

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 248.501 van 7 oktober 2020
in de zaak A. 231.739/XII-8955**

In zake: de NV BOUWMATERIALEN A. DE ROCKER
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Rika Heijse
kantoor houdend te 9052 Gent
Dorpsstraat 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD GENT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Patrick Devers en John Devers
kantoor houdend te 9000 Gent
Kouter 71-72
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 11 september 2020, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:

“- de beslissing van 16 juli 2020 van het College van burgemeester en schepenen van de Stad Gent [...] om de raamovereenkomst voor het leveren van bouwmaterialen, bestek nr. ECO/2019/010-ID4633 te gunnen aan Bouwmaterialen De Groote-Houtboerke nv [...];
- de beslissing van 16 juli 2020 van het College van burgemeester en schepenen van de Stad Gent, meegedeeld bij brief van 27 augustus 2020, waarbij de offerte van Bouwmaterialen A. De Rocker voor de raamovereenkomst voor het leveren van bouwmaterialen, bestek nr. ECO/2019/010-ID4633, als onregelmatig wordt geweerd
- de impliciete beslissing van 16 juli 2020 van [het] College van burgemeester en schepenen van de Stad Gent, om de raamovereenkomst voor het leveren van bouwmaterialen, bestek nr. ECO/2019/010-ID4633 niet aan Bouwmaterialen A. De Rocker te gunnen.”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 1 oktober 2020, om 14.00 uur.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Rika Heijse, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat John Devers, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Inge Vos 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 stad Gent schrijft een overheidsopdracht uit voor leveringen met als voorwerp “raamovereenkomst voor het leveren van bouwmaterialen”, met een looptijd van vier jaar. De stad Gent treedt voor deze opdracht op als een aankoopcentrale.

De opdracht wordt gegund bij wijze van openbare procedure en bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 21 november 2019, met verbeteringsbericht op 23 december 2019, en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 26 november 2019, met verbeteringsbericht op 27 december 2019.

3.2. Het toepasselijk bijzonder bestek met nummer ECO/2019/010-ID4633 verduidelijkt dat het voorwerp van de opdracht een raamovereenkomst betreft, bestaande uit één perceel.

Inzake de prijsvaststelling bepaalt het bestek onder meer dat de opdracht er een is tegen prijslijst. De eenheidsprijzen voor de verschillende posten zijn forfaitair en de hoeveelheden, voor zover er hoeveelheden voor de posten worden bepaald, zijn vermoedelijk of worden uitgedrukt binnen een vork. De posten worden verrekend op basis van de werkelijk bestelde en gepresteerde hoeveelheden. De opdracht wordt gegund op grond van de eenheidsprijzen opgegeven in de offerte.

Het bestek bepaalt voorts de volgende gunningscriteria : prijs (gewicht 95) en milieu impact – lokaal transport (gewicht 5).

Als bijlage bij het bestek is tevens een inventaris gevoegd waarin de 230 posten worden opgenomen met de vermoedelijke hoeveelheden. Blijkens het bestek (onder punt I.1 Beschrijving van de opdracht) moet de gekozen inschrijver een zogenaamde “vaste catalogus” van alle toegewezen artikels van het contract opmaken (uiterlijk binnen de 15 kalenderdagen na toewijzing van de opdracht), zijnde de “lijst met de verplichte artikels uit de inventaris van dit bestek”.

3.3. Slechts twee inschrijvers dienen een offerte in: de verzoekende partij voor een bedrag van 459.842,10 euro, btw niet inbegrepen, en de nv Bouwmaterialen De Groote-Houtboerke voor een bedrag van 460.416,92 euro, btw niet inbegrepen.

3.4. Het gunningsverslag van 19 juni 2020 vermeldt onder punt “5. Verbetering van de offertes” het volgende:

“5.2. VERBETERING VAN HOEVEELHEDEN

De firma Bouwmaterialen De Groote-Houtboerke geeft afwijkende maatvoeringen op voor de artikelen 80, 82, 83, 84, 94, 95, 96, 100, 108, 112, 120, 121, 214 en 222. Deze afwijkingen zijn niet-essentieel. Teneinde de ingediende offertes onderling vergelijkbaar te houden werden deze posten herrekend (de firma Bouwmaterialen A. De Rocker geeft immers geen afwijkende maatvoeringen op).”

Dit leidt tot de verbetering van de offerte van de nv Bouwmaterialen De Groote-Houtboerke naar een totaalprijs van 459.563,62 euro, btw niet inbegrepen.

De beoordeling van de regelmatigheid van de offertes in het verslag van nazicht luidt als volgt:

“6.2.ANALYSE

nr.	inschrijver	A	B	C	D	E	F	G
1	Bouwmaterialen A. De Rocker nv	OK	OK	OK	OK	NOK (1)	NOK (2)	OK
1	Bouwmaterialen De Groote-Houtboerke nv	OK	OK	OK	OK	OK	OK	OK

Toelichting bij de tabel:

- (1) Het bestek voorziet op blz. 39 onder de technische bepalingen dat ‘Indien de aangeboden blauwe hardsteen en/of arduin niet ontgonnen zijn in Europa, dient de inschrijver een attest voor te leggen dat bij de ontginning van deze materialen er geen kinderarbeid aan te pas is gekomen. Dit attest moet door een onafhankelijk certificeringsbureau opgemaakt zijn en mag niet ouder dan 6 maanden zijn.’

De firma Bouwmaterialen A. De Rocker nv geeft in bijlage C op dat 24 van de 25 gevraagde artikelen/posten afkomstig zijn uit Vietnam. Enig attest dat er geen kinderarbeid hieraan te pas komt ontbreekt evenwel. Per mail van 23 januari 2020 verzoekt de administratie dit document uiterlijk tegen 7 februari 2020 te willen overmaken. De firma heeft op datum van 06 februari 2020 een document overgemaakt. Dit document is opgemaakt door de firma [...] bekrachtigd door de gemeente en is opgesteld in het frans.

Het document maakt melding dat het bedrijf in geen geval kinderarbeid gebruikt bij zijn activiteiten.

Dit document voldoet echter niet aan het gevraagde, namelijk opgesteld en afgeleverd door een onafhankelijk certificeringsbureau. Bijaldien kan de administratie dit document niet aanvaarden en voldoet de inschrijver niet aan de bepalingen van het bestek.

- (2) De firma bouwmaterialen de Rocker nv doet een opmerking op artikel 36 ‘Rijnzand in buik 0/2’, met voorziene vermoedelijke hoeveelheid van 56.000 kg. Hierbij maakt de firma de opmerking dat er een

minimum afname van 10 ton moet zijn. Daar het bestek echter vermeld dat de vermoedelijke hoeveelheid is in kg en de opgegeven prijs ongeacht de afgenomen hoeveelheid dient te zijn, kan de administratie niet anders dan vaststellen dat de firma hier een verboden voorbehoud[...] maakt. Het opdrachtgevend bestuur moet desgewenst ook afnames kunnen doen van hoeveelheden kleiner dan 10.000 kg per bestelling.

6.3. BESLUIT OVER DE REGELMATIGHEID VAN DE OFFERTES

De firma Bouwmaterialen A. De Rocker nv heeft niet het gevraagde attest omtren[t] geen kinderarbeid kunnen voorleggen en bovendien maakt de firma een verboden voorbehoud door te stellen dat er een minimumafname dient te zijn voor artikel 36. Derhalve is de firma substantieel onregelmatig. De firma Bouwmaterialen De Groote - Houtboerke nv blijft behouden voor verdere evaluatie.”

Na toetsing van de offerte van de nv Bouwmaterialen De Groote-Houtboerke aan de gunningscriteria, wordt voorgesteld om de opdracht aan haar te gunnen.

3.5. Op 16 juli 2020 beslist het college van burgemeester en schepenen van de stad Gent om het gunningsverslag goed te keuren en de opdracht te gunnen aan de nv Bouwmaterialen De Groote-Houtboerke.

Met een e-mailbericht en aangetekend schrijven van 27 augustus 2020 wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat de opdracht aan een andere inschrijver werd gegund en dat haar offerte niet regelmatig werd bevonden.

IV. Vertrouwelijkheid van de stukken

4. Beide partijen vragen om een aantal stukken als vertrouwelijk te behandelen aangezien het om commerciële gegevens gaat die gevoelige informatie bevatten.

Het vertrouwelijk karakter van de betrokken stukken wordt door geen van de partijen betwist, behoudens wat stuk II.4 van het administratief dossier “Herberekeningen prijzen Bouwmaterialen De Groote-Houtboerke n.v. in functie van maatvoering in bestek” betreft.

In een e-mailbericht van 29 september 2020 en ter terechtzitting betoogt de verzoekende partij dat zij weliswaar begrip toont voor het vertrouwelijk houden van de eenheidsprijzen van de gekozen inschrijver maar dat zij zich niet passend kan verdedigen “door de berekeningswijze niet vrij te geven”.

In een e-mailbericht van 30 september 2020 deelt de verwerende partij mee dat zij wenst vast te houden aan het integraal vertrouwelijk karakter van het betreffende stuk.

5. Het lijkt niet raadzaam om te dezen reeds in de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid – en dus zonder diepgaand onderzoek – de vertrouwelijkheid te lichten van documenten die eenheidsprijzen bevatten, aangezien niet kan worden uitgesloten dat het zakengeheim van de betrokken inschrijver daardoor in het gedrang zal komen.

In de huidige stand van het geding lijkt het ook niet aangetoond dat de lichte van de vertrouwelijkheid van dit stuk noodzakelijk zou zijn vanuit het oogpunt van het recht op een eerlijk proces, temeer daar de Raad van State dit stuk wel bij zijn beoordeling van de aangevoerde middelen mag en zal betrekken.

V. Schorsingsvoorwaarden

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

6.2. Te dezen is evenwel ook de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten,

bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies' van toepassing.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissingen 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 beslissingen kunnen verantwoorden.

VI. Onderzoek van het eerste middel

Standpunt van de partijen

7. De verzoekende partij voert de schending aan van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 'betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen', van de artikelen 4, 5, §1, 53 en 87 van de wet 17 juni 2016 'inzake overheidsopdrachten', van artikel 10 en 11 van de Grondwet, van artikel 76, §§ 1 en 2, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 'plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren' (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017) en van het beginselen van behoorlijk bestuur, "inzonderheid de formele en materiële motiveringsplicht, het gelijkheidsbeginsel, het legaliteitsbeginsel (patere legem quam ipse fecisti) en het zorgvuldigheidsbeginsel".

Het middel, opgesplitst in drie onderdelen, wordt door de verzoekende partij als volgt samengevat:

“Doordat de bestreden beslissing, enerzijds, de offerte van verzoekster onregelmatig verklaart en anderzijds, de offerte van de begunstigde inschrijver regelmatig verklaart,

Terwijl de motieven op grond waarvan de offerte van verzoekster onregelmatig en de offerte van de begunstigde inschrijver regelmatig wordt verklaard, (i) de gelijkheid onder de inschrijvers schenden, (ii) de regels inzake technische specificaties en arbeidsgerelateerde uitvoeringsvoorwaarden schenden, (iii) niet feitelijk juist zijn en niet materieel draagkrachtig zijn omdat

Eerste onderdeel

(a) het bestek enkel vereist dat het attest, dat bevestigt dat de ontginning van blauwe natuursteen zonder beroep op kinderarbeid is verricht, pas tijdens de uitvoering van de opdracht moet worden voorgelegd zodat dit attest niet als een ‘op straffe van onregelmatigheid van de offerte’ voorgeschreven voorwaarde in het bestek is opgenomen;

(b) eisen dat een attest van ‘ontginning zonder kinderarbeid’ moet worden voorgelegd, verband houdt met een sociale overweging maar niet met een technische specificatie. Sociale criteria kunnen alleen in de uitvoeringsvoorwaarden van de opdracht worden opgenomen, zodat er geen attest bij de indiening van de offerte kan worden gevraagd.

(c) het bijgebrachte attest betreffende de ontginning van de blauwe hardsteen ten onrechte als een ongeldig attest wordt geweerd, nu het bestek geen definitie gaf van het begrip “onafhankelijk certificeringsbureau” en de bestreden beslissing niet motiveerde waarom een certificering van de gemeente van vestiging van de leverancier niet kon gelden als een onafhankelijke attestering,

Tweede onderdeel, de opmerking dat ‘Rijnzand in bulk 0/2” met een minimum afname van 10 ton (=10.000 kg) moet worden besteld, geen voorbehoud is, maar slechts een verduidelijking van de leveringswijze inhield, die toegelaten is door het bestek aangezien er in de inventaris ruimte was voor opmerkingen; dat deze leveringswijze spoort met de andere hoeveelheden van de aanverwante posten voor Rijnzand en de geest van het bestek dat duurzaamheid nastreeft; dat, zelfs als het om een voorbehoud zou gaan, deze slechts betrekking heeft op een dermate gering aandeel van de opdracht (nog geen 0,4 %) zodat er hoogstens sprake zou kunnen zijn van een relatieve onregelmatigheid die niet leidt tot de substantiële onregelmatigheid/wering van de offerte,

Derde onderdeel, de offerte van de begunstigde inschrijver daarentegen wel degelijk substantieel onregelmatig was omdat voor niet minder dan 14 producten uit de inventaris een product is aangeboden dat niet overeenstemde met de maatvoering van de inventaris, dat de Stad zelf uitdrukkelijk erkent dat dit de vergelijkbaarheid tussen de offertes aantast zodat de Stad zelf de posten herrekenet en daarbij niet blijkt hoe een herrekening mogelijk zou zijn, dat zelfs als de afwijking van de maatvoering voor deze posten als niet substantieel zou moeten worden aanvaard, de inschrijvers op ongelijke wijze worden behandeld doordat waar verzoekster een opmerking maakte bij de leveringswijze van bulk Rijnzand deze

opmerking, dit zonder enige grondslag, wel als een substantiële onregelmatigheid is beschouwd.

Zodat de beoordeling en de motivering van de offertes in feite niet juist is, minstens niet draagkrachtig is en de gelijkheid onder de inschrijvers schendt waardoor de bestreden beslissingen die gesteund zijn op hierboven aangehaalde schendingen van wetsbepalingen, eveneens onwettig is.”

Wat het tweede onderdeel betreft, licht de verzoekende partij toe dat de inventaris uitdrukkelijk de ruimte laat en de mogelijkheid biedt om een opmerking te formuleren, nu er specifiek een rubriek hiervoor is voorzien. De posten 32 en 33 omschrijven rijnzand in zakken van 25 kg, de posten 34 en 35 rijnzand in zakken van 40 kg en de post 37 rijnzand in *bigbags* van 1500 kg. Bijgevolg is het volgens de verzoekende partij weinig duurzaam dat rijnzand in bulk ook voor dergelijke volumes zou worden besteld en is het enkel duurzaam om deze in een normale en proportionele bulkbestelling te leveren, zijnde minimum 10.000 kg. Dit is geen voorwaarde waardoor de verzoekende partij weigert om bulkzand te leveren overeenkomstig de maatvoering vermeld in het bestek, en evenmin een voorwaarde waarmee zij zichzelf een voordeel zou bieden aangezien iedere inschrijver dezelfde opmerking kon maken.

Wat het derde onderdeel betreft, licht de verzoekende partij toe dat de offerte van de begunstigde inschrijver substantieel onregelmatig is omdat voor niet minder dan veertien producten uit de inventaris een product is aangeboden dat niet overeenstemde met de maatvoering van de inventaris. Volgens haar is de gevraagde maatvoering voor een aantal producten inderdaad geen standaardmaatvoering maar zijn deze wel op de markt beschikbaar en duurder. Zij heeft in haar offerte alle maatvoeringen gerespecteerd en dus duurdere prijzen opgegeven. De verwerende partij erkent zelf uitdrukkelijk in het gunningsverslag dat de afwijkende maatvoering die in de offerte van de gekozen inschrijver is opgenomen de vergelijkbaarheid tussen de offertes aantast. Volgens de verzoekende partij was het dan ook niet toelaatbaar dat de verwerende partij zelf, in de plaats van de inschrijver, de betrokken posten herrekende. In ieder geval leidt een herrekening aan de hand van de eenheidsprijs voor een standaardproduct naar de oppervlakte of het volume van een niet-standaard maatvoering volgens

haar tot een vertekend beeld omdat de eenheidsprijs van een niet-standaard product duurder is. Het vervangen van een product in de inventaris is wel degelijk als een voorbehoud te beschouwen omdat de inschrijver daarmee aangeeft dat hij niet de producten zal leveren zoals beschreven in de inventaris. Hij kent zichzelf aldus een discriminerend voordeel toe doordat hij deze producten aan een goedkopere prijs kan leveren. Volgens de verzoekende partij gaat het ook om een niet gering aandeel in de totaliteit van de aan te bieden producten. Ten slotte betoogt de verzoekende partij dat het duidelijk is dat, zelfs als de afwijking van de maatvoering voor deze posten als niet substantieel zou moeten worden aanvaard, de inschrijvers op ongelijke wijze worden behandeld. Waar de verzoekende partij een opmerking maakte bij de leveringswijze van bulk rijnzand wordt deze opmerking, zonder enige grondslag, wel als een substantiële onregelmatigheid beschouwd, terwijl de veertien aangeboden producten met afwijkende maatvoering in de offerte van de gekozen inschrijver niet als substantieel onregelmatig zijn beschouwd.

8. Wat het derde onderdeel betreft, werpt de verwerende partij een exceptie van gebrek aan belang op wanneer uit het niet ernstig bevinden van het eerste of het tweede onderdeel van het middel blijkt dat de offerte van de verzoekende partij terecht als onregelmatig werd geweerd. Of er sprake is van een discriminerend voordeel moet steeds *in concreto* worden beoordeeld. Opdat er sprake kan zijn van een discriminerend voordeel voor een zekere inschrijver zoals aangevoerd in dit onderdeel, dient er volgens de verwerende partij een inschrijver te zijn die wordt benadeeld. Opdat het onmogelijk zou zijn om offertes te vergelijken dienen er minstens twee offertes te zijn. Dit is hier niet het geval aangezien de offerte van de gekozen inschrijver de enige regelmatige offerte is. Een onregelmatige inschrijver kan volgens de verwerende partij niet voorhouden benadeeld te zijn bij de inhoudelijke beoordeling van de offerte van de gekozen inschrijver.

Wat de ernst van het derde onderdeel betreft, is volgens de verwerende partij vooreerst geen sprake van een ongelijke behandeling tussen de

inschrijvers omdat de beide onregelmatigheidsgronden niet te vergelijken zijn. De onregelmatigheid van een offerte wegens een verboden voorbehoud steunt op het onzeker zijn van de verbintenis van de verzoekende partij en strekt ertoe het bestuur te beschermen, terwijl de onregelmatigheid van een offerte omdat er sprake zou zijn van een discriminerend voordeel dient om de overige regelmatige inschrijvers te beschermen en impliceert de aanwezigheid van minstens één benadeelde regelmatige inschrijver.

Voorst is het derde onderdeel volgens de verwerende partij af te wijzen omdat de voorgehouden onwettigheid louter steunt op beweringen van de verzoekende partij die op geen enkele wijze worden gestaafd. De verzoekende partij maakt het niet *prima facie* aannemelijk dat voor de posten die zij viseert de in het bestek opgegeven maatvoering niet de op de markt courante maatvoering zou zijn. Evenmin maakt zij het *prima facie* aannemelijk dat wat deze vermeend niet-courante maatvoeringen in het bestek betreft, andere, meer courante, maatvoeringen goedkoper zouden zijn. Het onderdeel faalt volgens haar dus sowieso, in feite.

Met de herberekening wordt de vergelijkbaarheid van de offertes, mocht deze al aan de orde zijn – *quod non* –, volgens de verwerende partij trouwens terug mogelijk. “Ten overvloede” legt de verwerende partij de door haar opgestelde herberekeningstabel aangaande de offerte van de gekozen inschrijver neer als vertrouwelijk stuk. Hoe deze herberekening is gebeurd, blijkt daaruit. Deze tabel toont volgens haar evenzeer dat de herberekening soms leidde tot een verlaging van de inschrijvingsprijs van de gekozen inschrijver en soms tot een verhoging. Uiteindelijk levert de herberekening een verschil op van slechts 853,30 euro op een inschrijvingsbedrag van meer dan 450.000 euro.

Beoordeling

A. Voorafgaand

9. De verzoekende partij voert in het eerste middel in essentie aan dat de beide motieven voor het substantieel onregelmatig verklaren van haar offerte niet deugen (eerste en tweede onderdeel), en dat de verwerende partij de offerte van de gekozen inschrijver als substantieel onregelmatig diende te verklaren, minstens dat er sprake is van een ongelijke behandeling van de twee inschrijvers (derde onderdeel).

10. Overeenkomstig artikel 76, § 1, derde lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 is een offerte substantieel onregelmatig wanneer ze van aard is de inschrijver een discriminerend voordeel te bieden, tot concurrentievervalsing te leiden, de beoordeling van de offerte van de inschrijver of de vergelijking ervan met de andere offertes te verhinderen, of de verbintenis van de inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onbestaande, onvolledig of onzeker te maken. In het artikel 76, § 3, van hetzelfde besluit wordt voorts bepaald dat wanneer wordt gebruikgemaakt van een openbare of niet-openbare procedure de aanbestedende overheid de substantieel onregelmatige offerte dient nietig te verklaren. Zij beschikt daarbij over geen enkele beoordelingsruimte.

Het toepasselijk bestek bepaalt in artikel I.12 onder meer dat “[d]oor de indiening van zijn offerte [...] de inschrijver al de clausules van het bestek [aanvaardt] en [...] hij aan alle voorwaarden [verzaakt]”, en dat “[v]oor zover tijdens het onderzoek van de offerte door de aanbestedende overheid wordt vastgesteld dat er door de inschrijver voorwaarden zijn gevoegd waardoor het onduidelijk is of de inschrijver zonder voorbehoud akkoord gaat met de voorwaarden van het bestek, [...] de aanbestedende overheid zich het recht voor[behoudt] om de offerte als substantieel onregelmatig af te wijzen”.

B. Tweede onderdeel

11. In het gunningsverslag, waar de bestreden beslissingen op steunen, wordt de offerte van de verzoekende partij geweerd als substantieel onregelmatig wegens een voorbehoud met betrekking tot de in de bij het bestek gevoegde inventaris opgenomen post 36 “Rijnzand in bulk 0/2” met vermoedelijke hoeveelheid van 56.000 kg, aangezien de verzoekende partij in haar offerte bij deze post de opmerking maakt dat er een minimumafname van 10 ton moet zijn.

12. Het komt in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid en niet aan de Raad van State toe om te beoordelen of een offerte beantwoordt aan de besteksbepalingen, zij het dat de Raad van State daarbij mag nagaan of die beoordeling steunt op in rechte en in feite aanvaardbare motieven die voortvloeien uit een zorgvuldig onderzoek. Voorts staat het in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid om vast te stellen of een afwijking van het bestek een afwijking inhoudt van vereisten die in het bestek als substantieel worden aangemerkt.

13. Op het eerste gezicht lijkt de verwerende partij, wat de offerte van de verzoekende partij betreft, rechtmatig de afwijking van het bestek te dezen als een substantiële onregelmatigheid te hebben beschouwd in de zin van het voormelde artikel 76, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2017.

Uit de opmerking van de verzoekende partij in haar offerte dat er een minimumafname van 10 ton moet zijn, blijkt op het eerste gezicht dat de offerte geen afnames van hoeveelheden kleiner dan 10.000 kg per bestelling in bulk toelaat, hoewel het bestek dit wel lijkt te vereisen, zeker in het licht van de bij deze post vermelde vermoedelijke hoeveelheid van 56.000 kg. De door de verzoekende partij gestelde voorwaarde van minimumafname van 10 ton voor levering van rijnzand 0/2 in bulk, lijkt met zich mee te brengen dat in geval van een kleinere hoeveelheid de opdrachtgevende besturen gedwongen zullen zijn om rijnzand 0/2 te laten leveren in zakken van 25 kg of 40 kg of in een *bigbag* van

1500 kg tegen beduidend hogere prijzen. Indien toch minder dan 10.000 kg in bulk kan worden afgenomen, is niet duidelijk wat de prijs is van deze post en dus onzeker.

Door het toevoegen van de voornoemde voorwaarde inzake minimale levering van 10.000 kg heeft de verzoekende partij op dit punt aldus haar eigen algemene voorwaarden opgelegd, minstens is haar verbintenis op dat punt onduidelijk en stond bijgevolg niet vast dat zij zonder voorbehoud akkoord ging met de voorwaarden van het bestek, in welk geval de aanbestedende overheid zich overeenkomstig artikel I.12 van het bestek het recht voorbehoudt om de offerte als substantieel onregelmatig af te wijzen. De verzoekende partij maakt niet aannemelijk dat zij te dezen geen voorbehoud heeft gemaakt en de opmerking slechts een “verduidelijking van de leveringswijze tijdens de uitvoering” inhield. De omstandigheid dat er in de inventaris ruimte was voor opmerkingen, doet niets af aan het voorgaande.

14. De omstandigheid dat het voorbehoud volgens de verzoekende partij slechts betrekking zou hebben op een zeer gering aandeel van de opdracht, lijkt op het eerste gezicht niet tot een andere conclusie te leiden. Wanneer, zoals te dezen, vaststaat dat de verbintenis van de inschrijver onzeker is, lijkt dit te volstaan om op grond van artikel 76, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 te besluiten tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte. Zoals de verwerende partij opmerkt, lijkt de voornoemde bepaling geen marge toe te laten in functie van het aandeel van deze onzekerheid ten aanzien van de totaliteit van de opdracht.

15. Aldus kon de verwerende partij op het eerste gezicht rechtmatig oordelen dat, door het gemaakte voorbehoud, de verbintenis van deze inschrijver onzeker is in de zin van artikel 76 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, met de substantiële onregelmatigheid en de nietigheid van de offerte tot gevolg. De verzoekende partij brengt in de toelichting bij het tweede onderdeel van het eerste middel de overige in het middel aangevoerde wetsbepalingen en beginselen niet

meer uitdrukkelijk ter sprake. Er blijkt aldus *prima facie* evenmin dat de verwerende partij hiermee in strijd zou hebben gehandeld.

16. Het tweede onderdeel van het eerste middel is niet ernstig.

C. Eerste onderdeel

17. Blijkens de motieven uit het gunningsverslag weergegeven *sub* 3.4 werd de offerte van de verzoekende partij als substantieel onregelmatig verworpen, zowel omwille van het niet voorleggen van het gevraagde attest omtrent kinderarbeid als omwille van het maken van een verboden voorbehoud door te stellen dat er een minimumafname dient te zijn voor post 36 “Rijnzand in bulk 0/2”. Dit laatste motief volstaat om de beoordeling, dat de offerte van de verzoekende partij substantieel onregelmatig is, te dragen.

Er is dan ook geen grond om in te gaan op de kritiek die de verzoekende partij doet gelden ten aanzien van het eerste motief tot substantieel onregelmatigverklaring van haar offerte omwille van het niet voorleggen van het gevraagde attest omtrent kinderarbeid. De verzoekende partij heeft immers reeds op het eerste gezicht geen belang bij die kritiek nu deze, zelfs indien ernstig, niet meer tot de vaststelling kan leiden dat haar offerte ten onrechte als substantieel onregelmatig werd verworpen.

18. Het eerste onderdeel van het eerste middel wordt verworpen.

D. Derde onderdeel

Exceptie van gebrek aan belang bij het middelonderdeel

19. Te dezen blijken slechts twee inschrijvers een offerte te hebben ingediend en werd hoger vastgesteld dat de offerte van de verzoekende partij terecht als substantieel onregelmatig lijkt te zijn geweerd.

Een inschrijver van wie de 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.

Anders dan de verwerende partij dit ziet, lijkt het derde onderdeel niet beperkt te zijn tot de grief dat de gekozen inschrijver een discriminerend voordeel heeft genoten maar strekt het er in de eerste plaats toe aan te tonen dat de offerte van de gekozen inschrijver (ook) substantieel onregelmatig is nu daarin prijzen zijn opgegeven voor producten met een maatvoering die afwijkt van de maatvoering in de inventaris. In dat geval mocht de opdracht aan geen enkele inschrijver worden gegund.

Op het eerste gezicht beschikt de verzoekende partij als onregelmatig inschrijver aldus over het vereiste belang bij dit onderdeel.

20. De exceptie van gebrek aan belang wordt verworpen.

Ernst van het middelonderdeel

21. De verzoekende partij maakt op het eerste gezicht aannemelijk dat ook de offerte van de gekozen inschrijver als substantieel onregelmatig diende te worden beschouwd, om de volgende redenen.

22. Als bijlage bij het bestek is een inventaris gevoegd die een lijst omvat met volgens het bestek verplicht te leveren producten. Bij de omschrijving van die producten wordt telkens, ook bij de betrokken veertien producten, een specifieke maatvoering opgegeven, namelijk een welbepaald volume, gewicht, lengte, breedte of aantal stuks per doos.

Uit de offerte van de gekozen inschrijver, die werd neergelegd als vertrouwelijk stuk, doch waar de Raad van State mag acht op slaan, blijkt dat de gekozen inschrijver voor de voormelde veertien producten afwijkende maatvoeringen heeft opgegeven in de tabel “Opmerkingen”. De producten blijken aldus te worden aangeboden in een ander volume, gewicht, lengte, breedte of aantal stuks per doos dan gevraagd in de omschrijving van het product in de inventaris.

Het gunningsverslag vermeldt onder punt “5. Verbetering van de offertes” dat de gekozen inschrijver afwijkende maatvoeringen opgeeft voor de artikelen in veertien opgesomde posten, doch dat deze afwijkingen niet essentieel zijn. “Teneinde de ingediende offertes onderling vergelijkbaar te houden”, worden deze posten herrekend. Uit het stuk “Herberekeningen prijzen Bouwmaterialen De Groote-Houtboerke n.v. in functie van maatvoering in bestek”, dat als vertrouwelijk stuk werd neergelegd doch waar de Raad van State mag acht op slaan, blijkt dat de verwerende partij daarbij telkens de door de gekozen inschrijver opgegeven eenheidsprijzen voor een product in een andere maatvoering met toepassing van de regel van drie heeft omgerekend in functie van de in het bestek vereiste maatvoering. Dit heeft geleid tot een verbetering, die weliswaar beperkt lijkt qua omvang (een vermindering van de totaalprijs van de offerte van de gekozen inschrijver met 853,30 euro), maar tot gevolg blijkt te hebben dat de totaalprijs van de gekozen inschrijver zakt onder de inschrijvingsprijs van de verzoekende partij (met een verschil van 278,48 euro). Bij de beoordeling van de regelmatigheid van de offertes onder punt 6 in het gunningsverslag wordt de offerte van de gekozen inschrijver zonder meer op alle vlakken regelmatig bevonden en worden geen afwijkingen van de opdrachtdocumenten vastgesteld.

23. Zoals in het gunningsverslag zelf wordt vastgesteld, blijkt aldus dat de offerte van de gekozen inschrijver de levering van de producten niet in de door het bestek vereiste maatvoeringen aanbiedt. De offerte van de gekozen inschrijver lijkt aldus onmiskenbaar af te wijken van de opdrachtdocumenten en onregelmatigheden te bevatten met betrekking tot veertien posten, waarvoor

telkens een andere maatvoering werd aangeboden dan diegene die werd opgegeven in het bestek en die wel door de enige andere inschrijver werd gehanteerd.

Een onregelmatigheid in een offerte is enkel substantieel wanneer de beoordeling ervan of de vergelijking met de andere offertes wordt verhinderd. Aangezien de verwerende partij in het gunningsverslag zelf aangeeft dat de voornoemde afwijkende maatvoeringen de vergelijkbaarheid van de offertes aantast, lijkt het, overeenkomstig artikel 76, § 1, tweede lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 alsdan te gaan om een substantiële onregelmatigheid, die op grond van artikel 76, § 3, dient te leiden tot nietigverklaring van de offerte.

Minstens lijkt de in het gunningsverslag opgenomen motivering op het eerste gezicht tegenstrijdig waar de afwijkingen als “niet-essentieel” worden bestempeld terwijl een verbetering van de offerte en herrekening van de posten wel noodzakelijk wordt geacht om de ingediende offertes onderling vergelijkbaar te maken. Bovendien blijkt op het eerste gezicht nergens uit het gunningsverslag of het administratief dossier waarom de afwijkingen met betrekking tot veertien posten van de inventaris niet tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte zouden dienen te leiden.

In het gunningsverslag worden de voornoemde posten herrekend onder de verwijzing naar de mogelijkheid tot “verbetering van hoeveelheden”. Met de verzoekende partij dient op het eerste gezicht te worden vastgesteld dat “geen herrekening mogelijk” is en de verwerende partij niet in de plaats van een inschrijver de juiste eenheidsprijs kan bepalen. Daargelaten de vraag of de in het bestek opgegeven maatvoering voor de betrokken posten al dan niet de courante maatvoering zou zijn en of meer courante maatvoeringen goedkoper zouden zijn, lijkt het niet op grond van het koninklijk besluit plaatsing 2017 aan een aanbestedende overheid toe te komen om in de plaats van een inschrijver de eenheidsprijs te bepalen voor een product in een andere maatvoering.

24. In het licht van het voorgaande maakt de verzoekende partij op het eerste gezicht eveneens aannemelijk dat er sprake is van een ongelijke behandeling van de inschrijvers bij het regelmatigheidsonderzoek.

Ten aanzien van de verzoekende partij heeft de verwerende partij een afwijking van het bestek als een substantiële onregelmatigheid bestempeld in de zin van het voormelde artikel 76, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 omdat zij een verboden voorbehoud uitmaakt en aldus van aard is om de verbintenis van de inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onbestaande, onvolledig of onzeker te maken.

Ook de gekozen inschrijver lijkt ingevolge de opmerkingen bij veertien posten uit de inventaris eveneens voorwaarden te hebben verbonden die geen steun vinden in het bestek en die van aard lijken om de verbintenis van de gekozen inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onzeker te maken. In het bijzonder lijkt onzeker of de gekozen inschrijver alsnog de producten zal leveren zoals beschreven in de inventaris en, indien zij worden afgenomen in een andere maatvoering dan vooropgesteld door de gekozen inschrijver, wat de prijs alsdan zal zijn van deze producten. De afwijkingen van het bestek lijken niet enkel een discriminerend voordeel te kunnen bieden doch tevens het bestuur te benadelen aangezien zij het is die in het bestek haar behoeften bepaalt en aldus voor producten in specifieke maatvoeringen heeft gekozen.

25. Het derde onderdeel van het eerste middel is ernstig.

VII. *Impliciete beslissing*

26. De verzoekende partij maakt niet aannemelijk dat te dezen het uitzonderlijk geval voorligt waarin de Raad van State zou moeten besluiten om reeds in een procedure tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid eveneens de schorsing te bevelen van de tenuitvoerlegging van de impliciete weigering om de opdracht aan haar te gunnen.

VIII. Besluit

27. Het derde onderdeel van het eerste middel is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden ingewilligd.

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

BESLISSING

1. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 16 juli 2020 van het college van burgemeester en schepenen van de stad Gent om de raamovereenkomst voor het leveren van bouwmaterialen te gunnen aan de nv Bouwmaterialen De Groote-Houtboerke.

2. De Raad van State verwerpt de vordering voor het overige.

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

Patricia De Somere,
bijgestaan door

Greta Scheveneels,

De griffier

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De voorzitter

Greta Scheveneels

Patricia De Somere