

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 251.623 van 27 september 2021
in de zaak A. 234.454/XII-9128**

In zake: de NV JEZET SEATING
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Wouter Moonen, Thomas Christiaens
en Jarien Bloemen
kantoor houdend te 3500 Hasselt
Gouverneur Roppesingel 131
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD WAREGEM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Elke Casteleyn
kantoor houdend te 9160 Lokeren
Begijnhofstraat 8/0003
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de NV COS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Peter Van Melkebeke
kantoor houdend te 9700 Oudenaarde
Einestraat 22
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 2 september 2021, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[d]e beslissing van 11 augustus 2021 van het college van burgemeester en schepenen van de stad Waregem waarbij werd besloten om de overheidsopdracht met als voorwerp ‘CC De Schakel, cinema, renovatiewerken, Lot 4 /

Uitschuifbare tribune zaal 1' te gunnen aan de nv Cos, en dus niet aan [de nv Jezet Seating]”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 10 september 2021 heeft de nv Cos gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 22 september 2021, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Thomas Christiaens en advocaat Jeffrey Roegiers, *loco* advocaat Jarien Bloemen, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaat Elke Casteleyn, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Peter Van Melkebeke, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederic Eggermont 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 werken uit. Het voorwerp is ‘CC De Schakel, cinema, renovatiewerken, lot 4/uitschuifbare tribune zaal 1’.

De plaatsingswijze is de openbare procedure met meerdere gunningscriteria.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 8 juni 2021.

3.2. Het bestek 2021/039 is van toepassing. Hierin worden de volgende gunningscriteria vermeld:

“

Nr.	Beschrijving	Gewicht
1	Prijs voor levering en plaatsing van het geheel	50
	<i>De laagst regelmatige inschrijver krijgt het maximum van de punten (50 punten). De andere inschrijvers krijgen een aantal punten volgens verhouding met de laagst regelmatige inschrijver. Hiervoor wordt volgende formule gebruikt: $50 \text{ punten} \times (\text{laagst ingeschreven prijs} / \text{ingeschreven prijs}) = \text{aantal punten dat hoort bij de ingeschreven prijs}$.</i>	
2	Onderhoud	20
	<i>De kostprijs en het bijhorende voorstel voor een jaarlijks onderhoudscontract wordt opgegeven. De interventietijd bij een dringend defect mag niet meer bedragen dan 24u en dit 7 op 7.</i>	
2.1	Jaarlijkse kostprijs voor het onderhoudscontract	10
	<i>De laagst regelmatige inschrijver krijgt het maximum van de punten (10 punten). De andere inschrijvers krijgen een aantal punten volgens verhouding met de laagst regelmatige inschrijver. Hiervoor wordt volgende formule gebruikt: $10 \text{ punten} \times (\text{laagst ingeschreven prijs} / \text{ingeschreven prijs}) = \text{aantal punten dat hoort bij de ingeschreven prijs}$.</i>	
2.2	Interventietijd op te geven door de inschrijver	10
	<i>De laagst regelmatige inschrijver krijgt het maximum van de punten (10 punten). De andere inschrijvers krijgen een aantal punten volgens verhouding met de laagst regelmatige inschrijver. Hiervoor wordt volgende formule gebruikt: $10 \text{ punten} \times (\text{laagst ingeschreven tijd} / \text{ingeschreven tijd}) = \text{aantal punten dat hoort bij de ingeschreven interventietijd}$.</i>	
3	Waarborgperiode	15
3.1	Waarborgperiode voor metaalstructuur	5
	<i>De regelmatige inschrijver met de hoogste waarborgperiode voor de metaalstructuur krijgt het maximum van de punten (5 punten). De andere inschrijvers krijgen een aantal punten volgens verhouding met deze inschrijver. Hiervoor wordt volgende formule gebruikt: $5 \text{ punten} \times (\text{ingeschreven periode} / \text{hoogst ingeschreven periode}) = \text{aantal punten dat hoort bij de ingeschreven waarborgperiode}$.</i>	

3.2	Waarborgperiode voor elektronische componenten	5
	De regelmatige inschrijver met de hoogste waarborgperiode voor de elektronische componenten krijgt het maximum van de punten (5 punten). De andere inschrijvers krijgen een aantal punten volgens verhouding met deze inschrijver. Hiervoor wordt volgende formule gebruikt: $5 \text{ punten} \times (\text{ingeschreven periode} / \text{hoogst ingeschreven periode}) = \text{aantal punten dat hoort bij de ingeschreven waarborgperiode}$.	
3.3	Waarborgperiode voor tribunestoelen	5
	De regelmatige inschrijver met de hoogste waarborgperiode voor de tribunestoelen krijgt het maximum van de punten (5 punten). De andere inschrijvers krijgen een aantal punten volgens verhouding met deze inschrijver. Hiervoor wordt volgende formule gebruikt: $5 \text{ punten} \times (\text{ingeschreven periode} / \text{hoogst ingeschreven periode}) = \text{aantal punten dat hoort bij de ingeschreven waarborgperiode}$.	
4	Capaciteit - inschuifdiepte tribune	15
4.1	Capaciteit	10
	De aanbieder die de meeste zitplaatsen conform de technische bepalingen van het bestek en de geldende wetgeving voorziet, bekomt het maximaal aantal punten voor dit criterium. De andere aanbieders bekomen punten volgens de regel van drie. Hiervoor wordt volgende formule gebruikt: $10 \text{ punten} \times (\text{ingeschreven capaciteit} / \text{hoogst ingeschreven capaciteit}) = \text{aantal punten dat hoort bij de ingeschreven capaciteit}$.	
4.2	Diepte ingeschoven tribune	5
	De inschrijver met een tribune waarbij de ingeschoven diepte het minst is, krijgt het maximum aantal punten. De andere inschrijvers krijgen punten volgens de regel van drie. Hierbij wordt volgende formule gebruikt: $5 \text{ punten} \times (\text{minst ingeschreven diepte} / \text{ingeschreven diepte}) = \text{aantal punten dat hoort bij de ingeschreven diepte}$.	
Totaal gewicht gunningscriteria		100

.”

Onder de rubriek technische bepalingen in het bestek worden een aantal regels opgenomen inzake onder meer de afmetingen van de tribune en de toepasselijkheid van bepaalde Vlare II-bepalingen.

3.3. Er zijn drie inschrijvers: de verzoekende partij geeft een prijs op van 220.043,96 euro, de tussenkomende partij 233.321,49 euro en de sas Master Industrie 175.450,00 euro, alle bedragen btw inbegrepen.

3.4. Er wordt een gunningsverslag opgesteld.

Bij de beoordeling van het gunningscriterium 2.1 ‘Jaarlijkse kostprijs voor het onderhoudscontract’ wordt vermeld:

“

Gunningscriterium nr. 2.1: Jaarlijkse kostprijs voor het onderhoudscontract Beoordeling op 10 punten De laagst regelmatige inschrijver krijgt het maximum van de punten (10 punten). De andere inschrijvers krijgen een aantal punten volgens verhouding met de laagst regelmatige inschrijver. Hiervoor wordt volgende formule gebruikt: $10 \text{ punten} \times (\text{laagst ingeschreven prijs} / \text{ingeschreven prijs}) = \text{aantal punten dat hoort bij de ingeschreven prijs}$.			
1	COS nv	Ingeschreven prijs onderhoudscontract: 165,00 euro/jaar $10 \times (165/165) = 10$	10
3	JEZET SEATING	Ingediende prijs onderhoudscontract: 1 024 euro / jaar $10 \times (165/1024) = 1,61$	1,61
2	MASTER INDUSTRIE	Ingediende prijs onderhoudscontract: 1 160,00 euro / jaar $10 \times (165/1160) = 1,42$	1,42

”

Bij het gunningscriterium 4.2 ‘Diepte ingeschoven tribune’ wordt vermeld:

“

Gunningscriterium nr. 4.2: Diepte ingeschoven tribune Beoordeling op 5 punten De inschrijver met een tribune waarbij de ingeschoven diepte het minst is, krijgt het maximum aantal punten. De andere inschrijvers krijgen punten volgens de regel van drie. Hierbij wordt volgende formule gebruikt: $5 \text{ punten} \times (\text{minst ingeschreven diepte} / \text{ingeschreven diepte}) = \text{aantal punten dat hoort bij de ingeschreven diepte}$.			
1	COS nv	Ingeschreven diepte: 1350 mm $5 \times (1350/1350) = 5$	5
2	MASTER INDUSTRIE	Ingediende diepte: 1800mm $5 \times (1350/1800) = 3,75$	3,75
3	JEZET SEATING	Ingediende diepte: 1895mm $5 \times (1350/1895) = 3,56$	3,56

”

Volgens de eindrangschikking behalen de inschrijvers de volgende score:

	COS	Master Industrie	Jezet Seating
1. Prijs	37,6	50	39,87
2. Onderhoud	20	1,68	4,39
2.1. Jaarlijkse kostprijs	10	1,42	1,61

2.2. Interventietijd	10	0,26	2,78
3. Waarborgperiode	15	13,26	9,04
3.1. Metaalstructuur	5	4,69	3,18
3.2. Elektronische componenten	5	5	2,17
3.3. Tribunestoelen	5	3,57	3,69
4. Capaciteit/inschuifdiepte tribune	14,29	12,73	13,56
4.1. Capaciteit	9,29	8,98	10
4.2. Diepte ingeschoven tribune	5	3,75	3,56
Totaal	86,89	77,67	66,86

In het verslag wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de nv COS als de inschrijver met de economisch meest voordelige offerte.

3.5. Op 11 augustus 2021 beslist de verwerende partij de opdracht te gunnen aan de nv COS.

Dit is de bestreden gunningsbeslissing.

IV. Tussenkomst

4. De nv Cos blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Haar verzoek tot tussenkomst wordt ingewilligd.

V. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

5. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, gelezen in samenhang met artikel 15 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 concessies’ (hierna: rechtbeschermingswet), moet enkel worden onderzocht of in de voorliggende vordering tot schorsing die is ingesteld volgens de procedure

bij uiterst dringende noodzakelijkheid, een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid wordt aangevoerd.

VI. Onderzoek van de middelen

6. Het is passend het eerste middel laatst te beoordelen.

A. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

6.1.1. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 4 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016) en de daarin vervatte beginselen van transparantie en gelijkheid, van artikel 83 van dezelfde wet, van de artikelen 35, 36 en 76 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), van hoofdstuk 5.32.3 van Vlarem II, van de formelemotiveringsplicht op grond van de artikelen 4, eerste lid, 8°, en 5, eerste lid, 9°, van de rechtsbeschermingswet, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ en van het zorgvuldigheids- en het gelijkheidsbeginsel en het beginsel *patere legem* als algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Zij vat haar middel samen als volgt:

“Doordat, eerste middelonderdeel, de verwerende partij de offerte van de gekozen inschrijver als regelmatig beoordeelt, zonder na te gaan of deze offerte voldoet aan de minimale technische eisen;

Terwijl de offerte van Cos niet kan voldoen aan alle minimale technische eisen, hetgeen in toepassing van artikel 76 in een openbare procedure moet leiden tot de substantiële onregelmatigheid en de wering van de offerte;

En terwijl de verwerende partij erop moet toezien dat zij alle inschrijvers voorziet van dezelfde informatie met betrekking tot de minimale verwachtingen en technische eisen, ingevolge het gelijkheids- en het

transparantiebeginsel; en het patere legem beginsel de aanbestedende overheid verplicht om de minimale eisen die zij oplegt ook effectief na te gaan in de beoordeling van de offertes;

En terwijl het zorgvuldigheidsbeginsel de verwerende partij ertoe verplicht om de offertes grondig te onderzoeken op hun conformiteit met de minimale eisen zoals vermeld in het bestek;

En doordat, tweede onderdeel, de verwerende partij zonder meer aanvaardt dat de gekozen inschrijver een onderhoud voorstelt voor een prijs die één tiende bedraagt van de onderhoudsprijs die de andere inschrijvers voorstellen, zonder inhoudelijk te beoordelen of het voorgestelde onderhoud voldoet aan de vereisten die volgen uit het bestek en de toepasselijke wetgeving, en zonder na te gaan of een dergelijk lage prijs wel normaal kan zijn;

Terwijl de gelijkheid der inschrijvers zich ertegen verzet dat niet-vergelijkbare offertes met elkaar worden vergeleken;

En terwijl het onderhoud dat de gekozen inschrijver heeft aangeboden niet in lijn kan liggen met de verplichtingen inzake het onderhoud die voortvloeien uit het bestek en de toepasselijke bepalingen uit Vlare II, hetgeen de verwerende partij in toepassing van het zorgvuldigheidsbeginsel diende te onderzoeken;

En terwijl de verwerende partij in toepassing van artikel 35 van het KB Plaatsing diende te onderzoeken of een dergelijke lage prijs voor jaarlijks onderhoud wel een normale prijs kan zijn, waarna desgevallend in toepassing van artikel 36 KB Plaatsing een vraag tot prijsverantwoording moest worden gesteld;

En terwijl de formele motiveringsplicht de verwerende partij alleszins ertoe verplicht om in de bestreden beslissing of het gunningsverslag weer te geven waarom het aangeboden onderhoud aan een dergelijk lage prijs voldoet aan de technische en wettelijke eisen die van toepassing zijn in casu én waarom de aangeboden prijs normaal kan worden bevonden.”

In de toelichting bij het eerste middelonderdeel merkt de verzoekende partij op dat de tussenkomende partij in haar offerte technische minimale bestekeisen miskent. Uit die eisen vloeit voort dat elke tribune een ingeschoven diepte moet hebben van minimaal 1800 mm aangezien minstens de twee bovenste rijen stoelen op een vast platform moeten staan en dus niet inschuifbaar mogen zijn, en elke rij een minimum diepte van 900 mm moet hebben. Uit de beoordeling van subcriterium 4.2 ‘Diepte ingeschoven tribune’ blijkt dat de door de tussenkomende partij aangeboden tribune een minimale diepte heeft van 1350 mm wat strijdt met de voormelde bestekeis. Op grond van artikel 76 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 had de verwerende partij de offerte van de tussenkomende partij als niet conform moeten beoordelen en

besluiten tot de substantiële onregelmatigheid ervan. In dezelfde orde is de zorgvuldigheidsplicht en het gelijkheidsbeginsel geschonden.

In ondergeschikte orde merkt de verzoekende partij op dat, indien de tussenkomen de partij een tribune heeft aangeboden waarbij de onderste rijen dieper kunnen inschuiven dan 1800 mm maar de twee bovenste die samen een totale diepte moeten hebben van 1800 mm, over de meer ingeschoven lagere rijen zouden uitsteken, de verwerende partij nog altijd dient vast te stellen dat de diepte waarmee het bestek rekening houdt bij de vaststelling van de ingeschoven diepte, 180 cm bedraagt. Door anders te oordelen bij de beoordeling van het subcriterium 4.2 miskent de verwerende partij het bestek, minstens heeft zij de andere inschrijvers niet op de hoogte gebracht van deze andere interpretatie van de besteisen.

In de toelichting bij het tweede middelonderdeel betoogt de verzoekende partij dat de offerte van de tussenkomen de partij niet vergelijkbaar is in het licht van de in het bestek vereiste onderhoudsplicht voor de tribune.

Zij wijst erop dat in Vlarem II een aantal bepalingen zijn opgenomen inzake het onderhoud van de zaal, tribune inbegrepen. Zo voorziet artikel 5.32.3.8 Vlarem II onder meer dat alle delen van de inrichting, de toestellen en de installaties goed moeten worden onderhouden en dat het materiaal voor brandbestrijding en de elektrische installaties maandelijks dienen te worden gecontroleerd op hun goede staat. In het bestek is geen uitdrukkelijke bepaling inzake het onderhoud opgenomen, wel wordt vermeld dat Vlarem II van toepassing is. De offertes dienen wel een voorstel van jaarlijks onderhoudscontract te bevatten en ze worden getoetst aan het tweede gunningscriterium 'Onderhoud', in het bijzonder subcriterium 2.1 'Jaarlijkse kostprijs voor het onderhoudscontract'.

Uit artikel 5.32.3.8 Vlarem II vloeit voort dat de inschrijver bij zijn prijszetting voor het onderhoudscontract er rekening moet mee houden dat

hij onder meer maandelijks de elektrische installaties van de tribune moet nakijken.

De tussenkomen de partij biedt hiervoor een prijs van 165 euro per jaar, de verzoekende partij 1.024 euro en de sas Master Industrie 1.160 euro.

Uit de prijszetting van de tussenkomen de partij blijkt dat deze onmogelijk een onderhoud kan hebben voorgesteld dat voldoet aan Vlarem II zodat haar offerte een minimale eis miskent.

Voorts merkt de verzoekende partij op dat indien de tussenkomen de partij wel het onderhoud conform Vlarem II zou aanbieden, de verwerende partij nagelaten heeft een prijsonderzoek te verrichten, minstens is hiervan geen spoor te bekennen in de bestreden beslissing. Alleszins, zo besluit de verzoekende partij, is het zorgvuldigheids- en het gelijkheidsbeginsel hier geschonden.

Beoordeling

6.1.2.1. De gekozen inschrijver biedt een tribune aan die in gesloten opstelling een diepte heeft van 1350 mm, maar waarbij de laatste twee rijen – die op één platform zijn bevestigd en het bovenste deel van de ingeschoven tribune uitmaken op een hoogte van, zo merkt de tussenkomen de partij ter terechtzitting op, minstens drie meter – samen een diepte hebben van 1800 mm, dit is tweemaal de bestekvereiste van 900 mm diepte per rij. Voorts blijkt op het eerste gezicht uit de offerte van de tussenkomen de partij dat de overige rijen eveneens een diepte hebben van 900 mm.

In die omstandigheden is geen schending van de bestekeis inzake de diepte van de rijen aangetoond.

Wat de door de verzoekende partij in ondergeschikte orde geformuleerde kritiek betreft, lijkt de verwerende partij met het subcriterium 4.2

‘Diepte ingeschoven tribune’ de meeste punten toe te kennen aan de inschrijving die bij een ingeschoven opstelling van de tribune het meeste ruimte overlaat voor activiteiten in de zaal.

De verzoekende partij toont niet aan dat de verwerende partij de in het eerste middelonderdeel ingeroepen bepalingen en beginselen heeft geschonden door te oordelen dat de gekozen inschrijver een groter gebruik van de polyvalente zaal toelaat, omdat door het concept van de gekozen inschrijver de diepte van de ingeschoven tribune, namelijk 1350 mm, minder is bij de rijen gelegen onder de twee bovenste rijen. Overigens lijkt de verzoekende partij geen belang te hebben bij de kritiek in dit middelonderdeel dat haar slechts minder dan anderhalf punt meer zou kunnen opleveren.

6.1.2.2. In het bestek wordt inderdaad vermeld dat de offerte dient te voldoen aan Vlare II waarvan artikel 5.32.3.8, § 5, luidt:

“Onderhoud en periodieke controle

Alle delen van de inrichting, de toestellen en de installaties worden goed onderhouden. Het materiaal voor brandbestrijding en de elektrische installaties worden maandelijks gecontroleerd op de goede staat door de exploitant of zijn aangestelde. Het waarschuwings- en alarmsysteem worden maandelijks getest. Het brandbestrijdingsmaterieel wordt jaarlijks gecontroleerd door een daarvoor bevoegde instantie. Van die controles en vaststellingen wordt een verslag opgemaakt. Dat verslag wordt bijgevoegd in het veiligheidsdossier.”

De verzoekende partij betoogt in het tweede middelonderdeel in essentie dat de verwerende partij niet heeft onderzocht of de prijs aangeboden door de gekozen inschrijver – 162 euro op jaarbasis – wel een normale prijs is, rekening houdend met de Vlare II-verplichting om onder meer maandelijks de elektrische installaties te controleren.

Op de eerste plaats moet echter worden opgemerkt dat de verzoekende partij in haar offerte evenmin lijkt uit te gaan van een maandelijkse controle door de inschrijver. Overigens lijkt het voormelde Vlare II-artikel toe te laten dat deze maandelijkse controle gebeurt door de exploitant. De verzoekende partij lijkt dan ook geen evident belang aan te tonen bij de kritiek in

dit middelonderdeel wanneer zij het uitgangspunt hanteert dat het gevraagde onderhoud maandelijks zou moeten zijn. Immers, zij verwijt also de gekozen inschrijver iets niet voor te stellen wat zij zelf in haar offerte ook niet heeft gedaan.

In de mate dat de verzoekende partij opmerkt dat de aanbestedende overheid nagelaten heeft een prijsonderzoek uit te voeren, terwijl de prijs geboden door de tussenkomende partij slechts een fractie is van die van de twee andere inschrijvers, mag worden gewezen op de ruime uiteenzetting in de offerte van de tussenkomende partij waarbij die lijkt aan te tonen dat het door haar voorgestelde systeem quasi onderhoudsvrij is. Deze uiteenzetting kan op het eerste gezicht voor de aanbestedende overheid als een aanvaardbare reden gelden om de prijs van de tussenkomende partij niet abnormaal te achten. De verzoekende partij lijkt de verwerende partij te dezen niet te mogen verwijten hierover niet nader te hebben gemotiveerd aangezien de verwerende partij op grond van de gekozen offerte terecht, zo lijkt, hierin geen prijsprobleem onderkende. Overigens mag hier ook worden aangestipt dat de verzoekende partij, zoals uit het eerste middelonderdeel blijkt, wel degelijk op de hoogte lijkt te zijn geweest van het concept van tribune dat de tussenkomende partij kon aanbieden, en hier ook heeft aangeboden.

6.1.2.3. Het middel is niet ernstig.

B. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

6.2.1. De verzoekende partij voert de schending aan van de artikelen 4 en 5 van de rechtsbeschermingswet, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ en van de beginselen inzake de motivering door verwijzing.

Zij vat haar middel samen als volgt:

“Doordat, eerste middelonderdeel, de bestreden gunningsbeslissing voor de motivering verwijst naar een verslag van nazicht van offertes dat niet tijdig, en alleszins niet gelijktijdig met de eindbeslissing, aan de verzoekende partij werd overgemaakt;

[...] Terwijl uit artikel 2 en 3 van Formele Motiveringswet en uit de beginselen inzake de motivering door verwijzing volgt dat de inhoud van de stukken waarnaar wordt verwezen aan de betrokkene ter kennis wordt gebracht, ten laatste samen met de eindbeslissing.

[...] En doordat, tweede middelonderdeel, de bestreden gunningsbeslissing voor de motivering verwijst naar het verslag van nazicht van de offertes dat op het ogenblik van de gunningsbeslissing onbestaande was of alleszins toch pas later werd opgesteld en gefinaliseerd;

[...] Terwijl uit artikel 2 en 3 Formele Motiveringswet en artikel 4, 8° Wet Rechtsbescherming volgt dat de aanbestedende instantie een gemotiveerde beslissing opstelt wanneer ze een opdracht gunt.

[...] En doordat, derde middelonderdeel, de bestreden gunningsbeslissing voor de motivering enkel verwijst naar het verslag van nazicht van de offertes zonder het verslag bij te treden;

[...] Terwijl uit artikel 2 en 3 van de Formele Motiveringswet en uit de beginselen inzake de motivering door verwijzing volgt dat de inhoud van de stukken waarnaar wordt verwezen zelf afdoende gemotiveerd moet zijn en in de uiteindelijke beslissing moeten worden bijgevalen.”

In de toelichting bij het eerste middelonderdeel merkt de verzoekende partij op dat de bestreden beslissing van 11 augustus 2021 verwijst naar een gunningsverslag van 11 augustus 2021. Dit verslag zat echter niet bij de bestreden beslissing zoals die aan de verzoekende partij werd overgemaakt bij brief van 17 augustus 2021.

De verzoekende partij kreeg op vrijdag 20 augustus 2021, nadat zij er zelf om had verzocht, een nazichtsverslag dat dagtekent van 17 augustus 2021. Dit verslag kan echter onmogelijk het verslag zijn waarnaar in de bestreden beslissing wordt verwezen. De verzoekende partij merkt op dat zij bij de redactie van haar verzoekschrift dus nog steeds geen kennis had van het nazichtsverslag dat aan de bestreden beslissing ten grondslag lijkt te liggen. De motiveringsplicht is dan ook volgens haar geschonden.

In de toelichting bij het tweede middelonderdeel betoogt de verzoekende partij dat het verslag van nazicht werd opgesteld nadat de gunningsbeslissing was genomen.

De verzoekende partij kreeg op 20 augustus 2021 een kopie van het gunningsverslag dat op 17 augustus 2021 werd opgesteld. De bestreden beslissing dagtekent echter van 11 augustus 2021 zodat het verslag waarnaar de bestreden beslissing verwijst, dan ook een onbestaand, minstens niet definitief, verslag is. De motiveringsplicht is hierdoor geschonden.

In de toelichting bij het derde middelonderdeel merkt de verzoekende partij op dat de bestreden beslissing het nazichtsverslag niet bijvalt. In de bestreden beslissing is er slechts een formalistische verwijzing naar dit verslag.

Beoordeling

6.2.2.1. Wat het eerste middelonderdeel betreft, dient inderdaad met de verzoekende partij te worden vastgesteld dat het verslag van nazicht dat zij ontving op 20 augustus 2021, de datum van 17 augustus 2021 draagt zodat de indruk zou kunnen ontstaan dat zij het verslag van nazicht waarnaar in de bestreden beslissing van 11 augustus 2021 wordt verwezen, niet heeft ontvangen.

Er mag echter worden aangenomen, zoals de verwerende partij terecht betoogt, dat door het feit dat een eensluidend afschrift van de bestreden beslissing werd gegenereerd op 17 augustus 2021, op die datum het verslag van nazicht opnieuw werd geopend met als gevolg dat de informaticasoftware automatisch de datum heeft aangepast van 11 naar 17 augustus 2021.

Overigens lijkt er geen ander nazichtsverslag dan dat van 11 augustus 2021 te bestaan.

De verzoekende partij heeft aldus met kennis van zaken haar vordering kunnen redigeren.

6.2.2.2. Zo ook wat het tweede middelonderdeel betreft, kan niet worden aangenomen dat het verslag van nazicht met als datum 17 augustus 2021 een ander is dan datgene dat ten grondslag ligt aan de bestreden beslissing.

6.2.2.3. Ten slotte, wat het derde middelonderdeel betreft, wordt in de bestreden beslissing overwogen:

“Gelet op het verslag van mededinging, opgemaakt door de dienst gebouwen en voorgelegd aan het College in zitting van 11 augustus 2021, waaruit blijkt dat de meest voordelige regelmatige offerte werd ingediend door de firma COS nv [...] met een puntentotaal van 86,89/100, en met een totaalprijs van 192.827,68 euro excl. btw.”

Hieruit lijkt te mogen worden afgeleid dat, in de concrete omstandigheden van de zaak, zoals bijvoorbeeld het feit dat het college geen nadere inhoudelijke motivering in reactie op dit verslag heeft gegeven, het zich helemaal heeft geschaard achter dit verslag.

6.2.2.4. Het middel is niet ernstig.

C. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6.3.1. De verzoekende partij voert de schending aan van de artikelen 4 en 83 van de wet overheidsopdrachten 2016, van de artikelen 35 en 36 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, van de artikelen 4, eerste lid, 8°, en 5, eerste lid, 9°, van de rechtsbeschermingswet, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ en van het zorgvuldigheids- en het gelijkheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Zij vat haar middel samen als volgt:

“Doordat de verwerende partij in het gunningsverslag vaststelt dat de inschrijver Master Industrie een abnormaal lage offerteprijs aanbiedt, maar vervolgens zonder meer deze offerte meeneemt in de vergelijking van de offertes;

[...] Terwijl uit de artikelen 35 en 36 KB Plaatsing volgt dat, wanneer de aanbestedende overheid vaststelt dat een offerteprijs abnormaal laag voorkomt, zij verplicht is om een vraag tot prijs verantwoording te stellen aan de betreffende inschrijver, en zij dus niet zonder meer deze offerte mee kan beoordelen;

En terwijl het gelijkheidsbeginsel zich ertegen verzet dat niet-vergelijkbare offertes met elkaar worden vergeleken;

En terwijl het zorgvuldigheidsbeginsel de verwerende partij ertoe verplicht om afdoende rekening te houden met alle relevante elementen in het dossier, waaronder de vaststelling van de abnormaal lage offerteprijs van de inschrijver Master Industrie, zodat deze offerte niet zonder meer kan worden weerhouden;

En terwijl uit de artikelen 4, lid 1, 8° en artikel 5, lid 1, 9° van de Wet Rechtsbescherming en de artikelen 2 en 3 van de Formele Motiveringswet volgt dat de motieven waarop de gunningsbeslissing is gebaseerd, terug te vinden moeten zijn in de gunningsbeslissing.”

In de toelichting bij het middel betoogt de verzoekende partij in essentie dat de totaalprijs van de offerte van de sas Master Industrie nader had moeten worden onderzocht en dat die offerte eventueel diende te worden geweerd. Zo is de quoterings bij het prijs criterium door deze handelwijze sterk beïnvloed.

Beoordeling

6.3.2. Zoals hiervoor vastgesteld is het derde middel niet ernstig.

Met het tweede middel beoogt de verzoekende partij de offerte van de tussenkomen partij onregelmatig te verklaren. Ook dit middel werd niet ernstig bevonden zodat hieruit lijkt voort te vloeien dat de positie van de offerte van de gekozen inschrijver als de economisch meest voordelige inschrijving niet lijkt te worden aangetast.

Met het eerste middel richt de verzoekende partij zich tot de offerte van de sas Master Industrie. Bij deze kritiek lijkt de verzoekende partij, zoals zij zelf lijkt aan te geven ter terechtzitting, echter geen belang te hebben. Immers, haar verhouding in de rangschikking ten aanzien van de gekozen inschrijver lijkt door deze kritiek niet te worden beïnvloed, minstens toont de verzoekende partij het tegendeel niet aan.

Het middel is niet ernstig.

VII. Besluit

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

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Cos 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
zevenentwintig september tweeduizend eenentwintig, door de Raad van State,
XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,
bijgestaan door

Greta Scheveneels,

De griffier

Greta Scheveneels

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De voorzitter

Pierre Barra