

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 232.186 van 15 september 2015

in de zaak A. 216.711/XII-7925

In zake:

1. de BVBA WEGROSAN/HMVT
2. de BV ANTEA REALISATIE,
 vennootschap naar Nederlands recht
samen vormend de THV ‘DE TIJDELIJKE
HANDELSVERENIGING WEGROSAN/HMVT BVBA –
ANTEA REALISATIE BV’
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Dirk Abbeloos
kantoor houdend te 9200 Dendermonde
Noordlaan 82-84
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

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

Tussenkomende partij:

de NV SPORTINFRABOUW
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Christophe Lenders en Joris Wouters
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 27
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 17 augustus 2015, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente

Herenthout van 13 juli 2015 betreffende de goedkeuring gunning van de opdracht ‘Omgevingsaanleg ’t Kapelleke’ waarbij de offerte van de tijdelijke handelsvennootschap THV WeGroSan/HMVT BVBA - Antea Realisatie BV substantieel onregelmatig wordt beschouwd en de opdracht werd gegund aan de NV SPORTINFRABOUW.”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 25 augustus 2015 heeft de nv Sportinfrabouw gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 3 september 2015, om 11.00 uur.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Jurgen De Staercke, die loco advocaat Dirk Abbeloos verschijnt voor de verzoekende partijen, advocaat Els Gypen, die loco advocaat Gitte Laenen verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Joris Wouters, die verschijnt voor de tussenkomende 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. De gemeente Herenthout schrijft een overheidsopdracht uit voor de aanneming van werken met als voorwerp de aanleg van sportinfrastructuur “t Kapelleke”.

De opdracht omvat de uitvoering van omgevingswerken, de aanleg van sportterreinen, wandelpaden, parking, riolering, aanplantingen en andere infrastructuurwerken.

3.2. De opdracht is onderworpen aan het bijzonder bestek nr. 2920 OMG.

De opdracht wordt geraamd op 1.668.144,20 euro, btw niet inbegrepen.

De gevolgde procedure is die van de open aanbesteding.

3.3. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 23 oktober 2014.

3.4. De opening van de offertes vindt plaats op 3 december 2014.

Er worden zes offertes ontvangen met volgende inschrijvingsbedragen, btw niet inbegrepen:

- Hertsens	1.546.803,72 euro
- nv Sportinfrabouw	1.534.328,13 euro
- nv Hegrola	1.753.488,99 euro
- de verzoekende partijen	1.390.000,00 euro
- nv Slegers Algemene Aannemingen	1.471.358,39 euro
- nv Houwelyckx Wegenbouw	1.645.624,39 euro.

3.5. Bij aangetekende brief van 10 december 2014 worden de verzoekende partijen verzocht, na te hebben vastgesteld dat hun “bieding 149 posten bevat die meer dan 25% afwijken van het gemiddelde van de andere

inschrijvers”, een “gedetailleerde prijsverantwoording” op te geven voor de “belangrijkste posten” ervan die in de bijlage worden opgesomd. Die verantwoording moet “minstens” omvatten:

- “- De materiaalkost met technische fiche
- De plaatsings- of arbeidskost
- De winstmarge”.

De verzoekende partijen hebben bij brief van 19 december 2014 een verantwoording overgemaakt.

In de loop van de procedure, namelijk met brieven van 12 januari 2015, 16 april 2015 en 12 juni 2015, respectievelijk met brief van 15 juni 2015, wordt beslist om ook aan de tweede gerangschikte inschrijver, de nv Slegers Algemene Aannemingen, respectievelijk de derde gerangschikte inschrijver, de nv Sportinfrabouw een prijsverantwoording te vragen voor een aantal posten.

De nv Slegers Algemene Aannemingen maakt een prijsverantwoording over op 22 januari 2015, aangevuld op 29 april 2015 en 19 juni 2015.

De nv Sportinfrabouw maakt een prijsverantwoording over op 26 juni 2015.

3.6. Op 12 februari 2015 wordt een eerste verslag van nazicht opgesteld.

Op 9 juli 2015 wordt een tweede verslag van nazicht opgesteld.

In dit laatste verslag wordt voorgesteld de prijsverantwoordingen van de verzoekende partijen en van de tweede gerangschikte, de nv Slegers Algemene Aannemingen, te verwerpen als “substantieel onregelmatig”. Wat de verzoekende partijen betreft, omdat na analyse van de verantwoording voor de gevraagde posten, blijkt dat bepaalde posten niet voldoen aan de technische bestekseisen, dit minstens bij bepaalde posten bij gebreke aan technische fiche of

enig ander document niet kan worden gecontroleerd en dat voor meerdere posten de prijszetting niet voldoende of behoorlijk werd verantwoord. De prijsverantwoording van de nv Sportinfrabouw wordt wél voldoende bevonden.

Het verslag van nazicht van 9 juli 2015 stelt voor “de opdracht toe te wijzen aan de laagste regelmatige bidder nv Sportinfrabouw uit Essen voor de som van € 1.534.328,13 excl. btw.”

3.7. Op 13 juli 2015 beslist het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Herenthout om het verslag van nazicht van 12 februari 2015 en met definitieve datum 9 juli 2015 goed te keuren, integraal te laten deel uitmaken van de beslissing en de opdracht te gunnen aan de nv Sportinfrabouw tegen het nagerekende inschrijvingsbedrag van 1.534.328,13 euro, btw niet inbegrepen.

Dit is de bestreden beslissing.

Bij aangetekende brief van 3 augustus 2015 worden de verzoekende partijen in kennis gesteld van de gunning. In bijlage worden het gunningsbesluit van 13 juli 2015 en het verslag van nazicht van 9 juli 2015, met weglating van de vertrouwelijke gegevens, gevoegd.

IV. Tussenkomen

4. De nv Sportinfrabouw blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens wordt haar verzoek tot tussenkomst ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

5.1. De tussenkomen partij werpt in een tweede exceptie de onontvankelijkheid van de vordering van de verzoekende partijen op wegens gebrek aan belang, omdat uit het gunningsverslag blijkt dat hun offerte is geweerd als technisch onregelmatig wat de drie volgende posten betreft: de dompelpomp voor verpompen van afvalwater (post II.11.01), de schakelkast voor

pompinstallatie irrigatie (post IV.3.09) en de sporttechnische laag (post V.3.07). In hun verzoekschrift betwisten de verzoekende partijen niet dat hun offerte niet voldoet aan de technische eisen van het bestek voor deze posten. Zij stellen wat dit aspect betreft enkel in vraag of deze technische kenmerken wel moeten worden aangezien als “essentiële specificaties” doch zonder hieraan gevolgen te verbinden. Zelfs indien de kritieken van de verzoekende partijen uit het verzoekschrift als ernstig zouden worden verklaard, dan nog staat vast dat hun offerte substantieel onregelmatig is op grond van de niet betwiste vaststellingen in het gunningsverslag dat hun offerte niet voldoet aan de technische specificaties voor de voormelde posten. Een onregelmatige inschrijver heeft slechts belang bij een vordering gericht tegen een gunningsbeslissing wanneer uit de middelen blijkt dat zijn offerte ten onrechte niet als regelmatig werd aanvaard, hetgeen *in casu* niet het geval is.

5.2. Ter terechtzitting hebben de verzoekende partijen deze exceptie niet beantwoord, hoewel deze door de tussenkommende partij nogmaals uitdrukkelijk werd opgeworpen.

Beoordeling

5.3. In het verslag worden onder het “besluit inzake het prijsonderzoek voor thv Wegrosan/HMVT-Antea Realisatie bv” in acht randnummers de motieven opgenomen waarom haar inschrijving als substantieel onregelmatig dient te worden verworpen. De randnummers 3, 4 en 5 betreffen drie posten waarbij wordt vastgesteld dat het materiaal niet voldoet aan de essentiële bestekseisen voor deze posten:

“3. Post 11.11.01 ‘leveren, plaatsen en bedrijfsklaar opstellen pomp met debiet ca 60 l/min’

Betreft pomp voor verpompen van afvalwater. Er is documentatie bijgevoegd van het merk FEKA met twee verschillende versies VS-VX en met verschillende modellen zonder aan te duiden welke versie en welk model er wordt aangeboden. De aangeboden pomp is duidelijk niet conform met het lastenboek. Het betreft bovendien afwijkingen van essentiële specificaties hetgeen leidt tot de substantiële onregelmatigheid van de inschrijving.

[...]

4. Post IV.3.09 'Bedienings- en schakelkast volgens IX.58.5 voor A/B terrein' betreft schakelkast voor pompinstallatie irrigatie. Bepaalde uitrustingen zijn ofwel onduidelijk of niet aangeboden, het materiaal is dus niet conform met het lastenboek.

[...]

5. Post V.3.07 'leveren en plaatsen van een sporttechnische laag van 2cm'. Het betreft een foam F81.74 als tussenlaag voor kunstgras. Het aangeboden materiaal voldoet niet aan de essentiële besteisen inzake dikte. Dikte 14mm i.p.v. 20mm, 2543 g/m² i.p.v. 3.800 g/m².

Gelet op het belang van deze laag in de opbouw van het kunstgrasplein en gelet ook op de doelgroep waarvoor deze infrastructuur is bedoeld (duiveltjesterrein) dient deze afwijking te worden beschouwd als een substantiële onregelmatigheid."

De andere randnummers betreffen de motieven waarom de prijsverantwoording voor de betrokken posten als ontoereikend moet worden beschouwd of waarom voor de betrokken posten de "kwaliteit niet kan worden gecontroleerd" bij gebreke aan technische fiche of enig ander document.

5.4. De verzoekende partijen betogen in hun eerste middel weliswaar dat hun offerte onterecht als onregelmatig werd verklaard, maar richten hun kritiek in hoofdzaak op die andere randnummers en motieven waarbij onder meer hun prijsverantwoording als ontoereikend wordt beschouwd. Zij verwijten de verwerende partij samengevat:

- dat het bijkomend prijsonderzoek waaraan de ontwerper de drie eerst gerangschikte inschrijvers heeft onderworpen, gesteund is op willekeur en er bovendien nergens sprake is van maatstaven voor het onderzoek die bij alle inschrijvers op eenzelfde wijze zouden zijn toegepast;
- dat hun ten onrechte werd verweten nergens duiding te hebben gegeven voor andere kosten dan diegene die in de vraag om prijsverantwoording werden gevraagd, namelijk materiaalkost, arbeidskost en winstmarge en dat die vraag trouwens klemmt met artikel 21, § 3, aangezien talloze andere factoren prijzen kunnen rechtvaardigen, en dat hierdoor ook de hoorplicht is geschonden, nu zij nooit in de gelegenheid werden gesteld om hierover toelichting te geven;
- dat onder het mom van een prijzencontrole aan de verzoekende partijen technische toelichting is gevraagd waarop de andere inschrijvers niet zijn

aangesproken, dat mitsdien het prijsonderzoek en het onderzoek van de technische specificaties door elkaar zijn gehaald en bovendien het gelijkheidsbeginsel is geschonden. Het opvragen van de technische fiches strijdt met het bestek dat uitdrukkelijk bepaalt dat technische fiches en technische kenmerken slechts dienen te worden voorgelegd na gunning van de opdracht. De verzoekende partijen achten deze werkwijze volgens het bestek zelf strijdig met het gelijkheidsbeginsel omdat een behoorlijk nazicht van de technische specificaties aldus wordt verhinderd. Alleszins klemmt volgens de verzoekende partijen deze werkwijze met de stelling volgens het verslag na nazicht dat sommige kenmerken essentiële besteksbepalingen betreffen. Bezwaarlijk kan immers worden gesteld dat de beweerde afwijkingen essentieel zijn wanneer ze blijkens het bestek slechts na de gunning aan een nazicht worden onderworpen.

- Tenslotte is randnummer 1 van het prijsonderzoek volledig geanonimiseerd, gevolgd door de stelling: “deze prijzen dienen dan ook als abnormaal te worden aanzien”, wat niet kan worden beschouwd als een onderbouwde, afdoende gemotiveerde onregelmatigverklaring van de offerte van verzoekende partijen, aangezien zij iedere verificatie onmogelijk maakt.

Een tweede middel heeft betrekking op de vermeende onbevoegdheid van de ontwerper om onder meer te beslissen wie aan een prijsonderzoek diende te worden onderworpen, welke posten dienden te worden verantwoord en welke gegevens in het kader van het prijsonderzoek aan de ontwerper dienden te worden voorgelegd.

5.5. Met de tussenkomende partij kan dan ook worden aangenomen dat de verzoekende partijen in wezen de vaststellingen in randnummers 3 tot en met 5 dat het door hen aangeboden materiaal met betrekking tot het pompsysteem, de bedienings- en schakelkast en de sporttechnische laag niet voldoet aan bepaalde essentiële technische voorschriften van het bestek, niet betwisten. Zij betwisten enkel de “geloofwaardigheid” van het essentieel karakter van die technische vereisten, nu het bestek enkel in een *a posteriori* controle zou voorzien na gunning van de opdracht. Zij verwijzen hiervoor naar artikel 36 van het bestek.

Dit artikel bepaalt:

“Art. 36 Detail- en werktekeningen

De aannemer dient binnen de 30 kalenderdagen na kennisgeving van de goedkeuring van zijn offerte volgende documenten in drievoud ter goedkeuring aan de leidende ambtenaar voor te leggen:

1. werkplanning
2. technische kenmerken van de te leveren materialen o.a.
 - documentatie inzake het pompsysteem voor DWA
 - garantieverklaring en milieukeurcertificaat inzake het te leveren SBR rubber infill-product voor kunstgras
 - technische fiches inzake de diverse verlichtingssystemen (masten, armaturen enz.)
 - technische fiches sportuitrustingen (voetbaluitrusting, beachvolleyuitrusting enz.)
 - technische fiches straatmeubilair
 - technische fiches van andere materialen.
3. gedetailleerd grondverzetplan”.

Een dergelijke bepaling, die betrekking heeft op de fase na de gunning, kan niet tot gevolg hebben dat de offertes tijdens de gunningsprocedure niet meer zouden mogen worden getoetst aan de technische besteksbepalingen of anders gezegd op hun technische conformiteit. Op de aanbestedende overheid rust immers overeenkomstig artikel 95 van het koninklijk besluit Plaatsing de verplichting de regelmatigheid van de offertes te onderzoeken, waaronder hun technische conformiteit. De verzoekende partijen laten ook na enige bepaling of beginsel aan te duiden die zouden verbieden dat de technische conformiteit van bepaalde posten nog wordt nagegaan naar aanleiding van het prijsonderzoek. Wanneer prijzen abnormaal laag lijken, kan dit een vermoeden bij de aanbestedende overheid wekken dat zaken worden aangeboden die technisch niet overeenstemmen met de besteksvereisten. In die optiek is het begrijpelijk dat een aanbestedende overheid in het kader van een vraag tot prijsverantwoording erom verzoekt dat de bevroegde inschrijver de technische fiches bijbrengt van de door hem aangeboden materialen, teneinde zoals de ontwerper in zijn verslag overweegt “te kunnen controleren of de inschrijver voor een eventuele lage inschrijvingsprijs toch de gevraagde kwaliteit kan leveren die in het bijzonder bestek is gevraagd”. Als dan zou blijken dat het aangeboden materiaal technisch niet besteksconform is, kan dit een verklaring zijn voor de abnormaliteit van de prijs van de betrokken post.

Uit het dossier blijkt voorts dat alle bevroegde inschrijvers zijn verzocht om technische fiches bij te brengen om de materiaalkost te staven. In tegenstelling tot hetgeen de verzoekende partijen betogen, lijkt het gelijkheidsbeginsel op dit punt dan ook te zijn gerespecteerd.

In geval van afwijkingen van technische besteksbepalingen geldt als uitgangspunt dat afwijkingen van deze besteksbepalingen in beginsel leiden tot een substantiële onregelmatigheid van de offerte. Voormeld artikel 36 van het bijzonder bestek doet geen afbreuk aan de gebiedende wijze waarop de toepasselijke technische voorschriften zijn geformuleerd met inbegrip van te vervullen minimale eisen en wensen (IX.37.4 pompen, IX.58.8 bedienings- en schakelkast en IX.51.2 sporttechnische laag). Het laat zich dan ook begrijpen dat het te dezen om essentiële vereisten gaat waaraan de offerte in beginsel moet voldoen op straffe van niet-conformiteit.

5.6. Nu in het gunningsverslag wordt vastgesteld dat de offerte van de verzoekende partijen niet voldoet aan voormelde voorschriften van het bestek, wat, het weze herhaald, door hen in hun verzoekschrift nergens als zodanig wordt betwist, en de verzoekende partijen ter terechtzitting evenmin enig argument ter weerlegging van de door de tussenkommende partij aangevoerde exceptie aanvoeren, lijkt deze exceptie vooralsnog als kennelijk gegrond te moeten worden aangenomen. Zelfs bij het ernstig bevinden van de overige kritieken, blijven de vaststellingen in het gunningsverslag overeind dat hun offerte met betrekking tot bepaalde posten –dompelpomp, schakelkast voor pompinstallatie irrigatie en sporttechnische laag– niet technisch conform is en bijgevolg voor deze posten “afwijkingen van essentiële specificaties [bevat] hetgeen leidt tot de substantiële onregelmatigheid van de inschrijving”.

5.7. De vordering is niet ontvankelijk.

VI. Kosten

6. De vordering tot schorsing is ingediend met een verzoekschrift dat ook een beroep tot nietigverklaring bevat. Hieruit volgt dat het geding ten

gronde nog hangende is, zodat het past de beslissing betreffende de kosten, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding, in beraad te houden.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Sportinfrabouw tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 15 september 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