

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 242.846 van 6 november 2018
in de zaak A. 226.369/XII-8628**

In zake: 1. de NV ALGEMENE ONDERNEMINGEN ROBERT
WYCKAERT
2. de NV SPIE BELGIE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Carlos De Wolf en Anthony Verheggen
kantoor houdend te 9680 Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de UNIVERSITEIT GENT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Wim Naudts en Kathleen De hernois
kantoor houdend te 1930 Zaventem
Luchthaven Brussel Nationaal 1J
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 9 oktober 2018, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing d.d. 11 september 2018 [...] die o.m. luidt:

‘Artikel I:

De Opdracht met betrekking tot Nieuwbouw onderzoeksgebouw Capture wordt toegewezen aan thv Cordeel — Imtech [...] voor een bedrag van € 8.554.222,02 (excl. btw), waarvan € 6.449.674,88 voor rekening van de Universiteit Gent en € 2.104.547,17 voor rekening van IIC Gent’”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 25 oktober 2018, om 11.00 uur.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Anthony Verheggen, die verschijnt voor de verzoekende partijen, en advocaten Wim Naudts en Jasmine Coppens, die *loco* advocaat Kathleen De hernois verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd 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 Universiteit Gent schrijft een overheidsopdracht uit voor werken met als voorwerp “Nieuwbouw Onderzoeksgebouw Capture (A/02138)”.

De Universiteit Gent treedt op als aanbestedende overheid om met de nv Incubatie en Innovatiecentrum Universiteit Gent de gezamenlijke uitvoering van werken voor rekening van hen beiden in één enkele opdracht samen te voegen.

3.2. De opdracht wordt geplaatst door middel van een niet-openbare procedure in twee fasen:

- Fase 1: de selectie van minimum 5 en maximum 7 gegadigden (voor zover er geschikte kandidaten zijn) op basis van toegangsrecht en technische bekwaamheid (ervaring), na openbare oproep;
- Fase 2: de gunning van de opdracht aan de gegadigde die de laagste regelmatige offerte heeft ingediend; (huidige fase). De prijs is aldus het enig gunnings-criterium.

3.3. De oproep tot aanvraag tot deelneming aan de opdracht wordt gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen van 16 februari 2018 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 20 februari 2018.

3.4. Vijf gegadigden – waaronder de verzoekende partijen – worden bij selectiebesluit van 4 mei 2018 geselecteerd en met een schrijven van 18 mei 2018 uitgenodigd om een offerte in te dienen.

3.5. Het bijzonder bestek met referte “F.I. 63-01 – regio Zwijnaarde – Campus E (Eilandje) – Nieuwbouw Capture Projectnummer: A/02138” is van toepassing.

Artikel II.5 van het deel “Contractuele Bepalingen” van het bestek bepaalt de uitvoeringstermijn:

“In toepassing van artikel 76 paragraaf 4 van het KB van 14 januari 2013 wordt de uitvoeringstermijn om economische redenen vastgesteld op 31 maart 2020 als einddatum en worden alle dagen zonder onderscheid in deze termijn gerekend.

De werkzaamheden, inclusief de afregeling en keuring technische installaties moeten binnen de uitvoeringstermijn van de aanneming uitgevoerd [...] worden.”

Het deel “Bijzonder Bestek Stabiliteit” vermeldt bij de “Administratieve Bepalingen”, onder de titel “Afleveren plannen & documenten”:

“De bekistings- en wapeningsplannen worden ten laatste 3 kalenderweken voor uitvoering van de desbetreffende structurele elementen aangeleverd,

hetzij digitaal, hetzij in hardcopy, tenzij hierover een ander wederzijds akkoord bestaat. De aannemer kan dus nooit ééNZijdig de plannen vroeger dan vastgelegd opeisen.”

Aangaande de aanlevertermijn voor de plannen van de staalconstructie, vermeldt het bestek niets.

Aangaande de detail- en werktekeningen, vermeldt het bestek onder artikel II.11 van het deel “II. Contractuele bepalingen”:

“Detail- en werktekeningen en documenten opgemaakt door de aannemer Voorafgaande goedkeuring van detail- en werktekeningen, plannen en berekeningsnota’s

De werken waarvoor de aannemer op grond van de bijzondere opdracht-documenten of op vraag van het Bestuur detail- en werktekeningen, plannen en berekeningsnota’s of andere gegevens moet leveren, mogen pas aangevat worden na goedkeuring van deze stukken door het Bestuur. Het Bestuur kan de werken stopzetten als hij niet in het bezit is van die documenten of als hij ze niet behoorlijk heeft goedgekeurd. Alle kosten die uit een dergelijke stopzetting voortkomen zijn ten laste van de aannemer.

Alle uitvoeringsplannen, werktekeningen en andere documenten moeten in vijfvoud overgemaakt worden aan het Bestuur. Twee dezer exemplaren, nagezien en gevisieerd, worden aan de aannemer terugbezorgd.

Alle tekeningen worden geplooid op 21 x 29,7 cm (DIN A4).

Het opmaken van de documenten valt ten laste van de aannemer, die verplicht is deze bescheiden vooraf door het Bestuur te laten aanvaarden, dat over 30 kalenderdagen beschikt voor zijn onderzoek.

Indien bepaalde bescheiden dienen verbeterd te worden, moeten ze opnieuw ter goedkeuring worden voorgelegd. Het Bestuur beschikt dan nog slechts over 15 kalenderdagen.

Gewijzigde, aangepaste of door de aannemer te leveren plannen worden steeds vergezeld van berekeningsnota’s waarin de aannemer zijn aangenomen hypothesen moet rechtvaardigen en de bibliografische referenties moet vermelden van de door hem toegepaste rekenmethodes.

Alle voorgelegde stukken dienen vergezeld te zijn van een verzendingsnota in een gestandaardiseerde vorm, waarop alle inlichtingen vermeld staan die nodig zijn om de stukken éénduidig te kunnen identificeren. Het model van verzendingsnota dient bij de aanvang van de werken ter goedkeuring te worden voorgelegd aan het Bestuur.”

3.6. Vijf offertes worden tijdig ontvangen, waaronder deze van de verzoekende partijen.

3.7. Bij het regelmatigheidsonderzoek van de offertes van de geselecteerde inschrijvers worden onregelmatigheden vastgesteld in de offerte van de thv Cordeel-Imtech:

“Volgende niet-substantiële onregelmatigheden worden vastgesteld bij de thv Cordeel-Imtech:

Opmerking betreffende wapeningsplannen en plannen staalconstructie:

De aannemer geeft aan dat de wapeningsplannen voor het ter plaatse gestorte en geprefabiceerde beton respectievelijk 6 en 8 werkweken voor uitvoering in hun bezit dienen te zijn. De plannen van de staalconstructie dienen 10 werkweken voor uitvoering in hun bezit te zijn.

In principe moet de offerte steeds voorbehoudsloos gemaakt worden. Er mogen geen onaanvaardbare voorbehouden gemaakt worden.

De opdrachtdocumenten vermelden voor de aanlevering van de wapeningsplannen voor de betonconstructies door de ingenieur stabiliteit ‘ten laatste 3 kalenderweken voor uitvoering’, maar laat ook toe dat ‘hierover een wederzijds akkoord bestaat’. Voor staalconstructies vermelden de opdrachtdocumenten niets dergelijks.

De inschrijver maakt gewag van 6 tot respectievelijk 8 werkweken voor uitvoering voor ter plaatsgestorte respectievelijk geprefabiceerde betonelementen én 10 werkweken voor uitvoering voor staalconstructies.

Wij hebben de indruk dat de inschrijver deze opmerking reeds vanaf indiening van de offerte maakt om zijn verwachtingen ‘zo tijdig als maar enigszins mogelijk’ kenbaar te maken ten aanzien van de ingenieur stabiliteit, hetgeen wij als bevorderlijk en constructief bedoeld begrijpen (versta: niet problematisch). Elke andere inschrijver die een opmerking van die aard zou maken, zou aldus kunnen begrepen worden.

De door de inschrijver gemaakte opmerking, meer bepaald de hierin vermelde termijnen, zijn niet ongebruikelijk of onbil[l]ijk als men ook rekening houdt met de overige taken die de inschrijver moet uitvoeren om te voldoen aan andere aspecten van de beoogde overeenkomst: projectmanagement, coördinatie- en studiewerk, opmaak van productietekeningen, nazicht-, redactie-, controle-, bestel-, leverings-, uitvoeringstermijnen (uithardingstermijnen)...

Elke andere inschrijver die een opmerking van die aard zou maken, zou aldus kunnen begrepen worden.

De opmerking van deze inschrijver is niet problematisch in het kader van de uitvoeringstermijn. Een verruiming van de aanleveringstermijn voor de wapeningsplannen zal geen vertaling kennen naar de algemene uitvoeringstermijn. De opgelegde einddatum (vastgelegd omwille van economische redenen), zijnde 31/03/2020, wordt hierdoor geenszins be[ï]nvloed.

Wat dient te gebeuren is om in functie van hetgeen aangegeven staat als besteldatum van de betonwerken in de door de aannemer aangeleverde planning, met zes of acht weken terug te rekenen in plaats van met drie weken voor het aanleveren van de wapeningsplannen. Wetende dat vooraleer de betonwerken kunnen beginnen er eerst omvangrijke

voorbereidende werken voorzien zijn in de opdracht (cfr. De werkmethodiek gevoegd bij het aanbestedingsdossier: een aanzienlijke ophoging van het terrein, de werfinstallatie, gefaseerde uitgravingen en gefaseerde uitvoering van de paalfundering...) is er ruim voldoende tijd voorhanden om de ingenieur stabiliteit toe te laten de wapeningsplannen aan te leveren en de aannemer toe te laten de hierboven vermelde prestaties uit te voeren. M.a.w., het aanleveren van de wapeningsplannen is niet het eerste dat aan de orde is bij het begin van de werf. Zulks zou ook gelden voor elke andere inschrijver.

Revisies productietekeningen

In hun aanbieding zijn maximaal 2 revisies voorzien van de productietekeningen van de afdelingen prefabbeton, metaal en schrijnwerkerij. Vanaf de derde revisie (op vraag van de bouwheer / architect / ingenieur) wordt er €100,00 per uur tekenwerk aan deze bijkomende revisie aangerekend.

De opdrachtdocumenten omvatten bepalingen m.b.t. het aanleveren en het nazicht van productietekeningen, zowel in algemene als specifieke artikels, maar vermelden niet dat de aannemer gehouden zou zijn tot een onbeperkt aantal revisies van productietekeningen.

Een onbeperkt aantal revisies opleggen in de opdrachtdocumenten zou o.i. niet realistisch zijn, niet proportioneel en zelfs onaanvaardbaar zijn als contractuele bepaling.

In die optiek is de opmerking van de inschrijver niet strijdig met de opdrachtdocumenten.

De onderdelen prefabbeton (belangrijk), metaal (marginaal) en schrijnwerkerij (minimaal) binnen dit project zijn niet uitzonderlijk complex of moeilijk, en de inschrijver kan terugvallen op uitgebreide sets ontwerptekeningen die o.i. voldoende aanwijzingen bevatten voor een efficiënte opmaak van productietekeningen die met een minimum aan revisies moet kunnen worden goedgekeurd. In dit opzicht zien wij geen elementen die aanleiding geven tot buitensporige revisierondes.

Uitgaande van een normale kwaliteit van de aangeleverde productietekeningen, die wij menen van alle inschrijvers te mogen verwachten, lijkt het moeten doen van méér dan twee revisies van productietekeningen – en dan nog op vraag van de bouwheer / architect / ingenieur – eerder uitzonderlijk en niet voorzienbaar door de inschrijver. In die optiek kan er eventueel aanspraak gemaakt worden op een bijkomende vergoeding. Dit zou overigens opgaan voor elke inschrijver, ongeacht of hij de opmerking bij inschrijving maakt, of bij uitvoering.

Wij zijn verder van mening dat er momenteel / bij inschrijving geen sluitende uitspraak kan gedaan worden omtrent het te verwachten aantal revisies. Dit is een kwestie die zou spelen in de uitvoeringsfase en die dan op basis van feiten en billijkheid zal moeten beoordeeld worden (als de geschetste situatie zich al zou voordoen).

Dit in acht genomen beoordelen we de gemaakte opmerking niet als strijdig met de opdrachtdocumenten, en niet als een onaanvaardbaar voorbehoud. Voor zover hierin al een onregelmatigheid zou schuilen, lijkt deze eerder relatief dan substantieel.”

Het gunningsbesluit van 11 september 2018 beoordeelt de onregelmatigheden als volgt:

“Overwegende dat de Universiteit Gent de opmerkingen van CORDEEL over de (wapenings)plannen en de revisies van de productietekeningen finaal heeft beoordeeld in het licht van artikel 76, § 1 en § 2 van het koninklijk besluit van 18 april 2017;

Overwegende dat de Universiteit Gent, op basis van het voorgaande, finaal van oordeel is dat noch de ene, noch de andere opmerking van aard is om aan CORDEEL een discriminerend voordeel te bieden, tot concurrentievervalsing te leiden, de beoordeling van de offerte van deze inschrijver of de vergelijking ervan met de andere offertes te verhinderen, of de verbintenis van CORDEEL om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onbestaande, onvolledig of onzeker te maken;

Overwegende dat de opmerkingen geen betrekking hebben op milieu-, sociaal of arbeidsrecht, noch op de naleving van de vereisten bedoeld in de aangewezen artikelen van het koninklijk besluit en in artikel 14 van de wet, noch op minimale eisen en vereisten die als substantieel worden aangemerkt in de opdrachtdocumenten;

Overwegende dat bovenstaande overwegingen gelden voor elke opmerking afzonderlijk en op de gecumuleerde of gecombineerde beoordeling ervan; dat de offerte bijgevolg niet nietig wordt verklaard.”

Na het rekenkundig nazicht en het prijsonderzoek wordt de opdracht op 11 september 2018 gegund aan de thv Cordeel-Imtech als de laagste regelmatige inschrijver.

Dit is het bestreden besluit.

3.8. Met een e-mailbericht van 25 september 2018 en een ter post aangetekend schrijven verzonden op 26 september 2018, zijn de verzoekende partijen ervan in kennis gesteld dat de opdracht niet aan hen is gegund.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

4.1. De verwerende partij betwist het belang van de verzoekende partijen bij de vordering.

4.2. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over de door de verwerende partij opgeworpen ontvankelijkheidsexceptie uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak over die exceptie zou alleen nodig zijn indien de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

V. Schorsingsvoorwaarden

5.1. 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.

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

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.

VI. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

6.1. In een enig middel voeren de verzoekende partijen de schending aan van “artikel 4 van de Wet van 17 juni 2016 omvattende het gelijkheidsbeginsel, van artikel 66, § 1 en artikel 83 van de Wet van 17 juni 2016, van artikel 76, § 1 en 3 van het Koninklijk Besluit van 18 april 2017; alsook van het materieel motiveringsbeginsel en de zorgvuldigheidsplicht”:

“Doordat Verwerende Partij de offerte van Belanghebbende Partij als eerste rangschikt bij gunning van de Opdracht, niettegenstaande deze offerte behept is met substantiële onregelmatigheden, meer bepaald (i) een opmerking/eis nopens de termijnen voor het aanleveren van plannen, en (ii) een opmerking/eis nopens de vergoeding voor het maken van meer dan 2 revisies;

Doordat het een inschrijver niet toegelaten is eenzijdig de voorwaarden van het Bestek te wijzigen of aan te vullen, wat Belanghebbende Partij precies doet met haar opmerkingen/eisen;

Doordat het toch opnemen van dergelijke voorwaarde(n) de vergelijking met de andere offertes in het gedrang brengt, concurrentievervalsing werkt en de verbintenis van de inschrijver onzeker maakt;

Doordat zulks leidt tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte, overeenkomstig artikel 76, §1, tweede lid en §3 van het Koninklijk Besluit van 18 april 2017

En doordat Verwerende Partij zulks niet heeft onderkend in haar analyse en motivering van de offerte van Belanghebbende Partij; doordat daarentegen de motieven die in de Bestreden Beslissing zijn opgenomen niet overtuigen en niet berusten op een zorgvuldige feitenvinding;

Terwijl, de opdracht enkel kan worden gegund aan een inschrijver die een regelmatige offerte heeft ingediend; en anderzijds de aanbestedende overheid verplicht is substantieel onregelmatige offertes uit de procedure te weren teneinde de gelijkheid tussen de inschrijvers te vrijwaren;

En terwijl het onderzoek naar de regelmatigheid van de offertes moet berusten op een juiste analyse en een zorgvuldige feitenvinding.”

De verzoekende partijen lichten toe dat, zowel wat de aanlevertermijnen van wapeningsplannen en plannen voor staalconstructies als wat de revisies van productietekeningen betreft, de opmerkingen van de thv Cordeel-Imtech in haar offerte, de gekozen inschrijver een discriminerend voordeel bieden, tot concurrentievervalsing leiden, de vergelijkbaarheid met de

andere offertes verhinderen en de verbintenis van de gekozen inschrijver onzeker maken.

Wat betreft de aanlevertermijnen van wapeningsplannen en plannen voor staalconstructies betogen de verzoekende partijen dat het dwingend voorschrijven van de termijnen in de offerte van de thv Cordeel-Imtech een discriminerend en concurrentievervalsend effect heeft aangezien de aannemer aldus in strijd met het bestek eenzijdig termijnen oplegt, dit van invloed is op de studie- en coördinatiecapaciteit die de gekozen inschrijver in zijn uitvoeringsteam moet voorzien voor deze complexe opdracht en het risico voor het laattijdig aanleveren van de plannen met bijbehorende aansprakelijkheden en schadevergoedingen, in belangrijke mate wordt verschoven naar de verwerende partij. Aldus komt volgens de verzoekende partijen ook vast te staan dat de offerte van de thv Cordeel-Imtech niet langer als vergelijkbaar met de overige inschrijvers kan worden beschouwd.

De betrokken eis zou volgens de verzoekende partijen ook de verbintenis van de thv Cordeel-Imtech onbestaanbaar, minstens onzeker maken. Zij verwijzen hierbij per analogie naar het arrest van de Raad van State nr. 221.290 van 8 november 2012. In de mate dat de opgegeven termijnen niet door de verwerende partij worden gerespecteerd, is niet zeker dat de gekozen inschrijver in staat is de plannen te verwerken en coördineren. Daarbij wijzen de verzoekende partijen op het toch wel substantieel verschil in termijnen, wat de overweging van het bestreden besluit dat de opgegeven termijnen “niet ongebruikelijk of onbil[l]ijk” zijn, ernstig nuanceert. Tot slot achten de verzoekende partijen de verbintenis onzeker, doordat niet met zekerheid kan worden gesteld wat de gekozen inschrijver zal definiëren onder de termijn “werkweken” tegenover “kalenderweken” volgens het bestek. De verwerende partij zou dan ook niet in redelijkheid kunnen worden bijgetreden wanneer zij oordeelt dat de opmerking van de gekozen inschrijver niet problematisch is in het kader van de uitvoeringstermijn.

Wat de revisies van productietekeningen betreft, dienen de opmerkingen van de gekozen inschrijver volgens de verzoekende partijen te moeten worden aanzien als een voorbehoud.

De verbintenis van de gekozen inschrijver is onzeker. De motieven van de bestreden beslissing gaan immers voorbij aan de situatie waarin de verwerende partij productietekeningen meer dan tweemaal laat aanpassen omwille van fouten van de gekozen inschrijver in de aangeleverde tekeningen.

De voorwaarde zou bovendien een discriminerend en concurrentievervalsend voordeel bieden aan de gekozen inschrijver. Het risico van herhaaldelijke herwerking van de productietekeningen wordt immers verschoven naar de aanbestedende overheid, minstens ingeperkt, ten opzichte van andere inschrijvers die eventuele vragen tot de opmaak van revisies enkel als meerkost zullen kunnen vorderen op grond van de bepalingen van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 en waarbij zij op dat ogenblik afhankelijk zullen zijn van de beoordeling door de overheid.

De verzoekende partijen besluiten dat de motieven die aan de grondslag van de besluitvorming liggen, niet met voldoende zorgvuldigheid zijn vastgesteld en niet berusten op een correcte en volledige afweging van alle elementen van het dossier. De bestreden beslissing zou ook een schending uitmaken van artikel 76, §§1 en 3, van het koninklijk besluit ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’, doordat het regelmatigheidsonderzoek niet heeft geleid tot het weren van de offerte van de thv Cordeel-Imtech.

Beoordeling

6.2. Artikel 83 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016) bepaalt dat de aanbestedende overheid de regelmatigheid van de offertes onderzoekt.

Artikel 76 van het koninklijk besluit ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ van 18 april 2017 (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017) bepaalt:

“§ 1. De aanbestedende overheid gaat na of de offertes regelmatig zijn. De offerte kan substantieel of niet substantieel onregelmatig zijn.

Een offerte is substantieel onregelmatig wanneer ze van aard is de inschrijver een discriminerend voordeel te bieden, tot concurrentievervalsing te leiden, de beoordeling van de offerte van de inschrijver of de vergelijking ervan met de andere offertes te verhinderen, of de verbintenis van de inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onbestaande, onvolledig of onzeker te maken.

De volgende onregelmatigheden worden met name als substantieel beschouwd :

1° de niet-naleving van het milieu-, sociaal of arbeidsrecht, voor zover deze niet-naleving strafrechtelijk gesanctioneerd wordt;

2° de niet-naleving van de vereisten bedoeld in de artikelen 38, 42, 43, § 1, 44, 48, § 2, eerste lid, 54, § 2, 55, 83 en 92 van dit besluit en in artikel 14 van de wet, voor zover zij verplichtingen bevatten ten aanzien van de inschrijvers;

3° de niet-naleving van de minimale eisen en de vereisten die als substantieel worden aangemerkt in de opdrachtdocumenten.

§ 2. De offerte die slechts een of meer niet-substantiële onregelmatigheden bevat die, zelfs gecumuleerd of gecombineerd, niet de in paragraaf 1, derde lid, bedoelde gevolgen teweeg brengen, wordt niet nietig verklaard.

§ 3. Wanneer gebruik wordt gemaakt van een openbare of niet-openbare procedure, verklaart de aanbestedende overheid de substantieel onregelmatige offerte nietig. Dit is ook het geval voor een offerte die meerdere niet-substantiële onregelmatigheden bevat wanneer de cumulatie of combinatie ervan de in paragraaf 1, derde lid, bedoelde gevolgen teweeg brengt.

[...].”

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. Zo hiervan al niet overtuigend blijkt wordt gegeven in het besluit zelf, vereist de mogelijkheid tot controle hierop dat die grondslag blijkt uit het administratief dossier.

6.3. Wat de aanlevertermijnen voor wapeningsplannen voor de betonconstructies door de ingenieur stabiliteit betreft, bepaalt het bestek een termijn van “ten laatste 3 kalenderweken voor uitvoering”, doch het laat tevens toe dat “hierover een ander wederzijds akkoord bestaat”. Het door het bestek opgelegde verbod voor de aannemer om vroeger dan vastgesteld eenzijdig wapeningsplannen op te eisen, lijkt op het eerste gezicht ook andere aanlevertermijnen vastgesteld bij overeenkomst te behelzen. Voor staalconstructies vermelden de opdrachtdocumenten niets dergelijks. Anders dan de verzoekende partijen dit zien,

lijken de opmerkingen van de gekozen inschrijver betreffende de aanlevertermijnen voor de wapeningsplannen en plannen voor de staalconstructie dan ook niet onmogelijk gemaakt door het voorliggende bestek.

Zulks neemt niet weg dat de gekozen inschrijver door de gedane opmerkingen voor zichzelf een aantal voordelen in de uitvoering van de opdracht heeft gecreëerd. Om uit te maken of die voordelen een concurrentievervalsend effect hebben waardoor de offerte van de betrokken inschrijver niet langer als vergelijkbaar kan worden beschouwd met de overige inschrijvers en derhalve nietig, moeten die voordelen op het eerste gezicht in verband worden gebracht met het enig gunningscriterium voor deze opdracht, namelijk de prijs. De verzoekende partijen linken de voorgestelde aanlevertermijnen voor wapeningsplannen en plannen voor de staalconstructie aan capaciteitsvoordelen voor de gekozen inschrijver en een verhoogd aansprakelijkheidsrisico voor de overheid. Zij leggen evenwel geen rechtstreeks verband met de opgegeven prijs. Vastgesteld dat het offertebedrag van de gekozen inschrijver ongeveer 650.000 euro lager ligt dan dat van de verzoekende partijen, maken de verzoekende partijen niet met de vereiste ernst aannemelijk dat de geïmagineerde voordelen een dermate significant effect tot gevolg hebben, dat zij hetgeen is toegelaten door het bestek zouden overstijgen met als gevolg concurrentievervalsing en onvergelijkbaarheid van de offertes. De verwerende partij lijkt de grenzen van haar beoordelingsruimte niet te hebben overschreden door de voorgestelde termijnen te appreciëren in het licht van de andere taken die de inschrijver moet uitvoeren en de effecten op de algemene uitvoeringstermijn. Hierbij wordt nog bedacht dat de opdrachtdocumenten alle inschrijvers toelaten voorstellen te doen aangaande de aanlevertermijnen van wapeningsplannen en plannen voor de staalconstructie.

De verzoekende partijen lijken op het eerste gezicht evenmin te kunnen worden bijgevalen in hun betoog dat de betrokken opmerkingen de verbintenis van de thv Cordeel-Imtech onbestaanbaar, minstens onzeker zouden maken. De zaak waaraan de verzoekende partijen refereren en die heeft geleid tot het arrest van de Raad van State nr. 221.290 van 8 november 2012 kan niet dienstig worden ingeroepen, nu deze betrekking had op een van de voorliggende zaak verschillende situatie.

In het licht van de taken van uitvoering en de algemene uitvoeringstermijn volgens het bestek beoordeelt de verwerende partij de door de gekozen inschrijver opgegeven termijnen voorts als aanvaardbaar. De verzoekende partijen hekelen in zoverre weliswaar het verschil tussen het bestek en de opgegeven termijnen, alsook het verschil in definitie tussen “werkweek” en “kalenderweek” maar werken deze grieven onvoldoende uit om op grond daarvan in deze stand van het geding aannemelijk te maken dat de appreciatie door de overheid van de opgegeven termijnen als “niet ongebruikelijk of onbillijk” en niet problematisch voor de algemene uitvoeringstermijn om de redenen uiteengezet in het bestreden besluit, de grenzen van de beoordelingsruimte van die overheid zou overschrijden. Bovendien lijkt de verwerende partij te kunnen worden bijgevalen in haar verweer dat afspraken rond planning tijdens de uitvoering van de werken hoe dan ook periodes zoals bouwverlof voor ogen moeten houden, ook indien de inschrijver geen opmerkingen zou hebben geformuleerd aangaande de aanlevertermijn voor wapeningsplannen en plannen voor de staalconstructies.

De verzoekende partijen maken dan ook niet aannemelijk dat er reden zou zijn om te twijfelen aan de verbintenis van de gekozen inschrijver. De vraag of de gekozen inschrijver ook bij machte is de plannen te verwerken en te coördineren in de mate dat de opgegeven termijnen niet zouden worden gerespecteerd door de verwerende partij, lijkt in zoverre dan ook niet relevant, nu eventuele discussies dienaangaande het uitvoeringsniveau betreffen.

6.4. Wat de revisies van productietekeningen betreft, biedt de gekozen inschrijver maximaal twee revisies aan voor zijn rekening van de productietekeningen van de afdelingen prefabbeton, metaal en schrijnwerkerij. Vanaf de derde revisie op vraag van de aanbesteder wordt 100 euro per uur tekenwerk aangerekend.

De verzoekende partijen aanzien deze opmerkingen als een niet-toelaatbaar voorbehoud.

Een voorbehoud impliceert dat er in feite en in rechte aanvaardbare gegevens voorhanden zijn die het aannemelijk maken dat de inschrijver aan

zijn inschrijving een voorwaarde heeft verbonden die geen steun vindt in het bestek en de regelgeving inzake overheidsopdrachten.

De lezing die de verwerende partij geeft aan de betrokken besteksbepaling lijkt plausibel. De opdrachtdocumenten kunnen inderdaad zo worden begrepen dat in beginsel wordt uitgegaan van één verbeteringsronde. Minstens gebieden deze opdrachtdocumenten niet expliciet een tenlasteneming door de opdrachtnemer van een onbeperkt aantal revisies. In die optiek lijken de opdrachtdocumenten zich niet per se te verzetten tegen de opmerking van de gekozen inschrijver.

De uitgangshypothese van de verzoekende partijen om de verbintenis van de gekozen inschrijver in twijfel te trekken, namelijk de situatie dat fouten van de opdrachtnemer in de tekeningen aan de basis liggen van eenvoudige vragen van de aanbesteder om aanpassing van de tekeningen, lijkt in het licht van het als niet uitzonderlijk complex of moeilijk aanmerken van de onderdelen prefabbeton, metaal en schrijnwerkerij binnen het project en het kunnen terugvallen op uitgebreide sets van ontwerptekeningen – omstandigheden die de verzoekende partijen als dusdanig niet lijken te betwisten –, niet voorspelbaar. Meer nog, aangezien de genoemde omstandigheden veeleer lijken bij te dragen tot de verwachting door de verwerende partij van een normale kwaliteit van de aangeleverde productietekeningen, lijkt het tegendeel en uitgangspunt van de verzoekende partijen een niet-gefundeerd moedwillig optreden van de inschrijver te veronderstellen, ingegeven door de betrachting bijkomende vergoedingen aan te rekenen. Zulks laat niet toe gereede twijfel te ontwikkelen omtrent de verbintenis van de gekozen inschrijver.

In zoverre de verzoekende partijen vervolgen dat de voorwaarde een discriminerend en concurrentievervalsend voordeel zou bieden aan de gekozen inschrijver door het risico van herhaalde herwerking van de productietekeningen te verschuiven naar de aanbestedende overheid en minstens in te perken ten opzichte van andere inschrijvers, gaan zij eraan voorbij dat in de lezing van de betrokken besteksbepaling zoals voorgestaan door de verwerende partij, het moeten doen van meer dan twee revisies van productietekeningen op vraag van de aanbesteder door alle inschrijvers voorwaardelijk had kunnen worden aangeboden. Voor het overige

laten de verzoekende partijen net als bij de vorige opmerking, na deze voorwaarde in rechtstreeks verband te brengen met het enig gunningscriterium, namelijk de prijs, en de consequenties hierop voor de vergelijkbaarheid van de offertes.

De conclusie moet luiden dat de verzoekende partijen niet met de vereiste ernst aantonen dat de opmerking van de gekozen inschrijver aangaande de revisies van de productietekeningen als een ontoelaatbaar voorbehoud moet worden gekwalificeerd.

6.5. Uit de voorgaanden volgt dat de verwerende partij op het eerste gezicht geen onzorgvuldigheid mag worden verweten door te overwegen “dat noch de ene, noch de andere opmerking van aard is om aan CORDEEL een discriminerend voordeel te bieden, tot concurrentievervalsing te leiden, de beoordeling van de offerte van deze inschrijver of de vergelijking ervan met de andere offertes te verhinderen, of de verbintenis van CORDEEL om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onbestaande, onvolledig of onzeker te maken”.

6.6 Het enig middel is niet ernstig.

VII. Besluit

7. Het enig middel is niet ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwierpt de vordering.

2. De verzoekende partijen worden verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 400 euro, elk voor de helft, een bijdrage van 40 euro, elk voor de helft, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 6 november 2018, 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