

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 247.071 van 18 februari 2020
in de zaak (I) A. 221.217/XII-8298
(II) A. 222.008/XII-8365**

In zake (I) en (II):

de NV VIABUILD
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Stijn Butenaerts
kantoor houdend te 1080 Brussel
Leopold II laan 180
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE SINT-GENESIUS-RODE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Frank Judo
kantoor houdend te 1000 Brussel
Keizerslaan 3
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de beroepen

1. Het beroep in de zaak A. 221.217/XII-8298, ingesteld op 13 januari 2017, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van 10 november 2016 van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Sint-Genesius-Rode, waarbij beslist werd om de gunningsprocedure in het kader van de overheidsopdracht “Herinrichting Dorpscentrum” stop te zetten en een nieuwe open aanbesteding op te starten.

Het beroep in de zaak A. 222.008/XII-8365, ingesteld op 19 april 2017, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van 2 maart 2017 van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Sint-Genesius-

Rode genomen in het kader van de overheidsopdracht “Herinrichting Dorpscentrum”, waarbij de opdracht “Herinrichting Dorpscentrum” voor de fase A, B en C wordt gegund aan de nv Wegebo.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft in beide zaken een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft in beide zaken een memorie van wederantwoord ingediend.

Auditeur Thomas Maes heeft over beide zaken een verslag opgesteld.

De verzoekende partij en de verwerende partij hebben in beide zaken een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 5 november 2019.

Staatsraad Patricia De Somere heeft de stand van de zaken uiteengezet.

Advocaat Stijn Butenaerts, die verschijnt voor de verzoekende partij en advocaat Nicolas Goethals, die *loco* advocaat Frank Judo verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Thomas Maes 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 voor de herinrichting van het dorpscentrum een overheidsopdracht voor werken uit.

Als plaatsingsprocedure wordt gekozen voor een open aanbesteding.

De opdracht wordt geraamd op 4.751.470,17 euro, btw inbegrepen.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 19 mei 2016. Het bijzonder bestek met referentienummer 2013-088 is van toepassing op de opdracht.

Onder verwijzing naar artikel 37, § 1, van de wet overheidsopdrachten 2006 wordt in het bestek bepaald dat de opdracht bestaat uit een vast gedeelte, dat de fasen A, B en C omvat, en twee voorwaardelijke gedeelten, die de fasen D en E (elk afzonderlijk) omvatten. Het bestek preciseert dat “de uitvoering van elk voorwaardelijk gedeelte [...] afhankelijk [is] van een afzonderlijke beslissing van het Bestuur”, en dat de “motivatie voor het opsplitsen van de opdracht in gedeelten de dimensie van de opdracht [is] en de zware budgettaire investeringen die ze vergt”.

3.3. De offertes worden geopend op 1 juli 2016. Twee inschrijvers dienen een offerte in: de nv Wegebo aan 5.098.607,66 euro, btw inbegrepen en de verzoekende partij aan 5.812.486,42 euro, btw inbegrepen.

Op 4 augustus 2016 beslist de verwerende partij, op grond van het gunningsverslag van 3 augustus 2016, om de opdracht “Herinrichting Dorpscentrum” voor de fase A, B en C te gunnen aan de nv Wegebo en dat de

sluiting van de fase D en E deel zal uitmaken van een afzonderlijke beslissing en dit in functie van de budgettaire mogelijkheden.

Op 1 september 2016 beslist de verwerende partij om de gunningsbeslissing van 4 augustus 2016 in te trekken.

Met een arrest van 20 september 2016, nr. 235.801, verwerpt de Raad van State de door de verzoekende partij ingediende vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van voornoemde beslissing van 4 augustus 2016 bij uiterst dringende noodzakelijkheid, bij gebrek aan voorwerp.

3.4. In de loop van september en oktober 2016 worden de beide offertes nader onderzocht door het studiebureau dat de gunningsprocedure begeleidt. Aan beide inschrijvers worden prijsverantwoordingen gevraagd bij brieven van 15 september 2016 en bijkomend aan de nv Wegebo bij brief van 20 oktober 2016.

Op 10 november 2016 beslist de verwerende partij om de gunningsprocedure stop te zetten. Er wordt onder meer verwezen naar het bedrag van de raming, de relevante bedragen uit het investeringsbudget van de gemeente voor de jaren 2016 en 2017, de totaalprijzen van de twee ingediende offertes, de gunningsbeslissing van 4 augustus 2016 en de intrekkingbeslissing van 1 september 2016. Vervolgens wordt gesteld:

“Overwegende dat [het studiebureau] bijkomend onderzoek verrichte naar de ingediende offertes wat resulteerde in een gunningsverslag d.d. 15 september 2016. Dit verslag stelt voor bijkomende prijsverantwoording te vragen aan zowel Wegebo [...] als aan Viabuild[...]
Overwegende dat de antwoorden op deze vragen tot prijsverantwoording tijdig werden ontvangen;
Overwegende dat [het studiebureau] bijkomend onderzoek verrichte naar de ingediende verantwoording, wat resulteerde in een gunningsverslag d.d. 15 oktober 2016. Dit verslag stelt voor bijkomende prijsverantwoording te vragen aan Wegebo [...].

Overwegende dat op 20 oktober 2016 een bijkomende vraag tot verantwoording werd uitgestuurd en dat het antwoord op 31 oktober werd ontvangen;

Overwegende dat uit de verantwoording van Wegebo [...] en Viabuild [...] daarenboven blijkt dat er interpretatiem[oei]lijkheden kunnen zijn in verband met de te leveren natuurstenen, en dat een nieuwe procedure toelaat dit recht te zetten.

Overwegende dat ernstige vragen rijzen bij de verzoenbaarheid van de inschrijvingsbedragen, die de raming overschrijden, met de actuele budgettaire mogelijkheden van de gemeente, en het hierdoor niet aangewezen is de werken toe te wijzen;

Overwegende dat de stopzetting van de gunningsprocedure dan ook is aangewezen; dat dit geen afbreuk doet aan de mogelijkheid om een nieuwe procedure en bekendmaking op te starten, die desgevallend resultaten kan opleveren die wel verzoenbaar zijn met de mogelijkheden van de gemeente;

Overwegende daarenboven dat uit de genoemde interpretatieproblemen moeilijkheden rijzen met betrekking tot de vergelijkbaarheid van de ingediende offertes te vergelijken en het ook om die reden niet aangewezen is deze werken toe te wijzen.”

Dit is de bestreden beslissing in de zaak A. 221.217/XII-8298.

3.5. De verwerende partij schrijft vervolgens een nieuwe gunningsprocedure uit voor dezelfde opdracht. Deze wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 30 november 2016. Het licht gewijzigde bestek met referentienummer 2013-088 rev. 2 is van toepassing op deze opdracht.

Drie inschrijvers dienen een offerte in voor deze opdracht: de nv Wegebo aan 4.961.347,97 euro, btw inbegrepen, de verzoekende partij aan 5.042.733,60 euro, btw inbegrepen en de bvba Liema aan 5.119.861,12 euro, btw inbegrepen.

3.6. Op 2 maart 2017 beslist de verwerende partij, op grond van het gunningsverslag van 27 februari 2017, om de opdracht “Herinrichting Dorpscentrum” voor de fase A, B en C te gunnen aan de nv Wegebo, en dat de sluiting van de fase D en E deel zal uitmaken van een afzonderlijke beslissing en dit in functie van de budgettaire mogelijkheden.

Dit is de bestreden beslissing in de zaak A. 222.008/XII-8365.

IV. Samenvoeging

4. Aangezien de feitelijke en juridische gegevens van de twee zaken nauw verbonden zijn is het passend om in het belang van een goede rechtsbedeling de beide zaken samen te voegen.

V. Onderzoek van het enig middel in de zaak A. 221.217

Uiteenzetting van het middel

5. De verzoekende partij voert in een enig middel de schending aan van artikel 35 van de wet van 15 juni 2006 ‘betreffende overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ (hierna wet overheidsopdrachten 2006), artikel 95 van het koninklijk besluit ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ van 15 juli 2011 (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2011), van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, de materiële motiveringsplicht en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, “inzonderheid” het rechtszekerheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel, en het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*.

Zij voert aan dat noch het eerste motief inzake de onduidelijkheid van het bestek over de te leveren natuurstenen, noch het tweede motief inzake de te hoge inschrijvingsprijzen, de bestreden beslissing van 10 november 2016 tot stopzetting van de initiële gunningsprocedure kan verantwoorden.

Aangaande de beweerde te hoge inschrijvingsprijzen betoogt de verzoekende partij dat dit argument niet met de werkelijkheid overeenstemt omdat de prijs van de inschrijver de nv Wegebo, op grond waarvan de opdracht

eerst werd gegund, eveneens boven de raming van de verwerende partij lag. Minstens wordt op generlei wijze gemotiveerd waarom haar prijs, die evenals de prijs van de nv Wegebo, de raming overschrijdt wel aanleiding geeft tot de stopzetting van de opdracht, terwijl dit bij de prijsoverschrijding door de nv Wegebo niet het geval was. De verwerende partij diende *in concreto* motieven aan te reiken en te staven aan de hand van haar begroting of jaarrekening, waarom het prijsverschil tussen de offerte van de verzoekende partij en deze van de nv Wegebo het haar budgettair onmogelijk maakte om de opdracht te gunnen. Door dit niet te doen wordt de formelemotiveringsplicht geschonden. Het aangevoerde motief is volgens de verzoekende partij daarenboven inhoudelijk onjuist blijkens het feit dat de nieuwe procedure uitgaat van (quasi) identiek hetzelfde bestek en meetstaat. De minimale verschillen tussen het oorspronkelijke en het nieuwe bestek tonen aan dat de aangevoerde motieven om de initiële opdracht stop te zetten manifest onjuist zijn. Indien men tot lagere inschrijvingsbedragen wenst te komen dient men uiteraard het bestek op dergelijke wijze aan te passen dat inschrijvers kunnen inschrijven aan lagere bedragen, door bijvoorbeeld bepaalde posten te schrappen, of andere materialen te vereisen.

6. In haar memorie van wederantwoord repliceert de verzoekende partij dat de offerte van de nv Wegebo wel degelijk geweerd diende te worden als zijnde substantieel onregelmatig. Het intrekken van de gunningsbeslissing van 4 augustus 2016 kan niet tot gevolg hebben dat het oordeel van de verwerende partij – met betrekking tot de initiële offerte van de nv Wegebo – dat een inschrijvingsbedrag van 5.098.607,66 euro de budgettaire draagkracht van de gemeente niet overschrijdt, niet heeft bestaan. Bovenal is een motivering die zich beperkt tot het stellen dat de ontvangen prijzen de raming of de budgettaire draagkracht overschrijdt niet afdoende daar de verzoekende partij op geen enkele wijze kan nagaan of de onderliggende materiële motieven wel correct zijn, namelijk of de overschrijding van de raming daadwerkelijk de draagkracht van de verwerende partij overschrijdt. In de bestreden beslissing wordt zelfs niet vastgesteld dat de financiële draagkracht wordt overschreden, enkel dat er vragen

kunnen gesteld worden bij de draagkracht. Voorts betwist de verzoekende partij nog dat het feit dat in de nieuwe gunningsprocedure al dan niet aan lagere bedragen werd ingeschreven van belang zou zijn bij de beoordeling van de rechtsgeldigheid de bestreden beslissing.

7. In de laatste memorie herhaalt de verzoekende partij dat op generlei wijze wordt gemotiveerd waarom haar prijs, die evenals de prijs van de nv Wegebo de raming overschrijdt, wel aanleiding geeft tot de stopzetting van de opdracht, terwijl dit bij de prijsoverschrijding door de nv Wegebo niet het geval was en dat zij aan de hand van de gegeven motivering niet kan nagaan of door de overschrijding van de raming de draagkracht daadwerkelijk wordt overschreden.

Voorts betoogt zij nog dat de aangehaalde reden om de gunningsprocedure stop te zetten, namelijk de beweerde overschrijding van het budget, niet juist kan zijn, nu de raming betrekking heeft op alle fasen, terwijl er slechts drie werden gegund zodat de verwerende partij had “moeten aangeven waarom voor de gunning van slechts een beperkt onderdeel van de opdracht de budgettaire draagkracht of de raming zou overschreden zijn geweest”.

Ten slotte vraagt de verzoekende partij de Raad van State om bij de verwerende partij de volgende gegevens – die zij reeds op grond van de openbaarheid van bestuur aan de verwerende partij zelf had gevraagd – in te winnen en haar te verplichten het administratief dossier dienaangaande te vervolledigen: de gunning van de fasen D en E en de eventuele beslissing daartoe, de reeds aan de nv Wegebo in uitvoering van de bestreden gunningsbeslissing uitgekeerde bedragen en de eventuele oplevering, voorlopig of definitief, van de werken.

Beoordeling

8. Overeenkomstig artikel 35 van de wet overheidsopdrachten 2006 houdt het volgen van een procedure geen verplichting in tot het gunnen of het sluiten van de opdracht. De aanbestedende overheid kan zowel afzien van het gunnen van de opdracht als de procedure herbeginnen, desnoods op een andere wijze. Er mag worden aangenomen dat indien de aanbestedende overheid beslist om na het volgen van een gunningsprocedure, de opdracht niet te gunnen, zij daarbij niet willekeurig te werk mag gaan en die beslissing moet steunen op deugdelijke motieven die de beslissing kunnen dragen.

9. De bestreden beslissing tot stopzetting berust op twee motieven die elk op zich de stopzetting van de initiële gunningsprocedure naar recht kunnen verantwoorden. In dat licht komt het aan de verzoekende partij toe om aan te tonen dat beide motieven niet rechtsgeldig zijn.

10. Wat het tweede, financiële motief betreft, kunnen de omstandigheid dat de inschrijvingsbedragen de geraamde kostprijs van de opdracht overschrijden, het financieel niet langer haalbaar zijn van het project of andere budgettaire problemen bij de aanbestedende overheid in beginsel een geldig motief vormen om een gunningsprocedure stop te zetten.

Het middel mist vooreerst feitelijke grondslag waar het doet gelden dat de verwerende partij “[had] moeten staven aan de hand van haar begroting of jaarrekening, waarom het prijsverschil tussen de offerte van verzoekster en deze van de nv Wegebo het haar budgettaire onmogelijk maakte om de opdracht te gunnen”. De bestreden beslissing vermeldt immers wel degelijk het bedrag van de raming, de relevante bedragen uit het investeringsbudget van de gemeente voor de jaren 2016 en 2017 en de totaalprijzen van de twee offertes. De vermelding van deze gegevens en de duiding die er in de bestreden beslissing reeds bij wordt gegeven volstaan vanuit het oogpunt van de formelemotiveringsplicht. Anders dan de verzoekende partij dit ziet, werd zij

aldus wel degelijk op grond van de in de bestreden beslissing meegedeelde informatie in de mogelijkheid gesteld om na te gaan of de onderliggende materiële motieven correct zijn.

In de hypothese waarbij de offerte van de nv Wegebo als onregelmatig diende te worden beschouwd -wat onder meer het voorwerp uitmaakt van haar eerste kritiek- en de offerte van de verzoekende partij als enige regelmatige zou zijn overgebleven, toont de verzoekende partij voorts niet aan dat de aanbestedende overheid, door te oordelen dat de stopzetting van de opdracht noodzakelijk is, de grenzen van een zorgvuldige beoordeling is te buiten gegaan. Immers blijkt de offerte van de verzoekende partij de raming met meer dan een miljoen euro te overschrijden, en, zoals de verwerende partij benadrukt in haar laatste memorie, voor wat het vaste gedeelte betreft (fasen A tot C), relatief gezien nog meer.

De omstandigheid dat de verwerende partij voordien de opdracht bij de gunningsbeslissing van 4 augustus 2016 heeft gegund aan de nv Wegebo, doet niet anders besluiten. De offerte van de nv Wegebo overschreed de raming in veel mindere mate dan deze van de verzoekende partij, namelijk maar met 347.137,49 euro. De verzoekende partij toont dan ook niet aan dat de verwerende partij met de bestreden beslissing tot stopzetting, gelet op de voormelde aanzienlijke ramingsoverschrijding wat de offerte van de verzoekende partij betreft, de grenzen van een zorgvuldige beoordeling zou zijn te buiten gegaan, ook niet in het licht van de eerdere beslissing tot gunning waar sprake was van een veeleer geringe ramingsoverschrijding bij de gekozen inschrijver.

Waar de verzoekende partij nog verwijst naar de omstandigheid dat de nieuwe gunningsprocedure uitgaat van een quasi identiek bestek en meetstaat, wat volgens haar bevestigt dat de motieven om de initiële opdracht stop te zetten manifest onjuist zijn, wordt vastgesteld dat de omstandigheid dat het bestek slechts minimaal werd gewijzigd, niet noodzakelijk hoeft uit te sluiten dat geen lagere inschrijvingsbedragen kunnen worden geboden. Ook een kleine

wijziging kan grote implicaties hebben op het vlak van de prijzen voor materialen, zoals te dezen is gebleken wat de bijzondere eisen met betrekking tot herkomst en wijze van ontginnen van de kasseistenen betreft.

11. Voor zover de verzoekende partij in haar laatste memorie nog bijkomend argumenteert dat er maar drie fasen zijn gegund zodat de verwerende partij had moeten aangeven waarom ook voor dit beperktere onderdeel van de opdracht de budgettaire draagkracht of raming zou zijn overschreden, gaat zij eraan voorbij dat de offertes in het gunningsverslag in hun geheel werden beoordeeld en gerangschikt, overeenkomstig artikel 37, § 1 van de wet overheidsopdrachten 2006.

Bijkomende informatie betreffende de al dan niet uitvoering van de voorwaardelijke gedeelten dient dan ook niet te worden opgevorderd. De vraag welke bedragen in de uitvoeringsfase werden betaald aan de gekozen inschrijver en of de werken inmiddels werden opgeleverd, is evenmin relevant voor de beoordeling van de rechtmatigheid van de bestreden stopzettingsbeslissing.

Overigens is de raming ook opgesplitst per fase, en werd hoger reeds vastgesteld dat het inschrijvingsbedrag van de offerte van de verzoekende partij wat het vaste gedeelte van de opdracht betreft, de raming nog meer overschreed, zodat zij ook in die context niet aantoonde dat de beoordeling van de aanbestedende overheid om de procedure stop te zetten de grenzen van de zorgvuldigheid te buiten gaat.

15. De verzoekende partij toont niet aan dat het financiële motief voor de stopzetting van de initiële gunningsprocedure in feite of in rechte zou falen.

In dat licht wordt vastgesteld dat de verzoekende partij geen belang meer heeft bij de eerste kritiek van haar enig middel, zoals de verwerende partij terecht opwerpt. Het stopzettingsmotief inzake de

interpretatiemoeilijkheden in het bestek in verband met de te leveren “natuurstenen” dient in het licht van het voorgaande immers als overtoollig te worden aangemerkt.

16. Het enig middel, in beide onderdelen, wordt verworpen.

V. Onderzoek van het enig middel in de zaak A. 222.008

Uiteenzetting van het middel

17. De verzoekende partij voert in een enig middel de schending aan van artikel 35 van de wet overheidsopdrachten 2006, artikel 95 van het koninklijk besluit plaatsing 2011, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, de materiële motiveringsplicht en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, “inzonderheid” het rechtszekerheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel, en het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*.

De verzoekende partij doet gelden dat de bestreden gunningsbeslissing is gesteund op de onwettige stopzettingsbeslissing van 10 november 2016 en dus de rechtsgeldigheid ervan evenzeer is aangetast. Voor het overige herneemt de verzoekende partij woordelijk haar argumentatie uit het enig middel in de zaak A. 221.217/XII-8298.

18. In haar memorie van wederantwoord herneemt de verzoekende partij bijna woordelijk haar memorie van wederantwoord in de zaak A. 221.217/XII-8298.

19. In haar laatste memorie erkent de verzoekende partij dat het enig middel slechts gegrond is wanneer beide motieven, die aan de grondslag liggen van de stopzettingsbeslissing van 10 november 2016, niet afdoende

blijken. Voorts herneemt de verzoekende partij bijna woordelijk haar laatste memorie in de zaak A. 221.217/XII-8298.

Beoordeling

20. Bij het onderzoek van het beroep tegen de stopzettingsbeslissing werd vastgesteld dat het aangevoerde enig middel niet gegrond is. Aldus blijkt het enig middel in het beroep tegen de gunningsbeslissing, dat berust op de veronderstelling dat de stopzettingsbeslissing wel degelijk onwettig is, grondslag te missen.

21. Het enig middel wordt verworpen.

BESLISSING

1. De zaken nrs. A. 221.217/XII-8298 en A. 222.008/XII-8365 worden gevoegd.

2. De Raad van State verwerpt de beroepen.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de beroepen tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 400 euro, en een rechtsplegingsvergoeding in elke zaak van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

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

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Pierre Barra,	staatsraad,
Patricia De Somere,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest