

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 248.216 van 7 september 2020
in de zaak A. 231.534/XII-8942**

In zake: de BV GOOS TAKELDIENST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat An Notelteirs
kantoor houdend te 2243 Pulle
Heidedreef 11
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Carlos De Wolf
kantoor houdend te 9680 Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Charlotte De Wolf
kantoor houdend te 9000 Gent
Fortlaan 95

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 14 augustus 2020, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “het besluit met kenmerk F-TAW-PP31-14 genomen door Agentschap Wegen en Verkeer, waarbij de offerte [van de verzoekende partij] werd geweerd en de opdracht werd gegund aan Takeldienst Jimmy Verwimp”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota en een administratief dossier ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 1 september 2020, om 11.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat An Notelteirs, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Carlos De Wolf, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste 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 overheidsopdracht voor diensten uit met als voorwerp het takelen en afvoeren van voertuigen op de autosnelwegen A1, A11, A12, A13, A14, A21, R1, R2 in de provincie Antwerpen.

De opdracht bestaat uit 4 percelen. De voorliggende vordering heeft betrekking op de gunning van perceel 4: E313 Oost.

De opdracht wordt gegund middels een openbare procedure met de prijs als gunningscriterium.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 14 april 2020 en in het Supplement op het Europees Publicatieblad op 16 april 2020.

3.3. De opening van de offertes vindt plaats op 2 juni 2020. Voor perceel 4 worden drie offertes ingediend, waaronder de offertes van de verzoekende partij en van de gekozen inschrijver.

3.4. Op 9 juli 2020 wordt een gunningsverslag opgesteld.

Met betrekking tot het regelmatigheidsonderzoek van de offertes wordt onder meer vermeld:

“In het offerteformulier bijlage 4.7. kan aangegeven worden hoe indien nodig het verschil tussen personeel nodig bij gunning en uitvoering kan worden opgevangen. Jimmy Verwimp geeft hier aan dat er bij gunning nog bijkomend personeel zal worden angeworven.

Inschrijver	Uitvoerende werkrachten	Administratieve werkrachten
Goos Takeldienst bvba	3	1

In het offerteformulier bijlage 4.7. kan aangegeven worden hoe indien nodig het verschil tussen personeel nodig bij gunning en uitvoering kan worden opgevangen. Goos Takeldienst bvba geeft hier aan dat er geen verschillen zullen zijn tussen aantal personeel bij gunning en uitvoering. Dit maakt dat er niet genoeg uitvoerend personeel beschikbaar is voor de uitvoering van de opdracht.”

De offerte van de verzoekende partij wordt aldus onregelmatig bevonden.

Na onderzoek van de regelmatig bevonden offertes wordt voorgesteld om de opdracht te gunnen aan Jimmy Verwimp.

3.5. Bij beslissing van de administrateur-generaal van het agentschap Wegen en Verkeer van 16 juli 2020 wordt de opdracht gegund aan Jimmy Verwimp waarbij het gunningsverslag wordt overgenomen in de motieven van de beslissing.

Dit is de bestreden beslissing.

Bij aangetekende brief van 31 juli 2020 wordt de bestreden beslissing meegedeeld aan de verzoekende partij.

IV. Schorsingsvoorwaarden

4.1. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

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

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden 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.

V. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

5. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 34 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de

klassieke sectoren' (hierna: 'koninklijk besluit plaatsing 2017'), het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel.

De verzoekende partij betoogt daartoe dat de vermelding van het antwoord "nee" op de vraag onder bijlage 4.7., punt c), van haar offerte een "zuiver materiële vergissing" betreft. Deze vermelding is immers niet in overeenstemming te brengen met de eerdere vermelding in haar offerte in bijlage 4.5., dat bijkomend personeel zal worden aangeworven bij de gunning van de werken. Bijgevolg had de aanbestedende overheid deze materiële vergissing moeten verbeteren op grond van artikel 34 van het koninklijk besluit plaatsing 2017. De aanbestedende overheid had hierbij in overeenstemming met het voormelde artikel 34 de werkelijke bedoeling van de verzoekende partij dienen na te gaan, waarbij uit de offerte bleek dat het personeelsprobleem zou worden opgelost met de aanwerving van extra personeel en door een beroep te doen op onderaannemers. Minstens had de verzoekende partij de mogelijkheid moeten krijgen om haar offerte te verduidelijken. De offerte werd dan ook ten onrechte want met schending van het voormelde artikel 34 onregelmatig verklaard. Bovendien werd in hoofde van de eerste gerangschikte de loutere vermelding dat extra personeel zou worden aangeworven bij gunning van de opdracht wel aanvaard.

Beoordeling

Exceptie obscuri libelli

6.1. De verwerende partij werpt in haar nota een exceptie *obscuri libelli* op, omdat de verzoekende partij geen formeel middel onder de vorm van een geschonden geachte wetsbepaling of rechtsbeginsel zou opwerpen en omdat zij aangeeft in haar beroep tot nietigverklaring "onder meer" de navolgende ernstige middelen te zullen aanvoeren. De verwerende partij meent dan ook dat er in huidig verzoekschrift tot schorsing nog geen middelen worden aangevoerd.

6.2. Het lijkt voldoende duidelijk dat de verzoekende partij de schending inroept van het voornoemde artikel 34 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 en van het redelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel.

De verwerende partij geeft in haar nota overigens omtrent de mogelijke schending van het voormelde artikel 34 een verweer gevoerd.

De exceptie dient dan ook te worden verworpen.

Ernstig karakter van het middel

7. Te dezen werd in de administratieve voorschriften van het bestek met betrekking tot de selectiecriteria aangaande de vereiste technische en beroepsbekwaamheid van de inschrijvers onder meer het volgende bepaald:

“Afdeling 3 Selectiecriteria, beroep op onderaannemers en op andere entiteiten

[...]

Art. 68 Technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid

De inschrijver dient aan te tonen dat hij over de technische bekwaamheid beschikt door te voldoen aan eisen op het gebied van de voertuigen waarover hij beschikt, het personeel dat hij in dienst heeft en de terreinen die hij in gebruik heeft.

- Wat betreft het personeel zijn de specificaties per categorie waaraan deze moeten voldoen opgenomen onder Deel 3 Technische bepalingen – 3.1 Algemeen punt 3.1.4 van dit bestek.

- [...]

Eisen op gebied van personeel

De inschrijver voegt bij zijn offerte een verklaring (specifiek document in bijlage aan dit bestek is te gebruiken) met lijst (naam en voornaam) van alle personen (personeel en zaakvoerders) die minstens gedurende het volledige kalenderjaar voorafgaandelijk aan de publicatie van dit bestek, verbonden waren aan de onderneming (per persoon aangeven hoelang deze reeds verbonden is aan de onderneming) en instonden voor de uitvoering van de takelwerkzaamheden en/of de administratieve afhandeling ervan.

a.[...]

b.[...]

c.[...]

d. Voor perceel 4 beschikte de dienstverlener minimaal over:

- 3 uitvoerende werkrachten (uitgedrukt in %VTE). De inschrijver toont in zijn bij de offerte te voegen verklaring aan dat elke uitvoerende werkracht voldoet aan de eisen.

- 1 administratieve werkracht (uitgedrukt in %VTE). De inschrijver toont in zijn bij de offerte te voegen verklaring aan dat elke administratieve werkracht voldoet aan de eisen.”

Voorts werd in de administratieve bepalingen van het bestek met betrekking tot de inhoud van de offerte het volgende vermeld:

“art. 78 Inhoud van de offerte

[...] Verder dienen bij het offerteformulier de volgende documenten te worden gevoegd:

1) [...]

2) De documenten die vereist zijn voor de selectie (zie art. 66 e.v. Wet 2016 art. 59 e.v. KB Plaatsing)

[...]

5) de inschrijver dient aan te tonen dat hij zowel qua structuur, organisatie, materiaal, personeel, beschikbare stelplaats(en), in staat is om te allen tijde binnen de voorziene aanrijtijden ter plaatse te zijn. De ‘nota omtrent de organisatie van het perceel’ (bijlage 4.7) toont aan dat:

a. [...]

b. [...]

c. het gepaste materiaal (interventie- signalisatie- en servicevoertuigen) zodanig georganiseerd is om de gestelde aanrijtijden altijd te kunnen halen. - er voldoende materiaal en personeel is. Het verschil tussen de aantallen in de technische bekwaamheid (art. 68) en de aantallen in Deel III – Technische bepalingen wordt opgevangen.

[...]

6) De inschrijver beschrijft hoe hij op het moment van aanvang der diensten zal beschikken over het nodige personeel, materiaal, terreinen, ..., zoals beschreven in de technische bepalingen.”

Voorts werd in de technische bepalingen van het bestek, waar hiervoor naar werd verwezen, met betrekking tot het vereiste personeel het volgende bepaald:

“3. Technische bepalingen

3.1. Algemeen

3.1.1. Uitrusting en capaciteit van de inschrijver

De capaciteit en de uitrusting van de inschrijver zijn van zeer groot belang. Tevens is het ook onontbeerlijk dat de inschrijver voldoet aan actuele wetgeving (gewestelijk, federaal en Europees).

[...]

3.1.4. Personeel: aantallen per perceel + specificaties per categorie

Het aantal personeelsleden (medewerkers + zaakvoerders) bedraagt in functie van het perceel:

[...]

4. Perceel 4

- 1 administratieve werkkrachten (uitgedrukt in %VTE)

- 4 uitvoerende werkkrachten waarvan (uitgedrukt in %VTE)

- 2 aantal de rol van beveiligers kunnen opnemen (uitgedrukt in %VTE).”

Ten slotte waren bij het bestek een aantal bijlagen gevoegd die de inschrijver diende in te vullen en bij zijn offerte diende te voegen. De bijlage 4.5. betrof: “4.5. Technische Bekwaamheid – Personeel”, dit is de bijlage waarnaar wordt verwezen in artikel 68 van de administratieve bepalingen van het bestek met betrekking tot de selectievereisten voor de opdracht:

“Aantonen dat het nodige personeel aanwezig is” (art.68)

In overeenstemming met de technische bekwaamheid (Deel 2 Adm. Bep., art.68) dient de inschrijver aan te tonen dat hij voldoende bekwaam personeel heeft.

Voor personeelsleden die met meerdere taken zijn belast, dient het percentage tijdsbesteding (%VTE = voltijds equivalent) opgegeven te worden.

[...].”

De bijlage 4.7. betrof: “4.7. Nota omtrent de organisatie van het perceel”, dit is de bijlage waarnaar in artikel 78, 5), van de administratieve bepalingen van het bestek wordt verwezen en die betrekking heeft op de technische vereisten voor de opdracht:

“[...]

Het personeel en materiaal is zodanig georganiseerd dat de gestelde aanrijdtijden kunnen gehaald worden.

a. [...]

b. [...]

c. Is er een verschil tussen het personeel dat opgegeven werd in Deel II, art.68 en het personeel dat nodig is tijdens de uitvoering (Deel III,4 beschikbaar personeel)?

Indien ja, hoe wordt dit verschil opgevangen.

[...].”

8. De verzoekende partij voegde bij haar offerte de gevraagde bijlagen 4.5. en 4.7.

In de bijlage 4.5., die betrekking heeft op de selectiecriteria, vermeldde de verzoekende partij dat zij beschikt over 1 administratieve werkracht en 3 uitvoerende werkrachten. Onderaan deze bijlage voegt de verzoekende partij de volgende tekst toe: “Indien nodig word er extra personeel voorzien bij gunning van dit bestek”.

De verzoekende partij voegde bij haar offerte eveneens de bijlage 4.7. die betrekking heeft op de organisatie van het perceel in het licht van de technische vereisten. Op de vraag: “Is er een verschil tussen het personeel dat opgegeven werd in Deel II, art. 68 en het personeel dat nodig is tijdens de uitvoering (Deel III, 4 beschikbaar personeel)? Indien ja, hoe wordt dit verschil opgevangen?”, vermeldde de verzoekende partij het antwoord “nee”. De verzoekende partij gaf met andere woorden aan dat het personeel waarover zij reeds beschikte bij inschrijving volstond om de opdracht uit te voeren. Nochtans beschikte zij slechts over 3 uitvoerende krachten terwijl volgens de technische bepalingen van het bestek voor het betrokken perceel 4 uitvoerende krachten werden vereist.

9. In de bestreden beslissing wordt met betrekking tot de regelmatigheid van de offerte van de verzoekende partij vastgesteld dat er niet genoeg uitvoerend personeel beschikbaar is voor de uitvoering van de opdracht en de offerte dus niet regelmatig is.

10. In haar verzoekschrift lijkt de verzoekende partij niet te bewisen dat een offerte die niet voldoet aan de technische vereisten inzake personeel, door de verwerende partij onregelmatig mocht worden verklaard. Zij betoogt enkel dat zij in de bijlage 4.7., onder punt c), bij wijze van “zuivere materiële vergissing” het antwoord “nee” vermeldde op de vraag of er een verschil was tussen het reeds beschikbare personeel zoals opgegeven in verband met de selectievereisten en het vereiste personeel zoals voorgeschreven in de technische bepalingen voor het betrokken perceel. Zij voert aan dat het een zuiver materiële fout betrof in de zin van artikel 34 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, die door de aanbestedende overheid diende te worden verbeterd.

11. Het geschonden geachte artikel 34 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 luidt:

“§ 1. De aanbestedende overheid verbetert de offertes in functie van de door haar of een inschrijver vastgestelde rekenfouten en zuiver materiële fouten in de opdrachtdocumenten.

§ 2. De aanbestedende overheid verbetert de rekenfouten en zuiver materiële fouten in de offertes, zonder aansprakelijk te zijn voor de niet ontdekte fouten.

Ten einde de rekenfouten en de zuiver materiële fouten die door haar vastgesteld worden in de offertes te verbeteren, gaat de aanbestedende overheid de werkelijke bedoeling na van de inschrijver via een globale analyse van de offerte en door deze te vergelijken met de andere offertes en met de marktprijzen. Indien deze bedoeling, na analyse van de offerte, niet voldoende duidelijk is, kan de aanbestedende overheid de inschrijver, binnen een door haar gestelde termijn, uitnodigen om de inhoud van zijn offerte te verduidelijken zonder haar te wijzigen en te vervolledigen en dit zonder afbreuk te doen aan de mogelijkheid om te onderhandelen indien de procedure zulks toelaat.

Als er in dit laatste geval geen toelichting gegeven is of de toelichting niet aanvaardbaar is voor de aanbestedende overheid, verbetert ze de fouten naar eigen bevindingen. Mocht dit niet mogelijk zijn, dan kan de aanbestedende overheid hetzij beslissen dat de opgegeven eenheidsprijzen van toepassing zijn, hetzij de offerte als onregelmatig weren.

§ 3. Indien de aanbestedende overheid rechtstreeks fouten verbetert in de offertes, bewaart zij de oorspronkelijke versie van die offertes en ziet zij erop toe dat haar rechtzettingen duidelijk identificeerbaar zijn, terwijl ook de oorspronkelijke gegevens zichtbaar blijven.”

Deze bepalingen verlenen aldus de aanbestedende overheid de mogelijkheid om “rekenfouten en zuiver materiële fouten” in offertes te verbeteren. Die begrippen dienen strikt te worden geïnterpreteerd omdat die handelwijze afwijkt van het principe dat offertes niet mogen worden gewijzigd na neerlegging.

Een rekenfout is niet meer dan een fout die gemaakt is bij het rekenen. Een dergelijke fout wordt niet ingeroepen door de verzoekende partij.

Met een zuiver materiële fout, waarop de verzoekende partij zich wel beroept, wordt in principe een verschrijving of vergissing bedoeld, begaan bij de materiële verrichtingen die gepaard gaan met het opstellen van een offerte zoals het uitschrijven, invullen en overbrengen van cijfergegevens.

Volgens het aangehaalde artikel 34, § 2, eerste lid, is de aanbestedende overheid echter niet aansprakelijk voor niet-ontdekte fouten. Bijgevolg is een inschrijver op de eerste plaats zelf verantwoordelijk is om zijn offerte correct op te stellen en dus voor de door hem gemaakte fouten.

De aanbestedende overheid beschikt voorts over beoordelingsruimte om uit te maken of in het licht van de omstandigheden de in de regelgeving bedoelde zuiver materiële fout aanwezig is en of al dan niet duidelijk is wat de werkelijke bedoeling van de inschrijver was bij het begaan van de fout. Het komt aldus niet aan de Raad van State toe om zijn eigen beoordeling daaromtrent in de plaats van deze van het bestuur te stellen. Hij mag desgevraagd wel nagaan of de aanbestedende overheid bij deze beoordeling de perken van de zorgvuldigheid en redelijkheid niet te buiten is gegaan, en of de beslissing op aanvaardbare motieven is gesteund.

12. Te dezen heeft de verzoekende partij op het formulier waarop diende te worden vermeld of er reeds voldaan was aan de technische vereiste inzake personeel dan wel hoe deficiënties zouden worden verholpen, duidelijk “nee” geantwoord op de vraag of er een verschil was tussen het reeds aanwezige personeelsaantal en het voor het perceel vereiste personeelsaantal. De Raad van State ziet op het eerste gezicht niet in dat de verwerende partij het duidelijke antwoord “nee” enkel als de in het meer vermelde artikel 34 zuiver materiële fout had moeten beschouwen. Het gaat trouwens niet om een beperkte handeling van de inschrijver maar de inschrijver heeft zelf het antwoord in letters getypt.

Bovendien, zelfs indien een dergelijke verklaring als een materiële fout zou kunnen worden beschouwd, toont de verzoekende partij nog niet aan dat de verwerende partij te dezen niet anders mocht dan die vergissing op te merken en dat zij de ware bedoeling van de verzoekende partij eenduidig had kunnen afleiden uit de offerte. Op de daarvoor bestemde bijlage inzake het betrokken verschil in personeelsbestand werden immers geen andere gegevens vermeld die erop konden wijzen dat de verzoekende partij per vergissing het antwoord “nee” had vermeld. Weliswaar heeft de verzoekende partij op een andere plaats, namelijk in bijlage 4.5., waar het aanwezige personeelsaantal diende te worden aangegeven in functie van de selectievereisten, vermeld dat zij, indien nodig, in extra personeel zou voorzien maar onder de voorwaarde dat aan haar zou worden gegund. Er kan daarbij ten overvloede ook worden opgemerkt dat de verzoekende partij zelfs in haar verzoekschrift nog steeds onduidelijkheid laat bestaan over de vraag hoe aan het personeelstekort zou worden tegemoet gekomen. Enerzijds stelt zij immers dat in haar offerte werd aangegeven dat een beroep zou

worden gedaan op onderaannemers, anderzijds stelt zij dat in haar offerte werd aangegeven dat extra personeel zou worden aangeworven.

Uit dit alles lijkt het ook dat de situatie van de verzoekende partij niet te vergelijken was met die van de gekozen inschrijver aangezien deze op het daartoe bestemde formulier duidelijk had geantwoord op de vraag of er een verschil was tussen het aanwezige personeel en het voor de uitvoering van de opdracht vereiste personeel voor perceel 4, namelijk dat hij extra personeel zou aanwerven indien de opdracht aan hem zou worden gegund.

13. Wat ten slotte de mogelijkheid betreft om de offerte te verduidelijken, volstaat de vaststelling dat het in de eerste plaats de inschrijver is die verantwoordelijk is voor een zorgvuldige redactie van zijn offerte. De mogelijkheid voor de aanbestedende overheid om in sommige gevallen verduidelijking aan de inschrijvers te vragen, omvat in beginsel geen verplichting daartoe.

Het middel is niet ernstig.

VI. Besluit

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

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 zeven september tweeduizend twintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,

kamervoorzitter,

bijgestaan door

Silja Doms,

griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest