

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 239.157 van 19 september 2017

in de zaak A. 223.001/XII-8428

In zake:

1. de NV STADSBADER
2. de NV ASFALT-,WEGENIS-, EN BOUWWERKEN,
afgekort Aswebo
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bettina Poelemans
kantoor houdend te 9051 Sint-Denijs-Westrem
Kortrijksesteenweg 1144 G
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMS GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Kris Wauters en Sophie Bleux
kantoor houdend te 1170 Brussel
Terhulpsesteenweg 187
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 31 augustus 2017, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van het Vlaams Gewest, Agentschap Wegen en Verkeer, Afdeling Wegen en Verkeer Oost-Vlaanderen, d.d. 10 augustus maart 2017, waarbij in het kader van de plaatsing van de overheidsopdracht voor aanneming van werken ‘N49/E34 te Maldegem: structureel onderhoud van kmpt. 61,1 tot 65,2’ (Bestek 1M3D8H/16/22) wordt beslist om de offertes van respectievelijk de NV Aswebo als de THV Stadsbader NV - Aswebo NV wegens een schending van artikel 54 §2 KB Plaatsing als substantieel onregelmatig te beschouwen en uit de verder[e] gunningsprocedure te weren en deze opdracht te gunnen aan de

NV Wegebo als laagste regelmatige inschrijver voor een bedrag van € 7 047 683,04 (BTW excl.) of voor een bedrag van € 8 527 817,48 (BTW incl.)”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 12 september 2017, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Bettina Poelemans, die verschijnt voor de verzoekende partijen, en advocaten Kris Wauters en Sophie Bleux, die verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Thomas Maes 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 – het Agentschap Wegen en Verkeer, Afdeling Oost-Vlaanderen – schrijft een overheidsopdracht voor werken uit met als voorwerp “N49/E34 te Maldegem: structureel onderhoud van knpt 61,1 ttp 65,2”.

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

Er worden verscheidene rectificerende berichten bekendgemaakt waarbij onder meer in terechtwijzend bericht 3 de posten 94 tot en met 96 van de meetstaat worden gewijzigd.

De gunningswijze is de open aanbesteding.

3.2. Het bijzonder bestek nr. 1M3D8H/16/22A is van toepassing.

Onder “Art. 90. §1 Indiening offertes” is bepaald:

“Voor het indienen van offertes wordt het gebruik van elektronische middelen opgelegd.”

3.3. De offertes worden geopend op 24 oktober 2016 en volgens het proces-verbaal van opening werd een “offerte/aanvraag tot deelneming” ingediend door de nv Aswebo, door de nv Wegebo, door de THV nv Stadsbader - nv Aswebo en door de THV Norré-Behaegel - RST Infra.

In het proces-verbaal van opening wordt bij de nv Aswebo vermeld dat 14 documenten werden opgeladen op 13, 14 en 17 oktober 2016 – die dag de “offerte” en “meetstaat” – doch dat “Geen getekende indieningsrapporten [werden] teruggevonden”.

3.4. In het gunningsverslag van 30 januari 2017 wordt vermeld dat de volgende vier offertes werden ingediend:

NAAM	INSCHRIJVINGSBEDRAG	OPMERKINGEN
NV ASWEBO	7.877.534,39 euro	Digitale offerte
NV WEGEBO	8.527. 817,48 euro	Digitale offerte
THV NV Stadsbader-Aswebo NV	8.379.951,26 euro	Digitale offerte
TV Norré-Behaegel-RTS Infra	8.169.517,07 euro	Digitale offerte

Onder rubriek “3 Onderzoek toegangsrecht” worden onder “3.1 Uitsluitingsgronden (art. 61-66)” in het “Besluit over uitsluiting” de offertes van

de TV Norré-Behaegel, van de nv Aswebo en van de THV nv Stadsbader – nv Aswebo “uitgesloten”, de laatste twee “door indiening dubbele offerte”.

Dit laatste wordt als volgt gemotiveerd:

“Nazicht artikel 54 §1:

Er werd een offerte ingediend door Aswebo nv en door THV Stadsbader nv-Aswebo nv. Een kandidaat mag zich maar één keer kandidaatstellen per opdracht volgens artikel 54 § 1 van het KB plaatsing. Hij kan niet zelf een offerte indienen en een offerte indienen als lid van een THV. Volgens artikel 54 §2 mag een inschrijver slechts één offerte indienen per opdracht. Hoewel de offerte van Aswebo NV formeel onregelmatig is, omdat deze niet getekend werd, dienen de offertes van beide inschrijvers geweerd te worden.”

Dit leidt tot het volgende “Algemeen besluit over toegangsrecht”:

“Werden uitgesloten: TV Norré-Behaegel - RTS; Aswebo nv; THV Stadsbader - Aswebo nv.
Werden niet geselecteerd: niemand.”

Vervolgens wordt de offerte van de nv Wegebo regelmatig bevonden en gerangschikt. Dit alles leidt tot het volgende besluit en voorstel de opdracht te gunnen aan de nv Wegebo :

“Er werden 4 offertes ingediend.

Alle inschrijvers voldoen aan het toegangsrecht en de kwalitatieve selectiecriteria (erkenning, RSZ-bijdragen, BTW, niet-faillissement, technische bekwaamheid), met uitzondering van TV Norré-Behaegel -RTS, Aswebo nv en THV Stadsbader nv-Aswebo nv.

De geselecteerde offerte is regelmatig.

Het laagste regelmatig aanbod gaat uit van Wegebo NV voor een bedrag van 8,527.817,48 € incl. btw, 7.047.783,04 € excl. Btw”.

Er wordt voorgesteld de werken toe te wijzen aan de laagste regelmatige inschrijver, namelijk de nv Wegebo.

3.5. Op 30 maart 2017 wordt de volgende beslissing genomen:

“Gelet op de motieven uit het onderzoek en de beoordeling zoals hierboven omstandig beschreven wordt de opdracht voor ‘N49/E34 te Maldegem: structureel onderhoud van knpt. 61,1 tot 65,2’ gegund aan Wegebo nv voor een bedrag van 7.047.783,04 euro (btw excl.) of voor een bedrag van 8.527.817,48 euro (btw incl.)”

3.6. Bij arrest nr. 238.128 van 9 mei 2017 schorst de Raad van State bij uiterst dringende noodzakelijkheid de tenuitvoerlegging van de voormelde beslissing.

3.7. Op 29 mei 2017 beslist de verwerende partij om die beslissing in te trekken.

3.8. Op 25 juli 2017 stelt de verwerende partij een nieuw gunningsverslag op.

Er wordt opnieuw vastgesteld dat er vier offertes werden ingediend, door de volgende inschrijvers:

In totaal zijn er 4 offertes ingediend:

NAAM	INSCHRIJVINGSBEDRAG	OPMERKINGEN
NV Aswebo	7.877.534,39 euro	Digitale offerte
NV Wegebo	8.527.817,48 euro	Digitale offerte
THV NV Stadsbader- Aswebo NV	8.379.951,26 euro	Digitale offerte
TV Norré-Behaegel – RTS Infra	8.169.517,07 euro	Digitale offerte

Vervolgens wordt het toegangsrecht van de inschrijvers onderzocht. De thv Norré-Behaegel – RTS Infra wordt uitgesloten van de toegang tot de opdracht. De overige drie inschrijvers worden geselecteerd.

Vervolgens wordt de regelmatigheid van de offertes onderzocht. Bij dit onderzoek worden onder meer de volgende vaststellingen gedaan:

“b/ Geconstateerde onregelmatigheden

1) Bij de opening van de offertes op 24 oktober 2016 werd vastgesteld dat er (in de elektronische kluis) van vier inschrijvers een aantal documenten werden ontvangen.

- Voor wat betreft de NV Aswebo werden 14 documenten ontvangen waaronder document 12 met als titel ‘offerte’ en documenten 13 en 14 die de ingevulde meetstaat omvatten, respectievelijk als een Excel- en als Pdf-document zoals dit in het bestek werd gevraagd.

- Voor wat betreft de THV Aswebo-Stadsbader werden 28 documenten ontvangen waaronder document 28 met als titel ‘inschrijving’ en documenten 26 en 27 die de ingevuld[e] meetstaat omvatten, respectievelijk als een Excel- en als Pdf- document zoals dit in het bestek werd gevraagd.

In eerste instantie stelt zich de vraag of de ontvangen documenten van elk van bovenvermelde inschrijvers al dan niet als een offerte moeten worden beschouwd. In essentie is een offerte vanuit Europeesrechtelijk standpunt een aanbod van een bepaalde inschrijver om de betrokken opdracht tegen een bepaalde prijs uit te voeren. De aanbestedende overheid is van oordeel dat zowel de NV Aswebo als de THV Aswebo-Stadsbader moeten worden geacht een offerte te hebben ingediend, in die zin dat de aanbestedende overheid uit de ingediende documenten een intentie mocht afleiden om de bewuste opdracht tegen bepaalde voorwaarden (waaronder een bepaalde prijs) uit te voeren. Dit zou mogelijk anders zijn, indien van één van bovenvermelde inschrijvers enkel documenten werden ontvangen inzake de in het bestek gevraagde selectiecriteria. In dergelijk geval, waarbij noch een ingevulde meetstaat noch een ingevuld offerteformulier wordt ingediend, kan de inschrijver immers niet worden geacht een intentie te hebben geformuleerd om de betrokken opdracht uit te voeren.

Het feit dat de 14 documenten die door de NV Aswebo in de elektronische kluis werden opgeladen tussen 13 oktober 2016 (document 1 inzake de erkenning) en 17 oktober 2016 (documenten 13 en 14 die de ingevulde meetstaat bevatten), en aldus dateren van voor de publicatie van minstens één terechtwijzend bericht, doet niets af van het feit dat de opgeladen documenten een offerte uitmaken. Evenzeer belet het feit dat de opgeladen documenten niet worden gedragen door een correct ondertekend indieningsrapport niet dat de opgeladen documenten als een offerte kunnen worden beschouwd. Anders gezegd, een onregelmatige offerte is en blijft een offerte.

In tweede instantie stelt zich de vraag of de offertes van de NV Aswebo en THV Aswebo-Stadsbader een schending van artikel 54, §2 KB Plaatsing met zich meebrengen. Artikel 54, §2 KB Plaatsing omvat meer specifiek de regel dat een inschrijver slechts één offerte mag indienen behalve in geval van eventuele varianten en bij concurrentiedialoog. Voor de toepassing van deze bepaling wordt elke deelnemer aan een combinatie zonder

rechtspersoonlijkheid beschouwd als een inschrijver. Met andere woorden, artikel 54, §2 KB Plaatsing brengt onder meer met zich mee dat een inschrijver die apart een offerte heeft ingediend (zoals in casu de NV Aswebo) niet een tweede maal in combinatie met een andere ondernemer (onder de vorm van een THV, zoals in casu de THV Aswebo-Stadsbader) een tweede offerte mag indienen. De aanbestedende overheid is van oordeel dat de regel vervat in artikel 54, §2 KB Plaatsing strikt dient te worden nageleefd, aangezien een overtreding van de in dit artikel vervatte regel de gelijkheid der inschrijvers in het gedrang kan brengen. De ene inschrijver mag immers niet over twee kansen beschikken een bepaalde opdracht binnen te halen terwijl de overige inschrijvers slechts over één kans beschikken. Eén en ander wordt trouwens ook bevestigd door de Raad van State. In een arrest van 14 juli 2009 (nr. 195.256) overwoog de Raad immers dat de bepaling vervat in artikel 103 van het KB van 8 januari 1996 (die een gelijkaardige bepaling bevatte als hetgeen in artikel 54, §2 KB Plaatsing werd vervat) een garantie vormt voor de gelijkheid der kansen. Gegeven het essentiële karakter van de bepaling vervat in artikel 54, §2 KB Plaatsing moeten offertes die strijdig zijn met deze bepaling als substantieel onregelmatig worden bestempeld en als nietig uit de verdere gunningsprocedure worden geweerd (cfr. artikel 95, §2 KB Plaatsing). De aanbestedende overheid stelt verder vast dat artikel 54, §2 KB Plaatsing niet differentieert tussen regelmatige en onregelmatige offertes. Anders gezegd, artikel 54, §2 KB Plaatsing moet in voorliggend geval nog steeds geschonden wordt geacht zelfs indien de offerte van de NV Aswebo m.n. wegens een gebrek aan ondertekening als onregelmatig moet worden beschouwd. Indien de aanbestedende overheid hierover anders zou oordelen, dan zou zij een voorwaarde toevoegen aan de bepaling uit artikel 54, §2 KB Plaatsing en op die manier in belangrijke mate de inhoud van artikel 54, §2 KB Plaatsing uithollen. Gegeven dat artikel 54, §2 KB Plaatsing, zoals hoger aangegeven, een waarborg vormt in functie van de gelijkheid van de inschrijvers, kan dergelijke interpretatie niet worden aangehouden.

De aanbestedende overheid kan de offerte van de NV Aswebo ook niet als onbestaande beschouwen. Immers, het Hof van Cassatie heeft in haar rechtspraak de leer van de onbestaande rechtshandeling verworpen. De offerte is een privaatrechtelijke rechtshandeling en hierop is dan ook het privaatrecht van toepassing, buiten de eventueel specifieke bepalingen van het aanbestedingsrecht (bijvoorbeeld inzake onregelmatigheid).

Bijgevolg, heeft de aanbestedende overheid geen andere keuze dan de offertes van respectievelijk de NV Aswebo als de THV Aswebo-Stadsbader als substantieel onregelmatig te beschouwen en uit de verdere gunningsprocedure te weren.”

Gelet op deze vaststellingen worden de offertes van de nv Aswebo en deze van de thv Stadsbader – Aswebo geweerd als substantieel onregelmatig. De offerte van de nv Wegebo wordt zonder opmerkingen regelmatig verklaard en blijft als enige over.

Er wordt dan ook voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de nv Wegebo.

3.9. Op 10 augustus 2017 beslist de verwerende partij om de opdracht te gunnen aan de nv Wegebo voor een bedrag van 7.047.783,04 euro, btw niet inbegrepen.

Dit is de bestreden beslissing.

3.10. Op 16 augustus 2017 brengt de verwerende partij de bestreden beslissing ter kennis van de verzoekende partijen met een e-mailbericht en een aangetekend schrijven.

IV. Schorsingsvoorwaarden

4.1. 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.

4.2. Te dezen is evenwel ook 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’ 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.

V. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

5. De verzoekende partijen voeren in het verzoekschrift in een enig middel de schending aan van “artikel 24 van de wet van 15 juni 2006 [...]; de artikelen 54 §2 en 95 van het Koninklijk Besluit van 15 juli 2011 [...]; de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel; het principe van de hiërarchie der rechtsnormen; het beginsel van gelijke behandeling en het transparantiebeginsel, als beginselen van het aanbestedingsrecht zoals vastgelegd in artikel 2 van de Richtlijn 2004/18 [...], artikel 5 van de overheidsopdrachtenwet 2006 en artikel 18 van de Richtlijn 2014/24 van 26 februari 2014 [...], als EU-beginselen, als grondwettelijke beginselen en als beginselen van behoorlijk bestuur; het proportionaliteitsbeginsel of evenredigheidsbeginsel als aanbestedingsbeginsel zoals vastgelegd in artikel 18 Richtlijn 2014/24 en als beginsel van behoorlijk bestuur; de hoorplicht als beginsel van behoorlijk bestuur; de artikelen 49 en 56 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie”.

Zij doen vervolgens in drie uitvoerige middelonderdelen een reeks grieven gelden.

A. Eerste middelonderdeel

Uiteenzetting van het middelonderdeel

6. De verzoekende partijen vatten het eerste middelonderdeel zelf onder meer als volgt samen in het verzoekschrift:

“Terwijl, eerste onderdeel, de 14 door de NV Aswebo op het e-procurement platform enkel opgeladen documenten géén voor de kwestieuze opdracht ingediende offerte van de NV Aswebo alleen uitmaakt;

[...]

Dat uit het feit dat géén indieningsrapport werd gefinaliseerd en ondertekend niet alleen volgt dat er geen verbintenis van de nv Aswebo alleen voorligt om de opdracht uit te voeren, maar daaruit ook duidelijk blijkt dat er géén bedoeling of intentie is om een bindend voorstel te doen om de betrokken opdracht uit te voeren; Dat tevens de door nv Aswebo alleen opgeladen samenvattende meetstaat inhoudelijk niet de juiste meetstaat is (want nog de initiële nadien gewijzigde meetstaat) en dus het aanbod ook een onjuist of onvolledig voorstel tot contracteren betreft, en niet overeenstemt met de opdrachtdocumenten;

Dat aldus niet voldaan is aan de essentiële kenmerken van een aanbod of offerte, en de verwerende partij aldus onjuist besluit dat ook door de nv Aswebo alleen een offerte is ingediend;

Dat bovendien pas door het finaliseren en ondertekenen van het indieningsrapport de offerte werkelijk wordt ingediend;

Dat aldus de verwerende partij vertrekt van het onjuiste uitgangspunt dat er twee offertes zijn ingediend door de nv Aswebo, éénmaal alleen en éénmaal als lid van de THV Stadsbader nv – Aswebo nv; Dat de verwerende partij derhalve onjuist een schending van artikel 54 § 2 KB Plaatsing weerhoudt, nu immers enkel een offerte is ingediend door de THV Stadsbader nv – Aswebo nv, en géén offerte door de nv Aswebo alleen; Dat aldus onwettig werd beslist om de offerte van de THV Stadsbader nv - Aswebo nv als substantieel onregelmatig te beschouwen en uit de verdere gunningsprocedure te weren wegens een schending van artikel 54 § 2 KB Plaatsing;

Dat aldus ook niet vaststaat dat de gekozen inschrijver nv Wegebo de laagste regelmatige offerte heeft ingediend, nu de THV Stadsbader NV – Aswebo NV voor een lagere prijs heeft ingeschreven dan de gekozen inschrijver, terwijl conform artikel 24 Overheidsopdrachtenwet 2006 bij aanbesteding de opdracht gegund dient te worden aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte heeft ingediend;

Dat de materiële motiveringsplicht ook geschonden is, want de in de gunningsbeslissing opgenomen motivering zowel in feite als in rechte onjuist is, en niet gedragen door deugdelijke en draagkrachtige motieven”.

Beoordeling

7. Er bestaat op het eerste gezicht geen betwisting tussen de partijen over het feit dat er door de nv Aswebo bepaalde bestanden op het e-procurementplatform werden geplaatst in een daartoe door deze inschrijver aangemaakte elektronische kluis.

De vraag die het eerste middelonderdeel oproept lijkt aldus te zijn of een op het e-procurementplatform van de overheid plaatsen van bestanden volstaat opdat er sprake zou zijn van het indienen van een offerte en zulks op zich moet worden beschouwd als het indienen van een offerte.

8. Volgens de verzoekende partijen dient, opdat de offerte zou kunnen worden beschouwd als ingediend, eerst nog het indieningsrapport te worden gefinaliseerd en ondertekend. Pas dan zou er sprake zijn van een ingediende offerte. Het op het e-procurementplatform plaatsen en het indienen zijn afzonderlijke handelingen, aldus de verzoekende partijen.

De verwerende partij spreekt deze stelling tegen en verwijst daartoe naar de handleiding “Hoe een elektronische offerte indienen” van het te dezen gebruikte e-procurementplatform.

9. Uit deze handleiding lijkt op het eerste gezicht te volgen dat het indienen van een offerte op het e-procurementplatform niet uit één unieke handeling bestaat zoals het neerleggen van een gesloten enveloppe met daarin de papieren offerte op een klassieke openingszitting of zoals het met de post verzenden van een dergelijke enveloppe.

In de digitale omgeving van het e-procurementplatform bestaat het indienen van een offerte uit diverse opeenvolgende stappen. Eerst dient een

inschrijver zijn deelname aan de opdracht uitdrukkelijk te bevestigen. Deze bevestiging leidt ertoe dat er voor hem een “elektronische kluis” wordt aangemaakt – een beveiligde bestandsmap – waarin hij bestanden kan plaatsen. De inhoud van die elektronische kluis wordt bij de opening van de offertes toegankelijk gemaakt voor de aanbestedende overheid. De in de kluis geplaatste bestanden komen hoe dan ook bij de aanbestedende overheid terecht. Of de inschrijver al dan niet een indieningsrapport heeft aangemaakt en heeft ondertekend, heeft op het eerste gezicht daarop geen invloed. Het is niet omdat er geen indieningsrapport wordt aangemaakt door de inschrijver, dat de bestanden niet bij de overheid terecht komen en de elektronische kluis van de betrokken inschrijver voor de overheid onzichtbaar blijft, alsof deze nooit zou hebben willen inschrijven op de opdracht. De verzoekende partijen lijken aldus een draagwijdte toe te schrijven aan het finaliseren en elektronisch ondertekenen van het indieningsrapport, die deze handeling kennelijk niet heeft blijkens de handleiding van het e-procurementplatform.

In zoverre er kan worden vergeleken met het klassieke indienen van een offerte op papier, lijkt het finaliseren en ondertekenen van het indieningsrapport enige gelijkenis te vertonen met het ondertekenen van de geschreven offerte. Het is niet omdat een dergelijke offerte niet werd ondertekend, dat de aanbestedende overheid dient te handelen alsof deze nooit werd ingediend. Dergelijke offerte is substantieel onregelmatig en dient te worden geweerd. Er lijkt de Raad van State geen regel bekend op grond waarvan de aanbestedende overheid dient te handelen alsof een dergelijke niet-ondertekende offerte nooit heeft bestaan en nooit ingediend is geweest.

10. Het eerste middelonderdeel, dat berust op de stelling dat door de nv Aswebo *überhaupt* geen offerte in eigen naam werd ingediend, dient aldus te worden verworpen.

B. Tweede middelonderdeel

Standpunt van de partijen

11. De verzoekende partijen vatten het tweede middelonderdeel zelf onder meer als volgt samen in het verzoekschrift:

“Terwijl, tweede onderdeel, indien uw Raad van oordeel is dat de door de nv Aswebo louter op het e-Procurement platform opgeladen documenten toch een voor de opdracht ingediende ‘offerte’ betreft, naast de offerte ingediend door de THV Stadsbader nv – Aswebo nv, de door de nv Aswebo alleen ingediende ‘offerte’ alleszins een substantiële, zowel formeel als materieel, onregelmatige offerte is die absoluut nietig is en die de verwerende partij sowieso buiten beschouwing dient te laten;

Dat de kwestieuze ‘offerte’ immers een verkeerde meetstaat bevat, want de aanvankelijke meetstaat werd opgeladen die nadien echter werd gewijzigd door het terechtwijzend bericht nr. 3 van 17 oktober 2016 en waarbij 3 posten in de meetstaat werden aangepast (posten 94, 95 en 96), en aldus ook de aangeboden prijs betrekking heeft op gedeeltelijk verkeerde posten en werken; Dat een dergelijke niet besteksconforme offerte substantieel materieel onregelmatig en dus nietig is, nu de verkeerde meetstaat de vergelijkbaarheid van de offertes onmogelijk maakt, de gelijkheid tussen de inschrijvers in het gedrang brengt en de verbintenis onzeker maakt; Dat die ‘offerte’ bovendien niet is ondertekend en aldus ook formeel substantieel onregelmatig en nietig is;

Dat offertes aangetast door substantiële onregelmatigheden, absoluut nietig zijn en hoe dan ook door de aanbestedende overheid moeten worden verworpen (cfr. artikel 95 § 4, 1° KB Plaatsing);

Dat de verwerende partij de ‘offerte’ van de NV Aswebo alleen dan ook als absoluut nietig dient te beschouwen en daarmee geen rekening kan houden, en zij aldus die offerte wel degelijk als onbestaande dient te beschouwen; [...]

Dat overeenkomstig de specifieke bepalingen van het aanbestedingsrecht, waarvan de verwerende partij zelf de toepasselijkheid vooropstelt naast het privaatrecht, in het bijzonder artikel 95 KB Plaatsing, de verwerende partij als aanbestedende overheid zelf de absolute nietigheid van een substantiële (formeel en materieel) onregelmatige offerte vast te stellen en deze buiten toepassing dient te laten, c.q. deze offerte als onbestaande dient te beschouwen want ze eenvoudigweg niet verder in aanmerking mag nemen;

Dat aldus de verwerende partij ook daarom in dit geval de schending van artikel 54 § 2 KB Plaatsing en de daarin opgenomen regel dat een inschrijver slechts 1 offerte per opdracht mag indienen niet dienstig kan aanvoeren;

Dat aldus uw Raad in arrest nr. 195.256 in dezelfde zin reeds oordeelde dat de toepassing van artikel 54 § 2 KB Plaatsing veronderstelt dat er twee of meerdere besteksconforme offertes en m.a.w. dus twee of meer materieel maar ook formeel regelmatige offertes door de dezelfde inschrijver zijn ingediend, daarbij overwegende dat de niet aan de besteksvereisten beantwoordende offerte niet in de beoordeling wordt betrokken;

Dat de verwerende partij aldus onwettig beslist om de offerte van de THV Stadsbader nv – Aswebo nv substantieel onregelmatig te beschouwen wegens schending van artikel 54 § 2 KB Plaatsing en uit de verdere gunningsprocedure te weren;

Dat aldus ook niet vaststaat dat de gekozen inschrijver nv Wegebo de laagste regelmatige offerte heeft ingediend, nu de THV Stadsbader nv – Aswebo nv een lagere prijs heeft geboden dan die gekozen inschrijver, terwijl conform artikel 24 Overheidsopdrachtenwet 2006 bij aanbesteding de opdracht gegund dient te worden aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte heeft ingediend;

Dat ook de materiële motiveringsplicht geschonden is, want de in de gunningsbeslissing opgenomen motivering in rechte onjuist is en niet gedragen door deugdelijke en draagkrachtige motieven;

Dat het tweede onderdeel ernstig is”.

12. In haar nota wijst de verwerende partij erop dat de regelgeving inzake de gunning van overheidsopdrachten soms strenge regels bevat teneinde de gelijkheid van de inschrijvers (of de kandidaten) te waarborgen, teneinde een objectieve keuze toe te laten en om elke soort van onregelmatigheid of manipulatie uit te sluiten. Het indienen van twee basisoffertes maakt daarom noodzakelijkerwijs een substantiële onregelmatigheid uit, waarbij een aanbestedende overheid geen discretionaire bevoegdheid meer heeft om een offerte al dan niet uit te sluiten. Het feit dat in een concrete zaak een aanbestedende overheid niet zou aantonen dat het indienen van twee basisoffertes de gelijkheid in het gedrang brengt of de mededinging verstoort, is van geen belang. De loutere vaststelling van de aanwezigheid van twee basisoffertes volstaat om de sanctie van de absolute nietigheid te rechtvaardigen. Dit is door de regelgever verankerd in artikel 95, § 2,

van het koninklijk besluit ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit Plaatsing).

De verwerende partij doet voorts gelden dat wanneer een inschrijver twee offertes indient een aanbestedende overheid de volledige inschrijving onregelmatig dient te verklaren.

Volgens haar rijst de vraag of in de huidige zaak de aanwezigheid van twee basisoffertes of het gebrek aan ondertekening primeert. De sanctionering van de aanwezigheid van twee basisoffertes heeft volgens de verwerende partij voorrang. Immers, het verbod ter zake vloeit juist voort uit het Europeesrechtelijk mededingingsbeginsel en het beginsel van de gelijke behandeling. De vereiste van de handtekening vloeit voort uit het Belgisch verbintenissenrecht.

Beoordeling

13. Artikel 54, § 2, eerste lid, van het koninklijk besluit Plaatsing luidt:

“Een inschrijver mag slechts één offerte per opdracht indienen behalve in geval van eventuele varianten en bij concurrentiedialoog. Voor de toepassing van deze bepaling wordt elke deelnemer aan een combinatie zonder rechtspersoonlijkheid beschouwd als een inschrijver.”

14. Het lijkt dat de regelgever met artikel 54, § 2, van het koninklijk besluit Plaatsing beoogt geheime verstandhoudingen tussen de inschrijvers in eenzelfde gunningsprocedure uit te sluiten en de gelijke behandeling van de inschrijvers en de transparantie van de procedure te waarborgen.

Overeenkomstig artikel 95, § 2, van het koninklijk besluit Plaatsing is een offerte op formeel vlak substantieel onregelmatig als ze afwijkt van het vormvoorschrift van artikel 54, § 2. Een substantieel onregelmatige offerte is nietig krachtens artikel 95, § 4. Een offerte is krachtens die bepalingen evenwel evenzeer substantieel onregelmatig en nietig wanneer zij afwijkt van het

vormvoorschrift van artikel 51, § 2, en artikel 52 van het koninklijk besluit Plaatsing, die een geldige ondertekening van de offerte vereisen, zowel indien deze ondertekening schriftelijk dan wel elektronisch gebeurt.

De verwerende partij doet in dit verband gelden dat de onregelmatigheid voortvloeiend uit artikel 54 primeert op andere onregelmatigheden. Dat lijkt *prima facie* evenwel niet te volgen uit de tekst zelf van dat artikel, noch uit de tekst van artikel 95, § 2, van het koninklijk besluit Plaatsing, dat niet in een bepaalde hiërarchie van onregelmatigheidsgronden lijkt te voorzien.

15. Een door of namens de inschrijver niet geldig ondertekende offerte is aangetast met een substantieel vormgebrek en derhalve nietig. Dergelijke absoluut nietige offerte moet door de aanbestedende overheid worden geweerd en komt hoe dan ook niet in aanmerking voor gunning.

16. De offerte die de nv Aswebo in eigen naam heeft ingediend blijkt niet te zijn ondertekend.

17. Gelet op het klaarblijkelijke doel van artikel 54, § 2 –in essentie: de eerlijke mededinging waarborgen– lijkt de onregelmatigheid die deze bepaling instelt enkel te mogen worden toegepast indien er een daadwerkelijk gevaar bestaat of lijkt te bestaan op een verstoring van de eerlijke mededinging. Dat is het geval wanneer, zoals uit deze bepaling voortvloeit, meer dan één offerte van dezelfde inschrijver door de aanbestedende overheid zou moeten worden betrokken in het bepalen van, te dezen, de laagste offerte. Het voornoemde normdoel wordt overigens door de verwerende partij uitdrukkelijk in haar nota erkend.

Indien evenwel, zoals te dezen, het geval zich voordoet waarin één van de twee betrokken offertes aangetast lijkt door het vormgebrek van de niet-ondertekening, lijkt *prima facie* deze bepaling geen toepassing te mogen vinden. Alsdan lijkt de gebrekkige offerte immers reeds in een allereerste beweging door de aanbestedende overheid uit de gunningsprocedure te moeten worden geweerd en lijkt deze offerte daarin niet meer te mogen worden betrokken. In dat geval kan deze offerte geen invloed hebben op het verdere verloop van de

gunningsprocedure en dreigt deze de eerlijke concurrentie niet te kunnen bedreigen.

De toepassing van artikel 54, § 2, van het koninklijk besluit Plaatsing lijkt, anders dan de verwerende partij doet gelden, in elk geval een concreet onderzoek van de omstandigheden van de zaak te vereisen. Die bepaling lijkt dus niet, zoals de verwerende partij in de bestreden beslissing stelt, dermate “strikt” te moeten worden toegepast dat, indien het bij de opening van de offertes blijkt dat er door één inschrijver twee offertes werden ingediend, de sanctie onmiddellijk en automatisch alle offertes moet treffen waarop de naam van de betrokken inschrijver wordt vermeld, zoals te dezen is gebeurd.

Uit het onderzoek van het eerste middelonderdeel is reeds gebleken dat de verwerende partij terecht heeft aangenomen dat nv Aswebo een offerte in eigen naam heeft ingediend en het bestaan van die offerte heeft afgeleid uit de door deze inschrijver op het e-procurementplatform geplaatste documenten.

De verwerende partij had echter te dezen bijkomend kunnen overwegen dat, omdat de betrokken offerte niet was ondertekend, maar ook nog om andere redenen, zoals het feit dat er enkel een verouderde versie van de meetstaat werd ingediend, het hier ongetwijfeld een halverwege verlaten project van een offerte betrof, dat onafgewerkt is gebleven nadat de nv Aswebo besliste om samen met de nv Stadsbader een offerte in te dienen voor de huidige opdracht.

Er is inderdaad sprake van een gebrek aan zorgvuldigheid in hoofde van de nv Aswebo doordat zij een onafgewerkte bundel documenten niet heeft verwijderd van het e-procurementplatform, en aldus de aanbestedende overheid voor een probleem heeft gesteld. Uit deze onzorgvuldigheid blijkt evenwel niet dat de nv Aswebo de bedoeling had om het verloop van de gunningsprocedure en het onderzoek van de offertes te manipuleren door de aanbestedende overheid meer dan één offerte met haar naam erop te laten betrekken in dat onderzoek. Integendeel lijkt het dat door een afzonderlijke offerte in te dienen, zij het op gebrekkige wijze, de nv Aswebo voor zichzelf juist het

risico deed ontstaan dat zij voorwerp zou zijn van de sanctie voortvloeiend uit artikel 54, § 2, hetgeen zich te dezen heeft bewaarheid.

Doordat de verwerende partij deze bijzondere context niet heeft onderzocht, het voornoemde normdoel van de betrokken bepaling niet in rekening heeft gebracht, en meteen heeft beslist, op grond van een textuele lezing van die bepaling, tot toepassing van de zware sanctie waarin dat artikel 54, § 2, en artikel 95, §§ 2 en 4, hebben voorzien, moeten de verzoekende partijen worden bijgevalen in hun grief, dat de bestreden beslissing niet gesteund mocht zijn op de toepassing van het voornoemde artikel 54, § 2.

De verwerende partij stelt in de bestreden beslissing voorts niet ten onrechte dat: “De ene inschrijver [...] niet over twee kansen [mag] beschikken een bepaalde opdracht binnen te halen terwijl de overige inschrijvers slechts over één kans beschikken.” Zoals zojuist reeds is gebleken, lijkt dat te dezen *prima facie* evenwel niet het geval. De nv Aswebo had, zo lijkt het reeds op het eerste gezicht, te dezen immers geen twee kansen om de opdracht gegund te krijgen. De situatie zou anders zijn indien de nv Aswebo én een volledige en regelmatige offerte in eigen naam had ingediend én nogmaals een offerte samen met de nv Stadsbader in een tijdelijke handelsvennootschap. Ook zou het anders zijn indien in hoofde van de nv Aswebo een manipulatief oogmerk zou kunnen worden vastgesteld. Door een half afgewerkte offerte op het e-procurementplatform te laten staan lijkt de nv Aswebo evenwel geen manipulatieve dubbele kans voor zichzelf te hebben geschapen om “de opdracht binnen te halen”, zoals de verwerende partij het noemt. Het tegendeel lijkt het geval, nu de nv Aswebo daardoor elke kans op gunning juist dreigde te missen.

Anders dan de verwerende partij doet gelden in de motivering van de bestreden beslissing, blijkt niet dat de interpretatie van artikel 54, § 2, van het koninklijk besluit Plaatsing, voorgestaan door de verzoekende partijen, die bepaling uitholt. Dit zou enkel het geval zijn indien die bepaling alsdan haar beoogd effect, namelijk de mededinging en de gelijke kansen van de inschrijvers beschermen, zou worden ontzegd. Het lijkt niet dat zulks te dezen het geval is. De door de verzoekende partijen voorgestane interpretatie heeft integendeel tot gevolg

dat aan deze bepaling geen gevolgen worden gegeven, die verder gaan dan het doel dat ermee wordt beoogd.

18. Het tweede middelonderdeel is in de besproken mate ernstig.

VI. Besluit en kosten

19. Het lijkt niet langer vast te staan dat de offerte van de tijdelijke handelsvennootschap Stadsbader-Aswebo terecht werd geweerd uit de gunningsprocedure als onregelmatig. Er is dienvolgens grond om te besluiten tot de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de thans bestreden beslissing.

20. Er zijn in dat licht geen redenen om in de huidige stand van het geding in te gaan op het derde middelonderdeel.

21. Het is passend, gelet op de hierna ingewilligde vordering tot schorsing en het daaropvolgende nog noodzakelijke procedureverloop, de kosten, de gevorderde rechtsplegingsvergoeding inbegrepen, in beraad te houden.

BESLISSING

De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van het Vlaamse Gewest, Agentschap Wegen en Verkeer, Afdeling Wegen en Verkeer Oost-Vlaanderen van 10 augustus 2017, waarbij in het kader van de plaatsing van de overheidsopdracht voor werken “N49/E34 te Maldegem: structureel onderhoud van kmpt. 61,1 tot 65,2” (Bestek 1M3D8H/16/22) wordt beslist om de offertes van respectievelijk de nv Aswebo als van de thv Stadsbader nv - Aswebo nv als substantieel onregelmatig te beschouwen en uit de verdere gunningsprocedure te weren en deze opdracht te gunnen aan de nv Wegebo als laagste regelmatige inschrijver voor een bedrag van 7 047 683,04 euro btw niet inbegrepen of voor een bedrag van 8 527 817,48 euro btw inbegrepen.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 19 september 2017, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest