

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 250.180 van 23 maart 2021
in de zaak A. 233.039/XII-9044**

In zake: de NV IMMO CORDEEL-AERTSSEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Kris Lemmens, Sophie Bleux en Karolien Van Butsel
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
De Burburestraat 6-8/5
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de VLAAMSE GEMEENSCHAP
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Barteld Schutyser, Tom Villé en Gauthier
Vlassenbroeck
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 99
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partijen:

1. de NV GHELAMCO INVEST
2. de BV COLLARIS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D’Hooghe, Rony Vermeersch en Ian Arnouts
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

Partij in gedwongen tussenkomst:

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de
Vice-eersteminister en minister van Ambtenarenzaken,
Overheidsbedrijven, Telecommunicatie en Post,
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Marie Vastmans en Anthony Poppe
kantoor houdend te 1160 Brussel
Tedescolaan 7
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 25 februari 2021, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de gemotiveerde beslissing tot nietigverklaring offerte nv Immo Cordeel – Aertssen (en nv Cordeel Zetel Temse[])’ van [de Vlaamse Gemeenschap] van 9 februari 2021 waarbij de offerte van [de nv Immo Cordeel-Aertssen] voor de overheidsopdracht voor werken ‘Het ontwerpen, bouwen en ter beschikking stellen (via een huur) van een ‘Gebouw’ voor de Vlaamse overheid in Antwerpen’ met als kenmerk 2020/HFB/MPMO/65837 nietig wordt verklaard, en de voorliggende opdracht aldus niet aan [de nv Immo Cordeel-Aertssen] wordt gegund en tegen de (impliciete) beslissing om de plaatsingsprocedure verder te zetten met slechts één inschrijver”.

II. Verloop van de rechtspleging

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

Met een verzoekschrift van 8 maart 2021 hebben de nv Ghelamco Invest en de bv Collaris gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

Met een beschikking van 26 februari 2021 wordt op verzoek van de auditeur-verslaggever de Belgische Staat, FOD BOSA, tot tussenkomst opgeroepen.

Op 8 maart 2021 heeft de Belgische Staat een nota ingediend waarin hij zijn middelen uiteenzet.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 16 maart 2021, om 11.30 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Kris Lemmens en Sophie Bleux, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaten Barteld Schutyser en Gauthier Vlassenbroeck, die verschijnen voor de verwerende partij, advocaat Ian Arnouts, die verschijnt voor de tussenkomende partijen, en advocaat Anthony Poppe, die verschijnt voor de partij in gedwongen tussenkomst, 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. Het Agentschap Facilitair Bedrijf van de Vlaamse Gemeenschap schrijft een overheidsopdracht voor werken uit voor “[h]et ontwerpen, bouwen en ter beschikking stellen (via een huur) van een ‘Gebouw’ voor de Vlaamse overheid in Antwerpen”. De opdracht wordt geplaatst met een mededingingsprocedure met onderhandeling.

De opdracht wordt op 4 maart 2020 aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen en op 9 maart 2020 in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie.

3.2. Vier kandidaten, onder wie de verzoekende partij, dienen een aanvraag tot deelneming in. Zij worden allen geselecteerd en ontvangen het bestek.

3.3. Het bestek bepaalt over het indienen van de offertes:

“De offerte moet elektronisch worden overgelegd via de e-tendering internetsite [...] een elektronisch platform in de zin van art. 14, § 7 van de Wet Overheidsopdrachten.

Meer informatie omtrent het gebruik van e-tendering kan worden bekomen op de website [...] of via de e-procurement helpdesk [...].”

en

“Limietdatum en limietuur: zie voorblad. [Limietdatum: 22/01/2021]
[Limietuur: 09.45 u.]

Deze limietdatum en het limietuur zijn bepalend voor de tijdige indiening door de Inschrijvers. Elke offerte, met inbegrip van de elektronische drager voor de documenten waarvan de totale bestandsgrootte groter is dan de maximale toegestane bestandsgrootte van 80 MB, moet vóór dit tijdstip aankomen. Een laattijdige offerte wordt niet aanvaard.

De opening van de offertes door de aanbestedende overheid vindt plaats op 25/01/2021 om 09:45u.”

3.4. Volgens de verzoekende partij heeft zij op vrijdag 22 januari 2021 bij het opladen van haar offerte met bijlagen, die via het ZIP comprimeren van 233 bestanden was gereduceerd tot zeven ZIP bestanden, problemen gekregen. Haar eerste vijf ZIP bestanden kon zij probleemloos opladen doch bij haar zesde ZIP bestand, namelijk 2.0 Minimale eisen, kreeg zij, zo merkt zij op, de boodschap op het e-Tenderingplatform dat dit bestand groter was dan de limiet van 80 MB en om die reden niet kon worden opgeladen.

Vervolgens heeft de verzoekende partij volgens eigen verklaring geprobeerd de documenten van dit ZIP bestand 2.0 afzonderlijk op te laden – na dit bestand, zo lijkt, te hebben gedeprimeerd – doch zij kreeg dan tijdens dit opladen op het platform de mededeling dat de limiet van 50 aparte bestanden zou zijn overschreden.

Feit is dat op 22 januari 2021 om 9u31 de verzoekende partij het volgende e-mailbericht aan de verwerende partij stuurt:

“Wij ondervinden capaciteitsproblemen bij het opladen van de stukken via e-tendering voor de offerte van VACA 2025. Is er een mogelijkheid dat enkel de offerte wordt opgeladen en de plannen via we-transfer?”

3.5. Op 22 januari 2021 om 09u53 antwoordt de verwerende partij als volgt:

“Het is niet toegestaan om documenten via we-transfer te versturen. Zoals in het bestek beschreven kunnen documenten enkel ingediend worden via e-tendering. De documenten moeten rechtsgeldig ondertekend worden. 1 document kan 80MB zijn en alle documenten samen 350MB, dit heeft in het verleden nog nooit een probleem gegeven bij het indienen van een dossier.

Het is belangrijk om tijdig te beginnen met documenten op te laden. Inmiddels is het tijdstip verstreken en kan het dossier niet opnieuw worden open gesteld.”

3.6. Op 22 januari 2021 om 10u21 stuurt de verzoekende partij nog het volgende e-mailbericht in repliek:

“Wij hebben het offerteformulier voor de kandidaat Immo-Cordeel Aertssen via e-tendering tijdig trachten in te dienen.

Wij hebben enkel 1.0 Algemeen en 4.0 Gunningscriteria Totale kost opgeladen en ondertekend. De overige bestanden maken wij u over via deze we-transfer link en wel om de volgende reden.

Aangezien het maximum aantal op te laden bestanden was bereikt, konden wij geen verdere bestanden meer opladen. Er werden namelijk maar 50 bestanden toegelaten op e-tendering.

Aangezien alle documenten in aparte bestanden dienen aangeleverd te worden zoals vermeld bij het offerteformulier in het bestek, overschrijden wij deze 50 bestanden.

De totaliteit van onze op te laden bestanden blijft echter wel onder de 350 MB.

Wij hebben eveneens contact opgenomen met de helpdesk van e-procurement hieromtrent. Hierbij sturen wij alsnog de volledige documenten van de offerte door. [Er volgt een We-Transfer link.]”

3.7. Op 25 januari 2021 om 9u49 worden de offertes geopend. Er blijken drie ondernemingen een offerte hebben ingediend, namelijk de nv Immo Cordeel - Aertssen - Zetel Temse, de nv Immo Cordeel - Aertssen en de nv Ghelamco Invest & bv Collaris.

3.8. Op 25 januari 2021 stuurt de verzoekende partij nog een aangetekende brief aan de verwerende partij waarin zij de technische problemen die zij heeft ondervonden bij het opladen van haar offertebestanden op het e-tenderingplatform toelicht en uiteenzet:

“Bij het opladen van onze initiële offerte op het e-Tendering platform, kregen wij de foutmelding dat onze indiening de oplaadlimiet van het e-Tendering platform overschreed. Immo-Cordeel Aertssen heeft dit onmiddellijk gemeld aan het Facilitair Bedrijf per e-mail van 22 januari 2021, om 9u31 [...].

Nazicht van de e-Tendering ‘Handleiding voor ondernemingen’ (versie 30 maart 2020), opgesteld door de federale Dienst e-Procurement van de FOD Beleid & Ondersteuning [...], leert ons dat er maximaal 50 documenten per offerte kunnen worden opgeladen op het e-Tendering platform. De ‘Handleiding voor ondernemingen’ bepaalt hieromtrent uitdrukkelijk als volgt [...]:

[Ondersteunde bestandsformaten: alle types bestanden zijn toegelaten (tenzij er in de aankondiging van de opdracht iets anders vermeld staat)

Bij het opladen van documenten gelden een aantal technische beperkingen:

- maximum 80MB per document
- maximum 350MB voor het geheel van alle documenten
- maximum 20 bestanden tegelijk uploaden
- maximum 50 documenten per offerte]

Het opladen van een groter aantal documenten is technisch onmogelijk, het e-Tendering platform laat dit niet toe. Dit is dan ook de reden waarom wij op vrijdagochtend 22 januari 2021 onze volledige initiële offerte niet integraal konden opladen en indienen. Immers, alle documenten die overeenkomstig blz. 20-21 van het bestek en hoofding ‘G. Bijlage’ van het offerteformulier, verplicht bij de offerte dienden te worden gevoegd, overschrijden het maximum van 50 documenten per offerte.

Overeenkomstige hoofding ‘G. Bijlage’ van het offerteformulier dienden de inschrijvers verplicht minstens 51 documenten op te laden. Dit aantal dient nog te worden vermeerderd met het aantal plannen die door een inschrijver worden gevoegd. Het offerteformulier (‘G. Bijlage’) voorziet immers dat er voor iedere verdieping van het gebouw aparte plannen dienen te worden opgemaakt die ieder in een apart bestand dienen te worden opgeladen (1 verdieping per plan, 1 plan per bestand). [...] Het uiteindelijke totaal van te voegen bestanden, overschrijdt de technische grens van 50 documenten per offerte dan ook ruimschoots. Immo-Cordeel Aertssen zou meer dan 150 documenten hebben moeten opladen (offerteformulier inbegrepen).

Het was de inschrijvers hierbij niet toegelaten om meerdere documenten samen te voegen om zo onder de technische grens van 50 documenten per offerte te blijven. Hoofding ‘G. Bijlage’ van het offerteformulier verplicht de inschrijvers om alle documenten in aparte bestanden op te laden.

Hoofding 'G. Bijlage' van het offerteformulier vermeldt uitdrukkelijk als volgt:

[Deze documenten dienen in aparte bestanden en met dezelfde naamgeving door de Inschrijver aangeleverd te worden.]

Het Facilitair Bedrijf lijkt dan ook haar opdrachtdocumenten voor de Opdracht te hebben opgesteld zonder rekening te houden met de technische beperkingen van het e-Tendering platform.

Nadat Immo-Cordeel Aertssen heeft vastgesteld dat ze haar offerte niet kon vervolledigen en de upload hierop vastliep, heeft ze alsnog via de account van haar groepsvennootschap Cordeel Zetel Temse opnieuw dezelfde offerte aangemaakt, het offerteformulier met de contractuele verbintenis opgeladen en gehandtekend. Aangezien de bijlagen bij het offerteformulier te omvangrijk waren in aantal werd de documenten vermeld onder hoofding 'G. Bijlage' van het offerteformulier per WE-Transfer aan het Facilitair Bedrijf bezorgd per e-mail van 22 januari 2021, om 10u21 [...]. Immo-Cordeel Aertssen heeft hiermee alle bijlagen die verplicht bij de offerte dienden te worden gevoegd, overgemaakt aan het Facilitair Bedrijf. Het feit dat de documenten per WE-Transfer werden overgemaakt aan het Facilitair Bedrijf brengt noch de gelijkheid van de inschrijvers, noch de vergelijkbaarheid van de offertes in het gedrang. Evenmin geeft dit aanleiding tot concurrentievervalsing of een discriminerend voordeel voor Immo-Cordeel Aertssen. Verder maakt dit de verbintenis van Immo-Cordeel Aertssen om de Opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren niet onbestaande, onvolledig of onzeker nu het offerteformulier de totaalprijs vermeld.

Immo-Cordeel Aertssen is er dan ook van overtuigd dat haar offerte in aanmerking kan worden genomen en dat het voegen van de bijlagen via WE-transfer i.p.v. e-Tendering - voor zover dit in de concrete omstandigheden al als een onregelmatigheid kan worden aanzien - deze onregelmatigheden kunnen geregulariseerd worden.

Dit geldt des te meer nu het Facilitair Bedrijf ertoe gehouden is om eventuele (substantiële) onregelmatigheden die zij meent te kunnen vaststellen bij een offerte (bijvoorbeeld: onregelmatigheden naar aanleiding van de problemen bij het opladen van de documenten en het indienen van de offerte), niet mag aangrijpen als grond om de offerte van Immo-Cordeel Aertssen te weren en nietig te verklaren. Het bestek [...] voorziet immers in de verplichting voor het Facilitair Bedrijf om de inschrijvers eerst de mogelijkheid te verschaffen om hun offertes te laten regulariseren, zelfs in geval van substantiële onregelmatigheid. Nogmaals benadrukken we dat de volledige offerte ten tijde van de indiening van de offertes finaal was en per WE-transfer werd overgemaakt gezien dit technisch niet mogelijk was via het e-Tenderingplatform op de wijze die door het bestek was voorgeschreven.

Wij zijn graag ter beschikking voor uw eventuele verdere vragen en regularisering van onze offerte voor de start van de onderhandelingen.”

3.9. Op 9 februari 2021 neemt de verwerende partij de bestreden beslissing om de offerte van de verzoekende partij substantieel onregelmatig en bijgevolg nietig te verklaren. Deze beslissing is als volgt gemotiveerd:

“Overwegende dat drie offertes zijn ingediend via e-tendering, met name door nv Cordeel Zetel Temse, door nv Immo Cordeel - Aertssen en door nv Ghelamco Invest en bv Collaris;

Overwegende dat de offerte van nv Cordeel Zetel Temse identiek lijkt aan de offerte van nv Immo Cordeel - Aertssen en uit beide offerteformulieren blijkt dat de identiteit van de inschrijver nv Immo Cordeel - Aertssen is;

Overwegende dat nv Cordeel Zetel Temse niet is geselecteerd voor deze opdracht en bijgevolg geen offerte mocht indienen;

Overwegende dat de offertes van nv Cordeel Zetel Temse en nv Immo Cordeel - Aertssen bijgevolg worden beschouwd als één offerte, uitgaande van nv Immo Cordeel - Aertssen;

Overwegende dat de limietdatum en het limietuur voor de ontvangst van de offertes is bepaald op 22 januari 2021 om 9u45;

Overwegende dat overeenkomstig artikel 92 van het koninklijk besluit plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren van 18 april 2017 elke offerte vóór de limietdatum en het limietuur voor de ontvangst van de offertes moet aankomen;

Overwegende dat uit het Verslag aan de Koning bij artikel 92 van het koninklijk besluit plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren van 18 april 2017 blijkt dat de limietdatum en het limietuur voor de ontvangst van de offertes strikt moeten nageleefd worden;

Overwegende dat A.3.1. van het bestek nr. 2020/HFB/MPMO/65837 uitdrukkelijk bepaalt dat elke offerte, met inbegrip van de elektronische drager voor de documenten waarvan de totale bestandsgrootte groter is dan de maximale toegestane bestandsgrootte van 80 MB, vóór de limietdatum en het limietuur voor de ontvangst van de offertes moet aankomen en dat een laattijdige offerte niet wordt aanvaard.

Overwegende dat nv Immo Cordeel - Aertssen na de limietdatum en het limietuur voor de ontvangst van de offertes documenten heeft overgemaakt die noodzakelijk zijn voor de beoordeling van het gunningscriterium kwaliteit;

Overwegende dat bijgevolg een essentieel deel van de offerte van nv Immo Cordeel - Aertssen laattijdig is ingediend waardoor artikel 92 van het koninklijk besluit plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren van 18 april 2017 niet is nageleefd;

Overwegende dat overeenkomstig artikel 76, § 1, laatste lid, 2° van het koninklijk besluit plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren van 18 april 2017 de niet-naleving van artikel 92 van dat besluit als een substantiële onregelmatigheid wordt beschouwd;

Overwegende dat A.6.3. van het bestek nr. 2020/HFB/MPMO/65837 uitdrukkelijk bepaalt dat een laattijdig ingediende offerte geen voorwerp kan uitmaken van regularisatie;

Overwegende dat overeenkomstig artikel 76, § 4, laatste lid van het koninklijk besluit plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren van 18 april 2017 de offerte van nv Immo Cordeel - Aertssen een offerte die een substantiële onregelmatigheid bevat nietig moet worden verklaard.

Besluit

De offerte van de inschrijver NV Immo Cordeel - Aertssen (en NV Cordeel Zetel Temse) [...] wordt nietig verklaard.”

3.10. Met een aangetekende brief van 10 februari 2021 geeft de verwerende partij kennis aan de verzoekende partij van de beslissing om haar offerte substantieel onregelmatig te bevinden en nietig te verklaren.

IV. Tussenkoms

4. De nv Ghelamco Invest en de bv Collaris blijken voordeel te halen uit de bestreden beslissing en hebben er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Hun verzoek tot tussenkoms wordt ingewilligd.

V. Regelmatigheid van de rechtspleging

5. De verzoekende partij heeft op 11 maart 2021 een pleitnota neergelegd. Dergelijk stuk is niet vervat in de procedureregeling, noch werd er om gevraagd door de Raad van State of het Auditoraat. Er kan dan ook hoogstens ten titel van inlichting rekening mee worden gehouden, in zoverre het de neerslag vormt van het pleidooi ter zitting van de verzoekende partij.

Op het verzoek in de pleitnota om de verwerende partij te gelasten de volledige offerte van de vrijwillig tussenkomende partijen neer te leggen, dient op het eerste gezicht niet te worden in gegaan. In de eerste plaats maakt deze offerte thans nog het voorwerp uit van de gunningsprocedure zodat het, zo lijkt, aan de aanbestedende overheid en vooralsnog niet Raad van State is om er thans kennis van te nemen. Voorts is een inhoudelijk onderzoek van die offerte,

zoals hierna zal blijken, niet nodig om de middelen te kunnen onderzoeken en beoordelen.

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 beslissingen 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 beslissingen kunnen verantwoorden.

VII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

7. De verzoekende partij voert de schending aan van de artikelen 5 en 14, § 1, van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten (hierna: wet overheidsopdrachten 2016) en van het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht als beginselen van behoorlijk bestuur.

Zij vat haar middel als volgt samen:

“Doordat verwerende partij aan de inschrijvers heeft opgelegd om de offertes elektronisch in te dienen middels ‘de e-tendering internetsite [...], een elektronisch platform in de zin van art. 14, § 7 van de Wet Overheidsopdrachten.’;

Dat verwerende partij in het bestek bepaalt welke documenten de offerte minimaal moet bevatten alsook de wijze waarop deze documenten moeten worden aangeleverd;

Dat verzoekende partij in de onmogelijkheid was om haar offerte volledig, tijdig en op een bestekconforme wijze in te dienen via het opgelegde instrument;

Dat de offerte van verzoekende partij nietig wordt verklaard doordat een essentieel deel van de offerte, nl. documenten die noodzakelijk zijn voor de beoordeling van het gunningscriterium ‘kwaliteit’, laattijdig werd ingediend;

Terwijl op grond van artikel 14, § 1 van de Overheidsopdrachtenwet de elektronische indiening en ontvangst van de offertes dient plaats te vinden met behulp van elektronische communicatiemiddelen;

Dat op grond van voormeld artikel de voor communicatie langs elektronische weg te gebruiken instrumenten en middelen en de technische kenmerken daarvan niet-discriminerend en algemeen beschikbaar moeten zijn alsmede interoperabel met algemeen gebruikte ICT, en tevens de toegang van ondernemers tot de plaatsingsprocedure niet mogen beperken; Dat een zorgvuldig handelende aanbestedende overheid nagaat of het instrument geschikt is en of de limieten van dat instrument de toegang van ondernemers tot de plaatsingsprocedure niet beperkt of onmogelijk maakt; Dat een zorgvuldig handelende aanbestedende overheid tevens nagaat of de besteisen inzake de inhoud, de samenstelling en wijze van indiening van de offerte niet resulteren in de ongeschiktheid van het instrument dat aan de inschrijvers wordt opgelegd voor de elektronische indiening van de offertes;

Dat op grond van de materiële motiveringsplicht de beslissing van een administratieve overheid moet steunen op juiste feitelijke elementen en rechtens aanvaardbare motieven, elementen en motieven die bovendien de beslissing in redelijkheid moeten kunnen verantwoorden;

Dat op grond van de artikel 5 van de Overheidsopdrachtenwet een overheidsopdracht niet mag zijn opgesteld om de mededinging op een kunstmatige wijze te beperken;

Dat verwerende partij oplegt dat de offerte minstens 56 aparte documenten, alleszins meer dan 50 documenten, moet bevatten die in aparte bestanden worden aangeleverd;

Dat verwerende partij oplegt welke documenten en informatie in de offerte moet worden opgenomen;

Dat verwerende partij bijkomend oplegt dat de plannen in twee verschillende formaten moeten worden aangeleverd ‘zowel in PDF- als in DWG-formaat’;

Dat het opgelegde elektronische platform gelimiteerd is tot maximaal 50 bestanden per offerte en een maximale bestandsgrootte van de offerte van 350 MB;

Dat de offerte van verzoekende partij, opdat zij bestekconform is samengesteld, meer dan 50 aparte bestanden bevat en een totale bestandsgrootte heeft van meer dan 350 MB waardoor het opgelegde elektronische platform ongeschikt is;

Dat het opgelegde platform de toegang van verzoekende partij tot de plaatsingsprocedure heeft beperkt en zelfs onmogelijk heeft gemaakt doordat zij niet (tijdig) een volledige offerte kon indienen;

Dat de beslissing van verwerende partij inzake het verplichte gebruik van de e-tendering internetsite [...] in strijd is met artikel 14, § 1 van de Overheidsopdrachtenwet;

Dat verwerende partij besteisen heeft opgelegd inzake de inhoud, de samenstelling en wijze van indiening van de offerte die niet compatibel zijn met het opgelegde elektronische platform ‘de e-tendering internetsite [...]’

Dat verwerende partij onzorgvuldig heeft gehandeld door het e-Tendering platform, ondanks de capaciteitslimieten, toch aan te duiden als het elektronische platform via dewelke de offertes ingediend moesten worden;

Dat bijgevolg de eindbeslissing voor verzoekende partij, met name de beslissing tot het nietig verklaren van de offerte van verzoekende partij, onwettig is gezien de voorbeslissing, samenstellend deel van de complexe administratieve rechtshandeling, onwettig is wegens schending van de artikelen 5 en 14, § 1 van de Overheidsopdrachtenwet en het zorgvuldigheidsbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur;

Dat de beslissing waarbij de offerte van verzoekende partij nietig wordt bevonden steunt op onwettige besteisen en aldus de materiële motiveringsplicht schendt;

Het eerste middel is ernstig.”

Beoordeling

8. Het toepasselijke bestek wijst het e-Tenderingplatform aan als het elektronisch platform waarop de offertes moeten worden opgeladen. Voorts is erin opgenomen dat de offertes dienen te worden ingediend ten laatste op vrijdag

22 januari om 9u45 en wordt vermeld: “Elke offerte, met inbegrip van de elektronische drager voor de documenten waarvan de totale bestandsgrootte groter is dan de maximale toegestane bestandsgrootte van 80 MB, moet vóór dit tijdstip aankomen. Een laattijdige offerte wordt niet aanvaard”.

9.1. De verzoekende partij, zoals zij overigens uitdrukkelijk bevestigt in haar pleitnota, betwist de wettigheid van het e-Tenderingplatform zelf niet, doch enkel de beslissing van de verwerende partij om dit platform voor de voorliggende opdracht te gebruiken.

De verzoekende partij betwist dus niet dat het e-Tenderingplatform op zich beantwoordt aan de eisen gesteld in artikel 14, § 1, tweede lid, van de wet overheidsopdrachten 2016, namelijk dat het platform niet-discriminerend en algemeen beschikbaar is, dat het interoperabel is met algemeen gebruikte ICT en dat de toegang van ondernemers tot de plaatsingsprocedure niet wordt beperkt.

9.2. De ingeroepen schending van artikel 5 wet overheidsopdrachten 2016 lijkt evenmin relevant. De verzoekende partij toont niet aan dat er te dezen sprake is van een kunstmatig beperken van de mededinging bij het ontwerpen van de opdracht.

10. Het door het bestek opgelegde e-Tenderingsplatform heeft technische limieten en de verzoekende partij meent dat dit platform niet geschikt is voor opdrachten van de aard van de kwestieuze opdracht.

Deze limieten zijn: maximum 80 MB per document, maximum 350 MB voor het geheel van de documenten, maximum 20 bestanden tegelijk opladen en maximum 50 documenten per offerte.

11. De verzoekende partij merkt op dat haar offerte, gelet op de bestekseisen, onmogelijk kon voldoen aan de limiet van maximum 50 documenten per offerte en maximum 350 MB voor het geheel van de documenten.

Uit het door de verzoekende partij geschetste feitenverloop lijkt echter te mogen worden afgeleid dat zij bij het opladen van haar offerte op de eerste plaats gestoten is op de limiet van maximum 80 MB per document en dit bij haar ZIP bestand 2.0 Minimale eisen. Toen zij dit bestand blijkbaar heeft gedeprimeerd en alsdan gestart is met het opladen van de documenten die tot dit bestand behoorden, is zij tegen de limiet van maximum 50 documenten per offerte gestoten.

De verzoekende partij blijkt in de feiten dus niet tegen de limiet van maximum 350 MB voor het geheel van de documenten te zijn gebotst. Initieel heeft de verzoekende partij ook geen last gehad van de limiet van maximum 50 documenten per offerte aangezien zij, zo lijkt, deze limiet had omzeild met de toegelaten techniek van de ZIP comprimering en aldus, naar eigen zeggen, haar 233 bestanden had gereduceerd naar 7 ZIP bestanden.

Hieruit mag worden besloten dat de limiet van maximum 50 documenten per offerte op het eerste gezicht geen onoverkomelijk probleem kan hebben gevormd voor de verzoekende partij. De kritiek van de verzoekende partij dat zij haar offerte nooit zou hebben kunnen opladen zonder te stoten op de limiet van 350 MB is voorts eerder een virtuele kritiek aangezien zij deze limiet in de feiten niet lijkt te hebben ontmoet.

De verzoekende partij doet, wat die laatste limiet betreft, gelden dat de bestandsgrootte van haar totale offerte 828,867 MB bedraagt. Ter terechtzitting merkt zij echter op dat deze grootte het resultaat was na de ZIP comprimering en dat zonder deze laatste bewerking de bestandsgrootte meer dan 1 GB bedraagt. Die laatste informatie blijkt echter niet apert uit haar verzoekschrift waarin de verzoekende partij inzake de totale omvang van haar offerte in één adem verwijst naar 233 bestanden en een totale bestandsgrootte van 828,867 MB – een andere wordt niet vermeld – en dit in een alinea waarin lijkt te worden gesuggereerd dat het informatie betreft van vóór het ZIP comprimeren.

De limiet van maximum 80 MB per document lijkt voor de verzoekende partij dus wel de trigger geweest voor haar oplaadproblemen. Deze limiet is uitdrukkelijk, zoals *sub* 3.3 vermeld, opgenomen in het bestek. Voorts

lijkt niet onmiddellijk te kunnen worden ingezien dat het voor de verzoekende partij niet mogelijk zou zijn geweest om dit ZIP bestand 2.0 Minimale eisen, één van de zeven, te herwerken tot meerdere ZIP bestanden die onder de bewuste limiet blijven. Dat zij dit niet heeft gedaan, lijkt eerder een kwestie van een tekort aan de benodigde tijd, gelet op het naderende einde van de indieningstermijn, dan dat het zou te wijten zijn aan de kwestieuze limieten of een gebrek aan toegelaten comprimeringstechniek.

De verzoekende partij lijkt dus niet te slagen in haar opzet aan te tonen dat zij in de feiten onomstotelijk gevangen zat in de limieten die zij thans aanklaagt zodat de verzoekende partij geen evident belang lijkt te hebben bij haar middel.

12.1. Voorts lijken de voormelde limieten van het e-tenderingplatform de gebruikers van wie een zekere professionalisme inzake het indienen van offertes – ook digitaal – mag worden verwacht, niet onbekend te mogen zijn.

In het bestek wordt, naast de limiet van maximum 80 MB per document, uitdrukkelijk verwezen naar het e-Tenderingplatform als verplicht platform.

Op de website van dit platform wordt op de homepage apert verwezen naar de ‘handleiding voor ondernemingen’ waar op bladzijde 9 de ‘technische beperkingen’, dit zijn de kwestieuze limieten, worden vermeld, informatie die er nog eens wordt herhaald en aangevuld onder de rubriek FAQ en wel als volgt:

“Wat is de maximaal toegelaten bestandsgrootte bij het uploaden van een offerte en/of bestand?

De maximaal toegestane grootte van een offerte/aanvraag tot deelneming, of meer bepaald de som van alle bestanden waaruit die is samengesteld, is beperkt tot 350MB per dossier.

De maximaal toegestane grootte van een individueel bestand is gelimiteerd op 80MB.

Het maximaal aantal bestanden dat je kan uploaden per dossier is gelimiteerd op 50 bestanden.

Wil je een bestand uploaden dat groter is dan de toegestane limiet, probeer het dan te verkleinen door het te comprimeren in een ZIP-bestand.”

De verzoekende partij lijkt ook niet te betwisten dat er limieten mogen worden vastgesteld of dat het platform zelf de limieten mag opleggen.

12.2. Voorts wordt in het bestek en ook op het e-Tenderingplatform uitdrukkelijk verwezen naar de e-Procurement helpdesk waar een gebruiker die problemen ervaart, terecht kan.

12.3. Ten slotte wordt in het bestek in de mogelijkheid voorzien om “documenten waarvan de totale bestandsgrootte groter is dan de maximale toegestane bestandsgrootte van 80 MB” in te dienen met een “elektronische drager”. Deze besteksmogelijkheid komt niet expliciet aan bod in het verzoekschrift van de verzoekende partij.

12.4. De kwestieuze limieten lijken voldoende kenbaar voor de gebruikers zodat de verzoekende partij hier niet aantoonde dat zij er plots mee zou zijn geconfronteerd. Voorts toont de verzoekende partij niet aan dat deze limieten dermate van aard zijn dat ze een behoorlijke werking van een elektronisch platform voor het indienen van offertes buitenmate belemmeren. Evenmin toont zij aan, zoals *sub* randnummer 11 opgemerkt, dat zij binnen deze limieten alle gebruikelijke of toegelaten middelen, zoals ZIP comprimering of het gebruik van een elektronische drager, heeft aangewend om haar offerte in te dienen.

13. Uit al de voorgaande elementen lijkt de verzoekende partij niet op goede gronden te kunnen aanvoeren dat de verwerende partij niet mocht opteren voor het e-Tenderingplatform. De aangevoerde schending van de artikelen 5 en 14, § 1, van de wet overheidsopdrachten 2016 en van het beginsel inzake zorgvuldigheid is niet aangetoond.

Het middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

14. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 57, § 1, van het koninklijk besluit ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ van 18 april 2017 (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), van artikel 4 van de wet overheidsopdrachten 2016, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, “waaronder het zorgvuldigheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel”.

Zij vat haar middel als volgt samen:

“Doordat verwerende partij zonder onderzoek automatisch de offerte van verzoekende partij nietig heeft verklaard wegens laattijdige indiening van een essentieel onderdeel van de offerte;

Dat verwerende partij de opening van de offertes niet heeft verdaagd;

Terwijl op grond van artikel 57, § 1 van het KB Plaatsing een aanbestedende overheid kan beslissen om de limietdatum en het limietuur voor indiening van de offerte te verdagen wanneer zij kennis heeft gekregen van de onbeschikbaarheid van het elektronische platform;

Dat op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur een bestuur slechts een beslissing kan nemen nadat zij alle feiten heeft vergaard (zorgvuldige feitenvinding) en zij alle relevante feitelijke gegevens van de zaak kent;

Dat de onmogelijkheid voor verzoekende partij om haar offerte tijdig en volledig in te dienen niet toerekenbaar is aan verzoekende partij en tevens voor haar onvoorzienbaar was;

Dat overmacht geldt als een verschoningsgrond;

Dat verwerende partij voorafgaand aan het uiterste tijdstip voor indiening en het uiterste tijdstip van opening van de offertes kennis kreeg van de onbeschikbaarheid van het elektronisch platform e-Tendering;

Dat verwerende partij nagelaten heeft te onderzoeken of het elektronisch platform e-Tendering onbeschikbaar was en het voor verzoekende partij onmogelijk was om via het elektronisch platform haar offerte volledig in te dienen;

Dat verwerende partij tevens nagelaten heeft te onderzoeken welke de oorzaken waren van de onbeschikbaarheid van het platform en de

onmogelijkheid in hoofde van verzoekende partij om (tijdig) een volledige offerte in te dienen via het elektronische platform e-Tendering;

Dat verwerende partij beslist heeft om de limietdatum en het limietuur uiterste tijdstip voor indiening van de offertes niet te verdagen zonder behoorlijk onderzoek en kennis van de feiten zodat de beslissing in strijd is met het zorgvuldigheidsbeginsel;

Dat verwerende partij tevens beslist heeft om de offerte van verzoekende partij nietig te verklaren zonder behoorlijk onderzoek en kennis van de feiten zodat de beslissing in strijd is met het zorgvuldigheidsbeginsel;

Dat verwerende partij ten onrechte geen rekening heeft gehouden met de overmacht in hoofde van verzoekende partij als verschoningsgrond;

Dat op grond van de materiële motiveringsplicht de beslissing moet steunen op juiste feitelijke elementen en rechtens aanvaardbare motieven, elementen en motieven die bovendien de beslissing in redelijkheid moeten kunnen verantwoorden;

Dat de beslissing om niet te verdagen en de offerte van verzoekende partij nietig te verklaren niet steunt op juiste feitelijke elementen en rechtens aanvaardbare motieven aangezien verwerende partij de feitelijke elementen van de zaak niet heeft onderzocht en geen rekening heeft gehouden met de overmacht in hoofde van verzoekende partij;

Dat de offerte van verzoekende partij niet laattijdig werd ingediend nu haar net belet werd om haar offerte volledig in te dienen;

Dat de beslissing om niet te verdagen tevens onredelijk is aangezien de oorzaak van de onmogelijkheid in hoofde van verzoekende partij om tijdig een volledige offerte in te dienen niet voorzienbaar en niet toerekenbaar is aan verzoekende partij zodat het redelijkheidsbeginsel geschonden is;

Dat op grond van de formele motiveringsplicht zoals vervat in de artikelen 2 en 3 van de formele motiveringswet en artikel 5, 8° Rechtsbeschermingswet een aanbestedende overheid haar beslissingen formeel en afdoende moet motiveren;

Dat de bestreden beslissing niet de motieven vermeldt op basis waarvan verwerende partij geoordeeld heeft de limietdatum en het limietuur niet te verdagen en op basis waarvan zij geoordeeld heeft dat er geen sprake is van overmacht als verschoningsgrond in hoofde van verzoekende partij;

Dat de bestreden beslissing zodoende minstens de formele motiveringsplicht schendt.”

Beoordeling

15. Overeenkomstig artikel 57, § 1, koninklijk besluit plaatsing 2017 mag de aanbestedende overheid beslissen “de uiterste datum en uur voor het indienen van de aanvragen tot deelneming of van de offertes te verdagen, wanneer zij kennis heeft gekregen van de onbeschikbaarheid van de in artikel 14, § 7, wet [overheidsopdrachten 2016], bedoelde elektronische platformen”.

Onbeschikbaarheid in de zin van artikel 57, § 1, koninklijk besluit plaatsing 2017 lijkt op het eerste gezicht enkel betrekking te hebben op een storing aan de zijde van het elektronisch platform, niet op een probleem dat zich voordoet aan de zijde van de inschrijver zelf.

Uit de nota van de gedwongen tussenkomende partij en de stukken die zij voorlegt, lijkt het platform volledig operationeel te zijn geweest in de tijdsspanne waarin de verzoekende partij hierop actief was op 22 januari 2021; er lijkt zich geen onbeschikbaarheid aan de zijde van het platform te hebben voorgedaan.

Er blijkt op het eerste gezicht niet dat de verwerende partij hier gehouden was een nader onderzoek te voeren naar de beschikbaarheid van het e-Tendering platform. Uit de gegevens die aan de verwerende partij werden bezorgd door de verzoekende partij de dag van het indienen van de offerte en in haar aangetekende brief aan de verwerende partij enkele dagen later, blijkt immers reeds op het eerste gezicht dat het te dezen niet om een onvoorzienbaar probleem met het elektronisch platform zelf lijkt te gaan of om een onbeschikbaarheid ervan. Te dezen lijkt het om een inschrijver te gaan die capaciteitsproblemen ondervindt door geen afdoende rekening te houden met de limieten van het platform. De verzoekende partij heeft overigens niet de onbeschikbaarheid van het platform aan de verwerende partij meegedeeld doch enkel capaciteitsproblemen bij het opladen van haar offerte.

16. Daarnaast roept de verzoekende partij overmacht in. Zij kan evenwel op het eerste gezicht – zoals reeds aan bod kwam bij de beoordeling van het eerste middel – niet worden bijgevalen waar zij doet gelden dat de onmogelijkheid om haar offerte tijdig en volledig in te dienen, niet toerekenbaar is aan haar en tevens voor haar onvoorzienbaar is. Van een normaal zorgvuldig inschrijver lijkt op het eerste gezicht te mogen worden verwacht dat hij, voordat hij aan het opladen van zijn offerte begint, zich rekenschap heeft gegeven van de omvang van zijn offerte en heeft nagegaan of de offertebestanden de limieten van het elektronisch platform niet overschrijden.

17. Er blijkt niet dat de bestreden beslissing te dezen nader had moeten worden gemotiveerd dan ze reeds is op het vlak van het niet-tijdig volledig indienen van de offerte van de verzoekende partij, noch wat het al dan niet verdagen van de limietdatum en het limietuur voor het indienen van de offertes betreft, noch wat het al dan niet voorhanden zijn van overmacht betreft.

18. De schending van de in het middel aangehaalde regels en beginselen is niet aangetoond.

Het middel is niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

19. De verzoekende partij voert de schending aan van de artikelen 4, 5, § 1, en 80 *juncto* 38, § 7, van de wet overheidsopdrachten 2016, van het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel.

Zij vat haar middel als volgt samen:

“Doordat de beslissing waarbij de offerte van verzoekende partij nietig wordt verklaard als gevolg heeft dat er slechts één inschrijver overblijft;

Terwijl dat als uitgangspunt geldt de openstelling van overheidsopdrachten voor een zo ruim mogelijke mededinging;

Dat om te waarborgen dat er voldoende concurrentie is een strikte toepassing van de overheidsopdrachtenregels niet gepast is op voorwaarde dat het beginsel van de gelijke behandeling niet wordt aangetast;

Dat wanneer er slechts één inschrijver overblijft er geen sprake is van daadwerkelijke mededinging;

Dat de omstandigheid dat er maar één inschrijver is doet twijfelen aan het feit of de prijzen van die inschrijver concurrentieel zijn;

Dat op grond van artikel 80 van de Overheidsopdrachtenwet het aantal offertes in de slotfase na de onderhandelingen een daadwerkelijke mededinging moet kunnen waarborgen;

Dat het verdagen van de uiterste limietdatum en limietuur voor indiening van de offerte of het aanvaarden van de offerte overgemaakt via WeTransfer de gelijke behandeling niet aantast aangezien deze uitsluitend

het gevolg was van het optreden van verwerende partij en op die manier geen bijkomende termijn werd verleend aan verzoekende partij;

Dat de beslissing om de offerte van verzoekende partij nietig te verklaren kennelijk onredelijk en onevenredig is gezien het beginsel van de gelijke behandeling van de inschrijvers niet wordt aangetast en dit als gevolg heeft dat er geen concurrentie meer is;

Dat een zorgvuldig handelende overheid de plaatsingsprocedure niet verderzet met slechts één inschrijver gelet op het gebrek aan daadwerkelijke mededinging en de twijfels of de prijzen van de enige inschrijver concurrentieel zijn;

Dat de beslissing om de offerte van verzoekende partij nietig te verklaren en om de procedure verder te zetten met slechts één inschrijver ingaat tegen het mededingingsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur;

Dat het aantal offertes, nl. één, de daadwerkelijk mededinging niet kan waarborgen zodat verwerende partij handelt in strijd met artikel 80 van de Overheidsopdrachtenwet.”

Beoordeling

20. De ingeroepen artikelen 38, § 7, en 80 van de wet overheidsopdrachten 2016 betreffen de mogelijkheid voor de aanbestedende overheid om het aantal tot de onderhandelingen toegelaten offertes te beperken door toepassing van de gunningscriteria. Er blijkt op het eerste gezicht niet dat die specifieke regeling te dezen werd toegepast. In zoverre het middel lijkt te steunen op de toepasselijkheid van deze artikelen faalt het dus reeds op het eerste gezicht.

In de mate dat de verzoekende partij voor haar middel steun zoekt in een schending van artikel 5 van dezelfde wet, volstaat op te merken dat niet wordt aangetoond dat de mededinging kunstmatig is beperkt bij het ontwerpen van de opdracht.

21. Voor zover de verzoekende partij ervan uitgaat dat het onvolkomen indienen van de offerte “uitsluitend het gevolg was van het optreden van de verwerende partij”, blijkt uit de beoordeling van het eerste en tweede middel dat dit onvolkomen indienen, zo lijkt, het gevolg is van de eigen handelwijze van de verzoekende partij.

22. Op het eerste gezicht lijkt de verwerende partij voorts niet over een beoordelingsruimte te beschikken in het geval, zoals te dezen, een offerte behept is met een substantiële onregelmatigheid wegens niet-tijdige indiening. Van een schending van het redelijkheids- of evenredigheidsbeginsel kan in die context van gebonden bevoegdheid dan ook geen sprake zijn. Zo ook lijkt een schending van het zorgvuldigheidsbeginsel een dergelijke offerte niet te kunnen redden.

Evenmin lijkt een verwijzing naar de mededinging als grondslag voor het overheidsopdrachtenrecht in beginsel afdoende om een substantieel onregelmatige offerte aan boord te houden.

23. De stelling van de verzoekende partij dat de beslissing van de aanbestedende overheid om de offerte van de verzoekende partij onregelmatig te verklaren tot gevolg zal hebben dat er slechts één inschrijver overblijft en dat zij in die omstandigheden zich zou moeten genoodzaakt zien de gunningsprocedure niet verder te zetten, wordt ook niet bijgevalen. De verzoekende partij geeft geen rechtsregel aan die dergelijke verplichting voorschrijft.

Hierbij mag ook worden betrokken dat de aanbestedende overheid overeenkomstig artikel 85 van de wet overheidsopdrachten 2016 de procedure in beginsel steeds kan herbeginnen of afzien van het gunnen van de opdracht. Het lijkt er dus op dat het feit dat er slechts één inschrijver overblijft, er niet noodzakelijkerwijze toe zal leiden dat de aanbestedende overheid aan die inschrijver de opdracht zal moeten gunnen.

De verzoekende partij toont niet aan dat het eventueel verder zetten van de procedure met slechts één inschrijver in de concrete omstandigheden van de zaak een dwingend materieel motief is om de procedure af te breken.

24. Het middel is niet ernstig.

VIII. Besluit

25. 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 nv Ghelamco Invest en de bv Collaris tot tussenkomst worden 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 vrijwillig tussenkomende partijen worden verwezen in de kosten van de tussenkomsten, begroot op een rolrecht van 300 euro, elk voor de helft.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van drieëntwintig maart tweeduizend eenentwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,
bijgestaan door

Silja Doms,

De griffier

Silja Doms

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De voorzitter

Pierre Barra