

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 227.653 van 6 juni 2014
in de zaak A. 212.401/XII-7655**

In zake: de NV SCHEERLINCK SPORT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Philippe Van Wesemael
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 235
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het AUTONOOM GEMEENTEBEDRIJF BEXIT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Wim Rasschaert
kantoor houdend te 9420 Erpe-Mere
Ten Bos 30
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 7 mei 2014, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “het besluit dd. 22 april 2014 van het directiecomité van het Autonoom Gemeentebedrijf Bexit waarbij de offerte van [de nv Scheerlinck Sport] geweerd wordt en de opdracht gegund wordt aan de nv De Ceuster”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 27 mei 2014, om 11.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Caroline De Mulder, die loco advocaat Philippe Van Wesemael verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Elke Casteleyn, die loco advocaat Wim Rasschaert verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederic Eggermont heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. Het autonoom gemeentebedrijf Bexit schrijft een algemene offerteaanvraag voor de levering (aankoop) van goederen uit met als voorwerp ‘Aanleg van een kunstgrasvoetbalveld in Duisburg’.

De opdracht wordt beheerst door het bijzonder bestek nr. IW13/L03. De raming van de opdracht bedraagt 488.335 euro, btw inbegrepen. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 4 november 2013 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 6 november 2013.

In het bijzonder bestek is inzake de vorm en inhoud van de offerte opgenomen:

“De inschrijver maakt zijn offerte op in het Nederlands in twee exemplaren en vult de samenvattende opmetingsstaat of de inventaris in op het eventueel bij het bestek behorende formulier”.

Inzake varianten stelt het bestek:

“De inschrijver mag maximaal 1 vrije variante indienen. Deze variante moet echter duidelijk apart worden vermeld en gemotiveerd”.

3.2. De opening van de offertes vindt plaats op 20 december 2013. Er blijken acht offertes te zijn ingediend, waaronder die van de verzoekende partij en die van de nv De Ceuster.

3.3. In het gunningsverslag van 17 april 2014 wordt vastgesteld:

“2. Offertes

Voorafgaandelijk :

[...]

Gelet op het voorgaande worden enkel de basisoffertes behandeld en de variante offertes bij geen enkele inschrijver in overweging genomen.

[...]

4. Administratief en technisch nazicht van de offertes van de geselecteerde kandidaten

[...]

Materieel nazicht van de offertes

[...]

Scheerlinck nv: hoger werd reeds gewezen op het feit dat enkel de basisoffertes mee in rekening worden genomen. Dit is mogelijk indien de aanbestedende overheid de basisofferte duidelijk kan onderscheiden van de vrije variante. Dit laatste is evenwel in het geval van deze inschrijver onmogelijk gebleken.

Immers, de offerte bevat een eerste ondertekende meetstaat gedateerd op 17 december 2013 en een tweede ondertekende meetstaat die dateert van 19 december 2013. In de veronderstelling dat een basis- en een variante meetstaat werden ingediend, moet worden vastgesteld dat geen van deze meetstaten enige duiding bevatten over welke zou moeten worden beschouwd als basismetstaat en welke als variante meetstaat. Daarenboven werden door deze inschrijver meer dan één variante ingediend, wat het helemaal onmogelijk maakt om na te gaan welke meetstaat waarop betrekking heeft. Welnu, in het geval geen onderscheid kan worden gemaakt tussen de basisofferte en de eventuele variante offerte, moet er, overeenkomstig de rechtspraak van Raad van State, worden vanuit gegaan dat twee basisoffertes werden ingediend. Dit laatste is evenwel strijdig met art. 54, § 1 van het Koninklijk Besluit Plaatsing klassieke sectoren. Deze offerte moet dan ook om die reden volledig worden geweerd.

[...]

Besluit van het formeel en materieel nazicht van de offertes

Volgende offertes worden door het bestuur nietig verklaard of onregelmatig bevonden:

4	Scheerlinck nv	Deze inschrijver heeft 2 meetstaten ingediend, wat gelijk staat met het indienen van een 2e offerte. De wetgeving op de overheidsopdrachten laat dit absoluut niet toe. Daarom wordt deze inschrijver geweerd.
---	----------------	--

[...]”.

In het gunningsverslag wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de nv De Ceuster.

3.4. Op 22 april 2014 beslist het directiecomité van het autonoom gemeentebedrijf Bexit de inschrijving van de verzoekende partij onregelmatig te verklaren “wegens het de iure indienen van twee offertes” en de opdracht te gunnen aan de nv De Ceuster.

Dit is de bestreden beslissing die als volgt wordt gemotiveerd:

“Overwegende dat het directiecomité de integrale motieven opgenomen in het gunningsverslag, gevoegd in bijlage bij huidige beslissing om er deel van uit te maken, zich hierbij eigen maakt en deze bijgevolg moeten worden geacht te worden hernomen in de hier voorliggende beslissing; Overwegende dat in het gunningsverslag voorafgaandelijk op het volgende wordt gewezen:

‘Het opdrachtdocument voorziet dat de inschrijver maximaal één (1) vrije variëte mag indienen. De hier voorliggende opdracht werd gekwalificeerd als een opdracht voor leveringen en is onderworpen aan de Europese bekendmakingsregels.

In dat geval bepaalt artikel 9 van het Koninklijk Besluit Plaatsing klassieke sectoren dat in het opdrachtdocument de minimumeisen moeten worden bepaald waaraan deze varianten moeten voldoen. In casu stonden evenwel geen minimumeisen vermeld in het opdrachtdocument zodat de gelijke behandeling van de inschrijvers in het gedrang komt. Er wordt immers niet op concrete wijze vermeld op welke gebieden vrije varianten aanvaardbaar zijn. Evenmin werd hierbij een duidelijk resultaatsniveau weergegeven dat bereikt dient te worden of de kenmerken van de te leveren prestaties of essentiële bepalingen waarvan niet kan worden afgeweken. Overeenkomstig de rechtspraak van het Hof van Justitie en de Raad van State moeten, bij gebreke aan (concrete) minimumeisen in het opdrachtdocument, de vrije varianten worden geweerd, zelfs indien het opdrachtdocument de indiening ervan principieel toestaat.’

Overwegende dat voormelde redenering dient te worden gevolgd en bijgevolg enkel de basisoffertes worden onderzocht op hun regelmatigheid

en merites en de variante offertes bij geen enkele inschrijver in overweging wordt genomen;

[...]

Overwegende dat in het kader van het formeel en materieel nazicht van de offertes in het gunningsverslag werd vastgesteld dat Scheerlinck nv twee meetstaten bij zijn offerte heeft gevoegd, zij het zonder te verduidelijken welke betrekking heeft op de basisofferte en welke op een eventuele variante offerte;

Overwegende dat, uit het onderzoek gevoerd in het kader van het gunningsverslag, blijkt dat het niet mogelijk was om een onderscheid te maken tussen de basisofferte en een eventuele variante offerte;

Overwegende dat deze offerte, gelet op de gelijke behandeling van de inschrijvers, dan ook moet worden geweerd nu het niet aan de aanbestedende overheid toekomt om zelf te oordelen welke offerte zij als basisofferte wenst te beschouwen en aldus verder in overweging zal nemen en welke niet;

Overwegende dat in dat geval de aanbestedende overheid immers vrij tussen de beide offertes zou hebben gekozen welke zij het meest voordelig acht, terwijl zij deze ‘keuze’ niet gunt aan de overige inschrijvers waar wel duidelijk is wat als basisofferte moet worden beschouwd, wat zoals gezegd een flagrante inbreuk op de gelijke behandeling van de inschrijver zou betekenen;

Overwegende dat de offerte van Scheerlinck dan ook in zijn geheel moet worden geweerd;

[...]

Overwegende dat het voorgaande tot gevolg heeft dat de volgende drie offertes niet voldoen aan de formele en/of materiële regelmatigheid en om die reden moeten worden geweerd: Scheerlinck [...]

besluit:

Artikel 1: Het Directiecomité beslist in het kader van de formele en materiële beoordeling tevens tot de onregelmatigverklaring van de offerte van Scheerlinck nv wegens het de iure indienen van twee offertes.

Artikel 2: Het Directiecomité beslist niet over te gaan tot gunning van de optie ‘Supplement: aanvulling in kurk ipv rubber’.

Artikel 3: Het Directiecomité beslist de Opdracht ‘Leveren en plaatsen van een kunstgrasvoetbalveld in Duisburg met randaccommodatie’ te gunnen aan De Ceuster NV, [...] tegen het nagerekende en verbeterde inschrijvingsbedrag van € 380.645,00 excl. btw (btw verlegd).

Artikel 4: Het Directiecomité beslist huidige gemotiveerde beslissing ter kennis te brengen aan alle inschrijvers in toepassing van artikel 8 van de Wet van 17 juni 2013 en daarbij de wachtermijn van vijftien kalenderdagen, bedoeld in artikel 11 van de Wet van 17 juni 2013, te respecteren.

Artikel 5: De uitgave voor het leveren en plaatsen van een kunstgrasvoetbalveld in Duisburg met randaccommodatie is voorzien op artikel BP2014_2019-0/2014/ACT-12/0740-06/2200500/AGB/DC/600/IE-5/U.”

Bij aangetekende brief van 23 april 2014, alsook per e-mail, wordt de verzoekende partij op de hoogte gebracht van de bestreden beslissing.

3.5. Bij beslissing van 12 mei 2014 van het directiecomité van het autonoom gemeentebedrijf Bexit worden de artikelen 3 tot en met 5 van de bestreden beslissing ingetrokken. De beslissing tot onregelmatigverklaring van de offerte van de verzoekende partij, zoals opgenomen in artikel 1 van de bestreden beslissing, wordt echter niet ingetrokken.

IV. De schorsingsvoorwaarden

4. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

5. Te dezen is evenwel ook de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ van toepassing.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissing in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

Overeenkomstig artikel 15, tweede lid, echter wordt de vordering tot schorsing voor de Raad van State uitsluitend ingesteld volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of minstens één ernstig middel wordt aangevoerd, dan wel een klaarblijkelijke onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissing kan verantwoorden.

V. Onderzoek van het enige middel

Uiteenzetting

6. Het enige middel is geput “uit de schending van artikel 25 van de wet overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006, uit de schending van de artikelen 9, 54, 81, 95 en 96 van het Koninklijk Besluit plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren van 15 juli 2011, uit de schending van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen, uit de schending van artikel 4, 8° en artikel 5, 8° en 9° van de Wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten, uit de schending van de artikelen 1.6 en 1.12 van het Bijzonder Bestek IW13/L03, uit de schending van het Europeesrechtelijk non-discriminatie- en transparantiebeginsel, uit de schending van de materiële motiveringsplicht, uit de schending van het gelijkheids-, het zorgvuldigheids-, het vertrouwens- en het patere legem-beginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur, alsook uit het ontbreken van de rechtens vereiste feitelijke en juridische grondslag”.

De verzoekende partij betoogt in het verzoekschrift dat voormelde bepalingen en beginselen werden geschonden:

“Doordat verwerende partij oordeelt dat er een tweede meetstaat werd ingediend en dat deze als een tweede offerte beschouwd moet worden, daar zij niet kan opmaken of die tweede meetstaat betrekking heeft op een variante of de basisofferte,

En doordat verwerende partij oordeelt dat het onmogelijk is om een onderscheid te maken tussen de basisofferte en de variant,

En doordat verwerende partij nalaat te verifiëren of beroepster wel degelijk een tweede offerte wenste in te dienen,

En doordat verwerende partij voorhoudt dat beroepster meerdere varianten heeft ingediend,

Terwijl verwerende partij ertoe gehouden is om voorafgaandelijk aan de gunning op een zorgvuldige wijze de offertes door te nemen en te beoordelen,

En terwijl verwerende partij zodoende had moeten vaststellen dat de tweede meetstaat slechts per vergissing werd toegevoegd aan de offerte en aldus deze materiële vergissing had moeten corrigeren,

En terwijl zij minstens aan beroepster duiding had moeten vragen over de tweede meetstaat dd. 19 december 2013,
En terwijl verwerende partij had moeten vaststellen dat het indienen van een tweede meetstaat niet als een tweede offerte beschouwd kan worden,
En terwijl het zelfs niet verplicht was om een meetstaat te voegen bij de variante,
Zodat moet worden vastgesteld dat verwerende partij ten onrechte de offerte geweerd heeft”.

Beoordeling

7. De verzoekende partij stelt in de toelichting bij haar middel dat zij, in tegenstelling tot wat de aanbestedende overheid aanneemt, “haar offerte in twee exemplaren [heeft] ingediend waarbij zij in één variante voorzag met mogelijk te nemen opties”.

Uit de inschrijving van de verzoekende partij blijkt dat zij onder de titel ‘Variantes’ in elk geval twee matten voorstelt: enerzijds de mat “LANO PROFOOT MXSi 40 OP ALVEO 10mm shockpad” (met een dikte van 360 micrometer) bespreekt, gevolgd door een bespreking van de mat “LANO PROFOOT MXSi 40 TLT OP ALVEO 10mm shockpad” (met een dikte van 400 micrometer). Een dergelijke redactie van de inschrijving lijkt de verwerende partij in verwarring te hebben gebracht betreffende het aantal variantes, en de gevolgtrekkingen die zij daaruit heeft geput lijken haar niet als onzorgvuldig handelen te mogen worden aangerekend.

8. De grief van de verzoekende partij inzake de varianten lijkt in deze zaak evenwel niet relevant te zijn, alleen al omdat te dezen de varianten niet zijn beoordeeld. Er dient in elk geval te worden vastgesteld dat de verzoekende partij drie meetstaten heeft gevoegd bij haar inschrijving, zijnde twee meetstaten ondertekend op 17 december 2013 en één meetstaat ondertekend op 19 december 2013. De laatstgenoemde meetstaat geeft een prijs voor post III.2.9 ‘Fundering’ en een totaalprijs die verschilt van de prijs volgens de meetstaten van 17 december 2013.

9. Volgens de verzoekende partij in voornoemde toelichting heeft zij “bij wijze van materiële vergissing bij één van de twee exemplaren van de offerte, naast de juiste meetstaat, tevens een ontwerp versie van de meetstaat [...] gevoegd”. Zij betoogt dat “alleen al uit het feit dat de datum van de per vergissing gevoegde meetstaat niet correspondeert met de overige opdrachtdocumenten en het feit dat het slechts bij één exemplaar van de offerte werd gevoegd, verwerende partij [had] kunnen afleiden dat het slechts om een materiële vergissing gaat”.

Er moet evenwel in de eerste plaats worden vastgesteld dat bepaalde documenten in de inschrijving van de verzoekende partij, zoals het attest van plaatsbezoek, dateren van na de meetstaat van 17 december 2013.

Voorts mag de totaalprijs vermeld op het offerteformulier dan wel overeenstemmen met die op de meetstaat van 17 december 2013, toch moet worden vastgesteld dat bij de offerte tevens een meetstaat daterend van 19 december 2013 is gevoegd met een andere prijs voor de post ‘Fundering’ en een andere totaalprijs.

Ten slotte lijkt uit het feit, dat het totale offertebedrag van het offerteformulier werd genoteerd in het gunningsverslag, niet te moeten worden afgeleid dat de inschrijving van de verzoekende partij op het vlak van meervoudigheid van offertes niet meer zou mogen worden betwist door de verwerende partij. Verkeerdelijk stelt de verzoekende partij aldus dat het “bedrag van 329.354,52 euro [...] overeenstemt met alle documenten van de offerte”: haar inschrijving bevat immers tevens een – volgens de verzoekende partij weliswaar “foutieve” – meetstaat met een - andere - totaalprijs van 337.598,47 euro.

Uit dit alles dient te worden afgeleid dat het feitelijk uitgangspunt van de verzoekende partij, namelijk dat de tweede meetstaat door de verwerende partij had dienen te worden behandeld alsof deze gevolg was van een materiële vergissing, dermate twijfelachtig lijkt dat het niet kan worden bijgevallen. Evenmin lijkt aldus aangetoond dat de verwerende partij de verplichting had om betreffende de tweede meetstaat aan de verzoekende partij verduidelijking te vragen.

Het lijkt dan meteen ook niet aangetoond dat in het gunningsverslag en in de bestreden beslissing niet mocht worden uitgegaan van een meervoudigheid van ingediende offertes, of van het uitgangspunt dat niet werd verduidelijkt op welke offertes – basis of eventuele variante – de twee meetstaten betrekking hadden.

Het feit dat de verwerende partij aan een andere inschrijver wel verduidelijking heeft gevraagd, lijkt aan die conclusie geen afbreuk te doen: er lijkt geen schending van het gelijkheidsbeginsel voorhanden omdat het bij de andere inschrijver het niet-invullen van een post op de meetstaat betrof, hetgeen geen met de situatie van de verzoekende partij vergelijkbaar gegeven is.

10. Uit hetgeen voorafgaat volgt dat niet is aangetoond dat de beslissing van de verwerende partij om in voornoemde omstandigheden de inschrijving van de verzoekende partij te weren, niet uitgaat van een correct feitelijk uitgangspunt, zodat de in het middel ingeroepen bepalingen en beginselen, zoals vermeld in het verzoekschrift, niet lijken te zijn geschonden.

Het enige middel is bijgevolg niet ernstig.

VI. Besluit

11. Er is bijgevolg niet voldaan aan ten minste één van de voorwaarden gesteld in artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State die cumulatief vervuld moeten zijn wil een vordering tot schorsing worden toegewezen.

Aldus dient niet nader meer te worden onderzocht in hoeverre de voormelde gedeeltelijke intrekking van de gunningsbeslissing invloed heeft op het lot van de voorliggende vordering.

VII. Kosten

12.1. De verwerende partij vraagt dat de verzoekende partij zou worden veroordeeld tot betaling van de “basisrechtsplegingsvergoeding toepasselijk in het kader van overheidsopdrachten”.

12.2. Overeenkomstig artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan de afdeling bestuursrechtspraak een rechtsplegingsvergoeding toekennen, die een forfaitaire tegemoetkoming is in de kosten en honoraria van de advocaat van de in het gelijk gestelde partij.

Artikel 67 van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’, krachtens artikel 4 van het koninklijk besluit van 28 maart 2014 ‘betreffende de rechtsplegingsvergoeding bedoeld in artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State van 12 januari 1973’ toepasselijk op de procedures in het administratief kort geding zoals de onderhavige, en krachtens artikel 9 van dat besluit in werking getreden op 2 april 2014 voor vorderingen ingesteld te rekenen vanaf die datum, is van toepassing op de voorliggende vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid nu deze werd ingediend op 7 mei 2014.

Dit artikel 67 bepaalt:

“§ 1. Het basisbedrag van de rechtsplegingsvergoeding bedraagt 700 euro, het minimumbedrag 140 euro en het maximumbedrag 1.400 euro.
In afwijking van het voorgaande lid bedraagt het maximumbedrag 2.800 euro voor de geschillen betreffende de regelgeving inzake de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten”.

12.3. Er is aldus grond om met toepassing van deze bepaling te dezen het door de verwerende partij gevorderde basisbedrag van 700 euro aan haar toe te kennen, nu zij door de verwerping van de vordering tot schorsing als in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

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 een rolrecht van 200 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 6 juni 2014, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Bram Van Thillo,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Bram Van Thillo

Dierk Verbiest