

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 217.773 van 7 februari 2012
in de zaak A. 203.159/XII-6795**

In zake: de NV BETONFABRIEK DE BONTE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Isabelle Cooreman
kantoor houdend te 1070 Brussel
Ninoofsesteenweg 643
bij wie woonplaats wordt gekozen
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jens Van Hecke

tegen:

INFRABEL, naamloze vennootschap van publiek recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D'Hooghe, Nathanaelle Kiekens en Sebastien
Devos
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de BV DE METEOR, vennootschap naar Nederlands recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jean Laurent en Luc Van Caneghem
kantoor houdend te 1060 Brussel
Defacqzstraat 78
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 6 januari 2012, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:

“(i) De beslissing van onbepaalde datum van de raad van bestuur van de nv Infrabel zoals meegedeeld bij schrijven dd. 23 december 2011 om de levering van 120.000 betonnen dwarsliggers van het type monobloc M41 uitgerust met onderlegplaten toe te wijzen aan de firma De bv De Meteor (NDL), Schaarweg 4, 6991 GV Rheden, voor een totaalbedrag van 5.400.000,00 EUR;
(ii) De daarmee samenhangende impliciete beslissing om de opdracht niet te gunnen aan de nv Betonfabriek De Bonte”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 20 januari 2012 heeft de bv De Meteor gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 2 februari 2012, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Isabelle Cooreman, Jens Van Hecke en Bram Tollet, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaat Nathanaëlle Kiekens, die in eigen naam en loco advocaat David D’Hooghe verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Luc Van Caneghem, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos 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 nv van publiek recht Infrabel beslist op 19 juli 2011 tot het uitschrijven van een overheidsopdracht voor de levering van betonnen dwarsliggers.

3.2. De opdracht wordt gegund bij wege van onderhandelingsprocedure met bekendmaking, in het kader van een kwalificatiestelsel.

3.3. Het betreft een opdracht voor leveringen, met verscheidene “vaste” delen en een aantal bijkomende “optionele” delen. De opdracht is opgedeeld in “loten” per (vast) aantal dwarsliggers, waarbij verschillende ondernemingen één of meerdere loten kunnen verwerven.

3.4. Het bestek met nummer 33C/0000184913/6000048923 wordt bezorgd aan vier voor de betrokken opdracht gekwalificeerde ondernemingen, waaronder verzoekende partij en bv De Meteoor.

In het bestek wordt het voorwerp van de opdracht als volgt omschreven:

“U wordt verzocht uw voordeligste offerte in te dienen voor de levering van betonnen dwarsliggers van het type monobloc M 41 (volgens de tekeningen 47.03.26-02-01 van 02.10.2002 in uw bezit) tekeningen, verdeeld in 18 loten als volgt:

- 10 identieke loten 1, van elk 20.000 dwarsliggers van het type M 41;
- 2 identieke loten 2, van 2.000 dwarsliggers van het type M 41 CR;
- 4 identieke loten 3, optioneel van elk 20.000 dwarsliggers van het type M 41;
- 2 identieke loten 4, optioneel van 2.000 dwarsliggers van het type M 41 CR;

De loten 3 en 4 vormen opties eventueel te lichten uiterlijk 30.09.2012.

Er mag slechts ingeschreven worden voor een aantal loten voor dewelke de inschrijver kan bewijzen, in zijn offerte, dat zijn productiecapaciteit toelaat om het totaal aantal voorziene dwarsliggers af te werken binnen de contractuele leveringstermijn, met een maximum van 6 loten 1.

Infrabel verbindt er zich niet toe alle loten 1 en 2 te bestellen noch tot het lichten van de opties betreffende de loten 3 en 4.

Er mogen geen vrije varianten voorgesteld worden.”

Voorts wordt ook nog het volgende bepaald:

“De inschrijvers worden verzocht om in hun offerte reeds hun beste prijzen en kortingen aan te bieden omdat Infrabel zich het recht voorbehoudt om gedurende de eventuele onderhandelingen deze, al dan niet over de prijs, mogelijks uitsluitend te voeren met de inschrijver(s) die het best is (zijn) gerangschikt”.

3.5. Op 10 oktober 2011 hebben de vier betrokken ondernemingen een eerste offerte ingediend.

In deze eerste offerte geeft de bv De Meteor in eerste instantie prijs op voor 2 “loten 1”. De aangeboden basisprijs bedraagt 51 euro. In geval van gunning van 2 “loten 1” biedt De Meteor een korting van 2 euro per stuk, waardoor de eenheidsprijs op 49 euro zou komen te liggen.

3.6. Bij aangetekend schrijven van 19 oktober 2011 wordt door verwerende partij aan de verschillende inschrijvers gevraagd om hun offerte tegen uiterlijk 25 oktober 2011 als volgt aan te passen:

“De inschrijver dient eveneens prijs op te geven voor 6 extra optionele, identieke loten 5 van 20.000 betondwarsliggers M41 te leveren in het jaar 2013 aan dezelfde voorwaarden van de hoger vermelde overheidsopdracht. Deze opties zullen gelicht kunnen worden ten laatste voor 31.12.2012.

In bijlage vindt u de aan te vullen prijsinventaris.

Alle andere voorwaarden van het bestek blijven geldig, inclusief de clause voor de prijsherzieningen”.

Bij dit schrijven wordt een aan de laatstgenoemde optionele loten aangepaste blanco inventaris gevoegd die door de inschrijvers moet worden ingevuld.

3.7. De vier inschrijvers dienen in antwoord op voormeld schrijven een aangepaste offerte in.

In haar “aangepaste” offerte geeft De Meteor prijs op voor ditmaal 6 “loten 1”. De aangeboden basisprijs blijft behouden op 51 euro. Hierbij worden volgende kortingen aangeboden:

- 2 loten 1: 0,50 euro,
- 3 loten 1: 1,25 euro,
- 4 loten 1: 2,25 euro,
- 5 loten 1: 3,50 euro,
- 6 loten 1: 5,00 euro.

Bovendien geeft de bv De Meteor nu ook prijs op voor 4 “loten 3”. De basisprijs bedraagt hier 47 euro en er worden kortingen aangeboden van respectievelijk 0 en 0,25 en 0,50 euro. Tot slot geeft de bv De Meteor tevens prijs voor 6 optionele “loten 5”. Hierbij wordt dezelfde prijszetting aangeboden als bij de (niet-optionele) “vaste” “loten 1”.

Verzoekende partij dient eveneens een aangepaste offerte in, namelijk met een prijs voor loten 5.

3.8. Bij aangetekend schrijven van 27 oktober 2011 wordt aan de inschrijvers andermaal gevraagd om hun offertes aan te passen, specifiek rekening houdend met het volgende:

- “- Om aan de Europese wetgeving te voldoen, preciseren wij dat de betondwarsslagers bij het verlaten van de productie zullen moeten worden gestockeerd op een terrein naar zijn keuze, binnen Europa. Het terrein zal aan Infrabel verhuurd worden tegen één symbolische Euro. De inschrijver zal in zijn antwoord de exacte omgeving dienen aan te geven, waar zij zullen worden gestockeerd gedurende de ganse looptijd van de overheidsopdracht.
- Infrabel beschouwt de planning van levering als een essentiële voorwaarde voor de overheidsopdracht. Als de planning niet wordt gerespecteerd, behoudt Infrabel zich het recht om de gestelde maatregelen

zoals voorzien in het bestek toe te passen (zie bijlage van het Koninklijk Besluit van 26 september 1996).

- Infrabel dient in het bezit te zijn van een recent attest afgeleverd door het organisme van de sociale zekerheid waarbij de inschrijver aangesloten is en waaruit blijkt dat hij zijn verplichtingen nagekomen is m.b.t. de betalingen der bijdragen van de sociale zekerheid, overeenkomstige de Belgische wetgeving of deze van het land waar deze gevestigd is. Indien Infrabel niet in het bezit is van dit document, dan zal de offerte als niet conform worden beschouwd.

- Zowel het antwoord op deze brief, als het antwoord op de inventaris in bijlage, dienen ons volledig ingevuld te worden aangeleverd ten laatste op 10 november 2011 en dit per aangetekend schrijven of per drager. De inschrijver dient eveneens zijn antwoord per fax [...] of per mail [...] kenbaar te maken”.

Bij dit schrijven wordt opnieuw een integrale blanco inventaris gevoegd die door de inschrijvers moet worden ingevuld.

3.9. De vier inschrijvers dienen vervolgens een tweede aangepast voorstel in.

In dit finaal voorstel van 10 november 2011 geeft de bv De Meteor opnieuw prijs op voor dezelfde loten als in haar tweede voorstel. De basisprijzen voor de “loten 1, 3 en 5”, respectievelijk 51, 47 en 51 euro, blijven behouden. De korting die aangeboden wordt op 6 “loten 1” en op 6 “loten 5”, wordt verhoogd naar 6 euro (in plaats van 5 euro). Ook de kortingen aangeboden op 2, 3 en 4 “loten 3” worden verhoogd naar respectievelijk 0,25, 0,50 en 1 euro.

3.10. Het gunningsverslag bevat het volgende voorstel van beslissing met vermelding van de te kiezen inschrijvers:

“5.1. Firma De Meteor B.V. (NL)

- 6 identieke loten 1, van elk 20.000 dwarsliggers van het type M 41 uitgerust met onderlegplaten, tegen de eenheidsprijzen van 45,00 EUR voor een totaal van 5.400.000,00 EUR;

5.2. Firma Prefer S.A.

- 4 identieke loten 1, van elk 20.000 dwarsliggers van het type M 41 uitgerust met onderlegplaten, tegen de eenheidsprijs van 68,00 EUR voor een totaalbedrag van 5.440.000,00 EUR;

5.3. Firma Usines Dupuis S.A.

- 2 identieke loten 2, van elk 2.000 dwarsliggers van het type M 41 CR uitgerust met onderlegplaten, tegen de eenheidsprijs van 80,73 EUR voor een totaalbedrag van 322.920,00 EUR;

De totale uitgave voor de 10 loten 1 (200.000 M 41) en 2 loten 2 (4.000 M 41 CR) van betonnen dwarsliggers van het type monobloc beloopt, voor de behoeften van 2012, 11.162.920,00 EUR en zal worden geboekt op de rekening Bevoorradingen.

De opties met betrekking tot ten hoogste 4 loten 3 (80.000 dwarsliggers van het type M 41) en 2 loten 4 (4.000 dwarsliggers van het type M41 CR) zullen enkel worden gelicht (uiterlijk op 20.09.12) in geval van bijkomende behoeften die door de Directie Infrastructuur volgens de regels werden goedgekeurd.

Dit is eveneens geldig voor de optionele 6 loten 5 (120.000 dwarsliggers van het type M41), voor de behoeften van 2013, alleen dienen deze uiterlijk op 31.12.2012 te worden gelicht”.

3.11. Voormeld voorstel van beslissing wordt goedgekeurd door de raad van bestuur van verwerende partij -volgens de nota op 22 december 2011: de bestreden beslissing wordt in het administratief dossier slechts neergelegd als een kopie en zonder leesbare datum-.

3.12. Die gunningsbeslissing wordt met een op 27 december 2011 aangetekend schrijven van 23 december 2011 aan de inschrijvers ter kennis gebracht.

3.13. Op 6 januari 2012 dient verzoekende partij een verzoekschrift tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in bij de Raad van State.

IV. Tussenkoms

4. Tussenkomende partij blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet haar verzoek worden ingewilligd.

V. Regelmatigheid van de rechtspleging

5. Verzoekende partij heeft de dag vóór de terechtzitting een “replik-en pleitnota” aan de Raad van State bezorgd.

6. Dit stuk wordt buiten het debat gehouden, alleen reeds omdat de laattijdige indiening ervan het auditoraat, de verwerende en de tussenkomen de partij de kans ontnam om het deugdelijk te onderzoeken. Verzoekende partij betoogt overigens niet dat in dat stuk nieuwe gegevens worden aangebracht die zij niet eerder kon aanvoeren en eventueel decisief konden zijn voor de beslechting van de zaak, opdat in zoverre het stuk dan eventueel toch in aanmerking kon worden genomen.

VI. Ontvankelijkheid van de vordering

7. Verwerende partij betoogt in de eerste plaats dat het beroep slechts gericht is tegen de beslissing van 22 december 2011 om 6 loten 1 toe te wijzen aan de bv De Meteor. De gunning van de andere loten wordt niet aangevochten.

Verwerende partij legt voorts een uittreksel van de prijstabel voor waaruit volgens haar blijkt dat zelfs in geval van inwilliging van de schorsing de opdracht nooit aan verzoekende partij kan worden toegewezen.

Tussenkomen de partij werpt een gelijkaardige exceptie op, daarbij wijzende op het feit dat verzoekende partij slechts vierde is gerangschikt voor de kwestieuze zes toegewezen loten 1, in combinatie.

Ten slotte betoogt verwerende partij dat de vordering niet-ontvankelijk is in zoverre ze gericht is tegen de impliciete weigering om de opdracht te gunnen aan verzoekende partij.

8. De gegrondheid van deze excepties wordt hierna bij de bespreking van het derde middel beoordeeld.

VII. De schorsingsvoorwaarden

9.1. Overeenkomstig artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

9.2. Evenwel is te dezen de wet van 23 december 2009 tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten te dezen van toepassing.

Luidens het door de voornoemde wet van 23 december 2009 in de wet van 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is voor de schorsing van de thans bestreden beslissing het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist.

Anderzijds verplicht artikel 65/15, tweede lid, verzoekende partij tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de bestreden beslissing kunnen verantwoorden.

VIII. Onderzoek van de middelen

Derde middel

Standpunt van de partijen

10. In een derde middel voert verzoekende partij de schending aan van artikel 110 van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten, het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, meer bepaald het transparantiebeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het “beginsel inzake gelijke behandeling van de inschrijvers” en het redelijkheidsbeginsel.

Verzoekende partij voert aan dat de bv De Metoor in haar eerste offerte slechts prijs heeft gegeven voor 2 “loten 1” van het type M41, terwijl zij in haar tweede offerte daarnaast ook prijs heeft opgegeven voor respectievelijk drie loten 1, vier loten 1, vijf loten 1 en zes loten 1 (51 en 49 euro). Volgens verzoekende partij was de bv De Metoor evenwel niet gerechtigd om na het verstrijken van de uiterste datum voor het indienen van de offertes ook nog prijs op te geven voor bijkomende loten waarvoor zij in haar eerste offerte in geen prijs had voorzien. Dergelijke bijkomende prijsopgave gaat volgens verzoekende partij het voorwerp van de brief van verwerende partij van 19 oktober 2011 te buiten, waarin volgens haar aan de inschrijvers enkel gevraagd werd om prijs te geven voor 6 extra optionele “loten 5” van 20.000 betondwarsliggers M41. Met voormeld schrijven zou de aanbestedende overheid hebben aangegeven op welk beperkt punt de inschrijvers hun offerte mochten aanpassen en wijzigen.

Bijgevolg mocht de aanbestedende overheid volgens verzoekende partij geen rekening houden met de prijsofferte van de bv De Metoor voor 6 loten 1 gezien zij hiervoor in haar oorspronkelijke offerte zelfs geen prijs had gegeven.

11. Verwerende partij werpt in essentie tegen dat de onderhandelingsprocedure een vormvrije flexibele procedure is die op discretionaire wijze mag worden ingevuld door de aanbestedende overheid en dat de mogelijkheid om offertes aan te passen behoort tot de essentie van de onderhandelingsprocedure. Zij wijst er op dat de bv De Meteor in het kader van haar eerste bijgewerkt voorstel louter beslist heeft om voor een groter aantal loten 1 (6 in de plaats van 2) prijs op te geven en haar prijsopgave in overeenstemming hiermee aan te passen. De randvoorwaarden van de opdracht *casu quo* de insteek van de inschrijving zou geenszins zijn bijgesteld. Het systeem met identieke loten leidt er volgens verwerende partij toe dat er te dezen alleen sprake is van een hoeveelheidswijziging in het kader van de onderhandelingen en de daarmee samenhangende prijsoptimalisaties. Zij wijst er op dat noch de reglementering, noch de bevragingsdocumenten dergelijke bijstelling verbieden, dat alle inschrijvers hun voorstellen hebben kunnen bijstellen en dus gelijk werden behandeld en, ten slotte, dat de opdracht zoals in medediging gesteld niet substantieel werd gewijzigd.

Zij merkt op dat het niet letterlijk voorzien in de mogelijkheid tot bijstelling geen hinderpaal vormt voor nieuwe bijgewerkte voorstellen en dus geen grief vormt om de schorsing te verantwoorden. Bovendien was bij de uitnodigingsbrief een integrale blanco prijsinventaris voor alle loten gevoegd, bevatte de uitnodigingsbrieven geen enkel verbod om andere aspecten van de offerte bij te stellen en hebben meerdere inschrijvers, waaronder ook verzoekende partij diverse aspecten aangepast.

12. Tussenkomen de partij merkt op dat het bijzonder bestek te dezen voorzag in de toewijzing van 4 loten waarvan het lot 1 betrekking had op 6 onderdelen van 20.000 dwarsliggers. Zij merkt op dat zij initieel een prijs heeft voorgesteld van 51 euro bij toewijzing van één enkel onderdeel en zulks met een korting bij toewijzing van twee of meer onderdelen. Aldus meent zij dat zij wel een eenheidsprijs heeft ingediend voor het hele lot 1. In haar tweede offerte heeft zij enkel haar prijs nog verder verlaagd in de veronderstelling van een toewijzing van

3, 4, 5 of 6 onderdelen. Door dit te doen heeft ze volgens haar niet geboden op bijkomende onderdelen maar heeft ze gewoon haar eenheidsprijs verder uitgewerkt in functie van het aantal onderdelen.

In ondergeschikte orde merkt zij op dat zowel verzoekende partij als zijzelf op verzoek van verwerende partij aangepaste en dus nieuwe offertes hebben ingediend en dat verzoekende partij dit nu niet aan tussenkomende partij kan verwijten.

Beoordeling

13. Verzoekende partij lijkt in dit middel uitsluitend de offerte van de gekozen inschrijver te viseren, in de mate dat deze werd uitgebreid met vier loten. Uit het administratief dossier blijkt bovendien dat al de andere inschrijvers reeds in hun initiële offerte prijs hadden opgegeven voor 6 “loten 1”.

In de mate dat verwerende partij na schorsing op grond van het besproken middel een nieuwe gunningsbeslissing zou nemen wat deze zes loten 1 betreft lijkt het niet uitgesloten dat verzoekende partij nog in aanmerking komt voor de gunning van bepaalde loten 1. Verwerende partij en tussenkomende partij lijken immers in hun excepties uit het oog te verliezen dat voor de prijs voor de gunning van één, twee, drie of vijf loten 1, verzoekende partij de op één na laagste prijs blijkt te hebben ingediend, na de prijs van tussenkomende partij. Indien laatstgenoemde bij een nieuwe gunningsbeslissing nog slechts twee loten zouden worden gegund, lijkt verzoekende partij kans te hebben op gunning van loten 1, en bijgevolg heeft zij belang bij de vordering, gesteund op het hier besproken middel waarin zij de toewijzing van 6 loten 1 aan tussenkomende partij aanvecht. De excepties worden in zoverre niet aanvaard.

14. Wat het ernstig karakter van het middel betreft moet worden vastgesteld dat de onderhandelingsprocedure met bekendmaking, zoals verwerende partij terecht opmerkt, onder meer wordt gekenmerkt door het aan de

aanbestedende overheid geboden flexibele kader, waarbij zij met de inschrijvers kan onderhandelen en een grote vrijheid heeft om de procedure in te richten en te doorlopen. Het valt aldus binnen de discretionaire bevoegdheid van de aanbestedende overheid om te bepalen waarover kan worden onderhandeld, in zoverre echter daarbij de geldende regelgeving, de bepalingen van het bestek en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zoals het gelijkheidsbeginsel worden geëerbiedigd.

15. Artikel 89 van het voormelde koninklijk besluit van 10 januari 1996 bepaalt dat indien het bestek meerdere percelen bevat, de inschrijver een offerte mag indienen voor één of meer percelen. Voor elk gekozen perceel dient de inschrijver een offerte in. Indien het bestek dit toelaat, kunnen deze offertes wel in één document worden opgenomen en mag de inschrijver zijn offerte voor de verschillende percelen aanvullen met prijsverminderingen.

16. Te dezen blijkt uit het bestek dat de opdracht tot levering van betonnen dwarsliggers als volgt wordt verdeeld in 18 loten:

- 10 identieke loten 1, van elk 20.000 dwarsliggers van het type M 41;
- 2 identieke loten 2, van 2.000 dwarsliggers van het type M 41 CR;
- 4 identieke loten 3, optioneel van elk 20.000 dwarsliggers van het type M 41;
- 2 identieke loten 4, optioneel van 2.000 dwarsliggers van het type M 41 CR.

Bij aangetekend schrijven van 19 oktober 2011 wordt door verwerende partij aan de verschillende inschrijvers gevraagd om “eveneens” prijs op te geven voor 6 extra optionele, identieke loten 5 van 20.000 betondwarsliggers M41 te leveren in het jaar 2013 aan dezelfde voorwaarden van de hoger vermelde overheidsopdracht.

Het loutere feit dat er sprake is van “identieke” loten, neemt op het eerste gezicht niet weg dat zij als afzonderlijke percelen te beschouwen zijn.

Uit het voorgaande blijkt *prima facie* reeds dat het standpunt van tussenkomende partij dat het bijzonder bestek voorzag in de toewijzing van 4 loten waarvan het lot 1 betrekking had op 6 onderdelen van 20.000 dwarsliggers feitelijke grondslag mist.

17. Voorts blijkt uit het administratief dossier dat tussenkomende partij met haar initiële inschrijving slechts een offerte heeft ingediend voor twee percelen van de opdracht, namelijk voor een eerste lot 1 en een tweede lot 1.

Ook het standpunt van tussenkomende partij dat zij initieel een prijs heeft voorgesteld van 51 euro bij toewijzing van één enkel onderdeel, met korting bij toewijzing van twee “of meer” onderdelen, en aldus wel een eenheidsprijs zou hebben ingediend voor het hele lot 1, lijkt op het eerste gezicht feitelijke grondslag te missen.

Dit blijkt in de eerste plaats uit de eerste bladzijde van de offerte zelf waarin slechts een “aanbieding eerste Lot 1” en een “aanbieding tweede Lot 1” wordt vermeld. Dit wordt tevens bevestigd in de bij haar offerte gevoegde inventaris waar zij slechts een prijs opgeeft voor een eerste lot 1 en slechts een korting opgeeft in geval van gunning van twee loten 1. Indien zij voor meer loten 1 had willen inschrijven met eenzelfde korting, had zij in de inventaris diezelfde korting van 2 euro bij 3 loten 1, 4 loten 1, 5 loten 1 en 6 loten 1 kunnen invullen, wat zij evenwel niet blijkt te hebben gedaan. Ook de opgegeven productiecapaciteit was hier trouwens enkel betrokken op eerste en tweede loten 1. Ten slotte lijkt het dat ook verwerende partij de offerte van tussenkomende partij begrepen heeft als een offerte voor 2 loten 1.

18. In tegenstelling tot wat verwerende partij en tussenkomende partij betogen, betreft de aangepaste inschrijving van tussenkomende partij, waarbij nu voor het eerst een prijs wordt opgegeven voor zes loten 1 dus geen “aangepaste” offerte, wat prijzen betreft, zoals de overige inschrijvers trouwens blijken te hebben gedaan. Zij blijkt daarentegen op 25 oktober 2011 vier nieuwe

offertes “lot 1” te hebben ingediend, die vervolgens nogmaals werden aangepast bij brief van 10 november 2011.

Het bijzonder bestek voorzag nochtans in 10 oktober 2011 als uiterste datum voor het indienen van de offertes.

Met het aangetekend schrijven van 19 oktober 2011 werd door verwerende partij aan de inschrijvers slechts gevraagd om bijkomend “eveneens” “prijs op te geven voor 6 extra optionele, identieke loten 5 van 20.000 betondwarsslagers M41 te leveren in het jaar 2013 aan dezelfde voorwaarden van de hoger vermelde overheidsopdracht”. Daarnaast wordt uitdrukkelijk vermeld dat alle overige voorwaarden van het bestek van toepassing blijven.

Aldus lijken voormelde nieuwe offertes “lot 1” van tussenkomende partij, het voorwerp van deze vraag te buiten gaan en niet in overeenstemming te zijn met de in het bestek gestelde voorwaarden voor de termijn van indiening van de offertes.

19. Verwerende partij merkt terecht op dat de mogelijkheid om offertes aan te passen tot de essentie behoort van de onderhandelingsprocedure. In het voorliggende geval lijkt er evenwel geen sprake te zijn van een aanpassing van de offerte, doch van het indienen van een bijkomende offerte buiten de in het bestek voorgeschreven termijn voor het indienen van offertes.

Op het eerste gezicht houdt een onderhandelingsprocedure in dat de aanbestedende overheid, met de inschrijvers mag onderhandelen over de door hen ingediende offertes. Indien er geen offerte wordt ingediend, valt er op het eerste gezicht echter niet te onderhandelen, noch te gunnen.

20. Verwerende partij merkt nog op dat alle inschrijvers hun voorstellen hebben kunnen bijstellen en dus gelijk werden behandeld. Ook tussenkomende partij merkt op dat zowel verzoekende partij als tussenkomende

partij op vraag van verwerende partij aangepaste en dus nieuwe offertes hebben ingediend en dat verzoekende partij dit nu niet aan tussenkomende partij mag verwijten.

Op te merken valt evenwel dat alle inschrijvers in hun “aangepaste” offertes slechts lijkten te zijn ingegaan op de vraag van verwerende partij om bijkomend prijs op te geven voor 6 extra optionele, identieke loten 5. Zij hebben dus allemaal op het eerste gezicht deze nieuwe offertes ingediend, doch uitsluitend op uitdrukkelijke vraag hiertoe van verwerende partij. Voor het overige hadden de andere inschrijvers dan tussenkomende partij van bij hun eerste offerte reeds ingeschreven voor zes loten 1 en lijken zij enkel van de gelegenheid gebruik te hebben gemaakt om hun prijs voor deze percelen aan te passen in het kader van de onderhandelingen. Tussenkomende partij lijkt daarentegen de enige inschrijver die het schrijven van verwerende partij gebruikt heeft als aanleiding om alsnog 4 bijkomende offertes voor loten 1 in te dienen.

21. Door niet alleen rekening te houden met aangepaste offertes en de gevraagde bijkomende offertes voor de loten 5, doch daarnaast ook een nieuwe offerte voor de loten 1 te hebben aanvaard na de uiterlijke termijn voor indiening van offertes zoals voorgeschreven in het bestek, lijkt verwerende partij op het eerste gezicht dan ook te hebben gehandeld in strijd met het *patere legem*-beginsel en de gelijke behandeling van de inschrijvers. De overige inschrijvers lijken immers, in tegenstelling tot de gekozen inschrijver, tegen de oorspronkelijke datum voor de indiening van de offertes immers wel reeds een definitieve keuze te hebben moeten maken om al dan niet in te schrijven voor zes loten 1.

22. Het derde middel is aldus ernstig, wat volstaat om de schorsing van de bestreden beslissing te kunnen verantwoorden.

23. Tussenkomen de partij vraagt ten slotte om toepassing te maken van de belangenafweging. Zij zet dit verzoek als volgt uiteen:

“Overeenkomstig artikel 65/14 van de wet van 24 december 1993 dient de Raad van State rekening te houden met de waarschijnlijke gevolgen van een eventuele opschorting van een openbare aanbesteding en met het algemeen belang.

De aanbesteding betrof de levering van dwarsliggers noodzakelijk voor de ontwikkeling, de renovatie en het herstel van het spoornet.

Elke vertraging in de uitvoering van de aanbesteding dreigt gevolgen te hebben voor de veiligheid en de mobiliteit”.

24. Er lijkt geen reden te zijn om in de voorliggende zaak met toepassing van de belangenafweging te beslissen om de schorsing niet toe te staan. De bestreden beslissing heeft immers slechts betrekking op 6 van de 10 “loten 1” inzake de levering van dwarsliggers van het type M 41. Bovendien sluit het middel op grond waarvan tot schorsing van de bestreden beslissing dient te worden besloten geenszins uit dat de onrechtmatigheid relatief snel kan worden hersteld, zelfs op grond van de reeds ingediende offertes. Steun voor deze conclusie betreffende de belangenafweging kan voorts worden gevonden in het feit dat de belangenafweging uitsluitend wordt gevraagd door tussenkomen de partij, doch geenszins door verwerende partij die geacht wordt dit openbaar belang te vertegenwoordigen.

25. In de huidige stand van het geding en in het licht van de voorgaande *prima facie* vastgestelde onwettigheden is er ten slotte geen reden om tevens reeds te besluiten tot uitdrukkelijke schorsing van de impliciete beslissing om de in het geding zijnde deel van de opdracht niet toe te wijzen aan verzoekende partij. Zij toont niet aan op welke wijze daarmee haar belang meer zou zijn gediend dan met de schorsing van enkel de gunningsbeslissing.

BESLISSING

1. Het verzoek van de bv De Metoor tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van de raad van bestuur van nv Infrabel, volgens de nota 22 december 2011 gedateerd, in zoverre daarbij aan bv de Metoor gunning wordt gegeven van “6 identieke loten 1”, van elk 20.000 dwarsliggers van het type M41 uitgerust met onderlegplaten, voor een totaal bedrag van 5.400.000,00 euro.

3. De Raad van State verwerpt de vordering voor het overige.

4. De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 7 februari 2012, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	

Frank Bontinck,	griffier.
-----------------	-----------

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest