

**RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK**

**VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER**

**A R R E S T**

**nr. 228.307 van 8 september 2014  
in de zaak A. 213.464/XII-7737**

In zake: de NV COS  
bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaat Carlos De Wolf  
kantoor houdend te 9680 Maarkedal  
Etikhovestraat 6  
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

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

---

*I. Voorwerp van de vordering*

1. De vordering, ingesteld op 20 augustus 2014, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de stad Lier van 4 augustus 2014 waarbij voor de opdracht “afbreken van de bestaande en leveren en plaatsen van nieuwe telescopische tribune Cultureel Centrum ‘De Mol’ in Lier” de facultatieve variante offerte van de nv Jezet Seating wordt gekozen en de opdracht aan deze inschrijver wordt gegund.

*II. Verloop van de rechtspleging*

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 4 september 2014, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Carlos De Wolf, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Els Gypen, die loco advocaat Gitte Laenen verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Ines Martens heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

### *III. Feiten*

3.1. De Stad Lier schrijft een opdracht voor leveringen uit met betrekking tot de afbraak van de bestaande en het leveren en plaatsen van een nieuwe telescopische tribune voor het cultureel centrum De Mol in Lier.

De opdracht wordt gegund bij wijze van open offerteaanvraag.

3.2. De opdracht wordt gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen van 4 maart 2014 en in de Bijlagen bij het Europees Publicatieblad van 7 maart 2014. De opdracht wordt geraamd op een bedrag van 325.000,00 euro, btw inbegrepen.

3.3. De opdracht is onderworpen aan het bijzonder bestek “afbraak van de bestaande en leveren en plaatsen van een nieuwe telescopische tribune in cultureel centrum De Mol in Lier”.

Met betrekking tot het indienen van varianten, wordt in het bestek vermeld:

#### “ I.12. Varianten

De inschrijver mag een variante indienen.

Deze variante dient te voldoen aan de technische bepalingen van het lastenboek.

De tribune mag variëren op vlak van ‘type stoelen’.”

Voorts wordt in het bestek onder de technische bepalingen met betrekking tot de te leveren zetels bepaald:

#### “III.2.2.3.8 Zetels

Tussen elke rij zetels is er een hoogteverschil. Alle zetels zijn uitgerust met een op- en neerklapbare zitting om een maximale doorgang tussen de rijen te garanderen.

De zetels worden vastgehecht aan een stalen onderconstructie en dienen geschrinkt opgesteld te worden.

Het zitvlak en de rugleuning van de zetels dienen gestoffeerd uitgevoerd te worden. Er worden bij voorkeur twee stoeltypes voorgesteld. Van elk type wordt een afzonderlijke prijsopgave gemaakt.

De zetels zijn uitgerust met een gemeenschappelijke armleuning. Als de zetels opgesteld staan zijn, bij voorkeur, de armleuning niet opklapbaar.

Alle zetels worden via een gemakkelijk bedienbaar mechanisme, hetzij individueel, hetzij gegroepeerd neergeklapt, waarbij gestreefd wordt naar een zo min mogelijk arbeidsintensieve en belastende oplossing.

Het gebruikte materiaal voor de zetels dient te beantwoorden aan de strengste normen inzake brandwerendheid en bij eventuele calamiteiten komen geen giftige chloorgassen vrij en ontstaat er geen verstikkende rookontwikkeling.

Elke stoel wordt op een duidelijke manier genummerd, hetzij via een voldoende groot en duidelijk zichtbaar, vastgeschroefd plaatje op de onderkant van het zitvlak, hetzij geborduurd op de rugleuning van de zetel. Bij de keuze van de zetel wordt gestreefd naar een zo ideaal mogelijke combinatie van zitcomfort en esthetiek.”

Op het inschrijvingsformulier gevoegd bij het bestek is er uitdrukkelijk plaats voorzien voor het opgeven van een prijs voor de basisofferte en een facultatieve variante offerte; voorts wordt bij het bestek er een ‘bijlage D Inventaris’ in tweevoud opgenomen, namelijk een ‘bijlage D-1: Inventaris – basisopdracht’ en een ‘bijlage D-2 – facultatieve variante’.

3.4. De openingszitting vindt plaats op 29 april 2014. Er worden zeven offertes ingediend, waaronder die van de verzoekende partij en van de nv Jezet Seating. Beiden dienen ook een variante in.

3.5. Op 18 juli 2014 wordt een tweede gunningsverslag opgemaakt nadat een eerder gunningsverslag werd ingetrokken.

Met betrekking tot het onderzoek van de regelmatigheid van de offertes wordt onder meer vermeld dat de basisofferte van de nv Jezet Seating niet in aanmerking wordt genomen omdat ze niet voldoet aan het lastenkohier op het gebied van de capaciteit. De tribune heeft een hogere capaciteit dan de maximum capaciteit in het lastenkohier.

Na beoordeling van de regelmatige offertes volgens de gunningscriteria wordt de variante offerte van de nv Jezet Seating als eerste gerangschikt, de basisofferte van de verzoekende partij als tweede en haar facultatieve variante als derde.

3.6. Op 4 augustus 2014 beslist het college van burgemeester en schepenen van de stad Lier op grond van het gunningsverslag dat in bijlage bij de bestreden beslissing wordt gevoegd, om de opdracht te gunnen aan de nv Jezet Seating voor haar facultatieve variante offerte.

Dit is de bestreden beslissing.

3.7. Bij aangetekend schrijven van 6 augustus 2014 wordt de bestreden gunningsbeslissing meegedeeld aan de verzoekende partij.

#### *IV. De schorsingsvoorwaarden*

4.1. 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.

4.2. 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.

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 kunnen verantwoorden.

#### *V. Onderzoek van het eerste onderdeel van het eerste middel*

##### *Standpunt van de partijen*

5. De verzoekende partij formuleert het onderdeel als volgt:

“Schending van artikel 9, §1, 2°, juncto artikel 2, §1, 10° van het Koninklijk Besluit van 15 juli 2011 [‘Plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’]; schending van artikel 54, §2 van het Koninklijk Besluit van 15 juli 2011; schending van het rechtsbeginsel ‘patere legem quam ipse fecisti’;

Doordat uit de Bestreden Beslissing en het Gunningsverslag blijkt dat door Belanghebbende Partij een facultatieve variëteit werd ingediend die, op basis van een toetsing van de gunningscriteria als economisch meest voordelige offerte wordt gerangschikt;

Doordat artikel 9, §1, 2° van het Koninklijk Besluit van 15 juli 2011 bepaalt dat de opdrachtdocumenten het voorwerp, de aard en de draagwijdte van een facultatieve variante dienen te bepalen en dit teneinde het transparantiebeginsel en het gelijkheidsbeginsel te eerbiedigen;

Doordat in toepassing van voormelde bepaling, in het Bestek werd aangegeven dat een facultatieve variante kon worden ingediend met als voorwerp het ‘type stoelen’;

Terwijl, eerste onderdeel, uit het Gunningsverslag blijkt dat de facultatieve variante die door Belanghebbende Partij werd ingediend, tot gevolg heeft dat de in de basisofferte voorziene capaciteit van 453 stoelen wordt verminderd met 40 stoelen tot een aantal van 413, zodat deze facultatieve variante het voorwerp, de aard en de draagwijdte, zoals die in het Bestek werden vastgelegd, overschrijdt;

Zodat bijgevolg de facultatieve variante die door Belanghebbende Partij werd ingediend, hetzij als substantieel onregelmatig moet worden verworpen op grond van de schending van artikel 9, §1, 2° van het Koninklijk Besluit van 15 juli 2011, juncto artikel 2, §1, 10° van het Koninklijk Besluit van 15 juli 2011, hetzij moet worden aangenomen dat de door Belanghebbende Partij ingediende facultatieve variante een tweede offerte vormt, wat een schending inhoudt van artikel 54, §2 van het Koninklijk Besluit van 15 juli 2011 en aldus de substantiële onregelmatigheid van de integrale offerte van Belanghebbende Partij tot gevolg heeft.”

In de toelichting voert de verzoekende partij aan dat de facultatieve variante op basis waarvan de opdracht aan de nv Jezet Seating wordt gegund substantieel onregelmatig is, omdat deze “[niet] beantwoordt [...] aan “het voorwerp en de draagwijdte zoals omschreven in het Bestek”.

Zij vervolgt dat de variante die wordt bedoeld in het bestek, moet worden gekwalificeerd als een “facultatieve variante”, een kwalificatie die steun vindt in de bewoordingen, gebruikt in het offerteformulier, opgenomen als bijlage A, dat onder randnummer I.12 van het bestek het voorwerp, de aard en de draagwijdte van de toegelaten variante wordt gedefinieerd, namelijk dat de tribune mag variëren op het vlak van ‘type stoelen’, en dat het voorwerp en de draagwijdte van de toegelaten facultatieve variante voorts rechtstreeks gekoppeld moet worden aan randnummer III.2.2.3.8. de technische voorschriften van het bestek, getiteld “zetels”.

Uit het gunningsverslag blijkt echter dat de gekozen facultatieve variante offerte tot gevolg heeft dat de in de basisofferte voorziene capaciteit van 453 stoelen wordt verminderd met 40 stoelen tot een aantal van 413 zodat “de facultatieve variante, in vergelijking met de basisofferte [...], een voorstel vormt dat niet beantwoordt aan de vereisten die in artikel 9, § 1, 2° zijn gedefinieerd”.

Het feit dat in de bestreden beslissing de basisofferte van de gekozen inschrijver als substantieel onregelmatig wordt verworpen, mag niet in rechte worden aangemerkt als de mogelijkheid tot het remediëren of regulariseren van een *ab initio* substantieel onregelmatige facultatieve variante.

In de mate dat *per impossibile* zou worden aangenomen dat de betreffende facultatieve variante niet als substantieel onregelmatig moet worden verworpen, dan dringt zich, aldus de verzoekende partij, de vaststelling op dat de nv Jezet Seating twee offertes heeft ingediend, zodat artikel 54, § 2, van het voornoemd koninklijk besluit van 15 juli 2011 is geschonden en haar integrale offerte als substantieel onregelmatig moet worden verworpen.

6. In haar nota antwoordt de verwerende partij dat de begunstigde inschrijver in zijn basisofferte opteerde voor het type stoel “Granada Step” wat 453 stoelen opleverde en in haar variante offerte voor het type “Plaza Plus” dat breder en hoger is en met dikkere kussens dan het andere type. Door deze variante werden er in vergelijking met de basisofferte minder stoelen aangeboden, namelijk 413, dienden de vluchtwegen van de tribune te worden aangepast alsook de platformhoogte en de lay-out van de tribune. Deze wijzigingen aan de basisofferte zijn, aldus de verwerende partij, enkel het gevolg van de wijziging van het type stoelen. Deze wijzigingen betreffen ook geen technische voorschriften uit het bestek wat betekent dat de inschrijver voor die elementen vrij was. Het staat dan ook, zo vervolgt de verwerende partij, buiten kijf dat een tribune met een ander type stoel ook op andere vlakken mag variëren. De verzoekende partij is dan ook fout wanneer zij meent dat het voorstellen van een ander type stoel verder niets aan de basisofferte mag wijzigen.

De verwerende partij merkt ook op dat de door de verzoekende partij aangeboden variante offerte geen nieuw stoeltype bevat doch wijzigingen die niet stoelgerelateerd zijn.

### *Beoordeling*

7. Overeenkomstig artikel 2, § 1, 10°, van het voornoemd koninklijk besluit van 15 juli 2011 is een variante een alternatieve conceptie- of uitvoeringswijze die hetzij op vraag van de aanbestedende overheid, hetzij op initiatief van de inschrijver wordt ingediend.

Artikel 9, § 1, 2°, van het koninklijk besluit 15 juli 2011 bepaalt dat bij een facultatieve variante de aanbestedende overheid in de opdrachtdocumenten het voorwerp, de aard en de draagwijdte van meerdere varianten, waarvan zij er één als basisoplossing kan aanduiden, omschrijft; de inschrijvers kunnen voor één of meerdere varianten een offerte indienen; de aanbestedende overheid kan in de opdrachtdocumenten verplichten om voor de basisoplossing een offerte in te dienen.

8. De partijen lijken er beiden van uit te gaan dat het bestek voorzag in het indienen van een basisofferte en een facultatieve variante offerte. In de huidige stand van het geding mag de wettigheidskritiek dan ook worden onderzocht vanuit dit uitgangspunt dat steunt lijkt te vinden onder meer in de hiervoor vermelde specificaties op het inschrijvingsformulier evenals op de bijlage D-2 – ‘facultatieve variante’.

9. De gekozen variante offerte van de nv Jezet Seating lijkt op het eerste gezicht echter geen variante zoals in het bestek is bepaald en dit om de volgende redenen.

Het bestek voorziet in de mogelijkheid van het aanbieden van een facultatieve variante offerte “op het vlak van ‘type stoelen’”; bij de technische specificaties wordt deze mogelijkheid opgenomen in de volgende specifieke alinea:

“Het zitvlak en de rugleuning van de zetels dienen gestoffeerd uitgevoerd te worden. Er worden bij voorkeur twee stoeltypes voorgesteld. Van elk type wordt een afzonderlijke prijsopgave gemaakt.”

De bij de offerte te voegen bijlagen zijn volgens het bestek de volgende:

- bijlage A: “offerteformulier”; op dit formulier is plaats voorzien om de prijs in te vullen voor de basisofferte en voor de variante;
- bijlage B: “attest van plaatsbezoek”;
- bijlage C: “verklaring op eer”;
- bijlage D: “inventaris” met slechts één post, namelijk “verwijderen van de bestaande tribune en levering van een nieuwe telescopische tribune”; een bijlage D-1 “basisopdracht” en een bijlage D-2 “facultatieve variante”;
- bijlage E: “gunningscriterium: Kwaliteit en technische waarde van de aangeboden tribune”; er is geen sprake van een onderscheid tussen de basisofferte en de variante;
- bijlage F: “gunningscriterium: Comfort”; ook hier er is geen sprake van een onderscheid tussen de basisofferte en de variante.

Weliswaar lijkt het bestek niet zeer duidelijk te bepalen wat met ‘type stoelen’ wordt bedoeld doch het lijkt in elk geval geen grond te bieden om een tribune bij de variante te mogen aanbieden die in die mate verschilt van de tribune in de basisofferte zoals de gekozen inschrijver hier heeft gedaan; er zijn te dezen fundamentele wijzigingen opgetreden zoals het aantal zetels, de lay-out en de vluchtwegen. De aanbestedende overheid lijkt dan ook de in het middelonderdeel aangehaalde bepalingen en beginselen te hebben geschonden.

In de mate dat de verwerende partij zou opwerpen dat de verzoekende partij zelf een onregelmatige variante zou hebben ingediend moet in de eerste plaats worden opgemerkt dat de verwerende partij deze niet onregelmatig heeft verklaard. Overigens wordt de basisofferte van de verzoekende partij, waar de verwerende partij ook geen opmerkingen over heeft gemaakt, door de verwerende partij als tweede gerangschikt na de variante van de nv Jezet Seating.

Het eerste onderdeel van het eerste middel is in de besproken mate ernstig.

## **BESLISSING**

**1. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de stad Lier van 4 augustus 2014 waarbij voor de opdracht “afbreken van de bestaande en leveren en plaatsen van nieuwe telescopische tribune Cultureel Centrum ‘De Mol’ in Lier” de facultatieve variante offerte van de nv Jezet Seating wordt gekozen en de opdracht aan deze inschrijver wordt gegund.**

**2. De uitspraak over de kosten worden in beraad gehouden.**

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 8 september 2014, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

|                 |                        |
|-----------------|------------------------|
| Pierre Barra,   | staatsraad,            |
|                 | waarnemend voorzitter, |
| bijgestaan door |                        |
| Silja Doms,     | griffier.              |

**De griffier**

**De voorzitter**

**Silja Doms**

**Pierre Barra**