

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 226.230 van 28 januari 2014
in de zaak A. 211.171/XII-7539**

In zake: de BVBA RTS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jo Goethals
kantoor houdend te 8800 Roeselare
Kwadestraat 151 B/41
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE SINT-LAUREINS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Christophe Lenders en Joris Wouters
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 27
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 27 december 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 Sint-Laureins van 6 december 2013 waarbij de overheidsopdracht met betrekking tot de aanneming van werken te Sint-Laureins, Wegen- en rioleringswerken in de N455 Vlamingstraat, Groeneweg, Comercaatsweg & Comergraafjansdijk GIP 0206217 aan bvba Aannemingen Dewitte [...] werd gegund, en niet aan RTS bvba, die de laagste regelmatige was, omdat deze bieding beweerdelijk, en ten onrechte, samengevat abnormale prijzen bevatte”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 21 januari 2014, om 11 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Jo Goethals, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Christophe Lenders, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Ann Eylenbosch 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 Sint-Laureins schrijft een opdracht uit voor aanneming van werken met als voorwerp “Wegen- en rioleringswerken in de N455 Vlamingstraat, Groeneweg, Comercaatsweg & Comergraafjansdijk”. De opdracht wordt gegund volgens de procedure van de openbare aanbesteding.

Een aankondiging van de opdracht wordt gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen van 27 juni 2013.

3.2. De opdracht is onderworpen aan het bestek met referentie ‘GIP O206217’.

Onder hoofdstuk 7 “Rioleringen en afvoer van water” van het technische gedeelte, “3 Inspectieputten” wordt in dat bestek op blz. 75 en 76 het toepasselijke type A van individuele pompputten drukriolering bouwkundig beschreven volgens principetekening, aangevuld als volgt:

“De putten van het type A (enkelpompsgemaal) omvatten:

- Een uit één geheel bestaande pompput in gewapend beton volgens detailplan. De diepte van de pompput is volgens de overzichtstabel pompunits in deel elektromechanica. Er mag niet gewerkt worden met een basiselement met opzetelementen. De pompput dient verplicht uit één geheel te bestaan;
- Dekplaat, incl. waterdichting voegen, bovenbouw met waterdicht deksel of toezichtsluik klasse D400 kN en inscriptie DWA, met verankering aan de dekplaat van de pompunit;
- Alle grondwerken, beschoeiingswerken en bemalingswerken t.b.v. de plaatsing van de put;
- Fundering in schraal beton;
- Aanvulling met aanvullingsmateriaal volgens 3-5.1.2 (met uitzondering van 3.2.1.12 t.e.m. 3.2.1.14) of geschikt gemaakt aanvullingsmateriaal volgens 4-5 (ophogings- en aanvullingsmaterialen volgens 3-5.1.2 (met uitzondering van 3.2.1.12 t.e.m. 3.2.1.1.4);
- De PVC-instortmoffen, verplicht te voorzien boven het aanslagpeil van de pompen;
- RVS koppeling persleiding;
- Alle sparingsen t.b.v. bevestigings- en verankeringspunten;
- Alle doken, draaibussen, haken, beugels, kabeldoorvoeringen, enz. die vooraf in te storten zijn;
- De afdekkingsinrichting: hoogteregeling en gietijzeren kader en deksel + verankering aan dekplaat.
- Compleet waterdicht maken van alle kabeldoorvoeren, voegen, deksels, dekselopeningen. Het is van cruciaal belang dat de pompunit geen oppervlaktewater- of grondwaterinsijpeling te verwerken krijgt”.

3.3. De opening van de offertes vindt plaats op 10 september 2013 om 11 u. Volgens het proces-verbaal van opening van de offertes hebben elf inschrijvers een offerte ingediend, onder wie de verzoekende partij en de gekozen inschrijver.

3.4. Op 11 oktober 2013 richt de verwerende partij aan onder meer de verzoekende partij een aangetekend schrijven met een verzoek tot prijsverantwoording in verband met de ingediende eenheidsprijzen.

3.5. De verzoekende partij antwoordt met een aangetekend schrijven van 29 oktober 2013.

3.6. Op 26 november 2013 stelt de ontwerper, nv Grontmij Belgium, het verslag van nazicht van de offertes op.

De offertes van de verzoekende partij en van de tweede laagste inschrijver worden beschouwd als substantieel onregelmatig en bijgevolg als absoluut nietig.

Met betrekking tot de verzoekende partij valt in het verslag het volgende te lezen:

“6.1. Prijsverantwoordingen (bijlage 3)

[...]

Besluit: Voorgaand onderzoek leidt tot de weigering van de offerte van RTS bvba.

6.5. Besluit tot weigering van inschrijving RTS bvba:

- Er worden bij RTS bvba zeer veel posten opgemerkt waarbij de prijsofferte te laag ingeschat is volgens Grontmij. Wanneer bij al deze posten een gemiddelde regelmatige prijs wordt toegepast betekent dit een significante prijsverhoging, waardoor de rangorde wijzigt en de offerte van RTS bvba niet meer als meest gunstige kan weerhouden worden.
- De toepassing van het percentage AKW is moeilijk traceerbaar bij RTS bvba, en ontbreekt bij enkele posten. Er wordt niet consequent gerekend en het variabele percentage AKW wordt vermoedelijk gebruikt om de berekende prijzen met terugwerking te laten kloppen met de aanbestedingsprijzen.
- Bij posten nrs. 18, 141, 191, 241, 309, 354 en 461 schrijft RTS bvba in met verlies, vermits de berekende eenheidsprijs van 4,66 €/m³ hoger is dan de inschrijvingsprijs van 4,50 €/m³.
- De prijsverantwoordingen bij de posten nrs. 19, 22, 24, 26, 27, 29, 87, 93, 142, 147, 148, 150, 154, 210, 228, 258, 277, 288, 336, 427, 441, 449, 494, 498, 511, 519 & 523 worden niet aanvaard omwille van te lage ingerekende materiaalkosten, significante onvolledigheden en interpretatiefouten door de inschrijver. De beoogde kwaliteit en uitvoeringsmethoden kunnen niet gegarandeerd worden. De aangeboden varianten zijn niet toegelaten en niet conform met het bestek.

- Besluit: Op basis van de bovenstaande opmerkingen is Grontmij genoodzaakt om de laagste inschrijver RTS bvba, te weigeren en verder niet te weerhouden in de rangschikking van de offertes”.

Voorgesteld wordt de opdracht te gunnen aan de laagste regelmatige inschrijver, zijnde de bvba Aannemingen De Witte tegen het nagerekende inschrijvingsbedrag van 2.698.202,90 euro, btw niet inbegrepen, of 2.869.750,66 euro, btw inbegrepen.

3.7. Bij besluit van 6 december 2013 hecht het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Sint-Laureins goedkeuring aan het verslag van nazicht van de offertes en gunt het de opdracht aan de laagste regelmatige bieder, zijnde de bvba Aannemingen De Witte, aan het voormelde inschrijvingsbedrag.

3.8. Van deze beslissing wordt bij aangetekend schrijven van 12 december 2013 kennis gegeven aan de verzoekende partij, samen met een uittreksel van het verslag van nazicht en de kennisgeving van de rechtsmiddelen.

IV. De schorsingsvoorwaarden

4. 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.

5. 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’ nog 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 beslissing kunnen verantwoorden.

V. Onderzoek van de middelen

Uiteenzetting van de middelen

6. In het eerste middel voert de 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’, van de artikelen 82, 1°, en 85 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken’ en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, “meer in het bijzonder het gelijkheids-, mededigings-, zorgvuldigheids- en transparantiebeginsel en het materieel motiveringsbeginsel”.

Deze schendingen licht zij toe in een betoog van zes bladzijden, waarin zij onder meer het volgende doet gelden:

“De verzoekende partij is de mening toegedaan dat het bestek, wat betreft type A: individuele drukpompen riolering, en de daarbij horende meetstaat, onwettig zijn.

[...]

Gelet op het feit dat de verwerende partij precies zelf het belang van deze post onderstreept is deze post van bepalend belang voor de vergelijkbaarheid van de offertes en de gelijkheid tussen de inschrijvers. Daardoor vitieert de onwettigheid van deze bestekbepaling meteen ook de volledige overheidsopdracht. Dit betekent meteen ook dat het bestreden besluit gesteund is op een ondeugdelijk motief”.

De verzoekende partij licht toe dat gemaal type A waarnaar in het bestek wordt verwezen, het standaardgemaal is van “Martens”. Er wordt geen verantwoording gegeven waarom precies een type uit één stuk, namelijk een stuk van Martens zou moeten worden geleverd. Zelfs de voorgeschreven constructie is niet “hermetisch” dicht. Het feit dat dus ofwel een samengestelde put of een put van een ander merk zou worden geleverd, maakt niet dat er minder kwaliteit zou worden geleverd.

7. In het tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 15 van de voornoemde wet van 24 december 1993, van artikel 110, §§ 2 en 3, van het voornoemde koninklijk besluit van 8 januari 1996, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, “meer in het bijzonder het gelijkheids-, mededingings-, zorgvuldigheids-, zuinigheids- en motiveringsbeginsel”.

Daarop volgt een toelichting overheen elf bladzijden, waarin onder meer wordt betoogd:

“[...]er [werden] geen abnormale eenheidsprijzen [...] ingediend, en [...] de ingediende prijzen [werden] aldus ten onrechte als onregelmatig [...] afgedaan met de onregelmatigheid van de offerte als gevolg”.

De verzoekende partij verklaart “vanuit de eigen bedrijfsorganisatie en structuur toegepaste AKW-toeslag, regietarieven en in rekening gebrachte transportkost” te verantwoorden, in verhouding tot de opgegeven rendementen, om zich nadien “inzake de prijstechnische kostenopbouw van de afzonderlijk te verantwoorden posten”, te verweren.

Beoordeling

8.1. Zoals in het verslag van nazicht van de offertes gemotiveerd en in de gunningsbeslissing door de verwerende partij eigen gemaakt, is de offerte van de verzoekende partij geweerd als substantieel onregelmatig. Enerzijds is vastgesteld dat de offerte is behept met abnormale eenheidsprijzen. Anderzijds is naar aanleiding van het prijsonderzoek vastgesteld dat de offerte voor bepaalde posten voorziet in een uitvoeringswijze die niet strookt met de technische bepalingen van het bestek.

8.2. Artikel 85 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 bepaalt wat volgt:

“Art. 85. Technische specificaties die produkten vermelden van een bepaalde makelij of herkomst of bijzondere werkwijzen vermelden waardoor bepaalde ondernemingen worden bevoordeeld of uitgeschakeld, mogen niet gebruikt worden tenzij deze technische specificaties onontbeerlijk zijn ten opzichte van het voorwerp van de opdracht. Het is met name verboden merken, octrooien of types, of een bepaalde oorsprong of produktie aan te duiden. Bij wijze van uitzondering is een dergelijke aanduiding, vergezeld van de vermelding ‘ of gelijkwaardig ‘ evenwel toegestaan wanneer het niet mogelijk is door middel van voldoende nauwkeurige en voor alle betrokkenen volstrekt begrijpelijke specificaties een beschrijving van het voorwerp van de opdracht te geven”.

8.3. De offerte van de verzoekende partij wordt wat de posten 441 en 511 betreft, op grond van de volgende motivering onregelmatig verklaard:

“Posten 441 & 511: Leveren en plaatsen van pompunit inclusief bouwput, bemaling, beschoeiing, regeling en bovenbouw, afdekplaat met gietijzeren deksel D400kN (DWA-inscriptie) en aansluiting op persleiding (inclusief gemonteerde voetbocht, stijgleiding, afsluiter, terugslagklep, uitgaande

leiding met alle nodige hulpstukken en geleidestangen) bodempeil put tot 2,00 m diep

In de prijsofferte van de leverancier Clasal nv. (bijlage 7 pag. 3) is sprake van “verhoogstukken” bij de pompputten drukriolering terwijl dit in het huidige bestek expliciet niet wordt toegelaten, zie hoofdstuk 7-3.1.A.1 op pag. 76: ‘De pompput dient verplicht uit één geheel te bestaan’. De uitvoeringsmethode van RTS bvba. kan niet aanvaard worden, aangezien deze strijdig is met het bestek.

Bij de plaatsing houdt RTS bvba nergens rekening met beschoeiing en bemaling, terwijl dit expliciet wordt gevraagd in bovenstaand hoofdstuk van het bijzonder bestek. De kosten per bemalingskader bedragen tot € 700 à 1.000 per pompunit. De kosten voor de beschoeiingswerken worden tevens ingeschat op 650 € per pompunit. Beide voorgaande kosten ontbreken bij RTS bvba en zijn absoluut vereist.

De plaatsing van het drukrioleringssysteem vormt een significant onderdeel van de werken en wordt hier sterk onderschat bij RTS bvba. en foutief geïnterpreteerd over de verschillende posten. De uitvoeringsmethodes en geleverde materialen kunnen niet aanvaard worden.

Besluit: Voorgaand onderzoek leidt tot de weigering van de offerte van RTS bvba”.

8.4. De verzoekende partij betoogt dat de door het bestek op de bladzijden 75 en 76 beschreven pompput van het type A (enkelpompsgemaal) het standaardgemaal is van “Martens” en dat enkel die kwestieuze put voldoet aan de gestelde voorwaarden.

8.5. De verzoekende partij staft haar betoog aan de hand van een producttekening van het fabrikaat Martens. Bedoelde tekening toont weliswaar voor de pompput zelf dezelfde afgeknotte hoeken en afmetingen als de principetekening op bladzijde 75 van het bestek. Een plan of tekening van de afdekplaat met mangat ontbreekt evenwel. In zoverre dat de verzoekende partij aanvoert dat de ontwerper bij het schetsen van het bovenaanzicht van het toepasselijk type pompput de principetekening van Martens heeft gebruikt, lijkt zij zulks dan ook onvolledig concreet toe te lichten.

Bovendien en zelfs in de omstandigheid dat het fabrikaat van Martens volledig zou beantwoorden aan het door de betrokken besteksbepalings beschreven type, zoals de verzoekende partij beweert, is nog niet aangetoond met

de vereiste *prima facie* ernst dat het bestek “merken, octrooien of types, of een bepaalde oorsprong of productie” aanwijst zoals bedoeld in het hiervoor aangehaalde artikel 85 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996.

Immers, in de eerste plaats bevat de betrokken besteksbepaling geen expliciete verwijzing naar een welbepaalde producent of leverancier, laat staan naar de producent of leverancier Martens.

Voorts lijkt de affirmatie van de verzoekende partij dat enkel het fabrikaat van Martens in de standaard optie tegemoet komt aan de door het bestek gestelde voorwaarden, onderbouwd te worden tegengesproken door de verwerende partij. Aan de hand van technische fiches maakt de verwerende partij aannemelijk dat verschillende leveranciers pompputten aanbieden die op het eerste gezicht niet strijdig met de besteksbepalingen zijn.

Ten slotte laat de verzoekende partij in het ongewisse of en hoe zij door de opgegeven technische specificatie zou zijn “uitgeschakeld”, dan wel dat andere inschrijvers erdoor worden bevoordeeld. De verzoekende partij merkt zelfs niet op dat zij niet bij machte was in te schrijven conform het gevraagde type van enkelpompsgemaal.

Nu de verzoekende partij op het eerste gezicht faalt in haar uitgangstelling dat de kwestieuze technische specificatie zonder het met zoveel woorden te zeggen, verwijst naar een product van een bepaalde makelij waardoor de mededinging in het gedrang komt, lijkt de rest van haar betoog, dat iedere bijzondere motivering daaromtrent zou ontbreken, pertinentie te missen.

Hetzelfde lijkt te moeten worden vastgesteld wat haar opmerking betreft dat ook het zogenoemde Martens-pompsgemaal niet hermetisch dicht is. Nu geen schending van artikel 85 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 lijkt aangetoond, lijkt niets de concrete toepassing van de kwestieuze besteksbepaling op de offertes van de diverse inschrijvers in de weg te staan. De verzoekende partij argumenteert onder het eerste middel niet dat haar offerte wat de posten 441 en 511 betreft, conform is met de betrokken technische specificatie. Haar bewering onder het tweede middel dat het aanbestedingsverslag expliciet zou vermelden dat

varianten zijn toegelaten, lijkt voorts geen steun te vinden in bedoeld verslag, wel integendeel. De omstandigheid dat de door de verzoekende partij aangeboden uitvoeringsmethode volgens haar kwalitatief evenwaardig zou zijn, lijkt in de gegeven omstandigheden dan ook irrelevant.

Vastgesteld dat de in het opschrift van het eerste middel ingeroepen rechtsschendingen niet op andere grieven dan de hiervoor besprokene zijn gestoeld, is het eerste middel om de genoemde redenen in zijn geheel niet ernstig.

8.6. De voormelde technische niet-conformiteit van de door de verzoekende partij aangeboden pompputten lijkt op zich te volstaan als motief om de onregelmatigverklaring van haar offerte te verantwoorden.

Ten overvloede moet worden opgemerkt dat wat betreft de posten 210 “Leveren, plaatsen en opnieuw verwijderen van een gesloten damwandkuip, incl. het drooghouden van de bouwput voor realisatie U1” en 258 “Leveren, plaatsen en opnieuw verwijderen van een gesloten damwandkuip, incl. het drooghouden van de bouwput voor realisatie van U2”, de door de verzoekende partij voorgestelde prefabbeschoeiing volgens het gunningsverslag evenmin beantwoordt aan de besteksbepalingen betreffende een waterdichte bouwkuip met ingeheide stalen profielen. Deze vaststelling wordt in het verzoekschrift nergens aan kritiek onderworpen, hetgeen de verzoekende partij ook ter terechtzitting toegeeft. Daarbij lijkt de verzoekende partij niet te betwisten hetgeen wordt vastgesteld in het gunningsverslag, namelijk dat het ook hier gaat om een essentieel onderdeel van de werken.

De vraag van de verzoekende partij onder het tweede middel bij de laatstgenoemde posten “vrije variant niet toegestaan?”, kan in dat verband bezwaarlijk als een voldoende uitgewerkt middel worden aangemerkt.

De bewering van de verzoekende partij dat het door haar aangeboden “dezelfde finaliteit” zou dienen lijkt, voor zover al bewezen, in de gegeven omstandigheden pertinentie te missen.

8.7. Op het eerste gezicht dient aldus te worden aangenomen dat elk van de beide besproken motieven, alleszins samen genomen, voldoende draagkrachtig kunnen zijn om de bestreden beslissing om de offerte van de verzoekende partij te weren, te schragen.

8.8. De verzoekende partij heeft aldus geen belang bij het eventueel ernstig bevinden van het tweede middel, in zoverre zij aldaar nog kritiek uit tegen de beslissing om haar offerte te weren omwille van abnormale prijzen.

Een inschrijver immers van wie de offerte onregelmatig is verklaard en geweerd, zoals te dezen de verzoekende partij, heeft in principe geen belang om de toewijzing van een overheidsopdracht aan een concurrerende inschrijver aan te vechten tenzij uit de middelen blijkt dat zijn offerte ten onrechte onregelmatig werd verklaard of dat de opdracht aan geen enkele inschrijver rechtsgeldig mocht worden toegewezen.

De vaststellingen dat het eerste middel niet ernstig is en dat de verzoekende partij er op het eerste gezicht niet is in geslaagd de motieven ontleend aan de technische niet-conformiteit van haar offerte wat betreft de posten 210, 258, 441 en 511 te ontkrachten, volstaan om de vordering niet ontvankelijk te bevinden.

VI. Besluit

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

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 28 januari 2014, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest