

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 249.730 van 5 februari 2021
in de zaak A. 232.698/XII-9030**

Inzake: de NV REYNDERS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Chris Schijns en Dieter Torfs
kantoor houdend te 3600 Genk
Grotestraat 122
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE ARENDONK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Joris Wouters en Lisa Van Besouw
kantoor houdend te 2600 Antwerpen-Berchem
Borsbeeksebrug 36
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV DCA
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Joost Bosquet
kantoor houdend te 2650 Edegem
Mechelsesteenweg 326
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 14 januari 2021, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[d]e gemotiveerde beslissing tot intrekking en [...]gunning vanwege het College van Burgemeester en schepenen van de gemeente Arendonk dd. 31.12.2020, waarbij de overheidsopdracht voor werken met als voorwerp de nieuwbouw van een gemeentelijke basisschool Sint Jan te Arendonk, [wordt gegund aan de nv DCA en] waarbij de offerte van Reynders nv als derde wordt gerangschikt”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 26 januari 2021 heeft de nv DCA gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 2 februari 2021, om 11.45 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Chris Schijns, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Joris Wouters, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Joost Bosquet, die verschijnt voor de tussenkomende 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 een overheidsopdracht voor werken uit met als voorwerp het bouwen van een nieuwe gemeentelijke basisschool. De plaatsingswijze is de openbare procedure met als enig gunningscriterium de prijs.

De opdracht wordt aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie.

3.2. Het bestek met referentie S1149-1 is van toepassing op de opdracht.

In de technische bepalingen van het bestek is onder post “01.02. aannemingsmodaliteiten – voorafgaand plaatsbezoek [PM]”, “Omschrijving” het volgende bepaald:

“Door het feit dat hij zijn offerte indient, erkent de inschrijver dat hij ter plaatse is geweest en zich op de hoogte heeft gesteld van de bestaande toestand van de bouwplaats, de ligging, de omgeving en de toegangswegen. Hierdoor wordt de inschrijver geacht zich volledig rekenschap te hebben gegeven van de omvang van de aanneming en de moeilijkheidsgraad van de uit te voeren werken, m.b.t.

- de algemene coördinatie van de werken
- de inrichting van de bouwplaats
- de gemeentelijke voorschriften en nutsleidingen
- de noodzakelijke veiligheidsvoorzieningen op de werf
- de mogelijkheden tot de aanvoer en het stockeren van bouwmaterialen
- het plaatsen van stellingen
- de opstelling van aangepast materieel (graafmachines, kranen, ...)
- de eventuele voorafgaande sloopwerken
- de gebeurlijke aanbouw tegen en de bijhorende afwerkingen van scheidingsmuren of bestaande constructies, ...”

Daarnaast is eveneens in de technische bepalingen van het bestek onder post “03.00. afbraakwerken – algemeen” het volgende bepaald:

“plaatsbezoek

De aannemer is verplicht om vóór het indienen van zijn offerte een plaatsbezoek te brengen aan de af te breken constructies om zich te vergewissen van de plaatselijke omstandigheden.

Hij maakt hiervoor een afspraak bij de opdrachtgever zodat deze de aannemer toegang kan verlenen.”

In de administratieve bepalingen van het bestek wordt in de lijst van “[v]erplicht bij de offerte te voegen stukken” geen bewijs van plaatsbezoek vermeld.

3.3. Op 29 september 2020 publiceert de verwerende partij een erratum op het bestek met een overzichtstabel van vragen van de inschrijvers en haar antwoorden op die vragen. Een ervan luidt:

“Wanneer is een plaatsbezoek mogelijk?
Het terrein is vrij toegankelijk. Plaatsbezoek is dus steeds mogelijk.”

3.4. Op 15 oktober 2020 worden de inschrijvingen geopend. Er zijn zes offertes ingediend waaronder die van de nv DCA, dit is de tussenkomende partij, en de nv Reynders, dit is de verzoekende partij.

De verzoekende partij heeft bij haar offerte een handgeschreven stuk gevoegd met als titel “Bewijs plaatsbezoek”, waarin – zo lijkt – de coördinator van de technische dienst van de verwerende partij bevestigt dat een aangestelde van de verzoekende partij de betrokken site heeft bezocht.

De offertes van de overige inschrijvers bevatten op het eerste gezicht geen gelijkaardig stuk.

3.5. Op 28 november 2020 wordt een gunningsverslag opgesteld. Wat het regelmatigheidsonderzoek betreft, wordt bij de offerte van de verzoekende partij opgemerkt dat zij een attest van plaatsbezoek bij haar offerte heeft gevoegd en wordt hierbij vermeld: “was niet gevraagd”. Bij de overige inschrijvers wordt niets vermeld over een plaatsbezoek. Geen van de zes offertes wordt onregelmatig verklaard.

De zes offertes worden vervolgens verder onderzocht. In de eindrangschikking wordt de offerte van de nv DCA als eerste gerangschikt met een bedrag van 7.699.818,83 euro, btw niet inbegrepen, de offerte van de verzoekende partij als derde.

3.6. Op 3 december 2020 beslist de verwerende partij om de opdracht te gunnen aan de nv DCA.

De nv Reynders vordert op 24 december 2020 de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van deze gunningsbeslissing. Die zaak is bij de Raad van State gekend onder het rolnummer A. 232.557/XII-9015. Met een arrest nr. 249.507 van 18 januari 2021 verwerpt de Raad van State de vordering gelet op de intrekking vermeld *sub* 3.7.

3.7. Op 31 december 2020 beslist de verwerende partij om de gunningsbeslissing van 3 december 2020 in te trekken en om de opdracht opnieuw te gunnen aan de nv DCA. Dat is de thans bestreden beslissing.

IV. Tussenkost

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

V. Nadere bepaling van het voorwerp van de vordering

5. Ter terechtzitting doet de verzoekende partij afstand van haar vordering in de mate dat ze de intrekking van de gunningsbeslissing van 3 december 2020 betreft.

VI. Schorsingsvoorwaarden

6.1. 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.

6.2. 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.

VII. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

7. De verzoekende partij voert de schending aan van de “artikelen 4 en 83 van de Wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten [...], artikel 76, § 1 en § 3 Koninklijk besluit van 18 april 2017 plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren [...], artikel 4 Rechtsbeschermingswet; de artikelen 2 en 3 van de Wet betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen van 29 juli 1991 [...]; de materiële motiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel [en het] ‘patere legem quam ipse fecisti’-beginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur”.

Zij brengt het middel aan in twee middelonderdelen, die zij als volgt samenvat:

“Doordat eerste onderdeel de verwerende partij in haar beoordeling van de regelmatigheid van de offertes nagelaten heeft om aan te tonen dat de kandidaten conform het lastenboek een plaatsbezoek hebben uitgevoerd. Dat de verzoekende partij niet kan achterhalen of er in hoofde van de overige kandidaten een plaatsbezoek werd uitgevoerd. Dat de verwerende partij dan ook foutief (minstens) twee inschrijvers weerhoudt [lees: in aanmerking neemt] die niet (kunnen) aantonen dat zij een voorafgaandelijk plaatsbezoek hebben uitgevoerd. Dat [de] bestreden beslissing behept is met een motiveringsgebrek.

Doordat tweede onderdeel de verwerende partij de gelijkheid der inschrijvers schendt wanneer zij enerzijds nalaat haar eigen bestek toe te passen en anderzijds nalaat om in het kader van het nazicht van de offertes te motiveren waarom het vooropgestelde plaatsbezoek niet mee in haar

beoordeling wordt opgenomen waar zij nochtans in haar lastenboek [...] de inschrijvers hiertoe verplicht.

Terwijl de verwerende partij verplicht is een zorgvuldig onderzoek te voeren van de ingediende offertes met inbegrip van het regelmatigheidsonderzoek, meer in het bijzonder volgens het lastenboek.

En terwijl de verwerende partij de gelijkheid der inschrijvers te allen tijde dient te waarborgen.

En terwijl de verwerende partij te allen tijde de transparantie dient te verzekeren.

En terwijl het materieel motiveringsbeginsel stelt dat elke administratieve rechtshandeling moet steunen op juiste feitelijke en rechtens aanvaardbare motieven.

En terwijl elke individuele bestuurshandeling afdoende gemotiveerd moet zijn zodat de rechtsonderhorige in staat is om te begrijpen waarom het bestuur een bepaalde beslissing neemt.

En terwijl uit het zorgvuldigheidsbeginsel volgt dat de overheid verplicht zorgvuldig te werk moet gaan bij de voorbereiding van een beslissing en ervoor moet zorgen dat de feitelijke en juridische aspecten van het dossier deugdelijk geïnventariseerd en gecontroleerd worden, zodat de overheid met kennis van zaken kan beslissen en dat de betrokken belangen zorgvuldig worden ingeschat en afgewogen, derwijze dat particuliere belangen niet nodeloos worden geschaad.

En terwijl geen enkele bestuurshandeling kennelijk onredelijk mag zijn.

En terwijl uit het rechtszekerheidsbeginsel volgt dat de inhoud van het recht voorzienbaar en toegankelijk moet zijn, zodat de rechtzoekende in redelijke mate de gevolgen van een bepaalde handeling kan voorzien op het tijdstip dat de handeling wordt verricht en de overheid daarvan niet zonder objectieve en redelijke verantwoording mag afwijken.

En terwijl het ‘patere legem quam ipse fecisti’-beginsel stelt dat een aanbestedende overheid niet mag afwijken van haar eigen bestekbepalingen.”

In de toelichting bij het middel wijst de verzoekende partij onder meer op post 03.00 van de technische bepalingen van het bestek, zoals onder randnummer 3.2 weergegeven. Hierin leest de verzoekende partij dat een plaatsbezoek verplicht is en dat daartoe een afspraak wordt gemaakt met de aanbestedende overheid om toegang te krijgen. In het gunningsverslag wordt er echter geen melding gemaakt van een plaatsbezoek door de inschrijvers behalve dan door de verzoekende partij. Ten onrechte heeft de aanbestedende overheid, zo merkt de verzoekende partij op, de andere inschrijvers regelmatig verklaard niettegenstaande het plaatsbezoek verplicht is.

Ook wijst de verzoekende partij erop dat, aangezien dit plaatsbezoek verplicht is, de inschrijvers moeten aantonen of minstens aannemelijk maken dat zij het plaatsbezoek hebben verricht. Weliswaar verwijst de verwerende partij in haar bestreden beslissing naar post 01.02 van de technische bepalingen van het bestek, zoals onder randnummer 3.2 weergegeven, om te stellen dat geen attest van plaatsbezoek is vereist aangezien met het indienen van een offerte de inschrijver erkent dat hij een plaatsbezoek heeft uitgevoerd en naar het antwoord dat bevestigt dat het terrein toegankelijk is zodat een bezoek steeds mogelijk is, doch, zo beklemtoont de verzoekende partij hier tegenover, post 01.02 is slechts een pro-memoriepost. Volgens de verzoekende partij wordt er bij dergelijke post “slechts terloops en voor zoveel als nodig melding [...] gemaakt van deze bepalingen”. Bij post 03.00, die niet is aangewezen als een pro-memoriepost, is wel uitdrukkelijk een plaatsbezoek vereist en dient volgens de verzoekende partij een inschrijver dergelijk plaatsbezoek aannemelijk te maken.

Beoordeling

8.1. In de beide middelonderdelen bekritiseert de verzoekende partij het regelmatigheidsonderzoek van de offertes in die zin dat, samengevat, de verwerende partij niet zomaar over het plaatsbezoek had mogen heenstappen en de controle op plaatsbezoek bij het regelmatigheidsonderzoek had moeten betrekken.

Haar fundamenteel uitgangspunt hierbij is, zo lijkt, dat er een substantiëleregelmatigheidsvereiste zou gelden dat de inschrijvers in hun offerte moeten aantonen dat zij een plaatsbezoek hebben gebracht aan de opdrachtsite.

8.2. Het bestek (post 03.00) bepaalt inderdaad dat de inschrijver “verplicht [is] vóór het indienen van zijn offerte een plaatsbezoek te brengen” aan de opdrachtsite, maar dit wordt niet uitdrukkelijk voorgeschreven op straffe van nietigheid noch vereist het bestek dat de inschrijver een attest van plaatsbezoek bij zijn offerte voegt. Bij het bestek is evenmin een modelattest van plaatsbezoek gevoegd.

Voorts bepaalt het bestek (post 01.02) uitdrukkelijk:

“Door het feit dat hij zijn offerte indient, erkent de inschrijver dat hij ter plaatse is geweest en zich op de hoogte heeft gesteld van de bestaande toestand van de bouwplaats, de ligging, de omgeving en de toegangswegen. Hierdoor wordt de inschrijver geacht zich volledig rekenschap te hebben gegeven van de omvang van de aanneming en de moeilijkheidsgraad van de uit te voeren werken.”

Aldus blijkt te dezen op het eerste gezicht niet dat de aanbestedende overheid, zoals de verzoekende partij het lijkt te zien, als onlosmakelijk onderdeel van het regelmatigheidsonderzoek afzonderlijk had moeten nagaan of de inschrijvers wel degelijk een plaatsbezoek hebben gebracht en dit als een substantieel punt inzake regelmatigheid had moeten aanmerken. Het louter indienen van de offerte volstaat blijkens het bestek immers als affirmatie van het plaatsbezoek.

Het argument dat de verzoekende partij puurt uit de vermelding PM om minder gezag toe te kennen aan post 01.02 wordt niet bijgevalen. De verzoekende partij toont op het eerste gezicht niet aan dat dergelijke vermelding minder rechtskracht zou genieten.

Het feit dat de verzoekende partij bij haar offerte een handgeschreven stuk voegt waarin – zo lijkt – een vertegenwoordiger van de verwerende partij bevestigt dat een aangestelde van de verzoekende partij de opdrachtsite heeft bezocht, houdt niet in dat de van het bestek afwijkende handelwijze van één inschrijver de aanbestedende overheid ertoe verplicht om een gelijkaardig document of een ander bewijs van plaatsbezoek te vereisen van de overige inschrijvers, laat staan om er een substantiëleregelmatigheidsvereiste van te maken.

Evenmin lijkt er op deze grondslag een dienstig beroep te kunnen worden gedaan op een miskenning van het gelijkheidsbeginsel. Dat de verzoekende partij verder is gegaan dan wat het bestek vereist, houdt niet in dat die handelwijze ook moet worden doorgetrokken naar de overige inschrijvers en door de aanbestedende overheid gehonoreerd.

8.3. De insteek van het middel – het bewijs van plaatsbezoek vormt een substantiëleregelmatigheidsvereiste – faalt reeds op het eerste gezicht en lijkt zelfs tegen de bepalingen van het bestek in te gaan.

Het middel is niet ernstig.

VIII. Besluit

9. Het enig middel is niet ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv DCA tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 20 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op een rolrecht van 150 euro.

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

Pierre Barra,
bijgestaan door

Greta Scheveneels,

De griffier

Greta Scheveneels

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De voorzitter

Pierre Barra