

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 247.333 van 26 maart 2020
in de zaak A. 230.340/XII-8874**

In zake: de NV SCHEERLINCK SPORT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Philippe Van Wesemael
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 235
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD BRUSSEL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Frédéric Van De Gejuchte
kantoor houdend te 1030 Brussel
Jamblinne de Meuxplein 41
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 28 februari 2020, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “het besluit d.d. 19 december 2019 van het college van burgemeester en schepenen van [de stad Brussel] waarbij de overheidsopdracht voor werken met als voorwerp de vernieuwing van vloerbedekkingen van het synthetische terrein van sportcomplexen gelegen te [Brussel], gegund wordt aan de ondernemer Sportinfrabouw nv”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 17 maart 2020, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Philppe Van Wesemael, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Anthony Poppe, die *loco* advocaat Frédéric Van De Gejuchte verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederic Eggermont heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht voor werken uit met als voorwerp “de vernieuwing van vloerbedekkingen van het synthetisch terrein van sportcomplexen” gelegen op haar grondgebied. Het betreft de synthetische vloerbedekking van voetbalvelden en een rugbyveld, en diverse bijhorende werken. De opdracht wordt op 25 oktober 2019 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen.

Het is een openbare procedure met als enig gunningscriterium de prijs.

De opdracht omvat vier percelen:

- Perceel 1: sportcentrum Oorlogskruisen - veld 1: voetbal;
- Perceel 2: sportcentrum Haren - veld 1: voetbal en installatie van tanks, filters en rioolaansluitingen;
- Perceel 3: sportcentrum Korte Groenweg - veld 2 en 3 en veld 4: rugby;

- Perceel 4: sportcentrum Korte Groenweg - installatie van tanks, filters en rioolaansluitingen.

In het bijzonder bestek OPP/2019/094 wordt bepaald:

“Indien de inschrijver een fout vaststelt bij de geraamde hoeveelheden, moet hij bij zijn offerte een verklarende en corrigerende nota voegen overeenkomstig artikel 79 van het KB van 18/04/2017.”

3.2. Er worden drie offertes ingediend. De verzoekende partij en de nv Lesuco dienen een offerte in voor de percelen 1 tot 3; de nv Sportinfrabouw dient een offerte in voor alle percelen.

De inschrijvers bieden volgende prijzen, btw niet inbegrepen:

	nv Scheerlinck Sport	nv Lesuco	nv Sportinfrabouw
Perceel 1	282.796,17	346.112,30	286.641,24
Perceel 2	282.948,89	362.554,29	255.669,15
Perceel 3	955.889,51	1.142.031,32	928.158,35
Perceel 4			27.634,86

3.3. Op 17 december 2019 wordt een “analyseverslag” opgesteld waarbij alle inschrijvers worden geselecteerd.

Voorts wordt er, wat het eerste perceel betreft, onder meer het volgende overwogen:

“E) Lijst van de artikels waarvan hoeveelheden zijn gewijzigd door de inschrijvers

Alle inschrijvers hebben opmerkingen gemaakt, maar ze bevatten allemaal fouten.

Als gevolg hiervan houdt het PA geen rekening met de opmerkingen van de inschrijvers, verifieert het zijn berekeningen en past het de prijzen van elke inschrijver[...] toe om de rangorde te herzien.

Inschrijver nr. 1: Lesuco nv

De posten waarvoor de inschrijver opmerkingen heeft gemaakt en waar de AO geen rekening mee houdt, zijn de volgende posten:

- 2.2.a.: Evacuatie van de oppervlaktelaag en algemeen uitgegraven materiaal;

- 5.1.1.1.1: Geotextielmembraan.

De inschrijver heeft de hoeveelheden van bovenstaande items gewijzigd en na analyse houdt de AO geen rekening met deze onjuiste gewijzigde hoeveelheid.

Het offerte blijft in dit stadium ongewijzigd en bedraagt 346.112,30 euro excl btw.

Na herberekening door de AO, gaat het offerte van:

346.112,30 € exclbtw tot 338.964,62 € exclbtw.

Inschrijver nr. 2: Scheerlinck nv

De posten waarvoor de inschrijver opmerkingen heeft gemaakt en waar de AO geen rekening mee houdt, zijn de volgende posten:

- 2.2.a.: Evacuatie van de oppervlaktelaag en algemeen uitgegraven materiaal;

- 2.2.b. Vullen, heropvullen, verdichten en egaliseren.

De inschrijver heeft de hoeveelheden van bovenstaande items gewijzigd en na analyse houdt de PA geen rekening met deze onjuiste gewijzigde hoeveelheid.

Haar aanbod blijft in dit stadium ongewijzigd en bedraagt 282.796,17 euro exclusief btw.

Na herberekening door de AO, gaat het offerte van :

282.796,17 € excl btw tot 312.999,36 € excl btw.

Inschrijver nr.3: Sportinfrabouw nv

De posten waarvoor de inschrijver opmerkingen heeft gemaakt en waar de AO geen rekening mee houdt, zijn de volgende posten:

- 2.1.b. Demontage of afbraak en evacuatie van diverse coatings + aggregaten;

- 2.2.a.: Evacuatie van de oppervlaktelaag en algemeen uitgegraven materiaal;

- 2.2.b. Vullen, heropvullen, verdichten en egaliseren;

- 5.1.1: Geotextielmembraan;

- 6.1.1: Flexibele onderlaag;

- 6.1.2: Kunstgras.

De inschrijver heeft de hoeveelheden van bovenstaande items gewijzigd en na analyse houdt de AO geen rekening met deze onjuiste gewijzigde hoeveelheid.

Haar offerte blijft in dit stadium ongewijzigd en bedraagt 286.641,24 euro exclusief btw.

Na herberekening op basis van de prijzen, gaat het offerte van:
286.641,24 € excl btw tot 284.391,42 € excl btw.

F) Rectificatie van de AO

De AO corrigeert met de juiste ingehouden hoeveelheden voor de volgende punten en past deze aan voor alle inschrijvers:

- 2.1.b. Demontage of afbraak en evacuatie van verschillende coatings + aggregaten: 6.996,00m²;
- 2.2.a. : Evacuatie van de oppervlaktelaag en algemeen uitgegraven materiaal: 608,61 m³;
- 2.2.b. Vullen, herfilteren, verdichten en nivelleren: 612,20m³;
- 5.1.1.: Geotextielfolie: 1.307,84m²;
- 6.1.1.: Flexibele onderlaag: 6.940,88m²;
- 6.1.2.: Kunstgras: 6.940,88 m².”

Aan de hand van deze nieuwe door de aanbestedende overheid opgegeven hoeveelheden wordt een nieuwe rangschikking opgesteld waarbij de offerte van de nv Sportinfrabouw de goedkoopste wordt; de prijs van deze offerte bedraagt thans 284.391,42 euro, btw niet inbegrepen, die van de offerte van de verzoekende partij 312.999,36 euro, btw niet inbegrepen en die van de offerte van de nv Lesuco 338.964,42 euro, btw niet inbegrepen.

Zo ook wordt een zelfde oefening gemaakt voor de percelen 2 en 3.

Voor perceel 2 hadden de inschrijvers voor een aantal posten gewijzigde hoeveelheden voorgesteld – de verzoekende partij voor de posten 2.1.b, 2.2.a, 2.2.b, 6.1.1 en 6.1.2; de nv Lesuco en de nv Sportinfrabouw voor de posten 2.1.b, 2.2.a, 2.2.b, 5.1.1, 6.1.1 en 6.1.2 – maar de verwerende partij verwierpt deze als foutief en handelt als volgt:

“F) Rectificatie van de AO

De AO corrigeert met de juiste ingehouden hoeveelheden voor de volgende punten en past deze aan voor alle bidders:

- 2.1.b. Demontage of afbraak en evacuatie van verschillende coatings + aggregaten: 6.490,99m²;
- 2.2.a.: Evacuatie van de oppervlaktelaag en algemeen uitgegraven materiaal: 1.049,77m³;
- 2.2.b. Vullen, herfilteren, verdichten en egaliseren: 961,93m³;
- 5.1.1.: Geotextielfolie: 1.331,20m²;

- 6.1.1.: Flexibele onderlaag: 6.490,99m²;
- 6.1.2.: Kunstgras: 6.490,99 m².”

Aan de hand van deze nieuwe door de aanbestedende overheid opgegeven hoeveelheden wordt een nieuwe rangschikking opgesteld waarbij de offerte van de nv Sportinfrabouw de goedkoopste blijft met een prijs ten bedrage van thans 300.045,86 euro, btw niet inbegrepen. De prijs van de offerte van de verzoekende partij bedraagt 354.384,94 euro, btw niet inbegrepen, en die van de offerte van de nv Lesuco 428.860,63 euro, btw niet inbegrepen.

Ook voor perceel 3 hadden de inschrijvers voor een aantal posten gewijzigde hoeveelheden voorgesteld – de verzoekende partij voor de posten 2.1.b, 2.2.a, 2.2.b, 3.2.2., 5.1.1, 6.1.1 en 6.1.2; de nv Lesuco en de nv Sportinfrabouw voor de posten 2.1.b, 2.2.a, 2.2.b, 3.2.1, 5.1.1, 6.1.1 en 6.1.2 mits de nv Sportinfrabouw ook voor post 3.2.2 – maar de verwerende partij verwerpt deze als foutief en handelt als volgt:

“F) Rectificatie van de AO

De AO corrigeert met de juiste ingehouden hoeveelheden voor de volgende punten en past deze aan voor alle inschrijvers:

- 2.1.b. Demontage of afbraak en evacuatie van verschillende coatings + aggregaten: 20.851,20m²;
- 2.2.a.: Evacuatie van de oppervlaktelaag en algemeen uitgegraven materiaal: 1.829,12m³;
- 2.2.b. Vullen, heropvullen, verdichten en nivelleren: 1.702,36m³;
- 3.2.1.: Verzamelaar 200 mm : 1.419,18ml;
- 3.2.2.; Collectoren diameter 300 mm: 174,75ml;
- 5.1.1.: Geotextielfolie: 3.932,80m²;
- 6.1.1.: Flexibele onderlaag: 20.851,20m²;
- 6.1.2: Kunstgras: 20.851,20m².”

Aan de hand van deze nieuwe door de aanbestedende overheid opgegeven hoeveelheden wordt een nieuwe rangschikking opgesteld waarbij de offerte van de nv Sportinfrabouw de goedkoopste blijft met een prijs ten bedrage van thans 933.988,62 euro, btw niet inbegrepen. De prijs van de offerte van de verzoekende partij bedraagt 1.009.073,01 euro, btw niet inbegrepen, en die van de offerte van de nv Lesuco 1.153.750,41 euro, btw niet inbegrepen.

Er wordt voorgesteld de vier percelen te gunnen aan de inschrijver met de laagste prijs – voor perceel 4 de enige inschrijver – namelijk de nv Sportinfrabouw.

3.4. Op 19 december 2019 beslist de verwerende partij de opdracht voor al haar percelen te gunnen aan de nv Sportinfrabouw, zonder, zo lijkt, een uitdrukkelijke verwijzing naar dit analyseverslag.

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

Standpunt van de partijen

5.1.1. De verzoekende partij voert de schending aan van “artikel 86 van het Koninklijk Besluit van 18 april 2017 plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren [...], artikel 2-3 van de Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen [...], artikel 4 van de Rechtsbeschermingswet, het ‘patere legem quam ipse fecisti’-beginsel, de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur” en zij betoogt:

“Doordat de bestreden beslissing geen enkele overweging omvat waaruit blijkt dat verwerende partij de door verzoekster voorgestelde verbeteringen aan de vermoedelijke hoeveelheden uit het Bestek effectief nagekeken heeft,

En doordat de bestreden beslissing geen enkele overweging omvat waaruit blijkt op grond van welke berekeningen verwerende partij de vermoedelijke hoeveelheden uit het Bestek herberekend heeft,

En doordat de bestreden beslissing beperkt blijft tot het louter opsommen van de door verzoekster voorgestelde verbeteringen en louter affirmeert dat deze niet weerhouden worden, maar geen enkele concrete motivering omvat aangaande het nazicht door verwerende partij van de door verzoekster voorgestelde verbeteringen én aangaande de herberekening van de vermoedelijke hoeveelheden uit het Bestek door verwerende partij zelf,

Terwijl een aanbestedende overheid ertoe verplicht is om de door een inschrijver voorgestelde verbetering aan de vermoedelijke hoeveelheden na te zien en zo nodig recht te zetten op grond van haar eigen berekeningen, En terwijl een aanbestedende overheid ertoe verplicht is om haar beslissingen dienaangaande afdoende en concreet te motiveren, zeker in het kader van een openbare procedure waarbij de beslissing tot het al dan niet weerhouden van voorgestelde verbeteringen aan de vermoedelijke hoeveelheden een rechtstreekse impact hebben op de aangeboden prijzen en derhalve op de rangschikking van de offertes,

En terwijl een aanbestedende overheid ertoe verplicht is om haar eigen bestek na te leven, zeker nu hierin verwezen wordt naar de verplichting van inschrijvers om de vermoedelijke hoeveelheden zo nodig te verbeteren conform artikel 79 van het KB Plaatsing, en het bestek in dat opzicht bevestigt verwerende partij ertoe gehouden was om deze voorgestelde verbeteringen op zorgvuldige wijze te beoordelen, Zodat de bestreden beslissing de in het middel aangehaalde bepalingen en beginselen van behoorlijk bestuur schendt.”

In de toelichting bij het middel merkt de verzoekende partij op dat het bestek overeenkomstig artikel 79 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017) een inschrijver toelaat fouten in de vermoedelijke hoeveelheden te verbeteren in de mate dat de voorgestelde verbetering minstens 10 % in meer of min van de hoeveelheid van de betrokken post bedraagt. De inschrijver moet hiertoe een verantwoordingsnota bij zijn offerte voegen.

Zij betoogt dat zij hiervan gebruik heeft gemaakt om een aantal onjuistheden in de samenvattende opmetingen van de percelen 1 tot 3 te verbeteren, met voeging van een verantwoordingsnota.

Ook de twee andere inschrijvers hebben volgens de verzoekende partij van deze mogelijkheid gebruik gemaakt.

Voorts wijst de verzoekende partij op artikel 86 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 waarin zij leest dat de aanbestedende overheid de voormelde wijzigingen zo nodig verbetert volgens eigen berekeningen, eventueel de opmetingen of inventarissen gevoegd bij de offertes wijzigt en, wanneer de aanbestedende overheid de wijzigingen van een post niet door eigen berekeningen kan nazien, de voorgestelde verhoging of verlaging van de hoeveelheid terugbrengt tot de oorspronkelijke hoeveelheid.

Volgens de verzoekende partij verkrijgt “het al dan niet aanvaarden van een voorgestelde wijziging van de hoeveelheden van de meetstaat of inventaris vanzelfsprekend een beslissend belang [...] in procedures waar de prijs als enig gunningscriterium geldt, aangezien het al dan niet aanvaarden van

dergelijke wijzigingen de rangschikking van de offertes rechtstreeks kan beïnvloeden”. Om die reden, zo vervolgt zij, “vloeit ook uit deze vaststelling voort dat het aanvaarden of weigeren van dergelijke voorgestelde verbeteringen grondig gemotiveerd moet worden”.

Te dezen echter, zo vervolgt de verzoekende partij, beperkt de aanbestedende overheid zich tot het verwerpen van alle voorgestelde wijzigingen met als reden vermeld in het analyseverslag: “ze bevatten allemaal fouten” en “na analyse houdt de AO geen rekening met deze onjuiste gewijzigde hoeveelheid”. Alsdan wordt per perceel opgegeven voor welke posten de oorspronkelijke hoeveelheden worden gecorrigeerd, wat, voor de posten waarvoor de verzoekende partij verbeteringen opgaf, het volgende oplevert:

Posten	VH in het bestek	VH zoals door de verzoekende partij in haar offerte verbeterd	VH zoals uiteindelijk door de aanbestedende overheid vermeld in haar analyseverslag
Perceel 1:			
Post 2.2.a	1.853,95 m ³	342,96 m ³	608,61 m ³
Post 2.2.b	612,20 m ³	342,96 m ³	612,20 m ³
Perceel 2:			
Post 2.1.b	5.239,50 m ²	6.470,24 m ²	6.490,99 m ²
Post 2.2.a	1.871,99 m ³	423,08 m ³	1.049,77 m ³
Post 2.2.b	961,93 m ³	363,08 m ³	961,93 m ³
Post 6.1.1	5.239,50 m ²	6.470,24 m ²	6.490,99 m ²
Post 6.1.2	5.239,50 m ²	6.470,24 m ²	6.490,99 m ²
Perceel 3			
Post 2.1.b	19.087,20 m ²	20.569,80 m ²	20.851,20 m ²
Post 2.2.a	5.071,01 m ³	978,40 m ³	1.829,12 m ³
Post 2.2.b	1.702,36 m ³	363,08 m ³	1.702,36 m ³
Post 6.1.1	19.087,20 m ²	20.569,80 m ²	20.851,20 m ²
Post 6.1.2	19.087,20 m ²	20.569,80 m ²	20.851,20 m ²

“Verwerende partij motiveert [zo betoogt de verzoekende partij] dus noch waarom de door verzoekster voorgestelde verbeteringen niet aanvaard kunnen worden, noch waarom de vermoedelijke hoeveelheden uit het Bestek uiteindelijk herberekend werden” niettegenstaande “[d]e beslissing omtrent het al dan niet aanvaarden van verbeteringen van de meetstaat of de inventaris, moet gemotiveerd worden op grond van de verantwoordingen van de inschrijver en in functie van zijn eigen berekeningen en vaststellingen. Deze motivering moet

toelaten om de aard van de rekenkundige verbeteringen te begrijpen waartoe werd overgegaan, in het bijzonder wanneer deze gezorgd hebben voor een wijziging in de rangschikking van de offertes”. “In het Gunningsverslag is evenwel geen enkele concrete motivering terug te vinden omtrent de redenen waarom de door verzoekster voorgestelde verbeteringen niet zouden kunnen gevolgd worden”. Volgens de verzoekende partij schendt de verwerende partij aldus artikel 86, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 en het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* aangezien nergens uit blijkt dat de door de verzoekende partij voorgestelde verbeteringen zijn onderzocht. “Het spreekt voor zich dat het louter opsommen van deze wijzigingen en het louter stellen dat deze wijzigingen niet aanvaardbaar zijn, geenszins kwalificeert als een door het KB Plaatsing vereist concreet nazicht van deze verbeteringen”.

Voorts wijst de verzoekende partij erop dat er te dezen nergens uit blijkt “op welke wijze de verwerende partij de vermoedelijke hoeveelheden uiteindelijk herberekend heeft”. Van “een herberekening aan de hand van de eenheidsprijzen van verzoekster” waarvan sprake in het analyseverslag is geen enkel concreet spoor terug te vinden terwijl de verwerende partij ertoe gehouden is “om, conform artikel 86 §1 KB Plaatsing, een eigen herberekening door te voeren en deze terdege toe te lichten in de bestreden beslissing”.

Ten slotte merkt de verzoekende partij op dat “[u]it het verwerpen van de voorgestelde verbeterde hoeveelheden zou afgeleid kunnen worden dat verwerende partij van oordeel was dat deze gewijzigde hoeveelheden niet via een eigen berekening konden worden geverifieerd. In een dergelijk geval had verwerende partij [met toepassing van artikel 86, § 1, derde lid, koninklijk besluit plaatsing 2017] deze hoeveelheden terug moeten brengen tot de oorspronkelijke hoeveelheden uit het Bestek, hetgeen zij evenmin gedaan heeft”.

5.1.2.1. Op de eerste plaats merkt de verwerende partij op dat de verzoekende partij geen belang heeft bij haar middel. Immers, zo betoogt zij, “zelfs indien alle voorstellen tot wijziging van de hoeveelheden gevolgd werden door verwerende partij, [liggen] de prijzen voor de drie percelen van de gekozen inschrijver nog steeds lager [...] dan deze voorgesteld door de verzoekende partij” wat volgens de verwerende partij blijkt uit een bij haar nota vertrouwelijk

gevoegde “vergelijkende tabel over de posten waarvoor de verzoekende partij wijzigingen aan de hoeveelheden heeft voorgesteld”.

De verwerende partij wijst erop dat zij de tabel vertrouwelijk neerlegt omdat “de kennisgeving van de prijzen voor de posten van respectievelijk de verzoekende partij en de gekozen inschrijver, die eventueel ook zal tussenkomen in het geding, een schending van hun zakengeheim zou uitmaken”.

5.1.2.2. Voorts bevindt de verwerende partij het middel niet ernstig om de volgende redenen.

Uit de bestreden beslissing blijkt volgens haar dat zij wel degelijk de door de verzoekende partij voorgestelde verbeteringen heeft onderzocht. Er wordt volgens haar uitdrukkelijk in vermeld dat er geen rekening is gehouden met de door de inschrijvers voorgestelde verbeteringen “omdat ze allen fouten bevatten”. “Vervolgens heeft verwerende zelf een rechtzetting doorgevoerd voor de hoeveelheden” en heeft zij een herberekening van de prijs gemaakt met een nieuwe rangschikking.

Voorts merkt de verwerende partij op dat er op haar geen verplichting rust om te motiveren op grond van welke berekeningen zij de forfaitaire en vermoedelijke hoeveelheden in het bestek herberekend heeft. “Inderdaad heeft de verzoekende partij [door de nieuwe hoeveelheden] kennis van de motieven van de beslissing om geen rekening te houden met de door de inschrijvers voorgestelde verbeteringen. Bovendien uit de verzoekende partij geen kritiek op de berekening als dusdanig volgens de nieuwe oppervlaktes en volumes. Inderdaad heeft verwerende partij louter de door inschrijvers voorgestelde eenheidsprijzen, vermenigvuldigd met de verbeterde oppervlaktes en volumes”. Zij besluit: “Gelet op het voorgaande werd de bestreden beslissing dan ook afdoende formeel gemotiveerd”.

Beoordeling

5.2.1. Artikel 79 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, dat van toepassing is verklaard in het bijzonder bestek, luidt:

“§ 1. Indien bij de opdrachtdocumenten een samenvattende opmeting of inventaris is gevoegd, vult de inschrijver deze in en maakt hij de nodige berekeningen.

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

1° de fouten die hij ontdekt in de forfaitaire hoeveelheden;

2° de fouten die hij ontdekt in de vermoedelijke hoeveelheden waarvoor de opdrachtdocumenten een dergelijke verbetering toelaten en op voorwaarde dat de voorgestelde verbetering minstens tien percent in meer of in min van de hoeveelheid van de post in kwestie bedraagt;

3° de leemten in de samenvattende opmeting of inventaris.

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

In artikel 86, §§ 1 en 4, is bepaald:

“§ 1. Wanneer een inschrijver, overeenkomstig de artikelen 34 en 79, § 2, de hoeveelheid van één of meer posten van de samenvattende opmeting of inventaris heeft verbeterd, ziet de aanbestedende overheid die wijzigingen na, verbetert ze zo nodig volgens eigen berekeningen en wijzigt desgevallend de opmetingen of inventarissen gevoegd bij de offertes.

Voor de inschrijver die een vermindering heeft voorgesteld met toepassing van artikel 79, § 2, 2°, wordt de totale prijs die overeenstemt met de aldus verminderde hoeveelheid een forfaitaire prijs, op voorwaarde en in de mate dat de aanbestedende overheid deze verbetering aanvaardt.

Wanneer de aanbestedende overheid de wijzigingen van een post met vermoedelijke hoeveelheden niet door eigen berekeningen kan nazien, brengt zij de voorgestelde verhoging of verlaging van de hoeveelheid terug tot de oorspronkelijke hoeveelheid van de opmeting of inventaris.”

en

“§ 4. Enkel voor de rangschikking van de offertes worden de hoeveelheden aanvaard door de aanbestedende overheid die groter zijn dan of gelijk zijn aan de hoeveelheden van de oorspronkelijke opmeting of inventaris, zonder onderscheid naar alle opmetingen of inventarissen gebracht.

Daarentegen spelen de wijzigingen die door de aanbestedende overheid aanvaard worden en die een vermindering van de hoeveelheden tot gevolg hebben, enkel in het voordeel van de inschrijvers die ze gemeld hebben en enkel in de mate dat hun verantwoording is aanvaard. Aldus :

1° wordt, indien de hoeveelheid voorgesteld door de inschrijver kleiner is dan de hoeveelheid aanvaard door de aanbestedende overheid, deze laatste hoeveelheid in de opmeting of inventaris gebracht;

2° wordt, indien de hoeveelheid voorgesteld door de inschrijver ligt tussen de hoeveelheid aanvaard door de aanbestedende overheid en de

hoeveelheid van de oorspronkelijke opmeting of inventaris, de hoeveelheid voorgesteld door de inschrijver in de opmeting of inventaris gebracht; 3° wordt, indien de hoeveelheid voorgesteld door de inschrijver, groter is dan de hoeveelheid van de oorspronkelijke opmeting of inventaris, de door de inschrijver voorgestelde hoeveelheid teruggebracht tot de hoeveelheid van de oorspronkelijke opmeting of inventaris”.

5.2.2. De verwerende partij werp een exceptie van onontvankelijkheid van het middel op omdat uit een bij haar nota gevoegde simulatie zou blijken dat de bij aanvaarding door de verwerende partij van de door de verzoekende partij aangebrachte verbeteringen van de vermoedelijke bestekshoeveelheden, de verzoekende partij dan nog niet in aanmerking zou komen om de drie percelen gegund te krijgen.

Het is passend de exceptie na de beoordeling van het middel te onderzoeken aangezien de draagwijdte van het middel hierbij lijkt te moeten worden betrokken.

5.2.3. De verzoekende partij voert in essentie de schending aan van de formelemotiveringsplicht omdat zij in het duister blijft over de redenen waarom de door de inschrijvers voorgestelde wijzigingen niet werden aanvaard en de verwerende partij, dus zonder nadere toelichting, een aanpassing doorvoert van de vermoedelijke bestekshoeveelheden inzake oppervlakten en volumes.

Het lijkt dat de motiveringsplicht dient te worden beoordeeld in het licht van de concrete omstandigheden van de zaak.

Te dezen gaat het om een incident bij de gunningsprocedure, namelijk de mogelijkheid die een inschrijver heeft om de in het bestek opgenomen vermoedelijke hoeveelheden te verbeteren door vermindering of vermeerdering waarbij er telkens verschillende gevolgen zijn zoals blijkt uit de artikelen 79 en 86 van het koninklijk besluit plaatsing 2017.

Overeenkomstig artikel 79, § 2, tweede lid, van dit koninklijk besluit voegt de inschrijver die verbeteringen aan de samenvattende opmeting doorvoert, “een nota ter verantwoording van deze verbeteringen” bij zijn offerte.

De verzoekende partij heeft een dergelijke nota bij haar offerte gevoegd, net zoals ook de andere twee inschrijvers. De nota van de verzoekende partij beschrijft concreet per post waarvoor een verbetering wordt doorgevoerd, hoe zij aan deze nieuwe hoeveelheid is gekomen en dit zowel vanuit mathematisch als uitvoeringstechnisch oogpunt.

De verwerende partij vermeldt in haar analyseverslag totaal nieuwe hoeveelheden, vastgesteld door eigen berekeningen, bij de posten waar de inschrijvers een verbetering voorstelden en zij verwerpt, zo lijkt, alle door de inschrijvers voorgestelde verbeteringen zonder nadere uitleg. Hierbij verlaat zij in de meeste gevallen zelfs de hoeveelheden zoals vermeld in de samenvattende opmeting en wijzigt ze met een factor die tot drie beloopt. Zij maakt aan de hand van deze nieuwe hoeveelheden een nieuwe rangschikking op. Deze nieuwe rangschikking heeft onder meer tot gevolg dat bij het eerste perceel de offerte van de verzoekende partij niet langer de goedkoopste is; de prijs van de verzoekende partij stijgt plots van 282.796,17 euro naar 312.999,36 euro en die van de gekozen inschrijver daalt 286.641,24 euro naar 284.391,42 euro.

De inschrijvers, waaronder de verzoekende partij, worden in de bestreden beslissing en het analyseverslag, zo lijkt, volkomen in het ongewisse gelaten hoe de verwerende partij via eigen berekeningen tot nieuwe hoeveelheden is gekomen niettegenstaande ze een antwoord lijken te moeten bieden op de concreet onderbouwde verantwoordingsnota's en ze aanleiding hebben gegeven tot van de meetstaat afwijkende hoeveelheden met een nieuwe rangschikking tot gevolg. Overigens laat de verwerende partij ook in haar nota na enige toelichting te geven.

Een dergelijke handelwijze van de verwerende partij lijkt niet proportioneel te beantwoorden aan de concrete formelemotiveringsplicht die voortvloeit uit de omstandigheden van de zaak zodat deze plicht te dezen geschonden lijkt.

5.2.4. Zoals opgemerkt, voert de verzoekende partij in essentie aan dat zij in het duister blijft over de redenen waarom de door de inschrijvers voorgestelde wijzigingen niet werden aanvaard en de verwerende partij, dus

zonder nadere toelichting, een aanpassing doorvoert van de vermoedelijke bestekshoeveelheden.

Pas met een afdoende motivering echter lijkt de verzoekende partij zich te kunnen verweren met de middelen die het recht haar ter beschikking stelt, bijvoorbeeld inzake al dan niet correcte door de verwerende partij in het analyseverslag gehanteerde nieuwe hoeveelheden en aldus ook inzake een al dan niet zorgvuldig gevoerd prijsonderzoek. De exceptie van de verwerende partij lijkt hier daarentegen eerder de materiële motiveringsplicht te betreffen terwijl de verzoekende partij niet expliciet betoogt dat haar verbeteringen ten onrechte niet zijn aanvaard, waar zij overigens bij gebrek aan inzicht in de berekeningen van de verwerende partij ook niet gedegen in staat toe lijkt te zijn. De exceptie van onontvankelijkheid van het middel wordt verworpen.

De aanvaarde schending van de formelemotiveringsplicht leidt tot de schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing wat de eerste drie percelen betreft, waar de verzoekende partij haar vordering lijkt toe te beperken. Het manco aan rechtsbescherming raakt op het eerste gezicht immers de drie percelen. Overigens lijkt de verwerende partij, wat haar exceptie inzake gebrek aan belang betreft, geen onderscheid te maken tussen de percelen.

VI. Besluit

6. Het enig middel is ernstig gebleken. De schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden bevolen.

BESLISSING

De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 19 december 2019 van de stad Brussel waarbij de opdracht voor werken met als voorwerp de vernieuwing van vloerbedekkingen van het synthetische terrein van sportcomplexen gelegen te Brussel wordt gegund aan de nv Sportinfrabouw, wat de percelen 1, 2 en 3 betreft.

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

Pierre Barra,
bijgestaan door

Silja Doms,

De griffier

Silja Doms

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De voorzitter

Pierre Barra