

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 223.228 van 19 april 2013
in de zaak A. 208.420/XII-7318**

In zake: de NV SPORTINFRABOUW
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Christophe Lenders en Joris Wouters
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 27
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE KNOKKE-HEIST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Gitte Laenen
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenskomende partij:

de NV F. SCHEERLINCK & C°
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Philippe Van Wesemael
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 137/1
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 2 april 2013, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Knokke-Heist dd. 8 maart 2013 [...] waarbij wordt beslist om de opdracht voor de renovatie en

uitbreiding van de kunstgrasinfrastructuur te gunnen ‘aan de laagste regelmatige bieder zijnde’:

- perceel 1 – stadion Olivier – project A en project B: F. Scheerlinck & C° nv, [...] tegen de voorwaarden vermeld in de offerte van deze inschrijver (het bestelbedrag wordt beperkt tot 788.869,03 eur incl. btw) [...]
- perceel 2 – De Taeye – terrein C: Lesuco nv [...] tegen het nagerekende inschrijvingsbedrag van 322.837,28 eur excl. btw of 390.633,11 eur incl. 21% btw

en niet aan de NV Sportinfrabouw”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 9 april 2013 heeft de nv F. Scheerlinck & C° gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 16 april 2013, om 10.30 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Joris Wouters, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaten Gitte Laenen en Els Gypen, die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaat Caroline De Mulder, die loco advocaat Philippe Van Wesemael verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Ines Martens 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 gemeente Knokke-Heist schrijft een opdracht voor werken uit met betrekking tot de “renovatie en uitbreiding van de kunstgrasinfrastructuur” van de toplaag van het kunstgrashockeyveld terrein C en de realisatie van een kunstgrasvoetbalveld terrein B+ in het stadion Olivier (perceel 1) en de realisatie van een kunstgrasvoetbalveld terrein C in het stadion De Taeye (perceel 2).

De opdracht wordt gegund via openbare aanbesteding en wordt geraamd op een bedrag van 1.331.438,40 euro btw niet inbegrepen.

De opdracht wordt gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen van 10 juli 2012.

3.2. De opdracht is onderworpen aan het bijzonder bestek “Renovatie en uitbreiding van de kunstgrasinfrastructuur”.

Met betrekking tot bij te voegen stukken wordt in het bestek bepaald:

“Bij de inschrijving dienen eveneens op straffe van nietigheid volgende stukken gevoegd:

[...]

5. een verklaring waarin de inschrijver garandeert dat volgens zijn inschrijvingsprijzen voor de voorziene werken, de sportvelden zullen voldoen aan volgende eisen:

- Hockeyveld op stadion ‘Olivier’: (perceel 1)

waterveld + beregeningsinstallatie geschikt voor alle competitiewedstrijden tot en met ereafdeling met nieuwe verlichting tot een lichtniveau van minimum 300Lux gemiddeld en voldoet aan de FIH norm met uitzondering van de afmetingen van het terrein (bestaande afmetingen blijven behouden).

- Voetbalveld in kunstgras op stadion ‘Olivier’ (perceel 1)

Het veld geschikt is voor het spelen van competitiewedstrijden tot en met 1ste nationale (KBVB) en minstens één door de inschrijver uitgevoerde en gekeurde referentie kan voorleggen waarbij bevestigd (en gestaafd met een bijgevoegd attest) wordt dat het voorgestelde concept (onderstructuur + tapijt) beschikt over een FIFA 2 star erkenning.

- Voetbalveld C op stadion 'De Taeye' (perceel 2)

Het veld geschikt is voor het spelen van competitiewedstrijden tot en met 1ste nationale (KBVB) en minstens één door de inschrijver uitgevoerde en gekeurde referentie kan voorleggen waarbij bevestigd (en gestaafd met een bijgevoegd attest) wordt dat het voorgestelde concept (onderstructuur + tapijt) beschikt over een FIFA 2 star erkenning.

6. conformiteit met het bestek of duidelijke lijst met de punten waarop wordt afgeweken en de motivatie hiervoor.

7. de bij het bestek gevoegde lijsten productkenmerken en sportfunctioneel onderzoek voor elk voorgesteld type tapijt volledig en degelijk ingevuld.

8. Bij zijn inschrijving voegt de inschrijver een detail + lichtstudie + documentatie van zijn voorstel om tot een lichtniveau van respectievelijk gemiddeld minimum 300 Lux voor hockey en 150Lux voor voetbal te komen.

9. stalen tapijten + testresultaten

[...]

LET OP!

Bij het ontbreken van voormelde verklaringen of bewijsstukken zal de offerte als onregelmatig beschouwd worden en niet in aanmerking komen voor verdere beoordeling.”

Verder wordt in het bestek onder titel II.10 ‘Keuze van offerte’ bepaald:

“Offertes die niet aan alle gevraagde minimumvereisten voldoen of niet voldoen aan de eisen van het bestek, worden zonder meer uitgesloten.

Ook indien een offerte onvoldoende informatie bevat (bvb. geen staal van het tapijt bijgevoegd of geen technische fiche of geen bewijs van Fifa 2 star, of andere) om de offerte grondig te evalueren, kan deze offerte zonder meer uitgesloten worden.”

Bij het bestek is onder meer een bijlage gevoegd met de lijst met de productkenmerken die dient te worden ingevuld door de inschrijvers. Bovenaan dit document wordt vermeld:

“De laatste kolom dient volledig ingevuld door de aannemer en dit document moet verplichtend gevoegd worden bij de inschrijving zo niet wordt de inschrijving uitgesloten.
Tapijten die niet voldoen aan de minimum eisen worden onverbiddeijk uitgesloten.”

Op deze lijst worden in de eerste kolom de verschillende eigenschappen van de aan te bieden mat vermeld, in een tweede kolom de minimumeisen gesteld door het bestek voor de betreffende eigenschappen en in de derde kolom de specifieke gegevens van de in de offerte aangeboden mat voor de gevraagde eigenschappen die dus door de inschrijvers moeten worden ingevuld.

Op deze lijst komt een rubriek voor:

Product kenmerken	Minimum eisen op straffe van uitsluiting	Gegevens inschrijver
Beschikbare testrapporten shockpad + tapijt	Conform aan FIH global (internationale Hockey federatie)	Ja/nee
Beschikbare technische fiche bijgevoegd		Ja/nee

Als bijlage bij het bestek is ook de verklaring gevoegd die de inschrijver dient te ondertekenen en waarop staat vermeld:

“Bijlage te voegen bij inschrijving

Gemeente Knokke-Heist:

Renovatie en uitbreiding van kunstgrasinfrastructuur

Verklaring op erewoord inzake Artikel 17 - 1 t/m 5 van het KB van 08.01.1996

...

7. bij de inschrijving dienen eveneens op straffe van nietigheid volgende stukken gevoegd:

1. een verklaring waarin de inschrijver garandeert dat volgens zijn inschrijvingsprijzen de velden zullen voldoen aan volgende eisen:

- Hockeyveld op stadion ‘Olivier’:
waterveld + beregeningsinstallatie geschikt voor alle competitiewedstrijden tot en met ere afdeling met nieuwe verlichting minimum 300lux gemiddeld.”

Onder de technische bepalingen van het bestek wordt onder meer vermeld:

“IV Technische bepalingen

A. Algemene bepalingen

A.1. Conformiteit met het bestek

De inschrijver zal bij zijn offerte een nota voegen waarin hij verklaart dat de offerte volledig conform is aan het bestek. Indien dit niet het geval is, zal hij duidelijk aangeven waar deze afwijkt en motiveren dat de aangeboden materialen gelijkwaardig zijn. Het staat het bestuur volledig vrij deze afwijking en of motivatie al of niet te aanvaarden.”

en

“105. Kunststof grasveld

105.5. Kunstgras tapijt voor Hockey

Dit artikel omvat de levering en plaatsing van een kunstgrastapijt voor hockey goedgekeurd door de Belgische Hockeybond voor het spelen van wedstrijden tot en met ere-afdeling. Het tapijt moet Conform zijn aan FIH global (internationale Hockey federatie).

105.6. Kunstgras tapijt voor voetbal

Dit artikel omvat de levering en plaatsing van een kunstgrastapijt voor voetbal derde generatie zijnde zand en rubber ingestrooid en welke goedgekeurd is door en voldoet aan de eisen van de K.B.V.B. en de FIFA-normen. (FIFA 2 star).

De inschrijver voegt verplicht de aangevulde fiche productkenmerken – materiaal onderzoek evenals de fiche voor sportfunctioneel onderzoek materiaal en een attest van keuring Fifa 2 star bij.”

3.3. De openingszitting vindt plaats op 4 september 2012. Er worden zes offertes ingediend voor de beide percelen.

Verzoekende partij dient voor perceel 1 een offerte in aan 692.027,35 euro en voor perceel 2 een offerte aan 322.934,12 euro.

Daarnaast dient de nv F. Scheerlinck & C° (de begunstigde van perceel 1) een offerte in voor perceel 1 van 642.192,88 euro en voor perceel 2 een offerte van 331.992,45 euro.

Voorts dient ook de nv Lesuco (de begunstigde van perceel 2) een offerte in voor perceel 1 voor een bedrag van 693.698,84 euro en voor perceel 2 voor een bedrag van 322.837,28 euro.

3.4. Bij aangetekend verstuurd brieven van 13 september 2012 en 14 september 2012 deelt verzoekende partij aan verwerende partij mee dat haar inziens de offerte van de nv F. Scheerlinck & C° als substantieel onregelmatig dient te worden geweerd omdat zij niet zou hebben ingeschreven met het door het bestek vereiste kunstgras tapijt voor hockey en dus ook niet de juiste stalen en testresultaten bij haar offerte kan hebben gevoegd.

3.5. Bij aangetekend schrijven van 23 oktober 2012, gericht aan alle inschrijvers, vraagt verwerende partij:

“Momenteel bevat uw ingediende offerte enkele onduidelijkheden waardoor we deze niet juist kunnen beoordelen. Teneinde de afweging goed te kunnen uitvoeren vragen wij u te bevestigen dat de grasmatten die u hebt aangeboden voldoen aan de gevraagde minimumeisen op straffe van uitsluiting. Indien er afwijkingen in meer en min mogelijk zijn moet ook hiermee rekening gehouden worden zodat het uiteindelijk af te leveren tapijt voldoet aan de gestelde minimumeisen op straffe van uitsluiting.

Wilt u ook de waterdoorlaatbaarheid van het hockeytapijt uitgedrukt in liter/uur/m² meedelen.”

3.6. Bij schrijven van 31 oktober 2012 antwoordt de nv F. Scheerlinck & C° hierop:

“Wij kunnen bevestigen dat de door ons aangeboden kunstgrasmatten voldoen aan de minimumeisen van het bestek, zoals aangegeven in onze offerte van 31 augustus 2012, ingediend op 4 september 2012 onder het

hoofdstuk 5. Ingevulde lijsten productkenmerken en sportfunctioneel onderzoek.

De waterdoorlaatbaarheid van de aangeboden hockeymat bedraagt +/- 3600 liter/uur/m².

Hieronder bevestigen wij u de productkenmerken zoals beschreven in onze offerte:

[...].”

3.7. Bij e-mail en aangetekend schrijven van 7 november 2012 aan verwerende partij uit verzoekende partij haar bezorgdheid omtrent het verloop van de gunningsprocedure. Zij stelt te kunnen aantonen dat de nv F. Scheerlinck & C^o de nodige testresultaten niet bij haar offerte voegde, maar dat deze nadien pas aan de ontwerper werden bezorgd. Ter staving van haar bewering stuurt verzoekende partij op 22 november 2012 aan verwerende partij een e-mail door die zij mocht ontvangen van de ontwerper op 21 september 2012 nadat zij zelf de ontwerper had aangeschreven met haar kritiek.

3.8. Op 17 januari 2013 wordt een gunningsverslag opgesteld. In het gunningsverslag wordt onder meer vermeld dat de hockeytapijten en de voetbaltapijten aangeboden door nv Sportinfrabouw conform zijn wat betreft het technisch nazicht.

3.9. Bij aangetekend schrijven van 22 januari 2013 deelt verwerende partij aan verzoekende partij mee -in antwoord op haar herhaaldelijk schrijven- dat er geen onregelmatigheden werden gevonden in de offerte van de nv F. Scheerlinck & C^o, dat zij de opdracht per perceel had bekeken en dat de procedure regelmatig verlopen was.

3.10. Op 25 januari 2013 beslist het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Knokke-Heist goedkeuring te verlenen aan het gunningsverslag en de opdracht te gunnen aan de nv F. Scheerlinck & C^o wat betreft perceel 1 en aan de nv Lesuco wat betreft perceel 2.

3.11. Tegen deze beslissing stelt verzoekende partij op 21 februari 2013 een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in bij de Raad van State. De procedure is gekend onder het nummer A. 208.070/XII-7273.

3.12. Bij beslissing van 8 maart 2013 wordt de gunningsbeslissing van 25 januari 2013 ingetrokken. Bij arrest van 19 maart 2013 nr. 222.907 van de Raad van State wordt de vordering tegen de gunningsbeslissing van 25 januari 2013 zonder voorwerp verklaard.

3.13. Op 6 maart 2013 wordt een nieuw gunningsverslag opgesteld. Daarin wordt met betrekking tot het technische nazicht van de offertes vermeld:

“De firma Scheerlinck heeft met de volgende mat voor hockey ingeschreven:

Inschrijvingsbiljet van Scheerlinck: Lano Hockey Solution Extra

Tender sheet van LANO: Lano Hockey Solution X – IS 25

[...]

Een labotestrapport door ISA Sport uit Nederland over Lano Hockey Solution (rapport 28095040 dd. 24/08/2010) werd meegeleverd. Er zat ook een ‘certificate of compliance’ in afgeleverd aan de Koninklijke Mechelse Tennis en Hockeyclub door de FIH over dezelfde mat (geldig tot 30/08/2012). Dit laatste hoefde er niet bij te zitten. Wel moesten de inschrijvers zelf een verklaring indienen dat de matten conform het gevraagde waren. De firma Scheerlinck had een dergelijke verklaring eveneens toegevoegd aan haar offerte.

Omwille van het herhaaldelijke schrijven van de firma Sportinfrabouw, waarin zij beweerde dat de firma Scheerlinck geen conforme mat kon leveren, hebben we alle inschrijvers verzocht (per schrijven d.d. 23 oktober 2012) nogmaals te bevestigen dat de voorgestelde tapijten voldoen aan alle minimumeisen opgelegd door het bestek. Ook de firma Scheerlinck heeft zulks bevestigd.

De offerte van de firma Scheerlinck werd conform het gevraagde ingediend (inclusief stalen en testresultaten).

De ontwerper heeft ons op 17 september via mail extra verslagen en attesten toegestuurd betreffende de mat ‘Lano Hockey Solution’ (door hemzelf opgevraagd bij de FIH), doch deze hebben niet meegespeeld bij de beoordeling. Het dossier was immers reeds volledig op moment van indiening.

Hetzelfde geldt m.b.t. het rapport (technische keuring van de mat ‘Lano Hockey Solution X’) door de firma Scheerlinck op 21 september, en aldus

laattijdig, ingediend. Met dit document kan geen rekening worden gehouden, zodat dit ook niet in aanmerking werd genomen bij de beoordeling.

Op onze vraag tot extra uitleg, heeft de ontwerper ons het volgende aangebracht:

‘De Lano Hockey Solution is een standaard mat, welke men in verschillende uitvoeringen kan krijgen. De ene uitvoering zal niet conform het gevraagde zijn, de andere dan weer wel. De firma Scheerlinck heeft uitdrukkelijk bevestigd dat de mat conform de minimum eisen van ons is, het is een kwestie van de juiste uitvoering te krijgen.

De solution X-IS 25 is zo’n mat, maar waarvan er misschien nog geen labotesten van bestaan, want anders had Scheerlinck deze toch toegevoegd aan zijn dossier.

Ik heb een dergelijk attest met vermelding van het gewicht, maar het is door Scheerlinck niet [tijdig] toegevoegd omdat men bij Lano niet meer wist dat er een dergelijk rapport bestond. Maar dit rapport mag ik niet gebruiken volgens Sportinfrabouw omdat het niet bij het aanbestedingsdossier steekt en daar heb ik ook niet naar gerefereerd, ook omdat ik het bijgevoegde attest voldoende vind.

Volgens mij is een labotest van een basismat voldoende. Het gewicht is weinig of niet relevant voor het resultaat van de testen.’

Teneinde absolute zekerheid te bekomen omtrent het bovenstaande, hebben we de heer Stijn Rambour van de Universiteit Gent (ERCAT) -expert ter zake- om advies verzocht.

Op 28.11.2012 gaf laatstgenoemde ons het volgende te kennen:

‘Voor hockey is dit identiek. Ik heb de technische fiche van de solution vergeleken met de solution X. De fiche is identiek, behalve voor wat betreft het totale gewicht. Dit is 3280 ipv 3490 g/m². Hierbij is door de FIH een tolerantie toegelaten van 10%. Daarom kan de versie Solution X gekeurd worden onder hetzelfde laborrapport als de gewone solution getest worden. Dus deze variant voldoet aan jullie bestek en aan het FIH lab rapport hiervan.’

Hieruit blijkt m.a.w. dat het rapport, gevoegd bij de offerte van de firma Scheerlinck, eveneens bruikbaar en relevant is voor de door haar aangeboden mat. Haar offerte mag derhalve regelmatig worden geacht.

De hierboven weergegeven argumenten van de firma Sportinfrabouw zijn dan ook niet correct. De door Scheerlinck aangeboden matten voldoen in alle opzichten aan de vooropgestelde minimeisen en de door haar ingediende offerte voldeed eveneens aan de in het bestek gestelde vereisten. Er werden stalen ingediend van de aangeboden matten, evenals testresultaten, die slechts op het eerste zicht geen betrekking lijken te hebben op de aangeboden matten. Conform de 10%-regel tonen deze testresultaten wel degelijk aan dat ook de aangeboden matten

besteksconform zijn. De firma Infrabouw erkende uitdrukkelijk het bestaan van voornoemde '10%-regel' in haar e-mail d.d. 21 september.

Technisch nazicht

Hockeytapijt - waterveld

[...]

Verduidelijking van de offertes (schrijven van 23 oktober 2012 van het gemeentebestuur aan alle inschrijvers met vraag om bevestiging dat de voorgestelde tapijten voldoen aan alle minimumeisen opgelegd door het bestek + waterdoorlaatbaarheid tapijt)

[...]

Scheerlinck: heeft ingestoken met een mat Profoot MAX 60 PLUS (3/45)

Tendersheet spreekt over Profoot MAX 20 60 + CB (19/45)

De laboresultaten zijn van de mat Profoot MAX 20 60 TWO (20/45)

De FIFA-attesten zijn van de mat Profoot Final 60 SP (30/45)

(binnen de 10%-marge toegelaten door de FIFA)

Zij bevestigde uitdrukkelijk dat de mat conform het bestek zal zijn.

[...]

Voetbaltapijt zonder shockpad

[...]

Verduidelijking van de offertes (schrijven van 23 oktober 2012 van het gemeentebestuur aan alle inschrijvers met vraag om bevestiging dat de voorgestelde tapijten voldoen aan alle minimumeisen opgelegd door het bestek + waterdoorlaatbaarheid tapijt)

[...]

F. Scheerlinck & Co nv:

De inschrijver bevestigt dat de aangeboden tapijten voldoen aan alle minimumeisen van het bestek. De waterdoorlaatbaarheid voor het hockey tapijt bedraagt 3.600 l/m²/uur. Ook wat deze mat betreft, stelde zich eenzelfde 'probleem' als hierboven reeds geschetst.

De ontwerper oordeelde hierover als volgt:

'Profoot max is een standaard mat, welke men in verschillende uitvoeringen kan krijgen de ene uitvoering zal niet conform zijn, de andere dan weer wel. Ook hier is het weer een kwestie van de juiste uitvoering te krijgen.

De mat dient te voldoen aan onze eisen wat iedereen bevestigt.

We hebben de technische fiche van 'Profoot Max 20 60 + cb (60 verwijst naar lengte vezel) en testresultaten van 'Profoot Max 20 60 TWO (two verwijst naar 2 star erkenning) wat telkens dezelfde mat is. (binnen de 10% grens)'

De offerte kan als regelmatig worden beschouwd, gelet op het feit dat de 'tolerantie-drempel' van 10% niet is overschreden, hetgeen andermaal werd bevestigd door de heer Stijn Rambour.

[...]

Voorstel tot gunning van de opdracht

Op grond van de kwalitatieve selectie van de inschrijvingen, het administratief en technisch nazicht van de offertes en de vergelijking van de offertes gemaakt in de voorgaande punten, stelt de ontwerper voor:

- perceel 1 - stadion Olivier- project A en project B te gunnen aan de firma met de laagste regelmatige offerte, zijnde F. Scheerlinck & Co nv, [...] tegen het nagerekende inschrijvingsbedrag van 642.192,88 EUR excl. btw of 777.053,38 EUR incl. 21% btw (28,44% minder dan de raming) te vermeerderen met de opties 9.765,00 EUR excl. btw of 11.815,65 EUR incl. 21% btw.
- perceel 2 - De Taeye- terrein C te gunnen aan de firma met de laagste regelmatige offerte, zijnde Lesuco nv, [...] tegen het nagerekende inschrijvingsbedrag van 322.837,28 EUR excl. btw of 390.633,11 EUR incl. 21% btw (23,90% minder dan de raming).”

3.14. Bij beslissing van 8 maart 2013 verleent het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Knokke-Heist goedkeuring aan het nieuwe gunningsverslag van 6 maart 2013 en beslist het college de opdracht te gunnen aan de nv F. Scheerlinck & C° wat perceel 1 betreft en aan de nv Lesuco wat perceel 2 betreft.

3.15. Bij aangetekend schrijven van 19 maart 2013 wordt verzoekende partij in kennis gesteld van de gunningsbeslissing van 8 maart 2013.

IV. Tussenkost

4. De verzoekende partij in tussenkost 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. Ontvankelijkheid van de vordering

5.1. Verwerende partij betwist in een eerste exceptie de tijdigheid van de vordering.

5.2. In een tweede exceptie betwist verwerende partij het belang van verzoekende partij. Zij wijst erop dat het tweede middel volledig voortbouwt op de

veronderstelling dat het eerste middel ernstig is en dat in het eerste middel wordt aangevoerd dat de offerte van de nv F. Scheerlinck & C^o uit de procedure had moeten worden geweerd, terwijl de offerte van verzoekende partij met hetzelfde probleem behept is als de offerte van deze inschrijver.

6. Los van de vraag of de tweede exceptie al dan niet samenvalt met het onderzoek van het eerste middel bestaat er vooralsnog geen noodzaak om over de excepties uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak daarover zou alleen nodig zijn indien zou komen vast te staan dat de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, te dezen niet het geval is.

VI. De schorsingsvoorwaarden

7.1. 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.

7.2. 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.

Overeenkomstig artikel 65/31 gelden deze bepalingen ook voor opdrachten die de drempel voor Europese bekendmaking 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.

VII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting

8. Verzoekende partij voert de schending aan van artikel 15 van de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’, van de artikelen 89 en 110 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 de algemene beginselen van behoorlijk bestuur waaronder het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, het gelijkheidsbeginsel, het beginsel van eerlijke mededinging, het transparantiebeginsel en het vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurs-handelingen’ en van de materiële-motiveringsplicht.

Het middel heeft twee onderdelen.

8.1. In een eerste onderdeel voert verzoekende partij aan dat de offerte van de nv F. Scheerlinck & C° onregelmatig is. Deze ingediende offerte voldoet niet aan de door het bestek vooropgestelde essentiële technische vereisten. Uit het verslag van nazicht blijkt dat de nv F. Scheerlinck & C° heeft ingeschreven

met een mat ‘Lano Hockey Solution Extra’ en uit het schrijven van verwerende partij van 22 januari 2013 blijkt dat hiervan geen testrapport bestaat. De nv F. Scheerlinck & C° heeft blijkbaar een testrapport gevoegd van de grasmatt type ‘Solution’ en een grasmatt aangeboden van het type ‘Solution Extra’. Dit zijn twee verschillende types van grasmatt wat tevens wordt bevestigd door de dienst ERCAT (UGent) zodat de nv F. Scheerlinck & C° geen testrapport heeft gevoegd van het type grasmatt dat zij heeft aangeboden. Bijgevolg is haar offerte onregelmatig.

Ook uit het gunningsverslag, namelijk uit de vermelding “De solution X – IS 25 is zo een mat, maar waarvan er misschien nog geen labotesten van bestaan, want anders had de nv F. Scheerlinck & C° deze toch toegevoegd aan zijn dossier”, blijkt volgens verzoekende partij dat er geen testrapport voorligt van de grasmatt ‘Solution Extra’. Het testrapport dat de nv F. Scheerlinck & C° voegde heeft betrekking op een standaardmatt waarvan de ontwerper in het gunningsverslag meent dat deze te verkrijgen is in verschillende uitvoeringen waarbij de ene uitvoering wel aan het gevraagde zou voldoen en de andere niet. De ontwerper gaat daarbij enkel voort op een bevestiging van de nv F. Scheerlinck & C° dat de matt conform de minimumeisen van het bestek zou zijn en beschikt dus over geen enkele zekerheid dat dit het geval is. Buiten deze bevestiging van de nv F. Scheerlinck & C° zelf ligt geen enkel stuk voor waaruit blijkt dat de aangeboden matt voldoet aan de besteksvereisten.

Het belang van het te voegen testrapport bestaat er onder meer in dat het vaststaat dat de grasmatt getest is en conform bevonden aan de eisen van FIH. Dit is niet gebeurd voor de door de nv F. Scheerlinck & C° aangeboden matt ‘Lano Hockey Solution Extra’. Dit wordt bevestigd door het feit dat deze grasmatt niet voorkomt op de lijst van de FIH met geteste en erkende grasmatten. Overeenkomstig de bepalingen van het bestek diende de offerte aldus geweerd te worden als onregelmatig.

De verwijzing in de bestreden beslissing naar het labotestrapport voor het tapijt ‘Lano Hockey Solution’ is niet relevant nu de nv F. Scheerlinck & C° niet met dit tapijt heeft ingeschreven.

Hetzelfde geldt voor het document 'certificate of compliance' afgeleverd door FIH aan de Koninklijke Mechelse Tennis en Hockeyclub over dezelfde mat aangezien dit ook betrekking heeft op de mat 'Lano Hockey Solution' en niet op de mat 'Lano Hockey Solution Extra'. Bovendien is dit certificaat slechts geldig tot 30 augustus 2012. Aangezien de opening plaatsvond op 4 september 2012 kon de nv F. Scheerlinck & C° zich sowieso niet beroepen op dit document.

Met de verdere argumentatie van ERCAT in het schrijven van verwerende partij van 22 januari 2013 mag geen rekening worden gehouden. ERCAT, daarin gevolgd door verwerende partij, meent dat het verzwaren van de mat 'Solution', die op zich niet voldoet aan het door het bestek vereiste gewicht van 3.440 gram/m², mogelijk zou zijn om dan het type 'Solution Extra' te verkrijgen. ERCAT meent dat het testrapport van het type 'Solution' dan wel zou volstaan. Dit blijkt echter nergens uit en is alleszins geenszins toegelaten door het bestek. Dit testrapport is er niet en dat kan niet worden goedge maakt door een achteraf door een derde opgestelde verklaring. Verwerende partij heeft zelf een onderzoek laten voeren naar de door de nv F. Scheerlinck & C° aangeboden mat om bevestiging te krijgen dat zij voldoet aan de voorwaarden van het bestek. Het was echter aan de inschrijvers om op straffe van nietigheid de nodige bewijsstukken bij te voegen, waaronder het testrapport waaruit blijkt dat de mat FIH-conform is. Het achteraf alsnog laten onderzoek van de aangeboden mat teneinde zekerheid te verkrijgen over de mat schendt de bepalingen van het bestek, de gelijkheid van de inschrijvers en de eerlijke mededinging.

De argumentatie van verwerende partij dat overeenkomstig de 10%-regel de bijgebrachte resultaten zouden aantonen dat de aangeboden matten conform zijn, kan volgens verzoekende partij niet worden bijgetreden. De 10%-regel vindt geen bevestiging in het bestek. Dat verzoekende partij het bestaan van een 10%-regel zou hebben erkend, doet niet terzake. Het bestaan van dergelijke regel kan niet tot gevolg hebben dat een inschrijver een tapijt aanbiedt waarvan geen testrapport bestaat. Bovendien is te dezen de 10% overschreden. Uit de technische fiche van de mat 'Lano Solution' blijkt dat het gewicht van deze mat 2.950 gr/m² bedraagt, wat meer dan 10% minder is dan de door het bestek voorgeschreven 3.440 gr/m².

Onverminderd de besteksbepaling die deze minimumvereisten en te voegen documenten vooropstelt op straffe van nietigheid, betreft het hier alleszins besteksbepalingen die betrekking hebben op de technische conformiteit van het aangeboden product. De offerte dewelke afwijkt van de technische bepalingen van het bestek dient als substantieel onregelmatig te worden verklaard.

8.2. In een tweede onderdeel voert verzoekende partij aan dat in de bestreden beslissing niet voldoende wordt gemotiveerd waarom verwerende partij de offerte van de nv F. Scheerlinck & C° toch als regelmatig heeft beschouwd.

De motivering in de bestreden beslissing vindt geen steun in het bestek of enige wettelijke bepaling. De motieven zijn ook onjuist nu verwerende partij ervan uitgaat dat zij toepassing kan maken van een 10%-regel om de offerte van de nv F. Scheerlinck & C° toch te aanvaarden terwijl deze 10%-regel niet is opgenomen in het bestek en onjuist wordt toegepast. Er is immers sprake van een afwijking van meer dan 10%. Nergens wordt uitgelegd waarom deze 10%-regel van toepassing is en waarom deze vervolgens kan worden miskend.

Beoordeling

Eerste onderdeel

9. Los van het antwoord op de vraag of het bestek de inschrijvers al dan niet oplegt om een testresultaat voor het hockeytapijt bij hun offerte te voegen, moet worden vastgesteld dat de nv F. Scheerlinck & C° wel degelijk een testresultaat relevant ten aanzien van het door haar aangeboden tapijt bij haar offerte heeft gevoegd. Deze vaststelling steunt op de volgende redenen.

10. In de eerste plaats wordt opgemerkt dat verzoekende partij niet betwist dat de nv F. Scheerlinck & C° de in het bestek gevraagde verklaring ondertekende en bij zijn offerte voegde.

11. Uit nazicht van de offerte van de nv F. Scheerlinck & C° zoals deze door verwerende partij werd neergelegd als vertrouwelijk stuk, mag voorts worden vastgesteld dat de nv F. Scheerlinck & C° voor de aanleg van het

hockeyterrein een tapijt aanbiedt 'Lano Hockey Solution Extra'. Voor dit tapijt wordt in de offerte een technische fiche opgenomen 'Hockey Solution X-IS 25'. Tevens wordt hiervoor de lijst met productkenmerken bijgevoegd.

De gegevens opgenomen in deze technische fiche komen op het eerste gezicht overeen met de productkenmerken die werden ingevuld op de lijst met productkenmerken voor het tapijt 'Lano Hockey Solution Extra'.

Dit tapijt lijkt op het eerste gezicht volgens de gegevens opgenomen in de lijst met productkenmerken die werd gevoegd bij de offerte te voldoen aan de minimumeisen van het bestek, ook wat betreft gewicht. Deze mat zou een totaalgewicht met backing hebben van 3.490 gram/m² wat meer is dan het door het bestek minimaal vereiste gewicht van 3.440 gram/m². Verzoekende partij kan aldus niet worden gevolgd waar zij stelt dat het niet duidelijk is of de nv F. Scheerlinck & C^o met een besteksconforme variant zou hebben ingeschreven.

12. Op de lijst met de productkenmerken wordt in de offerte van nv F. Scheerlinck & Co wat betreft het hockeytapijt ook aangeduid dat het tapijt conform is aan FIH. Verder wordt ook een testrapport bij de offerte gevoegd met betrekking tot het tapijt 'Hockey Solution' dat werd aangelegd in de Koninklijke Mechelse Tennis en Hockeyclub waaruit blijkt dat het betreffende tapijt FIH-conform is. Bij de offerte wordt tevens het voor dit tapijt verkregen FIH-conformiteitscertificaat gevoegd.

Aldus lijkt op het eerste gezicht te moeten worden vastgesteld dat de nv F. Scheerlinck & Co bij haar offerte testresultaten heeft gevoegd in verband met een kunstgras-hockeytapijt.

Verzoekende partij merkte echter al tijdens de gunningsprocedure op dat het bijgevoegde testrapport en FIH-conformiteitscertificaat door het bestuur niet mochten worden aanvaard als het gevraagde testrapport waaruit de FIH-conformiteit moet blijken omdat dit testrapport betrekking heeft op een tapijt 'Lano Sports - Hockey Solution', terwijl door de nv F. Scheerlinck & C^o in het kader van voorliggende opdracht een tapijt 'Lano

Sports - Hockey Solution Extra' wordt aangeboden, welk tapijt zou verschillen van het geteste tapijt.

Geconfronteerd met deze kritiek heeft verwerende partij voorafgaand aan het nemen van de bestreden beslissing deskundig advies ingewonnen bij het hoofd van ERCAT van de Universiteit Gent. ERCAT ('European Research Center for Artificial Turf') blijkt volgens de gegevens opgenomen in het administratief dossier een testcentrum te zijn voor kunstgras aan de vakgroep Textielkunde van de Universiteit Gent en werd geaccrediteerd door FIFA (internationale voetbalfederatie) en door FIH (internationale Hockey-federatie) om voetbal- en hockey- laboproeven en veldtesten uit te voeren.

In het gunningsverslag wordt vastgesteld dat de testresultaten die door de nv F. Scheerlinck & C° bij haar offerte werden gevoegd, het bestuur toelaten af te leiden dat de aangeboden hockeymat voldoet aan het bestek en conform is aan de FIH-norm. Op het eerste gezicht blijkt dat de aangeboden mat 'Hockey Solution Extra' een variant is van de mat 'Hockey Solution' waarvan de testresultaten werden voorgelegd. Wat betreft de testresultaten lijkt het op het eerste gezicht, op grond van de gegevens in het administratief dossier, niet te gaan om verschillende matten, zoals verzoekende partij beweert. Het verschil in gewicht tussen de basismat en de variant zou weinig of niet relevant zijn voor het resultaat van de testen. Het verschil in gewicht zou volgens de gegevens in het administratief dossier enkel te maken hebben met het aanbrengen van een dubbele dan wel enkele backing aan de achterzijde van het tapijt.

De deskundige die door verwerende partij werd geraadpleegd oordeelt hetzelfde. Op grond van een onderzoek dat hij heeft gevoerd inzake het tapijt geplaatst bij de Koninklijke Mechelse Tennis- en Hockeyclub stelt hij eveneens dat de technische fiche van beide matten zo goed als identiek is, behalve wat betreft het gewicht. Hij wijst er echter op dat er door de Internationale Hockeyfederatie (FIH) een tolerantie toegelaten is van 10% zodat de variant 'Solution X' gekeurd wordt onder hetzelfde laborrapport als de gewone 'Solution' getest werd. Hij stelt ook: "De FIH beschouwt de volgende parameters als relevant: [...] Hierdoor is het verzwaren van het doek mogelijk, zolang men binnen de tolerantie van 10% blijft. Lano mag dus een nieuwe technische fiche maken met

een ander doek en dit beschouwen als zelfde tapijt als gelegd in Mechelen, zolang men binnen de 10% tolerantie blijft, die opgelegd is door de FIH”. Aldus merkt hij op dat “de versie Solution X gekeurd [kan] worden onder hetzelfde laborapport als de gewone solution”.

De verwijzing van verzoekende partij naar een gewicht van 2950 gr/m² voor de geteste mat in de offerte van de nv F. Scheerlinck & C^o wat meer dan 10% zou afwijken van het gewicht van de aangeboden mat lijkt in deze niet relevant nu dit op het eerste gezicht niet het gewicht blijkt te zijn van de geteste mat waarvan de testresultaten werden bijgevoegd en waarmee de aangeboden mat dient te worden vergeleken.

13. Gelet op de gegevens waarop de Raad van State vermag acht te slaan, namelijk het deskundig advies dat door de verwerende partij ter zake werd ingewonnen en de stukken in het administratief dossier die betrekking hebben op uitgevoerde tests in het kader van de FIH-normering toont verzoekende partij aldus niet met de in het kader van een uiterst dringende procedure vereiste evidentie aan dat het bestuur de door de nv F. Scheerlinck & C^o ingediende testresultaten niet mocht beschouwen als de beschikbare testresultaten voor de aangeboden hockeymat waaruit zij de FIH-conformiteit kon afleiden.

De opmerking van verzoekende partij dat verwerende partij bij gebreke aan de nodige stukken bij de offerte, achteraf het hockeytapijt dat werd aangeboden door de nv F. Scheerlinck & C^o niet mocht laten onderzoeken op de conformiteit met de FIH-norm (onderzoek schijnbaar uitgelokt door haar verschillende brieven), omdat het bestek, de gelijkheid onder de inschrijvers en de eerlijke mededinging zo worden geschonden, kan op het eerste gezicht niet worden bijgetreden.

Uit het administratief dossier blijkt, zoals reeds aangegeven, dat de nv F. Scheerlinck & C^o bij haar offerte de testresultaten voegde waaruit blijkt dat de hockeymat die zij aanbood, voldeed aan de FIH-norm. De conformiteit werd tevens bevestigd in een bij de offerte gevoegde verklaring en in de lijst met productkenmerken gevoegd bij het bestek.

14. Het eerste onderdeel is niet ernstig.

Tweede onderdeel

15. Uit de bespreking van het eerste onderdeel is gebleken dat bij de offerte van de gekozen inschrijver voor perceel 1 wel een testrapport werd gevoegd en is ook gebleken dat in de bestreden beslissing afdoende wordt gemotiveerd waarom met dit testrapport wordt rekening gehouden.

Op het eerste gezicht diende verwerende partij dan ook niet te motiveren waarom zij een onregelmatige offerte toch als regelmatig beschouwde aangezien er aldus geen onregelmatige offerte voorlag.

16. Het tweede onderdeel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting

17. Verzoekende partij voert de schending aan van artikel 15 van de wet van 24 december 1993 en van artikel 101 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996. Zij acht deze rechtsnormen geschonden:

“doordat verwerende partij perceel 1 heeft gegund aan Scheerlinck als laagst regelmatige inschrijver en perceel 2 aan de nv Lesuco als laagst regelmatige inschrijver; terwijl indien het eerste middel ernstig is, verzoekende partij over de laagste regelmatige offerte beschikt voor perceel 1 en derhalve de korting die zij aanbood moet verrekend worden bij samenvoeging van percelen 1 en 2 en zij in dat geval tevens over de laagste regelmatige offerte beschikt voor wat betreft perceel 2.”

Beoordeling

18. Aangezien het eerste middel niet ernstig is, diende perceel 1 niet aan verzoekende partij te worden toegewezen. Er diende dan ook geen toepassing te worden gemaakt van de door haar aangeboden korting.

Het middel is niet ernstig.

VIII. Besluit

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

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv F. Scheerlinck & C^o tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 175 euro.

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 19 april 2013,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Pierre Barra