RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 244.978 van 27 juni 2019
in de zaak A. 224.215/XII-8494

In zake: de NV WEGEBO, thans de NV COLAS CENTRUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Marie Vastmans en Antony Poppe
kantoor houdend te 1160 Brussel
Tedescolaan 7
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Kris Wauters en Sophie Bleux
kantoor houdend te 1170 Brussel
Terhulpsesteenweg 187
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 12 januari 2018, strekt tot de nietigverklaring van "[h]et besluit van […] het agentschap Wegen & Verkeer Oost-Vlaanderen van 10 november [2017] houdende gunning van de opdracht van werken 'N49/E34 te Maldegem: Structureel onderhoud van kmpt. 61,1 tot 65,2'".

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.

‡CHGTJCBEG-BDIAHAU‡

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 25 juni 2019.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Anhony Poppe, die tevens *loco* advocaat Marie Vastmans, verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Sophie Bleux, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Ann Eylenbosch heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. De verwerende partij – het agentschap Wegen en Verkeer, afdeling Oost-Vlaanderen – schrijft een overheidsopdracht voor werken uit met als voorwerp "N49/E34 te Maldegem: structureel onderhoud van kmpt. 61,1 tot 65,2".

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie.

Er worden verscheidene rectificerende berichten bekendgemaakt waarbij onder meer in terechtwijzend bericht 3 de meetstaat wordt gewijzigd.

‡CHGTJCBEG-BDIAHAU‡

De gunningswijze is de open aanbesteding.

3.2. Het bijzonder bestek nr. 1M3D8H/16/22 is van toepassing.

Onder "Art. 90. §1 Indiening offertes" is bepaald:

> "Voor het indienen van offertes wordt het gebruik van elektronische middelen opgelegd."

3.3. De offertes worden geopend op 24 oktober 2016 en volgens het proces-verbaal van opening werden "offertes/aanvragen tot deelneming" ingediend door de nv Aswebo, de nv Wegebo, de tv nv Stadsbader - nv Aswebo en door de tv Norré-Behaegel - RTS Infra.

In het proces-verbaal van opening wordt bij de nv Aswebo vermeld dat 14 documenten werden opgeladen op 13, 14 en 17 oktober 2016 – waaronder de "offerte" en "meetstaat" – doch dat "Geen getekende indienings-rapporten [werden] gevonden".

3.4. In het gunningsverslag van 30 januari 2017 wordt vermeld dat de volgende vier offertes werden ingediend:

"

NAAM	INSCHRIJVINGSBEDRAG	OPMERKINGEN
NV Aswebo	7.877.534,39 euro	Digitale offerte
NV Wegebo	8.527. 817,48 euro	Digitale offerte
THV NV Stadsbader-Aswebo NV	8.379.951,26 euro	Digitale offerte
TV Norré-Behaegel-RTS Infra	8.169.517,07 euro	Digitale offerte

."

Onder rubriek "3 Onderzoek toegangsrecht" worden onder "3.1 Uitsluitingsgronden (art. 61-66)" in het "Besluit over uitsluiting" de offertes van de tv Norré-Behaegel, van de nv Aswebo en van de tv nv Stadsbader-nv Aswebo "uitgesloten", de laatste twee "door indiening dubbele offerte".

Dit laatste wordt als volgt gemotiveerd:

> "Nazicht artikel 54 §1:
> Er werd een offerte ingediend door Aswebo NV en door THV Stadsbader NV-Aswebo NV. Een kandidaat mag zich maar één keer kandidaatstellen per opdracht volgens artikel 54 § 1 van het KB plaatsing. Hij kan niet zelf een offerte indienen en een offerte indienen als lid van een THV. Volgens artikel 54 §2 mag een inschrijver slechts één offerte indienen per opdracht. Hoewel de offerte van Aswebo NV formeel onregelmatig is, omdat deze niet getekend werd, dienen de offertes van beide inschrijvers geweerd te worden."

Dit leidt tot het volgende "Algemeen besluit over toegangsrecht":

> "Werden uitgesloten: TV Norré-Behaegel - RTS; Aswebo NV; THV Stadsbader-Aswebo NV.
> Werden niet geselecteerd: niemand."

Vervolgens wordt de offerte van de nv Wegebo regelmatig bevonden en gerangschikt. Dit alles leidt tot het volgende besluit en voorstel de opdracht te gunnen aan de nv Wegebo :

> "Er werden 4 offertes ingediend.
> Alle inschrijvers voldoen aan het toegangsrecht en de kwalitatieve selectiecriteria (erkenning, RSZ-bijdragen, BTW, niet-faillissement, technische bekwaamheid), met uitzondering van TV Norré-Behaegel - RTS, Aswebo NV en THV Stadsbader NV -Aswebo NV.
> De geselecteerde offerte is regelmatig.
> Het laagste regelmatig aanbod gaat uit van Wegebo NV voor een bedrag van 8,527.817,48 € incl. BTW, 7.047.783,04 € excl. BTW".

Er wordt voorgesteld de werken te gunnen aan de laagste regelmatige inschrijver, namelijk de nv Wegebo.

3.5. Op 30 maart 2017 wordt de volgende beslissing genomen:

> "Gelet op de motieven uit het onderzoek en de beoordeling zoals hierboven omstandig beschreven wordt de opdracht voor 'N49/E34 te Maldegem: structureel onderhoud van kmpt. 61,1 tot 65,2' gegund aan

> Wegebo NV voor een bedrag van 7.047.783,04 euro (BTW excl.) of voor een bedrag van 8.527.817,48 euro (BTW incl.).”

3.6. Bij arrest nr. 238.128 van 9 mei 2017 schorst de Raad van State bij uiterst dringende noodzakelijkheid de tenuitvoerlegging van de gunningsbeslissing van 30 maart 2017.

3.7. Op 29 mei 2017 beslist de verwerende partij om die beslissing in te trekken.

3.8. Op 25 juli 2017 stelt de verwerende partij een nieuw gunningsverslag op.

Er wordt opnieuw vastgesteld dat er vier offertes werden ingediend.

Vervolgens wordt het toegangsrecht van de inschrijvers onderzocht. De tv Norré-Behagel – RTS Infra wordt uitgesloten van de toegang tot de opdracht. De overige drie inschrijvers worden geselecteerd.

Vervolgens wordt de regelmatigheid van de offertes onderzocht. Bij dit onderzoek worden onder meer de volgende vaststellingen gedaan:

> “b/ Geconstateerde onregelmatigheden
> 1) Bij de opening van de offertes op 24 oktober 2016 werd vastgesteld dat er (in de elektronische kluis) van vier inschrijvers een aantal documenten werden ontvangen.
> - Voor wat betreft de NV Aswebo werden 14 documenten ontvangen waaronder document 12 met als titel ‘offerte’ en documenten 13 en 14 die de ingevulde meetstaat omvatten, respectievelijk als een Excel- en als Pdf-document zoals dit in het bestek werd gevraagd.
> - Voor wat betreft de THV Aswebo-Stadsbader werden 28 documenten ontvangen waaronder document 28 met als titel ‘inschrijving’ en documenten 26 en 27 die de ingevuld[e] meetstaat omvatten, respectievelijk als een Excel- en als Pdf- document zoals dit in het bestek werd gevraagd.
> In eerste instantie stelt zich de vraag of de ontvangen documenten van elk van bovenvermelde inschrijvers al dan niet als een offerte moeten worden beschouwd. In essentie is een offerte vanuit Europeesrechtelijk standpunt

een aanbod van een bepaalde inschrijver om de betrokken opdracht tegen een bepaalde prijs uit te voeren. De aanbestedende overheid is van oordeel dat zowel de NV Aswebo als de THV Aswebo-Stadsbader moeten worden geacht een offerte te hebben ingediend, in die zin dat de aanbestedende overheid uit de ingediende documenten een intentie mocht afleiden om de bewuste opdracht tegen bepaalde voorwaarden (waaronder een bepaalde prijs) uit te voeren . Dit zou mogelijk anders zijn , indien van één van bovenvermelde inschrijvers enkel documenten werden ontvangen inzake de in het bestek gevraagde selectiecriteria. In dergelijk geval, waarbij noch een ingevulde meetstaat noch een ingevuld offerteformulier wordt ingediend, kan de inschrijver immers niet worden geacht een intentie te hebben geformuleerd om de betrokken opdracht uit te voeren.
Het feit dat de 14 documenten die door de NV Aswebo in de elektronische kluis werden opgeladen tussen 13 oktober 2016 (document 1 inzake de erkenning) en 17 oktober 2016 (documenten 13 en 14 die de ingevulde meetstaat bevatten), en aldus dateren van voor de publicatie van minstens één terechtwijzend bericht , doet niets af van het feit dat de opgeladen documenten een offerte uitmaken. Evenzeer belet het feit dat de opgeladen documenten niet worden gedragen door een correct ondertekend indieningsrapport niet dat de opgeladen documenten als een offerte kunnen worden beschouwd. Anders gezegd, een onregelmatige offerte is en blijft een offerte.
In tweede instantie stelt zich de vraag of de offertes van de NV Aswebo en THV Aswebo-Stadsbader een schending van artikel 54, §2 KB Plaatsing met zich meebrengen. Artikel 54, §2 KB Plaatsing omvat meer specifiek de regel dat een inschrijver slechts één offerte mag indienen behalve in geval van eventuele varianten en bij concurrentiedialoog. Voor de toepassing van deze bepaling wordt elke deelnemer aan een combinatie zonder rechtspersoonlijkheid beschouwd als een inschrijver. Met andere woorden, artikel 54, §2 KB Plaatsing brengt onder meer met zich mee dat een inschrijver die apart een offerte heeft ingediend (zoals in casu de NV Aswebo) niet een tweede maal in combinatie met een andere ondernemer (onder de vorm van een THV, zoals in casu de THV Aswebo-Stadsbader) een tweede offerte mag indienen. De aanbestedende overheid is van oordeel dat de regel vervat in artikel 54, §2 KB Plaatsing strikt dient te worden nageleefd, aangezien een overtreding van de in dit artikel vervatte regel de gelijkheid der inschrijvers in het gedrang kan brengen . De ene inschrijver mag immers niet over twee kansen beschikken een bepaalde opdracht binnen te halen terwijl de overige inschrijvers slechts over één kans beschikk en. Eén en ander wordt trouwens ook bevestigd door de Raad van State. In een arrest van 14 juli 2009 (nr. 195.256) overwoog de Raad immers dat de bepaling vervat in artikel 103 van het KB van 8 januari 1996 (die een gelijkaardige bepaling bevatte als hetgeen in artikel 54, §2 KB Plaatsing werd vervat) een garantie vormt voor de gelijkheid der kansen. Gegeven het essentiële karakter van de bepaling vervat in artikel 54, §2 KB Plaatsing moeten offertes die strijdig zijn met deze bepaling als substantieel onregelmatig worden bestempeld en als nietig uit de verdere gunningsprocedure worden geweerd (cfr. artikel 95,

‡CHGTJCBEG-BDIAHAU‡

§2 KB Plaatsing). De aanbestedende overheid stelt verder vast dat artikel 54, §2 KB Plaatsing niet differentieert tussen regelmatige en onregelmatige offertes. Anders gezegd, artikel 54, §2 KB Plaatsing moet in voorliggend geval nog steeds geschonden word[en] geacht zelfs indien de offerte van de NV Aswebo m.n. wegens een gebrek aan ondertekening als onregelmatig moet worden beschouwd. Indien de aanbestedende overheid hierover anders zou oordelen, dan zou zij een voorwaarde toevoegen aan de bepaling uit artikel 54, §2 KB Plaatsing en op die manier in belangrijke mate de inhoud van artikel 54, §2 KB Plaatsing uithollen. Gegeven dat artikel 54, §2 KB Plaatsing, zoals hoger aangegeven, een waarborg vormt in functie van de gelijkheid van de inschrijvers, kan dergelijke interpretatie niet worden aangehouden.
De aanbestedende overheid kan de offerte van de NV Aswebo ook niet als onbestaande beschouwen. Immers, het Hof van Cassatie heeft in haar rechtspraak de leer van de onbestaande rechtshandeling verworpen. De offerte is een privaatrechtelijke rechtshandeling en hierop is dan ook het privaatrecht van toepassing, buiten de eventueel specifieke bepalingen van het aanbestedingsrecht (bijvoorbeeld inzake onregelmatigheid).
Bijgevolg, heeft de aanbestedende overheid geen andere keuze dan de offertes van respectievelijk de NV Aswebo als de THV Aswebo-Stadsbader als substantieel onregelmatig te beschouwen en uit de verdere gunningsprocedure te weren."

Gelet op deze vaststellingen worden de offertes van de nv Aswebo en deze van de tv nv Stadsbader – nv Aswebo geweerd als substantieel onregelmatig. De offerte van de nv Wegebo wordt zonder opmerkingen regelmatig verklaard en blijft als enige over.

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

3.9. Op 10 augustus 2017 beslist de verwerende partij om de opdracht te gunnen aan de nv Wegebo voor een bedrag van 7.047.783,04 euro, btw niet inbegrepen.

3.10. Met het arrest nr. 239.157 van 19 september 2017 schorst de Raad van State bij uiterst dringende noodzakelijkheid de tenuitvoerlegging van de gunningsbeslissing van 10 augustus 2017.

‡CHGTJCBEG-BDIAHAU‡

3.11. Met een beslissing van 29 september 2017 trekt de verwerende partij de gunningsbeslissing van 10 augustus 2017 in.

3.12. Op 11 oktober 2017 wordt een nieuw gunningsverslag opgesteld.

Hieruit blijkt dat in eerste instantie de offerte van de tv Norré-Behagel – RTS Infra wordt geweerd.

Vervolgens worden de offertes van de drie andere inschrijvers na rekenkundig nazicht als volgt gerangschikt: de nv Aswebo 7.877.534,39 euro, de tv nv Stadbader – nv Aswebo 8.379.951,26 euro en de nv Wegebo 8.527.817,48 euro, alle bedragen btw inbegrepen.

Onder de rubriek "Nazicht handtekeningen" wordt het volgende vermeld:

> "Nazicht handtekeningen
> Volgens KB 15/07/2011 — artikel 95 (tweede alinea) is een offerte formeel onregelmatig en derhalve nietig als ze afwijkt van de substantiële vormelijkheden die zijn voorgeschreven door de artikelen 6, §1, 51, §2, 52, 54, §2, 55, 80, 81, 82, 90 en 91 en door de opdrachtdocumenten.
> *nazicht van de bepalingen volgens artikel 82, §1. 'De inschrijver ondertekent de offerte en de eventuele samenvattende opmeting of inventaris en de andere bijlagen bij de offerte.'
> Een niet ondertekende offerte (waarbij noch het inschrijvingsbiljet noch de samenvattende opmeting zijn ondertekend) wordt als formeel onregelmatig beschouwd. Dit betreft een substantiële onregelmatigheid die bij gevolge de absolute nietigheid van de offerte ten aanzien van de aanbestedende overheid tot gevolg heeft.
> De offerte van NV Aswebo is niet ondertekend. Noch het inschrijvingsbiljet, noch de samenvattende opmeting zijn ondertekend. Er werden bepaalde gegevens van aannemer Aswebo NV (inzake zijn aanvraag tot deelneming of offerte) geregistreerd door het ontvangst-systeem, maar aangezien deze gegevens niet werden gevalideerd (door ondertekening), worden deze als nietig (niet-bestaande) beschouwd. De documenten werden ruim vóór de einddatum opgeladen door een persoon die niet bevoegd is om te tekenen.
> De meetstaat met prijzen werd opgeladen vóórdat de terechtwijzende berichtgeving is verschenen, en daarbij werd nog de oude (nu vervallen) meetstaat gebruikt.

‡CHGTJCBEG-BDIAHAU‡

Na het terechtwijzend bericht is er niets meer gebeurd op het account, er is niets opgeladen maar ook niets verwijderd. Er is in het PV van opening duidelijk bij de opmerkingen vooraan vermeld dat er 'geen getekend indieningsrapporten gevonden' zijn bij het openen van de opgeladen documenten van Aswebo.
De offerte van NV Aswebo wordt derhalve als substantieel formeel onregelmatig beschouwd. Bijgevolg kan, volgens artikel 95, § 4 KB Plaatsing, de aanbestedende overheid enkel maar vaststellen dat de offerte van de NV Aswebo absoluut nietig is.
Deze offerte wordt niet meer mee in beschouwing genomen bij het verder onderzoek.
*Volgens art. 54 §2 geldt: 'Een inschrijver mag slechts één offerte per opdracht indienen, behalve in geval van varianten en bij concurrentiedialoog.'
Daarnaast was in de opdrachtdocumenten gestipuleerd dat de offertes verplicht via elektronische middelen moesten worden ingediend.
Het artikel 52 bepaalt onder meer (onder §2, laatste alinea): 'Door zijn aanvraag tot deelname of offerte geheel of gedeeltelijk via elektronische middelen over te leggen, aanvaardt de kandidaat of inschrijver dat bepaalde gegevens van zijn aanvraag tot deelneming of offerte worden geregistreerd door het ontvangstsysteem.'
De aanbestedende overheid heeft vastgesteld dat de offerte van NV Aswebo absoluut nietig is. Als gevolg van deze nietigheid wordt deze offerte geacht nooit te hebben bestaan.
Immers, in de Belgische nietigheidsleer heeft een nietigheid een ex tunc-werking. De nietige akte wordt geacht nooit te hebben bestaan.
Aangezien als gevolg van het niet meer bestaan van de offerte van de NV Aswebo, heeft deze laatste onderneming enkel een offerte ingediend als deelgenoot in de THV Stadsbader-Aswebo. In die zin is een voorwaarde om artikel 54, § 2 KB Plaatsing te kunnen toepassen verdwenen. Ten overvloede is het in elk geval zo, dat zelfs indien deze bepaling toepasselijk zou zijn, de aanbestedende overheid vaststelt dat de NV Aswebo nooit de intentie heeft gehad om de mededinging te verstoren of zich niet op manipulatieve wijze een tweede kans heeft willen verschaffen om de kwestieuze opdracht binnen te halen. In die zin meent de aanbestedende overheid dat er geen reden is om een sanctie te koppelen aan het feit dat de NV Aswebo een weliswaar nietig[e] offerte heeft ingediend."

De conclusie hierbij is dat de offerte van de nv Aswebo substantieel onregelmatig is wegens het ontbreken van een handtekening en dat de offerte van de tv Stadsbader nv – Aswebo nv aanvaard wordt.

Voorgesteld wordt de opdracht te gunnen aan de tv nv Stadsbader – nv Aswebo.

3.13. Op 10 november 2017 gunt de verwerende partij onder verwijzing naar het gunningsverslag de opdracht aan de tv Stadsbader nv – Aswebo nv.

IV. Vertrouwelijkheid van de stukken

4. De verwerende partij legt met redengeving de offertes vertrouwelijk neer in het administratief dossier en verzoekt deze aldus te behandelen.

Met toepassing van artikel 26 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' wordt het verzoek ingewilligd. Het vertrouwelijk karakter van de betrokken stukken wordt ook niet betwist. De Raad mag deze stukken bij zijn beoordeling betrekken.

V. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

5.1.1. De verzoekende partij voert de schending aan van "artikel 54, § 2, KB Plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren dd. 15 juli 2011 […], en de artikelen 91 en 95 KB Plaatsing dd. 15 juli 2011, het beginsel van gelijke mededinging, onder meer vervat in artikel 5 van de wet van 15 juni 2006 overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten, de materiële motiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel".

Zij betoogt:

> "Doordat de offertes van de nv Aswebo en de THV Stadsbader-Aswebo niet geweerd werden ondanks dat vastgesteld werd dat dezelfde inschrijver twee verschillende offertes had ingediend;

Doordat gesteld wordt dat niet blijkt dat de wering op grond van het gegeven dat er twee verschillende offertes werden ingediend voorrang zou hebben op de werking op grond van andere onregelmatigheden;
Doordat de offerte van de nv Aswebo vervolgens geweerd werd op grond van een substantiële onregelmatigheid en vastgesteld werd dat de nv Aswebo slechts één offerte had ingediend;
Doordat er geen zekerheid bestaat dat de nv Aswebo door het indienen van twee verschillende offertes niet zou getracht hebben de mededinging te omzeilen;
Doordat de bestreden beslissing dus steunt op rechtens niet aanvaardbare motieven;
Doordat de verwerende partij, na intrekking van de door Uw Raad geschorste gunningsbeslissing, geen zorgvuldig onderzoek heeft gedaan van de feitelijke elementen van het dossier en de geldende regelgeving;
Doordat de opdracht gegund werd aan de THV Stadsbader-Aswebo.
Terwijl uit de duidelijke tekst van artikel 54, § 2, KB Plaatsing voortvloeit dat het indienen door een inschrijver van verschillende offertes moet worden onderzocht op het ogenblik van indienen en deze offertes dus moeten geweerd worden vanaf het ogenblik dat vaststaat dat verschillende offertes werden ingediend door eenzelfde inschrijver;
Terwijl uit de wil van de regelgever bij de totstandkoming van deze bepaling blijkt dat elke indiening door een inschrijver van twee offertes een verstorend effect op de mededinging heeft;
Terwijl de regelgever dus geen bevoegdheid aan de aanbestedende overheid heeft willen toekennen om te onderzoeken of het indienen van twee offertes al dan niet een mededingingverstorend effect heeft gehad;
Terwijl in elk geval uit het dossier blijkt dat dit verstorend effect niet kan uitgesloten worden;
Terwijl uit artikel 91 KB Plaatsing voortvloeit dat een offerte nochtans kan worden ingetrokken door de betrokken inschrijver maar daarvoor wel een schriftelijk ondertekende verklaring moet voorliggen;
Terwijl elke administratieve rechtshandeling moet steunen op een zorgvuldig gevoerd onderzoek;
Terwijl het regelmatigheidsonderzoek ertoe strekt een gelijke mededinging te waarborgen;
Terwijl elke rechtshandeling moet steunen op rechtens aanvaardbare motieven die hun grondslag vinden in het administratief dossier;
Terwijl de overheid het vertrouwen dat rechtmatig gewekt werd bij de rechtsonderhorige niet mag schenden;
Zodat de in het middel aangehaalde beginselen geschonden werden."

De stelling in de bestreden beslissing dat de offerte die de nv Aswebo alleen heeft ingediend, absoluut nietig is en derhalve moet worden geacht nooit te hebben bestaan, is onjuist; het vaststellen van een absolute nietigheid heeft niet tot gevolg dat de offerte moet worden geacht nooit te hebben

‡CHGTJCBEG-BDIAHAU‡

bestaan. De conclusie in de bestreden beslissing dat de nv Aswebo moet worden geacht slechts één offerte te hebben ingediend, is dan evenzeer onjuist.

Uit de duidelijke tekst van het artikel 54, § 2, eerste lid, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 'plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren' (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2011) volgt dat er een algemeen verbod is opgelegd op het indienen van meerdere offertes door dezelfde inschrijver en dat deze grond tot onregelmatigheid moet worden onderzocht voordat enige andere onregelmatigheid wordt onderzocht. "Immers wordt door dit artikel bepaald dat de inschrijver slechts één offerte per opdracht mag indienen. Bijgevolg is het de actie van het indienen van de offerte die er voor zorgt dat deze bepaling geschonden wordt en die dus een substantiële onregelmatigheid uitmaakt". Aldus laat deze bepaling niet toe dat een aanbestedende overheid het mededingingsverstorend effect beoordeelt.

Zelfs als deze bepaling wel zou toelaten dat de bedoeling van de regelgever wordt onderzocht, dan nog dienden de beide offertes van de nv Aswebo te worden geweerd. Immers, de regelgever heeft artikel 54, § 2, van het koninklijk besluit plaatsing 2011 gewijzigd precies om te vermijden dat een onderneming voor eenzelfde opdracht een offerte in eigen naam zou indienen en tegelijk nog een andere offerte mede in naam van een combinatie. De verwerende partij kan zich evenmin beroepen op de leer van het arrest Assitur van het Hof van Justitie waarin wordt geoordeeld dat ondernemingen de mogelijkheid moeten hebben om aan te tonen dat hun afhankelijkheidsband hun gedrag in het kader van de aanbesteding niet heeft beïnvloed; het ging in het geval Assitur om ondernemingen waartussen een afhankelijkheidsverhouding bestaat terwijl dat het te dezen niet zo is.

De onregelmatigheid in het geval van meerdere offertes moet volgens de verzoekende partij worden beoordeeld bij de opening der offertes. Het is immers dan dat dient te worden geoordeeld of al dan niet een offerte werd ingediend, niet nadien. Te dezen heeft de Raad van State in het voormelde arrest

nr. 239.157 geoordeeld dat de nv Aswebo wel degelijk ook alleen een offerte heeft ingediend. Van zodra dit is vastgesteld, kan niet anders dan worden besloten dat de nv Aswebo twee offertes heeft ingediend en dat ze beide dienen te worden uitgesloten. "Indien wordt overgegaan tot een inhoudelijk onderzoek van de offertes, dan maakt de aanbestedende overheid abstractie van het verbod om twee offertes in te dienen en stelt zij zich bovendien open aan het eventueel maneuver [sic] dat aan de basis ligt van het indienen van twee offertes".

Hierbij merkt de verzoekende partij nog op dat de nv Aswebo na de opening van de offertes de aanbestedende overheid niet heeft verwittigd van een eventuele vergissing. Voorts was het bod van de nv Aswebo merkelijk lager dan dit van de tv waarvan zij deel uitmaakt, zodat de aanbestedende overheid geen manoeuvre mocht uitsluiten.

Ook wijst de verzoekende partij op artikel 91 van het koninklijk besluit plaatsing 2011 dat handelt over de intrekking van de offerte. Te dezen werd geen enkel document van de offerte, die de nv Aswebo alleen indiende, ingetrokken. Dit staaft volgens haar dat de nv Aswebo wel degelijk twee offertes heeft ingediend.

Ten slotte wijst de verzoekende partij op het feit dat de verwerende partij geen nader onderzoek heeft gedaan inzake artikel 54, § 2, van het koninklijk besluit plaatsing 2011 en zich slechts heeft beperkt tot het zich aansluiten bij een prima-faciestandpunt van de Raad in zijn arrest nr. 239.157.

5.1.2. In haar memorie van wederantwoord benadrukt de verzoekende partij dat in de bestreden beslissing ten onrechte wordt gesteld dat de offerte die de nv Aswebo alleen indiende, moet worden geacht nooit te hebben bestaan.

Bij het nagaan van onregelmatigheden blijkt uit artikel 54, § 2, van het koninklijk besluit plaatsing 2011 dat het verbod op het indienen van meerdere offertes bij voorrang moet worden beoordeeld. Eerst immers moet een

aanbestedende overheid zich stellen op het moment van het indienen van offertes, "[b]ijgevolg is het de actie van het indienen van de offerte die er voor zorgt dat deze bepaling geschonden wordt en die dus een substantiële onregelmatigheid uitmaakt". Het onderzoek naar de ondertekening van de offerte gaat om de formele regelmatigheid, wat pas volgt op de indiening van de offerte. Overigens, zo merkt de verzoekende partij op, houdt de al dan niet geldige ondertekening geen verband met de mogelijke beïnvloeding van een inschrijver van de inhoud van twee offertes.

Voorts is volgens de verzoekende partij de stelling van de verwerende partij dat uit de rechtspraak van het Hof van Justitie en de Raad van State blijkt dat "steeds zou moeten onderzocht worden of het indienen van twee offertes door eenzelfde inschrijver een verstoring van de mededinging met zich meegebracht heeft", onjuist. "Bovendien kan de bewering dat het arrest Assitur geldt voor deze zaak aangezien erin melding wordt gemaakt van ondernemingen waartussen een afhankelijkheidsverhouding bestaat of die onderling zijn verbonden, niet weerhouden worden. De nv Aswebo is niet verbonden met de tijdelijke handelsvennootschap Stadsbader-Aswebo. Ze maakt er integraal deel van uit".

Zij merkt ten slotte op dat "[d]e vaststelling dat de offerte van de nv Aswebo behept was met een aantal formele onregelmatigheden […] geen onderzoek in[houdt] van de maatregelen die de nv Aswebo heeft genomen om een mogelijke beïnvloeding van de inhoud van de offertes te voorkomen".

5.1.3. Na een voor haar negatief uitvallend auditoraatsverslag waarin kortweg wordt verwezen naar het arrest nr. 239.157, merkt de verzoekende partij nog het volgende op in haar laatste memorie.

Zij beklemtoont dat de onregelmatigheid bij het verbod om meerdere offertes in te dienen op grond van artikel 54, § 2, van het koninklijk besluit plaatsing 2011 moet worden onderzocht voordat enige andere

onregelmatigheid wordt onderzocht. Uit dit artikel volgt volgens haar te dezen een automatische wering van de beide offertes van de nv Aswebo. Zoeken naar een band van afhankelijkheid tussen de indieners, wat in voorkomend geval tot de wering leidt, is hier niet aan de orde omdat het een en dezelfde inschrijver, namelijk de nv Aswebo, is die twee offertes heeft ingediend, individueel en als lid van een tijdelijke vennootschap.

Beoordeling

5.2.1. Artikel 54, § 2, eerste lid, van het toepasselijk koninklijk besluit plaatsing 2011 luidt:

> "Een inschrijver mag slechts één offerte per opdracht indienen behalve in geval van eventuele varianten en bij concurrentiedialoog. Voor de toepassing van deze bepaling wordt elke deelnemer aan een combinatie zonder rechtspersoonlijkheid beschouwd als een inschrijver."

Met deze bepaling beoogt de regelgever in essentie de eerlijke mededinging te waarborgen door geheime verstandhoudingen tussen de inschrijvers in eenzelfde gunningsprocedure uit te sluiten en de gelijke behandeling van de inschrijvers en de transparantie van de procedure te garanderen.

5.2.2. In de bestreden beslissing wordt op de eerste plaats de offerte die de nv Aswebo alleen indiende, substantieel onregelmatig verklaard; daarna wordt de problematiek van de meerdere offertes onder ogen genomen. Hierbij stelt de verwerende partij vast dat dit artikel niet mag worden toegepast aangezien de offerte die de nv Aswebo alleen indiende, gelet op de vastgestelde absolute nietigheid, geacht moet worden nooit te hebben bestaan, en er dus geen sprake meer is van meerdere offertes ingediend door dezelfde inschrijver. Ten overvloede wordt door de verwerende partij opgemerkt dat, zelfs indien artikel 54, § 2, van het koninklijk besluit plaatsing 2011 toch zou dienen te worden toegepast, "de aanbestedende overheid vaststelt dat de NV Aswebo nooit de intentie heeft gehad om de mededinging te verstoren of zich niet op

manipulatieve wijze een tweede kans heeft willen verschaffen om de kwestieuze opdracht binnen te halen".

Hierbij mag de volgende passage uit de bestreden beslissing worden betrokken:

> De offerte van NV Aswebo is niet ondertekend. Noch het inschrijvingsbiljet, noch de samenvattende opmeting zijn ondertekend. Er werden bepaalde gegevens van aannemer Aswebo NV (inzake zijn aanvraag tot deelneming of offerte) geregistreerd door het ontvangst-systeem, maar aangezien deze gegevens niet werden gevalideerd (door ondertekening), worden deze als nietig (niet-bestaande) beschouwd. De documenten werden ruim vóór de einddatum opgeladen door een persoon die niet bevoegd is om te tekenen.
> De meetstaat met prijzen werd opgeladen vóórdat de terechtwijzende berichtgeving is verschenen, en daarbij werd nog de oude (nu vervallen) meetstaat gebruikt.
> Na het terechtwijzend bericht is er niets meer gebeurd op het account, er is niets opgeladen maar ook niets verwijderd. Er is in het PV van opening duidelijk bij de opmerkingen vooraan vermeld dat er 'geen getekend indieningsrapporten gevonden' zijn bij het openen van de opgeladen documenten van Aswebo."

5.2.3. Met deze overweging ten overvloede, namelijk "dat de NV Aswebo nooit de intentie heeft gehad om de mededinging te verstoren of zich niet op manipulatieve wijze een tweede kans heeft willen verschaffen om de kwestieuze opdracht binnen te halen", heeft de verwerende partij de bijzondere aard van de offerte ingediend door de nv Aswebo alleen, onderkend.

Zoals reeds door de Raad in het arrest 239.157 van 19 september 2017 *prima facie* vastgesteld, betreft deze niet-ondertekende offerte met een verouderde – volstrekt ongeldige – versie van de meetstaat ingediend – volgens het arrest –, "hier ongetwijfeld een halverwege verlaten project […], dat onafgewerkt is gebleven nadat de nv Aswebo besliste om samen met de nv Stadsbader een offerte in te dienen voor de huidige opdracht".

5.2.4. In de concrete omstandigheden van de zaak dient te worden aangenomen dat de offerte die de nv Aswebo alleen heeft ingediend, niet kan worden aanzien als een offerte zoals bedoeld in artikel 54, § 2, van het koninklijk besluit plaatsing 2011. Deze offerte komt uit haar aard niet in aanmerking als de daadwerkelijke wil van een inschrijver om de opdracht uit te voeren en mag dan ook niet worden gelijkgesteld aan de offerte die werd ingediend door de tv nv Stadsbader – nv Aswebo. De omstandigheid dat de nv Aswebo de offerte die zij alleen indiende, mocht intrekken van het e-platform doch het niet heeft gedaan, doet hier niet anders oordelen.

Het vraagstuk naar de hiërarchie inzake onregelmatigheden komt hier dan ook niet aan bod aangezien het voormelde artikel 54, § 2, hier geen toepassing kent en dit los van de vraag naar een eerdere onregelmatigverklaring op grond van artikel 82, § 1, eerste lid, samen genomen met artikel 95 van het koninklijk besluit plaatsing 2011.

5.2.5. Terecht mocht de verwerende partij, na het in de bestreden beslissing vermelde onderzoek, dan ook besluiten tot de niet-toepasselijkheid van artikel 54, § 2, van het koninklijk besluit plaatsing 2011.

Het middel is niet gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt 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 rechts-plegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

‡CHGTJCBEG-BDIAHAU‡

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 27 juni 2019, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,

bijgestaan door

Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier **De voorzitter**

Greta Scheveneels **Dierk Verbiest**

‡CHGTJCBEG-BDIAHAU‡