RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

nr. 245.298 van 13 augustus 2019
in de zaak A. 228.664/XII-8768

In zake: de NV SPORTINFRABOUW
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Joris Wouters
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 27
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE STEKENE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Gitte Laenen
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 23 juli 2019, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:

> "De beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Stekene dd. 24 mei 2019 […], waarbij wordt beslist om de offerte van nv Sportinfrabouw die zij indiende in het kader van de […] opdracht 'Heraanleg van sportterreinen in de sportzone Heistraat te Stekene', […], niet te 'weerhouden' en waarbij wordt beslist om de opdracht te gunnen aan de firma Lesuco nv."

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

‡BDITLCCCH-BDIEIJV‡

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 8 augustus 2019, om 10.30 uur.

Kamervoorzitter Geert Van Haegendoren heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Lisa Van Besouw, die *loco* advocaat Joris Wouters verschijnt voor de verzoekende partij en advocaten Gitte Laenen en Sven Frankard, die verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Ines Martens heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een opdracht uit voor de heraanleg van sportterreinen in de sportzone Heistraat te Stekene.

Er melden zich vier inschrijvers, onder wie verzoekster.

3.2. Op 14 juni 2019 stelt de ontwerper een gunningsverslag op. Met betrekking tot het onderzoek van de offerte van verzoekster wordt het volgende vastgesteld:

> "Documentaties en staal:
> Sportinfrabouw:
> - De firma voegde geen conform staal van het voorgestelde tapijt toe. Het bijgevoegde staal is van een mindere kwaliteit (enkel representatief) zoals tevens vermeld op het staal zelf.
> - De firma voegde ook geen enkele documentatie van afsluitingen/ballenvangers; voetbaldoelen; dug-outs en overkappingen bij zodat

hier ook het bestuur geen enkel idee heeft met welke materialen hij heeft ingeschreven.
[…]
Besluit bij staal en documentatie:
Gezien in het bestek en ook op het inschrijvingsbiljet duidelijk is vermeld dat bij het ontbreken van verklaringen of bewijsstukken de inschrijving als onregelmatig zal worden beschouwd kunnen wij niet anders dan de offerten van de firma's Sportinfrabouw en […] als ongeldig beschouwen en komen deze niet meer in aanmerking voor gunning."

3.3. Bij e-mailbericht van 19 juni 2019 van de dienstverantwoordelijke Sport van de gemeente Stekene wordt "[i]n opdracht van de algemeen directeur van gemeente Stekene" aan verzoekster gevraagd om "volgende stukken, die ontbraken in uw offerte voor de voetbalsite Heistraat in Stekene, nog aan te leveren: - technische specificaties van de gevraagde afsluitingen, ballenvangers, voetbaldoelen, dug-outs of overkappingen".

3.4. Op 1 juli 2019 beslist het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Stekene om de opdracht te gunnen aan de nv Lesuco die de economisch meest voordelige regelmatige offerte indiende. Ten aanzien van de offerte van verzoekster wordt in de beslissing de volgende motivering opgenomen:

"Het analytisch verslag van 14 juni 2019, opgemaakt door de leidend ambtenaar […], waarbij
[…]
- na onderzoek van de technische en beroepsbekwaamheid van de inschrijvers het volgende werd vastgesteld:
[…]
- Sportinfrabouw nv […]
De firma voegde geen conform staal van het voorgestelde tapijt toe. Het bijgevoegde staal was van een mindere kwaliteit (enkel representatief) zoals tevens vermeld op het staal zelf.
De firma voegde ook geen enkele documentatie van afsluitingen/ballenvangers; voetbaldoelen; dug-outs en overkappingen bij zodat hier ook het bestuur geen enkel idee heeft met welke materialen hij heeft ingeschreven.
[…]
Waardoor besloten werd de offertes van Lesuco en […] te weerhouden en deze van Sportinfra[bouw] en […] niet te weerhouden."

Voorts is in de beslissing te lezen, onder meer, dat de nv Lesuco de gevraagde documenten toevoegde en dat de opdracht ‘Heraanleg van sportterreinen in de sportzone Heistraat’ wordt gegund aan de nv Lesuco.

IV. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarde

4. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, gelezen in samenhang met de artikelen 15 en 31 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’, moet enkel worden onderzocht of in de voorliggende vordering tot schorsing die is ingesteld volgens de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid wordt aangevoerd.

V. Onderzoek van de middelen

A. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

5. Een tweede middel is geput uit “de schending van artikel, 4, 66 en 81 van de Wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten; Schending van artikel 5,6° en 8° van de Wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies; Schending van artikel 76 van KB Plaatsing Overheidsopdrachten klassieke sectoren van 18 april 2017; Schending van de materiële motiveringsplicht; Schending van het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel”.

Verzoekster betoogt dat zij “al de vereiste informatie bij haar offerte voegde in het kader van de kwalitatieve selectie zoals voorgeschreven in ‘Bijlage A: Administratieve bepalingen’ van het Bestek, titel ‘Uitsluitingsgronden

en kwalitatieve selectie'" en dat zij "niet mocht gesanctioneerd worden omwille van het feit dat bij haar offerte geen documenten waren gevoegd met betrekking tot de afsluitingen/ballenvangers, voetbaldoelen, dug-outs en overkappingen nu deze elementen niet waren vermeld in 'Bijlage A: Administratieve bepalingen' van het bestek doch enkel waren vermeld onderaan het model van offerteformulier dat bij het bestek was gevoegd".

Volgens verzoekster moet een onderscheid worden gemaakt tussen de administratieve en technische bepalingen van het bestek enerzijds en het offerteformulier anderzijds. In het offerteformulier kunnen volgens haar geen bepalingen worden opgenomen met betrekking tot de voorwaarden waaraan de offerte moet voldoen, zoals de documenten die moeten worden gevoegd bij de offerte. Dit kan enkel in het administratief en desgevallend technisch gedeelte van het bestek. Een aanbestedende overheid mag een inschrijver niet bestraffen omdat hij bij het opstellen van zijn offerte geen rekening heeft gehouden met voorwaarden die enkel zijn opgenomen in het model van offerteformulier en niet in het administratief of technisch gedeelte van het bestek.

De lijst van bij de offerte te voegen documenten opgenomen onderaan het model van offerteformulier stemt grotendeels overeen met wat is opgenomen op bladzijde 7 van het bestek onder bijlage A 'Administratieve bepalingen', doch met uitzondering van het hekwerk, de doelen, de dug-outs en de overkappingen. Dat er voor deze elementen documentatie bijgevoegd moest worden is nergens vermeld in die bijlage A noch in de bijlage C 'Technische bepalingen' van het bestek.

Minstens was het bestek onduidelijk en was het weren van verzoekster disproportioneel.

De verwerende partij erkent dit alles, aangezien zij reeds op 19 juni 2019 verzoekster verzocht de technische specificaties alsnog te bezorgen, wat zij overigens prompt heeft gedaan.

Beoordeling

6. Verzoekster brengt in de toelichting bij het middel de vier in het middel aangevoerde wetsbepalingen, de ene reglementaire bepaling en de drie algemene beginselen van behoorlijk bestuur die alle geschonden heten te zijn niet meer uitdrukkelijk ter sprake, het redelijkheidsbeginsel uitgezonderd.

In de nota met opmerkingen is het verweer gevoerd vanuit het oogpunt van artikel 76 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 'plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren' (hierna: KB Plaatsing) en van het redelijkheidsbeginsel. Ook het auditoraat heeft enkel vanuit dat perspectief advies gegeven.

Het middel wordt ook door de Raad van State hierna met dezelfde welwillendheid vanuit dat oogpunt onderzocht, voor het overige is het op het eerste gezicht niet ontvankelijk *obscuri libelli* en dus alleszins niet ernstig.

7. Verzoekster erkent dat op het offerteformulier in de rubriek 'Bij de offerte te voegen documenten' het volgende te lezen is:

> "Bij deze offerte zijn eveneens gevoegd:
> […]
> - Een Documentatie van: […]
> - Afsluitingen/ballenvangers, voetbaldoelen, dug-outs; overkappingen."

8. Het offerteformulier is niet zomaar, zoals verzoekster stelt, "bij het bestek bijgevoegd"; het vormt er als bijlage D op het eerste gezicht een onlosmakelijk geheel van, niet minder dan onder meer het administratief gedeelte (bijlage A) en het technisch gedeelte (bijlage C).

Nu het offerteformulier als bijlage D volkomen deel uitmaakt van het bestek, betreft het in de eerste plaats een document dat is opgesteld door de aanbestedende overheid.

Verzoekster heeft dit offerteformulier overgenomen, ingevuld, ondertekend en gevoegd bij haar offerte. Alle in dit arrest opgenomen citaten uit het offerteformulier heeft zij ongewijzigd overgenomen op het door haar ingevulde document. Door de ondertekening ervan als inschrijver en de indiening ervan, omvat dit document ook de schriftelijke neerslag van de formele verbintenis van de inschrijver om de opdracht uit te voeren overeenkomstig de besteksvoorwaarden en overeenkomstig de voorwaarden vermeld op dit formulier.

9. Verzoekster toont vooralsnog niet aan op grond van welke wettelijke of reglementaire bepaling de verwerende partij verplicht zou zijn geweest die opsomming ook op te nemen in de administratieve bepalingen van het bestek.

10. Een aanbestedende overheid mag er in redelijkheid van uitgaan dat de inschrijvers net dit offerteformulier met de nodige aandacht integraal lezen en invullen.

Het kan dan ook in redelijkheid niet aan de aandacht van de inschrijver zijn ontsnapt dat van hem documentatie wordt gevraagd over afsluitingen/ballenvangers, voetbaldoelen, dug-outs en overkappingen.

Dat kan alleszins des te minder het geval zijn voor deze welbepaalde informatie, nu dit voorschrift op de offerte van verzoekster net te lezen is luttele centimeters hoger dan waar de handtekening prijkt van haar gedelegeerd bestuurder.

Dat een en ander aanleiding geeft tot onduidelijkheid kan vooralsnog niet overtuigen.

11. Onduidelijkheid kleeft al evenmin aan de sanctie, zo lijkt, voor wie nalaat de bedoelde documenten bij te voegen.

Zowel op bijlage D ‘offerteformulier’ als op het effectief door de inschrijver gebruikte document is op dezelfde bladzijde onmiddellijk na de hiervóór geciteerde opsomming van bij te voegen documenten en net vóór de plaats van handtekening voor de inschrijver – naar het voorlopige oordeel van de Raad dus evenmin op een plaats die deze inschrijver kon verschalken – in cursief het volgende te lezen:

> “LET OP!
> Bij het ontbreken van voormelde verklaringen of bewijsstukken zal de offerte als onregelmatig beschouwd worden en niet in aanmerking komen voor verdere beoordeling.”

Het bijvoegen van de voormelde documentatie werd aldus *prima facie* opgelegd op straffe van substantiële onregelmatigheid van de offerte.

Verzoekster betwist in dit middel niet, zo lijkt, dat het bijvoegen van documentatie inzake de afsluitingen/ballenvangers, voetbaldoelen, dug-outs en overkappingen met toepassing van het in het middel genoemde artikel 76 KB Plaatsing mag worden opgelegd op straffe van substantiële onregelmatigheid. Zij betwist enkel en zoals gezien op het eerste gezicht ten onrechte, dat dit (slechts) zou mogen in het offerteformulier.

12. De e-mail van 19 juni 2019 aan verzoekster is niet van aard anders tegen de zaak aan te kijken.

Het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Stekene, zijnde de bevoegde overheid, heeft met de bestreden beslissing impliciet geoordeeld dat geen rekening mocht worden gehouden met de na opening van de offertes door verzoekster nog meegedeelde documentatie. Het middel strekt niet ertoe die beslissing (voorlopig) onwettig te doen bevinden. Overigens zou het aanvaarden van documentatie waarover in de offerte geen enkele uitleg is gegeven verzoekster meer tijd geven dan de andere inschrijvers om deze informatie te verzamelen en lijkt het ook niet uitgesloten dat haar hierdoor de kans zou worden

‡BDITLCCCH-BDIEIJV‡

gegeven om de offerte nog te wijzigen na opening van de offertes, wat de gelijke behandeling van de inschrijvers in het gedrang zou brengen.

13. Het middel is niet ernstig.

B. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

14. Het eerste middel is genomen uit "schending van artikel 71 van de Wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten; Schending van de artikelen 65 en 68 en 76 van het Koninklijk Besluit van 18 april 2017 plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren; Schending van artikel 5, 6° en 8° van de Wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies; Schending van de materiële motiveringsplicht; Schending van de formele motiveringsplicht; Schending van het gelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel".

Verzoekster betoogt dat de verwerende partij "niet mocht besluiten tot de niet-selectie van verzoekende partij omwille van het feit dat het gevoegde staal van het voorgestelde tapijt niet conform zou zijn (mindere kwaliteit) of omdat geen documentatie was gevoegd van de afsluitingen/ballenvangers, voetbaldoelen, dug-outs en overkappingen; Dat het gevraagde staal van de grasmat op geen enkele wijze verband houdt met de technische bekwaamheid of de beroepsbekwaamheid van de inschrijver; Dat verzoekende partij derhalve sowieso niet gehouden kon om dit staal te voegen in het kader van de kwalitatieve selectie en dat verwerende partij nog minder kon overgaan tot de niet-selectie van verzoekende partij omwille van beweerde problemen met het staal; Dat hetzelfde geldt voor de documentatie van de afsluitingen/ballenvangers, voetbaldoelen, dug-outs en overkappingen; Dat de verwerende partij gehouden was verzoekende partij te selecteren nu alle gevraagde stukken die kunnen kaderen in de technische

bekwaamheid en beroepsbekwaamheid waren gevoegd door verzoekende partij; Dat de offerte van verzoekende partij derhalve mee diende beoordeeld te worden in het licht van het enige gunningscriterium 'Prijs'; Dat, in zoverre het gevraagde staal alsnog als selectiecriterium zou kunnen fungeren of wanneer het voegen van dit staal betrekking zou hebben op de regelmatigheid van de offerte, verzoekende partij moest worden geselecteerd en/of haar offerte als regelmatig moest worden aanzien; Dat het door verzoekende partij gevoegde staal niet mocht geweigerd worden; Dat geenszins vast staat dat inschrijver nv Lesuco en inschrijver […] wel het volgens verwerende partij gevoegde staal hebben gevoegd bij hun offerte en dat zij derhalve zouden voldoen aan de selectiecriteria en/of hun offerte regelmatig was".

Beoordeling

15. Uit de bespreking van het tweede middel blijkt dat in de huidige stand van het geding wordt aangenomen dat het bijvoegen van de documentatie inzake de afsluitingen, ballenvangers, voetbaldoelen, dug-outs en overkappingen werd opgelegd op straffe van substantiële onregelmatigheid zodat de offerte van verzoekster door het ontbreken van die welbepaalde documenten wegens een substantiële onregelmatigheid terecht niet in aanmerking werd genomen.

16. Gelet op deze vaststelling heeft verzoekster op het eerste gezicht geen belang meer bij haar eerste middel voor zover zij daarin aanvoert dat in het bestek ten onrechte het bijvoegen bij de offerte van een staal van het kunstgrastapijt als selectiecriterium zou zijn opgelegd en ten onrechte de offerte van verzoekster werd geweerd op grond van het niet-bijvoegen van een conform staal. Het niet bijvoegen van een conform staal betreft immers *prima facie* een overtollig motief.

17. Voorts toont verzoekster, als substantieel onregelmatige inschrijver, met het eerste middel niet aan dat de opdracht aan geen van de inschrijvers kon worden gegund. Immers, voor zover zij in dit middel aanvoert dat

het bijvoegen van een staal van het kunstgrastapijt een onwettig selectiecriterium is dat bijgevolg niet mag worden toegepast, is haar kritiek dat bij de beoordeling van de stalen het gelijkheidsbeginsel zou zijn geschonden niet meer relevant. Voorts werd de offerte van verzoekster met betrekking tot het staal niet op grond van een door de verwerende partij uitgevoerde conformiteitscontrole verworpen; ze werd niet conform bevonden omdat het slechts om een representatief staal ging dat niet overeenstemde met de in de offerte aangeboden kunstgrasmat. In de bestreden beslissing werd in dit verband vermeld: "geen conform staal van het voorgestelde tapijt". Op het eerste gezicht kan worden vastgesteld dat onder meer de gekozen inschrijver in ieder geval bij zijn offerte wel een staal voegde conform aan het voorgestelde tapijt.

18. Bijgevolg beschikt verzoekster als substantieel onregelmatige inschrijver niet meer over het vereiste belang bij het eerste middel. Het eerste middel is onontvankelijk, minstens niet ernstig.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt 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 13 augustus 2019, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Geert Van Haegendoren,	kamervoorzitter,

bijgestaan door

Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Greta Scheveneels	**Geert Van Haegendoren**

‡BDITLCCCH-BDIEIJV‡