

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 255.545 van 20 januari 2023
in de zaak A. 237.951/XII-9302**

In zake: de NV HEYRMAN - DE ROECK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Kris Lemmens en Ellen Gerits
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
De Burburestraat 6-8, bus 5
bij wie woonplaats wordt gekozen
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Sophie Bleux
kantoor houdend te 1000 Brussel
Regentschapsstraat 58, bus 8

tegen:

LEEFMILIEU BRUSSEL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Charles-Henri de La Vallée Poussin en
Jan van Riet
kantoor houdend te 1050 Brussel
Eugène Flageyplein 7
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV SPORTINFRABOUW
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Joris Wouters en Geert Van Engelgem
kantoor houdend te 2600 Antwerpen-Berchem
Borsbeeksebrug 36
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 19 december 2022, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[d]e beslissing van [Leefmilieu Brussel] van 28 november 2022 waarbij de offerte

van [de nv Heyrman-De Roeck] nietig wordt verklaard wegens substantieel onregelmatig voor de overheidsopdracht voor werken met als voorwerp ‘Renovatie van de renbaan en de historische omheining van de renbaan van Bosvoorde’ en kenmerk 2022G0220 en waarbij de opdracht wordt gegund aan een andere doch niet gekende inschrijver”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 3 januari 2023 heeft de nv Sportinfrabouw gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 10 januari 2023.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Sophie Bleux en Ellen Gerits, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaten Jan van Riet en Charles-Henri de La Vallée Poussin, die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaat Geert Van Engelgem, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Thomas Maes heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor werken met als voorwerp ‘Renovatie van de renbaan en de historische omheining van de renbaan van Bosvoorde’.

Er wordt geopteerd voor een openbare procedure met de prijs als enig gunningscriterium.

3.2. De opdracht wordt aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen van 8 september 2022.

3.3. In het eerste deel ‘Administratieve bepalingen’ van het toepasselijk bestek wordt het voorwerp van de opdracht als volgt toegelicht:

“I.1 Beschrijving van de opdracht

[...]

Het doel van de werkzaamheden waarop dit bestek betrekking heeft, is de aanlegging van de piste van het oude hippodroom van Bosvoorde (Renovatie van een deel van de oude piste en renovatie van de binnenomheining).

Meer in het bijzonder gaat het om:

- De herprofilering van de renbaan om deze aan te passen aan het gebruik, het oplossen van het probleem van het stilstaand regenwater en de afbakening van de opmars van de bosrandvegetatie;
- De renovatie van de bekleding;
- De vervanging van de binnenomheining, die een overblijfsel is van de paardgerelateerde activiteiten, waarbij het esthetische aspect van de historische referentieperiode van de jaren 1950 wordt hersteld.

De omheining is een op maat te maken element.

Plaats van uitvoering : Hippodrome de Boitsfort, 1000 Brussel

Verdeling in percelen:

Na analyse heeft de aanbestedende overheid beslist de opdracht niet in percelen te verdelen om de volgende redenen:

De omheining die in het kader van deze werkzaamheden moet worden gerenoveerd, is vrij ongewoon en gebouwd volgens een oud model waarvoor nieuwe mallen en op maat gemaakte onderdelen moeten worden vervaardigd. Gelet op het bijzondere karakter van de renovatie van de omheining werd het mogelijk geacht dat er geen aannemer zou zijn voor dit deel van de werken en dat er geen kandidaten zouden zijn voor een geïsoleerd perceel ‘omheining’, met als gevolg dat er een nieuwe opdracht

zou moeten worden gelanceerd die voor een vertraging zou zorgen voor de beëindiging van de werken vóór september 2023.

Sociale clausules

In het kader van deze opdracht wil de aanbesteder de sociale cohesie versterken door een inspanning te leveren voor socioprofessionele integratie. Daartoe is voorzien in een sociale clausule voor onderaanneming.”

Wat de vorm en de inhoud van de offerte betreft, bevat het bestek in artikel I.8 een opsomming van negen documenten die door de inschrijvers bij de offerte moeten worden gevoegd:

“Documenten bij te voegen

De inschrijver voegt bij zijn offerte :

[...]

- de door elke sociale inschakelingsonderneming naar behoren ondertekende verbintenis om haar middelen ter beschikking te stellen van de opdrachtnemer voor de uitvoering van deze opdracht (sociale clausule [in vette druk]);
- een nota met betrekking tot de productie en installatie van de omheining [in vette druk], met vermelding van de planning voor het geheel van stappen en een schatting van de tijd die nodig is voor de productie en installatie van de omheining.”

In het tweede deel ‘Contractuele bepalingen’ van het bestek, wordt de volgende bepaling opgenomen inzake de sociale clausule voor onderaanneming:

“II.11. Sociale clausule voor onderaanneming

Overeenkomstig artikel 87 van de wet van 17 juni 2016 betreffende de overheidsopdrachten verbindt de opdrachtnemer zich ertoe om, in het kader van de uitvoering van de opdracht, acties uit te voeren voor de socioprofessionele integratie van mensen met een handicap of kansarmen, die bijzonder moeilijk te plaatsen zijn.

De opdrachtnemer kan aan deze vereiste voldoen door één of meerdere sociale inschakelingsondernemingen in te schakelen als onderaannemers. Voor deze opdracht gaat het om werkzaamheden op het gebied van tuinieren/vegetatiebeheer.

[...]

Deel van de opdracht in onderaanneming

De posten waarop deze sociale clausule betrekking heeft, zijn de volgende:

Hoofdstuk II. Voorbereidende werken en selectieve afbraakwerken

Nr. 19 Ref. K.10.1. Snoeien en vellen van hoge bomen, inclusief opruiming

Nr. 20 Ref. K. Verwijdering van struikgewas met opruiming

Hoofdstuk III. Grondwerken

Nr. 1.2 Ref D.3. Inzaaien van gekapte oppervlakken

Te leveren documenten

De opdrachtnemer moet de volgende documenten aan de aanbesteder overhandigen vóór de datum die is vastgelegd voor het begin van de activiteiten van elke sociale inschakelingsonderneming waarop in de loop van de opdracht door de opdrachtnemer een beroep zal worden gedaan:

- de door elke sociale inschakelingsonderneming naar behoren ondertekende verbintenis om haar middelen ter beschikking te stellen van de opdrachtnemer voor de uitvoering van deze opdracht;
- het bewijs dat de sociale inschakelingsonderneming(en) daadwerkelijk aan de in punt 1 vermelde voorwaarden voldoet/voldoen, waarbij dat bewijs wordt geleverd:
 - Of door een erkenning (tijdelijk of voor onbepaalde duur) af te geven die geldig is op het moment dat een beroep moet worden gedaan op de sociale inschakelingsonderneming(en);
 - Of door een dossier af te geven dat aantoont dat wordt voldaan aan de voorwaarden in punt 1.
- het bewijs dat de sociale inschakelingsonderneming(en) in verhouding tot haar/hun deelneming aan de opdracht voldoet/voldoen aan de bepalingen betreffende de erkenning van aannemers van werken, indien de wet dit voorschrijft.

[...]

Elke weigering om deze documenten te verstrekken, kan worden beschouwd als een gebrekkige uitvoering in de zin van artikel 44, § 1 AUR en kan, indien naar behoren vastgesteld, bestraft worden overeenkomstig de reglementaire bepalingen.

Controle op de uitvoering van de sociale clausule

De aanbesteder kan in elk stadium van de uitvoering van de opdracht de daadwerkelijke uitvoering van de sociale clausule voor inschakeling controleren.

Het is absoluut noodzakelijk dat de aanbesteder de gevraagde documenten heeft ontvangen op de in de opdrachtdocumenten vermelde tijdstippen.

[...].”

In artikel II.4 ‘Uitvoeringstermijn’ worden de volgende termijnen opgenomen:

“Alle bovenvermelde termijnen zijn strikte termijnen.

Duur van de opdracht: Uitvoeringstermijn + 12 maanden garantieperiode voor de renovatie van de piste. Voor de specifieke garantie van de omheining, zie technische bepalingen.

Uitvoeringstermijn:

Studies en voorbereidende werkzaamheden: 30 kalenderdagen te tellen vanaf de kennisgeving van de opdracht.

Tijdelijke termijn: De opdrachtnemer moet binnen 15 werkdagen na de kennisgeving van de opdracht alle documenten verstrekken die nodig zijn voor de aanvraag van de bouwplaatsvergunning.

Werkzaamheden (met inbegrip van de productiefase van de elementen van de omheining): 120 werkdagen.

Tijdelijke termijn: Renovatie van de piste: 30 werkdagen te rekenen vanaf de dag waarop de opdracht voor de aanvang van de werken wordt gegeven. Opmerkingen over de duur en de uitvoeringstermijn: Het onderzoek en de vervaardiging van de omheining zullen parallel worden uitgevoerd met de uitvoering van de voorbereidende werken van het terrein en de renovatie van de piste.”

3.4. Vier inschrijvers dienen een offerte in, waaronder de verzoekende partij en de nv Sportinfrabouw.

3.5. Op vraag van de verwerende partij met een e-mailbericht van 7 november 2022, bezorgt de nv Sportinfrabouw met een e-mailbericht en brief van 10 november 2022 een nota met betrekking tot de productie en installatie van de omheining en een prijsverantwoording.

In die nota specificeert zij de termijnen die nodig zijn voor de productie van de omheining (bestelling van de mallen en productie van de palen) en voor de installatie van de omheining (start plaatsing van de palen, plaatsen van de horizontale reling uit hout, schilderen grondlaag, schilderen tussenlaag, en schilderen eindlaag).

3.6. Op 22 november 2022 wordt een gunningsverslag opgesteld.

Bij het regelmatigheidsonderzoek worden onder meer de volgende vaststellingen gedaan ten aanzien van de offertes van de verzoekende partij en de nv Sportinfrabouw:

“1. Heyrman-De Roeck nv

Analyse van de substantiële onregelmatigheden:

De offerte is elektronisch ondertekend door dhr. Koen Heyrman, bestuurder Sociale clausule:

Het bestek voorziet een sociale clausule van onderaannemerschap voor de posten nr. 19 en nr. 20 van het hoofdstuk II voorbereidende werken en de selectieve afbraakwerken en nr. 1.2 Grondverzetwerken.

In zijn offerte heeft de inschrijver niet aangegeven te werken met een onderaannemer via een sociale-economiebetrekking.

Artikel 76 van het Koninklijk besluit van 18 april 2017 stelt dat:

[...]

Aangezien de sociale clausule omtrent onderaannemers respecteren integraal deel uitmaakt van de minimale marktvereisten, leidt het niet respecteren ervan tot een substantiële onregelmatigheid en wordt de offerte ongeldig verklaard omwille van bovengenoemd artikel 76 § 3.”

en

“4. Sportinfrabouw nv

Analyse van de substantiële onregelmatigheden:

De offerte is elektronisch ondertekend door dhr. Frank Verbiest, bestuurder

Analyse van de niet-substantiële onregelmatigheden:

De inschrijver heeft het offerteformulier en de ingevulde meetstaat aan zijn offerte toegevoegd.

De inschrijver heeft aangegeven aan een herintegratieonderneming uit de sociale economie de posten van de meetstaat voorzien in de sociale clausule in onderaanneming te geven.

Er werd geen enkele berekeningsfout vastgesteld in de financiële offerte van de onderneming Sportinfrabouw.

De inschrijver heeft aan zijn offerte geen nota toegevoegd over de installatie van de omheining. Desalniettemin beschouwt het opdrachtgevend bestuur dit als een niet-substantiële onregelmatigheid.”

De offertes van de twee andere inschrijvers worden om dezelfde reden als de offerte van de verzoekende partij onregelmatig verklaard.

Er wordt voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de onderneming “met de enige regelmatige offerte”, zijnde de nv Sportinfrabouw.

3.7. Op 28 november 2022 beslist de verwerende partij, verwijzend naar het gunningsverslag, om de opdracht te gunnen aan de nv Sportinfrabouw.

Dit is de bestreden beslissing.

IV. Tussenkoms

4. De nv Sportinfrabouw blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg wordt haar verzoek tot tussenkoms ingewilligd.

V. Regelmatigheid van de rechtspleging

5. Op 6 januari 2023 legt de verzoekende partij een pleitnota neer waarin zij een nieuw, tweede middel ontwikkelt.

Op 10 januari 2023 legt de verwerende partij een pleitnota neer in repliek op de pleitnota van de verzoekende partij.

6. Het procedurereglement kort geding voorziet niet in de mogelijkheid tot het indienen van dergelijke nota. Te dezen heeft de verzoekende partij haar pleitnota echter gesteund op gegevens die zij pas kon kennen bij inzage van de stukken van het administratief dossier. In die omstandigheden is de toelichting in deze nota ontvankelijk in het debat gebracht. Hetzelfde geldt voor de pleitnota van de verwerende partij, voor zover die een repliek bevat op de pleitnota van de verzoekende partij.

VI. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

7. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, gelezen in samenhang met de artikelen 15 en 31 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’, 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.

VII. Onderzoek van het tweede middel

Standpunt van de partijen

8. In een pleitnota ontwikkelt de verzoekende partij, na kennisname van de gunningsbeslissing en het gunningsverslag neergelegd in het administratief dossier, een nieuw, tweede middel.

Zij voert daarin de schending aan van de artikelen 4 en 83 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), van artikel 76 het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’, van “[h]et gelijkheidsbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur en de artikelen 10 en 11 van de Grondwet”, van het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht als beginselen van behoorlijk bestuur, en van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’.

De verzoekende partij vat het middel samen als volgt:

“Doordat aan de offerte van de tot tussenkomst verzoekende partij geen nota werd toegevoegd over de installatie van de omheining, dit beschouwd wordt als een niet-substantiële onregelmatigheid en de offerte regelmatig wordt bevonden;

Dat verwerende partij in de nota met opmerkingen stelt dat het voegen van ‘de door elke sociale inschakelingsonderneming naar behoren ondertekende verbintenis om haar middelen ter beschikking te stellen van de opdrachtnemer voor de uitvoering van deze opdracht’ een absolute verplichting is en het niet-voegen geleid heeft tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte van verzoekende partij;

Terwijl op grond van artikel 4 van de Overheidsopdrachtenwet en het gelijkheidsbeginsel inschrijvers op een gelijke en niet-discriminerende wijze moeten worden behandeld;

Dat op grond van artikel 83 van de Overheidsopdrachtenwet en artikel 76 van het KB Plaatsing een aanbestedende overheid de regelmatigheid van de offertes moet onderzoeken;

Dat artikel I.8 van het bestek zowel het voegen van ‘de door elke sociale inschakelingsonderneming naar behoren ondertekende verbintenis om haar middelen ter beschikking te stellen van de opdrachtnemer voor de uitvoering van deze opdracht’ vermeldt, als het voegen van de nota met

betrekking tot de installatie van de omheining, ‘met vermelding van de planning voor het geheel van stappen en een schatting van de tijd die nodig is voor de productie en installatie van de omheining’;

Dat het voegen van beide documenten bovendien op exact dezelfde wijze is voor[ge]schreven door [het] bestek;

Dat door zowel (in de nota met opmerkingen) te oordelen dat het voegen van ‘de door elke sociale inschakelingsonderneming naar behoren ondertekende verbintenis om haar middelen ter beschikking te stellen van de opdrachtnemer voor de uitvoering van deze opdracht’ een absolute verplichting is waarbij het niet-voegen leidt tot de substantiële onregelmatigheid, als in de gunningsbeslissing te oordelen dat het niet-voegen van de nota inzake de installatie van de omheining een niet-substantiële onregelmatigheid vormt, verwerende partij inschrijvers op een ongelijke en discriminerende wijze behandelt en zodoende artikel 4 van de Overheidsopdrachtenwet, alsook het gelijkheidsbeginsel schendt;

Dat door in de gunningsbeslissing te oordelen dat de bestekbepaling inzake de nota m.b.t de installatie van de omheining geen minimale of substantiële bestekbepaling betreft en de afwezigheid een niet-substantiële onregelmatigheid betreft, het vaststaat dat de bestekbepaling inzake het voegen van een verbintenis van een sociale inschakelingsonderneming eveneens geen minimale of substantiële bestekbepaling betreft en dat de afwezigheid ervan hoogstens een niet-substantiële onregelmatigheid betreft;

Dat verwerende partij artikel 4 van de Overheidsopdrachtenwet en het gelijkheidsbeginsel geschonden heeft door de offerte van verzoekende partij substantieel onregelmatig te verklaren;

Dat verwerende partij geen zorgvuldig regelmatigheidsonderzoek gevoerd heeft conform artikel 83 van de Overheidsopdrachtenwet, artikel 76 van het KB Plaatsing en het zorgvuldigheidsbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur;

Dat alleszins niet gemotiveerd wordt waarom het niet-voegen van een nota m.b.t. de installatie van een omheining een niet-substantiële onregelmatigheid betreft en het niet-voegen van een verbintenis van een inschakelingsonderneming een substantiële onregelmatigheid zou vormen, zodat de artikelen 2 en 3 van de Formelemotiveringswet geschonden zijn.”

9. In haar pleitnota betwist de verwerende partij de ontvankelijkheid van het nieuwe middel. Zij stelt dat het middel ertoe strekt de offerte van de gekozen inschrijver als substantieel onregelmatig te laten verklaren zodat geen enkele van de ingediende offertes regelmatig zou zijn, terwijl uit arrest nr. 253.997 van 14 juni 2022 van de Raad van State zou volgen dat dit niet volstaat.

10. Vervolgens stelt de verwerende partij dat het nieuwe middel niet ernstig is. Volgens haar gaat de verzoekende partij in haar pleitnota voorbij aan de

verschillende elementen die wijzen op het essentiële karakter van de sociale clausule.

Ten eerste was het opnemen van een sociale clausule een verplichting voor de verwerende partij die volgt uit de omzendbrief van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 26 november 2020 ‘betreffende de verplichting om sociale clausules op te nemen in de gewestelijke overheidsopdrachten’. Doordat de verzoekende partij geen verbintenis heeft gevoegd met een sociale inschakelingsonderneming en op die manier niet heeft voldaan aan de sociale clausule voor onderaanneming, was het niet mogelijk om de offertes te vergelijken. Het is immers niet onmogelijk dat een inschrijver verplicht is de prijs van zijn bod voor de betrokken posten te verhogen, omdat hij verplicht is samen te werken met een onderneming uit de sociale inschakelingseconomie.

Ten tweede werd de sociale clausule opgenomen in het voorwerp van de opdracht (artikel I.1 van het bestek), in een passage die duidt op het uitzonderlijk belang van de sociale clausule en de beweegreden ervan, wat een indicatie is van het essentiële karakter, terwijl, anders dan wat de verzoekende partij beweert, nergens in dat artikel aandacht wordt besteed aan het uitzonderlijk belang van de nota met betrekking tot de omheining. Hoogstens wordt in dat artikel verwezen naar het “bijzondere karakter van de renovatie van de omheining” om te besluiten de opdracht niet in percelen te verdelen, wat niet kan worden gezien als een bevestiging van het beweerd essentiële karakter van de voormelde nota.

Ten slotte wijst de verwerende partij erop dat zij de vereiste tot het voegen van een “nota met betrekking tot de productie en installatie van de omheining”, terecht als niet-substantieel mocht beschouwen, omdat het ontbreken van de nota haar niet belette “om de kwaliteit van de ingediende offertes te beoordelen, de prijzen tussen de verschillende offertes te vergelijken of na te gaan of de offertes aan de technische clausules voldeden”. Daarnaast wijst zij erop dat de in het bestek beschreven uitvoeringstermijnen verplicht zijn, zodat een gebrek aan gedetailleerde planning met betrekking tot de productie van de omheining hoe dan ook geen invloed kon hebben op de naleving van de termijnen zoals voorgeschreven in het bestek.

Beoordeling

Wat de exceptie van gebrek aan belang bij het middel betreft

11. Een inschrijver wiens offerte onregelmatig is verklaard, zoals te dezen de verzoekende partij, heeft in beginsel geen belang om de gunning van een overheidsopdracht aan een concurrerende inschrijver aan te vechten, tenzij uit de middelen blijkt dat zijn offerte ten onrechte onregelmatig werd verklaard of dat de opdracht aan geen enkele inschrijver rechtsgeldig mocht worden toegewezen.

Het arrest van de Raad van State nr. 253.997 van 14 juni 2022 waar de verwerende partij naar verwijst, lijkt dit op het eerste gezicht niet in vraag te stellen. Daarin lijkt integendeel enkel de rechtspraak te worden bevestigd dat een definitief uitgesloten inschrijver het recht kan worden ontzegd om beroep in te stellen tegen de beslissing tot gunning van de opdracht (zie ook HvJ 21 december 2016, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung en Caverion Österreich GmbH*, C-355/15, punten 31 en 36).

12. Te dezen blijken vier inschrijvers een offerte te hebben ingediend, en zijn drie ervan, waaronder die van de verzoekende partij, als substantieel onregelmatig geweerd, wat het voorwerp uitmaakt van het eerste middel.

Het nieuwe, tweede middel strekt er niet enkel toe aan te tonen dat de offerte van de gekozen inschrijver als substantieel onregelmatig had dienen te worden verworpen, maar ook en vooral dat artikel 4 van de wet overheidsopdrachten 2016 en het gelijkheidsbeginsel werden geschonden, zodat de opdracht aan geen enkele inschrijver rechtsgeldig mocht worden gegund.

Als een schending van het gelijkheidsbeginsel wordt vastgesteld, zal de verwerende partij de plaatsingsprocedure dienen te hervatten en zal zij hetzij de offerte van de tussenkomen partij substantieel onregelmatig moeten verklaren wegens het ontbreken van de nota met betrekking tot de productie en installatie van de omheining in haar offerte – zodat de opdracht aan geen enkele inschrijver kan worden gegund –, hetzij aan de drie andere inschrijvers waarvan de offerte

onregelmatig werd bevonden de mogelijkheid moeten bieden alsnog te voldoen aan de sociale clausule. In de beide gevallen lijkt het niet bij voorbaat uitgesloten dat de verzoekende partij dan nog kans maakt op de gunning van de opdracht.

13. De exceptie van gebrek aan belang bij het middel wordt verworpen.

Wat de ernst van het middel betreft

14. De verzoekende partij doet in dit middel in essentie gelden dat het gelijkheidsbeginsel werd geschonden bij het nemen van de bestreden beslissing waarbij haar offerte substantieel onregelmatig werd verklaard omwille van het niet bijvoegen van een verbintenis van een socialeinschakelingsonderneming, terwijl er bij de offerte van de gekozen inschrijver slechts een niet-substantiële onregelmatigheid werd vastgesteld hoewel deze bij zijn offerte geen nota met betrekking tot de productie en installatie van de omheining heeft gevoegd.

15. Overeenkomstig artikel 4, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 behandelen de aanbesteders de ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en handelen zij op transparante en proportionele wijze.

Het gelijkheidsbeginsel verzekert in het overheidsopdrachtenrecht het gelijk speelveld tussen de inschrijvers. De gelijkheid van de inschrijvers is een van de kernprincipes die aan de gunning van overheidsopdrachten ten grondslag ligt. Het gelijkheidsbeginsel houdt onder meer in dat een ongelijke behandeling van vergelijkbare gevallen verboden is, tenzij daarvoor een objectieve en redelijke verantwoording bestaat.

16. De voorliggende opdracht betreft zowel de renovatie van de renbaan als die van de historische omheining van deze renbaan.

Uit artikel I.1 ‘Beschrijving van de opdracht’ van het bestek blijkt dat naast het werken met een sociale inschakelingsonderneming (de zogenaamde sociale clausule), ook de renovatie van de omheining een belangrijk

onderdeel van de opdracht vormt. Daarbij wordt erop gewezen dat de binnenomheining “een overblijfsel is van de paardgerelateerde activiteiten, waarbij het esthetische aspect van de historische referentieperiode van de jaren 1950 wordt hersteld”, en de omheining “een op maat te maken element” is. Het feit dat “het bijzondere karakter van de renovatie van de omheining” eveneens wordt vermeld als motief om de opdracht niet in percelen te verdelen, lijkt daaraan op het eerste gezicht geen afbreuk te doen.

In artikel I.8 ‘Vorm en inhoud van de offerte’ van het bestek wordt gevraagd een negental documenten toe te voegen aan de offerte, waaronder “de door [een] sociale inschakelingsonderneming naar behoren ondertekende verbintenis om haar middelen ter beschikking te stellen van de opdrachtnemer voor de uitvoering van deze opdracht (sociale clausule)” alsook een nota “met betrekking tot de productie en installatie van de omheining, met vermelding van de planning voor het geheel van stappen en een schatting van de tijd die nodig is voor de productie en installatie van de omheining”.

Er kan reeds op het eerste gezicht niet om de vaststelling heen dat in die opsomming enkel de sociale clausule en de nota met betrekking tot de productie en installatie van de omheining in vette druk zijn opgenomen, klaarblijkelijk om het belang ervan voor de aanbestedende overheid te benadrukken. Dit lijkt erop te wijzen dat beide documenten in gelijke mate als belangrijk worden beschouwd.

17. De Raad van State acht het in het kader van de voorliggende procedure niet nodig om zich uit te spreken over de vraag of het voegen bij de offerte van de verbintenis van een sociale inschakelingsonderneming – vraag die ten grondslag ligt aan (het eerste onderdeel van) het eerste middel – dan wel van de nota met betrekking tot de omheining, nu al dan niet behoort tot de minimale eisen waaraan elke inschrijver moet voldoen. Er lijken voor de beide documenten argumenten te bestaan in de ene en de andere zin.

Wél lijkt de verwerende partij met de voornoemde vereiste van artikel I.8, waarin wordt gevraagd een aantal documenten toe te voegen aan de offerte, verschillend te zijn omgegaan naar gelang het de ondertekende verbintenis

van een sociale inschakelingsonderneming betreft, dan wel de nota met betrekking tot de productie en installatie van de omheining.

Drie van de vier inschrijvers hebben de ondertekende verbintenis niet bij hun offerte gevoegd en deze offertes worden blijkens het gunningsverslag onregelmatig verklaard omdat de inschrijvers in hun offerte “niet [hebben] aangegeven te werken met een onderaannemer via een sociale-economiebetrekking”. De verwerende partij beschouwt het voegen van de verbintenis van een sociale inschakelingsonderneming bij de offerte bijgevolg als een essentiële vereiste.

Daarentegen meent de verwerende partij dat het niet voegen van de nota met betrekking tot de productie en installatie van de omheining, niet als een substantiële onregelmatigheid te beschouwen is. Uit het administratief dossier blijkt immers dat zij de gekozen inschrijver, die deze nota niet bij zijn offerte had gevoegd, nog de kans heeft gegeven dit document na de opening van de offertes te bezorgen. In het gunningsverslag wordt over het niet-bijvoegen van de betrokken nota door de gekozen inschrijver enkel gesteld dat “het opdrachtgevend bestuur dit als een niet-substantiële onregelmatigheid [beschouwt]”.

18. Uit het voorgaande lijkt op het eerste gezicht te volgen dat de verwerende partij door in het gunningsverslag, zonder enige nadere toelichting, te oordelen dat het bijvoegen van de betrokken nota inzake de omheining slechts een niet-substantiële onregelmatigheid vormt, terwijl zij het niet-voegen van de ondertekende verbintenis van een sociale inschakelingsonderneming, wél als dusdanig beschouwt, de inschrijvers niet gelijk te hebben behandeld wat de naleving van de voornoemde vereiste van artikel I.8 betreft.

Haar argumentatie dat het niet-bijvoegen van de betrokken nota, in tegenstelling tot de ondertekende verbintenis, de beoordeling van de offerte van de betrokken inschrijver of de vergelijking ervan met de andere offertes niet verhindert of dat het de verbintenis van de inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren niet onvolledig noch onzeker maakt, overtuigt op het eerste gezicht niet. De betrokken nota lijkt immers geen vrijblijvend document te zijn met zomaar wat additionele informatie. De daarmee te

verstrekken informatie lijkt integendeel belangrijk voor de controle op de naleving van de uitvoeringstermijnen, wat op zich een invloed kan hebben op de prijs, zijnde het enig gunningscriterium. De verzoekende partij maakt ter terechtzitting op het eerste gezicht aannemelijk dat ook “de manier van plaatsen” van de omheining een impact heeft op de prijs. De betrokken nota lijkt op het eerste gezicht inderdaad ook van belang om de technische conformiteit van de ingediende offertes te beoordelen. Blijkens artikel I.1 van het bestek is deze te renoveren omheining immers “vrij ongewoon en gebouwd volgens een oud model waarvoor nieuwe mallen en op maat gemaakte onderdelen moeten worden vervaardigd”.

19. Gelet op het voorgaande, concludeert de Raad van State in de huidige stand van het geding dat de verwerende partij de offerte van de verzoekende partij en die van de gekozen inschrijver ongelijk heeft behandeld, zonder dat deze ongelijke behandeling, op het eerste gezicht, steunt op een objectieve en redelijke verantwoording.

20. In die mate is het tweede middel ernstig en volstaat dit om de bestreden beslissing te schorsen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Sportinfrabouw tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van Leefmilieu Brussel van 28 november 2022 waarbij in het kader van de opdracht voor werken met als voorwerp ‘Renovatie van de renbaan en de historische omheining van de renbaan van Bosvoorde’ de offerte van de nv Heyrman-De Roeck substantieel onregelmatig wordt verklaard en waarbij de opdracht wordt gegund aan de nv Sportinfrabouw.

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

Patricia De Somere,	staatsraad, waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Patricia De Somere