

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 246.265 van 3 december 2019

in de zaak A. 229.510/XII-8828

In zake: de NV ESCO BENELUX
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Virginie Dor en Youri Musschebroeck
kantoor houdend te 1170 Brussel
Terhulpesteenweg 178
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jens Debièvre, Lore Derdeyn en Elisabeth
Robbroeckx
kantoor houdend te 1000 Brussel
Havenlaan 86c, 113b
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 7 november 2019, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de “beslissing d.d. 15 oktober 2019 van het Vlaamse Gewest – het Agentschap Wegen en Verkeer: ‘Percelen 1-2-3-4-5 van de overheidsopdracht voor het leveren van smeltmiddelen voor de gladheidsbestrijding winter 2019-2020 te gunnen aan Eurosalt (en dus niet aan Esco)’”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 26 november 2019, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Youri Musschebroeck, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Lore Derdeyn, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Ines Martens heeft een met dit arrest andersluidend 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 voor leveringen uit met als voorwerp “Leveren van smeltmiddelen voor de gladheidsbestrijding winter 2019-2020”. Het betreft een raamovereenkomst.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 27 juni 2019 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 1 juli 2019.

3.2. Het bestek met nr. 16DG/19/04 is te dezen van toepassing.

De opdracht bestaat uit 25 percelen, verdeeld overeenkomstig het gevraagde product (vijf groepen van smeltmiddel) en de geografische regio (de vijf Vlaamse provincies).

De vijf groepen smeltmiddelen zijn:

Groep I: calciumchloride (CaCl_2) puur of gemengd met een maximaal toegelaten hoeveelheid natriumchloride (NaCl), namelijk 65 % (percelen 1 tot en met 5);

Groep II: dooizout in pekelvorm NaCl (percelen 6 tot en met 10);

Groep III: fijn NaCl (percelen 11 tot en met 15);

Groep IV: grof NaCl (percelen 16 tot en met 20);

Groep V: dooizout in pekelvorm CaCl_2 (percelen 21 tot en met 25).

3.3.1. De opdracht wordt geplaatst met een openbare procedure. Voor percelen 1 tot 5 wordt de economisch meest voordelige inschrijver gekozen rekening houdend met de beste prijs-kwaliteitverhouding, waarbij de geboden prijs wordt gecorrigeerd, enerzijds, op grond van het aangeboden product en, anderzijds, op grond van de aangeboden leveringswijze en de aangeboden prijsvermindering na de winterperiode.

In het bestek (blz. 9 en volgende) wordt het gunningscriterium voor de percelen 1 tot en met 5 onder meer als volgt verduidelijkt:

“Het gunningcriterium volgens dewelke de offerte zal geëvalueerd en gegund worden, is een prijs-kwaliteitscriterium en zit vervat in beide onderstaande formules welke een herrekende prijs bepalen. De aanbestedende overheid herrekent het bedrag van elk lot voor de verschillende inschrijvingen in 2 stappen:

1. In een eerste stap wordt iedere inschrijvingsprijs met een ponderatie-coëfficiënt vermenigvuldigd.

1.1. Om de onderlinge vergelijking tussen de inschrijvingen voor de percelen 1 t/m 5 in functie van de toegelaten mengverhoudingen (mengeling van min. 35% CaCl_2 schilfers met max. 65% NaCl in kristalvorm) mogelijk te maken, zal de ingediende prijs herrekend worden in functie van de mengverhouding. Indien het gaat om zuiver CaCl_2 zal een andere formule worden toegepast om deze te kunnen vergelijken met de gemengde producten:

[...]

2. In een tweede stap worden de herrekende prijzen gewogen volgens de leveringswijze en de prijsvermindering na de winterperiode volgens de formule [...].”

Op te merken valt dat de prijs voor CaCl_2 een veelvoud is van die van NaCl .

3.3.2. De inschrijvers dienen volgens het bestek (blz. 13 en 14) bij hun offerte verplicht te voegen:

“Art. 78 inhoud van de offerte

Bij het offerteformulier dienen de volgende documenten te worden gevoegd:

[...]

8) 3x een staal van 1 kg van elk der aangeboden producten.

9) Alle gevraagde gegevens/documenten bij deel 3. Technische specificaties.

[...].”

3.3.3. Inzake de stalen wordt in het bestek (blz. 15) voorts vermeld:

“INDIENEN STALEN:

[...]

Informatie type en aantal stalen:

Voor elk type zout (fijn, grof, pekkel (NaCl en/of CaCl_2), calciumchloride) waarvoor men inschrijft, moet er telkens een staal van 3 * 1kg bezorgd worden. Opgelet, er mag maximum 1 soort staal worden binnen gegeven per type zout. Concreet houdt dit in dat voor bv. grof zout geen twee verschillende soorten stalen mogen binnen gegeven worden (bv. grof zout voor kipper en grof zout voor silo). Op deze manier kunnen alle stalen evenwaardig met elkaar vergeleken worden.

De stalen zullen dan ook getest worden op het vochtigheidspercentage volgens de specificaties voor zout geleverd in bulk en zakken (0,2-3,0%) en niet volgens de specificaties voor levering in silo's (0,0- 1,0%). Dit om de inschrijvers onnodig dubbele stalen te laten leveren enkel en alleen voor het verschil in vochtigheidspercentage te kunnen aangeven, terwijl de prioriteit van het testen van deze stalen ligt bij de controle van de korrelverdeling en de onzuiverheden.”

3.3.4. Onder deel Technische bepalingen in het bestek (blz. 37 en 38) wordt bepaald:

“b) De inschrijver is verplicht bij de offerte volgende zaken te voegen

● Zoutstalen:

Voor elk type zout (fijn, grof, pekkel (NaCl en/of CaCl_2), calciumchloride) waarvoor men inschrijft, moet er telkens een staal van 3 * 1kg bezorgd

worden. Opgelet, er mag maximum 1 soort staal worden binnen gegeven per type zout . Concreet houdt dit in dat voor bv. grof zout geen twee verschillende soorten stalen mogen binnen gegeven worden (bv. grof zout voor kipper en grof zout voor silo). Op deze manier kunnen alle stalen evenwaardig met elkaar vergeleken worden.

De stalen zullen dan ook getest worden op het vochtigheidspercentage volgens de specificaties voor zout geleverd in bulk en zakken (0,2-3,0%) en niet volgens de specificaties voor levering in silo's (0,0 – 1,0%). Dit om de inschrijvers onnodig dubbele stalen te laten leveren enkel en alleen voor het verschil in vochtigheidspercentage te kunnen aangeven, terwijl de prioriteit van het testen van deze stalen ligt bij de controle van de korrelverdeling en de onzuiverheden.

● Een volledige beschrijving van elk type zout:

- de vermelding van de oorsprong van het product (land en ontginningsplaats), indien er meerdere zouten van verschillende oorsprong gemengd worden, dienen eveneens de gebruikte percentages vermeld te worden;
- een gedetailleerde volledige chemische samenstelling van het droge product (100%) zoals deze die vermeld wordt NBN EN 16811-1:2016 of NBN EN 16811-2:2016. Als bepaalde van deze elementen niet voorkomen wordt er nul vermeld naast het betreffende element;
- een zeefkromme;
- het minimum en maximum vochtigheidsgehalte van het smeltmiddel;
- het toegevoegde antibakproduct en de hoeveelheid ervan het toegevoegde denaturatieproduct en de hoeveelheid ervan.”

3.3.5. Ten slotte wordt in het bestek onder het hoofdstuk “Administratieve voorschriften bij toepassing van het Koninklijk besluit van 14.01.2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten” onder meer nog het volgende bepaald:

“Art. 42 Voorafgaande keuring

Bij het begin van de winterperiode, en uiterlijk vóór 1 november 2019, wordt de leidend ambtenaar of zijn vervanger uitgenodigd om de beschikbare voorraad goed te keuren.

Verder heeft de aanbestedende overheid het recht om, voorafgaand aan elke bestelling, representatieve stalen te nemen van de smeltmiddelen die bij de leverancier in voorraad worden gehouden. De afgenomen stalen zullen worden onderworpen aan een aantal proeven (controle vochtgehalte, korrelverdeling en chemische samenstelling).

De aanbestedende overheid heeft het recht om gedurende de volledige winterperiode zoveel monsters te nemen als men wil, op welke plaats ook in de zoutvoorraad.”

en

“Art. 43 Proeven en tegenproeven

[...]

Proeven, proefresultaten, tegenproeven en prijscorrectie:

[...]

Controle van het vochtgehalte (ISO 2483 (droging bij 110°C))

[...]

Controle van de chemische samenstelling

Op vraag en op kosten van de aanbestedende overheid wordt in het labo een chemische analyse van het eerste staal uitgevoerd. Deze analyseresultaten zullen vergeleken worden met deze door de inschrijver bijgevoegd specificaties bij zijn offerte. De volgende analysemethodes worden toegepast voor de analyse van wegzout:

[...]

Controle van de korrelverdeling

[...].”

3.4. Voor de percelen 1 tot en met 5 dienen onder meer de verzoekende partij en de nv Eurosalt Handelmaatschappij elk een offerte in.

3.5. Op 27 september 2019 wordt een gunningsverslag opgesteld waarbij wordt voorgesteld de percelen 1 tot 5 te gunnen aan de nv Eurosalt Handelmaatschappij.

3.6. Op 15 oktober 2019 stemt de verwerende partij onverkort in met het gunningsverslag en gunt percelen 1 tot 5 aan de nv Eurosalt Handelmaatschappij.

3.7. Met een aangetekend verstuurd brief van 18 oktober 2019 wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat haar offerte, wat de percelen 1 tot 5 betreft, niet wordt gekozen omdat haar prijzen niet de laagste waren in de rangschikking.

3.8. Op 23 oktober 2019 deelt de verwerende partij op vraag van de verzoekende partij de bestreden gunningsbeslissing mee met inbegrip van het gunningsverslag. Sommige gedeelten van het gunningsverslag zijn onleesbaar gemaakt.

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, 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.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

5. De verzoekende partij voert de schending aan van “artikel 83 van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten, artikel 76, §1 van het koninklijk besluit van 18 april 2017, de artikelen 4, eerste lid 8° en 5, 8° van de wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het zorgvuldigheidsbeginsel”.

Zij betoogt:

“Doordat AWW de offertes van Eurosalt voor percelen 1 tot en met 5 als regelmatig beschouwt en de opdracht aan Eurosalt vervolgens gunt; Terwijl uit de geblindeerde versie van het gunningsverslag niet blijkt dat de CaCl_2 -schilfers (voorwerp van de percelen 1 t.e.m. 5) zoals aangeboden door de inschrijvers voldoen aan de norm NBN EN 16811-2:2016 zoals opgelegd in het bestek (p. 40); dat dit des te belangrijker is omdat de NaCl (een bestanddeel is van de gemengde producten) zoals aangeboden door Eurosalt voor percelen 11 en 15 volgens het gunningsverslag niet voldoet aan de technische kenmerken van het zout conform de besteisen en de offerte van Eurosalt op basis van die grond werd geweerd als substantieel onregelmatig; zodat AWW ofwel de regelmatigheid van de offertes van de inschrijvers voor percelen 1 t.e.m. 5 niet of niet afdoende heeft gecontroleerd, ofwel de gunningsbeslissing niet afdoende werd gemotiveerd.”

In een toelichting bij het middel waarbij de verzoekende partij de verwerende partij in essentie een onvolkomen regelmatigheidsonderzoek verwijt, merkt de verzoekende partij op dat twee NBN-normen hier relevant zijn, namelijk NBN EN 16811-1:2016 (norm 1) die betrekking heeft op NaCl en NBN EN 16811-2:2016 (norm 2) die betrekking heeft op CaCl_2 of een mengsel ermee. Die normen schrijven voor waaraan het smeltmiddel moet voldoen en zijn volgens de verzoekende partij dus kwaliteitseisen. Als een inschrijver een gemengd product

aanbiedt – zoals de verzoekende partij en de gekozen inschrijver hebben gedaan voor de percelen 1 tot 5, namelijk minimaal 35 % CaCl_2 met NaCl – dan dient de aangeboden CaCl_2 te voldoen aan norm 2 en de NaCl aan norm 1.

Volgens de technische voorschriften van het bestek – zo betoogt de verzoekende partij – dient elke inschrijver een gedetailleerde volledige chemische samenstelling van het smeltmiddel bij zijn offerte te voegen “zoals deze die vermeld wordt NBN EN 16811-1:2016 [...] of NBN EN 16811-2:2016”. “Voor zowel het NaCl (percelen 11 t.e.m. 20) als de CaCl_2 -schilfers (percelen 1 t.e.m. 5) moest een dergelijke gedetailleerde beschrijving in de offerte figureren. Op die manier moesten de inschrijvers dus aantonen dat de producten die zij voor deze percelen zouden aanbieden conform norm 1 en 2 waren”.

Uit het gunningsverslag blijkt volgens de verzoekende partij dat de bv Eurosalt Handelmaatschappij voor de percelen 11 en 15 NaCl heeft aangeboden die niet voldoet aan de bestekseis inzake het gedeelte (maximaal 1 %) dat in water onoplosbaar mag zijn. Om die reden wordt de offerte van die inschrijver voor die percelen substantieel onregelmatig verklaard.

De verzoekende partij betoogt dat voor de percelen 1 tot 5 de gekozen inschrijver een mengsel van NaCl en CaCl_2 heeft aangeboden en dat de verwerende partij blijkbaar niet heeft nagegaan of het voor dat mengsel aangeboden NaCl wel voldoet aan de bestekseisen, meer bepaald de norm 1, minstens dat dit niet blijkt uit de bestreden beslissing.

Ten slotte merkt de verzoekende partij op dat uit het gunningsverslag blijkt dat de verwerende partij het aangeboden CaCl_2 slechts op vier criteria heeft onderzocht en in elk geval niet voor de eisen van norm 2, minstens dat dit niet uit de bestreden beslissing blijkt.

Beoordeling

6. Uit het gunningsverslag – de bestreden beslissing is slechts een ondertekend verslag – blijkt dat bij de offerte van de bv Eurosalt Handel-

maatschappij voor de percelen 11 en 15 de volgende onregelmatigheid wordt vastgesteld:

“b Volgende onregelmatigheden werden vastgesteld bij de offerte van Eurosalt

Het staal fijn zout dat ingediend werd door Eurosalt voldoet niet aan de technische eisen van het bestek, het staal overschrijdt de maximaal toegelaten hoeveelheid niet-oplosbare deeltjes in water en het staal voldoet niet aan de zeefkromme.

Besluit.

De afwijkende waarden voor de hoeveelheid maximaal toegelaten niet-oplosbare deeltjes in water en voor de zeefkromme leidt er toe dat de aanbestedende overheid moet oordelen dat het staal fijn zout niet conform de eisen van het bestek is. Dit leidt er toe dat de aanbestedende overheid de beoordeling van de offerte voor perceel 11 en perceel 15 van de inschrijver niet kan vergelijken. Op basis van bovenstaande wordt dan ook geoordeeld dat er sprake is van een substantiële onregelmatigheid. Aangezien de opdracht geplaatst werd door middel van een openbare procedure heeft de aanbestedende overheid geen andere keuze dan de offerte voor de percelen 11 en 15 van Eurosalt nietig te verklaren en deze te weren uit de procedure.”

7. De verwerende partij merkt op dat zij volgens het bestek slechts tot labo-analyses van de bij de offertes gevoegde stalen is verplicht inzake drie aandachtspunten, namelijk het vochtigheidspercentage, de korrelverdeling en de onzuiverheden, en niet voor de volledige samenstelling van het aangeboden product.

Deze opvatting lijkt op het eerste gezicht niet zonder grond.

Uit het bestek – randnrs. 3.3.3 en 3.3.4 – lijkt inderdaad te mogen worden afgeleid dat de aanbestedende overheid bij het regelmatigheids-onderzoek haar analyses van de stalen prioritair richt op die drie items. Het bestek lijkt niet uitdrukkelijk voor te schrijven dat in het kader van dit onderzoek andere analyses van de stalen moeten worden uitgevoerd.

Hierbij mag voorts worden bedacht dat de inschrijvers bij hun offerte een “gedetailleerde volledige chemische samenstelling” van hun producten

dienen te voegen. De verwerende partij merkt op dat zij aan de hand van die samenstelling de conformiteit met normen 1 en 2 nagaat.

Het voorgaande lijkt steun te vinden in de besteksbepalingen inzake het nemen van stalen bij de uitvoering van de opdracht – zie randnummer 3.3.5 – waar er in tegenstelling tot bij de besteksbepalingen inzake het regelmatigheidsonderzoek, wel sprake is van “[o]p vraag en op kosten van de aanbestedende overheid [...] in het labo een chemische analyse van het eerste staal [uitvoeren waarbij de] analyseresultaten zullen vergeleken worden met deze door de inschrijver bijgevoegd specificaties bij zijn offerte”.

De verzoekende partij toont aldus niet aan dat de verwerende partij volgens het bestek verplicht is om labo-analyses van de aangeboden stalen met smeltmiddelen uit te voeren voor andere dan de drie hiervoor vermelde prioritaire gegevens. Uit de bij de offerte te voegen stukken inzake de chemische samenstelling lijkt immers te moeten blijken dat aan de normen 1 en 2 is voldaan.

Ook mag hierbij worden opgemerkt dat de verzoekende partij de besteksbepalingen zelf niet als onwettig in vraag stelt.

8. Het feit dat de door de gekozen inschrijver aangeboden NaCl niet regelmatig werd bevonden bij percelen 11 en 15 en dit in tegenstelling tot die aangeboden voor percelen 1 tot 5, verantwoordt de verwerende partij door erop te wijzen dat er bijkomende bestekseisen worden gesteld voor NaCl bij percelen 11 en 15 tegenover bij percelen 1 tot 5, namelijk die op blz. 41 van het bestek waarvan er aan één, namelijk hoogstens 1 % is in water niet oplosbaar, niet was voldaan.

Ter terechtzitting hierop gewezen lijkt de verwerende partij geen duidelijke repliek te kunnen geven en zij beweert in elk geval niet dat voormelde 1%-grens ook eigen zou zijn aan norm 1.

Bij de offerte van de gekozen inschrijver is in elk geval een attest gevoegd waaruit blijkt dat de aangeboden NaCl voldoet aan norm 1, wat voldoende lijkt voor de regelmatigheid van de percelen 1 tot 5.

9. Aangezien, zoals onder randnummer 7 door de Raad vooralsnog aanvaard, de verwerende partij volgens het bestek niet verplicht was de aangeboden CaCl_2 in een labo te analyseren naar de overeenstemming ervan met norm 2 en die overeenstemming mocht afleiden uit de bij de offertes gevoegde stukken inzake de chemische samenstelling, lijkt vooralsnog te mogen worden aangenomen dat de grief van de verzoekende partij dat uit het gunningsverslag niet blijkt dat de aangeboden CaCl_2 op alle criteria van norm 2 is geanalyseerd, niet ernstig is.

10. Ten slotte wordt de verzoekende partij evenmin gevolgd wat de aangevoerde schending van de formelemotiveringsplicht betreft.

Wanneer blijkt dat er bij het regelmatigheidsonderzoek zoals het volgens het bestek mocht worden opgevat door de verwerende partij, geen bijzondere problemen zijn gerezen, wat de percelen 1 tot 5 betreft, lijkt de formelemotiveringsplicht op het eerste gezicht niet te vereisen dat dit regelmatigheidsonderzoek *in extenso* wordt weergegeven in het gunningsverslag of in de bestreden beslissing. Het volstaat vanuit het oogpunt van de op de aanbestedende overheid rustende plicht om haar beslissing te omkleden met afdoende motieven, dat uit die beslissing blijkt – of minstens kan worden afgeleid – dat de regelmatigheid van de offertes werd betrokken bij het nemen van de gunningsbeslissing.

11. Het middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

12. De verzoekende partij voert de schending aan van “de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het patere-legem beginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel, en bijgevolg artikel 81, §1 van de wet van 17 juni 2016, artikel 83 van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten en artikel 76, §1 van het koninklijk besluit van 18 april 2017”.

Zij betoogt:

“Doordat AWV de offertes van Eurosalt voor percelen 1 tot en met 5 als regelmatig beschouwt en de opdracht aan Eurosalt vervolgens gunt; Terwijl (eerste onderdeel) uit de geblindeerde versie van het gunningsverslag blijkt dat AWV voor de offerte van esco een percentage van 35% CaCl_2 en 65% NaCl in aanmerking heeft genomen en dit terwijl AWV in haar bestek had aangekondigd dat de door de inschrijvers ingediende stalen het voorwerp zouden uitmaken van laboratoriumtesten; zodat de vraag rijst of AWV de desbetreffende laboratoriumtesten heeft uitgevoerd en dus, voor zover dit niet zou zijn gebeurd, kon oordelen dat de offerte van Eurosalt voor percelen 1 tot en met 5 als regelmatig moest worden beschouwd en de opdracht aan Eurosalt kon worden gegund. Terwijl (tweede onderdeel) overeenkomstig het bestek de inschrijvers verplicht waren om ‘Calciumchloride onder de vorm van schilfers’ aan te bieden en uit de geblindeerde versie van het gunningsverslag blijkt dat de oorsprong van het door Eurosalt aangeboden product ‘Nederland’ is, en er in Nederland enkel onderneming actief die korrels (en geen vlokken) aanbieden.”

In een toelichting bij het eerste middelonderdeel merkt de verzoekende partij op dat het niet vaststaat dat de verwerende partij “de laboratoriumtesten” op de door de inschrijvers overgemaakte stalen heeft verricht. In het bestek geldt als eis dat het smeltmiddel voor percelen 1 tot 5 minimaal 35 % CaCl_2 bevat; voorts is volgens het bestek de verhouding CaCl_2 en NaCl cruciaal voor het gunningscriterium bij de beoordeling van de offertes. Uit het gunningsverslag blijkt dat de offerte van de verzoekende partij voldoet aan de minimale eis van 35 % CaCl_2 . Opmerkelijk is echter, aldus de verzoekende partij, dat er geen cijfers na de komma worden weergegeven wat nochtans te verwachten is bij labo-analyse. “Verzoekende partij betwijfelt dan ook sterk of de laboratoriumtesten werkelijk werden uitgevoerd, zoals aangekondigd in het bestek. Indien dit niet het geval zou zijn, is er sprake van een schending van het patere-legem beginsel. AWV lijkt zich daarentegen louter te hebben gebaseerd op de waarden zoals de inschrijvers hebben opgegeven in hun offerte”. Door het percentage niet te hebben nagegaan, heeft de verwerende partij evenzeer het zorgvuldigheidsbeginsel geschonden.

Voorts merkt de verzoekende partij op dat ook het gelijkheidsbeginsel is geschonden. De verwerende partij heeft geen laboratoriumtesten uitgevoerd voor de percelen 1 tot 5 maar wel voor de percelen 10 tot 20.

Wat het tweede middelonderdeel betreft, merkt de verzoekende partij op dat volgens het bestek het aandeel CaCl_2 in het smeltmiddel voor de percelen 1 tot 5 dient te bestaan uit schilfers, vlokken of *flakes*. Uit het gunningsverslag blijkt dat de oorsprong van het door de gekozen inschrijver aangeboden CaCl_2 Nederland is terwijl “er in Nederland enkel onderneming[en] actief [zijn] die korrels (en geen vlokken) aanbieden”. Korrels geven het smeltmiddel echter minder goede smeltcapaciteiten dan vlokken zodat “[b]eide producten [...] dan ook niet met elkaar vergelijkbaar [zijn]”. Het aanbieden van korrels is dan ook een substantiële onregelmatigheid.

Beoordeling

13.1. De verwerende partij merkt op dat zij de kwestieuze verhouding $\text{NaCl}/\text{CaCl}_2$ heeft gecontroleerd op grond van de stukken inzake de samenstelling die bij de offertes dienen te worden gevoegd.

13.2. Het uitgangspunt voor de beoordeling van de grief is wat onder randnr. 7 door de Raad reeds is aangenomen. Het bestek lijkt voor te schrijven dat de stalen dienen te worden ingediend in functie van het onderzoek naar het vochtigheidspercentage, de korrelverdeling en de onzuiverheden in het smeltmiddel. In de eerste plaats lijken het de bij de offerte te voegen documenten inzake de samenstelling te zijn, die de verwerende partij moeten toelaten na te gaan wat wordt aangeboden. Uit het bestek zelf afleiden dat de verwerende partij verplicht was aan de hand van de bij de offerte gevoegde stalen de verhouding $\text{NaCl}/\text{CaCl}_2$ na te gaan, lijkt dan ook onjuist. Een schending van het beginsel *patere legem* is dan ook niet aangetoond.

13.3. De verzoekende partij voert voorts aan dat de verwerende partij het zorgvuldigheidsbeginsel heeft geschonden.

Deze kritiek lijkt in essentie erop neer te komen dat de verwerende partij meer diende te doen dan wat het bestek voorschrijft wat in zekere zin een bestekskritiek uitmaakt. Een dergelijke grief wordt echter door de verzoekende partij niet als dusdanig opgeworpen.

Overigens mag ook hier worden bedacht dat de verhouding NaCl/CaCl₂, zo blijkt uit de relevante tabel in het gunningsverslag, geen ongebruikelijke verhouding is en dat de verwerende partij tijdens de uitvoering steeds deze verhouding lijkt te kunnen controleren.

13.4. Ten slotte voert de verzoekende partij in het eerste middelonderdeel nog aan dat er tussen de percelen een ongelijke werkwijze van de verwerende partij is bij het al dan niet uitvoeren van labo-analyses op de stalen.

Ook deze grief overtuigt op het eerste gezicht niet. Het smeltmiddel bij de percelen 1 tot 5 is een mengsel met een bepaalde verhouding CaCl₂/NaCl terwijl de percelen 10 tot 20 geen mengsels betreffen. Voorts, zoals de verwerende partij opmerkt, blijkt uit het gunningsverslag niet dat er verschillende labo-analyses zijn gebeurd.

14. De verzoekende partij merkt in haar tweede middelonderdeel op dat de gekozen inschrijver inzake CaCl₂ geen korrels mag aanbieden maar slechts schilfers.

Uit de offerte van de gekozen inschrijver blijkt dat hij zijn CaCl₂ betreft bij een Finse onderneming met een attest van die onderneming. Dat in het gunningsverslag Nederland wordt vermeld als land van oorsprong lijkt dan ook een materiële verschrijving waarvan de verzoekende partij niet aantoont op welke wijze dit gegeven de bestreden beslissing heeft beïnvloed.

15. Het middel is niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

16. De verzoekende partij voert de schending aan van “de artikelen 4, eerste lid 8° en 5, 8° van de wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen”.

Zij betoogt:

“Doordat AWW per mail d.d. 24 oktober 2019 een geblindeerde versie van het gunningsverslag heeft overgemaakt aan esco. Terwijl AWW verplicht is om een gemotiveerde beslissing in de zin van artikel 4, 8° van de wet van 17 juni 2013 naar de niet-gekozen inschrijvers over te maken, zodat zij kennis kunnen nemen van ‘de juridische en feitelijke motieven, waaronder de kenmerken en relatieve voordelen van de gekozen offerte’; zodat de niet-gekozen inschrijvers met kennis van zaken kunnen uitmaken of het aangewezen is de beslissing met een vordering tot schorsing/nietigverklaring te bestrijden.”

In een toelichting bij het middel merkt de verzoekende partij op dat uit de bestreden beslissing moet blijken waarom de ene offerte beter is dan de andere, dus wat de kenmerken en de relatieve voordelen zijn van de gekozen offerte. “In deze zaak heeft [volgens de verzoekende partij] AWW wel een gemotiveerde gunningsbeslissing opgemaakt. Echter door het gunningsverslag te blinderen, is het voor esco onmogelijk ‘de juridische en feitelijke motieven, waaronder de kenmerken en relatieve voordelen van de gekozen offerte’ te achterhalen”. “Verzoekende partij kan zich er met andere woorden niet van verzekeren dat de gunningsbeslissing berust op de juiste feitelijke gegevens en de rechtens aanvaardbare motieven”. Zij besluit: “Zoals uitgewerkt in het eerste en tweede middel zijn er een aantal indicaties in de geblindeerde versie van het gunningsverslag, op basis waarvan vragen kunnen worden gesteld bij de modus operandi van deze opdracht en de regelmatigheid van de offertes van Eurosalt voor de percelen 1 tot en met 5. Echter, indien het gunningsverslag niet was

geblindeerd, dan had esco op basis van deze bijkomende informatie kunnen besluiten of het nuttig was om een vordering tot schorsing in te stellen”.

Beoordeling

17. Op het eerste gezicht betreft de bestreden beslissing zoals ze aan de verzoekende partij is overgemaakt, slechts een uittreksel uit de gemotiveerde gunningsbeslissing aangezien daarin bepaalde passages onleesbaar werden gemaakt. In het administratief dossier heeft de verwerende partij als vertrouwelijk stuk de integrale gunningsbeslissing neergelegd.

Zoals reeds opgemerkt onder het randnr. 10 lijkt de verwerende partij de formelemotiveringsverplichting wat het regelmatigheidsonderzoek betreft, niet te schenden. Voorts kan uit het verslag afdoende worden afgeleid welke labo-analyses werden uitgevoerd. Dat het merendeel van de gegevens eigen aan de andere inschrijvers onleesbaar zijn gemaakt, lijkt op het eerste gezicht de verzoekende partij evenmin onmogelijk te hebben gemaakt met voldoende kennis van zaken te oordelen of het zin heeft zich tegen de bestreden beslissing te verweren.

In de mate dat de verzoekende partij zou doelen op het feit dat zij geen inzicht heeft in de toegepaste quoteringsmethode omdat de gegevens hieromtrent met betrekking tot de andere inschrijvers onleesbaar zijn gemaakt in het aan haar toegestuurde gunningsverslag, gebeurde op het eerste gezicht de beoordeling en de vergelijking van de offertes te dezen aan de hand van de in het bestek aangekondigde prijsformule van een “herrekende” prijs. Wat de beoordeling van haar eigen offerte betreft, heeft de verzoekende partij in de gemotiveerde beslissing kennis kunnen nemen van alle feitelijke gegevens die het bestuur in rekening heeft gebracht bij de toepassing van de beoordelingsmethode en kon zij vaststellen of er toepassing werd gemaakt van de in het bestek aangekondigde beoordelingsmethode. Op het eerste gezicht lijkt met de verwerende partij voorts te kunnen worden aanvaard dat de door de andere inschrijvers ingediende prijzen onder het zakengeheim vallen.

In zoverre ten slotte de verzoekende partij nog aanvoert dat het haar zelfs onmogelijk is de rangschikking van de offertes te achterhalen, blijkt uit de bestreden beslissing welk perceel aan welke inschrijver is gegund. Voorts lijkt uit het gunningsverslag zoals meegedeeld aan de verzoekende partij dat voor vier van de vijf percelen die het voorwerp van de voorliggende vordering uitmaken, er slechts twee regelmatige offertes werden ingediend, namelijk die van de verzoekende partij en die van de gekozen inschrijver, zodat de verzoekende partij wel degelijk geacht kan worden voldoende inzicht te hebben in de rangschikking van de offertes in de bestreden beslissing voor vier van de vijf percelen. Wat het overblijvende perceel betreft, blijkt niet welk belang de verzoekende partij bij deze kritiek heeft, nu zij in ieder geval weet dat haar offerte lager dan de offerte van de gekozen inschrijver werd gerangschikt en uit de stukken waarvan de Raad vermag kennis te nemen, blijkt dat zij als tweede werd gerangschikt voor dit perceel.

Het middel is niet ernstig.

VI. Besluit

18. Geen van de middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 20 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van drie december tweeduizend negentien, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Pierre Barra