

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 245.415 van 12 september 2019
in de zaak A. 228.792/XII-8779**

In zake: de NV BIDFOOD FLANDERS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Catherine Longeval en Koen T'Syen
kantoor houdend te 1170 Brussel
Terhulpesteenweg 166
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD GENT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Patrick Devers en John Devers
kantoor houdend te 9000 Gent
Kouter 71-72
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 9 augustus 2019, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing betreffende Perceel 1 (droge voeding en diepvriesproducten) van de Raamovereenkomst nr. ECO/2019/008 – 1D4631, genomen door de aanbestedende overheid Stadsbestuur Gent, waarbij zij de ontvangen prijsofferte van de verzoeker nietig verklaren”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 3 september 2019, om 11.00 uur.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Koen T'Syen, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat John Devers, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederic Eggermont 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 stad Gent schrijft een overheidsopdracht van leveringen uit “Raamovereenkomst voor het leveren van droge voeding, diepvriesproducten en horecaspecialiteiten”.

De opdracht wordt gegund door middel van een openbare procedure. Het bestek ECO/2019/008-ID4631 is op de opdracht van toepassing.

De opdracht is opgedeeld in twee percelen:

- perceel 1: droge voeding en diepvriesproducten;
- perceel 2: horecaspecialiteiten.

3.2. De opening van de offertes vindt plaats op 13 mei 2019.

Vier gegadigden, waaronder de verzoekende partij, dienen voor het perceel 1 een offerte in. Een van deze inschrijvers, die bij zijn offerte geen documenten voegde, wordt niet meegenomen in de verdere evaluatie.

3.3. Met een e-mailbericht van 7 juni 2019 vraagt de verwerende partij aan elk van inschrijvers te willen bevestigen dat voor alle posten wel degelijk een prijs werd opgegeven per kilogram of per liter, dit gelet op het bestaan van opmerkelijke prijsverschillen voor sommige posten tussen de drie overblijvende inschrijvers.

De verzoekende partij wordt tevens nader bevraagd over post 117 “textuur gelei”. Er wordt opgemerkt dat in de offerte van de verzoekende partij in de beschrijving van het product gewag wordt gemaakt van “geleisuiker”, en wordt verzocht te willen bevestigen dat de opgegeven prijs wel degelijk betrekking heeft op “textuur gelei”.

3.4. Met een e-mailbericht van 12 juni 2019 bezorgt de verzoekende partij aan de verwerende partij een nieuw Excel-formulier waarbij voor 23 posten nieuwe prijzen worden opgegeven. Voorts beaamt de verzoekende partij voor post 117 een prijs te hebben opgegeven voor “geleisuiker” in plaats van de gevraagde “textuur gelei”. In het e-mailbericht wordt voor deze post thans het juiste product met een nieuwe prijs opgegeven.

De twee overige inschrijvers bevestigen per e-mailbericht dat de door hen opgegeven prijzen wel degelijk prijzen per kilogram of per liter betreffen.

3.5. Op 14 juni 2019 wordt een gunningsverslag opgesteld.

De offerte van de verzoekende partij wordt onregelmatig bevonden op grond van volgende motieven:

“De administratie heeft op 07/06/2019 aan de inschrijvers de vraag gesteld of alle opgegeven prijzen per kg/liter/stuk waren zoals vermeld in kolom verpakkingseenheid.

Op 12/06/2019 heeft de firma Bidfood Flanders per e-mail een nieuwe excelformulier bezorgd met een bijkomende kolom correcte EHP/kg/liter. [volgt een opsomming van 23 posten waarvoor nieuwe prijzen worden opgegeven]. De firma Bidfood meldde ook dat ze voor post 117 textuur gelei prijs hadden opgegeven voor geleisuiker in plaats van textuur gelei. In hun e-mail geven ze een nieuwe prijs, nieuw artikel en artikelnummer op voor post 117. Bij een openbare procedure is het niet toegestaan om wijzigingen te doen aan een offerte na opening van de offertes. Het

wijzigen van eenheidsprijzen van de oorspronkelijke offerte en het wijzigen van een artikel van de oorspronkelijke offerte is een substantiële onregelmatigheid. De firma Bidfood Flanders zal niet weerhouden worden voor de verdere evaluatie van perceel 1”.

De offertes van de twee overige inschrijvers worden regelmatig bevonden.

3.6. Na toetsing aan de gunningscriteria wordt voorgesteld het perceel 1 te gunnen aan de bvba Java, die als beste is gerangschikt.

3.7. Op 18 juli 2019 keurt het college van burgemeester en schepenen van de stad Gent het gunningsverslag goed, en wordt de opdracht wat het perceel 1 betreft, gegund aan de bvba Java.

Dit is de bestreden beslissing.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

4. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over de door de verwerende partij opgeworpen ontvankelijkheidsexcepties uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak over die excepties zou alleen nodig zijn indien de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

V. Schorsingsvoorwaarden

5.1. 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.

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

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

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

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

VI. Onderzoek van de middelen

Enig middel

Uiteenzetting

6.1. In het verzoekschrift zet de verzoekende partij in een enig middel uiteen wat volgt:

“Op 29 juli 2019, heeft Bidfood Flanders de beslissing betreffende Perceel 1 [...] genomen door het Stadsbestuur Gent, gekregen. In de bijlage aan deze brief werde de motieven van gunningsbeslissing bezorgd.

Volgens de motivering was de offerte van Bidfood Flanders niet reglementari omdat er een nieuwe prijs, artikel en artikelnummer voor post 117 in een nieuwe Excel formulier verstuurd werd.

Ik zou willen benadrukkend at deze wijziging een gevolg is van een vraag die door de aanbestedende dienst werd gesteld. Deze vraag betrof de prijs van een aantal posten (en meer specifiek ook post 117). Na onderzoek van de prijs werd vastgesteld dat de fout voortkwam uit een verkeerde artikelcode van het product waarnaar wordt verwezen. Gezien er specifiek

naar de omschrijving van het product werd verwezen in de vraag van de aanbestedende dienst, leek het mij dan ook mijn verplichting om deze vergissing recht te zetten. Het verzenden van een nieuwe Excel formulier was niets anders dan een manier om op de vraag van de aanbestedende overheid te beantwoorden. U merkt tevens op dat de rechtszetting nauwelijks impact heeft op het totaalbedrag en bijgevolg ook niet in evaluatie van de indiening. Het kan daarom nauwelijks als een fout worden beschouwd en zeker niet als substantiële fout. Op basis van het rapport blijkt het ook niet waarschijnlijk dat het verschil tussen de twee versies of post 117 het resultaat of de evaluatie zou hebben beïnvloed (art. 86 KB plaatsing 2017).

Conform art 33.34.35 en 36 KB Plaatsing 2017 dient de aanbestedende overheid de offertes in functie van de door een inschrijver vastgestelde zuiver materiële fouten in de opdrachtdocumenten te verbeteren. Dit lijkt de aanbestedende overheid te hebben willen doen door hun schrijven aan onze firma. Echter meldt de aanbestedende overheid nadien dat onze firma door rechtzetting van een fout niet meer opgenomen kan worden in de evaluatie. Ik begrijp dan ook het motief niet van hun eerdere vraagstelling. Bijgevolg ben ik van mening dat de beslissing tot toewijzing niet wettig genomen is.”

Beoordeling

6.2. In het verzoekschrift betoogt de verzoekende partij dat haar offerte onterecht onregelmatig werd verklaard wegens het opgeven van een nieuwe prijs voor post 117 van de meetstaat. Volgens de verzoekende partij deed zij evenwel niets anders dan ingaan op het e-mailbericht van 7 juni 2019 van de verwerende partij met de volgende inhoud:

“In uw begeleidend schrijven staat op pagina 2 dat jullie streven naar een minimaal bestelbedrag van 250 euro per bestelling. U geeft in de inventaris wel geen transportkost op voor leveringen onder de 250 euro. Klopt dit? Voor post 117 werd textuur gelei gevraagd. In de beschrijving van uw product staat geleisuiker. Kan u bevestigen dat u prijs heeft opgegeven voor het gevraagde ‘textuur gelei’.
Bij nazicht van de offerte blijkt dat uw aangeboden prijzen voor sommige posten afwijken van de prijs van andere inschrijvers.
Voornamelijk volgende posten springen in het oog:
[een lijst van 36 posten wordt opgenomen]”.

6.3. De verzoekende partij meldt met een e-mailbericht van 12 juni 2019 dat de meerkost voor “regelmatig kleine leveringen” 50 euro bedraagt, dat post 117 werd aangepast (“zie aanpassing naar textuur gelei van Knorr”) en, wat

betreft “nazicht aangeduide posten”: “Alle prijzen per kilo/liter vindt U in kolom P hieronder vindt u een overzicht van de door u gevraagde posten met, indien nodig, aanpassing in kolom Q (per kilo/liter)”, waarop een nieuwe Excel formulier volgt met aangepaste eenheidsprijzen.

6.4. In het gunningsverslag wordt vastgesteld dat de verzoekende partij nieuwe prijzen heeft opgegeven voor verscheidene posten en dat zij “een nieuwe prijs, nieuw artikel en artikelnummer [...] voor post 117” heeft vermeld. Er wordt dan ook besloten:

“Bij een openbare procedure is het niet toegestaan om wijzigingen te doen aan een offerte na opening van de offertes. Het wijzigen van eenheidsprijzen van de oorspronkelijke offerte en het wijzigen van een artikel van de oorspronkelijke offerte is een substantiële onregelmatigheid. De firma Bidfood Flanders zal niet weerhouden worden voor verdere evaluatie van perceel 1”.

Aldus wordt beslist door het college van burgemeester en schepenen van de stad Gent op 18 juli 2019.

6.5. De enige grief in het verzoekschrift blijkt op het eerste gezicht uitsluitend gericht tegen de vaststelling wat betreft post 117. Echter, een dragend motief van de bestreden beslissing is tevens de vaststelling dat de verzoekende partij haar prijzen voor andere posten heeft gewijzigd.

6.6. Een inschrijver kan slechts één offerte per opdracht indienen, zo bepaalt artikel 54, § 2, eerste lid, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017). De wijzigingen die de verzoekende partij aan de prijzen van verscheidene posten andere dan post 117 heeft aangebracht, naar aanleiding van de vragen van de verwerende partij, verwoord in het e-mailbericht van 7 juni 2019, werden door de aanbestedende overheid op het eerste gezicht terecht beschouwd als het indienen van een tweede offerte en dus als een niet-naleving van artikel 54, § 2, eerste lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017. Dergelijke vragen van de aanbestedende overheid mogen immers niet worden aangewend om wijzigingen aan een offerte aan te brengen, die bijgevolg geen precisering of verduidelijking

inhouden. Alleszins verduidelijkt de verzoekende partij in het verzoekschrift niet waarom de verwerende partij de door haar in een nieuwe Excel formulier voor 23 posten opgegeven nieuwe prijzen niet als een wijziging van de eenheidsprijzen voor deze posten mocht aanzien. Geen van de in artikel 54 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 opgenomen uitzonderingsgronden lijken te dezen toepasselijk.

6.7. 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”.

Vervolgens bepaalt de derde paragraaf van artikel 76:

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

6.8. De omstandigheid dat het verschil tussen de prijzen in de tweede offerte en de initiële offerte “nauwelijks impact heeft op het totaalbedrag en bijgevolg ook niet in evaluatie van de indiening” is kan op het eerste gezicht niet dienstig worden ingeroepen. Zo is in het verslag aan de Koning bij artikel 76, § 3, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 te lezen:

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

6.9. Bij gebrek aan betwisting in het verzoekschrift van het hiervóór omschreven dragende motief, ontbeert de verzoekende partij op het eerste gezicht het vereiste belang bij het middel.

6.10. Het middel is niet ernstig.

VII. Besluit

7. Het enig middel is niet ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

De Raad van State verwerpt de vordering.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 12 september 2019, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Johan Bovin,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Johan Bovin