

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 252.705 van 20 januari 2022
in de zaak A. 235.275/XII-9167**

In zake: 1. de NV VIABUILD
2. de NV AERTSSEN INFRA
samen vormend een tijdelijke maatschap
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Christophe Lenders en Joris Wouters
kantoor houdend te 2600 Antwerpen - Berchem
Borsbeeksebrug 36/9
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de BELGISCHE STAAT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Bart Van Hyfte en Gauthier Ervyn
kantoor houdend te 1160 Brussel
Hermann-Debrouxlaan 40
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de NV DECKX ALGEMENE ONDERNEMINGEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bettina Poelemans
kantoor houdend te 9051 Sint-Denijs-Westrem
Kortrijksesteenweg 1144 G
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 22 december 2021, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[d]e beslissing van de Federale Overheidsdienst Mobiliteit en Vervoer, Directie Vervoersinfrastructuur dd. 2 december 2021 [...] waarbij wordt beslist de opdracht van werken voor de aanleg van een groene en recreatieve ruimte op de

Materialenkaai, voorwerp van het bestek nr. 5.12.1.5, te gunnen aan de nv Deckx Algemene Ondernemingen en om de offerte van [de nv Viabuild en de nv Aertssen Infra] onregelmatig te verklaren”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 4 januari 2022 heeft de nv Deckx Algemene Ondernemingen gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 13 januari 2022, om 14.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Joris Wouters en Geert Engelgem, die verschijnen voor de verzoekende partijen, advocaten Gauthier Eryvn en Evert Vervaet, die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaat Bettina Poelemans, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederick Ongena 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 “Opdracht van werken voor de aanleg van een groene en recreatieve ruimte op de Materialenkaai”. De opdracht wordt beheerd door Beliris.

3.2. De opdracht wordt gegund via een openbare procedure met de prijs als enig gunningscriterium. Ze wordt nationaal en Europees bekendgemaakt.

Ze bestaat uit één vast en vier voorwaardelijke gedeelten. Voorts zijn er drie verplichte opties.

3.3. Bij opening van de offertes blijkt dat er vijf inschrijvers zijn.

3.4. Uit de gemotiveerde gunningsbeslissing van 2 december 2021 blijkt dat alle inschrijvers worden geselecteerd. De offerte van twee inschrijvers, waaronder die van de verzoekende partijen, wordt onregelmatig verklaard.

Uit de bestreden beslissing blijkt voorts dat het regelmatig karakter van de prijs geboden door de gekozen inschrijver wordt onderzocht. In het kader van dit onderzoek heeft de verwerende partij een vraag tot prijsverantwoording gesteld over twee eenheidsprijzen die abnormaal laag lijken. Met een brief van 7 september 2021 antwoordt deze inschrijver. Na onderzoek oordeelt de verwerende partij dat de twee prijzen niet abnormaal zijn.

IV. Tussenkoms

4. De nv Deckx Algemene Ondernemingen blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Haar verzoek tot tussenkoms wordt ingewilligd.

V. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

5. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, gelezen in samenhang met de artikelen 15 en 31 van 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’, moet enkel worden onderzocht of in de voorliggende vordering tot schorsing die is ingesteld volgens de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid wordt

aangevoerd.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6. Verzoekende partijen voeren de schending aan van de artikelen 4 en 84 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), de artikelen 76, 35 en 36 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), het gelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het transparantiebeginsel en de materiële motiveringsplicht.

Zij vatten hun middel als volgt samen:

“Doordat verwerende partij besliste dat de offerte van verzoekende partij geweerd moest worden als substantieel onregelmatig; Dat verwerende partij zich daarvoor beroept op het bestek waarin onder meer op blz. 34 is gesteld dat de opmeting een onderscheid maakt tussen het vaste gedeelte, de voorwaardelijke gedeelten en de opties en de bestemming van de facturen en dat deze opsplitsing betekent dat bepaalde posten voor identieke werken meerdere malen hernomen worden in de verschillende gedeelten en/of opties en dat de eenheidsprijs in te vullen door de inschrijver voor al deze posten identiek dient te zijn over de verschillende gedeelten en/of opties; Dat verwerende partij daarbij motiveert dat verzoekende partijen niet aan deze eis zouden voldoen door verschillende prijzen voor verwante posten te bieden; Dat volgens verwerende partij verzoekende partijen op die manier de mededinging zouden hebben vervalst en verhinderd zouden hebben dat hun offerte wordt vergeleken met die van de andere inschrijvers die dan wel aan deze eis van het bestek hebben voldaan; En doordat verwerende partij de opdracht heeft gegund aan de nv Deckx Algemene Ondernemingen en de offerte van deze inschrijver als regelmatig heeft beschouwd; Dat verwerende partij ook de offertes van inschrijvers Colas Belgium en TRBA als regelmatig heeft beschouwd; Terwijl de offerte van verzoekende partijen niet als onregelmatig mocht beschouwd worden; Dat verzoekende partijen voor elke post een correcte en realistische eenheidsprijs hebben geboden, rekening houdend met eigenheid van de betrokken post (onder meer wat betreft uitvoeringsomstandigheden, hoeveelheid en rendement eigen aan die post);

Dat verzoekende partijen bij de calculatie wel identieke prijsbestanddelen hebben gehanteerd om per post te komen tot een eenheidsprijs waarbij deze eenheidsprijs voor bepaalde posten verschilt gelet op de uitvoeringsomstandigheden, hoeveelheid en rendement eigen aan die post; Dat de door verwerende partij aangehaalde besteksbeplating in die zin niet is geschonden; Dat dit bovendien de enige juiste manier is om per post een eenheidsprijs in te vullen;

En terwijl, in zoverre de door verwerende partij aangehaalde bepaling van het bestek zo gelezen moet worden dat voor al de door haar bedoelde/beweerde identieke posten een exact dezelfde eenheidsprijs moet worden gegeven, besloten moet worden dat al de overige offertes onregelmatig zijn; Dat deze offertes dan niet-realistische, fictieve eenheidsprijzen bevatten waardoor de offertes niet met elkaar kunnen vergeleken worden, waardoor geen ernstig prijsonderzoek heeft kunnen plaatsvinden, waardoor niet vaststaat dat de offerte van de gekozen inschrijver en de offertes van de overige inschrijvers regelmatig zijn en waardoor de gelijkheid van inschrijvers en de eerlijke mededinging is geschonden;

Zodat de bestreden beslissing de in het middel aangehaalde wetsbepalingen en beginselen schendt.”

Beoordeling

7. In het bestek is over de samenvattende meetstaat het volgende bepaald:

2.5. De ingevulde samenvattende opmeting en in voorkomend geval, een nota ter verantwoording van de verbeteringen van de opmeting

(artikel 79 van het KB Plaatsing)

Deze elektronische opmeting moet gedownload worden op:
<https://enot.publicprocurement.be/>

De inschrijver moet aan zijn offerte een ingevulde samenvattende opmeting voegen in EXCEL formaat en dit via het informaticaplatform E-tendering.

Deze bevat de volgende vermelding:

"Ik, Mevrouw/Mijnheer verklaar geen enkele andere wijziging te hebben aangebracht in de samenvattende opmeting dan deze die door het onderhavige bijzonder bestek toegelaten zijn."

De samenvattende opmeting is opgedeeld in 4 luiken: het luik A "basisofferte" moet in elk geval worden ingevuld. Enkel de eenheidsprijzen moeten ingevuld worden. De overige cellen zijn tegen schrijven beveiligd. Deze beveiliging mag in geen geval worden verwijderd.

De luiken B "correcties van hoeveelheden in meer", C "correcties van hoeveelheden in minder" en D "Leemten" worden slechts ingevuld indien de inschrijver wijzigingen aanbrengt aan de opmeting, en zijn vergezeld van een verklarende nota .

AANDACHT : de opmeting maakt een onderscheid tussen het vaste gedeelte, de voorwaardelijke gedeelten en de opties en de bestemming van de facturen. Deze opsplitsing betekent dat bepaalde posten voor identieke werken meerdere malen hernomen worden in de verschillende gedeelten en/of opties. De eenheidsprijs in te vullen door de inschrijver dient voor al deze posten identiek te zijn over de verschillende gedeelten en/of opties.

De in te vullen opmeting in excel is beveiligd in deze zin. De inschrijvers zijn niet toegelaten om die bescherming verwijderen.

Ook op bladzijde zeven van het bestek zijn de twee alinea's in vetjes opgenomen.

In de bestreden beslissing wordt de regelmatigheid van de offerte van de verzoekende partijen als volgt beoordeeld:

5	TM Viabuild – Aertssen	<p>Deze inschrijver voegt bij:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Het naar behoren ingevulde offerteformulier - Het attest van plaatsbezoek - Het attest betreffende het in aanmerking nemen van de rechtzettingsberichten - Het bewijs dat de ondertekenaar van de offerte de vennootschap geldig verbindt (uittreksel uit de AV van 16.12.2005 en artikel 19 van de statuten) - De gevraagde documenten in het kader van het KB van 25.01.2001; <p>Bovendien doet hij geen beroep op de draagkracht van derden om de opdracht uit te voeren.</p> <p>Deze inschrijver voegt evenwel niet toe:</p> <ul style="list-style-type: none"> - De naar behoren ingevulde samenvattende meetstaat, zonder wijzigingen, noch varianten, noch voorbehouden
---	------------------------	--

		<p>De bij de offerte gevoegde meetstaat voldoet immers niet aan de vereiste van een identieke prijs voor de (identieke) posten die over verschillende gedeelten zijn verspreid of onder een verschillende verdeelsleutel vallen.</p> <p>In de administratieve clausules was immers vermeld:</p> <p>OPGELET: In de meetstaat wordt een onderscheid gemaakt tussen het vaste gedeelte, de voorwaardelijke gedeelten en de opties, alsook tussen de geadresseerden van de facturen. Deze opdeling houdt in dat bepaalde posten betreffende identieke werken meermaals voorkomen in verschillende gedeelten en/of opties. De eenheidsprijs die door de inschrijver voor de betrokken posten moet worden ingediend, moet voor elk gedeelte en/of elke optie identiek zijn. De in te vullen Excel-meetstaat is in die zin beveiligd. De inschrijvers mogen deze beveiliging niet ongedaan maken.</p> <p>Door niet aan deze eis te voldoen en door verschillende prijzen voor verwante posten aan te bieden, vervalst deze inschrijver de mededinging en verhindert hij dat zijn offerte wordt vergeleken met die van de andere inschrijvers (die wel aan deze eis van het bestek hebben voldaan).</p> <p>In toepassing van artikel 76, § 1, stelt de administratie vast dat deze offerte onregelmatig is.</p>
--	--	--

Besluit :

Onder voorbehoud van de analyses met betrekking tot de opmerkingen en de prijzen (hieronder), zijn alle offertes regelmatig, **met uitzondering**

- van de offerte van inschrijver 4 - TM Abog n.v. – Norré-Bhaegel n.v. (die de documenten betreffende de inachtneming van de gezondheids- en veiligheidseisen niet bijvoegt)
- en van die van inschrijver 5 TM Viabuild – Aertssen (die niet voldoet aan de vereisten van het bestek betreffende de wijze waarop de samenvattende meetstaat moet worden ingevuld).

De onregelmatigheden in deze offertes vervalsen de mededinging en maken het onmogelijk ze te vergelijken met de andere ingediende offertes. Deze onregelmatigheden zijn derhalve substantieel in het licht van artikel 76, § 1, van het KB van 18.04.2017 en moeten worden verworpen.

8. Op interpellatie van de Raad bevestigen de verzoekende partijen dat zij de meetstaat bewust op die wijze hebben ingevuld omdat dit volgens hen besteksconform was.

9. De verzoekende partijen lijken echter uit het oog te verliezen dat de bedoelde bewuste passages in het bestek ook vermelden dat de in te vullen opmeting in Excel in die zin is beveiligd, met andere woorden het invullen van verschillende eenheidsprijzen voor posten met identieke werken wordt door de geïnformatiseerde meetstaat niet aanvaard. Voorts wordt erbij opgemerkt dat het de inschrijvers niet is toegelaten om die beveiliging te verwijderen.

Hieruit lijkt te mogen worden afgeleid dat het bestek eenduidig is, dat de eigen besteksinterpretatie van de verzoekende partijen door het bestek zelf verboden is en dat zij aldus hun meetstaat onbetwistbaar in strijd met het bestek hebben ingevuld. Zij mochten er niet van uitgaan dat hun wijze van invullen van de meetstaat besteksconform was.

De verzoekende partijen merken in het verzoekschrift op dat hun calculators “de meetstaat die bij het bestek was gevoegd gekopieerd [hebben] naar een eigen document om daarin de nodige bewerkingen en invullingen te kunnen doen” en dat “[i]ngevolge deze handeling [...] de door verwerende partij genoemde beveiliging in de Excel-meetstaat [is] weggevalen”.

Indien al mag worden aangenomen dat de verzoekende partijen bewust de meetstaat hebben ingevuld op een andere wijze dan het bestek voorschreef en dan de andere inschrijvers hebben gedaan, moet hoe dan ook worden vastgesteld dat zij door dit te doen de beveiliging van de meetstaat hebben genegeerd. Er mag worden verwacht dat zij alsdan een verantwoording zouden geven bij hun offerte waarbij zij nadere toelichting geven over hun werkwijze om de besteksvoorschriften op dit punt niet te acht te nemen. Dit hebben zij nagelaten.

De eigen interpretatie van de verzoekende partijen is niet besteksconform. De verzoekende partijen lijken thans dan ook niet ernstig te kunnen voorhouden dat zij rechtmatig een interpretatie kunnen voorstaan die ingaat tegen het bestek zelf en de werkwijze van de vier andere inschrijvers. Aldus lijkt

het dan ook, in de huidige stand van het geding, niet aangewezen de kritiek van de verzoekende partijen op de wettigheid van het bestek, die de regelmatigheid van alle andere offertes zou aantasten, bij de beoordeling van het middel te betrekken. Immers, de invulling van de meetstaat, manifest in strijd met de besteksvoorschriften en zonder nadere toelichting van deze handelwijze in de offerte, voor de eerste keer pas in een rechtsstrijd als een conforme besteksinterpretatie voorleggen, lijkt bezwaarlijk als een zorgvuldig handelen van een inschrijver te mogen worden aanzien.

Ten slotte lijken de verzoekende partijen niet helemaal te overtuigen wanneer zij voorhouden bewust de meetstaat op de hun eigen wijze besteksconform te hebben ingevuld aangezien het doorbreken van de beveiliging in Excel zonder enige mogelijke discussie tegen het bestek ingaat. Deze dubbelzinnige houding ten opzichte van het bestek geeft de indruk dat de verzoekende partijen accidenteel de meetstaat niet-besteksconform hebben ingevuld.

10. Het middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

11. De verzoekende partijen voeren de schending aan van de artikelen 81 en 84 van de wet overheidsopdrachten 2016, artikel 5, 8°, van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’, artikel 36 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, de formele motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel.

Zij vatten hun middel als volgt samen:

“Doordat verwerende partij de opdracht heeft gegund aan de nv Deckx Algemene Ondernemingen en de offerte van deze inschrijver derhalve als regelmatig heeft beschouwd; Dat uit de bestreden beslissing blijkt dat de

offerte van de nv Deckx Algemene Ondernemingen voor twee posten schijnbaar abnormale prijzen bevatte, onder meer voor wat betreft de post 137 'code 9y1'; Dat uit de bestreden beslissing eveneens blijkt dat de prijsverantwoording vanwege de nv Deckx Algemene Ondernemingen voor de post 137 'code 9y1' bestond uit een offerte van onderaannemer Stadsbader verhoogd met een marge; Dat verwerende partij in de bestreden beslissing bovendien stelt dat de prijsverantwoording van de nv Deckx Algemene Ondernemingen 'op zijn zachtst gezegd beknopt is' en dat met bepaalde potentiële kosten geen rekening is gehouden; Dat verwerende partij de prijsverantwoording van de nv Deckx Algemene Ondernemingen alsnog heeft aanvaard om reden dat de nv Deckx Algemene Ondernemingen een marge zou hebben gerekend van 17,80% voor algemene kosten, risico's en winst;

Terwijl verwerende partij de ontvangen prijsverantwoording voor de genoemde post 137 niet mocht aanvaarden; Dat een offerte van een onderaannemer verhoogd met een marge geen prijsverantwoording kan uitmaken; Dat verwerende partij niet enerzijds kan stellen dat de prijsverantwoording zeer beknopt is en dat er met bepaalde kosten geen rekening is gehouden om dan anderzijds te stellen dat de prijsverantwoording alsnog kan worden aanvaard;

Zodat de bestreden beslissing de in het middel aangehaalde wetsbepalingen en beginselen schendt."

Beoordeling

12. De verzoekende partijen betwisten dat de verwerende partij het prijsonderzoek van de offerte van de gekozen inschrijver, inzonderheid wat post 137 betreft, correct heeft gevoerd.

Een inschrijver van wie de offerte onregelmatig is verklaard heeft in principe geen belang om de gunning van een overheidsopdracht aan een concurrerende inschrijver aan te vechten tenzij uit de middelen blijkt dat zijn offerte ten onrechte onregelmatig werd verklaard of dat de opdracht aan geen enkele inschrijver rechtsgeldig mocht worden gegund.

Hiervoor is gebleken dat in de huidige stand van het geding mag worden aangenomen dat de offerte van de verzoekende partijen terecht werd geweerd.

Te dezen wordt vastgesteld dat de verzoekende partijen in het middel zoals ontwikkeld in hun verzoekschrift geen melding maken van het feit dat de opdracht aan geen enkele inschrijver mocht worden gegund. Zij beperken zich tot de stelling dat de opdracht niet mocht worden gegund aan de gekozen inschrijver.

Ter terechtzitting en op herhaalde interpellatie van de Raad verklaren de verzoekende partijen kortweg dat uit het administratief dossier blijkt dat slechts de offerte van de gekozen inschrijver aan een prijsonderzoek werd onderworpen en dat dienvolgens niet vaststaat dat de offertes van de andere inschrijvers dergelijk onderzoek succesvol kunnen doorstaan.

Deze mondelinge opmerking lijkt echter onvoldoende om de verzoekende partijen hun belang bij het middel dat niet zo ruim geformuleerd is als de verzoekende partijen ter terechtzitting willen doen uitschijnen, te laten behouden.

In die omstandigheden is het middel niet ernstig.

VII. Besluit

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

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Deckx Algemene Ondernemingen tot tussenkomst wordt 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, elk voor de helft, een bijdrage van 22 euro, en een

rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van twintig januari tweeduizend tweeëntwintig, 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