RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 237.647 van 14 maart 2017
in de zaak A. 221.524/XII-8316

In zake: IVU TRAFFIC TECHNOLOGIES AG, vennootschap naar Duits recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Virginie Dor en Youri Musschebroeck
kantoor houdend te 1170 Brussel
Terhulpsesteenweg 178
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de Minister van Veiligheid en Binnenlandse Zaken
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D'Hooghe, Leopold Schellekens en Alexandre Peytchev
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de NV CIVADIS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Kim Eric Möric
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 106
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 20 februari 2017, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "[d]e beslissing van [de Belgische Staat vertegenwoordigd door de Minister van Veiligheid en Binnenlandse Zaken] waarbij [h]ij in het kader van de opdracht voor

de ‘opname, verwerking en verspreiding van de verkiezingsgegevens en -uitslagen’ heeft besloten om de offerte van [IVU Traffic Technologies AG] te weren wegens substantiële onregelmatigheid”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 2 maart 2017 heeft de nv Civadis gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 10 maart 2017, om 14.30 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Virginie Dor en Youri Musschebroeck, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaat Leopold Schellekens, die *loco* advocaat David D’Hooghe verschijnt voor de verwerende partij, en advocaten Kim Eric Möric en Jorren Garrel, die verschijnen voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Ann Eylenbosch 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 FOD Binnenlandse Zaken en de FOD Buitenlandse Zaken, het Vlaamse Gewest, het Waalse Gewest, het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest en de Duitstalige Gemeenschap engageren zich in een samenwerkingsakkoord van 3 november 2015 om een gemeenschappelijke overheidsopdracht voor diensten te

organiseren “betreffende de ontwikkeling en het gebruik van een nieuwe informaticatoepassing voor de transmissie en het beheer van de verkiezingsgegevens”. Hierbij werd overeengekomen dat de Belgische Staat, de FOD Binnenlandse Zaken, zal optreden als aanbestedende overheid.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en het Publicatieblad van de Europese Unie.

3.3. Het bijzonder bestek met nr. IBZ-ADIB-IBZ-DGIP-ELECT-1/2015-F02_0 betreffende “de opname, verwerking en verspreiding van de verkiezingsgegevens en- uitslagen” is van toepassing op deze opdracht en omschrijft het voorwerp en de aard ervan als volgt:

> “A.1. Voorwerp en aard van de opdracht.
> De onderhavige opdracht betreft, tijdens de Europese verkiezingen, de federale wetgevende verkiezingen, de verkiezingen van de Gewest- en Gemeenschapsparlementen, de provincie- en gemeenteraadsverkiezingen:
> - Voorafgaand aan de verkiezingen: de opname, verwerking en verspreiding van de verkiezingsgegevens (kandidaatstellingen, gegevens van de kiesbureaus enz.);
> - Tijdens de verkiezingen: de opname, totalisering, verwerking en verspreiding van de verkiezingsuitslagen.
>
> Het gaat om een gezamenlijke, gemengde opdracht, die voornamelijk bestaat uit diensten maar eveneens leveringen omvat, georganiseerd voor rekening van de FOD Binnenlandse Zaken (AD Instellingen en Bevolking) en voor de FOD Buitenlandse Zaken en de Gewesten/Gemeenschappen die er deel aan wensen te nemen.
> Deze opdracht wordt dus beschouwd als een opdracht voor diensten.”

De opdracht wordt gegund met toepassing van de onderhandelingsprocedure met bekendmaking.

De opdracht omvat één enkel perceel dat onderverdeeld is in vier onderdelen: Deel 1: Ontwikkeling van een verkiezingstoepassing, Deel 2: Ontwikkeling van een federale publicatiewebsite voor de verkiezingsuitslag, Deel 3: Opdrachtencentrale betreffende de terbeschikkingstelling van technische ondersteuning en het evolutieve onderhoud en Deel 4: Opdrachtencentrale voor de

terbeschikkingstelling van de technische ondersteuning en het evolutieve onderhoud van de federale website met de verkiezingsuitslagen.

In het bestek wordt voorgeschreven dat de inschrijvers ertoe gehouden zijn om bepaalde documenten bij hun offerte te voegen:

"De inschrijvers voegen bij hun offerte:
- ⇨ alle documenten gevraagd in het raam van de gunningscriteria (zie rubriek B.5.4 hierna)
- ⇨ de statuten en alle andere nuttige documenten die de bevoegdheid van de ondergetekende(n) bewijzen
- ⇨ de ingevulde bijlagen A en C2."

In het bestek wordt voorts gesteld dat enkel regelmatige offertes en BAFO's zullen worden beoordeeld op grond van de gunningscriteria vermeld in punt B.5.4 van het bestek.

Er zijn telkens drie gunningscriteria per deel van de opdracht.

Voor de delen 1 en 2 zijn dit, naast de prijs – het tweede gunningscriterium – "de technische kwaliteit van de voorgestelde toepassing" – het eerste gunningscriterium – en "de kwaliteit van het plan voor kennisoverdracht" – het derde gunningscriterium. Het eerste gunningscriterium wordt voor beide delen onderverdeeld in vier subcriteria: 1) "Veiligheid van de voorgestelde toepassing – volgens vereisten kwaliteitsovereenkomst (zie bijlage C.1 + in te vullen document C.2)", 2) "Onderhoudbaarheid van de voorgestelde toepassing – volgens vereisten kwaliteitsovereenkomst (zie bijlage C.1 + in te vullen document C.2)", 3) "Gebruiksvriendelijkheid van de voorgestelde toepassing – volgens vereisten kwaliteitsovereenkomst (zie bijlage C.1 + in te vullen document C.2)" en 4) "Performantie van de voorgestelde toepassing – volgens vereisten kwaliteitsovereenkomst (zie bijlage C.1 + in te vullen document C.2)".

Voor de delen 3 en 4 zijn de gunningscriteria: 1) "De technische en functionele kwaliteit van de geleverde prestaties", 2) "de voorgestelde prijs voor elke prestatie" en 3) "de organisatorische garanties voor beheer en voor bijhouden van een planning voor zowel de vaststaande als de onvoorziene verkiezingen". Het

eerste en derde gunningscriterium worden tevens telkens onderverdeeld in meerdere subcriteria.

De bijlage C2 – of "document C.2 waarnaar hiervoor bij de gunningscriteria is verwezen – betreft een "gunningstabel" die een aantal – onder andere kwalitatieve en technische – vereisten opsomt die betrekking hebben op de gunningscriteria. De inschrijver dient in deze bijlage in de kolom "compliant? Ja/Nee" te vermelden of zijn offerte al dan niet voldoet aan de vooropgestelde vereisten. Indien de offerte voldoet aan een vereiste, dient de inschrijver de relevante verwijzingen naar diens offerte, waaruit dit blijkt, in de kolom "Indien Ja: referentie offerte (hoofdstuk + pagina's)" te vermelden. Indien de offerte niet voldoet aan een vereiste, dient de inschrijver in de kolom "Indien Nee: uitleg", dit uit te leggen.

3.4. Tien ondernemingen, waaronder de verzoekende partij en de nv Civadis, stellen zich kandidaat.

3.5. Op 24 december 2015 beslist de verwerende partij om de tien ondernemingen te selecteren voor de voorliggende opdracht en zij ontvangen het bestek.

3.6. Twee inschrijvers dienen een offerte in: de verzoekende partij en de nv Civadis.

3.7. Na onderzoek van de ingediende offertes, beslist de verwerende partij op 22 april 2016 om deze twee inschrijvers op de 'shortlist' te vermelden en met beide inschrijvers onderhandelingen aan te gaan.

3.8. Er vinden drie onderhandelingsrondes plaats met de verzoekende partij en de nv Civadis.

3.9. Per aangetekend schrijven van 29 juni 2016 worden zowel de verzoekende partij als de nv Civadis uitgenodigd om tegen uiterlijk 15 september 2016 zowel schriftelijk als elektronisch een BAFO in te dienen die rekening houdt met alle vragen en opmerkingen die werden geformuleerd tijdens de

onderhandelingen. Deze BAFO diende hetzij in het Nederlands hetzij in het Frans te zijn opgesteld. De inschrijvers werden daarnaast gevraagd om tevens een vertaling van hun initiële BAFO in de andere taal in te dienen en dit ten laatste zeven kalenderdagen na 15 september 2016.

3.10. Beide inschrijvers dienen zowel schriftelijk als per e-mail een BAFO in. De verzoekende partij heeft op 15 september 2016 een Nederlandstalige BAFO ingediend en op 22 september 2016 een Franstalige BAFO ingediend.

3.11. De opening van de BAFO's vindt plaats op 15 september 2016.

3.12. Op 16 september 2016 stelt de verwerende partij vast dat de verzoekende partij een onvolledig ingevulde bijlage C2 zowel bij haar papieren als bij haar elektronische BAFO heeft gevoegd. Het interne e-mailbericht waaruit dit blijkt, luidt:

> "In bijlage de gunningstabel van IVU.
> Ik vind echter alleen de gunningstabel van Deel 1 terug.
> Bij het bestek is er echter ook een gunningstabel voor Deel 2, 3 en 4. Ook in de papieren versie vind ik enkel de gunningstabel voor Deel 1 terug.
> In hun vorige offerte van 7 maart, hadden zij nochtans wel voor elk deel de gunningstabel ingevuld."

3.13. Per e-mailbericht van 20 september 2016 bevestigt de verzoekende partij aan de verwerende partij dat haar BAFO van 15 september 2016 een onvolledige bijlage C2 bevatte. Zij verzoekt de verwerende partij om de onvolledige tabel te vervangen door de volledige tabel die als bijlage wordt gevoegd. Dit e-mailbericht luidt:

> "Wij hebben bij onze laatste aanbieding van afgelopen woensdag de gunningstabel niet volledig afgedrukt, en tevens niet meegeleverd op de CD en ook niet meegezonden met de e-mail. Wij verontschuldigen ons voor deze fout en verzoeken u de ontvangen gunningstabel te vervangen met het bijgesloten bestand."

3.14. Op 3 februari 2017 beslist de verwerende partij dat de afwezigheid van een volledige bijlage C2 in de BAFO van 15 september 2016 leidt

tot de substantiële onregelmatigheid – en bijgevolg tot de wering – van de BAFO van de verzoekende partij. De motivering luidt:

> "Toepassing op het specifieke geval
>
> Het bijzonder bestek van de opdracht (nr. IBZ-ADIB-IBZ-DGIP-ELECT-1/2015-F02_0) onderwerpt de regelmatigheid van de BAFO aan strikte voorwaarden (B.5.3) en bepaalt dat de BAFO's getoetst zullen worden aan de gunningscriteria (B.5.4). Deze criteria bepalen dat bijlage 1 en document C2 ingevuld moeten worden (B.5.4.1). Ze gelden zowel voor de BAFO als voor de eerste offerte.
>
> Bovendien gaf de brief van 29 juni 2016 die de resterende inschrijvers verzoekt om hun BAFO in te dienen hiervoor een uiterste termijn 'donderdag 15 september 2016 (10u) ten laatste'; een vertaling van deze offerte in de andere landstaal moest ingediend worden binnen een termijn van 7 dagen.
>
> Om de al dan niet substantiële aard van het gebrek verweten aan IVU te beoordelen, zullen volgende elementen in overweging genomen worden.
>
> Het document C2 is een tabel die een zeker aantal (kwalitatieve, technische enz.) vereisten opsomt, in verband met de gunningscriteria, van welke vereisten gevraagd wordt aan de inschrijver om in een aangrenzende kolom aan te duiden of zijn offerte eraan conform is. De referenties naar de offerte moeten opgegeven worden in geval van een positief antwoord, en een uitleg moet gegeven worden in geval van een negatief antwoord.
>
> Het document C2 is door zijn aard een engagement van de inschrijver. Het dient echter vastgesteld te worden dat de engagementen die genomen werden in deze bijlage zich niet systematisch als dusdanig in de oorspronkelijk ingediende BAFO bevinden. Het document C2 is dus niet 'enkel' een verwijzingstabel.
>
> Als voorbeeld halen we volgende vereiste aan: 'De aanbieder heeft een informatiebeveiligingsverantwoordelijke die de compliance van het informatiebeveiligingsraamwerk en de beveiligingsaspecten van alle deliverables verzeker[t]' (deel 2, vereiste B05) die niet als dusdanig in de offerte voorkomt (zie de bijlage bij de gunningstabel, deel 2, B05). Anders gezegd vormt de precisering in het document C2, dat laattijdig werd ingediend, volgens dewelke de BAFO van IVU aan dit criterium voldoet, een nieuw element.
> Hetzelfde geldt voor de vereiste volgens dewelke 'Security logging minimaal [bepaalde] elementen omvat' (zie bijlage bij de gunningstabel, deel 2, vereiste B43).

Bovendien vragen de referenties naar de relevante passages in de offerte in het formulier C2 een echt werk van de inschrijver – werk dat de aanbestedende overheid niet in zijn plaats kan doen. Dat is in het bijzonder het geval indien meerdere relevante passages in de offerte aangehaald worden (zie bijvoorbeeld, voor deel 2, vereiste B37, waarvan het te laat ingediende document C2 verwijst naar de punten 3.5, 3.6, 3.6.3, en naar de bijlage bij de gunningstabel 36).

Daarbij komt nog het feit dat geen enkele onderhandeling plaatsvindt na de neerlegging van de BAFO. Daarom zijn onregelmatigheden die in dit stadium voorkomen minder aanvaardbaar dan als ze, in het kader van een onderhandelingsprocedure, in een vroeger stadium voorkomen (in die zin, N. Kiekens, 'Onderzoek en beoordeling van de offertes', in D. D'Hooghe et N. Kiekens (eds.), De gunning van overheidsopdrachten, Bruges, Die Keure, 2016, p. 727).

Hieruit blijkt dat de overschrijding van een termijn voor de indiening van een volledige offerte van die aard is om een discriminatie te veroorzaken tussen de inschrijver die zijn offerte ingediend zou hebben binnen de opgelegde termijn, en de inschrijver die over enkele bijkomende dagen zou beschikken om de zijne te perfectioneren.

Conclusie

Rekening houdend met voorgaande elementen, is de afwezigheid van bijlage C2 ten minste voor het deel 2 dus van aard om de nuttige vergelijking tussen de offertes van Civadis en IVU te verhinderen, met respect voor de gelijkwaardige behandeling van de inschrijvers. Hieruit volgt de verplichting voor de aanbestedende overheid om de BAFO die door IVU werd ingediend, als onregelmatig te beschouwen."

Dit is de bestreden beslissing.

Voorts beslist de verwerende partij dat de BAFO van de nv Civadis wel regelmatig is waarbij, na onderzoek van deze BAFO in het licht van de gunningscriteria, de opdracht aan haar wordt gegund.

Uit het evaluatieverslag van de BAFO's van 30 november 2016 blijkt dat de BAFO van de nv Civadis is beoordeeld in het licht van de bijlage C2, waarbij voor de vier delen van de opdracht per gunningscriterium, buiten dat van de prijs, per lijn uit de gunningstabel C2 een score wordt toegekend van 0, 1, 2 of 3.

De gehanteerde werkwijze om die score te bepalen zoals die blijkt uit het evaluatieverslag is telkens de volgende:

> "Per lijn uit de gunningstabel C2 wordt een score toegekend van 0, 1, 2 of 3. Deze score wordt gemotiveerd.
> - 3 punten, wanneer volledig voldaan is aan de vereisten van het bestek.
> - 2 punten, wanneer redelijk voldaan is aan de vereisten van het bestek.
> - 1 punt, wanneer er eerder zwak voldaan is aan de vereisten van het bestek.
> - 0 punten, wanneer niet toereikend beantwoord is aan de vereisten van het bestek of de beschrijving ontbreekt.
>
> Er wordt een punt van de quotering afgetrokken als de in bijlage C.2. vermelde referentie niet correct is ten opzichte van de inhoud van de BAFO.
>
> Nadien wordt elke score omgerekend naar de waarden bepaald in het bestek via de regel van drie. In deze stap wordt er afgerond tot 2 cijfers na de komma."

IV. Tussenkomst

4. De nv Civadis blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg wordt haar verzoek tot tussenkomst ingewilligd.

V. Schorsingsvoorwaarden

5.1. 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.

5.2. 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 kunnen verantwoorden.

VI. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

6. De verzoekende partij voert aan dat de bestreden beslissing berust op een "kennelijke beoordelingsfout". Zij acht "de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel, het proportionaliteitsbeginsel en het vertrouwensbeginsel" geschonden:

> "Doordat IBZ na het indienen van een BAFO door IVU besloten heeft om de offerte van verzoekende partij te weren wegens substantiële onregelmatigheid omdat bijlage C2 niet toegevoegd werd aan de Nederlandstalige offerte.
>
> Terwijl het niet overmaken van bijlage C2 een materiële vergissing was, die IVU nadat zij deze tekortkoming had vastgesteld onmiddellijk heeft gemeld aan IBZ, en tevens heeft rechtgezet door bijlage C2 per mail over te maken en bijlage C2 tevens heeft overgemaakt bij het neerleggen van haar Franstalige offerte heeft neergelegd.
>
> En terwijl IBZ IVU mondeling heeft verzekerd dat zij naar eigen zeggen nog niet begonnen was met de beoordeling van de offertes aangezien zij nog aan het wachten was op de Franstalige versie van de offertes.

> En terwijl IBZ bijlage C2 reeds in het kader van de eerste offerte van IVU had beoordeeld en op grond daarvan heeft geoordeeld dat de eerste offerte van IVU d.d. 8 maart 2016 regelmatig is.
>
> En terwijl de bijlage C2 zoals laattijdig overgemaakt in het kader van de BAFO niet verschilt met bijlage C2 zoals overgemaakt in het kader van de eerste offerte d.d. 8 maart 2016 en het ontbreken van bijlage C2 niet problematisch was aangezien alle engagementen ook letterlijk opgenomen waren in de offerte van IVU zelf.
>
> En terwijl IVU over een periode van bijna 1 jaar heeft gewerkt aan de voorbereiding van deze overheidsopdracht."

De verzoekende partij betwist niet dat de bijlage C2 niet volledig was toegevoegd aan haar Nederlandstalige BAFO. Zij betwist wel dat dit als een substantiële onregelmatigheid moet worden beschouwd.

In een eerste onderdeel voert de verzoekende partij aan dat het ontbreken van bijlage C2 niet als een onregelmatigheid moet worden beschouwd maar als een materiële fout die de Belgische Staat had moeten verbeteren. De verwerende partij zou krachtens artikel 96 van het koninklijk besluit 'plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren" van 15 juli 2011 (hierna het koninklijk besluit Plaatsing), dat per analogie tevens zou gelden in het kader van een onderhandelingsprocedure, alsmede op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel, ertoe gehouden zijn om deze te verbeteren of de verbetering ervan te aanvaarden. Zulks zou des te meer gelden in een onderhandelingsprocedure waarvan de dynamiek zou toelaten om in het kader van de onderhandelingen materiële fouten recht te zetten.

Zij wijst er ook op dat de verwerende partij op het ogenblik van de persoonlijke overhandiging van de Franstalige BAFO mondeling zou hebben bevestigd dat zij nog niet was overgegaan tot de beoordeling van de offertes. "Op die manier" zou zij de verzoekende partij hebben verzekerd dat de bijlage C2 alsnog in aanmerking zou worden genomen. De bestreden beslissing zou in dit licht het vertrouwensbeginsel miskennen.

Voorts benadrukt de verzoekende partij dat de verwerende partij de bijlage C2 reeds heeft geanalyseerd in het kader van de eerste offerte van de

verzoekende partij van 8 maart 2016 en aldus reeds beschikt over al haar antwoorden betreffende bijlage C2. Bovendien zouden alle engagementen uit deze bijlage zich in de andere delen van de BAFO bevinden. Door de bijlage C2 niet neer te leggen met de BAFO zou er dus inhoudelijk geen enkel element bij de offerte ontbreken. De bestreden beslissing zou in dit licht het redelijkheidsbeginsel miskennen.

Zij meent tevens dat de verwerende partij haar BAFO niet zorgvuldig heeft onderzocht. In tegenstelling tot wat uit de motivering van de bestreden beslissing blijkt, heeft zij zich, zelfs bij ontstentenis aan bijlage C2, wel degelijk geëngageerd om een informatiebeveiligingsverantwoordelijke ter beschikking te stellen. Zulks blijkt uit het document "Bijlage gunningstabel" dat wel nog figureerde in de BAFO. Dit zou des te meer gelden omdat de verzoekende partij de verwerende partij spontaan op de hoogte heeft gebracht van het ontbreken van de bijlage C2.

De sanctie van de wering is dan ook volgens de verzoekende partij disproportioneel met de begane tekortkoming of materiële vergissing. De verwerende partij zou geen afbreuk hebben gedaan aan de mededinging en het gelijkheidsbeginsel door bijlage C2 wel te aanvaarden. De bijlage C2 verschilt inhoudelijk immers niet van de versie zoals overgemaakt in het kader van de eerste offerte van 8 maart 2016 en is overigens slechts een 'inhoudstafel' van informatie die zich ook in andere delen van de offerte bevindt.

In een tweede onderdeel stelt de verzoekende partij in ondergeschikte orde dat het ontbreken van bijlage C2 geen onregelmatigheid is die moest leiden tot de wering van haar BAFO. De verwerende partij zou ter zake over een discretionaire bevoegdheid beschikken om al dan niet tot wering over te gaan en een dergelijke beslissing moet steeds binnen de grenzen van de redelijkheid blijven. De verzoekende partij herhaalt dat, gelet op de aard van de onderhandelingsprocedure, tekortkomingen zouden moeten kunnen worden rechtgezet. Het ontbreken van bijlage C2 heeft geen invloed gehad op de verbintenissen van de inschrijver of de objectieve vergelijkbaarheid van de offertes, aangezien "alle engagementen reeds voorzien waren in de BAFO en de

laattijdig door IVU ingediende bijlage C2 één op één overeenstemt met deze zoals overgemaakt in het kader van de eerste offerte van IVU d.d. 8 maart 2016".

Beoordeling

7. Het past de beide onderdelen samen te beoordelen.

8. De onderhandelingsprocedure wordt gekenmerkt door een zekere mate van flexibiliteit. Ze is evenwel niet onbeperkt en wordt in elk geval begrensd door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en door de regels die de aanbestedende overheid in haar bestek heeft bepaald. Het feit dat artikel 95 van het koninklijk besluit Plaatsing niet van toepassing is, betekent dus niet dat inschrijvers niet aan de verplichting zouden moeten voldoen om een offerte in te dienen overeenkomstig de bepalingen van het bestek.

Zo wordt in het bestek bepaald dat de inschrijvers ertoe gehouden zijn om een aantal documenten bij de offerte te voegen, waaronder "alle documenten gevraagd in het raam van de gunningscriteria" en "de ingevulde bijlagen A en C2". Op het einde van het offerteformulier wordt pro memorie vermeld: "Documenten die verplicht bij de offerte dienen te worden gevoegd": "alle documenten en inlichtingen gevraagd in het raam van de selectie- en gunningscriteria" en "alle andere stukken die de inschrijver bij zijn offerte moet voegen".

Wat de delen 1 en 2 van de opdracht betreft, is in het bestek uitdrukkelijk opgenomen dat telkens het eerste gunningscriterium "de technische kwaliteit van de voorgestelde toepassing" zal worden geëvalueerd op grond van het "in te vullen document C2".

Ook is in het bestek bepaald dat "(d)e BAFO's van de inschrijvers die bij de onderhandelingen werden betrokken zullen worden onderzocht op het vlak van hun regelmatigheid [,dat] onregelmatige BAFO's zullen worden geweerd [en dat] enkel regelmatige BAFO's [...] in aanmerking [...] om te worden getoetst aan de gunningscriteria".

9. De verzoekende partij betwist niet dat bij de opening van de BAFO's op 15 september 2016 een onvolledige bijlage C2 voorlag.

De verzoekende partij betwist wel dat zulks aanleiding mocht geven tot de wering van haar BAFO. Haar kritiek wordt om de volgende redenen niet bijgevallen.

10. Indien het bestek een onregelmatigheid niet zelf als substantieel aanmerkt, in het bijzonder in het kader van een onderhandelingsprocedure, is het aan de aanbestedende overheid om te oordelen, rekening houdend onder meer met het transparantiebeginsel en het gelijkheidsbeginsel, of de offerte, behept met een onregelmatigheid al dan niet wordt geweerd om die reden.

Een voorschrift waarvan de niet-naleving de verbreking van de gelijke behandeling tussen de inschrijvers meebrengt, lijkt in de regel een substantieel voorschrift uit te maken. Afwijkingen van substantiële besteksvoorschriften hebben in beginsel de substantiële onregelmatigheid van de betrokken offerte tot gevolg en perken de beoordelingsvrijheid van de aanbestedende overheid in.

Op het eerste gezicht lijkt een in het bestek opgenomen uiterste datum voor het indienen van de offertes met inbegrip van de vereiste bij te voegen bijlagen te beantwoorden aan deze omschrijving. Het betreft dus op het eerste gezicht een substantiële vereiste die de gelijkheid van de inschrijvers raakt, zodat een afwijking ervan in beginsel de onregelmatigheid van een te laat ingediende offerte tot gevolg lijkt te moeten hebben.

11. Uit de feitelijke omstandigheden van de zaak blijkt dat op de sluitingsdatum de verzoekende partij een onvolledige bijlage C2 had ingediend. De bijlage C2 betreft een tabel die een aantal kwalitatieve en technische vereisten opsomt die betrekking hebben op de gunningscriteria, waarbij de inschrijver dient aan te geven of zijn offerte al dan niet voldoet aan de vooropgestelde vereisten, met, indien wel, de relevante verwijzingen naar zijn offerte waaruit dit blijkt of met, indien niet, de opgave van een uitleg.

Bijgevolg lijkt, in tegenstelling tot wat de verzoekende partij betoogt, de bijlage C2 aldus meer dan een loutere inhoudstafel te behelzen. Het bestek bepaalt uitdrukkelijk dat, althans voor wat betreft de delen 1 en 2, het eerste gunningscriterium zal worden geëvalueerd op grond van de ingevulde tabel C2. Hoewel het bestek zulks niet uitdrukkelijk ook voor de overige gunningscriteria en delen van de opdracht bepaalt, toont het evaluatieverslag van de BAFO's van 30 november 2016 aan dat de verwerende partij zich bij de concrete beoordeling van en puntentoekenning aan de BAFO van de tussenkomende partij integraal, en dus niet alleen voor wat het eerste gunningscriterium van delen 1 en 2 betreft, heeft gesteund op hetgeen deze inschrijver per eis in de betrokken bijlage C2 had vermeld, zelfs in die mate dat ontoereikende referenties naar de BAFO zelf, werden gesanctioneerd.

Bijlage C2 verschijnt dan ook als een essentieel document voor de puntentoekenning en dus als wezenlijk voor de scorebepaling. Hierbij mag worden opgemerkt dat de verzoekende partij de gevolgde concrete werkwijze van puntentoekenning op grond van bijlage C2, zoals die blijkt uit het evaluatieverslag deels opgenomen in de nota van de verwerende partij, ook niet ter terechtzitting, betwist.

De hoofdrol die de aanbestedende overheid lijkt te hebben gegeven aan de bijlage C2, brengt mee dat de conclusie van de bestreden beslissing dat "de overschrijding van een termijn voor de indiening van een volledige offerte van die aard is om een discriminatie te veroorzaken tussen de inschrijver die zijn offerte ingediend zou hebben binnen de opgelegde termijn, en de inschrijver die over enkele bijkomende dagen zou beschikken om de zijne te perfectioneren", niet van redelijkheid is ontbloot.

Het is ook niet aan de aanbestedende overheid om zelf de "antwoorden betreffende bijlage C2" te gaan zoeken "in de andere delen van de BAFO". Dit geldt des te meer in het licht van wat de verwerende partij in haar nota met verwijzing naar voorbeelden betoogt, dat de verzoekende partij voor een groot aantal vereisten niet verwijst naar één enkele passage uit de BAFO doch naar meerdere en verschillende passages, al dan niet gecombineerd met verwijzingen naar de "Bijlage Gunningstabel".

12. De verzoekende partij maakt op het eerste gezicht ook geen uitzonderlijke omstandigheden aannemelijk die er zouden toe nopen anders te oordelen.

12.1. De beweerde mondelinge verzekering door de verwerende partij bij de persoonlijke overhandiging van de Franstalige BAFO dat zij nog niet tot de beoordeling zou zijn overgegaan, kan op het eerste gezicht geen afbreuk doen aan de vaststelling dat op datum van de opening van de BAFO's de verzoekende partij een onvolledig ingevulde bijlage C2 zowel bij haar papieren als bij haar elektronische BAFO had gevoegd.

12.2. Tevens lijkt de bewering van de verzoekende partij dat de informatie van de laattijdig ingediende bijlage C2 "één op één overeenstemt met deze zoals overgemaakt in het kader van de eerste offerte van IVU d.d. 8 maart 2016", feitelijke grondslag te missen. De concrete voorbeelden die de verwerende partij in haar nota geeft, ontleend aan een vergelijking tussen de laattijdig ingediende bijlage C2 en de bijlage C2 gevoegd bij de initiële offerte van 8 maart 2016, ontkrachten immers die stelling. De verwerende partij wijst er tevens op dat in de tussentijd onderhandelingen hebben plaatsgevonden die ook tot uiting dienden te komen in de definitieve BAFO op grond waarvan de uiteindelijke rangschikking zou gebeuren en dat zij in dat kader de verzoekende partij effectief heeft uitgenodigd om "meerdere foutieve verwijzingen" in haar initiële bijlage C2 te verhelpen.

12.3. De vaststelling dat de bijlage aan de gunningstabel wel tijdig in de BAFO van 15 september 2016 was gevoegd, remedieert op het eerste gezicht al evenmin aan de vastgestelde ontstentenis van de bijlage C2, om de eenvoudige reden dat eerstbedoelde bijlage niet een zelfde juridische functie met alle engagementen als bijlage C2 omvat.

12.4. De dynamiek van de onderhandelingsprocedure laat ten slotte niet toe om een wijziging van de limietdatum voor de indiening van de BAFO [na de onderhandelingen] ten voordele van de ene of andere inschrijver te plaatsen onder de noemer "onderhandelingsdaad".

13. Uit wat voorafgaat, lijkt te volgen dat de verzoekende partij niet met de vereiste *prima facie* ernst aannemelijk maakt dat de beslissing om haar BAFO substantieel onregelmatig te verklaren dispropertioneel of onzorgvuldig is, de perken van de redelijkheid te buiten gaat of zou strijden met het vertrouwensbeginsel.

14. In dezelfde lijn kan de verzoekende partij zich evenmin nuttig beroepen op de zogenaamde "materiële fout". Met het begrip "materiële fout" wordt een verschrijving of vergissing bedoeld, begaan bij de materiële verrichtingen die gepaard gaan met het opstellen van een offerte zoals het uitschrijven, invullen en overbrengen van cijfergegevens. Het gaat op het eerste gezicht om fouten waaromtrent nauwelijks discussie mogelijk is.

De nalatigheid waaraan de verzoekende partij zich hier heeft bezondigd, lijkt zich allerminst vanzelfsprekend in deze definitie te kunnen inpassen. Het aanvaarden van de te laat ingediende bijlage C2 lijkt niet te kunnen worden gelijkgesteld met een eenvoudige precisering of het rechtzetten van een louter materiële fout die geen invloed heeft op de verbintenissen van de inschrijver of de objectieve vergelijkbaarheid van de offertes.

15. Slotsom is dat geen van de beide onderdelen ernstig is, zodat het enig middel dient te worden verworpen.

Het verzoek tot belangenafweging van de tussenkomende partij is dan ook niet aan de orde.

VII. Besluit en kosten

16. Het enige middel is niet ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen. De kosten van de vordering met inbegrip van een niet betwiste rechtsplegingsvergoeding vallen ten laste van de verzoekende partij.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Civadis tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. 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.
De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op een rolrecht van 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 14 maart 2017, 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**