

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 221.583 van 29 november 2012

in de zaak A. 206.863/XII-7129

In zake:

1. de NV CEI-DE MEYER
2. de NV ONDERNEMINGEN JAN DE NUL
samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap
Cei-De Meyer en Ondernemingen Jan De Nul
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Dirk Lindemans en Jochen Honnay
kantoor houdend te 1000 Brussel
Keizerslaan 3
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de NV VAN PUBLIEK RECHT INFRABEL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D'Hooghe en Leopold Schellekens
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 2 november 2012, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van

“de beslissing van Infrabel nv van 18 oktober 2012 die aan [de nv CEI-De Meyer en de nv Ondernemingen Jan De Nul, samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap CEI-De Meyer en Ondernemingen Jan De Nul] werd bezorgd bij aangetekende brief gedateerd op 19 oktober 2012, waarbij met betrekking tot de opdracht voor de aanneming van werken

‘TR 108310 Spoorbypass Mechelen – L25N + tangent: BB zone 10/ Zone 30 – respectievelijk ten zuiden/ ten noorden van het station Mechelen Zone 10 (perceel 1) en zone 30 (perceel 2)’

wordt beslist om de beslissing tot toewijzing van deze opdracht aan de THV Besix - Franki Construct NV (gunningsbeslissing van 6 september

2012) in te trekken, en om de lopende aanbestedingsprocedure stop te zetten’.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 22 november 2012, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Jochen Honnay, die verschijnt voor de verzoekende partijen, en advocaten David D’Hooghe en Leopold Schellekens, die verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederic Eggermont 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 overheidsopdracht uit voor de aanneming van werken met als voorwerp ‘TR 108310: Spoorbypass Mechelen: L25N + tangent: BB Zone 10 / Zone 30 - respectievelijk ten zuiden / ten noorden van het station Mechelen’ teneinde capaciteitsproblemen van het station Mechelen op piekmomenten op te vangen. Als gunningswijze wordt gekozen voor de openbare aanbesteding.

De opdracht is verdeeld in twee afzonderlijke percelen die overeenkomen met respectievelijk de zone ten zuiden van het station van Mechelen (perceel 108310) en de zone ten noorden van het station (perceel

108330). De uitgaven voor het eerste perceel worden geraamd op 42.124.931,30 euro en voor het tweede perceel op 41.492.492,33 euro.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 1 februari 2012 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 4 februari 2012.

3.3. In Deel 1 ('Koninklijk besluit van 10 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten') van het bestek worden als selectiecriteria opgenomen: het vereiste van een erkenning categorie E, klasse 8, en het beschikken over een certificaat van 'Quality Management System' volgens de normen EN ISO 9001:2000 of 2008. Het bewijs dat wordt voldaan aan voormelde vereisten dient te worden gevoegd bij de offerte.

Tevens wordt in Deel 1 een lijst opgenomen van documenten die de inschrijver "minstens" bij zijn offerte moet voegen, waarbij wordt bepaald: "De aanbestedende overheid kan elke offerte, waarbij deze documenten niet gevoegd werden, nietig verklaren".

3.4. In Deel 2A ('Koninklijk besluit van 26 september 1996 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken') van het bestek wordt bepaald:

"In het algemeen is de aannemer verplicht voor de afmetingen, de hoedanigheid van de materialen, de methoden van beproeving en de voorwaarden van verwerking, de voorschriften toe te passen die vervat zijn in de laatste uitgave van de Belgische normen (NBN) en de eengemaakte technische documenten (STS) waarnaar verwezen wordt, in de mate dat dat van die voorschriften niet wordt afgeweken in de algemene aannemingsvoorwaarden, het bestek of de plans".

3.5. Voorts is in Deel 3 ('Bepalingen en technische voorschriften betreffende de aannemingen van werken van de NMBS (huidig Infrabel)') van het bestek te lezen:

"9.1 Gewalst staal voor metaalconstructie

[...]

Bovendien zijn de technische eisen voor constructiewerken gesteund op de voorwaarden gesteld in volgende normen:

- NBN EN 1090-1: Uitvoering van staal- en aluminiumconstructies - Deel 1: Eisen voor conformiteitsbeoordeling van dragende delen
- NBN EN 1090-2: Het vervaardigen van staal- en aluminiumconstructies - Deel 2: Technische eisen voor staalconstructies
- NBN EN 1090-3: Het vervaardigen van staal- en aluminiumconstructies - Deel 3: Technische eisen voor aluminiumconstructies

Bovenstaande normen worden vervolledigd met volgende bepalingen:

- De inschrijver is verplicht bij de inschrijving aan te tonen dat alle eisen van NBN EN 9001, NBN EN 1090-1 en NBN 1090-2 volledig zijn geïmplementeerd op de datum van de aanbesteding en beschikt over alle daartoe nodige systemen, procedures, plannen, auditrapporten, waaronder oa:

- o Fabrieksproductiebeheerssystemen
 - o Procedure 'Specifieke Kwaliteitsdocumentatie en Kwaliteitsplan'
 - o Procedure 'Onderdeelspecificatie'
 - o Procedure 'Checklist voor bijlagen A1 en A2 van NBN EN 1090-2'
 - o Fabricage-en las plan, inclusief lascertificaat (uitgegeven door een certificerende instelling)
 - o Opgave van de verantwoordelijke lascoördinator
 - o Plan voor oppervlaktebehandeling en corrosiebescherming (werkhuis bouwplaats)
 - o Montageplan
- [...]

In dit bestek is executieklasse EXC4 volgens NBN EN 1090 van toepassing voor alles, behalve voor de leuningen, geluidswerende wanden, bovenleidingswerken die niet gelast zijn op de brug. Voor de spoorbruggen over de Leuvense Vaart en over de Dijle worden evenwel bijkomende eisen gesteld:

[...]”.

Ten slotte wordt in Deel 3 nog het volgende bepaald:

“- Indien de inschrijver niet zelf over de vereiste erkenning beschikt, moet hij een beroep doen op een onderaannemer die erkend is in de vereiste categorie, ondercategorie en klasse. Voor de aanvang van de uitvoering van de betrokken werken geeft de aannemer aan de aanbestedende overheid het bewijs van de voldoende erkenning van zijn onderaannemer.

Daar waar het bijzonder bestek een erkenning vraagt voor de uitvoering

van bepaalde delen van de opdracht en de inschrijver niet zelf beschikt over de erkenning of zelfs indien hij erover beschikt en hij beslist om beroep te doen op een onderaannemer, moet de inschrijver in zijn offerte de firmanaam en het firmanummer vermelden van maximum drie onderaannemers per deel van de opdracht waarvoor een speciale erkenning vereist is en tussen dewelke hij verplicht is de aannemer te kiezen die belast wordt met de uitvoering van het betrokken deel. In die lijst mogen geen vermeldingen voorkomen zoals ‘of gelijkaardig’ of ‘gelijkwaardig’. De aannemers moeten geregistreerd zijn in de vereiste categorieën en klassen. De aannemer mag slechts beroep op een niet vermelde onderaannemer mits het voorafgaand en schriftelijk akkoord van de aanbestedende overheid.

- De aannemer, onderaannemers, ... zijn verplicht te voldoen aan EN1090, ook in het geval het werk de fabricatie, levering, plaatsing en montage bevat”.

3.6. De opening van de offertes vindt plaats op 12 juni 2012. Er blijken vier offertes te zijn ingediend voor perceel 1 en drie offertes voor perceel 2.

Verzoekende partijen, die samen de thv CEI-De Meyer – Ondernemingen Jan De Nul vormen, dienden offertes in voor beide percelen. In de ‘Bijlage Inschrijvingsmodel’ is in de lijst van onderaannemers de nv Victor Buyck Steel Construction vermeld bij ‘Kunstenwerken’, en meer bepaald bij ‘Voorgebogen geprefabriceerde staal-betonbalken’ (waarbij handgeschreven wordt verduidelijkt: “levering stalen liggers”), ‘Vervaardigen van staalconstructies’, ‘Montage van staalconstructies’ en ‘Schilderwerken’ (waarbij handgeschreven wordt verduidelijkt: “staalconstructies”).

Voorts zijn bij de offerte van verzoekende partijen kwaliteitsplannen staal en VGM-plannen gevoegd, alsook documenten die zijn bestemd om aan te tonen dat alle eisen van NBN EN 9001, NBN EN 1090-1 en NBN 1090-2 volledig zijn geïmplementeerd op de datum van de aanbesteding. Tevens is een verklaring inzake de certificatie van industriële schilders bijgevoegd dat stelt: “Opgemaakt door ondergetekende om gevoegd te worden bij mijn offerte van heden”, gevolgd door de handtekening van de gedelegeerd bestuurder van de nv Victor Buyck Steel Construction, op een document dat als titel draagt:

“Bestek TR 108310
Spoorbypass Mechelen

L25N + tangent: BB Zone 10 / Zone 30 – respectievelijk ten zuiden / ten noorden van station Mechelen”.

3.7. Verzoekende partijen ontvangen per aangetekende brief van 6 september 2012 het gunningsverslag van 22 augustus 2012.

In het gunningsverslag is te lezen dat alle inschrijvers beschikken over de gevraagde erkenning, evenals over een certificaat ‘Quality Management System’ volgens de normen EN ISO 9001:2000 of 2008 en dus voldoen aan de kwalitatieve selectiecriteria. Wat de ingediende offertes betreft wordt in het verslag bepaald dat die regelmatig zijn, voldoen aan de bepalingen van het bestek, dat de prijzen aannemelijk zijn. De thv Besix – Franki Construct heeft voor beide percelen de laagste offerte ingediend.

De opdracht wordt op 6 september 2012 dan ook aan de thv Besix – Franki Construct toegewezen.

3.8. Verzoekende partijen sturen op 7 september 2012 een ter post aangetekende brief naar verwerende partij waarin zij opmerken dat nergens uit het gunningsverslag blijkt dat alle inschrijvers voldoen aan de geformuleerde eisen inzake de kwaliteitsnormen NBN EN 9001, NBN EN 1090-1 en NBN 1090-2 en dat zij informatie wensen te bekomen omtrent het onderzoek dat werd gevoerd in functie hiervan. Verwerende partij heeft niet gereageerd op voormelde brief.

Op 17 september 2012 herhalen verzoekende partijen hun verzoek tot informatie en stellen zij dat zij goede redenen hebben om aan te nemen dat de thv Besix – Franki Construct niet voldoet aan de essentiële besteksbeepaling betreffende de kwaliteitsnormen. Ook op dit verzoek is verwerende partij niet ingegaan.

3.9. Verzoekende partijen vorderen op 21 september 2012 bij de Raad van State de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de voormelde beslissing tot gunning aan de thv Besix – Franki Construct.

3.10. Met een 19 oktober 2012 ter post aangetekende brief wordt aan verzoekende partijen meegedeeld dat de gunningsbeslissing wordt ingetrokken en dat de lopende aanbestedingsprocedure wordt stopgezet. Dit is de thans bestreden beslissing. In die beslissing wordt inzake de intrekking gemotiveerd als volgt:

“Voorstel tot intrekking van de beslissing van 06.09.2012

Wat betreft het eerste middel: ‘de weerhouden inschrijver voldoet niet aan de bestekvereiste opgenomen onder punt 9.1 op p, 18/139 van het derde deel van het bestek’, worden volgende zaken vastgesteld. Uit voornoemde besteksbepaling volgt enerzijds dat er specifieke vereisten worden opgelegd betreffende het kwaliteitssysteem van de metaalconstructies die reeds op het ogenblik van de aanbesteding dienen te zijn geïmplementeerd en anderzijds dat de inschrijvers bij hun offerte het bewijs moeten leveren dat zij voldoen aan deze kwaliteitseisen.

Anderzijds wordt vastgesteld dat de offerte van de THV Besix – Franki Construct niet beantwoordt aan de bestekvereisten inzake ‘gewalst staal voor metaalconstructie’ waaraan bij inschrijving voldaan moest worden.

Wat betreft het tweede middel: ‘gebrek aan motivering waarom de offerte van de THV Besix – Franki Construct ondanks de afwijking in haar offerte als regelmatig werd aanvaard’.

Dienaangaande wordt vastgesteld dat de gunningsbeslissing van 6 september 2012 niet motiveert waarom, ondanks het feit dat offerte van de THV Besix – Franki Construct niet beantwoordt aan de bestekvereisten inzake ‘gewalst staal voor metaalconstructie’ waaraan bij inschrijving voldaan moest worden, de opdracht aan de THV Besix – Franki Construct kon worden toegewezen. Tevens kan uit de gunningsbeslissing niet worden afgeleid dat de conformiteit van de ingediende offertes aan voormelde bestekbepaling werd onderzocht,

Voorgaande verantwoordt dan ook het voorstel tot intrekking van deze beslissing”.

3.11. De stopzetting van de hangende aanbestedingsprocedure wordt gesteund op het feit dat na nieuw onderzoek blijkt dat alle ingediende offertes moeten worden geweerd als onregelmatig.

Specifiek wat de offerte van verzoekende partijen betreft wordt dit gemotiveerd als volgt:

“De tweede gerangschikte inschrijver (THV CEI-De Meyer & Jan De Nul) bewijst in haar offerte niet dat zij zelf alle eisen van NB EN 1090-1 en NBN 1090-2 volledig heeft geïmplementeerd op datum van aanbesteding, noch dat zij beschikt over alle daartoe nodige systemen, procedures, plannen en

auditrapporten. Wel voegt zij in onderdeel B.6 van haar offerte de volgende - niet ondertekende - documenten toe uitgaande van de firma Victor Buyck Steel Construction;

- Overzicht werken ten laste van ‘civiel aannemer’ en ten laste van Victor Buyck (B.6-1);
- Planning (B.6-2);
- Kwaliteitsplan staal (B.6-4);
- VGM Plan (B8.6-5);
- Document mbt de certificatie inzake NBN EN 1090-1 en NBN 1090-2 (B.6-6);
- Certificatie industriële schilders (B8.6-7).

In bijlage B.6-3 van de offerte wordt de firma Victor Buyck Steel Construction opgegeven als onderaannemer voor de onderdelen ‘levering stalen liggers’, ‘vervaardigen van staalconstructies’, ‘montage van staalconstructies’, ‘schilderwerken staalconstructies’,

De offerte van de THV CEI – De Meyer & Jan De Nul verwijst ter staving van de conformiteit van haar offerte aan de bestekvereisten inzake ‘gewalst staal voor metaalconstructie’ weliswaar naar documenten uitgaande van de firma Victor Buyck Steel Construction die zij als mogelijke onderaannemer opgeeft doch zij voegt geen verbintenis toe van deze firma waaruit zou blijken dat zij kan beschikken over de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke middelen uitgaande van deze firma. Integendeel zijn de documenten uitgaande van de firma Victor Buyck Steel Construction zelfs niet door deze laatste ondertekend en de firma Victor Buyck Steel Construction bevindt zich niet tussen de 23 onderaannemers die zijn opgenomen onder de rubriek ‘Vervaardigen van staalconstructies’ van de lijst van onderaannemers die zich als bijlage B.4 van de offerte bevindt.

Bij ontstentenis aan een dergelijke verbintenis vanwege de firma Victor Buyck Steel Construction kan niet worden aangenomen dat deze offerte beantwoordt aan de bestekvereisten inzake ‘gewalst staal voor metaalconstructie’, op grond waarvan ook deze offerte onregelmatig moet worden verklaard, Hiervoor wordt er verwezen naar het gegeven dat een onderneming zich slechts kan beroepen op de kwalificatie van een andere onderneming, ‘wanneer hij kan aantonen dat hij kan beschikken over de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke middelen’ (artikel 17^{quater} van het koninklijk besluit van 10 januari 1996). Dit dient te gebeuren ‘door overlegging van de verbintenis van deze entiteiten om de aannemer dergelijke middelen ter beschikking te stellen’. In casu ligt geen dergelijke verbintenis voor”.

IV. De schorsingsvoorwaarden

4.1. 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.

4.2. 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 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 beslissingen kunnen verantwoorden.

V. Belang

5.1. Verzoekende partijen doen gelden dat, indien de Raad van State van oordeel zou zijn dat de aangevochten intrekingsbeslissing en de aangevochten stopzettingsbeslissing niet onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn, het voorwerp van de vordering tot schorsing mag worden beperkt tot de stopzettingsbeslissing aangezien verzoekende partijen er “geen belang bij [hebben] dat de tenuitvoerlegging van het onderdeel van de bestreden beslissing dat de intrekking betreft zou worden geschorst”.

5.2. De Raad van State neemt akte van dat standpunt en beschouwt de beide beslissingen als niet onlosmakelijk verbonden waardoor het voorwerp van de vordering hierna wordt beperkt tot de stopzettingsbeslissing.

VI. Onderzoek van de middelen

Eerste middel

Standpunten van de partijen

6. In het eerste middel voeren verzoekende partijen de schending aan van “artikel 17^{quater} van het KB van 10 januari 1996; artikel 15 van de wet van 24 december 1993; artikel 98 § 2, van het KB van 10 januari 1996; de motiveringplicht en art. 65/4, 6°, van de wet van 24 december 1993”.

Zij achten deze rechtsnormen geschonden:

“Doordat, de offerte van verzoekende partijen als substantieel onregelmatig wordt beschouwd vanwege het ontbreken van een verbintenis in de zin van artikel 17^{quater} van het KB van 10 januari 1996

Terwijl deze bepaling niet van toepassing is buiten het kader van de kwalitatieve selectie, en in elk geval nergens uit blijkt waarom de onregelmatigheid substantieel zou zijn”.

Verzoekende partijen betogen in een toelichting dat artikel 17^{quater} 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’ specifiek betrekking heeft op de beoordeling van de selectiecriteria. In het verloop van de aanbestedingsprocedure vindt de bedoelde bepaling toepassing bij de beoordeling of is voldaan aan de kwalitatieve selectiecriteria die in het bestek worden vooropgesteld. Andere selectiecriteria dan een erkenning in klasse B, categorie E, en een kwaliteitscertificaat EN ISO 9001:2000 of 2008 worden te dezen niet opgelegd. De besteksvoorwaarde dat alle eisen van NBN EN 1090-1 en NBN 1090-2 volledig dienen te zijn geïmplementeerd op datum van de aanbesteding en dat de gekozen

inschrijver beschikt over alle daartoe nodige systemen, procedures, plannen en auditrapporten, wordt in het bestek niet beschouwd als een voorwaarde voor de kwalitatieve selectie, maar is een “”uitvoeringsvoorwaarde” opgenomen in deel 3 van het bijzonder bestek dat betrekking heeft op de “technische voorschriften”. Een inschrijver kan ook zonder een formele verbintenis aantonen dat aan de bedoelde besteksvereisten is voldaan. In het bestek wordt in deze zaak nergens de overlegging bij het indienen van de offerte vereist van een formele verbintenis vanwege derden waarop een beroep wordt gedaan voor de vervulling van de uitvoeringsvoorwaarden. In de bestreden beslissing wordt overigens niet aangehaald dat er sprake zou zijn van de schending van een besteksbepaling, maar wel van een schending van artikel 17^{quater}.

Indien toch zou worden geoordeeld dat artikel 17^{quater} van toepassing zou zijn, dan blijkt bovendien niet waarom het niet voorleggen van dit soort verbintenis automatisch aanleiding zou geven tot een substantiële onregelmatigheid die moet leiden tot het weren van de offerte. Als er al sprake zou zijn van een onregelmatigheid, dan is deze in elk geval niet substantieel. In de bestreden beslissing wordt in elk geval niet gemotiveerd waarom de onregelmatigheid wel substantieel zou zijn.

7. Verwerende partij werpt in de nota op dat bij ontstentenis van een verbintenis van de firma Victor Buyck Steel Construction waaruit zou blijken dat verzoekende partijen kunnen beschikken over de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke middelen uitgaande van deze firma, de offerte van verzoekende partijen niet beantwoordt aan de bestekvereisten inzake gewalst staal voor metaalconstructie. Verwerende partij steunt zich daartoe op het arrest van het Hof van Justitie, van 14 april 1994, C-389/92, *Ballast Nedam*, en artikel 17^{quater} van het voormelde koninklijk besluit van 10 januari 1996, die betrekking hebben op de kwalitatieve selectie, en stelt dat er geen reden is om hier anders over te oordelen in het kader van het onderzoek naar de regelmatigheid van de offerte.

Beoordeling

8. Overeenkomstig artikel 18, eerste lid, van de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten

voor aanneming van werken, leveringen en diensten' mag een aanbestedende overheid zowel afzien van het gunnen van de opdracht als de procedure herbeginnen, desnoods op een andere wijze, zij het dat zij daarbij niet willekeurig te werk mag gaan en dat die beslissing moet steunen op in feite en in rechte aanvaardbare motieven die de beslissing kunnen dragen. Krachtens het in het middel ingeroepen artikel 65/4, eerste lid, 6°, van de wet van 24 december 1993 stelt de aanbestedende instantie een gemotiveerde beslissing op "wanneer ze afziet van het plaatsen van de opdracht en eventueel beslist een nieuwe opdracht uit te schrijven".

Het tevens ingeroepen artikel 17^{quater} 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', dat is opgenomen in Hoofdstuk II ('Regels in verband met de kwalitatieve selectie voor de overheidsopdrachten voor aanneming van werken') van Titel I van het koninklijk besluit, luidt dan weer als volgt:

"Een kandidaat of een inschrijver kan zich in voorkomend geval en voor welbepaalde opdrachten beroepen op de draagkracht van andere entiteiten, ongeacht de juridische aard van zijn band met die entiteiten. In dat geval moet hij de aanbestedende overheid aantonen dat hij kan beschikken over de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke middelen door overlegging van de verbintenis van deze entiteiten om de aannemer dergelijke middelen ter beschikking te stellen.

Onder dezelfde voorwaarden kan een combinatie van kandidaten of inschrijvers zich beroepen op de draagkracht van de deelnemers aan de combinatie of die van andere entiteiten".

9. Het voormelde vereiste, dat de inschrijver verplicht is bij de inschrijving aan te tonen dat alle eisen van NBN EN 9001, NBN EN 1090-1 en NBN 1090-2 volledig zijn geïmplementeerd op de datum van de aanbesteding en dat de inschrijver beschikt over alle daartoe nodige systemen, procedures, plannen en auditrapporten, is opgenomen in de technische voorschriften van het bestek en lijkt geen betrekking te hebben op documenten aangaande de kwalitatieve selectie, doch wel op gegevens die in het licht van voormelde besteksbepalingen van belang lijken te zijn voor de beoordeling van de technische regelmatigheid van de offerte.

In de bestreden beslissing wordt gesteld dat verzoekende partijen niet “zelf” aan dat vereiste voldoen, en vervolgens meteen verwezen naar de “mogelijke onderaannemer” nv Victor Buyck Steel Construction, waarvan echter geen “verbintenis” wordt toegevoegd waaruit zou blijken dat verzoekende partijen kunnen beschikken over de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke middelen uitgaande van deze onderneming. In de bestreden beslissing wordt zulks uitdrukkelijk als volgt geformuleerd: “Bij ontstentenis aan een dergelijke verbintenis vanwege de firma Victor Buyck Steel Construction kan niet worden aangenomen dat deze offerte beantwoordt aan de bestekvereisten inzake ‘gewalst staal voor metaalconstructie’, op grond waarvan [...] ook deze offerte onregelmatig moet worden verklaard”. Vervolgens wordt naar voornoemd artikel 17 *quater* verwezen.

10. Het lijkt dat de vraag, of de offerte van verzoekende partijen terecht als onregelmatig werd beschouwd omdat zij de voormelde verbintenis niet toevoegden en zulks met toepassing van artikel 17 *quater* tot de onregelmatigheid van de offerte diende te leiden, te dezen negatief moet worden beantwoord.

Het zogenaamde falen van verzoekende partijen betreffende genoemd technisch voorschrift lijkt immers niet te kunnen worden betrokken op het niet voldoen aan de voormelde selectievoorwaarden van het bestek, waardoor verwerende partij zich verkeerdelijk lijkt te steunen op dat artikel 17 *quater* dat betrekking heeft op de kwalitatieve selectie voor de overheidsopdrachten voor aanneming van werken.

Te dezen gaat het niet om selectiecriteria, maar wel om de technische regelmatigheid in het kader van het onderzoek van de offertes. Het plaatsen van metaalconstructies maakt immers deel uit van het voorwerp van de opdracht en in het technisch gedeelte van het bestek worden de vereisten die de aanbestedende overheid stelt omtrent het plaatsen van die constructies nader omschreven. Dat het niet gaat om selectiecriteria wordt bovendien ook door verwerende partij erkend.

11. Verwerende partij lijkt niet aan te tonen, dat aan het vereiste, te kunnen beschikken over de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke middelen, een ruimere draagwijdte dient te worden gegeven dan louter betrekking hebbende op de kwalitatieve selectie, noch waarom met de offerte van verzoekende partijen zonder dergelijke bewezen verbintenis van de onderaannemer geen rekening mag worden gehouden. Het lijkt alvast dat zij zich daartoe niet nuttig kan steunen op een extrapolatie van de leer uit het voormeld arrest *Ballast Nedam*, en zij voert ook geen regel aan, behoudens het te dezen op het eerste gezicht niet toepasselijke artikel 17^{quater} van het koninklijk besluit van 10 januari 1996, die in het kader van het onderzoek van de offertes deze sanctie voorschrijft. Daarenboven wordt in Deel 3 van het bestek, wat betreft het gewalst staal voor metaalconstructie, uitdrukkelijk de mogelijkheid besproken om een onderaannemer in te schakelen. Er is zelfs sprake van de mogelijkheid om maximum drie onderaannemers op te geven tussen dewelke de inschrijver dan kan kiezen voor de uitvoering. De inschrijver wordt daarbij niet opgelegd verbintenissen van die onderaannemers bij zijn offerte te voegen, zodanig dat het verweer ook moeilijk lijkt te kunnen worden ingepast in de algemene economie van het toepasselijke bestek.

De stelling van verwerende partij dat het loutere ontbreken in de offerte van verzoekende partijen van een formele verbintenis van de onderaannemer, waarnaar wordt verwezen om aan de besteksbe­paling inzake gewalst staal te voldoen, de onregelmatigheid van deze offerte verantwoordt, kan op het eerste gezicht dan ook niet worden bijgevallen. In de bestreden beslissing wordt overigens niet verwezen naar een of andere besteksbe­paling, maar louter naar het meer vermelde artikel 17^{quater} om het voorleggen van dergelijke verbintenis als voorwaarde voor de regelmatigheid van de offerte op te leggen.

12. De motivering van de stopzettingsbeslissing lijkt aldus niet deugdelijk, aangezien daarin wordt gesteund op de onregelmatigheid van alle offertes, terwijl alvast de onregelmatigheid van de offerte van verzoekende partijen niet lijkt te zijn aangetoond.

VII. Besluit

13. Het middel is in de aangegeven mate ernstig en verantwoordt de schorsing. Het tweede middel wordt slechts opgeworpen indien er van zou worden uitgegaan dat artikel 17^{quater} wel degelijk van toepassing is. Aangezien zoals hiervoor is vastgesteld, zulks niet het geval lijkt, wordt het middel dan ook onbesproken gelaten.

14. De schorsing van de tenuitvoerlegging dient evenwel te worden beperkt tot de beslissing tot stopzetting van de lopende aanbestedingsprocedure, aangezien verzoekende partijen geen belang hebben bij de schorsing van de tenuitvoerlegging van de beslissing tot intrekking, zoals zijzelf hebben aangegeven bij de voormelde beschrijving van hun belang.

BESLISSING

1. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van de raad van bestuur van de nv van publiek recht Infrabel om de aanbestedingsprocedure inzake de overheidsopdracht ‘TR 108310: Spoorbypass Mechelen: L25N + tangent: BB Zone 10 / Zone 30 - respectievelijk ten zuiden / ten noorden van het station Mechelen’ stop te zetten.

2. De vordering wordt voor het overige verworpen.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 29 november 2012, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest