

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 238.203 van 16 mei 2017
in de zaak A 216.711/XII-7925**

In zake: 1. de BVBA WEGROSAN/HMVT
2. de BV ANTEA REALISATIE
samen vormend een tijdelijke handelsvennootschap
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Dirk Abbeloos
kantoor houdend te 9200 Dendermonde
Sint-Gillislaan 117
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE HERENTHOUT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Gitte Laenen
kantoor houdende 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 houdende te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 27
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 17 augustus 2015, strekt tot de nietigverklaring 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. Bij arrest nr. 232.186 van 15 september 2015 is de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing verworpen.

De verzoekende partijen hebben een verzoekschrift tot voortzetting van de rechtspleging ingediend.

De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partijen hebben een memorie van wederantwoord ingediend.

De tussenkomen partij heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend.

Eerste auditeur Ann Eylenbosch heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partijen en de verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 28 maart 2017.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Dirk Abbeloos, die verschijnt voor de verzoekende partijen, advocaat Yasmine D’hanis, die *loco* advocaat Gitte Laenen verschijnt 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. 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. Zij dienen een verantwoording in.

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 het 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, minstens dit bij bepaalde posten bij gebrek aan een 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 wel 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. Ontvankelijkheid van het beroep

4. De tussenkomende partij betwist in haar verzoekschrift tot tussenkomst het belang van de verzoekende partijen bij de gevraagde vernietiging om twee redenen.

Ten eerste werpt zij op dat de offerte van de verzoekende partijen substantieel onregelmatig is wegens gebrek aan een geldige onder-

tekening. De offerte zou volgens haar zijn ondertekend door een persoon die daartoe geen toereikende volmacht had.

Voorts betoogt zij dat de verzoekende partijen het rechte vereiste belang ontberen omwille van het niet voldoen van hun offerte aan de technische vereisten.

5. De verwerende partij sluit zich in de memorie van antwoord aan bij deze laatste exceptie en benadrukt het essentieel karakter van de betrokken technische besteksvereisten. Zij voegt toe dat de verzoekende partijen niet aantonen dat de offertes van de overige inschrijvers evenzeer onregelmatig hadden moeten worden bevonden.

Hieruit vloeit volgens de verwerende partij voort dat de verzoekende partijen geen belang hebben bij het bekritisieren van de gunningsbeslissing, aangezien zij sowieso geen kans maakten om de opdracht in de wacht te slepen.

6. In het verzoek tot voortzetting en bevestigd in de memorie van wederantwoord, volharden de verzoekende partijen in hun stelling dat “hun offerte wel degelijk regelmatig is, aangezien de beweerdte afwijkingen geenszins essentieel van aard zijn. Minstens moet worden aangenomen dat, indien de posten daadwerkelijk betrekking zouden hebben op essentiële elementen, deze bij alle inschrijvers werden gecontroleerd op hun regelmatigheid. Uit het gunningsverslag blijkt evenwel dat dit niet het geval is”.

Zij geven geen repliek op de eerste exceptie van de tussenkomende partij.

7. In hun laatste memorie benadrukken de verzoekende partijen dat zij belang hebben bij een beroep waarbij zij opwerpen dat de verwerende partij ten onrechte zou hebben beslist dat hun offerte niet regelmatig zou zijn.

Vermits hun middelen hierop gericht zijn, hangt de beoordeling van het belang bij de vordering samen met de beoordeling van de ernst van de middelen.

8. In de laatste memorie valt de verwerende partij het standpunt vertolkt in het auditorsverslag bij dat de exceptie van gebrek aan belang in hoofde van de verzoekende partijen samenhangt met de grond van de zaak, aangezien de beide door de verzoekende partijen aangevoerde middelen verband houden met de wettigheid van het regelmatigheidsonderzoek. Zij herneemt niettemin haar exceptie van gebrek aan belang, zoals geformuleerd in de memorie van antwoord.

Beoordeling

9. Wat de eerste exceptie van de tussenkommende partij betreft, wordt in het auditorsverslag opgemerkt dat het dossier verschillende aanwijzingen bevat die de opgeworpen substantiële onregelmatigheid van de offerte van de verzoekende partijen wegens gebrek aan een geldige ondertekening ervan, ondergraven.

Dit wordt door de tussenkommende partij niet meer tegengesproken in een laatste memorie, die zij immers niet indient. Ook de Raad van State ziet geen reden om de vaststellingen van het auditorsverslag tegen te spreken. Een en ander bijvallend wordt de exceptie verworpen.

10. Wat de tweede exceptie betreft, ziet de Raad van State evenmin een reden om de conclusie van het auditorsverslag – dat de tweede exceptie verband houdt met de grond van de zaak – niet bij te vallen. Dit wordt door de verwerende partij niet meer tegengesproken in haar laatste memorie, waarin zij integendeel “het standpunt van de Eerste Auditeur bij[treedt]”.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

11.1. De verzoekende partijen voeren de schending aan van artikel 24 van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’, de artikelen 21 en 95, § 3, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit Plaatsing), de besteksvoorwaarden, de beginselen van behoorlijk bestuur, meer bepaald het gelijkheidsbeginsel, de zorgvuldigheidsplicht, het redelijkheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur en het *patere legem*-beginsel.

11.2. De verzoekende partijen verwijten de verwerende partij bij het prijsonderzoek in de eerste plaats willekeur, omdat deze bij hun offerte bepaalde posten van degene “die meer dan 25% afwijken van het gemiddelde aan een prijsonderzoek onderwerpt, en andere niet”. Ook bij de gekozen inschrijver en de tweede gerangschikte werden een “aantal posten” betrokken, maar “[n]ergens wordt verduidelijkt waarom bepaalde posten aan een prijsonderzoek worden onderworpen of niet”. “[B]uitendien” is er “nergens sprake van maatstaven voor het onderzoek die bij alle inschrijvers op dezelfde wijze zouden zijn toegepast”.

Voorts argumenteren de verzoekende partijen dat het prijsonderzoek onzorgvuldig is gevoerd omdat is afgestapt van de in de vraag om prijsverantwoording vermelde elementen – de verzoekende partijen worden “[afgerekend] op een aantal kosten (transportkosten) of op het niet-meedelen van gegevens waar [zij] nooit werden om verzocht (opgave van geraamde tijd en uurkost)”. Dit toont volgens hen aan dat de in de vraag om prijsverantwoording geformuleerde “maatstaven” niet deugen.

De verzoekende partijen menen dat om dezelfde reden de hoorplicht vervat in artikel 21, § 1, van het koninklijk besluit Plaatsing is geschonden, aangezien aan de verzoekende partijen nooit de gelegenheid is geboden om een prijsverantwoording te geven over andere elementen dan die meegedeeld in de vraag om prijsverantwoording. Dit klemmt ook met artikel 21, § 3, van het koninklijk besluit Plaatsing, aangezien buiten de voormelde inlichtingen die de ontwerper heeft gevraagd, talloze andere factoren prijzen kunnen rechtvaardigen.

11.3. De verzoekende partijen zijn ten tweede van mening dat “onder het mom van een prijzencontrole van een aantal posten [aan hun] technische toelichting [is] gevraagd waarvoor de andere inschrijvers niet werden aangesproken”, dat mitsdien het prijsonderzoek en het onderzoek van de technische specificaties door elkaar werden 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 dienen te worden voorgelegd na de gunning van de opdracht. De verzoekende partijen menen dat “[d]e werkwijze die in het bestek is weerhouden” “overigens” strijdig is met het gelijkheidsbeginsel omdat ze geen behoorlijk nazicht van de technische specificaties bij alle inschrijvers toelaat. Alleszins klemmt volgens de verzoekende partijen deze werkwijze met de stelling in het verslag van nazicht dat sommige kenmerken essentiële besteksbepalingen betreffen. Bezwaarlijk kan immers worden gesteld dat de beweerde afwijkingen essentieel zijn wanneer zij blijkens het bestek slechts na de gunning aan een nazicht worden onderworpen.

11.4. Ten slotte wijzen de verzoekende partijen erop dat randnummer 1 van het besluit inzake het prijzenonderzoek in het verslag van nazicht is geanonimiseerd, hetgeen niet spoort met het vereiste van een afdoende motivering. De analyse per post doet hieraan geen afbreuk nu ook daar iedere motivering is geanonimiseerd op een nietszeggende conclusie na. Nochtans is er

ten aanzien van de verzoekende partijen zelf geen enkele gerechtvaardigde reden waarom een anonimisering zich opdringt.

12. In de memorie van wederantwoord voegen de verzoekende partijen enkel met betrekking tot het laatste punt eraan toe dat zij “het recht [hebben] om een volledige en correcte motivering te kennen waarom hun offerte als onregelmatig werd beschouwd”; “[i]n deze hebben verzoekende partijen geen kennis van deze motieven, zodat de motiveringsplicht geschonden is. Verzoekende partijen hebben er inderdaad belang bij hun offerte volgens de regelgeving behandeld en beoordeeld te zien. Dit is voldoende om de onrechtmatigheid van de beslissing vast te stellen”.

13. In hun laatste memorie hernemen zij hun middel, zoals geformuleerd in hun verzoekschrift en de memorie van wederantwoord.

Beoordeling

14. Artikel 24 van de voormelde wet van 15 juni 2006 bepaalt dat, indien de aanbestedende overheid beslist de opdracht te plaatsen bij aanbesteding, de opdracht dient te worden gegund aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte heeft ingediend.

Overeenkomstig artikel 21, § 1, van het koninklijk besluit Plaatsing onderwerpt de aanbestedende overheid de ingediende offertes aan een prijsonderzoek. Op haar verzoek verstrekken de inschrijvers tijdens de procedure alle nodige inlichtingen om dit onderzoek mogelijk te maken. Artikel 21, § 3, van hetzelfde koninklijk besluit bepaalt voorts dat wanneer de aanbestedende overheid bij het prijsonderzoek vaststelt dat in een offerte een prijs wordt geboden die abnormaal laag of abnormaal hoog lijkt in verhouding tot de uit te voeren prestaties en alvorens die offerte om die reden te weren, zij de inschrijver in kwestie om een prijsverantwoording dient te vragen.

Artikel 95 van hetzelfde koninklijk besluit bepaalt in §§ 1 en 3, onder meer dat de aanbestedende overheid de regelmatigheid van de offertes dient na te gaan en dat een offerte op materieel vlak substantieel onregelmatig is 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. Een substantieel onregelmatige offerte is overeenkomstig artikel 95, § 4, nietig.

15. Onverminderd artikel 99, § 2, van het koninklijk besluit Plaatsing inzake totaalprijzen beschikt de aanbestedende overheid over een grote beoordelingsvrijheid om in het kader van een prijsonderzoek bepaalde prijzen al dan niet vermoedelijk abnormaal te bevinden en een prijsverantwoording te vragen. De aanbestedende overheid beschikt tevens over een grote beoordelingsvrijheid om de in het kader van het voormelde artikel 21 gegeven prijsverantwoordingen al dan niet te aanvaarden. De Raad van State mag zich, gesteld voor de toetsing van dergelijke beoordelingen, niet in de plaats stellen van het bestuur maar hij mag desgevraagd wel nagaan of de betrokken motieven in rechte ter verantwoording van de bedoelde beslissingen in aanmerking mogen worden genomen hetgeen onder meer vereist dat ze naar behoren zijn bewezen.

16. Wat de eerste kritiek van de verzoekende partijen inzake het gebrek aan “behoorlijke motivering” betreft van de selectie van de posten waarvoor een prijsverantwoording werd gevraagd, verplicht artikel 21, § 3, van het koninklijk besluit Plaatsing het bestuur er niet toe zijn “maatstaven” aan de bevroagde inschrijvers mee te delen.

De verwerende partij verklaart in haar memorie van antwoord en zulks vindt bevestiging in de vertrouwelijke stukken 7 en 8 van het administratief dossier – stukken waarop de Raad ondanks het vertrouwelijk karakter ervan mag acht slaan en in zijn beoordeling betrekken – dat zij de prijzen van elke offerte wel degelijk op zorgvuldige en gelijke wijze heeft geanalyseerd

en nagekeken: eerst heeft zij voor elke offerte van de eerste drie gerangschikte inschrijvers een lijst gemaakt met die eenheidsprijzen die meer dan 25 % afweken van het gemiddelde van alle geboden eenheidsprijzen; vervolgens heeft zij elk van deze “afwijkende” eenheidsprijzen zeer concreet op zijn eventuele abnormaliteit onderzocht, “aan de hand van [een aantal] maatstaven”, zoals de raming van de eenheidsprijs, het zeer sterk uiteenlopen van de eenheidsprijzen, geboden door de onderscheiden inschrijvers met een soms duidelijke “scheeftrekking” van het gemiddelde tot gevolg, het relatieve belang van de betreffende post in het geheel van de opdracht, de inhoud of het voorwerp van de betreffende post – indien de prijs van een bepaalde post deed vermoeden dat het te leveren materiaal niet conform zou zijn aan de besteksvereisten, zeker wanneer het ging om materiaal of producten waaraan in het bijzonder bestek specifieke technische vereisten werden verbonden – en de mate van de afwijking van het gemiddelde. Niettegenstaande de verwerende partij in haar memorie van antwoord deze “maatstaven” toelicht, en daarbij telkens verwijst naar voorbeelden waarbij zij de prijzen van bepaalde posten bij de verzoekende partij alsook bij de gekozen inschrijver op grond van deze “maatstaven” als mogelijks abnormaal heeft beschouwd, laat de verzoekende partij na daarop te repliceren of de deugdelijkheid ervan te betwisten. Zij beperkt er zich toe haar kritiek dat “nergens sprake [is] van maatstaven” louter te herhalen.

Er liggen dan ook geen redenen voor om aan te nemen dat deze analyse willekeurig dan wel onzorgvuldig zou zijn gebeurd, noch dat de gehanteerde maatstaven onzorgvuldig zouden zijn gekozen. Evenmin zijn er in het dossier aanwijzingen te vinden dat de door de verwerende partij uiteengezette werkwijze voor de selectie van de “afwijkende” prijzen als schijnbaar abnormaal niet op gelijke wijze zou zijn toegepast ten aanzien van de bevroegde inschrijvers.

De Raad van State ziet ook niet in welk belang de verzoekende partijen erbij hebben aan te klagen dat enkel “de belangrijkste posten” uit de 149 posten die in haar offerte meer dan 25% afwijken van het gemiddelde van de andere inschrijvers, aan een prijsverantwoording werden onderworpen.

17. Het tweede punt van kritiek van de verzoekende partijen gaat uit van de premisse dat de aanbestedende overheid zich zou hebben beperkt tot “een minimale prijsverantwoording” waarin enkel werd gepeild naar “materiaalkost, een plaatsings- of arbeidskost en een winstmarge”.

De vraag om prijsverantwoording luidt als volgt:

“[...]

Het is namelijk zo dat uw bieding 149 posten bevat die meer dan 25% afwijken van het gemiddelde van de andere inschrijvers. Van deze reeks hebben wij de belangrijkste posten opgelijst met verzoek een gedetailleerde prijsverantwoording op te geven. De verantwoording moet minstens omvatten:

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

De interpretatie die de verzoekende partijen hier in deze context aan het woord “minstens” toedichten, is onjuist in het licht van de elders in de vraag om prijsverantwoording gebruikte bewoordingen, namelijk “met verzoek een gedetailleerde prijsverantwoording op te geven”.

Een inschrijver die een verzoek tot prijsverantwoording ontvangt, moet trouwens weten dat dit een ernstige aangelegenheid is en hij dient zich ervan bewust te zijn dat hij zijn prijzen concreet en onderbouwd dient te verantwoorden aangezien hij het risico loopt dat zijn offerte onregelmatig wordt verklaard. Deze prijsverantwoording dient te kunnen worden betrokken op één of meerdere objectief verklarende factoren, zoals degene die exemplatief worden opgesomd in het hiervoor aangehaalde artikel 21, § 3.

De verzoekende partijen maken dan ook niet aannemelijk dat het opgeven van enkel de uitdrukkelijk in de vraag om prijsverantwoording geduide elementen, had moeten volstaan noch dat de aanbestedende overheid, door in de vraag om prijsverantwoording expliciet te verwijzen naar een aantal

elementen die “minstens” moesten worden voorgelegd, geen andere elementen in haar beoordeling meer zou mogen betrekken.

18. Evenmin kunnen de verzoekende partijen worden bijgevalen in hun stelling dat zij ten onrechte niet zijn “gehoord” over de andere bij het prijsonderzoek betrokken elementen waarover zij niet zijn bevraagd. Artikel 21 van het koninklijk besluit Plaatsing regelt reeds de toepasselijke hoorplicht. In elk geval rust er op de aanbestedende overheid geen verplichting krachtens artikel 21 om een bijkomende prijsverantwoording te vragen.

19. In zoverre de verzoekende partijen vervolgens bekritisieren dat de verwerende partij in haar verzoek tot prijsverantwoording onder meer heeft verzocht “van een reeks posten” de technische fiches te voegen, blijven zij in gebreke de rechtsbepalingen te duiden die zich zouden verzetten tegen deze werkwijze.

Prijzen kunnen dermate laag zijn dat dit een vermoeden bij de aanbestedende overheid kan 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 bevraagde 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 bevraagde inschrijvers zijn verzocht om voor de prijzen, die als schijnbaar abnormaal werden beschouwd en waarvoor een “gedetailleerde prijsverantwoording” werd gevraagd, technische fiches bij te brengen van het materiaal behorende bij de betrokken posten. Met de

verwerende partij dient te worden opgemerkt, dat hieruit logischerwijze volgt dat de betrokken inschrijvers niet bij dezelfde posten werden verzocht om technische fiches voor te leggen, vermits niet dezelfde posten als schijnbaar abnormaal werden beschouwd en bijgevolg niet voor dezelfde posten een prijsverantwoording werd gevraagd. In tegenstelling tot wat de verzoekende partijen menen, kan uit deze werkwijze geen (ongerechtvaardigde) ongelijke behandeling worden afgeleid, nu de inschrijvers zich met hun specifiek ingediende offerte duidelijk in verschillende situaties bevinden.

20. De verzoekende partijen achten dit opvragen van technische fiches ook strijdig met bestek, nu dit 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 luidt:

“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 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, zoals reeds opgemerkt, 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.

21. De stelling van de verzoekende partijen, dat de inhoud van artikel 36 van het bijzonder bestek alleszins niet zou sporen met de kwalificatie in het verslag van nazicht van diverse technische besteksvereisten als essentieel, kan al evenmin worden bijgevalen.

De verzoekende partijen doelen hiermee blijkbaar op de in de bestreden beslissing vastgestelde en door hen niet betwiste afwijkingen van hun offerte van de technische besteksvoorschriften inzake de pomp (post II.11.01), bedienings- en schakelkast (post IV.3.09) en sporttechnische laag (post V.3.07).

In geval van afwijkingen van technische besteksbeoordelingen geldt als uitgangspunt dat afwijkingen van deze besteksbeoordelingen in beginsel leiden tot een substantiële onregelmatigheid van de offerte. De inhoud van 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.58.5 Bedienings- en schakelkast; IX.51.2 sporttechnische laag).

De verzoekende partijen laten hier na op een concrete en afdoende wijze aan te tonen dat het te dezen niet om essentiële vereisten zou gaan.

22. De verzoekende partijen hekelen ten slotte dat bepaalde gegevens in het verslag van nazicht werden geanonimiseerd.

De verzoekende partijen beroepen zich in het inleidend verzoekschrift niet op een schending van de formelemotiveringsplicht. Zij mogen zulks niet voor het eerst en op ontvankelijke wijze alsnog in de memorie van wederantwoord doen.

Overigens wordt bij het verweer het belang van de verzoekende partijen bij dit middelonderdeel in vraag gesteld.

Ondanks het onleesbaar maken van enkele passages in het verslag van nazicht, konden de verzoekende partijen aan de hand van de voor hen leesbare passages immers afdoende uitmaken op welke gronden hun offerte werd geweerd als onregelmatig en zo gewenst, een verweer ontwikkelen.

23. Het eerste middel is deels niet ontvankelijk, deels niet gegrond.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

24. De verzoekende partijen voeren de schending aan van het legaliteitsbeginsel zoals vervat in artikel 105 van de Grondwet en van artikel 95, § 1, van het koninklijk besluit Plaatsing.

In essentie voeren de verzoekende partijen aan dat de ontwerper niet bevoegd was om het prijsonderzoek te voeren.

Beoordeling

25. Artikel 95, § 1, van het koninklijk besluit Plaatsing bepaalt dat de aanbestedende overheid de regelmatigheid nagaat van de offertes van de inschrijvers die aan de voorwaarden van het toegangsrecht en de kwalitatieve selectiecriteria voldoen.

Deze bepaling verhindert niet dat de aanbestedende overheid een derde belast met het prijsonderzoek en het adviseren van de aanbestedende overheid hieromtrent.

Uit het dossier blijkt dat de aanbestedende overheid de bvba Alaers & Goetstouwers had aangesteld als ontwerper mede om haar te adviseren en bij te staan tijdens de gunningsprocedure.

Het verslag van nazicht besluit voorts als volgt:

“Huidig advies heeft een niet-bindend karakter en garandeert slechts de technische overeenstemming met de bepalingen van de overheids-opdrachtenreglementering. Dit advies doet dan ook geen afbreuk aan de discretionaire beoordelingsbevoegdheid van het opdrachtgevend bestuur dat op gemotiveerde wijze van dit advies kan afwijken.”

De eigenlijke gunningsbeslissing is genomen door de aanbestedende overheid die zich de motieven vervat in het verslag van nazicht uitdrukkelijk eigen maakt en integraal deel laat uitmaken van de beslissing.

26. Het tweede middel is niet gegrond.

VI. Kosten

27. Er is grond om met toepassing van artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en artikel 67 van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’, te dezen het door de verwerende partij gevorderde basisbedrag van 840 euro toe te kennen, nu zij door de verwerping van het beroep tot nietigverklaring als in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partijen worden, ieder voor de helft, verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid en het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 800 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 840 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 16 mei 2017, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Pierre Barra,	staatsraad,
Kaat Leus,	staatsraad,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Dierk Verbiest