

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 248.898 van 12 november 2020
in de zaak A. 231.994/XII-8971**

In zake:

1. de NV DENYS
2. de NV SMET – F en C
samen vormend een tijdelijk maatschap
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Joost Bosquet
kantoor houdend te 2650 Antwerpen (Edegem)
Mechelsesteenweg 326
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

1. de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister
van Mobiliteit
2. de MAATSCHAPPIJ VOOR HET INTERCOMMUNAAL
VERVOER TE BRUSSEL (MIVB)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Manuela von Kuegelgen en Renaud Van Melsen
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 250 bus 10
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partijen:

1. de BV BAM CONTRACTORS
2. de BV BAM GALERE
3. de SAS SOLETANCHE BACHY France, vennootschap naar
Frans recht
samen vormend een tijdelijke maatschap
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Christophe Lenders en Joris Wouters
kantoor houdend te 2600 Antwerpen-Berchem
Borsbeeksebrug 36
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 13 oktober 2020, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[d]e beslissing van de Administrateur-Directeur generaal van MIVB waarbij de gemotiveerde gunningsbeslissing van 28 april 2020 wordt ingetrokken en waarbij de overheidsopdracht van werken ‘Uitbreiding van het metronet naar het Noorden-constructie Kunstwerken Noordstation’ wordt gegund aan SM Progres.”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota en een administratief dossier ingediend.

Met een verzoekschrift van 26 oktober 2020 hebben de bv Bam Contractors, de bv Bam Galère en de SAS Soletanche Bachy France, vennootschap naar Frans recht, samen vormend een tijdelijke maatschap, gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 3 november 2020, om 10.15 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Joost Bosquet, die verschijnt voor de verzoekende partijen, advocaten Renaud Van Melsen en Nicolas De Backer, die verschijnen voor de verwerende partijen, en advocaat Joris Wouters, die verschijnt voor de tussenkomende partijen, 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 FOD Mobiliteit en Vervoer - Directie Vervoerinfrastructuur - Beliris (hierna: Beliris) schrijft een overheidsopdracht van werken uit voor een opdracht inzake ‘Uitbreiding van het metronet naar het Noorden - Constructie Kunstwerken Noordstation’. De opdracht wordt geplaatst met een openbare procedure. Het betreft een opdracht in de speciale sectoren.

Uit het bestek blijkt dat de bouwheer voor de opdracht de MIVB is en dat Beliris optreedt als gedelegeerd bouwheer.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 18 juni 2019 en in het Supplement op Publicatieblad van de Europese Unie op 21 juni 2019.

3.2. Vier offertes worden ingediend. De verzoekende partijen hebben bij de opening van de offertes de tweede laagste offerte ingediend – hun prijs bedraagt 53.803.768,45 euro, btw inbegrepen; de tussenkomende partijen de laagste aan 53.655.482,47 euro, btw inbegrepen.

3.3. De inschrijvers worden alle vier geselecteerd; vervolgens worden hun offertes onderzocht. Na verbetering en aanpassing van de offertes is deze van de verzoekende partijen de laagste aan 53.746.375,44 euro, btw inbegrepen; de offerte van de tussenkomende partijen is nu de tweede laagste, aan 53.756.565,62 euro, btw inbegrepen.

In het kader van het prijsonderzoek wordt vastgesteld dat de offerte van de verzoekende partijen een schijnbaar abnormaal lage eenheidsprijs bevat voor post 347 ‘sloop van jetgroutelementen’. Er wordt een prijsverantwoording aan de verzoekende partijen gevraagd, die door hen vervolgens wordt gegeven.

3.4. Op 28 april 2020 wordt een eerste gunningsbeslissing genomen, deze is uitvoerig gemotiveerd overheen 40 bladzijden en draagt het gunningsverslag meteen in zich.

Wat het prijsonderzoek betreft, wordt beslist om de prijsverantwoording van de verzoekende partijen voor post 347 ‘sloop van jetgroutelementen’ niet te aanvaarden en de offerte van de verzoekende partijen te weren als onregelmatig.

Daarnaast wordt in de bestreden beslissing in het kader van het algemeen prijsonderzoek vastgesteld, zowel bij de offerte van de verzoekende partijen als bij deze van de tussenkommende partijen, dat, hoewel bij beide inschrijvers diverse posten door de aanbestedende overheid abnormaal hoog dan wel laag worden verklaard, de aanbestedende overheid heeft beslist om toch geen prijsverantwoording voor de betrokken posten te vragen, welke handelwijze vervolgens per post nader wordt toegelicht.

Er wordt vastgesteld dat de offerte van de tussenkommende partijen regelmatig is. Er wordt vervolgens beslist om de opdracht te gunnen aan de tussenkommende partijen.

3.5. Met een verzoekschrift van 20 mei 2020 vorderen de verzoekende partijen de schorsing van de uitvoering van de gunningsbeslissing van 28 april 2020. Dit is de zaak A. 230.742/XII-8900.

Bij arrest nr. 247.827 van 18 juni 2020 schorst de Raad van State de gunningsbeslissing van 28 april 2020 in haar uitvoering, daarbij onder meer als volgt oordelend:

“18. In tegenstelling tot hetgeen werd bepaald in het voorheen geldende artikel 21, § 3, tweede lid, van het koninklijk besluit van 16 juli 2012 ‘plaatsing overheidsopdrachten speciale sectoren’, is de aanbestedende overheid onder de thans geldende bepalingen van het koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren, verplicht een prijzenbevraging met schriftelijke verantwoording uit te voeren bij de betrokken inschrijver wanneer zij heeft vastgesteld dat er prijzen of kosten worden aangeboden die abnormaal laag of hoog lijken, ook indien de aanbestedende overheid meent – zoals te

dezen – dat de offerte niet als onregelmatig moet worden geweerd omwille van die vastgestelde abnormale prijzen.

Het is op grond van de thans geldende regelgeving voor de aanbestedende overheid pas mogelijk om met eigen argumentatie de schijnbaar abnormale prijzen te rechtvaardigen nadat eerst een bevraging bij de betrokken inschrijver is gebeurd. Dit volgt rechtstreeks uit artikel 44, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren 2017 en wordt ook uitdrukkelijk zo gesteld in het voormelde Verslag aan de Koning: “[w]anneer blijkt dat er prijzen of kosten worden aangeboden die abnormaal laag of hoog lijken, is de prijzenbevraging verplicht.

19. Te dezen blijkt de aanbestedende overheid geen prijsverantwoording te hebben gevraagd voor de door haar in de offertes van de inschrijvers gedetecteerde abnormaal hoge en lage prijzen, behoudens voor de post 347 in de offerte van de verzoekende partijen. Zij blijkt integendeel uitdrukkelijk te hebben beslist ‘niet over te gaan tot een vraag tot verantwoording’ voor de overige posten. Die mogelijkheid had zij op grond van de thans geldende regelgeving overheidsopdrachten op het eerste gezicht evenwel niet. Zij was verplicht een prijsverantwoording te vragen voor alle door haar als schijnbaar abnormaal aangemerkte prijzen.

Aldus blijkt het prijsonderzoek te dezen reeds op het eerste gezicht niet op rechtsgeldige wijze te zijn verlopen.”

3.6. De verwerende partijen onderzoeken de offertes opnieuw. Er wordt ditmaal zowel aan de verzoekende partijen als aan de tussenkomenende partijen om een prijsverantwoording gevraagd voor bepaalde posten in hun offertes. Beide inschrijvers dienen een prijsverantwoording in.

3.7. Op 22 september 2020 nemen de verwerende partijen een nieuwe gunningsbeslissing; deze is uitvoerig gemotiveerd overheen 46 bladzijden en draagt het gunningsverslag meteen in zich.

Wat het prijsonderzoek betreft, wordt beslist om de prijsverantwoording van de verzoekende partijen voor post 347 ‘sloop van jetgroutelementen’ (abnormaal lage prijs) niet te aanvaarden en de offerte van de verzoekende partijen te weren als onregelmatig.

Wat de offerte van de tussenkomenende partijen betreft, wordt beslist om de prijsverantwoording van deze inschrijver voor de bevroegde posten in zijn offerte te aanvaarden. De offerte van de tussenkomenende partijen wordt hierdoor de laagste regelmatige offerte met een totaalprijs, btw inbegrepen, van 53.756.565,62 euro.

De verwerende partijen trekken daarop de gunningsbeslissing van 28 april 2020 in en gunnen de opdracht opnieuw aan de tussenkomende partijen.

Dit is de thans bestreden beslissing.

3.8. Met een schrijven van 29 september 2020 geven de verwerende partijen kennis aan de verzoekende partijen van de nieuwe beslissing van 22 september 2020.

IV. Tussenkomst

4. De bv Bam Contractors, de bv Bam Galère en de SAS Soletanche Bachy France, samen vormend een tijdelijke maatschap, blijken voordeel te halen uit de bestreden beslissing en hebben er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet hun verzoek tot tussenkomst 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.

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 partijen voeren in het eerste middel de schending aan van :

- “° Art.84 §1 juncto art. 43 en 44§2KB Plaatsing Speciale Sectoren;
- ° Art. 78 K.B. Plaatsing Speciale Sectoren;
- ° Patere legem quem ipse fecisti als algemeen rechtsbeginsel en beginsel van behoorlijk bestuur.
- ° Art. 4 Wet Overheidsopdrachten en het daaruit voortvloeiend beginsel van de gelijke behandeling der inschrijvers;
- ° De formele motiveringsplicht zoals neergelegd in art. 4 en 5 Wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten;
- ° De materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur
En uit ontstentenis van de rechtens vereiste feitelijke en juridische grondslag”.

Zij vatten het middel zelf als volgt samen:

“Doordat, verwerende partij de door verzoekende partij voorgestelde hoeveelheidswijziging voor post 347 van de meetstaat afwijst, en vervolgens een prijs- en kostenonderzoek voert waarbij de eenheidsprijzen

van de verschillende offertes voor deze post niet worden gecorrigeerd of afgezet tegen de in het bestek aangegeven berekeningswijze.

Terwijl, het nazicht van de gewijzigde hoeveelheden overeenkomstig art. 84§1 KB Plaatsing een zorgvuldigheidsplicht in hoofde van de aanbestedende dienst meebrengt die verplicht tot een deugdelijk nazicht van de door de inschrijvers in hun offerte gewijzigde hoeveelheden, op grond van een correcte toepassing van de opdrachtdocumenten (patere legem qu[a]m ipse fecisti).

Dat er te deze[n] enkel in de technische bepalingen van het bestek wordt bepaald op welke wijze de uitgevoerde volumes voor post 347 zullen worden verrekend en dus op welke wijze de eenheidsprijs dient te worden bepaald.

Dat er geen sprake is van enige tegenspraak tussen de opdrachtdocumenten in de zin van art. 78 K.B. Plaatsing [Speciale Sectoren 2017], nu enkel de technische bepalingen van het bestek - en dus niet de meetstaat - de berekeningswijze van het in post 347 voorgeschreven volume bepalen.

Dat art. 84§1 KB Plaatsing [Speciale Sectoren 2017] de aanbestedende dienst gebiedt bij vaststelling van een door eigen berekening te verifiëren hoeveelheidswijziging in meer deze hoeveelheden bij alle inschrijvers te corrigeren om de gelijkheid van de offertes te waarborgen overeenkomstig art. 4 Wet Overheidsopdrachten [2016].

Dat het prijs- en kostenonderzoek overeenkomstig art. 43 en 44§2 KB Plaatsing [Speciale Sectoren 2017] enkel op een correcte en zorgvuldige wijze (cfr. het zorgvuldigheidsbeginsel) kan plaatsvinden indien de vergelijkbaarheid van de offertes en de daarin opgenomen eenheidsprijzen worden afgezet tegen een op identieke wijze berekende hoeveelheid.

Dat het onderzoek van gewijzigde hoeveelheden en de beoordeling van de prijsverantwoording op deugdelijke en draagkrachtige motieven dient te berusten waarvan het bestaan in het administratief dossier moet kunnen worden nagegaan (materiële motiveringsplicht), en waarbij de inschrijver en [de] Raad in staat worden gesteld om de motieven die aan het verwerpen van een substantiële toename van de hoeveelheid voor post 347 ten grondslag liggen te kennen en aan een regelmatigheidsonderzoek te onderwerpen (formele motivering).

Zodat, de bestreden beslissing die bij het nazicht van de wijziging van hoeveelheden omwille van niet nader genoemde redenen weigert toepassing te maken van de regels betreffende de berekening van het volume die zij zichzelf in het bestek heeft opgelegd, en bij het prijs- en kostenonderzoek derhalve uitgaat van een eenheidsprijs op niet bestekconforme grondslag, de in het middel aangevoerde beginselen en wettelijke bepalingen schendt.”

In de toelichting bij het eerste middel, uitgewerkt over tien bladzijden, zetten de verzoekende partijen, samengevat, uiteen dat post 347 in de samenvattende opmeting ‘sloop van jetgroutelementen’ een vermoedelijke hoeveelheid aangeeft van 941,28 m³. Het bestek staat toe om vermoedelijke

hoeveelheden te wijzigen met minstens 10% van de post. De technische bepalingen van het bestek bevestigen dat de eenheidsprijs dient “te worden uitgedrukt per kubieke meter, berekend op een theoretisch volume”. Dit wil zeggen dat de inschatting van het reële volume nadien een risico van de aanneming betreft.

De verzoekende partijen hebben in hun offerte een wijziging in meer voorgesteld van de hoeveelheid aangezien de in de samenvattende opmeting gehanteerde hoeveelheden “niet overeenstemden met het voor deze post relevant aantal kubieke meters, becijferd overeenkomstig de technische bepalingen van het bestek”.

Het feit dat in de bestreden beslissing de door de verzoekende partijen voorgestelde hoeveelheid in meer wordt verworpen is volgens de verzoekende partijen een manifeste miskennis van het bestek en de daarin opgegeven berekeningsmethode, waarop de verzoekende partijen hun correctie steunden. Bij een andere inschrijver werd dan wel zelfs een hoeveelheid in min voor post 347 aanvaard. Aldus zijn de verwerende partijen toch uitgegaan van een reël volume bij het nazicht van de hoeveelheden en niet van een theoretisch volume zoals vooropgesteld in het bestek. De vergelijkbaarheid van de offertes komt op die manier in het gedrang.

De verzoekende partijen doen nog gelden:

“[...]de prijszetting van de inschrijvers voor de bewuste post werd [niet] nagegaan in functie van de vermoedelijke hoeveelheden zoals voorzien krachtens het bestek, maar in functie van reële of ondergewaardeerde hoeveelheden. Daarbij kan [...] niet worden uitgesloten dat de mededinging werd vertekend in zoverre deze andere inschrijvers bij uitvoering van de opdracht aanspraak kunnen maken op een prijsaanrekening in functie van veel hogere theoretische hoeveelheden voor post 347, doch op basis van hun prijszetting (eenheidsprijs) berekend aan de hand van de op de meetstaat ondergewaardeerde hoeveelheden. Op die manier verwerven deze andere inschrijvers een duidelijk concurrentieel voordeel en wordt de mededinging vertekend. Dit mededinging vertekend effect van een gebrekkig nazicht van hoeveelheden verschaft de verzoekende partij[en] een onmiskenbaar belang bij het middel [...]. De wijze waarop de vermoedelijke hoeveelheden worden becijferd zoals voorgeschreven in het bestek, werd ten onrechte genegeerd”.

Gelet op het voorgaande kon er volgens de verzoekende partijen te dezen dan ook geen gedegen prijzenonderzoek plaatsvinden, nu de gelijkwaardigheid van de offertes voor post 347 niet kon worden gegarandeerd. Zij betogen:

“De vaststelling van de schijnbaar abnormale prijzen binnen het algemeen prijzenonderzoek vindt immers plaats door de vergelijking van de in de offertes gehanteerde eenheidsprijs met de gemiddelde prijszetting van de overige inschrijvers voor deze post en het aandeel van de prijszetting in de totaliteit van de waarde van de opdracht. Indien de eenheidsprijzen echter geen betrekking hebben op een gelijkaardige invulling van hoe het totale volume voor deze post betaalbaar wordt gesteld (en wat 1 kubieke meter dus waard is binnen deze post), zijn deze eenheidsprijzen niet vergelijkbaar en kan geen deugdelijke identificatie van schijnbaar abnormale eenheidsprijzen gebeuren op de manier waarop dat in casu is gebeurd.”

Voorts wordt volgens de verzoekende partijen artikel 78 van het koninklijk besluit ‘plaatsing overheidsopdrachten in de speciale sectoren’ van 18 juni 2017 (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017) miskend:

“In casu werd in het bestek voor deze specifieke opdracht bepaald dat de meetstaat voorrang zou hebben op het bestek. De door het bestek ingevulde interpretatieregel van art. 78 K.B. Plaatsing Speciale Sectoren vindt echter enkel toepassing in geval van een tegenspraak tussen de opdrachtdocumenten. Deze tegenspraak is niet voor handen. Enkel de technische bepalingen van het bestek vermelden de berekeningswijze van het volume dat in deze post aan de orde is. De meetstaat bevat ter zake geen enkele bepaling, en kan dan ook onmogelijk in tegenstrijd worden bevonden met het bestek. Door de interpretatieregels voor het geval van tegenstrijdigheid van opdrachtdocumenten toch toe te passen om de voorschriften van het bestek te ontwijken, miskent de bestreden beslissing de draagwijdte van art. 78 K.B. Plaatsing Speciale Sectoren [2017].”

De vaststelling, dat de aanbestedende dienst haar theoretisch model van volumeberekening voor post 347 heeft verlaten wegens de misvatting dat er sprake was van een toepasselijke hiërarchie der opdrachtdocumenten, leidt volgens de verzoekende partijen tot een schending van de materiële motiveringsplicht.

Minstens, zo doen zij nog gelden, worden de feitelijke en juridische elementen die ten grondslag liggen aan de beslissing tot het weigeren

van de aanpassing van hoeveelheden niet vermeld, zodat de formelemotiveringsplicht is geschonden.

Ten slotte betogen de verzoekende partijen nog, wat hun belang bij het eerste middel betreft, dat het ernstig bevinden van het middel tot gevolg zou hebben dat het nazicht van de gewijzigde hoeveelheden en het daaropvolgende prijzenonderzoek opnieuw zouden moeten worden uitgevoerd. Het middel viseert het volledige prijs- en kostenonderzoek van alle offertes en kan, bij heroverweging, tot een voordeel voor de verzoekende partijen leiden.

Beoordeling

7. De verzoekende partijen bekritisieren in de eerste plaats de beslissing van de verwerende partijen om de door de verzoekende partijen voor post 347 van de meetstaat ‘sloop van jetgroutelementen’ voorgestelde wijziging van vermoedelijke hoeveelheid niet te aanvaarden. Hierdoor zou volgens de verzoekende partijen dan ook meteen het prijsonderzoek door een onregelmatigheid zijn aangetast.

8. Het bestek laat toe dat de inschrijvers de in de meetstaat opgenomen vermoedelijke hoeveelheden wijzigen (administratieve bepalingen, bladzijden 22 en volgende).

Daarnaast bepaalt het bestek (bladzijde 23):

“In geval van tegenstrijdigheid tussen de bestanddelen van onderhavige opdracht van werken, zowel wat de beschrijving van de werken als de hoeveelheden betreft, is de volgorde van voorrang en belangrijkheid als volgt bepaald: eerst de plannen (met voorrang van de uitvoerings- en detailplannen op de algemene plannen), dan de samenvattende opmeting en vervolgens het bijzonder bestek, met voorrang van de beschrijvende opmeting op de administratieve en de technische clausules en van de administratieve clausules op de technische clausules.”

De technische bepalingen van het bestek geven volgende omschrijving aangaande het slopen van jetgroutelementen (bladzijde 319):

“Per aanwezige vierkante meter dekt deze prijs de sloop van de jetgroutkolommen, conform de plannen en voor de uitvoering van doorvoeren of uitsparingen, met inbegrip van het vrijmaken van de wachtwapeningen indien van toepassing. De prijs is niet van toepassing op het afkappen van jetgroutelementen.

De prijs omvat meer bepaald:

- de sloop van de jetgroutkolommen met alle voorzorgen om de integriteit en stabiliteit van de niet-gesloopte bestaande kunstwerken te behouden en volgens de faseindelingsprincipes aangeduid op de plannen BMN-GDN-CIV-DW-151 tot en met 160;
- de verwijdering en afvoer naar de stortplaats van al het sloopaafval, met inbegrip van de storkosten;
- alle bijhorigheden m.b.t. deze sloopwerken.

De hoeveelheden worden opgemeten conform de door de Bouwheer goedgekeurde uitvoeringsplannen vrij van alle opmerkingen.

De prijs wordt per kubieke meter betaald. Het verrekende volume is gelijk aan de oppervlakte van de uit te voeren uitsparing maal de theoretische dikte van de jetgroutwanden (1,80 m, 2,20 m).

Meetcode:

Vermoedelijke hoeveelheid (VH)

Meeteenheid: m3.

Meetcode: per kubieke meter.”

In de samenvattende opmeting bij het bestek wordt voor post 347 ‘sloop van jetgroutelementen’ een vermoedelijke hoeveelheid opgegeven van 941,28 m3.

9. In hun offerte stellen de verzoekende partijen een wijziging voor van de vermoedelijke hoeveelheid voor post 347, waarbij zij voorstellen om deze te vermeerderen met 4.658,52 m3, dit is van 941,28 m3 naar 5.599,80 m3.

In hun offerte geven de verzoekende partijen de volgende toelichting bij deze vermeerdering van de vermoedelijke hoeveelheid voor post 347:

“De totaaloppervlakte van de wanden van de jetgrouting die gesloopt moeten worden bedraagt 3.111 m2.

Deze oppervlakte moet volgens de meetcode vermenigvuldigd worden met de theoretische dikte van de wand. De hoeveelheid m³ bedraagt dan ook minimaal 5.599,80 m³.”

In hun prijsverantwoording van 20 december 2019 voor post 347 stellen de verzoekende partijen dan weer het volgende over deze post en zijn hoeveelheid:

“Aangezien er geen detaillering is voor de in de meetstaat voorziene hoeveelheid van deze post, hebben we deze eerst zelf bepaald op basis van de plannen en het Revit model, waarna [...] de kostprijs is bepaald op basis van de reële te slopen hoeveelheden.

[...]

Er is echter een aanzienlijk verschil tussen de reële te slopen hoeveelheid (893,11 m³) en het af te rekenen volume volgens de meetcode van het bestekartikel (3.057,25 m³).

Deze post wordt aldus afgerekend met een totaal volume van 3.057,25 m³, wat resulteert in een eenheidsprijs van [...]. Deze eenheidsprijs werd dan ook opgenomen in luik A van de meetstaat, waarbij we nog opmerken dat het te slopen volume hoger is dan de in de meetstaat voorziene hoeveelheid (941 m³).”

10. In de bestreden beslissing wordt de offerte onregelmatig verklaard wegens een niet-afdoende verantwoorde abnormaal lage prijsopgave voor post 347. Daarvoor was de door de verzoekende partijen in hun offerte voorgestelde vermeerdering van de vermoedelijke hoeveelheid voor post 347 verworpen.

Post 347 in de offerte van de verzoekende partijen en hun prijsverantwoording voor deze post, worden door de aanbestedende overheid in een uitvoerige analyse betrokken. Deze luidt onder meer:

“Na analyse heeft de aanbestedende overheid in de offerte van inschrijver 3 een post (347) aangetroffen waarvan de schijn van een abnormale prijs niet kan worden verklaard door de elementen waarover zij beschikte of door de verantwoording van de inschrijver. Bijgevolg werd beslist om de offerte van inschrijver 3 onregelmatig te verklaren.

Na analyse door het studiebureau blijkt immers dat de inschrijver voor de afbraak van de jet grouting overweegt gebruik te maken van middelen die gelijkenissen vertonen met de middelen die worden gebruikt voor het uitgraven van grond. Deze beschouwing is niet correct, daar de jet grouting gewapend zal zijn en veel bestendiger zal zijn. Het zal onmogelijk zijn om

de verhoopte rendementen te bereiken. De prijsverantwoording is bijgevolg niet aanvaardbaar”.

Bijkomend wordt nog ingegaan op de vermoedelijke hoeveelheid en de wijziging daarvan door de verzoekende partijen en zulks luidt onder meer:

“De beslissing van de aanbestedende overheid om de offerte van de inschrijver onregelmatig te verklaren wegens de abnormaliteit van zijn prijs voor post 347 wordt nog versterkt door de onderstaande elementen:

De verantwoording van inschrijver 3 onthult dat de interpretatie die de inschrijver geeft aan de technische clausules, tot een volume leidt dat naar zijn inschatting veel hoger is dan het in de meetstaat voorgestelde volume, maar verschilt van het volume dat in luik B van dezelfde inschrijver is vermeld.

De verantwoording geeft een gedetailleerde uitleg over de berekening van een ‘reële’ totaalprijs gebaseerd op een door de inschrijver geraamd zogezegd ‘reëel’ volume. Dit ‘reële’ volume wordt geraamd op 893,11 m³. De ‘reële’ totaalprijs wordt vervolgens gedeeld door het volume gebaseerd op de interpretatie die aan de technische bepalingen om de voorgestelde eenheidsprijzen te verkrijgen.

De vermelde hoeveelheid is 3.057,25m³ en kan worden gekwalificeerd als ‘fictief’ volume in tegenstelling tot het ‘reële’ volume dat door de inschrijver is voorgesteld. Hij gaf dus een eenheidsprijs die, naar eigen zeggen, niet overeenkwam met de hoeveelheden in de meetstaat, maar met een verdeling in veel grotere hoeveelheden, waarbij de werkelijke eenheidsprijs op [...] werd geraamd.”

Aldus wordt door de aanbestedende overheid vastgesteld dat de verzoekende partijen een eigen interpretatie hebben gegeven aan de technische bepalingen van het bestek, die heeft geleid tot een volume dat veel hoger is dan het in de meetstaat vermelde volume.

De aanbestedende overheid stelt voorts vast dat de hoeveelheid die in de offerte wordt voorgesteld, niet overeenstemt met de hoeveelheid die in de prijsverantwoording wordt vermeld. De verzoekende partijen maken in hun prijsverantwoording gebruik van, enerzijds, een zogezegd “reëel volume” en, anderzijds, een “fictief volume”, waaruit de aanbestedende overheid besluit dat de verzoekende partijen van mening zijn dat de in het bestek opgenomen meetnorm voor de betrokken post niet passend is. Nochtans hebben laatstgenoemden

hierover geen opmerking gemaakt, noch voorafgaand aan het indienen van hun offerte, noch in de offerte zelf. De aanbestedende overheid merkt nog op dat het zelf voorstellen van een meetcode tot discussie aanleiding kan geven betreffende vergoedingen tijdens en na de uitvoering van de opdracht, zodat deze werkwijze niet kan worden aanvaard zonder de gelijkheid tussen de inschrijvers te schenden en, dat krachtens het bestek de meetstaat voorrang heeft boven de technische bepalingen van het bestek.

11. Anders dan de verzoekende partijen het lijken te zien, vereisen het bestek en de samenvattende meetstaat, samengenomen, te dezen op het eerste gezicht niet van de inschrijvers dat zij voor post 347 een prijs zouden geven op grond van een berekening die zij zelf eerst moeten uitvoeren waarbij een reëel en een theoretisch volume worden berekend en vervolgens tegen elkaar worden afgezet; de samenvattende opmeting vereist slechts van de inschrijvers dat zij voor de betrokken post een prijs opgeven voor een vermoedelijke hoeveelheid van 941,28 m³, met mogelijkheid van wijziging waarin het bestek voorziet.

In de mate dat de verzoekende partijen zich hierbij zouden steunen op de verwijzing in de technische bepalingen van het bestek bij post 347 naar “de theoretische dikte van de jetgroutwanden”, wordt opgemerkt dat die vermelding de verrekening en betaling bij de uitvoering van de opdracht lijkt te betreffen en niet op de wijze van prijszetting in de offerte lijkt te mogen worden betrokken. De prijszetting lijkt in beginsel enkel op de in de meetstaat opgenomen vermoedelijke hoeveelheid te mogen steunen.

Het bestek staat in het algemeen de inschrijvers inderdaad wel toe om de vermoedelijke hoeveelheden te wijzigen. Dat maakte het mogelijk voor de inschrijvers om voor de betrokken post 347 zelf een voorstel te doen qua hoeveelheid en van de in de meetstaat opgegeven vermoedelijke hoeveelheid af te wijken. Die algemene wijzigingsmogelijkheid lijkt de verwerende partij echter geenszins ook te verplichten om een niet gefundeerde wijziging van de in de meetstaat opgegeven vermoedelijke hoeveelheid te aanvaarden, zoals te dezen één die is gestoeld op een alvast voor de Raad van State weinig inzichtelijke berekeningswijze en een eigen interpretatie door de verzoekende partij van de opdrachtdocumenten.

Daarnaast lijkt het een terechte vaststelling van de aanbestedende overheid dat de gewijzigde vermoedelijke hoeveelheid in de offerte voor post 347 geenszins overeenstemt met het volume dat dan weer in de prijsverantwoording voor deze post wordt gehanteerd – het gaat om een verschil van bijna de helft: 5.599,80 m³ in de offerte tegenover 3.057,25 m³ in de prijsverantwoording. Die vaststelling doet inderdaad aanzienlijke vraagtekens rijzen bij de ernst van de voorgestelde wijziging en lijkt de aannemelijkheid ervan in niet onbelangrijke mate te ondermijnen.

12. De verzoekende partijen wijzen erop dat een wijzigingsvoorstel voor post 347 van een andere inschrijver, namelijk inschrijver 4, dit is de tijdelijke maatschap Jan De Nul nv - Besix nv, wel werd aanvaard door de aanbestedende overheid. Op zijn offerte werd dan een vermindering van 40 m³ toegepast bij post 347.

Anders dan de verzoekende partijen het zien, lijkt zulks op het eerste gezicht echter geen onverantwoorde ongelijke behandeling in te houden. Het wijzigingsvoorstel in hun offerte betreft immers een verhoging van de in de meetstaat vooropgestelde vermoedelijke hoeveelheid met 4.658,52 m³ op grond van een voor de Raad van State in de huidige stand van de procedure moeilijk te bevatten uiteenzetting waarin plots sprake is van reële en theoretische volumes. Die interpretatie van het bestek en verhoging van de hoeveelheid werd door de aanbestedende overheid te dezen als irrealistisch verworpen. Het voormelde voorstel in de offerte van de andere inschrijver betreft daarentegen een beperkte correctie die tot een bescheiden vermindering van de VH voor deze inschrijver met 40 m³ heeft geleid. Bovendien betreft het een wijziging in min in plaats van in meer, wat op het eerste gezicht tot een wezenlijk verschillende casus voert. Overigens stellen de verzoekende partijen in hun prijsverantwoording zelf vast dat de reël te slopen hoeveelheid 893,11 m³ bedraagt, wat in de buurt komt van het volume na de hier aanvaarde vermindering van de vermoedelijke hoeveelheid bij inschrijver 4.

13. Er zijn voorts op het eerste gezicht geen redenen om te veronderstellen, zoals de verzoekende partijen doen, dat de prijszetting van de inschrijvers door de aanbestedende overheid te dezen niet werd nagegaan in

functie van de in het bestek en de meetstaat gehanteerde vermoedelijke hoeveelheden. Het lijkt evenmin dat andere inschrijvers hier bevoordeeld zouden zijn geworden, zoals de verzoekende partijen betogen, noch lijkt de mededinging te zijn verstoord ten voordele van andere inschrijvers, doordat de aanbestedende overheid de berekeningswijze van de verzoekende partijen voor post 347 en hun interpretatie van de opdrachtdocumenten niet heeft overgenomen en niet tot de hare heeft gemaakt.

14. Anders dan de verzoekende partijen het lijken te zien, houdt het verwerpen van een door een inschrijver voorgestelde wijziging van hoeveelheden in de meetstaat, niet in dat daardoor het prijsonderzoek onmogelijk wordt. Het feit dat een inschrijver in zijn offerte hoeveelheden in de samenvattende opmeting aanpast op grond van een eigen berekeningswijze en interpretatie van de opdrachtdocumenten, maakt de verwerping van het betrokken voorstel niet *ipso facto* onmogelijk. Alleszins lijkt het niet aangetoond dat zulks hier het geval zou zijn. De aanbestedende overheid lijkt overigens te dezen in hoofddorde de prijszetting van de verzoekende partijen te hebben verworpen op grond van een technisch gegeven, dat *prima facie* weinig met de volumes te maken heeft, namelijk de veronachtzaming van de bewapening van jetgroutelementen bij het kiezen van middelen om die te verwijderen.

15. Een schending van artikel 78 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 wordt te dezen evenmin op het eerste gezicht aannemelijk gemaakt. Artikel 78 bepaalt immers dat de opdrachtdocumenten zelf de voorrangsorte bij de interpretatie van de opdrachtdocumenten mogen bepalen. Te dezen bepaalt het bestek ondubbelzinnig dat de meetstaat primeert op de technische bepalingen van het bestek. Het lijkt dan ook niet dat de aanbestedende overheid, door te beslissen dat de vermoedelijke hoeveelheid in de samenvattende opmeting primeert op de interpretatie van de technische bepalingen, die door de verzoekende partijen naar voren wordt geschoven en resulteert in een door hen aangepaste hoeveelheid voor post 347, artikel 78 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 zou miskennen.

16. Een schending van de materiële motiveringsplicht lijkt, gelet op het voorgaande, te dezen niet voorhanden.

Een miskenning van de formelemotiveringsplicht lijkt te dezen evenmin aangetoond. Anders dan de verzoekende partijen het zien, lijkt de bestreden beslissing wel degelijk uitvoerig de motieven te bevatten waarom hun eenheidsprijs voor post 347 niet wordt aanvaard.

17. Het eerste middel wordt verworpen als niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

18. De verzoekende partijen voeren in het tweede middel de schending aan van:

“°Art. 4 Wet Overheidsopdrachten en het erin opgenomen beginsel van de gelijke behandeling der inschrijvers en het transparantiebeginsel bij overheidsopdrachten;

°Het zorgvuldigheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur”.

Zij vatten het middel zelf als volgt samen:

“Doordat, de bestreden beslissing tezelfdertijd de beslissing tot gunning van de opdracht aan SM Progres van 28 april 2020 (eerste gunningsbeslissing) intrekt en bij heroverweging dezelfde opdracht terug aan SM Progres gunt, waarbij deze heroverweging door de sequentie van intrekking en gunning onder druk van de voldongen feiten is gebeurd.

Terwijl, aanbesteders met toepassing van art. 4 Wet Overheidsopdrachten de ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze dienen te behandelen en op een transparante en proportionele wijze dienen te behandelen.

Dat de aanbestedende dienst in deze de eerste gunningsbeslissing in het rechtsverkeer heeft laten bestaan, om vervolgens zonder ordentelijke en voorafgaande intrekking de gunningsprocedure te hervatten met een aanvullend prijs- en kostenonderzoek.

Dat dergelijke heroverweging geen ander doel kon hebben dan de rechtsgevolgen van een nog bestaande gunningsbeslissing te bevestigen, zonder dat het bestuur zich door een voorafgaande intrekking van de eerste gunningsbeslissing kon bedienen van de juridische fictie waarbij deze eerdere gunningsbeslissing geacht wordt nooit te hebben bestaan.

Dat de aanbestedende dienst door dergelijke heroverweging onmogelijk kan handelen in overeenstemming met het transparantiebeginsel dat van aard dient te zijn door het openen van de procedure voor de mededinging de deelnemers in staat te stellen achteraf de objectiviteit en onafhankelijkheid van de procedure na te gaan.

Dat de bestreden beslissing dan ook resulteerde in het aanvullen van de motieven, zonder daadwerkelijk de kans op nieuwe en andere rechtsgevolgen op grond van een nieuwe bestuurlijke overweging te hebben geopend.

Zodat, de bestreden beslissing waarbij de opdracht wordt gegund aan SM Progres dewelke de resultante is van een heroverweging en bijkomend prijsonderzoek die plaatsvonden terwijl er reeds een gunningsbeslissing in het rechtsverkeer bestond en waarin de opdracht gegund was aan SM Progres, de in het middel opgenomen wettelijke bepalingen en beginselen schendt.”

Beoordeling

19. Overeenkomstig artikel 4, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ behandelen de aanbesteders de ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en dienen zij op een transparante en proportionele wijze te handelen.

20. De verzoekende partijen voeren in essentie aan dat de nieuwe gunningsbeslissing onwettig zou zijn, omdat het nieuwe onderzoek van de offertes na het schorsingsarrest nr. 247.827 van 18 juni 2020 is gebeurd vooraleer de bij dat arrest in zijn uitvoering geschorste eerste gunningsbeslissing van 28 april 2020 door de verwerende partijen werd ingetrokken.

21. Die stelling wordt niet bijgevalen.

Een schorsingsarrest vormt een prikkel voor het betrokken bestuur om de zaak niet op haar beloop te laten in afwachting van de uitkomst van het annulatieberoep, maar de geschorste beslissing te heroverwegen in het licht van het ernstig bevonden middel en deze eventueel in te trekken.

Het lijkt aldus geen onrechtmatig handelen van een aanbestedende overheid wanneer zij in een nieuwe beslissing terzelfdertijd een voordien door de Raad van State in haar tenuitvoerlegging geschorste

gunningsbeslissing intrekt en opnieuw de betrokken opdracht gunt, nadat zij eerst de offertes aan een nieuw onderzoek onderwierp.

Daarbij mag een nieuwe beslissing na hernieuwd onderzoek dezelfde strekking en draagwijdte hebben als de voordien geschorste beslissing. Het staat een bestuur immers vrij om tot eenzelfde besluitvorming te komen als degene waartoe het voordien ook kwam, zolang het bij zijn besluitvorming het gezag van gewijsde van het uitgesproken schorsingsarrest respecteert en dus het schorsingsmotief, dit is de onwettigheid die in het ernstig bevonden middel werd vastgesteld, remedieert.

De verzoekende partijen voeren niet met zoveel woorden aan dat de verwerende partijen bij het nemen van de bestreden beslissing het gezag van gewijsde van het arrest nr. 247.827 van 18 juni 2020 zouden hebben miskend. Op het eerste gezicht dient in elk geval uit het dossier te worden besloten dat de verwerende partijen het voornoemde schorsingsarrest wel degelijk ter harte lijken te hebben genomen en niet wordt aangetoond dat het prijsonderzoek opnieuw niet conform artikel 44 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 is uitgevoerd, onrechtmatigheid die in het voormelde arrest op het eerste gezicht werd aangenomen om daarop steunende tot de schorsing te besluiten.

22. Het tweede middel is niet ernstig.

VII. Besluit

23. Geen van beide middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

1. De verzoeken van de bv Bam Contractors, de bv Bam Galère en SAS Soletanche Bachy France, samen vormend een tijdelijke maatschap, tot tussenkomst worden ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partijen worden verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 400 euro, een bijdrage van 20 euro, elk voor de helft, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partijen.

De tussenkomende partijen worden verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op een rolrecht van 450 euro, elk voor een derde.

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

Dierk Verbiest,
bijgestaan door

Silja Doms,

De griffier

Silja Doms

kamervoorzitter,

griffier.

De voorzitter

Dierk Verbiest