

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 201.022 van 18 februari 2010
in de zaak A. 194.372/XII-5998**

In zake: 1. de NV LESUCO
2. de NV NUTONS
samen vormend een tijdelijke handelsvennootschap
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Christian Lepaffe en Philip Brack
kantoor houdend te Brussel
Floridalaan 26
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD GENT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Henry Van Burm
kantoor houdend te Gent
Cyriel Buyssestraat 12
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partijen:

1. de NV SPORTINFRABOUW
2. de NV CERTYSTERCK
samen vormend een tijdelijke handelsvennootschap
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Christophe Lenders en Joris Wouters
kantoor houdend te Antwerpen
Mechelsesteenweg 27
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 19 november 2009, strekt tot de schorsing van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van het College van Burgemeester en Schepenen van de Stad Gent dd. 24 september 2009, waarvan hen kennis werd gegeven bij aangetekend schrijven dd. 8 oktober 2009, en waarbij de Stad Gent haar eerder genomen beslissing dd. 24 december 2008, waarbij zij de opdracht zoals vervat in het bijzonder bestek nr. 08980/02/00/00 en strekkende tot het aanleggen van een nieuwe atletiekbaan en het bouwen van een atletiekaccommodatie in het Sportcentrum gelegen aan de Emanuel Hielstraat - Racingstraat - Frederick Buvervenichstraat te Gent-GentBrugge had toegewezen

aan verzoekers, heeft ingetrokken en de opdracht niet langer aan verzoekers doch aan de Tijdelijke Vereniging Sportinfrabouw-Certysterck heeft toegewezen”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 9 december 2009 hebben de nv Sportinfrabouw en de nv Certysterck, samen vormend een tijdelijke handelsvennootschap, gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

Eerste auditeur Luc Vermeire heeft een verslag opgesteld.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 9 februari 2010.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Philip Brack, die verschijnt voor de verzoekende partijen, advocaat Bart Van Lee, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Joris Wouters, die verschijnt voor de tussenkomende partijen, zijn gehoord.

Eerste auditeur Luc Vermeire 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 stad Gent schrijft een algemene offerteaanvraag uit voor een overheidsopdracht van werken aan het “Sportcentrum Emmanuel Hielstraat - Racingsstraat - Frederik Burvenichstraat te Gent - Gentbrugge - aanleggen van een

nieuwe atletiekpiste en bouwen van atletiekaccommodatie”. De waarde van de opdracht wordt geraamd op 2.348.807,51 euro, btw niet inbegrepen.

3.2. Op 24 december 2008 keurt het college van burgemeester en schepenen van de stad Gent het gunningsverslag van 17 december 2008 goed en beslist het de opdracht toe te wijzen aan de verzoekende partijen.

3.3. Met een brief van 22 januari 2009 deelt de stad Gent aan de drie andere inschrijvers mee dat hun offerte niet werd uitgekozen.

3.4. De tussenkomenende partijen vragen met een brief van 26 januari 2009 “het proces-verbaal van aanbesteding met de uitgebreide motivering van uw besluit, opdat [zij] in de toekomst offertes kunnen maken die beter aansluiten bij uw wensen en vereisten”. Met een brief van 27 januari 2009 wordt vervolgens de toewijzingsbeslissing en het gunningsverslag meegedeeld.

3.5. In een e-mail van 2 februari 2009 maken de tussenkomenende partijen vervolgens een aantal opmerkingen en stellen zij een aantal vragen bij het gunningsverslag. In essentie stellen zij dat de offerte van de verzoekende partijen om verscheidene redenen niet de laagst regelmatige is, maar wel hun offerte.

Met een brief van 5 maart 2009 antwoordt de stad Gent dat ingevolge hun klacht “het onderzoek aangaande de gunning van de opdracht wordt heropend”.

3.6. Eerder had de eerste verzoekende partij met een brief van 3 februari 2009 meegedeeld dat zij had vernomen dat “onze offerte [...] niet weerhouden werd” en het “gedetailleerd motivatieverslag omtrent deze beslissing” opgevraagd.

Met een brief van 5 maart 2009 antwoordt de stad Gent aan de verzoekende partijen dat het onderzoek aangaande de gunning van de opdracht ingevolge een klacht wordt heropend en dat, zodra een definitieve beslissing wordt genomen, zij hiervan in kennis zullen worden gesteld.

Met een brief van 10 maart 2009 wordt hun alsnog het (eerste) gunningsverslag meegedeeld “onder voorbehoud van verder onderzoek” en dit met

de mededeling dat dit “niet [mag] beschouwd worden als een betekening van de opdracht”.

3.7. De ingediende offertes worden opnieuw onderzocht en er wordt op 8 september 2009 een nieuw gunningsverslag opgesteld.

Alle inschrijvers worden geselecteerd. De offerte van de verzoekende partijen wordt thans echter substantieel onregelmatig bevonden wegens afwijking van essentiële bestekbepalingen.

3.8. Op 24 september 2009 neemt het college van burgemeester en schepenen van de stad Gent de thans bestreden beslissing waarbij de eerste toewijzingsbeslissing van 24 december 2008 wordt ingetrokken, het gunningsverslag van 8 september 2009 wordt goedgekeurd, de offerte van de verzoekende partijen wordt geweerd wegens afwijkingen van essentiële bestekbepalingen (technische specificaties) en de opdracht wordt toegewezen aan de aannemer met de “meest voordelige regelmatige offerte, rekening houdend met de in het bijzonder bestek gestelde gunningscriteria, namelijk T.V. Sportinfrabouw - Certysterck”.

3.9. Bij aangetekend schrijven van 8 oktober 2009 brengt de stad Gent de verzoekende partijen op de hoogte van de bestreden beslissing.

3.10. Op 22 oktober 2009 dienen de verzoekende partijen tegen de bestreden beslissing een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in, die bij arrest van de Raad van State nr. 197.688 van 10 november 2009 wordt verworpen.

3.11. Op 19 november 2009 dienen de verzoekende partijen het voorliggende enig verzoekschrift in houdende een vordering tot schorsing en een beroep tot nietigverklaring.

IV. Tussenkomen

4. Met een op 9 december 2009 ter post aangetekend verzoekschrift vragen de nv Sportinfrabouw en de nv Certysterck, samen vormend een tijdelijke handelsvennootschap, om in het geding te mogen tussenkomen.

Zij blijken voordeel te halen uit de bestreden beslissing en hebben er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet hun verzoek worden ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid

5. De tussenkomende partijen betogen in een exceptie dat de verzoekende partijen niet doen blijken van het vereiste belang.

Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over die exceptie uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak daarover zouden slechts noodzakelijk zijn indien zou blijken dat de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de schorsing zijn vervuld, wat, zoals hierna zal blijken, te dezen niet het geval is.

VI. De schorsingsvoorwaarden

6. Overeenkomstig artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat ernstige middelen worden aangevoerd die de vernietiging van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

VII. Beoordeling van de eerste schorsingsvoorwaarde

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

7. Wat de eerste van de in het voornoemde artikel 17 gestelde voorwaarden betreft, steunen de verzoekende partijen een eerste middel op “de begane machtsoverschrijding en de schending van het gelijkheidsbeginsel en van de beginselen van behoorlijk bestuur, meerbepaald van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel alsook van het gelijkheidsbeginsel”.

7.1. In een eerste onderdeel wordt in essentie aangevoerd dat het rechtszekerheids-, vertrouwens- en gelijkheidsbeginsel geschonden zijn door de intrekking van de eerste toewijzingsbeslissing van 24 december 2008 door het bestreden besluit van 24 september 2009 nu dit enkel is gebeurd op grond van een e-mail van de “geweerde” -lees: de na de verzoekende partijen gerangschikte inschrijver- en zulks na het verstrijken van de termijn van 60 dagen waarover de “geweerde” -lees: de niet gekozen inschrijvers na de kennisgeving van die eerste toewijzingsbeslissing beschikten- om tegen die beslissing een schorsings- en annulatieberoep in te stellen. Dit wordt ook beschouwd als machtsoverschrijding.

7.2. In het tweede onderdeel wordt machtsoverschrijding ingeroepen en de schending van het gelijkheidsbeginsel, in essentie omdat, zelfs indien de Raad van State het eerste onderdeel niet gegrond zou verklaren, deze intrekking nog steeds onwettig is want gebeurd zonder geldig motief. De intrekking is niet gedaan om een door onwettigheid aangetaste beslissing in te trekken nu de initiële toewijzingsbeslissing niet door een onwettigheid is aangetast.

Beoordeling

8. Het middel is in zijn beide onderdelen uitvoerig uitgewerkt. Hierna worden enkel die gegevens besproken die zich voor de snelle toetsing lenen, die een schorsingsprocedure kenmerkt.

8.1. Te dezen heeft de intrekking van de toewijzingsbeslissing van 24 december 2008, die de opdracht toewees aan de verzoekende partijen, plaats gevonden vooraleer aan de verzoekende partijen was meegedeeld dat hun offerte was gekozen. De verzoekende partijen tonen niet aan om welke reden een toewijzingsbeslissing die hun nog geen rechten verschafte, niet zou mogen worden ingetrokken, gesteld dat de intrekkingbeslissing aan de motiveringsverplichtingen voldoet.

De verzoekende partijen lijken voorts bezwaarlijk te kunnen aanvoeren dat deze intrekking, op 24 september 2009, van de voormelde toewijzingsbeslissing van 28 december 2008, een bij hen opgewekt vertrouwen schendt of ingaat tegen de rechtszekerheid. Nadat immers de eerste verzoekende partij met een brief van 3 februari 2009 meedeelt dat zij had vernomen dat “onze offerte [...] niet weerhouden werd” en het “gedetailleerd motivatieverslag omtrent

deze beslissing” opvraagt, deelt de stad Gent met een brief van 10 maart 2009 weliswaar het (eerste) gunningsverslag mee maar “onder voorbehoud van verder onderzoek” en met de mededeling dat dit “niet [mag] worden beschouwd als een betekening van de opdracht”. Met een brief van 5 maart 2009 liet de stad Gent eerder aan de verzoekende partijen weten: “Ingevolge een klacht wordt het onderzoek aangaande de gunning van de opdracht heropend” en “van zodra een definitieve beslissing genomen is, wordt u hiervan in kennis gesteld”.

Voorts deelde de stad Gent, na de eerste toewijzingsbeslissing van 24 december 2008, met een brief van 22 januari 2009 aan de drie andere inschrijvers waaronder de tussenkomende partijen mee dat hun offerte niet werd uitgekozen. De tussenkomende partijen vragen met een brief van 26 januari 2009 “het proces-verbaal van aanbesteding met de uitgebreide motivering van uw besluit, opdat [zij] in de toekomst offertes kunnen maken die beter aansluiten bij uw wensen en vereisten”. Met een brief van 27 januari 2009 wordt hun vervolgens de toewijzingsbeslissing en het gunningsverslag meegedeeld waarna zij in een e-mail van 2 februari 2009 een aantal opmerkingen maken en een aantal vragen stellen bij het gunningsverslag en concluderen dat de offerte van de verzoekende partijen om verscheidene redenen niet de laagste regelmatige is, maar wel hun offerte. Met een brief van 5 maart 2009 antwoordt de stad Gent dat ingevolge hun klacht “het onderzoek aangaande de gunning van de opdracht wordt heropend”. Met de bestreden beslissing van 24 september 2009 wordt deze eerste toewijzingsbeslissing ingetrokken en toegewezen aan de tussenkomende partijen.

In de geschetste context lijkt geen schending te zijn aangetoond van de rechtszekerheid of van een opgewekt vertrouwen.

8.2. De verzoekende partijen voeren in het tweede onderdeel aan dat er geen wettig motief is voor de intrekking omdat de technische specificaties die zij in hun offerte hebben voorgesteld voor enerzijds de aankomststoren en aankomstrap en anderzijds de decoratieve wand, en die de Stad Gent ingevolge de ontvangst van een “beweerde” e-mail van 3 [lees 2] februari 2009 van de tussenkomende partijen in de bestreden beslissing “plots afdoet als afwijkingen die de offerte van verzoekers substantieel onregelmatig en absoluut nietig maken”, “geen situatie van onwettigheid” betreffen, en dat “De technische specificaties opgegeven in de offerte van verzoekers die door de Stad Gent als regelmatig werden bevonden in de eerste gunningsbeslissing, [...] geen onwettigheid [betreffen], zodat er aldus geen enkel

gewettigd motief bestond in hoofde van de Stad Gent om tot de intrekking van de initiële gunningsbeslissing over te gaan”.

Op het eerste gezicht lijkt niet te kunnen worden ingezien waarom de vaststelling dat de offerte van de verzoekende partijen substantieel onregelmatig is en geweerd had moeten worden, niet het vereiste wettig motief kan zijn. Integendeel dient luidens artikel 16, eerste volzin, van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, bij algemene of beperkte offerteaanvraag, zoals te dezen, de opdracht te worden toegewezen aan de inschrijver die de voordeligste regelmatige offerte indiende. De verzoekende partijen gaan *prima facie* voorbij aan de mogelijkheid tot intrekking om wettige redenen zolang in het kader van de eerste toewijzingsbeslissing niet aan de verzoekende partijen werd meegedeeld dat hun offerte werd gekozen.

De vraag of de offerte van de verzoekende partijen door de bestreden beslissing terecht als substantieel onregelmatig werd geweerd, komt aan de orde in het tweede middel.

8.3. In het eerste middel wordt in het eerste en tweede onderdeel ook verwezen naar de schending van het gelijkheidsbeginsel.

In het eerste onderdeel wordt niet afzonderlijk toegelicht op welke wijze het gelijkheidsbeginsel zou zijn geschonden. In de mate dit wordt afgeleid uit het feit dat laattijdig werd beslist tot intrekking, valt die grief samen met de reeds besproken schending van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel en is deze om dezelfde reden niet ernstig, nog daargelaten de vraag of deze grief kan leiden tot de vaststelling van een schending van het gelijkheidsbeginsel.

In het tweede onderdeel wordt de schending van het gelijkheidsbeginsel afgeleid uit het feit dat de verwerende partij erkent dat zij zich door haar contacten met de tussenkomende partijen heeft laten leiden om hetgeen zij in eerste instantie in de eerste gunningsbeslissing als relatief onregelmatig afdeed plots af te doen als substantieel onregelmatig.

De verzoekende partijen leiden deze erkenning af uit het feit dat de verwerende partij in de nota in het kader van de eerste schorsingsprocedure

erkent dat zij uiteindelijk de eerste toewijzingsbeslissing heeft ingetrokken op grond van de bezwaren in de e-mail van de tussenkommende partijen van 2 februari 2009.

Daargelaten de vaststelling dat niet wordt verduidelijkt waar de verwerende partij dit zegt, kan worden vastgesteld dat verwerende partij in die nota, op blz. 3, onder meer vermeldt dat “vermits een aantal geformuleerde bezwaren als terecht voorkwamen besloten [werd] de analyse van de offertes en dus het initiële gunningsverslag grondig te herbekijken” maar ook dat “na analyse bleek dat het initiële gunningsverslag ernstige tekortkomingen bevatte en grondig diende te worden aangepast”, en “na grondige herevaluatie - zowel op juridisch als op technisch vlak - werd besloten om de initiële gunningsbeslissing in te trekken en een aangepast - correct - gunningsverslag goed te keuren”, hetgeen ook wordt herhaald in de huidige nota. Hieruit lijkt niet te moeten worden afgeleid dat de verwerende partij zonder meer het standpunt van de tussenkommende partijen overnam, maar alleen dat deze opmerkingen werden onderzocht, hetgeen leidde tot een nieuw onderzoek van de offertes, onderzoek dat vervolgens tot de bestreden beslissing leidde.

Dit wordt niet tegengesproken in de bestreden beslissing waarbij de overheid in artikel 1 het eerste toewijzingsbesluit intrekt “aangezien deze initiële gunningsbeslissing was aangetast door een onregelmatigheid, zo is gebleken naar aanleiding van een aantal terechte opmerkingen van de tweede beste gerangschikte inschrijver T.V. Sportinfrabouw Certysterck. In het bijzonder bleek de T.V. Lesuco-Nutons een niet besteksconforme decoratieve stalen wand te hebben voorgesteld in zijn offerte, hetgeen een afwijking van een essentiële bestekbepaling in de zin van artikel 110, §2 juncto 89, lid 2 van het K.B. van 8 januari 1996 uitmaakt. Dat het noodzakelijk was het onderzoek van de offertes volledig over te doen en een nieuw gunningsverslag op te maken”, te meer nu in de feiten en historiek in de beslissing wordt vermeld dat “deze opmerking grondig [werden] geanalyseerd” en dat het noodzakelijk werd geacht eerst de initiële beslissing in te trekken nadat was gebleken dat een aantal bezwaren gegrond voorkwamen in het bijzonder die over de niet besteksconforme decoratieve stalen wand en vervolgens het onderzoek van de offertes te heropenen.

Er wordt niet *prima facie* aangetoond welke rechtsregel aan een inschrijver verbiedt een bezwaar aan het bestuur te formuleren tegen een hem meegedeelde toewijzingsbeslissing aan een derde, of aan het bestuur om die klacht

te onderzoeken en vervolgens, in voorkomend geval, gemotiveerd anders te oordelen. Evenmin lijkt het aangetoond dat er vervolgens andere contacten waren met de tussenkommende partijen laat staan dat met hen onderhandeld werd over hun offerte.

Uit het dossier lijkt trouwens te moeten worden afgeleid dat te dezen tot een volledig nieuwe beoordeling werd gekomen, waarbij ook voor de andere overgebleven inschrijvers nieuwe vaststellingen werden gedaan en soms de offertes in het licht van de gunningscriteria anders werden beoordeeld en andere punten werden toegekend, zonder dat dit uitsluitend en steeds in het voordeel was van de tussenkommende partijen.

8.4. In de mate dat in het middel wordt aangevoerd dat er sprake is van “machtsoverschrijding”, wordt niet verduidelijkt op welk punt met deze vernietigingsgrond iets anders wordt bedoeld dan de reeds besproken rechtmatigheidsbezwaren.

Het eerste middel is bijgevolg niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

9. De verzoekende partijen leiden het tweede middel af uit “de schending [...] van de wet van 24 december 1993, het koninklijk besluit van 8 januari 1996 en zulks onder meer in haar artikelen 16 en 110, de door de Stad Gent begane machtsoverschrijding en de schending van het gelijkheidsbeginsel tussen de inschrijvers en de beginselen van behoorlijk bestuur, in de mate deze de door verzoekers ingediende offerte die in de eerste gunningsbeslissing als regelmatig en als het best beantwoordend aan de gunningscriteria werd bevonden, in de tweede gunningsbeslissing als substantieel onregelmatig afdoet.

Dit middel wordt uitgewerkt in twee onderdelen en zulks over negen bladzijden.

Hierna worden enkel deze grieven besproken die zich tot *prima facie* toetsing lenen.

10.1. In de mate dat het eerste onderdeel van het middel inhoudt dat een offerte die eerder als de voordeligste regelmatige offerte werd uitgekozen vervolgens niet als substantieel onregelmatig kan worden geweerd, hetgeen in het eerste onderdeel in verband wordt gebracht met het rechtszekerheidsbeginsel, valt het samen met het eerste middel en wordt verwezen naar de bespreking van dat middel.

Voorts toont het feit dat in het kader van de nieuwe beoordeling opmerkingen die eerder in het kader van de toetsing van de offerte aan de gunningscriteria slechts geleid hebben tot puntenverlies nu worden aangezien als afwijkingen van essentiële bestekbepalingen, niet *prima facie* aan dat die herbeoordeling onwettig is.

Ten slotte is daarbij ook het feit dat de herbeoordeling er kwam na een e-mail met opmerkingen van een eerst niet gekozen inschrijver, hier de tussenkomende partijen, zoals reeds vastgesteld bij de bespreking van het eerste middel, *prima facie* niet relevant en toont op het eerste gezicht op zich de onwettigheid van die herbeoordeling niet aan. Overigens is er de reeds in het kader van het tweede onderdeel van het eerste middel gedane vaststelling dat de bestreden beslissing niet lijkt te steunen op die e-mail maar wel op een volledig heronderzoek door het bestuur waarbij ook voor de andere overgebleven inschrijvers nieuwe vaststellingen werden gedaan en soms de offertes in het licht van de gunningscriteria anders werden beoordeeld en andere punten werden toegekend zonder dat dit uitsluitend en steeds in het voordeel was van de tussenkomende partijen.

10.2. Vervolgens noopt het tweede onderdeel van het middel tot een *prima facie* antwoord op de vraag of de offerte van de verzoekende partijen inderdaad afweek van essentiële bestekbepalingen zoals in de bestreden beslissing wordt aangenomen en hetgeen de verzoekende partijen in dit middelonderdeel betwisten.

Het gunningsverslag dat aan de bestreden beslissing ten grondslag ligt beoordeelt de inhoudelijke conformiteit van de offerte van de verzoekende partijen als volgt:

“Inschrijver T.V. Lesuco - Nutons
C Aankomstgebouw (Movix System van Jan Snel bv.) :

Door de architect wordt opgemerkt dat het voorstel van het aankomstgebouw niet overeenstemt met het bestek, meer bepaald betreffende volgende punten;

- de indeling van de ramen is gewijzigd en voldoen nu niet meer voor de fotofinish;
- er zijn geen schuiframen voorzien;
- zonnewerende beglazing is niet voorzien, screening als zonnewering wordt niet aanvaard;
- veiligheidsbeglazing is niet voorzien;
- de voorgestelde ramen in kunststof zijn minderwaardig, ze moeten volgens het bestek in aluminium uitgevoerd worden;
- de voorgestelde dakdichting in PVC is minderwaardig dan de gevraagde EPDM;
- de voorgestelde golfbeplating voor de wanden wordt niet aanvaard, en stemt niet overeen met de beschrijving van uitvoering met Steni-panelen;

Het uitzicht, de architectuur en de functionaliteit van het gebouw wijken sterk af van het bestek en zijn op een aantal punten dan ook niet in overeenstemming met de aanvraag voor de stedenbouwkundige vergunning.

Ook de beschrijving van de decoratieve metalen wanden (Jan Snel bv) wijkt fundamenteel af van de eisen van het bestek en is gebaseerd op een verouderd voorstel van de onderaannemer;

- het basisvoorstel is niet in metallic kleur, een vermelde meerprijs van € 1,38/m² dient opgeteld te worden bij de eenheidsprijs en komt neer op een meerprijs van € 415,10;
- de cassettes zijn uit galva met een dikte van slechts 1,5 mm en de onderconstructie is in aluminium 2mm. Dit is niet in overeenstemming met de gevraagde 3 mm in de bestekbeschrijving.

Gezien het hier een significante post betreft voor een materiaal dat grotendeels de uitstraling van het project zal bepalen kan voorliggend voorstel van T. V. Lesuco-Nutons niet aanvaard worden;

De hierboven vermelde afwijkingen zijn afwijkingen van essentiële bestekbepalingen (technische specificaties) in de zin van artikel 110, §2 juncto 89, lid 2 van het K.B. van 8 januari 1996. Het betreft bovendien visueel bepalende elementen van het ontwerp en een significant onderdeel van de gunningscriteria en de posten (aankomstgebouw en decoratieve stalen wanden) waarvan wordt afgeweken, vertegenwoordigen samen en beduidend aandeel van € 268.860 of 12,75 % van het totaalbedrag van deze inschrijving.

Gelet op wat voorafgaat, maken deze afwijkingen de offerte van T.V. Lesuco-Nutons substantieel onregelmatig en bijgevolg absoluut nietig”.

Na toetsing van de andere offertes aan de gunningscriteria wordt in dat verslag voorgesteld de offerte van de “T.V. Lesuco - Nutons” te weren en de opdracht toe te wijzen aan de “T.V. Sportinfrabouw - Certysterck”.

In de bestreden beslissing wordt met de volgende motivering - die zoals gezien ook was opgenomen in het besluit van het gunningsverslag - de offerte van de verzoekende partijen geweerd:

“Omwille van volgende afwijkingen van essentiële bestekbepalingen (technische specificaties) in de zin van artikel 110, §2 juncto 89, lid 2 van het K.B. van 8 januari 1996:

- Het uitzicht, de architectuur en de functionaliteit van liet voorgestelde aankomstgebouw wijken sterk af van het bestek.
- De voorgestelde decoratieve metalen wand wijkt fundamenteel af van de eisen in liet bestek:
- het basisvoorstel is niet in metallic kleur,
- de cassettes zijn uit galva met een dikte van slechts 1,5 mm en de onderconstructie is in aluminium 2 mm. Dit is niet in overeenstemming met de gevraagde 3 mm in de besteksbeschrijving
- Het betreft bovendien visueel bepalende elementen van het ontwerp en een significant onderdeel van de gunningscriteria en de posten (aankomstgebouw en decoratieve metalen wanden) waarvan wordt afgeweken, vertegenwoordigen samen een beduidend aandeel van 268.860,00 euro of 12,75 % van het totaalbedrag van deze inschrijving”.

Vervolgens wordt de opdracht toegewezen aan de “T.V. Sportinfrabouw-Certysterck” als inschrijver “met de meest voordelige, regelmatige offerte, rekening houdend met de in het bijzonder bestek gestelde gunningscriteria”.

In tegenstelling tot hetgeen de verzoekende partijen lijken aan te nemen, is niet met de vereiste *prima facie* ernst aangetoond dat de vaststellingen over de afwezigheid van schuiframen, de wijziging van de indeling van de ramen, de ramen die in aluminium moeten zijn in plaats van kunststof en de dakdichting in PVC in plaats van de gevraagde EPDM onjuist zijn, veeleer integendeel, nu dit opnieuw wordt vastgesteld. Het kwam dan aan de verzoekende partijen toe om concreet en specifiek in het verzoekschrift, en in het kader van een vordering tot schorsing bovendien *prima facie*, het tegendeel aan te tonen. Zij doen dit niet. Dit geldt ook voor de nieuwe vaststelling inzake de voorgestelde golfplaten.

In de mate dat de verzoekende partijen benadrukken dat al deze elementen slechts van esthetische aard zijn nu de bestreden beslissing spreekt van visueel bepalende elementen, en geenszins de stabiliteit betreffen, lijken zij eraan voorbij te gaan dat de bestreden beslissing - en ook het gunningsverslag - in eerste instantie stelt dat “het uitzicht, de architectuur en de functionaliteit” van het

voorgestelde aankomstgebouw sterk afwijken van het bestek en pas in laatste instantie, na ook te hebben gewezen op de dikte van de metalen wand en de afwezigheid van metallic kleur, dat het “bovendien” visueel bepalende elementen van het ontwerp betreft. Aldus gaat het blijkens de bestreden beslissing om meer dan louter visuele of esthetische elementen. Er is bijvoorbeeld de niet betwiste vaststelling dat de aankomststoren met de gewijzigde indeling van de ramen niet meer voldoet voor de fotofinish, hetgeen op zich al de conclusie lijkt te rechtvaardigen dat de offerte van de verzoekende partijen substantieel onregelmatig is aangezien aldus dit gebouw, dat een wezenlijk onderdeel lijkt van de opdracht, niet beantwoordt aan het doel ervan.

Daarnaast tonen de verzoekende partijen ook niet aan waarom het bestuur niet redelijkerwijze van oordeel kan zijn dat ook -en eventueel louter- esthetische en visuele afwijkingen een substantiële onregelmatigheid kunnen vormen.

Ook het argument dat “de afwijkingen” perfect konden worden rechtgezet tijdens de uitvoering van de werken, lijkt geen afbreuk te kunnen doen aan het feit dat in eerste instantie de offerte conform het gevraagde moet zijn.

Daarnaast is er de vaststelling in het gunningsverslag en de bestreden beslissing dat de voorgestelde decoratieve metalen wand fundamenteel afwijkt van de eisen in het bestek:

“- het [basis]voorstel is niet in metallic kleur,
- de cassettes zijn uit galva met een dikte van slechts 1,5 mm en de onderconstructie is in aluminium 2 mm. Dit is niet in overeenstemming met de gevraagde 3 mm in de besteksbeschrijving”.

De verzoekende partijen tonen ook hier niet *prima facie* aan waarom de verwerende partij minstens het tweede element niet als een substantiële onregelmatigheid mocht beschouwen. Zij betwisten niet de juistheid van de genoemde vaststellingen.

Zij voeren wel aan dat in feite in totaal (cassettes +platen) een dikte wordt aangeboden van 2 mm + 1,5 mm hetzij een grotere dikte dan de in het bestek voorziene minimumdikte van 3 mm en dat de voorgestelde 2 mm aluminium wand kwalitatief beter is en zelfs duurder dan een wand van 6 mm.

In deel II “technische bepalingen”, hoofdstuk IX “allerhande werken” bevat het bestek onder punt 112 “stalen constructie-elementen”, punt 112.2 “gordijngevels en bekledingen”, voorschriften voor “Gevelbekleding uit staal” (112.2.1), voor “ Gevelbekleding uit vlakke platen in staal” (112.2.2) en voor “Gevelbekleding uit vlakke geperforeerde platen in staal” (112.2.3). Onder het punt 112.2.1. “Gevelbekleding uit staal” bepaalt het bestek (blz. 75) aldus :

“112.2.1.2. Materiaal

[...]

Stalen platen gemoffeld met een polyester-poeder in een éénlaagsysteem
Voor binnen- en buitengebruik
UVA-bestendig en vochtbestendig met 25 jaar garantie

Afmetingen van de platen volgens detailtekening
Dikte afhankelijk van de afmetingen van de platen : min. 3 mm”.

Hieruit kan, zo lijkt het, worden afgeleid dat de platen zelf een minimale dikte moeten hebben van 3 mm - deze vermelding is in de tekst zelfs in vette letter geschreven.

Aldus kan *prima facie* worden aangenomen dat het bestuur een smallere plaat aanzag als een afwijking van een essentiële bestekbepaling.

Het feit dat toeschouwers noch atleten dit verschil in dikte zouden opmerken, zoals de verzoekende partijen betogen, toont niet *prima facie* het tegendeel aan.

De verzoekende partijen voeren in dit verband nog aan dat de door hen voorziene cassettestructuur met metaaldikte 1,5 mm gemonteerd op een aluminium constructie van 2 mm, zijnde in totaal 3,5 mm, een combinatie is die een verbetering inhoudt ten opzichte van de gevraagde 3 mm en als een meerwaarde ten aanzien van het gevraagde, mede doordat de kostprijs van aluminium aanzienlijk hoger is dan deze van staal. In de huidige stand van het geding wordt echter aldus niet *prima facie* aangetoond hoe een voorstel van een plaat met een dikte van 2 mm een verbetering kan zijn ten opzichte van een in het bestek vereiste minimale dikte van 3 mm.

Wat betreft de niet voorhanden zijnde metallic kleur benadrukken de verzoekende partijen wel dat hun offerte uitdrukkelijk vermeldt dat de cassettes

gelakt en dus in kleur zijn en dat de verwerende partij uit het niet vermelden van de kleur ten onrechte afleidt dat het niet de gevraagde metallic kleur zou betreffen. Zij benadrukken ook het geringe bedrag van deze post (415,30 euro).

Zelfs indien zou worden aangenomen dat aldus niet vaststaat dat de cassettes niet de gevraagde metallic kleur hebben is dit gegeven, gelet op de andere in de bestreden beslissing vastgestelde afwijkingen, echter niet van aard de wettigheid van de bestreden beslissing aan te tasten.

De verzoekende partijen benadrukken in hun verzoekschrift ook het relatieve belang van al de betrokken posten en menen dat de afwijkingen daarop niet kunnen leiden tot de onregelmatigverklaring van hun offerte.

Nog daargelaten de vraag of criteria die slaan op 11 van de 100 punten inderdaad slechts een miniem aandeel in de opdracht vertegenwoordigen, is minstens niet met de vereiste *prima facie* ernst aangetoond dat het bestuur niet redelijkerwijze kon oordelen dat de afwijkingen toch afwijkingen van essentiële bestekbepalingen betreffen die leiden tot een substantiële onregelmatigheid, nu hierdoor “het uitzicht, de architectuur en de functionaliteit van het gebouw sterk [afwijken] van het bestek en op een aantal punten dan ook niet in overeenstemming [zijn] met de aanvraag voor de stedenbouwkundige vergunning”, zoals vastgesteld in het gunningsverslag en deels hernomen in de bestreden beslissing. Zelfs indien zou worden aangenomen dat de voorgestelde afwijkende dikte van de metalen wand niet zichtbaar is, doet dit, enerzijds, geen afbreuk aan de andere afwijkingen, noch, anderzijds, aan het feit dat wordt afgeweken van een vereiste die in het bestek uitdrukkelijk als minimum is bepaald.

Aldus hebben de verzoekende partijen niet aangetoond dat hun offerte niet als substantieel onregelmatig mocht worden aangemerkt. Zij dienen dus als een onregelmatige inschrijver te worden beschouwd. Zulks brengt met zich mee dat zij slechts een belang kunnen hebben bij een annulatieberoep tegen de bestreden toewijzingsbeslissing indien zij aantonen dat alle conform verklaarde inschrijvers onterecht conform zijn verklaard en aan geen enkele inschrijver mocht worden toegewezen.

Zij richten zich in het tweede onderdeel van hun tweede middel aldus weliswaar tegen de regelmatigverklaring van de tussenkomende partij maar

geven geen kritiek wat de offerte van de derde inschrijver betreft. Aldus dient het betrokken tweede onderdeel niet meer te worden onderzocht: in concurrentie met een regelmatige inschrijver lijkt hun de opdracht in elk geval niet te mogen worden toegewezen, zodat zij niet het vereiste belang lijken te vertonen bij de gevraagde nietigverklaring die hun geen voordeel lijkt te kunnen opleveren.

Bij gebreke aan belang bij een nietigverklaring dient hun vordering tot schorsing te worden afgewezen, nu overeenkomstig artikel 17 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, de Raad slechts de schorsing van de tenuitvoerlegging van een akte kan bevelen wanneer die akte vatbaar is voor nietigverklaring.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Sportinfrabouw en de nv Certysterck, samen vormend een tijdelijke handelsvennootschap, tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwierpt de vordering.

3. De tussenkomende partijen worden verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 250 euro, elk voor de helft.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 18 februari 2010, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
met bijstand van	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest