

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 240.726 van 15 februari 2018

in de zaak A. 221.887/XII-8351

In zake: de NV VEOLIA
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Frank Judo en Stijn Maeyaert
kantoor houdend te 1000 Brussel
Keizerslaan 3
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het AUTONOOM GEMEENTEBEDRIJF ZAVENTEM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Gitte Laenen
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 7 april 2017, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing van het Autonoom Gemeentebedrijf Zaventem van 6 februari 2017 [...] waarbij de opdracht ‘Onderhoud met totale waarborg- en EnergiePrestatieContracten (OEPC) voor het zwembad De Motte’ gegund wordt aan de nv TPF Utilities en waarin derhalve de (impliciete) beslissing vervat ligt om de opdracht niet te gunnen aan [de nv Veolia]”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij en de verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 30 januari 2018.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Stijn Maeyaert, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Fabian Swennen, die loco advocaat Gitte Laenen verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens 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 diensten “Onderhoud met totale waarborg- en EnergiePrestatieContracten (OEPC) voor het zwembad De Motte”.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 29 juni 2016 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 5 juli 2016.

In deze bekendmaking luidt het voorwerp van de opdracht:

“OEPC: Onderhoud, Energie en Prestatie Contract voor het zwembad ‘De Motte’ van de gemeente Zaventem.

De opdracht bestaat uit het ui[t]voeren van een OEPC overeenkomst dat voorziet in het reduceren van het energieverbruik in het zwembad ‘De Motte’ te Zaventem. De geselecteerde opdrachtnemer zal een Onderhoud en Energie Prestatie Contract met het Directiecomité van het Autonoom Gemeentebedrijf Zaventem, verder aangeduid als opdrachtgever, afsluiten voor een periode van 10 jaar.

Het uitvoeren van onderhouds- en depannagewerken met de garantie van het behoud van conditie 3, volgens de norm NEN2767, gedurende de totale looptijd van het contract, voor wat betreft de technische installaties.

Het contract neemt ingang vanaf 01 - dec - 2016).”

De gunningswijze is de open offerteaanvraag.

3.2. In het toepasselijke bestek CAD/2015/259/TD/SPOR/910 wordt onder meer het volgende vermeld:

“Vereiste erkenning van aannemers (categorie en klasse – de klasse wordt bepaald op het ogenblik van de gunning)

D18 (Ventilatie, luchtverwarming en airconditioning), Klasse 6

D16 (Sanitaire installaties en gasverwarmingsinstallaties met individuele toestellen), Klasse 6

D17 (Centrale verwarming, thermische installaties), Klasse 6.”

3.3. De verzoekende partij stelt aan de verwerende partij een aantal vragen over de opdracht en het bestek met een e-mailbericht van 18 juli 2016 waarop de verwerende partij antwoordt met een e-mailbericht van 18 augustus 2016; hierna grijpt nog verder contact plaats.

Met een brief van 8 september 2016 schrijft de verzoekende partij aan de verwerende partij onder meer:

“Veolia is al jaren een trouwe partner voor de gemeente Zaventem voor wat betreft het onderhoud van het zwembad. We willen er dan ook alles aan doen om deze relatie te behouden en onze diensten te verzekeren. Met

dit schrijven wensen we onze bezorgdheid te uiten omtrent de huidig lopende offertevraag in dit kader. Meermaals hebben we aangegeven dat het huidige bestek tal van tegenstrijdigheden en technische fouten bevat, met als gevolg dat wij niet in staat zijn een conforme offerte aan te bieden. We verwijzen naar tal van mailberichten en telefonisch contact. Gezien de technische complexiteit van het dossier heeft de gemeente ons verzocht onze vragen te richten aan het betrokken studiebureau Sweco. Op 30 augustus hadden wij een videoconferentie met betrokken projectmanager van Sweco hieromtrent. Na een uitgebreide sessie van een uur werd door Sweco bevestigd dat er inderdaad een aantal cruciale fouten in het lastenboek vermeld zijn en een aantal zaken ontbreken. Vervolgens zou Sweco een actieplan opmaken en deze asap aan de gemeente Zaventem voorleggen, echter tot op heden, naar onze info, zonder resultaat. Gevolg is dat we tot op vandaag onvoldoende informatie hebben om een degelijke offerte aan te bieden. Gezien de opdrachtnemer belangrijke sommen moet investeren en financieren is er sprake van een groot risico. Graag hadden wij dan ook op korte termijn een standpunt van het bestuur en betrokken diensten. Ons advies is om het huidige bestek op te schorten met enkele weken (afhankelijk van input Sweco), zodat de aanpassingen kunnen gebeuren en er geen nieuw bestek moet gepubliceerd worden. Ter wijze van inlichtingen hebben wij de opmerkingen in het bestek verwerkt en in bijlage van dit schrijven toegevoegd. Het Veolia – team staat ter uwer beschikking voor meer tekst en uitleg hieromtrent.”

3.4. Twee inschrijvers dienen een offerte in, namelijk de verzoekende partij en de nv TPF Utilities.

De verzoekende partij vermeldt bij haar offerte dat deze niet met kennis van zaken kon worden opgesteld; in de inventaris bij haar offerte merkt zij op:

“Aan bovenvermelde tarieven kunnen geen rechten worden ontleend, wanneer niet aan de hierna volgende voorwaarden kan voldaan worden. De bedragen zijn bijgevolg indicatief.

Voorwaarden

1. Beperking van de boetes tot maximaal 10 % van de jaarlijkse prestatievergoeding.

2. Beperking van de aansprakelijkheid voorstel:

De totale aansprakelijkheid van Veolia voor zowel contractuele als buitencontractuele schade is in alle gevallen, zelfs in geval van grove fout, per jaar en per schadegeval beperkt tot voor:

- schade aan eigendom, met een Max van 1.000.000 € en
- voor alle andere schade 100.000 € per jaar.

3. Voor de energiebesparende maatregelen beroepen wij ons op de afschrijvingstabel voor de waarde van de betrokken projecten.

Bij vroegtijdige beëindiging van het contract zal het saldo op de afschrijvingstabel in rekening worden gebracht.

We verwijzen tevens naar ons aangetekend schrijven van 08 september waarin we kenbaar maken dat het bestek tal van fouten bevat in zowel de teksten en formules. Bij dit aangetekend schrijven hebben wij een overzicht gevoegd met alle onduidelijkheden en fouten. We houden ons bijgevolg het recht voor te stellen dat onze cijfers indicatief zijn. In bijlage hebben we onze opmerkingen nogmaals toegevoegd.”

3.5. Op 5 december 2016 wordt de opdracht na een eerste nazichtsverslag gegund aan de verzoekende partij.

Hiertegen dient de nv TPF Utilities een vordering in tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid, zaak gekend onder rolnummer 221.100/XII-8282, waarop de verwerende partij beslist de gunningsbeslissing in te trekken en de Raad in zijn arrest nr. 237.081 van 19 januari 2017 deze intrekking vaststelt.

3.6. Er wordt op 1 februari 2017 een tweede nazichtsverslag opgesteld en op 6 februari 2017 een nieuwe gunningsbeslissing genomen waarbij de offerte van de verzoekende partij onregelmatig wordt verklaard en de opdracht wordt gegund aan de nv TPF Utilities.

Hierbij wordt in de beslissing overwogen:

“De offerte van Veolia bevat diverse voorbehouden waarin Veolia aangeeft de opdracht niet te willen uitvoeren volgens de voorschriften van de opdrachtdocumenten en de uitvoering van de opdracht koppelt aan het vervullen van verschillende voorwaarden die geen steun vinden in de opdrachtdocumenten of de overheidsopdrachtenreglementering.

Na het invullen van de inventaris geeft Veolia aan dat ‘aan bovenvermelde tarieven geen rechten kunnen worden ontleend, wanneer niet aan de hierna volgende voorwaarden kan voldaan worden. De bedragen zijn bijgevolg indicatief.’

Veolia vervolgt met het voorwaardelijk maken van de in de offerte beschreven verbintenis door deze afhankelijk te maken van een aanpassing van de voorwaarden betreffende, onder meer, (i) de beperking van aan-

sprakelijkheid, (ii) het boetesysteem, (iii) een vergoeding bij vroegtijdige beëindiging.

Vervolgens wordt op vijftien pagina's een aantal vragen gesteld, worden opmerkingen gemaakt en worden diverse voorbehouden en vragen geformuleerd. De diverse vragen en voorwaarden impliceren verregaande onderhandelingen met de aanbestedende overheid dewelke niet zijn toegestaan binnen het raam van de open offerteaanvraag. Bovendien houden de vragen en opmerkingen aanzienlijke onzekerheid in omtrent de in de offerte beschreven verbintenissen.

Aangezien de gemaakte voorbehouden betrekking hebben op essentiële bepalingen van het bestek (prijs, technische specificaties, aansprakelijkheid,...) brengen zij de gelijkheid van de inschrijvers in het gedrang en maken zij een concrete vergelijking van de offertes onmogelijk. In die zin zijn de voorbehouden te kwalificeren als de door artikel 95, § 3 KB Plaatsing voorbehoude[n] dewelke in dit geval moeten leiden tot de wering van de offerte van Veolia als substantieel onregelmatig.

Daarnaast is de vermelding waarbij, na het invullen van de inventaris, wordt aangegeven dat aan de geboden tarieven geen rechten kunnen worden ontleend tenzij aan de opgelegde voorwaarden wordt voldaan, op zich, een afwijking van een essentiële besteksbepaling (de prijs) waardoor de verbintenis van de inschrijver niet vaststaat. Ook deze vaststelling leidt, met toepassing van artikel 95, §3 KB Plaatsing, tot de wering van de offerte van Veolia omwille van een substantiële onregelmatigheid.

Tenslotte noopt ook de vermelding 'de bedragen zijn bijgevolg indicatief' tot de vaststelling dat de verbintenis van Veolia niet vaststaat waardoor de offertes, minstens op het vlak van prijs, niet voldoende kunnen worden vergeleken. Ook deze vermelding in de offerte leidt er, op zich, toe dat de offerte, met toepassing van artikel 95, §3 KB Plaatsing, als substantieel onregelmatig moet worden geweerd."

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

Standpunt van de partijen

4.1. De verwerende partij merkt op dat de verzoekende partij die een onregelmatige offerte heeft ingediend, geen belang heeft bij haar beroep tegen de gunningsbeslissing "tenzij uit de middelen blijkt dat [haar] offerte ten onrechte onregelmatig werd verklaard dan wel dat de opdracht aan geen enkele inschrijver mocht worden toegewezen". "Enkel het aanvaarden van het eerste middel kan, in het beste geval leiden, tot de vaststelling dat verzoekende partij – hoogstens – een gekwalificeerd moreel belang zou kunnen hebben bij het beroep. Zowel het tweede als het derde middel hebben geen uitstaans met de regelmatig-

heid van de offerte of het bekomen van een kans op de uitvoering van de opdracht. Wanneer [de] Raad het eerste middel verwerpt, moet, vervolgens, worden vastgesteld dat verzoekende partij geen belang heeft bij het tweede en derde middel.”

Beoordeling

4.2. In het auditorsverslag wordt geconcludeerd dat de exceptie samenhangt met de grond van de zaak. Hierop wordt door geen van beide partijen in hun laatste memorie uitdrukkelijk een ander standpunt ingenomen.

De exceptie betreft de middelen.

V. Onderzoek van het tweede en eerste middel

A. Tweede middel

Standpunt van de partijen

5.1.1. De verzoekende partij voert de schending aan “van artikelen 23 en 25 van de wet betreffende de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006, van het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* als algemene beginselen van behoorlijk bestuur, van het gelijkheids-, mededingings- en transparantiebeginsel, van het zorgvuldigheidsbeginsel en het beginsel van de materiële motivering als de algemene beginselen van behoorlijk bestuur evenals van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991, al dan niet samengelezen met de wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten”.

Zij betoogt:

“Doordat, eerste onderdeel, AGZ heeft bepaald dat de inschrijvers dienen te beschikken over erkenningen van het niveau klasse 6,
Doordat, AGZ de opdracht heeft gegund aan TPF Utilities die niet over dergelijke erkenningen van het niveau klasse 6 beschikt,
Terwijl, een aanbestedende overheid de regels die van toepassing zijn op de opdracht (en die zij zelf heeft uitgevaardigd), waaronder regels inzake vereiste erkenningen, dient te eerbied[ig]en,
En terwijl, een aanbestedende [overheid] de ingediende offertes zorgvuldig dient te onderzoeken in het licht van de opdrachtdocumenten en ervoor dient te zorgen dat de beslissing op rechtsgeldige motieven is gesteund,
Zodat, de bestreden beslissing strijdig is met het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, het zorgvuldigheidsbeginsel en het beginsel van de materiële motivering.
Doordat, tweede onderdeel, TPF Utilities niet wordt geweerd, hoewel zij niet over de vereiste erkenningen beschikt, met als gevolg dat zij op dezelfde wijze wordt behandeld als een inschrijver die de vereiste erkenningen wel bezit, aangezien die laatste evenmin wordt geweerd wegens de vereiste erkenningen,
Terwijl, het gelijkheidsbeginsel gebiedt dat personen die zich in verschillende situaties bevinden, niet op dezelfde wijze worden behandeld,
Zodat, de bestreden beslissing strijdig is met het gelijkheidsbeginsel.
En doordat, derde onderdeel, in het (eerste) gunningsverslag dat leidde tot de eerste – intussen ingetrokken – gunningsbeslissing nog werd aangegeven dat de erkenningen waren nagezien en de erkenningen van TPF Utilities bovendien ‘OK’ waren,
En doordat, in het (tweede) gunningsverslag dat leidde tot de huidige bestreden beslissing niet langer gewag gemaakt wordt van een controle van de erkenningen van de inschrijvers en in dit verband dan ook niet langer wordt vermeld dat de erkenningen van TPF Utilities ‘OK’ zouden zijn, maar evenmin dat deze niet ‘OK’ of ‘NOK’ zouden zijn,
Doordat, deze vaststellingen, in combinatie met de vaststelling dat TPF Utilities niet over de vereiste erkenningen beschikt, redelijkerwijze doen besluiten dat AGZ het probleem van de niet-erkenning in hoofde van TPF Utilities op een bepaald ogenblik heeft opgemerkt, waarna zij dit vervolgens op een niet-transparante wijze, zonder de nodige openbaarheid of communicatie naar alle inschrijvers toe te waarborgen, tevergeefs heeft proberen te verhelpen of verbergen,
Terwijl, de handelingen en de communicatie van een aanbestedende overheid in het kader van een gunningsprocedure steeds transparant dienen te zijn, alsook formeel gemotiveerd, zeker met betrekking tot cruciale aspecten zoals het niet voldoen aan erkenningen die de aanbestedende overheid als minimale vereisten heeft beschouwd voor de gunning en goede uitvoering van de opdracht,

Zodat, de bestreden beslissing strijdig is met het transparantiebeginsel, en bijgevolg ook met het gelijkheids- en mededingingsbeginsel, alsook met het beginsel van de formele motivering.”

In de toelichting bij het eerste middelonderdeel verwijst de verzoekende partij naar de besteksbepalingen inzake de gevraagde erkenningen. De gekozen inschrijver heeft echter volgens opzoekingen van de verzoekende partij niet de vereiste erkenningen doch slechts de erkenningen D16 klasse 1, D17 klasse 5 en D18 klasse 1, daar waar het bestek voor elk van die categorieën klasse 6 vooropstelt. Dienvolgens dient de gekozen inschrijver te worden geweerd wat de verwerende partij echter niet heeft gedaan. De verwerende partij leeft dan ook haar besteksbepalingen niet na. Ook benadrukt zij dat de wetgeving de erkenningsregeling voor aannemers niet automatisch van toepassing acht op opdrachten voor diensten doch dat de verwerende partij er blijkbaar voor heeft gekozen in het bestek een erkenningsregeling op te nemen.

Bij de toelichting van het tweede middelonderdeel wijst de verzoekende partij erop dat zij wel over de nodige erkenningen beschikt zodat volgens haar er sprake is van een ongelijke behandeling tussen haar offerte en die van de gekozen inschrijver.

Bij de toelichting van het derde middelonderdeel beklemtoont de verzoekende partij dat uit de vergelijking van de gunningsverslagen blijkt dat de verwerende partij het transparantiebeginsel heeft geschonden door in het tweede gunningsverslag opeens geen gewag meer te maken van de erkenningsvoorwaarde.

5.1.2. De verwerende partij merkt op dat het middel geen uitstaans heeft met de regelmatigheid van de offerte of het verkrijgen van een kans op de uitvoering van de opdracht zodat het onontvankelijk is.

Voorts wijst zij erop dat de vereiste waarbij aannemers over een erkenning moeten beschikken, vervat ligt in artikel 3, § 1, van de wet van

20 maart 1991 ‘houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken’ waarbij wordt bepaald dat opdrachten voor aanneming van werken waarvan de omvang een bij koninklijk besluit vastgesteld bedrag overschrijdt, slechts mogen worden gegund aan aannemers die daarvoor zijn erkend. Het kwestieus bestek en de bekendmaking kwalificeert de opdracht echter als een opdracht voor diensten; het tweede verslag van nazicht herneemt die kwalificatie en bevat geen evaluatie van de erkenningsvereiste omdat de “besteksbepaling waarbij een erkenning als aannemer van werken werd gevraagd, [...] als niet bestaand [werd] beschouwd” en dus als niet van toepassing. Immers, “[u]it zowel de wetgeving betreffende de erkenning van aannemers als de rechtspraak van de Raad van State blijkt dat het opleggen van een vereiste erkenning exclusief is voorbehouden aan de opdrachten van werken”. Erkenningsvereisten gelden uitsluitend voor opdrachten voor werken.

De verwerende partij besluit dat het middel dan ook uitgaat van een premisse die feitelijke en juridische grondslag mist.

5.1.3. De verzoekende partij merkt in haar memorie van wederantwoord op dat zij wel belang heeft bij het middel omdat erin wordt aangevoerd dat de opdracht niet mocht worden gegund aan de nv TPF Utilities; aangezien haar eigen offerte onregelmatig werd verklaard en er slechts twee inschrijvers zijn, zou aldus blijken dat de opdracht aan geen enkel inschrijver mocht worden gegund.

Ten gronde merkt de verzoekende partij op dat de rechtspraak van Raad van State, waar de verwerende partij naar verwijst, de verwerende partij niet bijvalt, integendeel. De Raad oordeelde in het arrest nr. 212.054 weliswaar dat de erkenningsreglementering niet van toepassing is op een dienstenopdracht maar wel dat het bestek een erkenningsvoorwaarde mag opleggen voor zo’n opdracht en de aanbestedende overheid haar bestek moet naleven. Het door de verwerende partij tweede aangehaalde arrest, nr. 226.999, noopt evenmin tot de conclusie dat een aanbestedende overheid haar besteksvereiste inzake erkenning bij een dienstenopdracht niet moet naleven.

De verzoekende partij besluit dat de verwerende partij te dezen haar eigen besteksvereisten inzake erkenning, die nuttig kan zijn bij bepaalde dienstenopdrachten, zoals hier het geval is, niet heeft nageleefd.

5.1.4. In haar laatste memorie, na een voor haar negatief auditoraatsverslag, wijst de verwerende partij erop dat de erkenningsregels voor aannemers van werken, namelijk de voormelde wet van 20 maart 1991 en het koninklijk besluit van 26 september 1991 ‘tot vaststelling van bepaalde toepassingsmaatregelen van de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken’ van openbare orde zijn. “De obligatoire toepassing van de erkenningsregels is effectief exclusief voorbehouden voor opdrachten voor werken [...]” en niet voor dienstenopdrachten. In de voorliggende zaak is het door de inschrijver voorleggen van het voldoen aan de erkenningsvereisten niet op straffe van nietigheid voorgeschreven en is geenszins een essentiële besteksbepalings. Aldus heeft de verwerende partij de kwestieuze besteksbepalings buiten beschouwing gelaten op grond van haar discretionaire bevoegdheid om te oordelen welke maatregelen volgens haar het meest geschikt zijn om het door de norm van het objectief recht gestelde doel te bereiken.

Zij besluit:

“Gelet op het gegeven dat er *in casu* geen sprake is van een overtreding van een essentiële besteksbepalings door de gekozen inschrijver gaat het dienvolgens niet op dat verzoekster zonder meer een schending van het *patere legen quam ipse fecisti*-beginsel opwerpt.

Verzoekster slaagt er niet [in] afdoende hard te maken dat een schending van voormeld beginsel voorhanden is noch dat de offerte van de gekozen inschrijver substantieel onregelmatig is.

Aangezien verweerster beschikte over de nodige beoordelingsvrijheid dewelke voortvloeit uit de ruime discretionaire bevoegdheid die zij geniet in het kader van de evaluatie van offertes, was zij geenszins verplicht om de offerte van de gekozen inschrijver als onregelmatig te verwerpen.

De opdracht mocht/kon aldus wel degelijk gegund worden aan de gekozen inschrijver, zodat verzoekster geen belang heeft bij het tweede middel.”

5.1.5. De verzoekende partij betoogt in haar laatste memorie dat het algemeen belang niet wordt geschaad indien de erkenningsreglementering op facultatieve wijze wordt toegepast.

Voorts benadrukt zij dat de erkenningsvereiste dient te worden nagegaan in de selectiefase en dat de verwerende partij met haar verweer eigenlijk niet naar de selectiefase verwijst maar naar het regelmatigheidsonderzoek dat geen uitstaans heeft met de selectiefase; de argumentatie inzake al dan niet essentiële besteksbepalingen is dan ook niet relevant.

Ten slotte wijst zij erop dat daar waar de verwerende partij een ruime beoordelingsvrijheid heeft bij het vaststellen van de regels inzake selectie – zo mag een aanbestedende overheid een erkenningsvereiste opnemen al is de erkenningsreglementering niet van toepassing – zij niet meer over zulke vrijheid beschikt bij het toepassen van deze vastgestelde regels.

Beoordeling

5.2.1. De verwerende partij heeft bij de selectiebepalingen van haar bestek specifieke erkenningsvoorwaarden opgenomen. Daarbij heeft zij echter de volledige erkenningsreglementering niet van toepassing verklaard; evenmin is deze reglementering, aangezien het geen opdracht voor werken betreft, van rechtswege van toepassing.

De verwerende partij heeft de nv TPF Utilities de opdracht gegund terwijl deze inschrijver volgens de verzoekende partij, en dit betwist de verwerende partij niet, niet beantwoordt aan deze selectievereisten, weze het enkel de klasse.

5.2.2. De verwerende partij betoogt op de eerste plaats dat de erkenningsvereisten slechts mogen worden opgelegd voor opdrachten voor werken zodat zij bij de selectie geen rekening moest houden met deze vereisten.

Deze opvatting wordt niet bijgevalen. Het is een aanbestedende overheid toegestaan, in het kader van haar beleidsvrijheid om selectievoorwaarden vast te stellen, gebruik te maken van het vocabularium van de erkenningsreglementering mits zij bij het vaststellen van selectie-eisen de overheidsopdrachtenreglementering inzake het vaststellen van selectie-eisen, zoals een evenredigheid tussen de opdracht en het vereiste, in acht neemt; de verwerende partij voert niet aan dat de selectievereisten zouden strijden met die laatste reglementering. Het verplichte karakter van de erkenningsreglementering inzake opdrachten voor werken, houdt ook niet in dat een aanbestedende overheid er geen vrijwillige toepassing van mag maken ten aanzien van opdrachten voor diensten.

Het verweer gevoerd in de memorie van antwoord gaat niet op.

5.2.3. In haar laatste memorie verandert de verwerende partij enigszins het geweer van schouder; thans luidt het dat zij deze besteksvereisten als niet essentieel mocht beschouwen en dus over het manco in hoofde van de gekozen inschrijver mocht heenstappen.

Ook hier kan de verwerende partij niet worden bijgevalen.

Naast het feit dat van deze opvatting noch in de bestreden beslissing, noch in het gunningsverslag of een ander stuk uit het administratief dossier, enig spoor is terug te vinden, moet met de verzoekende partij worden vastgesteld dat het een aanbestedende overheid in beginsel niet is toegelaten haar selectie-eisen zomaar buiten toepassing te laten; de verwerende partij laat in elk geval geen gegronde reden – dat de erkenningsregeling bij werken van openbare orde zou zijn, houdt niet in dat ze niet vrijwillig mag worden toegepast bij diensten – kennen waarom zij, als zij al daartoe gerechtigd zou zijn, van de kwestieuze erkenningsvereisten is afgestapt.

Zo de verwerende partij van mening zou zijn geweest dat zij zich bij de voorliggende opdracht voor diensten bijvoorbeeld heeft vergist bij het

vaststellen van de selectie-eisen, dan mag zij het bestek tijdens de gunningsprocedure niet zomaar en dit zonder bekendmaking wijzigen of delen ervan helemaal niet toepassen en dit onder meer omdat het gelijkheidsbeginsel en het mededingingsbeginsel met de gelijke toegang tot de markt, fundamentele rechtsbeginselen in de materie van de overheidsopdrachten, aldus in het gedrang komen.

Het verweer zoals geformuleerd in de laatste memorie wordt niet aangenomen.

5.2.4. Het eerste middelonderdeel is in de aangegeven mate gegrond en verantwoordt de nietigverklaring van de gunningsbeslissing.

De verzoekende partij heeft belang bij het middelonderdeel omdat zijzelf onregelmatig – terecht zoals hierna bij de beoordeling van het tweede onderdeel van het eerste middel zal blijken – is verklaard en de gekozen inschrijver als de enige regelmatige inschrijver door de verwerende partij werd beschouwd.

Het tweede en derde middelonderdeel leiden niet tot een ruimere nietigverklaring.

B. Eerste middel

Standpunt van de partijen

6.1.1. De verzoekende partij voert de schending aan van “de artikelen 23 en 25 van de wet betreffende de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006, van het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel en het beginsel van de materiële motivering als algemene beginselen van behoorlijk bestuur”.

Zij betoogt:

“Doordat, eerste onderdeel, het op de huidige opdracht toepasselijke bestek fouten en onduidelijkheden bevat die het onmogelijk hebben gemaakt om met kennis van zaken een offerte en dus een prijsopgave in te dienen, Terwijl, een aanbestedende overheid een bestek op zorgvuldige wijze dient voor te bereiden of op te stellen om het de inschrijvers mogelijk te maken om met kennis van zaken, en met een degelijk zicht op de risico’s die op hen kunnen rusten bij uitvoering, een offerte in te dienen, temeer indien het een opdracht tegen een globale prijs betreft waarbij een forfaitaire prijs het geheel van de prestaties van de opdracht of van elke post dekt,

Zodat, de bestreden beslissing strijdig is met artikelen 23 en 25 van de wet betreffende de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006, van het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur

Doordat, tweede onderdeel, AGZ de offerte van de verzoekende partij substantieel onregelmatig heeft verklaard omdat daarin zogenaamde voorbehouden, vragen en opmerkingen worden gemaakt met betrekking tot essentiële bepalingen van het bestek die de vergelijking tussen de offertes onmogelijk zou hebben gemaakt en hebben doen twifelen aan de verbintenis van de verzoekende partij,

Terwijl, de zogenaamde voorbehouden, vragen en opmerkingen in de offerte van de verzoekende partij het gevolg zijn van het feit dat het bestek onduidelijkheden en fouten bevatte, en dus een gevolg zijn van de onzorgvuldigheid van het bestuur,

En terwijl, een zorgvuldige en redelijk handelend bestuur in die omstandigheden niet wettig kan beslissen om de zogenaamde voorbehouden, vragen en opmerkingen in de offerte van een inschrijver die het gevolg zijn van haar eigen gebrekkig handelen, aan te wenden om diezelfde inschrijver te weren door diens offerte (substantieel) onregelmatig te verklaren,

En terwijl, een gunningsbeslissing moet steunen op rechtsgeldige motieven,

En terwijl, om haar kansen op gunning van de opdracht te vrijwaren, de verzoekende partij genoodzaakt was een offerte met zogenaamde voorbehouden, vragen en opmerkingen in te dienen,

Zodat, de bestreden beslissing strijdig is met artikelen 23 en 25 van de wet betreffende de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006, het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel en het beginsel van de materiële motivering als algemene beginselen van behoorlijk bestuur.”

In haar toelichting bij het tweede onderdeel wijst de verzoekende partij erop dat haar offerte substantieel onregelmatig werd verklaard “om-

dat daarin zogenaamde voorbehouden, vragen en opmerkingen worden gemaakt met betrekking tot essentiële bepalingen van het bestek die de vergelijking tussen de offertes onmogelijk zou[den] hebben gemaakt en hebben doen twijfelen aan de verbintenis van de verzoekende partij”. De verzoekende partij meent dat de verwerende partij haar offerte niet mocht hebben geweerd omdat de verwerende partij zelf verantwoordelijk is voor deze onregelmatigheid door een onwettig bestek voor te stellen.

6.1.2. In haar memorie van wederantwoord benadrukt de verzoekende partij dat zij geen regelmatige offerte kon indienen omdat zij geen concreet zicht had op het op haar rustende uitvoeringsrisico.

Beoordeling

6.2.1. In het eerste middelonderdeel voert de verzoekende partij aan dat het bestek onwettig is omdat het diverse fouten en onduidelijkheden bevat.

6.2.2. In het tweede middelonderdeel voert de verzoekende partij in wezen aan dat de verwerende partij haar offerte onregelmatig heeft verklaard maar dat het bestek onwettig is en haar niet toeliet een regelmatige offerte in te dienen.

De verzoekende partij kan niet worden bijgevalen wanneer zij beweert dat haar offerte slechts onregelmatig is verklaard omdat het bestek onwettig was.

De offerte van de verzoekende partij is onder meer onregelmatig verklaard omdat zij haar offerte slechts als bindend beschouwde in de mate dat haar aansprakelijkheid voor zowel contractuele als buitencontractuele schade in alle gevallen, zelfs in geval van grove fout, per jaar en per schadegeval beperkt bleef tot, voor schade aan eigendom, een maximum van 1.000.000 euro en, voor alle andere schade, 100.000 euro per jaar.

De verzoekende partij heeft hier eigen regels naar voor geschoven die het bestek aanvullen op essentiële elementen. De verzoekende partij kan hier niet worden gevolgd in haar opvatting dat zij zich zou hebben beperkt tot het formuleren van onwettigheden ten aanzien van bestaande besteksregels, zij heeft het bestek zelf naar eigen inzichten aangevuld.

Deze conclusie houdt in dat de offerte van de verzoekende partij in elk geval onregelmatig moet worden verklaard, los van de vraag naar de wettigheid van de besteksregels; een inschrijver mag hoe dan ook niet worden toegelaten eenzijdig het bestek te wijzigen of aan te vullen.

Het tweede middelonderdeel is dan ook niet gegrond en het besluit is dat de verzoekende partij een onregelmatige offerte heeft ingediend.

6.2.3. Het eerste middelonderdeel moet niet worden beoordeeld omdat de verzoekende partij er geen belang bij heeft. Uit het ongegrond bevinden van het tweede onderdeel van het eerste middel en het gegrond bevinden van het tweede middel vloeit voort dat de verzoekende partij onregelmatig is en dat de gunningsbeslissing moet worden vernietigd.

C. Wat de impliciete weigeringsbeslissing betreft

7. De verzoekende partij vordert ook de formele vernietiging van de impliciete beslissing de opdracht niet aan haar te gunnen.

Aangezien haar offerte terecht als onregelmatig werd beoordeeld door de verwerende partij en, overigens, de verzoekende partij zelf opwerpt dat het bestek onwettig is en aldus aangeeft dat de opdracht dan ook aan niemand mocht worden gegund, wordt het beroep op dit punt verworpen wegens gebrek aan belang in hoofde van de verzoekende partij.

De strekking van het derde en laatste middel waarin de verzoekende partij de schending aanvoert van artikel 11 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’ leidt niet tot een ander besluit.

VI. Kosten

8. 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 verzoekende partij de door haar gevraagde basisrechtsplegingsvergoeding van 700 euro toe te kennen, nu zij door de inwilliging van het beroep als de in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van het Autonoom Gemeentebedrijf Zaventem van 6 februari 2017 waarbij de opdracht “Onderhoud met totale waarborg- en EnergiePrestatieContracten (OEPC) voor het zwembad De Motte” wordt gegund aan de nv TPF Utilities.

2. De Raad van State verwerpt het beroep voor het overige.

3. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verzoekende partij;

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 15 februari 2018, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest