

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

**nr. 245.202 van 18 juli 2019
in de zaak A. 228.471/XII-8754**

In zake: de NV CGM LAB BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Anthony Poppe
kantoor houdend te 1160 Brussel
Tedescolaan 7
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

AV AZ SINT-JAN BRUGGE-OOSTENDE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Tom De Gendt
kantoor houdend te 3000 Leuven
Koning Leopold I-sstraat 32
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 27 juni 2019, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[d]e beslissing van de raad van bestuur van de AV AZ Sint-Jan Brugge-Oostende van 12 juni 2019 houdende onregelmatig verklaring (of nietigverklaring) van de offerte van verzoekende partij en tot gunning van de overheidsopdracht van diensten: aanschaf, implementatie en onderhoud van een labo-informatiesysteem en gunning van de opdracht aan de nv MIPS”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 16 juli 2019, om 11.00 uur.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Anthony Poppe, die verschijnt voor de verzoekende partij en advocaat Tom De Gendt, 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 feiten die aan deze zaak ten grondslag liggen werden reeds samengevat in het arrest nr. 244.136 van 2 april 2019.

In dat arrest beslist de Raad van State tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de initiële gunningsbeslissing in deze zaak.

3.2. Op 17 april 2019 trekt de verwerende partij die initiële gunningsbeslissing in.

3.3. De ingediende offertes worden aan een nieuw onderzoek onderworpen. Op 11 juni 2019 wordt een nieuw gunningsverslag opgesteld. Daarin wordt vastgesteld dat de offerte van de verzoekende partij niet voldoet aan vijf minimumeisen van het bestek en bijgevolg substantieel onregelmatig dient te worden verklaard.

Er wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de nv MIPS.

3.4. Op 12 juni 2019 neemt de verwerende partij de thans bestreden beslissing om de definitieve offerte van de verzoekende partij wegens substantieel onregelmatig nietig te verklaren en de opdracht te gunnen aan de nv MIPS.

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 beslissingen 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 beslissingen kunnen verantwoorden.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting

5.1.1. De verzoekende partij voert in een eerste middel de schending aan van “artikel 38, § 3, van de wet inzake overheidsopdrachten van 17 juni 2016; artikel 76, §§ 1 en 3-4, van het KB Plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren van 18 april 2017; het bestek en het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*; de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van de materiële motiveringsplicht, het redelijkheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel; het gelijkheidsbeginsel vervat in artikel 4 van de wet inzake overheidsopdrachten dd. 17 juni 2016”.

Zij brengt het middel aan in twee middelonderdelen. Het eerste middelonderdeel vat zij zelf als volgt samen:

“Doordat, wat betreft het eerste onderdeel:

- de finale offerte van verzoekende partij onregelmatig werd verklaard op grond van een aantal substantiële onregelmatigheden;
- de minimumeisen waaraan de offerte van verzoekende partij niet zou beantwoorden niet als minimumeisen in de zin van artikel 38 van de Overheidsopdrachtenwet van 17 juni 2016 kunnen gekwalificeerd worden;
- deze minimumeisen niet werden gepubliceerd met de aankondiging van de opdracht;
- verzoekende partij tot de onderhandelingen toegelaten werd;
- de verwerende partij dus geoordeeld heeft dat de basisofferte van de verzoekende partij geen substantiële onregelmatigheid bevatte noch meerdere niet-substantiële onregelmatigheden die door hun cumulatie of combinatie een substantiële onregelmatigheid uitmaken;
- ook in het bestek bepaald wordt dat de offertes op hun regelmatigheid beoordeeld worden voordat de onderhandelingen worden aangevat;
- de bestreden beslissing bijgevolg steunt op niet-aanvaardbare motieven en kennelijk onredelijk is.

Terwijl, wat betreft het eerste onderdeel:

- de aanbestedende overheid in een onderhandelingsprocedure de finale offertes enkel kan weren die behept zijn met een substantiële onregelmatigheid of meerdere niet-substantiële onregelmatigheden die door hun combinatie of cumul tot een substantiële onregelmatigheid doen besluiten;

- de aanvaarding van de offerte in de onderhandelingen impliceert dat deze offerte niet met een substantiële onregelmatigheid behept is;
- de aanbestedende overheid minstens de mogelijkheid moet verlenen aan een inschrijver om een offerte met meerdere niet-substantiële onregelmatigheden overeenkomstig artikel 76, § 4, van het KB Plaatsing van 18 april 2017 te regulariseren voordat de onderhandelingen worden aangevat;
- elke administratieve rechtshandeling moet steunen op draagkrachtige en dus rechtens aanvaardbare motieven;
- geen administratieve rechtshandeling kennelijk onredelijk mag zijn”.

Het tweede, ondergeschikt, middelonderdeel wordt door de verzoekende partij als volgt samengevat:

“Doordat, wat betreft het tweede onderdeel (in ondergeschikte orde):

- de minimeisen niet bekend gemaakt werden in de opdracht-documenten voor het indienen van de aanvragen tot deelneming in het kader van de selectie;
- de offerte van de verzoekende partij werd meegenomen in de onderhandelingen;
- er op geen enkel ogenblik vragen werden gesteld over de regelmatigheid van de offerte van de verzoekende partij;
- er nochtans een presentatie heeft plaatsgevonden van de offerte en de verzoekende partij uitgenodigd werd een BAFO in te dienen;
- bijgevolg de rechtmatige verwachting bij de verzoekende partij gewekt werd dat de meer dan 120 minimeisen geen minimeisen waren in de zin van artikel 76, § 1, KB Plaatsing;
- niet blijkt dat de offerte van de gekozen inschrijver op dezelfde wijze onderzocht werd door de verwerende partij.

Terwijl, wat betreft het tweede onderdeel:

- artikel 38, § 3, Overheidsopdrachtenwet van 17 juni 2016, oplegt dat de minimeisen voor het indienen van de aanvragen tot deelneming via de opdracht-documenten worden ter kennis gebracht aan de potentiële deelnemers;
- de aanbestedende overheid de rechtmatige verwachtingen die zij gewekt heeft bij de rechtsonderhorige niet mag schenden;
- de inschrijvers op gelijke wijze moeten behandeld worden tijdens de gunningsprocedure.”

Beoordeling

Eerste middelonderdeel

5.1.2.1.1. De verzoekende partij doet in het eerste middelonderdeel in de eerste plaats gelden dat de minimumeisen die in het bestek worden gesteld ten aanzien van het systeem te dezen niet in aanmerking mogen worden genomen om haar offerte substantieel onregelmatig te verklaren, zulks omdat de minimumeisen niet in de aankondiging van de opdracht werden vermeld.

Artikel 38, § 3, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016) lijkt, anders dan de verzoekende partij het ziet, niet tot gevolg te hebben dat de aanbestedende overheid ertoe gehouden zou zijn om alle elementen die de regelmatigheid van de offertes betreffen reeds bij de aankondiging van de opdracht bekend te maken. Het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), dat bepaalt welke gegevens er moeten worden vermeld in de aankondiging van een opdracht, vereist dat op het eerste gezicht evenmin.

Artikel 38, § 3, tweede lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 bepaalt in dit verband enkel: “[d]e verschafte informatie is voldoende nauwkeurig om de ondernemers in staat te stellen de aard en omvang van de opdracht te bepalen en over hun deelname aan de procedure te beslissen”. Het lijkt dan ook zo te zijn dat die gegevens in de aankondiging moeten worden meegedeeld. De overige minimumeisen waaraan de offertes dienen te voldoen om regelmatig te zijn, lijken de inschrijvers op het eerste gezicht te kunnen terugvinden in de andere opdrachtdocumenten. Het gaat dan bij uitstek over het bestek. In dat verband bepaalt artikel 38, § 3, eerste lid, dat “[d]e aanbestedende overheid [...] in de opdrachtdocumenten [...] aan[geeft] welke elementen van de beschrijving de minimumeisen zijn waaraan alle offertes moeten voldoen”. Deze bepaling verwijst dus niet specifiek naar de aankondiging.

Het is op het eerste gezicht dus niet omdat alle inhoudelijke minimumeisen die aan het systeem worden gesteld te dezen niet in de

aankondiging werden opgenomen, dat de minimumeisen vermeld in het bestek niet in aanmerking zouden mogen worden genomen om de offerte van de verzoekende partij substantieel onregelmatig te verklaren.

Het middelonderdeel is wat deze eerste grief betreft aldus niet ernstig.

5.1.2.1.2. Een tweede grief betreft het feit dat de verzoekende partij werd toegelaten tot de onderhandelingen, waaruit de verzoekende partij afleidt dat de verwerende partij reeds zou hebben geoordeeld dat haar basisofferte geen substantiële onregelmatigheid zou bevatten.

De loutere omstandigheid dat na het indienen van de basisoffertes de verwerende partij de verzoekende partij niet zou hebben bevestigd over onregelmatigheden in haar offerte met toepassing van artikel 76, § 4, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, lijkt evenwel op het eerste gezicht niet tot gevolg te moeten hebben dat daardoor alle substantiële onregelmatigheden die pas door de aanbestedende overheid worden opgemerkt bij het onderzoek van de eindoffertes meteen gedekt zouden zijn en niet meer zouden mogen worden ingeroepen om de eindofferte alsnog nietig te verklaren. Een substantiële onregelmatigheid in een basisofferte die pas wordt opgemerkt bij het onderzoek van de eindofferte lijkt immers haar substantieel karakter niet te verliezen doordat de aanbestedende overheid haar aanvankelijk over het hoofd heeft gezien. Voorts kan er in dit verband *prima facie* worden opgemerkt dat artikel 76, § 4, eerste lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, uitdrukkelijk bepaalt dat “[w]anneer het een finale offerte betreft [...] paragraaf 3 van toepassing [is]”. Die paragraaf bepaalt dat de aanbestedende overheid een substantieel onregelmatige offerte zonder meer nietig verklaart.

Ook op dit punt is het middelonderdeel aldus niet ernstig.

5.1.2.1.3. Voorts doet de verzoekende partij nog gelden dat de aanbestedende overheid aan een inschrijver minstens de mogelijkheid moet verlenen om een offerte met meerdere niet-substantiële onregelmatigheden te regulariseren overeenkomstig artikel 76, § 4, van het koninklijk besluit plaatsing 2017.

Deze grief veronderstelt dat er te dezen sprake zou zijn van meerdere niet-substantiële onregelmatigheden.

Evenwel dient er reeds op het eerste gezicht te worden vastgesteld dat een offerte die afwijkt van een minimumeis van het bestek in beginsel substantieel onregelmatig is en bijgevolg nietig. In het gunningsverslag wordt vastgesteld dat de offerte van de verzoekende partij te dezen afwijkt van vijf onderscheiden minimumeisen. Aldus blijkt het middelonderdeel hier op een onjuist uitgangspunt te berusten.

5.1.2.1.4. Het eerste middelonderdeel dient te worden verworpen als niet ernstig.

Tweede middelonderdeel

5.1.2.2.1. Wat het ondergeschikte tweede middelonderdeel betreft dient in de eerste plaats te worden vastgesteld dat dit in grote mate een herhaling betreft van grieven die reeds werden aangebracht onder het eerste middelonderdeel. Er wordt dan ook verwezen naar de beoordeling en het niet ernstig bevinden van dat middelonderdeel.

5.1.2.2.2. In de mate dat de verzoekende partij zich in het tweede middelonderdeel aanvullend beroept op een miskennis van het vertrouwensbeginsel, dient er te worden opgemerkt dat een schending van het vertrouwensbeginsel in beginsel niet lijkt te kunnen worden ingeroepen tegen de opdrachtdocumenten in. Er lijken geen redenen voorhanden om hier anders te oordelen. Er blijkt niet dat de verwerende partij te dezen de rechtmatige verwachting bij de verzoekende partij zou hebben gewekt dat de eisen die in het bestek uitdrukkelijk werden aangemerkt als “minimumeisen” dan toch geen minimumeisen zouden zijn. Zulks zou overigens een miskennis uitmaken van het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*.

5.1.2.2.3. Waar de verzoekende partij doet gelden dat niet blijkt dat de offerte van de gekozen inschrijver op dezelfde wijze door de verwerende partij werd onderzocht, dient er in de eerste plaats te worden vastgesteld dat het

middelonderdeel reeds *prima facie* feitelijke grondslag mist. Het gunningsverslag bevestigt dat ook de offerte van de gekozen inschrijver aan het regelmatigheidsonderzoek werd onderworpen en dat er in diens offerte geen substantiële onregelmatigheden werden vastgesteld. Dit lijkt te mogen volstaan als weerslag van het regelmatigheidsonderzoek wanneer er volgens de aanbestedende overheid, zoals te dezen, geen regelmatigheidsproblemen rijzen.

5.1.2.2.4. Ook het tweede middelonderdeel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting

5.2.1. De verzoekende partij voert in een tweede middel de schending aan van “artikel 76, § 1 en § 3 juncto § 4 van de Overheidsopdrachtenwet van 17 juni 2016; de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van de materiële motiveringsplicht, het redelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel”,

Zij vat het middel zelf als volgt samen:

“Doordat ten onrechte besloten werd dat de offerte van verzoekende partij niet beantwoordde aan de minimeisen van het bestek en ze daarom als substantieel onregelmatig geweerd werd;
Doordat de offerte van verzoekende partij wel degelijk beantwoordde aan alle minimeisen;
Doordat de bestreden beslissing dus steunt op niet draagkrachtige motieven en kennelijk onredelijk is;
Doordat op de verwerende partij minstens gelet op de concrete omstandigheden, de verplichting rustte om verduidelijking te vragen over de offerte aan de verzoekende partij in het licht van het zorgvuldigheidsbeginsel;
Terwijl een gunningsbeslissing moet steunen op een concrete motivering die terug te vinden is in de beslissing zelf;
Terwijl een gunningsbeslissing moet steunen op draagkrachtige en rechtens aanvaardbare motieven;
Terwijl geen gunningsbeslissing kennelijk onredelijk mag zijn;
Terwijl een gunningsbeslissing moet voorafgegaan worden door een zorgvuldig onderzoek van het dossier;
Zodat de in het middel aangehaalde beginselen geschonden worden.”

Vervolgens voert zij een kritiek betreffende elk van de vijf minimumeisen waaraan haar offerte niet zou voldoen.

Beoordeling

5.2.2.1. De offerte van de verzoekende partij werd als substantieel onregelmatig geweerd omdat zij niet voldoet aan vijf minimumeisen van het bestek. Op het eerste gezicht lijkt het niet-voldoen aan één minimumeis van het bestek reeds te volstaan om tot de substantiële onregelmatigheid van een offerte te besluiten. Een offerte die niet voldoet aan alle minimumeisen van het bestek kan immers niet rechtsgeldig worden vergeleken met offertes die wél aan alle minimumeisen voldoen, minstens volgt uit het niet voldoen aan alle minimumeisen dat de verbintenis van de inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onbestaande, onvolledig of onzeker is.

Uit het voorgaande volgt *prima facie* dat de verzoekende partij te dezen dient aan te tonen dat alle vijf afwijkingen van minimumeisen die in haar offerte werden vastgesteld, onterecht zijn.

5.2.2.2. Een eerste afwijking van de minimumeisen werd vastgesteld wat betreft punt “C. Specificaties, III.4 Gebruik, 9e punt: [m]ogelijkheid tot ingave van resultaten via vooraf ingestelde gestandaardiseerde parameters”. In het gunningsverslag wordt erop gewezen dat in de offerte van de verzoekende partij geen antwoord wordt gegeven op deze minimumeis.

In het verzoekschrift komt de verzoekende partij niet verder dan te doen gelden dat haar offerte wel voldoet aan 60 van de 62 onderdelen van punt “III.4. Gebruik” en de bewering dat de betrokken functie wel deel uitmaakt van het door haar aangeboden systeem.

In de nota beklemtoont de verwerende partij dat de offerte van de verzoekende partij geen informatie bevat over de betrokken functie, zodat zij op grond van de offerte niet kon uitmaken of het systeem van de verzoekende partij voldoet aan deze minimumeis.

Het beperkte betoog van de verzoekende partij volstaat niet om het vermoeden van wettigheid dat aan de bestreden beslissing kleeft op dit punt te ontkrachten. Dat de offerte wel zou voldoen aan de overige eisen van punt “III.4. Gebruik” lijkt geen relevant argument. De loutere bewering dat de betrokken functie wel degelijk deel zou uitmaken van haar systeem is dat op het eerste gezicht evenmin.

Er dient overigens te worden vastgesteld dat de verzoekende partij de eigenlijke vaststelling in het gunningsverslag dat haar offerte over dit punt geen informatie bevat op zich niet weerspreekt. Er mag van een inschrijver op een overheidsopdracht evenwel worden verwacht dat hij in zijn offerte wel degelijk alle door de aanbestedende overheid gevraagde informatie vermeldt. Dat geldt bij uitstek wanneer het gaat om een vereiste die uitdrukkelijk werd aangemerkt als een minimumeis.

De kritiek op de eerste afwijking mist alleszins de in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid vereiste ernst en dient dan ook te worden verworpen.

In het licht van het voorgaande volstaat deze vaststelling om te besluiten dat er in de huidige stand van het geding niet meer dient te worden ingegaan op de kritiek van de verzoekende partij wat de vier overige afwijkingen betreft.

5.2.2.3. Waar de verzoekende partij in het tweede middel nog doet gelden dat de verwerende partij haar had moeten bevragen over de onregelmatigheid van haar offerte, alvorens deze als substantieel onregelmatig te weren, dient te worden vastgesteld dat het substantieel onregelmatig verklaren van een offerte niet aan tegenspraak is onderworpen, noch aan de hoorplicht als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur aangezien het niet gaat om een maatregel die, zoals de hoorplicht veronderstelt, het ontnemen van een eerder verleend voordeel inhoudt of een sanctie ten aanzien van het gedrag van de inschrijver uitmaakt.

Aldus is het tweede middel ook op dit punt niet ernstig.

5.2.2.4. Het tweede middel is niet ernstig.

VI. Besluit

6. Geen van de 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 18 juli 2019, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Johan Bovin,	staatsraad, waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Vera Wauters,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Vera Wauters

Johan Bovin