

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 204.410 van 27 mei 2010
in de zaak A. 196.277/XII-6177**

In zake: de NV MEBUMAR BELGIE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Carlos De Wolf en Anthony Verheggen
kantoor houdend te Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de TUSSENGEMEENTELIJKE MAATSCHAPPIJ DER
VLAANDEREN VOOR WATERVOORZIENING
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jacky d'Hoest en Elke Casteleyn
kantoor houdend te Assebroek-Brugge
Baron Ruzettelaan 27
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partijen:

I.
de NV STUDIEBUREAU HAEGHEBAERT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Alain Coppens
kantoor houdend te Roeselare
Westlaan 358
bij wie woonplaats wordt gekozen

II.
1. de NV INGENIEURSBUREAU ASSET
2. de NV B. CEC
3. de BVBA MULTIPROFESSIEONEEL ARCHITECTEN EN
INGENIEURSBUREAU, STUDIEBUREAU TALBOOM
4. de BVBA ADVIPEX
5. de NV ARCH & TECO ARCHITECTUUR BV OVV
6. de NV T.E.E.
samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap ABT-Infra
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Ciska Servais
kantoor houdend te Antwerpen
Roderveldlaan 3
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 22 april 2010, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van verwerende Partij, waarvan verzoekende Partij in kennis werd gesteld bij aangetekend schrijven d.d. 7 april 2010, om de opdracht van diensten, genaamd ‘Raamovereenkomst voor het uitvoeren van ontwerpstudies voor wegenis- en rioleringswerken binnen het werkingsgebied van de TMVW’ [...], te gunnen aan een andere, onbekende kandidaat, zijnde een concurrent van verzoekende Partij”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 20 mei 2010, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Carlos De Wolf en Anthony Verheggen, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaat Jacky d’Hoest, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaten Ciska Servais en Alain Coppens, die verschijnen voor de tussenkomende partijen, zijn gehoord.

Eerste auditeur Luc Vermeire 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. Verwerende partij schrijft een onderhandelingsprocedure met Europese bekendmaking uit voor een overheidsopdracht van diensten, genaamd “raamovereenkomst voor het uitvoeren van ontwerpstudies voor wegenis- en rioleringswerken binnen het werkingsgebied van de TMVW”.

3.2. Het toepasselijke bestek omschrijft de opdracht als volgt:

“De individuele projecten die in de loop van deze raamovereenkomst dienen uitgevoerd te worden betreffen het opmaken van de studie en het ontwerp m.b.t. het uitvoeren van riolerings- en wegeniswerken incl. werken aan de drinkwaterinfrastructuur, de bijhorende groenaanleg en andere infrastructurele werken”.

3.3. Het bestek verwijst naar het koninklijk besluit van 10 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten.

De opdracht is opgedeeld in 37 percelen. De opdracht wordt per perceel aan één dienstverlener toegewezen en elke overeenkomst zal worden gesloten voor een periode van drie jaar en is tweemaal verlengbaar met een jaar.

Onder artikel 98 bepaalt het bestek de gunningscriteria. De gunning gebeurt per perceel rekening houdende met de volgende gunningscriteria in dalende orde van belangrijkheid:

1. de inschrijvingsprijs, 65%;
2. werkmethodologie, 30%;
3. combinatiekorting, 5%.

3.4. De opdracht wordt op 10 juli 2009 bekend gemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en op 14 juli 2009 in het Publicatieblad van de Europese Unie.

De uiterste termijn voor de ontvangst van de offertes is 24 augustus 2009.

3.5. Er worden 22 offertes ingediend waarbij voor één of meer percelen wordt ingeschreven, onder meer door verzoekende partij die voor alle percelen inschrijft; door de thv ABT - Infra die inschrijft voor alle percelen behalve de percelen 1, 2, 3 en 4; door de nv Studiebureau Haeghebaert die voor alle percelen inschrijft; door de nv Grontmij die voor alle percelen inschrijft; door nv Plantec die inschrijft voor de percelen 1, 2, 3, 4, 16, 18, 19 en 21; door de thv Arcadis Belgium - VDS die inschrijft voor de percelen 22, 26, 27, 29, 31, 32 en 33; door de bvba Studiebureel Goegebeur-Van Den Bulcke die inschrijft voor de percelen 14 tot en met 18 en 20, 21, 28 en 31; door Studiebureau ir. Ch. Lobelle bvba die inschrijft

voor de percelen 1, 2, 3, 4, 7, 14 tot en met 21, 23, 28 tot en met 32 en 34 tot en met 37; en door Arcadis VDS bvba die inschrijft voor de percelen 6, 8, 10, 13 en 30.

3.6. Met brieven van 2 oktober 2009 deelt verwerende partij aan verscheidene inschrijvers waaronder verzoekende partij mee dat bepaalde informatie, nodig voor de evaluatie, in hun offerte ontbreekt of onvolledig is, en vraagt deze uiterlijk tegen 7 oktober 2009 te bezorgen.

Voor verzoekende partij wordt onder meer gevraagd of “de verzekering tegen beroepsrisico’s incl. de tienjarige aansprakelijkheid” is, naar een “bewijs van samenwerking en beschikbaarheid voor de uitvoering van de opdrachten met de onderaannemers, nl. IBS, Servaco en Reyntjens” en ook nog naar een “attest van OVAM waaruit blijkt dat IBS een erkend bod[de]bodemsaneringsdeskundige type 2 is”.

Uit het administratief dossier blijkt dat verzoekende partij in haar offerte, wat betreft het gevraagde bewijs van verzekering tegen beroepsrisico’s inbegrepen de tienjarige aansprakelijkheid, een attest voorlegde van haar verzekeraar dat verwijst naar de verzekerde bedragen bedrijfs- en beroepsaansprakelijkheid en vermeldt dat de premies regelmatig worden betaald. Inzake de bodemsaneringsdeskundige type 2, vermeldde zij in het ingevulde inlichtingenformulier bij haar offerte onder “de voorgestelde teams dienen gezamenlijk beroep te kunnen doen op” bij discipline bodemsaneringsdeskundige type 2 - waarbij een voetnoot verwijst naar “bewijs van samenwerking indienen”, “Ingenieursbureau IBS nv; aanvraag Mebumar België nv lopende”.

3.7. Volgens de nota wordt door alle inschrijvers behalve Astro-Plan en Duynslaeger & Co tijdig op deze vragen gereageerd.

Verzoekende partij doet dit met een brief van 7 oktober 2009 en deelt onder meer nogmaals het reeds bij de offerte gevoegde verzekeringsattest mee alsook de bijzondere voorwaarden met bijvoegsel nr. 1.

Daarnaast voegt zij bij deze brief ook een beslissing van OVAM van 24 juni 2003 houdende de erkenning van Ingenieursbureau IBS nv als bodemsaneringsdeskundige van type 2.

3.8. Met brieven van 19 oktober 2009 worden alle inschrijvers behalve Astro Plan uitgenodigd op onderhandelingen, al naar gelang het geval op 22, 23 of 24 oktober 2009.

Naar aanleiding daarvan hebben blijkbaar alle inschrijvers (behalve Astro-Plan) bijkomende informatie meegedeeld; verzoekende partij doet dit met een e-mail en een brief van 27 oktober 2009.

3.9. Op 10 december 2009 nodigt verwerende partij de inschrijvers bvba studiebureau ir. Ch. Lobelle, de thv ABT-Infra, Studiebureau Plantec en Studiebureau Haeghebaert uit voor “een tweede onderhandelingsronde” op 15 december 2009.

Volgens de nota wenste verwerende partij op basis van de reeds ontvangen documenten nog bijkomende informatie omtrent de technische capaciteit van deze inschrijvers en werd deze technische capaciteit op 15 december 2009 besproken, en dienden deze inschrijvers naar aanleiding daarvan nog “bijkomende informatie” in.

Volgens het gunningsverslag beperkten de inschrijvers Lobelle, Plantec en Haeghebaert “na de onderhandelingen d.d. 15 december 2009” hun inschrijving tot bepaalde percelen: inschrijver Lobelle tot de percelen 17, 20, 23, 30 en 36; inschrijver Plantec tot de percelen 1, 2, 16 en 18; en inschrijver Haeghebaert tot de percelen 3, 4, 19 en 32.

Uit het administratief dossier blijkt dat Plantec tegelijk een voorkeurlijst voor (ook andere) percelen (3, 4, 19 en 21) meedeelde en een voorkeurlijst bij samenvoeging van deze percelen, waarbij de kortingen soms anders zijn dan in de initiële offerte.

Voor de thv ABT-Infra wordt in het gunningsverslag vermeld dat zij “na onderhandelingen”, waarmee de “tweede onderhandelingsronde” lijkt bedoeld waarnaar in de alinea daarvoor wordt verwezen, “een aangepaste offerte” heeft ingediend. Uit het administratief dossier blijkt dat zij in een brief van 15 december 2009 “ingevolge ons gesprek in het kader van bovenvermelde onderhandelingsprocedure” een aantal punten “bevestigt” waaronder gewijzigde aanpassingscoëfficiënten A1 voor percelen 5, 8, 10, 12, 14, 21 en 28, percelen

waarvoor geen combinatiekorting wordt gegeven, en een gewijzigd uurloon voor perceel 5.

3.10. Bij brief van 21 januari 2010 ontvangt de verwerende partij volgens de nota “bijkomende informatie” van de inschrijver Grontmij. Deze werd volgens de nota “op eigen initiatief” overgemaakt. Dit initiatief wordt in het gunningsverslag omschreven als een “verbeterd voorstel” en is ook zo in het administratief dossier opgenomen. Het gaat om een brief waarin Grontmij “zoals afgesproken” bevestigt voor percelen 35 en 37 een hogere combinatiekorting toe te staan dan de oorspronkelijke korting per perceel.

3.11. In een gunningsverslag dat volgens de inventaris dateert van 18 februari 2010 en volgens de nota van 28 februari 2010 wordt eerst overgegaan tot de selectie van de inschrijvers met daaronder ook een administratief onderzoek van de offertes.

In de conclusie ter zake wordt “na evaluatie van de originele en de bijkomende ingediende offertes op basis van de wettelijke uitsluitingscriteria en de gestelde selectiecriteria” geconcludeerd dat “de inschrijvers Arcadis Belgium, Goegebeur - Van Den Bulcke, Lobelle, ABT-infra, Jonckheere, Grontmij, D+A Consult, Technum SWBO, Plantec, Haeghebaert, De Moor, SCES, D’Hauwer & Van Der Schueren, Soresma, Arcadis VDS en thv Arcadis Belgium - VDS kunnen geselecteerd worden”, dat “de inschrijvers Snoeck & Partners, Mebumar, Irtas en Duynslaeger & Co kunnen weerhouden worden onder administratief voorbehoud van het indienen van de ontbrekende documenten” en dat de offerte van de inschrijver Astro-Plan niet verder wordt “weerhouden” omdat deze zeer onvolledig is en de inschrijver niet inging op de vraag de ontbrekende informatie alsnog in te dienen tegen uiterlijk 16 oktober 2009 en zijn offerte niet beoordeeld kan worden in functie van de gestelde selectiecriteria.

Bij het onderzoek van de offerte van verzoekende partij werd in het gunningsverslag eerder, onder financiële en economische bekwaamheid bij het “bewijs van verzekering tegen beroepsrisico’s” opgemerkt “NOK¹” met in voetnoot 1 “Onduidelijk of de tienjarige aansprakelijkheid is inbegrepen + geen attest van betaling toegevoegd”. Onder “technische bekwaamheid” wordt inzake “Erkend bodemsaneringsdeskundige type 2” opgemerkt “NOK¹” met in voetnoot 1 “Ingenieursbureau IBS nv , aanvraag Mebumar België nv is lopende”. Het

gunningsverslag vermeldt onder “technische bekwaamheid” bij “bewijs van samenwerking met derden en beschikbaarheid” zonder meer “OK”.

3.12. Vervolgens wordt in het gunningsverslag overgegaan tot “offertevergelijking” van alle offertes behalve deze van Astro Plan.

Na toetsing aan de gunningscriteria wordt voor elk perceel een eindrangschikking opgesteld en een voorstel van gunning gedaan:

- percelen 1, 2, 16 en 18 aan Plantec;
- percelen 3, 4, 19 en 32 aan Haeghebaert;
- percelen 5, 7, 8, 11, 14, 28 en 34 aan ABT-infra;
- percelen 6 en 13 aan Arcadis VDS;
- percelen 9, 10, 12, 24, 25, 35 en 37 aan Grontmij;
- percelen 15 en 21 aan Goegebeur - Van Den Bulcke;
- percelen 17, 20, 23, 30 en 36 aan Lobelle; en
- percelen 22, 26, 27, 29, 31 en 33 aan de thv Arcadis Belgium - Arcadis VDS.

3.13. Op 8, 9, 11, 16, 18 en 22 maart 2010 nemen respectievelijk de regionale directiecomités regio West, regio Gent, regio Centrum, regio Zuid, regio Brabant en regio Oost van verwerende partij, voor de percelen in hun regio, beslissingen in de voorgaande zin.

Het beroep moet worden geacht tegen die beslissingen te zijn gericht.

3.14. Met een blijkbaar aangetekend verzonden brief van 7 april 2010 deelt verwerende partij aan verzoekende partij mee dat “de opdracht [haar] niet werd gegund “gezien er een voordeligere regelmatige offerte werd ingediend”.

Er wordt op gewezen dat verzoekende partij, “conform de regelgeving inzake overheidsopdrachten en artikel 19 [§] 2 van de gecoördineerde wetten van de Raad van State meer bepaald, over een termijn van 15 dagen beschikt om - indien u dit nodig acht- tegen deze beslissing beroep in te stellen. [...] We hopen u hiermee voldoende geïnformeerd te hebben en zetten conform de wettelijke bepalingen deze procedure verder vanaf vrijdag 23 april 2010”.

IV. Tussenkomst

Eerste tussenkomende partij

4.1. Met een op 7 mei 2010 ter post aangetekend verzoekschrift vraagt nv Studiebureau Haeghebaert om in het geding te mogen tussenkomen.

Zij blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet haar verzoek worden ingewilligd.

4.2. Met een aangetekend schrijven van 18 mei 2010 dient de nv Studiebureau Haeghebaert nog een “memorie van tussenkomst” in.

Dit stuk wordt wegens laattijdigheid uit de debatten geweerd, nu in het faxbericht van 28 april 2010 van de griffie aan de nv Studiebureau Haeghebaert werd meegedeeld dat de Raad van State de uiterste termijn voor het indienen van een verzoekschrift tot tussenkomst had bepaald op 10 mei 2010 om 12.00 uur.

Tweede tussenkomende partij

5. Met een op 10 mei 2010 ter post aangetekend verzoekschrift vragen de nv Ingenieursbureau Asset, de nv B. CEC, de bvba Multiprofessioneel Architecten en Ingenieursbureau, Studiebureau Talboom, de bvba Advipex, de nv Arch & Teco Architectuur BV OVV, de nv T.E.E., samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap ABT-Infra, om in het geding te mogen tussenkomen.

Zij blijken voordeel te halen uit de bestreden beslissing en hebben er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet hun verzoek worden ingewilligd. Zij worden hierna tweede tussenkomende partij genoemd.

V. De schorsingsvoorwaarden

6. Overeenkomstig artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing

kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

VI. Beoordeling van de eerste en de derde schorsingsvoorwaarde

Standpunt van de partijen

7. Inzake het vereiste van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel beroept de verzoekende partij zich in essentie op het verlies van de mogelijkheid om zelf de opdracht te kunnen uitvoeren en wijst zij op de referentiewaarde van de opdracht alsook op het feit dat de opdracht Europees werd bekendgemaakt en aldus de Europese drempelwaarde overstijgt, wat eveneens het financiële belang ervan zou aantonen.

Inzake de uiterst dringende noodzakelijkheid verwijst zij naar artikel 41sexies, § 2, van de wet van 24 december 1993 betreffende overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, en de door de aanbestedende overheid toegekende wachttermijn van 15 kalenderdagen.

8. De tweede tussenkomende partij betwist het moeilijk te herstellen ernstig nadeel en stelt dat het verlies van de mogelijkheid om de opdracht te bekomen op zich geen dergelijk nadeel teweeg brengt. Voorts werpt zij op dat reputatieschade geen moeilijk te herstellen ernstig nadeel is en dat niet is aangetoond dat de opdracht zou kunnen gelden als een belangrijke referentie.

Beoordeling

9. Door de betekening van de bestreden toewijzingsbeslissing zou tussen verwerende partij en de gekozen inschrijvers een overeenkomst tot stand komen tengevolge waarvan, in de lijn van de rechtspraak van de Raad van State, arrest nr. 87.983 van 15 juni 2000 van de algemene vergadering van de afdeling bestuursrechtspraak een gewone vordering tot schorsing naar alle waarschijnlijkheid zou worden afgewezen. Het bestaan van die overeenkomst zou de betrachting van verzoekende partij om zelf de opdracht nog uit te voeren, ernstig bemoeilijken en zou een mogelijk herstel in natura verder af brengen.

De tweede tussenkomenende partij betwist niet dat het te dezen een opdracht betreft die werd bekendgemaakt in het Publicatieblad van de Europese Unie en dus het Europees drempelbedrag overstijgt. Aldus moet, in tegenstelling tot wat zij betoogt, worden aanvaard dat verzoekende partij door de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden toewijzingsbeslissing het rechtens vereiste moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan ondergaan, mede gelet op de aard en de waarde van de in het geding zijnde opdracht, onderworpen aan bekendmaking in het Publicatieblad van de Europese Unie.

Voorts, wegens de dreigende betekening die door verwerende partij in haar brief van 7 april 2010 wordt aangekondigd en de te dezen verplicht gestelde procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid overeenkomstig voormeld artikel 41 sexies, § 2, wordt aanvaard dat verzoekende partij een beroep deed op de procedure tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

VII. Beoordeling van de tweede schorsingsvoorwaarde

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

10. Wat betreft de tweede van de door het voormelde artikel 17 gestelde voorwaarde, leidt verzoekende partij een eerste middel af uit “de schending van artikel 10 van de Richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten [...]; schending van het gelijkheidsbeginsel, zoals van toepassing inzake overheidsopdrachten”.

Samengevat stelt zij dat “het beginsel inzake de gelijke behandeling der inschrijvers” geschonden is:

“Doordat verwerende partij aan een bepaalde kandidaat of kandidaten heeft toegelaten om naar aanleiding van onderhandelingen verbeteringsvoorstellen in te dienen of zelfs een verbeterde offerte in te dienen, minstens een verbeterde offerte in aanmerking heeft genomen van een kandidaat die na de onderhandelingsrondes werd ingediend, zonder dat deze kandidaat zelfs voor de onderhandelingen was uitgenodigd, en een dergelijke mogelijkheid tot het indienen van een verbeterde offerte niet werd geboden aan verzoekende partij;

Terwijl, niettegenstaande een aanbestedende overheid in het kader van een onderhandelingsprocedure ruimte heeft om zelf vorm te geven aan deze onderhandelingsprocedure, zij toch ten allen tijde de gelijkheid tussen de kandidaten dient te waarborgen”.

Uit de toelichting bij het middel blijkt dat verzoekende partij in essentie aanstoot neemt aan het feit dat op willekeurige wijze werd beslist vier inschrijvers uit te nodigen tot een tweede onderhandelingsronde en dat bovendien één van de kandidaten die niet tot die tweede onderhandelingsronde werd uitgenodigd alsnog is toegelaten om een verbeterd voorstel in te dienen, en dat met verbeterde offertes rekening werd gehouden zonder dat ook zij een verbeterde offerte kon indienen.

Verzoekende partij benadrukt nog dat zij het rechtens vereiste belang heeft bij de in dit middel aangevoerde wettigheidskritiek, ook al blijkt uit de bestreden beslissing en het haar bezorgde gunningsverslag dat de door haar ingediende offerte voor de diverse verschillende percelen een ongunstige score heeft verkregen, aangezien door het ondoorzichtige, willekeurige en niet-transparante verloop van de gunningsprocedure niet kan worden bepaald op grond van welke concrete offertes deze beoordeling is totstandgekomen. De door verwerende partij gevolgde handelwijze heeft tot gevolg dat verzoekende partij het recht werd ontnomen om ook een “verbeterde offerte” in te dienen, waardoor de beoordeling, zoals deze thans voorligt, elke juridische relevantie verliest.

Beoordeling

11. Het flexibele kader dat door de onderhandelingsprocedure met bekendmaking aan de aanbestedende overheid wordt geboden, waarbij zij met de inschrijvers kan onderhandelen en een grotere vrijheid heeft om de procedure in te richten en te doorlopen, belet niet dat deze flexibiliteit wordt beperkt, naast het wettelijke en reglementair kader, door de toepassing van onder meer het gelijkheidsbeginsel.

12.1. Verwerende partij betoogt dat met de vier voornoemde inschrijvers geenszins een tweede onderhandelingsronde werd gevoerd, maar dat hun enkel werd gevraagd hun offerte mondeling te komen toelichten wat betreft de technische capaciteit - meer in het bijzonder wou verwerende partij naar eigen zeggen, indien zij de offertes van deze inschrijvers in overweging zou nemen voor

toewijzing, dat de betrokken inschrijvers ook over de nodige capaciteit zouden beschikken om op een adequate manier de dienstverlening te garanderen.

Daarbij moet worden vastgesteld dat het gunningsverslag vermeldt dat “op basis van een tussentijdse evaluatie en de opgegeven totale beschikbare capaciteit” Lobelle, ABT Infra, Plantec en Haegebaert op dinsdag 15 december 2009 werden uitgenodigd voor een “tweede onderhandelingsronde”.

Ook in de brieven van 10 december 2009 worden zij uitgenodigd “voor een tweede onderhandelingsronde” op 15 december 2009 en aldus blijkbaar niet voor een - loutere - toelichting over hun capaciteit.

Het gunningsverslag zelf stelt verder dat “na de onderhandelingen d.d. 15 december 2009” de inschrijvers Lobelle, Plantec en Haeghebaert hun inschrijving beperken tot bepaalde percelen.

Voor de thv ABT-Infra wordt in het gunningsverslag vermeld dat zij “na onderhandelingen”, waarmee de “tweede onderhandelingsronde” lijkt bedoeld waarnaar immers in de alinea daarvoor wordt verwezen, “een aangepaste offerte” heeft ingediend. Uit het administratief dossier blijkt dat zij in een brief van 15 december 2009 “ingevolge ons gesprek in het kader van bovenvermelde onderhandelingsprocedure” een aantal punten bevestigt waaronder gewijzigde aanpassingscoëfficiënten A1 voor percelen 5, 8, 10, 12, 14, 21 en 28, percelen waarvoor geen combinatiekorting wordt gegeven, en een gewijzigd uurloon voor perceel 5.

In de huidige stand van het geding blijkt dan ook niet dat aan deze vier inschrijvers enkel een toelichting werd gevraagd over hun capaciteit maar veeleer dat er - enkel - voor hen sprake was van een uitdrukkelijke tweede onderhandelingsronde. Tweede tussenkomende partij lijkt trouwens zelf in haar gehele betoog uit te gaan van het bestaan van twee onderhandelingsrondes.

12.2. Minstens blijkt uit het voorgaande dat drie van deze vier inschrijvers van dit initiatief van verwerende partij gebruik maakten om hun offerte aan te passen door het aantal percelen waarvoor wordt ingeschreven te beperken waarvan één ook de kortingen aanpaste, en waarbij de vierde -zoals het gunningsverslag zelf erkent- een aangepaste offerte indiende met blijkens het

administratief dossier gewijzigde aanpassingscoëfficiënten en een gewijzigd uurloon.

12.3. Uit het dossier lijkt voorts te kunnen worden afgeleid dat bij de beoordeling met deze aanpassingen rekening werd gehouden - zo wordt voor de thv ABT Infra in de bijlagen bij het gunningsverslag rekening gehouden met aangepaste aanpassingscoëfficiënten, en bij Plantec (soms) met de aangepaste combinatiekorting; voor de drie inschrijvers die hun offerte beperkten, worden de aanpassingscoëfficiënten en de kortingen voor de niet meer aangeboden percelen niet beoordeeld.

12.4. In de mate in de huidige stand van het geding niet blijkt dat de voormelde uitnodiging inhield dat de onderhandelingen tot deze 4 inschrijvers werden beperkt -verwerende partij stelt integendeel zelf dat de andere inschrijvers hierdoor niet werden uitgesloten- en nu dit aanleiding was tot het indienen van aangepaste offertes waarmee in de beoordeling rekening werd gehouden, lijkt aangenomen te moeten worden dat het gelijkheidsbeginsel veronderstelt dat de aanbestedende overheid dan de andere inschrijvers eveneens uitdrukkelijk en nogmaals de mogelijkheid had moeten bieden eventueel een nieuwe aangepaste offerte in te dienen naast de eventuele aanpassingen reeds aangebracht in het kader van de eerste onderhandelingen einde oktober 2009.

Verwerende partij betoogt in de nota nog dat na deze eerste onderhandelingsronde, die zij, zo lijkt het, ten onrechte als de enige onderhandelingsronde beschouwt, alle inschrijvers met uitzondering van Astro Plan, de mogelijkheid hadden bijkomende informatie mee te delen, hetgeen alle inschrijvers deden, zonder dat voor het indienen van deze bijkomende informatie een einddatum werd gegeven.

In zoverre zij hiermee bedoelt dat verzoekende partij in voorkomend geval op eigen initiatief nog een aangepaste offerte had kunnen indienen naast de bijkomende informatie, na de eerste onderhandelingen meegedeeld met een brief van 27 oktober 2009, lijkt dit moeilijk verenigbaar met de in het kader van een onderhandelingsprocedure gelijke en transparante behandeling van alle inschrijvers wanneer andere inschrijvers vervolgens nog wel uitdrukkelijk uitgenodigd worden voor een tweede onderhandelingsprocedure.

Ook de door tweede tussenkomende partij benadrukte vereiste flexibiliteit van de onderhandelingsprocedure en noodzaak dat de aanbestedende overheid de onderhandelingsprocedure zo moet structureren dat een evenwicht tussen het respect voor het gelijkheidsbeginsel en een voldoende flexibele wijze van aanbesteden wordt gevonden, toont het tegendeel niet aan. Zij verduidelijkt immers niet hoe dit evenwicht zou worden verstoord door in de gegeven omstandigheden ook andere inschrijvers uitdrukkelijk de kans te bieden eventueel een aangepaste offerte in te dienen noch dat hierdoor de onderhandelingsprocedure nog enkel van de offerteaanvraag zou verschillen doordat op grond van onderhandelingen meerdere offertes kunnen worden ingediend en dat de kandidaten met de overheid in dialoog kunnen treden, hetgeen niet de bedoeling van de wetgever zou zijn. Integendeel lijkt de voorgaande conclusie extra bevorderlijk voor een dergelijke dialoog.

12.5. Het gelijkheidsbeginsel lijkt dan ook geschonden doordat vier inschrijvers de kans is geboden via een uitnodiging tot een tweede onderhandelingsronde hun offerte aan te passen en hiermee rekening te houden zonder dat de andere niet uitgesloten inschrijvers uitdrukkelijk de kans kregen eveneens een aangepaste offerte in te dienen.

12.6. Het feit dat verzoekende partij niet bijster goed scoorde op de gunningscriteria zoals verwerende partij nog opwerpt in een exceptie van belang en dat zij, volgens tweede tussenkomende partij in een gelijkaardige exceptie, zelfs nooit in aanmerking kan komen voor gunning van enig perceel nu verzoekende partij “hoogstens als derde en in veel gevallen als vierde of als vijfde is gerangschikt”, ontnemt haar niet het belang bij dit middel.

Indien verwerende partij, na de schorsing, verzoekende partij alsnog de kans biedt een aangepaste offerte in te dienen, kan immers niet worden uitgesloten dat verzoekende partij op basis van die aangepaste offerte anders wordt beoordeeld en eventueel de economisch meest voordelige offerte blijkt te hebben ingediend, niet alleen voor de percelen toegewezen aan de vier voornoemde inschrijvers, maar in voorkomend geval ook voor andere percelen.

13.1. Daarnaast blijkt uit het dossier dat een andere inschrijver, nv Grontmij, nog met de voormelde brief van 21 januari 2010 een “verbeterd voorstel” heeft meegedeeld, waarmee blijkens het administratief dossier bij de beoordeling van de offertes rekening werd gehouden.

13.2. Zelfs indien al zou worden aangenomen dat dit verbeterd voorstel op eigen initiatief werd meegedeeld, dan nog lijkt het gelijkheidsbeginsel te veronderstellen dat de aanbestedende overheid, indien zij hiermee rekening wenste te houden, ook de andere inschrijvers de kans bood hun offerte aan te passen naast de in de eerdere onderhandelingen reeds meegedeelde bijkomende gegevens.

Verzoekende partij heeft ook op dit punt belang bij het ernstig bevinden van het eerste middel. Indien zij de kans krijgt een aangepaste offerte in te dienen, staat, zoals reeds gesteld, niet vast dat dit niet tot gevolg kan hebben dat zij voor één of meer percelen de meest voordelige offerte indiende. Ook indien verwerende partij van mening zou zijn dat rechtsherstel ook geboden kan worden door geen rekening te houden met de aangepaste offerte van nv Grontmij, ontnemt dit verzoekende partij, om de eerder reeds vermelde redenen, haar belang niet bij dit middel.

14. Het eerste middel is ernstig.

B. Tweede middel

15. Verzoekende partij leidt een tweede middel af uit “de schending van de artikelen 2 en 3 van de Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen”.

In dit middel neemt verzoekende partij in essentie aanstoot aan de afwezigheid van een afdoende formele motivering, nu deze bestaat uit een loutere puntentoekenning, zonder bijkomende woordelijke verduidelijking.

Nu het eerste middel ernstig werd bevonden lijkt het overbodig dit tweede middel verder te onderzoeken. Dit middel lijkt immers indien ernstig, niet tot een meer verdergaande schorsing te kunnen leiden.

VIII. Excepties

16. Verwerende partij en de tweede tussenkomende partij betwisten te dezen in een exceptie het belang van verzoekende partij, omdat uit het gunningsverslag blijkt dat haar offerte slechts werd “weerhouden” onder “administratief voorbehoud” van het indienen van ontbrekende documenten,

documenten die op datum van toewijzing, en zelfs tot op heden niet zijn overgemaakt zodat de opdracht onmogelijk aan haar kan worden toegewezen.

17. Verwerende partij heeft de offerte van verzoekende partij niet onregelmatig verklaard. In haar nota concretiseert zij nu het genoemde “administratief voorbehoud” door te wijzen op het ontbreken bij de offerte van een attest van betaling van een premie voor een verzekering tegen beroepsrisico’s en de onduidelijkheid die “nog steeds” heerst betreffende het in die verzekering al dan niet inbegrepen zijn van de tienjarige aansprakelijkheid.

Het jurisdictionele forum van de Raad van State lijkt niet geschikt om een aanbestedende overheid een “administratief voorbehoud”, dat in de door haar gestuurde voorafgaande en beëindigde bestuurlijke procedure niet tot een beslissing van substantiële onregelmatigheid leidde, om te laten zetten in een decisieve exceptie waarin die onregelmatigheid wordt vastgesteld. De exceptie wordt niet aanvaard.

18. Wat de tweede tussenkomenende partij betreft, verwijst deze op haar beurt naar het voornoemde voorbehoud, en op algemene wijze naar het feit dat “een aantal documenten ontbraken, waaronder het bewijs van verzekering tegen beroepsrisico’s en de vereiste erkenning als bodemsaneringsdeskundige, type 2”.

Deze exceptie is slechts summier onderbouwd. Bij aanvaarding ervan, lijkt ze in de optiek van de tweede tussenkomenende partij met zich te moeten meebrengen dat de offerte van de verzoekende partij als substantieel onregelmatig zou moeten worden beschouwd.

In een kort geding, en zulks geldt des te meer in een kort geding bij uiterst dringende noodzakelijkheid, kan de Raad van State slechts een beperkt onderzoek wijden aan de excepties van niet-ontvankelijkheid. Aangezien de verzoekende partij er zich minder behoorlijk tegen in bescherming kan nemen dan in de procedure ten gronde, past het dienvolgens dat de Raad van State een exceptie van niet-ontvankelijkheid veeleer zou verwerpen dan aannemen tenzij indien zijn beperkt onderzoek uitwijst dat een dergelijke exceptie een hoge graad van ernst vertoont.

Dit in acht genomen lijkt de exceptie op dit punt wegens haar summiere uitwerking niet de vereiste hoge graad van ernst te vertonen om reeds in

het kader van een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid te worden ingewilligd.

19. Ten slotte valt de exceptie van de tweede tussenkomende partij waarin ze betoogt dat verzoekende partij voor geen enkele gunning in aanmerking komt, gelet op haar respectieve rangschikkingen, en dus geen belang heeft bij haar vordering, samen met het belang bij haar middelen. Hiervoor is dat belang bij het eerste middel aanvaard.

20. Geen van de excepties lijkt dus het inwilligen van de vordering in de weg te staan.

IX. Besluit

21. Uit wat voorafgaat volgt dat is voldaan aan de voorwaarden gesteld in artikel 17, §§1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, die cumulatief moeten zijn vervuld wil een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden toegewezen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Studiebureau Haeghebaert tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

Het verzoek van de nv Ingenieursbureau Asset, de nv B. CEC, de bvba Multiprofessioneel Architecten en Ingenieursbureau, Studiebureau Talboom, de bvba Advipex, de nv Arch & Teco Architectuur BV OVV en de nv T.E.E., samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap ABT-Infra, tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissingen genomen op 8, 9, 11, 16, 18 en 22 maart 2010 van de regionale directiecomités TMVW om de opdracht van diensten, genaamd ‘Raamovereenkomst voor het uitvoeren van ontwerpstudies voor wegenis- en rioleringswerken binnen het werkingsgebied van de TMVW’, toe te wijzen.

3. De tussenkommende partijen worden verwezen in de kosten van de tussenkommst, begroot op 875 euro, elk voor een zevende.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 27 mei 2010, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest