

**RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK**

**VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER**

**A R R E S T**

**nr. 235.362 van 5 juli 2016  
in de zaak A. 219.459/XII-8164**

In zake: de NV VIABUILD  
bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaat Stijn Butenaerts  
kantoor houdend te 1080 Brussel  
Leopold II-laan 180  
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE SCHAARBEEK  
bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaten Thomas Eyskens en Jens Mosselmans  
kantoor houdend te 1000 Brussel  
Bischoffsheimlaan 36  
bij wie woonplaats wordt gekozen

---

*I. Voorwerp van de vordering*

1. De vordering, ingesteld op 9 juni 2016, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van :

“- de beslissing van het College van Burgemeester en Schepenen van verwerende partij van 29 december 2015, aan verzoekende partij overgemaakt bij aangetekend schrijven van 13 mei 2016, door verzoekende partij ontvangen op 26 mei 2016, genomen in het kader van de overheidsopdracht ‘Heraanleg van Gustave Latinislaan’, waarbij beslist werd om de offerte van verzoekende partij onregelmatig te verklaren en bijgevolg te weren [...];  
- de (navolgende?) beslissing van onbekende datum van verwerende partij om de opdracht te gunnen aan een andere inschrijver dan verzoekster.”

## *II. Verloop van de rechtspleging*

2. De verwerende partij heeft een administratief dossier en een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 28 juni 2016, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Valéry Schalenbourg, die loco advocaat Stijn Butenaerts verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Jens Mosselmans, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd 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 aanbesteding uit voor een opdracht van werken, die volgens het bijzonder bestek de “Heraanleg van de Gustave Latinislaan” betreft en daarin nader wordt omschreven als “De aanneming heeft als voorwerp: De heraanleg van de voetpaden in de Gustave Latinislaan en de installatie van verkeersdrempels”.

3.2. De opdracht heeft volgens het gunningsverslag een geraamde waarde van 1.300.000,00 euro, btw inbegrepen.

3.3. De opening van de offertes vindt plaats op 17 november 2015 om 15 u.

3.4. Negen inschrijvers dienen een offerte in, onder andere de nv Viabuild voor een bedrag van 822.818,91 euro, en de nv Eurovia Belgium voor een bedrag van 860.593,90 euro, bedragen btw inbegrepen.

3.5. Na rekenkundig nazicht stelt het Studiebureau Wegen van de verwerende partij in het gunningsverslag van 15 december 2015 vast dat het bedrag van de offerte van de verzoekende partij 15 % onder het gemiddelde ligt berekend overeenkomstig artikel 99, § 2 ,van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit Plaatsing). Dit gemiddelde bedraagt 699.298, 18 euro, btw niet inbegrepen.

3.6. Met een aangetekende brief 24 november 2015 gedateerd maar blijkens de poststempel op het afgiftebewijs van een nationale aangetekende zending bij de post afgegeven op (dinsdag) 1 december 2015, richt de verwerende partij de volgende vraag tot prijsverantwoording aan de verzoekende partij:

“Wij verwijzen naar de offerte die u indiende in het kader van bovenvermelde aanbesteding.

Wij stellen vast dat het globale bedrag van uw offerte alsook een bepaald aantal posten van uw offerte abnormaal laag blijkt.

Wij verzoeken u derhalve om de eenheidsprijzen van de posten 1.6, 1.7, 1.8, 1.9, 1.10, 2.3, 3.2., 3.4, 3.5, 4.3, 4.10, 4.11, 5.2, 5.3, 5.4, 5.5, 5.6, 5.7, 5.8, 5.10, 5.19, 5.20, 5.21, 6.2, 6.3, 6.5, 6.7, 6.8, 8.2, 8.3, 8.4, 8.5, 9.1, 9.11, 9.12, 9.13, 9.15, 9.17, te verantwoorden.

Wij herinneren u er tevens aan dat overeenkomstig artikel 21, §3 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren, u ons de nodige verantwoordingen per aangetekend schrijven dient te verstrekken binnen een termijn van twaalf kalenderdagen”.

Deze brief werd naar hetgeen de verzoekende partij in haar inleidend verzoekschrift betoogt, ontvangen op (donderdag) 3 december 2015. Dit is op de brief gevoegd bij het inleidend verzoekschrift in ieder geval de datum van de stempel van ontvangst, blijkbaar geplaatst door de eigen diensten van de verzoekende partij.

Met een brief gedateerd (dinsdag) 15 december 2015 deelt de verzoekende partij vervolgens een prijsverantwoording mee. Daarin wordt ditmaal

‡AFHQMCBDF-BCFIHAV‡

vermeld dat de vraag tot prijsverantwoording werd ontvangen op (vrijdag) 4 december 2016, in tegenstelling tot de voormelde stempeldatering. Deze verantwoording werd volgens de verzoekende partij meegedeeld met een e-mailbericht van 15 december 2015 en dezelfde dag ook aangetekend verzonden. De verzoekende partij legt bij het verzoekschrift geen afdruk voor van de originele e-mailverzending en evenmin het originele afgiftebewijs nationale aangetekende zending. Het administratief dossier bevat wel een uitprint van dit e-mailbericht waaruit blijkt dat het bericht verzonden is op 15 december 2015 te 19.13 uur (“Envoyé: mardi 15 décembre 2015 19:13”). Het administratief dossier bevat ook kopie van de enveloppe van de laatstgenoemde aangetekende zending met daarop een sticker van aangetekende zending en een poststempel gedateerd (woensdag) “16/12/2015”.

Op vraag van het met het onderzoek belaste lid van het auditoraat deelt de verzoekende partij met een e-mailbericht van 24 juni 2016 kopie van het afgiftebewijs nationale aangetekende zending mee. Dit is niet geadresseerd en bevat geen poststempel. Wel is op de plaats voorzien voor die stempel met de hand geschreven (woensdag) “16/12”.

3.7. In het gunningsverslag worden alle inschrijvers geselecteerd. De offerte van de verzoekende partij wordt vervolgens als onregelmatig beschouwd met als enig motief : “Wij ontvingen deze [ prijs] rechtvaardigingen niet binnen de toegestane termijn van 12 kalenderdagen”. In de Franse versie is sprake van “*reçu*” voor “ontvingen”. Er wordt voorts voorgesteld de opdracht te gunnen aan de inschrijver nv Eurovia Belgium.

3.8. Op 29 december 2015 besluit het college van burgemeester en schepenen van de verwerende partij het gunningsverslag goed te keuren, alle inschrijvers te selecteren en de offerte van de verzoekende partij te weren “aangezien deze als onregelmatig werd bevonden omdat zij niet de gevraagde prijsrechtvaardigingen indiende binnen de toegestane termijn van 12 kalenderdagen”. In de Franse versie luidt het “*fourni*” voor “indiende”. In een voorafgaande overweging wordt vermeld dat de verzoekende partij de gevraagde rechtvaardigingen niet heeft “geleverd” binnen de binnen de toegestane termijn. Ook daar is in de Franse versie sprake van “*fourni*”.

‡AFHQMCBDF-BCFIHAV‡

Ten slotte wordt de opdracht gegund aan de nv Eurovia Belgium voor een bedrag van 860.593,90 euro, btw inbegrepen.

Dit besluit bevat de bestreden beslissingen.

3.9. Met een aangetekende brief 13 mei 2015 gedateerd maar blijkens het afgiftebewijs pas verzonden op 25 mei 2016, deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat het college van burgemeester en schepenen op 29 december 2015 beslist heeft haar offerte als onregelmatig te weren. De overweging van het collegebesluit die deze beslissing ondersteunt wordt daarbij als volgt geciteerd:

“Overwegende dat de firma VIABUILD nv de gevraagde rechtvaardigingen niet binnen de toegestane termijn van 12 kalenderdagen heeft geleverd, dat bijgevolg deze offerte als onregelmatig moet worden beschouwd en ze bijgevolg moet worden geweerd”.

3.10. Met een aangetekende brief van 13 mei 2016 maar blijkens het afgiftebewijs van een nationale zending bij de post afgegeven op 25 mei 2016 deelt de verwerende partij aan de gekozen inschrijver, de nv Eurovia Belgium, mee dat het college van burgemeester en schepenen op 29 december 2015 haar offerte heeft gekozen en de opdracht aan haar is gegund. De bestelbon wordt bijgevoegd en er wordt gevraagd de vereiste waarborg te stellen en contact op te nemen om een datum overeen te komen voor de aanvang van de werken.

#### *IV. Regelmatigheid van de rechtspleging*

4. De verwerende partij dient het administratief dossier in op 17 juni 2016. Op 24 juni 2016 dient zij op het elektronisch platform een nota in; deze werd die dag om “15:09” ook via e-mailbericht meegedeeld aan de auditeur.

In het bericht tot vaststelling verzonden en ontvangen op 13 juni 2016 werd aan de verwerende partij meegedeeld dat Raad van State de uiterste termijn voor het indienen van een nota – zoals het administratief dossier – had bepaald op vrijdag 17 juni 2016 (om 12 u).

5. Vastgesteld wordt dat de verwerende partij aldus, zonder dit trouwens in haar nota te verantwoorden, bijna 12 volle dagen nam om de nota pas op 24 juni 2016, en dus ruim buiten de door de Raad van State bepaalde termijn, in te dienen.

Hierdoor komt de verwerende partij niet alleen tekort in de medewerking met de rechter maar maakt zij inbreuk op het principieel tegensprekelijk karakter van het debat. Aldus onttrekt die nota zichzelf *de facto* aan het auditoraatsonderzoek dat mogelijk was geweest bij naleving van deze termijn en werden ook de mogelijkheden van de verzoekende partij om een reactie voor te bereiden, beperkt.

Daarom wordt met die nota slechts in beperkte mate rekening gehouden, namelijk voor zover deze de neerslag vormt van het mondelinge verweer, en voor zover een snel en *prima facie* onderzoek van die nota, inherent aan een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, mogelijk is.

#### *V. Ontvankelijkheid van het beroep*

6. De verwerende partij meent dat de vordering om twee redenen niet ontvankelijk is.

Met verwijzing naar artikel 30, laatste lid, van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ (hierna: de wet van 17 juni 2013), stelt zij dat de Raad van State niet over de vereiste rechtsmacht beschikt om de schorsing te bevelen van de inmiddels tot stand gekomen overeenkomst en dat de vordering tegen de tweede bestreden beslissing dan ook niet-ontvankelijk is.

Zij wijst er voorts op dat een inschrijver van wie – zoals in het voorliggende geval – de offerte onregelmatig werd verklaard, geen belang heeft om de gunningsbeslissing van een overheidsopdracht aan een concurrerende inschrijver aan te vechten, tenzij uit de middelen blijkt dat zijn offerte ten onrechte onregelmatig werd verklaard of dat de opdracht aan geen enkele inschrijver

rechtsgeldig mocht worden toegewezen. De verzoekende partij zou niet aantonen dat één van beide hypothesen zijn vervuld zodat de vordering ook als niet-ontvankelijk dient te worden afgewezen bij ontstentenis van het rechtens vereiste belang.

### *Beoordeling*

7. Zoals onder meer in het arrest nr. 230.386 van 3 maart 2015 inzake de nv Etablissements Maurice Wanty, door de Raad van State reeds werd geoordeeld, gaat de verwerende partij, in zoverre zij met haar eerste exceptie bedoelt dat de sluiting van het contract het belang van de verzoekende partij bij de vordering zou doen verdwijnen, eraan voorbij dat een verzoekende partij in de materie van de overheidsopdrachten bij de nietigverklaring van een gunningbeslissing, die een afsplitsbare bestuurshandeling uitmaakt, een gekwalificeerd moreel belang heeft dat zij ontleent aan het feit dat zij is voorbijgegaan door die beslissing. Dat belang wordt door de nietigverklaring van de gunningbeslissing gediend, spijs de sluiting en zelfs de uitvoering van de daaropvolgende overeenkomst.

Ook bij de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van die gunningsbeslissing lijkt dat belang voldoende zeker, gelet op de ruime omschrijving van het belang bij de nietigverklaring in artikel 14 van de wet van 17 juni 2013 toegekend aan “elke persoon die een belang heeft of heeft gehad om een bepaalde opdracht te krijgen en die door de beweerde schending is of dreigt te worden benadeeld”. Krachtens artikel 15, eerste lid, kan de schorsing worden uitgesproken “onder dezelfde voorwaarden” als die bedoeld in artikel 14, dus ook wat het belang betreft.

Deze beide artikelen zijn krachtens artikel 31 van de voormelde wet ook toepasselijk op de opdrachten die zoals de in het geding zijnde opdracht het Europese drempelbedrag niet bereiken. De Raad van State kan te dezen ook bezwaarlijk vooruitlopen op de gevolgen die de aanbestedende overheid zal hechten aan een schorsing indien deze wordt bevolen, ook wanneer de opdracht reeds werd gesloten. Probleemsituaties die na de schorsing zouden ontstaan, lijken te moeten worden toegeschreven aan de verwerende partij wegens haar eigen

beslissing om de opdracht te sluiten, zij het dat ter terechtzitting zij bij monde van haar raadsman verklaart dat de uitvoering op het werkterrein nog niet is aangevat.

Artikel 30, derde lid, van de meervermelde wet van 17 juni 2013, dat bepaalt dat zodra de opdracht is gesloten, deze niet meer geschorst of onverbindend kan worden verklaard door de verhaalinstantie, welke die ook zij, betreft het sluiten van het contract voor de opdracht, hetgeen tot de rechtsmacht van de hoven en rechtbanken behoort. Die bepaling verzet er zich niet tegen dat de Raad de schorsing van de tenuitvoerlegging beveelt van de van de gesloten opdracht afsplitsbare gunningsbeslissing.

Bijgevolg lijkt noch de rechtsmacht noch het belang van de verzoekende partij *prima facie* nuttig te kunnen worden betwist op grond van het feit dat de opdracht is gesloten en wordt uitgevoerd.

8. De tweede exceptie valt samen met het onderzoek van de grond van de zaak, zoals ook reeds uit de formulering van deze exceptie in de nota zelf blijkt.

Een inschrijver van wie de offerte onregelmatig is verklaard, heeft in principe inderdaad geen belang om de toewijzing van een overheidsopdracht aan een concurrerende inschrijver aan te vechten, tenzij uit de middelen blijkt dat zijn offerte ten onrechte onregelmatig werd verklaard of dat de opdracht aan geen enkele inschrijver rechtsgeldig mocht worden toegewezen. Het enige middel van de verzoekende partij strekt er te dezen echter juist toe te horen zeggen voor recht dat haar offerte ten onrechte als onregelmatig is geweerd. De beoordeling van de exceptie van gebrek aan belang hangt dan ook samen met de beoordeling van dat middel, zodat de exceptie op zichzelf niet wordt aanvaard.

## VI. Schorsingsvoorwaarden

9.1. 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

‡AFHQMCBDF-BCFIHAV‡

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.

9.2. Te dezen is evenwel ook de voormelde wet van 17 juni 2013 van toepassing.

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

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

Overeenkomstig artikel 31 gelden deze bepalingen ook voor opdrachten die de drempelbedragen voor Europese bekendmaking niet bereiken.

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

## *VII. Onderzoek van het enige middel*

### *Uiteenzetting van het middel*

10. De verzoekende partij voert in een enig middel de schending aan van artikel 21, § 1 en § 3, en 95, § 1 en § 3-4, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit Plaatsing), van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ en van “de algemene beginselen van behoorlijk bestuur met name het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel, het materiële motiveringsbeginsel en het beginsel ‘patere legem quam ipse fecisti’”.

‡AFHQMCBDF-BCFIHAV‡

In essentie betoogt zij daartoe dat zij, in tegenstelling tot hetgeen de bestreden beslissing ter zake stelt, de gevraagde prijsverantwoording wel tijdig, namelijk binnen de termijn van 12 kalenderdagen zoals voorgeschreven door artikel 21, § 3, tweede lid, van het koninklijk besluit Plaatsing, verstrekte aan de verwerende partij. De verwerende partij heeft immers bij aangetekende brief van 24 november 2015, door de verzoekende partij ontvangen op 3 december 2015, de verzoekende partij verzocht om binnen een termijn van 12 kalenderdagen het globale bedrag van haar offerte te verantwoorden, samen met een aantal opgesomde eenheidsprijzen voor welbepaalde posten. De verzoekende partij verschaftte de gevraagde prijsverantwoording per e-mailbericht en aangetekende brief van 15 december 2015, waarbij het e-mailbericht werd verzonden op 15 december 2015 om 19.13 u. Bij e-mailbericht van 31 mei 2016 werd door een aangestelde van de verwerende partij overigens aan de verzoekende partij bevestigd dat de verwerende partij het e-mailbericht van 15 december 2015 van de verzoekende partij in goede orde ontving. De verzoekende partij levert hiermee naar eigen zeggen niet enkel het bewijs van de verzending van de prijsverantwoording zoals voorgeschreven door artikel 21, § 3, derde lid, van het koninklijk besluit Plaatsing, maar zelfs van de ontvangst ervan.

Een en ander getuigt ook van een onzorgvuldig onderzoek door de aanbestedende overheid van het dossier, met inbegrip van de datum waarop deze in het geding zijnde verantwoording door de verzoekende partij werd verstrekt.

#### *Standpunt van de verwerende partij*

11.1. De verwerende partij antwoordt ter terechtzitting en in haar nota erg uitvoerig op de vordering en het middel. Hieronder worden slechts enkele *prima facie* bevattelijke elementen van dat verweer weergegeven, gelet op hetgeen hiervoor is vastgesteld betreffende de laattijdige neerlegging van de pleitnota.

De verwerende partij betoogt dat de verzoekende partij in gebreke blijft om een concreet en ontegensprekelijk bewijs te leveren dat de aangetekende brief met het verzoek tot prijsverantwoording effectief slechts voor het eerst door de postdiensten op 3 december 2015 werd aangeboden terwijl de

bewijslast van dit feit rust op de verzoekende partij. Juister en meer aannemelijk, minstens tot het bewijs van het tegendeel door de verzoekende partij, is dat de brief met de vraag tot prijsverantwoording wel degelijk de eerste keer werd aangeboden, op 2 december 2015, zijnde daags na verzending van het verzoek tot prijsverantwoording.

Het feit dat stuk 4 bij het verzoekschrift – de vraag tot prijsverantwoording een stempel draagt met vermelding “- 3 DEC 2015” biedt evenmin een afdoend bewijs dat de brief pas op die datum werd ontvangen, niet in het minst omdat de verzoekende partij in de brief ter prijsverantwoording zelf dan weer aangeeft dat de brief pas werd ontvangen op 4 december 2015.

Ook het feit dat de verzoekende partij ten onrechte beweert dat de aangetekende brief met prijsverantwoording werd verstuurd op 15 december 2015, terwijl uit de enveloppe van de zending duidelijk blijkt dat deze pas ter post werd afgeleverd op 16 december 2015, doen twijfels rijzen of de stempel met datum “- 3 DEC 2015” niet veeleer *post factum* werd aangebracht.

Vervolgens valt volgens de verwerende partij te betwisten dat de kennisgeving per e-mailbericht verstuurd op 15 december 2015 volstaat.

In ieder geval ligt het bewijs niet voor dat de verzoekende partij tijdig heeft gereageerd en er is dan ook geen sprake van een schending van artikel 21 van het koninklijk besluit Plaatsing, nu luidens deze bepaling de inschrijver de “bewijslast [draagt] van de verzending van de verantwoording”. Uit deze zinsnede volgt logischerwijze ook dat de inschrijver eveneens de bewijslast draagt van een tijdige verzending.

De verzoekende partij kan ook niet ernstig doen gelden dat uit het e-mailbericht van 31 mei 2016 van de verwerende partij waarbij uitsluitend een goede ontvangst wordt bevestigd van de prijsverantwoording, het “bewijs” kan worden gelezen van een tijdige indiening. Zij bevestigt in het e-mailbericht enkel zonder meer een goede ontvangst van de prijsverantwoording, zonder dat aan het bericht andere rechtsgevolgen kunnen worden verbonden.

De verwerende partij mocht dan ook terecht stellen én motiveren dat de offerte als onregelmatig diende te worden afgewezen. Er was dan ook geen onzorgvuldige beoordeling van het dossier.

11.2. Voor zover het middel toch ernstig zou zijn, quod non, betwist de verwerende partij ten slotte het belang van de verzoekende partij bij het middel nu dit niet tot gevolg kan hebben dat de opdracht alsnog aan de verzoekende partij zou kunnen worden gegund. Ook in het geval dat de prijsverantwoording van de verzoekende partij zou moeten worden beoordeeld, kan niet anders dan tot de onregelmatigheid van de offerte van de verzoekende partij worden besloten aangezien haar prijsverantwoording slechts een aantal algemene consideransen met betrekking tot de geboden totaalprijs bevat, zonder dat hierbij op concrete en onderbouwde wijze wordt verantwoord om welke redenen de geboden prijs ver onder het gemiddelde ligt van de overige biedingen. Bovendien vroeg de verwerende partij ook naar een prijsverantwoording van een hele reeks individuele posten. De verzoekende partij beperkt haar “verantwoording” op dit punt door – zonder de minste toelichting – een reeks Excel documenten als bijlage te voegen bij haar briefwisseling ter prijsverantwoording. Dit voldoet niet aan de vereiste van een concrete en onderbouwde verantwoording. De verwerende partij zal in geval van schorsing van de gunningbeslissing dan ook niet anders kunnen dan de prijsverantwoording te verwerpen en de offerte van de verzoekende partij opnieuw als substantieel onregelmatig te weren.

### *Beoordeling*

12. Het verweer dat de verzoekende partij geen belang zou hebben bij dit middel aangezien, zelfs indien haar verantwoording tijdig zou zijn verstrekt, dit geen concrete en onderbouwde verantwoording is van de totaalprijs en de posten waarvoor een verantwoording werd gevraagd, zodat de offerte opnieuw zou moeten worden geweerd, overtuigt niet. De offerte van de verzoekende partij werd immers niet geweerd omdat de prijsverantwoording niet voldeed, maar enkel omdat de verantwoording niet tijdig werd ingediend. Indien het middel ernstig wordt bevonden en later eventueel gegrond, staat dan vast dat aan de verzoekende partij de waarborg werd ontnomen dat de verwerende partij de prijsverantwoording onderzoekt en vervolgens in voorkomend geval motiveert waarom deze niet

‡AFHQMCBDF-BCFIHAV‡

voldoet en de offerte wegens abnormale prijzen weert. Het komt daarbij ook niet aan de Raad van State toe die beoordeling, in het kader van een exceptie, te doen anticiperend op en in plaats van de aanbestedende overheid.

13. Het geschonden geachte artikel 21 van het koninklijk besluit Plaatsing luidt:

“Art. 21.§ 1. De aanbestedende overheid onderwerpt de ingediende offertes aan een prijsonderzoek. [...]

§ 3. [...]

Als de aanbestedende overheid bij het prijsonderzoek vaststelt dat in een offerte een prijs wordt geboden die abnormaal laag of abnormaal hoog lijkt in verhouding tot de uit te voeren prestaties en alvorens die offerte om die reden te weren, verzoekt ze de inschrijver in kwestie per aangetekende brief om de nodige schriftelijke verantwoording over de samenstelling van de prijs in kwestie te verstrekken binnen een termijn van twaalf kalenderdagen, tenzij de uitnodiging een langere termijn bepaalt. De inschrijver draagt de bewijslast van de verzending van de verantwoording. [...]

14. De bestreden beslissing of het aanbestedingsverslag zelf geven niet aan hoe de in het geding zijnde termijn en zijn overschrijding concreet werd berekend, zowel wat de aanvang ervan betreft als de laatste nuttige dag ervan.

Wat de verantwoording betreft gaat het gunningsverslag blijkbaar uit van de “ontvangst” (“reçu” in de Franse versie) van de verantwoording, de bestreden beslissing van het “indienen” en “leveren” (“fourni” in de Franse versie) ervan.

15. Met de partijen lijkt in de huidige stand van het geding te mogen worden aangenomen dat de betrokken termijn begint te lopen vanaf de ontvangst van het verzoek tot prijsverantwoording door de betrokken inschrijver.

16. In de pleitnota en ter terechtzitting ontwikkelt de verwerende partij zoals hiervoor weergegeven, allerlei argumentaties rond het kwestieuze termijnvereiste en zijn naleving, die echter niet lijken te kunnen worden

teruggevonden in het administratief dossier, noch in het gunningsverslag, noch in de bestreden beslissing waarmee de verzoekende partij wordt geweerd.

17. Tegen dit verweer in verstrekt het bevoegd lid van het auditoraat in zijn mondeling advies ter terechtzitting onder meer de volgende beschouwingen.

Gerekend vanaf de ontvangst van de vraag tot prijsverantwoording op 3 december 2015, zoals aangevoerd in het verzoekschrift, is dinsdag 15 december 2015 de laatste dag van de termijn van 12 kalenderdagen en rijst de vraag of de verzending van de prijsverantwoording met een e-mailbericht op 15 december 2015 volstaat, nu, anders dan de verzoekende partij beweert, niet meteen onbetwistbaar blijkt dat deze verantwoording ook op 15 december 2015 werd verzonden.

Indien dan weer uitgegaan wordt van de ontvangst van deze vraag op 4 december 2015, zoals de verzoekende partij vermeldt in de prijsverantwoording, verstrijkt de termijn van 12 dagen op 16 december 2015 en werd de prijsverantwoording in ieder geval tijdig ingediend nu de aangetekende brief gedateerd 15 december 2015 op 16 december 2015 bij de post blijkt te zijn afgegeven.

De verwerende partij van haar kant stelt in de nota dat er geen reden is om aan te nemen dat de vraag tot prijsverantwoording, verzonden op 1 december 2015, niet werd ontvangen op 2 december 2015. In dat geval verstreek de termijn op zondag 13 december 2015 en werd deze verlengd tot maandag 14 december 2015 en is de verantwoording, ook de e-mail van 15 december 2015, in ieder geval laattijdig.

Wat de ontvangst betreft van de vraag tot prijsverantwoording, kon de verwerende partij uit de brief met prijsverantwoording afleiden dat deze ontvangen zou zijn op 4 december 2015. Zij ging er blijkbaar zelf van uit dat dit onjuist was door te oordelen dat de verantwoording niet tijdig was.

Nu echter ook niet blijkt dat zij een en ander onderzocht alvorens de offerte van de verzoekende partij te weren, lijkt zij niet benadeeld doordat de verzoekende partij nu op grond van de stempel van ontvangst op de brief met de vraag tot prijsverantwoording, spreekt van 3 december 2015. Het blijkt niet dat de verzoekende partij in die omstandigheden noodzakelijk bij de Post navraag had moeten doen wanneer die zending bij haar werd aangeboden. Het lijkt juist dat de verwerende partij dit had moeten

onderzoeken bij twijfel over de naleving van de termijn en alvorens te besluiten dat de prijsverantwoording laattijdig werd ingediend.

Daarbij moet worden herhaald dat de bestreden beslissing zelf noch het aanbestedingsverslag aangeven hoe de termijn van 12 dagen werd berekend en waarom de prijsverantwoording laattijdig werd geacht zodat de verzoekende partij zelfs ook niet concreet wist dat zij geacht werd aan te tonen dat de vraag tot verantwoording niet reeds op 2 december 2015 werd ontvangen.

De prijsverantwoording van de verzoekende partij gedateerd 15 december 2015 werd volgens het middel op 15 december 2015 aangetekend en met een e-mailbericht verzonden aan de verwerende partij.

Blijkens het door de auditeur opgevraagde afgiftebewijs nationale aangetekende zending – zonder adres van de geadresseerde en poststempel maar wel met een handgeschreven datum “16/12”, werd de brief met prijsverantwoording niet op 15 december 2015 maar pas op 16 december 2015 bij de post afgegeven. Ook de enveloppe met deze brief met daarop een sticker van aangetekende zending en portstempel gedateerd “16/12/2015” in het administratief dossier bevestigt dit.

Deze verzending lijkt om de voormelde redenen buiten de termijn van 12 kalenderdagen bedoeld in artikel 21, § 3, van het koninklijk besluit Plaatsing, die uitgaande van de ontvangst van de vraag tot prijsverantwoording op 3 december 2015 lijkt te verstrijken op 15 december 2015.

Het zou anders zijn indien wordt uitgegaan van ontvangst van de vraag tot prijsverantwoording op 4 december 2015 zoals wordt vermeld in de prijsverantwoording. De verzoekende partij voert dit echter in het middel zelf niet [meer] aan – wel integendeel verwijst zij naar 3 december 2015 met verwijzing naar de stempel van ontvangst.

Er is ook geen reden om *prima facie* aan te nemen dat deze stempel *post factum* werd aangebracht, zoals de verwerende partij in de nota aanvoert, alleen omdat in de prijsverantwoording zelf wordt verwezen naar 4 december 2015. De verzoekende partij zou ook geen belang hebben bij een *post factum* stempel 3 december 2015 indien de vraag effectief ontvangen werd op 4 december 2015, nu in dat geval de verantwoording tijdig zou zijn.

Ook de toevoeging in de inventaris van het administratief dossier bij stuk 25 – dit is de brief van 15 december 2015 met de prijsverantwoording en de enveloppe, “afgifte bij post 16/12/2015”, wekt niet alleen de indruk dat de verwerende partij enkel rekening hield met de verzending per post en niet met het e-mailbericht van 15 december 2015, maar ook dat zij ervan uitging dat 15 december 2015 de laatste dag was van de termijn van 12 kalenderdagen bedoeld in artikel 21, § 3, van het koninklijk besluit Plaatsing.

Het administratief dossier bevat wel een uitprint van voormeld e-mailbericht, dat volgens het bericht zelf werd verzonden op 15 december 2015 om 19u13 (“Envoyé: mardi 15 décembre 2015 19:13”).

De vraag rijst dan of dit e-mailbericht voldoende de dag van verzending – 15 december 2015 – verantwoordt.

Vastgesteld wordt dat artikel 21, § 3, tweede lid, van het koninklijk besluit Plaatsing duidelijk vereist dat de vraag tot prijsverantwoording door de aanbestedende overheid per aangetekend schrijven wordt gesteld. Ten aanzien van de inschrijver wordt enkel uitdrukkelijk vereist dat deze verantwoording schriftelijk is, waarbij niet wordt aangetoond dat een e-mailbericht daaraan niet voldoet en, in het derde lid, dat hij de bewijslast van de “verzending” draagt.

Uit het woord “verzending” lijkt niet zonder meer te moeten worden afgeleid dat dit een e-mailbericht uitsluit en een brief laat staan aangetekende brief vereist. Indien dit wel het geval zou zijn, kon veeleer worden verwacht dat dit uitdrukkelijk zou zijn bepaald te meer nu dit wel uitdrukkelijk is voorgeschreven voor de vraag tot verantwoording.

De eventuele “ontvangst” van die verantwoording buiten de termijn van 12 kalenderdagen, waarnaar het gunningsverslag gelet op de daarin gebruikte en hiervoor aangehaalde termen lijkt te verwijzen, is *prima facie* niet relevant nu een “verzending” binnen die termijn lijkt te volstaan.

Het vereiste de dag van de verzending te kunnen bewijzen, om de redenen hiervoor uiteengezet, lijkt echter geen aangetekende zending voor te schrijven. In de vraag tot prijsverantwoording wordt weliswaar wel verwezen naar een prijsverantwoording te verstrekken per aangetekend schrijven, maar dit lijkt een toevoeging te zijn aan de vereisten gesteld in artikel 21 zelf.

Er wordt in de bestreden beslissing ook nergens gemotiveerd waarom geen rekening kon worden gehouden met de bij e-mailbericht van 15 december 2015 verzonden prijsverantwoording, bericht dat de verwerende partij zelf voorlegt met als verzendingdatum 15 december 2015, 19u33.

Het verweer in de nota dat “valt te betwisten” dat de kennisgeving per e-mailbericht verstuurd op 15 december 2015 volstaat, maakt dit euvel niet goed.

Om de voorgaande redenen blijkt in de huidige stand van het geding niet afdoende uit het gunningsverslag, de bestreden beslissing en het administratief dossier waarom de verwerende partij van oordeel was dat de prijsverantwoording door de verzoekende partij niet tijdig was ingediend en inzonderheid waarom zij van oordeel was dat geen rekening kon worden gehouden met de bij e-mailbericht van 15 december 2015 meegedeelde prijsverantwoording. Aldus staat thans niet vast dat de beslissing de offerte van de verzoekende partij te weren omdat de prijsverantwoording laattijdig werd ingediend steunt op draagkrachtige motieven en lijkt het ingeroepen artikel 21, § 3 en 95, van het koninklijk besluit Plaatsing geschonden alsook de materiële motiveringsplicht en is het middel minstens in die mate ernstig.

Het middel is in de aangegeven mate ernstig.

18. Ter terechtzitting is de verwerende partij uitgenodigd om nog in te gaan op het advies van het auditoraat, hetgeen zij niet heeft gedaan.

19. De Raad van State valt de argumentatie en de conclusie van het advies bij.

#### *VIII. Besluit en kosten*

20. Het enige middel is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden ingewilligd.

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

## BESLISSING

**De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Schaarbeek van 29 december 2015, genomen in het kader van de overheidsopdracht ‘Heraanleg van Gustave Latinislaan’, waarbij beslist werd om de offerte van verzoekende partij onregelmatig te verklaren en bijgevolg te weren en om de opdracht te gunnen aan de nv Eurovia Belgium.**

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 5 juli 2016, 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**