

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 243.668 van 12 februari 2019

in de zaak A. 227.194/XII-8681

In zake: de NV MONUMENT VANDEKERCKHOVE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Eva Roels en Aurora Hoet
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
Spinnerijstraat 99/22
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de KATHEDRALE KERKFABRIEK SINT-BAAFS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Paul Aerts
kantoor houdend te 9000 Gent
Coupure 5
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partijen:

1. de NV ARTES WOUDEMBERG
 2. de NV ARTES DEPRET
 3. de NV ARTES ROEGIERS
- samen vormend een tijdelijke vennootschap
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jos Timmermans
kantoor houdend te 9300 Aalst
Leo de Béthunelaan 46
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 15 januari 2019, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van 31 december 2018 van de Kathedrale Kerkfabriek waarbij de overheidsopdracht voor de uitvoering van werken aan de Sint-Baafskathedraal te

XII-8681-1/12

Gent wordt gegund aan de tijdelijke vennootschap Artes Woudenberg – Artes Depret – Artes Roegiers.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 25 januari 2019 hebben de nv Artes Woudenberg – de nv Artes Depret – de nv Artes Roegiers samen vormend een tijdelijke vennootschap gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 5 februari 2019, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Aurora Hoet, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Paul Aerts, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Jos Timmermans, die verschijnt 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 voor werken uit met als voorwerp: “Sint-Baafskathedraal te Gent – deeldossier 1 (= DD1): integratie van een bezoekerscentrum (hefboomproject) en restauratie van de Kranskapellen – Part 1 (= P1) – bouwkundige werken: restauratieve ingrepen,

nieuwe toegevoegde elementen en stabiliteit – Part 2 (= P2) – Technieken – elektriciteit, HVAC en sanitair”.

Het betreft een openbare procedure. De gunningscriteria zijn 1. prijs, 2. Projectplanning en management en 3. Uitvoeringsdetails.

Het bijzonder bestek bepaalt onder “Deel 1 — Algemene bepalingen, KB van 18 april 2017 Plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren”:

“Art. 79 §2 - Verbetering vermoedelijke hoeveelheden
De verbetering van de vermoedelijke hoeveelheden is NIET toegestaan.”

3.2. De overheidsopdracht wordt op 12 oktober 2018 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen.

3.3. Drie offertes worden ingediend, waaronder die van de verzoekende partij en die van de tijdelijke vennootschap Artes Woudenberg – Artes Depret – Artes Roegiers, de tussenkomende partij.

De verzoekende partij voegt bij haar offerte een afzonderlijke nota met opmerkingen, onder meer met betrekking tot artikel 37.B.a van de meetstaat:

“ 2. Opmerkingen

Art. 37.B.a. Aanlijmen rollagen Rechtlignig

Wij hebben vanzelfsprekend de meetstaat nagezien op eventuele fouten in zowel de forfaitaire als vermoedelijk hoeveelheden. N.a.v. deze controle van de metingen betreffende de artikels van de natuursteen, is er ons inziens in artikel 37.B.a. Aanlijmen stukken natuursteen (zie bijlage), een verkeerde berekening gebeurd. De naar ons oordeel correcte berekening staat in de tabel hieronder weergegeven.

In de o.i. verkeerde berekening werden i.p.v. de verschillende factoren te vermenigvuldigen met elkaar (i.c. $2 \times 0,35\text{m} \times 0,35\text{m} \times 8,5\text{m} = 2,083\text{m}^3$) hoogstwaarschijnlijk de lengte (2e factor) en breedte (3e factor) opgeteld ipv vermenigvuldigd, en dan vermenigvuldigd met de andere factoren. Dus $2 \times (0.35\text{m} + 0.35\text{m}) \times 6,70\text{m} = 9,40\text{m}^3$.

Volgens ons is de correcte totaalhoeveelheid 16,335 m³ (zie hieronder), i.p.v. 93 m³ uit de detailmeetstaat (zie bijlage), ofwel 76,665 m³ in min. Aan een eenheidsprijs van 13.124,18 €/m³ maakt dat een verbetering in

min van € 1.006.165,26,-. Onze prijs zou bijgevolg in totaal 12.964.920.83 EUR bedragen i.p.v. 13.971.086,09 EUR.

Gezien in het administratieve bestek duidelijk staat vermeld dat de vermoedelijke hoeveelheden niet mogen aangepast worden, hebben wij ingevolge artikel 79, §2, 2° KB Plaatsing 2017 in onze prijsbieding de vermoedelijke hoeveelheid voor deze post niet verbeterd. Niettemin achtten wij het als zorgvuldige inschrijver aangewezen u hiervan op de hoogte te brengen.
[...]"

3.4. In het gunningsverslag wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de voormelde tussenkomende partij.

Wat de opmerking betreft van de verzoekende partij omtrent artikel 37.B.a (aanlijmen rollagen – rechtlijnig) wordt in het verslag bij de rekenkundige controle van de inschrijvingen, waarbij een overzicht wordt gegeven van de vastgestelde fouten, leemten en wijzigingen en een motivatie van eventuele verbeteringen per inschrijver, vermeld dat er geen rekening wordt gehouden met deze opmerking, aangezien deze een “vermoedelijke hoeveelheid betreft en het bestek duidelijk meegeeft dat vermoedelijke hoeveelheden niet mogen worden aangepast”.

3.5. Op 31 december 2018 beslist de verwerende partij de opdracht te gunnen aan de tussenkomende partij.

Dit is de bestreden beslissing.

IV. Tussenkomst

4. De tijdelijke vennootschap Artes Woudenberg – Artes Depret – Artes Roegiers blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet haar verzoek tot tussenkomst worden ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

5. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over de door de verwerende partij en de tussenkomen de partij opgeworpen ontvankelijkheids-excepties uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak over die excepties zou alleen nodig zijn indien de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

VI. Schorsingsvoorwaarden

6.1. 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.

6.2. 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.

VII. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

7. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 81, § 1, § 2, 3° en § 3 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ en van de “beginselen van behoorlijk bestuur, meer in het bijzonder en met name het zorgvuldigheidsbeginsel, het motiveringsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel”.

Zij ontwikkelt voorts overheen negen bladzijden haar grieven die hierna in hun essentie worden weergegeven.

De verzoekende partij betoogt dat zij bij de opmaak van haar offerte op een “manifeste fout” stootte in de meetstaat in artikel 37.B.a (aanlijmen rollagen – rechtlijnig). Bij nazicht bleek immers dat de in de meetstaat opgegeven vermoedelijke hoeveelheid van 93m³ onmogelijk correct kon zijn en werd verkregen doordat de factoren lengte, diepte en hoogte werden opgeteld in plaats van vermenigvuldigd. Dit geldt volgens haar des te meer nu voor artikel 37.A wel een juiste berekening van de vermoedelijke hoeveelheden werd vermeld, door de factoren n, l, h en d te vermenigvuldigen.

Niettegenstaande de verzoekende partij zich terdege bewust was van het feit dat zij ingevolge de besteksbepaling betreffende artikel 79, § 2, van het koninklijk besluit van 17 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ de vermoedelijke hoeveelheden niet mocht aanpassen, heeft zij het als zorgvuldige inschrijver toch nodig geacht om de verwerende partij van de gemaakte fout in kennis te stellen en dit gelet op de mogelijke ernstige impact van deze vergissing op de kostprijs van de aanneming.

Zij meende dat de verwerende partij, gewezen op de aanzienlijke impact van haar vergissing op het prijscriterium en dus gelet op de vergelijkbaarheid van de offertes, rekening zou houden met deze opmerking en een gecorrigeerde meetstaat aan de inschrijvers zou bezorgen. Doordat de verwerende partij echter deze opmerking van verzoekende partij naast zich heeft neergelegd en

niet nader onderzocht, meent zij dat de verwerende partij haar zorgvuldigheidsplicht niet is nagekomen. Immers, zo vervolgt de verzoekende partij, zou een correct berekende hoeveelheid voor de bewuste post tot wezenlijk andere totale prijzen van de inschrijvers en dus tot een fundamenteel andere rangschikking en puntentoekenning op het prijs criterium kunnen leiden.

Zij benadrukt ten slotte nog dat het geenszins uitgesloten is dat de andere inschrijvers, waaronder de belanghebbende partij, de fout bij de opmaak van hun offerte eveneens hebben opgemerkt maar bij de berekening van hun prijs voor artikel 37.B.a gespeculeerd hebben op een latere wijziging in de uitvoering door een lage eenheidsprijs op te geven in hun offerte waarvoor ze dan in uitvoering kleinere hoeveelheden moeten uitvoeren. Op die manier brachten zij de competitieve aard van hun inschrijving niet in het gedrang, in tegenstelling tot de verzoekende partij die geen speculatieve eenheidsprijs heeft opgegeven voor artikel 37.B.a maar een correcte eenheidsprijs in functie van de in de meetstaat opgegeven vermoedelijke hoeveelheid.

Aldus meent zij dat de verzoekende partij door het negeren van de opmerking van verzoekende partij, eveneens het principe van de gelijke behandeling van de inschrijvingen in het gedrang heeft gebracht.

Beoordeling

8. Artikel 79, § 2, van het voormelde koninklijk besluit luidt:

“De inschrijver voert, rekening houdende met de opdrachtdocumenten, zijn beroepskennis of persoonlijke vaststellingen, verbeteringen door voor :

1° [...];

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° [...].

Hij voegt bij zijn offerte een nota ter verantwoording van deze verbeteringen”.

In het verslag aan de Koning (B.S. 9 mei 2017, 55.380) bij de voormelde bepaling wordt onder andere vermeld:

“ [...]

Er is ook een wijziging op het vlak van de ontdekte fouten in de vermoedelijke hoeveelheden. Voortaan moeten dergelijke verbeteringen toegelaten worden in de opdrachtdocumenten en dit eveneens voor de opdrachten voor werken. Het betreft een wijziging ten opzichte van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 waarin deze toelating slechts voorzien was voor de opdrachten voor leveringen en diensten.

[...]

De rechtvaardigende nota waarvan sprake in het tweede lid moet de aanbestedende overheid toelaten de pertinentie van de door de inschrijver aangebrachte verbeteringen te beoordelen. Aldus kan zij deze ofwel aanvaarden, ofwel rechtzetten of zelfs weigeren.

[...]”.

De artikelen 81 en 82 van datzelfde besluit luiden:

“Art. 81. 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.

Art. 82. Na de eventueel verlengde limietdatum en het limietuur voor het indienen van offertes heeft de inschrijver niet meer het recht om zich te beroepen op fouten of leemten die voorkomen in de samenvattende opmeting of de inventaris, zoals verstrekt door de aanbestedende overheid. Bovendien kan hij zich vanaf dat ogenblik niet meer beroepen op vormgebreken, fouten of leemten in zijn offerte”.

Het bestek herneemt gedeeltelijk die bepalingen in de volgende bewoordingen:

“Art. 81 en Art. 82 – Fouten en leemten

Indien de inschrijver in de opdrachtdocumenten zodanige fouten of leemten vaststelt dat het hem onmogelijk is een prijs te berekenen, of dat de vergelijking van de offertes niet meer opgaat, meldt hij dit onmiddellijk en schriftelijk aan de aanbestedende overheid. Alleszins verwittigt hij haar ten laatste tien dagen vóór de uiterste datum voor ontvangst van de offertes tenzij dit onmogelijk is door de inkorting van de termijn voor ontvangst van de offertes.

Na de eventueel verlengde uiterste datum voor indienen offertes heeft de inschrijver niet meer het recht om zich te beroepen op fouten of leemten die voorkomen in de samenvattende opmeting zoals verstrekt door de aanbestedende overheid.

Bovendien kan hij zich vanaf dat ogenblik niet meer beroepen op vormgebreken, fouten of leemten in zijn offerte”.

9.1. Krachtens de bepaling van het hiervoor aangehaalde artikel 79, § 2, eerste lid, 2° – en het verslag aan de Koning lijkt die draagwijdte te bevestigen – lijkt het dat het aanbrengen van verbeteringen van de vermoedelijke hoeveelheden door een inschrijver enkel mogelijk is in zoverre de opdrachtdocumenten een dergelijke verbetering toestaan. Te dezen werd zulks in het bestek echter uitdrukkelijk verboden.

De verwerende partij lijkt derhalve *prima facie* te hebben gehandeld zonder schending van de betrokken bepaling door de voorgestelde verbetering van een vermoedelijke hoeveelheid niet in de prijsvergelijking te betrekken. Zulks was zelfs, zo lijkt het, de verwerende partij niet toegestaan op straffe van in te gaan tegen het voornoemde verbod.

9.2. De argumentatie van de verzoekende partij dat de verwerende partij, gelet op de impact van de fout op de prijs en de vergelijkbaarheid van de offertes, toch nog op straffe van schending van de zorgvuldigheidplicht rekening zou hebben moeten houden met deze opmerking en een gecorrigeerde meetstaat aan de inschrijvers had moeten bezorgen, lijkt evenmin te mogen worden bijgevalen.

Overeenkomstig de hiervoor aangehaalde bepalingen van de artikelen 81 en 82 had de verzoekende partij immers de fout in de berekening van de vermoedelijke hoeveelheid van post art. 37.B.a van de samenvattende opmeting uiterlijk tien dagen vóór de uiterste datum voor de indiening van de offertes moeten

meedelen. Nu, zoals zij zelf aangeeft, die fout overduidelijk was, lijkt niet te kunnen worden ingezien waarom zij deze niet eerder dan bij haar offerte had kunnen melden. Na de voormelde uiterste datum mag een inschrijver zich juist niet meer beroepen op fouten of leemten die voorkomen in de samenvattende opmeting zoals verstrekt door de aanbestedende overheid. In elk geval lijkt de verzoekende partij zelf onzorgvuldig te zijn geweest door niet tijdig haar opmerking bij de foutieve berekening mee te delen aan de verwerende partij.

Aldus, zo lijkt het, was het de aanbestedende overheid krachtens de voormelde bepalingen niet verplicht om, zoals de verzoekende partij suggereert, nog een gecorrigeerde samenvattende opmeting in een rechtzettingsbericht te publiceren.

In die context lijkt de verwerende partij noch het zorgvuldighedsbeginsel te hebben geschonden, noch de materiële motiveringsplicht, noch het redelijkheidsbeginsel.

9.3. Het lijkt voorts niet dat de verwerende partij zou hebben gehandeld met schending van het gelijkheidsbeginsel.

De verwerende partij heeft immers de ongewijzigde samenvattende opmeting zoals gevoegd bij de offerte van de verzoekende partij, betrokken in het onderzoek en de eindrangschikking van de offertes. Noch uit de bestreden beslissing of het gunningsverslag, noch uit het administratief dossier lijkt op het eerste gezicht te mogen worden afgeleid dat voor een andere inschrijver wél wijzigingen aan vermoedelijke hoeveelheden zouden zijn aanvaard.

9.4. De overige grieven van de verzoekende partij lijken aldus niet meer dienstig. Ze hebben immers betrekking op de gevolgen voor de rangschikking, van een eventueel hernemen van een prijsbeoordeling die rekening houdt met de gevraagde correctie of van een geheel nieuwe plaatsingsprocedure met bekendmaking van een correcte samenvattende opmeting. Uit hetgeen voorafgaat volgt dat de verwerende partij tot geen van beide verplicht lijkt. De betrokken fout betreft dan ook nog een tekortkoming die in niets de technische uitvoering lijkt te beïnvloeden zoals de verwerende partij betoogt in haar nota

zonder daarin ter terechtzitting te worden tegengesproken door de verzoekende partij.

9.5. Gelet op het voorgaande lijkt met het middel ook niet te zijn aangetoond dat artikel 81 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ zou zijn geschonden, nu het niet lijkt dat de gunningsbeslissing niet is gesteund op de economisch meest voordelige offerte, zoals vereist door die bepaling.

VIII. Besluit

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

BESLISSING

1. Het verzoek tot tussenkomst van de nv Artes Woudenberg — de nvArtes Depret — de nv Artes Roegiers samen vormend een tijdelijke vennootschap wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verworpt de vordering.

3. 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.

De tussenkomende partijen worden verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op een rolrecht van 450 euro, elk voor een derde.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 12 februari 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