

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 238.385 van 1 juni 2017
in de zaak A. 222.125/XII-8371**

In zake: de NV PUMP SERVICE AUTOMATIC
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Dirk Geens
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Lange Lozanastraat 24
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de VLAAMSE VERVOERSMAATSCHAPPIJ DE LIJN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jens Debièvre en Yasmine D’hanis
kantoor houdend te 1000 Brussel
Tour & Taxis
Havenlaan 86c, 113b
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 4 mei 2017, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[d]e beslissing van de [Vlaamse Vervoersmaatschappij De Lijn] waarbij de offerte van [de nv Pump Service Automatic], ingediend n.a.v. de overheidsopdracht ‘onderhoudsdiensten en herstellingen aan de tankinstallaties en het tankregistratiesysteem’, onregelmatig werd bevonden, ter kennis gebracht aan [de nv Pump Service Automatic] per aangetekende brief gedateerd op 20 april 2017 en, zoals vermeld in de kennisgeving, bekrachtigd door de Raad van Bestuur van [de Vlaamse Vervoersmaatschappij De Lijn] op haar zitting van 19 april 2017.”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 23 mei 2017, om 10.30 uur.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Dirk Geens, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Jens Debièvre, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederic Eggermont 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. Door de Vlaamse Vervoersmaatschappij De Lijn, de verwerende partij, wordt een overheidsopdracht uitgeschreven met als voorwerp: “onderhoudsdiensten en herstellingen aan de tankinstallaties en het tankregistratiesysteem”.

De opdracht omvat alle diensten die nodig zijn om de tankinstallaties bij De Lijn te onderhouden en te herstellen. Daartoe wordt een raamovereenkomst gesloten met één deelnemer, met een looptijd van 2 jaar.

De opdracht betreft een onderhandelingsprocedure met bekendmaking.

3.2. Op 7 september 2016 wordt de opdracht bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen.

3.3. Op 25 oktober 2016 worden de kandidaatstellingen geopend op de Centrale Diensten van De Lijn te Mechelen.

Er worden twee kandidaatstellingen tijdig ingediend, namelijk door de nv Pump Service Automatic, de verzoekende partij, en de nv Hamer Technical Installations.

Door de aanbestedende overheid wordt vastgesteld dat de beide kandidaten voldoen aan de vereisten en dat zij een correcte kandidaatstelling hebben ingediend.

Op 24 januari 2017 wordt de kennisgeving van de selectiebeslissing gestuurd naar de kandidaten.

3.4. Op 28 februari 2017 worden de offertes geopend. Na te hebben vastgesteld dat de beide inschrijvers tijdig en correct een offerte hebben ingediend, gaat de aanbestedende overheid over tot de evaluatie van de offertes.

In tegenstelling tot de offerte van de nv Hamer Technical Installations, wordt de offerte van de nv Pump Service Automatic, de verzoekende partij, onregelmatig verklaard en niet in aanmerking genomen voor het verdere verloop van de procedure op grond van volgende motieven:

“De opdrachtdocumenten melden het volgende op blz. 8

1.03.2 Posten

De inschrijver is verplicht om in de inventaris prijs op te geven voor elk van deze posten.

De opdrachtdocumenten melden het volgende op blz 27:

Indien door technische evolutie de momenteel bij De Lijn in gebruik zijnde onderdelen (zowel hardware als software) niet meer leverbaar zouden worden, dan kan de inschrijver een gelijkwaardige en compatibele vervanger(s) voorstellen. In dat geval moet de inschrijver tijdig De Lijn schriftelijk op de hoogte stellen. De inschrijver wordt eveneens geacht tijdig de nodige documentatie van de vervanger(s) aan te leveren zodat De Lijn zich van de compatibiliteit kan vergewissen. Tevens kan De Lijn eisen dat de inschrijver door een compatibiliteitstest de geschiktheid van voorgestelde vervanger(s) aantoont.

De ingediende offerte van Pump Services bevat een aantal niet ingevulde posten in de inventaris met als reden ‘niet meer leverbaar’. Pump services

heeft echter nagelaten om De Lijn hiervan op de hoogte te brengen én om documentatie te bezorgen van mogelijke vervanger(s).
Bijgevolg is er sprake van een materiële onregelmatigheid en dient de offerte volgens artikel 94 van het KB van 16 juli 2012 niet te worden weerhouden doordat het om een onregelmatigheid gaat die leidt tot nietigheid van de offerte.”

3.5. Met een schrijven, gedagtekend op 20 april 2017, wordt de verzoekende partij ervan in kennis gesteld dat haar offerte onregelmatig is bevonden, en dat deze beslissing werd bekrachtigd door de raad van bestuur van De Lijn in haar zitting van 19 april 2017.

Dit schrijven bevat tevens een uittreksel uit het gunningsverslag waarin de motieven voor de onregelmatigverklaring van de offerte van de verzoekende partij zijn opgenomen.

Dit is de bestreden beslissing.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

4. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over de door de verwerende partij opgeworpen ontvankelijkheidsexceptie 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.

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.

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 beslissing kunnen verantwoorden.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6.1. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 94 van het koninklijk besluit van 16 juli 2012 ‘plaatsing overheidsopdrachten speciale sectoren’ (hierna: het koninklijk besluit Plaatsing speciale sectoren), van het beginsel ‘*patere legem quam ipse fecisti*’, van het gelijkheidsbeginsel, van de artikelen 1 tot en met 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ en van artikel 4 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’.

In een eerste onderdeel van het middel voert de verzoekende partij aan dat, wat het onderzoek van de regelmatigheid van de offertes op materieel vlak betreft, artikel 94 van het koninklijk besluit Plaatsing speciale sectoren een onderscheid maakt tussen een substantiële onregelmatigheid en een niet-substantiële onregelmatigheid, waarbij de aanbestedende overheid geen beoordelingsvrijheid heeft indien blijkt dat er sprake is van een substantieel onregelmatige offerte, terwijl de aanbestedende overheid, indien er sprake is van een niet-substantiële onregelmatigheid, de offerte kan nietig verklaren, en dus wel nog over een beoordelingsvrijheid beschikt. Aangezien op het vlak van de materiële onregelmatigheid niet in algemene en absolute zin kan worden gesteld welke bepalingen van de reglementering of de opdrachtdocumenten substantieel zijn, zal dit steeds *in concreto* moeten worden onderzocht. Dit is te dezen niet gebeurd. Na de vaststelling van “een” materiële onregelmatigheid, wordt onmiddellijk besloten tot de nietigheid van de offerte. De aanbestedende overheid heeft nagelaten om een nauwgezette analyse uit te voeren om na te gaan of de aangevoerde onregelmatigheid al dan niet een substantieel karakter heeft. Hierdoor schendt de bestreden beslissing artikel 94, §§ 1, 3 en 4 van het koninklijk besluit Plaatsing speciale sectoren, en het gelijkheidsbeginsel.

Ook de opdrachtdocumenten stellen dat enkel een afwijking van “de essentiële voorschriften” tot de nietigheid van de offerte kan aanleiding geven. Door de aanbestedende overheid werd evenmin vastgesteld of er een afwijking is van een “essentieel” voorschrift van de opdrachtdocumenten. Hierdoor schendt de aanbestedende overheid de opdrachtdocumenten, het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* en het gelijkheidsbeginsel.

In een tweede onderdeel van het middel voert de verzoekende partij aan dat minstens de formelemotiveringsverplichting is geschonden. Nergens wordt door de aanbestedende overheid gemotiveerd op welke wijze en op grond van welke motieven zij in voorkomend geval een analyse heeft uitgevoerd, en tot welk besluit zij is gekomen, zodat de verzoekende partij zich hiertegen niet in rechte kan verdedigen.

Beoordeling

Eerste onderdeel

6.2. Artikel 94 van het koninklijk besluit Plaatsing speciale sectoren, bepaalt:

“§ 1. De aanbestedende overheid gaat de regelmatigheid na van de offertes van de inschrijvers die aan de voorwaarden van het toegangsrecht en de kwalitatieve selectiecriteria voldoen. Ze onderzoekt de regelmatigheid, zowel op formeel als op materieel vlak.

§ 2. Op formeel vlak is een offerte substantieel onregelmatig als ze afwijkt van de vormvoorschriften van de artikelen 5, § 1, 56, § 2, 57, 59, § 2, 60, 79, 80, 81, 89 en 90 en van de opdrachtdocumenten, in de mate dat de vormvoorschriften van die artikelen of die documenten essentieel zijn.

Als een offerte daarentegen afwijkt van de overige vormvoorschriften van de in het eerste lid vermelde artikelen of van de opdrachtdocumenten, is ze aangetast door een niet-substantiële onregelmatigheid.

§ 3. Op materieel vlak is een offerte substantieel onregelmatig als ze afwijkt van de bepalingen van dit besluit of van de opdrachtdocumenten betreffende met name de prijzen, termijnen en technische specificaties, in de mate dat die bepalingen essentieel zijn, of in geval van een abnormale prijs als bedoeld in de artikelen 21 en 98.

Als een offerte daarentegen niet in overeenstemming is met de andere bepalingen van dit besluit, meer bepaald met hoofdstuk 1, afdelingen 7 tot 11, en met hoofdstuk 6, afdelingen 2 tot 4, of van de opdrachtdocumenten, of nog enig voorbehoud inhoudt of elementen bevat die niet met de werkelijkheid overeenstemmen, is ze aangetast door een niet-substantiële onregelmatigheid.

§ 4. Een substantieel onregelmatige offerte is nietig.

In geval van een niet-substantiële onregelmatigheid kan de aanbestedende overheid de offerte nietig verklaren. Als de aanbestedende overheid een offerte niet nietig verklaart, dan wordt deze offerte geacht regelmatig te zijn.”

6.3. Het bijzonder bestek bepaalt: “De inschrijver is verplicht om in de inventaris prijs op te geven voor elk van deze posten”.

6.4. Uit het gunningsverslag blijkt dat niet werd voldaan aan de verplichting zoals opgenomen in het bestek, om in de inventaris een prijs op te geven voor elk van de posten.

6.5. De prijs raakt in beginsel aan essentiële besteksvoorwaarden. Wegens het niet invullen van de posten 8, 26 en 42 van de inventaris werd de vergelijkbaarheid van de offertes, wat betreft de prijzen, aangetast. Een afwijking van het bestek, die de objectieve vergelijkbaarheid van de offertes in het gedrang brengt, leidt in principe tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte. Enige nadere “nauwgezette analyse” drong zich, in tegenstelling tot wat de verzoekende partij beweert, op het eerste gezicht dan ook niet op.

6.6. Het eerste middelonderdeel is niet ernstig.

Tweede onderdeel

6.7. In het gunningsverslag wordt uitdrukkelijk verwezen naar het besteksvereiste om in de inventaris een prijs op te geven voor elke post, waaraan de verzoekende partij niet heeft voldaan. Dat motief lijkt, zoals blijkt uit de beoordeling van het eerste middelonderdeel, te volstaan om te besluiten tot de onregelmatigheid van de offerte van de verzoekende partij. Daarenboven betwist de verzoekende partij in haar tweede middel inhoudelijk de motieven van de beslissing tot het onregelmatig bevinden van haar inschrijving.

Er kan op het eerste gezicht dan ook niet worden besloten dat de beslissing niet afdoende formeel gemotiveerd zou zijn.

6.8. Het middelonderdeel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

6.9. In een tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 94 van het koninklijk besluit Plaatsing speciale sectoren, van het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, en van het zorgvuldigheidsbeginsel, het

redelijkheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht.

De verzoekende partij heeft de inventaris ingevuld en bij de offerte gevoegd. Een aantal van de vermelde artikelen zijn echter niet meer verkrijgbaar en dus niet langer leverbaar. Het gaat daarbij om verouderde tankpistolen van het type “ZVA 19”, zijnde de posten 8, 26 en 42. De verzoekende partij noteerde daarom bij de eenheidsprijs: “niet meer leverbaar”.

De verzoekende partij stelt vast dat uit het gunningsverslag kan worden opgemaakt dat de aanbestedende overheid hieruit geen onregelmatigheid vaststelt. Wel kan uit dit verslag volgens haar worden opgemaakt dat de aanbestedende overheid besluit tot een onregelmatigheid omdat de verzoekende partij de aanbestedende overheid hiervan niet op de hoogte zou hebben gebracht en geen documentatie heeft bezorgd van een mogelijke vervanger.

In de eerste plaats merkt de verzoekende partij op dat een vervanger voorstellen volgens de opdrachtdocumenten (3.04.2) slechts facultatief is en niet verplicht. Ten tweede wordt in deze mogelijkheid slechts voorzien onder de hoofding “3.04 Uitvoering (...) 3.04.2 Leveren van onderdelen voor tankinstallatie en tankregistratiesysteem”, en betreft het aldus de uitvoering van de opdracht. Er wordt nergens gesteld dat in deze mogelijkheid is voorzien bij het invullen van de inventaris. Ten derde heeft de verzoekende partij de aanbestedende overheid ervan op de hoogte gebracht dat de betrokken artikelen niet meer leverbaar zijn, door dit te noteren in de inventaris. In een (compatibele) vervanger is reeds voorzien in de inventaris zelf (zie post 12, 30 en 46), waarvoor de verzoekende partij de prijs heeft genoteerd in zijn offerte. Ten vierde is het belang van de verouderde artikelen in de totaliteit van de inventaris erg gering: voor elk artikel is slechts voorgeschreven dat de hoeveelheid “1” stuk bedraagt, waarvoor ook de prijs, gelet op het totaal, erg beperkt is. Ten slotte heeft de verzoekende partij nog steeds de mogelijkheid om, bij de uitvoering van de opdracht, aan de aanbestedende overheid een gelijkwaardige en compatibele vervanger voor te stellen, zoals bepaald in de opdrachtdocumenten.

Beoordeling

6.10. De omstandigheid dat in het gunningsverslag wordt overwogen dat de verzoekende partij de verwerende partij niet op de hoogte heeft gebracht van het niet langer verkrijgbaar zijn van het tankpistool “ZVA 19” en heeft nagelaten om documentatie voor te leggen inzake vervangpistolen, lijkt geen afbreuk te doen aan de tevens door de verwerende partij gemaakte vaststelling dat de verzoekende partij drie posten van de inventaris niet heeft ingevuld, wat, zoals overwogen in het eerste onderdeel van het eerste middel, de vergelijkbaarheid van de offertes in het gedrang brengt en om deze reden alleen al leidt tot de onregelmatigheid van de offerte van de verzoekende partij. Indien een offerte substantieel onregelmatig is, omdat ze een afwijking bevat van een essentiële bepaling, moet de aanbestedende overheid die offerte buiten beschouwing laten. Ter zake beschikt zij niet over een discretionaire bevoegdheid. De grieven die zijn geënt op het uitgangspunt dat enkel tot onregelmatigheid werd besloten omdat de verzoekende partij heeft nagelaten om de verwerende partij op de hoogte te brengen van het feit dat het tankpistool “ZVA 19” niet langer leverbaar is en documentatie te bezorgen over mogelijke vervangpistolen, lijken dus tot geen andere conclusie te kunnen leiden, wat volstaat om die grieven te verwerpen.

6.11. Bijkomend kan nog worden opgemerkt dat in het bestek is opgenomen dat door het indienen van een offerte, de inschrijver “bevestigt dat het bestek geen enkele onduidelijkheid, onjuistheid, fouten en/of leemten bevat. Indien een inschrijver in dat verband een bezwaar heeft, dient hij dat schriftelijk en per aangetekend schrijven binnen 7 kalenderdagen na ontvangst van het bestek, bekend te maken aan de aanbestedende overheid met omschrijving van de redenen”.

Het pas opmerken van fouten in de inventaris bij het indienen van de offerte is laattijdig.

6.12. Het middel is niet ernstig.

VII. Besluit

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

7.2. De kosten van de vordering tot schorsing, met inbegrip van de door de verwerende partij gevraagde rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, komen ten laste van de verzoekende partij.

BESLISSING

1. De Raad van State verworpt 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 1 juni 2017, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Johan Bovin,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Johan Bovin