

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 230.467 van 10 maart 2015
in de zaak A. 214.987/XII-7835**

In zake: 1. de NV COLAS BELGIUM
2. de NV VBG
3. de NV WEG EN BOUW
samen vormend een tijdelijke handelsvennootschap
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jens Debièvre en Annelies Verduyckt
kantoor houdend te 1000 Brussel
Havenlaan 86c b113
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

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

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 10 februari 2015, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van het Vlaamse Gewest van 22 december 2014, tot gunning van “de opdracht voor de aanneming van werken betreffende ‘Herinrichting Woluwelaan (R22) te Machelen tussen de Kerklaan en de Haachtsesteenweg, inclusief het complex R0/E19/R22, Deelproject 1: Herinrichting complex R0-R22 te Machelen’ aan Betonac nv en de impliciete weigeringsbeslissing van [het Vlaamse Gewest] van 22 december 2014 om de opdracht te gunnen aan [de thv Colas Belgium-Wegebo-VBG]”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 5 maart 2015, om 10.30 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Jens Debièvre, die verschijnt voor de verzoekende partijen, en advocaten Kris Wauters en Sofie Bleux, die verschijnen voor de verwerende 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. Het Vlaamse gewest schrijft een open aanbesteding uit voor de aanneming van werken met als voorwerp de “herinrichting Woluwelaan (R22) te Machelen tussen de Kerklaan en de Haachtsesteenweg, inclusief het complex R0/E19/R22 – deelproject 1: Herinrichting complex R0-R22 te Machelen”.

Het doel van de opdracht is het realiseren van een aantal flankerende maatregelen in kader van de realisatie van het Uplace-complex op de Woluwelaan te Machelen.

De opdracht is onderworpen aan het bestek nr. 1M3D8F/13/6.

De opdracht is onderverdeeld in twee delen, een vast gedeelte en een voorwaardelijk gedeelte.

Het bestek bevat dienaangaande het volgende:

“Belangrijke opmerking: Bij gunning van de opdracht zal rekening gehouden worden met het geheel van de offerte (deel 1 en deel 2). Voor elk deel zal de opdrachtgever een afzonderlijk aanvangsbevel overmaken aan de opdrachtnemer. De opdrachtnemer dient er rekening mee te houden dat de opdracht uit een vast gedeelte (deel 1) en een voorwaardelijk gedeelte (deel 2) bestaat en dat de uitvoeringstermijnen van deel 1 en deel 2 zullen overlappen indien deel 2 effectief gegund wordt. Hieromtrent wordt verwezen naar de betreffende artikels 37 § 1 en 76.”

Bij deel 2 wordt er onder meer in het volgende voorzien:

“Geluidsreducerende maatregelen
plaatsing van geluidsschermen langs afrit R0 (binnenring) richting R22 en oprit R22 richting R0 (binnenring), plaatsing van akoestische bekleding op kunstwerk K8 en keermuren Infrabel.”

Onder “II. Technisch gedeelte”, “hoofdstuk 9. Allerhande werken” van het bestek wordt het volgende vermeld:

“100 Leveren en plaatsen van geluidsabsorberende wanden

100.1 Beschrijving houten geluidsscherm

Het scherm is samengesteld uit modulaire panelen, met verticale houten bekleding. De panelen worden horizontaal op elkaar geplaatst tussen de verticale HEA-profielen. De houten panelen moeten minstens 10cm boven het glooiend maaiveld uitsteken en rusten op een betonplint die op zijn beurt is verankerd met de HEA-profielen. De betonplint wordt perfect horizontaal gemonteerd en dient trapsgewijs het glooiend maaiveld te volgen volgens de gegeven lengteprofielen.

De isolerende achterkant (kant bewoners) bestaat uit geschaafde houten planken, dikte 27mm, verbonden met tand en groef en blind bevestigd met RVS-schroeven (inox A2) in houten raamwerk. Het houten raamwerk of chassis bestaat uit staanders en dwarsbalken met sectie 70x70mm. De voorkant heeft een open structuur van verticale latten (36x36mm) h.o.h. afstand 144mm en eveneens bevestigd met RVS-schroeven tegen houten raamwerk.

De bovenkant wordt afgedekt met een houten afdekprofiel.

Tussen de buitenbeplanking of in het raamwerk bevindt zich de geluidsabsorberende mat uit rotswol, dikte 50mm met een dichtheid van 70kg/m². De mat is vastgezet op 20mm van de achterkant als open luchtspouw, wat vereist is voor de akoestische eigenschappen. Aan de voorkant is het absorberend materiaal beschermd door een zwart synthetisch anti-ontvezelingsdoek en wordt longitudinaal versterkt met staaldraad (gewicht: 60±10 gram/m²).

Het paneel is conform de norm EN 14388 en heeft een CE-markering.

100.2 Geluidstechnische eisen en akoestische eigenschappen

De geluidsabsorberende schermen moeten voldoen aan de voorschriften van deze normen:

- NBN EN 1793-1 versie december 1997: Geluidsbeperkende constructies langs wegen – Beproevingsmethode voor de bepaling van de akoestische eigenschappen – Deel 1: intrinsieke kenmerken van de geluidsabsorptie
- NBN EN 1793-2 versie december 1997: Geluidsbeperkende constructies langs wegen – Beproevingsmethode voor de bepaling van de akoestische eigenschappen – Deel 2: intrinsieke kenmerken van de luchtgeluidsisolatie
- NBN EN 1793-2 versie december 1997: Geluidsbeperkende constructies langs wegen – Beproevingsmethode voor de bepaling van de akoestische eigenschappen – Deel 3: Standaardgeluidsspectrum voor wegverkeer
- Volgens NBN EN 1793-1 geluidsabsorptie: $DL\alpha \geq 10$ dB
- Volgens NBN EN 1793-2 luchtgeluid[s]isolatie: $DLR \geq 25$ dB

De opdrachtnemer dient bij de inschrijving een technische fiche met beproevingsrapport voor de norm NBN EN 1793-1 en NBN EN 1793-2 in. De werken mogen niet van start gaan zonder goedkeuring van het bestuur i.v.m. deze technische fiche en desgevallend de akoestische rekennota.

[...]

100.11 Kunststof akoestische wandbekleding

100.11.1. Beschrijving PVC wandbekleding

[...]

C. De akoestisch absorberende vermogen is minstens $Dl\alpha = 10$ dB(A) – Klasse A4 volgens NBN EN 1793-1 versie december 1997: Geluidsbeperkende constructies langs wegen – Beproevingsmethode voor de bepaling van de akoestische eigenschappen – Deel 1: Intrinsieke kenmerken van de geluidsabsorptie.

De aannemer dient bij de inschrijving een technische fiche met beproevingsrapport voor de norm NBN EN 1793-1 in. De werken mogen niet van start gaan zonder goedkeuring van het bestuur i.v.m. deze technische fiche en desgevallend de akoestische rekennota. [...]"

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 6 januari 2014 en in het Publicatieblad van de Europese Unie op 8 januari 2014.

3.2. De opening van de offertes vindt plaats op 28 februari 2014.

Er worden zeven offertes ingediend waaronder door de verzoekende partijen en de nv Betonac. De verzoekende partijen hebben de laagste prijs aangeboden en de nv Betonac de tweede laagste.

3.3. Bij aangetekend schrijven van 6 maart 2014 richt de verwerende partij volgend schrijven aan alle geselecteerde inschrijvers waaronder de verzoekende partijen:

“Geachte,

Wij hebben op 28/02/2014 uw offerte mogen ontvangen betreffende bovenvermeld dossier.

Op basis van art. 21 § 1 van het KB plaatsing d.d. 15/07/2013 verzoeken wij u zo spoedig mogelijk en uiterlijk 12 kalenderdagen na ontvangst van dit schrijven te antwoorden op onderstaande vragen in het kader van het lopende prijsonderzoek van uw offerte.

Hierbij willen wij u verzoeken om uw gedetailleerde prijscalculatie van uw globale offerte te willen overmaken, zoals toegepast op onderhavig plaatsingsdossier.

De vermelde prijscalculatie omvat een duidelijke overzichtsstructuur van alle directe (V&G-aspecten, risico, winst, financiering, studiekosten, verzekeringskosten, diverse alg. bouwplaatsonkosten (te detailleren per kostenpost),...), indirecte projectkosten (alg. administratiekosten (te detailleren per kostenpost), materieel, verbruik, ...) alsook alle overige projectspecifieke elementen die in de offerte dienen inbegrepen te zijn.

Voorgaande kosten worden per apart onderdeel samengevat in een overzichtelijke tabel, en uitgedrukt zowel in absolute waarde als percentage van de totale inschrijvingsprijs.

Per tabellijn wordt aldus in kolom 1 de kostenpost vermeld, in kolom 2 het corresponderende bedrag [EUR] en in kolom 3 het percentage ervan t.o.v. de totale offerte.

De door u verstrekte verantwoording kan enkel gebaseerd worden op objectieve factoren.”

Op 18 maart 2014 maken de verzoekende partijen de gevraagde inlichtingen over.

De offertes worden door de verwerende partij voorgelegd aan de afdeling Algemene Technische Ondersteuning (hierna: ATO). Bij schrijven van 3 april 2014 verstrekt ATO haar advies. Met betrekking tot de offerte van de verzoekende partijen adviseert ze om een prijsverantwoording te vragen voor bepaalde eenheidsprijzen.

3.4. Op 4 april 2014 vraagt de verwerende partij de verzoekende partijen op grond van artikel 21, § 3, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘Plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit Plaatsing) om een prijsverantwoording voor bepaalde eenheidsprijzen:

“Geachte,

Wij hebben op 28/02/2014 uw offerte mogen ontvangen betreffende bovenvermeld dossier.

Op basis van art. 21 § 3 van het KB plaatsing d.d. 15/07/2013, verzoeken wij u zo spoedig mogelijk en uiterlijk 12 kalenderdagen na ontvangst van dit schrijven te antwoorden op onderstaande vragen in het kader van het lopende prijsonderzoek van uw offerte.

Hierbij willen wij u verzoeken om uw gedetailleerde verantwoording van volgende eenheidsprijzen te willen overmaken:

- Deel 1 opdracht (vast gedeelte): postnrs. 28, 405, 407, 429, 512
- Deel 2 opdracht (variabel gedeelte): postnr. 215

De door u verstrekte verantwoording kan enkel gebaseerd worden op objectieve factoren.”

Bij schrijven van 11 april 2014 bezorgen verzoekende partijen een prijsverantwoording.

Met betrekking tot de post met nummer 215 van het deel 2, ‘Leveren en plaatsen van houten geluidsabsorberend scherm’ verwijzen de verzoekende partijen uitdrukkelijk naar de offerte van de leverancier Ecologic, die zij voegen als bijlage bij de prijsverantwoording. Voor die post worden geen andere documenten toegevoegd.

3.5. In het kader van het onderzoek naar de verstrekte prijsverantwoording verzoekt de verwerende partij bij schrijven van 25 april 2014 om ontbrekende stukken over te maken:

“Wij hebben op 14/04/2014 uw schrijven mogen ontvangen betreffende bovenvermeld dossier, waarvoor dank.

Bij onderzoek van uw schrijven, stellen wij vast dat in uw gedetailleerde verantwoording van post nr. 215 (deel 2 opdracht), zowel de vereiste technische fiche alsook het relevante beproevingsrapport ontbreken.

Gelieve ons voorgaande stukken dan ook per kerende te willen overmaken, alsook de analoge stukken van de PVC geluidswerende panelen (cfr. deel A technisch bestek – hoofdstuk III - §100.11).”

Met een brief van 7 mei 2014, zoals niet-vertrouwelijk neergelegd door de verzoekende partijen, antwoorden zij op dit verzoek als volgt:

“Wij hebben uw schrijven met referentie X21/R22/32 D-WVB-201404-1084 d.d. 25 april goed ontvangen.

Als bijlage vindt u de gevraagde technische fiches en de beproevingsrapporten van de houten en de PVC-geluidswerende panelen. Voor onze inschrijving van het dossier R22 hadden wij twee offertes ontvangen. Zoals vermeld in ons schrijven van 11/04/2014 met referentie YD/KL/CVR/219 hebben wij onze inschrijfprijs gebaseerd op de offerte van Ecologic voor de levering van de houten geluidswerende panelen. Deze leverancier garandeert ons dat de geleverde panelen volledig conform zullen zijn aan de besteksvoorwaarden, maar kan ons van deze panelen op dit ogenblik nog geen beproevingsrapport voorleggen. Gezien het feit dat de plaatsing van deze panelen voorzien is in de tweede fase van de werf, beschikt de leverancier over voldoende tijd om de gevraagde beproevingsrapporten te laten opmaken.

Een tweede offerte die wij ontvangen hebben en die tevens een volwaardig alternatief vormt, met name de panelen van de firma Dockx, is eveneens conform aan de voorwaarden van het lastenboek; de technische documenten en de beproevingsrapporten hiervan zijn in bijlage gevoegd (zie bruto offerte in bijlage). Het beperkt prijsverschil ligt binnen het resultaat van de onderhandeling voor aankoop, zodat onze inschrijfprijs ook gedekt blijft bij plaatsing van het conform alternatief van de firma Dockx.

We kunnen dus met zekerheid bevestigen dat bij uitvoering een volledig conform product zal geplaatst worden waarvan een beproevingsrapport beschikbaar is, en waarvoor onze offerteprijs verantwoord is.”

3.6. Inmiddels op 30 april 2014, brief zoals niet-vertrouwelijk neergelegd door de verzoekende partijen, formuleert ATO een aantal opmerkingen bij de door de verwerende partij opgevraagde detaillering omtrent de algemene kosten en winst en prijsverantwoordingen:

“b) Bijkomende opmerkingen detaillering Colas-Wegebo-VBG

Naast de hierboven vermelde opmerkingen kan in de detaillering van Colas-Wegebo-VBG, ook nog vastgesteld worden dat de uurtarieven voor de projectdirecteur, projectleider en werfleider in de verantwoording van Betonac (sic) bijzonder laag zijn. Voor deze laatste ligt het uurtarief (= 5.500 EUR/mnd = 32,4 euro/u) zelfs onder het minimumloon van een geschoolde arbeider 2^e graads, verhoogd met de sociale lasten (= cf. omzendbrief 544.773 d.d. 01.02.2014: 16,024 + 112,49% = 34,05 euro/u).

c) Consequenties

Voor de afdeling ATO is het niet duidelijk of een offerte op basis van de verschillen vermeld onder punten a) en b), geweerd dient te worden.

Ook uw afdeling neemt hierboven geen standpunt in.

De afdeling ATO raadt dan ook aan om deze problematiek vanuit juridisch oogpunt verder te laten onderzoeken alvorens een gunningsbeslissing te nemen. Indien nodig kan hiervoor een beroep gedaan worden op de afdeling Juridische Dienstverlening van het departement.”

3.7. Op 18 juli 2014 brengt de Inspectie van Financiën advies uit en ze overweegt, zoals blijkt uit het advies dat als niet-vertrouwelijk stuk is neergelegd door de verzoekende partijen, hierbij onder meer als volgt:

“Wat het onderzoek van de abnormale prijzen betreft:

Wat de offerte van de THV Colas-Wegebo-VBG betreft sluit IF zich aan bij de mening van ATO inzake het wankel karakter van de motivering voor afwijzing van de offerte wegens het abnormale karakter van bepaalde eenheidsprijzen (zie echter infra).

Wat het voorstel tot gunning betreft:

In tegenstelling met wat gesteld wordt in het gunningsverslag, blijkt uit de correspondentie in het dossier dat de technische regelmatigheid van de firma's THV Colas-WegeboVBG en THV Franki-Aswebo, en meer in het bijzonder deze van de geluidsschermen, niet blijkt uit de offertes (door het ontbreken van de technische fiches welke in het bestek werden gevraagd (cfr. punt 100.2, p. 192)). Deze fiches werden opgevraagd in het kader van verduidelijkingen gevraagd aan beide firma's. De antwoorden welke werden ontvangen voldoen niet of laten niet toe om onomstotelijk de regelmatigheid van de offertes t.o.v. de gevraagde technische eisen vast te stellen.”

Op 2 oktober 2014 adviseert de Inspectie van Financiën voorwaardelijk gunstig inzake het voorstel de opdracht te gunnen aan de nv Betonac.

3.8. Op 22 december 2014 beslist de bevoegde minister de opdracht te gunnen aan de “laagste regelmatige inschrijver”, namelijk de nv Betonac, voor een bedrag van 24.889.324,78 euro, btw inbegrepen, opgesplitst in een vast gedeelte van 12.979.774,47 euro en een voorwaardelijk gedeelte van 11.897.640,76 euro. Het gunningsverslag maakt deel uit van deze beslissing.

Het onderzoek naar de regelmatigheid van de offertes wordt besloten met de vaststelling dat, onder meer, de offerte van de verzoekende partijen substantieel onregelmatig is en bijgevolg nietig.

Het gunningsverslag motiveert dit als volgt:

“Op 06/03/2014 werd aan de inschrijver verzocht om zijn gedetailleerde prijscalculatie van de globale offerte te willen overmaken.

De vermelde prijscalculatie moest een duidelijke overzichtstructuur omvatten van alle directe & indirecte projectkosten, alsook alle overige projectspecifieke elementen die in de offerte dienen inbegrepen moeten zijn.

De inschrijver heeft op 18/03/2014 zijn verantwoording overgemaakt.

Hieruit blijkt dat de vermelde uurloontarieven m.b.t. de projectomkadering (i.c. projectdirecteur, projectleider en werfleider) zeer laag zijn. Voor wat betreft de werfleider, ligt het verantwoorde uurtarief (32,40€/u) zelf lager dan het minimumloon voor een geschoolde arbeider 2^e graad, verhoogd met sociale lasten.

Dit specifiek onderdeel van de omkadering vertegenwoordigt een substantieel aandeel van de opdracht (i.c. 1% van de opdracht over beide delen).

Gelet op voorgaande elementen, wijkt deze offerte dan ook af van een essentiële contractuele bepaling (prijzen) van de opdracht. Op basis hiervan, wordt dit – cfr. art. 95 van het KB Plaatsing – als een substantiële onregelmatigheid van de offerte beoordeeld.

De offerte is bijgevolg nietig.

De inschrijver heeft m.b.t. posten nrs. 215 & 216 van deel 2 de in de opdrachtdocumenten vermelde technische fiches en beproevingsrapporten niet gevoegd bij indiening van de offerte (cfr. bijzonder bestek – Technisch deel II – hoofdstuk IX - § 100.2 & 100.11.1: de opdrachtnemer dient bij de inschrijving een technische fiche met beproevingsrapport voor de norm NBN EN 1793-1 en NBN EN 1793-2 in).

De opdrachtgever heeft hieromtrent een vraag tot verduidelijking – via een prijsverantwoording van post nr. 215 – verzocht aan de inschrijver d.d. 04/04/2014. De inschrijver verantwoordt zijn prijs door te verwijzen naar een offerte voor geluidsschermen van Ecologic, maar toont nog steeds niet aan dat deze oplossing voldoet aan de besteksbepalingen. De inschrijver heeft in zijn verantwoording d.d. 14/04/2014 immers de vereiste stukken evenmin bijgevoegd.

De opdrachtgever heeft hieromtrent een bijkomende vraag tot verduidelijking van deze prijsverantwoording verzocht aan de inschrijver d.d. 25/04/2014.

De inschrijver heeft een bijkomende verduidelijking overgemaakt d.d. 07/05/2014. Uit deze bijkomende verduidelijking blijkt echter dat de

vereiste beproevingsrapporten nog niet bestaan. Hieruit kan bijgevolg nog steeds niet worden opgemaakt dat de voorgestelde oplossing conform is. De bedoelde stukken betreffen essentiële bepalingen om de conformiteit van de offerte met de opdrachtdocumenten te kunnen toetsen.

Vermits de inschrijver deze stukken niet kan overmaken (zoals desalniettemin opgelegd in de opdrachtdocumenten), concludeert de opdrachtgever dat er niet voldaan is aan de essentiële technische specificaties, zoals vermeld in het bestek.

In haar antwoord d.d. 07/05/2014, wenst de inschrijver – indien nodig – middels een alternatieve leverancier een ander geluidsscherm aan te bieden (i.c. Dox Acoustics), dan deze vermeld in de initiële offerte (i.c. Ecologic). Uit de eerste prijsverantwoording blijkt ontegensprekelijk dat de inschrijver bij het opmaken van zijn offerte was uitgegaan van de producten van Ecologic.

De voorgestelde alternatieve oplossing van de inschrijver kan niet aanvaard worden, gezien dit een wijziging van de initiële offerte zou impliceren, waardoor in de feiten een tweede offerte wordt overgemaakt. Voorgaande wijziging maakt aldus het voorwerp uit van een substantiële onregelmatigheid.

De cluster van relevante posten m.b.t. de realisatie van de geluidswerende constructies, vertegenwoordigt een substantieel onderdeel van de opdracht (i.c. +/- 13% van deel 2 van de opdracht).

Gelet op voorgaande elementen, wordt dit – cfr. art. 95 van het KB Plaatsing – als een substantiële onregelmatigheid van de offerte beoordeeld. De offerte is bijgevolg nietig.”

3.9. Bij aangetekend schrijven en e-mailbericht van 27 januari 2015 worden de verzoekende partijen in kennis gesteld van het onregelmatig bevinden van hun offerte en het weren ervan. Een uittreksel van de gemotiveerde gunningsbeslissing is in bijlage gevoegd.

IV. Regelmatigheid van de rechtspleging

4.1. De verzoekende partijen dienen met een e-mailbericht en een brief van 2 maart 2015 een pleitnota met bijlage in. Ter terechtzitting merken zij op dat de feitelijke elementen en juridische gevolgtrekkingen ervan die er zijn in opgenomen, werden geformuleerd naar aanleiding van de nota en het administratief dossier.

4.2. De verwerende partij merkt ter terechtzitting op dat de pleitnota dient te worden geweerd. Ze is niet in de procedure toegelaten. Ze schaadt haar rechten van verweer.

5. In de mate dat in de nota gerepliceerd wordt op de stelling van de verwerende partij wordt de nota slechts in aanmerking genomen voor zover ze de neerslag is van het pleidooi van de verzoekende partijen ter terechtzitting.

V. Ontvankelijkheid van het beroep

6. De verwerende partij betwist het belang van de verzoekende partijen bij de vordering in zoverre het de impliciete weigeringsbeslissing om de opdracht te gunnen aan de verzoekende partijen betreft.

7. De exceptie hangt samen met de grond van de zaak.

VI. Schorsingsvoorwaarden

8.1. 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.

8.2. 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.

VII. Onderzoek van het enige middel

Uiteenzetting van het middel

9. Het middel bevat twee onderdelen; elk onderdeel bekritiseert de beoordeling van één van de motieven van de verwerende partij om de offerte van de verzoekende partijen als onregelmatig te weren.

10. In het eerste onderdeel voeren de verzoekende partijen de schending aan van de artikelen 21, § 1, en 95 van het koninklijk besluit Plaatsing, de artikelen 4 en 5 van de voormelde wet van 17 juni 2013, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheids- en het redelijkheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur

“Doordat de offerte van Verzoekende partij door Verwerende partij werd geweigerd omwille van een zogenaamde abnormale prijs vervat in welbepaalde prijsbestanddelen;

Terwijl Verzoekende partij moet vaststellen dat er geen sprake is van enige abnormale prijs voor deze bestandsdelen en zij geenszins uit het bestreden besluit kan afleiden wat de motieven onderliggend aan deze kwalificatie dan wel zouden zijn.”

De verzoekende partijen lichten in de eerste plaats toe dat de verwerende partij de materiële motiveringsplicht heeft geschonden omdat de ingeroepen motieven waarom de prijs abnormaal zou zijn, onjuist zijn. Zo zijn zij

het oneens met de door de verwerende partij gehanteerde methode om de normaliteit van de projectomkadering na te gaan. De argumentatie van de verwerende partij inzake de functie van werfleider is onjuist; ook de reden waarom de opgegeven vergoedingen voor de projectdirecteur en de projectleider abnormaal zouden zijn, is op geen enkele wijze toegelicht in de bestreden beslissing.

De verzoekende partijen merken ook nog op dat de verwerende partij, na ontvangst van de prijsdetaillering, geen specifieke verantwoording heeft gevraagd conform artikel 21, § 3, vijfde lid, van het koninklijk besluit Plaatsing.

11. In het tweede onderdeel voeren de verzoekende partijen de schending aan van artikel 40 van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’, van de artikelen 7, 8 en 95 van het koninklijk besluit Plaatsing, van de artikelen 4 en 5 van de voormelde wet van 17 juni 2013, van de materiële motiveringsplicht en van het gelijkheidsbeginsel, het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* en het non-discriminatiebeginsel als beginselen van behoorlijk bestuur.

“Doordat Verwerende partij de betrokken besteksbepalingen zo heeft toegepast in de bestreden beslissing dat het de inschrijvers enkel mogelijk was om voor wat betreft de houten geluidschermen en de PVC akoestische wandbekleding telkens slechts bij één bepaalde leverancier te rade te gaan;

Dat ingevolge de bijzondere lezing in de bestreden beslissing van de gebrekkige bepalingen van de technische specificaties ter zake, Verzoekende partij blijkbaar reeds had moeten beschikken over beproevingsrapporten aangaande de houten geluidsschermen en de PVC akoestische wandbekleding;

Dat Verwerende partij blijkens de gunningsbeslissing deze bijzondere lezing van de kwestieuze besteksbepalingen koppelt aan een substantiële nietigheids sanctie;

Terwijl de door Verwerende partij gehouden lezing van de betrokken besteksbepalingen niet voor de hand ligt, laat staan logisch te verantwoorden is; dat bovendien nergens in het bestek is bepaald dat miskenning van deze bepalingen de absolute nietigheid van de offerte met zich mee zou brengen en dat tot slot Verzoekende partij voor de houten geluidschermen beroep deed op een leverancier die deze panelen nog niet had gemaakt, waardoor er bij de inschrijving materialiter nog geen

technische fiche met beproevingsrapport kon worden geleverd (hoewel dit uiteraard wel kon in het kader van de uitvoering van de opdracht, eenmaal gegund), hetgeen leidde tot de wering van de offerte van Verzoekende partij.”

De verzoekende partijen lichten toe dat de door het bestek met betrekking tot het voorwaardelijke gedeelte van de opdracht, voorgeschreven houten geluidsscherm en PVC wandbekleding volledig zijn afgestemd op het product van één leverancier, namelijk de sa MICE voor de schermen en de nv Deceuninck voor de wandbekleding.

In zoverre het bestek voorschrijft dat ten aanzien van de geluidstechnische eisen en akoestische eigenschappen voor de geluids-absorberende wanden een technische fiche met beproevingsrapport moet worden ingediend, menen de verzoekende partijen dat deze bepalingen moeten worden gelezen als van toepassing op de uitvoering van de opdracht, eerder dan op de gunning ervan, op het gevaar af een discriminatie te creëren.

De verzoekende partijen illustreren hun stelling door erop te wijzen dat zij voor de levering van de houten geluidsschermen een beroep deden op Ecologic, die perfect in staat is de houten geluidsschermen te bouwen en te leveren maar dit nog niet eerder had gedaan zodat de verzoekende partijen op het ogenblik van de gunning niet konden beschikken over een technische fiche met beproevingsrapport. Het laten maken van de houten geluidsschermen en het laten uitvoeren van de testen vóór het indienen van de offerte was bovendien praktisch niet mogelijk gelet op de bijzonder korte termijnen voor indiening van de offerte. Door ervan uit te gaan dat de technische fiche met beproevingsrapport bij de offerte moest worden gevoegd, heeft de verwerende partij geen rekening gehouden met de complexiteit van de opdracht en de nodige voorbereidingstijd voor het opmaken van de offerte. Meer, elke andere interpretatie dan dat de technische fiche met beproevingsrapport slechts beschikbaar diende te zijn op het moment dat de werken van start zouden gaan, had geleid tot het feit dat de verzoekende partijen enkel bij de sa MICE terecht konden en dat andere leveranciers werden uitgeschakeld. Er kan dus niet worden voorgehouden dat de verzoekende partijen over de lezing van de betrokken besteksbepalingen de verwerende partij op

voorhand vragen hadden moeten stellen, aangezien de lezing die de verwerende partij erop nahoudt in de bestreden beslissing, discriminatoir is.

De verzoekende partijen vervolgen dat het toevoegen van de technische nota met beproevingsrapport niet in het bestek is voorgeschreven als zijnde essentieel en bijgevolg op straffe van nietigheid van de offerte. De verwerende partij maakt niet aannemelijk dat de objectieve vergelijkbaarheid van de offertes of de goede uitvoering van de opdracht in het gedrang is.

De verwerende partij heeft volgens de verzoekende partijen tot slot ook de materiële motiveringsplicht geschonden door te beweren dat de cluster van relevante posten met betrekking tot de realisatie van de geluidswerende constructies ongeveer 13% van deel 2 van de opdracht zou uitmaken. Er werd immers enkel voor post 215 een prijsverantwoording gevraagd zodat andere betrokken posten niet in rekening mogen worden gebracht. Het aandeel levering van post 215 in het totaal bedrag van deel 2 van de opdracht ligt beduidend lager dan de in de bestreden beslissing vermelde 13%, zodat deze laatste kwalificatie feitelijke grondslag mist.

Beoordeling

12. De verwerende partij heeft haar beslissing om de offerte van de verzoekende partijen onregelmatig te beschouwen volgens de verzoekende partijen gesteund op twee motieven; enerzijds, heeft zij gemeend dat de uurloontarieven met betrekking tot de projectomkadering zeer laag zijn wat een afwijking zou inhouden op een essentiële contractuele bepaling inzake de prijzen waardoor op grond van artikel 95 van het koninklijk besluit Plaatsing de offerte van de verzoekende partijen zou zijn aangetast door een substantiële onregelmatigheid; anderzijds, stelt de verwerende partij, opnieuw met toepassing van het voormelde artikel 95, dat de offerte van de verzoekende partijen substantieel onregelmatig is om reden dat de verzoekende partijen bij de inschrijving geen beproevingsrapporten kunnen voorleggen inzake de door hun geboden geluidsschermen Ecologic zodat niet kan worden opgemaakt of hun voorgestelde oplossing conform de technische vereisten van het bestek is.

Indien hierna zou blijken dat één van die twee weringsmotieven op het eerste gezicht niet onwettig is, lijkt dit motief voldoende draagkrachtig om de weringsbeslissing te schragen en zou de vordering moeten worden verworpen.

13. Wat het eerste motief betreft mag worden volstaan met op te merken dat de verwerende partij in wezen hier de offerte onregelmatig acht om reden dat de verzoekende partijen een abnormaal lage prijs zouden hebben geboden voor de kwestieuze uurloontarieven.

Uit de feitelijke toedracht van de zaak blijkt op het eerste gezicht dat de verwerende partij geen prijsverantwoording hierover heeft gevraagd aan de verzoekende partijen zodat de verwerende partij moet worden geacht artikel 21, § 3, vijfde lid, samen genomen met artikel 95, § 3, eerste lid en § 4, van het koninklijk besluit Plaatsing, die een prijsverantwoording voorschrijven vooraleer een prijs als abnormaal mag worden beschouwd – vaststelling die noodzaakt tot de conclusie van de substantiële onregelmatigheid van de offerte – te hebben geschonden.

Het eerste middelonderdeel is dan ook ernstig.

14.1. Wat het tweede middelonderdeel betreft moet in de eerste plaats worden onderzocht op welk ogenblik de technische fiches en de beproevingsrapporten dienen te worden bijgebracht, te weten, op het ogenblik van de inschrijving, opvatting die de aanbestedende overheid voorstaat, dan wel bij de aanvang van de werken, opvatting die de verzoekende partijen voorstaan.

De cruciale passages in het bestek hieromtrent luiden:

“100 Leveren en plaatsen van geluidsabsorberende wanden [...]
De opdrachtnemer dient bij de inschrijving een technische fiche met beproevingsrapport voor de norm NBN EN 1793-1 en NBN EN 1793-2 in. De werken mogen niet van start gaan zonder goedkeuring van het bestuur i.v.m. deze technische fiche en desgevallend de akoestische rekennota.”

en

“100.11 Kunststof akoestische wandbekleding [...]

De aannemer dient bij de inschrijving een technische fiche met beproevingsrapport voor de norm NBN EN 1793-1 in. De werken mogen niet van start gaan zonder goedkeuring van het bestuur i.v.m. deze technische fiche en desgevallend de akoestische rekennota.”

Op het eerste gezicht lijken de technische fiches en de beproevingsrapporten bij de inschrijving te moeten worden gevoegd. Dat de werken pas zouden mogen aanvatten mits goedkeuring van de technische fiches en “desgevallend” de akoestische rekennota doet hier niet aan tekort. In de eerste plaats lijkt, althans terminologisch, niet vereist dat de beproevingsrapporten bij de aanvang van de werken moeten worden goedgekeurd, er is immers alsdan enkel sprake van technische fiches en “desgevallend” de akoestische rekennota. Voorts lijkt het dat de goedkeuring van het bestuur bij de aanvang der werken zou kunnen zijn gekoppeld aan het effectief ter beschikking stellen van de schermen en wandbekleding zelf.

Ook moet hier worden bedacht dat de stelling van de verzoekende partijen dat de relevante bestekstekst “verwarrend” is, hen er blijkbaar niet hebben toe gebracht om de verwerende partij hierover te bevragen.

Slotsom is dat de verzoekende partijen er niet in slagen aan te tonen dat hun interpretatie over het tijdstip om de bewuste documenten bij te brengen, waarschijnlijker is dan die van de verwerende partij, wat hier betekent dat de stelling van de overheid op het eerste gezicht mag worden bijgevalen.

De verzoekende partijen hebben hun offerte gegrond op het nog te produceren scherm van Ecologic, een leverancier waarmee zij niet nader toegelichte banden zouden hebben. Uit de aard der zaak vermochten zij bij de inschrijving dan ook geen beproevingsrapport bij te brengen, ook niet nadat de verwerende partij hier uitdrukkelijk om vroeg.

De verwerende partij laat op goede gronden gelden dat zij inzake die wanden groot belang hechtte aan de technische besteksconformiteit; deze schermen die onder meer zouden tegemoetkomen aan milieutechnische contraintes, mochten door de verwerende partij als een substantieel element van de

opdracht worden aangemerkt. Dit houdt in dat de inschrijver die tekort komt aan het vereiste van het voorleggen van de beproevingsrapporten, een substantieel onregelmatige offerte heeft ingediend. Irrelevant lijkt hier dan ook de omvang van deze post al dan niet samen genomen met verwante posten ten aanzien van de gehele opdracht.

14.2. Tevergeefs lijken de verzoekende partijen voorts in te roepen dat de combinatie van het in het bestek opleggen van deze bepaalde technische specificaties en het tijdstip waarop de technische fiches met beproevingsrapporten moeten voorliggen, de mededinging belemmert of de gelijkheid tussen de inschrijvers in het gedrang brengt.

De verzoekende partijen beweren niet, laat staan dat zij het aantonen, dat zij niet bij machte zouden zijn geweest op het ogenblik van de inschrijving beroep te doen op een geluidsschermleverancier die wel een beproevingsrapport kon naar voor brengen. Zo merken zij niet op dat zij geen beroep konden doen op de leverancier, de sa Mice; evenmin merken zij op dat zij bij die leverancier minder goede voorwaarden konden krijgen in vergelijking met de andere inschrijvers. Overigens hebben de verzoekende partijen bij hun prijsverantwoording van 7 mei 2014 een alternatieve leverancier, namelijk Dockx, naar voor geschoven die, althans volgens de verzoekende partijen zelf, wel de correcte beproevingsrapporten en technisch fiches naar voor kon brengen. Het argument van de verzoekende partijen dat de problematiek enkel verband houdt met het optionele deel 2 overtuigt evenmin; in het bestek wordt uitdrukkelijk vermeld dat bij de gunning van de opdracht rekening zal worden gehouden met het geheel van de offerte, de beide delen.

14.3. Ten slotte lijkt de verwerende partij op goede grond aan te voeren dat de objectieve vergelijkbaarheid van de offertes in het gedrang is aangezien de offerte van de verzoekende partijen niet voldoet aan de kwestieuze substantiële technische besteksvereiste wat terecht lijkt te hebben moeten leiden tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte van de verzoekende partijen.

14.4. Het tweede weringsmotief lijkt de kritiek van de verzoekende partijen te kunnen weerstaan.

15. Op te merken valt dat in het gunningsverslag en de gunningsbeslissing op het eerste gezicht nog een derde weringsmotief lijkt te zijn geformuleerd, namelijk het feit dat de verzoekende partijen hun offerte essentieel zouden hebben gewijzigd door een andere leverancier voor de schermen bij te brengen.

De verzoekende partijen brengen tegen dit motief geen wettigheidskritiek aan.

Al is deze problematiek, ook ter terechtzitting, onbesproken gebleven, toch moet ambtshalve worden vastgesteld dat het niet aanvechten van dit motief het belang van de verzoekende partijen bij hun middel in elk geval zeer ernstig lijkt hypothekeren.

16. Om al deze redenen is het aangevoerde middel niet ernstig.

VIII. Besluit en kosten

17. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient te worden verworpen en de kosten dienen te laste te worden gelegd van de verzoekende partijen.

Er is te dezen grond om met toepassing van artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en artikel 67, § 1, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’, de verwerende partij de door haar gevraagde rechtsplegingsvergoeding van 700 euro toe te kennen, nu zij door de verwerping van de vordering tot schorsing als de in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. De verzoekende partijen worden verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 600 euro, elk voor een derde, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 10 maart 2015, 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