

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

**nr. 245.239 van 26 juli 2019
in de zaak A. 228.510/XII-8757**

In zake: de NV COMPASS GROUP BELGILUX
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Tom Bauwens en Monica Rodriguez
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 99
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister
van Sociale Zaken en Volksgezondheid en van Asiel en Migratie
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Stijn Butenaerts en Andy Hoedenaeken
kantoor houdend te 1080 Brussel
Leopold II-laan 180
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de NV UMAMI CATERING
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Peter Teerlinck en Joren Vuylsteke
kantoor houdend te 1040 Brussel
IJzerlaan 19
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 3 juli 2019, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:

“1. de beslissing van de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid en van Asiel en Migratie van 18 juni 2019 waarbij het perceel 1 van de overheidsopdracht voor diensten met als voorwerp ‘het leveren van grondstoffen, het dagelijks bereiden van maaltijden en de bedeling ervan

XII-8757-1/23

aan de personen verblijvend in de centra voor illegalen voor rekening van de FOD Binnenlandse Zaken, Dienst Vreemdelingenzaken' (bestek nr. 2019/DVZOE/CATERING/OP) aan UMAMI CATERING NV wordt gegund en de offerte van COMPASS GROUP BELGILUX NV substantieel onregelmatig wordt verklaard [...];

2. de beslissing van de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid en van Asiel en Migratie van 18 juni 2019 waarbij het perceel 2 van de overheidsopdracht voor diensten met als voorwerp 'het leveren van grondstoffen, het dagelijks bereiden van maaltijden en de bedeling ervan aan de personen verblijvend in de centra voor illegalen voor rekening van de FOD Binnenlandse Zaken, Dienst Vreemdelingenzaken' (bestek nr. 2019/DVZOE/CATERING/OP) aan UMAMI CATERING NV wordt gegund en de offerte van COMPASS GROUP BELGILUX NV substantieel onregelmatig wordt verklaard [...];

3. de beslissing van de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid en van Asiel en Migratie van 18 juni 2019 waarbij het perceel 3 van de overheidsopdracht voor diensten met als voorwerp 'het leveren van grondstoffen, het dagelijks bereiden van maaltijden en de bedeling ervan aan de personen verblijvend in de centra voor illegalen voor rekening van de FOD Binnenlandse Zaken, Dienst Vreemdelingenzaken' (bestek nr. 2019/DVZOE/CATERING/OP) aan UMAMI CATERING NV wordt gegund en de offerte van COMPASS GROUP BELGILUX NV substantieel onregelmatig wordt verklaard [...];

4. de beslissing van de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid en van Asiel en Migratie van 18 juni 2019 waarbij het perceel 4 van de overheidsopdracht voor diensten met als voorwerp 'het leveren van grondstoffen, het dagelijks bereiden van maaltijden en de bedeling ervan aan de personen verblijvend in de centra voor illegalen voor rekening van de FOD Binnenlandse Zaken, Dienst Vreemdelingenzaken' (bestek nr. 2019/DVZOE/CATERING/OP) aan UMAMI CATERING NV wordt gegund en de offerte van COMPASS GROUP BELGILUX NV substantieel onregelmatig wordt verklaard [...];

5. de beslissing van de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid en van Asiel en Migratie van 18 juni 2019 waarbij het perceel 5 van de overheidsopdracht voor diensten met als voorwerp 'het leveren van grondstoffen, het dagelijks bereiden van maaltijden en de bedeling ervan aan de personen verblijvend in de centra voor illegalen voor rekening van de FOD Binnenlandse Zaken, Dienst Vreemdelingenzaken' (bestek nr. 2019/DVZOE/CATERING/OP) aan UMAMI CATERING NV wordt gegund en de offerte van COMPASS GROUP BELGILUX NV substantieel onregelmatig wordt verklaard [...].”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 15 juli 2019 heeft de nv Umami Catering gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 23 juli 2019, om 11.00 uur.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Rozanne Vander Hulst en Frédéric Van Campe, die *loco* advocaten Tom Bauwens en Monica Rodriguez verschijnen voor de verzoekende partij, advocaat Andy Hoedenaeken, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Joren Vuylsteke, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Alexander Van Steenberge 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. Bij beslissingen van de verwerende partij van 30 augustus 2018 wordt de overheidsopdracht voor diensten met als voorwerp “leveren van grondstoffen, bereiden van maaltijden en bedeling ervan in de centra van de Dienst Vreemdelingenzaken” (bestek nr. DVZOE/2017/LVO/OP/CATERING), wat de percelen 2, 3, en 4 betreft, gegund aan de verzoekende partij.

Nadat de verzoekende partij tot tussenkomst op 14 september 2018 een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van deze besluiten had ingesteld, trekt de verwerende partij de bestreden beslissingen met een beslissing van 21 september 2018 in. Bij arrest nr. 242.456 van 27 september 2018 wordt de vordering tot schorsing op grond hiervan verworpen.

XII-8757-3/23

3.2. Vervolgens schrijft de verwerende partij opnieuw een opdracht uit voor “het leveren van grondstoffen, het dagelijks bereiden van maaltijden en de bedeling ervan aan de personen (bewoners en personeel) van de gesloten centra voor rekening van de Dienst Vreemdelingenzaken” onderverdeeld in vijf percelen, die in het bestek als volgt worden omschreven:

“Perceel 1: Centrum voor Illegalen Brugge (CIB), Zandstraat 150, 8200 Brugge
Perceel 2: Centrum voor Illegalen Merksplas (CIM), Steenweg op Wortel 1A, 2330 Merksplas
Perceel 3: Centrum voor Illegalen Vottem (CIV), Rue Visé Voei 1, 4041 Vottem
Perceel 4: Lot 1: Repatriëringscentrum (RC 127bis), Tervuursesteenweg 300, 1820 Steenokkerzeel
Lot 2: Transitcentrum (TC Caricole), Tervuursesteenweg 302, 1820 Steenokkerzeel
Perceel 5: Centrum voor Illegalen Holsbeek (CIH), De Vunt, 19, 3220 Holsbeek.”

3.3. Het betreft een openbare procedure voor een overheidsopdracht voor diensten. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 8 maart 2019 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie op 13 maart 2019.

3.4. Onder punt 11.1. van het bestek worden de selectiecriteria vastgesteld. Er wordt onder meer bepaald dat bij de offerte het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (hierna: UEA) moet worden gevoegd.

3.5. De uiterste datum voor de indiening van de offertes is in het bestek vastgesteld op 23 april 2019, om 10u00.

Op 17 april 2019 dient de tussenkomende partij een offerte in voor de vijf percelen. Op 18 april 2019 dient de verzoekende partij een offerte in voor dezelfde percelen. Er zijn geen andere kandidaten die een offerte indienen.

3.6. Bij de beoordeling van de offerte van de verzoekende partij stelt de verwerende partij vast dat het UEA ontbreekt, evenals “de aanwezigheidsattesten voor perceel 5 [...] en de verplichte informatiesessie”.

Met een e-mailbericht van 24 april 2019 vraagt de verwerende partij aan de verzoekende partij naar de reden voor het niet toevoegen van het UEA en biedt zij wat betreft het ontbreken van de aanwezigheidsattesten voor perceel 5 en de verplichte informatiesessie de mogelijkheid om de offerte aan te vullen, te verduidelijken of te vervolledigen tot uiterlijk 30 april 2019 om 16u00.

3.7. Met een e-mailbericht van 25 april 2019 laat de verzoekende partij aan de verwerende partij weten dat administratief iets is misgelopen en maakt zij onder meer een ondertekend UEA over.

3.8. Op 18 juni 2019 neemt de verwerende partij een afzonderlijke gemotiveerde gunningsbeslissing voor elk van de vijf percelen die deel uitmaken van de overheidsopdracht. Voor elk van deze percelen wordt de offerte van de verzoekende partij substantieel onregelmatig bevonden en derhalve nietig verklaard en wordt de opdracht aan de tussenkomenende partij gegund.

Wat de regelmatigheid van de offertes betreft, bevatten de gunningsbesluiten de volgende motivering:

“III. Onderzoek van de regelmatigheid van de offertes

Uit dit regelmatigheidsonderzoek blijken de volgende zaken:

1. Wat betreft de offerte d.d. 18.04.2019 van COMPASS GROUP BELGILUX NV

- De offerte werd in het Nederlands opgesteld en via de e-tendering applicatie tijdig ingediend;
- Het indieningsrapport werd elektronisch ondertekend door de heer Bart Matthijs, gedelegeerd bestuurder, die overeenkomstig de bijlagen bij het Belgisch Staatsblad die aan de offerte werden toegevoegd, gemachtigd is om de offerte te ondertekenen;
- De offerte zoals ingediend via het elektronisch platform e-tendering bevat louter een verklaring op erewoord d.d. 23.04.2019 dat de onderneming zich niet in één van de uitsluitingsgevallen bevindt. Dat overeenkomstig artikel 38§1 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren, het Uniform Europees Aanbestedingsdocument op het ogenblik van de indiening van de offerte

dient te worden voorgelegd en dat de offerte na de uiterste datum van indiening niet meer kan worden vervolledigd met het Uniform Europees Aanbestedingsdocument. Dat bijgevolg overeenkomstig artikel 76 §1, vierde lid 2° van het koninklijk besluit plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren van 18 april 2017 de aanbestedende overheid de offerte als substantieel onregelmatig dient te beschouwen.

Conclusie met betrekking tot de regelmatigheid: de offerte van COMPASS GROUP BELGILUX NV wordt als nietig beschouwd (artikel 76§3 van het koninklijk besluit plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren van 18 april 2017).

2. Wat betreft de offerte d.d. 17.04.2019 van UMAMI CATERING NV

- De offerte werd in het Nederlands opgesteld en via de e-tendering applicatie tijdig ingediend;
- Het indieningsrapport werd elektronisch ondertekend door mevrouw Marleen Flemings, gedelegeerd bestuurder, die overeenkomstig de bijlagen bij het Belgisch Staatsblad die aan de offerte werd toegevoegd, gemachtigd is om de offerte te ondertekenen;
- De offerte bevat alle vereiste gegevens en bijlagen.

Bijgevolg wordt de offerte van UMAMI CATERING NV geacht administratief regelmatig te zijn.

Regelmatigheden met betrekking tot de wezenlijke vereisten:

Deze regelmatigheid is gebaseerd op de in het offerteformulier gedane voorstellen.

Uit dit onderzoek blijkt dat de offerte technisch gezien regelmatig is. Het bij het bestek gevoegde inventaris- en offerteformulier werden ingevuld en een prijs werd opgegeven, conform het offerteformulier. Het representatief menuvoorstel voor de maanden maart en november werd aan de offerte toegevoegd.

Conclusie met betrekking tot de regelmatigheid: de offerte van UMAMI CATERING NV is regelmatig.

Gelet op het feit dat uit dit onderzoek gebleken is dat de offerte van de volgende inschrijver als regelmatig kan worden beschouwd:

- UMAMI CATERING NV, Slingerweg 4, 3600 GENK.”

Dit zijn de bestreden beslissingen.

IV. Tussenkost

4. De nv Umami Catering blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissingen en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet haar verzoek tot tussenkost worden ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

5. Het onderzoek van de door de verwerende partij en de tussenkomende partij aangevoerde exceptie van niet-ontvankelijkheid wegens gebrek aan belang in hoofde van de verzoekende partij nu uit het onderzoek van de middelen blijkt dat de offerte van de tussenkomende partij regelmatig is en dat de offerte van de verzoekende partij onregelmatig is zodat zij geen kans maakt om de overheidsopdracht gegund te krijgen, valt samen met het onderzoek van de middelen.

VI. Schorsingsvoorwaarden

6.1. 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.

6.2. 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.

VII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting

7.1. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan “van artikel 108 van de Grondwet, het principe van de hiërarchie der normen, artikel 4, eerste lid, artikel 66, § 3, eerste lid en artikel 73 van de Wet Overheidsopdrachten, van artikel 76, § 1, vierde lid, 2° juncto artikel 38, § 1, eerste lid en artikel 76, § 3, van het KB Plaatsing, [...] en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het redelijkheids- en evenredigheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht”.

De verzoekende partij vat dit middel samen als volgt:

“51. Doordat de verwerende partij de offerte van COMPASS GROUP BELGILUX voor de percelen 1, 2, 3, 4 en 5 van de Huidige Opdracht op grond van artikel 76, § 3 juncto artikel 76, § 1, vierde lid, 2° en artikel 38, § 1, eerste lid, van het KB Plaatsing substantieel onregelmatig heeft verklaard.

52. En doordat de verwerende partij COMPASS GROUP BELGILUX bij e-mail van 24 april 2019 heeft uitgenodigd haar offerte aan te vullen, te verduidelijken of te vervolledigen, maar COMPASS GROUP BELGILUX, door haar offerte substantieel onregelmatig te verklaren, dat recht vervolgens toch opnieuw heeft ontnomen.

53. Terwijl, eerste onderdeel, alle in het UEA-formulier te verstrekken gegevens reeds in de offerte van COMPASS GROUP BELGILUX d.d. 18 april 2019 opgenomen waren, zodat de finaliteit van het UEA bereikt was en het manifest onredelijk was om de offerte van COMPASS GROUP BELGILUX als substantieel onregelmatig te weren.

54. Terwijl, tweede onderdeel, de offerte die COMPASS GROUP BELGILUX op 14 mei 2018 voor de Eerdere Opdracht had ingediend, een ingevuld UEA-formulier bevatte dat overeenkomstig artikel 73, § 1, laatste lid, van de Wet Overheidsopdrachten als een geldig UEA voor de Huidige Opdracht had moeten worden aanvaard.

55. Terwijl, derde onderdeel, de verwerende partij, in overeenstemming met artikel 66, § 3, eerste lid van de Wet Overheidsopdrachten, COMPASS GROUP BELGILUX niet eerst het recht kan toekennen om haar offerte met het ontbrekende UEA aan te vullen of toe te lichten en haar dat recht, vervolgens, door de loutere toepassing van artikel 76, § 1, vierde lid, 2° juncto artikel 38, § 1, eerste lid en artikel 76, § 3, van het KB Plaatsing niet weer kan ontnemen zonder toe te laten dat de inhoud en draagwijdte van artikel 66, § 3, eerste lid van de Wet Overheidsopdrachten door artikel 76, § 1, vierde lid, 2° juncto artikel 38, § 1, eerste lid en artikel 76, § 3, van het KB Plaatsing zou worden bepaald, en dus toe te laten dat een reglementaire op een wettelijke bepaling zou primeren of dat de inhoud en de draagwijdte van een wettelijke bepaling door een reglementaire bepaling beperkt of gemoduleerd zou kunnen worden.

En terwijl, het verzoek tot aanvulling en toelichting dat de verwerende partij op 24 april 2019 aan de verwerende part richtte, noodzakelijk eveneens op het ontbrekende UEA betrekking moet hebben nu een dergelijk verzoek op alle punten die aanvulling of toelichting behoeven betrekking moet hebben.

56. Zodat de bestreden beslissingen, door de offerte van COMPASS GROUP BELGILUX voor de percelen 1, 2, 3, 4 en 5 van de Huidige Opdracht als substantieel onregelmatig te weren, de in het eerste middel aangehaalde bepalingen en beginselen schenden.”

Beoordeling

7.2. Artikel 108 van de Grondwet bepaalt:

“De Koning maakt de verordeningen en neemt de besluiten die voor de uitvoering van de wetten nodig zijn, zonder ooit de wetten zelf te mogen schorsen of vrijstelling van hun uitvoering te mogen verlenen.”

Artikel 4, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), bepaalt:

“De aanbesteders behandelen de ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en handelen op een transparante en proportionele wijze.”

In de memorie van toelichting bij het ontwerp dat uiteindelijk de voormelde wet overheidsopdrachten 2016 is geworden, is te lezen:

“Dit artikel bevestigt de beginselen van gelijke behandeling, het discriminatieverbod, het transparantie- en het proportionaliteitsbeginsel. Het eerste lid stemt overeen met artikel 5 van de wet van 15 juni 2006, weze het dat, in navolging van artikel 18 van richtlijn 2014/24/EU en artikel 36 van richtlijn 2014/25/EU, nu ook het proportionaliteitsbeginsel wordt vermeld.”

Artikel 18, lid 1, van de Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 ‘betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG’, waarnaar in de memorie van toelichting wordt verwezen, luidt:

“Aanbestedende diensten behandelen ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en handelen op een transparante en proportionele wijze.”

In het verslag van de Kamercommissie voor de Financiën en de Begroting over het ontwerp dat de wet overheidsopdrachten 2016 is geworden, is te lezen:

“De minister preciseert dat het proportionaliteitsbeginsel voor het eerst voortaan wordt uitdrukkelijk vermeld in artikel 4. Het Hof van Justitie hanteert dat proportionaliteitsbeginsel al bij de interpretatie van de Europese regelgeving. De vermelding in artikel 4 is daarvan de weerspiegeling. Zo zullen de aanbestedende overheden, wanneer zij facultatieve uitsluitingsgronden hanteren, bijzondere aandacht moeten schenken aan het proportionaliteitsbeginsel. Om die reden mogen kleine onregelmatigheden alleen in uitzonderlijke omstandigheden tot de uitsluiting van een ondernemer leiden. Mochten dergelijke kleine onregelmatigheden zich echter geregeld voordoen, zou zulks twijfels doen rijzen over de betrouwbaarheid van de ondernemer en een reden tot uitsluiting kunnen zijn.”

Artikel 66, § 3, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016, bepaalt:

“Onverminderd artikel 39, § 6, tweede lid, kan de aanbestedende overheid, wanneer de door de kandidaat of inschrijver in te dienen informatie of documentatie onvolledig of onjuist is of lijkt te zijn of wanneer specifieke documenten ontbreken, de betrokken kandidaat of inschrijver verzoeken die informatie of documentatie binnen een passende termijn in te dienen, aan te vullen, te verduidelijken of te vervolledigen, mits dergelijke

verzoeken worden gedaan met volledige inachtneming van de beginselen van gelijke behandeling en transparantie en, indien gebruik wordt gemaakt van de openbare of de niet-openbare procedure, zonder dat dit aanleiding mag geven tot een wijziging van de essentiële elementen van de offerte.”

Artikel 73 van de wet overheidsopdrachten 2016, bepaalt:

“§ 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.

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

Behoudens voor opdrachten die zijn gebaseerd op overeenkomstig artikel 43, § 4 of § 5, 1°, geplaatste raamovereenkomsten, verzoekt de aanbestedende overheid vóór de gunning van de opdracht, de inschrijver aan wie zij heeft besloten de opdracht te gunnen, de actuele ondersteunende documenten over te leggen, als bedoeld in artikel 75. De aanbestedende overheid kan ondernemers verzoeken de ontvangen certificaten aan te vullen of te verduidelijken.

§ 4. Niettegenstaande paragraaf 3 zijn de ondernemers niet verplicht ondersteunende documenten of andere bewijsstukken over te leggen indien en voor zover de aanbestedende overheid de certificaten of de relevante informatie rechtstreeks kan verkrijgen door raadpleging van een gratis toegankelijke nationale databank in elke lidstaat, zoals een nationaal aanbestedingsregister, een digitaal bedrijfsdossier, een systeem voor digitale documentopslag of een voorselectiesysteem.

Niettegenstaande paragraaf 3 zijn de ondernemers niet verplicht ondersteunende documenten over te leggen wanneer de aanbestedende overheid deze documenten reeds in haar bezit heeft ten gevolge van een opdracht of raamovereenkomst die eerder werd afgesloten. Dit op voorwaarde dat de betrokken ondernemers in hun aanvraag tot deelneming of in hun offerte de procedure identificeren tijdens dewelke zij deze documenten reeds hebben voorgelegd en voor zover de voormelde inlichtingen en documenten nog beantwoorden aan de gestelde vereisten.”

Artikel 38 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), bepaalt:

“§ 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 [...].

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. [...]

§ 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, vierde lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 bepaalt:

“De volgende onregelmatigheden worden met name als substantieel beschouwd:

[...]

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;

[...].”

Artikel 76, § 3, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 bepaalt:

“Wanneer gebruik wordt gemaakt van een openbare of niet-openbare procedure, verklaart de aanbestedende overheid de substantieel onregelmatige offerte nietig. [...].”

In het verslag aan de Koning wordt inzake die bepaling verduidelijkt:

“In geval van een substantiële onregelmatigheid, moet de offerte steeds nietig worden verklaard en beschikt de aanbestedende overheid over geen enkele beoordelingsruimte.”

7.3. Het bestek dat de opdracht beheerst, bepaalt:

“11.1 De selectie

De inschrijvers worden geëvalueerd op basis van de selectiecriteria hieronder opgenomen.

Enkel de offertes van de inschrijvers die voldoen aan de selectiecriteria zoals hieronder vermeld, worden in aanmerking genomen om deel te nemen aan de vergelijking van de offertes o.b.v. de gunningscriteria vermeld in dit bestek, voor zover de ingediende offertes formeel en materieel regelmatig zijn.

Door het indienen van zijn offerte, vergezeld van het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA), verklaart de inschrijver officieel op eer:

1° dat hij zich niet in één van de verplichte of facultatieve uitsluitingsgevallen bevindt, waardoor hij moet of kan uitgesloten worden; 2° dat hij beantwoordt aan de selectiecriteria die door de aanbesteder voor deze opdracht werden opgesteld.

[...]

De inschrijvers kunnen dit document elektronisch genereren op:

<https://uea.publicprocurement.be>

[...]

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

Eerste middelonderdeel

7.4. De verzoekende partij erkent dat zij het verplichte – het wordt niet betwist dat de waarde van de voorliggende opdracht de drempel voor de Europese bekendmaking overschrijdt – UEA niet bij haar offerte had gevoegd.

7.5. Artikel 38, §§ 1 en 3, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 legt op dat bij opdrachten waarvan de geraamde waarde gelijk is aan of hoger is dan de drempel voor de Europese bekendmaking, het UEA “overeenkomstig artikel 73 van de wet” wordt voorgelegd. De doelstelling van het UEA – administratieve vereenvoudiging zoals omschreven in overweging 84 van de Richtlijn 2014/24 – verhindert niet dat de verplichting die tot stand kwam met het oog op het realiseren van die doelstelling en die in de op de zaak toepasselijke regelgeving is opgenomen, moet worden nageleefd.

Het komt volgens het bestek aan de inschrijver toe op het UEA te verklaren dat hij voldoet aan de selectiecriteria. De aanbestedende overheid kan de kandidaat tijdens de procedure te allen tijde verzoeken de vereiste ondersteunende

documenten geheel of gedeeltelijk in te dienen wanneer dit noodzakelijk is voor het goede verloop van de procedure.

Artikel 73, § 1, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 bepaalt uitdrukkelijk dat “op het ogenblik van de indiening” van de aanvragen tot deelneming of de offertes, naargelang het geval, de kandidaten of inschrijvers het door hen ingevulde UEA voorleggen. In uitvoering van deze bepaling schrijft artikel 38 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 voor dat het UEA “op het ogenblik van de indiening van de aanvragen tot deelneming en/of van de offertes [...] overeenkomstig artikel 73 van de wet” wordt voorgelegd.

7.6. De verzoekende partij betoogt dat de finaliteit van het UEA en dus het normdoel van artikel 73 van de wet overheidsopdrachten 2016 is nageleefd doordat de verzoekende partij zowel de ondernemingsgegevens, als de gegevens inzake de uitsluitingsgronden en de kwalitatieve selectiecriteria heeft meegedeeld in de ingediende offerte.

Het feit dat de verzoekende partij de bewijsmiddelen voor de beoordeling van de selectievereisten bij de offerte had gevoegd zoals zij betoogt, die een beoordeling op dat vlak door de aanbestedende overheid toelaten, lijkt het voorleggen van het UEA op het ogenblik van de indiening van de offerte niet te kunnen vervangen. Het niet-voorleggen van het vereiste UEA betreft immers geen facultatieve uitsluitingsgrond, maar wel een substantiële onregelmatigheid, waardoor voormeld artikel 4, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016, geen mogelijkheid biedt om te ontkomen aan de sanctie die kleeft aan een offerte die met een substantiële onregelmatigheid is behept. De verklaring op eer die de verzoekende partij bij haar offerte heeft gevoegd, vermag dan ook evenmin het UEA te vervangen.

De verzoekende partij kan op het eerste gezicht dan ook niet worden bijgevalen waar zij betoogt dat te dezen de strenge invulling van de betrokken wettelijke en reglementaire bepalingen een miskennis inhoudt van het redelijkheids- en evenredigheidsbeginsel wegens de manifeste wanverhouding tussen de geringe ernst van de tekortkoming enerzijds en de gevolgen van de beslissingen anderzijds.

De toepasselijke regelgeving laat immers *prima facie* geen keuze aan de aanbestedende overheid. Bij de vaststelling dat er geen UEA is ingediend, moet de aanbestedende overheid overeenkomstig artikel 76, § 1, vierde lid, en artikel 76, § 3, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, de offerte substantieel onregelmatig en bijgevolg nietig verklaren.

Het lijkt aldus niet aangetoond dat de offerte van de verzoekende partij werd geweerd met miskennis van de in het middel aangevoerde bepalingen en beginselen.

7.7. Het eerste middelonderdeel is niet ernstig.

Tweede middelonderdeel

7.8. In het tweede middelonderdeel betoogt de verzoekende partij dat de verwerende partij geen rekening heeft gehouden met het ingevulde UEA dat zij heeft ingediend tijdens een eerdere plaatsingsprocedure. Ingevolge artikel 73, § 1, laatste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 moet de aanbestedende overheid dit volgens haar als een geldig UEA aanvaarden in de voorliggende aanbesteding.

7.9. Artikel 73, § 1, in fine, van de wet overheidsopdrachten 2016, bepaalt dat “[o]ndernemers [...] reeds in een vorige overheidsopdrachten gebruikte [UEA] opnieuw [kunnen] gebruiken, mits zij bevestigen dat de daarin opgenomen gegevens nog steeds correct zijn”.

In de memorie van toelichting staat hieromtrent (eigen benadrukking):

“In het laatste lid van de eerste paragraaf wordt vervolgens gesteld dat de reeds in een vorige gunningsprocedure gebruikte UEA’s opnieuw mogen worden aangewend, mits wordt bevestigd dat de daarin opgenomen gegevens nog steeds correct zijn. Natuurlijk is deze werkwijze slechts werkbaar indien het eerder gebruikte UEA ook inlichtingen biedt omtrent de in concreto door de aanbestedende overheid verlangde informatie. De mogelijkheid om bepaalde concrete informatie te bekomen via het UEA primeert aldus boven de regel dat, indien mogelijk, het UEA hergebruikt mag worden.”

Anders dan wat de verzoekende partij voorhoudt, lijkt uit artikel 73, § 1, *in fine*, van de wet overheidsopdrachten 2016, niet te volgen dat de verwerende partij het UEA ingediend in de eerdere aanbestedingsprocedure zonder meer in aanmerking had moeten nemen. De verzoekende partij heeft *prima facie* bij het indienen van haar offerte die tot de bestreden besluiten leidde, niet bevestigd dat de daarin opgenomen gegevens nog steeds correct zijn, wat nochtans een noodzakelijke voorwaarde is om van artikel 73, § 1, *in fine*, toepassing te kunnen maken.

Het zorgvuldigheidsbeginsel kan er dan ook niet toe leiden dat de aanbestedende overheid bij de beoordeling van de regelmatigheid van de offerte rekening diende te houden met het eerder door de verzoekende partij ingediende UEA. Dit zou immers op het eerste gezicht ingaan tegen de voormelde geldende regelgeving terzake.

7.10. Het tweede middelonderdeel is niet ernstig

Derde middelonderdeel

7.11. Anders dan de verzoekende partij betoogt, lijkt de verwerende partij de verzoekende partij niet te hebben verzocht om het UEA, na de uiterste datum van ontvangst van de offertes, alsnog bij te brengen.

Het e-mailbericht van 24 april 2019 van de verwerende partij bevat immers de volgende verzoeken om informatie:

“Bij nazicht van uw offerte, voor de overheidsopdracht in referentie, heb ik vastgesteld dat het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA) niet werd toegevoegd, zoals gevraagd werd in punt 11.1 van het administratief gedeelte van de opdrachtdocumenten. Kunt u mij aangeven wat hiervoor de reden is?

Ik heb eveneens vastgesteld dat de aanwezigheidsattesten voor perceel 5 (Centrum voor Illegalen te Holsbeek) en de verplichte informatiesessie ontbreken. Op basis van artikel 66 §3 van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten geef ik u de mogelijkheid om uw offerte aan te vullen, te verduidelijken of te vervolledigen tot uiterlijk 30.04.2019 om 16u00.”

Het verzoek om informatie lijkt dan ook tweevoudig: in de eerste plaats stelt de verwerende partij vast dat het UEA ontbreekt en vraagt zij naar de reden hiervoor. Vervolgens, in een nieuwe paragraaf, vraagt zij om de offerte aan te vullen, te verduidelijken of te vervolledigen wat de aanwezigheidsattesten voor perceel 5 en de verplichte informatiesessie betreft op grond van artikel 66, § 3, van de wet overheidsopdrachten 2016.

De lezing van dit e-mailbericht, zoals voorgestaan door de verzoekende partij, dat zij de mogelijkheid kreeg om het UEA alsnog in te dienen, lijkt dan ook niet juist. De gebruikte formulering en lay-out van het e-mailbericht laten op het eerste gezicht geen twijfel over de juiste draagwijdte van het verzoek van de verwerende partij.

Daarenboven is het de inschrijver die verantwoordelijk is voor een zorgvuldige redactie van zijn offerte. De mogelijkheid van de aanbestedende overheid om op grond van artikel 66, § 3, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 verduidelijking aan de inschrijvers te vragen, omvat in beginsel geen verplichting daartoe.

7.12. Evenmin wordt *prima facie* aangetoond dat in hoofde van de aanbestedende overheid de verplichting bestaat om aan de verzoekende partij de mogelijkheid te bieden om het gebrek aan indiening van een UEA te regulariseren.

Het tegendeel lijkt te moeten worden aangenomen.

Artikel 73, § 1, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 vereist dat “[o]p het ogenblik van de indiening van de aanvragen tot deelneming of de offertes, naargelang het geval, [...] de kandidaten of inschrijvers, het door hen ingevulde Uniform Europees Aanbestedingsdocument voor[leggen]”.

Op het ogenblik van de indiening van de offerte heeft de verzoekende partij geen UEA toegevoegd. Dit leidt er overeenkomstig artikel 73, § 1, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016, *juncto* artikel 76, § 1, vierde lid, en artikel 76, § 3, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, toe dat de offerte substantieel onregelmatig en bijgevolg nietig is.

7.13. Het derde middelonderdeel is niet ernstig.

7.14. Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting

7.15. In een tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan “van artikel 76, § 3 juncto artikel 76, § 1, vierde lid, 2° en artikel 44, § 1, eerste lid, van het KB Plaatsing, van artikel 5, 8°, van de Rechtsbeschermingswet en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het zorgvuldigheidsbeginsel en de formele en de materiële motiveringsplicht”.

De verzoekende partij vat dit middel samen als volgt:

“130. Doordat de verwerende partij in de bestreden beslissingen overweegt dat de offerte van UMAMI CATERING NV ondertekend werd door mevrouw Marleen Flemings, gedelegeerd bestuurder, die gemachtigd zou zijn om de offerte te ondertekenen.

131. Terwijl mevrouw Marleen Flemings door de algemene vergadering van UMAMI CATERING NV tot ‘gedelegeerd bestuurder’ werd benoemd, niettegenstaande deze bevoegdheid aan de raad van bestuur van de vennootschap toekomt, op grond van zijn residuaire bevoegdheid.

132. Zodat de benoeming van mevrouw Flemings tot gedelegeerd bestuurder van UMAMI CATERING NV ongeldig is, met als gevolg dat de bestreden beslissingen – door de offerte van UMAMI CATERING NV als rechtsgeldig ondertekend en dus regelmatig te beschouwen – de in het tweede middel aangehaalde bepalingen en beginselen schenden.”

Beoordeling

7.16. Artikel 44, § 1, eerste lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, bepaalt:

“De in artikel 43 bedoelde handtekeningen worden afgeleverd door de perso(en) die bevoegd of gemachtigd is/zijn om de inschrijver te verbinden.”

Artikel 76, § 1, vierde lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, bepaalt:

“De volgende onregelmatigheden worden met name als substantieel beschouwd:
[...]

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;
[...].”

Artikel 76, § 3, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 bepaalt:

“Wanneer gebruik wordt gemaakt van een openbare of niet-openbare procedure, verklaart de aanbestedende overheid de substantieel onregelmatige offerte nietig. [...].”

Artikel 5, 8°, van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’ (hierna: de rechtsbeschermingswet), bepaalt:

“In het kader van de plaatsing van een opdracht stelt de aanbestedende instantie een gemotiveerde beslissing op: [...]
8° wanneer ze een opdracht gunt, ongeacht de procedure; [...].”

Uit artikel 16 van de statuten van de tussenkomende partij volgt dat de gedelegeerd bestuurder afzonderlijk optredend de vennootschap kan vertegenwoordigen:

“Onverminderd de bepalingen met betrekking tot de uitvoering van de opdrachten zoals voorzien onder voorgaand artikel, wordt de vennootschap vertegenwoordigd in en buiten rechte door één gedelegeerd bestuurder afzonderlijk optredend of door twee bestuurders gezamenlijk optredend, die ten opzichte van derden geen bewijs van voorafgaande machtiging uitgaande van de raad van bestuur moeten leveren.”

7.17. Marleen Flemings is sedert 30 april 2001 en meest recent op 24 mei 2016 door de algemene vergadering van de tussenkomende vennootschap

benoemd als gedelegeerd bestuurder. Marleen Flemings heeft als gedelegeerd bestuurder de offerte ingediend namens de tussenkomende vennootschap.

De offerte bevat op het eerste gezicht de handtekening afgeleverd door de persoon die bevoegd of gemachtigd is om de inschrijver te verbinden in overeenstemming met artikel 44, § 1, eerste lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017.

7.18. De verzoekende partij betoogt evenwel dat de algemene vergadering niet bevoegd is/was om een gedelegeerd bestuurder te benoemen. Dit behoort overeenkomstig artikel 522, § 1, Wb. Venn. tot de residuaire bevoegdheid van de raad van bestuur. De algemene vergadering kan slechts optreden wanneer de wet of de statuten haar uitdrukkelijk bevoegd maken. Dit is volgens haar echter niet gebeurd, zodat de benoeming van Marleen Flemings als gedelegeerd bestuurder als “ongeldig” dient te worden beschouwd. Zij was bijgevolg niet bevoegd om de nv Umami Catering “in haar zagezegde hoedanigheid van de gedelegeerd bestuurder van deze vennootschap (en afzonderlijk handelend), bij de indiening van haar offerte voor de huidige opdracht te verbinden”.

7.19. De beweerde onregelmatigheid van de benoeming van de gedelegeerd bestuurder, kan *prima facie* niet tot de onregelmatigheid van de offerte ingediend door de tussenkomende partij leiden.

De besluiten van de algemene vergadering van een naamloze vennootschap hebben principiële geldigheid, zolang de nietigheid ervan niet door de ondernemingsrechtbank op grond van artikel 178 Wb. Venn. is uitgesproken. Nu niet blijkt dat de benoeming van Marleen Flemings als gedelegeerd bestuurder zelfs niet is aangevochten, blijft deze beslissing overeind en behoudt deze haar uitwerking.

Daarnaast kan een beslissing, die nietig is wegens bevoegdheidsoverschrijding, in beginsel door het bevoegde orgaan worden bekrachtigd, wat de ongeldige toestand met terugwerkende kracht doet herstellen, zonder dat met de bekrachtiging evenwel afbreuk kan worden gedaan aan verworven rechten van derden te goeder trouw. De bekrachtiging kan uit de

omstandigheden blijken, zoals de uitvoering van de rechtshandeling met instemming van het bevoegde orgaan, of een kwijting met kennis van de onbevoegd gestelde rechtshandeling.

In haar nota maakt de tussenkomende partij *prima facie* aannemelijk dat er minstens impliciet een bekrachtiging is gebeurd door de raad van bestuur van de benoeming van Marleen Flemings als gedelegeerd bestuurder. Zo wijst zij op de geruime tijd waarbij Marleen Flemings als gedelegeerd bestuurder is opgetreden zonder dat hiertegen bezwaar is geuit of de nietigverklaring is gevorderd voor de ondernemingsrechtbank.

7.20. Het tweede middel is niet ernstig.

VIII. Besluit

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

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Umami Catering tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

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

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 26 juli 2019,
door de Raad van State, XI^{le} vakantiekamer, samengesteld uit:

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

De griffier

De voorzitter

Vera Wauters

Johan Bovin