

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 236.907 van 22 december 2016
in de zaak A. 220.850/XII-8267**

In zake: de NV HORESERVI CATERING
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Peter Teerlinck
kantoor houdend te 1040 Brussel
Ijzerlaan 19
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de ARTESIS PLANTIJN HOGESCHOOL ANTWERPEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Carlos De Wolf
kantoor houdend te 9680 Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Charlotte De Wolf

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 1 december 2016, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[d]e gunningsbeslissing van onbekende datum van Artesis Plantijn Hogeschool Antwerpen, meegedeeld per brief van 17 november 2016, waarbij de offerte van verzoekende partij met betrekking tot de overheidsopdracht van diensten ‘raamovereenkomst catering studentenrestaurants’ [...] substantieel onregelmatig werd verklaard en als nietig werd verworpen, en waarbij de opdracht werd gegund aan Prorest Catering NV met maatschappelijke zetel te Noorderplaats 7 Stratenplan bus 1, 2000 Antwerpen [...]”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 15 december 2016, om 11.00 uur.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Peter Teerlinck, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaten Carlos De Wolf en Charlotte De Wolf, die verschijnen 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. Op 11 juni 2015 besliste de verwerende partij perceel 1 “het aanduiden van een dienstverlener om de catering voor studenten en personeel van AP Hogeschool te verzorgen” en perceel 2 “het aanduiden van een dienstverlener om de catering voor vergaderingen, congressen en evenementen, broodjes te verzorgen” van de “raamovereenkomst voor de catering - bestek AP/OO/2015-007” te gunnen aan de verzoekende partij. Deze opdracht met een looptijd van 4 jaar was jaarlijks wederzijds opzegbaar met een opzegtermijn van 3 maanden, en werd blijkbaar door de verzoekende partij met een aangetekende brief gedateerd 30 mei 2016 beëindigd.

3.2. De verwerende partij schrijft vervolgens op 8 juni 2016 een opdracht van diensten uit, genoemd “Raamovereenkomst voor catering studentenrestaurants”.

Het betreft een raamovereenkomst met een looptijd van 4 jaar die jaarlijks wederzijds opzegbaar is. Deze opdracht heeft een geraamde waarde van “ca € 750.000,00 incl. btw/jaar”.

De opdracht evenals de kennisgevingen van aanvullende informatie, informatie over een onvolledige procedure of rectificatie worden nationaal en Europees bekendgemaakt.

De gekozen gunningswijze is de open offerteaanvraag. Het bijzonder bestek AP/OO/2016-024 is van toepassing.

3.3. Artikel 1.5.2. “Offerte” van het bestek bepaalt met betrekking tot het indienen van de offertes, onder meer wat volgt:

“3 De offerte moet gedagtekend zijn en de handtekening dragen van de inschrijver of, in voorkomend geval, van diegene die hiertoe gemachtigd is. In dit laatste geval vermeldt de gemachtigde duidelijk zijn volmachtgever(s) en voegt hij bij zijn offerte de authentieke of onderhandse akte, waaruit zijn bevoegdheid blijkt, of een afschrift van de volmacht. Een verwijzing naar het nummer van de bijlage van het Belgisch Staatsblad, waarin de akte bij uittreksel is bekendgemaakt, wordt ook aanvaard (= Bijlage 1).

4 De inschrijver maakt gebruik van het inschrijvingsformulier dat bijgevoegd is bij het bestek. Indien de inschrijver de offerte maakt op andere documenten dan het voorziene formulier, draagt hij de volle verantwoordelijkheid voor de volledige overeenstemming van de door hem aangewende documenten met het inschrijvingsformulier.

5 Doorhalingen, overschrijvingen, aanvullingen of wijzigingen, zowel in de offerte als op de bijlagen, die essentiële voorwaarden van de opdracht, zoals de prijzen, termijnen, technische en bijzondere specificaties kunnen beïnvloeden, moeten eveneens door de inschrijver of zijn gemachtigde ondertekend worden.”

Artikel 1.5.15 "Samenstellende onderdelen van de offerte"
bepaalt onder meer:

“De samenstellende onderdelen van de offerte zijn:

- Het volledige inschrijvingsformulier, correct ondertekend en gedagtekend;
- De volledig ingevulde inventaris, correct ondertekend en gedagtekend;
- Het volledig ingevulde inlichtingenblad, correct ondertekend en gedagtekend;
- De bijlagen.

(...)

Offertes waarbij het inschrijvingsformulier en/of het ingevulde inlichtingenblad ontbreekt/ontbreken en/of niet correct en/of origineel gehandtekend is/zijn, zullen door de aanbestedende overheid beschouwd worden als substantieel onregelmatig en derhalve nietig.”

3.4. De offertes worden geopend op 21 oktober 2016.

3.5. De nv Prorest Catering en volgens het gunningsverslag en de bestreden beslissing “Marleen Flemings” dienen een offerte in.

In het proces-verbaal van opening van de offertes wordt voor de tweede offerte eveneens verwezen naar "Horeservi Catering" met woonplaats/vestigingsplaats te Hasselt, zijnde de woonplaats van Marleen Flemings, daar waar de zetel van de nv Horeservi Catering gevestigd blijkt te zijn te Brussel.

3.6. In het verslag van nazicht van 4 november 2016 stelt de beoordelingscommissie voor de opdracht te gunnen aan de nv Prorest Catering.

De offerte van “Marleen Flemings” wordt “als substantieel onregelmatig op formeel vlak en, bijgevolg, nietig verworpen”. De offerte van de gekozen inschrijver wordt regelmatig bevonden omdat geen substantiële formele of materiële onregelmatigheden werden vastgesteld en bepaalde niet substantiële onregelmatigheden werden rechtgezet of beschouwd als niet-essentieel.

Wat het administratief nazicht en het onderzoek van de regelmatigheid van de offertes betreft, vermeldt dit verslag wat volgt:

“12. Administratief nazicht en onderzoek regelmatigheid

12.1 Onderzoek formele regelmatigheid

De conformiteit met de voorschriften inzake o.m. de ondertekening van de offerte, de wijze van indienen van de offerte en de bij te voegen stukken werd nagegaan.

Wat betreft de offerte van inschrijver ‘Marleen Flemings’ werd volgende substantiële onregelmatigheid op formeel vlak vastgesteld:

- De offerte (inschrijvingsblad) werd ingediend op naam van ‘Marleen Flemings’, terwijl alle andere documenten ingediend zijn voor de vennootschap ‘Horeservi Catering NV’. Conform bestek p. 14/18 – artikel 1.5.15 (‘Offertes waarbij het inschrijvingsformulier en/of het ingevulde inlichtingenblad ontbreekt/ontbreken en/of niet correct en/of origineel gehandtekend is/zijn, zullen door de aanbestedende overheid beschouwd worden als substantieel onregelmatig en derhalve nietig.’), wordt de offerte van deze inschrijver dan ook als substantieel onregelmatig op formeel vlak beschouwd en bijgevolg als nietig verworpen (artikel 95, § 2 en § 4 van het Koninklijk Besluit van 15 juli 2011 plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren).

Er werden voor de enige overgebleven inschrijver, zijnde inschrijver ‘Prorest Catering NV’, geen substantiële formele onregelmatigheden, noch niet-substantiële formele onregelmatigheden vastgesteld bij de ingediende offerte.

12.2. Onderzoek materiële regelmatigheid

De inhoudelijke conformiteit met de voorwaarden van de opdrachtdocumenten wordt onderzocht.

Voor de enige overgebleven inschrijver werden in deze fase van het onderzoek geen substantiële materiële onregelmatigheden in zijn ingediende offerte vastgesteld.

Wel werden in deze fase van het onderzoek volgende niet-substantiële materiële onregelmatigheden vastgesteld en rechtgezet door de aanbestedende overheid of beschouwd als niet essentieel:

- Akkoord voor het elektronisch inwinnen en bindend zijn van inlichtingen, alsook de te ondertekenen clausules werden niet ondertekend op het inlichtingenblad. Akkoord werd nadien opgevraagd door de aanbestedende overheid en correct/conform bezorgd door de inschrijver;

- Leemte op één plaats in de opmetingsstaat / inventaris: de aanbestedende overheid heeft deze leemte zelf aangevuld, aangezien deze prijs af te leden was als een opsomming van twee andere inventarisposten.

De offerte van deze inschrijver is dus materieel regelmatig en wordt verder onderzocht.

12.3. Algemeen besluit onderzoek onregelmatigheid

De ingediende offerte van inschrijver ‘Prorest Catering NV’ is formeel en materieel regelmatig en wordt verder onderzocht.

De offerte van inschrijver ‘Marleen Flemings’ wordt als substantieel onregelmatig op formeel vlak en, bijgevolg, nietig verworpen.”

Er wordt ook opgemerkt dat voor inschrijver “Marleen Flemings” de toestand inzake het toegangsrecht niet werd nagegaan, daar de offerte van deze inschrijver als substantieel onregelmatig op formeel vlak moet worden verworpen wegens het ontbreken van de vereiste documenten/attesten, alsook dat zij, onverminderd de substantiële onregelmatigheid op formeel vlak, niet voldoet aan de in het bestek gestelde vereisten inzake financiële en economische draagkracht respectievelijk technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid, minstens dat zij niet de stukken, documenten of attesten bij haar offerte heeft gevoegd waaruit blijkt dat aan deze kwalitatieve selectievoorwaarden is voldaan.

Enkel de offerte van de nv Prorest Catering wordt nader beoordeeld in het licht van de gunningcriteria. De nv Prorest Catering behaalt minstens de helft van de punten op elk van de zeven gunningscriteria en een eindscore van 97,95 op 100.

Er wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan deze inschrijver.

3.7. Op 16 november 2016 beslist de verwerende partij de opdracht te gunnen aan de nv Prorest Catering met als “Motivering: inschrijver Prorest Catering NV scoort met zijn ingediende offerte de hoogste score op 100 punten, rekening houdend met de in het bijzonder bestek gedefinieerde gunningscriteria,

‡CCMQNFHED-BCHIBJV‡

namelijk 97,95/100 punten. De gedetailleerde motivering is opgenomen in bijgevoegd gunningsverslag.”

Dit is de bestreden beslissing.

3.8. Met een e-mailbericht van 16 november 2016 wordt aan “Marleen Flemings” meegedeeld dat haar offerte niet werd gekozen. Bijgevoegd is de ook aangetekend verzonden brief gedateerd 17 november 2016 aan “Marleen Flemings” waarin wordt meegedeeld dat haar offerte wordt beschouwd als substantieel onregelmatig op formeel vlak en bijgevolg nietig, evenals een uittreksel uit het gunningsverslag. In deze brief wordt vermeld dat een wachttermijn van 15 dagen wordt nageleefd.

3.9. Met een e-mailbericht en aangetekende brief gedateerd 23 november 2016 aan de verwerende partij deelt de raadsman van de verzoekende partij mee dat doorheen geheel de offerte duidelijk blijkt dat werd ingeschreven door de nv Horeservi Catering en dat Marleen Flemings telkens ondertekend heeft in haar hoedanigheid van gedelegeerd bestuurder van deze vennootschap, en vraagt hij de bestreden beslissing in te trekken.

Op 24 november 2016 antwoorden de raadsleden van de verwerende partij dat op deze vraag niet wordt ingegaan, met vermelding van de redenen.

3.10. Op 1 december 2016 dient de verzoekende partij bij de Raad van State de voorliggende vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in van de tenuitvoerlegging van de voormelde gunningsbeslissing van 16 november 2016.

3.11. Op 2 december 2016 dagvaardt de verzoekende partij, “louter ter beveiliging van haar rechten en ondergeschikt”, de verwerende partij ook in kortgeding voor de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg Antwerpen,

afdeling Antwerpen, om, voor zover de Raad van State zich onbevoegd zou verklaren, de schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing te bevelen.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

4. De verwerende partij werpt op dat de vordering niet ontvankelijk is bij gebrek aan belang omdat de verzoekende partij, de nv Horeservi Catering, *prima facie* geen naar vorm en inhoud regelmatige offerte heeft ingediend.

De vraag of de offerte werd ingediend door “Marleen Flemings” als inschrijver zoals de verwerende partij meent in de bestreden beslissing en herhaalt in deze exceptie, dan wel door de nv Horeservi Catering, zoals de verzoekende partij meent, is het voorwerp van het enig middel.

Aldus valt het onderzoek van de exceptie samen met het onderzoek van het enig middel.

5.1. In een enig middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 81, 1°, en 95, § 2 en § 4, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna : koninklijk besluit Plaatsing) en van “de beginselen van behoorlijk bestuur, met name het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht”.

In een eerste onderdeel betoogt de verzoekende partij dat het uitgangspunt van de bestreden beslissing om tot de formele onregelmatigheid te besluiten, namelijk dat “de offerte (inschrijvingsblad) werd ingediend op naam van ‘Marleen Flemings’, terwijl alle andere documenten ingediend zijn voor de vennootschap ‘Horeservi Catering NV’” manifest in strijd is met gegevens zoals vermeld op de ingediende offerte en berust op een manifest onzorgvuldige lezing van de offerte. De verwerende partij diende de offerte in haar geheel te beschouwen en daaruit blijkt op het eerste gezicht reeds dat deze is ingediend door

de nv Horeservi Catering en niet door Marleen Flemings als natuurlijke persoon. Ter staving van haar betoog verwijst de verzoekende partij naar een aantal concrete elementen uit haar offerte en het gunningsverslag, en de bekendheid van de verwerende partij met de verzoekende partij aan wie zij in 2015 een eerdere opdracht gunde.

Door te besluiten dat Marleen Flemings als natuurlijke persoon heeft ingeschreven en geen rekening te houden met de inschrijvingsgegevens van de nv Horeservi Catering heeft de verwerende partij ook artikel 81, 1°, van het koninklijk besluit Plaatsing geschonden, aangezien de gegevens, zoals opgelegd door voormeld artikel, zijn opgegeven namens de verzoekende partij als rechtspersoon. Door de offerte op grond van het voormelde verkeerde uitgangspunt formeel substantieel onregelmatig te bevinden schendt de verwerende partij ook de artikelen 95, § 2 en § 4 van het koninklijk besluit Plaatsing en de materiële motiveringsplicht.

In een tweede onderdeel betoogt de verzoekende partij dat er geen sprake is van een formele substantiële onregelmatigheid en dat die ook niet naar behoren wordt gemotiveerd, alsook dat de sanctie van de nietigheid alleszins kennelijk onredelijk is in het licht van de ingediende offerte.

Artikel 1.5.15 van het bestek handelt uitsluitend over het ontbreken van het inschrijvingsformulier (en/of inlichtingenblad) en over vormfouten inzake de handtekening op het inschrijvingsformulier (en/of inlichtingenblad). De vormfout zit volgens de verwerende partij daarentegen in het feit dat de vermeldingen op het inschrijvingsformulier niet overeenstemmen met de andere documenten van de offerte. Hoogstens heeft de verzoekende partij haar gegevens op de verkeerde lijntjes ingevuld maar de ingevulde gegevens zijn correct zodat het doel, namelijk dat de aanbestedende overheid met zekerheid moet weten wie zich heeft ingeschreven, is bereikt. Bovendien wordt in artikel 1.5.15 van het bestek niet gesteld dat dergelijke vormfout zal worden beschouwd als een substantiële formele onregelmatigheid die tot de nietigheid leidt. Artikel 1.5.15 vormt dan ook geen correcte grondslag voor het ingeroepen motief en de

materiële motiveringsplicht is bijgevolg geschonden.

De verzoekende partij merkt voorts op dat de offerte louter op formeel vlak onregelmatig is verklaard en dat elke latere toevoeging van motieven, zoals het feit dat de offerte ook op materieel vlak onregelmatig zou zijn, zoals aangegeven in de brief van de raadslieden van de verwerende partij van 24 november 2016, moet worden verworpen. Nieuwe motieven kunnen niet voor het eerst in latere brieven of in de nota worden ontwikkeld.

5.2. De verwerende partij antwoordt dat het middel kennelijk feitelijke grondslag mist in de mate dat wordt uitgegaan van de aanname dat de verzoekende partij een offerte heeft ingediend, aangezien uit het inschrijvingsformulier blijkt dat de betrokken offerte is ingediend door mevrouw Marleen Flemings en de ondertekening door haar persoonlijk is verricht, zonder verwijzing naar een rechtspersoon en met vermelding van haar woonplaats. De gegevens vereist voor het indienen van een offerte als rechtspersoon met toepassing van voormeld artikel 81, 1°, van het koninklijk besluit Plaatsing, zijn niet ingevuld maar doorstreept als zijnde “niet van toepassing”.

Voorts werpt de verwerende partij op dat de verzoekende partij alleszins niet getuigt van het rechtens vereiste belang bij de door haar aangevoerde wettigheidskritiek, aangezien op het inschrijvingsformulier de tekst “verbindt of verbinden zich op zijn of op hun roerende en onroerende goederen tot de uitvoering, overeenkomstig de bepalingen en voorwaarden van voornoemd bestek, van de in dit bestek beschreven opdracht” door de inschrijver is doorstreept. Dit betekent dat op het inschrijvingsformulier de essentiële verbintenis die van een inschrijver wordt verwacht, door de inschrijver werd doorstreept. Naar analogie kan volgens de verwerende partij worden verwezen naar een overeenkomst die weliswaar wordt ondertekend, maar waarbij de artikelen of bepalingen zijn doorstreept. Het inschrijvingsformulier vormt dan ook geen verbindende offerte, minstens is er ernstige rechtsonzekerheid met betrekking tot de inhoud en, vooral,

de verbindende kracht van de offerte die door de betrokken inschrijver werd ingediend. Ook indien zou worden aanvaard dat de door Marleen Flemings ingediende offerte in rechte moet worden gekwalificeerd als een offerte die door de verzoekende partij is ingediend, is deze offerte, gegeven de schrapping van voormelde essentiële bepalingen op het inschrijvingsformulier, hoe dan ook substantieel onregelmatig en bijgevolg nietig op grond van artikel 95, §§ 2 en 4, van het koninklijk besluit Plaatsing. Bijgevolg mist de verzoekende partij het rechtens vereiste belang bij het door haar aangevoerde eerste en enig middel in zoverre zou worden aanvaard dat deze offerte in rechte door haar is ingediend.

Beoordeling

6.1. Los van de vraag of het inschrijvingsformulier werd ingediend door Marleen Flemings als natuurlijke persoon dan wel door de verzoekende partij, dient te worden vastgesteld dat op het inschrijvingsformulier ook de zin “verbindt of verbinden zich op zijn of op hun roerende en onroerende goederen tot de uitvoering, overeenkomstig de bepalingen en voorwaarden van voornoemd bestek, van de in dit bestek beschreven opdracht”, werd doorstreept.

6.2. Bij het ondertekenen van zijn offerte dient een inschrijver zich ondubbelzinnig te verbinden tot de uitvoering van de in het bestek beschreven opdracht. Deze verbintenis omvat te dezen, zoals blijkt uit het inschrijvingsformulier gevoegd als bijlage bij het bestek, onder meer dat de inschrijver “[zich] verbindt [...] op zijn roerende en onroerende goederen tot de uitvoering, overeenkomstig de bepalingen en voorwaarden van voornoemd bestek, van de in het bestek beschreven opdracht.”

Op het eerste gezicht blijkt dergelijke verbintenis in de door Marleen Flemings ingediende offerte te ontbreken, nu deze in het inschrijvingsformulier werd doorstreept, en uit geen enkele andere uitdrukkelijke vermelding in deze offerte een vorm van dergelijke verbintenis lijkt te kunnen worden afgeleid, hetgeen door de verzoekende partij overigens ook niet wordt beweerd.

Uit dit element dient op het eerste gezicht te worden afgeleid dat de offerte van de betrokken inschrijver lijkt te zijn behept met een substantiële onregelmatigheid en op het eerste gezicht dan ook moet worden geweerd.

De verwerende partij lijkt dan ook terecht in haar exceptie aan te voeren dat de verzoekende partij geen belang heeft bij het ernstig bevinden van het enig middel, nu de betrokken offerte in ieder geval als substantieel onregelmatig moet worden geweerd. Het zou enkel anders zijn indien uit de aangevoerde middelen blijkt dat aan niemand rechtsgeldig mocht worden gegund. Dit is echter niet de draagwijdte van het enig middel.

6.3. Het gegeven dat de aanbestedende overheid deze onregelmatigheid niet in de bestreden beslissing heeft vastgesteld, lijkt in het voorliggende geval aan deze conclusie niets af te doen. Het gaat te dezen immers om een onbetwiste substantiële onregelmatigheid.

6.4. De verzoekende partij doet bijgevolg niet blijken van het vereiste belang bij de gevraagde schorsing. De exceptie is gegrond.

V. Besluit

7. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid blijkt niet ontvankelijk en deze dient dan ook te worden verworpen.

VI. Kosten

8. De kosten van de vordering tot schorsing, met inbegrip van de door de verwerende partij gevraagde rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, moeten ten laste worden gelegd van de verzoekende partij.

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, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 22 december 2016, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Johan Bovin,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Johan Bovin