

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 231.182 van 11 mei 2015
in de zaak A. 215.600/XII-7861**

In zake: de BV DOLMANS LANDSCAPING LIMBURG, vennootschap
naar Nederlands recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Kris Wauters en Jan Ghysels
kantoor houdend te 1170 Brussel
Terhulpsessesteenweg 187
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de CVBA INFRA X
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Wim Naudts en Kathleen De hernois
kantoor houdend te 1831 Diegem
Berkenlaan 8 A
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 13 april 2015, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[d]e beslissing van de Raad van Bestuur van Infrax van 25 maart 2015 houdende de gunning van perceel 1 en van perceel 2 van de overheidsopdracht ‘Onkruidbeheer op open en halfopen verhardingen - dossier 4900001309’ aan de nv Krinkels”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 5 mei 2015, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Ann-Sophie Vanwinsen en Stijn Verbeke, die loco advocaten Kris Wauters en Jan Ghysels verschijnen voor de verzoekende partij, en advocaat Wim Naudts, die verschijnt voor de verwerende 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. De verwerende partij schrijft een open offerteaanvraag uit voor de gunning van een aanneming van diensten genaamd “Onkruidbeheer op open of halfopen verhardingen”.

In de aankondiging wordt de opdracht als volgt omschreven:

“Het duurzaam en pesticidenvrij bestrijden van onkruid op open en halfopen verhardingen volgens een beeldbestek. De opdrachtnemer moet tijdens de uitvoering van de opdracht voor elke locatie een variatie van de meest aangewezen technieken toepassen (minimum twee technieken per locatie), zodat het onkruid op een duurzame wijze bestreden wordt. Infrac cvba, treedt op als opdrachtcentrale voor gemeenten en steden en sluit één of twee raamovereenkomsten af.”

De aankondiging van deze opdracht wordt op 28 november 2014 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen.

3.2. Het toepasselijke bestek dossier 4900001309 verwijst in artikel 1.2. naar de cvba Infrac als aanbestedende overheid “die optreedt in naam en voor rekening van Infrac Limburg, Infrac West, Inter-aqua, Inter-energa,

Inter-media, Iveg, PBE en Riobra” en vermeldt in artikel 1.3 dat de cvba Infrac optreedt als “opdrachtencentrale voor gemeenten en steden” die “één of twee raamovereenkomsten” afsluit.

In artikel 1.4 van het bestek wordt het voorwerp van de opdracht voorts als volgt omschreven:

“De opdracht wordt ingedeeld in twee percelen:
Perceel 1 bevat volgende besturen: Beringen, Bree, Hamont-Achel, Hechtel-Eksel, Lommel, Neerpelt, Overpelt.
Perceel 2 bevat volgende besturen: As, Genk, Gingelom, Tongeren, Wellen, Zonhoven, Zutendaal.”

Elke raamovereenkomst heeft een looptijd van 1 maart 2015 tot 31 december 2018 en is jaarlijks op 1 september opzegbaar.

Het bestek bevat een aantal selectiecriteria.

Er zijn voorts twee gunningscriteria, namelijk “Prijs” op 60 punten en “Plan van aanpak” op 40 punten. Dit laatste gunningscriterium is onderverdeeld in twee subcriteria, namelijk “Duurzaam onkruidbeheer” op 24 punten en “Organisatorische bekwaamheid” op 16 punten. Dit laatste subcriterium is onderverdeeld in vier subsubcriteria, namelijk “Planning, logistiek en flexibiliteit” op 8 punten, “Communicatie en informatie” op 4 punten, “Klachtenbeheer” op 2 punten en “Personeelsbeleid” op 2 punten.

Luidens artikel 1.13 van het bestek bedraagt de verbintenistermijn “90 kalenderdagen, ingaande de dag na de opening van de offertes, gedurende dewelke de inschrijver verbonden blijft door zijn offerte”.

3.3. De opening van de offertes vindt plaats op 8 januari 2015. Er zijn vijf offertes ingediend waaronder deze van de verzoekende partij en deze van de nv Krinkels.

3.4. Op 5 februari 2015 beslist de verwerende partij de opdracht te gunnen aan de nv Krinkels.

De verzoekende partij vraagt met een op 9 maart 2015 bij de Raad van State ingediend verzoekschrift de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van deze beslissing – zaak gekend onder het rolnummer A.215.245/XII-7845.

Onder verwijzing naar deze procedure beslist de verwerende partij op 17 maart 2015 om deze beslissing in te trekken. Dit wordt met aangetekende brieven gedateerd op 23 maart 2015 medegedeeld aan de inschrijvers.

In het arrest nr. 230.635 van 24 maart 2015 verwerpt de Raad van State de vordering bij gebrek aan voorwerp, minstens bij gebrek aan belang.

Eveneens op 9 maart 2015 dagvaardt de verzoekende partij de verwerende partij, de stad Bree, de stad Tongeren, de gemeente Neerpelt en de nv Krinkels voor de Voorzitter van de Nederlandstalige rechtbank van eerste aanleg te Brussel. In hoofddorde vraagt zij de gunningsbeslissing te schorsen.

In haar besluiten in kort geding van 2 april 2015 vraagt zij aan de Voorzitter onder meer akte te nemen van de intrekingsbeslissing van 17 maart 2015.

3.5. Op 25 maart 2015 beslist de verwerende partij de beide percelen opnieuw te gunnen aan de nv Krinkels.

Daarbij wordt de offerte van de verzoekende partij substantieel onregelmatig bevonden op grond van de volgende motivering:

“6.2 Dolmans Landscaping Limburg bv
Dolmans Landscaping Limburg bv vermeldt in zijn offerte: ‘Deze offerte is geldig tot 1 maand na offertedatum’. Dolmans Landscaping Limburg bv legt hierdoor eenzijdig een verbintenistermijn op, terwijl in het bestek uitdrukkelijk een termijn van 90 dagen wordt gevraagd. Deze eenzijdige inkorting van de verbintenistermijn vormt een substantiële materiële onregelmatigheid zoals bepaald in artikel 95 KB plaatsing 2011 § 3:

‘Een offerte is materieel onregelmatig en derhalve nietig als ze afwijkt van de essentiële bepalingen van de opdrachtdocumenten betreffende met name de prijzen, termijnen en technische specificaties of in geval van een abnormale prijs als bedoeld in artikel 99 (eigen onderlijning)’.

Gezien Infrac cvba ter zake geen discretionaire bevoegdheid heeft, moet Infrac cvba concluderen dat ze verplicht is deze offerte onregelmatig te verklaren.

Binnen de rechtspraak wordt deze conclusie eveneens gestaafd (zie hiervoor Raad van State, arrest nr. 83.785 van 2 december 1999, nv Van Hecke en Raad van State, arrest nr. 220.639 van 18 september 2012, nv Lyreco Belgium).

Dit betekent dat de offerte van Dolmans Landscaping Limburg bv een substantiële (materieële) onregelmatigheid bevat en derhalve niet verder beoordeeld wordt.

Er kan nog worden opgemerkt dat de offerte van Dolmans Landscaping Limburg bv bijkomende onregelmatigheden bevat:

- Offerte wordt algemeen geformuleerd als vrijblijvend;
- Dolmans Landscaping Limburg bv vraagt toepassing van hun eigen algemene voorwaarden;
- Eenzijdig opleggen van kortere betalingstermijnen.”

3.6. Met een aangetekende brief verzonden op 30 maart 2015 wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat haar offerte onregelmatig is verklaard. De gemotiveerde gunningsbeslissing wordt bijgevoegd.

Met een aangetekend verzonden brief van 26 maart 2015 deelt de verwerende partij aan de nv Krinkels mee dat de opdracht voor beide percelen op 25 maart 2015 aan haar is gegund. Tevens bericht zij dit op 31 maart 2015 aan de betrokken gemeenten.

IV. Rechtsmacht van de Raad van State

4. In de huidige stand van het geding en gelet op de afwezigheid van enige inhoudelijke opmerking van de verwerende partij op dit punt neemt de Raad van State aan dat hij rechtsmacht heeft om kennis te nemen van de voorliggende vordering op grond van de volgende overwegingen.

De verwerende partij, ook al is deze een cvba, treedt blijkens het bestek te dezen op “in naam en voor rekening van Infrac Limburg, Infrac West, Inter-aqua, Inter-energa, Inter-media, Iveg, PBE en Riobra”, alle, zo lijkt,

opdrachthoudende verenigingen in de zin van het decreet van 6 juli 2001 ‘houdende de intergemeentelijke samenwerking’, alsook als “opdrachtcentrale voor gemeenten en steden” en daarbij zo lijkt als lasthebber van de verschillende gemeenten en steden. Aldus handelt zij te dezen op het eerste gezicht als gemandateerde van administratieve overheden en moet haar hoedanigheid als een privaatrechtelijke entiteit wijken voor de kwalificatie van de opdrachtgevers; zij lijkt op het eerste gezicht hier op te treden als administratieve overheid.

V. Ontvankelijkheid van het beroep

5. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over de door de verwerende partij opgeworpen ontvankelijkheidsexceptie inzake het belang van de verzoekende partij uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak over die exceptie zou alleen nodig zijn indien de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

VI. 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 en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ van toepassing.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissing in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

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

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

VII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

7. De verzoekende partij voert de schending aan van de artikelen 5 en 25 van de wet van 15 juni 2006 ‘betreffende overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ (hierna: de wet van 15 juni 2006) en van de artikelen 58 en 72 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: het koninklijk besluit Plaatsing).

Het eerste onderdeel, dat het subcriterium “Duurzaam onkruidbeheer” van het gunningscriterium “Plan van aanpak” betreft, formuleert zij als volgt:

“Doordat verwerende partij in het bestek aangaande de beoordeling van het gunningscriterium ‘plan van aanpak’ stelt dat zij op grond van dit criterium ‘de bekwaamheid van de inschrijver’ beoordeelt; dat in het kader van het subgunningscriterium ‘Duurzaam onkruidbeheer’ de inschrijver, volgens het bestek, moet aantonen dat hij over de nodige kennis beschikt wat betreft het duurzaam onkruidbeheer op verhardingen en ‘de Aanbestedende Overheid zal oordelen in welke mate de inschrijver over voldoende ervaring en kennis beschikt om voor de deelnemende steden, gemeenten en andere lokale besturen een duurzaam onkruidbeheersplan op te stellen en uit te voeren’;

Terwijl op grond van de artikelen, 5, tweede lid en 25 van de overheidsopdrachtenwet 2006 het onderzoek naar de geschiktheid van de

inschrijver en het onderzoek naar de intrinsieke waarde van de offerte twee onderscheiden stadia vormen bij de toewijzing van een overheidsopdracht; Dat een aanbestedende overheid de intrinsieke waarde van de offerte enkel kan onderzoeken aan de hand van criteria die verband houden met het voorwerp van de opdracht;

Dat de gunningsbeslissing gebaseerd is op een onderzoek van de offertes waarbij verwerende partij in het kader van het tweede gunningscriterium ‘plan van aanpak’ de offertes, conform het bestek, diende te beoordelen op grond van een subgunningscriterium dat peilt naar de ervaring en kennis van de inschrijver; dat het handelt om selectiegegevens in de zin van artikel 72 van het KB Plaatsing;

Dat aldus het bestek de artikelen 5, tweede lid en 25 van de overheidsopdrachtenwet 2006 miskent door in het onderzoek naar de intrinsieke waarde van de offerte de aanbestedende overheid te verplichten criteria of elementen te betrekken die verband houden met de geschiktheid van de inschrijver;

Dat de bestreden gunningsbeslissing steunt op deze onwettige bepaling van het bestek en bijgevolg zij wordt gedragen door een motief die rechtens niet aanvaardbaar is; dat de beslissing aldus de materiële motiveringsplicht schendt.”

Het tweede onderdeel, dat het subsubcriterium “Personeelsbeleid” van het subcriterium “Organisatorische bekwaamheid” van het gunningscriterium “Plan van aanpak” betreft, formuleert zij als volgt:

“Doordat het bestek voorziet dat de aanbestedende overheid de offertes onder meer zal toetsen op grond van het subsubcriterium ‘personeelsbeleid’;

Terwijl op grond van artikel 25, lid 1 Overheidsopdrachtenwet wanneer de aanbestedende overheid beslist de opdracht te plaatsen bij offerteaanvraag, zij dient te gunnen aan de inschrijver die de regelmatige offerte heeft ingediend die de economisch voordeligste is vanuit het oogpunt van de aanbestedende overheid, rekening houdende met de gunningscriteria;

Dat de aanbestedende overheid de economisch voordeligste offerte onder meer kan kiezen op grond van sociale overwegingen;

Dat op grond van artikel 25, lid 2 Overheidsopdrachtenwet de gunningscriteria, op grond van dewelke de aanbestedende overheid de economisch voordeligste offerte bepaalt, verband moeten houden met het voorwerp van de opdracht en een objectieve vergelijking van de offertes mogelijk moeten maken op basis van een waardeoordeel;

Dat het subsubcriterium ‘personeelsbeleid’ geen verband houdt met het voorwerp van de opdracht en bovendien de inschrijver zelf betreft;

Dat om die reden de aanbestedende overheid in het bestek de in het middel weergegeven bepalingen en beginselen schendt; dat de bestreden beslissing steunt op dit bestek en bijgevolg wordt gedragen door een motief dat niet rechtens aanvaardbaar is.”

Beoordeling

8.1. In het artikel 1.12 van het bestek wordt onder meer vermeld dat na neerlegging van zijn inschrijving de inschrijver niet meer gerechtigd is enigerlei klacht in te dienen op grond van vergissingen of leemten die mochten worden opgemerkt in de door de aanbestedende overheid ter beschikking gestelde documenten, plannen en bestekken.

Gelet op het feit dat het middel niet ernstig is, moet de concrete draagwijdte van deze bepaling niet worden onderzocht. Wel mag worden opgemerkt dat het feit dat de verzoekende partij geen vragen heeft gesteld of opmerkingen heeft gemaakt aan de verwerende partij over de besteksvoorwaarden die zij thans onwettig acht, minstens van aard is de beweerde ernst van dit middel te relativeren.

8.2. Overeenkomstig artikel 25 van de wet van 15 juni 2006 moeten bij een offerteaanvraag de gunningscriteria verband houden met het voorwerp van de opdracht. Ervaring en referenties betreffen in beginsel niet de intrinsieke waarde van de offerte, maar de geschiktheid van de inschrijver en lijken dan ook geen gunningscriterium. Nochtans is niet uit te sluiten dat ervaring en referenties een gunningscriterium kunnen uitmaken indien daardoor de intrinsieke kwaliteit van de offertes in het licht van de specificiteit van de opdracht kan worden aangetoond op een differentiërende wijze, zoals het in een opdracht voor de aanneming van diensten het geval kan zijn.

8.3. In de huidige stand van het geding wordt het uitgangspunt van het eerste middelonderdeel, namelijk dat in dit subcriterium “Duurzaam onkruidbeheer” de technische bekwaamheid in het algemeen wordt beoordeeld en niet de intrinsieke kwaliteit van de offerte, niet bijgevalen.

Uit de omschrijving van het subcriterium “Duurzaam onkruidbeheer” in het bestek blijkt immers dat de inschrijver een “gedetailleerd plan van aanpak” opstelt dat wordt beoordeeld en “dat ook de leidraad zal zijn bij

de dagelijkse operationele opvolging van de uit te voeren taken” en dat als onderdeel daarvan en “ter staving van zijn kennis” de inschrijver een “duurzaam bestrijdingsplan” uitwerkt voor de stad Bree, voor perceel 1, en voor de gemeente Gingelom, voor perceel 2. Voorts wordt er in vermeld dat de inschrijver “in de offerte” “zijn werkmethode” moet beschrijven om tot “het meest duurzame (=niet-chemisch, langdurig resultaat met minimum aan behandelingsbeurten, kostprijs, zonder beschadiging van verharding en omgeving) bestrijdingssysteem te komen voor de opgegeven locaties”, die omschreven worden in de bijlagen bij het bestek, de milieu- en economische voordelen moet aantonen van de werkmethode die hij voorstelt en “de producten [moet opgeven] die hij tijdens de uitvoering van de opdracht zal gebruiken, waarbij beoordeeld zal worden hoe milieuverantwoord deze producten zijn”.

Uit de opdrachtdocumenten, namelijk artikel 3.4 “Onkruidbestrijdingstechnieken” van de technische bepalingen in het bestek blijkt voorts dat de opdrachtnemer tijdens de uitvoering van de opdracht voor elke locatie een variatie van de meest aangewezen technieken (minimum twee technieken per locatie) moet toepassen, zodat het onkruid op een duurzame wijze wordt bestreden, dat het gebruik van pesticiden ten strengste verboden is en zal worden bestraft, maar dat de aannemer “vrij [mag] kiezen [...] welke niet-chemische techniek hij zal gebruiken om de voorgeschreven beeldkwaliteit te realiseren”. “Hij dient echter wel rekening te houden met volgende aandachtspunten:

- o Heetwatertechniek: Elk bestuur zal bij de uitvoering van de opdracht aangeven waar en hoe de opdrachtnemer zich van water kan voorzien. Het bestuur zal dit binnen haar mogelijkheden op de voor de aannemer meest optimale wijze trachten in te vullen.

- o De vuilfractie is een aannemingslast en dient door de opdrachtnemer afgevoerd en verwerkt te worden op erkende wijze.

- o Borstelen: moet altijd in combinatie gebeuren met een andere techniek en mag nooit als hoofdbeheer beschouwd worden

- o Branden en hete luchtschroeien: Er mag geen schade optreden aan beplantingen. Een brandblusser moet aanwezig zijn in de directe omgeving.

- o Bij vochtig weer moet het gehakte en gewiede onkruid opgeraapt of kapot gebrand worden.

o Branden: tussen graven dient men op te letten met de beplantingen en bloemstukken die op of rond de graven staan. Deze mogen niet beschadigd worden.”

Met het subcriterium “Duurzaam onkruidbeheer” lijkt aldus veeleer de wijze waarop de ervaring en kennis voor de uitvoering van deze concrete opdracht wordt ingezet en dus de intrinsieke kwaliteit van de offerte, te worden beoordeeld dan de technische bekwaamheid of de kennis en ervaring van de inschrijver in het algemeen.

De verwerende partij betreft in haar nota hierbij ook, zo lijkt terecht, het feit dat de gevraagde diensten nieuwsoortig zouden zijn in de sector van het onkruidbeheer door openbare besturen. Ingevolge het decreet van 8 februari 2013 ‘houdende duurzaam gebruik van pesticiden in het Vlaamse Gewest’, zo stelt de verwerende partij, mogen openbare besturen geen chemische bestrijdingsmiddelen meer gebruiken wat aanleiding geeft tot andere, minder gebruikelijke technieken. Deze context lijkt medebepalend voor het beoordelen van het middelonderdeel als niet ernstig.

8.4. Wat het tweede middelonderdeel betreft waarin de verzoekende partij betoogt dat het subsubcriterium “Personeelsbeleid” van het subcriterium “Organisatorische bekwaamheid” van het gunningscriterium “Plan van aanpak”, geen verband houdt met het voorwerp van de opdracht en de inschrijver zelf betreft en dus een selectiecriterium is, wordt in artikel 1.10 van het bestek het subcriterium “Personeelsbeleid” als volgt omschreven:

“De initiatieven die de inschrijver voorstelt op sociaal vlak om het eigen personeelsbeleid te verbeteren om zo o.a. de tevredenheid en de kennis bij het personeel te verhogen.”

Ook hier wordt dit standpunt van de verzoekende partij niet bijgevalen.

In de eerste plaats moet worden opgemerkt dat dit subsubcriterium deel uitmaakt van het gunningscriterium “Plan van aanpak”.

Voorts kan worden vastgesteld dat de technische bepalingen van het bestek onder meer het volgende bepalen:

“3.6.4 Opleiding

○De aannemer dient zijn personeel de nodige instructies te bezorgen m.b.t. de uitvoering van de onderhoudswerken en het gebruik van het materieel.”

Dit lijkt in verband te kunnen worden gebracht met het personeelsbeleid en de manier waarop dit beleid gebeurt, lijkt verband te kunnen houden met de intrinsieke kwaliteit van de offerte, zeker wanneer het gaat om een opdracht die, zoals hiervoor reeds uiteengezet, een nieuwe aanpak vereist. In haar nota omschrijft de verwerende partij deze invalshoek ten aanzien van het kwestieuze subsubcriterium, niet ten onrechte zo lijkt, als volgt:

“Nu de manuele bestrijding van onkruidbeheer en het verbod op het gebruik van chemicaliën een nieuwe aanpak vereist op het vlak van onkruidbeheer, is het van belang dat het personeel van de dienstverlener de nodige opleiding krijgt om de opdracht tot een goed eind te brengen. De kwaliteit van de voorgestelde dienstverlening zal in niet geringe mate afhangen van de manier waarop het personeel van de dienstverlener wordt opgeleid om de voorgestelde methoden op de betrokken terreinen toe te passen. Ook bij dit subsubgunningscriterium staat aldus de intrinsieke waarde van de offerte centraal. Het personeelsbeleid van de inschrijver wordt niet beoordeeld an sich, maar enkel in de mate dat het bijdraagt tot het realiseren van de opdracht. Dit blijkt ook uit het feit dat het subsubgunningscriterium ‘personeelsbeleid’ deel uitmaakt van het gunningscriterium ‘plan van aanpak’.”

Minstens lijkt, zeker in die omstandigheden, dit subsubcriterium op het eerste gezicht niet noodzakelijk enkel de inschrijver in het algemeen te betreffen maar ook het voorwerp van de opdracht en de intrinsieke waarde van de offerte, zodat het middelonderdeel niet ernstig wordt bevonden.

8.5. Het middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

9. 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 “o.a. de artikelen 4 en 5” van de voormelde wet van 17 juni 2013, van artikel 95 van het koninklijk besluit Plaatsing, van het bestek “Onkruidbeheer op open en halfopen verhardingen”, van “[h]et legaliteitsbeginsel en de eruit afgeleide regel *patere legem quam ipse fecisti*” en van “[d]e beginselen van behoorlijk bestuur, meer in het bijzonder het materiële motiveringsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel”.

Zij formuleert het eerste middelonderdeel als volgt:

“Doordat de bestreden beslissing de offerte van verzoekende partij in het raam van beide percelen onregelmatig heeft verklaard, omdat zij een gestanddoeningstermijn zou hebben aangeboden die afwijkt van degene voorzien in het bestek;

Terwijl op grond van de materiële motiveringsplicht een aanbestedende overheid haar beslissing moet steunen op waarachtige feiten en op rechtens aanvaardbare motieven;

Dat op grond van het bestek de inschrijver zijn offerte ‘moet invullen op de bij het bestek behorende formulieren: ‘Bijlage A offerteformulier 4900001309’ en bijlage B het inschrijvingsformulier’ (stuk 3, pagina 11); dat bijgevolg volgens deze door verwerende partij opgestelde reglementaire bepaling de offerte van de inschrijver (i.c. verzoekende partij) bestaat uit datgene wat deze laatste heeft vermeld op voornoemde formulieren;

Dat noch het offerteformulier, noch het inschrijvingsformulier, ingevuld door verzoekende partij, melding maakt van een specifieke gestanddoeningstermijn; dat enkel een begeleidend schrijven dit vermeldt; dat dit laatste stuk echter, op grond van het bestek, geen deel uitmaakt van de offerte;

Dat bijgevolg verwerende partij haar eigen bestek miskent wanneer zij oordeelt dat verzoekende partij in haar offerte een andere gestanddoeningstermijn zou hebben aangeboden; dat deze beoordeling ook niet overeenstemt met de werkelijkheid daar de eigenlijke offerte van verzoekende partij geen dergelijke vermelding bevat;

En terwijl op grond van het bestek de inschrijver door het neerleggen van zijn offerte automatisch afziet van zijn algemene of bijzondere verkoopsvoorwaarden, zelfs als deze op de een of andere bijlage zijn vermeld in zijn offerte (stuk 3, pagina 12);

Dat een eventuele andere gestanddoeningstermijn voor zover deze is opgenomen in de offerte van verzoekende partij – *quod non*, een bijzondere verkoopsvoorwaarde van verzoekende partij uitmaakt; dat verzoekende partij via de handtekening en de indiening van haar offerte, op grond van de besteksbepalingen, afstand heeft gedaan van haar recht om zich te beroepen op deze bijzondere verkoopsvoorwaarde; dat door de handtekening van de offerte verzoekende partij te kennen heeft gegeven dat zij geen lager prijsrisico heeft genomen en heeft willen nemen;

Dat verwerende partij haar eigen bestek miskent door wel nog rekening te houden met de litigieuze bijzondere verkoopsvoorwaarde en op die wijze bovendien ook de verbintenisrechtelijke betekenis van de handtekening van een offerte en de gevolgtrekkingen, die hieruit voortvloeien op grond van het bestek (afstand van de bijzondere voorwaarden), miskent;

En terwijl op grond van de materiële motiveringsplicht een aanbestedende overheid haar beslissing moet steunen op waarachtige feiten en op rechtens aanvaardbare motieven;

Dat op grond van het vertrouwensbeginsel een administratieve overheid de verwachtingen moet honoreren, die zij heeft verwekt;

Dat verwerende partij bij de eerste beoordeling van de offertes in haar eerste beslissing van 5 februari 2015 de offerte van verzoekende partij regelmatig heeft verklaard; dat verwerende partij deze beoordeling in de tweede beslissing niet expliciet heeft ingetrokken;

Dat verzoekende partij tegen de eerste gunningsbeslissing van 5 februari 2015 een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid heeft ingediend bij de Raad van State; dat verzoekende partij hiermee duidelijk heeft gemaakt dat zij nog steeds de overheidsopdracht wenst uit te voeren conform haar offerte, wat ze trouwens hierbij nogmaals bevestigt;

Dat verwerende partij deze realiteit bij het nemen van de bestreden beslissing heeft miskend en bovendien is teruggekomen op een eerdere beslissing, waaruit juist blijkt dat verwerende partij abstractie heeft gemaakt van de eventueel afwijkende gestanddoeningstermijn;

Dat ook om die reden verwerende partij de in het middel aangehaalde bepalingen en beginselen heeft geschonden.”

Zij formuleert het tweede middelonderdeel als volgt:

“Doordat de bestreden beslissing in het raam van het onregelmatig verklaren van de offerte van verzoekende partij ook verwijst naar andere elementen: 1) beweerde vrijblijvende offerte, 2) toepassing algemene voorwaarden en 3) eenzijdig opleggen kortere betalingstermijnen;

Terwijl op grond van de materiële motiveringsplicht een aanbestedende overheid haar beslissing moet steunen op waarachtige feiten en op rechtens aanvaardbare motieven;

Dat op grond van het bestek de inschrijver zijn offerte ‘moet invullen op de bij het bestek behorende formulieren: ‘Bijlage A offerteformulier 4900001309’ en bijlage B het inschrijvingsformulier’ (stuk 3, pagina 11); dat bijgevolg volgens deze reglementaire bepaling uitgaande van

verwerende partij de offerte van de inschrijver (i.c. verzoekende partij) bestaat uit datgene wat hij heeft vermeld op voornoemde formulieren; Dat noch het offerteformulier, noch het inschrijvingsformulier ingevuld door verzoekende partij melding maakt van de voornoemde specifieke elementen; dat enkel een begeleidend schrijven dit vermeldt; dat dit laatste stuk echter, op grond van het bestek, geen deel uitmaakt van de offerte; Dat, trouwens, door de ondertekening van het inschrijvings- en offerteformulier juist ontkent dat haar offerte ‘vrijblijvend’ zou zijn geweest; deze ondertekening houdt juist in dat verzoekende partij zich verbintenisrechtelijk heeft geëngageerd; Dat bijgevolg verwerende partij haar eigen bestek miskent wanneer zij oordeelt dat verzoekende partij in haar offerte andere of vrijblijvende voorwaarden zou hebben aangeboden; dat deze beoordeling ook niet overeenstemt met de werkelijkheid daar de eigenlijke offerte van verzoekende partij geen dergelijke vermelding bevat; En terwijl op grond van het bestek de inschrijver door het neerleggen van zijn offerte automatisch afziet van zijn algemene of bijzondere verkoopsvoorwaarden, zelfs als deze op de een of andere bijlage zijn vermeld in zijn offerte (stuk 3, pagina 12); Dat een eventuele andere bijzondere voorwaarde voor zover deze is opgenomen in de offerte van verzoekende partij – *quod non*, een bijzondere verkoopsvoorwaarde van verzoekende partij uitmaakt; dat verzoekende partij via de handtekening en de indiening van haar offerte, op grond van de besteksbepalingen, afstand heeft gedaan van haar recht om zich te beroepen op deze bijzondere verkoopsvoorwaarde; Dat verwerende partij haar eigen bestek miskent door wel nog rekening te houden met de litigieuze bijzondere verkoopsvoorwaarde en bovendien ook de verbintenisrechtelijke betekenis van de handtekening van een offerte en de gevolgtrekkingen, die hieruit voortvloeien op grond van het bestek (afstand van de bijzondere voorwaarden), miskent.”

Beoordeling

10.1. Wat het eerste middelonderdeel betreft heeft de verwerende partij, zoals blijkt uit randnummer 3.5., de offerte van de verzoekende partij onregelmatig verklaard doordat zij in haar offerte zou vermelden dat deze slechts geldig is “tot 1 maand na offertedatum” terwijl het bestek uitdrukkelijk een termijn van 90 dagen vraagt. De verwerende partij meent dat dit een substantieel onregelmatige offerte is zoals bepaald in artikel 95, §§ 3 en 4, van het koninklijk besluit Plaatsing; daarin wordt bepaald dat een offerte op materieel vlak onregelmatig is als ze afwijkt van de opdrachtdocumenten betreffende de termijnen in de mate dat die bepalingen essentieel zijn; een substantieel

onregelmatige offerte is nietig. De verzoekende partij betwist dat zij heeft afgeweken van de besteksbeëpaling inzake de termijn.

10.2. In artikel 1.13 van het bestek wordt bepaald dat de verbintenistermijn 90 kalenderdagen bedraagt ingaande de dag na de opening van de offertes, gedurende dewelke de inschrijver verbonden blijft door zijn offerte.

In de brief die de offerte van de verzoekende partij begeleidt, wordt uitdrukkelijk vermeld dat de offerte geldig blijft tot één maand na de offertedatum.

10.3. Het argument van de verzoekende partij dat haar begeleidend schrijven geen deel uitmaakt van haar offerte aangezien “op grond van het bestek de inschrijver zijn offerte ‘moet invullen op de bij het bestek behorende formulieren: ‘Bijlage A offerteformulier 4900001309’ en bijlage B het inschrijvingsformulier”” zodat “volgens deze door de verwerende partij opgestelde reglementaire bepaling de offerte van de inschrijver (i.c. verzoekende partij) bestaat uit datgene wat deze laatste heeft vermeld op voornoemde formulieren” overtuigt op het eerste gezicht niet.

De besteksbeëpaling waar de verzoekende partij op doelt, luidt:

“1.12 Opmaak offerte

De aandacht van de inschrijver wordt erop gevestigd dat hij zijn offerte moet invullen op de bij het bestek behorende formulieren: ‘Bijlage A offerteformulier 4900001309’ en bijlage B het inschrijvingsformulier.

Bij het invullen van de twee offerteformulieren (perceel 1 en perceel 2) dient rekening gehouden te worden met volgende werkwijze en veronderstellingen:

[...]

De offerte dient te worden ingediend in één origineel exemplaar en één elektronische versie.

Door het neerleggen van zijn offerte ziet de inschrijver automatisch af van zijn algemene of bijzondere verkoopsvoorwaarden, zelfs als deze op de een of andere bijlage zijn vermeld in zijn offerte.

[...]

Na de neerlegging van zijn inschrijving is hij niet meer gerechtigd enigerlei klacht in te dienen op grond van vergissingen of leemten die mochten worden opgemerkt in de door de aanbestedende overheid ter beschikking

van de inschrijver gestelde documenten, plannen, bestekken en moet hij alle hem opgedragen opdrachten uitvoeren.

Het verbeteren van de vermoedelijke hoeveelheden is niet toegelaten.

Eventuele opmerkingen kunnen in een afzonderlijke bijlage gevoegd worden.

De prijzen worden uitgedrukt in euro excl BTW. Ze worden opgesteld tot twee cijfers na de komma.

Uw offerte bestaat uit volgende stukken:

- Bijlage 1: Offerteformulier 4900001309
- Bijlage 2: Plan van aanpak: 1) Duurzaam onkruidbeheer en 2) organisatorische bekwaamheid
- Bijlage 3: Inschrijvingsformulier
- Bijlage 4: Verklaring op erewoord
- Bijlage 5: Attest directe belastingen
- Bijlage 6: Afschrift BTW
- Bijlage 7: Attest RSZ
- Bijlage 8: Financiële gegevens: omzet laatste 3 boekjaren
- Bijlage 9: Technische bekwaamheid: al het gevraagde onder 1.9.3

Indien één van bovenstaande documenten niet aanwezig is, kan de offerte als onregelmatig beschouwd worden.”

Uit dit artikel 1.12 lijkt echter niet zonder meer te kunnen worden afgeleid dat de offerte enkel wordt samengesteld uit de bij het bestek behorende en door de inschrijvers ingevulde offerteformulieren. Het tegendeel blijkt trouwens uit de zinsnede dat “[e]ventuele opmerkingen [...] in een afzonderlijke bijlage” kunnen worden gevoegd.

Het feit dat de begeleidende brief volgens de tekst ervan zelf “de uitgangspunten c.q. voorwaarden” van de offerte bevat, doet voorts minstens gerede twijfel ontstaan over de argumentatie van de verzoekende partij dat hij geen deel uitmaakt van de offerte. Voorts lijkt zij die brief zelf aangemerkt te hebben als onderdeel van haar offerte nu het offerteformulier, plan van aanpak, inschrijvingsformulier, ... uitdrukkelijk worden aangewezen als “bijlage(n)” bij die brief.

De verwerende partij mocht die brief dan ook beschouwen als een onderdeel van de offerte en mocht deze afwijking van het bestek dan ook beschouwen als een substantiële onregelmatigheid in de zin van artikel 95, §§ 3 en 4, van het koninklijk besluit Plaatsing.

10.4. Het argument van de verzoekende partij dat een eventuele andere gestanddoeningstermijn, voor zover al zou moeten worden aangenomen dat deze zou zijn opgenomen in haar offerte, een bijzondere verkoopsvoorwaarde uitmaakt en dat op grond van het bestek de inschrijver door het neerleggen van zijn offerte automatisch afziet van zijn algemene of bijzondere verkoopsvoorwaarden, zelfs als deze op de een of andere bijlage zijn vermeld in zijn offerte, overtuigt evenmin.

De verzoekende partij verwijst aldus naar een alinea van het reeds geciteerde artikel 1.12 dat luidt: “Door het neerleggen van zijn offerte ziet de inschrijver automatisch af van zijn algemene of bijzondere verkoopsvoorwaarden, zelfs als deze op de een of andere bijlage zijn vermeld in zijn offerte”.

In de huidige stand van het geding blijkt niet zonder meer dat deze bepaling inhoudt dat een aanbestedende overheid, wanneer zij een afwijking van een essentiële besteksbepaling vaststelt en dus een substantiële onregelmatigheid, hieraan voorbij moet gaan en deze bepaling haar bijgevolg belet artikel 95 van het koninklijk besluit Plaatsing toe te passen.

10.5. In de mate dat de verzoekende partij het vertrouwensbeginsel geschonden acht doordat haar offerte thans onregelmatig wordt verklaard terwijl haar offerte in de eerste gunningsbeslissing van 5 februari 2015 regelmatig werd bevonden, moet worden opgemerkt dat deze laatste beslissing op 17 maart 2015 werd ingetrokken wat tot gevolg heeft dat de eerste gunningsbeslissing geacht wordt nooit te hebben bestaan. De verwerende partij lijkt dan ook in beginsel niet gebonden door de motieven waarop deze steunde.

10.6. Ook het argument dat de verwerende partij de materiële motiveringsplicht heeft geschonden door geen rekening te houden met de impliciete verlenging van de gestanddoeningstermijn overtuigt op het eerste gezicht niet. Een substantiële onregelmatigheid kan immers niet worden geregulariseerd.

10.7. In de mate dat de verzoekende partij de formelemotiveringsplicht geschonden acht, toont zij niet concreet aan dat zij met de kennis van de uitdrukkelijke redengeving van de onregelmatigheid van haar offerte niet in staat was de bestreden beslissing in rechte te betwisten.

10.8. Het eerste middelonderdeel is niet ernstig.

11. Bij het tweede middelonderdeel lijkt de verzoekende partij geen belang te hebben aangezien uit de beoordeling van het eerste middelonderdeel blijkt dat de verzoekende partij er niet in is geslaagd aan te tonen dat de verwerende partij ten onrechte de offerte van de verzoekende partij substantieel onregelmatig heeft verklaard wegens afwijking van de door het bestek opgelegde gestanddoeningstermijn.

12. Het middel is niet ernstig.

VIII. Besluit

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

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 11 mei 2015,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Pierre Barra