

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 258.040 van 28 november 2023

in de zaak A. 240.396/XII-9423

In zake: de NV LESUCO
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Barteld Schutyser en Gauthier Vlassenbroeck
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 99
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE BEVEREN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Gitte Laenen en Ann-Sofie Custers
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
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 31 oktober 2023, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van de gemeente Beveren van 18 september 2023 [...] om de opdracht ‘Aanleg van 6 kunstgrasterreinen voetbal’ aan Sportinfrabouw te gunnen en aan Lesuco niet te gunnen”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 13 november 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 21 november 2023.

Staatsraad Inge Vos heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Barteld Schutyser, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaten Robin Depoorter en Benjamin Gorrebeeck, die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaat Geert Van Engelgem, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Frederic Eggermont heeft een andersluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor werken met als voorwerp ‘Aanleg van 6 kunstgrasvelden voetbal – Gemeente Beveren’.

De verwerende partij kiest voor de openbare procedure.

De opdracht wordt nationaal bekendgemaakt.

Het op de opdracht toepasselijk bijzonder bestek met referentie 2023/8220 bepaalt de prijs als het enig gunningscriterium.

De technische bepalingen van het bijzonder bestek bevatten onder meer de volgende, voor het geschil relevante, technische vereisten met betrekking tot de schokabsorberende, waterdoorlatende laag of het “prefab shockpad” onder het kunstgras en met betrekking tot het kunstgras van de gevraagde kunstgrasterreinen, wat het aan te leggen terrein op de site te Haasdonk betreft.

“3 – SPORTTECHNISCHE VERHARDINGEN & ZONES

3.1 – Schokdempende laag (prefab shockpad).

VH 8.136,00 m²

Toepassing

Beschrijving en materialen:

Deze schokabsorberende, waterdoorlatende laag komt onder het kunstgras en garandeert alle criteria van veiligheid, comfort en prestaties. Deze laag bestaat uit een prefab versie.

Aan te leveren en eisen:

- Naam van de gebruikersidentificatie
- Natuur
- Dikte
- Dichtheid
- Kleur

Eisen:

- Vertical deformation: 7 (± 10%)
- Shock absorption: 40 (± 10%)
- Thickness: min. 10 mm
- PE gesloten cellenstructuur

De aanneming moet een proces-verbaal voorleggen dat de afkomst van de onderdelen en hun kwaliteit aantoont.

Monster van het voorgesteld model bij de inschrijving voegen.

[...]

3.2 – Kunstgras met kurkinvulling

VH 8.136,00 m²

Toepassing

Deze post omvat de levering en plaatsing van een gecertificeerd FIFA QUALITY PRO kunstgrassysteem voor voetbal.

Het kunstgrastapijt bestaat uit een synthetisch grondweefsel (gras backing type), ook wel draagdoek of tuft doek genaamd, waarin de kunstgrasvezels worden getuft en dat daarna aan de onderzijde wordt afgewerkt met een latex coating. [...]

De vulling van het kunstgrastapijt bestaat uit:

- * gedroogd gekalibreerd kwartszand 0.4 – 1 mm

* natuurlijke kurkinvulling met volgende eigenschappen:

° particle size range: between 0.8 – 2

° bulk density (kg/m³): 125 (± 10%)

Hoeveelheden volgens homologatietest.

Kwalitatieve analyse

Om de intrinsieke kwaliteit van het systeem en verouderingsproces te kunnen beoordelen dient de inschrijver volgende elementen aan zijn offerte te voegen:

- Technische fiche van het tapijt met alle gegevens van de fabrikant
- Een staal
- Technische beschrijving van de vulling van het tapijt
- Een staal van de vulling
- een FIFA Football Turf LABORATORY TEST REPORT van een erkend labo, met vermelding van vooropgenoemde fysische karakteristieken, alle sportieve waarden van het systeem (versnelling, terug botsen, rolbeweging van de bal...); evenals de testen betreffende de veroudering en het prestatievermogen.
- Bij te voegen bij inschrijving:
 - ° Onderhoudsvoorschriften: omschrijving, frequentie, kosten
 - ° De waarborg: alle details en termijnen

Het kunstgrastapijt beantwoordt aan de volgende minimumeisen dewelke zullen afgecheckt worden aan de hand van een testrapport uitgevoerd door een erkend laboratorium:

- Carpet mass per unit area (g/m²) min. 2.600
- Tufts per unit area (m²) min. 9.500
- Pile length above backing (mm) min. 50 mm
- Pile weight (g/m²) min. 1.450
- Water permeability of carpet (mm/h) $\geq$ 1.750
- Belijning: wit, 10 cm breed, volgens voorschriften van de KBVB Voetbal Vlaanderen.

De inschrijver voegt bij zijn inschrijving een technische specificatie van het systeem en een onderzoekersrapport van een erkend laboratorium waaruit de technische eigenschappen en de speleeigenschappen van het tapijt blijken.

ER WORDT GEEN REKENING GEHOUDEN MET $\pm$ 10%! ENKEL DE WAARDE VAN DE 'PRODUCT IDENTIFICATION TEST RESULT' TELT.

Indien dit niet zo zou blijken wordt de inschrijving als nietig beschouwd. Eveneens wordt er geen rekening gehouden met de uitleg dat er een testrapport zal worden opgemaakt na aanbesteding.
[...].”

De artikelen 7.1, 11.1, 15.1, 19.1 en 23.1, respectievelijk 7.2, 11.2, 15.2, 19.2 en 23.2, van de technische bepalingen van het bijzonder bestek bevatten, behoudens een aanpassing van de vermoedelijke hoeveelheden, analoge

technische vereisten wat de overige aan te leggen terreinen op de andere sites betreft.

3.2. Vier inschrijvers dienen een offerte in:

- de nv Lesuco (de verzoekende partij);
- de tv S.S. en N.;
- de nv Sportinfrabouw;
- de nv S.

3.3. In het verslag van nazicht van 22 augustus 2023 worden de offertes van de nv Sportinfrabouw en de nv S. substantieel onregelmatig bevonden omdat uit de aangeleverde testrapporten blijkt dat zij inzake “shock absorption” (beide) en “deformation” (enkel de nv S.) “niet voldoen aan de substantiële eisen van het lastenboek en bijgevolg [...] niet [worden] weerhouden voor verdere analyses”. De offertes van de nv Lesuco en de tv S.S. en N. worden regelmatig geacht en er wordt voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de nv Lesuco als economisch meest voordelige regelmatige bidder.

3.4. De opdracht wordt op 29 augustus 2023 gegund aan de verzoekende partij.

3.5. Met een aangetekend schrijven en e-mailbericht van 11 september 2023 deelt de nv Sportinfrabouw aan de verwerende partij de volgende bezwaren mee, gericht tegen de voormelde gunningsbeslissing:

“Vooreerst dient vastgesteld dat de offerte van de NV Sportinfrabouw ten onrechte nietig werd verklaard. De gunningsbeslissing motiveert dat op basis van de aangeleverde testrapporten van NV Sportinfrabouw zou blijken dat niet is voldaan aan de substantiële eisen van het lastenboek, aangezien de gemeten waarden van shock absorption buiten de gevraagde norm zou vallen. Het bestek vereist voor de shock absorption een waarde van 40% met een toegelaten afwijking van $\pm 10\%$. Volgens het gunningsverslag zou deze shock absorption van het door de NV Sportinfrabouw aangeboden shockpad een waarde hebben van slechts 32%.

Dit is onjuist. Uit de aangeleverde testrapporten van Sports Labs en de datasheet van Alveo Sport, blijkt duidelijk dat de door NV Sportinfrabouw aangeboden shockpad een gemiddelde schokabsorptiewaarde heeft van

43%. Deze waarde valt ontegensprekelijk binnen de in het bestek vooropgestelde marges. De gemeente Beveren mocht de offerte van de NV Sportinfrabouw derhalve niet weren als substantieel onregelmatig.

[...]

Bovendien is de offerte van de gekozen inschrijver Lesuco ten onrechte regelmatig verklaard. Uit het gunningsverslag blijkt immers dat zij een Performance infill Particle size range (gaat over kurk infill) waarde verschaft van 0,8-2.5, dit terwijl de technische bepalingen een waarde eisen van 0,8-2 (cf. artikel 3.2. technische bepalingen)."

Met een aangetekend schrijven en e-mailbericht van 18 september 2023 deelt de nv S. aan de verwerende partij ook de volgende bezwaren mee:

"Het moet worden opgemerkt dat het verslag van nazicht onzorgvuldig is opgemaakt.

Zo wordt voor de vereisten van 'shock absorption' verwezen naar het FIFA testrapport. Dit rapport is evenwel toegespitst op bestekpost 11.2 'kunstgras met kurkinvulling'. De 'shock absorption' heeft evenwel betrekking op post 11.1 'schokdempende laag'. Ter ondersteuning van de vereisten uit deze laatste post dienden wij een technische fiche voor te leggen. Uit de technische fiche van Alveo Sport die bij onze offerte was gevoegd, blijkt dat de schokabsorptie volgens de EN14808-norm 43% bedraagt en volgens de FIFA methode 04a 38%. Dit valt dus wel degelijk binnen de bestekvereiste van 40% (+- 10%). Ten onrechte is aldus vermeld dat de 'shock absorption' buiten de gevraagde normen valt. Dit is een eerste fout.

Verder wordt ook voorgehouden dat de 'deformation' buiten de gevraagde norm van 7 mm (+-10%) valt. Ook dit is niet correct. De waarde van de 'vertical deformation' is immers afhankelijk van verschillende zaken (testmethode, temperatuur, enz.). In het bestek is niet gespecificeerd hoe dit getest moet worden. Uit het FIFA testrapport blijkt dat de deformation onder omstandigheden wel degelijk tussen de 6,3 en 7,7 mm valt, meer bepaal[d] 7,5 en 6,5 (zie pagina 12-13). Op pagina 4 staat duidelijk vermeld dat de 'deformation' voldoet aan de FIFA Quality en de FIFA Pro Quality. Er is dan ook geen enkele reden om te besluiten dat de 'deformation' buiten de gevraagde normen zou vallen, laat staan onkwalitatief zou zijn en een reden tot wering zou kunnen zijn.

Het besluit is dan ook dat [...] onze offerte ten onrechte werd geweerd."

Beide inschrijvers vragen de verwerende partij om over te gaan tot intrekking van de gunningsbeslissing van 29 augustus 2023 en de opdracht aan hen te gunnen.

3.6. De verwerende partij beslist vervolgens op 18 september 2023 om de voormelde gunningsbeslissing van 29 augustus 2023 en het bijhorende verslag van nazicht in te trekken aangezien voormelde brieven “mogelijks zouden kunnen resulteren in de regelmatigheid van de offerte van de inschrijvers Sportinfrabouw nv en [S.] nv, en in de onregelmatigheid van de inschrijver Lesuco nv”, en aangezien de verwerende partij “een grondig en zorgvuldig onderzoek [wil] voeren ten aanzien van de opgeworpen bezwaren, teneinde met zekerheid te kunnen besluiten of de geuite kritieken als ernstig zouden kunnen worden beschouwd” en teneinde “het gelijkheidsbeginsel evenals het mededingingsbeginsel ex artikel 4 van de Overheidsopdrachtenwet” te waarborgen.

Met een aangetekend schrijven en een e-mailbericht van 26 september 2023 worden de inschrijvers van deze intrekkingbeslissing in kennis gesteld.

3.7. Er wordt een nieuw regelmatigheidsonderzoek gevoerd dat leidt tot het opstellen van een document ‘Interne analyse: conformiteit van de offertes aan de technische specificaties’. Tevens wordt een nieuw verslag van nazicht opgesteld waarin het volgende wordt vermeld inzake de regelmatigheid van de offertes:

“C.1. Regelmatigheid
Hier wordt onderzocht of de offertes onregelmatig zijn.

	Substantieel onregelmatig	Niet-substantieel onregelmatig
Lesuco nv	Neen	Neen ¹
tv [S.S.] –[N.]	Neen	Neen
Sportinfrabouw nv	Neen	Neen
[S.] nv	Neen	Neen ²

[...]

¹ Bij gebrek aan voorrangsregels bepaald in het bestek met betrekking tot de documenten die de technische specificaties van de geboden oplossing staven, en ter waarborging van het mededingingsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel, besluit de Aanbestedende Overheid tot regelmatigheid.

² Bij gebrek aan voorrangsregels bepaald in het bestek met betrekking tot de documenten die de technische specificaties van de geboden oplossing staven, en

ter waarborging van het mededingingsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel, besluit de Aanbestedende Overheid tot regelmatigheid.”

De vier regelmatige inschrijvers worden als volgt finaal gerangschikt:

	Rangschikkingsbedrag inclusief btw	Volgorde
nv Sportinfrabouw	3.260.155,57	1
nv S.	3.372.303,17	2
nv Lesuco	3.545.691,76	3
tv S.S. - N.	3.573.732,82	4

3.8. In een tweede beslissing, van 18 september 2023, beslist de verwerende partij nogmaals om de gunningsbeslissing van 29 augustus 2023 in te trekken.

Tevens wordt beslist om de opdracht te gunnen aan de nv Sportinfrabouw.

Dit is de bestreden gunningsbeslissing.

Inzake de regelmatigheid van de offertes vermeldt deze beslissing het volgende:

- “1. De offerte van Sportinfrabouw blijkt na zorgvuldig nazicht van alle ingediende stukken te voldoen aan alle minimumvereisten. De offerte van Sportinfrabouw nv mocht aldus niet geweerd worden.
2. De offerte van [S.] nv blijkt na zorgvuldig nazicht van alle ingediende stukken te voldoen aan alle minimumvereisten. De offerte van [S.] nv mocht aldus niet geweerd worden.”

3.9. Op 19 oktober 2023 wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat de opdracht aan de nv Sportinfrabouw werd gegund.

Als bijlage wordt, naast het nieuwe verslag van nazicht waarin alle offertes regelmatig worden bevonden, evenwel per vergissing een niet-ondertekende ontwerpversie van voormelde beslissing van de verwerende

partij van 18 september 2023 gevoegd. Luidens deze ontwerpversie wordt de opdracht gegund aan de nv Sportinfrabouw, maar worden de offertes van de verzoekende partij en de nv S. substantieel onregelmatig bevonden. Daarbij wordt de offerte van de verzoekende partij “niet conform met de minimumvereisten” bevonden en wordt over de offerte van de nv S. gesteld dat “[d]e waarden van deformation [nog steeds] vallen [...] buiten de normen”.

3.10. Met een aangetekende brief van 20 oktober, verzonden op 23 oktober, en een e-mailbericht, vraagt de verzoekende partij aan de verwerende partij waarop zij gesteund heeft om haar offerte te weren, evenals op welke documenten zij gesteund heeft om de offerte van de nv Sportinfrabouw nu geldig te verklaren.

3.11. Met een e-mailbericht van 24 oktober 2023 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat de eerder bezorgde gunningsbeslissing een niet-goedgekeurde ontwerpversie betrof die niet overeenkwam met het definitieve verslag van nazicht en bezorgt zij aan de verzoekende partij een kopie van de goedgekeurde en ondertekende gunningsbeslissing zoals die werd genomen op 18 september 2023.

IV. Tussenkost

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 tussenkost ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van de vordering inzake de impliciete weigeringsbeslissing

5.1. De verwerende partij werpt de niet-ontvankelijkheid van de vordering op in zoverre ze is gericht tegen de impliciete beslissing om de opdracht niet aan de verzoekende partij te gunnen.

5.2. Een verzoekende partij die de nietigverklaring vraagt of de schorsing van de tenuitvoerlegging vordert van een impliciete

weigeringsbeslissing, moet aantonen dat er uitzonderlijke omstandigheden zijn die wijzen op een rechtsplicht om de opdracht aan haar te gunnen.

Naar het voorlopig oordeel van de Raad van State maakt de verzoekende partij niet concreet aannemelijk dat er omstandigheden voorhanden zijn die verantwoorden dat de Raad te dezen zou kunnen gebruikmaken van de bijzondere jurisprudentiële techniek waarbij een impliciete weigering nietig wordt verklaard, wat dan tevens de schorsing van de tenuitvoerlegging van die impliciete weigering met zich zou kunnen meebrengen. Met name zet zij niet uiteen op welke wijze de concreet door haar aangevoerde wettigheidskritieken, indien gegrond bevonden, van aard zouden zijn dat de verwerende partij geen enkele andere mogelijkheid meer heeft dan de opdracht aan haar te gunnen.

De exceptie is dan ook ernstig.

5.3. De vordering lijkt bijgevolg niet ontvankelijk in zoverre ze is gericht tegen de impliciete beslissing om de opdracht niet aan de verzoekende partij te gunnen.

VI. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

6. 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’ (hierna: rechtsbeschermingswet), 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 enig middel

A. Enig middel

Standpunt van de partijen

7.1. In een enig middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, de artikelen 4 en 83 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), artikel 4, eerste lid, 8°, van de rechtsbeschermingswet, artikel 76, §§ 1 tot 3, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), van het gelijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel, de materiële motiveringsplicht, het redelijkheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* en de formele motiveringsplicht.

7.2. In een tweede onderdeel betoogt de verzoekende partij dat de verwerende partij haar beslissing om de offertes van de nv Sportinfrabouw en van de nv S. regelmatig te verklaren niet afdoende gemotiveerd heeft, hetgeen volgens haar ook een gebrek aan zorgvuldigheid inhoudt.

De verzoekende partij verwijst daarbij naar rechtspraak van de Raad van State (RvS 12 mei 2021, nr. 250.599, bv Qarin e.a.; RvS 15 april 2021, nr. 250.332, bvba Alfa-Zet Systems) waarin geoordeeld wordt dat indien uit het administratief dossier blijkt dat de regelmatigheid van de offertes wel degelijk werd onderzocht en er daarbij geen bijzondere problemen gerezen zijn, de formele motiveringsverplichtingen niet vereisen dat dit regelmatigheidsonderzoek *in extenso* wordt weergegeven in het gunningsverslag of in de gunningsbeslissing. Zij stelt dat overeenkomstig diezelfde rechtspraak, wanneer bijzondere problemen bij het regelmatigheidsonderzoek zijn gerezen, zoals *in casu*, evenwel een meer omstandige formele motivering vereist is. Waar in de beslissing van 29 augustus 2023 en het bijbehorende verslag van nazicht omstandig werd gemotiveerd dat de offertes van de nv Sportinfrabouw en de nv S. substantieel onregelmatig zijn, wordt hieraan in de bestreden gunningsbeslissing en het bijbehorende verslag van nazicht geen enkele overweging besteed en wordt enkel in één zin gesteld dat “na

zorgvuldig nazicht van alle ingediende stukken” beide offertes blijken “te voldoen aan alle minimumvereisten”.

De verzoekende partij geeft aan dat zij op zicht van de bestreden beslissing en het bijbehorende verslag van nazicht niet begrijpt op grond van welke redenering de verwerende partij alsnog tot de vaststelling is gekomen dat de offertes van voormelde inschrijvers niet substantieel onregelmatig zijn. Aangezien uit de offertes en uit het eerste verslag van nazicht van de offertes van 22 augustus 2023 in de eerste plaats bleek dat de minimale vereisten niet werden nageleefd, met verwijzing naar de cijfers van de offertes van de nv Sportinfrabouw en van de nv S., kwam het aan de verwerende partij toe om in haar nieuwe beslissing deze cijfers opnieuw te betrekken en te motiveren waarom zij alsnog van oordeel was dat de offertes van deze inschrijvers toch niet substantieel onregelmatig moeten worden verklaard.

7.3. In haar nota doet de verwerende partij gelden dat in het verslag van nazicht vastgesteld wordt dat er geen substantiële of niet-substantiële onregelmatigheden aanwezig zijn in de offertes, welke stelling gepaard gaat met de voetnoot: “Bij gebrek aan voorrangsregels bepaald in het bestek met betrekking tot de documenten die de technische specificaties van de geboden oplossing staven, en ter waarborging van het mededingingsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel, besluit de Aanbestedende Overheid tot regelmatigheid.” Het materiële regelmatigheidsonderzoek vindt volgens de verwerende partij een neerslag (zij het beknopt) in het verslag van nazicht, evenals in het als vertrouwelijk stuk van het administratief dossier neergelegde document ‘Interne analyse: conformiteit van de offertes aan de technische specificaties’. Uit dit onderzoek blijkt volgens de verwerende partij dat de offertes van alle inschrijvers regelmatig zijn, en in aanmerking komen voor inhoudelijke beoordeling. Zij verwijst daarbij ook naar haar inhoudelijke behandeling van het eerste onderdeel in haar nota met opmerkingen.

Ook de verwerende partij verwijst naar rechtspraak van de Raad van State waarin geoordeeld werd dat de formele motiveringsverplichting inzake het regelmatigheidsonderzoek beperkt mag zijn wanneer geen bijzondere

problemen zijn gerezen (RvS 31 januari 2019, nr. 243.573, ARS Traffic & Transport Technology).

Volgens de verwerende partij lijkt de verzoekende partij niet met redelijkheid te kunnen spreken van “bijzondere omstandigheden” in de zin van de voormelde rechtspraak van de Raad van State, nu 1° wel degelijk melding werd gemaakt van het regelmatigheidsonderzoek in de bestreden beslissing; 2° wel degelijk een weergave van het regelmatigheidsonderzoek opgenomen is in het administratief dossier; en 3° de offerte van geen enkele inschrijver (mogelijks) als (niet-)substantieel onregelmatig beschouwd diende te worden.

De verwerende partij benadrukt voorts dat overeenkomstig voormelde rechtspraak van de Raad van State van de aanbestedende overheid niet moet worden vereist dat zij, wanneer er geen regelmatigheidsproblemen rijzen, voor elk mogelijk aspect dat aan de regelmatigheid van de offertes raakt, in detail de positieve redenen te kennen geeft waarom de offerte niet onregelmatig moet worden verklaard.

De verwerende partij vervolgt dat de verzoekende partij ook uitgaat van een onvolledige lezing van de rechtspraak van de Raad in de mate dat zij de problemen, die zijn gerezen inzake de regelmatigheid van de offertes voorafgaand aan de intrekkingbeslissing, wil laten gelden als bijzondere omstandigheden die te dezen zouden nopen tot een meer omstandige formele motivering. De verzoekende partij kan immers niet meer nuttig verwijzen naar de mogelijke motieven die ten grondslag liggen aan de ingetrokken gunningsbeslissing. De formele motivering vereist dan ook geenszins dat opnieuw *in extenso* wordt ingegaan op elementen van het regelmatigheidsonderzoek die aan bod kwamen in een ingetrokken handeling, noch maken zulke elementen “bijzondere omstandigheden” uit in de zin van de voormelde rechtspraak van de Raad.

7.4. Ook de tussenkomenende partij werpt in haar verzoekschrift op dat de gunningsbeslissing van 29 augustus 2023 is ingetrokken zodat de betrokken beslissing aldus wordt geacht nooit te hebben bestaan. De argumenten die de verwerende partij zich in het oorspronkelijk verslag van nazicht en de

oorspronkelijke gunningsbeslissing had toegeëigend, kunnen haar niet meer worden tegengeworpen en een afwijking van een eerder introkken beslissing kan niet worden beschouwd als een kentering in de zienswijze van de aanbestedende overheid die het voorwerp moet uitmaken van een formele motivering. Een nieuwe andersluidende beslissing vereist geen bijzondere motivering in de gunningsbeslissing ten opzichte van de eerste ingetrokken gunningsbeslissing.

Voorts is de bestreden beslissing volgens de tussenkomenende partij meer dan afdoende gemotiveerd en wordt in het verslag van nazicht onder titel C.1 de nodige aandacht besteed aan het regelmatigheidsonderzoek. In het licht van de formele motiveringsplicht is het alsdan niet vereist dat nog eens uitdrukkelijk wordt ingegaan op alle regelmatigheidsvoorwaarden waaraan is voldaan. Integendeel lijkt bij ontstentenis van een andersluidende en behoorlijk gemotiveerde beslissing van de aanbestedende overheid, aangenomen te moeten worden dat de offertes regelmatig zijn geacht.

Zij merkt ook op dat, hoewel de gunningsbeslissing van 29 augustus 2023 is ingetrokken en de verzoekende partij zich daarop niet meer kan beroepen, in de bestreden beslissing in elk geval ook wordt ingegaan op de situatie voorafgaandelijk aan de bestreden beslissing en die dus heeft geleid tot intrekking van de eerste gunningsbeslissing, waarna vervolgens wordt besloten dat alle offertes regelmatig zijn. Een bijkomende motivering *in extenso* waarin de testresultaten van de inschrijvers zouden worden overgenomen betreft volgens haar geen wettelijke verplichting. Zij besluit dat de Raad van State in elk geval acht zal kunnen slaan op het administratief dossier waaruit het onderzoek naar de regelmatigheid van de offertes blijkt.

Beoordeling

8. Overeenkomstig artikel 4, eerste lid, 8°, *juncto* artikel 5, 9°, van de rechtsbeschermingswet, stelt de aanbestedende instantie een “gemotiveerde beslissing” op “wanneer ze een opdracht gunt, ongeacht de procedure”, die onder meer “de juridische en feitelijke motieven, waaronder de kenmerken en relatieve voordelen van de gekozen offerte” bevat.

De artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ verplichten de administratieve overheid in de akte de juridische en feitelijke overwegingen op te nemen die aan de beslissing ten grondslag liggen, en dat op “afdoende” wijze. Het afdoend karakter van de motivering houdt in dat de motivering pertinent moet zijn, dit wil zeggen dat ze duidelijk met de beslissing te maken moet hebben, en dat ze draagkrachtig moet zijn, dit wil zeggen dat de aangehaalde redenen moeten volstaan om de beslissing te dragen. De belangrijkste bestaansredenen van de motiveringsplicht bestaat erin dat de betrokkene in de hem aanbelangende beslissing zelf de motieven moet kunnen aantreffen op grond waarvan ze werd genomen, opdat de betrokkene met kennis van zaken zou kunnen uitmaken of het aangewezen is de beslissing met een annulatieberoep te bestrijden.

De formele motiveringsplicht impliceert voorts dat de motieven uit de bestreden beslissing zelf moeten blijken. Wel kan worden aangenomen dat aan die doelstelling is voldaan indien de betrokkene desgevallend langs een andere weg kennis heeft gekregen van de motieven waarop de beslissing is gesteund, ook al worden die motieven dan niet in de beslissing zelf veruitwendigd, met name wanneer de beslissing verwijst naar andere stukken. Een dergelijke motivering door verwijzing dient evenwel aan bepaalde voorwaarden te voldoen. Vooreerst moet de inhoud van de stukken waarnaar wordt verwezen aan de betrokkene ter kennis zijn gebracht. Bovendien moeten de desbetreffende stukken zelf afdoende gemotiveerd zijn en mogen ze niet tegenstrijdig zijn. Ten slotte dienen de stukken in de uiteindelijke beslissing te worden bijgevalen door de beslissende overheid.

9. In de bestreden gunningsbeslissing van 18 september 2023 wordt inzake de regelmatigheid van de offertes slechts vermeld dat de offertes van de nv Sportinfrabouw en de nv S. “na zorgvuldig nazicht van alle ingediende stukken [blijken] te voldoen aan alle minimumvereisten” en dat beide offertes aldus “niet geweerd [mochten] worden”.

Ook het verslag van nazicht, dat aan de verzoekende partij ter kennis is gebracht, vermeldt enkel dat de regelmatigheid van de offertes werd onderzocht, met weergave van een beknopte tabel waaruit slechts blijkt dat voor

geen van offertes van de vier inschrijvers werd besloten tot een substantiële of niet-substantiële onregelmatigheid.

10. Indien uit het administratief dossier blijkt dat de regelmatigheid van de offertes wel degelijk werd onderzocht en dat er daarbij geen bijzondere problemen zijn gerezen, vereist de formele motiveringsplicht niet dat dit regelmatigheidsonderzoek *in extenso* wordt weergegeven in het verslag van nazicht of in de bestreden gunningsbeslissing.

Anders dan de verwerende partij en de tussenkommende partij dit zien, lijkt in het licht van het hiervoor weergegeven feitenrelaas en de stukken van het administratief dossier niet aangenomen te mogen worden dat er te dezen geen bijzondere problemen zijn gerezen zodat nader onderzoek en een meer omstandige formele motivering niet nodig waren.

11. De verwerende partij en de tussenkommende partij wijzen er terecht op dat de intrekking van de eerste gunningsbeslissing, waarvan de rechtsgeldigheid door de verzoekende partij niet wordt betwist, tot gevolg heeft dat ze geacht wordt nooit te hebben bestaan en dat de aanbestedende overheid aldus in beginsel ook niet meer is gebonden door de motieven waarop deze beslissing is gesteund.

De verzoekende partij verwijst echter niet alleen naar de motieven van die eerste beslissing, maar steunt haar argumentatie ook op de in het ingetrokken verslag van nazicht vermelde waarden uit de offertes van de gekozen inschrijver en de nv S., waaruit volgens haar blijkt dat de aangeboden systemen niet voldoen aan de gevraagde vereisten.

Dat de ingetrokken gunningsbeslissing van 29 augustus 2023 en het bijbehorende verslag van nazicht geacht worden nooit te hebben bestaan, belet niet dat uit de overige stukken van het administratief dossier blijkt dat in de loop van dezelfde gunningsprocedure vragen gerezen zijn inzake de regelmatigheid van de offertes van de nv Sportinfrabouw, de nv S. en de verzoekende partij, inzonderheid wat de in het bestek gestelde eisen betreft aangaande de “shock

absorption” en de “vertical deformation” van de schokdempende laag en de “particle size range” van de kurkgrasinvulling.

De verwerende partij betwist niet dat de voormelde bestekseisen minimale eisen zijn in de zin van artikel 76, § 1, vierde lid, 3°, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, waarvan de niet-naleving aanleiding geeft tot het substantieel onregelmatig verklaren van de offerte.

De verwerende partij gaf voorts zelf in haar intrekingsbeslissing van 18 september 2023, onder verwijzing naar de brieven met bezwaren van de inschrijvers nv Sportinfrabouw en nv S., aan dat deze brieven “mogelijks zouden kunnen resulteren in de regelmatigheid van de offerte van de inschrijvers Sportinfrabouw nv en [S.] nv, en in de onregelmatigheid van de inschrijver Lesuco nv” en dat zij “een grondig en zorgvuldig onderzoek [wil] voeren ten aanzien van de opgeworpen bezwaren, teneinde met zekerheid te kunnen besluiten of de geuite kritieken als ernstig zouden kunnen worden beschouwd”.

De verwerende partij bevestigt in haar nota dat bij dat hernieuwde regelmatigheidsonderzoek werd vastgesteld “dat de geviseerde minimale eisen met betrekking tot de shock absorption en de vertical decompression en de particle size range op onderscheiden plaatsen in de offertes aan bod kwamen en andere resultaten [geven], al naargelang de gehanteerde testmethode en de omstandigheden, en de entiteit die de testen uitvoerde”.

Dat er sprake is van bijzondere omstandigheden, nu de inschrijvers ter staving van de conformiteit met het bestek verschillende technische documenten hebben ingediend die uiteenlopende waarden vermelden en de verwerende partij vervolgens heeft aangenomen dat uit het bestek geen voorrangsregeling blijkt, vindt ook bevestiging in het als vertrouwelijk neergelegd stuk ‘Interne analyse: conformiteit van de offertes aan de technische specificaties’, waarop de Raad van State acht mag slaan. Hieruit blijkt immers dat de regelmatigheid van de offertes voor de verwerende partij niet voor eenvoudige vaststelling vatbaar was maar een grondiger onderzoek en een bepaalde

interpretatie van het bestek vereiste om tot de regelmatigheid van bepaalde offertes te kunnen besluiten.

12. Uit wat voorafgaat, volgt dat er te dezen sprake lijkt te zijn van bijzondere omstandigheden die nopen tot een meer omstandige formele motivering.

Daarnaast kan ook het standpunt van de verwerende partij, dat het hernieuwde regelmatigheidsonderzoek een schriftelijke neerslag vindt in het administratief dossier, op het eerste gezicht niet worden bijgevalen, althans wat het besteksvereiste inzake de “shock absorption” betreft. Zoals ook bevestigd wordt in de nota van de verwerende partij, lijkt er inzake de vereiste “shock absorption” immers sprake te zijn van verschillende testresultaten en waarden in de offertes van de nv Sportinfrabouw en de nv S., waarvan een aantal waarden buiten de vereiste grenzen lijken te vallen. Het document ‘Interne analyse: conformiteit van de offertes aan de technische specificaties’ lijkt echter beperkt te zijn tot de beoordeling van de vereisten inzake de “vertical deformation” en de “particle size range”.

13. Voorts lijkt te moeten worden vastgesteld dat, op grond van de voormelde formele motieven in de bestreden gunningsbeslissing en het verslag van nazicht, het voor de verzoekende partij in de gegeven omstandigheden niet mogelijk lijkt om met voldoende inzicht te begrijpen waarom de verwerende partij alsnog tot de vaststelling is gekomen dat de offertes van de voormelde inschrijvers niet substantieel onregelmatig zijn en de opdracht aldus werd gegund aan de nv Sportinfrabouw.

In de mate dat de verwerende partij daarbij nog op algemene wijze verwijst naar de twee voetnoten in het verslag van nazicht waarin gewezen wordt op het gebrek aan voorrangsregels in het bestek, valt op te merken dat, voor zover dit in de gegeven omstandigheden al als een afdoende motivering zou kunnen worden aangemerkt, deze voetnoten enkel worden vermeld in de tabel inzake de niet-substantiële onregelmatigheden. Zij lijken aldus geen verantwoording te bieden wat de conformiteit met voormelde minimale eisen betreft, waarvan de niet-naleving volgens de verwerende partij aanleiding geeft tot

het substantieel onregelmatig verklaren van de offerte. Voorts lijkt noch uit de bestreden gunningsbeslissing, noch uit het verslag van nazicht te kunnen worden afgeleid dat dit motief eveneens de beslissing tot regelmatigheid van de offerte van de nv Sportinfrabouw schraagt, aangezien deze voetnoot niet wordt vermeld bij de beoordeling van de offerte van deze inschrijver.

Bovendien sluit het hiervoor beschreven doel van de formele motiveringsplicht tevens uit dat de verzoekende partij vrede zou moeten nemen met een mededeling van de motieven nadat zij een rechtsmiddel – meer bepaald een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid – heeft aangewend. Met de redengeving vervat in de nota, ingediend in het kader van de huidige procedure, mag bijgevolg geen rekening worden gehouden. Die werkwijze kan immers niet goedmaken dat de verzoekende partij, door de handelwijze van de verwerende partij in strijd met het oogmerk van de formele motiveringsverplichting, zich over het instellen van de initiële vordering moest beraden en haar grieven heeft moeten formuleren zonder kennis te hebben van alle dragende motieven van de door haar bestreden beslissing.

14. Het tweede onderdeel van het eerste middel is ernstig.

VIII. Besluit

15. Het tweede onderdeel van het enig middel is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de bestreden gunningsbeslissing wordt dan ook ingewilligd.

16. Het is passend, gelet op het inwilligen van de vordering tot schorsing en het daaropvolgende nog noodzakelijke procedureverloop, de kosten, de gevorderde rechtsplegingsvergoedingen inbegrepen, in beraad te houden.

BESLISSING

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

2. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van de gemeente Beveren van 18 september 2023 waarbij de opdracht ‘aanleg van 6 kunstgrasvelden – Gemeente Beveren 2023-2024’ wordt gegund aan de nv Sportinfrastructuur.

3. De Raad van State verwierpt de vordering voor het overige.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op achtentwintig november tweeduizend drieëntwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Inge Vos,
bijgestaan door

Greta Scheveneels,

De griffier

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De voorzitter

Greta Scheveneels

Inge Vos