

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

**nr. 224.475 van 13 augustus 2013
in de zaak A. 209.532/XII-7419.**

In zake : de BV BOMEFA, vennootschap naar Nederlands recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Gitte Laenen
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

de provincie WEST-VLAANDEREN, vertegenwoordigd door
haar deputatie
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bart Staelens
kantoor houdend te 8000 Brugge
Gerard Davidstraat 46, bus 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij :

de NV BRUYNZEEL STORAGE SYSTEMS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Carlos De Wolf
kantoor houdend te 9680 Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 23 juli 2013, strekt tot de schorsing
bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:

“- de beslissing uitgaande van de deputatie van de provincie West-Vlaanderen
van 04.07.2013, overgemaakt per aangetekend schrijven en mail dd.
09.07.2013, ontvangen door verzoekster op 09.07.2013 waarbij de offerte van
verzoekende partij in het kader van de overheidsopdracht ‘Opdracht van
levering: inrichten kelder museum tot depot: lot vaste
inrichting/opbergmeubilair’, onregelmatig is bevonden en geweerd;

en

- de gunningsbeslissing van de deputatie van West-Vlaanderen van 04.07.2013, overgemaakt per aangetekend schrijven en mail dd. 09.07.2013, ontvangen door verzoekster op 09.07.2013, waarbij voorliggende opdracht wordt gegund aan Bruynzeel Storage Systems NV voor een bedrag van 349.762,90 EUR; [...]”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota en een administratief dossier ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 8 augustus 2013.

Staatsraad Geert Debersaques heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Gitte Laenen en Stephanie Taelemans, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaat Bart Staelens, die verschijnt voor de verwerende partij, advocaat Carlos De Wolf, die verschijnt voor de tussenkomende partij, en Filip De Maeseneer, bestuurder, 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 verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor aanneming van leveringen met als omschrijving “Inrichten kelder depotruimte Mu.Zee Oostende: lot vaste inrichting/opbergmeubilair”. De opdracht wordt

geraamd op een bedrag van 336.225 euro, btw niet inbegrepen. De opdracht wordt gegund via een openbare aanbesteding.

3.2. Op deze opdracht is het bijzonder bestek van toepassing nr. 08.32.12 “Kunstmuseum aan Zee – inrichten depot – inrichten kelder museum tot depot – inrichten Amsterdamstraat tot atelier”.

In de opdrachtschrijving opgenomen in het bestek, wordt het voorwerp van de opdracht als volgt toegelicht:

“de uit te voeren levering betreft: inrichten kelder museum tot depot – inrichten Amsterdamstraat tot atelier – lot vaste inrichting/ opbergmeubilair.”

In het bestek wordt onder meer bepaald dat varianten niet zijn toegestaan.

In de technische bepalingen van het bestek (derde deel), wordt onder meer het volgende bepaald:

“(…)

01.01.11 Verrijdbare rekken

Rails en vloerconstructie

Algemeen

De rails worden geplaatst op de bestaande vloer, verwerkt in een vrijliggend vloersokkel waarbij noch de rails, noch de vloerdelen verankerd worden in de bestaande vloer. De rails en vloerdelen worden bevestigd op een waterbestendig multiplex lattenraster met een dikte van 18 mm. Het nivelleermateriaal dient in roestwerend staal te zijn of PVC.

Rails

- De rails dienen in koudgewalst staal te zijn en in verzinkte uitvoering
- Elke rail heeft bevestigingsbeugels met een tussenafstand van max. 500 mm voor bevestiging op de rastervloer
- [...]
- Het aantal rail per installatie dient berekend te zijn voor de verder opgegeven wiel en onderstel belasting

Sokkel

- [...]
- [...]

Onderstel

- [...]
- [...]

Wielen

- De wielen: gedraaid staal of gietijzer, zelfsmierend, dubbel kogelgelagerd en hermetisch afgesloten
- De wielen worden per 2 gemonteerd in het onderstel en in aantal gerelateerd tot de totale belasting op het onderstel
- De wielen zijn voorzien voor een belasting van min. 750 kg.

Aandrijving

- [...]
[...]"

Inzake de schilderijrekken bepaalt het bestek onder meer:

- “maaswijdte: max. 80/100 mm”.

3.3. Voorafgaand aan het indienen van de offertes bezorgt verzoekende partij per e-mail van 8 november 2012 een vragenlijst met betrekking tot het bestek aan verwerende partij. Daarin vraagt zij onder meer:

“Opm. 9: blz. 8; verrijdbare rekken – rails 01.01.11

U benoem(t) koudgewalst verzinkt stalen rails. Wij hanteren indien de rails in een vlonderconstructie worden toegepast, rails vervaardigd uit een aluminium extrusieprofiel (gelijkwaardig). Is dit in overeenstemming met het door u aangevraagde en word(t) dit ook als gelijkwaardig beoordeeld?

Opm. 10: blz. 8 & 9: verrijdbare rekken – onderstel/wielen 01.01.11

Onze opbouw qua wagentechiek verschilt met de uitvoering zoals door u omschreven in uw omschrijving inzake ‘opbouw van het mobiele gedeelte & wagens’. Deze voldoet aan dezelfde functionele eisen ten aanzien van de benodigde draagkracht. Vanuit het door ons aangeboden productprogramma wordt per wand een wagen en rail voorzien, wat als voordeel heeft een maximale verdeling van de lijn-/wielbelasting op de bouwkundige vloer. Op bovenstaande wijze kunnen wij werken met een zeer lage wagentechiek van slechts 85 mm hoog, waardoor extra opslagcapaciteit mogelijk is. Kunnen wij met deze wagentechiek aanbieden en wordt deze door u als conform met het bestek beoordeeld?”.

3.4. Bij e-mailbericht van 9 november 2012 antwoordt verwerende partij bij monde van het architectenbureau met betrekking tot opmerking 9:

“De gelijkwaardigheid zal door de fabrikant moeten worden aangetoond dmv testrapporten betreffende druksterkte, buigsterkte, slijtage, uitzettingen, ...”.

Met betrekking tot opmerking 10, antwoordt zij:

“Op basis van deze beperkte beschrijving kunnen we niet beoordelen of het product voldoet.”

3.5. Op 4 december 2012 vindt de openingszitting plaats en wordt een proces-verbaal van opening opgesteld. Er worden twee offertes ingediend:

1. De bv Bomefa-Kampen (verzoekende partij) voor een bedrag van 207.247,98 euro, btw niet inbegrepen.
2. De nv Bruynzeel (tussenkommende partij) voor een bedrag van 289.060,25 euro, btw niet inbegrepen.

3.6. Naar aanleiding van het technisch onderzoek van de offertes door het architectenbureau, vraagt dit namens de verwerende partij op 6 maart 2012 aan beide inschrijvers het volgende:

“In opdracht van de provincie West-Vlaanderen, wensen wij u – overeenkomstig het KB van 08.01.1996, art. 110 [...] – bijkomende uitleg te vragen betreffende de technische specificaties van de aangeboden systemen.

In bijgesloten tabel vindt u de technische vereisten van het bestek opgesomd en de voorlopige beoordeling van de door u bijgevoegde technische documentatie volgens de vereisten van het bestek.

De beoordelingen zijn groen ingekleurd voor conform, geel voor niet gespecificeerd en rood voor niet conform het bestek.

Mogen wij u vragen om ten laatste tegen 20.03.2013 bijkomende informatie te bezorgen die ons toelaat de ‘gele’ en ‘rode’ voorlopige beoordelingen definitief te maken.

[...]”.

Uit de tabel met betrekking tot de offerte van verzoekende partij blijkt dat de volgende drie technische specificaties in het rood zijn aangeduid:

- 1) Rails. In de kolom “Vereisten bestek rekken” wordt onder meer vermeld: “koudgewalst staal en verzinkt”; in de kolom “Bomefa” wordt vermeld: “aluminium”.

- 2) Sokkel. In de kolom “Vereisten bestek rekken” wordt vermeld: “OSB formaldehydeklasse E1, FSC, parketverniss eco label alu oprijplint”; in de kolom “Bomefa” wordt vermeld: “spaanplaat met toplaag, E1, geen FSC”.
- 3) Wielen. In de kolom “Vereisten bestek rekken” wordt onder meer vermeld: “min 750kg per wiel”; in de kolom “Bomefa” wordt vermeld: “400kg”.

De tabel bevat met betrekking tot de offerte van tussenkomende partij “groene” en “gele beoordelingen”.

3.7. Verzoekende partij antwoordt bij brief van 19 maart 2012, die zij zelf als vertrouwelijk stuk aanmerkt (zie infra, pt. 6). Naar eigen zeggen heeft zij daarbij het verzoek tot toelichting van haar technische specificaties in detail en over maar liefst dertien pagina’s beantwoord. Daaraan werden naar haar zeggen 17 bijlagen gevoegd om de conformiteit of minstens de gelijkwaardigheid van haar systeem met het bijzonder bestek nr. 08.32.12 aan te tonen.

Tussenkomende partij antwoordt bij brief van 18 maart 2013. Bij die brief voegt ze de ingevulde tabel met technische vereisten, alsook een detail van het loopwiel. In de ingevulde tabel zijn de gele beoordelingen aangevuld met de bevestigingen dat de tussenkomende partij voldoet aan de bestekvereisten.

3.8. Op 7 juni 2013 stelt het architectenbureau Felix & Partners een gunningsverslag op.

Onder kopje 4.2 “technische inhoud offertes” wordt vermeld:

“We maakten een tabel met de opsomming van alle technische vereisten die beschreven waren in het bestek. De tabel werd afgestipt per offerte aan de hand van volgende coderingen:

Groen = voldoet aan bestek

Geel = de documentatie geeft geen uitsluitel

Rood = voldoet niet aan het bestek

Beide inschrijvers kregen elk de tabel van hun eigen offerte toegestuurd op 07.03.2013 met het verzoek om voor de gele en rode items bijkomende inlichtingen te verstrekken.

Aan de hand van de bijkomende inlichtingen vulden we de oorspronkelijke tabel aan (kolom offerte en kolom bijkomende uitleg).

Volgende coderingen werden gehanteerd:

Groen = voldoet aan bestek

Geel = de documentatie geeft geen uitsluitel

Rood = voldoet niet aan het bestek

Blauw = voldoet aan resultaatsvereiste

Aangevulde tabel in bijlage

We gaan in 4.2.1 en 4.2.2 in op de respectieve technische conformiteit van de offertes”.

Uit de aangevulde tabel blijkt dat betreffende de vereiste “Rails – koudgewalst staal en verzinkt” en de vereiste “Wielen – min 750kg per wiel” de offerte van verzoekster (“aluminium” en “400kg”) nog rood is gekleurd en dus niet voldoet aan het bestek. Betreffende de vereiste “Sokkel – OSB formaldehydeklasse E1, FSC, parketverniss eco label” daarentegen is de offerte van verzoekende partij blauw gekleurd. In de kolom “bijkomende uitleg” wordt daarover vermeld: “C-dur De Luxe met E1 en PEFC”.

De offerte van verzoekende partij wordt vervolgens wat de technische conformiteit betreft als volgt beoordeeld:

“De offerte van Bomefa bevatte voor het deel rails en wielen afwijkende materialen dan beschreven in het bestek. Terwijl de omschrijving stalen rails en wielen met een belasting van 750 kg vraagt leveren zij een systeem van aluminium rails met wielen die 400 kg dragen.

Ook de vloerplaten van de sokkel (verniste OSB panelen tegenover gelamineerde spaanplaat) week af van de technische beschrijving.

In eerste instantie werden daarom deze items rood ingekleurd op tabel A.

In de bijkomende uitleg toont Bomefa in detail aan (dmv testrapporten, uitvoeringstekeningen ed. dat hun systeem voldoet aan de prestatie-eisen van het bestek ondanks de afwijking in materiaalgebruik. (verantwoording Bomefa in bijlage)

We behandelen hierna de belangrijkste items (de cijfers verwijzen naar de cijfers in de verantwoording van Bomefa):

1) Terwijl de stalen rails een grotere druksterkte hebben zijn er bijgevolg minder maar sterkere wielen nodig om de vereiste last van 1000 kg per meter over te brengen naar de vloer. Het systeem van Bomefa met aluminium rails gebruikt meer rails en meer wielen om de vereiste 1000 kg per meter naar de vloer over te brengen. Een voordeel van dit aluminium systeem is dat de lasten beter [worden] gespreid op de vloer.

De bijlagen 1 t/m 4 tonen aan dat de vereiste lasten behaald worden. Bijlage 5 is een Duits GS-Zertifikat dat vervallen is op 30.06.2012. Gezien dit attest

niet specifiek vereist is in het bestek, houden we geen rekening met deze bijlage.

- 2) Het bestek voorziet in een vernist OSB paneel (formaldehydeklaas E1, FSC hout) owv de slijtvastheid van het vernis en de anti-slip werking van de oneffenheden van de OSB plaat. De vloerafwerking van de sokkel is door Bomefa voorzien in een op voorhand afgewerkt paneel (C-dur de Luxe). Het hout is met een PEFC eco-label evenwaardig aan het FSC gelabeld hout en heeft eveneens formaldehydeklaas 1. De anti slip vereiste wordt gehaald door het gestructureerd oppervlak van de afwerkingslaag.
- 3) Wielbelasting 400 kg ipv 750 kg: gezien er meer wielen en meer rails zijn kan de gevraagde last van 1000 kg/m gedragen worden.”.

Het gunningsverslag besluit:

“Bomefa toont aan een degelijk systeem aangeboden te hebben. De opbouw uit aluminium rails en lichtere wielen is echter tegenstrijdig met het gevraagde systeem van stalen rails en zwaardere wielen. Wij kunnen bijgevolg niet anders besluiten dat het aangeboden systeem – hoewel degelijk – niet voldoet aan de beschrijving van het bestek.

5. Voorstel van toewijzing

Gelet op het feit dat de offerte van Bomefa BV niet voldoet aan de technische bepalingen van het bestek;

Gelet op het feit dat de offerte van Bruynzeel bijgevolg de enige geldige offerte is;

Stellen wij voor:

Bomefa BV op de hoogte te stellen dat zijn offerte niet ontvankelijk bevonden werd

[...]

Na akkoord over het verlengen van de gestanddoeningstermijn de werken toe te wijzen aan Bruynzeel Storage Systems NV voor de som van 289 060,25 EURO + 60 702,65 EURO (21% BTW) = 349 762,90 EURO incl. BTW”.

Ten aanzien van de offerte van tussenkomende partij vermeldt het gunningsverslag onder meer:

“De aanvullingen van Bruynzeel bevestigen de vereisten van het bestek, behalve voor de maaswijdte van de schilderijenrekken. Het bestek voorziet in openingen van 80-100mm, terwijl de aangeboden rekken een opening van 50x50 mm hebben. Er is een fijnmaziger verdeling van het ophangrek”.

Uit de “tabel met technische beoordeling offerte en bijkomende toelichting”, blijkt dat verwerende partij deze afwijking blauw heeft ingekleurd en dus heeft beoordeeld als “voldoet aan resultaatsvereiste”.

3.9. Op 4 juli 2013 beslist de deputatie van de provincie West-Vlaanderen de opdracht van levering “lot vaste inrichting/opbergmeubilair voor de herinrichting en uitbreiding depot ruimte kelder tbv. MU.ZEE Oostende” te gunnen aan de nv Bruynzeel Storage Systems voor de som van 289.060,25 euro (excl BTW) of 349.762,902 euro (incl. BTW) (artikel 1) en de offerte van BOMEFA BV te weren (artikel 2) en dit op grond van de volgende overwegingen:

“[...]

- Het aanbestedingsverslag van het architectenbureau Felix en Partners bvba waarbij wordt voorgesteld voormelde opdracht van levering te gunnen aan de laagste regelmatige inschrijver, nv Bruynzeel Storage Systems uit Brussel voor de som van € 289.060,25 (excl. Btw) of € 349.762,90 (incl. btw) en met voorstel de offerte van bv Bomefa te weren wegens substantieel onregelmatig (niet voldoen aan de technische bepalingen uit het bestek)
- Het bijzonder bestek heeft het te plaatsen systeem met stalen rails en zwaardere wielen zeer gedetailleerd omschreven en anderzijds uitdrukkelijk bepaald dat geen varianten zijn toegestaan; de voorgestelde oplossing door bv Bomefa kan dan ook om deze dubbele reden niet worden aanvaard; bij een aanbesteding zijn varianten zoals de voorgestelde alleen geoorloofd wanneer in het bestek gevraagd of toegelaten, wat niet het geval is;
- [...]”.

Dit is de bestreden beslissing.

IV. Tussenkost

4. De verzoekende partij tot 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. Nadere omschrijving van het voorwerp van de vordering

5. Luidens het verzoekschrift vordert verzoekende partij de schorsing van de tenuitvoerlegging van de volgende beslissingen:

- “- de beslissing uitgaande van de deputatie van de provincie West-Vlaanderen van 04.07.2013, overgemaakt per aangetekend schrijven en mail dd. 09.07.2013, ontvangen door verzoekster op 09.07.2013, waarbij de offerte van verzoekende partij in het kader van de overheidsopdracht ‘Opdracht van levering: inrichten kelder museum tot depot: lot vaste inrichting/opbergmeubilair’, onregelmatig is bevonden en geweerd;
- de gunningsbeslissing van de deputatie van West-Vlaanderen van 04.07.2013, overgemaakt per aangetekend schrijven en mail dd. 09.07.2013, ontvangen door verzoekster op 09.07.2013, waarbij voorliggende overheidsopdracht wordt gegund aan Bruynzeel Storage Systems NV voor een bedrag van 349.762,90 EUR (incl. BTW);”.

Het voorwerp van het beroep betreft de supra, pt. 3.9 bedoelde beslissing van 4 juli 2013 van de deputatie van de provincie West-Vlaanderen, hierna aangehaald als de bestreden beslissing.

VI. Vertrouwelijke stukken

Standpunt van de partijen

6. Verzoekende partij heeft twee bij haar verzoekschrift gevoegde stukken als vertrouwelijk aangemerkt, m.n. haar offerte en haar aangetekend schrijven van 19 maart 2013 met 17 bijlagen.

Ook de tussenkomende partij heeft haar offerte als vertrouwelijk aangemerkt.

De verwerende partij betwist formeel deze vertrouwelijkheid niet, maar licht wel op eigen gezag in haar nota de vertrouwelijkheid van een gedeelte van de offerte van verzoekende partij door twee bladzijden er uit in integrale kopie op te nemen in haar nota.

Ter terechtzitting vraagt verzoekende partij de vertrouwelijkheid van haar offerte te erkennen en geen gebruik van dit stuk te maken.

7. Te dezen wordt vastgesteld dat de stukken waarvan verzoekende partij en tussenkomende partij, elk wat zichzelf betreft, de vertrouwelijke behandeling van vragen, uitdrukkelijk zijn aangegeven en vermeld in de inventaris en dat de motieven voor die vraag worden weergegeven in de respectievelijke verzoekschriften.

Het lijkt de Raad van State niet raadzaam al in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid en dus zonder diepgaand onderzoek, de vertrouwelijkheid te lichten van deze stukken, wegens de dreiging daardoor ingrijpende en niet-omkeerbare gevolgen voor het zakengeheim van de betrokken inschrijvers te bewerkstelligen, behoudens datgene waarvan verzoekende partij zelf ter terechtzitting vrijwillig de vertrouwelijkheid heeft gelicht, m.n. de in de nota van verwerende partij omcirkelde woorden uit het uittreksel van haar offerte dat de verwerende partij heeft geciteerd (m.n. de woorden “de rails zijn vervaardigd uit een aluminium extrusieprofiel” en “waardoor een maximale belasting van 400kg per wiel niet wordt overschreden”).

Binnen de hiervoor gestelde perken, blijven de stukken neergelegd door de verzoekende partij en de tussenkomende partij die door hen, elk wat hen betreft, als vertrouwelijk zijn aangemerkt, voorlopig afzonderlijk in het dossier opgenomen bij de vertrouwelijke stukken. De omstandigheid dat de verwerende partij in strijd met deze vertrouwelijkheid, eigengerechtig en op haar verantwoordelijkheid hieraan afbreuk deed in haar nota, leidt niet tot een andere conclusie, maar houdt in dat geen acht wordt geslagen op het in de nota opgenomen uittreksel van de offerte van verzoekende partij, behoudens wat de hiervoor aangehaalde woorden eruit betreft.

VII. De schorsingsvoorwaarden

8. 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.

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 beslissing het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist.

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

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

VIII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

9. In een eerste middel voert verzoekende partij 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 (hierna: wet van 24 december 1993), de artikelen 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 (hierna: koninklijk besluit van 8 januari 1996), de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen (hierna: Wet Motivering Bestuurshandelingen), van het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, het transparantiebeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het vertrouwens- en rechtzekerheidsbeginsel, de formele en de materiële motiveringsplicht, het gelijkheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel, doordat zij ten onrechte wordt geweerd als substantieel onregelmatige inschrijver omdat haar offerte niet voldoet aan de technische bepalingen uit het bestek.

De verzoekende partij licht toe dat inzake de beoordeling van afwijkingen van technische bestekbepalingen, niet alle afwijkingen van technische specificaties noodzakelijkerwijze leiden tot substantiële onregelmatigheid. Volgens haar bevat haar offerte geen essentiële afwijkingen van de technische bestekbepalingen. Ter zake stelt ze dat het derde deel van het bestek, “technische bepalingen”, geen onderscheid maakt tussen essentiële technische bepalingen en niet-essentiële technische bepalingen. Evenmin blijkt uit het bestek dat een afwijking van de technische bepalingen zal leiden tot substantiële onregelmatigheid van de offerte, noch dat een bepaling is voorgeschreven op straffe van nietigheid.

Ook uit de handelwijze van de verwerende partij tijdens de aanbestedingsprocedure kan zulks niet worden afgeleid.

In de eerste plaats verwijst verzoekende partij ter zake naar de antwoorden die verwerende partij gaf op haar vragen bij de voorbereiding van haar offerte – i.e. de e-mail van 9 november 2012 van het architectenbureau op haar op 8 november 2012 gestelde vragen -, waaruit volgens verzoekende partij blijkt dat een afwijking van een technische bepaling vermeld in het bestek mogelijk was indien de gelijkwaardigheid van het voorgestelde systeem werd aangetoond. Verwerende partij is gebonden door de antwoorden die zij gaf op deze vragen en die deel uitmaken van het gunningsdossier. Aangezien verwerende partij uitdrukkelijk heeft aangegeven dat een afwijking van een technische bepaling mogelijk is zolang de gelijkwaardigheid van de aanbidding wordt aangetoond, kon en mocht verwerende partij bij de beoordeling van de offertes niet zomaar de offerte van verzoekende partij weren. De motivering in de bestreden beslissing gaat zelfs integraal in tegen de eerder gegeven antwoorden. Indien verwerende partij een afwijking van de voormelde technische bepalingen had willen sanctioneren met substantiële onregelmatigheid van de offerte, dan had zij dit ook zo moeten aangeven in haar antwoorden op de vragen gesteld door verzoekende partij. Nu de verwerende partij dit niet heeft gedaan en integendeel zelf heeft gesteld dat het volstond de gelijkwaardigheid van het systeem aan te tonen, mocht verzoekende partij er absoluut van uit gaan dat een afwijking van de technische bepalingen was toegelaten mits haar systeem aan de vereiste van gelijkwaardigheid voldeed. Door naderhand bij het technisch onderzoek van de offertes een andere (tegenstrijdige) houding aan te nemen, schendt de bestreden beslissing het patere legem quam ipse fecisti-beginsel, het transparantiebeginsel en zorgvuldigheidsbeginsel en meer specifiek het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel dat hieruit voortvloeit.

Ten tweede lijkt volgens verzoekende partij ook de beoordelingsmethode van de technische regelmatigheid van de offertes er op te wijzen dat niet elke afwijking van een technische bepaling van het bestek, leidt

tot substantiële onregelmatigheid van de offerte. Dit zal volgens verzoekende partij namelijk niet het geval zijn wanneer de resultaatsvereisten zijn bereikt.

Aangezien uit het voorgaande duidelijk blijkt dat een afwijking van een technische bestekbepaling niet zal leiden tot (substantiële) onregelmatigheid van de offerte mits de resultaatsvereisten zijn bereikt, kon de verwerende partij niet stellen dat de offerte van verzoekende partij moest worden geweerd wegens substantieel onregelmatig. Alvorens dit te doen, had verwerende partij moeten aantonen dat deze offerte niet voldoet aan de resultaatsvereisten en/of niet als gelijkwaardig kon worden beschouwd. Artikel 65/5, 6° van de wet van 24 december 1993 stelt uitdrukkelijk dat de motieven betrekking moeten hebben op de beslissing dat de voorgestelde oplossingen niet gelijkwaardig zijn aan de technische specificaties. Door dit niet te doen, schendt verwerende partij de formele motiveringsplicht en de artikelen 65/4 en 65/5 van de voornoemde wet van 24 december 1993.

Verzoekende partij voert verder aan dat de motieven vervat in de bestreden beslissing vooreerst niet in overeenstemming zijn met de inhoud van het gunningsverslag van het architectenbureau en bovendien feitelijke grondslag missen nu verzoekende partij geen varianten heeft ingediend. Dit houdt een miskenning in van de materiële motiveringsplicht. In het gunningsverslag van het architectenbureau is bevestigd dat het systeem aangeboden door verzoekende partij als gelijkwaardig wordt beschouwd. In strijd daarmee wordt wel voorgesteld de opdracht te gunnen aan tussenkomende partij op grond van het feit dat de offerte van verzoekende partij niet voldoet aan de technische bepalingen van het bestek. In de bestreden gunningsbeslissing geeft verwerende partij echter een heel andere draagwijdte aan het voorstel van het architectenbureau aangezien nergens uit het verslag blijkt dat een afwijking van de technische bepalingen uit het bestek leidt tot substantiële onregelmatigheid van een offerte. Integendeel laat de beoordelingsmethode van het technisch onderzoek juist ruimte voor een afwijking van de technische bepalingen uit het bestek, zolang de resultaatsvereisten bereikt zijn, hetgeen voor de offerte van verzoekende partij ook wordt bevestigd in het gunningsverslag. De overweging in de bestreden

beslissing dat het bestek geen varianten toeliet, is geen deugdelijke motivering aangezien verzoekende partij geen variante heeft aangeboden. Zij heeft enkel een gelijkwaardig systeem voorgesteld dat voldoet aan de resultaatsvereisten.

Ten slotte zet verzoekende partij ook uiteen dat het gelijkheidsbeginsel is miskend aangezien de offerte van de gekozen inschrijver eveneens afwijkt van de technische bepalingen in het bestek. Er wordt immers vastgesteld dat de maaswijdte van de schilderijrekken aangeboden door de gekozen inschrijver, 50 x 50 mm is terwijl het bestek voorziet in openingen van 80/100mm. In het gunningsverslag wordt verder niets vermeld over de gelijkwaardigheid van het systeem aangeboden door de tussenkomende partij. Uit de tabel met technische beoordeling van de offerte en bijkomende toelichting blijkt wel dat verwerende partij deze afwijking heeft beoordeeld als “voldoet aan resultaatsvereiste”. Indien verwerende partij elke afwijking van de technische bepalingen had willen sanctioneren met substantiële onregelmatigheid, had zij deze sanctie op beide offertes op dezelfde wijze moeten toepassen. Door dit niet te doen, schendt zij de gelijke behandeling van de inschrijvers.

Beoordeling

10. Luidens artikel 15 van de wet van 24 december 1993 dient bij openbare of beperkte aanbesteding, de opdracht toegewezen te worden aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte indient.

Artikel 110, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 bepaalt:

“Onverminderd de nietigheid van elke offerte wegens afwijking van de essentiële besteksbepalingen zoals deze opgesomd in artikel 89, kan de aanbestedende overheid offertes als onregelmatig en derhalve als onbestaande beschouwen, indien zij niet overeenstemmen met de bepalingen van deze titel, enig voorbehoud inhouden, of bestanddelen bevatten die niet met de werkelijkheid overeenstemmen”.

Luidens artikel 89, derde lid, van ditzelfde koninklijk besluit omvatten de essentiële voorwaarden van de opdracht onder meer “prijzen, termijnen, technische specificaties”.

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 prijzen, de termijnen en de technische specificaties, 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 *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 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 deze beoordelingsbevoegdheid steeds in het licht van de concrete, beschikbare gegevens moet worden uitgeoefend. In het ene en het andere geval moet de beoordeling uitgaan van aanvaardbare motieven die voortvloeien uit een zorgvuldig onderzoek.

Een afwijking van het bestek die de objectieve vergelijkbaarheid van de offertes in gedrang brengt, lijkt alleszins te leiden tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte.

Het staat voorts in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid en niet aan de Raad van State om te beoordelen of een offerte beantwoordt aan bestekbepalingen, zij het dat de Raad van State daarbij mag nagaan of die beoordeling steunt op in rechte aanvaardbare motieven die

voortvloeien uit een zorgvuldig onderzoek en of daarbij de perken van de redelijkheid niet zijn overschreden, ingeval het afdoen van een middel noopt tot dergelijke controle.

11. De offerte van verzoekende partij is te dezen onregelmatig verklaard omdat ze niet voldoet aan de technische bepalingen van het bestek met betrekking tot de stalen rails en zwaardere wielen van het gevraagde systeem.

Uit de gegevens van de zaak blijkt dat in het bestek (post 01.01.11) als technische vereiste onder meer wordt opgelegd dat de rails waarin de rekken rijden dienen uitgevoerd te worden in koudgewalst staal en in verzinkte uitvoering dienen te zijn en dat de wielen dienen te worden uitgevoerd in gedraaid staal of gietijzer en moeten voldoen aan een belasting van minimum 750 kg per wiel.

Verzoekende partij heeft in haar offerte een systeem aangeboden met rails die vervaardigd zijn uit een aluminium extrusieprofiel met wielen die slechts een maximale belasting hebben van 400 kg. Zij betwist op zich aldus niet dat de rails die zij aanbood niet in koudgewalst staal zijn en de wielen die ze aanbood, geen belasting kunnen dragen van 750 kg per wiel. In essentie meent zij echter dat de betreffende technische vereisten geen essentiële bestekbepalingen betreffen en dat zij genoegzaam aangetoond heeft dat het systeem dat zij aanbood, gelijkwaardig is aan het gevraagde systeem hetgeen ook zou zijn vastgesteld in het gunningsverslag.

12. Het enkele feit dat te dezen de technische bepalingen van het bestek op het eerste gezicht geen onderscheid maken tussen essentiële technische eisen en andere, noch zijn voorgeschreven op straffe van nietigheid, is - gelet op het ter zake vereiste *in concreto* onderzoek – niet bepalend ter beoordeling *in concreto* of de betrokken bestekbepalingen al dan niet van essentiële aard zijn.

In concreto blijkt uit de lezing van de technische bepalingen van het bestek met betrekking tot de te leveren verrijdbare rekken dat de

aanbestedende overheid het archiefsysteem dat zij wenst en de rails en de wielen in het bijzonder zeer gedetailleerd heeft omschreven en dit telkens in de gebiedende wijs. Voorts is uitdrukkelijk bepaald dat varianten niet toegelaten zijn. De technische vereisten dat de rails in koudgewalst staal en in verzinkte uitvoering dienen te zijn, de wielen in gedraaid staal of gietijzer en voorzien zijn voor een belasting van minimum 750 kg, lijken in deze stand van het geding redelijkerwijs beschouwd te kunnen worden als essentiële bestekbepalingen, zoals bedoeld in artikel 110, § 2 *juncto* artikel 89 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, minstens toont verzoekende partij niet aan dat het niet zou gaan om niet-essentiële bestekbepalingen.

13. Anders dan wat verzoekende partij voorhoudt, blijkt in deze stand van de procedure de handelwijze van verwerende partij tijdens de aanbestedingsprocedure – m.n. enerzijds de verstrekte antwoorden op de opmerkingen van verzoekende partij en anderzijds de wijze van beoordeling van de technische conformiteit van de offertes - niet tot een ander besluit te leiden.

Wat ten eerste de antwoorden van verwerende partij bij mail van 9 november 2012 betreft op de opmerkingen 9 en 10 gemaakt bij e-mail van 8 november 2012 van verzoekende partij (zie *supra*, pt. 3.4.), dient in ieder geval te worden vastgesteld dat de aanbestedende overheid noch in de geviseerde mail noch in enig ander stuk uit het administratief dossier waarop de Raad van State vermag acht te slaan, aan verzoekende partij lijkt te hebben bevestigd dat de uitvoering van de rails in aluminium in plaats van koudgewalst staal en de wielen met een belasting van maximaal 400 kg conform zouden zijn aan de bestekvereisten. Verder blijkt de aanbestedende overheid op de vraag nummer 9 van verzoekende partij of haar systeem met rails in aluminium gelijkwaardig is aan de uitvoering met rails in koudgewalst staal, in het algemeen te hebben geantwoord dat de gelijkwaardigheid door de fabrikant moet worden aangetoond door middel van testrapporten betreffende druksterkte, buigsterkte, slijtage, uitzettingen. Er kan aldus worden gesteld dat de verwerende partij hiermee uit de vraagstelling van verzoekende partij lijkt begrepen te hebben dat deze vraagt naar de gelijkwaardigheid van een product aan de technische specificaties van het

bestek, waarop verwerende partij in het algemeen antwoordt dat gelijkwaardigheid dient te worden aangetoond door de fabrikant door middel van testrapporten, zoals dat overigens voorzien is in artikel 83*bis* van het koninklijk besluit van 8 januari 1996. Anders dan wat verzoekende partij voorhoudt, lijkt de verwerende partij hiermee echter niet te hebben aangegeven dat kon worden “afgeweken” van de technische vereiste van het materiaal van de rails zoals verzoekende partij voorhoudt. Bovendien wordt te dezen in het bestek niet verwezen naar een norm en wordt in het bestek ook niet bepaald dat een gelijkwaardig product kan worden voorzien, maar wordt de (essentiële) technische vereiste opgelegd dat de rails dienen uitgevoerd te worden in koudgewalst staal. De enkele opmerking van het architectenbureau, dat optreedt voor de aanbestedende overheid, aan verzoekende partij dat de gelijkwaardigheid door de fabrikant zal dienen aangetoond te worden door middel van testrapporten en dergelijke, lijkt daardoor op het eerste gezicht niets af te doen aan de duidelijke bepalingen van het bestek en het essentiële karakter van de technische vereiste dat de rails worden uitgevoerd in koudgewalst staal. Wat de opmerking nummer 10 betreft, vraagt verzoekende partij daarin op algemene wijze of haar voorgestelde wagentechniek conform is aan het bestek, waarop de aanbestedende overheid antwoordt dat zij niet beschikt over voldoende gegevens om te beoordelen of het product voldoet. Uit dit antwoord kan redelijkerwijs op het eerste gezicht op geen enkele wijze worden afgeleid dat de aanbestedende overheid hiermee zou hebben willen aangegeven dat kan worden afgeweken van de in het bestek gevraagde belasting van de wielen van 750 kg. Met haar antwoord lijkt verwerende partij enkel aan te geven dat zij juist nog geen beoordeling kan doen van de conformiteit van het systeem van verzoekende partij met de bestekvereisten, omdat zij op grond van de algemene vraagstelling van verzoekende partij, niet beschikt over de daartoe vereiste informatie. Uit de voormelde antwoorden kan derhalve niet worden afgeleid dat de kwestieuze voorschriften inzake de rails en de wielen niet essentieel zouden zijn. *A fortiori* en anders dan wat verzoekende partij aanvoert, kan aldus de verwerende partij niet ten kwade worden geduid dat zij in haar antwoorden niet heeft aangegeven dat ze de afwijking van de technische bepalingen inzake de stalen rails en de

wielen van 750 kg zou sanctioneren met de substantiële onregelmatigheid van de offerte.

Anders dan wat verzoekende partij stelt, lijkt ten tweede evenmin de wijze waarop de technische conformiteit van de offertes is beoordeeld, een afbreuk te doen aan het essentiële karakter van de voormelde technische vereisten inzake de stalen rails en de minimale belasting van de wielen. Uit de stukken van het administratief dossier waarop de Raad van State vermag acht te slaan, en in het bijzonder uit de brief dat het architectenbureau op 6 maart 2012 naar de beide inschrijvers stuurde, blijkt enkel dat het architectenbureau dat in opdracht van de aanbestedende overheid de offertes onderzocht op hun technische conformiteit, meende niet over alle informatie te beschikken om deze conformiteit te kunnen beoordelen. Het was van oordeel dat de informatie betreffende sommige technische vereisten niet afdoende was gespecificeerd in de offerte, waardoor die een code geel kregen, dan wel dat op grond van de aanwezige informatie de offerte niet conform leek voor bepaalde technische vereisten waardoor die een code rood kregen. Gelet hierop, vraagt het architectenbureau dan ook om de nodige informatie te bezorgen zodat het zijn beoordeling van de technische vereisten definitief kan maken. Na ontvangst van de gevraagde informatie, heeft het architectenbureau vervolgens bij de verdere beoordeling van de offertes een tabel met de technische beoordeling van de offertes opgesteld en waarin t.a.v. de offerte van verzoekende partij voor twee technische vereisten een code blauw werd aangebracht. Hiermee gaf het architectenbureau aan dat naar zijn oordeel voor deze technische vereisten werd voldaan aan de resultaatsvereiste van het bestek. Deze in blauw aangeduide technische vereisten hebben echter kennelijk geen betrekking op het materiaal van de rails, noch op de belasting van de wielen, zodat op het eerste gezicht niet valt in te zien hoe hieruit zou kunnen worden afgeleid dat de vermelde technische vereisten inzake de rails en de wielen niet essentieel zouden zijn, noch hoe hieruit zou kunnen worden afgeleid dat het architectenbureau - en met dit de aanbestedende overheid - zou hebben geoordeeld dat de technische vereisten met betrekking tot de rails en de wielen niet essentieel zouden zijn.

Uit het voorgaande volgt dat verzoekende partij op het eerste gezicht uit de gegeven antwoorden op haar vragen en uit de beoordelingsmethode ten onrechte afleidt dat een afwijking van de technische bepalingen is toegelaten mits haar systeem aan de vereiste van gelijkwaardigheid voldeed.

Tot slot en voor zover verzoekende partij zou aanvoeren dat de aanbestedende overheid bij de beoordeling van de offertes rekening zou moeten houden met de gelijkwaardigheid van de totaliteit van het door verzoekende partij aangeboden systeem met het in het bestek gevraagde systeem - in die zin dat het systeem met inbegrip van de rails in aluminium en de wielen van 400 kg zou voldoen aan de prestatie- of resultaatsvereisten van het bestek - lijkt dit op het eerste gezicht duidelijk in strijd te zijn met de gedetailleerde beschrijving van de technische vereisten van de verschillende onderdelen van het rekkensysteem in het bestek. Ten overvloede merkt de tussenkomenende partij overigens op dat verzoekende partij ter zake geenszins betwist dat deze bestekbepalingen onwettig zouden zijn op grond van artikel 85 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 omdat ze concurrentiebeperkend zouden zijn.

In redelijkheid moet worden besloten dat de technische vereiste dat rails in koudgewalst staal en in verzinkte uitvoering dienen te zijn en dat wielen voorzien dienen te zijn voor een belasting van minimum 750 kg, essentiële technische voorschriften lijken. De offerte van verzoekende partij wijkt hiervan af, zodat het bestuur die offerte buiten beschouwing moet laten, waarbij het ter zake niet beschikt over een discretionaire bevoegdheid. Overeenkomstig de regels die het zichzelf in het bestek had opgelegd, en met het oog op de gelijke behandeling van de inschrijvers, kon de aanbestedende overheid dan ook niet anders dan de offerte van verzoekende partij te weren nu deze afweek van de technische vereisten van het bestek. Er is dan ook geen schending van het pater legem-beginsel vast te stellen, noch van het “transparantiebeginsel”, rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel en de aanbestedende overheid lijkt juist in overeenstemming met artikel 110, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, *juncto* artikel 89 van het zelfde koninklijk besluit geoordeeld te hebben dat

de offerte van verzoekende partij in strijd was met de technische vereisten van het bestek en bijgevolg onregelmatig.

14. Verzoekende partij voert ook nog de schending aan van de formele motiveringsplicht vervat in de artikelen 2 en 3 Wet Motivering Bestuurshandelingen en in de artikelen 65/4, 5° en 65/5, 6°, van de wet van 24 december 1993.

De artikelen 2 en 3 van Wet Motivering Bestuurshandelingen verplichten de overheid ertoe in de akte de juridische en feitelijke overwegingen op te nemen die aan de beslissing ten grondslag liggen, en dat op een “afdoende” wijze. Het afdoende karakter van de motivering betekent dat de motivering pertinent moet zijn, dit wil zeggen dat ze duidelijk met de beslissing te maken moet hebben, en dat ze draagkrachtig moet zijn, dit wil zeggen dat de aangehaalde redenen moeten volstaan om de beslissing te dragen. De belangrijkste bestaansredenen van de motiveringsplicht, zoals die door de voormelde wetsbepalingen wordt opgelegd, bestaat erin dat de betrokkene in de hem aanbelangende beslissing zelf de motieven moet kunnen aantreffen op grond waarvan ze werd genomen, derwijze dat blijkt, of minstens kan worden nagegaan of de overheid is uitgegaan van gegevens die in rechte en in feite juist zijn, of zij die gegevens correct heeft beoordeeld, en of zij op grond daarvan in redelijkheid tot haar beslissing is kunnen komen, zodat de betrokkene met kennis van zaken zou kunnen uitmaken of het aangewezen is de beslissing met een annulatieberoep te bestrijden.

Overeenkomstig het eveneens ingeroepen artikel 65/4, 5°, van de wet van 24 december 1993 dient een aanbestedende instantie een gemotiveerde beslissing op te stellen wanneer ze een opdracht gunt. Artikel 65/5, 6° van dezelfde wet bepaalt dat deze gemotiveerde beslissing dient te bevatten, “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”.

De formele motivering van de bestreden beslissing is hiervoor weergegeven (zie *supra*, pt. 3.9.). Aangezien uit het voorgaande al gebleken is dat op het eerste gezicht dient te worden vastgesteld dat de offerte van verzoekende partij afweek van essentiële technische bepalingen van het bestek, waarbij, anders dan wat verzoekende partij stelt, er geen ruimte is voor afwijkend materiaalgebruik zolang de resultaatsvereisten door het voorgestelde systeem zijn bereikt, valt op het eerste gezicht niet in te zien waarom de aanbestedende overheid haar beslissing meer diende te motiveren dan ze deed. De geboden motivering verschaft zowel in rechte als in feite, aan verzoekende partij voldoende duidelijkheid omtrent het determinerende motief van het onregelmatig bevinden van haar offerte, hetgeen overigens ook blijkt uit het feit dat zij in het middel ook de deugdelijkheid van dit dragende motief betwist. Voorts blijkt in elk geval dat verzoekende partij de gelijkwaardigheid van aluminium rails op zich aan rails in koudgewalst staal en de gelijkwaardigheid van wielen met een belasting van 400 kg op zich aan wielen met een belasting van 750 kg, niet aan de aanbestedende overheid te hebben overgelegd, zodat niet valt in te zien waarom “in voorkomend geval” de motieven betrekking zouden moeten hebben op de beslissing dat de voorgestelde oplossingen niet gelijkwaardig zijn aan de technische specificaties, los van de vraag of de in de betreffende bestekbepalingen opgenomen technische vereisten al onder de toepassing van artikel 83*bis* van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 zouden vallen.

15. Verzoekende partij voert ook nog de schending aan van de materiële motiveringsplicht, waarbij die er volgens haar in zou bestaan dat de motieven vervat in de bestreden beslissing niet in overeenstemming zijn met de inhoud van het gunningsverslag en bovendien feitelijke grondslag missen nu verzoekende partij geen varianten heeft ingediend.

De materiële motiveringsplicht houdt in dat iedere administratieve rechtshandeling moet steunen op motieven waarvan het feitelijk

bestaan naar behoren bewezen is en die in rechte ter verantwoording van die handeling in aanmerking kunnen worden genomen. Bij de beoordeling van de naleving van de materiële motiveringsplicht is de Raad van State niet bevoegd om zijn oordeel omtrent de feiten in de plaats te stellen van het oordeel van het bestuur. Hij is enkel bevoegd om na te gaan of de administratieve overheid is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens, of zij die correct heeft beoordeeld en of zij op grond daarvan in redelijkheid tot haar besluit is kunnen komen.

In de bestreden beslissing wordt uitdrukkelijk aangegeven dat in het gunningsverslag, waarnaar ook wordt verwezen, wordt voorgesteld de offerte van verzoekende partij te weren wegens substantiële onregelmatigheid omwille van het niet voldoen aan de technische bepalingen van het bestek. In het gunningsverslag wordt uitdrukkelijk als besluit aangegeven dat verzoekende partij weliswaar een degelijk systeem aangeboden heeft, maar dat de opbouw uit aluminium rails en lichtere wielen tegenstrijdig is met het gevraagde systeem van stalen rails en zwaardere wielen, zodat deze niet voldoen aan de beschrijving van het bestek. Uit wat hierboven reeds werd aangegeven blijkt dit besluit niet in tegenstrijd te zijn met de beoordeling van de offertes door het architectenbureau. Bovendien voegt verwerende partij daar in de bestreden beslissing nog aan toe dat het systeem met stalen rails en zwaardere wielen zeer gedetailleerd werd omschreven in het bestek en dat in het bestek ook uitdrukkelijk werd bepaald dat geen varianten werden toegelaten. Op het eerste gezicht valt niet in te zien hoe redelijkerwijze deze overweging materiële grondslag zou missen, nu verzoekende partij, gelet op wat hiervoor is aangegeven, geacht moet worden een offerte te hebben ingediend die afwijkt van de technische bepalingen, zodat de aanbestedende overheid op het eerste gezicht terecht lijkt te hebben kunnen oordelen dat een door het bestek verboden variant werd ingediend.

16. Verzoekende partij doet verder in het middel nog gelden dat het gelijkheidsbeginsel is geschonden. In essentie steunt deze grief op het feitelijk gegeven dat, volgens verzoekende partij, de offerte van de tussenkomende partij eveneens afwijkt van de technische bepalingen in het bestek, met name wat de maaswijdte betreft van de schilderijrekken. Indien verwerende partij elke

afwijking van de technische bepalingen had willen sanctioneren met substantiële onregelmatigheid, had zij deze sanctie op beide offertes op dezelfde wijze moeten toepassen, hetgeen ze volgens verzoekende partij niet deed.

De verwerende partij oordeelde dat het door de tussenkomen de partij aangeboden schilderijrek voldoet aan de resultaatsvereiste van het bestek wat de maaswijdte betreft van de gaaswand, hoewel een maaswijdte van 50 x 50 mm wordt aangeboden, terwijl een maaswijdte van maximum 80/100 mm was gevraagd. De verzoekende partij maakt op geen enkele wijze aannemelijk waarom een maaswijdte van 50 x 50 mm zou afwijken van een vereiste maaswijdte van maximum 80/100 mm. In deze stand van het geding lijkt het de Raad van State immers dat een maaswijdte van 50 x 50 mm kleiner is dan de maximaal in het bestek toegelaten wijdte van 80/100 mm. De in de offerte van tussenkomen de partij vooropgestelde maaswijdte lijkt aldus te voldoen aan de technische bepaling zoals ze gesteld is in het bestek, zonder dat voorts zou moeten worden aangetoond dat hetzelfde resultaat wordt bereikt. Verzoekende partij gaat dan ook op het eerste gezicht uit van een verkeerde veronderstelling van de feiten wanneer zij meent dat uit dit gegeven blijkt dat de aanbestedende overheid voor sommige technische bepalingen aanvaardde dat er een afwijking was indien voldaan werd aan het beoogde resultaat. Het middel mist dan ook feitelijke grondslag op dit punt.

17. Verzoekende partij voert tot slot ook de schending aan van het zorgvuldigheidsbeginsel, doch ze bouwt ter zake geen specifieke argumentatie op, zodat deze grief ofwel geacht moet worden samen te vallen met wat hiervoor al is besproken, ofwel onontvankelijk te zijn.

18. Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

19. In een tweede middel voert verzoekende partij de schending aan van artikel 15 van de wet van 24 december 1993, van de artikelen 89 en artikel 110, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, de artikelen 10 en 11 van de grondwet, de artikelen 2 en 3 van de Wet Motivering Bestuurshandelingen, de schending van de beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het transparantiebeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel, in het bijzonder het vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel, de formele en materiële motiveringsplicht, het gelijkheidsbeginsel en redelijkheidsbeginsel, doordat in de bestreden beslissing de opdracht wordt gegund aan de tussenkomende partij en de offerte van verzoekende partij wordt geweerd wegens substantieel onregelmatig, terwijl de offerte van tussenkomende partij eveneens afwijkt van de technische bepalingen uit het bestek en terwijl tussenkomende partij zelfs niet aantoonde dat het door haar aangeboden systeem, ondanks de afwijking, voldoet aan de resultaatsvereisten/prestatie-eisen en/of als gelijkwaardig kan worden beschouwd, hetgeen verzoekende partij wel heeft gedaan, zodat de opdracht geenszins kon worden gegund aan tussenkomende partij, nu deze inschrijver geen regelmatige offerte heeft ingediend.

Verzoekende partij licht toe in wat als een eerste onderdeel kan worden beschouwd, dat de offerte van tussenkomende partij substantieel onregelmatig is omdat ze afwijkt van de technische bepalingen uit het bestek aangezien het bestek een gaaswand vereist met een maximum maaswijdte van 80/100 mm, terwijl de offerte van tussenkomende partij voorziet in een maaswijdte van 50 x 50 mm. Dit blijkt ook uit de tabel met de technische beoordeling van de offertes en bijkomende toelichting, waarin deze technische vereiste wat de offerte van tussenkomende partij betreft, blauw is gekleurd, hetgeen betekent “voldoet aan resultaatsvereiste”, en waarmee duidelijk wordt aangegeven dat de offerte afwijkt van de technische bepalingen van het bestek. Verwerende partij had aan deze afwijking dan ook dezelfde gevolgen moeten

hechten als bij de offerte van verzoekende partij. Ze had aldus de offerte als substantieel onregelmatig moeten weren. Door dit niet te doen, schendt zij de gelijke behandeling van de inschrijvers.

Daarnaast wordt volgens verzoekende partij ook de materiële motiveringsplicht geschonden. In het gunningsverslag wordt vastgesteld dat de offerte van tussenkomenende partij afwijkt van de technische bepalingen van het bestek, om daarna te besluiten dat “het voorgestelde systeem van Bruynzeel voldoet aan de eisen van het bestek”. De bestreden gunningsbeslissing zegt helemaal niets omtrent de vastgestelde afwijking van de technische bepalingen, maar verwijst wel uitdrukkelijk naar de afwijkingen van verzoekende partij en sanctioneert deze met substantiële onregelmatigheid. Met deze inconsequente houding schendt verwerende partij de zorgvuldigheidsplicht, en in het bijzonder het transparantiebeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel.

In wat als een tweede onderdeel kan worden beschouwd, voert verzoekende partij aan dat tussenkomenende partij niet bewijst dat zij voldoet aan de technische specificaties van het bestek en evenmin aantoonst dat haar systeem voldoet aan de resultaatsvereiste. Tussenkomenende partij heeft inzake de in het “geel” aangeduide beoordelingen op de tabel, louter bevestigd dat haar systeem voldoet aan de bestekvereisten. Noch in haar offerte, noch in haar antwoord op de bijkomende toelichting toont tussenkomenende partij echter aan dat het door haar aangeboden systeem daadwerkelijk voldoet aan de technische bepalingen van het bestek, terwijl verzoekende partij de technische specificaties van haar systeem bewijst aan de hand van 17 bijlagen. Op de aanbestedende overheid rust nochtans de verplichting om de regelmatigheid van de offertes te onderzoeken. Van een zorgvuldige inschrijver wordt dan ook verwacht dat wanneer hij een offerte indient, hij de nodige informatie bijvoegt zodat de conformiteit van zijn aanbieding met de technische bestekbepalingen kan worden nagegaan. Het is duidelijk dat tussenkomenende partij niet aan deze verwachting heeft voldaan aangezien deze, zelfs na uitdrukkelijk verzoek van de verwerende partij tot bijkomende informatie, nog steeds heeft nagelaten de nodige technische

documentatie bij te voegen. Om die reden alleen al kon de offerte van tussenkomende partij niet zomaar regelmatig worden verklaard. Het is duidelijk dat het regelmatigheidsonderzoek niet met de vereiste zorgvuldigheid is gebeurd. Daarnaast heeft verwerende partij volgens verzoekende partij, op basis van het antwoord van tussenkomende partij op het verzoek tot bijkomende toelichting, vastgesteld dat haar offerte een duidelijke afwijking bevat van de technische bepalingen, m.n. de hiervoor reeds in het middel aangehaalde maaswijdte. Het is echter onduidelijk op basis van welke technische documentatie verwerende partij is gekomen tot de beoordeling dat deze voldoet aan de resultaatsvereiste. De loutere vaststelling dat de “maasopening 50x50mm” voldoet aan de resultaatsvereiste, is geen afdoende motivering.

Beoordeling

20. Inzake het eerste onderdeel van het middel is uit de bespreking van het eerste middel gebleken dat de offerte van de tussenkomende partij niet afwijkt van de technische bepalingen inzake de maaswijdte van de gaaswand. Verzoekende partij voert te dezen geen argumenten aan die zouden toelaten de daar gedane conclusies te nuanceren. Het eerste onderdeel van het middel mist derhalve feitelijke grondslag.

21. Wat het tweede onderdeel betreft, betoogt verzoekende partij vooreerst dat het regelmatigheidsonderzoek niet met de vereiste zorgvuldigheid is uitgevoerd en dit in essentie omdat tussenkomende partij zich beperkte tot het louter bevestigen dat haar systeem voldoet aan de bestekvereisten en naliet de nodige technische documentatie bij te voegen, terwijl op de verwerende partij de verplichting rust de regelmatigheid van de offertes te onderzoeken en de offerte van tussenkomende partij niet zomaar regelmatig kon worden verklaard.

Het zorgvuldigheidsbeginsel houdt in dat het bestuur zijn beslissing op zorgvuldige wijze moet voorbereiden. Dit impliceert dat de beslissing dient te steunen op werkelijk bestaande en concrete feiten die met de vereiste zorgvuldigheid werden vastgesteld. De zorgvuldigheid verplicht de

overheid onder meer om zorgvuldig te werk te gaan bij de voorbereiding van de beslissing en ervoor te zorgen dat de feitelijke en juridische aspecten van het dossier deugdelijk onderzocht worden, zodat de overheid met kennis van zaken kan beslissen.

Het komt in de eerste plaats aan het bestuur toe de offertes te beoordelen ook wat de verenigbaarheid ervan betreft met de in het bestek opgenomen technische specificaties. Hierbij oordeelt ze op discretionaire wijze of de haar voorgelegde gegevens volstaan om te oordelen of de offertes regelmatig zijn.

Te dezen heeft het namens de verwerende partij optredend architectenbureau bij de voorlopige beoordeling vastgesteld dat de offerte van tussenkomende partij enkel groene (voldoet aan bestek) en gele (geen specificaties in offerte) beoordelingen bevat. Op vraag van het architectenbureau tot bijkomende informatie in verband met deze “gele” voorlopige beoordelingen, bezorgde tussenkomende partij een aangevulde tabel met de bevestigingen dat het systeem van tussenkomende partij voldoet aan de bestekvereisten, waarop het architectenbureau besloot in het gunningsverslag:

“In tabel B geven we onze beoordeling van de aanvullingen:

De aanvullingen van Bruynzeel bevestigen de vereisten van het bestek, behalve voor de maaswijdte van de schilderijrekken. Het bestek voorziet in openingen van 80-100mm, terwijl de aangeboden rekken een opening van 50x50mm hebben. Een fijnmaziger verdeling van het ophangrek.

BESLUIT: het voorgestelde systeem van Bruynzeel voldoet aan de eisen van het bestek”.

De door verzoekende partij gegeven kritiek ter zake geeft ongetwijfeld blijk van een andere feitelijke beoordeling van de gegevens van de zaak dan de aanbestedende overheid, doch verzoekende partij maakt in deze stand van het geding niet aannemelijk dat de aanbestedende overheid, door op grond van deze aanvullende informatie te besluiten dat de offerte van tussenkomende partij regelmatig is en voldoet aan de eisen van het bestek, het regelmatigheidsonderzoek niet met de vereiste zorgvuldigheid heeft uitgevoerd. In het bijzonder geeft verzoekende partij ter zake geen concrete elementen of

aanwijzingen en beperkt zij zich tot algemeenheden. Met ter terechtzitting mondeling gegeven argumenten en verduidelijkingen kan, gelet op het schriftelijk karakter van de procedure en met respect van het recht van verdediging van de overige partijen in het geding, geen rekening worden gehouden.

Wat de aangevoerde schending van de formele motiveringsplicht (en –wet) betreft, volstaat de vaststelling dat deze grief uitgaat van de verkeerde voorstelling dat de technische bepaling inzake de maaswijdte een afwijking inhoudt van het bestek. Uit hetgeen hiervoor is uiteengezet, blijkt dat dit niet het geval is, zodat in deze stand van het geding niet in te zien valt waarom de gegeven formele motivering niet afdoende zou zijn op dat punt.

22. Wat de overige in het middel aangevoerde geschonden geachte bepalingen en beginselen betreft, bouwt verzoekende partij geen specifieke argumentatie op, zodat deze grieven ofwel geacht moet worden samen te vallen met wat hiervoor al is besproken, ofwel onontvankelijk te zijn.

23. Het tweede middel is niet ernstig.

IX. Besluit

24. 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 Bruynzeel Storage Systems tot tussenkomst in de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid 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 tussenkommende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst in de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 13 augustus 2013, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Geert Debersaques,	staatsraad, wnd. voorzitter,
bijgestaan door	
Astrid Truyens,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Astrid Truyens

Geert Debersaques