

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 246.834 van 23 januari 2020
in de zaak A. 229.880/XII-8854**

In zake: de NV GHENT DREDGING
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Peter Flamey
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Jan Van Rijswijcklaan 16
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jens Debièvre, Lore Derdeyn en Elisabeth
Robbroeckx
kantoor houdend te 1000 Brussel
Havenlaan 86c, 113b
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de NV DE BRANDT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Erika Rentmeesters
kantoor houdend te 9100 Sint-Niklaas
Vijfstraten 57
bij wie woonplaats wordt gekozen
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Alain Légar
kantoor houdend te 9100 Sint-Niklaas
Dr. A. Verdurmenstraat 25

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 2 januari 2020, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van het Departement Mobiliteit en Openbare Werken, afdeling Maritieme Toegang

dd. 18 december 2019, waarbij de overheidsopdracht voor aanneming van werken voor het onderhoudscontract – District Kanaal Gent-Terneuzen wordt toegewezen aan De Brandt NV voor een bedrag van 600.000,00 euro (incl. btw)”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 9 januari 2020 heeft de nv De Brandt gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 16 januari 2020, om 14.00 uur.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Peter Flamey en Evi Mees, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaat Lore Derdeyn, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Erika Rentmeesters, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Alexander Van Steenberge 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. Het departement Mobiliteit en Openbare Werken – afdeling Maritieme Toegang schrijft een overheidsopdracht uit voor werken genaamd “Onderhoudscontract –District kanaal Gent – Terneuzen” (hierna: de opdracht).

De opdracht wordt gegund met een openbare procedure.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 12 september 2019.

3.3. Het bestek met nummer MT/01904 is van toepassing op de opdracht.

Luidens de algemene bepalingen van dit bestek bestaat het voorwerp van de opdracht uit “de werken, leveringen, het vervoer, de arbeidskrachten en alle uitvoeringsmiddelen met betrekking tot het uitvoeren van alle mogelijke onderhoudswerken en dringende interventies gedurende één kalenderjaar op de infrastructuur in het havengebied van Gent en gelegen langs het kanaal Gent-Terneuzen, van aan de Meulestedebrug te Gent tot aan de grens met Nederland in Zelzate”.

Bij de beschrijving der werken worden als bijzondere voorwaarden gestipuleerd:

“Gedurende het lopende pachtjaar kan de aanbestedende overheid allerlei onderhoudswerken bevelen. Deze onderhoudswerken maken het voorwerp uit van af te leveren werkstaten met een eigen dwingende uitvoeringstermijn.

Voor het uitvoeren van de onderhoudswerken en voor interventies naar aanleiding van effectieve of dreigende wateroverlast, stormwaarschuwingen, calamiteiten allerlei, enz. zal de aanbestedende overheid een beroep doen op de posten van de meetstaat.

De indicatieve waarde van de uit te voeren opdrachten bedraagt 600.000,00 euro (incl. btw) per pachtjaar met dien verstande dat het werkelijke bedrag over de totale uitvoeringsperiode, inclusief verlengingen, nooit boven 5.548.000,00 euro (excl. btw) kan liggen. De inschrijver neemt kennis van het feit dat dit slechts een indicatieve raming is, waar geen verwachtingen aan kunnen verbonden worden. Indien er meer of minder wordt uitgevoerd, kan er echter geen toepassing worden gemaakt van claims wegens vermindering van de uitgevoerde hoeveelheden of onvoorziene omstandigheden. Eventueel hieraan verbonden risico's dienen te worden opgenomen in de prijszetting.

De opdracht voor deze onderhoudspacht zal worden toegewezen aan de laagste regelmatige inschrijving volgens de rangschikking van zijn inschrijvingsprijs, zoals bepaald in het inschrijvingsbiljet.

Deze inschrijvingsprijs is dus geenszins bindend voor de aanbestedende overheid als jaarlijks te besteden budget. Hij heeft alleen een indicatieve waarde voor het opmaken van een rangschikking cf. art. 87 van het KB

Plaatsing, met het oog op het bepalen van de laatste regelmatige inschrijving.

Door zijn inschrijving verbindt de aannemer er zich evenwel toe de hem gegeven opdrachten uit te voeren tegen de eenheidsprijzen en totale prijzen van de samenstellende posten van de meetstaat, desgevallend verhoogd of verlaagd met de door hem opgegeven coëfficiënten.”

3.4. Luidens de administratieve voorschriften, bij toepassing van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), van het bestek betreft de opdracht een opdracht met gemengde prijsvaststelling.

De totale inschrijvingsprijs wordt verkregen door sommatie van de subtotalen van de delen A tot en met F, zoals per deel nader gespecificeerd, die betrekking hebben op de volgende prijselementen:

Deel A: Prijslijst met de door de inschrijver in te vullen prijzen;

Deel B: Prijslijst van de meest voorkomende onderhouds- en herstellingswerken, die noodzakelijk kunnen zijn;

Deel C: Huur niet-courant materieel – CMK;

Deel D: Lonen;

Deel E: Transfertgelden; en

Deel F: Bedragen van leveringen en factuurbetalingen (uitgezonderd transfertgelden).

Omtrent “Deel A: Prijslijst met de door de inschrijver in te vullen prijzen” wordt bepaald:

“Hierin staan opdrachten voor specifieke werken in het district. Hierbij zijn nominatieve en vooraf omschreven prestaties opgenomen voor planmatig preventief onderhoud en voor de meest voorkomende onderhouds- en herstellingswerken.”

Omtrent “Deel B: Prijslijst van de meest voorkomende onderhouds- en herstellingswerken, die noodzakelijk kunnen zijn” wordt bepaald:

“In deel B zijn geen nominatieve, vooraf omschreven prestaties opgenomen. De opgenomen posten in deel B gaan over mogelijks noodzakelijke, maar niet op voorhand in te schatten prestaties.

Werken in hoofd- of onderaanneming, waarvoor posten voorzien zijn in deel B worden uitgevoerd en vergoed tegen de basisprijzen van deel B, vermeerderd of verminderd met het percentage door de aannemer opgegeven in de inschrijving.

De prijzen aangegeven in dit deel, aangepast met het percentage van de inschrijving, zijn toepasselijk, welke ook de hoeveelheden, ligging der werken en de moeilijkheden van toegang zijn. De basisprijzen opgegeven door de aanbestedende overheid houden daarmee al rekening.

Het subtotaal van deel B wordt bekomen door de indicatieve bedragen welke zijn opgegeven voor de verschillende hoofdstukken van deel B te vermeerderen of te verminderen met het percentage, door de aannemer opgegeven in zijn inschrijving. De vermindering/vermeerdering dient gegeven te worden per hoofdstuk. Vermindering/vermeerdering op postniveau zal leiden tot onvergelykbaarheid en onregelmatigheid van de offerte.

Indicatieve bedragen voor de verschillende hoofdstukken van deel B:

- hoofdstuk 2 – Algemene bepalingen	2.000,00 euro;
- hoofdstuk 4 – Voorbereidende werken, afbraakwerken en grondwerken	50.000,00 euro;
- hoofdstuk 5 – Onderfunderingen en funderingen	20.000,00 euro;
- hoofdstuk 6 – Verhardingen	30.000,00 euro;
- hoofdstuk 7 – Rioleringen en afvoer van water	15.000,00 euro;
- hoofdstuk 8 – Lijnvormige elementen	20.000,00 euro;
- hoofdstuk 9 – Allerhande werken	25.000,00 euro;
- hoofdstuk 10 – Signalisatie	15.000,00 euro;
- hoofdstuk 12 – Onderhoud- en herstellingswerken	40.000,00 euro;
- hoofdstuk 13 – Werken aan waterlopen	45.000,00 euro;
- hoofdstuk 24 – Geotechnische constructie-elementen en constructies	50.000,00 euro;
- hoofdstuk 25 – Beton, wapening en betonconstructies	35.000,00 euro;
- hoofdstuk 26 – Staal en staalconstructies	35.000,00 euro;
- hoofdstuk 30 – Hout en houten constructieonderdelen	10.000,00 euro;
- hoofdstuk 32 – Uitrustingen en aanhorigheden	35.000,00 euro;
- hoofdstuk 33 – Conserveringswerken	25.000,00 euro.

.”

3.5. In het bestek is een beschrijvende opmeting te vinden die, wat deel B betreft, volledig werd ingevuld door de verwerende partij, met inbegrip van de eenheidsprijzen. Daarnaast is er een door de inschrijvers in te vullen samenvattende opmeting, zowel in Excel als in Word, opgenomen in het bestek. De inschrijvers, waaronder de verzoekende partij en de tussenkomende partij, hebben de ingevulde samenvattende opmeting in Excel toegevoegd bij de indiening van hun offerte.

3.6. De opening van de offertes vindt plaats op 21 oktober 2019.

Vijf offertes worden ingediend, onder andere door de verzoekende partij en de tussenkomende partij.

3.7. In het aanbestedingsverslag van 6 december 2019 wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de tussenkomende partij.

Onder de hoofding “D. Prijs- en kostenonderzoek” wordt vastgesteld:

“Art. 26. Het bestek schrijft (onder meer) voor:

Het subtotaal van deel B wordt bekomen door de indicatieve bedragen welke zijn opgegeven voor de verschillende hoofdstukken van deel B te vermeerderen of te verminderen met het percentage, door de aannemer opgegeven in zijn inschrijving. De vermindering/vermeerdering dient gegeven te worden per hoofdstuk. Vermindering/vermeerdering op postniveau zal leiden tot onvergelykbaarheid en onregelmatigheid van de offerte.

Indicatieve bedragen voor de verschillende hoofdstukken van deel B:

[...]

Alle inschrijvers gaven op correcte wijze een vermeerdering/vermindering per hoofdstuk. Het subtotaal van deel B wordt bekomen door de indicatieve bedragen welke zijn opgegeven voor de verschillende hoofdstukken van deel B te vermeerderen of te verminderen met dit percentage. Dit werd niet zo berekend in de totaalprijs van de firma's: Ghent Dredging nv, Herbosch-Kiere nv en Van der Straaten Aannemingsmaatschappij.”

Omtrent de inschrijvingsprijs van de tussenkomende partij staat vermeld:

“De inschrijvingsprijs van De Brandt nv is kleiner dan de gemiddelde prijs verminderd met 15%. Gezien de drempels van art. 36 bereikt zijn, is er een prijsbevraging voor posten 5, 27, 37, 86, 87, 88, 89, 105, 106, 107 en 108 gedaan bij deze inschrijver zoals bepaald onder de situatie van art. 36, § 4 van het KB Plaatsing.

Voor al deze posten besluit de aanbestedende overheid dat de opgegeven prijzen redelijk competitief zijn, doch niet onrealistisch. Dit blijkt uit een vergelijking van de courante prijzen voor dezelfde type prestaties in andere opdrachten en door prijzen die gerechtvaardigd werden door de inschrijver. In de prijsverantwoording van De Brandt NV worden de volgende punten aangehaald:

- voor alle gevraagde posten is er een detail uitgewerkt van de prijs die voorzien is met het nodige materieel, materialen, werkuren en winst,

grotendeels gebaseerd op andere opgegeven prijzen binnen het bestek;

- de firma beschikt bovendien (uitgezonderd van 2017 tot 2019) over meer dan 25 jaar ervaring (destijds in een tijdelijke vereniging met andere firma) binnen het district van het kanaal Gent-Terneuzen, dus zij hebben een goede kennis van het district.

We kunnen hieruit besluiten dat de prijzen van De Brandt nv laag zijn, maar toch aanvaardbaar gezien de gegeven verklaringen. We kunnen deze prijzen dus als regelmatig beschouwen.”

3.8. Op 18 december 2019 beslist het departement Mobiliteit en Openbare Werken, afdeling Maritieme Toegang, om op grond van dit aanbestedingsverslag de opdracht te gunnen aan de tussenkomende partij voor een bedrag van 600.000,00 euro (btw inbegrepen).

Dit is het bestreden besluit.

IV. Tussenkoms

4. De nv De Brandt blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet haar verzoek tot tussenkoms worden ingewilligd.

V. Schorsingsvoorwaarden

5.1. 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.

5.2. 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.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 81, § 1, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), de artikelen 80, eerste lid, en 87 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, artikel 53 van deel B “Administratieve voorschriften bij toepassing van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten” van het bestek, artikel 80 van deel C “Administratieve voorschriften bij toepassing van het KB van 18.04.2017 inzake plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren” van het Standaardbestek Administratieve Bepalingen versie 3.0, het

beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, het zorgvuldigheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel als beginselen van behoorlijk bestuur, en ontstentenis van de rechtens vereiste feitelijke en juridische grondslag.

Zij licht toe dat er een tegenstrijdigheid bestaat tussen de beschrijvende meetstaat, waarin geen melding is gemaakt van indicatieve bedragen maar integendeel de individuele posten van alle hoofdstukken van deel B zijn opgelijst, en de samenvattende meetstaat, waarin wel ruimte is voorzien om indicatieve bedragen in te vullen, maar geen oplijsting is gemaakt van de individuele posten. De verzoekende partij heeft een offerte ingediend met daarbij een ingevuld exemplaar van de beschrijvende meetstaat, met opgave van een percentage van vermeerdering/vermindering per hoofdstuk van deel B, waarna het sub totaal voor deel B werd verkregen door sommatie van de vermeerderde/verminderde prijzen, van elk hoofdstuk van deel B. Blijkens het gunningsverslag heeft de aanbestedende overheid dit evenwel aangepast alhoewel wordt erkend dat alle inschrijvers op correcte wijze een percentage van vermeerdering/vermindering hadden opgegeven per hoofdstuk.

Volgens de verzoekende partij heeft de aanbestedende overheid daarbij onvoldoende rekening gehouden met de bepalingen van het “Standaardbestek Administratieve Bepalingen versie 3.0 van toepassing voor het Standaardbestek 250 (wegenbouw), het Standaardbestek 260 (kunstwerken en waterbouw) en het Standaardbestek 270 (elektromechanische uitrustingen)” (hierna: het standaardbestek) dat in het bijzonder bestek uitdrukkelijk van toepassing werd verklaard op de betrokken opdracht en waar in een, van artikel 80 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, afwijkende voorrangsorte van opdracht documenten is voorzien. Het standaardbestek maakt een onderscheid tussen zogenaamde genormaliseerde en niet-genormaliseerde posten. Uit de beschrijvende meetstaat blijkt dat de overgrote meerderheid van de posten van deel B genormaliseerde posten betreffen waarop de afwijkende voorrangsorte van toepassing is. In geval van tegenstrijdigheden tussen de beschrijvende en de samenvattende opmeting, zoals *in casu*, krijgt de beschrijvende opmeting voorrang op de samenvattende opmeting, en hieruit volgend, ook op het bestek. De

verzoekende partij heeft dan ook geheel terecht de uitgebreide, beschrijvende meetstaat ingevuld en bij haar offerte gevoegd. Haar offerte werd trouwens niet onregelmatig verklaard. De meerderheid van de inschrijvers heeft gehandeld op dezelfde wijze als de verzoekende partij, wat volgens haar aantoonde dat de werkelijke voorrangsorte van de opdrachtdocumenten voldoende duidelijk was.

De verzoekende partij vervolgt dat, aangezien het overgrote gedeelte van de posten van de beschrijvende opmeting genormaliseerde posten zijn waarop de afwijkende voorrangsorte van toepassing is, de lapidaire motivering van het gunningsverslag dat de prijszetting door onder meer de verzoekende partij niet werd berekend volgens de regeling vermeld in het bijzonder bestek, “met name met inbegrip van de eis om de percentages van vermeerdering en/of vermindering van de door de aanbestedende overheid zelf aangegeven prijzen op te geven aan de hand van de indicatieve bedragen”, niet naar recht is verantwoord. Uit geen enkel in het gunningsverslag uitgedrukt motief blijkt waarom dan wel de voorkeur werd gegeven aan een inschrijver die de prijszetting heeft gedaan op grond van de hoger aangegeven regeling van het bijzonder bestek inzake aanrekening van percentages op indicatieve bedragen voor alle posten van de opmeting, terwijl volgens de voorrangsorte van artikel 80 van het standaardbestek dit slechts mocht gebeuren voor de niet-genormaliseerde posten, zodat de opdracht volgens de plaatsingsprocedure bij openbare procedure uitsluitend op grond van de prijs niet werd gegund aan de economisch meest voordelige inschrijver. Bijgevolg werd artikel 81, § 1, van de wet overheidsopdrachten 2016 geschonden, op grond waarvan de aanbestedende overheid de gunning van de overheidsopdracht op de economisch meest voordelige offerte moet baseren. De verzoekende partij betoogt dat de voornoemde prijszetting incompatibel is met de in het standaardbestek opgenomen voorrangsorte met het onderscheid tussen genormaliseerde en niet-genormaliseerde posten. De berekeningswijze vooropgesteld in het bijzonder bestek heeft tot gevolg dat dit onderscheid volledig wordt afgevlakt.

Uit al het voorgaande volgt dat de aanbestedende overheid, door de herberekening die zij heeft doorgevoerd om de rangschikking te bepalen, haar eigen regels vervat in de opdrachtdocumenten en de daarin opgenomen voorrangsorte heeft geschonden, alsook artikel 80, eerste lid, van het

koninklijk besluit plaatsing 2017. Dat er ook niet-genormaliseerde posten in de opmeting zijn opgenomen, doet hier volgens de verzoekende partij geen afbreuk aan, aangezien de aanbestedende overheid dan maar op grond van de vastgestelde incoherentie een verbeterend bericht had moeten versturen om deze te remediëren.

De verzoekende partij concludeert dat er geen rechtsgrond voorhanden was die de aanbestedende overheid zou toelaten haar offerteprijs aan te passen, wat impliceert dat de finale rangschikking, op grond waarvan de economisch meest voordelige offerte werd bepaald, is gesteund op een verkeerde appreciatie van de ingediende offertes en de offerteprijzen.

Beoordeling

7. Overeenkomstig artikel 81, § 1, van de wet overheidsopdrachten 2016 steunt “[d]e aanbestedende overheid [...] de gunning van overheidsopdrachten op de economisch meest voordelige offerte”.

Overeenkomstig artikel 87, § 1, eerste lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 wordt “[i]n het geval van vereiste of toegestane varianten [...] de economisch meest voordelige offerte bepaald op grond van één enkele rangschikking van de basisoffertes en de variantenoffertes overeenkomstig artikel 81 van de wet”.

Artikel 80 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 luidt:

“Behoudens andersluidende bepaling in de opdrachtdocumenten is de volgende voorrangsorte bepalend voor de interpretatie in geval van tegenspraak tussen de opdrachtdocumenten :

1° de plannen;

2° het bestek;

3° de samenvattende opmeting of de inventaris.

Als de plannen tegenspraak vertonen, kan de inschrijver zich op de voor hem meest gunstige hypothese steunen, tenzij de andere opdrachtdocumenten daarover uitsluitel geven.”

Artikel 80 van het standaardbestek, ingevolge artikel 53 onder titel B. “Administratieve voorschriften bij toepassing van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten (wet 2016) (BS 14 juli 2016)” van het bestek van toepassing op de voorliggende overheidsopdracht, luidt:

“In afwijking van art. 80 K.B. Plaatsing is bij genormaliseerde posten de volgende voorrangsorte bepalend voor de interpretatie ingeval van tegenspraak tussen de opdrachtdocumenten:

- 1) de plannen;
- 2) de samenvattende opmeting;
- 3) het bestek.

In geval van tegenstrijdigheden tussen het codenummer en de omschrijving van de gebruikte genormaliseerde post, heeft het codenummer voorrang.

In geval van tegenstrijdigheden tussen de beschrijvende en de samenvattende opmeting heeft de beschrijvende opmeting voorrang.

Genormaliseerde posten zijn posten die in de catalogus voorkomen. Zij omvatten steeds één bewerking en/of levering. Elke genormaliseerde post heeft:

- 1) een codenummer;
- 2) een omschrijving van de werken;
- 3) een verwijzing naar de overeenkomstige bepaling in het Standaardbestek (‘volgens’).

Niet-genormaliseerde posten zijn:

- ofwel posten die niet in de catalogus voorkomen en waarvoor een logisch opgebouwd codenummer gebruikt wordt;
- ofwel posten die wel in de catalogus voorkomen maar waarvan de inhoud van de post gewijzigd werd. Deze posten worden met een * aangeduid in de opmeting.

Voor de niet-genormaliseerde posten geldt de voorrangvolgorde zoals bepaald in art. 80 K.B. Plaatsing.”

Het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* verplicht het bestuur de algemene regels die het zelf heeft vastgesteld te eerbiedigen bij de concrete toepassing ervan. Daaruit vloeit voort dat de aanbestedende overheid bij de beoordeling van offertes gebonden is door de regels die hieromtrent in het bestek zijn vastgesteld.

De materiële motiveringsplicht vereist dat voor elke administratieve beslissing rechtens aanvaardbare motieven bestaan met een voldoende feitelijke grondslag en dat het werkelijk bestaande feiten betreft die door het bestuur met de nodige zorgvuldigheid zijn vastgesteld. Zo hiervan al niet

overtuigend blijkt wordt gegeven in het besluit zelf vereist de mogelijkheid tot controle hierop dat die grondslag blijkt uit het administratief dossier. De Raad van State mag zich in de uitoefening van zijn wettigheidscontrole niet in de plaats van die overheid stellen, doch mag desgevraagd wel nagaan onder meer of de beoordeling met de vereiste zorgvuldigheid is geschied en berust op voldoende veruitwendigde en draagkrachtige motieven.

8. De verzoekende partij steunt de in dit middel beweerde onrechtmatigheid op de premisse dat er een tegenstrijdigheid bestaat tussen de verschillende opdrachtdocumenten, meer bepaald tussen enerzijds de “beschrijvende meetstaat”, waarin onder elk hoofdstuk van deel B de individuele posten zijn opgelijst en anderzijds de “samenvattende meetstaat”, waarin enkel ruimte is voorzien om indicatieve bedragen met vermeerderings- of verminderingspercentage op hoofdstukniveau in te vullen, en het bestek.

9. Er wordt vastgesteld dat meetstaten waartussen de verzoekende partij een tegenstrijdigheid ziet, beiden samenvattende meetstaten betreffen. Bij het bestek zijn, naast een “beschrijvende opmeting”, twee samenvattende meetstaten gevoegd, namelijk de “samenvattende opmeting” opgesteld in “Excel” (door de verzoekende partij “beschrijvende meetstaat” genoemd), en de “samenvattende opmeting” opgesteld in “Word” (door de verzoekende partij “samenvattende meetstaat” genoemd). Wat deel B betreft, zijn individuele posten opgenomen in de beschrijvende opmeting en de samenvattende opmeting in “Excel”, terwijl dit niet het geval is voor de samenvattende opmeting in “Word” welke op het niveau van elk hoofdstuk in een ruimte voorziet om het indicatief bedrag, het vermeerderings- of verminderingspercentage en het totaal bedrag (inclusief vermindering/vermeerdering) in te vullen.

De verzoekende partij heeft, net zoals alle andere inschrijvers, de samenvattende opmeting opgesteld in “Excel” ingevuld en aan de ingediende offerte toegevoegd. Zij heeft daarbij voor elk hoofdstuk in deel B een percentage gegeven waarmee de bedragen kunnen worden vermeerderd of verminderd, en dit percentage eveneens toegepast op de ingevulde basiseenhedsprijzen voor elke individuele post vermeld onder de hoofdstukken, maar niet op de indicatieve bedragen. Vermits de vermoedelijke hoeveelheid bij de individuele posten van

deel B overal “1” bedraagt, leidt dit logischerwijze tot een lagere inschrijvingsprijs in vergelijking met de andere inschrijvers en in het bijzonder de tussenkomen de partij, die in haar berekening wel vertrekt van de in het bestek opgegeven indicatieve bedragen, en aldus van de indicatieve hoeveelheden.

10. De omstandigheid dat de in de beschrijvende opmeting en in de samenvattende opmeting opgesteld in “Excel” de indicatieve bedragen niet zijn opgenomen, maar enkel de basiseenheidsprijzen van de individuele posten, lijkt op het eerste gezicht niet te volstaan om aan te nemen dat er een tegenstrijdigheid bestaat tussen de opdrachtdocumenten.

Anders dan wat de verzoekende partij lijkt te betogen, mag de meetstaat niet los worden bekeken van het bestek en de daarin opgenomen beoordelingsmethode. Om de draagwijdte van een welbepaald opdrachtdocument te achterhalen, dient dit document integendeel te worden geplaatst in het geheel van de opdrachtdocumenten. Deze documenten dienen op een coherente, samenhangende manier te worden uitgelegd.

De voorliggende opdracht heeft betrekking op het “uitvoeren van alle mogelijke onderhoudswerken en dringende interventies gedurende één kalenderjaar op de infrastructuur in het havengebied”. De omvang van de werken en bijgevolg de waarde van de opdracht kan dus niet op voorhand worden bepaald.

Luidens de bijzondere voorwaarden van het bestek, zoals weergegeven *sub* 3.3, heeft de inschrijvingsprijs vermeld in de offertes enkel een indicatieve waarde voor het (kunnen) bepalen van de laagste regelmatige inschrijving, doch verbindt de aannemer er zich toe de hem gegeven opdrachten uit te voeren tegen de eenheidsprijzen en totale prijzen van de samenstellende posten van de meetstaat, desgevallend eventueel verhoogd of verlaagd met de door hem opgegeven coëfficiënten.

Naast de nominatieve en vooraf omschreven prestaties opgenomen in deel A, betreffen de opgenomen posten in deel B de mogelijkerwijs noodzakelijke, maar niet op voorhand in te schatten prestaties.

11. Uit het bestek blijkt duidelijk dat de offertes van de inschrijvers, wat deel B betreft, zullen worden beoordeeld aan de hand van de indicatieve bedragen per hoofdstuk die in het bestek zijn opgegeven samen met het percentage dat de inschrijvers op hoofdstukniveau toepassen om deze indicatieve bedragen te vermeerderen of te verminderen. Daarbij geeft het bestek uitdrukkelijk aan dat de “vermindering/vermeerdering dient gegeven te worden per hoofdstuk” en “[v]ermindering/vermeerdering op postniveau zal leiden tot onvergelijkbaarheid en onregelmatigheid van de offerte”.

Gelet op deze beoordelingsmethode opgenomen in het bestek, bestaat op het eerste gezicht geen tegenstrijdigheid tussen de verschillende opdrachtdocumenten. Dit lijkt des te meer te gelden nu met de verwerende partij wordt vastgesteld dat de voorrangsregels in geval van tegenstrijdigheid die volgens de verzoekende partij moeten worden toegepast, op het eerste gezicht onwerkbaar zijn. De meetstaat in deel B bevat immers niet alleen genormaliseerde posten, maar ook niet-genormaliseerde posten, waarvoor andere voorrangsregels gelden. De toepassing van een dergelijke incoherente werkwijze lijkt niet toe te laten een inschrijvingsprijs te verkrijgen die kan worden vergeleken. Indien een meetstaat en een bestek voor meerdere interpretaties vatbaar zijn, moet worden gekozen voor de opvatting die een praktische, evidente toepassing kan kennen. Dit houdt in dat moet worden gekozen voor de interpretatie waarbij er geen tegenstrijdigheid is.

De omstandigheid dat in de samenvattende opmeting in “Excel” de eenheidsprijzen per post staan vermeld, waartoe de inschrijver zich verbindt de hem gegeven opdrachten uit te voeren, desgevallend verhoogd of verlaagd met de door hem opgegeven percentages, doet bijgevolg op het eerste gezicht geen afbreuk aan de voornoemde beoordelingsmethodiek opgenomen in het bestek, waarbij per hoofdstuk een indicatief bedrag is opgegeven om de aanbestedende overheid toe te laten de offertes te rangschikken.

Nu er op het eerste gezicht geen tegenstrijdigheid is tussen de opdrachtdocumenten, mist het middel, voor zover daarin de (incorrecte) toepassing van de voorrangsregels wordt aangevoerd, feitelijke grondslag.

12. Aangezien de verzoekende partij alle gegevens heeft verstrekt om haar offerte met de andere ingediende offertes te vergelijken, heeft de verwerende partij, overeenkomstig de in het bestek omschreven beoordelingsmethode, de door de inschrijvers per hoofdstuk gegeven percentages tot korting of vermeerdering toegepast op de indicatieve bedragen in deel B.

Voor zover de verzoekende partij in het middel aanvoert dat voor deze aanpassing geen rechtsgrond zou bestaan, wordt vastgesteld dat deze aanpassing haar rechtsgrond vindt in de beoordelingsmethode opgenomen in het bestek, methode die de verzoekende partij overigens op zich niet lijkt te betwisten.

13. Uit hetgeen voorafgaat, volgt dat geen van de in het middel aangevoerde bepalingen en beginselen is geschonden.

Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

14. De verzoekende partij roept de schending in van artikel 4, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016, het gelijkheids- en niet-discriminatiebeginsel in de zin van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en als beginselen van behoorlijk bestuur, het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel als beginselen van behoorlijk bestuur, en de ontstentenis van de rechtens vereiste feitelijke en juridische grondslag.

De verzoekende partij licht toe dat uit de gemotiveerde gunningsbeslissing en het gevoegde gunningsverslag enkel valt af te leiden dat de aanbestedende overheid is uitgegaan van de prijszetting volgens de interpretatie van de opdrachtdocumenten door de gekozen inschrijver, waarbij enkel rekening werd gehouden met de voorrangsregeling voor de niet-genormaliseerde posten. De prijzen van de verzoekende partij werden opgegeven volgens de beschrijvende opmeting, waarvan veruit het grootste aantal posten genormaliseerd is. Door over te gaan tot het hanteren van gecorrigeerde prijzen heeft de aanbestedende overheid

de onvergelykbaarheid van de offertes niet hersteld. Zij heeft de prijzen aangepast alsof het alle niet-genormaliseerde posten betrof.

Beoordeling

15. De in het tweede middel beweerde onrechtmatigheden vertrekken opnieuw vanuit de voornoemde premisse dat er een tegenstrijdigheid bestaat tussen de opdrachtdocumenten.

Zoals uit de beoordeling van het eerste middel blijkt, is hier op het eerste gezicht geen sprake van, zodat alle gevolgen die de verzoekende partij hieruit trekt, grondslag missen.

16. Het tweede middel is het niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

17. De verzoekende partij roept de schending in van de artikelen 81, § 1, en 84 van de wet overheidsopdrachten 2016, de artikelen 34, 35, 36 en 87 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, minstens het materiële motiveringsbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur, het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel als beginselen van behoorlijk bestuur, en de ontstentenis van de rechtens vereiste feitelijke en juridische grondslag.

De verzoekende partij licht toe dat de verwerende partij is overgegaan tot correctie van haar offerteprijs. De hypothesen waarin een aanbestedende overheid hiertoe kan overgaan zijn evenwel limitatief bepaald in de toepasselijke regelgeving en zijn *in casu* niet aan de orde. De gemotiveerde gunningsbeslissing en het gunningsverslag bevatten geen rechtsgrond, minstens geen voldoende motivering omtrent de precieze rechtsgrond voor de aanpassing van de offerteprijs van de verzoekende partij. De verwerende partij brengt de

herberekening van de offerte van de verzoekende partij onder bij het “prijs- en kostenonderzoek” maar er is geen dergelijk onderzoek doorgevoerd. Voor zover de verwerende partij de “herberekening” van de offerteprijs van de verzoekende partij, wat deel B betreft, zou hebben doorgevoerd in het kader van een algemeen dan wel bijzonder prijs- of kostenonderzoek, werd het artikel 84 van de wet overheidsopdrachten 2016 *juncto* de artikelen 35 en 36 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 op dubbele wijze geschonden. Deze bepalingen laten volgens de verzoekende partij immers niet toe om een beoordeling te doen van de prijzen met betrekking tot elementen van de inschrijving die niet het voorwerp hebben uitgemaakt van een verzoek tot prijsverantwoording of op grond van inlichtingen die niet afkomstig zijn van de inschrijver en die niet aan hem zijn voorgelegd. Deze bepalingen laten bovendien niet toe om prijzen te corrigeren. Evenmin werd, nog volgens de verzoekende partij, op deugdelijke wijze toepassing gemaakt van de mogelijkheid om op grond van artikel 34 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 rekenfouten en zuiver materiële fouten te verbeteren, en heeft de verwerende partij bovendien verzuimd om de werkelijke bedoeling van de inschrijvers na te gaan.

Beoordeling

18. Zoals blijkt uit de beoordeling van het eerste middel, heeft de verwerende partij, om de prijzen met elkaar te kunnen vergelijken, de door de inschrijvers gegeven percentages tot korting of vermeerdering toegepast op de indicatieve bedragen in deel B.

Deze werkwijze gehanteerd in het gunningsverslag volgt uit de beoordelingsmethode, zoals deze werd uiteengezet in het bestek. De rechtsgeldigheid van deze beoordelingsmethode, noch de toepassing ervan, worden door de verzoekende partij betwist. Met de verwerende partij lijkt op het eerste gezicht te mogen worden gesteld dat de eenheidsprijzen die door de inschrijver zijn opgenomen in de samenvattende opmeting ook de prijzen zijn die zullen gelden tijdens de uitvoering, zodat er geen sprake is van een “correctie” maar louter van het berekenen van het rangschikkingsbedrag overeenkomstig het bestek.

19. De omstandigheid dat de toepassing van de voornoemde beoordelingsmethode in het gunningsverslag is beschreven onder de hoofding

“Prijs- en kostenonderzoek”, doet aan het voorgaande geen afbreuk. Anders dan de verzoekende partij het ziet, lijkt een prijs- of kostenonderzoek op grond van artikel 35 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 wel degelijk toegestaan zonder dat aan de inschrijvers de nodige inlichtingen worden gevraagd.

De stelling van de verzoekende partij dat indien de aanbestedende overheid inlichtingen had gevraagd omtrent haar prijszetting, zij zou hebben uitgelegd dat zij de in de opdrachtdocumenten bepaalde voorrangsregels heeft toegepast, lijkt, in het licht van de beoordeling van het eerste middel, niet relevant. Evenmin voert de verzoekende partij enige rechtsregel of -beginsel aan volgens welke de aanbestedende overheid verplicht zou zijn om de resultaten van haar prijsonderzoek aan tegenspraak te onderwerpen.

20. De verzoekende partij maakt niet aannemelijk dat de verwerende partij de offerteprijzen van de verzoekende partij zou hebben aangepast op grond van artikel 36 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 in het kader van een onderzoek naar abnormaal lage of hoge prijzen of kosten. Het betrokken motief in het aanbestedingsverslag vormt daar immers geen neerslag van.

Zij maakt evenmin aannemelijk dat de verwerende partij een toepassing zou hebben gemaakt van artikel 34 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 waarbij de aanbestedende overheid de offertes verbetert op rekenfouten en zuiver materiële fouten. Het toepassen van het percentage op de indicatieve bedragen geldt op het eerste gezicht niet als een rechtzetting van rekenfouten of zuiver materiële fouten.

21. Het derde middel is niet ernstig.

VII. Besluit

22. Geen van de middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt bijgevolg verworpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv De Brandt tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt 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 tussenkommende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op een rolrecht van 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van drieëntwintig januari tweeduizend twintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Patricia De Somere,
bijgestaan door

Greta Scheveneels,

De griffier

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De voorzitter

Greta Scheveneels

Patricia De Somere