

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 245.869 van 24 oktober 2019
in de zaak A. 224.914/XII-8528**

In zake: de NV RAF DE VRIESE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jo Goethals
kantoor houdend te 8800 Roeselaere
Kwadestraat 151B/41
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD POPERINGE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Johan Vanmuysen
kantoor houdend te 3500 Hasselt
Bampslaan 19
bij wie woonplaats wordt gekozen
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bert Kelchtermans
kantoor houdend te 3360 Korbeek-Lo
Vengerstraat 63

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 31 maart 2018, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de stad Poperinge van 29 januari 2018 tot gunning van de opdracht “Buitengewone onderhoudswerken aan diverse wegen (dienstjaar 2018)” aan de nv Wegeniswerken Maes Adiel.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Eerste auditeur Jozef Stevens heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 8 oktober 2019.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Jo Goethals, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Frederik Niesten, die *loco* advocaat Johan Vanmuysen verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

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

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

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor “Buitengewone onderhoudswerken aan diverse wegen (dienstjaar 2018)”. Zij maakt daarbij toepassing van een vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking op grond van het bestek 2017/030.

De opdracht wordt aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen op 19 december 2017.

3.2. Drie offertes worden ingediend, namelijk door:

- de nv De Groote Gaston;
- de nv De Vriese Raf;
- de nv Wegeniswerken Adiel Maes.

3.3. Op 22 januari 2018 wordt een verslag van nazicht van de offertes opgesteld die de volgende toelichting bevat aangaande de offerte van de verzoekende partij:

“Onderzoek van de substantiële onregelmatigheid: Uit het attest van plaatsbezoek blijkt niet dat de stad heeft geattesteerd dat een plaatsbezoek heeft plaatsgevonden. Het stuk werd overigens verkeerd ingevuld door de aannemer, bovendien is ook geen datum van plaatsbezoek ingevuld. Het attest werd enkel voor ontvangst getekend door een ambtenaar aan het onthaal van het stadhuis met een stempel ‘ingekomen op 10 januari 2018’. Overeenkomstig de bepalingen van het bestek werd volgende essentiële formele voorwaarde toegevoegd, inzonderheid dat een plaatsbezoek diende te worden uitgevoerd door de inschrijver, op straffe van nietigheid van de offerte.”

3.4. Op 29 januari 2018 beslist de verwerende partij de opdracht te gunnen aan de enige overblijvende regelmatige inschrijver, de nv Wegeniswerken Adiel Maes.

Dit is de bestreden beslissing.

IV. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

4. In een enig middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 76, § 5, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit

plaatsing 2017), de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, het bestek 2017/030 samen met het principe *patere legem quam ipse fecisti* en van het algemene motiveringbeginsel, het redelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel als beginselen van behoorlijk bestuur.

De verzoekende partij benadrukt in de eerste plaats dat wel degelijk een plaatsbezoek heeft plaatsgevonden en dat noch het bestek noch enig ander document expliciet voorschreef dat het plaatsbezoek moest plaatsvinden in aanwezigheid van iemand van de stad, noch dat het attest van plaatsbezoek moest worden afgeleverd door iemand van de technische dienst van de stad. Zij licht toe dat een medewerkster, na vooraf met de diensten van de verwerende partij telefonisch contact te hebben genomen, zich op 10 januari 2018 begaf naar de plaats die het voorwerp uitmaakt van de opdracht en dat zij zich daarna naar het stadhuis begaf voor de attestatie van dat plaatsbezoek. De onthaalbediende heeft, na telefonisch contact met de bevoegde persoon van de technische dienst, het betrokken document, “bijlage B: attest van plaats bezoek” – dat voorbereid werd door de verzoekende partij – voor ontvangst afgestempeld.

De verzoekende partij wijst er voorts op dat het bestek enkel “op straffe van nietigheid” het plaatsbezoek heeft voorgeschreven doch dat nergens, en al zeker niet op straffe van nietigheid, wordt bepaald dat het moment waarop het plaatsbezoek heeft plaatsgevonden op het attest zou moeten worden vermeld. Als er al een fout is gebeurd, is deze fout uitsluitend in hoofde van de stadsdiensten te situeren, meent zij, en kan deze niet aan haar worden aangerekend.

De verzoekende partij meent dan ook dat er ten onrechte aan het bestek een toedracht wordt gegeven die het bestek niet heeft: “Het is niet zo dat het niet correct opstellen van het attest op straffe van nietigheid is voorgeschreven. Het is een plaatsbezoek dat op straffe van nietigheid is voorgeschreven. Ten onrechte werd er dan ook tot onregelmatigheid besloten op

basis van een beweerdelijk kaduuk attest. Een attest dat de verwerende partij overigens zelf weigerde op te stellen en/of waarvan de verwerende partij in oorsprong het voldoende vond het voor ontvangst te valideren”.

Bovendien wijst de verzoekende partij erop dat de verwerende partij niet verplicht was om de offerte te weren en dat de verwerende partij ook mocht beslissen om deze onregelmatigheid te laten regulariseren. In dit geval rustte er volgens haar ook een bijzondere motiveringsplicht op de verwerende partij.

Zij besluit dat er niet ter discussie kan worden gesteld dat zij een plaatsbezoek heeft uitgevoerd en dat “een attest naar voor [werd] gebracht waarin duidelijk is bepaald dat mevrouw Melanie Wyckhuys, namens NV De Vriese, zijnde verzoekende partij, de plaats heeft bezocht en dit zeker voor de indiening van de offerte gelet op het feit dat dit attest aan de offerte was gevoegd en afgestempeld was op 10 januari 2018 om 11:12 uur”. De fouten of materiële vergissingen die in dit attest zijn gebeurd – de naam van de medewerkster van de verzoekende partij werd op het verkeerde lijntje ingevuld en de datum van het plaatsbezoek, “die overigens dezelfde dag was van de neerlegging van het attest”, werd oningevuld gelaten – zijn volgens haar toe te schrijven aan de medewerker van de stad, aan wie het volgens haar eigenlijk toekwam het attest verder aan te vullen.

Zij verwijst ten slotte nog naar het arrest nr. 237.483 van 23 februari 2017, waaruit een gelijkaardige discussie blijkt en waarbij de Raad van State meende dat er sprake was van een overdreven formalisme.

5. In de memorie van wederantwoord repliceert de verzoekende partij wat de door de verwerende partij opgeworpen excepties betreft inzake haar actueel belang en haar belang bij het middel, dat zij overeenkomstig vaste rechtspraak van de Raad van State een gekwalificeerd moreel belang heeft bij de nietigverklaring van de afsplitsbare toewijzingsbeslissing, spijs de uitvoering van

de overeenkomst, dat dit belang volstaat en dat zij voorts niet ook de nietigverklaring van de impliciete weigeringsbeslissing om de opdracht aan haar te gunnen, heeft gevorderd.

Omtrent de grond van de zaak, blijft de verzoekende partij erbij dat het attest bewijst dat er wel degelijk een plaatsbezoek heeft plaatsgevonden. Zij benadrukt dat het bestek nergens voorschrijft dat het attest van het plaatsbezoek door de technische dienst moest worden neergelegd, noch dat het bezoek diende plaats te vinden in aanwezigheid van iemand van het bestuur.

Zij meent dan ook dat “[i]n de gegeven omstandigheden waarbij het bestek bepaalt dat de offerte op het stadhuis moet worden neergelegd (en de offerte dus niet mag, laat staan moet, neergelegd worden op de technische dienst) én er bovendien nergens bepaald is welke ambtenaar er precies bevoegd is om het attest van plaatsbezoek te ondertekenen [...] van een normaal en behoorlijk bestuur –als deze de mening is toegedaan dat het attest niet door de onthaalbediende kan worden afgeleverd– verwacht [mag] worden dat de inschrijver die zich aanbiedt met dat attest doorverwezen wordt naar de bevoegde dienst”. Als er niet wordt doorverwezen naar de volgens de verwerende partij bevoegde dienst, is dat dan ook, volgens de verzoekende partij, uitsluitend haar verantwoordelijkheid.

Betreffende de verwijzing door de verwerende partij naar een “correct” attest van plaatsbezoek bij een vorige opdracht, betwist de verzoekende partij dat daaruit wel zou blijken dat toen wel het plaatsbezoek werd uitgevoerd in aanwezigheid van de afgevaardigde van de stad die het attest ondertekende. De afgevaardigde heeft, aldus de verzoekende partij, toen ook enkel zijn naam ingevuld en zijn handtekening geplaatst. Thans bevat het attest eveneens wel degelijk ook een handtekening en zelfs een stempel van de stad met datum. “[D]at haar eigen diensten de attestering niet correct zouden hebben gedaan, quod non overigens”, mag de verwerende partij volgens de verzoekende partij haar

achteraf niet meer tegenwerpen; dan had zij de ontvangst of attestering maar moeten weigeren.

Ten slotte blijft de verzoekende partij erbij dat er wel een bijzondere motivering geldt voor de keuze van de verwerende partij om haar al dan niet te weren.

6. In antwoord op een voor haar negatief uitvallend auditoraatsverslag, werpt de verzoekende partij nog in de laatste memorie tegen dat de vereiste een afspraak te maken om samen met de ambtenaar een plaatsbezoek te doen noch in het bestek noch in de bijlage wordt opgenomen, en al zeker niet op straffe van nietigheid. Zij blijft erbij dat het de verantwoordelijkheid is van de verwerende partij en haar organen om, wanneer een attest werd voorgelegd waarbij de aannemer verklaart de plaats bezocht te hebben, deze op een correcte wijze te behandelen. “Concreet kwam dit hierop neer [volgens de verzoekende partij] dat de verwerende partij ofwel liet weten dat de verzoekende partij niet op het woord werd geloofd zodat er nog eerst een plaatsbezoek moest plaatsvinden in aanwezigheid van de dienst, ofwel, zoals te dezen, de verklaring van de verzoekende partij te aanvaarden, wat dan ook als gevolg had dat men later niet op deze aanvaarding kon terug komen”.

Zij meent voorts dat er “niet [wordt] geacht te veronderstellen of te weten dat een plaatsbezoek begeleid dient te gebeuren” en dat dit ook niet noodzakelijk is om na te gaan of de aannemer in kwestie de site wel heeft bezocht.

Tenslotte herhaalt zij dat de verwerende partij de mogelijkheid had om de formaliteit te laten regulariseren en dat gelet op die mogelijkheid de verwerende partij moet motiveren waarom deze mogelijkheid niet werd geboden.

Beoordeling

7. Het belang van een verzoekende partij om bij de Raad van State een beslissing inzake de gunning van een overheidsopdracht te bestrijden, bestaat er idealiter in opnieuw op zijn minst kans te maken om die opdracht gegund te krijgen en die zelf uit te voeren. Het enkele feit echter dat het voormelde doel onbereikbaar is geworden moet niet noodzakelijk tot gevolg hebben dat een verzoekende partij elk rechtstreeks belang bij de vordering tot nietigverklaring verliest. Het beroep strekt immers tot de nietigverklaring van de afsplitsbare bestuurshandeling om haar inschrijving onregelmatig te verklaren en om dus de verzoekende partij voorbij te gaan ten voordele van een andere kandidaat. De verzoekende partij ontleent aan dat voorbijgaan in principe een gekwalificeerd moreel belang dat gediend wordt, en, in tegenstelling tot wat de verwerende partij opwerpt, spijs het sluiten of zelfs de uitvoering van de opdracht, gediend blijft door een nietigverklaring. Het voornoemd moreel belang ter ondersteuning van het annulatieberoep volstaat.

De exceptie wordt verworpen.

8. Artikel 76 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 luidt:

“§ 1. De aanbestedende overheid gaat na of de offertes regelmatig zijn. De offerte kan substantieel of niet substantieel onregelmatig zijn. Een offerte is substantieel onregelmatig wanneer ze van aard is de inschrijver een discriminerend voordeel te bieden, tot concurrentievervalsing te leiden, de beoordeling van de offerte van de inschrijver of de vergelijking ervan met de andere offertes te verhinderen, of de verbintenis van de inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onbestaande, onvolledig of onzeker te maken. De volgende onregelmatigheden worden met name als substantieel beschouwd :

- 1° de niet-naleving van het milieu-, sociaal of arbeidsrecht, voor zover deze niet-naleving strafrechtelijk gesanctioneerd wordt;
- 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;
- 3° de niet-naleving van de minimale eisen en de vereisten die als substantieel worden aangemerkt in de opdrachtdocumenten.

§ 2. De offerte die slechts een of meer niet-substantiële onregelmatigheden bevat die, zelfs gecumuleerd of gecombineerd, niet de in paragraaf 1, derde lid, bedoelde gevolgen teweeg brengen, wordt niet nietig verklaard.

[....]

§ 5. De onderhavige paragraaf is van toepassing op het regelmatigheidsonderzoek van de offertes bij de opdrachten met een geraamde waarde lager dan de drempel voor de Europese bekendmaking waarbij gebruik wordt gemaakt van een procedure waarin onderhandelingen toegelaten zijn en onverminderd paragraaf 2 en artikel 39, § 7, tweede lid, van de wet. De aanbestedende overheid beslist om hetzij de substantieel onregelmatige offerte nietig te verklaren, hetzij om deze onregelmatigheid te laten regulariseren. Hetzelfde geldt indien de offerte meerdere niet-substantiële onregelmatigheden bevat, wanneer de cumulatie of combinatie ervan de in paragraaf 1, derde lid, bedoelde gevolgen teweeg brengt.”

In het Verslag aan de Koning is omtrent de toepasselijkheid van het artikel 76, § 5, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 het volgende te lezen:

“De vijfde paragraaf heeft betrekking op de procedures waarin onderhandelingen toegelaten zijn en waarvan de geraamde waarde lager is dan de drempel voor de Europese bekendmaking. In dit laatste geval beschikt de aanbestedende overheid over meer beoordelingsruimte. Inderdaad kan hij ofwel beslissen om de substantieel onregelmatige offerte nietig te verklaren, ofwel om deze onregelmatigheid te laten regulariseren. Hetzelfde geldt indien de offerte meerdere niet-substantiële onregelmatigheden bevat, wanneer de cumulatie of combinatie ervan de in paragraaf 1, derde lid, bedoelde gevolgen teweeg brengt.”

In het bestek op bladzijde 8 wordt voorgeschreven:

“Op straffe van nietigheid van zijn offerte, wordt de inschrijver verwacht een plaatsbezoek uit te voeren.

De inschrijver dient het attest in bijlage correct ingevuld toe te voegen aan zijn offerte.”

9. Uit de uitdrukkelijke vermelding van “[o]p straffe van nietigheid van zijn offerte” alleen al kan het belang worden afgeleid dat het bestek hecht aan het zich ter plaatse vergewissen van de situatie. De verzoekende partij betwist ook niet dat het tekortkomen aan deze verplichting een substantiële onregelmatigheid uitmaakt. Zij meent evenwel dat zij niet aan deze verplichting

is tekortgekomen, dat zij de plaats heeft bezocht en dit zeker vóór de indiening van de offerte en dat dit wordt bewezen door het door haar bijgevoegde attest.

Ook al vereist het bestek niet uitdrukkelijk dat er voor dit plaatsbezoek vooraf een afspraak moest worden gemaakt met het bestuur, kan een zorgvuldige inschrijver wel degelijk, in tegenstelling tot wat de verzoekende partij meent, verwachten dat het niet volstaat zich op eigen initiatief ter plaatse te begeven en een eigen attest daarover op te stellen en te laten afstempelen door een willekeurige onthaalbediende.

De bedoeling van de opgelegde verplichting tot plaatsbezoek is dat de aanbestedende overheid zekerheid heeft dat een inschrijver de plaats heeft bezocht zodat hij alle eventuele moeilijkheden en problemen heeft kunnen inschatten om aldus een offerte met kennis van zaken te kunnen opstellen. Deze verplichting heeft slechts zin wanneer een afspraak gemaakt wordt met een afgevaardigde van die overheid om de plaats(en) te bezoeken waarna die afgevaardigde kan attesteren dat de inschrijver op een welbepaalde dag de plaats werkelijk heeft bezocht.

De beoordeling van de verwerende partij dat een plaatsbezoek op eigen initiatief, gevolgd door het enkel formeel laten afstempelen door een onthaalbediende van het zelf ingevulde attest van plaatsbezoek en waarbij onmiddellijk daarna de offerte werd ingediend, niet voldoet aan de betrokken besteksvereiste, kan alsdan niet als een overdreven formalisme worden beschouwd dat de perken van de redelijkheid te buiten gaat. De Raad van State ziet ook niet in hoe de verwerende partij nog vermocht deze onregelmatigheid na de neerlegging van de offerte te laten regulariseren.

10. Het middel is niet gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro, 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 vierentwintig oktober tweeduizend negentien, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Patricia De Somere,	staatsraad,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Dierk Verbiest