

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 249.385 van 30 december 2020
in de zaak A. 232.352/XII-8997**

In zake: de NV SIGN & DISPLAY
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Wim Mertens en Sarah Houben
kantoor houdend te 3580 Beringen
Paalsesteenweg 81
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de VLAAMSE GEMEENSCHAP
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Sofie Logie en Fien Van Daele
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
Beneluxpark 27B
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de BVBA STUDIEGROEP LABYRINT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Barteld Schutyser en Riet Straetmans
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 99
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 1 december 2020, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van :

“1. de beslissing van verwerende partij van 13 november 2020 in het kader van de overheidsopdracht ‘raamovereenkomst voor het leveren en plaatsen van binnensignalisatie en glasfolies’ (bestek nr. 2020/HFB/OP/057963) Perceel 1 – provincies Oost- en West Vlaanderen [...]”

2. de beslissing van verwerende partij van 13 november 2020 in het kader van de overheidsopdracht ‘raamovereenkomst voor het leveren en plaatsen van binnensignalisatie en glasfolies’ (bestek nr. 2020/HFB/OP/57963) Perceel 2 – provincies Antwerpen en Limburg [...]
3. de beslissing van verwerende partij van 13 november 2020 in het kader van de overheidsopdracht ‘raamovereenkomst voor het leveren en plaatsen van binnensignalisatie en glasfolies’ (bestek nr. 2020/HFB/OP/57963) Perceel 3 – provincies Vlaams-Brabant en Het Brussels Hoofdstedelijk Gewest.”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 11 december 2020 heeft de bvba Studiegroep Labyrint gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 22 december 2020, om 11.15 uur.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Sarah Houben, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Sofie Logie, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Riet Straetmans, die *loco* advocaat Barteld Schutyser verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Ines Martens 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 voor leveringen uit met als voorwerp een raamovereenkomst van drie jaar voor “het leveren en plaatsen van binnensignalisatie en glasfolies”.

De gunningswijze is de openbare procedure.

De verwerende partij treedt op als aankoopcentrale in de zin van artikel 2, 6°, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), en dit ten aanzien van de entiteiten vermeld in artikel 1.2.1 van het bestek.

De opdracht is opgedeeld in 3 percelen:

- perceel 1: provincies Oost- en West-Vlaanderen;
- perceel 2: provincies Antwerpen en Limburg; en
- perceel 3: provincie Vlaams Brabant en het Brussels Hoofdstedelijk Gewest.

De maximale waarde van de drie raamovereenkomsten samen wordt bepaald op 6.523.781,25 euro, btw niet inbegrepen.

3.2. De opdracht wordt op 14 mei 2020 gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen en op 18 mei 2020 in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie.

3.3. In het toepasselijk bestek met nummer 2020/HFB/OP/57963 wordt met betrekking tot de selectiecriteria inzake technische en beroepsbekwaamheid het volgende geformuleerd:

“2.3.2 Selectiecriteria

[...]

– Technische en beroepsbekwaamheid:

De minimale vereisten qua technische en beroepsbekwaamheid zijn:

- Ervaring met het leveren en plaatsen van binnensignalisatie in de afgelopen 36 maanden voor de datum van de opening van de offertes.

- Ervaring met het aanbrengen van bestickering en/of belettering in een gebouw in de afgelopen 36 maanden voor de datum van opening van de offertes.
- Ervaring met het aanbrengen van zon- en warmtewerende folie en/of UV-werende folie en/of veiligheidsfolie in de afgelopen 36 maanden voor de datum van opening van de offertes.

De inschrijver bewijst zijn technische en beroepsbekwaamheid aan de hand van:

- een lijst van 5 relevante (eventueel lopende) opdrachten, voor een minimaal bedrag van € 10.000, excl. btw per opdracht, voor het leveren en plaatsen van binnensignalisatie, die gedurende de afgelopen periode van 36 maanden werden verricht, met vermelding van het bedrag, de datum en van de publiek- of privaatrechtelijke instanties waarvoor zij bestemd waren;
- een lijst van 5 relevante (eventueel lopende) opdrachten, voor een minimaal bedrag van € 10.000, excl. btw per opdracht, voor het aanbrengen van bestickering en/of belettering in een gebouw die gedurende de afgelopen periode van 36 maanden werden verricht, met vermelding van het bedrag, de datum en van de publiek- of privaatrechtelijke instanties waarvoor zij bestemd waren;
- een lijst van 5 relevante (eventueel lopende) opdrachten, voor een minimaal bedrag van € 15.000, excl. btw per opdracht, betreffende het aanbrengen van zon- en warmtewerende folie en/of UV-werende folie en/of veiligheidsfolie in de afgelopen 36 maanden voor de datum van opening van de offertes, met vermelding van het bedrag, de datum en van de publiek- of privaatrechtelijke instanties waarvoor zij bestemd waren;

Het indienen van meer referenties dan het gevraagde aantal biedt de inschrijver geen enkel voordeel. Indien een inschrijver toch meer referenties dan het gevraagd aantal indient, behoudt de aanbestedende overheid zich het recht voor om enkel de eerste 5 referenties in het bundel in aanmerking te nemen voor het beoordelen van de selectiecriteria.

Indien een relevante opdracht de combinatie is van de hierboven vermelde opdrachten (binnensignalisatie, bestickering, warmtewerende folie), dient het bedrag van elke afzonderlijke prestatie [te] worden opgelijst.”

Overeenkomstig artikel 2.3.3 van het bestek kan de inschrijver zich beroepen op de draagkracht van onderaannemers of andere entiteiten, ongeacht de juridische aard van zijn band met die entiteiten, met het oog op het voldoen aan “de selectiecriteria uit 2.3.2”. Luidens artikel 2.5.9 van het bestek vermeldt de inschrijver welk gedeelte van de opdracht hij eventueel voornemens is in onderaanneming te geven en welke onderaannemers hij hiervoor voorstelt. Voor elke onderaannemer vermeldt de inschrijver de naam, de maatschappelijke zetel en

het ondernemingsnummer, alsook voor welk gedeelte van de opdracht hij de onderaannemer voorstelt.

Met betrekking tot de technische bepalingen wordt in het bestek onder meer vermeld:

“3. Technische voorschriften

3.1. Voorafgaandelijke bepalingen

[...]

Alle technische voorschriften die hieronder zijn terug te vinden, zijn minimale eisen waaraan de producten dienen te voldoen. Het niet voldoen aan deze eisen leidt tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte.

[...]

3.4. Bekleding met folies

Algemeen

[...]

Aanbrengen van de folie

De opdrachtnemer zal een voorafgaandelijk plaatsbezoek uitvoeren en zal zijn eventuele opmerkingen formuleren zoals o.a. over de geschiktheid van de ondergrond voor het aanbrengen van de folies.

De opdrachtnemer staat in voor het correct opmeten van de oppervlakte van de ramen of wanden waarop de folies worden aangebracht.

Bij het aanbrengen van de folies moeten de voorschriften van de fabrikant strikt worden gevolgd en moeten in sommige gevallen door een accredited installer geplaatst worden (zie zon- en warmtewerende folies en veiligheidsfolies).

[...]

3.4.1. Zon- en warmtewerende folie

[...]

Het aanbrengen van de folies mag enkel gebeuren door gespecialiseerde plaatsers (Accredited Installer) erkend door de fabrikant, dit is vereist in het kader van fabriekswaARBorg. De fabrikant beschikt bovendien over een ISO 9001 certificaat. De opdrachtnemer legt deze attesten voor aan de besteller.

[...]

3.4.2. UV-werende folie

[...]

3.4.3. Veiligheidsfolie

[...]

Het aanbrengen van de folie mag enkel gebeuren door gespecialiseerde plaatsers (Accredited Installer) erkend door de fabrikant. De fabrikant/plaatser beschikt over een ISO 9001 certificaat.

Attesten zijn voor te leggen door de inschrijver.”

Voorts wordt in het bestek met betrekking tot de omvang van de opdracht het volgende bepaald:

“1.2.4 Maximale omvang van de opdracht

De maximale waarde van de totale raamovereenkomst (over de ganse looptijd) wordt bepaald op € 6.523.781,25 exclusief BTW (€ 8.007.212,81 inclusief 21 % BTW).

De aanbestedende overheid wijst de inschrijvers erop dat bij de bepaling van de vermelde maximale waarde niet is uitgegaan van de vermoedelijke hoeveelheden die in de inventaris zijn opgenomen en deze maximale waarde bijgevolg geen indicatie vormt voor het offertebedrag waarmee kan worden ingeschreven. Het betreft daarentegen de maximale waarde van de raamovereenkomst, vastgesteld op basis van de maximaal te bestellen hoeveelheden over alle opdrachten die binnen de raamovereenkomst kunnen worden geplaatst heen.

[...].”

In het bestek worden vier gunningscriteria bepaald, namelijk de prijs (50 punten), de kwaliteit van de voorgestelde producten en materialen (20 punten), de duurzaamheid (15 punten) en de kwaliteit van de dienstverlening (15 punten).

3.4. Blijkens het proces-verbaal van opening van de offertes van 25 juni 2020 worden voor de drie percelen zes offertes ingediend, waaronder die van de verzoekende partij.

3.5. Per perceel wordt een gunningsverslag opgesteld. Na het uitvoeren van een onderzoek van de formele regelmatigheid worden er slechts twee offertes formeel regelmatig bevonden, namelijk de offerte van de verzoekende partij en de offerte van de tussenkomende partij. Voor deze beide offertes vraagt de verwerende partij aan de inschrijvers een toelichting met betrekking tot de prijszetting. Voor de beide offertes besluit de verwerende partij dat er geen sprake is van abnormale prijzen.

Nadat de beide offertes in functie van de gunningscriteria worden vergeleken, wordt voorgesteld om de drie percelen te gunnen aan de bvba Studiegroep Labyrint als zijnde de inschrijver die de regelmatige meest economische offerte heeft ingediend.

3.6. Op 13 november 2020 beslist de verwerende partij om de gunningsverslagen voor de drie percelen goed te keuren en om de drie percelen te gunnen aan de bvba Studiegroep Labyrint.

Het betreft de bestreden gunningsbeslissingen.

IV. Tussenkoms

4. De bvba Studiegroep Labyrint blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet haar verzoek tot tussenkoms worden ingewilligd.

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 de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

Eerste, derde en vierde onderdeel

6.1. In een eerste onderdeel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 76, § 1, vierde lid, 3°, en § 3, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), de bestekbepalingen, het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* en het zorgvuldigheidsbeginsel.

Zij betoogt dat het aannemelijk is dat de gekozen inschrijver zonder een beroep te doen op een onderaannemer niet kan voldoen aan de minimale eisen inzake het gespecialiseerd plaatsen van zon- en warmtewerende folie of veiligheidsfolie, dat er een reële kans bestaat dat de gekozen inschrijver in zijn offerte geen beroep doet op enige onderaannemer en dat een offerte die niet voldoet aan alle minimale eisen substantieel onregelmatig is.

De verzoekende partij licht toe dat een offerte die niet voorziet in de gespecialiseerde plaatsing van zon- en warmtewerende folies en/of veiligheidsfolies, wat een minimale vereiste van het bestek is, gekwalificeerd moet worden als substantieel onregelmatig. Zij meent dat de gekozen inschrijver zelf geen gespecialiseerde plaatsing van zon- en warmtewerende folie en/of veiligheidsfolie kan realiseren. Het betreft immers specialistenwerk dat specifieke training en certificatie vraagt. Bijgevolg zal de gekozen inschrijver hiervoor een beroep moeten doen op een onderaannemer. Dit zou ook blijken uit een e-mailbericht waarin de gekozen inschrijver aan een onderneming gespecialiseerd

in de plaatsing van deze specifieke folies haar prijs en leveringsvoorwaarden vraagt in het kader van een “raamovereenkomst van 24 juni 2020”.

Niettemin blijkt uit het proces-verbaal van opening van de offertes dat de gekozen inschrijver slechts één Uniform Europees Aanbestedingsdocument (hierna: UEA) heeft ingediend en geen verbintenis draagkracht heeft ingediend. Nochtans worden deze beide documenten door het bestek verplicht gesteld wanneer men een beroep doet op een onderaannemer.

6.2. In een derde en vierde onderdeel voert de verzoekende partij nog bijkomend de schending aan van de artikelen 73, § 1, eerste lid, en 76, § 1, derde lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, doordat de verwerende partij heeft geoordeeld dat de gekozen inschrijver voldoet aan de selectiecriteria en zijn offerte regelmatig is, terwijl er een reële kans bestaat dat de gekozen inschrijver een beroep heeft gedaan op de draagkracht van een onderaannemer om aan de kwalitatieve selectiecriteria te voldoen, zonder dat zijn offerte een UEA bevat voor deze onderaannemer en zonder dat zijn offerte een “verbintenis draagkracht” bevat voor deze onderaannemer.

Beoordeling

7. Uit de bestreden gunningsbeslissingen blijkt dat de offerte van de gekozen inschrijver zowel op formeel als op inhoudelijk vlak in overeenstemming werd bevonden met de vereisten van het bestek.

Uit de offerte van de gekozen inschrijver blijkt dat zij geen gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid, vervat in de artikelen 2.3.3 en 2.5.9 van het bestek, om met het oog op het voldoen aan de selectiecriteria, zich te beroepen op de draagkracht van onderaannemers of andere entiteiten of een gedeelte van de opdracht in onderaanneming te geven.

8. Het derde en het vierde onderdeel van het middel gaan dan ook uit van een verkeerde feitelijke premisse en zijn om die reden niet ernstig.

9. Met betrekking tot de te leveren producten, namelijk de zon- en warmtewerende folie en veiligheidsfolie wordt in de technische voorschriften van het bestek bepaald dat het aanbrengen van de folies enkel mag gebeuren door gespecialiseerde plaatsers (*Accredited Installer*), erkend door de fabrikant, dat de fabrikant over een ISO9001-certificaat moet beschikken en dat de opdrachtnemer/inschrijver hiertoe de nodige attesten dient voor te leggen aan de “besteller”, in het bestek gedefinieerd als zijnde “elke entiteit die een bestelling plaatst op de raamovereenkomst”.

Zoals uitdrukkelijk bepaald in artikel 3.1 “Voorafgaande bepalingen” van het bestek, betreffen deze technisch voorschriften een minimale eis waaraan de producten dienen te voldoen. Anders dan de verzoekende partij het lijkt te zien, betreffen deze technische vereisten op het eerste gezicht niet een selectievereiste in de zin dat de inschrijver of diens onderaannemer door de fabrikant erkend zou moeten zijn als plaatser. Uit geen enkele bepaling van het bestek blijkt dat een attest van erkenning door de fabrikant bij de offerte moet worden gevoegd. Integendeel lijkt dit attest slechts bij de uitvoering van de opdracht aan de besteller te moeten worden voorgelegd, net zoals dit geldt voor het ISO 9001 certificaat van de fabrikant. De vermelding in artikel 3.4.3, wat de veiligheidsfolie betreft, dat de attesten zijn voor te leggen door de “inschrijver”, lijkt niet van aard het voorgaande tegen te spreken.

Voorts verduidelijkt de verwerende partij in haar nota dat deze vereiste van erkenning door de fabrikant, zoals ook uitdrukkelijk is vermeld in artikel 3.4.1 van het bestek wat de zon- en warmtewerende folie betreft, kadert in het garanderen van de fabriekswaARBorg, waarbij een aantal fabrikanten slechts een waarborg aanbieden wanneer de folie wordt geplaatst door een door hen erkend plaatser en dat het met dat opzet is dat de verwerende partij deze technische vereiste in het bestek heeft opgenomen. De verwerende partij en de tussenkomenDe partij lichten ook toe, aan de hand van bijgevoegde stukken, dat bij de fabrikant van het door de gekozen inschrijver voorgestelde product nog een tweedaagse opleiding zal worden gevolgd om als plaatser door de fabrikant te worden erkend.

Door bij haar offerte een verklaring op eer te voegen waarbij de gekozen inschrijver verklaart dat de te leveren zon- en warmtewerende folie en

veiligheidsfolie geplaatst zullen worden door ervaren en gespecialiseerde plaatsers, erkend door de fabrikant, lijkt de gekozen inschrijver op het eerste gezicht te voldoen aan de voormelde technische vereiste van het bestek. Gelet op de door de gekozen inschrijver voorgelegde referenties inzake uitgevoerde opdrachten voor het plaatsen van zon- en warmtewerende folies en veiligheidsfolies, is er op het eerste gezicht ook geen reden om aan te nemen dat de gekozen inschrijver niet aan deze technische vereiste zal kunnen voldoen, in tegenstelling tot wat de verzoekende partij beweert.

Het e-mailbericht van 22 juni 2020, enkele dagen vóór het indienen van de offertes, waaruit blijkt dat de gekozen inschrijver bij een gecertificeerde installateur van 3M-folie heeft geïnformeerd naar de prijs en leveringsvoorwaarden van deze plaatser, doet geen afbreuk aan de voorgaande vaststellingen. De tussenkomenende partij lijkt op het eerste gezicht aannemelijk te maken dat zij enkel heeft onderzocht of het commercieel opportuun was om samenwerkingsverbanden op te zetten voor de uitvoering van de voorliggende opdracht en dat zij finaal heeft geoordeeld dat het meer opportuun is om de opdracht in eigen beheer uit te voeren door de plaatsers die zij in dienst heeft als *accredited installer* te laten erkennen.

10. Het eerste onderdeel van het middel is evenmin ernstig.

Tweede onderdeel

11. In een tweede onderdeel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 2.3.2, 2.3.3 en 2.5.3.1 van het bestek, de artikelen 68 en 73, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, artikel 69, 8°, van de wet overheidsopdrachten 2016 en het zorgvuldigheidsbeginsel.

De verwerende partij lijkt volgens haar niet naar behoren en op een zorgvuldige wijze te hebben onderzocht of de door de gekozen inschrijver op te geven vijf referenties van opdrachten van minimum 15.000 euro, btw niet inbegrepen, per opdracht in de afgelopen 36 maanden voor “het aanbrengen van zon- en warmtewerende folie en/of UV-werende folie en/of veiligheidsfolie” waarachtig zijn. Zij is van oordeel dat de gekozen inschrijver zelf onmogelijk de

vereiste referenties kon voorleggen, in acht genomen dat de specifieke markt van het aanbrengen van de kwestieuze folies door gecertificeerde plaatsers een absolute nichemarkt is, te onderscheiden van de signalisatie- en wayfindingmarkt waarin de verzoekende partij en ook de gekozen inschrijver gespecialiseerd zijn – stelling die ook zou worden versterkt doordat bijna alle inschrijvers een beroep doen op minstens één onderaannemer. Volgens haar kan de gekozen inschrijver minstens niet autonoom voldoen aan dit selectiecriteria (lijst van vijf referenties) aangezien zij enkele dagen voor het verstrijken van de termijn voor de indiening van de offertes nog op zoek was naar een onderaannemer op wiens draagkracht hij een beroep kon doen. De verzoekende partij verwijst daarbij opnieuw naar een e-mailbericht waarin de gekozen inschrijver een gespecialiseerde onderneming aanschrijft teneinde haar “beste prijs en leveringsvoorwaarden” te geven, en waarin zij vermeldt dat zij zich “kunnen (..) beroepen op de draagkracht van een onderaannemer”, maar dat er alsdan “een verbintenis aangegaan (moet) worden” en “ook een UEA (...) moet (...) voorgelegd worden”.

De verzoekende partij vraagt dat de Raad van State de door de gekozen inschrijver voorgelegde referenties zou onderzoeken. Indien hieruit zou blijken dat de opgegeven referenties geen eigen referenties van de gekozen inschrijver zijn, dan wel dat deze niet voldoen aan de duidelijke voorwaarden van het selectiecriteria, dan had de verwerende partij de gekozen inschrijver moeten uitsluiten van de opdracht in overeenstemming met artikel 69, 8°, van de wet overheidsopdrachten 2016 omdat de gekozen inschrijver dan valse verklaringen heeft afgelegd. Minstens had de verwerende partij niet zonder meer kunnen besluiten dat de verklaring van de gekozen inschrijver dat hij onder geen van de verplichte uitsluitingsgronden of facultatieve uitsluitingsgronden valt, correct is.

Beoordeling

12. Met betrekking tot de selectiecriteria wordt in het bestek onder meer vereist dat de inschrijver zijn technische en beroepsbekwaamheid bewijst aan de hand van een lijst van vijf relevante (eventueel lopende) opdrachten, voor een minimaal bedrag van 15.000 euro, btw niet inbegrepen, per opdracht, betreffende het aanbrengen van zon- en warmtewerende folie en/of UV-werende folie en/of veiligheidsfolie en dit in de afgelopen 36 maanden voor de datum van opening van

de offertes, met vermelding van het bedrag, de datum en van de publiek- of privaatrechtelijke instanties waarvoor zij bestemd waren. De woorden “en/of” lijken er op het eerste gezicht op te wijzen dat het bijbrengen van referenties die enkel op één soort folie betrekking hebben, volstaat.

13. Zoals hoger vastgesteld, blijkt uit de offerte van de gekozen inschrijver dat hij geen gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid, vervat in de artikelen 2.3.3 en 2.5.9 van het bestek, om met het oog op het voldoen aan de selectiecriteria, zich te beroepen op de draagkracht van onderaannemers of andere entiteiten of een gedeelte van de opdracht in onderaanneming te geven, zodat in ieder geval geen toepassing diende te worden gemaakt van artikel 73 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, noch van de artikelen 2.3.3 en 2.5.3.1 van het bestek en er bijgevolg ook geen schending voorligt van de voormelde bepalingen.

14. Uit de offerte van de gekozen inschrijver, neergelegd als vertrouwelijk stuk maar waarop de Raad van State acht vermag te slaan, blijkt dat hij vijf referenties heeft bijgevoegd van opdrachten voor het plaatsen van zon- en warmtewerende folie, in de voorbije 36 maanden, telkens voor een bedrag hoger dan het vereiste minimale bedrag van 15.000 euro, btw niet inbegrepen, al dan niet als onderdeel van een groter signalisatieproject.

De bewering van de verzoekende partij dat de gekozen inschrijver uitsluitend op de signalisatie- en wayfindingmarkt actief zou zijn en geen plaatsing van zon- en warmtewerende folies of veiligheidsfolies zou verrichten, vindt dan ook geen steun in de stukken van het dossier. Het loutere gegeven dat het aanbrengen van zon- en warmtewerende folie en veiligheidsfolie specialistenwerk zou zijn, lijkt niet tot de vaststelling te moeten leiden dat de gekozen inschrijver niet zou beschikken over deze bekwaamheid. Overigens blijken niet “bijna alle inschrijvers” hiervoor een beroep te doen op een onderaannemer, zoals de verzoekende partij argumenteert, doch slechts drie van de zes inschrijvers.

Op het eerste gezicht maakt de verzoekende partij bijgevolg niet aannemelijk dat de verwerende partij had dienen te besluiten dat de door de

gekozen inschrijver voorgelegde referenties niet zouden voldoen aan de selectievereiste zoals opgenomen in artikel 2.3.2 van het bestek.

Dat de gekozen inschrijver bij zijn inschrijving voor de voorliggende opdracht nog geen houder zou zijn van een attest waaruit blijkt dat hij een door de fabrikant erkend plaatser is, doet hier op het eerste gezicht geen afbreuk aan. Met betrekking tot de voor te leggen referenties wordt in het bestek immers niet vereist dat deze betrekking dienen te hebben op de plaatsing van zon- en warmtewerende folies of veiligheidsfolies door een plaatser die erkend is door de fabrikant, al dan niet van de producten die voor de in het geding zijnde opdracht worden voorgesteld.

Het e-mailbericht van 22 juni 2020 waaruit blijkt dat de gekozen inschrijver bij een erkend plaatser van folies heeft geïnformeerd naar de prijs en leveringsvoorwaarden, doet geen afbreuk aan de voorgaande vaststelling dat de gekozen inschrijver zelf over de door het bestek vereiste referenties lijkt te beschikken.

15. Uit wat voorafgaat, volgt dat de verzoekende partij niet aantoont dat er sprake zou zijn van valse verklaringen in hoofde van de gekozen inschrijver in de zin van artikel 69, 8°, van de wet overheidsopdrachten 2016 op grond waarvan de verwerende partij de gekozen inschrijver zou hebben kunnen uitsluiten.

16. De verzoekende partij zet voorts niet uiteen waarin de schending zou gelegen zijn van artikel 68 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 zodat het middel op dat punt niet ontvankelijk is.

17. Het tweede onderdeel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

18. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 84 van de wet overheidsopdrachten 2016, de artikelen 33, 35 en 36 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, de artikelen 2 en 3 van “de formele motiveringswet”, de materiële motiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel.

Zij betoogt dat in het licht van de aanzienlijke verschillen in prijs tussen de regelmatig bevonden offertes en de afwijking van de totale offerteprijs van de gekozen inschrijver ten opzichte van het geraamde bedrag, het niet lijkt te getuigen van een zorgvuldig en redelijk handelend bestuur om geen nadere prijs- en kostenbevraging in het kader van vermoedelijk abnormale prijzen te doen. Minstens lijkt volgens haar de summiere, vage, weinigzeggende en in algemene bewoordingen geformuleerde motivering dat er geen abnormale prijzen worden aangeboden, niet te kunnen volstaan.

De verzoekende partij wijst erop dat er een aanzienlijk prijsverschil bestaat tussen de offertes die door de verwerende partij aan een algemeen kosten- en prijsonderzoek werden onderworpen met toepassing van artikel 35 van het koninklijk besluit plaatsing 2017. De totale prijs van de offerte van de gekozen inschrijver bedraagt voor elk van de drie percelen ongeveer 58 % van de prijs van de offerte van de verzoekende partij. De offerte van de gekozen inschrijver wijkt ook aanzienlijk af van het geraamde bedrag van 6.523.781,25 euro voor de drie percelen gezamenlijk (26 % lager), terwijl de prijs van de offerte van de verzoekende partij in lijn ligt van dit bedrag. De summiere motivering dat er na onderzoek van de bijkomende toelichting in het kader van het voormelde artikel 35 geen prijzen worden aangeboden die abnormaal hoog of laag lijken, zodat geen van de inschrijvers dient onderworpen te worden aan een nadere prijs- of kostenbevraging, is volgens de verzoekende partij in algemene standaardbewoordingen geformuleerd. Een meer verregaande motivering zou noodzakelijk zijn wanneer er beslist wordt dat er geen abnormale prijzen zijn terwijl de offerte aanzienlijk afwijkt van de raming.

Voorts is er in het gunningsverslag geen indicatie terug te vinden dat het geraamde bedrag voor de opdracht niet realistisch zou zijn. De verwerende partij schreef enkele jaren geleden ook een raamcontract uit dat toen werd gegund aan de verzoekende partij zodat de raming zeker niet in het wilde weg werd opgesteld. De raming kan in dat geval een objectief en relevant vergelijkingspunt vormen in het kader van de beoordeling van het abnormaal karakter van prijzen, temeer wanneer er aanzienlijke verschillen zijn tussen de prijzen van de offertes van de diverse inschrijvers.

Gelet op het grote prijsverschil tussen de beide offertes en voortgaande op de offerte van de verzoekende partij en de door haar verschaft toelichting, moet de door de gekozen inschrijver aangeboden prijs bijna lager zijn dan de kostprijs van de verzoekende partij zodat de prijs van de gekozen inschrijver onrealistisch en onuitvoerbaar is. In die context volstaat volgens de verzoekende partij de algemene motivering dat “inzicht in de prijsopbouw, waaronder de winstmarges, productie- en grondstofkosten, van beide inschrijvers [...] er niet toe [heeft] geleid te concluderen dat de offerteprijzen, op postniveau en globaal niveau, schijnbaar abnormaal zijn” en “[b]ijgevolg [...] geen van de inschrijvers [wordt] onderworpen aan een verdere prijs- of kostenbevraging” niet. Er valt niet in te zien hoe de parameters “winstmarges” en “productie- en grondstofkosten” tot een prijsverschil tussen twee offertes van meer dan 42 % aanleiding kunnen geven zonder dat de prijzen van de ene dan wel de andere inschrijver lijken voor te komen als abnormaal hoog dan wel abnormaal laag. De verzoekende partij is van mening dat haar offerteprijs een realistische prijs is die de raming benadert.

Te dezen is een zorgvuldig prijsonderzoek absoluut cruciaal gelet op de beoordelingsmethode van het prijscriterium. Bij aanzienlijke prijsverschillen leidt de toegepaste formule tot een onoverbrugbaar verlies in punten dat met de overige gunningscriteria onmogelijk nog kan worden ingehaald.

Beoordeling

19. Het geschonden geachte artikel 84 van de wet overheidsopdrachten 2016 bepaalt:

“De aanbestedende overheid voert een prijzen- of kostenonderzoek uit op de ingediende offertes, overeenkomstig de door de Koning te bepalen nadere regels. De Koning kan in uitzonderingen voorzien op het prijzen- of kostenonderzoek voor de door hem te bepalen opdrachten. Op haar verzoek verstrekken de inschrijvers tijdens de plaatsingsprocedure alle nodige inlichtingen om dit onderzoek mogelijk te maken.”

Artikel 33 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 luidt:

“Na de verbetering van de offertes overeenkomstig artikel 34, gaat de aanbestedende overheid over tot het prijs- of kostenonderzoek overeenkomstig artikel 35 en, in geval van vermoeden van abnormaal hoge of lage prijzen of kosten, gaat zij over tot de in artikel 36 bedoelde prijzen- of kostenbevraging.”

Het geschonden geachte artikel 35 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 luidt:

“De aanbestedende overheid onderwerpt de ingediende offertes aan een prijs- of kostenonderzoek. Daartoe kan de aanbestedende overheid, overeenkomstig artikel 84, tweede lid, van de wet, de inschrijvers verzoeken alle nodige inlichtingen te verstrekken.”

Artikel 36 van hetzelfde koninklijk besluit luidt:

“§ 1. Indien uit het prijs- of kostenonderzoek overeenkomstig artikel 35 blijkt dat er prijzen of kosten worden aangeboden die abnormaal laag of hoog lijken, voert de aanbestedende overheid een bevraging van deze laatste uit. [...]

§ 2. Bij de prijzen- of kostenbevraging verzoekt de aanbestedende overheid de inschrijver om de nodige schriftelijke verantwoording over de samenstelling van de abnormaal geachte prijs of kost te verstrekken binnen een termijn van twaalf dagen, tenzij de uitnodiging een langere termijn bepaalt. [...]

In het kader van de in het eerste lid bedoelde prijzen- of kostenbevraging verzoekt de aanbestedende overheid de inschrijver om de schriftelijke verantwoordingen over te maken inzake de eerbiediging van de verplichtingen bedoeld in artikel 7, eerste lid, van de wet, die van toepassing zijn in de domeinen van het sociaal, arbeids- en milieurecht, met inbegrip van de verplichtingen die van toepassing zijn op het vlak van welzijn, lonen en sociale zekerheid.
[...].”

20. De Raad van State mag, gesteld voor de toetsing van de beoordeling van de motieven van een aanbestedende overheid om prijzen al dan niet als abnormaal te beschouwen en om al dan niet een prijsverantwoording te vragen, zijn eigen beoordeling niet in de plaats stellen van het bestuur. Een aanbestedende overheid beschikt bij het al dan niet opstarten van de procedure van abnormale prijzen immers over een ruime beoordelingsruimte. Het komt de Raad van State enkel toe om desgevraagd na te gaan of de betrokken motieven van dat onderzoek naar behoren zijn bewezen en of de beoordeling van het bestuur de perken van de zorgvuldigheid niet te buiten is gegaan.

21. Te dezen wordt in elk van de gunningsverslagen per perceel, die integraal deel uitmaken van de bestreden gunningsbeslissingen, met betrekking tot het prijsonderzoek het volgende weergegeven:

“C.2.6 Prijs- of kostenonderzoek (art. 35 KB Plaatsing)

De aanbestedende overheid onderwerpt de ingediende offertes aan een prijs- of kostenonderzoek conform art. 35 KB Plaatsing.

In het kader van het prijsonderzoek vroeg de aanbestedende overheid (per e-mail, dd. 01/10/2020) beide inschrijvers om een toelichting van hun prijszetting te bezorgen (uiterlijk 09/10/2020), zodat ze een beter zicht kon krijgen op de wijze waarop de inschrijvers hun prijzen hebben samengesteld. De prijzen van de inschrijvers waren uiteenlopend, waardoor de aanbestedende overheid meer zicht wilde hebben op de wijze waarop deze prijzen vorm gekregen hadden.

Beide inschrijvers hebben daarop een overzicht bezorgd met inbegrip van de inbegrepen prijselementen en hun aandeel in de ingediende eenheidsprijzen.

Uit het prijs- of kostenonderzoek blijkt bijgevolg dat er geen prijzen of kosten worden aangeboden die abnormaal hoog of laag lijken. De prijzen van de inschrijvers verschillen dan wel van elkaar, maar inzicht in de prijsopbouw, waaronder de winstmarges, productie- en grondstofkosten, van beide inschrijvers heeft er niet toe geleid te concluderen dat de offerteprijzen, op postniveau en globaal niveau, schijnbaar abnormaal zijn. Bijgevolg wordt geen van de inschrijvers onderworpen aan een verdere prijs- of kostenbevraging.”

In het gunningsverslag wordt bijgevolg uitdrukkelijk vermeld dat een prijsonderzoek werd gevoerd in de zin van artikel 35 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 en dat daarbij geen schijnbaar abnormale totaalprijzen of eenheidsprijzen werden vastgesteld.

22. In de mate dat de verzoekende partij op de eerste plaats verwijst naar het feit dat de inschrijvingsprijs van de gekozen inschrijver aanmerkelijk lager ligt dan het geraamde bedrag van de opdracht, moet met de verwerende partij en de tussenkomen partij worden vastgesteld dat in het bestek uitdrukkelijk wordt vermeld dat “[d]e maximale waarde van de totale raamovereenkomst (over de ganse looptijd) wordt bepaald op € 6.523.781,25 exclusief BTW”, en de aanbestedende overheid de inschrijvers erop wijst “dat bij de bepaling van de vermelde maximale waarde niet is uitgegaan van de vermoedelijke hoeveelheden die in de inventaris zijn opgenomen en deze maximale waarde bijgevolg geen indicatie vormt voor het offertebedrag waarmee kan worden ingeschreven”.

In de context van een opdracht voor een raamovereenkomst lijkt een dergelijk maximaal geraamd bedrag in het bestek op het eerste gezicht niet dienend als objectief referentiepunt voor de beoordeling van het abnormaal karakter van de inschrijvingsprijzen.

23. Zoals de verwerende partij in haar nota aangeeft en als vertrouwelijk stuk neerlegt, blijkt uit haar vraag voor advies aan de Inspectie van Financiën dat de opdracht door de verwerende partij werd geraamd op een totaalbedrag van 5.219.025 euro, exclusief btw, of 1.739.675 euro per perceel, zodat de inschrijvingsprijs van de gekozen inschrijver per perceel ongeveer 25 % lager lag dan dit ramingsbedrag en de inschrijvingsprijs van de verzoekende partij ongeveer 28 % hoger.

Gezien deze prijsverschillen heeft de verwerende partij een prijsstoelichting gevraagd aan de gekozen inschrijver en de verzoekende partij, die beiden een antwoord hebben verschaft waarin zij de verschillende componenten van hun eenheidsprijs uiteenzetten. De gekozen inschrijver heeft aan de verwerende partij onder meer informatie bezorgd omtrent de aankoopprijs of kostprijs van het afgewerkte product, de kostprijs van een werkuur voor een arbeider, de tijdsbesteding die één arbeider nodig heeft voor de plaatsing van het product in minuten uitgedrukt, de kostprijs van een plaatsing, rekening houdend met de kostprijs van een werkuur en de tijdsbesteding voor een plaatsing, de winst per product, alsook een loonsimulatie en een offerte van een leverancier.

Uit de vraag om advies van 30 oktober 2020 aan de Inspectie van Financiën over het voorstel tot gunning van de verwerende partij blijkt dat zij deze prijstoelichting heeft onderzocht en dat zij op grond daarvan tot het besluit is gekomen dat er geen sprake is van schijnbaar abnormale totaalprijzen of eenheidsprijzen zodat ook een prijsbevraging omwille van schijnbaar abnormale prijzen niet nodig werd bevonden. In haar nota licht de verwerende partij nog toe, in overeenstemming met de overwegingen in de voormelde vraag om advies, dat zij uit de verduidelijkingen van beide inschrijvers heeft kunnen concluderen dat de grondstofprijzen nogal fluctueren op de markt waardoor de inschrijver een risico-inschatting moet nemen voor de mate waarin hij deze grondstofprijzen op het moment van het indienen van de offerte laat doorwegen in de eenheidsprijzen, en ook het aankoopvolume van grondstoffen een rol speelt in de aankoopprijs, dat de gekozen inschrijver in een hogere winstmarge voorziet voor kleine bestellingen, gezien hij in vergelijking met de offerte van onder meer de verzoekende partij een hogere forfaitaire kost voor deze kleine bestellingen opgeeft in de offerte maar dat dit om posten gaat met beperkte waarde waarvan de kost weinig doorslaggevend is, en dat het verschil tussen de raming en het bedrag van de gekozen inschrijver te wijten is aan de grondige herwerking van het voorgaande bestek, waarbij de aanbestedende overheid uitging van een hogere kost voor de grondstoffen en de voorstudie voor het opmaken van een compleet signalisatiedossier.

Daarnaast wijst de verwerende partij er in haar nota ook nog op dat de omstandigheid dat er slechts twee regelmatige inschrijvers zijn geen evident uitgangspunt lijkt om de ene of de andere offerte als behept met een abnormale prijs te bestempelen. De verwerende partij heeft te dezen, volgens de gegevens in de nota die worden ondersteund door de stukken in het administratief dossier, in het kader van het prijs- en kostenonderzoek de prijzen van de twee regelmatige inschrijvers vergeleken met de prijzen van twee offertes die slechts omwille van het niet bijvoegen van een technische fiche onregelmatig werden verklaard, namelijk de offertes van de inschrijver bv De Vries Projekt Design en van de nv Actual Sign. Uit dit onderzoek blijkt dat de gemiddelde inschrijvingsprijs van deze vier offertes voor de drie percelen (1.580.144,12 euro) minder veraf ligt van het bedrag van de offerte van de gekozen inschrijver (1.308.725,06 euro).

24. Gelet op het voorgaande blijkt op het eerste gezicht zowel uit de motivering van de bestreden gunningsbeslissingen als uit de stukken in het administratief dossier dat de verwerende partij een uitgebreid prijs- en kostenonderzoek heeft uitgevoerd waarna zij tot het besluit kwam dat er geen sprake was van schijnbaar abnormale prijzen.

De verzoekende partij toont op het eerste gezicht niet aan dat de aanbestedende overheid te dezen geen genoegen had mogen nemen met de verstrekte prijsstoelichtingen en de plicht had om een nog meer doorgedreven prijsonderzoek te voeren. Zij brengt ook geen elementen aan op grond waarvan zou kunnen worden aangenomen dat de inschrijvingsprijs van de gekozen inschrijver niet anders dan als een schijnbaar abnormale prijs kon worden beschouwd of op grond waarvan zij aannemelijk maakt dat de offerte van de gekozen inschrijver onmogelijk kon voldoen aan de vereisten van het bestek. De loutere bewering van de verzoekende partij dat haar offerteprijs, die merkkelijk hoger ligt dan de prijs van de gekozen inschrijver, een realistische prijs zou zijn, volstaat daartoe niet.

Ten slotte toont de verzoekende partij op het eerste gezicht evenmin aan dat de aanbestedende overheid te dezen met betrekking tot dit prijsonderzoek een ruimere motivering diende op te nemen in de bestreden gunningsbeslissingen, wanneer ze zoals te dezen oordeelt dat er geen schijnbaar abnormale prijzen zijn.

25. Het tweede middel is niet ernstig.

VII. Besluit

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

BESLISSING

1. Het verzoek van de bvba Studiegroep Labyrint tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. 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.

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

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

Patricia De Somere,
bijgestaan door

Greta Scheveneels,

De griffier

Greta Scheveneels

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De voorzitter

Patricia De Somere