

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 245.589 van 1 oktober 2019
in de zaak A. 229.067/XII-8797**

In zake: de BVBA AGBB
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Gitte Laenen en Tessa Jordens
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE KASTERLEE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Dirk Van Heuven
kantoor houdend te 2600 Antwerpen
Cogels Osylei 61
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 9 september 2019, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van :

- “- De gunningsbeslissing van 12 augustus 2019 uitgaande van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Kasterlee, (enkel) ter kennis gebracht aan verzoekende partij middels een gewoon schrijven van 19 augustus 2019, waarbij de opdracht ‘Aanleg fietspaden in Olensteenweg fase 2 (tussen Eerselingenstraat en N123)’ werd gegund aan de firma Roos Groep nv;
- De impliciete beslissing van 12 augustus 2019 uitgaande van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Kasterlee, [...] waarbij voormelde opdracht niet werd gegund aan AGBb bvba.”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 26 september 2019, om 11.00 uur.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Tessa Jordens, die *loco* advocaat Gitte Laenen verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Dirk Van Heuven, die 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 Kasterlee schrijft een overheidsopdracht voor werken uit met als benaming “Kasterlee - aanleg fietspaden in Olensteenweg fase 2 (tussen Eerselingenstraat en N123)”. Er wordt gekozen voor een openbare procedure.

De opdracht wordt geraamd op 1.034.283,53 euro (btw niet inbegrepen) of 1.251.483,07 euro (21 % btw inbegrepen).

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 29 mei 2019.

De aankondiging vermeldt de prijs als enig gunningscriterium.

3.3. Het bijzonder bestek met nummer BE0100.045892.0130 is van toepassing op de opdracht. Bij het bestek wordt een samenvattende meetstaat en een inschrijvingsformulier gevoegd.

3.4. Bij de opening van de offertes op 8 juli 2019 blijken negen inschrijvers, waaronder de verzoekende partij en de nv Roos Groep, een offerte te hebben ingediend. Zij blijken bij opening respectievelijk als eerste en tweede te zijn gerangschikt.

3.5. In het verslag van nazicht van 15 juli 2019 worden de offertes van de verzoekende partij en de nv Roos Groep na verbetering gerangschikt respectievelijk als tweede en eerste, en wordt voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de nv Roos Groep.

3.6. Op 12 augustus 2019 beslist het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Kasterlee om de opdracht, overeenkomstig het verslag van nazicht te gunnen aan de economisch meest voordelige regelmatige bieder (op grond van de prijs), zijnde de nv Roos Groep, tegen het nagerekende en verbeterde inschrijvingsbedrag van 931.061,43 euro (btw niet inbegrepen) of 1.059.407,77 euro (btw inbegrepen).

3.7. Met een aangetekend schrijven van 19 augustus 2019 wordt aan de nv Roos Groep meegedeeld dat de verwerende partij haar offerte heeft goedgekeurd en de opdracht werd gesloten. Met een schrijven van 19 augustus 2019 wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat de opdracht aan een andere inschrijver werd gegund.

3.8. Met een aangetekend schrijven van 28 augustus 2019 betwist de verzoekende partij de niet-gunning aan haar. Daarbij betogen zij onder meer dat het niet duidelijk is op welke wijze tot herberekening wordt gekomen en nu plots in de finale rangschikking van de offertes, zonder aanwijsbare reden, geen 21 % btw meer wordt aangerekend.

Deze vraag wordt met een schrijven van 29 augustus 2019 vanwege de ontwerper aan de verwerende partij beantwoord, als volgt:

“De afroep werd inderdaad gedaan inclusief 21% BTW voor iedereen, ook de kostenraming werd zo opgemaakt, maar aangezien Kasterlee beschikt over een BTW-nummer en men op watergebonden werken de BTW verlegt, werd op deel 3 - Rioleringswerken geen BTW gerekend om tot een correct gunningsbedrag te komen tussen opdrachtgever en de aannemer. Wel moet Kasterlee uiteraard weten welk bedrag aan BTW er verlegd moet worden, vandaar de raming met een totale BTW-berekening, zodat dit in de gemeentelijke budgetten kan opgenomen worden.”

In een e-mailbericht van 30 augustus 2019 vragen de raadsleden van de verzoekende partij nog een bijkomende verduidelijking daaromtrent, dat op 3 september 2019 wordt beantwoord.

IV. Schorsingsvoorwaarden

4. 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.

5. 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 kan verantwoorden.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Standpunt van de partijen

6. De verzoekende partij voert als eerste middel de schending aan van artikel 81, § 1, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’(hierna: wet overheidsopdrachten 2016), van artikel 29, § 1, tweede lid, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ (hierna: motiveringswet), van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, onder andere de materiële motiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel en het transparantiebeginsel, en van het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*.

Zij acht deze rechtsnormen geschonden:

“doordat verwerende partij haar opdrachtdocumenten op een onduidelijke en zelfs misleidende manier heeft opgesteld;
doordat de verwerende partij de finale rangschikkingsbedragen foutief heeft herberekend;

doordat verwerende partij is overgegaan tot een a posteriori motivering inzake deze herberekening;
terwijl verwerende partij haar opdrachtdocumenten op een zorgvuldige manier had dienen op te stellen, minsten[s] de inschrijvers had moeten bevragen;
en terwijl verwerende partij niet mocht overgaan tot het vaststellen / wijzigingen van de beoordelingsmethodiek na het openen van de offertes;
zodat verwerende partij minstens onzorgvuldig heeft gehandeld in het opstellen van haar opdrachtdocumenten, het beoordelen van de offertes én het opstellen van de gunningsbeslissing;
en zodat er bijgevolg geen enkele zekerheid is dat de opdracht wel degelijk aan de laagst regelmatige inschrijver gegund werd, integendeel, de opdracht ten onrechte niet werd gegund aan verzoekster;
dat de bestreden beslissingen de bepalingen en beginselen aangehaald in onderhavig middel schendt.”

Onder punt “b. Toepassing in casu, 1. De opdrachtdocumenten evenals de gunningsbeslissing zijn onvolledig, onduidelijk én misleidend” betoogt de verzoekende partij in de eerste plaats dat de opdrachtdocumenten die de grondslag vormen van de opdracht te dezen verre van volledig en duidelijk zijn. Zo werd in het inschrijvingsformulier het toepasselijk btw-tarief niet bepaald, noch werd in de mogelijkheid voorzien zelf een tarief op te geven, zodat de verzoekende partij het standaardtarief van 21 % toepaste. De meetstaat werd opgedeeld in vier delen waarbij per post een eenheidsprijs exclusief btw diende te worden vermeld zonder de mogelijkheid om per afzonderlijk deel een tussentijds totaal (al dan niet inclusief btw) op te geven. Het vakje inzake het toepasselijk btw-tarief op het einde van de meetstaat diende te worden ingevuld door de inschrijver. Artikel 29, tweede lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 legt nochtans aan de verwerende partij de verplichting op om de wijze waarop de btw moet worden bepaald of berekend voor te schrijven. De verzoekende partij, net zoals alle negen inschrijvers, hebben hun inschrijvingsbedrag vermeerderd met 21 % btw, bij gebrek aan andersluidende informatie hieromtrent. In de opdrachtdocumenten werd aldus steeds gewezen op één globaal btw-tarief, en ook de raming is in die zin opgesteld. Bij de finale beoordeling van de inschrijvingsbedragen blijkt evenwel geen 21 % btw meer te zijn aangerekend, en met welk tarief dan wel rekening is gehouden, blijkt niet uit de bestreden beslissing, zodat de formelemotiveringsplicht is geschonden. Pas na de opening van de offertes en na het opstellen van de gunningsbeslissing, wordt, zo vervolgt de verzoekende partij, *post factum* gewezen op de mogelijkheid tot het verleggen van de btw op een

bepaald onderdeel van (een niet opgedeelde) meetstaat, terwijl daaromtrent niets terug te vinden is in de opdrachtdocumenten, in strijd met het voormelde artikel 29 van het koninklijk besluit plaatsing 2017.

Het voorgaande daargelaten, rijst volgens de verzoekende partij de vraag of deze a-posterioriargumentatie en werkwijze wel steek houden. Het uitgangspunt, dat enkel de posten vermeld onder deel 3 als “watergebonden werken” moeten worden beschouwd, betreft een eigen, post-factum invulling door de verwerende partij die niet blijkt uit de opdrachtdocumenten. Voorts is het de verzoekende partij niet duidelijk waarom bepaalde posten onder deel 1 (algemeen) (gerelateerd aan de rioleringswerken uit deel 3) ook niet (deels) als “watergebonden werken” zouden kunnen worden beschouwd, waardoor ook de btw op deze posten (deels) zou kunnen worden verlegd. In antwoord op een vraag hieromtrent zonder meer stellen dat zij deel 1 niet als watergebonden werken heeft beschouwd, lijkt neer te komen op willekeur, hetgeen het voorschrift van het voornoemde artikel 29, tweede lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 heeft willen voorkomen. Bovendien, zo vervolgt de verzoekende partij, staat het verleggen van de btw niet steeds gelijk aan de 100 %-aftrekbaarheid ervan, terwijl dit laatste bepalend is om na te gaan of de btw al dan niet een kost uitmaakt in hoofde van de aanbestedende overheid. Derden kunnen wel weten dat de gemeente voor watergebonden werken btw-plichtig is, maar niet hoeveel btw van een bepaald gemengd project met wegenis en riolering effectief aftrekbaar zal zijn.

De verzoekende partij betoogt dat uit het voorgaande blijkt dat het onmogelijk is om als inschrijver het recht van aftrek in hoofde van een gemeente te kennen, evenmin als de precieze btw-impact, en bijgevolg kan de impact op de kost in hoofde van de gemeente en de gevolgen op de rangschikking niet worden ingeschat. De verwerende partij had volgens de verzoekende partij dan ook in haar opdrachtdocumenten de specifieke posten en de mate van verlegbaarheid van de btw nader moeten duiden. Het bestek en de aangeleverde modellen (inschrijvingsformulier en meetstaat) zijn zodoende onvolledig, onduidelijk en misleidend, hetgeen willekeur en favoritisme in de hand werkt. Ook in de gunningsbeslissing wordt op generlei wijze gemotiveerd waarom en op grond waarvan de herberekening van de inschrijvingsbedragen heeft plaatsgevonden, ook al hadden deze een cruciale invloed op de rangschikking, terwijl

met de a-posteriorimotivering geen rekening mag worden gehouden. Indien de motivering reeds voorhanden was, dan diende zij in de gunningsbeslissing zelf te worden opgenomen. De genomen gunningsbeslissing is niet zorgvuldig voorbereid, genomen noch uitgevoerd, zodat volgens de verzoekende partij niet vaststaat dat de opdracht rechtmatig werd gegund aan de gekozen inschrijver.

Onder punt “b. Toepassing in casu”, “2. De beoordelingsmethodiek werd pas na de opening van de offertes vastgesteld”, betoogt de verzoekende partij dat de “beoordelingsmethode”, zijnde de wijze waarop de aanbestedende overheid de offertes toetst aan de gunningscriteria, rekening houdend met de weging die aan deze criteria gegeven is, pas na de opening van de offertes werd bepaald. De keuze om de posten van de meetstaat op te delen en de btw-tarifiering niet op de volledige totaalprijs toe te passen, blijkt *post factum* te zijn gemaakt, hetgeen niet strookt met de Dimarso-rechtspraak zoals ontwikkeld door het Europees Hof van Justitie en meermaals toegepast door de Raad van State, en luidens dewelke de aanbestedende overheid de beoordelingsmethode niet mag vaststellen na de opening van de offertes, teneinde elk risico op favoritisme uit te sluiten. Het verzwijgen ervan is volgens de verzoekende partij bijgevolg een inbreuk op de verplichting van artikel 81 van de wet overheidsopdrachten 2016, samen gelezen met het transparantiebeginsel. Het herberekenen van de inschrijvingsbedragen, vlak voor de opmaak van de finale rangschikking, getuigt van willekeur. Er zijn evenmin aantoonbare redenen voorhanden op grond waarvan de beoordelingsmethode pas zou kunnen worden vastgesteld na de opening van de offertes. De verzoekende partij besluit dat de prijsevaluatie niet op transparante wijze heeft plaatsgevonden.

7. In haar nota werpt de verwerende partij een exceptie van gebrek aan belang bij het middel op. De verzoekende partij beweert niet of maakt niet aannemelijk dat zij andere prijzen zou hebben aangeboden indien zij van meet af aan zou geweten hebben dat op de rioleringswerken geen btw zou worden aangerekend.

In ondergeschikte orde repliceert de verwerende partij dat de prijs voor de onderhavige opdracht inderdaad het enig gunningscriterium is, en de aanbestedende overheid er overeenkomstig artikel 29, laatste lid, van het

koninklijk besluit plaatsing 2017 toe gehouden is de btw in de prijs in te rekenen omdat zij die btw ook daadwerkelijk moet betalen. Noch de aankondiging, noch het bestek dat uitdrukkelijk refereert naar de artikelen 25 en volgende van het koninklijk besluit plaatsing 2017, noch de bestreden beslissing zijn hier dienvolgens mee in strijd. De verzoekende partij is niet verplicht om op voorhand in de opdrachtdocumenten zelf het toepasselijk btw-tarief aan te geven (wat overigens afhankelijk kan zijn van de hoedanigheid van de inschrijver zoals een buitenlandse inschrijver of een overheid), maar wel verplicht om in de gunningsfase rekening te houden met de effectief aan te rekenen btw. In de prijsvergelijking, gevoegd bij het verslag van nazicht, blijkt volgens de verwerende partij overduidelijk hoe dit is gebeurd: voor alle opdrachtdelen werd 21 % btw aangerekend en voor deel 3 werd 0 % btw aangerekend. Het gegeven dat vooraan in dit verslag 21 % btw wordt aangerekend op de raming, betreft een loutere misslag en kan de mededinging niet hebben beïnvloed omdat dit document dateert van na de offertes.

Vervolgens licht de verwerende partij toe waarom de aanrekening van 0 % btw voor deel 3 de enige wettelijke aanrekening is. De verwerende partij is als gemeente, wat rioleringswerken betreft, sedert 2006 zelf btw-plichtig, overeenkomstig artikel 6, derde lid, 2°, van het btw-wetboek, en dient de btw terug te vorderen via de btw-aangifte voor deze activiteit. Met toepassing van artikel 20 van het koninklijk besluit (nr.) 1 van 29 december 1992 ‘met betrekking tot de regeling voor de voldoening van de belasting over de toegevoegde waarde’ brengt de leverancier (gekozen inschrijver) op de facturen die hij voor die handelingen uitreikt, de vermelding aan “Btw verlegd”, wat inhoudt dat de gemeente de btw afdraagt aan de staat via de btw-aangifte en zij van de leverancier een factuur ontvangt zonder btw. In dezelfde btw-aangifte wordt de btw teruggevorderd, zodat het een nuloperatie is voor de gemeente. De verzoekende partij kan dit volgens de verwerende partij niet tegenspreken, terwijl het aan haar is te bewijzen dat de btw-aanrekening verkeerd zou zijn.

Ten slotte weerlegt de verwerende partij dat er een motive-ringsgebrek zou zijn in de bestreden beslissing: de opgave van de totaalprijzen van alle inschrijvers samen met de overweging dat de nv Roos Groep de economisch meest voordelige regelmatige inschrijver (op grond van de prijs) is, volstaat. De

motiveringsplicht legt volgens de verwerende partij niet op dat wordt aangegeven waarom geen btw wordt aangerekend voor de rioleringswerken. Bovendien wordt in de – vertrouwelijke – prijsvergelijking, gevoegd bij het verslag van nazicht, duidelijk aangegeven dat er bij de rangschikking geen btw-aanrekening is voor deel 3, de rioleringswerken, waardoor de offerte van de nv Roos Groep net iets voordeliger is dan die van de verzoekende partij, en werd dit vóór onderhavig schorsingsberoep toegelicht aan de verzoekende partij. De verwerende partij betoogt dat dit alles niets te maken heeft met de beoordelingsmethode, maar alles met de fiscale wet en de verplichting in artikel 29, laatste lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, waardoor de evaluatie van de offertebedragen enkel gebeurt met btw als deze een kost meebrengt voor de aanbesteder. Zij benadrukt daarbij dat het bestek uitdrukkelijk verwijst naar het betrokken hoofdstuk van het koninklijk besluit plaatsing 2017 en de btw-situatie inzake lokale rioleringen sedert 2006 uitgeklaard is, terwijl eenieder geacht wordt de wet te kennen, zeker aannemers die in de rioleringssector actief zijn.

Beoordeling

Ontvankelijkheid van het middel

8. De verzoekende partij voert in dit middel een beweerd gebrek aan transparantie aan wat het toe te passen btw-tarief betreft, zowel in het bestek als in de bestreden beslissing en het bijhorende verslag van nazicht inzake de verbetering van de offertes, wat volgens haar willekeur en favoritisme in de hand werkt, en bovendien tot gevolg blijkt te hebben gehad dat de rangschikking van de offertes in haar nadeel werd gewijzigd.

Van de verzoekende partij eisen dat zij aannemelijk dient te maken dat zij andere prijzen zou hebben aangeboden mochten de opdrachtdocumenten wel duidelijk zijn geweest, gaat voorbij aan de vaststelling dat de beweerde besteksonregelmatigheden van die aard zijn om de gehele gunningsprocedure aan te tasten. Minstens maakt de verzoekende partij aannemelijk dat een inhoudelijk andere appreciatie omtrent de wijze van aanrekening van de btw ook een invloed zou hebben gehad op de rangschikking, zodat niet bij voorbaat is uitgesloten dat zij alsnog kans maakt op de gunning van de opdracht.

XII-8797-10/14

9. Op het eerste gezicht lijkt het belang bij het middel dan ook voldoende te zijn aangetoond.

Ernst van het middel

10. Overeenkomstig artikel 81, § 1, van de wet overheidsopdrachten 2016 baseert de aanbestedende overheid de gunning van overheidsopdrachten op de economisch meest voordelige offerte.

Het eveneens ingeroepen transparantiebeginsel ligt vervat in artikel 4 van de wet overheidsopdrachten 2016. Overeenkomstig deze bepaling dienen de aanbesteders de ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze te behandelen en te handelen op een transparante en proportionele wijze.

Het beginsel van de gelijke behandeling van de inschrijvers veronderstelt dat de gunningsprocedure op transparante wijze wordt gevoerd en dat openbaarheid de regel is. De inschrijvers moeten van de aanbestedende overheid een gelijke kans krijgen om de opdracht in de wacht te slepen, wat inhoudt dat zij zich zowel in de fase van voorbereiding van hun biedingen als bij de beoordeling ervan door de aanbestedende overheid in een gelijke positie moeten bevinden. De gelijkheid en transparantie die aan de gunning van overheidsopdrachten ten grondslag ligt, veronderstelt voorts dat zij die voor gunning van de opdracht in aanmerking willen komen, van tevoren weten wat zij daarvoor moeten doen of laten en dus met alle door de aanbestedende overheid cruciaal geachte gegevens rekening moeten kunnen houden bij het opstellen van hun offertes.

In ieder geval is een aanbestedende overheid op grond van het hier ook ingeroepen patere-legembeginsel ertoe gehouden om de regels die zij in haar eigen bestek heeft opgelegd, te eerbiedigen. Uit dat beginsel vloeit immers voort dat zij bij het doorvoeren van een inhoudelijke beoordeling van offertes gehouden is door de regels die hieromtrent in het bestek zijn vastgesteld, ook al zijn deze niet verplichtend opgelegd door regelgeving.

11. Te dezen wordt niet betwist dat noch in de aankondiging, noch in het bestek en het daarbij gevoegde inschrijvingsformulier en meetstaat, noch in

de raming van de opdracht, enige verwijzing staat naar de omstandigheid dat voor een bepaald deel van de opdracht de belasting over de toegevoegde waarde (btw) geen kost voor de aanbestedende overheid met zich meebrengt. Integendeel blijkt uit het dossier dat alle inschrijvers zonder meer een totaal offertebedrag inclusief 21 % btw hebben opgegeven. Pas na de opening van de offertes worden in het verslag van nazicht, zonder nadere verantwoording, de offertes verbeterd, met als gevolg dat de rangschikking van de offertes wordt gewijzigd, ten nadele van de verzoekende partij, en pas na een vraag om verduidelijking hieromtrent, wordt de motivering aangaande de verlegging van de btw voor watergebonden werken meegedeeld.

12. Wanneer de btw een kost met zich meebrengt voor de aanbestedende overheid, vormt deze belasting een onderdeel van de prijs van de offerte, die in het kader van de voorliggende opdracht het enig gunningscriterium vormt, zodat de voorschriften inzake de btw-aanrekening op het eerste gezicht niet lijken te beantwoorden aan de omschrijving van het begrip “beoordelingsmethode” in het kader van de door de verzoekende partij vermelde Dimarso-rechtspraak.

Dit neemt niet weg dat de verwerende partij, wanneer zij ervan uitgaat dat voor een deel van de opdracht de btw voor haar geen kost met zich meebrengt en dus ook geen deel zal uitmaken van de prijsvergelijking overeenkomstig artikel 29, derde lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, zij dit vóór de indiening van de offertes aan de inschrijvers diende mee te delen. Door na te laten om de voorschriften inzake de btw op te nemen in het bestek, zonder een redelijke verantwoording op te geven om dit niet te doen, lijkt de verwerende partij gehandeld te hebben in strijd met het gelijkheidsbeginsel en het daaruit voortvloeiende transparantiebeginsel. Het argument van de verwerende partij dat zij op voorhand geen kennis heeft van diegene die inschrijft, hetgeen bepalend kan zijn voor het toepasselijk btw-tarief, biedt hiervoor evident geen verantwoording.

De verwerende partij betoogt dat alle inschrijvers hebben gewerkt met hetzelfde bestek en meetstaat, en iedereen gelijk werd behandeld; dat (louter) toepassing is gemaakt van de (fiscale) wet. De voorafgaande transparante mededeling dat de btw voor het geheel of een deel van de opdracht voor de aanbestedende overheid geen kost met zich meebrengt, lijkt evenwel op het eerste

gezicht noodzakelijk om een objectieve prijsvergelijking te garanderen en elk risico van willekeur en favoritisme uit te sluiten. Dit geldt des te meer gelet op de onduidelijkheid die kan bestaan omtrent de al dan niet uitoefening van het recht op btw-aftrek, evenals de vraag naar de toepassing van de btw-aftrek bij gemengde projecten als de voorliggende opdracht waarin zowel riolerings- als wegeniswerken plaatsvinden of bij algemene posten die ook (deels) gerelateerd zijn aan watergebonden werken.

13. Concluderend lijkt de verwerende partij dan ook het prijscriterium, zoals opgenomen in het bestek, te hebben gewijzigd wat strijdt met het gelijkheids- en het transparantiebeginsel en met het patere-legembeginsel. Aangezien aldus niet vaststaat dat de opdracht werd gegund aan de economisch voordeligste inschrijver, lijkt de gunningsbeslissing evenzeer artikel 81 van de wet overheidsopdrachten 2016 te schenden.

VI. Beroep tegen de impliciete weigeringsbeslissing

14. Voor zover de verzoekende partij naast de schorsing van de gunningsbeslissing tevens die van de impliciete weigering nastreeft om haar de opdracht te gunnen, blijkt niet dat te dezen het uitzonderlijk geval voorligt waarin de Raad van State daartoe zou moeten doen besluiten.

Het ernstig bevonden middel en het tweede middel inzake het beweerd onzorgvuldig prijsonderzoek strekken immers niet zover dat ze in elk geval de verplichting inhouden voor de aanbestedende overheid om de offerte van de verzoekende partij te aanzien als de economisch meest voordelige offerte en dus om de opdracht aan de verzoekende partij te gunnen.

VII. Besluit

15. Het eerste middel is in de aangegeven mate 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 rechtsplegingsvergoedingen inbegrepen, in beraad te houden.

BESLISSING

1. 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 gemeente Kasterlee van 12 augustus 2019 waarbij de opdracht “Aanleg fietspaden in Olensteenweg fase 2 (tussen Eerselingenstraat en N123)” werd gegund aan de nv Roos Groep.

2. De Raad van State verwerpt de vordering voor het overige.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 1 oktober 2019, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Patricia De Somere,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Patricia De Somere