RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 207.360 van 14 september 2010
in de zaak A. 197.490/XII-6316

In zake: de NV THINK MEDIA OUTDOOR
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Erik Vanden Brande
kantoor houdend te 1040 Brussel
Sint Michielslaan 55
bij wie woonplaats wordt gekozen
en tevens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jan Ghysels

tegen:

de GEMEENTE OUDERGEM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jean-Paul Lagasse
kantoor houdend te 1030 Brussel
de Jamblinne de Meuxplein 41
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de NV JC DECAUX BELGIUM PUBLICITE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Cies Gysen
kantoor houdend te Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 24 augustus 2010, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "[d]e beslissing van het College van Burgemeester en Schepenen van de Gemeente Oudergem genomen op datum van 20 juli 2010, aan verzoekende partij ter kennis gebracht bij aangetekend schrijven dat de datum draagt van 4 augustus 2010 maar blijkens datumstempel op de briefomslag slechts verzonden werd op 09 augustus 2010 en door verzoekende partij ontvangen werd op 10 augustus 2010, waarbij:

- de overheidsopdracht voor het leveren, plaatsen en onderhouden van straatmeubiliair (planimeters), uitgeschreven door verwerende partij, wordt toegewezen aan de N.V. JC Decaux Belgium Publicité, Groendreef 50 te 1000 Brussel;
- de offerte van verzoekende partij als onregelmatig wordt beschouwd omdat zij niet vergezeld zou gaan van een inschrijvingsformulier zodat er geen juridische titel zou zijn op grond waarvan de verwerende partij zekerheid zou gekregen hebben over het juridisch engagement van verzoekende partij en de waarborgen voor uitvoering die door haar te verstrekken waren".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 2 september 2010, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Stephan Wyckaert, die loco advocaten Erik Vanden Brande en Jan Ghysels verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Sven Boullart, die loco advocaat Jean-Paul Lagasse verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Johan Geerts, die verschijnt voor de tussenkomende partij, 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. Op deze opdracht is het bijzonder bestek "voor de levering, installatie en het onderhoud van het straatmeubilair op het gebied van de gemeente Oudergem" van toepassing, op 17 december 2009 goedgekeurd door de

gemeenteraad. De aankondiging werd bekendgemaakt in het Bulletin der aanbestedingen van 8 februari 2010.

3.2. Blijkens artikel 5 zijn onder meer van toepassing de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken.

3.3. Geen der partijen betwist deze kwalificatie als overheidsopdracht en als aanneming van leveringen.

Artikel 8 betreft de opmaak van de offerte en bepaalt onder meer de documenten, modellen, monsters en informatie die, naast de documenten vereist voor de kwalitatieve selectiecriteria, verplicht moeten worden bijgevoegd:

> "Naast de documenten hierboven vereist voor de kwalitatieve selectiecriteria is de inschrijver verplicht de volgende documenten, modellen, monsters en informatie bij te voegen:
> - De grafische omschrijving van de voorgestelde elementen, plannen, foto's of tekeningen in perspectief, schaalmodellen waardoor de technische en functionele kwaliteit van het stadsmeubilair geëvalueerd kan worden.
> - Het gedetailleerde rapport met de technische en andere specificaties van het meubilair (onder andere de gegevens betreffende de sterkte, bescherming tegen vandalisme, bescherming tegen corrosie en slijtage alsook de gevoeligheid voor graffiti), de technische procédés, de materialen;
> - Alle nuttige documenten waardoor er een optimaal beeld ontstaat van het voorgestelde meubilair;
> - Een nota waarin uitleg gegeven wordt over het bedrag en de berekening van de retributie in functie van de kwaliteit van de geplaatste affichedragers, van hun aard (met voorzieningen voor het zichtbaar maken van een of meerdere reclames) en van hun installatieritme; de retributie wordt uitgedrukt onder vorm van een bruto bedrag. Het netto bedrag wordt bekomen door van de bruto prijs de gemeentelijke belasting voor vaste pannelen af te trekken (op heden, 75 €/m²/trimester);
> - Een nota die de voorgestelde tijdsduur van het contract rechtvaardigd.
> - Alle documenten zullen gedagtekend en gehandtekend worden door de inschrijver of zijn mandataris".

Achteraan het bijzonder bestek is een "inschrijvingsformulier" gevoegd - "modèle de soumission" in de Franse versie, dat als volgt luidt:

> "Overheidsopdracht via algemene offerteaanvraag

Inschrijvingsformulier

De ondergetekende
(naam en voornaam)
Geboorteplaats en -datum

Nationaliteit
Woonplaats
(land, gemeente, straat en nr)

Of

De Vennootschap
(benoeming)

Vorm

Nationaliteit

Maatschappelijke zetel
(land, gemeente, straat en nr)

Vertegenwoordigd door de ondertekenaar

Verbind[t] zich op zijn eigen roerende en onroerende goederen tot het uitvoeren, conform de bepalingen van het bestek goedgekeurd door de bouwheer, de opdracht van dit lastenboek

In ruil voor een retributie ten bate van de gemeente van : ..... €, exclusief BTW.

bankrekeningsnummer
BTW nr
RSZ attest

Worden ook aan het bestek bijgevoegd:
• Een attest op erewoord conform aan het model dat bij dit lastenboek gevoegd is. Bij gebrek hieraan, en dit zowel voor de inschrijver als voor alle personen die met hem meewerken aan deze opdracht, kunnen zij uitgesloten worden zoals aangehaald in het artikel 43 van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996.
• Het betalingsbewijs waaruit blijkt dat de inschrijver in orde is met de betalingen van de BTW (attest daterend van het laatste trimester vóór de publicatie van het bericht van opdracht) en in orde is met de betalingen van de directe belastingen (formulier 276 C 2, belastingjaar 2008)
• RSZ: Een attest van de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid overeenkomstig 43bis van het KB van 8 januari 1996; betreffende de sociale zekerheid van de loontrekkenden. De buitenlandse inschrijver moet bij zijn offerte een attest voegen afgeleverd door een bevoegd buitenlandse autoriteit. Dit attest bewijst dat de inschrijver in orde is wat de sociale verplichtingen in verband met zijn werknemers betreft.
• Referenties naar gelijkaardige opdrachten: een lijst van leverings- of concessieopdrachten gelijkaardig door hun aard.
• De grafische omschrijving van de voorgestelde elementen, plannen, foto's of tekeningen in perspectief, schaalmodellen waardoor de

technische en functionele kwaliteit van het stadsmeubilair geëvalueerd kan worden.
• Het gedetailleerde rapport met de technische en andere specificaties van het meubilair (onder andere de gegevens relatief aan de sterkte, bescherming tegen vandalisme, bescherming tegen corrosie en slijtage alsook de gevoeligheid voor graffiti), de technische procédés, de materialen;

• Alle nuttige documenten waardoor er een optimaal beeld ontstaat van het voorgestelde meubilair
• Een nota waarin uitleg gegeven wordt over het bedrag en de berekening van de bijdrage in functie van de kwaliteit van de geplaatste affichedragers, van hun aard (met voorzieningen voor het zichtbaar maken van verschillend na elkaar komende reclame of niet) en van hun installatieritme;
• Een nota die de voorgestelde tijdsduur van het contract rechtvaardigd.

Gedaan te, op

De inschrijvers",

Daarnaast is ook nog een model "attest op erewoord" bij het bestek gevoegd, betreffende de toestanden vervat in artikel 43, § 1, 4/, van de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken.

Het bestek verwijst voorts niet naar dit inschrijvingsformulier en legt het gebruik ervan niet uitdrukkelijk op.

3.4. Volgens de bestreden beslissing worden de inschrijvingen geopend op 31 mei 2010. Naast verzoekende partij dienen nv Clear Channel Belgium en nv JC Decaux Belgium Publicité een offerte in.

3.5. Op 20 juli 2010 neemt het college van burgemeester en schepenen van verwerende partij de bestreden beslissing.

Daarin wordt vastgesteld dat geen der inschrijvers zich bevindt in een geval van uitsluiting, dat elke inschrijver de documenten voorlegt die toelaten hem te selecteren en dat alle inschrijvers kunnen worden geselecteerd. Alhoewel nv JC Decaux schulden heeft bij de RSZ is dit volgens de bestreden beslissing geen reden haar te weren omdat uit nazicht van de RSZ-databank blijkt dat er in hoofde van de klanten van JC Decaux geen inhoudingsplicht is:

"Bien que JCDecaux soit en situation de dette auprès de l'ONSS, il ne convient pas de l'écarter car une requête auprès de la banque de données

> de l'ONSS révèle qu'il n'y a aucune obligation de retenue dans le chef des clients de JCDecaux Belgium Publicité.
> Par conséquent, aucun soumissionnaire n'est frappé [de] cause d'exclusion et chacun fournit les documents permettant de le sélectionner.
> Tous les soumissionnaires peuvent être sélectionnés".

Vervolgens worden de offertes ten gronde onderzocht. Er wordt vastgesteld dat de offerte van verzoekende partij geen inschrijvingsformulier bevat en geconcludeerd dat deze offerte daarom onregelmatig moet worden geacht omdat er geen rechtstitel is die zekerheid biedt over de juridische verbintenis die zij aangaat en de uitvoeringswaarborgen:

> "L'offre de Think Media Outdoor ne contient pas de formulaire de soumission. Ce faisant, elle doit être considérée comme irrégulière car il n'y a pas de titre juridique conférant une certitude sur l'engagement juridique souscrit par le soumissionnaire et [les] garanties d'exécution".

In het beslissend gedeelte van het bestreden besluit wordt vermeld dat de offerte van verzoekende partij niet conform wordt verklaard en bijgevolg geweerd:

> "Decide : [...] déclarer non conforme et, en conséquence, écarter l'offre de Think Media Outdoor".

De offertes van Clear Channel en JC Decaux worden wel regelmatig bevonden en vervolgens getoetst aan de gunningscriteria waarna de opdracht wordt toegewezen aan JC Decaux die als eerste werd gerangschikt.

3.6. Met een blijkens de poststempel op 9 augustus 2010 verzonden aangetekende brief deelt verwerende partij aan verzoekende partij de toewijzingsbeslissing mee.

Het enig verzoekschrift met een beroep tot nietigverklaring en een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt ingediend op 24 augustus 2010.

IV. Tussenkomst

4. Met een op 30 augustus 2010 ter post aangetekend verzoekschrift vraagt de nv JC Decaux Belgium Publicité 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.

V. Ontvankelijkheid van het beroep

5. Tussenkomende partij werpt excepties op die de ontvankelijkheid van de vordering betreffen. Een onderzoek van en een uitspraak over die excepties zijn slechts noodzakelijk indien zou worden vastgesteld dat de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

VI. De schorsingsvoorwaarden

6. Krachtens 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.

VII. Beoordeling van de tweede schorsingsvoorwaarde

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

7. Verzoekende partij roept in een eerste middel de schending in van "het Koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken. [...], meer bepaald de artikelen 43, § 2, 5/, 43bis, 69, § 2, 5/ en 69*bis* van dat besluit, van het beginsel 'patere legem quam ipse fecisti', van het motiverings-beginsel in zijn materiële zin (verplichting dat bestuurlijke beslissingen moeten gegrond zijn op motieven die in feite en in rechte juist en aanvaardbaar zijn) en [...] in de formele zin (Wet betreffende de uitdrukkelijke motivering van de

bestuurshandelingen (Uitdrukkelijke Motiveringswet) van 29 juli 1991, artikelen 2 en 3)".

Verzoekende partij bestrijdt in dit middel de bestreden beslissing in de mate waarin deze de offerte van de nv JC Decaux niet uitsluit ofschoon er wordt vastgesteld dat JC Decaux schulden heeft ten aanzien van de RSZ. Zij voert daartoe in een eerste onderdeel aan dat de bestreden beslissing de artikelen "43, § 2, 5/, 43*bis*, 69, § 2, 5/ en 69*bis* van het K.B. 08-01-1996" miskent doordat "verwerende partij in de bestreden beslissing klaarblijkelijk niet nagegaan heeft of JC Decaux Belgium zich in één van die toestanden bevindt die gelijkgesteld worden met 'het in orde zijn met de voorschriften inzake de bijdragen voor de sociale zekerheid', zodat de verwerende partij klaarblijkelijk een onjuiste toepassing heeft gemaakt van de artikelen 43bis en 69bis van het K.B. 08-01-1996, of minstens niet aantoont of motiveert dat hij die bepalingen correct heeft toegepast". Verzoekende partij merkt voorts op "dat, ofschoon het uitsluiten van inschrijvers die niet voldaan hebben aan hun verplichtingen inzake de sociale zekerheid een mogelijkheid is (artikel 43, § 2, 5/ en artikel 69, § 2, 5/ K.B. 08-01-1996), er zelfs bij toepassing van deze discretionaire bevoegdheid moet worden nagegaan waarom er geen reden is deze mogelijkheid tot uitsluiting toe te passen en dat dit moet gebeuren aan de hand van de criteria opgenomen in artikelen 43*bis* en 69*bis* van het K.B. 08-01-1996".

In het tweede onderdeel betoogt verzoekende partij dat ook het adagium "patere legem quam ipse fecisti" wordt geschonden aangezien in het bestek en de aankondiging van de opdracht veel nadruk wordt gelegd op het in orde zijn met de voorschriften inzake betaling van de bijdragen inzake sociale zekerheid, maar de bestreden beslissing toch niet tot de conclusie komt dat JC Decaux Belgium Publicité moet worden uitgesloten. Zij meent "dat, gelet op het belang dat in het bestek en bij de aankondiging van de opdracht werd gehecht aan het voorleggen van de attesten om aan te tonen dat de inschrijvers aan hun verplichtingen inzake sociale zekerheid hadden voldaan, men had mogen veronderstellen dat inschrijvers die niet hadden voldaan zouden worden uitgesloten, maar dat dit in het geval van JC Decaux niet gebeurde aan de hand van een weinigzeggende formule die geenszins aantoont dat JC Decaux zich bevond of bevindt in een toestand die gelijkgesteld kan worden met 'in orde zijn met de verplichtingen inzake sociale zekerheid'".

In het derde onderdeel brengt verzoekende partij ten slotte naar voren dat de bestreden beslissing niet verduidelijkt of motiveert waarom JC Decaux

Belgium Publicité niet moet worden uitgesloten, wat had moeten gebeuren aan de hand van een controle van de omstandigheden (vervat in de bepalingen waarvan sprake in het eerste onderdeel), die maken dat een inschrijver gelijkgesteld kan worden met leveranciers of dienstverleners die voor de toepassing van die bepalingen in regel te zijn met de voorschriften inzake bijdragen voor de sociale zekerheid. Aldus is volgens haar de bestreden beslissing genomen met miskenning van het motiveringsbeginsel in zijn materiële en in zijn formele betekenis, nu de motivering niet vermeldt dat de controle van artikel 69*bis* van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 gebeurd is en dus zeker niet "afdoende" is.

Beoordeling

8. De verwijzing naar de artikelen 69, § 2 , 5**/** en 69*bis* van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 lijken niet relevant nu deze bepalingen diensten betreffen terwijl de opdracht in het bestek en de aankondiging wordt gekwalificeerd als een levering, en zulks niet lijkt te worden betwist. Het middel wordt hierna enkel nog onderzocht wat de andere geschonden geachte rechtsnormen betreft.

9. Krachtens artikel 43, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 kan worden uitgesloten van deelneming aan de opdracht in welk stadium van de procedure ook, de leverancier "5**/** die niet voldaan heeft aan zijn verplichtingen inzake betaling van de bijdragen voor de sociale zekerheid, overeenkomstig de bepalingen van artikel 43*bis*".

Artikel 43*bis*, § 1, bepaalt:

> " De Belgische leverancier die personeel tewerkstelt dat onderworpen is aan de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de sociale zekerheid der arbeiders moet bij zijn aanvraag tot deelneming bij een beperkte of een onderhandelingsprocedure of bij zijn offerte bij een openbare procedure vóór de uiterste datum voor de ontvangst van de aanvragen tot deelneming of van de offertes, al naargelang het geval, een attest van de Rijksdienst voor sociale Zekerheid voegen of aan de aanbestedende overheid voorleggen, waaruit blijkt dat hij voldaan heeft aan de voorschriften inzake bijdragen voor de sociale zekerheid.
> De leverancier heeft voor de toepassing van dit artikel aan de voorschriften voldaan indien hij volgens de rekening die ten laatste daags vóór de uiterste datum voor de ontvangst van de aanvragen tot deelneming bij een beperkte of een onderhandelingsprocedure of vóór de uiterste datum voor de ontvangst van de offertes bij een openbare procedure is opgemaakt:

1/ aan de Rijksdienst voor sociale Zekerheid al de vereiste aangiften heeft toegezonden, tot en met diegene die slaan op het voorlaatste afgelopen kalenderkwartaal vóór de uiterste datum voor de ontvangst van de aanvragen tot deelneming of voor de ontvangst van de offertes, al naargelang het geval, en;
2/ op deze aangiften geen verschuldigde bijdragen van meer dan 2.500 EUR moet vereffenen, tenzij hij voor die schuld uitstel van betaling heeft verkregen waarvan hij de termijnen strikt in acht neemt. [...]".

In het door tussenkomende partij bij haar offerte gevoegde RSZ-attest verklaart de RSZ (vertaling :)

"dat deze werkgever op 13.04.2010:
De vereiste kwartaalaangiften tot en met het vierde kwartaal van 2009 heeft ingediend.
Niet meer dan 2.500 euro aan aldus aangegeven bijdragen verschuldigd is".

Aldus valt zij niet onder de uitsluitingsgrond van artikel 43, § 2, 5/, en mocht verwerende partij haar bijgevolg niet uitsluiten nu de betalingsachterstand bij de RSZ minder dan 2.500 euro bedroeg.

De ingeroepen bepalingen van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 werden dan ook niet geschonden en bijgevolg evenmin het bestek of het "patere legem beginsel".

10. In de mate de bestreden beslissing dit niet vermeldt maar verwijst naar het bestaan van schulden in het algemeen en vermeldt dat JC Decaux niet wordt uitgesloten omdat er bij haar klanten geen inhoudingsverplichting bestaat, lijkt verzoekende partij geen belang te hebben bij het derde onderdeel van haar middel waarin dit wordt aangevoerd, aangezien zoals vermeld artikel 43*bis* inhoudelijk juist werd toegepast en JC Decaux niet op grond van artikel 43, § 2, 5/, uitgesloten mocht worden nu het bedrag van de RSZ schulden voor het relevante kwartaal niet meer bedraagt dan 2.500 euro.

11. Het eerste middel dient dan ook te worden verworpen.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

12. In een tweede middel voert verzoekende partij de schending aan van “artikel 38 K.B. 8 januari 1996 (en voor zoveel als nodig ook de artikelen 43 tot 46*bis* waarnaar artikel 38 verwijst — toepasselijk inzake leveringen), artikel 64 van hetzelfde K.B. (en voor zoveel als nodig ook de artikelen 69 tot 73*ter* waarnaar artikel 64 verwijst — toepasselijk inzake diensten), [van] het rechtzekerheids- en het vertrouwensbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het motiveringsbeginsel (opgevat in de zin dat bestuursbeslissingen moeten berusten op motieven die in rechte en in feite juist en aanvaardbaar zijn, en mede -in zijn formele zin- verankerd in de Uitdrukkelijke Motiveringswet van 29 juli 1991, artikel 2 en 3)”.

Verzoekende partij acht deze rechtsnormen in essentie geschonden omdat noch het bestek noch de aankondiging melding maken van een inschrijvings-formulier dat in een geijkte vorm moest worden ingediend en bij het bestek dat zij ontving hoogstens een “model” (“modèle de soumission”) was gevoegd terwijl de offerte van verzoekende partij toch onregelmatig wordt bevonden wegens de afwezigheid van dit inschrijvingsformulier.

In het eerste onderdeel stelt verzoekende partij dat de in artikel 38 van voormeld koninlijk besluit vereiste aankondiging melding moet maken van de manier waarop het bestek kan worden verkregen en de inlichtingen en minimumeisen inzake kwalitatieve selectie die vereist zijn ingevolge de “artikelen 43 tot 46*bis* (voor leveringen — inzake diensten verwijst artikel 64 naar de artikelen 69 tot 73*ter*, die bepalingen zijn gelijkaardig)” en “dat mag worden aangenomen dat in de oproep alle documenten worden vermeld en alle documenten worden aangeduid die een inschrijver, wil zijn inschrijving niet het risico lopen te worden geweerd, moet indienen. Als er een bijkomend document als essentieel wordt beschouwd moet dat worden aangeduid”. Zij concludeert vervolgens “dat de bestreden beslissing, door de offerte van verzoekende partij als onregelmatig te beschouwen op grond van de afwezigheid van een document dat niet vermeld staat in artikelen 34 en 68 (noch in de artikelen waarnaar artikelen 34 en 38 verwijzen en die in het middel(onderdeel) zijn aangeduid, de bedoelde bepalingen van het K.B. van 8 januari 1996 schendt”.

In het tweede onderdeel betoogt verzoekende partij dat het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel geschonden worden “ wanneer het bestuur in de aankondiging van een opdracht en in het bestek de documenten vermeldt die moeten worden bijgevoegd, maar geen melding maakt van andere documenten die

als substantieel worden beschouwd opdat de offerte regelmatig zou worden beschouwd" en dat "wanneer in een bestek dat aan een inschrijver wordt overgemaakt, met name de documenten worden opgesomd die bij de offerte moeten worden gevoegd, een geijkt inschrijvingsformulier niet wordt vermeld maar er hooguit een 'modèle de soumission' wordt medegedeeld, die inschrijver erop mag vertrouwen dat hij voldoet door de met name vereiste documenten in te leveren". Dus mag hij "een 'modèle', dus model," beschouwen als een document dat niet noodzakelijk in die geijkte vorm moet worden ingediend, en erop vertrouwen dat hij ermee kan volstaan bij zijn inschrijving de informatie te vermelden en de engagementen aan te gaan die in dat model voorkomen zonder dat noodzakelijkerwijze identiek dat formulier moet worden gebruikt. Wanneer de overheid dat specifieke formulier wil, moet zij dit in de aankondiging van de opdracht en in het bestek ook met zoveel woorden zeggen. Door de offerte van een inschrijver die alle noodzakelijke informatie, waarborgen en bijlagen geeft uit te sluiten op grond van de afwezigheid van een "model" dat niet op straffe van nietigheid of onontvankelijkheid was voorgeschreven schendt verwerende partij dan ook het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel.

In het derde onderdeel argumenteert verzoekende partij dat de overheid die van een inschrijver bepaalde informatie of waarborgen verlangt, zelfs als ze werkt op grond van een "model" waarin een inschrijver bepaalde informatie en garanties moet geven, moet nagaan of die informatie en die garanties niet kunnen blijken uit de offerte van de inschrijver en dat enkel het ontbreken van de op straffe van onvolledigheid of nietigheid voorgeschreven documenten die volgens de aankondiging van de opdracht en volgens het bestek zeker moeten worden bijgevoegd, ertoe kan leiden dat een offerte wordt uitgesloten. Het niet letterlijk of slaafs volgen van een "model" dat niet door het bestek of de aankondiging wordt voorgeschreven en dat, zoals uit de offerte blijkt, in elk geval is gerespecteerd wat betreft de inhoud en de omvang van het engagement dat door een inschrijver moet worden aangegaan en dat op een andere manier in de offerte is verwerkt, kan echter niet tot de uitsluiting van de offerte van een inschrijver, *in casu* verzoekende partij, leiden.

Meer bepaald meent verzoekende partij dat verwerende partij haar offerte niet goed heeft gelezen. Deze bevatte alle bijlagen en documenten vereist door het bestek en gaf de juridische zekerheid over de waarborgen en de verbintenissen die zij in het kader van deze opdracht aanging en die verwerende

partij meende enkel in het (niet in de lijst van bij de offerte te voegen documenten vermelde) “model” te kunnen vinden. Volgens het “modèle de soumission” werd immers van de inschrijvers essentieel verwacht dat zij hun volledige identiteit opgaven alsook een engagement dat de inschrijver zich “conform de clausules en de voorwaarden van het lastenboek goedgekeurd door de opdrachtgever, ertoe verbond de overheidsopdracht uit te voeren”. Verzoekende partij gaf naar eigen zeggen “blijkens haar offerte, voornamelijk onder het punt 7, zekerheid [...] over volgende prestaties en waarborgen [...] en dat dit alles overeenstemt met hetgeen door de aankondiging en door het bestek werd vereist, zeker als men in aanmerking neemt dat - zelfs volgens de bestreden beslissing - alle inschrijvers (ook verzoekende partij) voldeden aan de voorwaarden om te worden geselecteerd, en wat betreft de bij te voegen documenten de bestreden beslissing wat verzoekende partij betreft overal vermeldt dat zij ‘en ordre’ (dus in orde) was”. Volgens verzoekende partij blijkt “uit deze uitgebreide beschrijving van haar engagement en de door haar aangegane juridische en technische verantwoordelijkheden - in de offerte die ondertekend was door de afgevaardigd bestuurder die gerechtigd is deze engagementen voor verzoekende partij aan te gaan - wel degelijk [...] welke de omvang is van de door verzoekende partij aangegane verbintenissen [en] dat die verbintenissen beantwoorden aan alles wat in de aankondiging van de opdracht en het bestek vermeld was”. Verwerende partij heeft aldus de offerte van verzoekende partij niet nauwkeurig bekeken maar zich er toe beperkt te zeggen dat de offerte “(...) doit être considérée comme irrégulière car il n'y a pas de titre juridique conférant une certitude sur l'engagement juridique souscrit par le soumissionnaire et ses garanties d'exécution”. Dergelijke “titre juridique” (rechtstitel) was er echter wel degelijk: het engagement (vervat in en verspreid over de ganse offerte van verzoekende partij, al blijkt zij het duidelijkst uit de punten 3 (identificatie van verzoekende partij als inschrijfster) en 7 (manier waarop verzoekende partij de opdracht wil uitvoeren en daarbij verstrekte waarborgen aan het opdrachtgevend bestuur) was duidelijk omschreven en ondertekend door de afgevaardigd bestuurder van verzoekende partij (die ook de wèl vereiste en bijgevoegde “verklaring op eer” of “déclaration sur honneur” ondertekende).

Door de offerte van verzoekende partij aldus als onregelmatig te beschouwen zonder haar juridisch engagement te onderzoeken, heeft verwerende partij volgens dit derde onderdeel het zorgvuldigheidsbeginsel geschonden, en een beslissing genomen die steunt op motieven die niet in feite of in rechte aanvaardbaar zijn. Dit vormt een schending van het materieel en van het formeel

motiveringsbeginsel in de wet van 29 juli 1991 nu de gegeven motivering zeker niet "afdoende" is.

In het vierde onderdeel brengt verzoekende partij ten slotte nog naar voor dat de motivering van de bestreden beslissing ook onbegrijpelijk en tegenstrijdig is en dus zeker niet vermag de bestreden beslissing te dragen, noch afdoende is, aangezien de bestreden beslissing, enerzijds, "alle inschrijvingen ontvankelijk verklaart in de volgende bewoordingen:'Par conséquent, aucun soumissionnaire n'est frappé de clause d'exclusion et chacun fournit les documents permettant de le sélectionner. Tous les soumissionnaires peuvent être sélectionnés' (de documenten van alle inschrijvers worden dus in orde bevonden wat meebrengt dat iedereen aan de selectiecriteria zou voldoen)" en, anderzijds, stelt dat de offerte van verzoekende partij toch onregelmatig is wegens het ontbreken van een document (dat niet eens door het bestek of de aankondiging was opgelegd).

Beoordeling

13. Artikel 89 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, dat deel uitmaakt van titel VI: "de offertes en de gunning bij aanbesteding en offerteaanvraag", hoofdstuk I: "opmaken van de offerte", afdeling I: "vorm en inhoud van de offerte", bepaalt:

> "De inschrijver maakt zijn offerte op en vult de samenvattende opmetingstaat of de inventaris in op het eventueel bij het bestek behorende formulier. Indien hij deze op andere documenten maakt dan op het voorziene formulier moet de inschrijver op ieder van deze documenten verklaren dat het document conform het bij het bestek behorende model is.
> De documenten worden door de inschrijver of zijn gemachtigde ondertekend.
> Doorhalingen, overschrijvingen, aanvullingen of wijzigingen, zowel in de offerte als in de bijlagen, die de essentiële voorwaarden van de opdracht zoals prijzen, termijnen, technische specificaties kunnen beïnvloeden, moeten eveneens door de inschrijver of zijn gemachtigde ondertekend worden. De bepalingen van dit lid zijn niet van toepassing indien de offerte en de bijlagen met een elektronische handtekening worden ondertekend".

Artikel 110, § 2, dat deel uitmaakt van dezelfde titel VI, hoofdstuk IV: "regelmatigheid van de offertes en van de prijzen" bepaalt:

> "Onverminderd de nietigheid van elke offerte wegens afwijking van de essentiële besteksbepalingen zoals deze opgesomd in artikel 89, kan de aanbestedende overheid offertes als onregelmatig en derhalve als onbestaande beschouwen, indien zij niet overeenstemmen met de bepalingen van deze titel, enig voorbehoud inhouden, of bestanddelen bevatten die niet met de werkelijkheid overeenstemmen".

14. Uit deze bepalingen volgt dat de schending van de voorschriften betreffende de vorm en inhoud van de offertes kan leiden tot de onregelmatigverklaring van offertes, en blijkt dat ondertekening van bepaalde stukken is opgelegd.

Bij het bestek is een inschrijvingsformulier gevoegd of, in de Franse versie waarvan de verzoekende partij kennis had, een "modèle de soumission" waarin de inschrijver onder meer "[zich verbindt] op zijn eigen roerende en onroerende goederen tot het uitvoeren, conform de bepalingen van het bestek goedgekeurd door de bouwheer, [van] de opdracht van dit lastenboek [in] ruil voor een retributie ten bate van de gemeente van: ..... €, exclusief BTW".

In de huidige stand van het geding wordt niet betwist dat de offerte van verzoekende partij dit inschrijvingsformulier niet bevat zoals de bestreden beslissing vaststelt.

Alhoewel met verzoekende partij kan worden vastgesteld dat haar offerte in het door haar geciteerde punt 7 omschrijft hoe zij de opdracht zal uitvoeren met onder meer de voorgestelde duur, de voorgestelde planimeters en de voorgestelde vergoeding en waarbij een reeks bepalingen van het bestek met verplichtingen van de inschrijver worden hernomen, lijkt zij alvast niet aan te tonen waar de offerte de algemene verbintenis "op de eigen goederen" bevat om de opdracht conform het bestek uit te voeren, zoals opgenomen in het inschrijvingsformulier.

Tevens kan *prima facie* worden vastgesteld dat niet alle bestekbepalingen in de offerte lijken te zijn hernomen, minstens niet steeds volledig. Zo lijken bijvoorbeeld de bepalingen inzake gelijkvormigheid en onvermijdelijke maatregel (artikelen 14 en 15) te ontbreken, wordt in de offerte inzake onderhoud anders dan in artikel 23 van het bestek niet verwezen naar complementair meubilair, lijkt de bepaling inzake onzedige publiciteit in artikel 22 van het bestek onvolledig te zijn hernomen - in de offerte wordt niet verwezen naar

het recht van verwerende partij gewraakte affiches te laten verwijderen- wordt wel verwezen naar indexatie doch de indexatieclausule uit het bestek (artikel 24.2) wordt niet hernomen - en wordt artikel 25 van het bestek (sancties) niet hernomen.

15. Er wordt aldus niet met de vereiste *prima facie* ernst aangetoond dat verwerende partij in die omstandigheden niet van oordeel mocht zijn dat er onvoldoende zekerheid was over de door verzoekende partij aangegane verbintenissen en haar uitvoeringswaarborgen doordat haar offerte geen inschrijvingsformulier bevat, waarmee voldoende duidelijk bedoeld is dat niet blijkt dat verzoekende partij zich ertoe verbond de opdracht conform het bestek uit te voeren en dit met de eigen goederen als waarborg. Door niet het bij het bestek gevoegde inschrijvingsformulier te gebruiken en te ondertekenen, vereiste die lijkt voort te vloeien uit artikel 89, ook wanneer het bestek dit niet uitdrukkelijk bepaalt, lijkt verzoekende partij zelf dit risico ook genomen te hebben.

16. Het in dit middel in het eerste onderdeel opgeworpen artikel 38 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, lijkt niet tot een andere conclusie te leiden. Dit artikel luidt, in de hier toepasselijke versie:

> "Elke aan deze afdeling onderworpen overheidsopdracht die zal gegund worden bij openbare aanbesteding of bij algemene offerteaanvraag wordt in mededinging gesteld door middel van een aankondiging van opdracht, gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen.
> Deze aankondiging van opdracht vermeldt de datum van verzending ervan naar het Bulletin der Aanbestedingen.
> De aanbestedende overheid moet de datum van verzending kunnen bewijzen.
> Deze aankondiging van opdracht wordt opgesteld overeenkomstig het model van aankondiging opgenomen in bijlage 2, B.
> Ten minste de volgende inlichtingen moeten worden verstrekt :
> 1/ de naam, het adres en het type van de aanbestedende overheid;
> 2/ het type opdracht, het voorwerp en de beschrijving ervan; de CPV-code (hoofdcategorieën van de hoofdopdracht) en de NUTS-code;
> 3/ de inlichtingen en documenten die nodig zijn voor de beoordeling van de minimumeisen inzake kwalitatieve selectie vereist overeenkomstig de artikelen 43 tot 46; desgevallend, de inlichtingen en documenten die de aanbestedende overheid via elektronische middelen kan raadplegen overeenkomstig artikel 46, § 4;
> 4/ desgevallend, het ter verkrijging van het bestek en de aanvullende documenten te storten bedrag en de wijze van betaling daarvan;
> 5/ de gunningswijze;
> 6/ de datum van de opening van de offertes.
> Alleen de aankondiging gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen geldt als officiële bekendmaking.
> Geen enkele publicatie mag plaatsvinden vóór de datum van verzending de van aankondiging. Iedere andere publicatie mag geen andere

inlichtingen bevatten dan deze die gepubliceerd worden in het Bulletin der Aanbestedingen.
De termijn voor ontvangst van de offertes mag, over het algemeen niet korter zijn dan zesendertig dagen te rekenen vanaf de datum van verzending van de aankondiging. Deze termijn kan ingekort worden tot een minimum van tien dagen, voor zover er een termijn van ten minste zeven dagen wordt nageleefd vanaf de datum van de publicatie van de aankondiging in het Bulletin der Aanbestedingen tot deze bepaald voor de ontvangst van de offertes".

In de huidige stand van het geding toont verzoekende partij immers niet met de vereiste *prima facie* ernst aan dat dit artikel 38 inhoudt dat de verwerende partij geen toepassing kan maken van het bepaalde in de artikelen 89 en 110. Artikel 38 lijkt veeleer vreemd aan de vraag naar de vereiste verbintenis zoals hier aan de orde.

Dit geldt ook voor de artikelen 43 tot 46*bis* waarnaar dit artikel 38 verwijst, artikelen die trouwens enkel "voor zoveel nodig" worden ingeroepen en die de selectie van de inschrijver betreffen terwijl het hier gaat om de regelmatigheid van de offerte. Dit alles geldt eveneens voor de artikelen 64, 69 tot 73*ter* vermeld in het middel, bepalingen die bovendien diensten betreffen terwijl de opdracht in het bestek en de aankondiging wordt gekwalificeerd als een levering, en zulks niet wordt betwist.

17. Evenmin lijkt het dat verwerende partij hierdoor onzorgvuldig handelde of het rechtszekerheids- of vertrouwensbeginsel schond.

In de mate verzoekende partij aanvoert dat zij niet kon weten dat dit inschrijvingsformulier diende te worden gebruikt en dat, indien dit de bedoeling was, het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel veronderstelde dat het bestek of de aankondiging dit uitdrukkelijk had voorgeschreven hetgeen niet gebeurde, gaat zij voorbij aan het bepaalde in de geciteerde artikelen 89 en 110, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, waarvan niet werd afgeweken en aan de vereiste zekerheid over de verbintenis, vereisten die haar bezwaarlijk onbekend kunnen zijn.

18. Aldus lijkt de bestreden beslissing ook te steunen op een in feite juist en in rechte aanvaardbaar motief zodat ook de materiële motiveringsplicht niet lijkt geschonden.

De motivering in de bestreden beslissing moet voorts, teneinde te voldoen aan de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen. Die motivering moet afdoende zijn ten einde een belanghebbende in staat te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt.

In de mate in het middel de schending wordt ingeroepen van de formele motiveringsplicht, blijkt te dezen *prima facie* niet waarom de bestreden beslissing verzoekende partij niet in staat stelde terdege te oordelen of het zin had zich tegen de beslissing wat betreft haar onregelmatigverklaring te verweren met de middelen die het recht haar ter beschikking stelt, nu de reden waarom haar offerte werd geweerd in de bestreden beslissing is vermeld. Uit het tweede middel zelf lijkt ook te mogen worden afgeleid dat verzoekende partij dit motief kende en begreep nu zij het omstandig inhoudelijk betwist. Aldus lijkt voldaan aan de formele motiveringsplicht, minstens aan de *ratio legis* ervan.

19. Er lijkt ten slotte, anders dan aangevoerd in het vierde onderdeel, ook geen tegenstrijdigheid te bestaan tussen dit motief en de eerdere conclusie dat alle inschrijvers worden geselecteerd. Het onderzoek naar de onregelmatigheid van de offerte en het onderzoek van de selectiecriteria, betreft immers twee fundamenteel verschillende handelingen en het is perfect mogelijk dat een inschrijver aan alle selectiecriteria voldoet, doch een onregelmatige offerte indient, en op deze grond dient te worden geweerd.

20. Bijgevolg is het tweede middel in geen van zijn onderdelen ernstig.

21. Nu geen der middelen ernstig is bevonden, is meteen niet voldaan aan één van 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 worden toegewezen. Deze vaststelling volstaat om de vordering te verwerpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv JC Decaux Belgium Publicité tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 14 september 2010, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,

bijgestaan door

Silja Doms,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Silja Doms	**Dierk Verbiest**