

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 249.540 van 21 januari 2021
in de zaak A. 232.518/XII-9008**

In zake: de BV AEBI SCHMIDT NEDERLAND
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten William Timmermans en Lies Vanquathem
kantoor houdend te 1000 Brussel
Havenlaan 86 C bus 414
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door
de minister van Defensie

Tussenkommende partij:

de NV ITM SALES AND SERVICES
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Inke Dedecker
kantoor houdend te 3500 Hasselt
Spoorwegstraat 105
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 21 december 2020, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de gunningsbeslissing van 4 december 2020 van [de minister van Defensie] voor de opdracht voor leveringen en diensten met als voorwerp ‘de aankoop van negen sneeuwvegers voor vliegvelden met een meerjarige open overeenkomst voor de technische assistentie’”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 6 januari 2021 heeft de nv ITM Sales and Services gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 12 januari 2021, om 14.30 uur.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaten William Timmermans en Lies Vanquatem, die verschijnen voor de verzoekende partij, kolonel Peter Baelen en luitenant Pieter-Jan Tuts, die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaat Inke Dedecker, die verschijnt voor de tussenkomende 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 verwerende partij schrijft een opdracht uit voor leveringen met als voorwerp “9 sneeuwvegers voor vliegvelden en het afsluiten van een open meerjarige overeenkomst voor de technische assistentie”.

Op 24 april 2020 wordt de opdracht gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen en op 28 april 2020 in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie.

De gekozen gunningsprocedure is de mededingingsprocedure met onderhandeling en de uiterste datum voor het indienen van aanvragen tot deelneming wordt vastgelegd op 27 mei 2020.

3.2. De verwerende partij ontvangt vier aanvragen tot deelneming, waaronder die van de verzoekende partij en die van de nv ITM Sales and Services.

Op 26 juni 2020 beslist de minister van Defensie om alle kandidaten te selecteren en aan hen het bestek met referentie MRMP-L/P 20LP101 te bezorgen. De prijs is het enig gunningscriterium.

Op 17 augustus 2020 vindt via skype een informatievergadering plaats teneinde meer inlichtingen te verschaffen aan de inschrijvers over de behoeften van Defensie. Een Q&A-moment (vragen en antwoorden) maakt eveneens deel uit van deze vergadering.

3.3. Op 31 augustus 2020 dienen drie inschrijvers een eerste offerte in.

3.4. Op 12 oktober 2020 wordt gevraagd om uiterlijk tegen 16 oktober 2020 een BAFO in te dienen.

Op 16 oktober 2020 wordt het proces-verbaal van de openingszitting van de ingediende BAFO's opgesteld. Drie inschrijvers hebben een BAFO ingediend.

3.5. Op 26 oktober 2020 wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat er werd vastgesteld dat er nog bepaalde verduidelijkingen noodzakelijk waren teneinde de gelijkheid van de inschrijvers te garanderen en dat zij in bijlage nog een aantal bijkomende vragen en gevraagde verduidelijkingen betreffende haar offerte kan vinden.

Op 30 oktober 2020 antwoordt de verzoekende partij op de gestelde vragen en verschaft zij de gevraagde verduidelijkingen.

Op 3 november 2020 wordt aan de verzoekende partij nog een verduidelijking gevraagd.

Ook aan de andere twee inschrijvers worden verduidelijkingen gevraagd.

3.6. Op 3 november 2020 wordt aan de inschrijvers meegedeeld dat na de eerste BAFO diverse verduidelijkingen dienden te worden gevraagd en teneinde met deze verduidelijkingen en hun antwoorden rekening te kunnen houden, wordt hun gevraagd om uiterlijk tegen 6 november 2020 een tweede BAFO in te dienen.

Op 6 november 2020 wordt het proces-verbaal van de openingszitting van de tweede BAFO's opgesteld. Dezelfde drie inschrijvers dienen een tweede BAFO in.

3.7. Op 16 november 2020 wordt het gunningsverslag opgemaakt.

Daarin wordt wat de gevraagde verduidelijkingen betreft, onder meer het volgende vermeld onder "6. Analyse van de offertes", "b. Regelmatigheid" "b) Vastgestelde niet-substantiële onregelmatigheden" bij alle inschrijvers:

“- Tijdens de onderhandelingen werden grote verschillen vastgesteld tussen de inschrijvers wat betreft de prijs en de inhoud:

- . van post 2 van Bijlage A Aanhangsel 1 ;
- . de preventieve onderhouden

Om deze problemen op te vangen heeft de Administratie enerzijds de inhoud van post 2 (reserveonderdelenkit) en het preventieve onderhoud verduidelijkt en anderzijds de details geëist van de manuren en de wisselstukken die [...] nodig zijn om deze onderhoudswerkzaamheden te kunnen uitvoeren.

Naar aanleiding van de vragen en bijkomende verduidelijkingen van de Administratie heeft de inschrijver zijn offerte in zijn BAFO 1 verbeterd.

- Na de BAFO 1 werden, gezien de grote verschillen in de onderhoudsplannen van de verschillende inschrijvers, enkele

verduidelijkingen gesteld zowel voor het onderhoud van de trekker als de oplegger.

Alle gevraagde elementen zijn doorgegeven en verduidelijkt met de BAFO 2.”

Voor de verzoekende partij wordt daaraan toegevoegd:

“Bovendien werd er vastgesteld in de details van BAFO 1 dat een ander uurtarief gehanteerd werd in het preventieve onderhoudsplan dan voor het bedrag van post 2.a van Bijlage A, Aanhangsel 2. Na het vaststellen van deze fout heeft de inschrijver besloten om alle uurtarieven in bijlage A, aanhangsel 2 te verbeteren met de BAFO 2.

Uiteindelijk werd de totale prijs van het preventieve onderhoudsplan niet gewijzigd.”

Voor de nv ITM Sales and Services wordt daaraan toegevoegd:

“- Na BAFO 1 bleek dat de inhoud van het aangeboden abonnement voor technische bijstand van ITM niet overeenkwam met de behoefte van Defensie. Naar aanleiding van de bijkomende informatie doorgegeven door Defensie was de inschrijver van mening dat het voorgestelde abonnement van BAFO 1 niet in overeenstemming was met de behoefte van Defensie en heeft daarom zijn offerte aangepast.

- Bovendien heeft de Administratie in BAFO 1 vastgesteld dat de prijs van post 2 te laag was. Na analyse bleek dat het volledige borstelsysteem niet in de lijst met reserveonderdelen opgenomen was. Het bedrag van de post werd daarom dienovereenkomstig aangepast met BAFO 2.”

Voor de AG Marcel Boschung wordt daaraan toegevoegd:

“- [...] Ondanks alle vragen die werden gesteld met betrekking tot het preventief onderhoud, besliste de inschrijver zijn onderhoudsplan niet aan te passen in zijn BAFO 2.

- Na BAFO 1 en gezien de hoge transportkosten werd gevraagd of Boschung over servicepunten in België beschikt. Naar aanleiding van ons verzoek heeft Boschung de aanwezigheid van één service point in België bevestigd en de reis- en transportkosten naar beneden bijgesteld in zijn BAFO 2.”

Ten aanzien van de drie offertes wordt besloten dat ze geen substantiële noch niet-substantiële onregelmatigheden bevatten.

De offertes worden als volgt gerangschikt:

- de nv ITM Sales and Services: 3.373.525,76 euro;
- de verzoekende partij: 3.486.581,00 euro; en
- de ag Marcel Boschung: 4.046.714,85 euro.

3.8. Op 4 december 2020 beslist de minister van Defensie om de betrokken opdracht te gunnen aan de nv ITM Sales and Services.

Dit is de bestreden beslissing.

Met een aangetekend schrijven van 7 december 2020 wordt de verzoekende partij op de hoogte gebracht dat diens offerte als regelmatig werd beschouwd, doch niet werd gekozen.

3.9. Op 16 december 2020 richten de advocaten van de verzoekende partij een schrijven aan de verwerende partij met het verzoek om de bestreden beslissing in te trekken. Op 18 december 2020 antwoordt de verwerende partij niet in te gaan op dit verzoek.

IV. Tussenkoms

4. De nv ITM Sales and Services blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet haar verzoek tot tussenkoms worden ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

5. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over de door de tussenkomende 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.

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 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.

VII. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

7. In een enig middel voert de verzoekende partij een schending aan van de artikelen 4 en 38 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake

overheidsopdrachten' (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), artikel 76 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 'plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren' (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), het gelijkheidsbeginsel zoals vervat in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en in artikel 4 van de wet overheidsopdrachten 2016, het beginsel *patere legem quem ipse fecisti* en het vertrouwensbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

De verzoekende partij acht deze bepalingen en beginselen geschonden:

“Doordat, eerste onderdeel, verwerende partij de offerte (eerste BAFO) van de gekozen inschrijver niet nietig heeft verklaard en de gekozen inschrijver zelfs heeft toegelaten tot de onderhandelingen (en zelfs tot het indienen van een tweede BAFO),

Terwijl die offerte een substantiële onregelmatigheid bevat aangezien de prijs van een essentieel reserveonderdeel (de borstel), niet vervat zat in de prijs van de gekozen inschrijver in strijd met uitdrukkelijke besteksbepalingen, hetgeen die offerte onvergelijkbaar maakt met de andere offertes, zodat de verwerende partij die offerte nietig had moeten verklaren,

En terwijl verwerende partij ingevolge het gelijkheidsbeginsel geen onderhandelingen mocht voeren met een inschrijver die een substantieel onregelmatige offerte heeft ingediend en haar dus a fortiori niet mocht toestaan een tweede BAFO in te dienen,

En doordat, tweede onderdeel, verwerende partij de opdracht heeft gegund op basis van een tweede BAFO,

Terwijl de in het middel aangehaalde wetsbepaling verbiedt om een enige onderhandeling te voeren met de inschrijvers na het indienen van een definitieve offerte, waarbij evidentierwijze de eerste BAFO als definitieve offerte moet worden beschouwd; zodat a fortiori het [aan] de inschrijvers toestaan om een tweede BAFO in te dienen en de opdracht te gunnen op basis van de tweede BAFO een schending uitmaakt van de aangehaalde bepalingen en beginselen.”

Wat het eerste onderdeel betreft, licht de verzoekende partij toe dat uit de gunningsbeslissing blijkt dat de prijs van post 2 “Wisselstukken Kit” bij de (eerste) BAFO van de gekozen inschrijver te laag was, omdat de gekozen inschrijver het borstelsysteem niet in de prijs van de reserveonderdelen had opgenomen, terwijl dit een essentieel onderdeel is van de te leveren sneeuwvegers, ook qua prijs, met name toch zo’n 87 % (althans in het geval van de verzoekende

partij). De verzoekende partij meent dat, nu de gekozen inschrijver deze minimale eis van het bestek niet heeft nageleefd bij het indienen zijn offerte, deze offerte substantieel onregelmatig is.

Ondergeschikt merkt de verzoekende partij op dat voor zover de eerste BAFO van de gekozen inschrijver niet zou kunnen worden beschouwd als een definitieve offerte, *quod non*, de verwerende partij deze nog steeds substantieel onregelmatig en bijgevolg nietig had moeten verklaren. De mogelijkheid tot regularisatie van substantiële onregelmatigheden was immers niet voorzien in de opdrachtdocumenten.

Wat het tweede onderdeel betreft, benadrukt de verzoekende partij dat een aanbestedende overheid de inschrijvers op de hoogte moet brengen van haar intentie om de onderhandelingen te sluiten – dit gebeurt door aan te kondigen dat de inschrijvers een definitieve offerte of BAFO moeten indienen – en dat nadien de aanbestedende overheid de inschrijvers niet meer mag verzoeken om verbeterde offertes in te dienen, noch mag onderhandelen met de inschrijvers over de ingediende definitieve offertes.

Zij wijst erop dat artikel 38 van de wet overheidsopdrachten 2016 weliswaar toelaat dat de aanbestedende overheid meermaals offertes opvraagt bij de inschrijvers om over te onderhandelen, maar dat dit artikel niet toelaat dat de aanbestedende overheid meermaals definitieve offertes opvraagt bij de inschrijvers om over te onderhandelen. Volgens haar heeft de verwerende partij nochtans te dezen de inschrijvers verzocht definitieve offertes in te dienen en heeft zij vervolgens nader onderhandeld over die definitieve offertes in plaats van deze te beoordelen aan de hand van de gunningcriteria.

Beoordeling

8. In beginsel beschikt de aanbestedende overheid in een mededingingsprocedure met onderhandeling over een grote vrijheid om met de inschrijvers te onderhandelen en om de procedure in te richten en te doorlopen.

Deze vrijheid is echter niet onbeperkt.

Ze wordt onder meer beperkt, naast het wettelijke en reglementaire kader, door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, onder meer het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel in overheidsopdrachten. Ze wordt ook beperkt door de regels die de aanbestedende overheid zelf in het bestek heeft opgelegd. De keuze voor de mededingingsprocedure met onderhandeling ontslaat de inschrijvers niet van de verplichting om een offerte in te dienen overeenkomstig de bepalingen van het bestek. Het staat daarbij wel in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid om vast te stellen of een afwijking van het bestek een afwijking inhoudt van vereisten die in het bestek als substantieel worden aangemerkt.

9. Artikel 76, § 1, derde en vierde lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 luidt:

“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.”

Eerste onderdeel

10. In het eerste onderdeel bekritiseert de verzoekende partij de beslissing om de (eerste) BAFO van de gekozen inschrijver niet nietig te verklaren en hem toe te laten tot onderhandelingen.

11. Uit de gunningsbeslissing blijkt dat als niet-substantiële onregelmatigheid in de offerte van de gekozen inschrijver werd opgemerkt dat de prijs voor post 2 te laag was, omdat het “volledige borstelsysteem” niet in de lijst met reserveonderdelen was opgenomen. Volgens de verzoekende partij betrof dit gebrek evenwel een substantiële onregelmatigheid en had de offerte van de gekozen inschrijver, overeenkomstig de geciteerde bepalingen van het voormelde artikel 76, moeten worden geweerd wegens de nietigheid ervan.

12. In het bijzonder bestek is als voorwerp van de opdracht bepaald:

- “• Overeenkomst van leveringen betreffende de aankoop van 9 sneeuwvegers voor vliegvelden, 3 kits van wisselstukken en de technische documentatie overeenkomstig de voorwaarden van dit bestek.
- Meerjarige overeenkomst van leveringen en diensten tegen prijslijst betreffende de aankoop van vormingen, wisselstukken, abonnementen van technische assistentie, de huur van een gelijkaardig systeem en prestaties verbonden aan het preventief onderhoud dat uitgevoerd wordt door de contractant, overeenkomstig de voorwaarden van dit bestek.
- Meerjarige overeenkomst van leveringen en diensten tegen terugbetaling voor alle prestaties verbonden aan het correctief en evolutief onderhoud waarop de waarborg niet van toepassing is en dat wordt uitgevoerd door de contractant, overeenkomstig de voorwaarden van dit bestek.”

Tevens is in het bestek te lezen:

“De kits van wisselstukken (zie Bijl A Aanh 1, post 2) (nodige wisselstukken voor het preventief onderhoud van de 12 eerste maanden, één borstel, één schop en één sleetband inclusief) zullen geleverd worden met de eerste 3 sneeuwvegers (Cfr Bijl D Aanh 1 §4.e).”

In bijlage D, aanhangsel 1 “Open overeenkomst voor de leveringen van wisselstukken, voor preventief en correctief onderhoud, en aanverwante technische bijstand” wordt inzake de levering van wisselstukken opgenomen (4.e):

“Een initiële stock van wisselstukken zal tegelijk met de tuigen geleverd worden. Deze stock bestaat uit de wisselstukken nodig om het preventief

onderhoud van de 12 eerste maanden uit te voeren (oliën en vetten uitgezonderd) + 1 borstel + 1 schop module en 1 sleetband voor schop (zie Bijl A Aanh 1).”

13. De gekozen inschrijver geeft in zijn initiële offerte een prijs voor de wisselstukkenkit (post 2 van bijlage A, aanhangsel 1) op, die wordt hernomen in de BAFO. Die prijs wordt verhoogd in de tweede BAFO, nadat de gekozen inschrijver op 26 oktober 2020 onder meer de volgende vraag had gekregen:

“Uit analyse van de prijs voor post 2 van Bijl A Aanh 1 lijkt de prijs van de borstel zeer laag. Kunt u bevestigen dat het volledige borstelsysteem inbegrepen is of uw offerte aanpassen met de prijs van het volledige systeem indien nodig.”

In de gunningsbeslissing wordt hierover het volgende vermeld:

“Bovendien heeft de Administratie in BAFO 1 vastgesteld dat de prijs van post 2 te laag was. Na analyse bleek dat het volledige borstelsysteem niet in de lijst met reserveonderdelen opgenomen was. Het bedrag van de post werd daarom dienovereenkomstig aangepast met BAFO 2.”

14. Uit een analyse van de vertrouwelijke stukken die de Raad van State bij zijn onderzoek mag betrekken, blijkt dat de gekozen inschrijver wel degelijk een “brush kit” (borstelkit) als wisselstuk had aangeboden in de eerste BAFO.

Na ontvangst van de vraag naar de prijs van post 2 van bijlage A, aanhangsel 1, en naar het “volledige borstelsysteem”, biedt de gekozen inschrijver in de tweede BAFO in dezelfde subpost/op dezelfde lijn naast de “brush kit” tevens een “brush axle” (borstelas) aan.

15. Uit de voorgaande vaststellingen volgt *prima facie* dat de stelling in het eerste onderdeel, namelijk dat de gekozen inschrijver geen “borstel” als wisselstuk had opgegeven waardoor diens offerte substantieel onregelmatig diende te worden bevonden en dat er geen onderhandelingen mochten worden gevoerd met een inschrijver die een substantieel onregelmatige offerte had

ingediend, uitgaat van een verkeerd feitelijk uitgangspunt. De gekozen inschrijver had in zijn eerste BAFO wel een borstel(kit) aangeboden.

Deze vaststelling volstaat op het eerste gezicht om het eerste onderdeel niet ernstig te bevinden.

Er is dan ook geen noodzaak om in te gaan op de exceptie inzake het belang bij het middelonderdeel.

Tweede onderdeel

16. In het tweede onderdeel bekritiseert de verzoekende partij het gegeven dat opdracht werd gegund op grond van een tweede BAFO.

17. Artikel 38, § 5, van de wet overheidsopdrachten 2016 bepaalt dat, met het oog op de verbetering van hun inhoud, de aanbestedende overheid onderhandelt met de inschrijvers over de initiële offertes en over alle volgende offertes die door hen werden ingediend, met uitzondering van de definitieve offertes in de zin van artikel 38, § 8, van die wet. Volgens de laatstvermelde paragraaf stelt, indien de aanbestedende overheid voornemens is de onderhandelingen te sluiten, zij de resterende inschrijvers daarvan in kennis en stelt zij een gemeenschappelijke termijn vast voor de indiening van nieuwe of aangepaste offertes. De aanbestedende overheid controleert of de definitieve offertes voldoen aan de minimumeisen en of zij overeenstemmen met artikel 66, § 1, van de wet, beoordeelt de definitieve offertes aan de hand van de gunningscriteria en gunt de opdracht krachtens de artikelen 79 tot 84.

18. Tijdens een informatievergadering heeft de verwerende partij meegedeeld dat de initiële offertes dienden te worden bezorgd vóór 31 augustus 2020 om 10.00 uur. Hierna, in de periode tussen 31 augustus 2020 en eind september, zouden die offertes worden beoordeeld waarna er onderhandelingen zouden volgen en er uiteindelijk BAFO's zouden moeten worden ingediend. Er wordt in de presentatie verduidelijkt: “No more questions / clarifications after deadline BAFO”.

Het bestek beperkt zich tot een melding dat de offertes ten laatste op 31 augustus 2020 om 10.00 uur moeten zijn ingediend, zonder specifieke datum van indiening van een BAFO. Er wordt wel bepaald: “De inschrijver blijft door zijn BAFO, zoals eventueel verbeterd door de aanbestedende overheid, verbonden tot 28 februari 2021”.

19. De verwerende partij licht in de nota toe dat, na het indienen van de BAFO's, zij vaststelde dat het “niet mogelijk was om de verschillende definitieve offertes volwaardig te vergelijken” en oordeelde “dat de gunningscriteria niet zomaar losgelaten konden worden op de ingediende offertes (BAFO 1) door de onregelmatigheden die in alle offertes te vinden waren”. Zij stelt dat zij slechts “twee opties had: ofwel een bijkomende mededingingsronde organiseren, ofwel alle offertes onregelmatig verklaren en weren”.

Met de verwerende partij dient op het eerste gezicht te worden vastgesteld dat de rechtmatigheid van het vragen van een tweede BAFO tegen deze achtergrond beoordeeld dient te worden.

20. De verzoekende partij heeft zelf gebruikgemaakt van de mogelijkheid om een tweede BAFO in te dienen, waardoor zij geenszins haar belang bij de grief dat dergelijke mogelijkheid werd geboden, aannemelijk maakt. Indien de verwerende partij de procedure van in het begin had hernomen, had zij uiteindelijk ook een nieuwe – tweede – BAFO moeten indienen.

De vrije mededinging lijkt alvast niet in het gedrang te zijn gebracht. Er mag worden overwogen dat de vermeende schending van de voornoemde bepalingen *prima facie* geen invloed heeft kunnen uitoefenen op de draagwijdte van de bestreden beslissing noch dat de verzoekende partij een waarborg werd ontnomen waardoor zij overeenkomstig artikel 14, § 1, tweede lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, het vereiste belang bij het middel lijkt te ontberen.

De verzoekende partij betwist niet de vaststelling in het gunningsverslag dat ook in haar “BAFO 1 [...] een ander uurtarief gehanteerd

werd in het preventieve onderhoudsplan dan voor het bedrag van post 2.a van Bijlage A, Aanhangsel 2” en dat zij “[n]a het vaststellen van deze fout [...] besloten [heeft] om alle uurtarieven in bijlage A, aanhangsel 2 te verbeteren met de BAFO 2.

21. Ondanks de informatie die aan de inschrijvers werd verleend gedurende de presentatie van 17 augustus 2020, lijkt de verzoekende partij voorts niet aan te tonen dat de verwerende partij door na de voormelde vaststelling te hebben beslist om een tweede BAFO te vragen, het bestek zou hebben geschonden. De verzoekende partij lijkt hierbij ook voorbij te gaan aan de bestekspassage luidens dewelke de aanbestedende overheid de procedure “te allen tijde” kan “herbeginnen, desnoods op een andere wijze”. Het door haar geschonden geachte artikel 38, § 8, van de wet overheidsopdrachten 2016 spreekt zich ook niet uit over de situatie waarbij de aanbestedende overheid bij de controle van de regelmatigheid van de definitieve offertes vaststelt dat ze alle onregelmatigheden bevatten en zij dus niet “de definitieve offertes aan de hand van de gunningscriteria” kan beoordelen en de opdracht gunnen, zoals die bepaling voorschrijft.

De verzoekende partij was weliswaar verrast over de mogelijkheid om na de oorspronkelijke BAFO een wijziging van de prijs in te dienen (“surpris par la possibilité de soumettre un changement de prix après le BAFO d’origine”), maar tevens verheugd (“ravi”) met de haar geboden kans waarvoor zij de verwerende partij uitdrukkelijk dankt en waarvan zij ook heeft gebruikgemaakt, waardoor er evenmin sprake kan zijn van een schending van het vertrouwensbeginsel. Belangrijk om hierbij op te merken is dat met het optreden van de verwerende partij geen verstoring van het gelijk speelveld, zoals dat in het overheidsopdrachtenrecht door het gelijkheidsbeginsel wordt verzekerd, voorhanden is.

22. Het tweede onderdeel is evenmin ernstig.

VIII. Besluit

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

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv ITM Sales and Services 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, 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 eenentwintig januari tweeduizend eenentwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Johan Bovin,

kamervoorzitter,

staatsraad, waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Greta Scheveneels,

griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Johan Bovin