

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 245.100 van 4 juli 2019
in de zaak A. 228.383/XII-8750**

In zake: de BVBA A.A.G. NYS
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

tegen:

de GEMEENTE DENDERLEEUEW
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Wim Rasschaert
kantoor houdend te 9420 Erpe-Mere
Schoolstraat 20
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 13 juni 2019, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van 28 mei 2019 van de gemeente Denderleeuw, waarbij de opdracht “Ondergrondse ontruiming op de begraafplaatsen Denderleeuw, Iddergem en Welle” wordt stopgezet en een nieuwe plaatsingsprocedure wordt opgestart.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 27 juni 2019, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Carlos De Wolf en Charlotte De Wolf, die verschijnen voor de verzoekende partij, en advocaat Flora Wauters, die *loco* advocaat Wim Rasschaert 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 gemeente Denderleeuw schrijft een overheidsopdracht uit voor werken met als voorwerp “ondergrondse ontruiming op de begraafplaatsen Denderleeuw, Iddergem en Welle”.

Als gunningsprocedure wordt gekozen voor een openbare procedure, met de prijs als enig gunningscriterium.

De opdracht wordt geraamd op 193.409,66 euro, btw niet inbegrepen, of 234.025,69 euro, btw inbegrepen.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 11 februari 2019.

3.3. Vijf inschrijvers dienen een offerte in. De offertes worden in het verslag van nazicht van 3 april 2019 volgens prijs, btw inbegrepen, als volgt gerangschikt:

Mees bvba	251.087,71 euro
A.A.G NYS bvba (verzoekende partij)	298.603,81 euro
Aannemersbedrijf Buytaert bvba	375.593,08 euro
Daniel Seru en Zonen bvba	634.554,49 euro
PPR-VIBED nv	934.437,50 euro

In het verslag van nazicht worden de offertes van alle inschrijvers regelmatig bevonden. Daarbij wordt in het kader van het nazicht van de abnormale eenheidsprijzen en totale offerteprijzen onder meer opgemerkt: “De prijzen van de verschillende inschrijvers lopen ver uit mekaar. Het project werd geraamd op 234.025,69 euro incl. BTW. Deze raming werd opgemaakt op basis van de vorige aanbesteding. De prijzen van de laagste inschrijvers liggen in de lijn van de raming. Bijgevolg kunnen we deze prijzen dan ook aanvaarden.”

3.4. Op 23 april 2019 beslist het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Denderleeuw om de opdracht te gunnen aan bvba Mees tegen het nagerekende inschrijvingsbedrag van 251.087,71 euro, btw inbegrepen.

3.5. Op 20 mei 2019 dient de verzoekende partij een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging in tegen voormelde gunningsbeslissing van 23 april 2019.

Met een beslissing van 28 mei 2019 van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Denderleeuw wordt de gunningbeslissing van 23 april 2019 ingetrokken.

Bij arrest nr. 244.740 van 6 juni 2019 wordt aldus de door de verzoekende partij ingediende vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid verworpen omdat de vordering zonder voorwerp is geworden, minstens de verzoekende partij haar belang bij de vordering heeft verloren.

3.6. Met een afzonderlijke beslissing van 28 mei 2019 beslist het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Denderleeuw om de opdracht “Ondergrondse ontruiming op de begraafplaatsen Denderleeuw, Iddergem en Welle” stop te zetten vermits het inschrijvingsbedrag van de verzoekende partij ernstig afwijkt van de raming en er “onvoldoende budget voorzien [is] in het budget van de gemeente”, evenals om een nieuwe procedure tot het aanstellen van een aannemer voor het project “Ondergrondse ontruiming op de begraafplaatsen Denderleeuw, Iddergem en Welle” op te starten en het bestek opnieuw te publiceren op nationaal niveau.

Dit is de bestreden beslissing die als volgt wordt verantwoord:

“Op 24 april 2019 werd de kennisgeving van de gunning aangetekend naar Mees BVBA verstuurd.

In de zitting van 28 mei 2019 besliste het college om de gunningbeslissing in te trekken doordat er een verzoekschrift werd ingediend bij de Raad van State. Hierbij werd er een administratieve fout gemaakt en werd de firma Mees BVBA ten onrechte aangesteld.

De 2e laagste inschrijver is de firma A.A.G. Nys bvba met een inschrijvingsbedrag van 298.603,81 euro. Dit inschrijvingsbedrag wijkt ernstig af van de raming, namelijk 64.578,12 euro hoger dan de raming. Hiervoor werd onvoldoende budget voorzien in het budget van de gemeente.

Rekening houdende met het voorgaande, lijkt het aangewezen om de opdracht stop te zetten en opnieuw de markt te raadplegen.”

IV. Schorsingsvoorwaarden

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

4.2. Te dezen is evenwel ook de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten,

bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies' van toepassing.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissing[in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

Overeenkomstig artikel 15, tweede lid, echter wordt de vordering tot schorsing voor de Raad van State uitsluitend ingesteld volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Overeenkomstig artikel 31 gelden deze bepalingen ook voor opdrachten die de drempelbedragen voor Europese bekendmaking niet bereiken.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of minstens één ernstig middel wordt aangevoerd, dan wel een klaarblijkelijke onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissing kunnen verantwoorden.

V. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

5. In een enig middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 85 van de wet van 17 juni 2016 'inzake overheidsopdrachten' [hierna: wet overheidsopdrachten 2016], van artikel 4, 9°, *juncto* artikel 9 en 16, derde lid, van 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'(hierna: wet van 17 juni 2013), van de materiële motiveringsplicht, het transparantiebeginsel *juncto* het rechtsbeginsel *patere legem quam ipse fecisti*, het vertrouwensbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel.

Zij acht deze bepalingen en beginselen geschonden:

“Doordat Verwerende Partij, na de intrekking van een door de verzoekende partij aangevochten gunningsbeslissing, met de bestreden beslissing in toepassing van artikel 85 van de Wet van 17 juni 2016 de plaatsingsprocedure stopzet;

Doordat, in toepassing van artikel 2, 9° van de Wet van 17 juni 2013, verwerende partij zich beroept op ‘budgettaire redenen’ om de stopzetting van de plaatsingsprocedure te rechtvaardigen;

Terwijl in het verslag van nazicht van de offertes d.d. 3 april 2019, opgesteld naar aanleiding van de plaatsingsprocedure, en ingeroepen als materiële motivering voor de initiële gunningsbeslissing, (die door verwerende partij werd ingetrokken naar aanleiding van de door verzoekende partij ingestelde schorsingsprocedure):

(i) geen enkele melding werd gemaakt van ontoereikende budgettaire middelen om de opdracht te gunnen;

(ii) werd vastgesteld dat de inschrijvingsprijzen ‘ver uit mekaar’ lagen, en ‘afwijken van de raming’, doch werd aangegeven dat deze was opgemaakt op basis van de vorige aanbesteding;

(ii) bijgevolg de prijzen van ‘de laagste inschrijvers in de lijn van de raming lagen’, en deze prijzen dan ook konden worden aanvaard;

Zodat, prima facie, het motief om de plaatsingsprocedure stop te zetten niet geloofwaardig, minstens niet deugdelijk en draagkrachtig is en op een kennelijk onzorgvuldige wijze werd genomen;

Zodat de bestreden beslissing getuigt van willekeur, m.n. voorkomen dat, conform artikel 16, derde lid, van de Wet van 17 juni 2013, de opdracht moet worden gegund aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte heeft ingediend in een plaatsingsprocedure met als enig gunningscriterium de prijs, d.i. verzoekende partij;

Zodat de bestreden beslissing bovendien het transparantiebeginsel, het rechtsbeginsel ‘patere legem quam ipse fecisti’, het vertrouwensbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel schendt nu in de Bestreden Beslissing op geen enkele wijze wordt toegelicht en gemotiveerd waarom, bij het goedkeuren van de gunningsbeslissing op 23 april 2019, er wel een toereikend gemeentelijk budget voorhanden was en de offerteprijzen van de laagste inschrijvers geacht werden ‘in de lijn van de raming’ te liggen, en, bijgevolg, aanvaardbaar te zijn, terwijl op 30 mei 2019, d.w.z. één maand later, wordt geoordeeld dat ‘het inschrijvingsbedrag zich ver boven de raming bevindt en er onvoldoende budget voorzien is in het budget van de gemeente’.”

Beoordeling

6. De verwerende partij werpt een exceptie van gebrek aan belang op bij het enig middel.

Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over de door de verwerende partij opgeworpen exceptie uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak over die exceptie zou alleen nodig zijn indien het middel ernstig zou worden bevonden, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

7. Overeenkomstig artikel 85 van de wet overheidsopdrachten 2016 houdt het volgen van een plaatsingsprocedure geen verplichting in tot het gunnen of het sluiten van een opdracht en kan een aanbestedende overheid zowel afzien van het gunnen of het sluiten van de opdracht als de procedure herbeginnen, desnoods op een andere wijze.

Zij mag daarbij niet willekeurig tewerk gaan en moet die beslissing steunen op deugdelijke motieven die de beslissing kunnen dragen. Bij de beoordeling van de naleving van die materiële motiveringsplicht mag de Raad van State zijn oordeel omtrent de feiten niet in de plaats stellen van het oordeel van de administratieve overheid; hij is enkel bevoegd om, desgevraagd, na te gaan of de administratieve overheid is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens, of zij die correct heeft beoordeeld en of zij op grond daarvan binnen de perken van de redelijkheid tot haar besluit is kunnen komen.

Artikel 4, 9°, van de wet van 17 juni 2013 bepaalt voorts dat in het kader van de plaatsing van een opdracht de aanbestedende instantie een gemotiveerde beslissing opstelt wanneer zij afziet van het plaatsen van de opdracht en eventueel beslist een nieuwe plaatsingsprocedure uit te schrijven.

Overeenkomstig artikel 9 van de voormelde wet van 17 juni 2013 deelt de aanbestedende instantie onmiddellijk na het nemen van de beslissing om af te zien van het plaatsen van de opdracht of concessie en, in voorkomend geval, een nieuwe plaatsingsprocedure uit te schrijven, de gemotiveerde beslissing mee aan de betrokken kandidaten, deelnemers en inschrijvers.

8. Te dezen heeft de verwerende partij toepassing gemaakt van het voornoemde artikel 85 van de wet overheidsopdrachten 2016. Zij heeft na het volgen van een plaatsingsprocedure, de opdracht alsnog stopgezet vermits het inschrijvingsbedrag ernstig afwijkt van de raming, namelijk 64.578,12 euro, en er “onvoldoende budget voorzien [is] in het budget van de gemeente”.

Aldus lijkt *prima facie* de ernstige afwijking van de raming met het bijhorend voorziene budget het determinerende motief van de stopzetting te zijn.

Wat de ingeroepen schending van de formelemotiveringsplicht betreft, afgeleid uit artikel 4,9°, van de wet van 17 juni 2013, blijkt dat de motieven voor de stopzetting in het bestreden besluit werden opgenomen en dat de verzoekende partij in haar verzoekschrift diverse kritieken aanvoert op deze motieven zodat zij er blijk van geeft dat zij de motieven voldoende kende en er dan ook voldaan lijkt aan de formelemotiveringsplicht, minstens aan de *ratio legis* ervan.

In de mate dat in het middel daarnaast een schending van artikel 9 van de wet van 17 juni 2013 wordt aangevoerd, hetgeen de kennisgeving van de bestreden beslissing betreft, blijft de verzoekende partij in gebreke uiteen te zetten waarom deze bepaling zou zijn geschonden zodat het middel op dit punt niet ontvankelijk is.

9. De verzoekende partij voert in haar verzoekschrift in essentie aan dat de in de bestreden beslissing opgenomen motieven niet overtuigen, minstens in strijd zijn met de overwegingen die zijn opgenomen in het verslag van nazicht van de offertes van 3 april 2019.

Uit de stukken van het administratief dossier blijkt dat de verwerende partij de opdracht in de vorige plaatsingsprocedure geraamd had op 234.025,69 euro, btw inbegrepen. Het bedrag van de offerte van de verzoekende partij ligt 64.578,12 euro hoger dan de raming.

In het licht hiervan lijkt de vaststelling van de verwerende partij dat het laagste inschrijvingsbedrag zich ver boven de raming bevindt en er onvoldoende krediet is voorzien in het budget van de gemeente geen onzorgvuldige beoordeling uit te maken.

De verzoekende partij brengt ook geen gegevens aan die het deugdelijk karakter van de uitgevoerde raming zouden kunnen ondermijnen.

Dat rekening mag worden gehouden met de financiële haalbaarheid van het project voor de aanbestedende overheid bij de beslissing om al dan niet de procedure stop te zetten lijkt tevens bevestiging te vinden in artikel 38, § 1, eerste lid, 2°, van de wet overheidsopdrachten 2016 overeenkomstig welke bepaling een aanbestedende overheid onder bepaalde voorwaarden gebruik kan maken van een mededingingsprocedure met onderhandeling indien enkel onregelmatige of onaanvaardbare offertes werden ingediend.

Het feit dat zoals te dezen het offertebedrag van de best gerangschikte inschrijver niet paste binnen de geplande projectkost en de aanbestedende overheid oordeelde dat er aldus sprake was van een onaanvaardbare prijs, lijkt geen ondeugdelijk motief voor een stopzettingsbeslissing.

Voorts lijkt de verzoekende partij impliciet te vertrekken van het uitgangspunt dat ook het motief van de stopzettingsbeslissing dat “onvoldoende budget werd voorzien in het budget van de gemeente” onjuist zou zijn, wat evenwel niet is aangetoond.

10. In zoverre de verzoekende partij aanvoert dat het motief om de plaatsingsprocedure stop te zetten niet geloofwaardig is in het licht van de opmerkingen gemaakt in het verslag van nazicht van 3 april 2019, lijkt zij er vooreerst aan voorbij te gaan dat de betrokken gunningsbeslissing werd ingetrokken. De intrekking van die eerste gunningsbeslissing heeft immers tot gevolg dat ze geacht wordt nooit te hebben bestaan en de aanbestedende overheid is in principe ook niet meer gebonden door de motieven in het verslag van nazicht waarop deze beslissing steunde, noch lijken deze motieven impliciet uit de nieuwe beslissing te kunnen worden afgeleid.

In de intrekkingbeslissing wordt overigens ook expliciet vermeld dat er een fout was geslopen in het nazicht van de offertes.

De verzoekende partij kan dan ook niet meer nuttig verwijzen naar de mogelijke motieven die ten grondslag lagen aan de ingetrokken gunningsbeslissing van 23 april 2019 en het daarbij behorende verslag van nazicht en naar de bevindingen in het daaraan verbonden prijsonderzoek die niet meer worden herhaald in de stopzettingbeslissing.

Dat in het verslag van nazicht van de offertes van 3 april 2019 geen enkele melding werd gemaakt van ontoereikende budgettaire middelen, lijkt hoe dan ook niet tegenstrijdig met de in de bestreden beslissing opgenomen motivering. De offerte van de oorspronkelijk gekozen inschrijver week weliswaar ook af van de raming, -234 025,69 euro, btw inbegrepen- doch beduidend minder dan het offertebedrag geboden door de verzoekende partij. Het gaat immers om een afwijking van 17.062,02 euro (+ 7,29 %) voor inschrijver Mees, tegenover 64.578,12 euro (+ 27,59 %) voor de verzoekende partij. De budgettaire haalbaarheid van een bedrag van 251.087,71 euro zoals dit uit de eerste gunningsbeslissing zou kunnen afgeleid, lijkt dan ook op zichzelf niet aan te tonen dat deze haalbaarheid ook geldt voor het inschrijvingsbedrag van de verzoekende partij van 298.603,81 euro.

Bovendien hadden de motieven in het verslag van nazicht van 3 april 2019, waar de verzoekende partij naar verwijst, betrekking op het onderzoek naar abnormale prijzen. 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.

Ook dient met de verwerende partij te worden vastgesteld dat de in het verslag van nazicht opgenomen vergelijking betrekking had op een vergelijking van de offertes van alle inschrijvers met de raming en niet enkel van de offertes van de aldaar gekozen inschrijver en de offerte van de verzoekende partij.

11. Anders dan de verzoekende partij dit ziet, lijkt het te dezen evenmin vereist dat de verwerende partij effectief tot herbeoordeling van de offertes en de opstelling van een nieuw verslag van nazicht diende over te gaan. Bovendien lijkt de verwerende partij *in casu* wel standpunt te hebben ingenomen aangezien zij in de stopzetttingsbeslissing aangeeft dat de inschrijver de bvba Mees in het kader van de ingetrokken gunningsbeslissing ten onrechte werd aangesteld, hetgeen de verzoekende partij ook niet betwist.

12. In de mate dat de verwerende partij daarnaast nog een schending van het vertrouwensbeginsel opwerpt, valt op te merken dat het vertrouwensbeginsel een beginsel van behoorlijk bestuur is dat moet vermijden dat de rechtmatige verwachtingen die de burger uit het bestuursoptreden put, te kort worden gedaan; het houdt in dat de burger moet kunnen vertrouwen op een vaste gedragslijn van de overheid of op toezeggingen of beloften die de overheid in een concreet geval heeft gedaan. Om zich op een schending van het vertrouwensbeginsel te kunnen beroepen dient een verzoekende partij het bewijs te leveren van een bestuursgedrag dat aanleiding heeft gegeven tot een rechtmatige verwachting.

Zoals blijkt uit het voorgaande levert het verslag van nazicht van de offertes van 3 april 2019 geenszins afdoende bewijs voor de stelling dat de verzoekende partij zich zou mogen beroepen op een rechtmatig vertrouwen.

13. Om de hiervoor reeds uiteengezette redenen mag evenmin worden aangenomen dat de bestreden beslissing genomen werd met schending van het transparantiebeginsel *juncto* het rechtsbeginsel *patere legem quam ipse fecisti*.

14. In de mate dat de verzoekende partij nog opwerpt dat de bestreden beslissing enkel en uitsluitend zou zijn ingegeven door het motief om de opdracht niet te moeten gunnen aan de verzoekende partij, dient te worden vastgesteld dat zulks een loutere bewering betreft die geen steun lijkt te vinden in de stukken van het administratief dossier en dat geen middel steunend op machtsafwending is aangevoerd.

Bovendien blijkt dat de verwerende partij eveneens beslist heeft om een nieuwe procedure uit te schrijven zodat de verzoekende partij alsnog over een nieuwe kans beschikt om de opdracht te verkrijgen.

15. Ten slotte is het inherent aan het stopzetten van een plaatsingsprocedure dat de opdracht aan niemand wordt gegund, ook niet aan een laagste regelmatige inschrijver, zodat evenmin de schending is aangetoond van het in het middel geschonden geachte artikel 16, derde lid, van de wet van 17 juni 2013, overeenkomstig welke bepaling de opdracht dient te worden gegund aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte heeft ingediend.

VI. Besluit

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

BESLISSING

1. De Raad van State verworpt de vordering.

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 4 juli 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