RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 219.364 van 15 mei 2012
in de zaak A. 204.447/XII-6916

In zake: 1. de NV KRINKELS
2. de BV KRINKELS
samen vormend een tijdelijke handelsvennootschap
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Gitte Laenen
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het AUTONOOM GEMEENTEBEDRIJF KONTICH
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Peter Flamey en Joost Bosquet
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Jan van Rijswijcklaan 16
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 13 april 2012, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van

"- De beslissing uitgaande van het Autonoom Gemeentebedrijf Kontich van 22.03.2012 […] waarbij de overheidsopdracht voor aanneming van werken 'aanleg kunstgrasveld sportcomplex De Nachtegaal' (bestek referentie 2011/82) werd gegund aan [de nv Lesuco], en bijgevolg niet aan [de nv Krinkels en de bv Krinkels];
- De beslissing van het Directiecomité van het Autonoom Gemeentebedrijf Kontich van 22.03.2012 […] waarbij de offerte van [de nv Krinkels en de bv Krinkels] in het kader van de voornoemde overheidsopdracht, als onregelmatig wordt geweerd".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 8 mei 2012, om 11.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Gitte Laenen, die verschijnt voor de verzoekende partijen en advocaten Peter Flamey en Bert Van Weerdt, die verschijnen voor de verwerende partij, 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. Verwerende partij schrijft een algemene offerteaanvraag uit voor een aanneming van werken, in de aankondiging genaamd “aanleg kunstgrasveld gemeentelijke sportcomplex De Nachtegaal”.

De raming van de opdracht bedraagt 346.469,02 euro, btw niet inbegrepen, of 419.227,51 euro, btw inbegrepen.

3.2. De aankondiging van de opdracht wordt op 23 december 2011 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen.

3.3. Het bijzonder bestek 2011/82 is op deze opdracht van toepassing.

Luidens artikel I.4 wordt de opdracht beschouwd als een opdracht voor een globale prijs. Artikel I.5 bepaalt onder meer dat "alle documenten opgesteld of vervolledigd door de inschrijver of zijn gevolmachtigde zijn gedateerd en door hem ondertekend", en:

> "Doorhalingen, overschrijvingen, aanvullingen of wijzigingen, zowel in de offerte als in de bijlagen, die de essentiële voorwaarden van de opdracht zoals prijzen, termijnen, technische specificaties kunnen beïnvloeden, moeten eveneens door de inschrijver of zijn gemachtigde ondertekend worden".

Artikel I.9 bevat de volgende gunningscriteria:

"Volgende criteria zijn van toepassing bij de gunning van de opdracht:

Nr.	Beschrijving	Gewicht
1	Prijs	45
	*Regel van drie; Score offerte = (prijs laagste offerte/prijs offerte) * gewicht van het criterium prijs*	
2	Technische waarde	40
	Kwaliteit van het kunstgras, (gestaafd door laboattesten (30 punten) - materiaal en aanleg, slijtvastheid, spelcomfort, ecologie, esthetiek	
3	Garantie	
	Duur van de garantieperiode, inhoud van de garantie …	5
4	Onderhoudsmiddelen en -advies	5
	Omvang en prijs van het voorgestelde onderhoudscontract	
5	Uitvoeringstermijn	5
	*Regel van drie; Score offerte = (laagste uitvoeringstermijn/uitvoeringstermijn inschrijver) * gewicht van het criterium uitvoeringstermijn*	

Aan elk criterium werd een gewicht toegekend. Op basis van de afweging van al deze criteria rekening houdende met het gewicht dat er aan werd toegekend, zal de opdracht gegund worden aan de volgens deze afweging voordeligste inschrijver".

De samenvattende opmetingsstaat bij het bestek bevat onder "Onderhoud" een post 25 "Onderhoudsborstel + 10 jaar onderhoud". Dit is een post met een hoeveelheid 1:

Nr.	Beschrijving	Type	Eenh.	Hoev.	EHP. in cijfers	Een-heids-prijs in letters	Totaal excl. btw
[…]							
[…]							
	ONDERHOUD						
25	Onderhoudsborstel + 10 jaar onderhoud	FH	TP	1			

Deel III van het bestek zijn de technische bepalingen. Artikel 25 luidt:

> "ONDERHOUD
> 25.: Onderhoudsborstel + 10 jaar onderhoud
> Hoeveelheid: 1, Eenheid: TP – FH
> De inschrijver dient een voorstel te doen voor professioneel onderhoud van het voetbalveld gedurende de waarborgperiode van 2 jaar tussen de voorlopige- en definitieve oplevering. Er wordt minimaal 2 x per jaar onderhoud uitgevoerd.
> Inbegrepen het ter beschikking stelling van de machines en alle onderhoudsmaterialen die noodzakelijk zijn (zoals invulmateriaal, enz. ….). De aanbieder is verantwoordelijk voor het behoud van Fifa 2 star eigenschappen gedurende onderhoudsperiode.
> Min. bijvullingen rubber en kwartszand
> Rubber 1 jaar na installatie 0,20 kg/m²
> Rubber 2 jaar na installatie 0,125 kg/m²
> Kwartszand 1 jaar na installatie 0,15 kg/m²
> Kwartszand 2 jaar na installatie 0,10 kg/m²
> De inschrijvers voegt bij zijn inschrijving een voorstel onderhoudscontract voor 10 jaar aansluitend bij de waarborgperiode van 2 jaar tussen voorlopige- en definitieve oplevering".

Artikel II.5 van het bestek bepaalt dat de waarborgtermijn 24 kalendermaanden bedraagt en begint vanaf de dag van de voorlopige oplevering. De definitieve oplevering gebeurt blijkens artikel II.7 binnen 15 kalenderdagen vóór de dag waarop de waarborgtermijn verstrijkt.

3.4. Er worden acht offertes ingediend waaronder deze van verzoekende partijen. Deze laatste doorstrepen in de door hen ingevulde samenvattende opmetingsstaat in post 25 het getal "10" (jaar onderhoud) en

vervangen dit door “2 (twee)”. Deze wijziging is zelf niet ondertekend. De opmetingsstaat is onderaan op die pagina, die ook de totaalprijs bevat, wel ondertekend.

3.5. In een verslag van nazicht van 8 maart 2012 worden alle inschrijvers behalve de nv Sportscape geselecteerd.

Het verslag van nazicht bevat in het hoofdstuk “Administratief en technisch nazicht van de offertes van de geselecteerde kandidaten” eerst de volgende tabel “Samenvatting administratief nazicht (vereisten waaraan de offertes moeten voldoen)”:

Nr	Naam	Behoor-lijk Ingevuld	Gevol-machtigde	Off.Form* Con-form	Off.Form* Ondert.	Meet-staat Con-form	Meet-staat Ondert.
1	Sport-infrabouw NV	OK	OK	OK	OK	OK	OK
2	Krinkels NV-Krinkels BV	OK	OK	OK	OK	OK	OK
3	De Ceuster nv	OK	OK	OK	OK	OK	OK
4	Lesuco NV	OK	OK	OK	OK	OK	OK
5	Estate and landscape management bvba	OK	OK	OK	OK	OK	OK
7	Derriks NV	OK	OK	OK	OK	OK	OK
8	Hens-Mihali	OK	OK	OK	OK	OK	OK

In het kader van het technisch nazicht wordt, eensdeels, vastgesteld dat de offertes van nv Sportinfrabouw, de nv De Ceuster en de thv Hens – Mihali niet kunnen worden aanvaard omdat ze niet voldoen aan bepaalde technische voorschriften van het bestek en, anderdeels, dat er geen abnormale totaalprijzen zijn.

Onder “Besluit van het administratief en technisch nazicht van de offertes” wordt uiteindelijk, naast de drie voornoemde offertes, ook de offerte van verzoekende partijen “nietig verklaard of onregelmatig bevonden”. Dit wordt als volgt gemotiveerd:

Nr.	Naam	Motivering
[…]		
2	Krinkels NV – Krinkels BV	Doorhalingen, overschrijvingen, aanvullingen of wijzigingen, zowel in de offerte als de bijlagen, die de essentiële voorwaarden van de opdracht zoals prijzen, termijnen, technische specificaties kunnen beïnvloeden, moeten eveneens door de inschrijver of zijn gemachtigde ondertekend worden. De inschrijver heeft in de meetstaat in de laatste post 10 jaar doorstreept en gewijzigd in twee jaar zonder handtekening.
[…]		

De drie overige offertes waaronder deze van de nv Lesuco worden als regelmatig beschouwd en vergeleken. Dit leidt tot de volgende "Finale rangschikking regelmatige offertes (gerangschikt volgens totale score en prijs excl. btw)":

Nr.	Naam	Score	Prijs excl. btw*
4	Lesuco NV	94,43	€ 410.665,32
7	Derriks NV	91,76	€ 401.402,97
5	Estate and landscape management bvba	79,55	€ 373.565,70

Er wordt dan ook voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de nv Lesuco als inschrijver met de economisch meest voordelige regelmatige offerte.

3.6. Op 22 maart 2012 keurt het directiecomité van verwerende partij dit verslag van nazicht goed en beslist het de opdracht te gunnen aan de nv Lesuco. Dit is de bestreden beslissing.

3.7. Met een aangetekende brief van 27 maart 2012 deelt verwerende partij aan verzoekende partijen mee dat het directiecomité op 22 maart 2012 de opdracht aan een andere inschrijver heeft gegund.

3.8. Met een brief van 29 maart 2012 vragen verzoekende partijen om een afschrift van de gemotiveerde gunningsbeslissing mee te delen.

3.9. Met een e-mailbericht van 2 april 2012 deelt verwerende partij het verslag van nazicht mee.

3.10. In een blijkbaar aangetekend en via faxbericht en e-mailbericht verzonden brief gedateerd op 4 april 2012 delen verzoekende partijen enerzijds mee niet akkoord te gaan met de wering van hun offerte in essentie omdat de doorstreping van 10 jaar en de wijziging in 2 jaar in post 25 van de meetstaat geen enkele invloed heeft op de essentiële voorwaarden van de opdracht zoals prijzen, termijnen en technische specificaties en omdat zij een offerte indienden conform het bestek door in het offerteformulier een prijs op te geven voor een onderhoudscontract voor 2 jaar en door bij de offerte een "voorstel onderhoudsplan van 10 jaar" te voegen, "zoals in het bestek bij post 25 uitdrukkelijk werd gevraagd" en vragen zij de beslissing te heroverwegen en in te trekken uiterlijk tegen 6 april 2012. In een blijkbaar ook aangetekend, via telefax en e-mail verzonden brief ook gedateerd op 4 april 2012 vragen verzoekende partijen om uiterlijk tegen 6 april 2012 afschrift van de beslissing van 22 maart 2012 van het directiecomité mee te delen.

3.11. Met een brief van 6 april 2012 deelt verwerende partij het gemotiveerd gunningsbesluit mee met – opnieuw – het verslag van nazicht en met - volgens verzoekende partijen voor het eerst - de tabel beoordeling offertes. Verwerende partij vermeldt voorts:

> "Wij moeten u melden dat bij uw offerte geen voorstel onderhoudsplan van 10 jaar is bijgevoegd zoals dit in het bestek bij post 25 uitdrukkelijk werd gevraagd.
>
> Door het wijzigen van post 25 zonder handtekening en het ontbreken van een voorstel onderhoudsplan van 10 jaar met prijsopgave, wat uitdrukkelijk in het lastenboek werd gevraagd en beschrijving in de meetstaat is aangeduid, werd Uw inschrijving niet weerhouden".

3.12. Op 13 april 2012 dienen verzoekende partijen de voorliggende vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

4. Onder "excepties van ontvankelijkheid van de vordering" werpt verwerende partij op wat zij een "voorbehoud aangaande het rechtens vereiste belang van verzoekende partij te betrekken op het oordeel van het tweede middel" noemt.

Zoals verwerende partij zelf lijkt te erkennen, dient deze exceptie enkel te worden onderzocht indien het eerste onderdeel van het tweede middel ernstig wordt bevonden, hetgeen, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

V. De schorsingsvoorwaarden

5.1. Krachtens 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.

5.2. Te dezen is evenwel 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, van toepassing.

Luidens het door 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 beslissingen het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist.

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

Dit artikel 65/15 is krachtens artikel 65/31 van de wet van 24 december 1993 ook toepasselijk op de opdrachten die de Europese drempels niet bereiken.

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

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting

6. In een eerste middel voeren verzoekende partijen de schending aan van artikel 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, van artikel 65/4, 65/5 en 65/8 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, en van de materiële motiveringsplicht:

> "DOORDAT, verweerster geen enkele kennisgeving van de gemotiveerde gunningsbeslissing heeft gedaan, doch enkel een eenvoudige mededeling dat 'het Autonoom Gemeente Bedrijf Kontich de opdracht op 22.03.2012 aan een andere inschrijver heeft gegund' […];
> EN DOORDAT, verweerster na uitdrukkelijk en herhaaldelijk aandringen van verzoekster […] pas middels schrijven dd. 06.04.2012 een afschrift van de gemotiveerde gunningsbeslissing heeft bezorgd;
> DAT, in eerste instantie enkel een 'Verslag van nazicht van de offertes' […] werd overgemaakt, doch dat hieruit niet met zekerheid kan worden afgeleid welke de motivering van de onregelmatigverklaring van haar offerte is;
> TERWIJL, uit de artikelen 65/4, 65/5 en 65/8 [van de wet van 24 december 1993] volgt dat de aanbestedende overheid gehouden is om een gemotiveerde gunningsbeslissing op te stellen en deze onmiddellijk aan de gekozen en de niet gekozen inschrijver te bezorgen;
> EN TERWIJL, artikelen 2 en 3 van de Formele Motiveringswet voorschrijven dat de individuele bestuurshandelingen van het bestuur uitdrukkelijk moeten worden gemotiveerd, dat de motivering in

bestuurshandelingen de juridische en feitelijke overwegingen moeten vermelden en dat deze overwegingen afdoend moeten zijn;
ZODAT, de kennisgeving dd. 22.03.2012 niet voldoet aan de informatievereisten zoals bepaald in de artikels 65/4, 65/5 en 65/8 Overheidsopdrachtenwet 1993 en de Formele Motiveringswet, aangezien noch de gemotiveerde beslissing, noch de motieven voor niet-gunning in de vorm van een uittreksel van de gemotiveerde beslissing zijn medegedeeld;
ZODAT, de bestreden beslissing de ter hoogte van dit middel aangevoerde normen, schendt".

Beoordeling

7.1. De formele motivering van de bestreden beslissing moet, teneinde te voldoen aan de formele-motiveringsplicht die verzoekende partijen ook afleiden uit de voornoemde wet van 29 juli 1991, de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen; die motivering moet afdoende zijn teneinde de belanghebbende in staat te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt.

Overeenkomstig artikel 65/4, eerste lid, van de wet van 24 december 1993 stelt de aanbestedende instantie een gemotiveerde beslissing op, onder meer wanneer ze de opdracht gunt, ongeacht de procedure. Artikel 65/5 bepaalt dat de in artikel 65/4 bedoelde gemotiveerde beslissing, naargelang de procedure en het soort beslissing, onder meer bevat "6° de namen van de inschrijvers van wie de offerte onregelmatig is bevonden en de juridische en feitelijke motieven voor hun wering. Deze motieven hebben met name betrekking op het abnormale karakter van de prijzen en, in voorkomend geval, op de beslissing dat de voorgestelde oplossingen niet gelijkwaardig zijn aan de technische specificaties of dat ze niet voldoen aan de vastgestelde prestatie- of functionele eisen" en " 7° de namen van de gekozen inschrijver en van de inschrijvers van wie de regelmatige offerte niet werd gekozen en de juridische en feitelijke motieven, waaronder de kenmerken en relatieve voordelen van de gekozen offerte, voor de beslissingen die daarop betrekking hebben".

Artikel 65/8, § 1, eerste lid, van de wet van 24 december 1993 luidt ten slotte als volgt:

> "Onmiddellijk na het nemen van de gunningsbeslissing doet de aanbestedende instantie kennisgeving van:
> 1° aan elke niet-geselecteerde inschrijver, de motieven voor zijn niet-selectie, in de vorm van een uittreksel van de gemotiveerde beslissing;
> 2° aan elke inschrijver van wie de offerte onregelmatig is bevonden, de motieven voor de wering, in de vorm van een uittreksel van de gemotiveerde beslissing;
> 3° aan elke inschrijver van wie de offerte niet is gekozen en aan de gekozen inschrijver, de gemotiveerde beslissing".

7.2. Te dezen dient te worden vastgesteld dat verwerende partij in de eerste kennisgeving van 27 maart 2012 aan verzoekende partijen meedeelt dat het directiecomité op 22 maart 2012 de opdracht aan een andere inschrijver heeft gegund maar niet dat hun offerte als onregelmatig werd geweerd; evenmin worden motieven meegedeeld. Pas met een e-mail van 2 april 2012 deelt verwerende partij het verslag van nazicht mee met de motieven en pas met een brief van 6 april 2012 het gemotiveerd gunningsbesluit dat dit verslag goedkeurt.

7.3. Wat de beweerde schending van artikel 65/8 van de wet van 24 december 1993 betreft, dient te worden vastgesteld dat een eventueel gebrek in de kennisgeving in beginsel de rechtmatigheid van de gunningsbeslissing zelf niet aantast.

Via de voornoemde kennisgevingen kregen verzoekende partijen voorts ook vóór het indienen van het verzoekschrift, kennis van de onregelmatigverklaring van hun offerte en van de redenen daarvan zoals opgenomen in het verslag van nazicht en geciteerd na randnummer 3.5. Zij tonen ook niet aan op welke wijze de voormelde motivering opgenomen in het verslag van nazicht niet zou voldoen aan de formele motiveringsplicht. Zij betwisten het betrokken motief trouwens omstandig in het eerste onderdeel van het tweede middel. Aldus lijkt voldaan aan de formele-motiveringsplicht, minstens aan de *ratio legis* ervan.

7.4. In de mate dat verzoekende partijen in dit middel voorts de materiële motiveringsplicht geschonden achten, lichten zij deze grief niet verder toe.

7.5. Het eerste middel is bijgevolg niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting

8. In een tweede middel voeren verzoekende partijen de schending aan van artikel 16 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, van artikel 89 en 110, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, van artikel 65/4, 65/5 en 65/8 van de voormelde wet van 24 december 1993, en van de beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel, "de (materiële) motiveringsplicht" en het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*:

> "DOORDAT, eerste onderdeel, uit het verslag van nazicht dd. 08.03.2012 blijkt dat verzoekster als onregelmatig uit de gunningsprocedure werd geweerd op basis van de volgende motivering: 'Doorhalingen, overschrijvingen, aanvullingen of wijzigingen, zowel in de offerte als in de bijlagen, die de essentiële voorwaarden van de opdracht zoals prijzen, termijnen, technische specificaties kunnen beïnvloeden, moeten eveneens door de inschrijver of zijn gemachtigde ondertekend worden. De inschrijver heeft in de meetstaat in de laatste post tien jaar doorstreept en gewijzigd in twee jaar zonder handtekening';
> DAT, verzoekster de vermelding tien jaar heeft doorstreept en heeft gewijzigd in twee jaar enkel en alleen om verwarring te vermijden, maar deze doorhaling [heeft] alleszins geen invloed op de essentiële voorwaarden van de opdracht zoals prijzen, termijnen en technische specificaties;
> EN DOORDAT, tweede onderdeel verweerster in haar schrijven dd. 06.04.2012 een nieuwe motivering geeft voor de onregelmatigheid van verzoekster welke luidt als volgt: 'Door het wijzigen van post 25 zonder handtekening en het ontbreken van een voorstel van onderhoudsplan van 10 jaar met prijsopgave, wat uitdrukkelijk in het lastenboek werd gevraagd en beschrijving in de meetstaat is aangeduid, werd Uw inschrijving niet weerhouden';
> DAT, de motivering weergegeven in het schrijven dd. 06.04.2012 niet alleen laattijdig is, maar ook tegenstrijdig is met de stukken uit het gunningsdossier dewelke bij mondjes maat aan verzoekster werden bezorgd;

DAT, deze *a posteriori* motivering eveneens berust op een foutieve lezing van het bestek;
TERWIJL, eerste onderdeel, artikel 16 [van de wet van 24 december 1993] bepaalt:
'Bij algemene of beperkte offerteaanvraag dient de opdracht toegewezen te worden aan de inschrijver die de voordeligste regelmatige offerte indient, rekening houdend met de gunningscriteria die vermeld moeten zijn in het bestek, of eventueel in de aankondiging van de opdracht (...)'
TERWIJL, artikel 89 [van het koninklijk besluit van 8 januari 1996] enkel voorschrijft dat doorhalingen, die de essentiële voorwaarden van de opdracht zoals prijzen, termijnen, technische specificaties kunnen beïnvloeden, door de inschrijver of zijn gemachtigde moeten worden ondertekend;
TERWIJL, artikel 110 § 2 [van het koninklijk besluit van 8 januari 1996] bepaalt dat, onverminderd de nietigheid van elke offerte wegens afwijking van de essentiële besteksbepalingen zoals deze opgesomd in artikel 89, de aanbestedende overheid offertes als onregelmatig en derhalve als onbestaande KAN beschouwen, indien zij niet overeenstemmen met de bepalingen van deze titel, enig voorbehoud inhouden, of bestanddelen bevatten die niet met de werkelijkheid overeenstemmen;
EN TERWIJL, de materiële motiveringsplicht vereist dat elke administratieve rechtshandeling op motieven is gesteund waarvan het bestaan naar behoren is bewezen en die in rechte ter verantwoording van die handeling in aanmerking kunnen worden genomen;
DAT, deze bepalingen enkel toelaten een offerte als substantieel onregelmatig te weren indien deze afwijkt van de essentiële bestekbepalingen;
DAT, een offerte dat niet afwijkt van de essentiële bestekbepalingen, bij een algemene offerteaanvraag moet worden beoordeeld aan de hand van de gunningscriteria vermeld in het bestek;
DAT, de motieven om de offerte van verzoekster als onregelmatig uit de gunningsprocedure te weren noch in rechte noch in feite toelaatbaar zijn;
TERWIJL, tweede onderdeel, uit de artikelen 65/4, 65/5 en 65/8 [van de wet van 24 december 1993] volgt dat de aanbestedende overheid onmiddellijk na het nemen van de gunningsbeslissing kennisgeving doet aan elke inschrijver van wie de offerte onregelmatig is bevonden, van de motieven voor de wering, in de vorm van een uittreksel van de gemotiveerde beslissing;
TERWIJL, artikelen 2 en 3 van de [wet van 29 juli 1991] voorschrijven dat de individuele bestuurshandelingen van het bestuur uitdrukkelijk moeten worden gemotiveerd, dat de motivering in bestuurshandelingen de juridische en feitelijke overwegingen moeten vermelden en dat deze overwegingen afdoend moeten zijn;
TERWIJL, het *patere legem quam ipse fecisti*-beginsel vereist dat de aanbestedende overheid haar eigen bestekbepalingen eerbiedigt en dus ook de uitleg dat zij hieraan heeft gegeven;
ZODAT de bestreden beslissingen de bepalingen en beginselen ter hoogte van het middel hebben geschonden".

Vervolgens wordt over negen bladzijden toelichting gegeven.

Beoordeling

9. Luidens artikel 16 van de wet van 24 december 1993 dient, bij algemene of beperkte offerteaanvraag de opdracht te worden toegewezen aan de inschrijver die de voordeligste regelmatige offerte indient, rekening houdend met de gunningscriteria die vermeld moeten zijn in het bestek, of eventueel in de aankondiging van de opdracht.

Artikel 110, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 bepaalt dat "onverminderd de nietigheid van elke offerte wegens afwijking van de essentiële besteksbepalingen zoals deze opgesomd in artikel 89, de aanbestedende overheid offertes als onregelmatig en derhalve als onbestaande [kan] beschouwen, indien zij niet overeenstemmen met de bepalingen van deze titel, enig voorbehoud inhouden, of bestanddelen bevatten die niet met de werkelijkheid overeenstemmen".

Dit artikel 110, § 2, maakt aldus een onderscheid tussen de gevallen waarin de inschrijvingen nietig zijn -dit is de substantiële onregelmatigheid- omdat ze afwijken van de voornaamste bepalingen van het bestek, onder meer die welke betrekking hebben op de prijs, de termijnen en de technische voorwaarden, en de gevallen van betrekkelijke nietigheid -de relatieve onregelmatigheid-, waarin het bestuur de mogelijkheid heeft om de inschrijvingen als nietig te beschouwen. De vraag of een bepaling van het bestek essentieel is, namelijk dermate belangrijk dat de afwijking ervan onvermijdelijk tot gevolg moet hebben dat met de betrokken offerte geen rekening mag worden gehouden, moet dan ook in concreto in elk geval afzonderlijk in het licht van het dossier worden beantwoord. Het staat in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid om vast te stellen of de afwijking al dan niet een essentiële bestekbepaling betreft. Indien een offerte substantieel onregelmatig is, omdat ze een afwijking bevat van een essentiële bestekbepaling, moet het bestuur die offerte vervolgens buiten beschouwing laten. Ter zake beschikt het niet over een discretionaire bevoegdheid.

Indien de offerte daarentegen enkel relatieve onregelmatigheden bevat, is de aanbestedende overheid vrij om de offerte al dan niet als onregelmatig te weren, zij het dat die beoordelingsbevoegdheid steeds in het licht van de concrete beschikbare gegevens moet worden uitgeoefend. In het ene en het andere geval moet de beoordeling zijn uitgegaan van aanvaardbare motieven die voortvloeien uit zorgvuldig onderzoek.

Artikel 89 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 luidt:

> "De inschrijver maakt zijn offerte op en vult de samenvattende opmetingsstaat of de inventaris in op het eventueel bij het bestek behorende formulier. Indien hij deze op andere documenten maakt dan op het voorziene formulier moet de inschrijver op ieder van deze documenten verklaren dat het document conform het bij het bestek behorende model is. De documenten worden door de inschrijver of zijn gemachtigde ondertekend.
> Doorhalingen, overschrijvingen, aanvullingen of wijzigingen, zowel in de offerte als in de bijlagen, die de essentiële voorwaarden van de opdracht zoals prijzen, termijnen, technische specificaties kunnen beïnvloeden, moeten eveneens door de inschrijver of zijn gemachtigde ondertekend worden. De bepalingen van dit lid zijn niet van toepassing indien de offerte en de bijlagen met een elektronische handtekening worden ondertekend".

Dit artikel 89, derde lid, herneemt in essentie artikel 14, tweede lid, van het koninklijk besluit van 22 april 1977 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten.

Inzake dat artikel 14, tweede lid, stelde de Raad van State, onder meer in het arrest nr. 109.139 van 10 juli 2002, inzake de nv Noordbouw:

> "dat met betrekking tot het ongewijzigde artikel 14 van het koninklijk besluit van 14 oktober 1964 in het verslag aan de Koning de volgende toelichting gegeven wordt:
>
> > 'Artikel 14 verzamelt in een enkele bepaling, inzake de uitwendige regelmatigheid van de inschrijving, al wat op zijn minst vereist of verboden is. In feite vervangt dit het artikel 14 van het besluit van 1955. Met het doel te vermijden dat belangwekkende inschrijvingen zouden moeten geweerd worden om louter vormfouten en onder voorbehoud van hetgeen zal worden gezegd in verband met artikel 25 hierna, wordt elk louter formalistisch bezwaar hiervan uitgesloten, maar de wijzigingen, niet meer alleen

aan de inschrijving, maar eveneens aan de bijlagen, zullen door de handtekening van hun auteur en niet alléén meer door een eenvoudige korttekening moeten goedgekeurd worden. In feite zijn de bedoelde essentiële voorwaarden al deze die een weerslag zouden kunnen hebben op de gelijkheid van de inschrijvers en op de rangschikking van de inschrijvingen';

dat in artikel 25, § 1, van het koninklijk besluit van 22 april 1977 wordt gesteld:

'Onverminderd de nietigheid van elke inschrijving wegens afwijking van de essentiële besteksbepalingen zoals die van artikel 14, tweede lid, kan (...)';

Overwegende dat uit die teksten en de toelichting volgt dat de vereiste handtekening bij de doorhaling, de overschrijving, aanvulling of wijziging van een eenheidsprijs of totaalprijs een substantiële formaliteit is, waarvan de niet-naleving de nietigheid van de offerte tot gevolg heeft;".

Met betrekking tot huidig artikel 89 van het voormeld koninklijk besluit van 8 januari 1996 stelt het Verslag aan de Koning:

"Dit artikel neemt artikel 14 van het koninklijk besluit van 22 april 1977 over met nochtans een belangrijke verduidelijking. De informatica wordt namelijk meer en meer door de inschrijvers gebruikt bij de behandeling van de offertes voor overheidsopdrachten. Deze praktijk kan voor problemen zorgen wanneer de aanbestedende overheid in het bestek een model opgelegd heeft voor het opmaken van de offerte. Het is de inschrijvers in dat geval toegestaan niet het formulier te gebruiken dat bij het bestek gevoegd is maar een identiek document dat door de informatica of andere dergelijke middelen wordt gegenereerd. Volgens artikel 89 dragen de inschrijvers dan de verantwoordelijkheid voor de volledige overeenstemming van deze documenten. Daarom moeten de inschrijvers in dat geval elk document eensluidend verklaren met het model voorzien in het bestek".

Steunende op hetgeen voorafgaat herneemt de Raad van State de vaststelling dat de vereiste handtekening bij de doorhaling, de overschrijving, aanvulling of wijziging die de essentiële voorwaarden van de opdracht zoals prijzen, termijnen, technische specificaties kan beïnvloeden, een substantiële formaliteit is waarvan de niet-naleving de nietigheid van de offerte tot gevolg moet hebben.

10. Verzoekende partijen hebben te dezen in de samenvattende opmetingsstaat bij hun offerte de omschrijving van post 25 “onderhoudsborstel + 10 jaar onderhoud” gewijzigd door het cijfer “10” door te halen en te vervangen door “2 jaar”. Deze doorhaling is niet afzonderlijk ondertekend. De opmetingsstaat is weliswaar op dezelfde bladzijde onderaan ondertekend, maar dit lijkt niet te kunnen volstaan als de vereiste ondertekening van een doorhaling aangezien daarmee enkel lijkt te worden voldaan aan de algemene vereiste in artikel 89, tweede lid, luidens dewelke “de documenten”, waarmee bedoeld lijken, de offerte en de samenvattende opmetingsstaat, door de inschrijver of diens gevolmachtigde worden ondertekend. De betrokken doorhaling betreft de duur van het voorgestelde onderhoud en de prijs daarvoor en lijkt aldus wel degelijk een essentiële voorwaarde van de opdracht te betreffen.

11. Het argument van verzoekende partijen dat niet wordt afgeweken van het bestek dat slechts een prijs vraagt voor het tweejarig onderhoud en een voorstel van onderhoudscontract voor 10 jaar zonder dat daarvoor een prijs wordt opgegeven, overtuigt in de huidige stand van het geding niet.

In de meetstaat wordt uitdrukkelijk verwezen naar 10 jaar onderhoud en dus logischerwijze ook een prijs gevraagd voor 10 jaar onderhoud en niet slechts voor 2 jaar. Verzoekende partijen stellen weliswaar dat het bestek onduidelijk is op dit punt, maar tonen dit in het licht van het voorgaande niet met de vereiste *prima facie* ernst aan door te verwijzen naar de tekst van deze post 25 in de technische bepalingen. Vastgesteld kan trouwens worden dat deze technische bepalingen in het opschrift van post 25 ook naar “10 jaar onderhoud” verwijzen en vervolgens in de in hiervoor na randnummer 3.3. hernomen omschrijving enerzijds vermelden dat de inschrijver “een voorstel [dient] te doen voor professioneel onderhoud van het voetbalveld gedurende de waarborgperiode van 2 jaar tussen de voorlopige- en definitieve oplevering. Er wordt minimaal 2 x per jaar onderhoud uitgevoerd, inbegrepen de ter beschikking stelling van de machines en alle onderhoudsmaterialen die noodzakelijk zijn (zoals invulmateriaal, enz. ….). De aanbieder is verantwoordelijk voor het behoud van Fifa 2 star eigenschappen gedurende onderhoudsperiode”, waarna minimale bijvullingen rubber en kwartszand na 1 en 2 jaar worden vermeld, en vervolgens dat de inschrijver “bij zijn inschrijving een voorstel onderhoudscontract [voegt] voor 10 jaar aansluitend

bij de waarborgperiode van 2 jaar tussen voorlopige- en definitieve oplevering". Dergelijk voorstel van onderhoudscontract, in het kader van een offerteaanvraag een aanbod, lijkt logischerwijze de opgave van een prijs te vereisen en te dezen wordt de prijs voor 10 jaar onderhoud in de meetstaat gevraagd in post 25.

In de mate dat verzoekende partijen daartoe, weliswaar in de toelichting bij een tweede middelonderdeel, voorts verwijzen naar de verschillende wijze van invulling van dit onderhoud door de drie regelmatig bevonden inschrijvers, kan in de huidige stand van het geding worden vastgesteld dat deze drie inschrijvers van hun kant in deze post 25 in elk geval wel een prijs voorstelden voor minstens 10 jaar onderhoud, in tegenstelling tot verzoekende partijen.

Indien het bestek op dit punt onduidelijk was, rijst trouwens de vraag waarom verzoekende partijen hierop niet vóór het indienen van de offerte wezen.

In de mate dat verzoekende partijen in de toelichting bij hun middel na hun randnummer 27 ook verwijzen naar de artikelen 96, 112, § 2, en 114, § 2, van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 wordt daarvan de schending niet uitdrukkelijk in het middel opgeworpen.

12. Verzoekende partijen merken in de toelichting bij het eerste onderdeel nog op -in de samenvatting van het middel wordt zulks echter slechts vermeld onder het tweede onderdeel- dat het verslag van nazicht in de samenvatting administratief nazicht bij hun offerte steeds OK vermeldt en bij het technisch nazicht van de offertes (verbetering rekenfouten, materiële fouten,....) en bij het nazicht abnormale eenheidsprijzen en totale offerteprijzen bij verzoekende partijen geen opmerkingen maakt zodat het motief om hun offerte te weren daarmee in tegenstrijd is.

Het weren van de offerte wegens de voormelde niet ondertekende doorhaling is echter in ieder geval vreemd aan het prijsonderzoek zodat er op dat punt geen tegenstrijdigheid is. Wat eerder in het verslag van nazicht werd vermeld bij het technisch nazicht lijkt verder veeleer de conformiteit van de

aangeboden kunstgraspiste te zijn en minder het onderhoud te betreffen zodat er ook hier geen tegenstrijdigheid is.

In de samenvatting administratief nazicht lijken voorts enkel de kolommen “meetstaat conform” en “meetstaat Ondert.” verband te kunnen houden met het bekritiseerde motief.

Laatstgenoemde vermelding lijkt veeleer te slaan op de globale ondertekening van de meetstaat en niet op de doorhaling.

Wat de vermelding OK bij “Meetstaat Conform” betreft: zelfs indien zou worden aangenomen dat er enige tegenstrijdigheid is tussen de hier vermelde OK – er is immers een niet ondertekende wijziging van de omschrijving van post 25 - en de vervolgens in het verslag van nazicht opgegeven reden voor het weren van de offerte van verzoekende partijen, dient te worden vastgesteld dat deze grief enkel de formele motiveringsplicht betreft. Verzoekende partijen tonen echter niet aan hoe zij door die eventuele tegenstrijdigheid in het licht van de formele motiveringsplicht werden benadeeld nu het verslag van nazicht vervolgens uitdrukkelijk hun offerte weert wegens een niet ondertekende doorhaling in post 25, motief dat zij kennen nu zij dit inhoudelijk betwisten.

13. De bestreden beslissing lijkt aldus de offerte van verzoekende partijen terecht te hebben geweerd. Bijgevolg is het eerste onderdeel van het eerste middel niet ernstig. Er is dan geen reden meer om het tweede onderdeel te onderzoeken. Zelfs indien dit ernstig zou zijn, lijkt dit dan immers niet te leiden tot de onwettigheid van de bestreden beslissing nu deze kan steunen op het hier besproken motief van een doorhaling die niet is ondertekend.

14. Het tweede middel is dan ook niet ernstig.

VII. Besluit

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

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. De verzoekende partijen worden verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 350 euro, elk voor de helft.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 15 mei 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**