

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 240.618 van 30 januari 2018

in de zaak A. 224.129/XII-8486

In zake: de NV FIRE TECHNICS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Gerard Soete
kantoor houdend te 8400 Oostende
Kerkstraat 8/1
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de HULPVERLENINGSZONE OOST VLAAMS-BRABANT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bert Beelen
kantoor houdend te 3000 Leuven
Justus Lipsiusstraat 24
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 29 december 2017, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van de Hulpverleningszone Oost, Vlaams-Brabant dd. 13 december 2017 en ter kennis gebracht aan nv Fire Technics met brief van 15 december 2017, per e-mail verstuurd op vrijdag 15 december 2017 om 17.17 uur en ter kennis gebracht op 19 december 2017 ingevolge het ontvangen aangetekend schrijven”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 19 januari 2018, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Gerard Soete, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Johan Vanstipelen, die *loco* advocaat Bert Beelen verschijnt voor de verwerende 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 verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor leveringen met als voorwerp “Aankoop 4 autopompen”.

De opdracht is opgesplitst in twee percelen:

- Perceel 1 “Aankoop 4 autopompen”
- Perceel 2 “Technische hulpverlening”.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 25 september 2017.

3.3. De opdracht wordt gegund via een openbare procedure.

De opdracht wordt volgens de bestreden beslissing geraamd op 1.719.008,27 euro, btw niet inbegrepen.

3.4. Het “Bijzonder bestek voor de overheidsopdracht voor leveringen met als voorwerp “Aankoop 4 autopompen” met refertenummer HVZ-2017-042 is van toepassing.

3.5. De opening van de offertes vindt plaats op 6 november 2017. Twee offertes worden ingediend voor beide percelen, door de verzoekende partij en door de nv Vanassche FFE.

3.6. Op 5 december 2017 wordt het verslag van nazicht van de offertes opgesteld.

Onder het “Besluit van het regelmatigheidsonderzoek van de offertes” vermeldt het verslag wat volgt:

“Volgende offertes worden door het bestuur nietig verklaard of onregelmatig bevonden:

Nr.	Naam	Motivering
Perceel 1 (Aankoop 4 autopompen)		
1	Fire Technics nv	Onderzoek van de niet-substantiële onregelmatigheid: [...] Onderzoek van de substantiële onregelmatigheid: de firma Fire Technics nv diende geen UEA formulier in. Volgens het KB Plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren van 18 april 2017, art. 76, §1, 2° is het niet voldoen aan art. 38 (UEA), het indienen van het UEA formulier, een substantiële onregelmatigheid. [...]
2	Vanassche FFE nv	Onderzoek van de niet-substantiële onregelmatigheid: [...] Onderzoek van de substantiële onregelmatigheid: Bestek p. 32, punt 1.9 De superstructuur – 1.9.1.1. Hulpraam: Een tekening van het hulpraam met documentatie van de rubberlagers maakt deel uit van de offerte. Er worden geen rubberlagers aangeboden. Op p. 110

		van de offerte wordt vermeld dat er geen rubberlagers voorzien worden. De inschrijver stelt dat deze geen technisch nut hebben. Bestek p. 50, punt 1.11. De hydraulische installatie – 1.11.3.2. Automatische bediening: Indien de automatische/pneumatische bediening uitvalt wegens defect, kan de pomp manueel nog op een vlotte wijze verder worden bediend (back-up systeem) De inschrijver stelt dat er een noodbediening aangeboden wordt. Hij verwijst hiervoor naar p. 612 van de offerte. Op deze pagina is echter niets terug te vinden over een manuele noodbediening. Het is niet duidelijk dat er een manuele noodbediening aangeboden wordt. Bestek p. 62, punt 3 Overzicht regelgeving waaraan minimaal moet worden voldaan – 3.1 Normen – 3.1.14. NBN EN 1147 draagbare ladders voor de brandweer. De inschrijver biedt ladders aan die niet voldoen aan de gevraagde norm. Op p. 762/763 van de offerte wordt een ladder voorgesteld die voldoet aan de norm EN 131. Deze norm is niet gelijkwaardig aan de gevraagde norm NBN EN 1147. EN1147: brandweperladders EN 131: ladders voor huishoudelijk en commercieel gebruik
Perceel 2 (Technische hulpverlening)		
1	Fire Technics nv	Onderzoek van de niet-substantiële onregelmatigheid: [...] Onderzoek van de substantiële onregelmatigheid: de firma Fire Technics nv diende geen UEA formulier in. Volgens het KB Plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren van 18 april 2017, art. 76, §1, 2° is het niet voldoen aan art. 38 (UEA), het indienen van het UEA formulier, een substantiële onregelmatigheid. De firma geeft in de offerte (p.7) een betalingstermijn op van 30 kalenderdagen vanaf datum van levering. Er is echter eerst nog een verificatieperiode van 30 dagen.

”

De offerte van de nv Vanassche FFE voor het tweede perceel wordt door het bestuur als regelmatig beschouwd “omdat eventuele onregelmatigheden niet substantieel zijn”.

3.7. Op 13 december 2017 besluit het zonecollege de plaatsingsprocedure voor perceel 1 stop te zetten, het perceel niet te gunnen en de procedure later opnieuw op te starten via de mededingingsprocedure met onderhandeling, zonder de verplichting deze opdracht bekend te maken. Hiervoor wordt enkel de nv Vanassche FFE uitgenodigd.

Perceel 2 wordt gegund aan de nv Vanassche FFE.

Dit is het bestreden besluit. Daarin wordt het verslag van nazicht van de offertes van 5 december 2017 tot integraal deel ervan verklaard.

Het bestreden besluit overweegt:

“Voor perceel 1 heeft geen van beide inschrijvers een regelmatig voorstel gedaan. De aankoopdienst stelt voor om perceel 1 (aankoop 4 autopompen) niet te gunnen. Het volgen van een procedure houdt geen verplichting in tot gunnen. De aanbestedende overheid kan afzien van het gunnen of sluiten van de opdracht of de procedure herbeginnen, desnoods op een andere wijze (art. 85 van de wet van 17 juni 2016).

Er wordt voorgesteld om voor deze opdracht een mededingingsprocedure met onderhandeling op te starten, conform art. 38, §1, 2° van de wet van 17 juni 2016. Indien er enkel onregelmatige of onaanvaardbare offertes werden ingediend ingevolge een openbare procedure, kan de aanbestedende overheid gebruik maken van de mededingingsprocedure met onderhandeling. De aanbestedende overheid is niet verplicht een aankondiging van de opdracht bekend te maken, indien zij tot de procedure uitsluitend alle inschrijvers toelaat die aan de in de artikelen 67 tot 78 bedoelde criteria voldoen en die de voorafgaande openbare procedure offertes hebben ingediend die aan de formele eisen van de plaatsingsprocedure voldeden.

Artikel 73, §1 van de wet van 17 juni 2016 stelt dat op het ogenblik van de indiening van de offerte het UEA formulier moet voorgelegd worden. Art. 96 van het K.B. plaatsing van 18 april 2017 stelt dat voor de toepassing van art. 38, §1, 2° van de wet van 17 juni 2016, de offertes die voldoen aan de artikelen 38, 42, 43, §1, 44, 48, §2, 54, §2, 55 en 83 van het K.B. en aan art. 14 van de wet, beschouwd worden als offertes die aan de formele eisen van de initiële plaatsingsprocedure voldeden.

De firma Fire Technics nv diende geen UEA formulier in en voldoet bijgevolg niet aan art. 73, §1 van de wet van 17 juni 2016 en art. 38 van het K.B. van 18 april 2017.

Er wordt dan ook voorgesteld de mededingingsprocedure met onderhandeling op te starten met de inschrijver wiens offerte voldoet aan de bovenvermelde formele eisen van de initiële plaatsingsprocedure, zijnde de firma Vanassche FFE nv, [...]

De mededingingsprocedure met onderhandeling zal opgestart worden na het verstrijken van de wachttermijn.

Hiervoor stelde de aankoopdienst een bestek op met nr. HVZ-2017-042bis. De oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht mogen niet wezenlijk gewijzigd worden. Buiten de procedurele aanpassingen die het gevolg zijn van de gekozen procedure, werd er niets gewijzigd aan het bestek.

Voor perceel 2 werd er enkel een regelmatige offerte ingediend door de firma Vanassche FFE nv. De aankoopdienst stelt voor om, rekening houdende met het voorgaande, deze opdracht, perceel 2 (Technische hulpverlening) te gunnen aan de economisch meest voordelige regelmatige (rekening houdend met de gunningscriteria) bieder, zijnde, Vanassche FFE nv, [...].”

3.8. Met een aangetekende brief en e-mailbericht van 15 december 2017 wordt de verzoekende partij in kennis gesteld van de bestreden beslissing.

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 de middelen

Uiteenzetting van de middelen

5. In een *eerste middel* voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 73 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), van artikel 76 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), van “het beginsel van behoorlijk bestuur met daaronder en daarbij het beginsel *patere legem qua ipse fecisti*, het beginsel van rechtszekerheid, het legaliteitsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en het beginsel van naleving van de voorwaarden van het bijzonder bestek”.

In een *tweede middel* voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 76 van het koninklijk besluit plaatsing 2017.

In een *derde middel* voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 76, § 3, van het koninklijk besluit plaatsing 2017.

In een *vierde middel* voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 4 van de wet overheidsopdrachten 2016, artikel 76 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, en van “de beginselen van zorgvuldigheid, redelijkheid, proportionaliteit, gelijkheid, niet-discriminatie en transparantie”.

In een *vijfde middel* voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 76, § 3, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 “en schendingen van de beginselen inzake rechtszekerheid en legaliteit, evenredigheid en zorgvuldigheid”.

In een *zesde middel* voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 38, § 1, van de wet overheidsopdrachten 2016 en artikel 76 van het koninklijk besluit plaatsing 2017.

In een *zevende middel* voert de verzoekende partij de schending aan van de formele- en de materiële motiveringsplicht.

Beoordeling

6. Het verzoekschrift is met zijn zeven middelen moeilijk inpasbaar in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid. Om die reden bespreekt de Raad van State niet al die middelen afzonderlijk, maar ook omdat enkel het eerste middel betrekking heeft op de onregelmatigverklaring van de eigen offerte van de verzoekende partij en de overige middelen alle in essentie de behandeling van de offerte van de nv Vanassche FFE betreffen.

Eerste middel

7. In een eerste middel betoogt de verzoekende partij in essentie dat het voormelde artikel 73 van de wet overheidsopdrachten 2016 de keuze laat tussen, enerzijds, het bijvoegen van het Uniform Europees Aanbestedingsdocument en, anderzijds, certificaten die bevestigen dat de betrokken kandidaat of inschrijver aan de vermelde voorwaarden voldoet. Aldus is een offerte niet substantieel onregelmatig wanneer zoals te dezen een verklaring op eer bij de offerte wordt voorgelegd waaruit blijkt dat aan de voorwaarden is voldaan.

Beoordeling eerste middel

8. Artikel 73 van de wet overheidsopdrachten 2016 bepaalt onder meer:

“§ 1. Op het ogenblik van de indiening van de aanvragen tot deelneming of de offertes, naargelang het geval, leggen de kandidaten of inschrijvers, het door hen ingevulde Uniform Europees Aanbestedingsdocument voor, dat bestaat uit een bijgewerkte eigen verklaring en dat door de aanbestedende overheid als voorlopig bewijs wordt aanvaard ter vervanging van door overheidsinstanties of derden afgegeven documenten of certificaten die bevestigen dat de betrokken kandidaat of inschrijver aan alle hierna vermelde voorwaarden voldoet :

1° hij bevindt zich niet in een van de situaties als bedoeld in de artikelen 67 tot 69, waardoor kandidaten of inschrijvers kunnen of moeten worden uitgesloten;

2° hij voldoet aan de toepasselijke selectiecriteria als vastgesteld overeenkomstig artikel 71;

3° hij voldoet, indien van toepassing, aan de objectieve regels en criteria voor de beperking van het aantal kandidaten, als vastgesteld overeenkomstig artikel 79”.

9. Artikel 38 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 bepaalt:

“§ 1. Op het ogenblik van de indiening van de aanvragen tot deelneming en/of van de offertes leggen de kandidaten of inschrijvers, overeenkomstig artikel 73 van de wet, het UEA voor, tenzij in de gevallen waarbij gebruik wordt gemaakt van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking in de in artikel 42, § 1, 1°, b) en d), 2°, 3°, 4°, b), en c), van de wet, bedoelde gevallen.

De aanbestedende overheid verschaft in de aankondiging van opdracht of in de opdrachtdocumenten waarnaar deze aankondiging verwijst de richtsnoeren die toelaten het UEA in te vullen. Met name geeft hij aan welke de werkwijze is overeenkomstig paragraaf 2.

[...]”

§ 3. Het onderhavige artikel is slechts van toepassing op de opdrachten waarvan de geraamde waarde gelijk is aan of hoger is dan de drempel voor de Europese bekendmaking”.

10. Punt I.5 “Toegangsrecht en kwalitatieve selectie” van het toepasselijke bestek bepaalt:

“Het offerteformulier moet vergezeld zijn van volgende stukken:

Juridische situatie van de inschrijver (uitsluitingsgronden)

De inschrijver legt het door hen ingevulde Uniform Europees Aanbestedingsdocument voor, dat bestaat uit een bijgewerkte eigen verklaring en dat door de aanbestedende overheid als voorlopig bewijs wordt aanvaard ter vervanging van door overheidsinstanties of derden afgegeven documenten of certificaten die bevestigen dat de betrokken inschrijver aan alle hierna vermelde voorwaarden voldoet:

1° hij bevindt zich niet in een van de uitsluitingssituaties als bedoeld in de artikelen 67 tot 69 van de wet van 17 juni 2016;

2° hij voldoet aan de toepasselijke selectiecriteria als vastgesteld overeenkomstig artikel 71 van de wet van 17 juni 2016”

Hoofdstuk III. “Technische bepalingen” bevat een opsomming van “verplichte vereisten”, van “gevraagde documenten ter verduidelijking” en een “overzicht regelgeving waaraan minimaal moet worden voldaan”. Het bestek vermeldt hieromtrent onder meer :

“Indien de offerte van de inschrijver niet voldoet aan de verplichte vereisten, opgenomen in de technische specificaties, zal deze niet in aanmerking worden genomen behalve wanneer het gaat om een niet-substantieel conformiteitsgebrek.

Indien de gevraagde stukken niet werden bijgevoegd of niet afdoende het voorstel van de inschrijver staven, loopt de inschrijver het risico uit de verdere gunningsprocedure te worden geweerd (bij de essentiële vereisten) dan wel om geen punten of geen graad van belangrijkheid te worden toegekend voor een bepaald criterium (bij de voordeelcriteria)”.

11. Artikel 76, §§ 1 tot 3, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 luiden:

“§ 1. De aanbestedende overheid gaat na of de offertes regelmatig zijn.

De offerte kan substantieel of niet substantieel onregelmatig zijn.

Een offerte is substantieel onregelmatig wanneer ze van aard is de inschrijver een discriminerend voordeel te bieden, tot concurrentievervalsing te leiden, de beoordeling van de offerte van de inschrijver of de vergelijking ervan met de andere offertes te verhinderen, of de verbintenis

van de inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onbestaande, onvolledig of onzeker te maken.

De volgende onregelmatigheden worden met name als substantieel beschouwd :

1° de niet-naleving van het milieu-, sociaal of arbeidsrecht, voor zover deze niet-naleving strafrechtelijk gesanctioneerd wordt;

2° de niet-naleving van de vereisten bedoeld in de artikelen 38, 42, 43, § 1, 44, 48, § 2, eerste lid, 54, § 2, 55, 83 en 92 van dit besluit en in artikel 14 van de wet, voor zover zij verplichtingen bevatten ten aanzien van de inschrijvers;

3° de niet-naleving van de minimale eisen en de vereisten die als substantieel worden aangemerkt in de opdrachtdocumenten.

§ 2. De offerte die slechts een of meer niet-substantiële onregelmatigheden bevat die, zelfs gecumuleerd of gecombineerd, niet de in paragraaf 1, derde lid, bedoelde gevolgen teweeg brengen, wordt niet nietig verklaard.

§ 3. Wanneer gebruik wordt gemaakt van een openbare of niet-openbare procedure, verklaart de aanbestedende overheid de substantieel onregelmatige offerte nietig. Dit is ook het geval voor een offerte die meerdere niet-substantiële onregelmatigheden bevat wanneer de cumulatie of combinatie ervan de in paragraaf 1, derde lid, bedoelde gevolgen teweeg brengt.”

12. Het wordt niet betwist dat de waarde van de voorliggende opdracht de drempel voor de Europese bekendmaking overschrijdt.

De door de verzoekende partij verdedigde keuzemogelijkheid tussen, enerzijds, een ingevuld Uniform Europees Aanbestedingsdocument en, anderzijds, certificaten die bevestigen dat de betrokken inschrijver voldoet aan de voorwaarden, lijkt geen steun te vinden in de bepalingen van het hiervoor aangehaalde artikel 73 van de wet overheidsopdrachten 2016.

Het betrokken artikel 73 lijkt daarentegen formeel te vereisen dat “op het ogenblik van de indiening” van de aanvragen tot deelneming of de offertes naargelang het geval, het ingevulde Uniform Europees Aanbestedingsdocument wordt voorgelegd. Het alternatief waarvan de verzoekende partij gewag maakt wordt door de Raad van State niet vastgesteld in de kwestieuze bepaling.

Artikel 38 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, dat voorschrijft dat het Uniform Europees Aanbestedingsdocument op het ogenblik van de indiening van de offerte “overeenkomstig artikel 73 van de wet” wordt voorgelegd, lijkt het ontbreken van het voornoemde alternatief te bevestigen.

Het juridisch uitgangspunt van het middel lijkt bijgevolg niet correct.

De verklaring op eer die de verzoekende partij bij haar offerte voegde vermag dus niet het Uniform Europees Aanbestedingsdocument te vervangen.

Artikel 76 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 beschouwt voorts de niet-naleving van het vereiste vevat in artikel 38 van hetzelfde besluit als een substantiële onregelmatigheid. De verzoekende partij kan deze onregelmatigheid niet verhelpen door de neerlegging tijdens de huidige procedure van een ingevuld Uniform Europees Aanbestedingsdocument “bij wijze van voorbeeld” als stuk 13 bijgevoegd bij haar verzoekschrift.

Het lijkt aldus niet aangetoond dat de offerte van de verzoekende partij werd geweerd met miskenning van de in het middel aangevoerde rechtsbepalingen en - beginselen.

13. Het eerste middel is derhalve niet ernstig.

Tweede tot zevende middel

14. De overige middelen betreffen in wezen het toelaten van de nv Vanassche FFE tot de mededingingsprocedure met onderhandeling.

15.1. In het derde en vijfde middel voert de verzoekende partij samengevat aan dat de verwerende partij de verplichting had de substantieel onregelmatige offerte van de nv Vanassche FFE voor perceel 1 nietig te verklaren waardoor er met die offerte geen rekening meer mocht worden gehouden “op welke wijze ook”. Door de offerte van de nv Vanassche FFE nog nadere uitwerking te verlenen negeert de verwerende partij de nietigheid van die offerte.

In het zesde middel betoogt de verzoekende partij dat artikel 38, § 1, van de wet overheidsopdrachten 2016 dan ook “beperkt is tot de onregelmatige

of onaanvaardbare offertes die niet nietig zijn noch nietig werden verklaard” en derhalve enkel betrekking kan hebben op niet-substantiële onregelmatigheden.

De formele- en materiële motiveringsplicht acht de verzoekende partij tot slot in het zevende middel geschonden “nu er niet wordt geoordeeld omtrent de wettelijk voorziene nietigheid”.

15.2. Artikel 38 van de wet overheidsopdrachten 2016 bepaalt:

“§ 1. De aanbestedende overheid kan in de volgende gevallen gebruik maken van een mededingingsprocedure met onderhandeling :

1° met betrekking tot werken, leveringen of diensten die aan één of meer van de volgende criteria voldoen :

[...]

2° met betrekking tot werken, leveringen of diensten waarvoor, naar aanleiding van een openbare of niet-openbare procedure, enkel onregelmatige of onaanvaardbare offertes werden ingediend.

In het in het eerste lid, onder 2°, bedoelde geval is de aanbestedende overheid niet verplicht een aankondiging van een opdracht bekend te maken indien zij tot de procedure uitsluitend alle inschrijvers toelaat die aan de in de artikelen 67 tot 78 bedoelde criteria voldoen en die bij de voorafgaande openbare of niet-openbare procedure offertes hebben ingediend die aan de formele eisen van de plaatsingsprocedure voldeden. Indien zij niet al deze inschrijvers toelaat tot de procedure, zal de aanbestedende overheid ertoe gehouden zijn een aankondiging van een opdracht bekend te maken.

[...]”.

Artikel 96 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 bepaalt:

“Voor de toepassing van artikel 38, § 1, lid 2, van de wet, worden de offertes die de artikelen 38, 42, 43, § 1, 44, 48, § 2, 54, § 2, 55, en 83 van dit besluit en van artikel 14 van de wet naleven beschouwd als offertes die aan de formele eisen van de initiële plaatsingsprocedure voldeden.”

Het hiervoor aangehaalde artikel 38, § 1, 2°, van de wet overheidsopdrachten 2016 maakt geen onderscheid tussen substantieel en niet-substantieel onregelmatige offertes om gebruik te kunnen maken van een mededingingsprocedure met onderhandeling.

De stelling van de verzoekende partij dat artikel 38, § 1, 2°, van de wet overheidsopdrachten 2016 enkel betrekking kan hebben op onregelmatige of onaanvaardbare offertes “die niet nietig zijn noch nietig werden verklaard”, en dus enkel aangetast zijn door niet-substantiële onregelmatigheden, lijkt dus niet terug te vinden in de betrokken bepaling. Dat standpunt van de verzoekende partij lijkt de bepaling van artikel 38, § 1, 2°, bovendien haar nuttig effect te ontnemen. Indien de offertes immers slechts behept zijn met een niet-substantiële onregelmatigheid die geen aanleiding geeft tot de nietigheid ervan, lijkt de procedure gewoon te kunnen worden afgewerkt en lijkt er geen reden om in een wetsbepaling in een nieuwe plaatsingsprocedure te voorzien.

De voormelde stelling van de verzoekende partij lijkt dan ook niet te mogen worden aangenomen, net zo min als het bestaan van een bijzondere formelemotiveringsverplichting hieromtrent. Het derde, vijfde, zesde en zevende middel kunnen om die reden niet worden aanvaard als ernstig.

16.1. Het betoog van de verzoekende partij bij het tweede middel lijkt er in essentie op neer te komen dat de verwerende partij niet alle onregelmatigheden die volgens de verzoekende partij kleven aan de offerte van de nv Vanassche FFE zou hebben vastgesteld en bovendien substantiële onregelmatigheden ten onrechte als niet-substantieel zou hebben gekwalificeerd.

16.2. Uit hetgeen hiervoor onder randnummer 15.2 is vastgesteld, moet worden afgeleid dat het belang van de verzoekende partij bij haar tweede middel maar kan worden begrepen in zoverre zij aannemelijk zou maken dat de offerte van de nv Vanassche FFE niet alleen materieel substantieel onregelmatig was maar bovendien ook de formele eisen van de plaatsingsprocedure heeft miskend. Aangezien zij op het eerste gezicht in gebreke blijft zulks aan te tonen, lijkt de verzoekende partij het belang bij het tweede middel te ontberen.

17.1. In het vierde middel betoogt de verzoekende partij samengevat dat hoewel haar offerte door hoogstens één – betwiste – substantiële onregelmatigheid is aangetast, de offerte van de nv Vanassche FFE is behept met talrijke substantiële onregelmatigheden die niet eens allemaal zijn vastgesteld. De verzoekende partij uitsluiten van de mededingingsprocedure met onderhandeling

wegens één substantiële onregelmatigheid en de andere inschrijver “ongemoeid” laten ondanks de talrijke substantiële onregelmatigheden en zijn offerte “verdere uitwerking” geven, getuigt van een ongelijke en niet-transparante wijze van handelen.

17.2. Dit betoog van de verzoekende partij lijkt de economie van de bepaling van artikel 38, § 1, 2°, van de wet overheidsopdrachten 2016 te miskennen. Overeenkomstig artikel 76, § 3, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 zijn voor perceel 1 de beide offertes omwille van de substantiële onregelmatigheid ervan nietig bevonden. De uitnodiging van de inschrijver die aan de kwalitatieve selectievereisten voldoet en wiens offerte ingediend naar aanleiding van de aldus stopgezette openbare procedure formeel regelmatig was, verantwoordt slechts de opstart van de mededingingsprocedure met onderhandeling zonder de verplichting voor de aanbestedende overheid de aankondiging van de opdracht bekend te maken. De beoordeling van de regelmatigheid van de alsdan nieuw in te dienen offertes zelf zal via de geëigende procedure moeten worden afgewikkeld.

De beide offertes zijn, wat het perceel 1 betreft, substantieel onregelmatig bevonden, op grond waarvan is besloten perceel 1 niet te gunnen. De ongelijkheid die de verzoekende partij grieft en die het enkel toelaten tot de mededingingsprocedure met onderhandeling zonder bekendmaking betreft van inschrijvers die naar aanleiding van de eerdere vruchteloze openbare procedure een formeel regelmatige offerte hadden ingediend, is gevalideerd door de wetgever met de bepaling van het hiervoor aangehaalde artikel 38, § 1, 2°.

Ook het vierde middel is niet ernstig.

18. Aldus is geen middel als ernstig aangenomen zodat de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient te worden verworpen.

VI. Besluit en kosten

19. Er is te dezen grond om met toepassing van artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en artikel 67, § 1, van het besluit van

de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’, de verwerende partij de door haar gevraagde basisrechtsplegingsvergoeding van 700 euro toe te kennen, nu zij door de verwerping van de vordering tot schorsing als in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

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 30 januari 2018, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Dierk Verbiest