

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 242.924 van 13 november 2018

in de zaak A. 226.464/XII-8633

In zake: de NV VIX TECHNOLOGY BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Günther L'heureux
kantoor houdend te 1200 Brussel
Gulledelle 96/3
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de VLAAMSE VERVOERMAATSCHAPPIJ DE LIJN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Frank Judo en Stijn Maeyaert
kantoor houdend te 1000 Brussel
Keizerslaan 3
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de SAS CONDUENT BUSINESS SOLUTIONS FRANCE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Kris Wauters en Sophie Bleux
kantoor houdend te 1170 Brussel
Terhulpsessesteenweg 187
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 18 oktober 2018, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de “beslissing van de raad van bestuur van [De Lijn] van 3 oktober 2018 om de verbeterde offerte van [de nv Vix Technology Belgium] in het kader van de overheidsopdracht onder de vorm van een raamovereenkomst voor het aankopen van contactloos EMV (cEMV) en Account Based Ticketing (ABT) diensten en

toestellen voor het cEMV/ABT-project voor een duurtijd van 10 jaar onregelmatig te verklaren en de overheidsopdracht te gunnen aan Conduent Business Solutions France sas en niet aan [de nv Vix Technology Belgium]”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 30 oktober 2018 heeft de sas Conduent Business Solutions France gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 6 november 2018, om 11.00 uur.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Günther L’heureux, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaten Frank Judo en Stijn Maeyaert, die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaten Kris Wauters en Sophie Bleux, die verschijnen voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Inge Vos heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. De Vlaamse Vervoermaatschappij De Lijn schrijft een overheidsopdracht voor diensten in de speciale sectoren uit met als voorwerp het “[a]ankopen van contactloos EMV (cEMV) en Account Based Ticketing (ABT) diensten en toestellen voor het cEMV/ABT project”.

‡BDLSOAHCH-BDFEEAV‡

Het betreft het sluiten van een raamovereenkomst met één enkele deelnemer voor de duur van 10 jaar.

De opdracht wordt gegund bij wijze van onderhandelingsprocedure met voorafgaande oproep tot mededinging.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 10 november 2017 en het Supplement tot het Publicatieblad van de Europese Unie van 15 november 2017.

3.3. Acht gegadigden dienen tijdig een kandidaatstelling in, waarvan er bij beslissing van 9 februari 2018 zeven worden geselecteerd en uitgenodigd om een eerste offerte in te dienen:

- de as Ridango,
- De Lijn Cemv/ABT Project: Conduent & Adyen
- de bv Thales Transportation System,
- de nv Kapsch CarrierCom Belgium,
- WSBB,
- de nv Vix Technology Belgium & CCV Group,
- T&G Group: Altron electronic GmbH, Ogloba, Vibbek AG, SIX Payment Services ltd.

3.4. Slechts drie van de geselecteerde kandidaten dienen een eerste offerte in op 27 maart 2018:

- Conduent Business Solutions France sas (volgens het gunningsverslag als opvolger van het consortium De Lijn Cemv/ABT Project),
- Vix - CCV (consortium nv Vix Technology Belgium & CCV Group),
- WSBB (consortium GmbH Scheidt en Bachmann, nv Worldline en bv Bluebridge Transactions Nederland).

3.5. Na onderhandelingen worden de inschrijvers uitgenodigd om een verbeterde offerte in te dienen op grond van een verfijnd bestek.

3.6. Met een schrijven van 24 mei 2018 deelt de bv CCV Group aan de verzoekende partij mee dat zij de samenwerking niet kan voortzetten omdat zij de door de verwerende partij vooropgestelde timing in het verfijnde bestek niet kan respecteren. Met een e-mailbericht van diezelfde dag brengt de verzoekende partij de verwerende partij hiervan op de hoogte en vraagt zij om de mogelijkheden te bespreken die haar resten voor het indienen van de verbeterde offerte.

3.7. Drie inschrijvers dienen een verbeterde offerte in die op 6 juni 2018 wordt geopend.

In deze verbeterde offerte volgt de verzoekende partij het consortium nv Vix Technology Belgium & CCV Group op.

3.8. Met een e-mailbericht van 12 juni 2018 vraagt de verwerende partij aan de verzoekende partij of zij haar verbeterde offerte van 6 juni 2018 mag beschouwen als finale offerte, hetgeen door deze inschrijver per kerend e-mailbericht wordt bevestigd.

3.9. Op 10 juli 2018 beslist de raad van bestuur van de verwerende partij om de opdracht overeenkomstig het gunningsverslag te gunnen aan de sas Conduent Business Solutions France.

In het gunningsverslag, waar de gunningsbeslissing naar verwijst, wordt de finale offerte van de verzoekende partij substantieel onregelmatig bevonden en geweerd voor de opdracht. De finale offertes van WSBB en de sas Conduent Business Solutions France worden wel als regelmatig beoordeeld en getoetst aan de gunningscriteria. In die beoordeling behaalt de finale offerte van de sas Conduent Business Solutions France een score van 71,36/100 punten, tegenover een score van 67,30/100 punten voor de finale offerte van WSBB.

3.10. Vervolgens stellen de GmbH Scheidt en Bachmann, de nv Worldline en de bv Bluebridge Transactions Nederland (samen vormend het consortium WSBB) een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in van de gunningbeslissing van 10 juli 2018.

‡BDLSOAHCH-BDFEEAV‡

Bij arrest nr. 242.226 van 23 augustus 2018 beveelt de Raad van State de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de bestreden gunningbeslissing.

3.11. Op 5 september 2018 beslist de raad van bestuur van de verwerende partij om de geschorste gunningsbeslissing van 10 juli 2018 in te trekken.

3.12. Tevens wordt door de verwerende partij een nieuw gunningsverslag opgesteld.

In het nieuwe gunningsverslag wordt in de eerste plaats onder de hoofding “indiening van de offertes” het volgende vastgesteld:

“Voor het indienen van de initiële offertes heeft een consortium wijzigingen ondergaan van samenstelling en naam: Conduent Business Solutions France SAS stelt voor als opvolger van De Lijn cEMV/ABT Project: Conduent &Adyen. Bij het indienen van haar verbeterde offerte stelt Vix Technology Belgium NV zich voor als de opvolger van het consortium Vix Technology Belgium NV & CCV Group (‘VIX-CCV’).”

Vervolgens wordt in het gunningsverslag uiteengezet waarom de indiening van een offerte door de sas Conduent Business Solutions France enerzijds, en de verzoekende partij anderzijds, wordt aanvaard, waarbij tevens ten aanzien van beide inschrijvers wordt vastgesteld dat zij voldoen aan de selectiecriteria.

De verbeterde offerte zoals ingediend door de verzoekende partij wordt echter substantieel onregelmatig bevonden en geweerd.

De verbeterde offertes van de overige twee inschrijvers worden wel regelmatig bevonden en getoetst aan de gunningscriteria. Opnieuw wordt voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de sas Conduent Business Solutions France.

3.13. Op 3 oktober 2018 beslist de raad van bestuur van de verwerende partij om de opdracht overeenkomstig het gunningsverslag te gunnen aan de sas Conduent Business Solutions France.

3.14. Met een aangetekend schrijven van 3 oktober 2018 wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat haar offerte onregelmatig werd bevonden en geweerd en de opdracht werd gegund aan een andere inschrijver.

IV. Tussenkost

4. De sas Conduent Business Solutions France blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet haar verzoek tot tussenkost worden ingewilligd.

V. Schorsingsvoorwaarden

5.1. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

5.2. Te dezen is evenwel ook de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, 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.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6.1. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 4, eerste lid, 8°, 5, 8°, en 8, § 1, van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’ (hierna: rechtsbeschermingswet), de artikelen 4 en 5 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), artikel 74 van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de speciale sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren 2017) en het verfijnde bestek, de artikelen 2 en 3 (*juncto* de definities van artikel 1) van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ (hierna: formelemotiveringswet), “de beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het motiveringsbeginsel, dat o.m. de vereiste omvat dat overheidsbeslissingen op in feite juiste en in rechte pertinente motieven dienen te zijn gesteund, het redelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel, zoals voortvloeiend uit de artikelen 10 en 11 van de Grondwet”.

6.2. In een eerste onderdeel betoogt de verzoekende partij in essentie dat de verwerende partij ten onrechte heeft nagelaten haar de mogelijkheid te verschaffen om haar verbeterde offerte te regulariseren, niettegenstaande de
‡BDLSOAHCH-BDFEEAV‡

aangevoerde onregelmatigheden hoogstens niet-substantiële onregelmatigheden betreffen.

Aangezien de verbeterde offerte initieel geen finale offerte was, diende de verwerende partij artikel 74, § 4, koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren 2017, toe te passen. Zij wijst erop dat in een begeleidend document bij het verfijnde bestek immers het volgende werd opgemerkt: “De ingediende offerte dient als dusdanig benoemd te worden. Na het indienen van de verbeterde offerte reviewed De Lijn de verbeterde offerte waarna De Lijn de inschrijver zal contacteren om te vragen of de verbeterde offerte als BAFO beschouwd mag worden”.

Bijgevolg is er volgens de verzoekende partij pas sprake van een finale offerte nadat de inschrijver heeft bevestigd dat de verbeterde offerte als finale offerte kon worden beschouwd, namelijk nadat zij met een e-mailbericht van 12 juni 2018 aan de verwerende partij op de vraag van deze laatste van dezelfde datum bevestigend had geantwoord.

Overeenkomstig artikel 74, § 4, tweede lid, koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren 2017, dient de aanbestedende entiteit, wanneer een offerte meerdere niet substantiële onregelmatigheden bevat die door hun cumulatie of combinatie de in artikel 74, § 1, derde lid, bedoelde gevolgen teweeg brengen, de inschrijver de mogelijkheid te geven om deze onregelmatigheden te regulariseren voor de onderhandelingen worden aangevat.

Uit de bestreden beslissing volgt volgens haar dat de verwerende partij de aangehaalde voorbehouden niet beschouwt als substantiële onregelmatigheden, maar wel als niet-substantiële onregelmatigheden die door hun cumulatie of combinatie de in artikel 74, § 1, derde lid, bedoelde gevolgen teweeg brengen. De verwerende partij verwijst immers naar diverse voorbehouden met betrekking tot verscheidene bestekbepalingen die zouden voorkomen in het begeleidend schrijven bij de verbeterde offerte van 6 juni 2018, zonder evenwel deze voorbehouden op zich genomen als substantiële onregelmatigheden aan te merken.

Zij betoogt dat de verwerende partij haar verbeterde offerte ten onrechte substantieel onregelmatig heeft verklaard in de zin van artikel 74 van het koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren 2017 nu in de bestreden beslissing niet wordt aangetoond, noch wordt gesteld dat de aangevoerde onregelmatigheden substantieel zouden zijn. Hoogstens kan uit de bestreden beslissing worden afgeleid dat de nietigheid is ingegeven door de vaststelling dat de offerte verscheidene niet-substantiële onregelmatigheden bevat die gecumuleerd of gecombineerd de in artikel 74, § 1, derde lid, bedoelde gevolgen teweegbrengen.

Het voorgaande geldt volgens haar des te meer, nu de verwerende partij voorafgaand aan haar vraag of de verbeterde offerte als finale offerte kon worden beschouwd, weet had van de positie waarin de verzoekende partij zich bevond wegens de late terugtrekking van de bv CCV Group uit het consortium, gelet op het e-mailbericht dat zij in dit verband op 24 mei 2018 aan de verwerende partij had verstuurd. Voor de verwerende partij moest het duidelijk zijn geweest dat de door haar aangevoerde onregelmatigheden louter te wijten waren aan de late terugtrekking van de bv CCV Group.

Aldus heeft de verwerende partij ook in strijd met artikel 4 van de wet overheidsopdrachten 2016 op een disproportionele wijze gehandeld, waardoor het opzet van deze wet, namelijk het bevorderen van de mededinging, “gefrustreerd” werd. Door de verzoekende partij niet de mogelijkheid te geven haar offerte te regulariseren heeft de verwerende partij dan ook onzorgvuldig en “kennelijk onredelijk” gehandeld.

6.3. In een tweede onderdeel betoogt de verzoekende partij dat de verwerende partij in de bestreden beslissing enkel stelt dat “de verbeterde offerte van Vix Technology Belgium NV substantieel onregelmatig is in de zin van artikel 74 van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 plaatsing overheidsopdrachten in de speciale sectoren”, doch daarbij ten onrechte nalaat aan te geven of de aangevoerde onregelmatigheden als substantieel dan wel als niet-substantieel worden beschouwd.

Dit is volgens haar nochtans bepalend, nu conform artikel 74, § 3, in samenhang met § 4 van het koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren
‡BDLSOAHCH-BDFEEAV‡

2017, de substantieel onregelmatige offerte nietig wordt verklaard, terwijl een offerte die (slechts) meerdere niet-substantiële onregelmatigheden bevat slechts nietig is, wanneer de cumulatie of combinatie van deze (niet-substantiële) onregelmatigheden de gevolgen bedoeld in artikel 74, § 1, derde lid, teweeg brengt.

Uit de bestreden beslissing kan volgens de verzoekende partij worden afgeleid dat de nietigheid is ingegeven door de vaststelling dat de offerte meerdere niet-substantiële onregelmatigheden bevat die gecumuleerd of gecombineerd de in artikel 74, § 1, derde lid, bedoelde gevolgen teweegbrengen. De verwerende partij beperkt zich tot het opsommen van de aangevoerde onregelmatigheden zonder evenwel aan te geven, laat staan aan te tonen dat een aangevoerde onregelmatigheid substantieel is in de zin van artikel 74, § 1, koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren 2017.

Het komt aan de verwerende partij toe om aan te tonen dat de aangevoerde (niet-substantiële) onregelmatigheden deze gevolgen teweegbrengen, hetgeen volgens de verzoekende partij niet is gebeurd in de bestreden beslissing. De motivering hiertoe is volgens haar niet afdoende aangezien in de bestreden beslissing louter de tekst van artikel 74, § 1, derde lid, van het koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren 2017, wordt hernomen.

De verwerende partij heeft dan ook niet de vereiste zorgvuldigheid aan de dag gelegd bij de beoordeling van de regelmatigheid van de offerte van de verzoekende partij en niet in redelijkheid kunnen beslissen dat haar offerte substantieel onregelmatig is.

De verwerende partij geeft volgens de verzoekende partij ook niet aan waarom de aangevoerde voorbehouden als onregelmatigheden dienen te worden beschouwd, noch ten aanzien van welke bestekbepalingen haar offerte voorbehouden zou inhouden.

De door de verwerende partij aangehaalde voorbehouden kunnen volgens haar trouwens niet in aanmerking worden genomen om tot de onregelmatigheid te besluiten.

Aangaande het eerste ingeroepen voorbehoud, namelijk de melding van de verzoekende partij dat niet kan worden voldaan aan de tijdsplanning, merkt zij op dat er sprake is van een ongelijke behandeling bij de beoordeling van de regelmatigheid van haar offerte en die van de gekozen inschrijver doordat het feit dat de bv CCV Group heeft aangegeven niet de door de verwerende partij voorgestelde planning te kunnen halen in haar offerte als een voorbehoud wordt beschouwd dat leidt tot onregelmatigheid van de offerte, terwijl de bv CCV Group finaal als onderaannemer van de gekozen inschrijver is opgetreden, waarbij bij de beoordeling van diens offerte geen sprake is van een voorbehoud of onregelmatigheid. In ieder geval blijkt volgens de verzoekende partij niet dat de tijdsplanning door de verwerende partij werd beschouwd als een minimale vereiste of een vereiste die door het bestek als substantieel werd bestempeld in de zin van artikel 74, § 1, vierde lid, 3°, van het koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren 2017.

Aangaande het tweede ingeroepen voorbehoud, namelijk de melding van de verzoekende partij dat haar prijzen voor software aan haar (of andere) algemene voorwaarden zijn onderworpen, merkt de verzoekende partij op dat de verwerende partij een verkeerde lezing geeft aan de vermelding in de begeleidende brief van 6 juni 2018. Anders dan wat de verwerende partij lijkt aan te nemen heeft zij immers geenszins de bedoeling gehad om haar algemene voorwaarden in de plaats te stellen van de voorwaarden van het bestek. Dit kan volgens haar ook niet, nu de algemene voorwaarden waarvan sprake enkel betrekking hebben op de aan te leveren software, maar niet op de bestekvoorwaarden van de opdracht als dusdanig. In de brief heeft zij zelfs expliciet aangegeven dat zij instemt met de algemene voorwaarden van het bestek. Met de voormelde verwijzing wou zij er enkel op wijzen dat het gebruik van de aan te leveren software onderworpen is aan een (gebruiks)licentie nu het bestek in dit verband geen regeling zou bevatten. Voorts merkt zij op dat overeenkomstig het verfijnde bestek de indiening van een verbeterde offerte de verklaring van de inschrijver inhoudt dat de inhoud van het verfijnde bestek onvoorwaardelijk wordt aanvaard en dat uitdrukkelijk en onherroepelijk wordt verzaakt aan algemene en/of bijzondere verkoopsvoorwaarden.

Aangaande het derde ingeroepen voorbehoud, namelijk de indiening van de offerte onder voorbehoud van nadere onderhandelingen omtrent verschillende aspecten van de opdracht, betoogt de verzoekende partij dat dit dient te worden gezien in het licht van de door de verwerende partij gekozen procedure, te weten een onderhandelingsprocedure met voorafgaande oproep tot mededinging. Dit zogenaamde voorbehoud geldt volgens haar trouwens slechts voor twee punten vermeld in de begeleidende brief van 6 juni 2018, namelijk de financiering van fase 2 en de voorwaarden van de leasingovereenkomst met ING-Lease, en niet voor de andere door de verwerende partij geciteerde elementen uit de betrokken brief van 6 juni 2018, waarin immers geen sprake is van nadere onderhandelingen. Doordat de verwerende partij geen nadere onderhandelingen heeft gevoerd omtrent de verbeterde offerte en onmiddellijk is overgegaan tot het finaal maken van de offerte, heeft zij volgens de verzoekende partij zelf aangegeven dat dit geen voorbehoud dat een onregelmatigheid uitmaakt, betreft en dat op grond van de voorliggende offerte kon worden beslist.

Aangaande het vierde ingeroepen voorbehoud, namelijk de verwijzing door de verzoekende partij naar ING-Lease die een aantal leaseopties zou hebben toegevoegd waaruit de verwerende partij zou kunnen kiezen maar die eveneens voorbehouden inhouden op de bestekvereisten, voert zij aan dat dit argument feitelijke grondslag mist, nu geen leaseopties werden opgenomen. De offerte bevat volgens haar immers slechts één voorstel (“lease proposal” — vrije vertaling: leasevoorstel) zodat geen opties waaruit de verwerende partij zou kunnen kiezen, voorliggen. Ook hier laat de verwerende partij volgens haar trouwens na om aan te geven welke voorbehouden op de bestekbepalingen in de desbetreffende documenten zouden worden gemaakt.

Beoordeling

Ontvankelijkheid van het middel

6.4. Zowel de verwerende partij als de tussenkomen de partij werpen een exceptie van onontvankelijkheid van het eerste middel op omdat de verzoekende partij de vaststelling van een aantal onregelmatigheden, die volgens beiden als substantieel onregelmatigheden dienen te worden aangemerkt, niet zou betwisten. Aldus heeft zij volgens hen geen belang bij het middel.

6.5. In het eerste middel betwist de verzoekende partij in wezen de substantieel onregelmatigverklaring van haar offerte en dit op diverse gronden. Zo betoogt de verzoekende partij in het eerste onderdeel dat de verwerende partij ten onrechte zou hebben nagelaten haar de mogelijkheid te verschaffen om haar verbeterde offerte te regulariseren en in het tweede onderdeel onder meer dat niet wordt aangetoond dat de aangevoerde onregelmatigheden substantieel zijn, dan wel dat de aangevoerde niet-substantiële onregelmatigheden de in artikel 74, §1, derde lid, koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren 2017 bedoelde gevolgen met zich meebrengen. In die zin lijkt zij in haar middel wel degelijk wettigheidsbezwaren te uiten met betrekking tot alle in de bestreden beslissing opgenomen motieven en lijkt haar het belang bij het middel in zijn geheel dan ook niet te kunnen worden ontzegd.

De exceptie wordt verworpen.

Eerste onderdeel

6.6. In het eerste onderdeel beoogt de verzoekende partij in essentie dat de verwerende partij ten onrechte zou hebben nagelaten haar de mogelijkheid te verschaffen om haar verbeterde offerte te regulariseren, niettegenstaande de aangevoerde onregelmatigheden hoogstens niet-substantiële onregelmatigheden betreffen.

6.7. Artikel 74 van het koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren 2017, waarvan de schending wordt aangevoerd, bepaalt:

‡BDLSOAHCH-BDFEEAV‡

“§1 De aanbestedende entiteit 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 46, 50, 51, § 1, 52, 56, § 2, eerste lid, 61, § 2, 62, 81 en 89 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 entiteit 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.

§ 4. De onderhavige paragraaf is van toepassing op het regelmatigheidsonderzoek van de offertes die geen finale offertes zijn bij de opdrachten met een geraamde waarde gelijk aan of hoger dan de drempel voor de Europese bekendmaking waarbij gebruik wordt gemaakt van een procedure waarin onderhandelingen toegelaten zijn en onverminderd artikel 121, § 6, tweede lid, van de wet. Wanneer het een finale offerte betreft is paragraaf 3 van toepassing.

Wanneer een offerte die meerdere niet substantiële onregelmatigheden bevat die door hun cumulatie of combinatie de in paragraaf 1, derde lid, bedoelde gevolgen teweeg brengen, verschaft de aanbestedende entiteit de inschrijver de mogelijkheid om deze onregelmatigheden te regulariseren vóór de onderhandelingen worden aangevat.

De aanbestedende entiteit verklaart de offerte die een substantiële onregelmatigheid bevat nietig, behalve indien anders is bepaald in de opdrachtdocumenten. In dat laatste geval verschaft zij de inschrijver de mogelijkheid om een substantiële onregelmatigheid te regulariseren vóór de onderhandelingen worden aangevat, tenzij de aanbestedende entiteit ten aanzien van de betreffende onregelmatigheid heeft aangegeven dat deze geen voorwerp kan uitmaken van regularisatie.

§ 5. De onderhavige paragraaf is van toepassing op het regelmatigheidsonderzoek van de offertes bij de opdrachten met een geraamde waarde lager dan de drempel voor de Europese bekendmaking waarbij gebruik wordt gemaakt van een procedure waarin onderhandelingen toegelaten zijn en onverminderd paragraaf 2 en artikel 121, § 6, tweede lid, van de wet. De aanbestedende entiteit beslist om hetzij de substantieel onregelmatige offerte nietig te verklaren, hetzij om deze onregelmatigheid te laten regulariseren. Hetzelfde geldt indien de offerte meerdere niet-substantiële onregelmatigheden bevat, wanneer de cumulatie of combinatie ervan de in paragraaf 1, derde lid, bedoelde gevolgen teweeg brengt.”

6.8. In het gunningsverslag, waar de bestreden gunningbeslissing van 3 oktober 2018 op steunt, wordt de offerte van de verzoekende partij substantieel onregelmatig bevonden en geweerd op grond van de volgende motivering:

“Volgens artikel 74 van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 plaatsing overheidsopdrachten in de speciale sectoren is een offerte substantieel onregelmatig wanneer ze, onder meer, van aard is 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.

2.a Vix Technology Belgium NV

Het begeleidend schrijven bij de offerte van Vix Technology Belgium NV (welke volgens haar eigen bericht van 12 juni 2018 als haar verbeterde offerte moet worden beschouwd) bevat evenwel meerdere voorbehouden met betrekking tot verschillende bestekbepalingen. Zo geeft Vix Technology Belgium NV onder meer aan dat niet kan worden voldaan aan de tijdsplanning, dat haar prijzen voor software aan haar (of andere) algemene voorwaarden zijn onderworpen en dat haar offerte wordt ingediend onder voorbehoud van verdere onderhandelingen omtrent verschillende aspecten van de opdracht. Het begeleidend schrijven van deze inschrijver vermeldt met name:

- ...Vix cannot commit to De Lijn’s preferred implementation dates...
- The revised Offer is submitted with certain qualifications. It is anticipated that the qualifications set out in this letter will be addressed and clarified between the parties during the next phase of negotiations. In particular:
 - o ...pricing assumes that Software to be provided is subject to Vix (or its Licensors) standard terms and conditions...
 - o ...includes the Leasing proposal by ING. Vix accepts no liability in relation to that Leasing arrangement in the event of termination or cancellation of the Services;
 - o The funding arrangement is based on phase 1 only. Phase 2 will require separate negotiation in due course;

- o The terms and condition of the ING contract will be negotiated between the parties during next round of discussions;
- o EMS will enter in to a direct Agreement with De Lijn in relation to the acquiring services;
- o The qualifications outlined in our letter of March 26th continue to apply....

Daarnaast verwijst Vix naar ING Lease die een aantal ‘leaseopties’ heeft toegevoegd waaruit VVM De Lijn zou kunnen kiezen maar die eveneens voorbehouden inhouden op de bestekvereisten.

Gelet op wat voorafgaat bestaat er dan ook ernstige onduidelijkheid over de inhoud en draagwijdte van de offerte van Vix Technology Belgium NV, welke de beoordeling van haar offerte en de vergelijkbaarheid ervan met die van de overige offertes verhindert, om niet te zeggen onmogelijk maakt, zoals wordt bedoeld in voormeld artikel 74. Eveneens blijkt uit het bovenstaande dat de verbintenis van deze inschrijver om de opdracht onder de (in het bestek) gestelde voorwaarden uit te voeren, onvolledig en onzeker is in de zin van dit zelfde artikel.

Gelet op het voorgaande dient bijgevolg te worden geconcludeerd dat de verbeterde offerte van Vix Technology Belgium NV substantieel onregelmatig is in de zin van artikel 74 van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 plaatsing overheidsopdrachten in de speciale sectoren en niet wordt weerhouden voor deze opdracht.”

6.9. Het middel lijkt feitelijke en juridische grondslag te missen waar de verzoekende partij er zonder meer van uitgaat dat uit de bestreden beslissing zou blijken dat de verwerende partij de aangehaalde voorbehouden niet beschouwt als substantiële onregelmatigheden maar wel als niet-substantiële onregelmatigheden die door hun cumulatie of hun combinatie de in artikel 74, § 1, derde lid, koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren 2017 bedoelde gevolgen te weeg brengen.

Zo lijkt de bestreden beslissing immers uitdrukkelijk gesteund te zijn op artikel 74, § 1, derde lid, koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren 2017, overeenkomstig welke bepaling een offerte substantieel onregelmatig is wanneer ze, onder meer, van aard is 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.

Vervolgens wordt door de verwerende partij vastgesteld dat de verbeterde offerte van de verzoekende partij verscheidene voorbehouden bevat

met betrekking tot diverse bestekbepalingen. Zo geeft de verzoekende partij volgens de verwerende partij onder meer aan dat niet kan worden voldaan aan de tijdsplanning, dat haar prijzen voor software aan haar (of andere) algemene voorwaarden zijn onderworpen en dat haar offerte wordt ingediend onder voorbehoud van verdere onderhandelingen omtrent verschillende aspecten van de opdracht. Daarnaast verwijst de verzoekende partij volgens de verwerende partij naar ING-Lease die een aantal “leaseopties” heeft toegevoegd waaruit de verwerende partij zou kunnen kiezen maar die eveneens voorbehouden inhouden op de bestekvereisten.

Hieruit besluit de verwerende partij dat er dan ook ernstige onduidelijkheid over de inhoud en draagwijdte van de offerte van de verzoekende partij bestaat, “welke de beoordeling van haar offerte en de vergelijkbaarheid ervan met die van de overige offertes verhindert, om niet te zeggen onmogelijk maakt, zoals wordt bedoeld in voormeld artikel 74. Eveneens blijkt uit het bovenstaande dat de verbintenis van deze inschrijver om de opdracht onder de (in het bestek) gestelde voorwaarden uit te voeren, onvolledig en onzeker is in de zin van dit zelfde artikel”. Aldus concludeert de verwerende partij “dat de verbeterde offerte van Vix Technology Belgium NV substantieel onregelmatig is in de zin van artikel 74 van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 plaatsing overheidsopdrachten in de speciale sectoren en niet wordt weerhouden voor deze opdracht”.

Prima facie blijkt dan ook nergens uit de bestreden beslissing dat de verwerende partij de aangehaalde voorbehouden als niet-substantiële onregelmatigheden zou hebben gekwalificeerd die slechts door hun cumulatie of hun combinatie de in artikel 74, § 1, derde lid, koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren 2017 bedoelde gevolgen teweeg brengen.

Het feit dat in de bestreden beslissing verscheidene voorbehouden worden opgesomd, lijkt op het eerste gezicht dan ook geenszins te impliceren dat de vermelde voorbehouden door de verwerende partij slechts als niet-substantiële onregelmatigheden zouden zijn gekwalificeerd.

Terecht lijkt de verwerende partij er voorts op te wijzen dat overeenkomstig artikel 74, § 4, derde lid, van het voornoemde koninklijk besluit de aanbestedende entiteit de offerte die een substantiële onregelmatigheid bevat, dient nietig te verklaren, behalve indien anders is bepaald in de opdrachtdocumenten en dat de verzoekende partij niet aanvoert en ook niet blijkt dat te dezen de opdrachtdocumenten dergelijke afwijkende bepaling zouden bevatten.

6.10. Overigens lijkt ten aanzien van finale offertes de voormelde regularisatiemogelijkheid immers niet te bestaan. Wanneer het een finale offerte betreft, lijkt immers artikel 74, § 3, koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren 2017 van toepassing. In het verslag aan de Koning bij artikel 76 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’, dat een analoge regeling bevat, wordt er, wat de procedures waarin onderhandelingen toegelaten zijn dan ook “herinnerd aan het feit dat er geen regularisatiemogelijkheid bestaat wat de finale offertes betreft, aangezien deze laatste offertes onderworpen zijn aan dezelfde regels als bij de openbare en niet-openbare procedures.

Anders dan de verzoekende partij voorhoudt, valt op het eerste gezicht niet in te zien waarom de verwerende partij haar offerte van 6 juni 2018 niet als een finale offerte mocht beschouwen.

In het begeleidend document bij het verfijnde bestek wordt onder de “Aandachtspunten” onder meer het volgende opgemerkt:

“De ingediende verbeterde offerte dient als dusdanig benoemd te worden. Na het indienen van de verbeterde offerte reviewed De Lijn de verbeterde offerte waarna De Lijn de inschrijver zal contacteren om te vragen of de verbeterde offerte als BAFO beschouwd mag worden.”

Dit document bepaalt bovendien:

“Het bestek, opgesteld door De Lijn, en de verbeterde offerte, ingediend door de inschrijver, vormen samen het contract dat tussen de inschrijver en De Lijn wordt afgesloten bij sluiting van de procedure. Omwille van de Europese Wet op Overheidsopdrachten is er geen ruimte om andere voorwaarden toe te voegen aan het contract zoals hierboven beschreven. De

inschrijver is bij de sluiting gebonden aan het bestek van De Lijn en zijn/haar verbeterde offerte.”

Het verloop van de onderhandelingsprocedure wordt in het verfijnde bestek onder 1.10 “Opdracht via onderhandelingsprocedure” als volgt omschreven:

“Voor de gunning van onderhavige opdracht aan een inschrijver wiens verbeterde offerte regelmatig is, zijn in eerste instantie – en dit vóór eventuele verdere onderhandeling – de hiervoor vermelde gunningscriteria van toepassing om tussen de ingediende verbeterde offerten de economisch meest voordelige verbeterde offerte(s) te bepalen.

De aanbestedende entiteit behoudt zich het recht voor om niet over te gaan tot onderhandelen of om slechts met alle, één of meerdere inschrijver(s) te onderhandelen die de best gerangschikte verbeterde offerte(s) ingediend hebben.

[...]”

Op het eerste gezicht heeft de aanbestedende overheid zich aldus het recht voorbehouden om niet over te gaan tot nader onderhandelen na indiening van de verbeterde offertes.

Te dezen blijkt de verwerende partij met een e-mailbericht van 12 juni 2018 aan de verzoekende partij ook te hebben gevraagd of zij haar verbeterde offerte van 6 juni 2018 mocht beschouwen als finale offerte, hetgeen door deze laatste per kerend e-mailbericht zonder meer werd bevestigd. Nergens uit het e-mailbericht van de verzoekende partij van 12 juni 2018 aan de verwerende partij blijkt dat zij de verwerende partij zou hebben gevraagd om in het licht van de omstandigheden nader te onderhandelen na de indiening van de verbeterde offertes. Zij blijkt daarentegen zonder meer te hebben bevestigd dat haar verbeterde offerte als finale offerte mocht worden beschouwd.

6.11. Aldus blijkt evenmin dat de verwerende partij gehandeld zou hebben in strijd met de artikelen 4 en 5 van de wet overheidsopdrachten 2016, waaruit door de verzoekende partij geen andere argumenten worden afgeleid dan die welke werden afgeleid uit de aangevoerde schending van artikel 74 van het koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren 2017.

6.12. Het eerste onderdeel van het eerste middel is niet ernstig.

Tweede onderdeel

6.13. In de mate dat in het tweede middelonderdeel een schending van artikel 8, § 1, eerste lid, 2°, rechtsbeschermingswet wordt aangevoerd, hetgeen de kennisgeving van de bestreden beslissing betreft, moet worden vastgesteld dat de verwerende partij er op het eerste gezicht overeenkomstig deze bepaling slechts toe gehouden is om aan elke inschrijver van wie de offerte onregelmatig is bevonden, de motieven voor de wering in de vorm van een uittreksel van de gemotiveerde beslissing mee te delen, aan welke bepaling de verwerende partij te dezen lijkt te hebben voldaan.

6.14. De artikelen 2 en 3 van de formelemotiveringswet verplichten de overheid ertoe in de akte de juridische en feitelijke overwegingen te vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen, en dit op een “afdoende” wijze.

Overeenkomstig het eveneens geschonden geachte artikel 4, eerste lid, 8°, rechtsbeschermingswet, dient een aanbestedende instantie een gemotiveerde beslissing op te stellen wanneer ze een opdracht gunt. Artikel 5, 8°, van dezelfde wet bepaalt dat deze gemotiveerde beslissing dient te bevatten, “de namen van de inschrijvers van wie de offerte onregelmatig is bevonden en de juridische en feitelijke motieven voor hun wering”.

6.15. Op het eerste gezicht verschaft de hiervoor onder randnummer 6.8 geciteerde geboden motivering zowel in rechte als in feite, aan de verzoekende partij voldoende duidelijkheid omtrent de determinerende motieven van het onregelmatig bevinden van haar offerte, hetgeen overigens ook blijkt uit het feit dat zij in het middel de deugdelijkheid van deze motieven betwist.

In de mate dat de verzoekende partij betoogt dat de verwerende partij ten onrechte heeft nagelaten om in de bestreden beslissing aan te geven of de aangevoerde onregelmatigheden als substantieel dan wel als niet-substantieel worden beschouwd, evenals om aan te tonen dat de aangevoerde (niet-substantiële)

onregelmatigheden de in artikel 74, § 1, derde lid, koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren 2017 bepaalde gevolgen teweeg brengen, lijkt deze grief te berusten op een verkeerde lezing van de bestreden beslissing zoals reeds werd vastgesteld bij de beoordeling van het eerste onderdeel van het middel.

In de mate dat de verzoekende partij voorts nog doet gelden dat de verwerende partij in de bestreden beslissing nalaat aan te geven ten aanzien van welke bestekbepalingen haar offerte voorbehouden zou inhouden, valt op te merken dat de verzoekende partij bezwaarlijk kan betogen dat zij onwetend was over de redenen waarom tot onregelmatigheid van haar offerte werd besloten, gelet op de inhoudelijke kritiek die zij op deze motieven geeft in de nadere uiteenzetting van het middel, evenals op haar kennis van de eigen offerte en van de relevante bestekbepalingen. Aldus lijkt het doel van de formelemotiveringsplicht te zijn bereikt, zodat de verzoekende partij in zoverre geen belang lijkt te hebben bij het middel.

6.16. In de mate dat de verzoekende partij nog aanvoert dat de door de verwerende partij aangehaalde voorbehouden hoe dan ook niet in aanmerking kunnen worden genomen om tot de (substantiële) onregelmatigheid te besluiten en zij aldus de deugdelijkheid van de motieven betwist, valt op te merken dat het in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid en niet aan de Raad van State toekomt om te beoordelen of een offerte beantwoordt aan de bestekbepalingen, zij het dat de Raad van State daarbij mag nagaan of die beoordeling steunt op in rechte en in feite aanvaardbare motieven die voortvloeien uit een zorgvuldig onderzoek en of daarbij de grenzen van een redelijke beoordeling niet zijn overschreden.

6.17. Te dezen werd de offerte van de verzoekende partij met toepassing van artikel 74, § 1, derde lid, koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren 2017 substantieel onregelmatig verklaard omdat zij verscheidene voorbehouden bevat waardoor de offerte volgens de verwerende partij niet kon worden vergeleken met de andere offertes en de verbintenis van de inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onbestaande, onvolledig of onzeker is.

6.18. In de bestreden beslissing wordt aangaande de substantiële onregelmatigheid van de verbeterde offerte van de verzoekende partij in de eerste plaats opgemerkt dat zij onder meer aangeeft “dat niet kan worden voldaan aan de tijdsplanning”.

Er dient te worden vastgesteld dat de duurtijd van de implementatie voor de eerste mijlpaal cEMV dwingend lijkt te zijn voorgeschreven in het bestek. In het tweede deel van het verfijnde bestek wordt hieromtrent immers bepaald:

“Voor de cEMV mijlpaal zijn er externe factoren die bepalen dat de cEMV mijlpaal live moet zijn in oktober 2019. De inschrijver kan een vroegere delivery mijlpaal datum voorstellen en stelt zelf een implementatieplanning voor in zijn verbeterde offerte.”

Als externe factoren wordt elders in het bestek verwezen naar het verwijderen van het oude magnetische systeem uit de voertuigen en de daarmee gepaard gaande afschaffing van cashverkopen bij de chauffeurs. Aldus is volgens het bestek een alternatieve betalingswijze noodzakelijk.

Verder blijkt de duurtijd van deze implementatie tevens te worden beoordeeld in het kader van de gunningscriteria.

Het bestek lijkt aldus op dwingende wijze voormelde implementatietermijn voor de eerste mijlpaal voor te schrijven en de inschrijvers enkel toe te laten om een vroegere deliverymijlpaal voor te stellen, hetgeen alsdan bij de beoordeling van de gunningscriteria kan worden beloond.

In haar verbeterde offerte merkt de verzoekende partij evenwel uitdrukkelijk op dat zij zich niet kan verbinden tot de door de verwerende partij verkozen implementatietermijnen, in het bijzonder gelet op de terugtrekking op het laatste moment van haar acquiring partner, CCV.

Dat haar offerte aldus afwijkt van het bestek en een voorbehoud maakt ten aanzien van de uitvoeringstermijn wordt door de verzoekende partij niet betwist. Ook uit de implementatieplanning gevoegd bij de verbeterde offerte van

‡BDLSOAHCH-BDFEEAV‡

de verzoekende partij blijkt op het eerste gezicht dat de eerste cEMV-mijlpaal zich bevindt ruim na de in het bestek vooropgestelde datum van oktober 2019.

Ook lijkt de verwerende partij er terecht op te wijzen dat er ontegensprekelijk een ongerechtvaardigd voordeel zou ontstaan in hoofde van de verzoekende partij indien zij, anders dan de overige inschrijvers, deze vooropgestelde tijdsplanning en de in het bestek daaraan verbonden sancties bij laattijdigheid zou kunnen ontlopen, hetgeen dan ook de vergelijkbaarheid van de offertes lijkt aan te tasten.

In de mate dat de verzoekende partij zich nog beroept op een schending van het gelijkheidsbeginsel kan zij evenmin worden bijgevalen. In de eerste plaats blijkt niet dat de verbeterde offerte van de gekozen inschrijver een vergelijkbaar voorbehoud bevat ten aanzien van de uitvoeringstermijn. Uit de implementatieplanning gevoegd bij de verbeterde offerte van deze inschrijver blijkt op het eerste gezicht ook dat de eerste cEMV-mijlpaal zich effectief bevindt vóór de in het bestek vooropgestelde datum van oktober 2019. Bovendien lijkt het voorbehoud in de verbeterde offerte van de verzoekende partij niet te zijn gesteund op een visie van de bv CCV Group aangaande de onhaalbaarheid van de planning, doch wel op de terugtrekking van deze onderneming uit het consortium van de verzoekende partij.

Prima facie mocht de verwerende partij dan ook besluiten dat de onregelmatigheid van de kwestieuze verbeterde offerte, gegeven de concrete omstandigheden van de zaak, van aard is om de vergelijking van de offerte van de verzoekende partij met de andere offertes te verhinderen en de verbintenis van de inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onvolledig of onzeker is en de offerte ingevolge deze substantiële onregelmatigheid nietig verklaren.

6.19. In de bestreden beslissing wordt aangaande de substantiële onregelmatigheid van de verbeterde offerte van de verzoekende partij daarnaast ook vastgesteld “dat haar prijzen voor software aan haar (of andere) algemene voorwaarden zijn onderworpen”.

Dienaangaande betoogt de verzoekende partij dat de verwerende partij een verkeerde lezing zou geven aan de begeleidende brief bij haar verbeterde offerte nu zij geenszins de bedoeling zou hebben gehad om haar algemene voorwaarden in de plaats te stellen van de voorwaarden van het bestek.

Op te merken valt dat het verfijnde bestek, naast de hiervoor onder randnummer 6.10 vermelde aandachtspunten, als aandachtspunt eveneens vermeldt:

“Het document ‘Terms of Service’ (Hoofdstuk 3 van Aankoop diensten voor het cEMV/ABT project) bevat de minimale condities waaraan de leverancier moet voldoen. Vanwege de Europese Wet op Overheidsopdrachten kan de inschrijver hier geen aanpassingen aan doen. Bij het inschrijven aanvaardt de inschrijver de beschreven condities in het document ‘Terms of Service’ en is hij/zij daaraan gebonden.”

Vastgesteld dient echter te worden dat de verzoekende partij in haar verbeterde offerte uitdrukkelijk stelt dat haar prijsopgave veronderstelt dat de te leveren software onderworpen is aan VIX’ (of diens licentieverleners) algemene voorwaarden (inbegrepen intellectuele eigendomsrechten).

Er valt *prima facie* dan ook niet in te zien hoe voormelde clause in de verbeterde offerte van de verzoekende partij anders zou kunnen worden gelezen dan de door de verwerende partij gehanteerde lezing in de bestreden beslissing dat haar prijzen voor software aldus aan haar (of andere) algemene voorwaarden zijn onderworpen.

Dat de verzoekende partij een andere bedoeling zou hebben gehad, blijkt op het eerste gezicht niet uit haar offerte, zodat de verwerende partij hiermee ook geen rekening kon houden. Bij het onderzoek van de offerte beschikte de verwerende partij immers enkel over de voorwaarden van de verzoekende partij zoals ze in de offerte waren verwoord.

Nu aangenomen lijkt te moeten worden dat de te leveren software evenzeer deel uitmaakt van het bestek en de in het bestek vermelde “*Terms of Service*” eveneens betrekking lijken te hebben op de te leveren software,

kan de verwerende partij *prima facie* niet worden verweten te hebben aangenomen dat de verbintenis van deze inschrijver om de opdracht onder de in het bestek gestelde voorwaarden uit te voeren aldus onvolledig en onzeker is.

Terecht lijkt de verzoekende partij tot tussenkomst er ook op te wijzen dat dit voorbehoud bovendien betrekking lijkt te hebben op een essentiële bestekbepaling, namelijk de prijs.

Dat de verzoekende partij evenzeer zou hebben ingestemd met de algemene voorwaarden en dat overeenkomstig het verfijnde bestek de indiening van een verbeterde offerte de verklaring van de inschrijver inhoudt dat hij de inhoud van het verfijnde bestek onvoorwaardelijk aanvaardt en uitdrukkelijk en onherroepelijk verzaakt aan zijn algemene en/of bijzondere verkoopsvoorwaarden leidt *prima facie* niet tot een andere conclusie. Door het toevoegen van de verwijzing naar de eigen algemene voorwaarden (en die van haar licentieverleners) wat de prijs van de software betreft in het begeleidend schrijven bij de verbeterde offerte, dat eveneens werd ondertekend, lijkt zij op dit punt juist haar eigen algemene voorwaarden (of die van haar licentieverleners) op te leggen. Minstens is haar verbintenis op dat punt onduidelijk en stond bijgevolg niet vast dat zij de voorwaarden van het bestek aanvaardde.

6.20. De voormelde voorbehouden aangaande de tijdsplanning en de prijzen voor software lijken de beslissing van de verwerende partij om tot substantiële onregelmatigheid van de verbeterde offerte van de verzoekende partij te besluiten afdoende te ondersteunen. De verzoekende partij heeft dan ook geen belang meer bij haar kritieken op de andere motieven omdat aldus lijkt vast te staan dat haar verbeterde offerte terecht substantieel onregelmatig is verklaard.

6.21. Ook het tweede onderdeel van het eerste middel kan niet worden aangenomen.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

6.22. In een tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 4, eerste lid, 8°, 5, 8° en 8, § 1, rechtsbeschermingswet, van artikel 5 overheidsopdrachten 2016, van de artikelen 2 en 3, *juncto* de definities van artikel 1, formelemotiveringswet, van “de beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het motiveringsbeginsel, dat o.m. de vereiste omvat dat overheidsbeslissingen op in feite juiste en in rechte pertinente motieven dienen te zijn gesteund, het redelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel”.

De verzoekende partij betoogt in essentie dat de verwerende partij de verbeterde en finale offerte van de gekozen inschrijver had moeten weren omdat deze tot stand zou zijn gekomen als gevolg van handelingen, overeenkomsten of afspraken die de normale mededingingsvoorwaarden kunnen vertekenen, minstens had moeten onderzoeken of dergelijke handelingen, overeenkomsten of afspraken niet aan de grondslag lagen van de betrokken offerte.

Beoordeling

6.23. Zoals reeds vastgesteld, dient de verzoekende partij te worden aangemerkt als een inschrijver van wie de offerte op het eerste gezicht als substantieel onregelmatig mocht worden geweerd door de aanbestedende overheid. Dergelijke inschrijver heeft in beginsel enkel belang bij een middel waaruit volgt, weze het *prima facie*, dat de opdracht aan geen enkele inschrijver op rechtsgeldige wijze mocht worden gegund.

6.24. De verwerende partij en de verzoekende partij tot tussenkomst lijken te dezen terecht te doen gelden dat de verzoekende partij geen belang heeft bij het middel.

6.25. Overeenkomstig artikel 5, § 1, tweede lid, wet overheidsopdrachten 2016, waarvan te dezen de schending wordt opgeworpen, mogen ondernemers geen handelingen stellen, geen overeenkomsten sluiten of

‡BDLSOAHCH-BDFEEAV‡

geen afspraken maken die de normale mededingingsvoorwaarden kunnen vertekenen.

Volgens de verzoekende partij had de verwerende partij de verbeterde en finale offerte van de gekozen inschrijver moeten weren omdat zij tot stand zou zijn gekomen als gevolg van handelingen, overeenkomsten of afspraken die de normale mededingingsvoorwaarden kunnen vertekenen. Ten aanzien van de andere regelmatig bevonden offerte, ingediend door het consortium WSBB, wordt geen vergelijkbare grief aangevoerd.

Artikel 5, § 2, wet overheidsopdrachten 2016 bepaalt overigens ook uitdrukkelijk welke gevolgen aan de niet-naleving van artikel 5, § 1, tweede lid, dienen te worden verbonden. Wanneer de opdracht nog niet gesloten is, behelst dit uitsluitend “het weren van de aanvragen tot deelneming of de offertes die als gevolg van zodanige handelingen, overeenkomsten of afspraken zijn ingediend”.

Het middel kan er dan ook hoogstens toe leiden dat de opdracht niet aan de gekozen inschrijver had mogen worden gegund, maar laat de vaststelling onverlet dat er alsdan nog steeds een andere regelmatig bevonden offerte overeind blijft die evenzeer bij gunning van de opdracht in aanmerking zou moeten worden genomen door de aanbestedende overheid.

De door de verwerende partij en de verzoekende partij tot tussenkomst opgeworpen exceptie vertoont aldus een dermate graad van ernst dat zij ook in een kort geding bij uiterst dringende noodzakelijkheid mag worden aanvaard.

6.26. Het tweede middel is niet ontvankelijk.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

6.27. In een derde middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 4, eerste lid, 8°, 5, 8° en 8, § 1, rechtsbeschermingswet, van [‡]BDLSOAHCH-BDFEEAV[‡]

artikel 153 in samenhang gelezen met artikel 84 wet overheidsopdrachten 2016, van de artikelen 41, 43 en 44 van het koninklijk besluit plaatsing overheidsopdrachten speciale sectoren 2017, van de artikelen 2 en 3, *juncto* de definities van artikel 1, formelemotiveringswet, van “de beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het motiveringsbeginsel, dat o.m. de vereiste omvat dat overheidsbeslissingen op in feite juiste en in rechte pertinente motieven dienen te zijn gesteund, het redelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel”.

De verzoekende partij betoogt in essentie dat, gezien het grote verschil tussen de totaalprijzen van de offertes van enerzijds de gekozen inschrijver en anderzijds het consortium WSBB en de verzoekende partij, de (impliciete) beslissing om de totaalprijs van de gekozen inschrijver als een normale prijs te beschouwen en geen verder onderzoek uit te voeren, kennelijk onredelijk is en niet is gesteund op behoorlijke gronden. De motivering in de bestreden beslissing laat volgens de verzoekende partij alleszins niet toe om het prijsverschil te verklaren tussen enerzijds de offerte van de gekozen inschrijver en anderzijds de offertes van WSBB en de verzoekende partij.

Beoordeling

6.28. Zoals reeds vastgesteld, dient de verzoekende partij te worden aangemerkt als een inschrijver van wie de offerte op het eerste gezicht als substantieel onregelmatig mocht worden verworpen door de aanbestedende overheid. Dergelijke inschrijver heeft in beginsel enkel belang bij een middel waaruit volgt, weze het *prima facie*, dat de opdracht aan geen enkele inschrijver op rechtsgeldige wijze mocht worden gegund.

6.29. De verwerende partij en de verzoekende partij tot tussenkomst lijken te dezen terecht te doen gelden dat de verzoekende partij geen belang heeft bij het middel.

In het middel maakt de verzoekende partij zelf immers telkens een onderscheid tussen enerzijds de totaalprijs geboden door de gekozen inschrijver die abnormaal laag zou zijn, en anderzijds de totaalprijzen geboden door de verzoekende partij zelf en het consortium WSBB. Ten aanzien van de

andere regelmatig bevonden offerte, ingediend door het consortium WSBB, wordt aldus geen vergelijkbare grief aangevoerd.

Het middel kan er dan ook hoogstens toe leiden dat de opdracht niet aan de gekozen inschrijver had mogen worden gegund, maar laat de vaststelling onverlet dat er alsdan nog steeds een andere regelmatig bevonden offerte overeind blijft die evenzeer bij gunning van de opdracht in aanmerking zou moeten worden genomen door de aanbestedende overheid.

De door de verwerende partij aangevoerde exceptie vertoont aldus een dermate graad van ernst dat zij ook in een kort geding bij uiterst dringende noodzakelijkheid mag worden aanvaard.

6.30. Het derde middel is niet ontvankelijk.

VII. Besluit

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

BESLISSING

1. Het verzoek van de sas Conduent Business Solutions France tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 20 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op een rolrecht van 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 13 november 2018, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

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

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Johan Bovin