RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 230.097 van 3 februari 2015
in de zaak A. 214.611/XII-7792

In zake: de BVBA TERBERG MATEC BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Rika Heijse
kantoor houdend te 9000 Gent
Kortrijksesteenweg 867
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

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

Tussenkomende partij:

de NV TECHNISCH BEDRIJF KAREL DE KEGEL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Hendrik Vermeire
kantoor houdend te 9000 Gent
Kortrijksesteenweg 956
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, elektronisch ingesteld op 2 januari 2015, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van

"- de beslissing van 12 december 2014 van het college van burgemeester en schepenen van Antwerpen om de offerte van Terberg Matec Belgium voor de overheidsopdracht voor aanneming van leveringen op basis van een open

offerteaanvraag met Europese bekendmaking inzake een ‘raamcontract voor het leveren van compacte straatveegmachines met onderhoudscontract en meerjarencontract voor herstellingen en wisselstukken, met besteknummer’ GAC/2014/2633, substantieel onregelmatig te verklaren en

- de beslissing van 12 december 2014 van het College van Burgemeester en Schepenen van Antwerpen om de voormelde opdracht te gunnen aan de naamloze vennootschap Technisch Bedrijf Karel De Kegel”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 12 januari 2015 heeft de nv Technisch Bedrijf Karel De Kegel gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 22 januari 2015, om 11.00 uur.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Rika Heijse, general manager Rolf Huber en managing director Kristien Leeten, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaat Els Gypen, die loco advocaat Gitte Laenen verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Hendrik Vermeire, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Luc Vermeire 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. Regelmatigheid van de procedure

3.1. De verzoekende partij heeft ter terechtzitting nieuwe stukken neergelegd, die zij op de ochtend van de terechtzitting per e-mail aan de verwerende partij en de tussenkomende partij, evenals aan het met het onderzoek van de zaak gelaste lid van het auditoraat had gezonden.

3.2. De verzoekende partij toont niet aan dat deze stukken niet eerder konden worden neergelegd. Het feit dat zij deze stukken pas op 21 januari 2015 in antwoord op door haar verzonden e-mails van 20 en 21 januari 2015 heeft ontvangen, volstaat daartoe niet, nu niet wordt aangetoond waarom deze e-mails niet eerder konden worden verstuurd, minstens vanaf 13 januari 2015, datum waarop de nota van de verwerende partij en het administratief dossier werden neergelegd.

3.3. Deze stukken mee in het debat betrekken zou het recht op tegenspraak van de verwerende en de tussenkomende partijen op onevenredige wijze beperken en die stukken hebben zich tevens onttrokken aan een gedegen onderzoek door het auditoraat. De betrokken stukken worden om deze reden alleen reeds, wegens het niet tijdig indienen ervan, uit het debat geweerd.

IV. Feiten

4.1. De verwerende partij schrijft op 9 mei 2014 een open offerte-aanvraag uit voor de gunning van "een raamcontract voor het leveren van compacte straatveegmachines met onderhoudscontract en meerjarencontract voor herstellingen en wisselstukken".

De opdracht wordt op 12 mei 2014 aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen en op 15 mei 2014 in het Supplement bij Publicatieblad van de Europese Unie.

Op de opdracht is het bestek nr. GAC/2014/2283 toepasselijk.

Artikel I.12 van het bestek bepaalt drie gunningscriteria: “Prijs TCO” op 40 punten, “Plan van aanpak voor de service graad” op 15 punten en “Technische omschrijving” op 45 punten.

Dit laatste gunningscriterium verwijst naar artikel III.7 “Meerwaarden”. Daarin worden een aantal “kenmerken” opgesomd die “meerwaarden [zijn] waarover het voertuig kan beschikken”. Indien het aan te bieden voertuig voldoet aan een kenmerk krijgt het, naargelang het kenmerk, 3 of 1 punten; het voertuig dat niet aan een kenmerk voldoet scoort echter 0. Eén van die meerwaarden is “Watergekoelde dieselmotor, voldoet aan STAGE 4 of EURO 6 richtlijnen”.

In het daaraan voorafgaande artikel III.6 worden een aantal essentiële eisen opgenomen. Deze “essentiële kenmerken zijn uitsluitingscriteria. Het voorstel moet volledig voldoen aan de voormelde uitsluitingscriteria; zoniet wordt het voorstel uitgesloten voor verdere beoordeling”. Daarbij wordt onder “Overige essentiële kenmerken (eveneens criteria met uitsluiting tot gevolg indien niet OK)” onder meer verwezen naar het bijvoegen van een “diagram voor specifiek brandstofverbruik”.

4.2. Blijkens het proces-verbaal van opening dienen Aebi Schmidt Belgium, de bvba ITM Sales and Services, de nv Technisch Bedrijf Karel De Kegel en de verzoekende partij elk een offerte in.

4.3. In het verslag van nazicht van 3 juli 2014 worden alle inschrijvers geselecteerd en worden alle offertes behalve deze van de bvba ITM Sales and Services formeel en materieel regelmatig beschouwd. Na toetsing van de andere offertes aan de vooropgestelde gunningscriteria, wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de nv Technisch Bedrijf Karel De Kegel als inschrijver met de economisch meest voordelige regelmatige offerte.

4.4. Op 18 juli 2014 keurt het college van burgemeester en schepenen van de stad Antwerpen de gunning van die opdracht aan de nv Technisch Bedrijf Karel De Kegel goed.

4.5. Bij aangetekende brief van 6 augustus 2014 deelt Aebi Schmidt Belgium, de tweede gerangschikte inschrijver, via haar raadsman mee niet akkoord te kunnen gaan met deze gunningsbeslissing en vraagt zij deze beslissing in te trekken. In de eerste plaats zou de begunstigde inschrijver een abnormaal lage prijs hebben geboden. Voorts wijst zij op het "uitermate hoge risico dat Technisch Bedrijf De Kegel NV met haar aangeboden prijs geen straatveegmachines zal kunnen leveren die voldoen aan de Europese emissienormen". Daarbij voert zij, samengevat, aan dat de door deze laatste aangeboden straatveegmachines niet voldoen aan de STAGE 4 of EURO 6 normen, dat vanaf bepaalde data in 2014 en 2015, dus in de loop van de opdracht, alleen nog maar straatveegmachines kunnen worden aangeboden die voldoen aan de STAGE 4-verordening of de EURO 6 norm en dat het aanvaarden van straatveegmachines die niet voldoen aan deze nakende Europese emissienormen haaks staat op artikel I.2 van het bestek waarin de stad Antwerpen kiest voor duurzame overheidsopdrachten waarmee zij haar impact op het milieu zoveel mogelijk wenst te beperken.

4.6. Het dossier wordt vervolgens opnieuw onderzocht.

Na geconstateerd te hebben dat "de door de firma Aebi Schmidt Belgium opgeworpen bezwaren onderschreven [kunnen] worden wat betreft het mogelijk niet-voldoen van de gegunde offerte aan de toekomstige wettelijk verplichte Euro-6 norm", beslist het college van burgemeester en schepenen van de stad Antwerpen op 22 augustus 2014 de gunningsbeslissing van 18 juli 2014 in te trekken.

Aangezien uit dit bijkomend onderzoek tevens was gebleken dat het voormelde bestek nr. GAC/2014/2283 een aantal onduidelijkheden bevatte onder meer wat betreft het facultatief karakter van het voldoen aan de milieureglementering, beslist het college van burgemeester en schepenen van de stad Antwerpen op 5 september 2014 de opdracht met bestek nr. GAC/2014/2283 niet te gunnen en die procedure stop te zetten.

In die beslissing wordt ook vastgesteld dat voor deze opdracht geen regelmatige offerte werd ingediend.

4.7. Met diezelfde beslissing van 5 september 2014 schrijft het college van burgemeester en schepenen van de stad Antwerpen een nieuwe open offerte-aanvraag uit voor de gunning van "een raamcontract voor het leveren van compacte straatveegmachines met onderhoudscontract en meerjarencontract voor herstellingen en wisselstukken" en keurt het college het daarop toepasselijke bestek GAC/2014/2633 goed.

Dit is de voorliggende opdracht. De geraamde waarde bedraagt 4.370.278 euro, btw inbegrepen.

Het contract wordt afgesloten voor een periode van 4 jaar; de aangeboden onderhoudscontracten lopen 7 jaar na aankoop van de machines (art. I.1 en II.2).

Artikel I.12 van het bestek bepaalt opnieuw drie gunningscriteria: "Prijs TCO" op 40 punten, "Plan van aanpak voor de service graad" op 15 punten en "Technische omschrijving" op 45 punten.

Dit laatste gunningscriterium verwijst opnieuw naar artikel III.7 "Meerwaarden", lees III.6 "Meerwaarden". De voormelde meerwaarde "Watergekoelde dieselmotor, voldoet aan STAGE 4 of EURO 6 richtlijnen" is niet meer opgenomen onder deze "Meerwaarden", maar wel onder "Overige essentiële kenmerken (eveneens criteria met uitsluiting tot gevolg indien niet OK)" in artikel III.5 met de "Essentiële eisen". Er wordt ook in dit bestek bepaald dat deze "essentiële kenmerken […] uitsluitingscriteria [zijn]. Het voorstel moet volledig voldoen aan de voormelde uitsluitingscriteria; zoniet wordt het voorstel uitgesloten voor verdere beoordeling". Ook het bijvoegen van een "diagram voor specifiek brandstofverbruik" wordt – opnieuw – vermeld onder deze "Overige essentiële kenmerken (eveneens criteria met uitsluiting tot gevolg indien niet OK)".

4.8. De opdracht wordt op 17 september 2014 aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen en op 20 september 2014 in het Publicatieblad van de Europese Unie.

4.9. De opening van de offertes vindt plaats op 3 november 2014. Aebi Schmidt Belgium, de bvba ITM Sales and Services, de nv Technisch Bedrijf Karel De Kegel en de verzoekende partij dienen elk opnieuw een offerte in.

4.10. In het nieuwe verslag van nazicht van 12 november 2014 worden alle inschrijvers geselecteerd en wordt enkel de offerte van de nv Technisch Bedrijf Karel De Kegel regelmatig beschouwd. Er wordt dan ook voorgesteld de opdracht aan haar te gunnen als inschrijver met de economisch meest voordelige regelmatige offerte.

4.11. Op 12 december 2014 keurt het college van burgemeester en schepenen van de stad Antwerpen de gunning van de voorliggende opdracht aan de nv Technisch Bedrijf Karel De Kegel goed. Deze beslissing motiveert – in feite met herneming van de motivering uit het verslag van nazicht – de onregelmatigheid van de offertes van de verzoekende partij, van Aebi Schmidt Belgium en van de bvba ITM Sales and Services als volgt:

> "De offertes werden door de gemeenschappelijke aankoopcentrale administratief nagezien. De bedrijfseenheid stadsbeheer/ voertuigencentrum deed het technisch nazicht van de offertes. De offertes van de volgende inschrijvers werden onregelmatig bevonden:
> • Aebi Schmidt Belgium bv;
> De inschrijver heeft het verplicht in te vullen document 'Bijlage C Checklist essentiële eisen' aangepast. Regel 1 'Watergekoelde dieselmotor, voldoet aan STAGE 4 of EURO 6 richtlijnen' werd verwijderd uit het document.
> In het overzicht van de inschrijver 'Essentiële eisen, en kenmerken' wordt vermeld te voldoen aan dit eerste punt. Toch blijkt dat de inschrijver in hoofdstuk 1.1 Brandstofverbruik het volgende schrijft:
> 'Als fabrikant hebben wij volgens uw vraag het motordiagram toegevoegd, waarbij het motorvermogen, het motorkoppel en het specifiek verbruik aangegeven zijn. Dit betreft evenwel de huidige VM EURO 5-EEV motor, omdat de EURO 6 homologatie ten tijde van deze inschrijving nog niet is vrijgegeven door onze motorleverancier VM.'
> De firma voldoet niet aan de essentiële bestekvereisten op volgende punten:
> • Stage 4 of EURO 6 (p. 29 van het bestek).
> • Het diagram voor specifiek brandstof heeft betrekking op EURO 5 EEV en niet op EURO 6.
> Om deze redenen kan de aanbestedende overheid geen correcte vergelijking maken met de andere offertes en dient deze substantieel onregelmatig verklaard te worden.

> • ITM Sales and Services bvba:
> De firma voldoet niet aan de essentiële bestekvereisten op volgende punten:
> • het niet kunnen leveren van de gevraagde Euro 6
> • het niet aanleveren van het diagram voor specifiek brandstof verbruik.
> • het niet kunnen leveren van de gevraagde Euro 6
> • de inschrijver geeft aan niet te kunnen leveren voor augustus 2015.
> Om deze redenen kan de aanbestedende overheid geen correcte vergelijking maken met de andere offertes en dient deze substantieel onregelmatig verklaard te worden.
> • Terberg Matec Belgium bvba:
> Het brandstofdiagram voor specifiek verbruik van de motor ontbreekt en heeft uitsluiting tot gevolg (p. 29 van het bestek). Het bijgevoegde diagram beschrijft de cyclus (in tijd en snelheid) maar niet het specifiek verbruik in gKWh per toerental. Om deze reden kan de aanbestedende overheid geen correcte vergelijking maken met de andere offertes en dient deze substantieel onregelmatig verklaar[d] te worden."

Dit is de tweede bestreden beslissing die de eerste bestreden beslissing, zijnde de onregelmatigverklaring van de offerte van de verzoekende partij, omvat.

4.12. Met een blijkbaar ter post aangetekende brief van 17 december 2014 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat werd beslist de opdracht niet aan haar te gunnen. De gemotiveerde gunningsbeslissing en het verslag van nazicht worden bijgevoegd.

4.13. In een e-mail van 24 december 2014 aan de verwerende partij deelt de verzoekende partij een aantal bemerkingen mee inzake het volgens haar onterecht weren van haar offerte en vraagt zij het "gunningsverslag" recht te zetten voorafgaand aan het sluiten van het contract. In wezen lijken deze opmerkingen hernomen in het enige middel. De verwerende partij antwoordt op 26 december 2014 dat deze opmerkingen pas in het begin van de week van 5 januari 2015 met de betrokken dienst kunnen worden besproken, dat de wachttermijn in principe "eind volgende week" verstrijkt maar dat er nog niet onmiddellijk tot contractsluiting zal worden overgegaan en dat zij de verzoekende partij eerst op de hoogte zal brengen van het standpunt van de aanbestedende overheid.

4.14. De voorliggende vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt ingediend op 2 januari 2015.

V. Tussenkomst

5. De nv Technisch Bedrijf Karel De Kegel blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet haar verzoek tot tussenkomst worden ingewilligd.

VI. Ontvankelijkheid van het beroep

6.1. De verwerende partij betwist het belang in hoofde van de verzoekende partij, aangezien haar enige middel in het geheel niet ernstig is en haar offerte aldus terecht als onregelmatig werd geweerd.

6.2. Een inschrijver van wie de offerte onregelmatig is verklaard, zoals hier de verzoekende partij, heeft in principe geen belang om de gunning 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 gegund.

Het enige middel van de verzoekende partij is er op gericht zowel aan te tonen dat haar offerte onterecht onregelmatig werd verklaard alsook dat die van de gekozen inschrijver als onregelmatig had moeten worden beschouwd. De beoordeling van het belang bij de vordering hangt dan ook samen met de beoordeling van de ernst van het middel.

De exceptie kan niet worden aangenomen.

VII. De schorsingsvoorwaarden

7.1. 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.

7.2. 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 beslissingen 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 beslissingen kunnen verantwoorden.

VIII. Onderzoek van het enige middel

Uiteenzetting van het middel

8.1. De verzoekende partij formuleert het volgende enige middel:

"Schending van:

- De materiële motiveringsplicht zoals bepaald in artikel 4 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,
- De beginselen van behoorlijk bestuur en meer bepaald het zorgvuldigheidsbeginsel, de materiële motiveringsplicht, het legaliteitsbeginsel 'patere legem quam ipse fecisti' en het gelijkheidsbeginsel
- Artikel 95, § 3 en 4 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 Plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren

doordat de stad Antwerpen de offerte van verzoekende partij substantieel onregelmatig verklaart, waardoor haar offerte niet wordt geselecteerd en de stad de voorliggende opdracht toewijst aan de inschrijver Karel De Kegel nv,
terwijl de stad Antwerpen in het eerste, voorgaande bestek de offerte van verzoekende partij met een identieke diagram houdende het specifiek brandstofverbruik wel regelmatig heeft bevonden,
en terwijl de stad Antwerpen op geen enkele wijze voor het eerste en voor het tweede bestek richtlijnen ter kennis heeft gebracht aan verzoekende partij betreffende de vorm of inhoud van het gevraagde 'diagram voor specifiek brandstofverbruik',
en terwijl de verzoekende partij over een diagram voor specifiek brandstofverbruik conform de Europese Norm 15429-2 'Sweepers – Part 2: Performance requirements and test methods' van het European Committee for Standardization (CEN) beschikt en dit diagram houdende specifiek brandstofverbruik wel degelijk aan de tweede offerte heeft toegevoegd,
en terwijl de motivering dat de offerte substantieel onregelmatig is doordat het diagram niet het specifiek verbruik in g/KWh per toerental weergeeft, elke feitelijke en technische grondslag mist en er slechts toe leidt dat geen correcte vergelijking van de offertes kan worden gemaakt, omdat een diagram op basis van g/KWh geen objectieve vergelijking van offertes toelaat nu er in het geheel geen rekening wordt gehouden met de specifieke belasting van een veegmachine op de geteste motor. Het gaat om een brandstofverbruik bij onbelast functioneren terwijl een veegmachine een specifieke cyclus van belasting van de motor heeft,
en terwijl elke offerte die bestaat uit het aanbieden van een stage 4 motor tot een substantiële onregelmatigheid moet leiden omdat deze motor per 1 oktober 2014 niet meer mogen worden aangewend voor toepassingen op weg die op kenteken dienen te worden ingeschreven (enkel nog voor toepassing in boten of treinen).
zodat de voorliggende, bestreden beslissing de materiële motiveringsplicht schendt, alsook de beginselen van behoorlijk bestuur en met name de zorgvuldigheidsplicht, het gelijkheidsbeginsel, het legaliteitsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en artikel 95, § 3 en 4 Koninklijk besluit 15.07.2011 en bijgevolg onwettig is."

In de toelichting benadrukt zij, in het kader van de kritiek op de onregelmatigverklaring van haar offerte en wat beschouwd kan worden als een eerste onderdeel van het enige middel, nog de volgende elementen:

- De bewering van de stad Antwerpen dat het vereiste diagram voor specifiek brandstofverbruik niet aan de offerte van de verzoekende partij zou zijn toegevoegd mist feitelijke grondslag nu de verzoekende partij dat diagram wel degelijk aan de offerte heeft toegevoegd.

- Het gunningsverslag stelt dat het ingediende diagram de cyclus (in tijd en snelheid) beschrijft maar niet het specifiek verbruik in g/KWh per toerental en dat om deze reden geen correcte vergelijking met de andere offertes mogelijk zou zijn. Een verbruik in g/KWh heeft echter betrekking op een onbelast brandstofverbruik en is dus in deze niet relevant omdat het bestek uitdrukkelijk om een diagram inzake "specifiek brandstofverbruik" vroeg: "Door precies te stellen dat het vereiste diagram zou moeten betrekking hebben op een verbruik in g/ KWh miskent de aanbestedende overheid haar eigen besteksbepalingen en creëert zij een situatie van ongelijkheid. Het is niet correct om diagrammen uitgedrukt in g/KWh met diagrammen uitgedrukt in l/uur te vergelijken omdat het ene diagram in g/KWh een verbruik in onbelaste toestand betreft en het diagram uitgedrukt in l/uur een verbruik rekening houdende met diverse stadia van belasting gedurende een normale cyclus van de specifieke machine".
- Het bestek bevat geen aanwijzing over de vorm of inhoud van het "diagram voor specifiek brandstofverbruik". Andere besturen verwijzen doorgaans naar de Europese Norm 15429-2 als basis om het brandstofverbruik van veegmachines weer te geven.
- Het diagram dat aan haar offerte is toegevoegd, is gebaseerd op de testcyclus van de Europese Norm 15429-2 "Sweepers – Part 2: Performance requirements and test methods" zoals vastgesteld door de European Committee for Standardization (CEN) en zoals toegepast door het Belgische Bureau voor Normalisatie (NBN). Deze norm heeft specifiek tot doel om een Europese standaard aan te bieden welke op gedetailleerde wijze onder andere het brandstofverbruik van veegmachines kan testen en weergeven. In de offerte werd op basis van het diagram op blz. 10 van deze norm het specifieke brandstofverbruik van de voorgestelde veegwagen aangetoond. Dit toont op afdoende wijze aan dat de verzoekende partij wel degelijk de offerte heeft voorzien van het vereiste diagram voor specifiek brandstofverbruik. Daarnaast is het diagram volledig conform de geldende Europese Norm zoals die ook in België van toepassing is. De verzoekende partij heeft ook een Nederlandstalige versie van het diagram aan de offerte toegevoegd en heeft tevens in haar offerte het verbruik in l/100 km aangegeven.

- De beslissing is ook onbegrijpelijk en disproportioneel nu de offerte van de verzoekende partij in de beoordeling van het eerste, voorgaande bestek wel regelmatig werd beschouwd door de verwerende partij op basis van een zelfde diagram.

Wat de tweede kritiek betreft en wat kan worden beschouwd als een tweede onderdeel van het enige middel, merkt de verzoekende partij in de toelichting op dat:

> "het bestek, ondanks het protest door Aebi Schmidt België en ondanks de beoordeling van de aanbestedende overheid dat de 'opgeworpen bezwaren onderschreven kunnen worden', opnieuw de STAGE 4 naast de EURO 6 motor toelaat. Dit terwijl beide motoren op technisch vlak niet vergelijkbaar zijn en dit terwijl volgens het K.B. van 3 februari 1999 deze motoren vanaf 1 oktober 2014 niet meer toegelaten zijn voor gebruik op de openbare weg.
> In de mate dat de voorliggende gunningsbeslissing de opdracht zou toewijzen aan een motor stage 4 moet deze begunstige offerte substantieel onregelmatig worden verklaard omdat zij de opdracht gunt aan de offerte die een machine voorstelt die niet meer op de openbare weg onder kenteken mag worden benut. Dergelijk offerte strijdt met de wettelijke voorschriften inzake veegmachines en is substantieel onregelmatig."

Beoordeling

8.2. Overeenkomstig artikel 4, eerste lid, 8°, 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' stelt de aanbestedende instantie "een gemotiveerde beslissing" op onder meer "wanneer ze de opdracht gunt, ongeacht de procedure".

De inhoud van de in artikel 4 bedoelde gemotiveerde beslissing wordt nader bepaald in artikel 5 van voormelde wet. Aldus bevat die beslissing, "naargelang de procedure en het soort beslissing", onder meer "8° de namen van de inschrijvers van wie de offerte onregelmatig is bevonden en de juridische en feitelijke motieven voor hun wering. Deze motieven hebben met name betrekking op het abnormale karakter van de prijzen en, in voorkomend geval, op het bevinden van de niet-gelijkwaardigheid van de voorgestelde oplossingen aan de technische

specificaties of het niet voldoen aan de vastgestelde prestatie-eisen of functionele eisen" en "9° de namen van de gekozen inschrijver of de gekozen deelnemer of deelnemers bij de raamovereenkomst en van de deelnemers en inschrijvers van wie de regelmatige offerte niet werd gekozen en de juridische en feitelijke motieven, waaronder de kenmerken en relatieve voordelen van de gekozen offerte, voor de beslissingen die daarop betrekking hebben."

Artikel 95 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 'plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren', zoals vervangen bij artikel 21 van het koninklijk besluit van 7 februari 2014, luidt:

> "Artikel 95. § 1. De aanbestedende overheid gaat de regelmatigheid na van de offertes van de inschrijvers die aan de voorwaarden van het toegangsrecht en de kwalitatieve selectiecriteria voldoen. Ze onderzoekt de regelmatigheid, zowel op formeel als op materieel vlak.
> § 2. Op formeel vlak is een offerte substantieel onregelmatig als ze afwijkt van de vormvoorschriften van de artikelen 6, § 1, 51, § 2, 52, 54, § 2, 55, 80, 81, 82, 90 en 91 en van de opdrachtdocumenten, in de mate dat de vormvoorschriften van die artikelen of die documenten essentieel zijn.
> Als een offerte daarentegen afwijkt van de overige vormvoorschriften van de in het eerste lid vermelde artikelen of van de opdrachtdocumenten, is ze aangetast door een niet-substantiële onregelmatigheid.
> § 3. Op materieel vlak is een offerte substantieel onregelmatig als ze afwijkt van de bepalingen van dit besluit of van de opdrachtdocumenten betreffende met name de prijzen, termijnen en technische specificaties, in de mate dat die bepalingen essentieel zijn, of in geval van een abnormale prijs als bedoeld in de artikelen 21 en 99.
> Als een offerte daarentegen niet in overeenstemming is met de andere bepalingen van dit besluit, meer bepaald met hoofdstuk 1, afdelingen 7 tot 11, en met hoofdstuk 6, afdelingen 2 tot 4, of van de opdrachtdocumenten, of nog enig voorbehoud inhoudt of elementen bevat die niet met de werkelijkheid overeenstemmen, is ze aangetast door een niet-substantiële onregelmatigheid.
> § 4. Een substantieel onregelmatige offerte is nietig.
> In geval van een niet-substantiële onregelmatigheid kan de aanbestedende overheid de offerte nietig verklaren. Als de aanbestedende overheid een offerte niet nietig verklaart, dan wordt deze offerte geacht regelmatig te zijn."

Eerste onderdeel

8.3. Het weren van de offerte van de verzoekende partij steunt op de volgende motivering:

> "Het brandstofdiagram voor specifiek verbruik van de motor ontbreekt en heeft uitsluiting tot gevolg (p.29 van het bestek). Het bijgevoegde diagram beschrijft de cyclus (in tijd en snelheid) maar niet het specifiek verbruik in gKWh per toerental. Om deze reden kan de aanbestedende overheid geen correcte vergelijking maken met de andere offertes en dient deze substantieel onregelmatig verklaart te worden."

8.4. Het "diagram voor specifiek brandstofverbruik" is in artikel III.5 van het bestek opgenomen onder "Overige essentiële kenmerken (eveneens criteria met uitsluiting tot gevolg indien niet OK)" samen met de "Essentiële eisen". Deze "essentiële kenmerken" zijn volgens het bestek "uitsluitingscriteria", waaraan "Het voorstel […] volledig [moet] voldoen […]; zoniet wordt het voorstel uitgesloten voor verdere beoordeling".

Aldus lijkt het bestek het vereiste "diagram voor specifiek brandstofverbruik" als een essentiële besteksbepaling aan te duiden zodat het niet voldoen aan dat vereiste conform voormeld artikel 95 een substantiële onregelmatigheid is, die leidt tot het verplicht weren van die offerte. De verzoekende partij lijkt ook niet te betwisten dat het bijvoegen van dit diagram als een essentiële besteksbepaling dient te worden beschouwd.

8.5. In de huidige stand van het geding wordt vastgesteld dat de verzoekende partij bij de offerte een attest (stuk nr. 10 van haar dossier) voegt dat voor de voorgestelde straatveegmachine een brandstofgebruik "gemeten volgens de Europese richtlijnen EN 15429-2" aangeeft van "7.2 l/h". Dit "attest" bevat met haar woorden ook een "diagram op blz. 10 van de […] norm 'Resolution 4/2011 – Final draft of FprEN 15429-2 for Formal Vote" met "prEN 15429-2: 2011 – Sweepers – Part 2: Performance requirements and test methods'".

8.6. In wezen voert de verzoekende partij in een technisch betoog in dit onderdeel van het middel aan dat dit attest beantwoordt aan het door het bestek

gevraagde “diagram voor specifiek brandstofverbruik”. Zij kan hierin echter op het eerste gezicht om de redenen hierna uiteengezet niet worden bijgevallen.

8.7. In de eerste plaats lijkt te kunnen worden aangenomen dat het begrip “diagram voor specifiek brandstofverbruik”, dat in het bestek weliswaar niet nader wordt omschreven, voor professionele en gespecialiseerde inschrijvers in de sector een voldoende duidelijke inhoud heeft. De verwerende partij en de tussenkomende partij maken immers met verwijzing naar vaktechnische literatuur *prima facie* aannemelijk dat het binnen de sector duidelijk is dat een “diagram voor specifiek brandstofverbruik” een diagram is dat een overzicht geeft van het verbruik van de motor bij de verschillende mogelijke toerentallen, m.a.w. dat het bedoelde diagram een overzicht dient te geven – in ei-diagram of in lijn grafiek – van het aantal gram brandstof dat per kilowattuur wordt verbruikt over het toerentalgebied heen van een bepaalde verbrandingsmotor, en dat wordt gemeten in g/KWh.

8.8. De argumentatie van de verzoekende partij dat andere besturen doorgaans zouden verwijzen naar de voormelde norm “EN 15429-2”, en dat het verbruik uitgedrukt in g/KWh betrekking zou hebben op “een verbruik in onbelaste toestand” terwijl het door haar bij haar offerte gevoegde attest “een verbruik rekening houdende met diverse stadia van belasting gedurende een normale cyclus van de specifieke machine” zou weergeven, lijkt dan ook niet relevant. Gelet op de *prima facie* duidelijke inhoud van het gevraagde document “diagram voor specifiek brandstofverbruik” kan de argumentatie van de verzoekende partij dat de aanbestedende overheid “op geen enkele wijze voor het eerste en voor het tweede bestek richtlijnen ter kennis heeft gebracht van de verzoekende partij betreffende de vorm of inhoud van het gevraagde ‘diagram voor specifiek brandstofverbruik’”, evenmin worden aangenomen. Daarbij kan worden opgemerkt dat in het bestek uitdrukkelijk is vermeld dat als er onder meer “onduidelijkheden / vragen over deze opdracht [zijn]” een inschrijver dit “onmiddellijk aan de aanbestedende overheid [meldt]”. Vastgesteld wordt dat de verzoekende partij aan de aanbestedende overheid geen melding heeft gemaakt van enige onduidelijkheid in het bestek of hieromtrent enige vraag heeft gesteld.

8.9. Bovendien lijkt de door de verzoekende partij bij de offerte gevoegde “grafiek” volgens welke het “gemiddeld brandstofverbruik per uur” volgens de EN 15429-2 dient te worden gemeten, geen “diagram” te zijn van dat brandstofverbruik, maar niets anders dan een grafische voorstelling van de testcyclus die de Europese Norm 15429-2 voorschrijft om het gemiddelde brandstofverbruik in liters/uur te meten. Zoals de verwerende partij en de tussenkomende partij opmerken lijkt deze “grafiek” dan ook geen vergelijkende waarde te kunnen hebben, nu deze geen grafische voorstelling van het verloop van het brandstofverbruik blijkt te bevatten, doch slechts een testmethode aangeeft om op een uniforme wijze het brandstofverbruik in liters per uur te meten en dus voor elke inschrijver gelijk is.

8.10. Het betoog ten slotte dat het “bovendien onbegrijpelijk en disproportioneel” is haar offerte te weren terwijl haar offerte met hetzelfde “diagram” in het kader van het eerste bestek wel regelmatig werd bevonden, gaat eraan voorbij dat de eerste gunningsbeslissing werd ingetrokken en dus moet worden geacht juridisch nooit te hebben bestaan.

8.11. Aldus is op het eerste gezicht niet aangetoond dat de beslissing de offerte van de verzoekende partij te weren niet steunt op een voldoende draagkrachtig motief en strijdig is met de in het middel aangehaalde bepalingen en beginselen.

8.12. Het eerste onderdeel is bijgevolg niet ernstig.

Tweede onderdeel

8.13. In het tweede onderdeel van het enige middel betoogt de verzoekende partij in essentie dat niet gegund kan worden aan een inschrijver met een STAGE 4 motor, nu deze motor vanaf 1 oktober 2014 niet meer mag worden aangewend voor toepassingen op weg die op kenteken dienen te worden ingeschreven. In de toelichting betoogt zij voorts dat het bestek niet tegelijk STAGE 4 en EURO 6 motoren kan toelaten nu deze op technisch vlak niet vergelijkbaar zijn.

8.14. Aangezien de onregelmatigheid van haar offerte vaststaat, heeft de verzoekende partij volgens de verwerende partij geen belang meer bij haar vordering in zijn geheel en in het bijzonder ook niet bij dit tweede onderdeel van het enige middel.

De verwerende partij gaat er echter aan voorbij dat slechts één offerte regelmatig werd beschouwd en dat de regelmatigheid van die offerte in dit onderdeel in vraag wordt gesteld. Ook als *prima facie* terecht geweerde inschrijver lijkt de verzoekende partij belang te hebben bij deze grief die, indien ernstig, lijkt in te houden dat de opdracht niet mocht worden gegund. Dit lijkt ook te gelden voor de grief dat het bestek niet tegelijk STAGE 4 en EURO 6 motoren kan toelaten nu deze op technisch vlak niet vergelijkbaar zijn.

8.15. In de mate dat de verzoekende partij in dit tweede onderdeel betwist dat de opdracht mag worden gegund aan een inschrijver die een straatveger met een STAGE 4 motor voorstelt, nu deze motor vanaf 1 oktober 2014 niet meer mag worden aangewend, verwijst zij naar een koninklijk besluit van 3 februari 1999. Bedoeld lijkt het koninklijk besluit van 3 februari 1999 ‘betreffende de bescherming van de atmosfeer tegen de uitstoot van gassen en deeltjes door niet voor de weg bestemde mobiele machines’, dat evenwel werd opgeheven bij artikel 15 van het koninklijk besluit van 5 december 2004 ‘houdende vaststelling van productnormen voor inwendige verbrandingsmotoren in niet voor de weg bestemde mobiele machines’. Er wordt voorts niet *prima facie* aangetoond dat dit koninklijk besluit van 5 december 2004 inhoudt dat motoren die voldoen aan de STAGE 4 norm niet meer zouden zijn toegelaten voor gebruik op de openbare weg. Het tegendeel volgt veeleer, zo lijkt, uit artikel 8, § 5, van dit koninklijk besluit.

Bijkomend kan worden opgemerkt dat volgens de nota en de vertrouwelijk neergelegde offertes geen inschrijver met een STAGE 4 motor heeft ingeschreven.

8.16. In de toelichting bij het middel wordt voorts aangevoerd dat het bestek niet tegelijk STAGE 4 en EURO 6 motoren kan toelaten nu deze op

technisch vlak niet vergelijkbaar zijn. De verzoekende partij concretiseert echter niet waarom die motoren technisch niet vergelijkbaar zouden zijn.

Wel verwijst zij naar het eerder protest van Aebi Schmidt Belgium tegen de eerste ingetrokken gunningsbeslissing, dat volgens haar door de verwerende partij werd onderschreven. Daargelaten de vaststelling dat niet alle argumenten van Aebi Schmidt Belgium door de verwerende partij werden onderschreven, lijkt deze inschrijver in ieder geval niet te hebben aangevoerd dat niet meer naar STAGE 4 kon worden verwezen, maar juist te hebben aangevoerd dat vanaf data in 2014 en 2016 geen voertuigen meer in de handel mogen worden gebracht die niet voldoen aan die norm. Dit protest lijkt ook niet te gaan over het tegelijk verwijzen naar STAGE 4 en EURO 6 motoren.

8.17. Bijgevolg is het tweede onderdeel niet ernstig zonder dat nader dient te worden ingegaan op het betoog van de verwerende partij en de tussenkomende partij dat conform de zogenaamde Neorec-rechtspraak van de Raad van State en met name het arrest nr. 219.519 van 29 mei 2012, de verzoekende partij de grief inzake STAGE 4 motoren niet meer ontvankelijk kan opwerpen omdat een algemene clausule vooraan op bladzijde 4 van het bestek elke inschrijver zou verplichten onmiddellijk zichtbare wettigheidsbewzwaren te melden en zij eerder geen enkele opmerking maakte bij de besteksvereiste “Watergekoelde dieselmotor, voldoet aan STAGE 4 of EURO 6 richtlijnen” .

IX. Besluit

9. Het enige middel is niet ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

X. Rechtsplegingsvergoeding

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

10.2. 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 rechtsplegingvergoeding 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, § 1, 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."

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.

10.3. In zoverre ook de tussenkomende partij een rechtsplegingsvergoeding vordert, moet worden vastgesteld dat zij, overeenkomstig het uitdrukkelijk bepaalde in artikel 30/1, § 2, laatste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, niet voor deze vergoeding in aanmerking komt.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Technisch Bedrijf Karel De Kegel 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 3 februari 2015, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Johan Bovin,	staatsraad, waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Bram Van Thillo,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Bram Van Thillo	**Johan Bovin**