

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 229.314 van 25 november 2014
in de zaak A. 214.175/XII-7767**

In zake: de NV HERBOSCH-KIERE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Joost Bosquet
kantoor houdend te 2600 Berchem
Roderveldlaan 5 bus 3
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Kris Wauters
kantoor houdend te 1170 Brussel
Terhulpesteenweg 187
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 7 november 2014, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[d]e beslissing van [...] het Vlaams Gewest waarbij de overheidsopdracht voor aanneming van werken betrekking hebbende op de baggerwerken aan de deurlopen van de P. Vandammesluis in de haven te Zeebrugge na het doorlopen van een open aanbestedingsprocedure worden gegund aan DCN Diving BV voor een bedrag van 251.934,10 € incl. BTW”.

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 november 2014, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Joost Bosquet, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Kris Wauters, die 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. De afdeling Maritieme Toegang van het departement Mobiliteit en Openbare Werken van het Vlaamse Gewest schrijft een open aanbesteding uit voor de aanneming van werken met als voorwerp het “baggeren en specievrij maken van deurloop 1, 2, 3, 4 van de P. Vandammesluis”.

3.2. De opdracht wordt geraamd op 242.193,60 euro btw inbegrepen en bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 8 augustus 2014.

3.3. De opdracht wordt beheerst door het bijzonder bestek met referentie 16EF/2014/24.

In de algemene bepalingen van het bestek inzake de kwalitatieve selectie wordt vermeld:

“Art 67 Financiële en economische draagkracht
Inschrijvers van vreemde nationaliteit dienen zelf de nodige bewijsstukken inzake erkenning bij hun offerte te voegen.

Indien de opdracht gegund wordt bij wijze van een openbare aanbesteding of een algemene offerteaanvraag, dan kan de aanbestedende overheid oordelen dat de vereisten gesteld in het kader van de erkenning van opdrachtnemer van werken volstaan. De inschrijver moet dan geen bijkomende bewijsstukken voor zijn financiële of economische draagkracht voorleggen.

De werken van de door onderhavige bestek geregelde opdracht zijn gerangschikt in de categorie B en de aanbestedende overheid is van oordeel dat ze tot de klasse 2 behoren.

Onverminderd de bepalingen betreffende de erkenning van opdrachtnemer van werken, tonen de inschrijvers hun financiële en economische draagkracht aan door het volgende document / de volgende documenten:

- passende bankverklaringen;
- een verklaring betreffende de totale omzet en de omzet in werken van de onderneming over de laatste drie boekjaren;

Art. 69 Technische bekwaamheid

Inschrijvers van vreemde nationaliteit dienen zelf de nodige bewijsstukken inzake erkenning bij hun offerte te voegen.

- Studie- en/of beroepskwalificaties van de inschrijver en/of van het ondernemingskader en, in het bijzonder, van degenen die met de dienstverlening kunnen worden belast; Deze lijst bestaat uit een tabel met vier kolommen waarin achtereenvolgens

- o de naam,

- o de (relevante) diploma's en de getuigschriften

- o de specifieke ervaring op de verschillende domeinen die aan bod komen in de opdracht

- o de deelaspecten, waarbij ze ingeschakeld zullen worden, vermeld zijn.

- De duikers moeten een bouwkundige opleiding genoten hebben, of dienen aan te tonen dat zij voldoende ervaring hebben met het lezen van bouwkundige plannen e.d.

- Een lijst van de belangrijkste diensten uitgevoerd drie jaar voorafgaand aan de aankondiging van deze opdracht, waaruit zijn ervaring in de bedoelde materie moet blijken en die worden gestaafd met getuigschriften van goede uitvoering.

Deze getuigschriften vermelden:

- o de inhoud van de opdracht;

- o het bedrag van de opdracht;

- o de uitvoeringsperiode van de opdracht;

- o de naam en contactgegevens van een contactpersoon bij het bedrijf, de instelling of de organisatie waarvoor de opdracht werd verricht;

In geval van diensten voor particulieren, kunnen de referenties worden gestaafd door een verklaring op erewoord van de inschrijver zelf.

- een duidelijke omschrijving hoe een duikploeg is samengesteld, met functiebeschrijving, en welke uitrusting hierin is inbegrepen.
- een duidelijke omschrijving van hoe de werkopstelling zal gebeuren om zo efficiënt mogelijk het slib te verwijderen uit deurlopen."

Inzake de indiening van de offertes wordt erin bepaald:

“Art. 90, §1 Elektronische indiening offertes

De offertes moeten elektronisch worden ingediend via de e-tendering website <https://eten.publicprocurement.be> die de naleving waarborgt van de voorwaarden van art. 52, §1 K.B. Plaatsing.

Meer informatie kan verkregen worden op de website <http://www.publicprocurement.be> of via de e-procurement helpdesk op het nummer +32 (0)2 790 52 00.

De met elektronische middelen ingediende offertes moeten worden opgemaakt in een afdrukbaar Pdf-formaat. De maximale grootte per document is 80MB. Een te groot document kan worden opgesplitst in meerdere deeldocumenten. Het geheel van alle documenten mag evenwel niet groter zijn dan 350MB.

De inventaris wordt via een Excel-bestand ter beschikking gesteld. De inschrijver maakt gebruik van dit bestand voor het invullen van zijn inventaris. Aan dit bestand mogen geen wijzigingen worden aangebracht met uitzondering van het invullen van de grijze invulvelden. De inschrijver dient het ingevulde Excel-document te converteren naar een afdrukbaar pdf-bestand. Zowel het Excel- als het pdf-bestand moeten worden opgeladen en ingediend via e-tendering. Bij tegenstrijdigheid tussen beide bestanden, wordt het pdf bestand geacht de werkelijke bedoeling van de inschrijver te zijn en is het pdf bestand aldus het enige rechtsgeldige.

Een handleiding voor het omzetten van de inventaris van Excel naar pdf is beschikbaar op <http://mow.vlaanderen.be/qc>.

U kunt als buitenlandse inschrijver de offerte en alle bijhorende documenten ondertekenen met een gekwalificeerd certificaat dat u kunt aankopen via een private actor en dat door de applicatie herkend wordt als een geldig certificaat dat geschikt is voor het plaatsen van een wettelijke digitale handtekening ofwel met een elektronisch middel, aangekocht bij een private actor en waarvan zij zelf garanderen dat dit voldoet aan alle wettelijke voorwaarden:

- Gekwalificeerde certificaten, die geschikt zijn voor het plaatsen van een wettelijke digitale handtekening, kunnen aangekocht worden bij private actoren. Voor meer informatie over deze private actoren, kunt u terecht op e.procurement@vlaanderen.be of +32 (0)2 553 76 57. Er dient wel te worden opgemerkt dat het enige tijd in beslag kan nemen vooraleer u de drager met uw gekwalificeerd certificaat ontvangt. Koop dus tijdig uw certificaat aan.
- Wanneer de buitenlandse inschrijver een eigen elektronisch middel gebruikt om de handtekening te plaatsen, garandeert hij zelf dat deze handtekening voldoet aan de voorwaarden van artikel 52, §1, 1° K.B. Plaatsing. Deze elektronische handtekening moet aldus conform zijn met de regels van het Europees, en het daarmee overeenstemmend nationaal, recht inzake de geavanceerde elektronische handtekening met een geldig gekwalificeerd certificaat, waarbij deze handtekening werd gerealiseerd via een veilig middel voor het aanmaken van een handtekening.

Gelieve ook alle nuttige informatie over het gebruikte elektronische middel aan de offerte toe te voegen opdat de aanbestedende overheid kan nagaan of het gebruikte elektronische middel geldig is en conform is met de bepalingen in de regelgeving.

Er mag geen gebruik worden gemaakt van een dubbele elektronische zending noch van een veiligheidskopie.

Indien in de opdrachtdocumenten de indiening van bepaalde maquettes modelstukken of monsters wordt gevraagd en deze stukken zijn niet of uiterst moeilijk via elektronische middelen over te maken, mogen de inschrijvers de vereiste maquettes, modelstukken of monsters op niet-digitale wijze aan de aanbestedende overheid bezorgen. Deze stukken dienen vóór de opening van de offertes bij de aanbestedende overheid toe te komen met een duidelijke verwijzing naar de betrokken overheidsopdracht en de offerte waarvoor ze worden ingediend.

Als een offerte op een andere wijze wordt ingediend, valt dit onder de volledige verantwoordelijkheid van de inschrijver, zonder dat de aanbestedende overheid enige fout kan worden aangerekend zelfs indien op een andere wijze ingediende offertes door aangestelden van de aanbestedende overheid, andere dan zij die voor ontvangst van de offertes werden aangeduid, in ontvangst zijn genomen.”

3.4. De opening van de offertes vindt plaats op 16 september 2014. Er werden twee offertes ingediend, namelijk door de verzoekende partij en door de bv DCN Diving.

Wat betreft de offerte van de bv DCN Diving wordt in het proces-verbaal van opening opgemerkt: “Fout tijdens validatie van de certificate chain. Dit certificaat werd niet afgeleverd door een vertrouwde CA”. Het resultaat van de OCSP-validatie is: “Onmogelijk te valideren” met als verificatieresultaat: “Moet handmatig worden gevalideerd door de CA”. (CA = Certificatie Autoriteit)

3.5. Bij e-mail van 7 oktober 2014 vraagt de verwerende partij aan de bv DCN Diving een duidelijke omschrijving van hoe een duikploeg is samengesteld, met functiebeschrijving en welke uitrusting hierin is inbegrepen, en een duidelijke omschrijving van hoe de werkopstelling zal gebeuren om zo efficiënt mogelijk het slib te verwijderen uit deurlopen.

De bv DCN Diving bezorgt bij e-mail van 13 oktober 2014 de gevraagde informatie.

3.6. In het aanbestedingsverslag van 14 oktober 2014 wordt inzake de financiële en economische draagkracht over de verzoekende partij opgemerkt: omzetverklaring “OK” en erkenning “B(8) – OK”. Over de bv DCN Diving wordt opgemerkt: omzetverklaring “OK” en erkenning “B(6) – OK”.

Inzake de technische bekwaamheid wordt in het aanbestedingsverslag gesteld:

Naam	Lijst technici met specialiteit	Lijst diensten	Getuigschriften	Omschrijving duikploeg	Omschrijving werkopstelling
DCN Diving bv	OK	OK	Geen relevante diploma's en getuigschriften werden meegeleverd	OK	OK
Herbosch Kiere nv	OK	OK	Geen relevante diploma's en getuigschriften werden meegeleverd	OK	OK

Tevens wordt wat betreft het onderzoek naar de regelmatigheid besloten:

“Er waren géén rekenfouten in beide offertes.
Beide offertes worden als regelmatig beschouwd.”

Ten slotte wordt vastgesteld dat de bv DCN Diving met een inschrijvingsprijs van 251.934,10 euro, btw inbegrepen, in vergelijking met de inschrijvingsprijs van de verzoekende partij van 832.608,16 euro, de goedkoopste offerte heeft ingediend. Er wordt bijgevolg voorgesteld de opdracht toe te kennen aan de bv DCN Diving.

3.7. Bij beslissing van 22 oktober 2014 van het afdelingshoofd van de afdeling Maritieme Toegang wordt de opdracht toegekend aan de bv DCN Diving. Dit is de bestreden beslissing die als volgt is gemotiveerd:

“Gelet op het onderzoek naar de geschiktheid van de inschrijvers op basis van de vastgestelde uitsluiting- en selectiecriteria, en de evaluatie van de

regelmatig bevonden offertes op grond van de vastgestelde gunningscriteria door de daartoe aangestelde beoordelingscommissie;
Gelet op het rapport van de beoordelingscommissie van dd. 14 oktober 2014 dat als bijlage bij deze beslissing is gevoegd en er integrerend deel van uitmaakt;
Gelet op het feit dat, de beoordelingscommissie tot de bevinding komt dat de meest voordelige regelmatige offerte werd ingediend door DCN Diving te Bergen op Zoom.”

3.8. De verzoekende partij wordt bij brief van 23 oktober 2014 op de hoogte gebracht van de bestreden beslissing.

IV. De schorsingsvoorwaarden

4. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State mag 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.

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.

Overeenkomstig artikel 31 gelden deze bepalingen ook voor opdrachten die de drempel voor Europese bekendmaking niet bereiken.

5. 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 de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6. De verzoekende partij voert de schending aan van “[a]rt. 24 W. 15.06.2006 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten”, “[a]rt. 51 §2, art. 82 §1, §3 en §4, samen gelezen met art. 52 §1 en artikel 95 K.B. 15.07.2011 betreffende de plaatsing van de overheidsopdrachten in de klassieke sectoren”, “[h]et beginsel van de gelijke behandeling der inschrijvers zoals neergelegd in art. 5 W. 15.06.2006 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten”, “[h]et zorgvuldigheidsbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur” en “[d]e formele motiveringsplicht zoals neergelegd in art. 4, 8° en art. 5, 9° samen gelezen met artikel 29 W. 17.06.2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en art. 2 en 3 W. 29.07.1991 betreffende de formele motivering van bestuurs-handelingen” en “uit ontstentenis van de rechtens vereiste feitelijke en juridische grondslag”.

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

“Doordat, de bestreden beslissing onder verwijzing naar het aanbestedingsverslag vaststelt dat de offerte van de firma DC Diving vormelijk regelmatig is, zonder nadere toelichting van de feitelijke of juridische motieven die hieraan ten grondslag liggen;
Terwijl, uit het PV van opening der offertes blijkt dat de offerte van DCN Diving werd ondertekend met een certificaat waarvan de uitgever

onbekend was voor het systeem en waarvan de validatie handmatig zou geschieden;

Terwijl, de rechtsgeldige ondertekening van de offerte een substantiële vormvereiste inhoudt waarvan de miskenning aanleiding geeft tot de nietigheid van de offerte wegens een substantiële onregelmatigheid;

Terwijl, de plaatsing van een elektronische handtekening maar wordt beschouwd als rechtsgeldig indien sprake is van een geavanceerde elektronische handtekening met een geldig gekwalificeerd certificaat, waarbij deze handtekening werd gerealiseerd via een veilig middel voor het aanmaken van een handtekening;

Terwijl, met het gebrek aan ondertekening van de offerte de situatie dient gelijkgesteld te worden waarbij de personen die ondertekenen niet diegene zijn die daartoe bevoegdheid hebben krachtens de dwingende regelgeving of de eigen statutaire bepalingen van de inschrijver;

Terwijl, slechts die inschrijver die de offerte ondertekent aan de hand van een geldig certificaat op naam van de rechtspersoon handelend in eigen naam en rekening, geen bijkomende volmacht of verantwoording van diens ondertekeningsbevoegdheid als statutair orgaan dient te voegen bij de offerte tot rechtsgeldige ondertekening ervan;

Terwijl, de vormelijke regelmatigheid van de offerte dient te worden beoordeeld aan de hand van de offerte zelf en niet in functie van de bijkomende verklaringen of inlichtingen na de opening der offertes, die van aard zijn de offerte te wijzigen of een bestaande substantiële vormelijke onregelmatigheid te remediëren;

Zodat, de bestreden beslissing die zonder opgave van de dienstige en draagkrachtige feitelijke en juridische elementen die dergelijke beslissing kunnen schragen, en in het licht van een gebrek aan verificatie van de geldigheid van het gebruikte certificaat bij de elektronische handtekening, de offerte van DCN Diving vormelijk regelmatig verklaart, de in het middel aangehaalde bepalingen en beginselen schendt.”

De verzoekende partij merkt bij de toelichting op dat uit de motieven die aan de bestreden beslissing ten grondslag liggen, niet kan worden opgemaakt of de aanbestedende overheid het gekwalificeerd karakter van het niet automatisch gevalideerde certificaat heeft nagegaan. Minstens is er volgens de verzoekende partij een gebrekkige formele motivering. Ook maakt de verzoekende partij opmerkingen over de onzekerheid van de bevoegdheid van diegenen die de offerte van de begunstigde inschrijver hebben ondertekend.

Beoordeling

7.1. Het gekwalificeerd certificaat waarmee de gekozen inschrijver zijn offerte elektronisch heeft ingediend, werd uitgereikt door de Nederlandse uitgever van gekwalificeerde certificaten QuoVadis EU Issuing Certification Authority G3.

Uit het proces-verbaal van opening blijkt echter dat een fout optrad tijdens de validatie van de “certificate chain”, waardoor als foutmelding werd gegeven dat het certificaat niet werd afgeleverd door een vertrouwde certificatieautoriteit. Een fout tijdens de validatie van de *certificate chain* lijkt op zich niet te kunnen worden gelijkgesteld met het ontbreken van een geavanceerde elektronische handtekening met een geldig gekwalificeerd certificaat.

Het bewuste certificaat van QuoVadis, dat volgens het voormelde proces-verbaal geldig is van 9 september 2014 tot 9 september 2017, lijkt te zijn uitgereikt door een vertrouwde certificatieautoriteit. De Vlaamse overheid zelf wijst QuoVadis aan als aanbieder van gekwalificeerde certificaten zoals vermeld wordt op haar website <http://www.bestuurszaken.be/gekwalificeerde-certificaten>.

In de huidige stand van het geding dient dan ook te worden aangenomen dat de verwerende partij, na de automatische foutmelding dat het certificaat niet werd uitgereikt door een vertrouwde certificatieautoriteit, mocht oordelen dat het certificaat van QuoVadis wel van een vertrouwde certificatieautoriteit afkomstig is. Er kan ook niet worden ingezien hoe een eventuele schending van de formelemotiveringsplicht de verzoekende partij hier zou hebben benadeeld.

7.2. Artikel 82, § 4, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ bepaalt dat de offerte die namens een rechtspersoon elektronisch wordt ondertekend door een certificaat op naam van die rechtspersoon, die daarbij enkel een verbintenis aangaat voor eigen naam en rekening, geen bijkomende volmacht vereist.

Gelet op het proces-verbaal van opening en het aanbestedingsverslag lijkt de offerte van de bv DCN Diving elektronisch ondertekend via QuoVadis EU Issuing Certification Authority G3 door een certificaat op naam van de bv DCN Diving zodat een bijkomende volmacht niet vereist lijkt.

7.3. Het middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

8. De verzoekende partij voert de schending aan van “[a]rtikel 24 W. 16.06.2006 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten”, “[a]rtikel 95 K.B. van 15 juli 2011 betreffende de plaatsing van de opdrachten in de klassieke sectoren”, “[h]et zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht als beginselen van behoorlijk bestuur”, “[h]et beginsel van de gelijke behandeling der inschrijven zoals neergelegd in art. 5 W. 15.06.2006 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten” en “uit ontstentenis van de rechtens vereiste feitelijke en juridische grondslag”.

De verzoekende partij voert aan dat voormelde bepalingen en beginselen werden geschonden:

“Doordat, de bestreden beslissing onder verwijzing naar het aanbestedingsverslag de offerte van DCN Diving als regelmatig in aanmerking neemt wat betreft de stukken die bij de offerte dienden te worden gevoegd;

Terwijl, het PV van opening der offertes zoals gegenereerd door het e-tenderplatform aangeeft dat DCN Diving slechts drie documenten bij haar offerte heeft gevoegd bestaande uit het inschrijvingsformulier, en de samenvattende opmeting in de twee gevraagde formaten;

Terwijl, er geen gebruik kon worden gemaakt van [e]en dubbele elektronische zending of het indienen van een veiligheidskopie;

Terwijl, in een open aanbesteding zoals hier aan de orde de regelmatigheid van de offerte diende te worden beoordeeld conform de ingediende offerte zelf, en niet aan de hand van aanvullende verklaringen die een wijziging van de offerte inhouden;

Zodat, de bestreden beslissing die de vormelijke en materiële regelmatigheid van de offerte beoordeelt in functie van aanvullende stukken die niet bij de offerte zelf werden gevoegd, dan wel voorbij gaat aan het gebrek van bepaalde bewijsmiddelen die van aard zijn om de overeenstemming van de offerte met de technische specificaties van het bestek na te gaan, de in de aanhef bepaalde beginselen en wettelijke bepalingen schendt.”

Beoordeling

9. Te dezen lijkt de verwerende partij documenten te hebben opgevraagd die kaderen in de kwalitatieve selectie, waarvan artikel 59, 1°, van het voormelde koninklijk besluit van 15 juli 2011 bepaalt dat de aanbestedende overheid kan verlangen dat de kandidaten of inschrijvers de in de artikelen 61 tot 79 – die kaderen in de kwalitatieve selectie – bedoelde inlichtingen en documenten aanvullen of nader toelichten. Het gaat hier om documenten die volgens het bestek kaderen in de kwalitatieve selectiefase – technische bekwaamheid – en op het eerste gezicht betrekking hebben op de status van de inschrijver, teneinde na te gaan of die de technische bekwaamheid heeft om de opdracht tot een goed einde te brengen. Dat verder in het bestek bij de technische bepalingen wordt gesteld dat een “duikploeg bestaat uit duikers met een baggerpomp, hogedrukspuit, pomp en leidingen...” en dat gebruik wordt gemaakt “van een opstelling met baggerpomp, airlift en pomp”, lijkt niet in te houden dat het te dezen toch zou gaan om stukken betreffende de verificatie van de technische conformiteit van een offerte.

Er lijkt bijgevolg te moeten worden geoordeeld dat de verzoekende partij er verkeerdelijk van uitgaat dat te dezen het nagaan van de regelmatigheid van de offertes “die aan de voorwaarden van het toegangsrecht en de kwalitatieve selectiecriteria voldoen”, aan de orde is. Het uitgangspunt van het middel – te weten de beoordeling van de “regelmatigheid van de offerte” – kan dan ook niet worden bijgetreden.

Het middel is niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

10. De verzoekende partij voert de schending aan van “[a]rt. 5 en 24 W. 15.06.2006 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten”, “[a]rt. 21 samen gelezen met art. 95 §3 K.B. 15.07.2011 betreffende de plaatsing van de overheidsopdrachten in de klassieke sectoren”, “[a]rt. 4 en 5, 8° en 9° W. 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten” en “[h]et zorgvuldigheidsbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur” en “uit ontstentenis van de rechtens vereiste feitelijke en juridische grondslag”.

De verzoekende partij voert het volgende aan:

“Doordat, de bestreden beslissing de offerte van DCN Diving als materieel regelmatig heeft beschouwd onder de loutere affirmatie dat beide offertes als regelmatig worden beschouwd.

Doordat, het prijsniveau tussen de beide offertes significant verschillend is, en van die aard dat zij de vergelijkbaarheid der offertes aantast.

Terwijl, een onderdeel van het niet-discriminatiebeginsel erin gelegen is dat geen offertes met abnormale prijzen worden vergel[e]ken met offertes met normale prijzen, waarbij het prijsonderzoek een onderdeel uitmaakt van de naleving van het zorgvuldigheidsbeginsel bij het regelmatigheidsonderzoek der offertes;

Terwijl, het prijsverschil tussen de gekozen inschrijver en de offerte van verzoekende partij van die grootteorde is dat een normaal zorgvuldig handelende overheid hieraan niet zonder meer kon voorbij gaan en diende na te gaan of de kwalitatieve uitvoering van de opdracht gewaarborgd blijft in het licht van de specificaties van het bestek;

Terwijl, de erkenningsvereisten zoals opgenomen in het bestek een louter indicatieve waarde hebben, en slechts in functie van de daadwerkelijke prijszetting van de inschrijvers worden geverifieerd, en dus geen vrijgeleide inhouden voor een zorgvuldig prijsonderzoek als bestanddeel van het reglementair nazicht opgelegd door art. 21 K.B. Plaatsing;

Terwijl, de discretionaire beoordelingsbevoegdheid van de aanbestedende dienst over het al dan niet vaststellen van de aanwezigheid van abnormale prijzen binnen een prijsonderzoek er niet aan in de weg staat dat dergelijk onderzoek minstens diende te worden doorgevoerd, en zulks door de stukken van het administratief dossier dient te worden gestaafd;

Terwijl, geen spoor van enig prijsonderzoek uit de bestreden beslissing blijkt, noch de in feite en rechtens relevante motieven worden opgegeven die de aanbestedende dienst hebben toegelaten een offerte met een afwijkende prijszetting te kiezen als laagste regelmatige offerte;

Terwijl, de vaststelling dat de prijszetting van verzoekende partij evenzeer afwijkt van de prijszetting van de gekozen inschrijver en vice versa, en het ernstig en nadien gegrond bevinden van het middel de verplichting kan inhouden dat de offerte van verzoekende partij aan een prijsonderzoek kan onderworpen worden bij heroverweging, haar niet het belang bij het middel ontnemt;

Zodat, de bestreden beslissing door de offerte van DCN Diving als meest voordelige aan te duiden zonder bij substantieel afwijkende prijszettingen van de inschrijvers een onderzoek te doen naar de kwaliteitsvolle invulling van de opdracht binnen de prijszetting en de normaliteit en vergelijkbaarheid van deze prijszetting, de in het middel opgenomen wettelijke bepalingen en beginselen schendt.”

Beoordeling

11.1. De opdracht werd geraamd op 242.193,60 euro btw inbegrepen. Deze opdracht behelst het baggeren en specievrij maken van vier deurlopen van de P. Vandammesluis.

De verwerende partij is tot die raming gekomen doordat zij zich heeft gesteund op de prijs voor het baggeren en specievrij maken van één deurloop van de P. Vandammesluis, zijnde deur 3, namelijk 61.710,00 euro btw inbegrepen, zoals die werd geboden in een eerdere overheidsopdracht. Deze opdracht werd uitgevoerd door de bvba K&C-diving, thans onderaannemer van de verzoekende partij.

Op het eerste gezicht lijkt niet aangetoond dat deze raming niet realistisch zou zijn, wat wordt bevestigd door het door de verzoekende partij zelf voorgelegde activiteitenverslag van 11 februari 2013 inzake de ontslijking van deur 3, waarin is opgenomen dat “de gestelde dea[d]line van 21/2 zal gehaald worden mits de nodige maatregelen genomen worden”, waaronder het gebruik van een airliftinstallatie, die weliswaar “misschien minder rendabel zijn”, maar dus toch nog rendabel. De zogenaamde ernstige moeilijkheden bij die eerdere opdracht lijken dan ook enigszins te moeten worden gerelativeerd in vergelijking met de omschrijving ervan in het verzoekschrift.

De opmerkingen dat de voorliggende opdracht in vergelijking met de eerdere opdracht kostelijker zou uitvallen door een mindere beschikbaarheid van operationele uren en dat de werkelijke kostprijs van de eerdere opdracht eerder 90 à 95.000 euro zou zijn in plaats van 61.710,00 euro, kunnen evenmin overtuigen om de raming ondeugdelijk te achten. Ter terechtzitting blijkt dat deze hogere prijs voorwerp is van een gerechtelijke betwisting.

Het is dan ook niet uitgesloten om de raming te hanteren als referentiepunt voor het bepalen van het abnormale karakter van prijzen.

11.2. Voorts blijkt uit het administratief dossier dat de verwerende partij de totaal- en eenheidsprijzen van de beide offertes naast elkaar heeft gesteld, waardoor geenszins lijkt aangetoond dat de verwerende partij geen aandacht voor een prijsonderzoek zou hebben gehad.

De prijs die werd geboden door de bv DCN Diving bedraagt 251.934,10 euro, wat in de lijn ligt van de raming. Er lijkt dan ook – alvast wat de gekozen inschrijver betreft – niet aangetoond dat een abnormale prijs voorhanden zou zijn, zodat het middel in de mate dat het op dit uitgangspunt is geënt, niet kan worden bijgetreden. Enige bijkomende motivering dan wat opgenomen in het aanbestedingsverslag, waaruit volgt dat de offerte van de bv DCN Diving als regelmatig wordt beschouwd, lijkt bijgevolg niet vereist.

11.3. Het middel is niet ernstig.

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 25 november 2014, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Bram Van Thillo,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Bram Van Thillo

Pierre Barra