

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 244.415 van 9 mei 2019
in de zaak A. 227.818/XII-8718**

In zake: de NV DOCKX MOVERS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Reiner Tijs en Joram Maes
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
Nassaustraet 37-41
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de ARTESIS PLANTIJN HOGESCHOOL ANTWERPEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Carlos De Wolf
kantoor houdend te 9680 Maarkedal
Etikhovestraet 6
bij wie woonplaats wordt gekozen
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Charlotte De Wolf

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 5 april 2019, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[d]e gunningsbeslissing van het Bestuursorgaan van de Artesis Plantijn Hogeschool d.d. 20 maart 2019 met betrekking tot de raamovereenkomst voor het uitvoeren van diverse logistieke verhuisopdrachten, waarmee voormelde opdracht voor aanneming van diensten aan Transmoove NV wordt gegund en derhalve impliciet niet aan Dockx Movers wordt gegund, dit blijkbaar vanwege de beoordeling van de offerte van Dockx Movers als materieel substantieel onregelmatig, waarbij de motieven hiertoe werden uiteengezet in het gunningsverslag d.d. 5 maart 2019, dat vervolgens op d.d. 28 maart 2019 werd overgemaakt aan Dockx Movers.”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 25 april 2019, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

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

Auditeur Thomas Maes heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor een raamovereenkomst voor het uitvoeren van diverse logistieke verhuisopdrachten gedurende vier jaar. Het betreft een opdracht voor diensten. De opdracht wordt geplaatst met een openbare procedure.

De geraamde waarde van de opdracht over vier jaar is 330.000 euro, btw inbegrepen.

3.2. De opdracht wordt aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen van 15 november 2018 en in het supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 16 november 2018.

3.3. Het bijzonder bestek met referentie AP/OP/2018-032 is van toepassing op de opdracht.

Wat de uitsluitingsgronden en kwalitatieve selectie betreft, bepaalt het bestek onder meer het volgende inzake het gebruik van het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA):

“2.5 Selectie: uitsluitingsgronden en kwalitatieve selectie

2.5.1 Uitsluiting

[...]

Bewijsmiddelen:

De inschrijver legt een ingevuld Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA) voor als verklaring dat er geen uitsluitingsgrond op hem van toepassing is.

Eventueel corrigerende maatregelen vermeldt de inschrijver in het UEA.

Het UEA dient door de onderaannemer(s) te worden ingevuld. Het UEA dient volledig door de onderaannemer(s) te worden ingevuld en dient alle informatie betreffende deze onderaannemer(s) te bevatten.

Het UEA moet elektronisch worden ingediend (zie artikel 2.5.4 van het bestek).

[...]

2.5.3 Gebruik onderaannemers en beroep op de draagkracht

(Artikel 78, Wet van 17 juni 2016, artikelen 73 en 74, Koninklijk Besluit van 18 april 2017)

2.5.3.1 Onderaanneming

De inschrijver vermeldt voor elke onderaannemer die hij voor de uitvoering van de opdracht wil inzetten, de naam, de maatschappelijke zetel en het KBO-nummer, alsook voor welk gedeelte van de opdracht de onderaannemer zal worden ingezet.

In het kader van de uitvoering van de opdracht mag er geen uitsluitingsgrond van toepassing zijn op een voorgestelde onderaannemer.

[...]

2.5.4 Uniform Europees Aanbestedingsdocument

(Artikel 73, wet van 17 juni 2016, artikel 38, Koninklijk Besluit van 18 april 2017)

De inschrijver voegt in toepassing van artikel 73 van de Wet van 17 juni 2016 een ingevuld Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA) bij de offerte. Het UEA bestaat uit een eigen verklaring die de aanbestedende overheid als voorlopig bewijs aanvaardt dat op de inschrijver geen uitsluitingsgrond van toepassing [sic] dat de inschrijver voldoet aan de kwalitatieve selectiecriteria (zie artikel 2.5.2).

Het UEA moet (sinds 18 april 2018) in elektronische vorm worden ingediend.

Hierbij dient de UEA-service <https://uea.publicprocurement.be> te worden geconsulteerd of <https://ec.europa.eu/tools/espdpd>.

Voor nadere toelichting verwijst de aanbestedende overheid naar de ‘Handleiding UEA-service voor ondernemingen’, raadpleegbaar op de website <https://www.publicprocurement.be>.

Het volledig én correct invullen van het UEA is een regelmatigheidsvereiste die de substantiële regelmatigheid van de offerte betreft (artikel 76, § 1, vierde lid, 2°, KB van 18 april 2017).

Voor wat betreft deel IV van het UEA moet de inschrijver louter verklaren dat hij voldoet aan de voorgeschreven selectiecriteria.

De inschrijver moet tevens:

1° Een ingevuld UEA voorleggen voor elke deelnemer van een combinatie van ondernemingen die optreedt als inschrijver, en voor elke onderaannemer of andere entiteit op wiens draagkracht de inschrijver beroep doet (zie artikel 2.5.3)

2° In geval de inschrijver een combinatie van ondernemingen is, aanduiden welke deelnemer aan de combinatie zal optreden als vertegenwoordiger naar de aanbestedende overheid toe, in deel II B van UEA.

Aanvullend op het UEA dient de inschrijver desgevallend ook de verbintenissen terbeschikkingstelling bij zijn offerte te voegen.

De aanbestedende overheid kan de inschrijvers tijdens de plaatsingsprocedure te allen tijde verzoeken de vereiste ondersteunende documenten geheel of gedeeltelijk in te dienen wanneer dit noodzakelijk is voor het goede verloop van de plaatsingsprocedure.”

Ook onder het besteksdeel 2.7 “Vorm en inhoud offerte” wordt vereist dat de inschrijvers bij hun offerte een volledig ingevuld UEA dienen te voegen, ook “voor de onderaannemers of andere entiteiten op wiens draagkracht de inschrijver zich beroept”.

Ook op het bij het bestek gevoegde inschrijvingsformulier wordt uitdrukkelijk vermeld dat de inschrijvers bij hun offerte een volledig ingevuld UEA dienen te voegen, ook “voor de onderaannemers of andere entiteiten op wiens draagkracht de inschrijver zich beroept”.

Het bestek voorziet in een toetsing van de offertes aan de hand van vijf gunningscriteria.

3.4. Op 20 december 2018 worden de inschrijvingen geopend. Er blijken vier offertes te zijn ingediend, namelijk door de nv Dockx Movers, dit is de huidige verzoekende partij, de nv Independent Moving Company, de nv Team Relocations en de nv Transmoove.

3.5. Op 5 maart 2019 wordt een gunningsverslag opgesteld. In het kader van de uitsluitingsgronden en de kwalitatieve selectie valt de nv Independent Moving Company af. Vervolgens worden de drie overblijvende offertes onderzocht op hun regelmatigheid. Wat de offerte van de verzoekende partij betreft, wordt daarbij de volgende vaststelling gedaan:

“Betreft de offerte van Dockx Movers nv stelt de aanbestedende overheid vast dat deze inhoudelijk conform is met de voorwaarden van het opdrachtdocument op één tegenstrijdigheid na. Dockx Movers nv geeft in zijn offerteformulier aan dat ze indien nodig gebruik zullen maken van de door hun opgegeven onderaannemer. In het bij de offerte gevoegde UEA wordt de vraag of bij de uitvoering van de opdracht een beroep op onderaannemers zal worden gedaan, negatief beantwoord.

Bijgevolg is het UEA van deze inschrijver foutief ingevuld en deze onregelmatigheid vormt op basis van de rechtspraak van de Raad van State (nr. 242.220 van 14 augustus 2018 [...]) een substantiële onregelmatigheid in toepassing van artikel 76, §1, vierde lid, 2° van het koninklijk besluit van 18 april 2017 plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren [...].

De aanbestedende overheid komt [...] tot het besluit dat de offerte van Dockx Movers nv en Independent Moving Company nv substantieel onregelmatig en, bijgevolg, nietig zijn in toepassing van artikel 76, §1, vierde lid, 2° en § 3 van het Koninklijk Besluit van 18 april 2017.

De substantiële onregelmatigheid van de offerte van Dockx Movers nv is het gevolg van de tegenstrijdigheid en het foutief invullen van het UEA. Artikel 38 van het Koninklijk Besluit van 18 april 2017 bepaalt dat het UEA dient te worden voorgelegd overeenkomstig artikel 73 van de Wet van 17 juni 2016, waardoor het niet naleven van deze bepaling een schending vormt van artikel 38 van het Koninklijk Besluit van 18 april 2017. Artikel 76, §1, vierde lid, 2° en §3 van het Koninklijk Besluit beschouwt de niet-naleving van artikel 38 als een substantiële onregelmatigheid met nietigheid van de offerte tot gevolg.

[...]

De offertes van Independent Moving Company nv en Dockx Movers nv zijn substantieel onregelmatig wegens het ontbreken c.q. onjuist invullen van het UEA. Bijgevolg worden deze offertes in toepassing van artikel 76, § 3 van het Koninklijk Besluit van 18 april 2017 nietig verklaard.”

Vervolgens worden de twee overblijvende offertes getoetst aan de hand van de gunningscriteria. De offerte van de nv Transmoove wordt met een resultaat van 94,5/100 als eerste gerangschikt, die van de nv Team Relocations als tweede met een resultaat van 84,5/100.

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

3.6. Op 20 maart 2019 beslist het bestuursorgaan van de verwerende partij, verwijzend naar het gunningsverslag, om de opdracht te gunnen aan de nv Transmoove.

Dit is de bestreden beslissing.

3.7. Met een e-mailbericht en een aangetekend schrijven van 28 maart 2019 geeft de verwerende partij kennis aan de verzoekende partij van de gunningsbeslissing en van een uittreksel uit het gunningsverslag.

IV. Schorsingsvoorwaarden

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

4.2. Te dezen is evenwel ook de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’ van toepassing.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissing in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

Overeenkomstig artikel 15, tweede lid, echter wordt de vordering tot schorsing voor de Raad van State uitsluitend ingesteld volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of minstens één ernstig middel wordt aangevoerd, dan wel een klaarblijkelijke onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissing kunnen verantwoorden.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

5. De verzoekende partij voert in het verzoekschrift in het eerste middel de schending aan van artikel 73, §§ 1 en 2, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), van artikel 38 en artikel 76, §§ 1 en 3, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ (hierna: formelemotiveringswet), en van het zorgvuldigheidsbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur.

De verzoekende partij doet gelden dat zij wel degelijk een UEA bij haar offerte heeft gevoegd en dat zij deze UEA overeenkomstig artikel 73 van de wet overheidsopdrachten 2016 heeft ingevuld. Uit het gunningsverslag blijkt dat de verwerende partij op grond van het UEA heeft kunnen nagaan dat de verzoekende partij zich niet in één van de uitsluitingsgevallen bevindt en voldoet aan de kwalitatieve selectiecriteria. De verwerende partij betwist niet dat het UEA elektronisch werd ingediend. Gelet op al het voorgaande, voldoet het UEA wel degelijk aan artikel 73 van de wet overheidsopdrachten 2016 en artikel 38 van het koninklijk besluit plaatsing 2017. Aldus kan er geen toepassing worden gemaakt van artikel 76, § 1, vierde lid, 2°, van het voormelde koninklijk besluit en de regeling inzake substantieel onregelmatige offertes. Met de foutieve toepassing van de laatstgenoemde bepaling miskent de verwerende partij ook de *ratio legis* van het weren van substantieel onregelmatige offertes. Zelfs indien de verwerende partij zou moeten worden bijgevalen in haar opvatting dat er sprake is van een

interne tegenstrijdigheid tussen het inschrijvingsformulier en het UEA, blijkt het UEA in elk geval te voldoen aan artikel 73 van de wet overheidsopdrachten 2016 en artikel 38 van het koninklijk besluit plaatsing 2017.

De door de verwerende partij opgebouwde formele motivering is volgens de verzoekende partij feitelijk én juridisch onjuist:

“Ze is feitelijk onjuist omdat ze uitgaat van de opvatting dat het inschrijvingsformulier en het UEA van verzoekende partij onderling strijdig werden ingevuld, dit terwijl de geviseerde antwoorden wel degelijk in overeenstemming met elkaar gelezen kunnen worden. De motivering is daarenboven juridisch onjuist, daar wordt weerhouden dat de offerte van verzoekende partij strijdt met art. 73 Wet Overheidsopdrachten jo. art. 38 KB Plaatsing. Hierboven werd reeds op uitgebreide wijze aangetoond dat zulks geenszins het geval is.”

Het arrest van de Raad van State nr. 242.220 van 14 augustus 2018 waar de verwerende partij naar verwijst, is volgens de verzoekende partij irrelevant:

“Dit arrest heeft immers betrekking op de samenwerking met onderaannemers op wiens draagkracht men een beroep doet teneinde aan de selectiecriteria te voldoen. In deze hypothese dient een afzonderlijke UEA te worden bijgebracht voor de betrokken onderaannemer(s), zulks overeenkomstig artikel 73, §1, tweede lid Wet Overheidsopdracht [*sic*]. In het door verwerende partij aangehaalde arrest d.d. 14 augustus 2018 werd door [de] Raad vastgesteld dat een dergelijk afzonderlijk UEA voor de onderaannemer, op wiens draagkracht men beroep deed, ontbrak. In casu heeft Dockx Movers in het UEA echter (terecht) ontkennend geantwoord op de vraag of men beroep zou doen op de draagkracht van onderaannemers. Onderhavig dossier kan dan ook onmogelijk worden vergeleken met het door verwerende partij aangehaalde arrest van uw Raad d.d. 14 augustus 2018 met nummer 242.220.”

De verzoekende partij besluit dat de verwerende partij haar offerte zowel juridisch als feitelijk foutief heeft beoordeeld en daardoor de artikelen 2 en 3 van de formelemotiveringswet heeft miskend en onzorgvuldig heeft gehandeld.

Beoordeling

6. Artikel 73, §§ 1 en 2, van de wet overheidsopdrachten 2016 luidt:

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

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

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

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

Indien de ondernemer overeenkomstig artikel 78 een beroep doet op de draagkracht van andere entiteiten bevat het Uniform Europees Aanbestedingsdocument ook de in het eerste lid genoemde gegevens ten aanzien van die entiteiten.

Het Uniform Europees Aanbestedingsdocument bestaat uit een formele verklaring van de ondernemer dat de betrokken grond tot uitsluiting niet van toepassing is en/of dat aan het selectie criterium is voldaan en bevat de relevante informatie die door de aanbestedende overheid wordt verlangd. Voorts vermeldt het Uniform Europees Aanbestedingsdocument welke overheidsinstantie of derde verantwoordelijk is voor het vaststellen van de bewijsstukken en bevat zij een formele verklaring dat de ondernemer in staat zal zijn om op verzoek en onverwijld die bewijsstukken te leveren.

Indien de aanbestedende overheid het bewijsstuk rechtstreeks kan verkrijgen door raadpleging van een databank conform de vierde paragraaf, bevat het Uniform Europees Aanbestedingsdocument ook de daartoe vereiste informatie, zoals het internetadres van de databank, alle identificatiegegevens en, in voorkomend geval, de benodigde verklaring van instemming.

Ondernemers kunnen het reeds in een vorige overheidsopdrachten-procedure gebruikte Uniform Europees Aanbestedingsdocument opnieuw gebruiken, mits zij bevestigen dat de daarin opgenomen gegevens nog steeds correct zijn.

§ 2. Het Uniform Europees Aanbestedingsdocument wordt opgesteld op basis van het door de Europese Commissie vast te stellen model en wordt uitsluitend in elektronische vorm verstrekt.”

Artikel 38 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 luidt:

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

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

Wanneer gebruik wordt gemaakt van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking en het UEA moet worden ingevuld, geeft de aanbestedende overheid, in afwijking van het tweede lid, de betreffende richtsnoeren aan in een ander opdrachtdocument.

§ 2. Wat deel IV van het UEA betreft, kan de aanbestedende overheid naar keuze beslissen :

1° om de ondernemers te verzoeken om precieze inlichtingen op te geven door middel van het invullen van de afdelingen A tot D; of

2° de gevraagde inlichtingen beperken tot de vraag of de ondernemer al dan niet voldoet aan de voorgeschreven selectiecriteria, overeenkomstig de afdeling ‘Algemene aanwijzing voor alle selectiecriteria’. In dat geval moet alleen deze afdeling ingevuld worden.

Voor de in bijlage III van de wet opgesomde sociale en andere specifieke diensten, moet de aanbestedende overheid echter steeds de mogelijkheid geven aan de ondernemer om op globale wijze kenbaar te maken dat hij voldoet aan de voorgeschreven selectiecriteria, overeenkomstig het eerste lid, 2°.

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

Artikel 76, §§ 1 tot 3, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 luidt:

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

De offerte kan substantieel of niet substantieel onregelmatig zijn.

Een offerte is substantieel onregelmatig wanneer ze van aard is de inschrijver een discriminerend voordeel te bieden, tot concurrentievervalsing te leiden, de beoordeling van de offerte van de inschrijver of de vergelijking ervan met de andere offertes te verhinderen, of de verbintenis van de inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onbestaande, onvolledig of onzeker te maken.

De volgende onregelmatigheden worden met name als substantieel beschouwd :

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

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

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

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

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

7. In het eerste middel voert de verzoekende partij in essentie aan dat haar offerte ten onrechte als substantieel onregelmatig werd geweerd wegens het onjuist invullen van het UEA.

8. In het gunningsverslag wordt de offerte van de verzoekende partij substantieel onregelmatig en bijgevolg nietig verklaard om de volgende reden:

“Dockx Movers nv geeft in zijn offerteformulier aan dat ze indien nodig gebruik zullen maken van de door hun opgegeven onderaannemer. In het bij de offerte gevoegde UEA wordt de vraag of bij de uitvoering van de opdracht een beroep op onderaannemers zal worden gedaan, negatief beantwoord.

Bijgevolg is het UEA van deze inschrijver foutief ingevuld en deze onregelmatigheid vormt op basis van de rechtspraak van de Raad van State (nr. 242.220 van 14 augustus 2018 [...]) een substantiële onregelmatigheid in toepassing van artikel 76, §1, vierde lid, 2° [koninklijk besluit plaatsing 2017].”

9. De offerte van de verzoekende partij bevat in de eerste plaats het inschrijvingsformulier. In het invulveld over het gebruik van onderaannemers blijkt de keuze “ja” te zijn vermeld door de verzoekende partij. Op de

daaropvolgende vraag op het inschrijvingsformulier “Gedeelte van de opdracht dat in onderaanneming wordt gegeven” heeft de verzoekende partij als volgt geantwoord:

“Dockx Movers besteed nooit volledige delen uit aan onderaanneming echter af en toe gebruikt Dockx Movers extra verhuizers die steeds werken onder supervisie van een Dockx Movers ploegbaas. Er wordt dus geen enkel deel van de opdracht volledig uitbesteed aan een onderaannemer.”

Vervolgens worden in het veld bestemd voor de lijst met onderaannemers de identificatiegegevens ingevuld van de bvba Declic Movers.

Daarenboven blijkt bij de offerte van de verzoekende partij een “verbintenis ter beschikkingstelling middelen” te zijn gevoegd, ondertekend door de verzoekende partij en de zaakvoerder van de bvba Declic Movers, waarin deze laatste “zich er eenzijdig toe [verbindt] om, in het kader van bovenvermelde overheidsopdracht, aan Dockx Movers de noodzakelijke middelen ter beschikking te stellen van de inschrijver voor de uitvoering van het gedeelte van de opdracht waarvoor beroep op draagkracht wordt gedaan” en “aanvaardt [...] [gelet op het feit dat beroep wordt gedaan op de draagkracht in het kader van economische en financiële criteria] hoofdelijk aansprakelijk te zijn voor de uitvoering van de opdracht”.

In het bij de offerte van de verzoekende partij gevoegde UEA wordt dan – in weerwil van de verklaringen op het inschrijvingsformulier en de bij de offerte gevoegde verbintenis – op de vraag “[d]oet de ondernemer een beroep op de draagkracht van andere entiteiten om te voldoen aan de selectiecriteria van deel IV en de (eventuele) criteria en regels van onderstaande afdeling V?” en de vraag “[i]s de ondernemer van plan een gedeelte van de opdracht in onderaanneming aan derden te geven?”, telkens het antwoord “nee” vermeld.

10. Er dient aldus reeds op het eerste gezicht te worden vastgesteld dat het middel feitelijke grondslag lijkt te missen. De verwerende partij lijkt *prima facie* terecht te hebben vastgesteld in het gunningsverslag dat de verzoekende partij het UEA, in het licht van haar verklaringen in het inschrijvingsformulier en de bij

haar offerte gevoegde “verbintenis ter beschikkingstelling middelen”, te dezen onjuist heeft ingevuld.

Het UEA lijkt immers te dezen anders te moeten zijn ingevuld, namelijk met vermelding van het feit dat zou worden gebruikgemaakt van onderaannemers en een beroep zou worden gedaan op de draagkracht van derden. De verzoekende partij verklaarde in haar offerte immers wel degelijk gebruik te maken van onderaannemers voor de uitvoering van de opdracht en het lijkt blijkens de voornoemde bij de offerte gevoegde verbintenis zelfs om het ter beschikking stellen van draagkracht door derden te gaan. Het bestek vereist te dezen expliciet en meermaals, zelfs op het inschrijvingsformulier, dat de inschrijvers bij hun offerte een volledig ingevuld UEA dienen te voegen, ook “voor elke onderaannemer of andere entiteiten op wiens draagkracht de inschrijver beroep doet”. Aldus diende de verzoekende partij te dezen, behalve het UEA anders in te vullen, ook een afzonderlijk UEA bij te voegen dat betrekking had op de door haar voorgestelde onderaannemer en dragende derde. Zij blijkt dat reeds op het eerste gezicht niet te hebben gedaan.

Door louter ontkennend te antwoorden op de twee voornoemde vragen op het UEA, lijkt de verzoekende partij aldus een UEA te hebben ingediend dat niet voldoet aan artikel 73 van de wet overheidsopdrachten 2016, artikel 38 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 en evenmin aan de bepalingen van het bestek.

Deze vaststellingen lijken, in het kader van een procedure in kort geding bij uiterst dringende noodzakelijkheid, reeds op zich te mogen volstaan om het middel de vereiste *prima facie* ernst te ontzeggen opdat het in aanmerking zou kunnen worden genomen om tot schorsing van de uitvoering van de bestreden beslissing te besluiten.

11. Ten overvloede kan nog het volgende worden opgemerkt.

Waar de verzoekende partij in het verzoekschrift doet gelden dat het inschrijvingsformulier en het UEA met elkaar in overeenstemming kunnen worden gebracht, dient te worden opgemerkt dat uit het voorgaande reeds is gebleken dat zulks niet het geval lijkt te zijn. Overigens miskent die stelling het

voorhanden zijn van de voornoemde draagkrachtverbintenis, die door de verwerende partij in de inschrijving werd gevonden en aldus diende te worden betrokken in de beslissingsprocedure.

In de mate dat de verzoekende partij in dit betoog verwijst naar haar stelling dat er enkel sprake is van onderaanneming die in het UEA dient te worden vermeld indien een deel van de opdracht volledig wordt uitbesteed aan een onderaannemer, lijkt die stelling geen grond te kunnen vinden in de betrokken regelgeving, waarin een dergelijk onderscheid niet lijkt te worden gemaakt.

12. Het betoog van de verzoekende partij over de verwijzing in het gunningsverslag naar het arrest van de Raad van State nr. 242.220 van 14 augustus 2018, dient evenzeer te worden verworpen. In dat betoog doet de verzoekende partij immers gelden dat zij te dezen geen beroep zou doen op de draagkracht van onderaannemers, terwijl, zoals reeds werd vastgesteld, uit haar offerte reeds *prima facie* blijkt dat zulks wél het geval is. Aldus mist ook dit betoog feitelijke grondslag. Nog meer ten overvloede kan worden opgemerkt dat de verwerende partij op het eerste gezicht niet ten onrechte in het gunningsverslag naar het betrokken arrest heeft verwezen als relevant precedent.

13. Nu is gebleken dat de verwerende partij *prima facie* terecht heeft vastgesteld dat de verzoekende partij op een onjuiste wijze een UEA blijkt te hebben ingediend – en daarnaast geen UEA heeft ingediend dat betrekking heeft op haar onderaannemer en dragende derde – diende de verwerende partij, zo lijkt het, aldus te besluiten tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte van de verzoekende partij overeenkomstig artikel 76, § 1, vierde lid, 2°, van het koninklijk besluit plaatsing 2017. Overeenkomstig artikel 76, § 3, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 verklaart de aanbestedende overheid bij een openbare procedure, zoals te dezen, een substantieel onregelmatige offerte immers nietig. Zij beschikt daarbij over geen enkele beoordelingsruimte.

De foutieve toepassing van het voormelde artikel 76 waar de verzoekende partij zich op beroept, is aldus niet aangetoond.

14. Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

15. De verzoekende partij voert in het tweede middel de schending aan van artikel 34, §§ 1 en 2, van het koninklijk besluit plaatsing 2017.

Zij betoogt dat zelfs indien zou worden aangenomen dat de offertedocumenten van de verzoekende partij een interne tegenstrijdigheid zouden bevatten, dan nog de verwerende partij conform artikel 34, § 2, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, de werkelijke bedoeling van de verzoekende partij had moeten nagaan. Aan de hand van een globale analyse van de offerte van de verzoekende partij had de verwerende partij zelf naar alle redelijkheid kunnen inschatten dat het inschrijvingsformulier wel degelijk de werkelijke bedoeling van de verzoekende partij weerspiegelde, namelijk een gebruik van onderaannemers die samenwerken met het eigen personeel van de verzoekende partij. Zij vervolgt dat voor zover de verwerende partij de werkelijke bedoeling niet had kunnen ontwaren op grond van een globale analyse van de offerte en het UEA, zij de verzoekende partij had moeten uitnodigen om de inhoud van haar offerte te verduidelijken. Op geen van beide mogelijkheden, die het voormelde artikel 34, § 2, biedt, heeft de verwerende partij te dezen een beroep gedaan. De verwerende partij is hierdoor tekortgeschoten aan haar verplichting tot verbetering van zuiver materiële fouten in de offertedocumenten. Indien de verwerende partij artikel 34 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 correct had toegepast, was elke betwisting omtrent de substantiële onregelmatigheid van de offerte van de verzoekende partij uitgesloten geweest.

De verzoekende partij wijst er ten slotte nog op dat ten gevolge van de foutieve en te formalistische invulling van het begrip substantiële onregelmatigheid, gecombineerd met het niet interpreteren van de offerte volgens de bedoeling van de inschrijver en zonder verduidelijking te vragen aan deze inschrijver, te dezen er slechts één onderneming is overgebleven. Op die manier is de mededinging – wat finaal het doel is van de regeling overheidsopdrachten – volledig uitgehold, terwijl in redelijkheid niet kan worden ontkend dat de

verzoekende partij mocht hopen te worden geselecteerd en in aanmerking te komen voor gunning van de opdracht.

Beoordeling

16. Artikel 34, §§ 1 en 2, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 luidt:

“§ 1. De aanbestedende overheid verbetert de offertes in functie van de door haar of een inschrijver vastgestelde rekenfouten en zuiver materiële fouten in de opdrachtdocumenten.

§ 2. De aanbestedende overheid verbetert de rekenfouten en zuiver materiële fouten in de offertes, zonder aansprakelijk te zijn voor de niet ontdekte fouten.

Ten einde de rekenfouten en de zuiver materiële fouten die door haar vastgesteld worden in de offertes te verbeteren, gaat de aanbestedende overheid de werkelijke bedoeling na van de inschrijver via een globale analyse van de offerte en door deze te vergelijken met de andere offertes en met de marktprijzen. Indien deze bedoeling, na analyse van de offerte, niet voldoende duidelijk is, kan de aanbestedende overheid de inschrijver, binnen een door haar gestelde termijn, uitnodigen om de inhoud van zijn offerte te verduidelijken zonder haar te wijzigen en te vervolledigen en dit zonder afbreuk te doen aan de mogelijkheid om te onderhandelen indien de procedure zulks toelaat.

Als er in dit laatste geval geen toelichting gegeven is of de toelichting niet aanvaardbaar is voor de aanbestedende overheid, verbetert ze de fouten naar eigen bevindingen. Mocht dit niet mogelijk zijn, dan kan de aanbestedende overheid hetzij beslissen dat de opgegeven eenheidsprijzen van toepassing zijn, hetzij de offerte als onregelmatig weren.”

17. Hoewel de verzoekende partij in de opsomming van de geschonden geachte bepalingen ook artikel 34, § 1, vermeldt, dient er te worden vastgesteld dat zij vervolgens bij de adstructie van het middel enkel artikel 34, § 2, betreft.

Artikel 34, § 1, blijkt inderdaad fouten in de opdrachtdocumenten te betreffen, hypothese waarop het middel *prima facie* geen betrekking heeft. Wat de aangevoerde schending van artikel 34, § 1, betreft, dient het tweede middel aldus nu reeds te worden verworpen.

18. Artikel 34, § 2, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 verleent de aanbestedende overheid de mogelijkheid om rekenfouten en zuiver materiële fouten in de offertes te verbeteren. Die bepaling dient in beginsel strikt te worden toegepast. Een rekenfout is niet meer dan een fout die gemaakt is bij het rekenen. Het blijkt niet dat zulks te dezen aan de orde zou zijn.

Onder het begrip “materiële fout” – hypothese waarop het middel wel lijkt te doelen – moet een verschrijving of vergissing worden verstaan, begaan bij de materiële verrichtingen die gepaard gaan met het opstellen van een offerte zoals uitschrijven, invullen en overbrengen van cijfergegevens.

Er zijn geen gronden om aan te nemen dat er te dezen sprake is van een verschrijving of vergissing waaromtrent nauwelijks discussie mogelijk is – met andere woorden: van een onoplettendheid bij het opstellen van de offerte – en die met een eenvoudige precisering kan worden rechtgezet, zoals bijvoorbeeld het verwisselen van een cijfer.

De verzoekende partij licht in haar verzoekschrift daarentegen uitvoerig haar te dezen gevolgde handelwijze toe en zet daarbij uiteen waarom zij het inschrijvingsformulier en het UEA welbewust heeft ingevuld zoals zij deed. Het gebrekkig en in strijd met de andere gegevens van de offerte invullen van het UEA betreft aldus een doelgerichte keuze van de verzoekende partij en geen vergissing bij het opstellen van de offerte.

De verzoekende partij toont, gelet op het voorgaande, niet aan dat te dezen in haar offerte sprake is van een zuiver materiële fout in de zin van artikel 34, § 2. Aldus lijkt de verwerende partij reeds op het eerste gezicht niet ten onrechte te dezen geen toepassing te hebben gemaakt van artikel 34, § 2, van het koninklijk besluit plaatsing 2017.

Het tweede middel faalt en dient ook op dit punt als niet ernstig te worden aangemerkt.

19. Dat de werkelijke bedoeling van de verzoekende partij uit de “globale analyse” van het inschrijvingsformulier en het UEA had kunnen worden afgeleid, zoals de verzoekende partij betoogt, lijkt niet relevant. Het gaat er te dezen immers niet om dat de offerte onduidelijk is, wel dat het rehtens vereiste UEA onjuist, onvolledig en in strijd met de andere gegevens van de offerte van de verzoekende partij werd ingevuld en wat de onderaannemer en dragende derde betreft, zelfs niet werd bijgevoegd.

20. De verzoekende partij doet nog gelden dat de verwerende partij haar had moeten bevrigen over de inhoud van haar offerte.

In de eerste plaats is het echter de inschrijver die verantwoordelijk is voor een zorgvuldige redactie van zijn offerte. De mogelijkheid van de aanbestedende overheid om in sommige gevallen verduidelijking aan de inschrijvers te vragen, omvat in beginsel geen verplichting daartoe.

Voorts merkt de verwerende partij terecht op dat in het kader van een openbare procedure, zoals te dezen, een bevriging van de inschrijvers in beginsel niet lijkt te mogen leiden tot het regulariseren van een substantieel onregelmatige offerte.

21. Het tweede middel lijkt overigens nog feitelijke grondslag te missen waar de verzoekende partij nog doet gelden dat er slechts één onderneming zou zijn overgebleven, wat de mededinging zou uithollen. Immers blijken er offertes van twee ondernemingen in de eindrangschikking te zijn opgenomen. Bovendien lijkt een dergelijke loutere verwijzing naar het principe van de mededinging niet tot de conclusie te mogen leiden dat de verwerende partij te dezen, in weerwil van de bepalingen van het overheidsopdrachtenrecht, ertoe gehouden zou zijn om offertes die zij als substantieel onregelmatig heeft verworpen toch in aanmerking te nemen voor gunning.

In elk geval, zoals reeds opgemerkt, is het zo dat overeenkomstig artikel 76, § 3, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 de aanbestedende overheid

een substantieel onregelmatige offerte steeds nietig verklaart. Zij beschikt daarbij over geen enkele beoordelingsruimte.

22. Het tweede middel is niet ernstig.

VI. Besluit

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

BESLISSING

1. De Raad van State verwierpt de vordering.

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 9 mei 2019, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

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

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Dierk Verbiest