

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 249.644 van 29 januari 2021
in de zaak A. 232.601/XII-9022**

In zake: de BVBA ZERO EMISSION SOLUTIONS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Stijn Maeyaert en Sarah Moens
kantoor houdend te 8200 Brugge
Nachtegalendreef 22
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de PROVINCIE OOST-VLAANDEREN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Wim Rasschaert
kantoor houdend te 9420 Erpe-Mere
Schoolstraat 20
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de BV ICHOOSR
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Kris Lemmens, Sophie Bleux en
Karolien Van Butsel
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
De Burburestraat 6-8, bus 5
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 30 december 2020, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van de Deputatie van de Provincie Oost-Vlaanderen van 10 december 2020 [...] waarbij de opdracht ‘Raamcontract voor aanstellen van een externe projectbegeleider voor groepsaankopen zonnepanelen ten behoeve van

particulieren, organisaties en bedrijven in Oost-Vlaanderen’ wordt gegund aan iChoosr bvba”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 14 januari 2021 heeft de bv iChoosr gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 26 januari 2021, om 11.15 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Sarah Moens, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Flora Wauters, die *loco* advocaat Wim Rasschaert verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Kris Lemmens, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Thomas Maes 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 aanstellen van een externe projectbegeleider voor groepsaankopen zonnepanelen ten behoeve van particulieren, organisaties en bedrijven in Oost-Vlaanderen”. De opdracht wordt geplaatst met een openbare procedure.

De opdracht wordt aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie.

3.2. Het bestek bepaalt dat de offertes zullen worden getoetst aan twee gunningscriteria, namelijk “Kostprijs” (40 punten) en “Visie en Aanpak” (60 punten).

Het criterium “Visie en Aanpak” is opgesplitst in vier subcriteria, namelijk “Aanpak inzake communicatie i.f.v. campagne, website met inschrijfapplicatie en communicatie tussen leverancier en deelnemer onderbouwd met een passend budget van minimaal 118.000 euro” (20 punten), “Selectie van de installateurs en producteisen” (15 punten), “Waarborgen, garanties en controles” (10 punten) en “Helpdesk – en klachtenbehandeling” (15 punten).

3.3. Er worden twee offertes ingediend voor de opdracht, namelijk door de bv iChoosr (de tussenkomende partij) en de bv Zero Emission Solutions (de verzoekende partij).

3.4. Op 22 oktober 2020 wordt een gunningsverslag opgesteld.

In het gunningsverslag wordt vastgesteld dat bij de offerte van de bv Zero Emission Solutions het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (hierna: UEA) ontbreekt. Er wordt besloten dat deze offerte substantieel onregelmatig is.

De offerte van de bv iChoosr wordt wel regelmatig bevonden en getoetst aan de gunningscriteria. Deze offerte krijgt een totaalscore van 89/100.

Er wordt voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de bv iChoosr.

3.5. Op 10 december 2020 beslist de verwerende partij om de opdracht te gunnen aan de bv iChoosr. Dit is de bestreden beslissing.

IV. Tussenkoms

4. De bv iChoosr blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg wordt haar verzoek tot tussenkoms ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

5. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over de door de verwerende partij opgeworpen ontvankelijkheidsexceptie uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak over die exceptie 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 de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

7. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 76 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), van het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, van de formelemotiveringsplicht zoals opgenomen in de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ en van de artikelen 4, 8°, en 5, 9°, van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten van werken, leveringen en diensten en concessies’, “alsook van het gelijkheidsbeginsel, het beginsel van de materiële motivering, het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur”.

De verzoekende partij vat het middel als volgt samen:

“Doordat, de verwerende partij de opdracht heeft gegund aan iChoosr, terwijl de offerte van deze inschrijver niet aan de minimale eisen uit het bestek blijkt te voldoen;

En doordat, de verwerende partij in de bestreden beslissing evenmin enige formele motivering heeft opgenomen over de redenen waarom de offerte van iChoosr regelmatig zou zijn, zodat besloten kan worden dat zij geen regelmatigheidsonderzoek heeft gevoerd, minstens dat ze de resultaten hiervan niet heeft veruitwendigd in haar gunningsverslag of -beslissing;

Terwijl, op grond van artikel 76 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, een offerte die niet aan de minimale eisen voldoet, substantieel onregelmatig is en moet worden nietig verklaard;

En terwijl, het beginsel van de formele motivering vereist dat omtrent de substantiële onregelmatigheden een afdoende formele motivering moet zijn opgenomen in de bestreden beslissing;

En terwijl, dergelijk onderzoek op zorgvuldige wijze dient te gebeuren opdat afdoende zou vaststaan dat de opdracht niet aan een onregelmatige inschrijver werd gegund.”

In de toelichting bij het middel zet de verzoekende partij uiteen dat uit de toetsing van de offerte van de gekozen inschrijver aan het tweede gunningscriterium blijkt dat deze offerte niet voldoet aan meerdere minimale eisen van het bestek. Zij structureert haar kritiek aan de hand van de vier subcriteria van het tweede gunningscriterium.

Wat het eerste subcriterium inzake de communicatie betreft, merkt de verzoekende partij op dat uit het gunningsverslag blijkt dat de tussenkomende partij geen gedetailleerd overzicht in haar offerte biedt van de in te zetten communicatiekanalen. Er valt volgens de verzoekende partij niet in te zien hoe de tussenkomende partij aldus kan voldoen aan de minimale bestekseis om een visie en aanpak voor de communicatiecampagne te omschrijven of bij de offerte te voegen.

Zo ook wat het tweede subcriterium “Selectie van de installateurs en producteisen” betreft, wijst de verzoekende partij erop dat volgens het gunningsverslag de tussenkomende partij nalaat aan te tonen hoe de eisen uit de kwalificatieprocedure en leveranciersovereenkomst vertaald worden naar onderaannemer-installateurs en hoe de naleving gewaarborgd wordt. Aldus blijkt deze inschrijver volgens de verzoekende partij niet te voldoen aan bepaalde minimale eisen uit het bestek, namelijk de verplichting om afdoende toelichting te verschaffen inzake de dienstverlening die de inschrijver biedt aan de leverancier of installateur in het kader van de groepsaankoop en inzake de minimumeisen waaraan de installatie en leveranciers of installateurs ter voorbereiding van het bestek moeten tegemoetkomen.

Inzake het derde subcriterium “Waarborgen, garanties en controles” heeft de tussenkomende partij in haar offerte volgens het gunningsverslag onvoldoende duidelijk gemaakt hoe de eisen uit de kwalificatieprocedure en leveranciersovereenkomst vertaald worden naar onderaannemer-installateurs en hoe de naleving in dit verband gewaarborgd wordt, hoewel, aldus de verzoekende partij, hieraan risico’s zijn verbonden die dienen te worden ingedamd. Hieruit blijkt volgens de verzoekende partij opnieuw dat de offerte van de tussenkomende partij niet voldoet aan de essentiële of minimale eisen in het bestek.

Ten slotte, wat het vierde subcriterium “Helpdesk en klachtenbehandeling” aangaat, wijst het gunningsverslag erop dat het onduidelijk is tot hoelang de klanten hun vragen en klachten kunnen richten tot de tussenkomende partij na de groepsaankoop. De verzoekende partij beklemtoont dat deze inschrijver aldus niet aan de minimale bestekseis blijkt te voldoen om gedurende de contractperiode en minstens voor de duur van de campagne en installatie bereikbaar te zijn voor de inschrijvers.

Daarnaast betoogt de verzoekende partij dat, zelfs indien de betrokken onregelmatigheden niet substantieel zouden zijn, ze, gelet op artikel 76, § 3, koninklijk besluit plaatsing 2017, in combinatie wel degelijk de substantiële onregelmatigheid van de betrokken offerte tot gevolg hebben.

Voorts doet de verzoekende partij gelden dat de bestreden beslissing nergens enig spoor bevat omtrent het regelmatigheidsonderzoek. Noch uit het gunningsverslag, noch uit een ander stuk blijkt volgens haar waarom de offerte van de tussenkomende partij toch als regelmatig dient te worden beschouwd, ondanks het feit dat ze niet voldoet aan de minimale bestekseisen. De formelemotiveringsplicht is aldus geschonden.

De verzoekende partij betoogt ten slotte dat, door de offerte van de gekozen inschrijver niet onregelmatig te verklaren ook al voldoet ze niet aan de minimale eisen van het bestek, het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* wordt geschonden. Zo ook meent zij dat door aldus te handelen en te gunnen aan de

tussenkomende partij het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel zijn geschonden.

Beoordeling

8.1. In zoverre in het middel wordt aangevoerd dat noch uit de bestreden beslissing zelf, noch uit het gunningsverslag, blijkt dat de verwerende partij een regelmatigheidsonderzoek heeft uitgevoerd, lijkt het middel feitelijke grondslag te missen.

In het gunningsverslag wordt immers wel degelijk verwezen naar een regelmatigheidsonderzoek, in het kader waarvan de offerte van de verzoekende partij overigens zelf als substantieel onregelmatig werd geweerd wegens het ontbreken van het UEA, en waarbij ten opzichte van de offerte van de gekozen inschrijver als volgt werd besloten: “De offerte van iChoosr is regelmatig en wordt weerhouden [lees: niet weerhouden of aanvaard]”.

Indien de aanbestedende overheid een inschrijver als regelmatig beschouwt, volstaat het dat zij de motivering ter zake beperkt tot de vaststelling dat er geen substantiële, noch niet -substantiële onregelmatigheden werden vastgesteld. Enige bijkomende motivering lijkt niet noodzakelijk wanneer er geen regelmatigheidsproblemen rijzen. Zoals hierna zal blijken, is dit hier het geval.

Ter terechtzitting merkt de verzoekende partij op dat de nota van de verwerende partij een motivering *a posteriori* ter ondersteuning van de gunning aan de gekozen inschrijver bevat en aldus de schending van de formelemotiveringsplicht is aangetoond.

In de mate dat de verzoekende partij al belang heeft bij deze kritiek, mag hier opnieuw worden verwezen naar de particulariteit van de zaak. De offerte van de gekozen inschrijver was de enige die diende te worden beoordeeld. De verwerende partij lijkt zich te dezen te hebben mogen beperken tot het vermelden van de minder goede aspecten van die offerte.

8.2. Voorts blijkt volgens de verzoekende partij uit de toetsing van de offerte van de gekozen inschrijver aan de subcriteria van het tweede gunningscriterium dat deze offerte niet zou voldoen aan meerdere minimale eisen van het bestek en daarom substantieel onregelmatig zou zijn.

Er dient te worden opgemerkt dat de verzoekende partij zich daarbij steunt op enkele kritische passages over de offerte van de tussenkomen de partij in het gunningsverslag. Hierbij wordt bij zekere aspecten melding gemaakt van woorden als “onvoldoende duidelijk” of “geen gedetailleerd overzicht”.

Die opmerkingen in het gunningsverslag mogen evenwel niet los worden gelezen van de inleidende vermelding bij de toetsing van de offerte van de gekozen inschrijver aan de gunningscriteria, die luidt:

“Daar de offerte van iChoosr inhoudelijk in algemeenheid minstens ‘goed’ scoort, starten we met een maximum score. Minder goede elementen vermelden we hieronder, gebruiken we om punten in mindering te rekenen van het maximum om te komen tot één gemotiveerde score per subgunningscriterium. Relatief zwaarwegende elementen worden vermeld in vet. Het feit dat we voornamelijk minder goede elementen vermelden, doet geen afbreuk aan de kwaliteit van de offerte.”

Die vermelding lijkt de kern van het middel, namelijk dat de aanbestedende overheid bij de toetsing aan de gunningscriteria alsnog substantiële afwijkingen van het bestek heeft vastgesteld, op zich reeds in hoge mate te relativeren.

De opmerkingen in het gunningsverslag lijken het louter onder de aandacht brengen van minpunten bij een offerte die in het algemeen als “goed” wordt ingeschat en dit in het kader van een nadere beschrijvende evaluatie van die offerte. Daarbij dient ook op het eerste gezicht te worden bedacht dat het hier gaat om de bespreking van de enige regelmatige offerte aan de hand van de gunningscriteria zodat een vergelijking met andere offertes niet mogelijk is. Dat lijkt een andere benadering van de toetsing, waarbij vooral op de minpunten van de betrokken offerte wordt ingegaan, te verdragen dan bij een vergelijking van

meerdere regelmatige offertes, waarbij een differentiërende toetsing noodzakelijk lijkt.

Het blijkt op het eerste gezicht niet dat de aanbestedende overheid met de betrokken opmerkingen in het gunningsverslag de bedoeling zou hebben gehad om terug te komen op het daaraan voorafgaande regelmatigheidsonderzoek van de offertes waarin zij de offerte van de gekozen inschrijver uitdrukkelijk als regelmatig had aangemerkt.

8.3. Wat de diverse specifieke kritieken die in het eerste middel worden ontwikkeld, betreft, worden die door de Raad van State verworpen op grond van de volgende overwegingen.

8.3.1. Over het subcriterium inzake communicatie wordt in het gunningsverslag geoordeeld:

“iChoosr toont aan dat het een degelijke en professionele voorbereiding hanteert in combinatie met oog voor efficiëntie tijdens de campagne. In de offerte wordt echter geen gedetailleerd overzicht voorzien van de in te zetten communicatiekanalen. De commissie geeft volgende beoordeling: beoordeling zeer goed of 17/20.”

Anders dan de verzoekende partij het ziet, kan uit die laatste opmerking niet zomaar worden besloten dat de gekozen inschrijver in zijn offerte substantieel zou afwijken van de door de verzoekende partij aangehaalde bestekseisen inzake – geresumeerd – het bij de offerte voegen van een plan van aanpak voor de communicatiecampagne en -strategie. De gekozen inschrijver blijkt integendeel wel degelijk een uitvoerig gedocumenteerd visieplan en plan van aanpak inzake communicatie bij zijn offerte te hebben gevoegd.

8.3.2. Over het subcriterium “Selectie van de installateurs en producteisen” wordt in het gunningsverslag geoordeeld:

“iChoosr toont aan dat het een degelijke en professionele voorbereiding hanteert in combinatie met oog voor efficiëntie tijdens de campagne. De offerte is onvoldoende uitgewerkt op volgende elementen:

- Ondanks het voorhanden zijnde kader is het onvoldoende duidelijk hoe vereisten uit de kwalificatieprocedure en Leveranciersovereenkomst vertaald worden naar onderaannemer-installateurs en hoe naleving geborgd wordt.
- Er is geen visie uitgewerkt op hoe de invoering van de digitale meter de installatie van een zonnepanelen pakket beïnvloedt in het algemeen maar ook praktisch binnen de groepsaankoop.

De commissie geeft volgende beoordeling: beoordeling goed of 11/15.”

Ook hier lijkt uit deze beoordeling niet te mogen worden afgeleid dat de gekozen inschrijver in zijn offerte niet zou voldoen aan – laat staan substantieel zou afwijken van – de bestekseis inzake het in de offerte omschrijven of bijvoegen van gegevens inzake de dienstverlening die de inschrijver biedt aan de leverancier/installateur in het kader van de groepsaankoop, dan wel gegevens inzake de minimumeisen waaraan de installatie en de leveranciers/installateurs moeten voldoen. Dat de aanbestedende overheid kritische bedenkingen heeft bij een offerte in het kader van de toetsing aan de gunningscriteria, houdt niet *ipso iure* in dat deze daarom substantieel onregelmatig moet worden verklaard.

8.3.3. Over het subcriterium “Waarborgen, garanties en controles” wordt in het gunningsverslag geoordeeld:

“iChoosr toont aan dat het een degelijke en professionele voorbereiding hanteert in combinatie met oog voor efficiëntie tijdens de campagne.

De offerte is onvoldoende uitgewerkt op volgende elementen:

- Geen visie op hoe de invoering van de digitale meter de installatie van een zonnepanelen pakket beïnvloedt in het algemeen maar ook praktisch binnen de groepsaankoop.
- Ondanks het voorhanden zijnde kader is het onvoldoende duidelijk hoe vereisten uit de kwalificatieprocedure en Leveranciersovereenkomst vertaald worden naar onderaannemer-installateurs en hoe naleving geborgd wordt.

De commissie geeft volgende beoordeling: beoordeling goed of 7/10.”

Ook uit deze beoordeling kan niet worden besloten dat de gekozen inschrijver in zijn offerte substantieel zou afwijken van de door de verzoekende partij ingeroepen bestekseisen inzake – samengevat – het in de offerte omschrijven of bijvoegen van gegevens inzake waarborg en garanties. Dat een

bepaald element als onvoldoende duidelijk uitgewerkt wordt beoordeeld, betekent op zich niet dat er voor dat item substantieel wordt afgeweken van het bestek.

8.3.4. Over het subcriterium “Helpdesk – en klachtenbehandeling” wordt in het gunningsverslag geoordeeld:

“iChoosr toont aan dat het een degelijke en professionele voorbereiding hanteert in combinatie met oog voor efficiëntie tijdens de campagne.

De offerte is onvoldoende uitgewerkt op volgend element:

- Het is onduidelijk tot hoelang de klanten hun vragen en klachten kunnen richten tot iChoosr na de groepsaankoop.

De commissie geeft volgende beoordeling: beoordeling zeer goed of 14/15.”

Deze beoordeling laat evenmin toe om te besluiten dat de gekozen inschrijver in zijn offerte substantieel zou afwijken van de door de verzoekende partij ingeroepen bestekseis dat de inschrijver gedurende de contractperiode, minstens voor de duur van de campagne en installatie, beschikbaar dient te zijn voor de deelnemers aan de groepsaankoop.

8.3.5. Geen van deze vier kritieken noopt tot de vaststelling dat de gekozen inschrijver in zijn offerte op substantiële wijze zou afwijken van het bestek. De verzoekende partij toont ook niet concreet aan dat, mocht er *überhaupt* ook al sprake zijn van niet-substantiële besteksafwijkingen, hier zich het geval voordoet dat de vier kritieken samen genomen, zouden moeten leiden tot de vaststelling van een substantiële onregelmatigheid in de offerte van de gekozen inschrijver.

8.4. Het eerste middel wordt verworpen.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

9. De verzoekende partij voert de schending aan van “het beginsel van de materiële motivering, de formelemotiveringsplicht, het

zorgvuldigheidsbeginsel, het *patere legem (quam ipse fecisti)* beginsel en het redelijkheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur”. Zij vat het middel, dat uit twee middelonderdelen bestaat, als volgt samen:

“Doordat, eerste onderdeel, de toetsing door de verwerende partij van de offerte van iChoosr aan het subgunningscriterium ‘Selectie van de installateurs en producteisen’ leidt tot een beoordeling die inhoudelijk dezelfde is als deze waartoe de verwerende partij besluit na toetsing van de voormelde offerte aan het subgunningscriterium ‘Waarborgen, garanties en controles’ (met dien verstande dat de motieven enkel worden omgekeerd), ondanks het feit dat beide subgunningscriteria inhoudelijk verschillend zijn en andere aspecten van de offerte toetsen;

En doordat, dan ook niet blijkt dat de voormelde subgunningscriteria op zorgvuldige, grondige en precieze wijze werden getoetst, en, integendeel, veeleer blijkt dat één van de voormelde subgunningscriteria, zo niet beide, wellicht niet eens wérd(en) beoordeeld;

Terwijl, een zorgvuldig bestuur de ingediende offertes zorgvuldig, grondig en precies moet beoordelen en daaromtrent ook in een correcte motivering dient te voorzien, waarbij inhoudelijk verschillende subgunningscriteria in regel ook tot inhoudelijk verschillende beoordelingen dienen te leiden – en indien dit laatste toch anders zou zijn, dit minstens een bijzondere formele motivering behoeft, die in casu ontbreekt;

Zodat, de bestreden beslissing niet bestaanbaar is met het beginsel van de materiële motivering, de formele motiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel, het *patere legem (quam ipse fecisti)* beginsel en het redelijkheidsbeginsel.

Doordat, tweede onderdeel, de verwerende partij in het bestek een beoordelingsmethode heeft vermeld voor de toetsing van de offertes die echter niet werd geëerbiedigd bij de beoordeling van de offerte van iChoosr;

Terwijl, een bestuur ertoe gehouden is de beoordelingsmethode die zijzelf in het bestek heeft aangereikt ter beoordeling van de offertes, ook daadwerkelijk te volgen in het kader van de beoordeling van offertes;

Zodat, de bestreden beslissing niet bestaanbaar is met het beginsel van de materiële motivering, het zorgvuldigheidsbeginsel, het *patere legem (quam ipse fecisti)* beginsel en het transparantiebeginsel.”

Beoordeling

10. De verwerende partij en de tussenkomende partij merken op dat het middel in zijn beide onderdelen hoogstens tot de vaststelling lijkt te kunnen leiden dat de beoordeling van de offerte van de gekozen inschrijver, zoals thans uitgevoerd in het gunningsverslag, eventueel opnieuw moet worden gedaan. Het

middel zou op het eerste gezicht echter niet tot de vaststelling kunnen leiden dat de offerte van de verzoekende partij ten onrechte onregelmatig werd verklaard, dat de offerte van de gekozen inschrijver ten onrechte regelmatig werd bevonden dan wel dat de opdracht aan geen enkele inschrijver rechtsgeldig mocht worden gegund omdat de plaatsingsprocedure in haar geheel door een decisieve onwettigheid zou zijn aangetast.

De verzoekende partij verklaart ter terechtzitting dat zij zich voor de beoordeling ervan naar de wijsheid van de Raad van State gedraagt en lijkt zich dus niet te verzetten tegen deze zienswijze.

In die omstandigheden is het middel niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

11. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 76, § 3, koninklijk besluit plaatsing 2017 en vat het middel als volgt samen:

“Doordat, de opdracht wordt gegund aan een inschrijver die een offerteformulier indiende dat volgens de eigen bewoordingen ervan geldt als ‘Prijsaanbieding voor de opdracht met als voorwerp ‘Herhalingsopdracht’” waarmee de verwerende partij blijkt te verwijzen naar een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking in de zin van artikel 42 § 1, 2° van de Wet Overheidsopdrachten 2016, terwijl de opdracht in casu geen herhalingsopdracht, c.q. onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking blijkt te zijn, doch wel een openbare procedure in de zin van artikel 36 van de Wet Overheidsopdrachten 2016;

En doordat, de verbintenis van de gekozen inschrijver, die betrekking heeft op een herhalingsopdracht, c.q. onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking, die in casu echter niet voorligt, dan ook onbestaande, onvolledig of onzeker is;

En doordat, de verwerende partij een dergelijke offerte met een onbestaande, onvolledig[e] of onzeker[e] verbintenis niet als substantieel onregelmatig heeft beschouwd en niet nietig heeft verklaard;

Terwijl, een aanbestedende overheid op grond van artikel 76 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 ertoe verplicht is een offerte met een verbintenis die onbestaande, onvolledig of onzeker is als substantieel onregelmatig te beschouwen en nietig te verklaren;

Zodat, de bestreden beslissing niet bestaanbaar is met artikel 76 van het koninklijk besluit plaatsing 2017.”

Beoordeling

12. Het middel mist op het eerste gezicht feitelijke grondslag.

De gekozen inschrijver blijkt bij zijn offerte immers een offerteformulier te hebben gevoegd dat wel degelijk betrekking heeft op de voorliggende opdracht, geplaatst met een openbare procedure. Het bevat *prima facie* een ondubbelzinnige verbintenis van de inschrijver om de opdracht onder de door de aanbestedende overheid in het bestek gestelde voorwaarden uit te voeren.

Er is dan ook geen grond om ervan uit te gaan dat de verbintenis van de gekozen inschrijver ten aanzien van de aanbestedende overheid onbestaande, onvolledig of onzeker zou zijn. De verzoekende partij verklaarde overigens ter terechtzitting dat zij zich voor de beoordeling ervan naar de wijsheid van de Raad van State gedraagt.

VIII. Besluit

13. Geen van de middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de bv iChoosr 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, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

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 negenentwintig januari tweeduizend eenentwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,
bijgestaan door

Greta Scheveneels,

De griffier

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De voorzitter

Greta Scheveneels

Pierre Barra