

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

**nr. 238.959 van 21 augustus 2017
in de zaak A. 222.767/XII-8.412.**

In zake: de NV RAF DE VRIESE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Luk De Schrijver
kantoor houdend te 9090 Melle
Brusselsesteenweg 326
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD TORHOUT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Sven Boullart en Pieter Delmoitie
kantoor houdend te 9000 Gent
Voskenslaan 419
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 28 juli 2017, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing genomen door de Verwerende Partij op 13 juli 2017 houdende de gunning na openbare aanbesteding van de opdracht met als voorwerp ‘Structureel onderhoud van wegen 2017’ volgens bestek nr. 2017/Infr/020 aan MAES Adiel NV, Brugsebaan 2 te 8810 Lichtervelde, voor het nagerekend verbeterd bedrag van 245.321,33 EUR (incl. 21% BTW) en tevens de niet-gunning van deze opdracht aan Verzoekende Partij wiens offerte als materieel niet regelmatig werd beoordeeld”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 17 augustus 2017, om 11 uur.

Kamervoorzitter Eric Brewaeys heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Donatienne Ryckbost, die loco advocaat Luk De Schrijver verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Pieter Delmoitie, die tevens loco advocaat Sven Boullart verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos 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 overheidsopdracht voor de aanneming van werken uit voor “structureel onderhoud van wegen 2017”.

De opdracht wordt geraamd op 199.897,00 euro (btw niet inbegrepen) en gegund bij wege van een open aanbesteding.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 30 mei 2017.

3.3. Het bijzonder bestek met nr. 2017/Infr/020, dat te dezen van toepassing is, bevat volgende bepaling:

“I.6 Vorm en inhoud van de offerte

De inschrijver maakt zijn offerte op in het Nederlands en vult de samenvattende opmeting in op het eventueel bij het bestek behorende formulier. Indien hij deze op andere documenten maakt dan op het voorziene formulier, dan draagt hij de volle verantwoordelijkheid voor de volledige overeenstemming van de door hem aangewende documenten met het formulier”.

Bij het bestek wordt als bijlage A een offerteformulier gevoegd en als bijlage B een samenvattende meetstaat.

Tevens bepaalt het bestek inzake “I.13 Keuze van offerte” onder meer dat voor zover tijdens het onderzoek van de offerte door de aanbestedende overheid wordt vastgesteld dat er door de inschrijver voorwaarden zijn gevoegd waardoor het onduidelijk is of de inschrijver zonder voorbehoud akkoord gaat met de voorwaarden van het bestek, de aanbestedende overheid zich het recht voorbehoudt om de offerte als substantieel onregelmatig af te wijzen.

3.4. Zes inschrijvers, waaronder de verzoekende partij, dienen een offerte in.

3.5. In het verslag van nazicht wordt aangaande het regelmatigheidsonderzoek van de offerte van de verzoekende partij het volgende opgemerkt:

“Het ontvangen ingevulde offerteformulier komt niet overeen met de opdrachtdocumenten van het bijzonder bestek.

Het offerteformulier is van de gemeente Kortemark en betreft de werken ‘Herstel wegen, gelijkgrondse bermen en voetpaden 2017’ voor het gemeentebestuur Kortemark.

Bijgevolg is niet voldaan aan artikel 80 van de wet van 15 juli 2011”.

Besloten wordt dat de offerte van de verzoekende partij aldus onregelmatig is omdat “het ingediende offerteformulier [...] niet in overeenstemming [is] met de opdrachtdocumenten. (15/07/2011 - art. 80)”.

Voorgesteld wordt om de opdracht te gunnen aan de NV Adiel Maes als inschrijver die de laagste regelmatige offerte heeft ingediend.

3.6. Op 13 juli 2017 beslist het college van burgemeester en schepenen van de stad Torhout om de opdracht overeenkomstig het verslag van nazicht te gunnen aan de NV Adiel Maes.

3.7. Met een schrijven van 14 juli 2017 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat haar offerte onregelmatig was om de hiervoor vermelde reden en dat de opdracht aan een andere inschrijver werd gegund.

IV. Verzoek tot vertrouwelijke behandeling van bepaalde stukken

4. Beide partijen vragen een aantal stukken als vertrouwelijk te behandelen.

Deze stukken zijn afzonderlijk neergelegd, de vertrouwelijkheid ervan is uitdrukkelijk aangegeven en vermeld in de inventaris en de motieven voor die vraag worden weergegeven in het verzoekschrift en de nota. Er belet dus alvast op formeel vlak de Raad van State niets om in de huidige stand van de procedure in te gaan op de gevraagde vertrouwelijke behandeling.

V. Schorsingsvoorwaarden

5. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, gelezen in samenhang met de artikelen 15 en 31 van de wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en

concessies, moet enkel worden onderzocht of in de voorliggende vordering tot schorsing die is ingesteld volgens de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid wordt aangevoerd.

VI. Onderzoek van de middelen

Uiteenzetting van het eerste en enige middel

6. Het middel is genomen uit de schending van artikel 24 van de wet van 15 juni 2006 overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten, van de artikelen 58, § 1, 80, 81, 83, § 1, en 95, § 1, § 2 en § 4, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren (hierna: KB Plaatsing), het beginsel van de gelijke behandeling der inschrijvers zoals afgeleid uit de artikelen 10 en 11 van de gecoördineerde Grondwet, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, het beginsel “patere legem quam ipse fecisti”, de materiële motiveringsplicht, het zorgvuldigheids-, proportionaliteits-, transparantie- en redelijkheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur, en machtsoverschrijding.

Het middel wordt door de verzoekende partij zelf als volgt samengevat:

“Doordat

De bestreden beslissing zoals ter kennis gebracht aan Verzoekende Partij in de brief van Verwerende Partij gedateerd 14 juli 2017 vermeldt als motivering van deze beslissing dat de offerte van Verzoekende Partij ‘niet regelmatig’ was om volgende reden:

‘Het ontvangen ingevulde offerteformulier komt niet overeen met de opdrachtdocumenten van het bijzonder bestek.

Het offerteformulier is van de gemeente Kortemark en betreft de werken ‘Herstel wegen, gelijkgrondse bermen en voetpaden 2017’ voor het gemeentebestuur Kortemark.

Bijgevolg is niet voldaan aan artikel 80 van de wet van 15 juli 2011’.
zonder daarbij aan te geven

- of het offerteformulier gevoegd bij de opdrachtdocumenten als essentieel wordt aanzien en om welke reden,
- waarom volgens Verwerende Partij de Verzoekende Partij niet de verantwoordelijkheid zou hebben genomen voor de volledige overeenstemming van het gebruikte formulier met het formulier gevoegd bij de inschrijving, nu het gebruikte inschrijvingsformulier kennelijk slechts een materiële vergissing bevatte,
- of de offerte van Verzoekende nietig wordt verklaard;
- of het niet voldoen aan artikel 80 KB Plaatsing als een substantiële onregelmatigheid wordt gekwalificeerd met automatische nietigheid tot gevolg en voor welke reden, dan wel als een niet-substantiële onregelmatigheid en zonder bij niet-substantiële onregelmatigheid te motiveren waarom de offerte van Verzoekende Partij als nietig wordt aanzien;

Terwijl

Verzoekende partij haar offerte op 6 juli 2017 op regelmatige wijze heeft ingediend overeenkomstig art. 90 § 1 KB Plaatsing in een definitief gesloten omslag

- waarop de datum van de openingszitting, de Stad Torhout als bestemming en het juiste opdrachtsvoorwerp uitdrukkelijk handgeschreven zijn vermeld en die door het stadsbestuur van Verwerende Partij voor 'ontvangen' is getekend
- waarin de offerte van Verzoekende Partij was ingesloten bestaande uit een titelblad dat overeenstemt met het titelblad van het bestek 2017/Infr/020 en uit een inschrijvingsformulier dat, alhoewel het bij vergissing de gemeente Kortemark vermeldt en een door deze uitgeschreven aanbestedingsopdracht, inhoudelijk alle essentiële bepalingen weergeeft die door het inschrijvingsformulier gevoegd bij het bestek 2017/Infr/020 van Verwerende Partij vermeld zijn en die voorgeschreven zijn door art. 81 KB Plaatsing, en waarbij alle door Verwerende Partij gevraagde bijlagen bijgevoegd waren en dat bovendien verwijst naar de aangehechte samenvattende opmetingsstaat van Verwerende Partij die straat per straat en post per post werd ingevuld met de gevraagde eenheidsprijzen zodat daarbij voldaan werd aan art. 83 § 1 KB Plaatsing en die nogmaals uitdrukkelijk geadresseerd is aan de Verwerende Partij met ook uitdrukkelijke vermelding van de opdracht en het besteknummer,

Zodat

Verzoekende Partij weldegelijk, zonder verplicht te zijn een door het bestek als essentieel voorgeschreven inschrijvingsformulier te gebruiken, de volledige verantwoordelijkheid heeft genomen voor het indienen van een offerte bij Verwerende Partij met gebruikmaking van een formulier waarvan de inhoud en bijlagen volledig beantwoordt aan de gevraagde inschrijving en Verwerende Partij kennelijk ten onrechte en zonder voldoende objectieve motivering dat en waarom de offerte als nietig moet worden aanzien, heeft beslist dat de inschrijving van Verzoekende Partij als onregelmatig moet worden aanzien en geweerd moet worden voor de rangschikking van de regelmatige inschrijvers volgens de prijs, alhoewel Verzoekende Partij de laagste offerte heeft ingediend

en de opdracht haar had dienen gegund te worden, en de bestreden beslissing derhalve nietig is”.

Beoordeling

7. Het middel lijkt op het eerste gezicht niet ontvankelijk in zoverre de verzoekende partij de schending inroept van artikel 58, § 1, van het KB Plaatsing en van wat zij “machtsoverschrijding” noemt. Zij laat immers na om in het verzoekschrift te verduidelijken hoe de bestreden beslissing deze rechtsnormen zou miskennen.

8. Krachtens artikel 24 van voormelde wet van 15 juni 2006 dient bij een aanbesteding de opdracht te worden gegund aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte heeft ingediend.

Overeenkomstig artikel 80 van het KB Plaatsing dient de inschrijver, als bij de opdrachtdocumenten een formulier is gevoegd voor het opmaken van de offerte en het invullen van de samenvattende opmeting of de inventaris, daarvan gebruik te maken. Doet hij dit niet, dan draagt hij de volle verantwoordelijkheid voor de volledige overeenstemming van de door hem aangewende documenten met het formulier.

Artikel 81 van het KB Plaatsing, waarvan eveneens de schending wordt opgeworpen, somt de verplichte vermeldingen op die de offerte dient te bevatten.

Artikel 83, § 1, van hetzelfde besluit bepaalt dat indien bij de opdrachtdocumenten van een opdracht voor werken een samenvattende opmeting is gevoegd, de inschrijver haar invult en de nodige berekeningen maakt.

Artikel 95, § 1, van het KB Plaatsing verplicht de aanbestedende overheid om de regelmatigheid na te gaan 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.

Overeenkomstig artikel 95, § 2, van hetzelfde besluit is een offerte op formeel vlak substantieel onregelmatig als ze afwijkt van de vormvoorschriften van de artikelen 6, § 1, 51, § 2, 52, 54, § 2, 55, 80, 81, 82, 90 en 91 en van de opdrachtdocumenten, in de mate dat de vormvoorschriften van die artikelen of die documenten essentieel zijn.

Artikel 95, § 4, eerste lid, van het KB Plaatsing bepaalt dat een substantieel onregelmatige offerte nietig is.

9. De onregelmatigverklaring lijkt niet gesteund te zijn op het niet hanteren van het bij het bestek gevoegde offerteformulier, zoals de verzoekende partij in haar verzoekschrift laat uitschijnen, doch wel op het feit dat het ontvangen ingevulde offerteformulier niet overeenkomt met de opdrachtdocumenten van het bijzonder bestek, meer bepaald wat het voorwerp van de opdracht en de aanbestedende overheid betreft.

Aldus blijkt prima facie dat de verwerende partij de offerte om die reden als substantieel onregelmatig heeft geweerd.

Aangezien niet blijkt dat de verwerende partij de offerte van de verzoekende partij onregelmatig heeft verklaard onder verwijzing naar de artikelen 81 en 83, § 1, van voormeld KB Plaatsing, valt op het eerste gezicht niet in te zien hoe deze bepalingen zouden kunnen zijn geschonden.

10. De regelmatigheid van de offertes dient in geval van een open aanbesteding te worden beoordeeld op grond van de offertes zelf en niet in het licht van aanvullende verklaringen die een wijziging van de offerte inhouden, en dit op straffe van een schending van de gelijke behandeling van de inschrijvers.

De onduidelijkheid van de inschrijving lijkt te dezen in de eerste plaats het gevolg van een tekortschieten van de verzoekende partij in haar zorgvuldigheidsplicht bij het opstellen ervan, waaraan zij net zoals andere gegadigden is onderworpen.

De verwerende partij werd te dezen geconfronteerd met een offerteformulier, gericht aan een andere aanbestedende overheid, dat betrekking heeft op een andere opdracht en waarvan ook overige clausules lijken af te wijken van de opdrachtdocumenten en het bijgevoegde offerteformulier, waardoor vanwege de verzoekende partij voor de litigieuze opdracht ook geen rechtsgeldige verbintenis lijkt voor te liggen. Zij mocht dit als een dermate fundamentele en dus essentiële onregelmatigheid beschouwen dat deze offerte diende te worden geweerd, ook wanneer het bestek niet uitdrukkelijk de sanctie van nietigheid voorschrijft.

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 [...] tot uitvoering van de aanneming overeenkomstig de bepalingen en voorwaarden van het bestek voor bovengenoemde overheidsopdracht”. Op het eerste gezicht blijkt dergelijke verbintenis in de door de verzoekende partij ingediende offerte te ontbreken, nu er slechts een verbintenis lijkt voor te liggen met betrekking tot een andere opdracht en ten aanzien van een andere aanbestedende overheid. Ook uit geen enkele andere uitdrukkelijke vermelding in deze offerte lijkt een vorm van dergelijke verbintenis te kunnen worden afgeleid.

Ook het feit dat de omslag de stad Torhout als bestemming vermeldt, evenals het juiste voorwerp van de opdracht, dat een titelblad aan de offerte werd toegevoegd en dat een correcte meetstaat werd toegevoegd en ondertekend, laat op het eerste gezicht niet toe dergelijke verbintenis te

veronderstellen ten aanzien van de verwerende partij vanwege de verzoekende partij inzake de litigieuze opdracht.

Door niet het bij het bestek gevoegde inschrijvingsformulier te gebruiken en te ondertekenen, lijkt de verzoekende partij zelf ook dit risico te hebben genomen.

Het offerteformulier dat door de verzoekende partij werd ingediend verwijst niet alleen naar een andere opdracht, doch ook naar een andere aanbestedende overheid. De offerte blijkt dus niet te zijn gericht aan de juiste rechtspersoon. De situatie verschilt dus van deze van het arrest van het Hof van Cassatie van 24 september 2009, waarnaar de verzoekende partij verwijst. Ook de overige bepalingen van het offerteformulier lijken niet geheel overeen te stemmen met de bepalingen in het offerteformulier zoals gevoegd bij het bestek.

11. Bij het indienen van een offerte dient een inschrijver zich ondubbelzinnig te verbinden. Het moet vaststaan dat hij akkoord gaat met de besteksvoorwaarden, wat zijn inhoudelijk aanbod is en voor welke prijs hij zijn offerte wil uitvoeren. Bij gebrek hieraan is de offerte substantieel onregelmatig.

Te dezen kon de aanbestedende overheid dan ook oordelen dat de offerte van de verzoekende partij met een substantiële onregelmatigheid was behept, om welke reden zij nietig is en diende te worden geweerd.

Gelet op deze vaststelling is ook de door de verzoekende partij in haar verzoekschrift aangehaalde rechtspraak en rechtsleer aangaande de inachtneming van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in geval van het weren van een offerte die door een niet-substantiële onregelmatigheid is aangetast, niet dienstig.

12. Op het eerste gezicht wordt dus niet aangetoond dat de beslissing om de offerte van de verzoekende partij te weren niet steunt op een voldoende

draagkrachtig motief en strijdig is met de in het middel aangehaalde bepalingen en beginselen.

13. Het enige middel is niet ernstig gebleken. Dit volstaat om de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid te verwerpen zonder dat het in het kader van dit kort geding nodig is de opgeworpen ontvankelijkheidsexcepties te onderzoeken.

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 eenentwintig augustus tweeduizend zeventien, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Eric Brewaeys,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Elisabeth Impens,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Elisabeth Impens

Eric Brewaeys