

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

**nr. 251.212 van 6 juli 2021
in de zaak A. 233.908/XII-9101**

In zake: de NV ABB POWER GRIDS BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Evelien Vanhauter en Stijn Maeyaert
kantoor houdend te 8200 Brugge
Torhoutse Steenweg 437
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

1. de CVBA FLUVIUS SYSTEM OPERATOR
2. de CV ORES ASSETS
3. de SIBELGA CV
4. de NV RESA INNOVATION ET TECHNOLOGIE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Gitte Laenen
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. Het beroep, ingediend op 18 juni 2021, strekt tot de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van het gezamenlijk besluit bestaande uit de beslissing van 26 mei 2021 van de raad van bestuur van de cv Fluvius System Operator, de beslissing van 18 mei 2021 van de directeur van het technisch departement en de voorzitter van het directiecomité van de cv Ores Assets, de beslissing van 11 mei 2021 van het bestuurscomité van de cv Sibelga en de beslissing van 26 mei 2021 van het directiecomité van de nv Resa Innovation et Technologie, om het *best and final offer* van de nv ABB Power Grids Belgium “als nietig te beschouwen” en de opdracht te gunnen aan Evodis, IEO Transformatoren en Kyte Powertech.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 6 juli 2021, om 10.00 uur.

Staatsraad Jan Clement heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Stijn Maeyaert, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Charlotte Persoons, die *loco* advocaat Gitte Laenen verschijnt voor de verwerende partijen, zijn gehoord.

Auditeur Frédéric 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. In september 2019 zetten de verwerende partijen een kwalificatiesysteem op voor de levering van distributietransformatoren. Zij bepalen dat gebruik gemaakt moet worden van het elektronisch platform e-Tendering. Op dit platform wordt voor de opdracht een elektronisch dossier gecreëerd, met daarbinnen een map met als referentie “Fluvius-MBER-AESQ TRA/2019” (hierna: de oorspronkelijke map van het betrokken dossier) waarop offertes kunnen worden opgeladen.

4. De verzoekende partij laadt op de oorspronkelijke map van het betrokken dossier een offerte op en wordt gekwalificeerd. Hetzelfde geldt voor de inschrijvers Evodis, IEO Transformatoren en Kyte Powertech.

5.1. Na onderhandelingen met de vier gekwalificeerde inschrijvers beslissen de verwerende partijen om van hen een *best and final offer* (hierna: BAFO) te vragen.

In het bijzonder bestek wordt het volgende gesteld:

“De offertes moeten elektronisch worden overgelegd via de e-Tendering internetsite <https://eten.publicprocurement.be> die de naleving waarborgt van de voorwaarden van het KB Plaatsing.”

Binnen het betrokken dossier wordt een map met het referentienummer “Fluvius-NET19L008-F53_nr2” gecreëerd waarop BAFO’s kunnen worden opgeladen (hierna: de BAFO-map van het betrokken dossier).

5.2. Met een uitnodigingsbrief verzoeken de verwerende partijen de vier gekwalificeerde inschrijvers om via het elektronisch platform e-Tendering tegen uiterlijk 15 januari 2021 om 12u00 een BAFO in te dienen. Deze brief vermeldt het laatstgenoemde referentienummer en bevat een link naar de BAFO-map van het betrokken dossier.

6. Op 15 januari 2021 om 11u17 laadt de verzoekende partij haar BAFO op in de oorspronkelijke map van het betrokken dossier.

De drie andere gekwalificeerde inschrijvers laden hun BAFO’s op in de BAFO-map van het betrokken dossier.

7. Op de eerstvolgende werkdag neemt de aankoopdienst van de verwerende partijen telefonisch contact op met de verzoekende partij omdat van

haar geen BAFO kon worden teruggevonden in de BAFO-map van het betrokken dossier.

Daags nadien bevestigt de aankoopdienst van de verwerende partijen in een nieuw telefonisch contact dat het BAFO van de verzoekende partij teruggevonden is in de oorspronkelijke map van het betrokken dossier.

8. Met het bestreden besluit beslissen de verwerende partijen het BAFO van de verzoekende partij “als nietig te beschouwen”. De opdracht wordt gegund aan Evodis, IEO Transformatoren en Kyte Powertech.

In het bestreden besluit wordt het volgende overwogen:

“Betreffende de BAFO van ABB POWER GRIDS BELGIUM

De aanbesteder heeft bij opening geen BAFO voor dit aankoopdossier op het elektronische e-Tendering-platform gevonden van ABB POWER GRIDS BELGIUM.

Na navraag bij de inschrijver bleek dat ABB POWER GRIDS BELGIUM wel degelijk de intentie had een aangepaste offerte in te dienen, doch dat zij dit foutief had gedaan in het dossier van de voorgaande kwalificatie en NIET in het beperkt dossier van deze aanbesteding zoals opgelegd door de aanbesteder.

Het is de zorgvuldigheidsverplichting van de inschrijvers om hun offerte tijdig, volgens de gevraagde vorm en onder de vereiste voorwaarden in te dienen. ABB POWER GRIDS BELGIUM heeft, zoals bovenstaand dient vastgesteld, niet voldaan aan deze verplichting.

De offerte die de aanbesteder heeft teruggevonden, na informatie van ABB POWER GRIDS BELGIUM, en die zoals hoger vastgesteld op een verkeerd dossier werd ingediend, kan door de aanbesteder niet weerhouden worden gezien zij, naast de gebrekkige vormelijkheid, onmogelijk kan vergeleken worden met de andere offertes zonder dat de aanbesteder daarin voorbij gaat aan de principes van goed bestuur, in het bijzonder het patere legem-principe, meer zou een weerhouden van deze offerte de gelijkheid tussen de inschrijvers schenden.

Bijgevolg dient deze BAFO-offerte van ABB POWER GRIDS BELGIUM door de aanbesteder als nietig te worden beschouwd.

[...]

Om alle bovenstaande redenen, beslist de aanbesteder om [de] foutief ingediende BAFO-offerte van ABB POWER GRIDS BELGIUM als nietig te beschouwen”.

9. Met een brief van 10 juni 2021 vraagt de verzoekende partij de verwerende partijen om het bestreden besluit in te trekken.

Op 15 juni 2021 antwoordt de verwerende partij dat het bestreden besluit niet wordt ingetrokken.

IV. Onderzoek van de het tweede middel

Standpunt van de partijen

10.1. Het tweede middel wordt afgeleid uit een schending van artikel 83 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), van artikel 74 van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de speciale sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren 2017), van het proportionaliteitsbeginsel zoals neergelegd in artikel 4, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 evenals van het materiële motiverings-, het zorgvuldigheids- en het redelijkheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

10.2. Volgens de verzoekende partij is het ten onrechte dat het bestreden besluit de vergissing die zij gemaakt heeft, bij het opladen van haar BAFO, beschouwt als een substantiële onregelmatigheid die tot de nietigheid leidt. Indien de verwerende partijen haar BAFO wel hadden aanvaard, was de vergelijkbaarheid van de offertes niet in het gedrang gekomen, zou er geen discriminerend voordeel aan haar zijn toegekend en zou er ook geen probleem bestaan hebben wat betreft de verbintenis in haren hoofde. De verzoekende partij heeft met de indiening van haar BAFO geenszins de concurrentie vervalst. Haar BAFO werd immers binnen eenzelfde termijn, in eenzelfde formaat en op eenzelfde elektronisch platform ingediend als de BAFO's van de overige inschrijvers. Haar BAFO werd dus in identieke omstandigheden ingediend. Het BAFO van de verzoekende partij werd overigens ook door de verwerende partijen

“teruggevonden” op het e-Tendering-platform, zo vermeldt het bestreden besluit. Aangezien het BAFO van de verzoekende partij in exact dezelfde omstandigheden werd ingediend als de BAFO’s van de overige inschrijvers, namelijk tijdig, in het gevraagde formaat en in een elektronisch dossier van de verwerende partijen, kan het BAFO van de verzoekende partij perfect worden beoordeeld en vergeleken met de BAFO’s van de overige inschrijvers.

11. De verwerende partijen voeren aan dat het BAFO van de verzoekende partij om meerdere redenen substantieel onregelmatig is.

Ten eerste, door het feit dat de offerte van de verzoekende partij niet (correct) werd ingediend, is deze vanzelfsprekend niet te beoordelen, noch te vergelijken met de andere offertes. Evenzo bestaat er onzekerheid over de verbintenis van de inschrijver om de opdracht uit te voeren.

Ten tweede wijzen de verwerende partijen er op dat krachtens artikel 74 van het koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren 2017 de niet-naleving van het bepaalde in artikel 89 van datzelfde besluit een substantiële onregelmatigheid betreft:

“In geval van een onderhandelinasprocedure moet elke offerte vóór de datum en uur voor de indiening van de offertes aankomen. Laattijdige offertes worden niet aanvaard.”

Aldus dient vastgesteld dat het BAFO van de verzoekende partij op het uiterste indieningsogenblik niet was ingediend, alleszins niet via de correcte link in het correcte dossier.

Ten derde is er volgens de verwerende partijen tevens sprake van een schending van de minimale eisen zoals vermeld in de opdrachtdocumenten. Immers heeft de verzoekende partij de haar uitdrukkelijk medegedeelde indieningsformaliteiten, dewelke deel uitmaken van de opdrachtdocumenten, naast zich neergelegd en niet gerespecteerd.

De verwerende partijen onderstrepen dat de formaliteiten inzake de indiening van een offerte (BAFO) behoren tot de essentiële bepalingen van de overheidsopdrachtenreglementering. Een niet of niet-correct ingediende offerte is daarom altijd aangetast met een substantiële onregelmatigheid. De verzoekende partij kan dan ook niet worden gevolgd in haar zienswijze dat de indiening in “een” dossier, ander dan het dossier bepaald in het opdrachtdocument uitnodiging tot indiening BAFO, neerkomt op een rechtsgeldige indiening. Zij lijkt ervan uit te gaan dat de tijdige indiening in een willekeurig dossier kan volstaan opdat een rechtsgeldige indiening voorligt. Deze visie kan volgens de verwerende partijen absoluut niet worden bijgetreden. Bovendien kan van een aanbestedende overheid niet worden verwacht dat zij in andere digitale dossiers gaat zoeken of er daar toevallig niet alsnog een BAFO van een welbepaalde inschrijver opduikt. Het is in de eerste plaats de taak van een zorgvuldige inschrijver om ervoor te zorgen dat diens offerte op de juiste locatie wordt ingediend zodat de aanbestedende overheid er kennis van kan nemen op het ogenblik van de opening van de offertes.

De verwerende partijen besluiten dat de substantiële onregelmatigheid waarmee de offerte van de verzoekende partij behept is, er in bestaat dat moet worden vastgesteld dat op 15 januari 2021 in dossier “Fluvius-NET19L008-F53_nr2” geen BAFO van de verzoekende partij kon worden aangetroffen.

Beoordeling

12. *Prima facie* is het onterecht dat de verwerende partijen laten verstaan dat zij de indiening van de BAFO's in de BAFO-map van het betrokken dossier als een minimale eis zouden hebben opgelegd in de opdrachtdocumenten. Dit lijkt noch door de uitnodigingsbrief, noch door enig ander stuk van het administratief dossier te worden gestaafd.

13. Anders dan de verwerende partijen laten uitschijnen, lijkt de verzoekende partij haar BAFO niet laattijdig te hebben ingediend en ook niet ingediend te hebben in een ander dossier. Voorshands wordt aangenomen dat dit BAFO wel degelijk tijdig ingediend is in het betrokken dossier voor de levering van distributietransformatoren, op de in het bestek voorziene indieningswijze. De misslag die de verzoekende partij heeft begaan is dat zij haar BAFO heeft opgeladen in de oorspronkelijke map van het betrokken dossier, in plaats van in de BAFO-map van het betrokken dossier.

De verwerende partijen slagen er op het eerste gezicht niet in inzichtelijk te maken waarom de laatstgenoemde misslag een substantiële onregelmatigheid zou zijn die tot de nietigheid moet leiden. Dat dit zou voortvloeien uit de in het bestreden besluit aangehaalde “principes van goed bestuur, in het bijzonder het *patere legem*-principe” of uit enige van de andere door de verwerende partijen aangehaalde omstandigheden, wordt – althans in de huidige stand van de procedure – niet gevolgd.

14. *Prima facie* blijkt niet dat het bestreden besluit het door de verzoekende partij ingediende BAFO op goede gronden “als nietig” heeft beschouwd.

15. Het besproken middelonderdeel is ernstig.

BESLISSING

De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van het gezamenlijk besluit inzake het bestek met nr. NET19L008 voor het leveren van distributietransformatoren, bestaande uit de beslissing van 26 mei 2021 van de raad van bestuur van de cv Fluvius System Operator, de beslissing van 18 mei 2021 van de directeur van het technisch departement en de voorzitter van het directiecomité van de cv Ores Assets, de beslissing van 11 mei 2021 van het bestuurscomité van de cv

Sibelga en de beslissing van 26 mei 2021 van het directiecomité van de nv Resa Innovation et Technologie, om het *best and final offer* van de nv ABB Power Grids Belgium “als nietig te beschouwen” en de opdracht te gunnen aan Evodis, IEO Transformatoren en Kyte Powertech.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van zes juli tweeduizend eenentwintig, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Jan Clement,	staatsraad, waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	

Johan Pas,	griffier.
------------	-----------

De griffier

De voorzitter

Johan Pas

Jan Clement