

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 238.580 van 20 juni 2017
in de zaak A. 222.246/XII-8383**

In zake: de NV DILLEN BOUWTEAM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Nick Parthoens, Koen Geelen en Wouter Moonen
kantoor houdend te 3500 Hasselt
Gouverneur Roppesingel 131
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het AUTONOOM GEMEENTEBEDRIJF
GEMEENTE OVERPELT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Wim Mertens en Joris Gebruers
kantoor houdend te 3580 Beringen
Paalsesteenweg 81
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 23 mei 2017, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[d]e beslissing van 2 mei 2017 [...] waarbij de overheidsopdracht van het Autonoom Gemeentebedrijf Gemeente Overpelt met als voorwerp ‘Renovatie cafetaria sportcentrum De Bemvoort’ werd gegund aan de Algemene Bouwonderneming Peter Bongaerts”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 13 juni 2017, om 11.00 uur.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Wouter Moonen en advocaat Thomas Christiaens, *loco* advocaat Koen Geelen, die verschijnen voor de verzoekende partij, en advocaat Joris Gebruers, die *loco* advocaat Wim Mertens 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 verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor de aanneming van werken met als voorwerp de “renovatie cafetaria sportcentrum De Bemvoort”.

3.2. De opdracht is bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 8 februari 2017.

3.3. Overeenkomstig artikel 26, § 2, 1°, d, van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’, wordt de opdracht geplaatst via een vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met bekendmaking.

3.4. De opdracht is onderworpen aan het bijzonder bestek nr. 0VH0170001.

Het bestek licht het voorwerp van de opdracht toe als volgt:

“Toelichting: Het Autonoom Gemeentebedrijf Gemeente Overpelt wenst de cafetaria van sportcentrum De Bemvoort volledig te renoveren volgens de beschrijving in dit bestek. Er wordt aan de inschrijvers gevraagd om een voorstel te doen naar inrichting en afwerking hiervan, passend binnen het voorziene budget.”

De raming bedraagt 247.933,88 euro, btw niet inbegrepen of 300.000 euro, btw inbegrepen.

3.5. Het bestek bepaalt dat de volgende criteria met het volgende gewicht van toepassing zijn bij de gunning van de opdracht:

“

Nr.	Beschrijving	Gewicht
1	Praktische indeling/gebruiksgemak	20
2	Relevante referenties	20
3	Kwaliteit van de voorgestelde toestellen	20
4	Esthetische waarde	20
5	Prijs	20
Totaal gewicht gunningscriteria:		100

Aan elk criterium werd een gewicht toegekend. Op basis van de afweging van al deze criteria rekening houdende met het gewicht dat er aan werd toegekend, zal de opdracht gegund worden aan de inschrijver die de economisch voordeligste offerte, vanuit het oogpunt van de aanbestedende overheid, heeft ingediend.

Indien meerdere inschrijvers op basis van bovenstaande criteria als voordeligste beschouwd worden, dan behoudt de aanbestedende overheid zich het recht voor onderhandelingen aan te knopen met deze inschrijvers. Ingevolge deze onderhandelingen zullen deze inschrijvers een BAFO (best and final offer) kunnen indienen.”

Onder titel III.2 “Technische bepalingen” bepaalt het bestek wat volgt:

“Voor de volledige inrichting en afwerking van de cafetaria, incl. toestellen, btw, los en vast meubilair is een bedrag van € 300.000,00 voorzien.

Het resultaat moet een fris, open en gezellig sportcafé zijn.

De cafetaria moet niet alleen voor de dagelijkse gebruiker van het sportcentrum comfortabel en aangenaam zijn, maar ook als multifunctionele ruimte voor divers gebruik kunnen dienen: tornooien, vergaderingen, vertoning van sportwedstrijden op groot scherm, kaartmiddagen/-avonden, huldigingen, feestelijkheden,... Ook met de toegankelijkheid voor rolstoelgebruikers dient rekening gehouden te worden (vb: deel toog verlagen).

Alle gebruikte materialen dienen conform te zijn aan de geldende eisen en normen op vlak van hygiëne, veiligheid, brandveiligheid,...

Er moet flexibele ruimte voorzien worden voor inkleding door de uitbater: uitslagen en klasseringen van zaalsportclub, aankondigingen van evenementen en tornooien van de supporters- en sportclubs.

De toog dient optimaal praktisch ingericht te zijn zodat zowel met veel als met weinig personeel efficiënt en ergonomisch gewerkt kan worden.

De toog dient duidelijk afgescheiden te zijn van de cafetaria. Wel dient er een doorgang, al dan niet met deur, voorzien te zijn om de achterliggende vergaderzaal te bereiken.

De kasten, materialen, vloeren,... dienen onderhoudsvriendelijk en hygiënisch onderhoudbaar en waterbestendig te zijn.

Alle materialen en toestellen dienen van hoge kwaliteit te zijn.

Minimumbepalingen

- Opbreken bestaande vloer en plaatsen van een nieuwe keramische tegel, de oude convectieputten dienen hiervoor definitief dichtgemaakt te worden. Ook de vloer in de inkomhal moet meegenomen worden (cafetaria = +/- 285m², inkomhal = +/- 150m²).
- Opbreken van de bestaande lambrisering en wandbekledingen en plaatsen en afwerken van de nieuwe wandbekleding.
- Opbreken van de bestaande plafonds en plaatsen van nieuwe, incl. afwerking.
- Opbreken van de bestaande toog en plaatsen van een nieuwe, inclusief spoelbakken, werkblad, opbergruimte, koelingen, tapinstallatie,... en alle toebehoren.
- Volledige vernieuwing van de elektriciteitskast.
- Plaatsen van nieuwe verlichting en bediening ervan.
- Plaatsen van de nodige elektrische, data-, antenne- en luidsprekeraansluitingen voor gebruik van TV-toestellen en beamer (TV-toestellen en beamer niet opgenomen in deze opdracht).
- Leveren en plaatsen van los meubilair (bestaande stoelen en krukken zijn te behouden).

- Leveren en plaatsen van rekken voor het plaatsen van sporttassen aan de ingang.
- Verwijderen van de huidige gordijnen en plaatsen van nieuwe gordijnen/zonnewering/...
- Alle nodige nutsleidingen van water (koud/warm), riolering, elektriciteit, data, coax, geluid.
- Wegnemen van de bestaande schuifwand naar de koelingen, plaatsen van een nieuwe wand met een dubbele deur.
- Afkastingen rond bestaande CV- en gasleidingen.
- Alle nodige schilder- en behangwerken.”

3.6. Uiterste datum voor het indienen van de offertes is 7 maart 2017 om 11.00 uur.

De bvba Algemene Bouwonderneming Peter Bongaerts en de verzoekende partij dienen een offerte in.

3.7. Op 13 april 2017 wordt het verslag van nazicht van de offertes opgemaakt.

De beide inschrijvers worden geselecteerd en de beide offertes worden regelmatig bevonden.

Na vergelijking van de offertes volgens de in het bestek vermelde gunningscriteria wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de bvba Algemene Bouwonderneming Peter Bongaerts:

“

Nr.	Naam	Motivering	Score
Gunningscriterium nr. 1: Praktische indeling/gebruiksgemak Beoordeling op 20 punten			
1	Algemene Bouwonderneming Peter Bongaerts	*kinderhoek aan de ramen *tweezijdig invullen frigo's *inplanting toog *vloer in gepolierde beton (makkelijker te onderhouden) *elektrische screens buitenzijde (rolgordijnen) *projectorlift *saloon-deuren	17

		*verlichting en kleuren aanpasbaar	
2	DILLEN BOUWTEAM NV	*voorzetwand met nissen *kinderhoek aan de ramen *tweezijdig invullen frigo's + 1 ladefrigo *variant met 1 meter lopende toog extra *opstelling frigo's voor bakken,...	15
Gunningscriterium nr. 2: Relevante referenties Beoordeling op 20 punten			
2	DILLEN BOUWTEAM NV	zeer uitgebreid	20
1	Algemene Bouwonderneming Peter Bongaerts	uitgebreid maar beperkter	17
Gunningscriterium nr. 3: Kwaliteit van de voorgestelde toestellen Beoordeling op 20 punten			
1	Algemene Bouwonderneming Peter Bongaerts	vergelijkbaar	18
2	DILLEN BOUWTEAM NV	vergelijkbaar	18
Gunningscriterium nr. 4: Esthetische waarde Beoordeling op 20 punten			
1	Algemene Bouwonderneming Peter Bongaerts	*tassenrek in essenhout *verlaagde zwevende plafond, eilandjes, sfeer *volledige bekleding van wanden met steigerhout *gebruik van gepolierd beton *moderne en frisse indruk *LED- en indirecte verlichting (dimbaar) *fotowand *elektrische rolgordijnen *toog met betonnen blad en steuntree *afwisseling hoge en lage tafels <u>Algemene indruk:</u> fris en modern; warmere en meer gedetailleerde inrichting, veel natuurlijke materialen	19
2	DILLEN BOUWTEAM NV	*akoestische ingrepen *tassenrek in wit HPL, afwerking met draadnet *plafonds in opbouw met indeling en doorgetrokken naar buiten *belijning opkant plafond en ramen	12

		*toog met in- en uitsprongen in laminaat-kers (zeer klassiek, past hier niet) vormt eerder een log eiland <u>Algemene indruk:</u> klassiek ontwerp, gebaseerd op huidige cafetaria	
Gunningscriterium nr. 5: Prijs Beoordeling op 20 punten			
2	DILLEN BOUWTEAM NV	Goedkoopste prijs	20
1	Algemene Bouwonderneming Peter Bongaerts	Duurstste prijs	19

Finale rangschikking regelmatige offertes (gerangschikt volgens totale score en na onderhandelingen)

Nr.	Naam	Score	Prijs incl. btw*
1	Algemene Bouwonderneming Peter Bongaerts	90	€ 298.532,57
2	DILLEN BOUWTEAM NV	85	€ 290.905,66

”

3.8. Op 2 mei 2017 beslist het directiecomité van de verwerende partij om zijn goedkeuring te verlenen aan het verslag van nazicht van de offertes van 13 april 2017 en de opdracht te gunnen aan de bvba Algemene Bouwonderneming Peter Bongaerts tegen het nagerekende en verbeterde inschrijvingsbedrag van 246.721,13 euro, btw niet inbegrepen.

Het verslag van nazicht van de offertes in bijlage maakt integraal deel uit van deze beslissing.

Dit is de bestreden beslissing.

3.9. Met een ter post aangetekend schrijven van 8 mei 2017, verzonden op 10 mei 2017, wordt de verzoekende partij ervan in kennis gesteld dat haar offerte niet is gekozen.

De opdracht is inmiddels gesloten.

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 kunnen verantwoorden.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Standpunt van de partijen

5. De verzoekende partij voert de schending aan van “artikel 5 van de wet van 15 juni 2006 overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en het gelijkheidsbeginsel, van de motiveringsplicht die volgt uit artikel 4 en 5, io. art. 29, §1 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 [...] en het motiveringsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, alsook van andere beginselen van behoorlijk bestuur, meer bepaald het gelijkheids-, zorgvuldigheids- en het redelijkheidsbeginsel en de schending van het algemeen rechtsbeginsel patere legem qua ipse fecisti”.

Zij acht deze bepalingen en beginselen geschonden doordat:

“de verwerende partij de offerte van de gekozen inschrijver gebruikmakende van een gepolierde beton als gunstiger beoordeelt dan de offerte van de verzoekende partij gebruikmakende van een keramieken tegel;

Terwijl het bestek als minimumeis stelt dat de inschrijvers een keramieken tegel moeten plaatsen;

En terwijl het gelijkheidsbeginsel vereist dat de toepassingsvoorwaarden van het bestek op gelijke wijze op alle inschrijvers worden toegepast;

En terwijl het zorgvuldigheidsbeginsel ertoe strekt dat een overheid haar besluitvorming laat voorafgaan door een zorgvuldige feitenvinding;

En terwijl de verwerende partij de aanvaarding van dergelijke vrije variante als ingediend door de gekozen inschrijver moet toetsen aan de voorwaarden van het bestek.”

De verzoekende partij voert in essentie aan dat de offerte van de gekozen inschrijver waarin wordt gebruikgemaakt van gepolierde beton strijdt met de minimale voorwaarde van het bestek om een nieuwe keramische tegel te plaatsen en aldus onregelmatig is. Indien het de inschrijvers toch wordt toegelaten om een offerte in te dienen die afwijkt van de minimale voorwaarden van het

bestek, moeten alle inschrijvers daar op gelijke en transparante wijze kennis van krijgen. Vermits zulks *in casu* niet is gebeurd, moet het bestek op strikte wijze worden toegepast.

Voorts wijst zij erop dat, indien de gekozen inschrijver heeft gebruikgemaakt van een vrije variante om een ander materiaal aan te bieden dan minimaal voorgeschreven door het bestek, er geen basisofferte voorligt, die wel voldoet aan de minimale voorwaarden. De aanvaarding van een offerte enkel bestaande uit een vrije variante, zonder indiening van een basisofferte die voldoet aan de minimale voorwaarden van het bestek, doet afbreuk aan de gelijkheid der inschrijvers en moet worden geweerd als substantieel onregelmatig. Het aanvaarden van deze offerte houdt immers in hoofde van de aanbestedende overheid een verzaking in aan de minimale voorwaarden van het bestek ten gunste van één enkele inschrijver. Bovendien wordt in de bestreden beslissing uitgerekend die verzaking ten gunste van de gekozen inschrijver aangewend. De aanbestedende overheid laat immers blijken dat de quotering voor het gunningscriterium “praktische indeling/gebruiksgemak” gunstiger is voor de gekozen inschrijver omwille van het gebruik van een vloer in gepolierde beton.

De verzoekende partij ervaart dit alles als nog meer storend, nu volgens haar na plaatsbezoek zou zijn gebleken dat de aanleg van een gepolierde betonvloer onverenigbaar is met het behoud van de bestaande chape. De handelwijze van de aanbestedende overheid is volgens de verzoekende partij daarom onzorgvuldig en kennelijk onredelijk.

In de bestreden beslissing zou volgens haar evenmin formeel worden gemotiveerd waarom de variante wordt aanvaard. Een aanvaarding van een vrije variante vergt evenwel dat de aanbestedende overheid hieraan een bijzondere motivering wijdt in de gunningsbeslissing nadat deze variante wordt opgenomen in de rangschikking samen met de basisofferte.

Bovendien meent de verzoekende partij dat de vrije variante zelf niet in overeenstemming is met de voorwaarden die het bestek daarvoor laat gelden. Het bestek stelt immers dat de inschrijver vrije varianten in zijn offerte mag opnemen voor zover deze varianten duidelijk apart worden vermeld en

‡CAGROCGFB-BDAABEV‡

gemotiveerd. Een schending van het beginsel '*patere legem quam ipse fecisti*' staat aldus volgens de verzoekende partij vast.

Indien de gekozen inschrijver geen variante zou hebben ingediend, volstaat het volgens de verzoekende partij vast te stellen dat de gekozen offerte strijdt met de minimumeisen van het bestek. Ook dit zou afbreuk doen aan de gelijkheid der inschrijvers. In de bestreden beslissing wordt er geen enkele motivering geboden waarom deze afwijking van de minimumeisen van het bestek kan worden aanvaard. De merites van de gunstige beoordeling van de gepolierde betonvloer geven geen verantwoording waarom het bestek niet moeten worden toegepast.

6. De verwerende partij antwoordt dat de gekozen inschrijver geen vrije variante heeft ingediend. Dat de gekozen inschrijver heeft gekozen voor een uitvoering in gepolierd beton en niet voor een keramische tegel zou voorts geen afwijking vormen op een essentiële besteksbepaling, die had moeten leiden tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte. De gekozen offerte voorziet ontegensprekelijk in het opbreken van de bestaande vloer over de vereiste oppervlakte (cafetaria +/- 285 m² en inkomhal +/- 150 m²). De uitvoering tast het voorwerp van de opdracht niet aan. De essentie van de werken betreft het renoveren van de vloer door het voorzien van een nieuwe uitvoering. Bovendien staat nergens in het bestek te lezen dat de bepaling van de uitvoering in een keramische tegel essentieel is en dat afwijkingen voor gevolg hebben dat offertes worden uitgesloten.

Het argument van de verzoekende partij dat de bestaande chape behouden zou moeten blijven, vindt geen steun in het bestek of in een verslag van plaatsbezoek. De verzoekende partij brengt geen bewijsmiddelen bij voor dit argument.

De verzoekende partij diende niet in kennis te worden gesteld van de mogelijkheid een offerte in te dienen met de uitvoering in gepolierd beton nu deze niet afwijkt van essentiële besteksbepalingen.

De formelemotiveringsplicht zou volgens de verwerende partij niet zover reiken dat zij een aparte motivering zou moeten wijden aan de vaststelling dat de uitvoering in gepolierd beton geen afwijking vormt op een essentiële besteksbepalings.

B. Derde middel

Standpunt van de partijen

7. In een derde middel voert de verzoekende partij de schending aan van “de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van [de] bestuurshandelingen, o.a. de artikelen 2 en 3, van [...] artikel 4 en 5, 9° 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, van de beginselen van behoorlijk bestuur, o.a. de materiële motiveringsplicht, de zorgvuldigheidsplicht, het gelijkheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel”.

Zij acht deze bepalingen en beginselen geschonden doordat:

“de geformaliseerde motieven niet afdoende zijn om te garanderen dat de gekozen inschrijver de economisch meest voordelige inschrijver is; Terwijl op grond van de formele motiveringswet een administratieve rechtshandeling de feitelijke en juridische overwegingen moet bevatten, die de beslissing schragen; dat bovendien deze geformaliseerde motieven afdoende moeten zijn; En terwijl de materiële motiveringsplicht vereist dat voor elke administratieve beslissing rechtens aanvaardbare motieven bestaan met een voldoende feitelijke grondslag en dat het werkelijk bestaande feiten betreft die door het bestuur met de nodige zorgvuldigheid worden vastgesteld.”

De verzoekende partij voert onder meer aan dat de door de gekozen inschrijver voorgestelde uitvoeringswijze in gepolierd beton doorslaggevend lijkt te zijn geweest in de hogere quoterings van zijn offerte onder het eerste gunningscriterium “praktische indeling/gebruiksgemak”, terwijl deze uitvoeringswijze afbreuk doet aan de minimale voorwaarden van het bestek. Een motivering

die een hogere quotering geeft aan een technisch procédé dat het bestek zelf afwijkt, zou kennelijk onredelijk zijn.

8. De verwerende partij antwoordt dat de vermelding van de gepolierde betonvloer slechts één van de acht motieven vormt, die niet aan inhoudelijke kritiek worden onderworpen door de verzoekende partij. De verwerende partij herhaalt voorts dat van een afwijking van essentiële besteksbepalingen geen sprake is.

Beoordeling van het eerste en derde middel

9. Het blijkt op het eerste gezicht niet dat de gekozen inschrijver een variante zou hebben ingediend, zodat een antwoord op de vraag of het ontbreken van een basisofferte leidt tot een substantiële onregelmatigheid van de gekozen offerte, niet noodzakelijk is.

Centraal staat dus enkel de deugdelijkheid van de beslissing om de opdracht te gunnen aan een inschrijver die heeft gekozen voor een uitvoering in gepolierd beton en niet voor een keramische tegel.

10. De onderhandelingsprocedure wordt gekenmerkt door een zekere mate van flexibiliteit. Ze is evenwel niet onbeperkt en wordt in elk geval begrensd door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en door de regels die de aanbestedende overheid in haar bestek heeft bepaald. Het feit dat artikel 95 van het koninklijk besluit van 15 juni 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’, niet van toepassing is, betekent niet dat inschrijvers niet aan de verplichting zouden moeten voldoen om een offerte in te dienen overeenkomstig de bepalingen van het bestek.

11. Het bestek neemt onder titel III.2 ‘Technische bepalingen’ een aantal “[m]inimumbepalingen” op, waaronder het “[o]pbreken bestaande vloer en plaatsen van een nieuwe keramische tegel, de oude convectieputten dienen hiervoor definitief dichtgemaakt te worden. Ook de vloer in de inkomhal moet meegenomen worden (cafetaria = +/- 285m², inkomhal = +/- 150m²)”.

De verwerende partij betwist niet dat de gekozen inschrijver een andere uitvoeringswijze heeft voorgesteld.

De verwerende partij betwist wel dat zulks aanleiding zou moeten hebben gegeven tot de wering van de gekozen offerte. Het verweer dat de uitvoering in gepolierd beton geen afwijking vormt op een essentiële besteksbepaling, lijkt echter niet te kunnen worden bijgevalen en dit om de volgende redenen.

12. Indien het bestek een onregelmatigheid niet zelf als substantieel aanmerkt, in het bijzonder in het kader van een onderhandelingsprocedure, is het aan de aanbestedende overheid om te oordelen, rekening houdend met onder meer het transparantiebeginsel en het gelijkheidsbeginsel, of de offerte, behept met een onregelmatigheid, om die reden al dan niet wordt geweerd.

Een voorschrift waarvan de niet-naleving de gelijke behandeling tussen de inschrijvers in het gedrang brengt, lijkt in de regel een substantieel voorschrift uit te maken. Afwijkingen van substantiële besteksvoorschriften hebben in beginsel de substantiële onregelmatigheid van de betrokken offerte tot gevolg en perken de beoordelingsvrijheid van de aanbestedende overheid in.

13. Op het eerste gezicht lijkt de kwalificatie van het betrokken besteksvoorschrift als “minimumbepaling” te wijzen op het essentieel karakter van dat voorschrift. Er anders over oordelen, lijkt aan de kwalificatie “minimumbepaling” ieder nut te ontnemen.

Nog op het eerste gezicht lijkt niet dat de betrokken besteksbepaling het materiaalgebruik ondergeschikt heeft gemaakt aan de vloeroppervlakte. Bovendien lijkt te moeten worden vastgesteld dat enkel wat de vloer betreft, het materiaalgebruik wordt voorgeschreven. De interpretatie van de verwerende partij dat enkel het renoveren van de vloer door het voorzien van een nieuwe uitvoering, en niet de materiaalkeuze, de essentie van de werken betreft, lijkt dan ook niet meteen aansluiting te vinden bij de redactie van de betrokken besteksbepaling.

Voorts moet de aanbestedende overheid waken over de gelijke behandeling der inschrijvers. De verwerende partij argumenteert weliswaar dat een andere materiaalkeuze, zoals de gekozen inschrijver voorstelt, nog steeds besteksconform is, maar in het licht van de libellering en de uitdrukkelijke kwalificatie van het betrokken besteksvoorschrift als minimumbepaling, lijkt de opvatting van de verzoekende partij dat het gebruik van keramische tegels voor de renovatie van de vloer van de cafetaria een dwingende eis uitmaakt, evengoed verdedigbaar en voorspelbaar.

Vanuit een zorgvuldigheidsplicht en gelijkheidsplicht leek de aanbestedende overheid er dan ook toe gehouden mededeling te doen aan alle inschrijvers van de alternatieve uitvoeringswijzen die volgens haar besloten zouden liggen in het besteksvoorschrift, hetgeen niet is gebeurd.

Minstens en omdat het voorstel van de gekozen inschrijver zich niet vanzelfsprekend verdraagt met het bestek, mocht de aanbestedende overheid er te dezen niet mee volstaan de regelmatigheid van deze offerte vast te stellen, zodat ook een schending van de formelemotiveringsplicht lijkt voor te liggen.

Dit alles klemmt des te meer nu de gunningsbeslissing ervan doet blijken dat de aanbestedende overheid de uitvoering met gepolierd beton heeft aangewend ten voordele van de gekozen inschrijver in haar beoordeling van de gunningscriteria “praktische indeling/gebruiksgemak” en “esthetische waarde”. Nu uit het voorgaande is gebleken dat de inschrijvers op het eerste gezicht niet op gelijke voet de contouren hebben kunnen bepalen waarbinnen de offertes konden worden uitgewerkt, lijkt de deugdelijkheid van dit motief om de offerte van de gekozen inschrijver aldus hoger te quoteren, niet vaststaand.

VI. Besluit

14. Het eerste en derde middel zijn in de aangegeven mate ernstig en verantwoord de schorsing van de tenuitvoerlegging van de gunningsbeslissing.

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

BESLISSING

De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 2 mei 2017 waarbij het Autonoom Gemeentebedrijf Gemeente Overpelt de overheidsopdracht ‘Renovatie cafetaria sportcentrum De Bemvoort’ gunt aan de bvba Algemene Bouwonderneming Peter Bongaerts.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 20 juni 2017, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Johan Bovin,

staatsraad,

waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Greta Scheveneels,

griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Johan Bovin