

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 227.719 van 17 juni 2014
in de zaak A. 212.532/XII-7666**

In zake: de NV PAMI
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Wim Mertens
kantoor houdend te 3580 Beringen
Scheigoorstraat 5
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE ASSE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Elisabeth De Kinder
kantoor houdend te 1700 Dilbeek
Ninoofsesteenweg 177-179
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV DE MOOR
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Frank Burssens
kantoor houdend te 9052 Gent-Zwijnaarde
Bollebergen 2A bus 20
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 20 mei 2014, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “het besluit van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Asse van 14.04.2014 waarbij goedkeuring wordt verleend aan het verslag van nazicht van de offertes van 17 maart 2014 voor de opdracht ‘Ontwikkeling Asphaltco-site – Perceel 4 Brandweeruitrusting – Lot 1: Los Meubilair’, opgesteld door de

ontwerper, TV C20-Architects/ORG architecten en stadsontwerpers, [...] en waarbij deze opdracht wordt gegund aan de firma n.v. De Moor”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 28 mei 2014 heeft de nv De Moor gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 10 juni 2014, om 10.30 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Joris Gebruers, die loco advocaat Wim Mertens verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Frédéric Van Der Steichel, die loco advocaat Elisabeth De Kinder verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Frank Burssens, die verschijnt voor de tussenkomende 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 Asse schrijft een opdracht uit voor de aanneming van leveringen met als voorwerp “Ontwikkeling van de Asphaltco-site – Perceel 4 Brandweerruistuing – Lot 1: Los meubilair”.

De opdracht wordt geraamd op 302.500 euro, btw inbegrepen.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 18 oktober 2013 en in het Publicatieblad van de Europese Unie op 22 oktober 2013.

3.2. De opdracht is onderworpen aan het bijzonder bestek nr. 11500/PRO.147/10351/LOT1.

Het bestek vermeldt op blz. 9 onder punt II.12 “Varianten” wat volgt:

“Vrije varianten worden niet toegestaan.
Er zijn geen verplichte of facultatieve varianten voorzien”.

3.3. De opdracht wordt aanvankelijk gegund volgens de procedure van de open offerteaanvraag.

Voor lot 1 worden geen offertes ingediend.

Vervolgens wordt er beslist om geen gevolg te geven aan de offerteaanvraag en een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking aan te vatten overeenkomstig artikel 26, § 1, 1°, d), van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’.

3.4. Uiterste datum voor het indienen van de offertes is 5 februari 2014.

3.5. Er zijn drie inschrijvers:

- de verzoekende partij;
- de nv De Moor;
- Buro Project.

3.6. Op 17 maart 2014 wordt het verslag van nazicht van de offertes opgesteld.

Alle inschrijvers worden geselecteerd. Alle offertes worden zonder opmerkingen regelmatig verklaard.

Na vergelijking van de offertes volgens de in het bestek vermelde gunningscriteria ziet de finale rangschikking er uit als volgt:

“[...]”

Nr.	Naam	Score	Prijs incl. btw*
2	De Moor nv	79,35	€ 266.303,03
1	PAMI nv	71,60	€ 273.781,11
3	Buro Project	70,67	€ 278.282,72

*Nagerekende bedragen, zie tabel met eenheidsprijzen in bijlage”.

3.7. In zitting van 14 april 2014 besluit het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Asse goedkeuring te verlenen aan het verslag van nazicht van de offertes van 17 maart 2014 voor de opdracht ‘Ontwikkeling Asphaltco-site – Perceel 4 Brandweeruitrusting – Lot 1: Los meubilair’ en de opdracht te gunnen aan de nv De Moor, tegen het nagerekende inschrijvingsbedrag van 220.085,15 euro, btw niet inbegrepen of 266.303,03 euro, btw inbegrepen.

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. Bijgevolg moet haar verzoek worden ingewilligd.

V. De schorsingsvoorwaarden

5.1. 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.

5.2. 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.

5.3. De verwerende partij merkt op dat de verzoekende partij nalaat het bewijs te leveren van de uiterst dringende noodzakelijkheid.

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. Het is aldus de wetgever zelf die inzake overheidsopdrachten de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid tot de standaardprocedure heeft gemaakt.

5.4. 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 kunnen verantwoorden.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting

6. Een eerste middel wordt genomen uit de schending van de artikelen 54 en 107 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’, het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, het gelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel. De verzoekende

partij acht deze rechtsnormen geschonden “doordat de opdracht werd gegund aan een onregelmatige inschrijver en niet alle inschrijvers gelijk werden behandeld”.

De verzoekende partij licht toe dat in strijd met de besteksbepaling luidens welke vrije varianten niet worden toegelaten, de gekozen inschrijver op diverse plaatsen van zijn inschrijving voorziet in vrije varianten. De verzoekende partij haalt als voorbeelden aan de posten “51B.11.24 Bureaustoel” en “51B.11.45 Rollend archief”.

De verzoekende partij betoogt ook dat de nv De Moor verscheidene offertes blijkt te hebben ingediend voor de opdracht en leidt daaruit af dat deze alle als onregelmatig dienden te worden beschouwd. Het gevolg is volgens de verzoekende partij dat haar offerte de laagste regelmatige offerte vormt.

Het gevolg is volgens de verzoekende partij ook dat de genomen beslissing strijdt met het gelijkheidsbeginsel. De verwerende partij heeft aanvaard dat de nv De Moor, in weerwil van een duidelijke besteksbepaling, vrije varianten heeft ingediend, terwijl deze mogelijkheid aan de verzoekende partij niet is gegund. Om dezelfde redenen besluit de verzoekende partij dat het bestreden besluit niet met de vereiste zorgvuldigheid tot stand is gekomen.

Beoordeling

7.1. Het bijzonder bestek bepaalt wat volgt:

“Vrije varianten worden niet toegestaan.
Er zijn geen verplichte of facultatieve varianten voorzien”.

7.2. De bestreden beslissing is niet meer genomen in het kader van een open offerteaanvraag, geregeld door het voormelde bestek. De vraag kan dan rijzen of de hiervoor aangehaalde besteksbepaling nog toepasselijk was bij de besluitvorming die tot de bestreden beslissing heeft geleid in het kader van de andersoortige gunningsprocedure die uiteindelijk is gevolgd, namelijk een onderhandelingsprocedure.

Die vraag zou echter geen relevantie hebben voor de beoordeling van het middel, indien zou blijken dat geen varianten zijn aangeboden in de gekozen inschrijving.

7.3. Een variante wordt door artikel 2, § 1, 10°, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 gedefinieerd als “een alternatieve conceptie- of uitvoeringswijze die hetzij op vraag van de aanbestedende overheid, hetzij op initiatief van de inschrijver wordt ingediend”.

Een variante veronderstelt dus het uitvoeren van de opdracht volgens een ander procédé of met andere materialen dan in het bestek voorgeschreven.

In haar verzoekschrift affirmeert de verzoekende partij weliswaar dat de inschrijving van de tussenkommende partij voorziet in “varianten”, maar blijft zij in gebreke in concreto aan te tonen dat die zogenaamde varianten aan de voormelde omschrijving beantwoorden.

Daarentegen lijkt volgens de tabel van eenheidsprijzen, die door de verwerende partij weliswaar vertrouwelijk wordt neergelegd maar die de Raad in zijn beoordeling mag betrekken, dat in de gevallen waarin werd geopteerd voor een alternatief model, dit gepaard gaat met de opmerking “cfr. beschrijving bestek”.

De verzoekende partij lijkt in deze stand van het geding dan ook niet aan te tonen dat er sprake is van een gekozen inschrijving met varianten, zodat haar grief steunt op een verkeerd uitgangspunt en geen schending is aangetoond van de betrokken besteksbepalings.

7.4. Nu niet *prima facie* is aangetoond dat de alternatieve aanbiedingen beantwoorden aan de definitie van een variante in de zin van artikel 2, § 1, 10°, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 rest de vraag of het divers aanbod van de tussenkommende partij voor bepaalde types meubilair diende te worden gesanctioneerd op grond van artikel 54 van het koninklijk besluit van

15 juli 2011, zoals de verzoekende partij in bijkomende orde in het middel lijkt aan te voeren.

Paragraaf 2, eerste lid, van bedoeld artikel 54 luidt als volgt:

“Een inschrijver mag slechts één offerte per opdracht indienen behalve in geval van eventuele varianten en bij concurrentiedialoog.”

Omdat de opdracht is gegund volgens de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking geldt evenwel artikel 106, § 1, 1°, dat luidt als volgt:

“Art. 106.§ 1. Behoudens andersluidende bepaling in de opdrachtdocumenten, zijn niet toepasselijk op de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking:
1° de artikelen 6, 51, 52, 54 et 57”.

Het lijkt niet dat de opdrachtdocumenten een andersluidende bepaling bevatten. Minstens toont de verzoekende partij in deze stand van het geding niet anders aan.

Er lijkt derhalve te moeten worden geconcludeerd dat te dezen het inroepen van een schending van artikel 54 juridische grondslag mist, aangezien dit artikel niet van toepassing is.

7.5. Aldus toont de verzoekende partij niet *prima facie* aan dat de verwerende partij de offerte van de tussenkomenende partij ten onrechte regelmatig heeft verklaard

7.6. De verzoekende partij heeft ook nog de schending van het gelijkheidsbeginsel ingeroepen, opnieuw enkel in de context van de beoordeling van varianten, niet in de context van diverse *prima facie* besteksconforme offertes. Hetzelfde geldt wat de ingeroepen schending van het zorgvuldigheidsbeginsel betreft.

Opnieuw om reden van het feit dat de verzoekende partij in deze stand van het geding niet aantoont dat het divers aanbod van de tussenkomen- de partij zou beantwoorden aan de definitie van een inschrijving met varianten, kan het middel ook in zoverre niet worden aangenomen.

7.7. Uit hetgeen voorafgaat volgt dat het eerste middel niet ernstig is.

B. Tweede middel

Uiteenzetting

8. Een tweede middel wordt genomen uit de schending van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, het zorgvuldigheidsbeginsel en artikel 26 van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’. Zij acht deze rechtsnormen geschonden: “doordat de gemeente Asse niet motiveert waarom de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht niet wezenlijk werden gewijzigd”.

De verzoekende partij licht toe dat zij “niet in de gelegenheid” is om te oordelen of de oorspronkelijke voorwaarden wezenlijk werden gewijzigd en zodoende of de gemeente Asse al dan niet een beroep mocht doen op de bepaling van artikel 26, § 1, 1°, d), van de wet van 15 juni 2006.

Beoordeling

9.1. Artikel 26, § 1, 1°, d), van de wet van 15 juni 2006 luidt als volgt:

“§1. De overheidsopdrachten mogen enkel worden geplaatst bij onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking doch, indien mogelijk, na raadpleging van meerdere aannemers, leveranciers of dienstverleners in de volgende gevallen:

1° in het geval van een overheidsopdracht voor werken, leveringen of diensten wanneer: [...]

d) geen of geen geschikte aanvraag tot deelneming of offerte werd ingediend naar aanleiding van een open of beperkte procedure, mits de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht niet wezenlijk worden

gewijzigd en, voor de opdrachten die de bedragen voor de Europese bekendmaking bereiken, aan de Europese Commissie op haar verzoek een verslag wordt overgemaakt”.

De bestreden beslissing overweegt wat volgt:

“Overwegende dat op 6 december 2013 een zitting werd georganiseerd voor opening van de offertes loten 1, 2, 5, 9 en 11. Echter, er werden voor lot 1 geen offertes ingediend

Overwegende dat er dan ook werd beslist om geen gevolg te geven aan de offerteaanvraag voor de opdracht ‘Ontwikkeling Asphaltco-site – Perceel 4 Brandweeruitrusting – Lot 1: Los meubilair’ en over te gaan tot een onderhandelingsprocedure overeenkomstig artikel 26, §1, 1°, d) – wet van 15 juni 2006 betreffende overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten;

Overwegende dat de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht zoals beschreven in het bijzonder bestek met nr. 11500/PRO.147/10437/LOT1 van 23 augustus 2013 niet wezenlijk werden gewijzigd”.

9.2. In voorliggend geval lijkt het bestreden besluit formeel gemotiveerd. Het eerste motief dat geen offertes zijn ingediend naar aanleiding van de open offerteaanvraag staat daarbij niet ter discussie. De grief van de verzoekende partij slaat enkel op het afdoende karakter van het tweede motief in verband met de wezenlijke wijzigingen van de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht.

Met de verwerende partij en de tussenkomende partij lijkt te moeten worden vastgesteld dat de verzoekende partij zonder voorbehoud heeft ingeschreven op de onderhandelingsprocedure. Meer nog, het feit dat de verzoekende partij haar eerste middel heeft opgebouwd vanuit de oorspronkelijke besteksbepalingen lijkt er van te getuigen dat zij de invulling van de voorwaarde vermeld in de tweede zinsnede van artikel 26, § 1, 1°, d), heeft aanvaard.

Overeenkomstig artikel 14, § 1, tweede lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State geven onregelmatigheden die een vordering ondersteunen slechts aanleiding tot een nietigverklaring als ze een invloed konden uitoefenen op de draagwijdte van de genomen beslissing, de

betrokkenen een waarborg hebben ontnomen of als gevolg hebben de bevoegdheid van de steller van de handeling te beïnvloeden.

De verzoekende partij heeft zonder enige opmerking omtrent de keuze van de onderhandelingsprocedure daaraan deelgenomen. Zij toont niet aan noch doet zij daartoe zelfs een poging, hoe in die omstandigheden het ingeroepen gebrek in de formele motivering haar een waarborg zou hebben ontnomen of aan de andere voorwaarden van voormeld artikel 14, § 1, voldoet. Het lijkt aldus dat geen nietigverklaring van de bestreden beslissing mag worden uitgesproken op grond van de betrokken grief in het middel vervat, zodat ook de gevraagde schorsing van de tenuitvoerlegging niet ontvankelijk is.

9.3. Zoals de verwerende en de tussenkomende partij aanvoeren in excepties, moet aldus worden aangenomen dat het middel niet ontvankelijk is.

VII. Besluit

10. Er is geen middel dat ernstig is gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

VIII. Kosten

11.1. De verwerende partij vraagt dat de verzoekende partij zou worden veroordeeld tot betaling van een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro.

11.2. 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’, is 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.

Dit artikel 67 bepaalt:

“§ 1. Het basisbedrag van de rechtsplegingvergoeding 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”.

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

12. Ook de tussenkomende partij vraagt dat de verzoekende partij zou worden veroordeeld tot betaling aan haar van een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro.

Artikel 30/1, laatste lid van de gecoördineerde wetten op de Raad van State bepaalt uitdrukkelijk dat de tussenkomende partijen niet kunnen worden gehouden tot de betaling van de rechtsplegingsvergoeding of deze genieten.

Er is aldus geen grond om het door de tussenkomende partij gevorderde bedrag van 700 euro toe te kennen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv De Moor tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 17 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