

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 243.216 van 13 december 2018
in de zaak A. 222.708/XII-8408**

In zake: de NV CREATIEF
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Michiel Deweirdt
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
Doorniksewijk 66
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het AUTONOOM GEMEENTEBEDRIJF
STADSONTWIKKELING KNOKKE-HEIST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Carlos De Wolf
kantoor houdend te 9680 Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Charlotte De Wolf

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 17 juli 2017, strekt tot de nietigverklaring van “[h]et besluit van 8 mei 2017 van [het] Autonoom Gemeentebedrijf Stadsontwikkeling Knokke-Heist waarbij de opdracht ‘aanduiden van een communicatiebureau voor het ontwikkelen van een aangepast strategisch en creatief communicatieconcept, verzorgen van lay-out, creatie en prepress van de gehanteerde middelen, voorbereiding en productie-opvolging’ [...] wordt gegund aan de bvba Karakters [...] en waarbij de offerte van Creatief nv als onregelmatig werd beschouwd”.

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 Jozef 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 27 november 2018.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Michiel Deweirdt, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Carlos De Wolf, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jozef 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 voor diensten uit inzake het “Aanduiden van een communicatiebureau voor het ontwikkelen van een aangepast strategisch en creatief communicatieconcept, verzorgen van lay-out, creatie en prepress van de gehanteerde middelen, voorbereiding en productieopvolging”. De looptijd is 36 maanden.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 16 november 2016. De gunningswijze is de beperkte offerteaanvraag.

3.2. Er worden vijf kandidaturen ingediend waaronder die van de verzoekende partij. De verzoekende partij en twee andere kandidaten worden geselecteerd.

3.3. Het bestek nr. bestek AGSO/2016/AB-086 is van toepassing. Er zijn vijf gunningscriteria: kostprijs, strategische aanpak, grafisch voorstel, samenwerkingsvorm en procedure, en praktijkgeval.

In het bestek wordt onder meer vermeld:

“III.2.3 In te dienen voorstellen

[...]

III.2.3.5 Voorstel voor een transparant vergoedingssysteem en kostprijsberekening

Het bureau geeft aan op welke manier de kostprijsberekening gebeurt voor de opdrachten vermeld in de inventaris.

Dit systeem dient duidelijkheid te verschaffen over welke prestaties worden aangerekend (account, strategisch advies, creatie, grafisch, fee,...).”

Bijlage B van het bestek is de inventaris:

Nr.	Beschrijving	Type	Eenh.	Hoef.	EHP in cijfers	Totaal	btw %
	Fee voor strategie, creatie, begeleiding, productieplanning en -opvolging	F					
	Opmaak, copywriting en drukken van kalender A4+/- 12blz (8 versies/jaar)	VH	1000 st	55			
	Opmaak, copywriting en drukken van magazine A4+/- 10blz (2 versies/jaar)	VH	1000 st	100			
	Opmaak, copywriting en drukken van brochure A5+/- 10blz (1/jaar)	VH	1000 st	55			
	Opmaak, copywriting en drukken nieuwsbrief naar doelgroepen A4 recto-verso (2/jaar)	VH	1000 st	20			
	Aangepast grafisch concept dragers	F					
	Uurprijs voor copywriting van diverse publicaties	VH	Uur	20			
	Uurprijs voor het opmaken van diverse publicaties	VH	Uur	20			
	Uurprijs voor het uitwerken van een campagne naar een specifieke doelgroep	VH	Uur	50			

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

3.5. Op 28 maart 2017 wordt een gunningsverslag opgesteld.

Hieruit blijkt dat bij het materieel nazicht van de offertes de offerte van de verzoekende partij als “niet OK” wordt bevonden met de redengeving:

“In hoofdstuk V: Voorstel voor transparant vergoedingssysteem en kostprijsberekening vermeld[t] de kandidaat dat: ‘er a priori steeds op basis van aangeleverde teksten en foto’s wordt gewerkt. Copywriting en fotografie worden dan ook steeds apart in regie verrekend.’ Het bestuur kan geen inschatting maken van de benodigde tijd voor copywriting. Copywriting is in deze opdracht een belangrijk onderdeel. Deze offerte wordt hierom als onregelmatig beschouwd.”

Er wordt voorgesteld de offerte van de verzoekende partij nietig of onregelmatig te bevinden.

3.6. Op 8 mei 2017 beslist de verwerende partij dat het gunningsverslag integraal deel uitmaakt van de gunningsbeslissing en dat de opdracht wordt gegund aan de bvba Karakters.

IV. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

4.1.1. De verzoekende partij voert de schending aan van “artikel 5 en 25 van de wet van 15 juni 2006 betreffende de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten, [artikel] 95 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 betreffende de plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren [hierna: koninklijk besluit plaatsing 2011], artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van [de] bestuurs-handelingen [...] en [...] van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur [...] meer in het bijzonder het materieel motiveringsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het transparantiebeginsel en het beginsel ‘*patere legem quam ipse fecisti*’”.

Zij betoogt:

“Doordat de verwerende partij in de bestreden beslissing de offerte van verzoekster onterecht als onregelmatig heeft beschouwd, en dit zonder rekening te houden met de prijzen van verzoekster zoals opgenomen in de (verplichte) bijlage B ‘Inventaris’.

Terwijl artikel 5 en 25 van de wet van 15 juni 2006 voorziet dat de opdracht dient te worden gegund aan de inschrijver die een regelmatige offerte heeft ingediend die de economisch voordeligste is vanuit het oogpunt van de aanbestedende overheid, rekening houdend met de gunningscriteria. Hierbij dient de aanbestedende overheden de aannemers, de leveranciers en de dienstverleners op gelijke, niet-discriminerende en transparante wijze te behandelen.

Terwijl artikel 95 van het koninklijk besluit plaatsing bepaalt dat de aanbestedende overheid de regelmatigheid onderzoekt van de offerte, zowel op formeel als op materieel vlak.

Terwijl artikel 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen vereist dat de bestuurshandelingen de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de grondslag van de beslissing liggen en dat deze afdoende zijn.

En terwijl het materieel motiveringsbeginsel inhoudt dat een overheidsbeslissing gemotiveerd wordt met begrijpelijke motieven die juridisch en feitelijk correct zijn en die voldoende draagkrachtig zijn om de beslissing te schragen.

Terwijl het transparantiebeginsel ertoe strekt te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende overheid wordt uitgebannen. (HvJ 29 maart 2012, C-599/10, SAG ELV Slovensko e.a., punt 25). Deze verplichting geldt ongeacht de onderhandelingsbevoegdheid in het kader van een procedure tot gunning door onderhandelingen. (HvJ 5 december 2013, C-561/12, Nordecon AS, Ramboll Eesti AS t/ Rahandusministeerium).

En terwijl het zorgvuldigheidsbeginsel voorschrijft dat de overheid verplicht is over te gaan tot een zorgvuldig onderzoek naar het bestaan van de in aanmerking komende feiten, en dat de feiten juist en volledig moeten zijn.

En terwijl het beginsel ‘*patere legem quam ipse fecisti*’ de overheid ertoe verplicht de algemene regels die het zelf heeft vastgesteld te eerbiedigen bij de concrete toepassing ervan.”

De verzoekende partij licht toe dat haar offerte een hoofdstuk V bevat, namelijk een ‘voorstel voor een transparant vergoedingssysteem en kostprijsberekening’. “In dit hoofdstuk bespreekt verzoekster eerst de algemene principes om nadien over te gaan naar de concrete prijzen op basis van de ontvangen inventaris bij het bestek.” “In het algemene deel werd inderdaad volgende passage opgenomen ‘er a priori steeds op basis van aangeleverde

teksten en foto's wordt gewerkt. Copywriting en fotografie worden dan ook steeds apart in regie verrekend of volgens bijkomende offerte'. De verwerende vergeet aldus het laatste deel van de zin op te nemen.”

De verzoekende partij heeft de in het bestek opgegeven inventaris ingevuld met de prijzen, inclusief copywriting, voor de diensten waarvoor een offerte diende te worden gemaakt. De passage waarin wordt gehandeld over het apart in regie verrekenen van copywriting en fotografie, betreft “het kader van toekomstige opdrachten die buiten het bestek zouden vallen”. “Het staat dan ook als een paal boven water dat de opgegeven prijzen in de inventaris inclusief copywriting zijn en dat de gewraakte passage handelt over werkzaamheden die níet vermeld zijn in de inventaris. Deze zin werd dan ook uit haar context gerukt en dan nog eens fout geciteerd. Het is helemaal niet de bedoeling van verzoekster om af te wijken van het bestek. Deze zin had dus betrekking op werken die buiten offerte vielen en het laatste (door verwerende partij weggelaten) deel van de zin wijst er ook op dat de opdrachtgever hoe dan ook steeds een transparante prijsberekening zou kunnen krijgen voorafgaand aan het uitvoeren van extra opdrachten”. “Deze zin, op basis waarvan de verwerende partij tot onregelmatigheid besluit, is dan ook eigenlijk irrelevant omdat enkel de prijzen die in de inventaris zijn opgenomen, kunnen gelden en bindend zijn voor verzoekster.”

Voorts wijst de verzoekende partij erop dat “[m]en [...] nadrukkelijk de vraag [dient] te stellen waarom de aanbestedende overheid de moeite niet genomen heeft om verzoekster te contacteren teneinde de volledige duidelijkheid en werkelijke bedoeling van de gewraakte passage te achterhalen, voorzover dit onduidelijk zou geweest zijn”.

Ten slotte merkt zij op dat “[z]elfs indien de offerte onregelmatig zou zijn – quod non – dan nog [...] dit niet [leidt] tot een nietigheid”. Immers, zo licht zij toe, toont de verwerende partij niet aan dat copywriting een substantieel – in de zin van artikel 95 van het koninklijk besluit plaatsing 2011 – deel van de opdracht is.

4.1.2. In haar memorie van wederantwoord merkt de verzoekende partij op dat de verwerende partij ten onrechte stelt dat “de toelichting bij de offerte zou primeren op de inventaris”. “Verweerster vergeet in dit verband dat de inventaris verplicht was, zodat deze een bindend karakter heeft welke geen ruimte voor interpretatie laat. Verwerende partij heeft een onderzoeksplicht met betrekking tot alle opdrachtdocumenten. Dit betekent dat de prijzen moeten vergeleken worden op basis van bedragen zoals opgenomen in de verplichte inventaris. Tegenpartij heeft nagelaten dit te doen, en beperkte zich tot een passage uit de offerte. Zij is verplicht om de volledige offerte inclusief de inventaris als één geheel te bekijken en te beoordelen.”

Voorts wijst zij erop dat in de bestreden beslissing nergens wordt vermeld dat haar offerte “substantieel onregelmatig” is. De verwerende partij kan geen “*post factum* motivering” geven.

Ten slotte betwist de verzoekende partij de vaststelling in de memorie van antwoord dat haar offerteprijzen abnormaal laag zouden zijn. Ook dit is volgens haar een *post factum* motivering.

4.1.3. In haar laatste memorie, na een voor haar negatief uitvallend auditorsverslag, herhaalt de verzoekende partij dat haar prijzen vermeld in de inventaris inclusief copywriting zijn. Zij wijst erop dat de inventaris een verplicht onderdeel is van de offerte. “Het zijn aldus de prijzen van de inventaris die verzoekster binden. Verwerende partij kon zich dus niet vergissen. Ondergeschikt, kon verwerende partij steeds toelichting of verduidelijking gevraagd hebben, hetgeen ze echter heeft nagelaten.”

Beoordeling

4.2.1. Bepaalde posten van de inventaris – Bijlage B van het bestek zoals *sub* randnummer 3.3. weergegeven – namelijk die inzake de kalender, de magazine, de brochure en de nieuwsbrief, vermelden uitdrukkelijk, dat naast de opmaak en het drukken, de copywriting in de prijs is vervat.

De verzoekende partij heeft deze inventaris ingevuld met haar prijzen.

4.2.2.1. De verzoekende partij heeft, zoals gevraagd in het bestek, een toelichting, vermeld onder hoofdstuk V, bij haar offerte opgenomen inzake een transparant vergoedingssysteem en kostprijsberekening, hoe de kostprijsberekening gebeurt voor de opdrachten vermeld in de inventaris en welke prestaties worden aangerekend.

4.2.2.2. In deze toelichting, onder de rubriek algemene principes ‘Meer specifiek in het kader van huidige aanbesteding’ vermeldt zij: “A priori werken we steeds op basis van aangeleverde teksten en foto’s. Copywriting en fotografie worden dan ook steeds apart in regie verrekend of volgens bijkomende offerte”.

Anders dan de verzoekende partij het ziet, mag hier worden aangenomen dat deze zinsnede ook van toepassing is op de kwestieuze offerte; er is de verwijzing naar de “huidige aanbesteding” en naar “steeds”.

4.2.2.3. Alsdan vervolgt de verzoekende partij in deze toelichting met een rubriek “concrete prijzen op basis van de ontvangen inventaris” waarbij zij vermeldt: “Hierbij bezorgen wij u de gedetailleerde prijzen voor de elementen die vermeld werden in de inventaris”.

Hierna volgt de prijsopbouw voor de posten betreffende de kalender, de magazine, de brochure en de nieuwsbrief. Bij die vier posten wordt de prijsopbouw telkens verdeeld onder slechts twee elementen, namelijk opmaak en druk, met vermelding van de respectieve kost, en is de totale prijs per post dezelfde als die vermeld in de inventaris. Dan volgt een voorstel buiten de inventaris, namelijk “de creatie van een informatieflyer” waarbij de prijsopbouw in tegenstelling tot die bij de vier vorige posten wel melding maakt van een element copywriting.

Het geheel van deze rubriek wordt afgesloten met de volgende passage: “Alle prijzen voor opmaak zijn op basis van het verkrijgen van de

teksten en eventueel foto's. Copywriting en fotografie zijn niet inbegrepen in de prijzen".

4.2.2.4. Uit al deze elementen mag worden afgeleid dat de toelichting duidelijk in geen copywriting voorziet voor de kwestieuze offerte.

4.2.3. In die omstandigheden mocht de verwerende partij oordelen dat zij geen inschatting kon maken van het deel copywriting. De verzoekende partij is immers ondubbelzinnig in haar toelichting inzake de prijsopbouw; wat zij in haar inventaris heeft vermeld, moet zo worden begrepen dat de copywriting niet in de prijs van de inventaris is begrepen niettegenstaande dit volgens de inventaris was vereist.

De verzoekende partij kan dan ook niet overtuigen dat haar handelwijze hier een rekenfout of een zuiver materiële fout in haar offerte zou betreffen. De verscheidene elementen die wijzen op de uitsluiting van copywriting, wijzen op het tegendeel.

4.2.4. De verzoekende partij heeft geen prijs gegeven voor copywriting. In die omstandigheden heeft zij overeenkomstig artikel 95, § 3, van het koninklijk besluit plaatsing 2011 op materieel vlak een substantieel onregelmatige offerte ingediend aangezien haar offerte afwijkt van de besteksbepalingen inzake prijzen. De verzoekende partij toont niet aan dat de verwerende partij in die omstandigheden haar om nadere uitleg had mogen en moeten vragen.

De verzoekende partij kan zich ook niet nuttig beroepen op een schending van de formelemotiveringsplicht. De verwerende partij heeft in haar bestreden beslissing aangegeven dat de offerte van de verzoekende partij diende te worden geweerd omwille van prijsmanco's inzake copywriting. Zulks geeft voldoende duidelijk weer dat de verwerende partij zich beroept op deze substantiële nietigheid, zoals de verzoekende partij het trouwens in haar middel ook heeft begrepen.

4.2.5. Het middel is ongegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State verwierpt het beroep.

2. De verzoekende 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 verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 13 december 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