

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 252.119 van 16 november 2021
in de zaak A. 224.823/XII-8524**

In zake: de NV PEETERS DRIES GROND- EN
INFRASTRUCTUURWERKEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Inke Dedecker
kantoor houdend te 3500 Hasselt
Spoorwegstraat 105
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Kris Wauters
kantoor houdend te 1170 Brussel
Terhulpssteenweg 187
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 4 mei 2018, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van het Vlaamse Gewest van 30 januari 2018 waarbij de opdracht ‘project Zoutlaadplaats Beringen - Heraanleg terrein en asfalteringswerken’ wordt gegund aan de nv De Peuter.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 246.201 van 28 november 2019 wordt het debat heropend en wordt het door de auditeur-generaal aangeduide lid van het auditoraat belast met een aanvullend onderzoek van de zaak.

Auditeur Thomas Maes heeft een aanvullend verslag opgesteld.

De verzoekende partij heeft een verzoek tot voortzetting van het geding en een aanvullende laatste memorie ingediend. De verwerende partij heeft een aanvullende laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 12 oktober 2021.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Geertrui De Groote, die *loco* advocaat Inke Dedecker verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Kris Wauters die verschijnt voor de verwerende 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. Voor het feitenrelaas wordt verwezen naar het tussenarrest nr. 246.201 van 28 november 2019.

3.2. Bij het voormelde tussenarrest wordt, naar aanleiding van het tweede onderdeel van het enig middel, gesteld:

“13. In het auditorsverslag wordt tot de niet ontvankelijkheid van het tweede onderdeel besloten aangezien de eventuele gegrondheid ervan niet tot het besluit kan leiden dat de opdracht te dezen aan geen

enkele inschrijver rechtsgeldig mocht worden gegund. In de eindrangschikking zijn naast de offerte van de gekozen inschrijver nog drie andere offertes opgenomen, die alsdan voor gunning van de opdracht in aanmerking zouden komen.

14. De vraag rijst of deze conclusie stand houdt in het licht van het recente arrest van het Europees Hof van Justitie van 5 september 2019, nr. C-333/18, inzake Lombardi Srl., waarin het Hof voor recht verklaart dat artikel 1, lid 1, derde alinea, en lid 3, van richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 ‘houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken’, zoals gewijzigd bij richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007, aldus moet worden uitgelegd dat het zich ertegen verzet dat een principaal beroep, dat is ingesteld door een inschrijver die belang heeft bij de gunning van een bepaalde opdracht en die door een beweerde inbreuk op het Unierecht inzake overheidsopdrachten of regels ter omzetting van dit recht is of dreigt te worden geschaad en waarmee de uitsluiting wordt beoogd van een andere inschrijver, niet ontvankelijk wordt verklaard op grond van nationale procedurele voorschriften of jurisprudentiepraktijken die betrekking hebben op de behandeling van wederzijdse beroepen tot uitsluiting, ongeacht het aantal deelnemers aan de aanbestedingsprocedure en het aantal van hen dat beroep heeft ingesteld.

15. Het is bijgevolg passend het auditoraat en de partijen de gelegenheid te geven standpunt in te nemen betreffende de mogelijke weerslag van het voormelde arrest op het beoordelen van het belang van de verzoekende partij bij het derde middel. Daartoe wordt het debat heropend.”

IV. Onderzoek van het enig middel, tweede onderdeel

Standpunt van de partijen

4. Voor het standpunt van de partijen over de rechtsvraag die heeft geleid tot de heropening van het debat, wordt verwezen naar het voormelde tussenarrest nr. 246.201 van 28 november 2019.

5. In haar laatste memorie met verzoek tot voortzetting na het aanvullend verslag stelt verzoekster dat het Hof van Justitie van de Europese

Unie in het arrest Lombardi inderdaad benadrukt dat de feiten die aanleiding hebben gegeven tot het eerdere arrest Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung en Caverion Österreich (21 december 2016, C-355/15) verschillend waren, in die zin dat geen van de inschrijvers definitief was uitgesloten van de aanbestedingsprocedure. Daarmee oordeelt het Hof volgens verzoekster evenwel niet dat de principes van het arrest Bietergemeinschaft overeind zullen blijven indien het in de toekomst over gelijkaardige feiten zou moeten oordelen. Uit het arrest Lombardi kan hoe dan ook afgeleid worden dat het belang ruim wordt omschreven, waar in punt 22 van het voormelde arrest wordt gesteld dat uit de bepalingen van artikel 1, lid 1, derde alinea, en lid 3, van richtlijn 89/665 blijkt dat beroepen tegen beslissingen van een aanbestedende dienst slechts als doeltreffend kunnen worden aangemerkt indien zij op zijn minst toegankelijk zijn voor eenieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde opdracht en die door een beweerde inbreuk is of dreigt te worden geschaad. Een beroep is volgens verzoekster te dezen maar doeltreffend indien de offerte van de gekozen inschrijver ook inhoudelijk wordt onderzocht, terwijl de prijsverantwoording van diens offerte niet op dezelfde wijze als die van verzoekster werd onderzocht. Indien dit middelonderdeel, dat bovendien een middel van openbare orde is en bijgevolg ambtshalve dient te worden onderzocht, gegrond zou worden bevonden, dienen alle offertes opnieuw te worden onderzocht.

6. In haar laatste memorie na het aanvullend auditoraatverslag en ter terechtzitting benadrukt de verwerende partij dat de huidige overheidsopdracht onder de Europese drempelbedragen ligt en bijgevolg niet binnen het toepassingsgebied van richtlijn 89/665/EEG of richtlijn 2014/24/EU valt. Anderzijds verwijst zij naar de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie volgens welke de plaatsing van overheidsopdrachten die buiten het toepassingsgebied van de richtlijnen vallen niettemin moeten voldoen aan de fundamentele regels die voortvloeien uit het Verdrag ‘betreffende de Werking van de Europese Unie’ en in het bijzonder het gelijkheidsbeginsel, voor zover de overheidsopdrachten een grensoverschrijdend belang vertonen. De verwerende

partij erkent dat er te dezen, gelet op de nabijheid met de grens van een andere lidstaat, genoeg aanknopingspunten zijn om aan te nemen dat de opdracht binnen het toepassingsgebied van het EU-recht valt.

De verwerende partij vervolgt dat het uitgangspunt aangaande de rechtsbescherming van de Unieburgers, het beginsel van de procedurele autonomie van elke lidstaat blijft. De Raad van State heeft een uitgebreide rechtspraak over het belang dat een verzoekende partij moet hebben om op een ontvankelijke wijze een middel te kunnen aanvoeren. In de hypothese dat de Raad van State ervan uitgaat dat de huidige zaak een grensoverschrijdend belang heeft, kan het arrest Lombardi wel een invloed hebben op de huidige procedure. De verwerende partij sluit zich vervolgens aan bij het standpunt in het auditoraatsverslag dat de uitgangspunten in de huidige zaak anders zijn dan in de zaak die aanleiding heeft gegeven tot het arrest Lombardi. In dat arrest zegt het Hof niets over de vraag of een verzoekende partij, waarvan de offerte definitief onregelmatig is, nog belang heeft om een ontvankelijk middel aan te voeren als er nog andere inschrijvers zijn, die een regelmatige offerte indienden en als de verzoekende partij de beslissing over de regelmatigheid van die offertes niet in vraag stelt.

Beoordeling

7. Artikel 14 van de rechtsbeschermingswet luidt:

“Op verzoek van elke persoon die een belang heeft of heeft gehad om een bepaalde opdracht of concessie te krijgen en die door de beweerde schending is of dreigt te worden benadeeld, kan de verhaalinstantie de beslissingen van de aanbestedende instanties vernietigen, waaronder die welke berusten op discriminerende technische, economische en financiële specificaties, omdat deze beslissingen een machtsafwending inhouden of een inbreuk vormen op:

1° het op de betreffende opdracht of concessie toepasselijke recht van de Europese Unie inzake overheidsopdrachten of concessies, alsook de wetgeving overheidsopdrachten of concessies;

2° de grondwettelijke, wettelijke of reglementaire bepalingen, alsook de algemene rechtsbeginselen die op de betreffende opdracht of concessie

van toepassing zijn;
3° de opdracht- of concessiedocumenten.”

Overeenkomstig artikel 31 van de rechtsbeschermingswet geldt artikel 14 ook voor opdrachten die de drempelwaarde voor Europese bekendmaking niet bereiken. Te dezen betreft het een opdracht onder deze drempelwaarde. Artikel 14 van de rechtsbeschermingswet is de omzeggens woordelijke omzetting van artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 ‘houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken’, zoals gewijzigd bij richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 (hierna: richtlijn 89/665/EEG). Overeenkomstig die bepaling dienen beroepen tegen beslissingen van een aanbestedende dienst op zijn minst toegankelijk te zijn voor eenieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde opdracht en die door een beweerde inbreuk is of dreigt te worden geschaad.

Het Hof van Justitie van de Europese Unie legt Unierechtelijke bepalingen uit in situaties die niet binnen de werkingssfeer ervan vallen, wat volgens vaste rechtspraak van het Hof (de zogenaamde Dzodzi-rechtspraak) gerechtvaardigd is wanneer deze bepalingen door het nationale recht rechtstreeks en onvoorwaardelijk toepasselijk zijn gemaakt op dergelijke situaties, teneinde te waarborgen dat deze situaties op dezelfde wijze worden behandeld als situaties die wel binnen de werkingssfeer van die bepalingen vallen (HvJ 18 oktober 1990, C-297/88, Dzodzi, punt 33 e.v.; HvJ 14 maart 2013, C-32/11, Allianz Hungária Biztosító Zrt. e.a., punt 20; HvJ 10 september 2020, C-367/19, Tax-Fin-Lex, punt 21). Vanuit het oogpunt van het gelijkheidsbeginsel is het bijgevolg gerechtvaardigd dat de Raad van State te dezen met de rechtspraak van het Hof inzake het belang rekening houdt, ook al valt de opdracht niet binnen het toepassingsgebied van de Europese richtlijnen inzake overheidsopdrachten.

8. Een inschrijver van wie de offerte onregelmatig is verklaard

heeft in principe geen belang om de gunning van een overheidsopdracht aan een concurrerende inschrijver aan te vechten tenzij uit de middelen blijkt dat zijn offerte ten onrechte onregelmatig werd verklaard of dat de opdracht aan geen enkele inschrijver rechtsgeldig mocht worden gegund.

In tussenarrest nr. 246.201 werd bij de beoordeling van het eerste onderdeel van het enig middel gesteld dat verzoekster er niet in slaagt aan te tonen dat de verwerende partij haar offerte ten onrechte als substantieel onregelmatig zou hebben verworpen.

Daarmee is de uitsluiting van de verzoekster uit de plaatsingsprocedure definitief geworden.

In het tweede onderdeel van het enig middel bekritiseert verzoekster het aanvaarden van de prijsverantwoording voor de totaalprijs van de gekozen inschrijver.

9. Punten 28 en 29 van het arrest Lombardi luiden:

“28. Inzonderheid kan de aanbestedende dienst, indien het beroep van de afgewezen inschrijver gegrond wordt verklaard, besluiten om de procedure nietig te verklaren en een nieuwe aanbestedingsprocedure te beginnen omdat de overige regelmatige offertes niet voldoende aan de verwachtingen van de aanbestedende dienst beantwoorden.

29. In die omstandigheden kan voor de ontvankelijkheid van het principale beroep niet als voorwaarde worden gesteld dat eerst wordt vastgesteld dat alle offertes die lager zijn gerangschikt dan die van de inschrijver die het beroep heeft ingesteld, eveneens onregelmatig zijn, aangezien daardoor afbreuk zou worden gedaan aan de nuttige werking van richtlijn 89/665. De vraag of dat beroep ontvankelijk is, hangt evenmin af van de voorwaarde dat die inschrijver het bewijs levert dat de aanbestedende dienst de openbare aanbestedingsprocedure zal moeten herhalen. Dat dit mogelijkerwijs het geval zal zijn, dient in dit verband te worden geacht te volstaan.”

Na een analyse van de feiten en de beoordeling door het Hof van Justitie van de Europese Unie in de voormelde zaak Lombardi, wordt in het

aanvullend auditoraatsverslag gesteld dat de overwegingen van dit arrest geen afbreuk doen aan de conclusie dat het tweede middelonderdeel dient te worden verworpen bij gebrek aan belang, omdat:

“[...] er [immers] te dezen een determinerend verschilpunt voorhanden [is]: de offerte van de verzoekende partij in de voorliggende zaak is nooit in de eindrangschikking opgenomen, maar werd meteen in het kader van de plaatsingsprocedure door de aanbestedende overheid zelf substantieel onregelmatig verklaard. [...]

Het betreft in de voorliggende zaak aldus een wezenlijk andere situatie dan deze die aan de orde was in het arrest Lombardi, waar de offerte van Lombardi door de aanbestedende overheid regelmatig was verklaard en deze wel degelijk in de rangschikking was opgenomen, bovendien op een op het eerste gezicht niet irrelevante derde plaats in de rangschikking.”

Het onderscheid tussen de feitelijke gegevens in de huidige zaak en die in de zaak die aanleiding heeft gegeven tot het arrest Lombardi doet er inderdaad wel degelijk toe. Verzoekster is, in tegenstelling tot de verzoekende partij in de zaak Lombardi (blijkens punt 32 van het arrest), te beschouwen als een definitief uitgesloten inschrijver. Zelfs indien te dezen het tweede onderdeel van het enige middel gegrond zou zijn, ziet de Raad van State niet in op welke wijze verzoekster door deze onwettigheid is of dreigt te worden benadeeld of haar een waarborg wordt ontnomen. Het beweerd nadeel dat de opdracht niet aan verzoekster werd gegund – volgens verzoekster op grond dat de prijsverantwoording van de gekozen inschrijver onterecht zou zijn aanvaard – doet zich immers in elk geval voor, vermits verzoeksters offerte door de aanbestedende overheid onregelmatig is verklaard, deze beslissing door de Raad van State in het voornoemde tussenarrest rechtmatig is bevonden, én in de eindrangschikking naast de offerte van de gekozen inschrijver nog drie andere offertes zijn opgenomen die alsdan voor gunning van de opdracht in aanmerking zouden komen. In die zin zijn de feitelijke gegevens in de huidige zaak meer vergelijkbaar met die in de zaak die aanleiding heeft gegeven tot het voornoemde arrest Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung en Caverion Österreich (punten 31 en 36), luidens hetwelk een definitief uitgesloten inschrijver het recht kan worden ontzegd om beroep in te stellen tegen het besluit tot gunning van de

opdracht.

10. Voor zover verzoekster in de laatste memorie na het aanvullend auditoraatsverslag stelt dat, in geval het tweede middelonderdeel gegrond zou zijn, alle offertes opnieuw dienen te worden onderzocht, stelt de Raad van State vast dat daar geen reden toe is. Blijkens het gunningsverslag werden de offertes van de vijf geselecteerde inschrijvers op hun regelmatigheid onderzocht. Enkel voor de totale offerteprijs van verzoekster, die de laagste offerte had ingediend, en voor de eenheidsprijzen van drie posten van de gekozen inschrijver, werd een prijsverantwoording gevraagd.

11. Voor zover verzoekster nog haar eerder standpunt herhaalt dat het middel van openbare orde is omdat het gelijkheidsbeginsel een grondwettelijk verankerd beginsel is en de hele overheidsopdrachtenwetgeving op het gelijkheidsbeginsel is geschoeid, kan zij niet worden bijgevalen.

Met haar kritiek op de beoordeling van de prijsverantwoording van een andere inschrijver voert verzoekster immers niet de schending aan van een regel die essentiële waarden in de samenleving of fundamenteel de werking van de rechtsstaat aangaat en die om die reden tegenover de gemeenschap in haar geheel moet worden gewaarborgd.

12. Het tweede onderdeel van het enig middel is niet ontvankelijk.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 20 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

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

Paul Lemmens,	kamervoorzitter,
Pierre Barra,	staatsraad,
Patricia De Somere,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Paul Lemmens