RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 239.753 van 31 oktober 2017
in de zaak A. 223.446/XII-8442

In zake: 1. de NV FRANKI CONSTRUCT
2. de NV HYE
3. de BV HOLLANDIA INFRA
samen een tijdelijke vennootschap vormend
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jos Timmermans
kantoor houdend te 9300 Aalst
Leo de Béthunelaan 46
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Kris Wauters en Sophie Bleux
kantoor houdend te 1170 Brussel
Terhulpsesteenweg 187
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partijen:

1. de NV HERBOSCH-KIERE
2. de NV JAN DE NUL
samen een tijdelijke vennootschap vormend
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D'Hooghe en Linde Bevernaege
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 3 oktober 2017, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de

beslissing van 15 september 2017 van het Vlaamse Gewest om de overheidsopdracht voor werken 'Nieuwpoort: Bouwen van een stormvloedkering' met besteknummer 16EH/15/17 en dossiernummer 215.080 te gunnen aan de thv Herbosch-Kiere – Jan De Nul voor een bedrag van 50.108.070,70 euro, BTW inbegrepen.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 11 oktober 2017 hebben de nv Herbosch-Kiere en de nv Jan De Nul, samen een tijdelijke vennootschap vormend, gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 19 oktober 2017, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Jos Timmermans, die verschijnt voor de verzoekende partijen, advocaten Kris Wauters en Sophie Bleux, die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaten Linde Bevernaege en Leopold Schellekens, die verschijnen voor de tussenkomende partijen, zijn gehoord.

Eerste auditeur Ann Eylenbosch 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. Het agentschap voor Maritieme Dienstverlening en Kust, afdeling Kust, schrijft in naam van en voor rekening van de verwerende partij een

overheidsopdracht uit voor de aanneming van werken met als voorwerp "Nieuwpoort: Bouwen van een stormvloedkering".

De gekozen gunningsprocedure is de beperkte aanbesteding.

3.2. In de selectiefase worden de volgende kandidaten geselecteerd om een offerte in te dienen:

- de thv Portalo: Besix, Fabricom, Aelterman en nv Demako
- de thv Dredging International – CFE
- de thv Ijzerpoort: de verzoekende partijen
- de thv Herbosch-Kiere – Jan de Nul
- de thv De Nieuwe Poort: nv Artes Depret, nv Artes Roegiers, nv Victor Buyck Steel Construction, nv Agidens Infra Automation.

3.3. Het toepasselijke bestek nr. 16EH/15/17 omschrijft het doel van de opdracht als volgt:

> "De werken omvatten hoofdzakelijk:
> Het maken, het leveren en het installeren van een beweegbare stormvloedkering met een doorvaartbreedte van 38m en een onbeperkte doorvaarthoogte in de Ijzer. Bovendien omvat de opdracht het oprichten van een bedieningsgebouw en de realisatie van de nodige randinfrastructuur zoals wegenis en groenaanleg."

Het bestek somt onder Deel I – "Administratieve bepalingen", "Art. 81. Inhoud van de offerte", op de bladzijden 22-23, een lijst op van documenten die bij het offerteformulier dienen te worden gevoegd, en daarbij wordt gesteld dat deze "essentieel [zijn] voor de beoordeling van de offerte":

> "1) De samenvattende opmeting (zie art. 83);
> 2) De bewijzen dat de personen, die de offerte ondertekenden, statutair of bij volmacht bevoegd zijn om de bedrijven geldig in en buiten rechte te vertegenwoordigen (art. 82, §3 K.B. Plaatsing). Dit gebeurt naargelang de rechtsvorm van de bedrijven door het bijvoegen van één van de volgende documenten:
> - uittreksel of kopie van de statutaire clausule i.v.m. de vertegenwoordigingsbevoegdheid en een kopie van de akte of afschrift van de notulen van de algemene vergadering, zoals verschenen in het B.S., houdende benoeming van de bestuurders;

- volmacht om het bedrijf te vertegenwoordigen of om bevoegdheid door te geven aan een ander persoon;
- voorleggen van benoemingsbesluit van zaakvoerder;
- andere documenten ter staving van de bevoegdheid;

3) Het document en de afzonderlijke prijsberekening bedoeld in art. 30, tweede lid, 1° en 2° van het K.B. van 25/01/2001 betreffende de tijdelijke of mobiele bouwplaatsen, met name
   1. een document dat verwijst naar het veiligheids- en gezondheidsplan en waarin de inschrijver beschrijft op welke wijze hij het bouwwerk zal uitvoeren om rekening te houden met dit veiligheids- en gezondheidsplan;
   2. een afzonderlijke prijsberekening in verband met de door het veiligheids- en gezondheidsplan bepaalde preventiemaatregelen en -middelen, inbegrepen de buitengewone individuele beschermingsmaatregelen en -middelen;

   Het bijvoegen van deze documenten is essentieel voor de beoordeling van de offerte.

De inschrijver maakt voor de documenten vermeld onder 2) gebruik van de invulformulieren die bij de opdrachtdocumenten worden gevoegd. Doet hij dit niet, dan draagt hij de volle verantwoordelijkheid voor de volledige overeenstemming van de door hem aangewende documenten met deze invulformulieren."

3.4. De opening van de offertes vindt plaats op 27 september 2016.

Vier offertes worden ingediend, namelijk door:

- de thv Portalo,
- de thv IJzerpoort (de verzoekende partijen),
- de thv Herbosch-Kiere – Jan De Nul (de verzoekende partijen tot tussenkomst),
- de thv De Nieuwe Poort.

3.5. Met een brief van 19 oktober 2016 vraagt de verwerende partij aan de thv De Nieuwe Poort en de thv Portalo de volgende documenten:

"In relatie tot het regelmatigheidsonderzoek van uw ingediende offerte, worden volgende documenten opgevraagd (cfr. Art. 96, § 4 KB van 15.07.2011):
1. Een ondertekende verklaring/waarborgcertificaat met betrekking tot de 10-jarige garantie en de vervangingen van LED-modules.
[...]
2. Een voorstel tot onderhoudscontract en een bedrag voor:
• Een onderhoudscontract tijdens de garantieperiode.

• Een onderhoudscontract: omnium gedurende 5 jaar (na verloop van de garantieperiode).
• Een onderhoudscontract: omnium gedurende 10 jaar (na verloop van de garantieperiode).
[...]
3. Het attest aangaande de certificatie en de omschrijving van de installatie/documentatie van het materiaal aangaande de brandbeveiliging zoals vermeld op pagina 732 van het bestek."

Met een brief van 27 oktober 2016 verstrekt de thv De Nieuwe Poort de gevraagde documenten.

Met een brief van 31 oktober 2016 verstrekt de thv Portalo de gevraagde documenten.

3.6. Met een brief van 19 oktober 2016 vraagt de verwerende partij aan de thv Herbosch-Kiere – Jan De Nul inlichtingen betreffende prijzen omtrent 6 posten van de offerte en voorts hetgeen volgt:

"[...]
In relatie tot het regelmatigheidsonderzoek van uw ingediende offerte, worden bovendien volgende documenten opgevraagd (cfr. Art. 96, § 4 KB van 15.07.2011):
- Een ondertekende verklaring/waarborgcertificaat met betrekking tot de 10-jarige garantie en de vervangingen van LED-modules.
  [...]
- Een voorstel tot onderhoudscontract en een bedrag voor:
  • Een onderhoudscontract tijdens de garantieperiode.
  • Een onderhoudscontract: omnium gedurende 5 jaar (na verloop van de garantieperiode).
  • Een onderhoudscontract: omnium gedurende 10 jaar (na verloop van de garantieperiode)."

Met een brief van 28 oktober 2016 bezorgt de thv Herbosch-Kiere – Jan De Nul de gevraagde inlichtingen en documenten.

3.7. Op 31 januari 2017 wordt het gunningsverslag opgesteld.

Wat de formele regelmatigheid van de offertes betreft, wordt bij de inhoud van de offerte onder een hoofding "A Bestek pagina 22: art. 81 KB

plaatsing Art. 81 Inhoud van de offerte" vastgesteld dat alle vier de inschrijvers het offerteformulier en de offerte correct en volledig invulden.

3.8. Bij "B. Bijkomende documenten" vermeldt het gunningsverslag het volgende:

> "B. Bijkomende documenten
> Bestek pagina 327 (deel B Elektromechanische uitrusting - 4.5 waarschuwingsbord):
> De inschrijver voegt bij zijn inschrijving een ondertekende verklaring/waarborgcertificaat met betrekking tot de 10-jarige garantie en de vervangingen van LED-modules zoals hierboven beschreven.
> De aanbestedende overheid heeft na de indiening van de offertes bij een aantal inschrijvers deze bijkomende documenten opgevraagd op grond van artikel 96, §4 KB Plaatsing. Immers, deze documenten dienden niet op straffe van onontvankelijkheid, nietigheid of onregelmatigheid bij de offerte te worden gevoegd. Bovendien handelde het niet om een essentiële formele vereiste. De voornoemde documenten vormen slechts een bijkomende zekerheid aangaande datgene waartoe de inschrijver zich reeds had verbonden door de ondertekening van het offerteformulier. Immers, met deze ondertekening van het offerteformulier bevestigt de inschrijver reeds algemeen dat zijn offerte conform is met de eisen van het bestek en dus onder meer met de vereiste inzake de garantie en de vervangingen van de LED-modules.
> •THV Portalo
> De verklaring werd opgevraagd na opening van de offertes.
> De verklaring werd binnen de gevraagde termijn overgemaakt.
> • THV ljzerpoort
> De inschrijver voegde de verklaring toe aan de offerte.
> • THV Herbosch-Kiere NV — Jan de Nul Nv
> De verklaring werd opgevraagd na opening van de offertes.
> De verklaring werd binnen de gevraagde termijn overgemaakt.
> • THV De Nieuwe Poort
> De verklaring werd opgevraagd na opening van de offertes.
> De verklaring werd binnen de gevraagde termijn overgemaakt.
> Bestek pagina 730 (deel C bedieningsgebouw- 66.1 liften):
> 66.1.8.3 Onderhoudscontract
> De inschrijver dient bij zijn prijsofferte een voorstel tot onderhoudscontract en een bedrag op te geven voor:
> • Een onderhoudscontract tijdens de garantieperiode.
> • Een onderhoudscontract: omnium gedurende 5 jaar (na verloop van de garantieperiode).
> • Een onderhoudscontract: omnium gedurende 10 jaar (na verloop van de garantieperiode).
> Het opvragen van deze documenten betreft een vorm van vrijblijvende marktverkenning waarbij de aanbestedende overheid zich een beeld wil

vormen van de eventuele kostprijs voor het onderhoud van een bepaald[...] onderdeel van de opdracht na uitvoering. Het handelt om een optie, die de aanbestedende overheid bij het gunnen van de opdracht al dan niet kan lichten. Ook dit element kon, cfr. artikel 96, §4 KB Plaatsing, worden opgevraagd aangezien dit niets wijzigt aan de inhoud van de offerte, en meer in het bijzonder de prijszetting, aangezien het voorstel van prijs voor de bovenvermelde onderhoudscontracten geen deel uitmaakt van de offerteprijs. Gegeven dat het opvragen hiervan wijzigt niets aan de prijszetting van de offerte, werd dit -voor de inschrijvers waarbij dit ontbrak- opgevraagd na opening van de offertes.

•.THV Portalo

De documenten werden opgevraagd na opening van de offertes.
De documenten werden binnen de gevraagde termijn overgemaakt.

• THV ljzerpoort

De inschrijver voegde de documenten toe aan de offerte.

• THV Herbosch-Kiere NV —Jan de Nul Nv

De documenten werden opgevraagd na opening van de offertes.
De documenten werden binnen de gevraagde termijn overgemaakt.

• THV De Nieuwe Poort

De documenten werden opgevraagd na opening van de offertes.
De documenten werden binnen de gevraagde termijn overgemaakt.
Bestek pagina 732 (deel C bedieningsgebouw- 68.1 Brandbeveiliging)
Bij de inschrijving dient het attest gevoegd te worden waarop vermeld staat dat de onderneming die de installatie ontwerpt en/of plaatst en/of onderhoudt gecertificeerd is door een certificatieorganisme dat branddetectie in zijn toepassingsgebied heeft op basis van de Europese normen of, bij gebrek hieraan, op basis van het addendum 6 van deze norm. Dit certificatieorganisme moet EN 45011 geaccrediteerd door BELAC of door een buitenlands accreditatieorganisme dat lid is van de 'Multilateral agreement (MLA[])' van de European Cooperation for Accreditation (EA).
En
De inschrijvers moeten bij hun inschrijving een gedetailleerde omschrijving van de voorgestelde installatie geven samen met een volledige documentatie van het materiaal.
Ook deze documenten konden, cfr. art. 96, §4 KB Plaatsing, worden opgevraagd na de opening van de offertes aangezien het documenten betreft die een loutere precisering/aanvulling inhouden van informatie die reeds in de betrokken offertes aanwezig is. Het attest aangaande de certificering is een onveranderlijk gegeven. De onderneming, die dergelijke verklaring aflegt of erover beschikt, beschikte over die mogelijkheid voorafgaand aan het indienen van de offerte en beschikt in beginsel over die mogelijkheid na het indienen van de offerte. Met dergelijke verklaring of met dergelijk attest voegt de indiener van de offerte niks toe aan wat reeds aanwezig was in de realiteit. De gedetailleerde omschrijving betreft de installatie, die reeds inherent deel uitmaakte van de verschillende offertes. De latere indiening van deze documenten wijzigt niet de inhoud van de oorspronkelijke offertes.

• THV Portalo

Het attest en de omschrijving van de installatie/ documentatie van het materiaal volgens de beschrijving in het bestek werd opgevraagd na opening van de offertes.
De documenten werden binnen de gevraagde termijn overgemaakt.

• THV ljzerpoort

De inschrijver voegde het nodige attest en de nodige documentatie van het materiaal toe aan de offerte.

• THV Herbosch-Kiere NV —Jan de Nul Nv

De inschrijver voegde het nodige attest en de nodige documentatie van het materiaal toe aan de offerte.

• THV De Nieuwe Poort

Het attest en de omschrijving van de installatie/ documentatie van het materiaal volgens de beschrijving in het bestek werd opgevraagd na opening van de offertes.
De documenten werden binnen de gevraagde termijn overgemaakt."

Onder "B. Materiële regelmatigheid: Inhoudelijke conformiteit van de offertes met het bestek" worden alle offertes "conform aan de essentiële administratieve en technische bepalingen van het bestek" bevonden.

Voorgesteld wordt de opdracht te gunnen aan de thv Herbosch-Kiere nv – Jan De Nul nv als indiener van de laagste regelmatige offerte voor een bedrag van 50.108.070,70 euro, btw inbegrepen.

3.9. Op 15 september 2017 gunt de Vlaamse minister van Mobiliteit, Openbare Werken, Vlaamse Rand, Toerisme en Dierenwelzijn met het bestreden besluit de opdracht aan de thv Herbosch-Kiere nv – Jan De Nul nv voor een bedrag van 50.108.070,70 euro, btw inbegrepen.

De motieven en het besluit van het gunningsverslag worden onderschreven.

3.10. Bij aangetekende brief en e-mailbericht van 18 september 2017 worden de verzoekende partijen ervan in kennis gesteld dat hun offerte niet is gekozen. Het gunningsverslag en de gemotiveerde gunningsbeslissing zijn bijgevoegd.

IV. Tussenkomst

4. De nv Herbosch-Kiere en de nv Jan De Nul, samen een tijdelijke vennootschap vormend, blijken voordeel te halen uit de bestreden beslissing en hebben er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet hun verzoek tot tussenkomst worden ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

5. De verzoekende partijen tot tussenkomst formuleren een "voorbehoud" bij de regelmatigheid van de offerte van de verzoekende partijen en bij hun belang.

6. Voor zover het "voorbehoud" al zou kunnen worden beschouwd als een daadwerkelijke exceptie, is er te dezen geen noodzaak om deze argumentatie te onderzoeken en te beoordelen, nu hierna zal blijken dat geen van de middelen ernstig is.

VI. Schorsingsvoorwaarden

7. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

8. Te dezen is evenwel ook de wet van 17 juni 2013 'betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies' van toepassing.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissing in aanwezigheid van een

ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

Overeenkomstig artikel 15, tweede lid, echter wordt de vordering tot schorsing voor de Raad van State uitsluitend ingesteld volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of minstens één ernstig middel wordt aangevoerd, dan wel een klaarblijkelijke onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissing kunnen verantwoorden.

VII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

9. In een eerste middel voeren de verzoekende partijen de schending aan van de artikelen 10, § 1, 1°, 95, § 1, eerste lid, § 2, eerste lid, en § 4, eerste lid, 96, § 4 en 100, § 1 en § 2, tweede lid, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 'plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren' (hierna: koninklijk besluit Plaatsing) en van het *patere legem quam ipse fecisti*-beginsel.

Zij achten deze bepalingen en beginselen geschonden:

> "Doordat, Verwerende Partij de andere inschrijvers de mogelijkheid bood om, na de opening van de offertes, het waarborgcertificaat betreffende de LED-modules, de voorstellen tot onderhoudscontract inzake de liften, het certificatie-attest van de onderneming(en) die de branddetectie-installatie ontwerpt, plaatst en/of onderhoudt en de documentatie van het materiaal van deze installatie, vereist door de technische bepalingen van de opdrachtdocumenten, bij hun offerte te voegen en zodoende de regelmatigheid van de offertes op dit punt niet beoordeelde en besliste dat alle ingediende offertes regelmatig zijn;
> Terwijl, eerste onderdeel, het *a posteriori* bijvoegen van voormelde certificaten, onderhoudscontractvoorstellen en documenten niet kan beschouwd worden als het verduidelijken of aanvullen van de draagwijdte van de offerte;

Terwijl, artikel 96, § 4 KB Plaatsing niet wettig kan aangewend worden om onregelmatigheden in de offertes te regulariseren en het regulariseren van onregelmatigheden in de offertes, na de opening ervan, per definitie een onder artikel 96, § 4 KB Plaatsing niet toegelaten wijziging van de ingediende offertes uitmaakt;
Terwijl, tweede onderdeel, de bepaling van deel C Bedieningsgebouw – 66.1 liften (blz. 730 – stuk 8) dat de inschrijver een voorstel tot onderhoudscontract en bedrag dient op te geven, ontegensprekelijk als een verplichte optie dient te worden aangemerkt;
Terwijl, artikel 10, § 1, 1°, *in fine* KB Plaatsing duidelijk is: indien de opdrachtdocumenten het indienen van een verplichte optie vereisen, is 'de inschrijver verplicht om voor deze optie een bod te doen';
Terwijl, [h]et ontbreken van het bod voor de verplichte optie bijgevolg een onregelmatigheid uitmaakt, die tot het onregelmatig verklaren van de offerte dient te leiden;
Terwijl, [o]p materieel vlak de vereiste inzake het indienen van een verplichte optie bovendien als een essentiële bepaling betreffende de prijs moet worden beschouwd, nu overeenkomstig artikel 100, § 2 KB Plaatsing, bij aanbesteding, de offertes worden verhoogd met de geboden prijs voor de verplichte optie(s);
Terwijl, het evident is dat, indien de verplichte optie niet in de offerte is opgenomen, de offerteprijs hiermee niet verhoogd kan worden en dit per definitie de offerteprijs rechtstreeks beïnvloedt;
Terwijl, het ontbreken van een bieding voor de verplichte optie inzake het onderhoudscontract van de liften in de offerte van de THV Herbosch-Kiere – Jan de Nul (gekozen inschrijver), de THV Portalo (tweede gerangschikte) en de THV De Nieuwe Poort (vierde gerangschikte) derhalve *ipse facto* als een substantiële onregelmatigheid dient te worden aangemerkt. Voormelde offertes dienden dan ook als onregelmatig uit de aanbestedingsprocedure te worden gesloten;
Terwijl, derde onderdeel, het ontbreken van het waarborgcertificaat inzake de 10-jarige garantie en de vervanging van de LED-modules van het waarschuwingsbord in de offerte van de THV Herbosch-Kiere – Jan de Nul (gekozen inschrijver), de THV Portalo (tweede gerangschikte) en de THV De Nieuwe Poort (vierde gerangschikte), de verbintenis van deze inschrijvers tot uitvoering van de opdracht overeenkomstig de opdrachtdocumenten onzeker maakt en aldus het in de opdrachtdocumenten bepaald voorschrift tot het voegen bij de offertes van het ondertekend waarborgcertificaat als essentieel dient te worden aangemerkt;
Terwijl, bovendien uit het gunningsverslag niet blijkt dat het waarborgcertificaat dat de betrokken inschrijvers naderhand mochten toevoegen, dateert van vóór de datum van de opening van de offertes en bijgevolg niet is uitgesloten dat de betrokken inschrijvers bij de opmaak en de indiening van hun offerte niet over een dergelijk waarborgcertificaat beschikten en zij wederrechtelijk de kans kregen om zich alsnog van een dergelijk certificaat te voorzien;

Terwijl, de offerte van de THV Herbosch-Kiere – Jan de Nul (gekozen inschrijver), de THV Portalo (tweede gerangschikte) en de THV De Nieuwe Poort (vierde gerangschikte) dan ook als onregelmatig uit de aanbestedingsprocedure dienden te worden gesloten;
Terwijl, vierde onderdeel, het ontbreken van de certificatie-attesten van de ontwerp-, installatie- en onderhoudsfirma en de documentatie van de branddetectie-installatie in de offerte van de THV Portalo (tweede gerangschikte) en de THV De Nieuwe Poort (vierde gerangschikte), de verbintenis van deze inschrijvers tot uitvoering van de opdracht overeenkomstig de opdrachtdocumenten onzeker maakt en aldus het in de opdrachtdocumenten bepaald voorschrift tot het voegen bij de offertes van de certificatie-attesten en documenten als essentieel dient te worden aangemerkt; Dat dit des te meer geldt nu voormelde voorschriften onderdeel uitmaken van de brandbeveiliging en dus rechtstreeks een veiligheidsaspect betreffen;
Terwijl, bovendien uit het gunningsverslag niet blijkt dat de certificatie-attesten die de betrokken inschrijvers naderhand mochten toevoegen, dateren van vóór de datum van de opening van de offertes en bijgevolg niet is uitgesloten dat de betrokken inschrijvers bij de opmaak en de indiening van hun offerte niet over dergelijke certificaten beschikten en zij wederrechtelijk de kans kregen om zich alsnog van dergelijke certificaten te voorzien;
Terwijl, de offerte van de THV Portalo (tweede gerangschikte) en de THV De Nieuwe Poort (vierde gerangschikte) dan ook als onregelmatig uit de aanbestedingsprocedure dienden te worden gesloten.”

Beoordeling

Tweede en derde middelonderdeel

10. Zoals hierna zal blijken, past het eerst het tweede en het derde middelonderdeel te onderzoeken. Daarbij rijst de vraag of de documenten waarop die onderdelen betrekking hebben, namelijk respectievelijk de onderhoudscontracten en het waarborgcertificaat betreffende de LED-modules, al dan niet moeten worden aangemerkt als dermate essentiële documenten voor de beoordeling van de offerte, dat het ontbreken ervan moet leiden tot substantiële onregelmatigheid van de offerte.

11. Er moet in dat verband worden verwezen naar het bestek, Deel I “Administratieve bepalingen, Art. 81. Inhoud van de offerte” (bladzijden 22-23) waar de aanbestedende overheid een limitatieve oplijsting maakt van bij het

offerteformulier te voegen documenten die essentieel zijn voor de beoordeling van de offerte. De onderhoudscontracten en het waarborgcertificaat betreffende de LED-modules zijn niet in die lijst begrepen. Vanuit de optiek van het bestek lijkt dit een sterke aanwijzing dat deze documenten dan juist niet essentieel worden geacht door de aanbestedende overheid, beoordeling die overigens in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid toekomt. Die documenten figureren overigens wel onder een hoofding "Bijkomende documenten", hetgeen evenzeer niet op een essentieel karakter ervan lijkt te wijzen.

12. Voorts kunnen de verzoekende partijen niet worden bijgevallen in hun stelling uiteengezet onder het tweede onderdeel van het middel, betreffende de voorstellen tot onderhoudscontract, dat deze moeten worden "aangemerkt" als een verplichte optie in de zin van artikel 10, § 1, van het koninklijk besluit Plaatsing, bij gebrek waarvan zulks de substantiële onregelmatigheid van de offerte met zich zou meebrengen.

De in het geding zijnde besteksbepaling betreft punt 66.1.8.3 "Onderhoudscontract" van het technisch bestek deel C "Bedieningsgebouw" – 66.1 "Liften", dat bepaalt:

> "66.1.8.3 Onderhoudscontract
> De inschrijver dient bij zijn prijsofferte een voorstel tot onderhoudscontract en een bedrag op te geven voor:
> ● Een onderhoudscontract tijdens de garantieperiode.
> ● Een onderhoudscontract: omnium gedurende 5 jaar (na verloop van de garantieperiode).
> ● Een onderhoudscontract: omnium gedurende 10 jaar (na verloop van de garantieperiode)."

Artikel 10, § 1, van het koninklijk besluit Plaatsing bepaalt dat de aanbestedende overheid ertoe gehouden is om, indien zij wenst gebruik te maken van een verplichte optie, in de opdrachtdocumenten het voorwerp, de aard en de draagwijdte van de optie weer te geven.

Vastgesteld wordt dat in de hiervoor aangehaalde besteksbepaling betreffende de onderhoudscontracten geen sprake is van de notie "optie", laat staan van een "verplichte optie". De verzoekende partij geeft ook niet

aan waar op een andere plaats in het bestek die onderhoudscontracten als verplichte optie zijn vermeld. Evenmin voorziet de samenvattende meetstaat in een afzonderlijke post inzake het onderhoud van de liften en heeft de dienst Algemene Technische Ondersteuning in het kader van het prijzenonderzoek geen enkele opmerking gemaakt aangaande het ontbreken van prijzen betreffende de onderhoudscontracten, gegevens die nochtans relevant lijken te zijn indien de aanbestedende overheid gebruik had willen maken van een verplichte optie.

Voorts lijkt het dat, op de verzoekende partijen na, geen van de inschrijvers de gevraagde voorstellen tot onderhoudscontract als verplichte optie te hebben begrepen, hetgeen op zich reeds een weerlegging inhoudt van de door de verzoekende partijen beweerde "ontegensprekelijke" kwalificatie als een verplichte optie.

Deze vaststelling wordt niet van waarde ontdaan door de *prima facie* wat bevreemdende vaststelling van de verwerende partij, zoals vertolkt in het gunningsverslag, dat het opvragen van deze documenten "een vorm van vrijblijvende marktverkenning" betrof waarbij zij zich een beeld wilde vormen van de eventuele kostprijs voor het onderhoud van een bepaald onderdeel van de opdracht "na uitvoering" .

In elk geval tonen de verzoekende partijen niet concreet aan op welke wijze de betrokken bedragen voor de onderhoudscontracten te dezen invloed hebben gehad op de offerteprijzen en hun vergelijking.

Om al deze redenen maken de verzoekende partijen niet met de vereiste ernst aannemelijk dat het ontbreken van voorstellen inzake het onderhoudscontract van de liften in de inschrijving van de gekozen inschrijver en van de tweede en de vierde gerangschikte inschrijver dient te worden aangemerkt als een substantiële onregelmatigheid en lijken de verzoekende partijen daarbij aan het ogenschijnlijk niet correcte gebruik van de notie "optie" in het gunningsverslag, een niet-dienende grief te ontlenen.

13. Wat de verklaring of het waarborgcertificaat met betrekking tot de 10-jarige garantie en de vervangingen van LED-modules – voorwerp van het

derde onderdeel van het middel – betreft, kunnen de verzoekende partijen op het eerste gezicht al evenmin worden bijgevallen in hun stelling, dat door het niet bij de offerte voegen ervan, de verbintenis van de gekozen inschrijver, van de tweede gerangschikte inschrijver en van de vierde gerangschikte inschrijver onzeker is en aldus het ondertekende waarborgcertificaat als essentieel moet worden aangemerkt.

De kwestieuze bepaling 4.5 "Waarschuwingsbord" van het technisch bestek deel B "Elektromechanische uitrusting" luidt:

> "De inschrijver dient de garantie te geven van het behoud van de minimale fotometrische karakteristieken m.i.v. contrastwaarde, kleur en uniformiteit van het uitgestraalde licht van de LED-borden en dit gedurende een periode van 10 jaar ingaande de dag volgend op de definitieve oplevering. De LED-borden dienen hierop gedimensioneerd te zijn. Alle kosten gepaard gaande met bijkomende fotometrische testen gedurende deze periode vallen ten laste van de aanbestedende overheid, tenzij de testen aangeven dat de karakteristieken niet langer gehaald worden. In dat geval worden de kosten voor de testen op de leverancier verhaald. Eventuele vervangingen van LED-modules vallen volledig ten laste van de leverancier. Deze vervanging dient binnen een termijn van 10 werkdagen te geschieden. De inschrijver voegt bij zijn inschrijving een ondertekende verklaring/waarborgcertificaat met betrekking tot de 10-jarige garantie en de vervangingen van de LED-modules zoals hierboven beschreven."

Die bepaling op zich lijkt reeds de inschrijver zelf de verplichting op te leggen om gedurende een periode van 10 jaar voor het behoud van de minimale fotometrische kenmerken van de waarschuwingsborden en voor de vervanging van de LED modules in te staan. Door een offerte in te dienen, verbindt een inschrijver er zich immers toe om de overheidsopdracht uit te voeren conform het bestek. Het niet bijvoegen van een bijkomende verklaring of certificaat in die zin, lijkt dan ook te dezen zonder wezenlijke implicatie voor de verbintenissen die de inschrijvers door de ondertekening van de offerte zijn aangegaan.

Niet ten onrechte lijkt het gunningsverslag het bedoelde document derhalve te omschrijven als een "bijkomende zekerheid aangaande datgene waartoe de inschrijver zich reeds had verbonden door de ondertekening

van het offerteformulier". "Immers", – zo luidt het gunningsverslag nog – "met deze ondertekening van het offerteformulier bevestigt de inschrijver reeds algemeen dat zijn offerte conform is met de eisen van het bestek en dus onder meer met de vereiste inzake de garantie en de vervangingen van de LED-modules".

Ook wat het betrokken document inzake de waarborg voor de LED-modules betreft, slagen de verzoekende partijen er aldus niet in met de vereiste ernst aannemelijk te maken dat het niet bij de offerte voegen van dat document de substantiële onregelmatigheid van de offerte tot gevolg moet hebben.

Eerste middelonderdeel

14. Nu voor geen van de in het tweede en het derde onderdeel bedoelde documenten het essentieel karakter ervan voor de beoordeling van de offertes is aangetoond, rijst de vraag of in het eerste middelonderdeel de verzoekende partijen dan nog terecht aanvoeren dat het *a posteriori* bijvoegen van de betrokken documenten niet als een verduidelijking of aanvulling van de offerte mag worden beschouwd maar daarentegen een niet-toegestane wijziging van de offerte is volgens artikel 96, § 4, van het koninklijk besluit Plaatsing, hetgeen de Raad van State mag onderzoeken. Onder een niet-toegestane wijziging lijkt te moeten begrepen, een dusdanige wijziging dat het eigenlijk om een nieuwe offerte gaat, met andere woorden een wezenlijke wijziging van de inschrijving.

Er lijkt te dezen te moeten worden vastgesteld dat, wat het document inzake de waarborg voor de LED-modules betreft, de betrokken inschrijvers er zich reeds door de regelmatige ondertekening van de offertes toe verbonden hadden te handelen in overeenstemming met de 10-jarige waarborg en de vervangingsplicht, voorgeschreven door de hiervoor aangehaalde besteksbepaling zodat *prima facie* bezwaarlijk in de bedoelde toevoeging van het betrokken document een wijziging van de offertes mag worden gezien.

Wat de onderhoudscontracten inzake de liften van het bedieningsgebouw betreft, lijkt het in de huidige stand van de zaak niet aangetoond dat het niet bijvoegen bij de offerte tot een wijziging van de betrokken offertes

heeft geleid of zelfs heeft kunnen leiden, nu zelfs hun invloed op de prijszetting niet lijkt te zijn aangetoond.

Wat ten slotte het attest van certificatie betreft van de onderneming die de installatie van branddetectie ontwerpt, plaatst of onderhoudt, lijkt in het gunningsverslag terecht te zijn opgemerkt dat dergelijk attest een onveranderlijk gegeven betreft voor een onderneming, die over de betrokken certificatie zowel voor als na het indienen van de offerte beschikt.

Aldus lijkt er te dezen geen sprake van een wezenlijke en derhalve niet toelaatbare wijziging van de offerte.

15. Om al deze redenen zijn het eerste, het tweede en het derde onderdeel niet ernstig.

Vierde middelonderdeel

16. In het vierde onderdeel van het middel richten de verzoekende partijen hun kritiek enkel en alleen op de beoordeling van de offertes van de tweede en de vierde gerangschikte inschrijver, en niet op de offerte van de gekozen inschrijver, die de in het geding zijnde certificatie-attest en documentatie van het materiaal inzake branddetectie-installatie wel bij zijn offerte had gevoegd.

De verwerping van het eerste, het tweede en het derde onderdeel en hierna ook van het tweede middel, brengt met zich mee dat de verzoekende partijen geen belang hebben bij het hier besproken middelonderdeel. Zelfs indien het ernstig zou worden bevonden, dan nog blijft zulks zonder effect op de wettigheid van de gunning aan de gekozen inschrijver, wiens offerte geen voorwerp is van de grief.

17. Het eerste middel is in zijn geheel genomen, niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

18. In een tweede middel voeren de verzoekende partijen de schending aan van de materiëlemotiveringsplicht en van artikel 100, § 1 en § 2, tweede lid, van het koninklijk besluit Plaatsing, "[d]oordat, de mogelijkheid die aan de betrokken inschrijvers werd geboden om, na de opening van de offertes, de vereiste voorstellen van onderhoudscontract inzake de liften bij hun offerte te voegen, steunt op het motief dat deze voorstellen nog konden worden opgevraagd, 'aangezien dit niets wijzigt aan de inhoud van de offerte, en meer in het bijzonder de prijszetting, aangezien het voorstel van prijs voor bovenvermelde onderhoudscontracten geen deel uitmaakt van de offerteprijs. Gegeven dat het opvragen hiervan wijzigt niets (sic.) aan de prijszetting van de offerte, werd dit – voor de inschrijvers waarbij dit ontbrak – opgevraagd na opening van de offertes'; [t]erwijl, [o]vereenkomstig artikel 100, § 2 KB Plaatsing, bij aanbesteding, de offertes moeten worden verhoogd met de geboden prijs voor de verplichte optie(s); [t]erwijl, het motief derhalve manifest in rechte onjuist is".

Beoordeling

19. Bij de bespreking van het eerste middel is gebleken dat het uitgangspunt van dit tweede middel, namelijk dat de voorstellen inzake onderhoudscontracten moeten worden aangemerkt als een verplichte optie, niet is aannemelijk gemaakt.

Zulks lijkt te volstaat om ook dit tweede middel af te wijzen.

VIII. Besluit en kosten

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

21. Er is te dezen grond om met toepassing van artikel 30/1 van de

gecoördineerde wetten op de Raad van State en artikel 67, § 1, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’, de verwerende partij de door haar gevraagde basisrechtsplegingsvergoeding van 700 euro toe te kennen, nu zij door de verwerping van de vordering tot schorsing als in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

BESLISSING

1. De verzoeken van de nv Herbosch-Kiere en de nv Jan De Nul tot tussenkomst worden ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partijen worden, elk voor een derde, verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 600 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.
De tussenkomende partijen worden, elk voor de helft, verwezen in de kosten van de tussenkomsten, begroot op een rolrecht van 300 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 31 oktober 2017, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,

bijgestaan door

Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Greta Scheveneels	**Dierk Verbiest**