3.5 mln. euro incl. BTW en erelonen. Met het oog op bewaking van kosten en termijnen, werd beslist de opdracht uit te voeren via een ‘DB-formule’, met name één overheidsopdracht voor ontwerp én uitvoering van de geleverde diensten en werken tot de definitieve oplevering door de Opdrachtnemer”.

Ook in de selectieleidraad wordt vermeld: “Het indicatieve bouwbudget is 3.5 mln. euro incl. BTW en erelonen”.

In de projectdefinitie, gehecht als bijlage bij de selectieleidraad, wordt echter het volgende meegedeeld:

“Dit budget is een absoluut maximum en mag dus niet overschreden worden. Dit budget moet alles omvatten om het project in afgewerkte toestand op te leveren! De maximale bruto-oppervlakte is geen must, het project realiseren binnen het budget wel!
Budget der werken: 3.500.000 incl. btw
Dit is een totaalbudget, hierin is alles begrepen: btw (6% voor bouw- en omgevingwerken / 21% voor diensten), erelonen, EPB-verslaggever, veiligheidscoördinator, omgevingswerken, ...”

3.3. Drie kandidaten dienen een aanvraag tot deelneming in, waaronder de verzoekende partijen, de nv Vandenbussche en Eiffage Vlaanderen-ABDM.

Zij worden allen geselecteerd.

3.4. Op 31 mei 2018 krijgen de geselecteerde kandidaten een uitnodiging om een offerte in te dienen conform de bepalingen en modaliteiten van het bestek.

Het bestek vermeldt aangaande het bouwbudget het volgende:

“Budget 3.500.000 euro incl. btw.

Dit budget is een absoluut maximum en mag dus niet overschreden worden. Dit budget omvat alles om het project (gebouwen en bijhorende omgeving) gebruiksklaar en afgewerkt te realiseren!

Dit is een totaalbudget, hierin is m.a.w. alles inbegrepen:

- . Nieuwbouw + omgevingsaanleg (6% btw incl.),
- . Erelonen (21% btw incl.),
- . EPB-verslaggeving,
- . Veiligheidscoördinatie,
- [...]”

Deel 6/2 van het bestek voorziet in de volgende controle van het budget:

AFTOETSING BUDGET	
totale kostprijs* project incl btw	<input type="text"/> euro
* kostprijs all-in	
budget	3 500 000,00 euro
verschil	-3.500.000,00 euro

3.5. Alle geselecteerde kandidaten dienen een offerte in, twee met een inschrijvingsprijs net onder de 3,5 miljoen euro, waaronder de verzoekende partijen, en de gekozen inschrijvers met een prijs van 3.877.029,52 euro, dus boven het voormelde bedrag van 3,5 miljoen euro.

3.6. In het verslag van nazicht worden alle offertes als regelmatig beschouwd.

De globale prijs, die wordt gequoteerd op 30 van de 100 punten, wordt beoordeeld als volgt: $30 \times \text{laagste prijs} / \text{Opgegeven prijs}$.

Op het eerste gunningscriterium van de prijs krijgen de verzoekende partijen 29,99 op 30 punten met als beoordeling: “De offerte situeert zich rond het opgegeven projectbudget, met een verschil in [min] van 610,76 euro”. De gekozen inschrijvers krijgen 27,06 op 30 punten met als commentaar: “Deze offerte zit boven het projectbudget, namelijk 377.029,55 euro of 10,77 %”. Dit uit zich ook in de toegekende punten voor dit criterium [...].”

Met inbegrip van de quoteringen op de overige gunningscriteria, namelijk vormgeving en architectuur; technische installaties; jaarlijkse kostprijs onderhoud, krijgen de verzoekende partijen 83,24 op 100 punten en de gekozen inschrijvers 86,06 op 100.

Voorgesteld wordt te gunnen aan Eiffage Vlaanderen - ABDM, die als de meest voordelige regelmatige inschrijver wordt gerangschikt, tegen het inschrijvingsbedrag van 3.877.029,52 euro, btw inbegrepen.

3.7. Op 3 december 2018 beslist de verwerende partij dit voorstel te volgen.

Dit is de bestreden beslissing.

Met een brief van 3 december 2018 deelt de verwerende partij de gemotiveerde gunningsbeslissing en het verslag van nazicht mee aan de verzoekende partijen.

IV. Tussenkost

4. Het consortium Eiffage Vlaanderen-ABDM blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet zijn verzoek tot tussenkost worden ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

Exceptie

5. De tussenkomen de partijen werpen op dat de verzoekende partijen, met overtreding van artikel III. 49, §1, van het Wetboek van economisch recht, als tijdelijke vennootschap geen inschrijving hadden in de Kruispuntbank van Ondernemingen op het ogenblik van het inleiden van het verzoekschrift voor de activiteiten die de overheidsopdracht vergt waartoe de bestreden beslissing werd genomen. Met toepassing van artikel III.26, § 2, van het voormelde wetboek moet de vordering dus worden verworpen als onontvankelijk. Daarbij beroepen de tussenkomen de partijen zich op die bepaling zoals ze met artikel 59 van de wet van 15 april 2018 ‘houdende hervorming van het ondernemingsrecht’ werd gewijzigd.

Beoordeling

6. De voormelde wet van 15 april 2018 is weliswaar volgens haar artikel 260 reeds in werking getreden op 1 november 2018, maar artikel 257 van die wet bepaalt:

“§ 1. Onverminderd artikel 260, derde lid, beschikken de ondernemingen die op de datum van inwerkingtreding van deze wet niet verplicht waren zich te laten inschrijven in de hoedanigheid van handels-, ambachtsonderneming of niet-handelsoonderneming naar privaat recht maar die krachtens deze wet als inschrijvingsplichtige ondernemingen worden beschouwd, over een termijn van zes maanden, te rekenen vanaf de inwerkingtreding van deze wet, om zich in die hoedanigheid bij een ondernemingsloket van hun keuze te laten inschrijven [...]”

7. Uit het voormelde artikel 257, § 1, volgt dus dat de redenering van de tussenkomen de partijen, die inhoudt dat de vordering van de verzoekende partijen wegens miskennenning van artikel III.26 van het Wetboek van economisch recht onontvankelijk is, niet lijkt te kunnen worden bijgeval len, gelet op de overgangsperiode die nog loopt.

8. De voorgaande vaststelling volstaat om de exceptie te verwerpen, reeds ongeacht het feit dat de verzoekende partijen ter terechtzitting

betogen dat de betrokken inschrijving ondertussen is doorgevoerd, zonder dat zulks wordt tegengesproken door de tussenkomende partijen.

VI. Schorsingsvoorwaarden

9. 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.

10. 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.

VII. Onderzoek van het eerste middel

Uiteenzetting van het middel

11. De verzoekende partijen voeren in het eerste middel de schending aan van “ het transparantiebeginsel, het vertrouwensbeginsel en het *patere legem quam ipse fecisti*-beginsel en artikel 76 KB Plaatsing”,

“Doordat de opdracht wordt gegund aan Eiffage voor een prijs van 3.877.029,52 EUR incl. BTW.

Terwijl, het bestek stelt dat voor huidige opdracht een absoluut maximumbudget van 3.500.000 EUR incl. BTW werd voorzien dat niet overschreden mag worden.

Zodat, de offerte van Eiffage onregelmatig moet worden verklaard en de opdracht moet worden gegund aan de volgend gerangschikte, zijnde de verzoekende partij”.

De verzoekende partijen betogen in de toelichting bij hun eerste middel:

“In casu is het duidelijk dat:

- De toelating om het budget te overschrijden een discriminerend voordeel biedt aan Eiffage.

- De overschrijding van het budget heeft Eiffage slechts een verlies van 3 punten opgeleverd voor het gunningscriterium prijs (30%), maar heeft haar anderzijds in de gelegenheid gesteld om beter te scoren dan zij anders had gedaan op de twee andere gunningscriteria goed voor 70%.
- Verzoekende partijen en de nv Vandenbussche, dewelke wel rekening hebben gehouden met dit maximumbudget, scoren weliswaar beter op het gunningscriterium prijs (30%), maar een hoger budget had hen meer dan waarschijnlijk toegelaten om beter te scoren op de andere gunningscriteria
- Meer in het algemeen is het zeker dat indien op voorhand geweten zou zijn dat het budget kon worden overschreden, dit ongetwijfeld de voorbereiding van de offertes had beïnvloed en finaal andere offertes had uitgelokt. Minstens is dit onmogelijk uit te sluiten.

- De *a posteriori* toelating om het budget te overschrijden de vergelijkbaarheid van de offertes in het gedrang brengt, gezien twee inschrijvers zich hebben gehouden aan dit maximumbudget en één inschrijver niet. Het niet moeten in acht nemen van deze beperking laat een andere aanpak toe waarbij meer kan worden ingezet op de kwalitatieve gunningscriteria goed voor 70%”.

Beoordeling

12. Artikel 76 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’, als geschonden aangemerkt in het verzoekschrift, luidt:

“§ 1. De aanbestedende overheid gaat na of de offertes regelmatig zijn. De offerte kan substantieel of niet substantieel onregelmatig zijn. Een offerte is substantieel onregelmatig wanneer ze van aard is de inschrijver een discriminerend voordeel te bieden, tot concurrentievervalsing te leiden, de beoordeling van de offerte van de inschrijver of de vergelijking ervan met de andere offertes te verhinderen, of de verbintenis van de inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onbestaande, onvolledig of onzeker te maken. De volgende onregelmatigheden worden met name als substantieel beschouwd: [...].

13. De verwerende partij betoogt in haar nota dat de verzoekende partijen er niet in slagen aan te tonen dat de overschrijding van het budget een substantiële onregelmatigheid uitmaakt. De verwerende partij verwijst ten bewijze van haar stelling naar de gebruikte bewoordingen in het bestek zoals “must “ en “maximum” maar meent dat deze woorden slechts een “incentive” inhouden. Voorts doet zij gelden dat het bestek inzake budgetoverschrijding niet in een sanctie voorziet.

14. Uit de gebruikte bewoordingen van het bestek, geëxpliciteerd door allerlei benadrukkingen, volgt dat het bedrag van 3,5 miljoen euro het hoogste bedrag is, dat mag worden aangerekend. De interpretatiemarge bij het gehanteerde woordgebruik in het Bulletin der Aanbestedingen lijkt niet dusdanig te mogen worden ingevuld dat die in het nadeel van de verzoekende partijen speelt. In een andere procedure, zo erkent de verwerende partij, achtte zij het nodig om via een toelichtende nota te verduidelijken dat de overschrijding van het totaalbudget “niet automatisch gesanctioneerd [wordt] met een uitsluiting dan wel een automatische onregelmatigheidsverklaring”. Bij de huidige opdracht blijkt zij echter niets dergelijks te hebben gedaan. Nu de verwerende partij hiermee – minstens impliciet – toegeeft dat budgettaire bepalingen inzake een “all-in offerte” verduidelijking nodig hebben teneinde ze te kunnen herleiden tot niet – sub-

stantieel, moet bij gebrek aan een dergelijke relativering worden aangenomen dat de gebruikte bewoordingen inhouden dat 3,5 miljoen euro het hoogste bedrag is dat mocht worden aangerekend. Ook in haar nota spreekt de verwerende partij over “een plafond”. Dat de woorden “must” en “maximum” volgens haar niet meer zijn dan “een incentive voor de geïnteresseerde partijen”, lijkt in die context niet aannemelijk, alsook in dit geval de redenering van de tussenkomende partijen dat het budget “inherent een wijzigbaar gegeven” is.

De enkele omstandigheid dat er geen sanctie wordt bepaald in het bestek, indien de inschrijver het “absoluut maximum” van het bouwbudget overschrijdt, lijkt op zich niet in te houden dat niet aan dat vereiste moet zijn voldaan, noch dat artikel 76 van het hiervoor vermelde koninklijk besluit van 18 april 2017 niet moet worden toegepast, indien is voldaan aan de voorwaarden. De verzoekende partijen mochten redelijkerwijze uit de reeds aangehaalde woorden “totaalbudget” en de zinsnede “een absoluut maximum en mag dus niet overschreden worden” afleiden welk belang er wordt gehecht aan het zich houden aan het budget, namelijk dat het essentieel wordt geacht.

Gelet op hetgeen voorafgaat, lijkt de gekozen offerte, die een prijs voorstelt, die hoger ligt dan het “absoluut maximum” bepaald in het bestek, dus substantieel onregelmatig want van die aard om de gekozen inschrijver een discriminerend voordeel te bieden of de vergelijking met de andere offertes die zich wel onder dat maximum bevinden, te verhinderen. Door deze offerte niet als substantieel onregelmatig te hebben geweerd, heeft de verwerende partij gehandeld met schending in van het hiervoor aangehaalde artikel 76.

15. De tussenkomende partijen delen in hun verzoekschrift tot tussenkomst uitdrukkelijk mee dat “zij telefonisch op de hoogte werd[en] gebracht door de projectmanager van GO! dat het overschrijden van dit maximumbudget niet noodzakelijk aanleiding zou geven tot de onregelmatigheid van de offerte”.

De tussenkommende partijen vervolgen:

“Dit telefonisch onderhoud vormde een aanvulling en toelichting bij het bestek gelijk te schakelen met de aanvullende toelichtingen die betreffende het initiële bestek werden meegedeeld”.

Ook de tussenkommende partijen lijken in de relativering van het totaalbudget dus geen probleem te ontwaren.

In de nota vermeldt de verwerende partij hierover:

“Zoals ze schrijft in haar verzoekschrift, klaagde Himpe de gunning van de overheidsopdracht aan een inschrijver met een offerte boven het maximumbudget telefonisch aan bij de projectmanager van verwerende partij. Deze antwoordde dat het te hanteren plafond gerelativeerd werd in een toelichtende nota, volgend op een vraagstelling van een inschrijver. Deze informatie bevatte echter een materiële vergissing, in die zin dat de toelichtende nota deel uitmaakte van een ander DB-project (GO/14702/28508001/2018/3460/LDM), en dus niet van het litigieuze project [...]”.

Ofwel werden aldus enkel de tussenkommende partijen vóór de indiening en opening van de offertes telefonisch op de hoogte gesteld van “de aanvulling en toelichting” in kwestie, ofwel werd aan die partijen verkeerde informatie meegedeeld wegens een verwarring met een ander DB-project. Wat er van deze kwestie ook mag zijn, het bestaan van een discriminerend voordeel of een verhindering van een vergelijking van de offertes, lijkt voldoende aannemelijk. Te dezen hebben de tussenkommende partijen zich immers veroorloofd hun offerte op te stellen zonder dat zij zich beperkt wisten door een maximum budget. De andere inschrijvers daarentegen hebben bij het opstellen van hun offerte blijkbaar rekening gehouden met de betrokken beperking hetgeen redelijkerwijze hun mogelijkheden voor vormgeving en architectuurconcept heeft moeten beïnvloeden.

16. Het verschil tussen de gekozen inschrijvers en de verzoekende partijen bedraagt 2,82 op 100 punten. De tussenkommende partijen stellen in het verzoekschrift tot tussenkomst daaromtrent nog:

“Het relatieve verschil in de rangschikking wordt [...] veroorzaakt door de score op het tweede gunningscriterium ‘vormgeving en architectuur’, waarin voornamelijk de conceptuele invulling een rol heeft gespeeld (subgunningscriterium 2.1.). Dergelijk concept is meer dan een kostenaspect voornamelijk een esthetisch en ruimtelijk gegeven, dat niet gerelateerd is aan de prijszetting”.

Dat het concept volgens de tussenkomenende partijen “voornamelijk” een esthetisch en ruimtelijk gegeven is, houdt dus volgens hen in dat het relatieve verschil in de eerste plaats wordt verklaard door de conceptuele invulling van de opdracht die “meer [is] dan een kostenaspect”, doch daarbij sluiten zij aldus dit “kostenaspect” niet uit .

Prima facie volstaat het hierbij te herhalen dat het beperkte totale puntenverschil door de verzoekende partijen had kunnen worden overbrugd met een andere conceptuele invulling vanuit de idee dat het vooropgestelde budget slechts indicatief was. Het lijkt daarbij niet verplicht dat verzoekende partijen reeds in hun verzoekschrift dienden te verduidelijken hoe zij die andere invulling zagen.

17. De voormelde overwegingen nopen ertoe het middel ernstig te bevinden.

VIII. Besluit

18. Het eerste middel is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden ingewilligd. Het belang van de verzoekende partijen is daardoor voldoende gediend, zonder dat het nodig is het tweede middel te onderzoeken.

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.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Vuylsteke - Eiffage, de nv Antwerpse Bouwwerken, de bvba Architectuurbureau Dirk Martens, samen vormend het consortium Eiffage Vlaanderen-Architectuurbureau Dirk Martens bvba, tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van 3 december 2018 van GO! Onderwijs van de Vlaamse Gemeenschap waarbij de overheidsopdracht voor werken – Evergem – BS Het Molenschip – Design & Build GO/21502/227723002/2018/3440/HDJ wordt gegund aan het consortium Eiffage Vlaanderen – ABDM, tegen het gunningsbedrag van 3.877.029,52 euro, btw inbegrepen.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 17 januari 2019, 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