

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 231.835 van 1 juli 2015
in de zaak A. 216.124/XII-7898**

In zake: de BVBA CREATIVE RESIN SOLUTIONS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Peter Flamey en Gregory Verhelst
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Jan Van Rijswijcklaan 16
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de UNIVERSITEIT ANTWERPEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Christophe Coen
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 210A / 10
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 12 juni 2015, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van de Universiteit Antwerpen van onbekende datum, waarbij de opdracht voor het plaatsen van een epoxymortelvloer in gebouw S 4de verdieping op de Campus Drie Eiken bij wijze van open aanbesteding werd gegund conform het gunningsverslag dd. 19 mei 2015 aan BVBA Phenix Total Interior voor een bedrag van 67.276,13 euro (excl. 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 23 juni 2015, om 11.00 uur.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Peter Flamey en Evy Mees, die verschijnen voor de verzoekende partij, en advocaat Christophe Coen, die verschijnt voor de verwerende 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. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een open aanbesteding uit voor een opdracht van werken met als voorwerp “het plaatsen van een epoxy mortelvloer in gebouw S (4de verdieping) op de Campus Drie Eiken”.

De geraamde waarde van de opdracht bereikt de Europese drempel niet.

3.2. De opdracht wordt op 18 maart 2015 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen.

3.3. Op de opdracht is het bijzonder bestek “15.027 Plaatsen epoxy mortelvloer in gebouw SD (4de verd.) campus Drie Eiken” van toepassing.

Met betrekking tot de prijsvaststelling wordt in artikel 1.4 bepaald dat de opdracht wordt beschouwd als een opdracht tegen globale prijs.

Artikel 2.4 bepaalt dat de uitvoeringstermijn 15 werkdagen bedraagt met start op 5 juli 2015 en dat, volgens artikel 26, § 1, 2°, b, van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’, het opdrachtgevend bestuur, mits akkoord van de aannemer, de opdracht kan herhalen gedurende een periode van 3 jaar na sluiting van de oorspronkelijke opdracht.

3.4. De opening van de offertes vindt plaats op 27 april 2015 .

Er worden vier offertes ingediend, waaronder die van de verzoekende partij en van de bvba Phenix Total Interior.

3.5. Bij brief van 7 mei 2015 wordt aan de laagste inschrijver, de bvba Phenix Total Interior, meegedeeld dat de ingediende offertes op grond van artikel 21 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit Plaatsing) aan een grondig prijsonderzoek werden onderworpen en dat daarbij werd vastgesteld dat haar inschrijving voor artikel 09.01.20 “Uitvullagen (egaliseren)” blijkbaar een abnormale eenheidsprijs bevat. Bijgevolg werd haar “in toepassing van artikel 21, § 3 van het Koninklijk Besluit van 15 juli 2011 Plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren”, gevraagd om uiterlijk binnen 12 kalenderdagen de noodzakelijke schriftelijke verantwoordingen te verstrekken.

3.6. Bij brief van 15 mei 2014 bezorgt de bvba Phenix Total Interior een prijsverantwoording voor deze post.

3.7. Twee vertegenwoordigers van de Aankoopdienst en één vertegenwoordiger van het Departement Infrastructuur van de verwerende partij evalueren de offertes en stellen op 19 mei 2015 een gunningsverslag op. Daarin worden alle inschrijvers geselecteerd en worden alle offertes formeel “in orde” bevonden. In het kader van het materieel nazicht van de offertes wordt bij de offerte van de bvba Phenix Total Interior het volgende opgemerkt:

4	Phenix Total Interior BVBA	<p><u>Technisch nazicht van de offerte</u></p> <p><u>Opmerkingen</u></p> <p>De inschrijver heeft een aantal opmerkingen geformuleerd :</p> <p>‘Post 09.01.20 uitvullagen: Hier voorzien wij een egaliserende laag van 1-3 mm dikte. In het bestek is geen dikte omschreven.’</p> <p>Het bestek stelt: ‘In de uitvullagen worden alle oneffenheden, bruuske peilverschillen, leidingen, kokers, dozen, buizen, enz. ... van en op de draagvloer weggewerkt, zodat de dekvloer in een vrij constante dikte kan aangebracht worden.’</p> <p>Het Departement Infrastructuur oordeelt dat de opmerking van Phenix Total Interior strijdig is met het bestek daar er geen dikte wordt opgegeven maar verwezen wordt naar een volledige egale oppervlakte ongeacht de dikte. Er dient rekening te worden gehouden met de bepalingen van § 3 van de TV 193.</p> <p>‘Post 09.03.33 epoxy quartz mortelvloer: Hier wordt een epoxymortelvloer voorzien met het zelfde aspect, kleur en afwerking als in de andere reeds eerder uitgevoerde niveaus ...’</p> <p>De beschrijving in het bestek is “Kleur: dit wordt door projectleider gekozen.”</p> <p>Het Departement Infrastructuur oordeelt dat de opmerking van Phenix Total Interior strijdig is met het bestek.</p> <p>‘Post 09.10.11 Voegdichtingsprofiel uit aluminium: Gezien de huidige toestand ... stellen we hier voor om een alu zetprofiel te voorzien op de nieuwe uitvullaag ...’</p> <p>Het Departement Infrastructuur oordeelt dat deze opmerking niet strijdig is met het bestek.</p> <p>De voorgestelde werkwijze is reeds zo uitgevoerd op de andere bouwlagen.</p> <p><u>Nazicht prijzen</u></p> <p>In het kader van het prijsonderzoek werd naar aanleiding van een abnormale eenheidsprijs een prijsverantwoording gevraagd voor art. 09.01.20 Uitvullagen (egaliseren).</p> <p>Het Departement Infrastructuur gaat akkoord met de prijsverantwoording.</p>
---	----------------------------	---

		<p><u>Evaluatie VGP</u></p> <p>Het verslag van de veiligheidscoördinator vindt u in bijlage 1.</p>
--	--	---

In het “besluit van het formeel en materieel nazicht van de offertes”, worden de offerte van de verzoekende partij en de bvba Phenix Total Interior formeel als “in orde” beschouwd omdat “eventuele onregelmatigheden niet essentieel zijn”.

Na vervolgens de offertes te hebben vergeleken en gerangschikt, wordt voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de firma met de laagste regelmatige offerte, zijnde de bvba Phenix Total Interior tegen het nagerekende inschrijvingsbedrag van 67.276,13 euro, btw niet inbegrepen.

3.8. Op grond van dit gunningsverslag stelt de Aankoopdienst van de verwerende partij in een afzonderlijk niet gedateerd gunningsvoorstel voor om de opdracht te gunnen aan de bvba Phenix Total Interior als inschrijver met de laagste regelmatige offerte, tegen het nagerekend inschrijvingsbedrag van 67.276,13 euro, btw niet inbegrepen.

3.9. Op 27 mei 2015 beslist het college van beheer van de verwerende partij, met verwijzing naar dit gunningsverslag en gunningsvoorstel, waarvan het de motivering “geheel onderschrijft en derhalve overneemt”, om de voorliggende opdracht te gunnen aan de bvba Phenix Total Interior .

Dit is de bestreden beslissing.

3.10. Bij brief van 29 mei 2015 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat haar offerte niet is gekozen “door het College van beheer in zijn zitting van 27 mei 2015”. De “gemotiveerde gunningsbeslissing”, in feite het voormelde gunningsverslag, wordt bijgevoegd.

3.11. Bij blijkbaar aangetekende brief van 28 mei 2015 deelt de verwerende partij aan de bvba Phenix Total Interior mee dat haar offerte is gekozen “door het College van beheer in zijn zitting van 27 mei 2015” en dat

overeenkomstig artikel 110, 2°, van het koninklijk besluit Plaatsing haar offerte tevens werd goedgekeurd voor een bedrag van 67.276,13 euro, btw niet inbegrepen, “waardoor de overeenkomst is gesloten”. Door de verwerende partij werd tevens een op 28 mei 2015 gedateerde bestelbon voor dit bedrag ondertekend.

IV. Schorsingsvoorwaarden

4.1. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

4.2. Te dezen is evenwel ook de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ van toepassing.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissing in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

Overeenkomstig artikel 15, tweede lid, echter wordt de vordering tot schorsing voor de Raad van State uitsluitend ingesteld volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

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

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 kan verantwoorden.

V. Onderzoek van de middelen

Standpunt van de partijen

5.1. In het verzoekschrift worden drie middelen ontwikkeld, waarbij onder meer de schending wordt aangevoerd van artikel 21 en artikel 95 van het koninklijk besluit Plaatsing, van de artikelen 4 en 5 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’ (hierna: de rechtsbeschermingswet van 17 juni 2013) en van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurs-handelingen’ (hierna: de wet van 29 juli 1991).

In een eerste middel betoogt de verzoekende partij onder meer dat de gemotiveerde gunningsbeslissing tegenstrijdig is gemotiveerd, door, enerzijds, uitdrukkelijk te verwijzen naar een aantal “opmerkingen” die de bvba Phenix Total Interior heeft geformuleerd, en die volgens haar “in werkelijkheid voorbehouden” zijn, en naar de beoordeling door het Departement Infrastructuur dat tweemaal stelt dat deze “opmerkingen” strijdig zijn met het bestek, zonder, anderzijds, op een of andere wijze te motiveren waarom deze beoordeling door het Departement Infrastructuur -dat in de eerste plaats bevoegd is inzake de beoordeling van de technische conformiteit- niet zou kunnen worden bijgevalen. De verzoekende partij blijft op die manier volkomen in het ongewisse over de motieven waarom de aanbestedende instantie door impliciet doch ondubbelzinnig de betrokken offerte wel als regelmatig te beschouwen in weerwil van de manifeste afwijkingen tegenover de essentiële technische voorschriften, de beoordeling van het Departement Infrastructuur niet heeft gevolgd. Indien de aanbestedende overheid van oordeel zou zijn dat de betrokken besteksvoorschriften geen essentieel karakter zouden hebben in weerwil van het beginsel van het essentieel karakter van de besteksbepalingen die betrekking hebben op technische voorschriften, dient de aanbestedende overheid zulks *in concreto* na te gaan en hieromtrent een afdoende motivering op te geven.

In een tweede middel voert de verzoekende partij onder meer aan dat uit de gemotiveerde gunningsbeslissing blijkt dat de aanbestedende overheid geen onderzoek heeft ingesteld nopens de totaalprijs van de offerte van de gekozen aannemer, hoewel die met 67.276,13 euro meer dan 15% afwijkt van het gewogen gemiddelde berekend conform artikel 99, § 2, van het koninklijk besluit Plaatsing en er aldus een wettelijk vermoeden van abnormale prijs geldt. Evenmin blijkt uit de gemotiveerde gunningsbeslissing dat de aanbestedende instantie van oordeel was dat het totale offertebedrag in redelijkheid geen abnormaal karakter vertoont in de zin van artikel 99, § 2, lid 3, 1°, van hetzelfde koninklijk besluit. Elke motivering dienaangaande ontbreekt volledig.

In een derde middel betoogt de verzoekende partij onder meer nog dat de gunningsbeslissing niet motiveert waarom er akkoord kan worden gegaan met de prijsverantwoording die blijkt te zijn gevraagd met betrekking tot artikel 09.01.20. Dit klemmt volgens haar des te meer aangezien de verantwoording betrekking heeft op een post, waarvan wordt aangenomen dat de offerte niet conform is aan het bestek met betrekking tot de dikte en de vereiste om te voldoen aan het wegwerken van alle leidingen en dergelijke onder de vloer. Het gunningsverslag beperkt zich tot de boutade dat “akkoord wordt gegaan met de prijsverantwoording”, hetgeen volstrekt inhoudsloos is en de Raad van State niet toelaat een controle uit te oefenen op de zorgvuldigheid van het prijsonderzoek.

5.2. De verwerende partij antwoordt op het eerste middel dat het om de volgende redenen duidelijk is dat de offerte van de gekozen inschrijver geenszins substantieel onregelmatig is:

“[De gekozen inschrijver] stelt dat de uitvullagen 1-3 mm dik zijn. Technisch is deze uitleg correct omdat het onmogelijk is uitvullagen van meer dan 3 mm te hebben. Deze bemerking toont aan dat de inschrijver weet dat zijn product niet dikker dan 3 mm mag zijn. Het is wel mogelijk dat er in de vloer kleine oneffenheden zijn zodat op een bepaalde plaats de uitvullaag iets dikker is dan 3mm doch dit wijzigt niets aan het feit dat maximaal een dikte van 3 mm kan aangebracht worden volgens de regels van de kunst. Het bestek voorziet inderdaad dat oneffenheden dienen weggewerkt te worden doch het aanleggen van een uitvullaag van meer dan 3 mm is technisch mogelijk zo een afwerking zoals voorzien in het bestek, dient behaald te worden.

De inschrijver stelt inderdaad een kleur voor gelijkaardig aan de andere verdiepingen van het gebouw. Zo inderdaad deze kleur door hem wordt opgelegd, dan is dit strijdig met het bestek. De bemerking wordt dan ook niet aanvaard omdat de projectleider de kleur kiest en oplegt. De opmerking kan evenwel niet als een voorbehoud beschouwd worden.”

5.3. Wat het tweede middel betreft, antwoordt de verwerende partij in essentie dat uit het gunningsverslag blijkt dat prijsverantwoording van de laagste inschrijver werd aanvaard en dat dus wel een prijsonderzoek werd gevoerd. Zij voegt daaraan toe dat “zo de Raad zou oordelen dat het grondig prijsonderzoek uitgevoerd door de verwerende partij niet voldoende gemotiveerd zou zijn - *quod non* - dan zou de bestuurlijke lus kunnen toegepast worden doch dit is uitgesloten in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid”. Zij meent ten slotte dat een middel waaraan geremedieerd zou kunnen worden door de bestuurlijke lus, niet ernstig is.

5.4. In de nota van de verwerende partij wordt niet ingegaan op het derde middel.

Beoordeling

5.5. Overeenkomstig artikel 95 van het koninklijk besluit Plaatsing gaat de overheid de regelmatigheid na van de offertes van de inschrijvers die aan de voorwaarden voldoen van het toegangsrecht en de kwalitatieve selectie, onderzoekt zij de regelmatigheid ervan, zowel op formeel als op materieel vlak en is een offerte “op materieel vlak 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 bestanddelen bevat die niet met de werkelijkheid overeenstemmen, is ze aangetast door een niet substantiële onregelmatigheid”. Een substantieel onregelmatige offerte is luidens dit artikel 95 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, wordt deze offerte geacht regelmatig te zijn.

De vraag of een bepaling van het bestek essentieel is, namelijk dermate belangrijk dat de afwijking ervan onvermijdelijk tot gevolg moet hebben dat met de betrokken offerte geen rekening mag worden gehouden, dient *in concreto* in elk geval afzonderlijk in het licht van het dossier te worden beantwoord. Daarnaast staat het in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid om vast te stellen of de afwijking al dan niet een essentiële besteksbe­paling betreft.

5.6. De bestreden beslissing moet, teneinde te voldoen aan de formelemotiveringsverplichting die de verzoekende partij ook afleidt uit de wet van 29 juli 1991, de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen; die motivering moet afdoende zijn teneinde de belanghebbende in staat te stellen ter­dege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt.

In de mate dat de middelen voorts steunen op de schending van de artikelen 4 en 5 van de rechtsbeschermingswet van 17 juni 2013, lijken deze bepalingen, gelet op de goed te keuren uitgave bij de gunning aan de gekozen inschrijver, niet toepasselijk. Luidens artikel 29, § 1, van de voormelde wet zijn voor opdrachten waarvan de goed te keuren uitgave zonder belasting over de toegevoegde waarde het bedrag van thans 85.000 euro overschrijdt, onder meer voormelde artikelen 4 en 5 van toepassing. Te dezen overschrijdt de goed te keuren uitgave bij de in het geding zijnde opdracht deze drempel niet, zodat artikel 29, § 2, van dezelfde wet geldt. Dit artikel bepaalt onder meer dat de aanbestedende instantie een gemotiveerde beslissing opstelt, onder meer wanneer zij de opdracht gunt, ongeacht de procedure, en schriftelijk elke inschrijver met een geweerde of niet gekozen offerte informeert dat zijn offerte werd geweerd of niet gekozen (eerste en tweede lid), dat binnen een termijn van dertig dagen na de datum van verzending van die informatie elke inschrijver van wie de offerte niet werd gekozen de gemotiveerde beslissing kan opvragen (derde lid) en dat de aanbestedende instantie deze aanvullende informatie schriftelijk meedeelt binnen een termijn van vijftien dagen vanaf de datum van ontvangst van het verzoek (vierde lid).

Uit de gegevens van de zaak blijkt dat de in voormeld artikel 29, § 2, derde lid, bedoelde informatie werd meegedeeld.

5.7. Onder de technische bepalingen van het bestek, bepaalt artikel 09.01.20 “Uitvullagen (egaliseren) VH m²”, onderdeel van “09.01 Draagvloeren op volle grond en vloeronderlagen” het volgende:

“09.01.20 Uitvullagen(egaliseren) VH m²
volgnr 7

Algemeen

Omschrijving:

De uitvulling zal in één beweging over de hele bouwlaag gebeuren. In de uitvullagen worden alle oneffenheden, bruuske peilverschillen, leidingen, kokers, dozen, buizen, enz... van en op de draagvloer weggewerkt, zodat de dekvloer in een vrij constante dikte kan aangebracht worden. Al de doorvoeren, gaten en mogelijke uitzetvoegen, ezv worden volledig afgedicht zodat er geen product naar de onderliggende bouwlaag kan vloeien.

Uitvoering:

Op de uitvullagen zijn de bepalingen van § 3 van de TV 193 van toepassing.

De uitvullagen worden aangebracht op een gereinigde draagvloer. Ze worden geprofileerd en vlak afgetrokken. Het peil van de afgewerkte uitvullaag beantwoordt aan de eisen gesteld in § 4.2.1.3 van de TV 189. De uitvullagen worden los van de wanden gelegd door tussenvoegen van stroken polyethyleenschuim of andere kunststofschuimen, van minstens 5 mm dik. Deze randbekistingen zijn in dit artikel begrepen. De zettingvoegen van de constructies worden eveneens in de uitvullaag uitgespaard. Het afgewerkte peil houdt rekening met de dikte van de dekvloer en de vloerbekleding.

Aard van de overeenkomst:

Vermoedelijke hoeveelheid (VH)

Meeteenheid: m²

Meetcode: Netto oppervlakte.”

Artikel 09.03.33 “Epoxy quartzmortel vloer VH m2” van het bestek, onderdeel van “09.03 Bedrijfsvloeren” bepaalt vervolgens:

“09.03.33 Epoxy quartzmortel vloer VH m2”
volgnr 8

Omschrijving:

Met het leggen van de epoxymortelvloer worden alle oneffenheden, bruuske peilverschillen, leidingen, kokers, dozen, buizen, enz... van en op de draagvloer weggewerkt, zodat de dekvloer in een vrij constante dikte kan aangebracht worden.

Ter hoogte van afvoerputten en geulen dient de bestaande bevloering rondom rond deze afvoeren over een breedte van min. 35 cm weggehakt worden zodat een vloeiende en licht afwaterende eindbevloering bekomen wordt naar de afvoeren toe. Het component A-epoxyhars, al dan niet ingekleurd, wordt volledig met component B-epoxyverharder vermengd, volgens hun verpakkingsinhoud tot een homogene massa. (enkel voorgedoseerde verpakkingen worden toegelaten op de werf)

- hier voegt men al roerend het volledige component C toe (gekleurde quartz)

- na een goede menging bekomt men een homogene mortelsamenstelling die kan verwerkt worden.

- men mag nooit vreemde producten zoals water, cement, oplosmiddel, enz... toevoegen.

- de klaargemaakte epoxymortelvloer uitstorten, verspreiden/verdelen met een rei en vlakspaan in ca 8 mm dikte en grondig verdichten.

- het is toegelaten om een extra hechtlaag vooraf aan te brengen waarin ‘nat in nat’ de klaargemaakte mortel wordt verwerkt.

- de mortel wordt manueel opgepolierd met roestvrij stalen plaatsingsijzers, machinaal vlinderen is enkel toegelaten bij grotere vlakken en wanneer referenties van gevlinderde mortelvloeren kunnen voorgelegd worden.

- voor verticaal werk dient de mortel dan licht getixotropeerd te worden en de dikte verticaal is gem. 6 mm de hoeken van de aansluiting tussen wand en vloer worden uitgerond afgewerkt zowel horizontaal als verticaal.

Na harding van de epoxymortel bekleding wordt deze voorzien van 2 kleurloze eindlagen.

- * 1e laag op zuiver epoxyharsbasis à rato van min. 0,6 kg/m2

- * 2e laag op zuiver epoxyharsbasis à rato van min. 0,4 kg/m2

Na harding van de vorige toplagen wordt een polyurethaan topcoat voorzien als eindafwerking. Na de onderlaag lichtelijk te hebben nageschuurd wordt een polyurethaan topcoat aangebracht. Deze topcoat is gekleurd of kleurloos al naar gelang de gekozen afwerking die door de werfleider wordt gekozen.

Materiaal:

De harsgebonden bedrijfsvloer uit troffelfare mortel beantwoordt aan hoofdstuk 1 van de TV 226. De harsmortelvloer bestaat uit een tweecomponenten epoxyhars voorzien van een tweecomponent-polyurethaanhars als toplaag. Deze troffelmortelvloer wordt in de massa gevuld met een zuurgewassen kwartsgranulaat in welbepaalde korrelverdeling, vulgraad schommelend tussen 6 tot 12 delen vulstof op 1 deel bindmiddel.

De harsmortelvloer wordt aangebracht op een draagvloer die voorzien is in een afzonderlijk artikel. Kleur: dit wordt door projectleider gekozen.

Dikte: de door technische fiche aangegeven en met een minimum van 6 mm. Deze mag niet verminderen aan de aansluitingen van bestaande vloeren.

- component - A of epoxyhars : epoxyharsmengsel op basis van Bisphenol A/F + additieven+pigmenten
- component - B : of epoxy verharder : epoxy verharder op amine-basis.
- component - C : gegloeid, zuurgewassen kwarts granulaatmengsel met een berekende granulometrie en onder hitte gekleurd.
- de componenten mogen in geen geval water of oplosmiddelen bevatten.

Uitvoering:

- laagdikte : +/- 8mm minimum
- chemische weerstand : algemene weerstand tegen zuren, logen, oliën, vetten, benzine, oplosmiddelen, zoutoplossingen, zeewater en afvalwater.
- moet bestand zijn tegen agressieve gassen, dampen, sterke solventen, sterke organische zuren, sterke anorganische zuren en sterke alkaliën enz....
- deze bestaat uit 3-komponenten, solvent vrij en reukarm.
- de 3-komponenten dienen in de juiste mengverhouding t.o.v. elkaar verpakt en ter plaatse als dusdanig te worden geleverd

Toepassing:

Zie detailmeetstaat.

Aard van de overeenkomst :

Vermoedelijke hoeveelheid (VH)

Meeteenheid: m²

Meetcode: netto oppervlakte met een dikte van 8mm. De eenheidsprijs omvat alle werken en leveringen tot het bekomen van een afgewerkte bedrijfsvloer, met inbegrip van de vochtwerende lagen, de wapeningen, ...”

5.8. Met de verzoekende partij lijkt te moeten worden vastgesteld dat het gunningsverslag, waarop de bestreden beslissing steunt, ten aanzien van de opmerkingen die de gekozen inschrijver bij voormelde twee artikelen in haar

offerte heeft gemaakt – namelijk dat voor post 09.01.20 “uitvullagen”, een egaliserende laag van 1-3mm dikte wordt voorzien en voor post 09.03.33 dat een epoxymortelvloer wordt voorzien “met het zelfde aspect, kleur en afwerking als in de andere reeds uitgevoerde niveaus” – uitdrukkelijk vermeldt dat “het Departement Infrastructuur oordeelt dat de[ze] opmerkingen [...] strijdig [zijn] met het bestek”.

Noch in het gunningsverslag, noch in de gemotiveerde beslissing, die daarop steunt, lijkt voormelde beoordeling van strijdigheid concreet, minstens niet gemotiveerd, te worden tegengesproken. Bijgevolg lijkt niet te kunnen worden ingegaan op het verweer in de nota dat er in wezen lijkt op neer te komen dat er, wat betreft voormeld artikel 09.01.20 van het bestek, geen afwijking zou zijn. Met dergelijke *a posteriori* motivering die ingaat tegen de formelemotiveringsplicht van de bestreden beslissing, kan dan ook geen rekening worden gehouden.

Wat de tweede opmerking betreft met betrekking tot “het zelfde aspect, kleur en afwerking als in de andere reeds uitgevoerde niveaus” van de epoxymortelvloer, stelt de verwerende partij in de nota zelf dat “de inschrijver [...] inderdaad een kleur voor[stelt] gelijkaardig aan de andere verdiepingen van het gebouw” en dat “zo inderdaad deze kleur door hem wordt opgelegd, [...] dit [dan] strijdig [is] met het bestek”. Volgens de verwerende partij kan deze opmerking “evenwel niet als een voorbehoud beschouwd worden”.

Hieromtrent lijkt te moeten worden herhaald dat in het gunningsverslag de beoordeling dat de kwestieuze opmerking te beschouwen is als een afwijking van het bestek of, anders geformuleerd, dus een “voorbehoud” uitmaakt nergens lijkt te worden tegengesproken.

Het verslag besluit niettegenstaande deze twee vastgestelde strijdigheden met het bestek dat alle inschrijvers worden geselecteerd omdat “eventuele tekortkomingen niet essentieel zijn”.

In de huidige stand van het geding lijkt evenwel te moeten worden vastgesteld dat de kwestieuze opmerkingen van de gekozen inschrijver betrekking hebben op technische voorschriften met betrekking tot posten van het bestek die een belangrijk aandeel vertegenwoordigen in het totaal van de opdracht – artikel 09.03.33 vertegenwoordigt zowel in de vertrouwelijk voorgelegde raming als in de vertrouwelijk voorgelegde offertes telkens het hoogste bedrag. Niettemin lijkt noch in het gunningsverslag noch in de bestreden beslissing te worden gemotiveerd waarom die “eventuele onregelmatigheden” op de voormelde technische bepalingen “niet essentieel” zouden zijn.

5.9. Aldus blijkt *prima facie* niet afdoende te zijn gemotiveerd waarom de aanbestedende overheid, niettegenstaande de vastgestelde afwijkingen van de technische specificaties, toch kon worden geselecteerd, minstens niet waarom deze uitdrukkelijk vastgestelde “onregelmatigheden” slechts “eventueel” en “niet essentieel” zouden zijn.

5.10. Het eerste middel is bijgevolg in de aangegeven mate ernstig.

5.11. Voorts kan wat betreft het tweede middel de verzoekende partij opnieuw worden bijgevallen dat te dezen voldaan lijkt aan de toepassingsvoorwaarden van artikel 99, § 2, van het koninklijk besluit Plaatsing en dat het totale offertebedrag van de gekozen inschrijver meer dan 15% onder het gemiddelde ligt. De verwerende partij lijkt dit ook niet te betwisten in de nota.

In dat geval schrijft voormeld artikel 99 voor dat de aanbestedende overheid ofwel in de gunningsbeslissing dient te motiveren dat het totale offertebedrag geen abnormaal karakter vertoont, ofwel de inschrijver dient te verzoeken de nodige verantwoording te bezorgen.

Elke motivering omtrent de vermoedelijk abnormale totaalprijs ontbreekt evenwel. Het gunningsverslag noch de bestreden beslissing die erop steunt, vermeldt dat de totaalprijs van de gekozen inschrijver overeenkomstig voormeld artikel 99, § 2, vermoedelijk abnormaal is. Evenmin wordt concreet gemotiveerd waarom deze vermoedelijk abnormale totaalprijs door de verwerende partij normaal wordt bevonden. Er blijkt ook niet uit het gunningsverslag of uit de

bestreden beslissing dat voor deze totaalprijs een prijsverantwoording werd gevraagd, dat deze werd meegedeeld en vervolgens door de verwerende partij werd onderzocht en aanvaard en waarom.

5.12. Wel blijkt daaruit dat een prijsverantwoording werd gevraagd voor artikel 09.01.20 “Uitvullagen” en dat het Departement Infrastructuur met die verantwoording “akkoord” ging, maar er blijkt niet uit het gunningsverslag of de bestreden beslissing waarom dit gelijkgesteld zou moeten worden met een prijsverantwoording van de totaalprijs.

In de nota stelt de verwerende partij weliswaar dat deze prijsverantwoording werd gevraagd omdat bij het nazicht van de offertes bleek dat voornamelijk de prijzen voor artikel 09.01.20 aanzienlijk verschillen tussen de inschrijvers en op zich het verschil van meer dan 15% bedoeld in artikel 99 van het koninklijk besluit Plaatsing “voor een groot deel kan verklaren”.

Uit geen enkel stuk van het dossier blijkt echter dat deze beoordeling eerder door de verwerende partij werd gemaakt. Het dossier bevat zelfs geen stuk met een berekening van het gemiddelde bedoeld in voormeld artikel 99, § 2, noch een stuk met een vergelijking van de eenheidsprijzen van de inschrijvers of een berekening van de impact van de prijs van de gekozen inschrijver voor dit artikel op haar totaalprijs of de afwijking van voormeld gemiddelde. Evenmin is dit opgenomen in de formele motivering van de bestreden beslissing.

Tevens blijkt uit de vertrouwelijk neergelegde offertes dat dit niet de enige post is waar de eenheidsprijzen aanzienlijk verschillen.

Artikel 99, § 2, van het koninklijk besluit Plaatsing, lijkt bovendien geenszins te impliceren dat enkel de overschrijding van de 15% drempel zou moeten worden verantwoord, doch verwijst integendeel naar het abnormale bedrag van de offerte in haar geheel.

5.13. Bovendien wordt *prima facie* vastgesteld dat in de formele motivering van de aanvaarding van de prijsverantwoording voor het artikel 09.01.20 nergens in het gunningsverslag of de bestreden beslissing wordt

aangegeven wat de erin vermelde vraag naar prijsverantwoording inhield - werd de eenheidsprijs bijvoorbeeld abnormaal laag of hoog bevonden -, welke argumenten de gekozen inschrijver aanbracht voor zijn schijnbaar abnormale eenheidsprijs, noch waarom deze argumenten door de verwerende partij als aanvaardbaar worden beschouwd om het vermoeden van abnormaliteit dat aan deze offerte kleefte, weg te nemen.

De gegeven motivering lijkt in feite beperkt tot de conclusie dat het Departement Infrastructuur “akkoord” gaat met de prijsverantwoording en is dan ook niet afdoende, aangezien de formelemotiveringsplicht, weze het op grond van de voormelde wet van 29 juli 1991 dan wel op grond van artikel 29, § 2, van de rechtsbeschermingswet van 17 juni 2013, vereist dat een verzoekende partij in staat moet worden gesteld terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht haar ter beschikking stelt, hetgeen inhoudt dat zij uit de meegedeelde motivering moet kunnen afleiden om welke redenen de gekozen offerte de voorkeur verdient boven de hare. Op het eerste gezicht lijkt dit vereiste ook in te houden dat, wanneer de aanbestedende overheid van oordeel is dat er sprake is van abnormale prijzen in de offerte van de gekozen inschrijver en de bijzondere procedure opstart bepaald in artikel 21, § 3, van het koninklijk besluit Plaatsing waarbij zij de gekozen inschrijver om een prijsverantwoording vraagt, zij vervolgens in de bestreden beslissing weergeeft welke argumenten haar ertoe hebben geleid de offerte alsnog regelmatig te bevinden en alsook waarom de totaalprijs van de gekozen inschrijver, ook al is die overeenkomstig artikel 99, § 2, van het koninklijk besluit Plaatsing vermoedelijk abnormaal, door haar normaal wordt bevonden.

5.14. Bijgevolg lijkt niet afdoende gemotiveerd waarom de verantwoording voor artikel 09.01.20 werd aanvaard, grief aan de orde in het derde middel, noch waarom de vermoedelijk abnormale totaalprijs van de gekozen inschrijver, door de verwerende partij normaal wordt bevonden.

5.15. De verwerende partij beoogt ten slotte nog in de nota dat een middel dat geremedieerd kan worden via de bestuurlijke lus niet tot vernietiging kan leiden en aldus niet ernstig is.

Dit verweer loopt echter vooruit, enerzijds, op de inhoudelijke beoordeling van dit middel in een eventuele zaak ten gronde en, anderzijds, op de vraag of voldaan zal zijn aan de voorwaarden om betreffende een eventuele onwettigheid de bestuurlijke lus toe te passen, procedure waarvan de verwerende partij zelf en terecht stelt dat deze niet in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid kan worden toegepast. Bezwaarlijk kan dan ook in dergelijke procedure de hypothese van een mogelijke bestuurlijke lus worden ingeroepen om een middel niet ernstig te achten.

5.16. Het tweede en derde middel zijn bijgevolg in de aangegeven mate ernstig.

VI. Belangenafweging

6.1. De verwerende partij betoogt dat overeenkomstig artikel 30 van de rechtsbeschermingswet van 17 juni 2013 een opdracht onder de Europese drempel die na de gunningsbeslissing reeds werd gesloten, niet kan worden geschorst. Voorts meent zij dat het alsdan louter gekwalificeerd moreel belang dat de verzoekende partij ontleent aan het feit dat zij mogelijk is voorbijgegaan door de bestreden beslissing, dient te worden afgewogen tegen de gevolgen van een schorsing: “een schorsingsarrest [kan] negatieve gevolgen hebben op de uitvoering terwijl het niet toestaan van de schorsing geenszins afbreuk doet aan de rechten van de verzoekende partij.”

Beoordeling

6.2. Artikel 15, derde lid, van de rechtsbeschermingswet van 17 juni 2013 bepaalt:

“De verhaalinstantie kan, ambtshalve of op verzoek van één van de partijen, rekening houden met de vermoedelijke gevolgen van de schorsing van de uitvoering en van de voorlopige maatregelen voor alle belangen die kunnen worden geschaad, alsook met het openbaar belang, en kan beslissen om de schorsing van de uitvoering of de voorlopige maatregelen niet toe te staan wanneer de negatieve gevolgen ervan groter zouden zijn dan de voordelen ervan.”

6.3. De verwerende partij lijkt niet in te roepen dat de sluiting van het contract, waarvoor gelet op de geraamde waarde geen wachtperiode geldt, de aanwezigheid van belang in hoofde van de verzoekende partij bij de huidige procedure doet verdwijnen. Zij betoogt enkel dat een schorsingsarrest negatieve gevolgen kan hebben op de uitvoering terwijl het niet toestaan van de schorsing geenszins afbreuk doet aan de rechten van de verzoekende partij, waarschijnlijk gelet op het gegeven dat de verzoekende partij slechts zou beschikken over een moreel belang aangezien de opdracht reeds werd gesloten en niet meer geschorst zou kunnen worden gelet op artikel 30, derde lid, van de rechtsbeschermingswet van 17 juni 2013.

De Raad van State kan echter bezwaarlijk vooruitlopen op de gevolgen die de aanbestedende overheid zal hechten aan een schorsing indien deze wordt bevolen, ook wanneer de overeenkomst al werd gesloten. Probleemsituaties die daarbij zouden kunnen ontstaan, lijken te moeten worden toegeschreven aan de verwerende partij ingevolge haar eigen beslissing om onmiddellijk tot uitvoering van de werken te laten overgaan terwijl het bestek nochtans bepaalt dat de uitvoeringstermijn van 15 werkdagen pas start op 5 juli 2015.

Voorts dient te worden vastgesteld dat de verwerende partij weliswaar in het algemeen stelt dat een schorsingsarrest negatieve gevolgen kan hebben op de uitvoering, maar deze op geen enkele manier concretiseert. Aldus toont zij evenmin aan waarom die negatieve gevolgen van een schorsing groter zouden zijn dan de voordelen ervan, zelfs indien de verzoekende partij enkel een gekwalificeerd moreel belang zou hebben. In de redenering van de verwerende partij zelf zou een schorsing van de bestreden gunningsbeslissing, zo lijkt, trouwens geen gevolgen hebben.

Hierbij kan nog worden opgemerkt dat het bestek in artikel 2.4 in de mogelijkheid voorziet deze opdracht gedurende drie jaar te herhalen.

Gelet op deze gegevens kan niet worden ingegaan op het verzoek om de schorsing op grond van belangenafweging af te wijzen.

VII. Kosten

7. Het is passend, gelet op de hierna ingewilligde vordering tot schorsing en het daaropvolgende nog noodzakelijke procedureverloop, de kosten, gevorderde rechtsplegingsvergoedingen inbegrepen, in beraad te houden.

BESLISSING

De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 27 mei 2015 van de Universiteit Antwerpen waarbij de opdracht voor het plaatsen van een epoxymortelvloer in gebouw S, vierde verdieping, op de Campus Drie Eiken, wordt gegund aan de bvba Phenix Total Interior voor een bedrag van 67.2765,13 euro, exclusief btw.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 1 juli 2015, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Johan Bovin,

staatsraad,

waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Silja Doms,

griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Johan Bovin