

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 257.926 van 17 november 2023
in de zaak A. 240.302/XII-9419**

In zake: de NV VEOLIA
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Frank Judo
kantoor houdend te 1000 Brussel
Keizerslaan 3
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de UNIVERSITEIT GENT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Kathleen De hernois en Wim Naudts
kantoor houdend te 1930 Zaventem
Luchthaven Brussel Nationaal 1J
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV VINCI FACILITIES BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Alexander Van Eyck
kantoor houdend te 2560 Kessel
Torenvenstraat 16
bij wie woonplaats wordt gekozen
en eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Stijn Verbist
kantoor houdend te 3550 Heusden-Zolder
Pastoor Paqualaan 184

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 19 oktober 2023, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van een onbekend orgaan van de Universiteit Gent van 3 oktober 2023 [...] waarbij de opdracht voor het onderhoud van de HVAC- en sanitaire

installaties van de Universiteit Gent gegund wordt aan Vinci Facilities Belgium NV”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 26 oktober 2023 heeft de nv Vinci Facilities Belgium gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 7 november 2023.

Staatsraad Inge Vos heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Frank Judo, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaten Wim Naudts en Louis Swennen, die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaat Inge Willemsen, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Ann Eylenbosch 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 de aanneming van diensten uit met als voorwerp het onderhoud van HVAC (“heating, ventilation and airconditioning”) en sanitaire installaties en het uitvoeren van onderhouds- en moderniseringswerken aan de HVAC- en sanitaire installaties in gebouwen eigendom van of in gebruik door de Universiteit Gent.

Het betreft een raamovereenkomst die wordt gegund aan en gesloten met één dienstverlener.

De opdracht wordt nationaal en Europees bekendgemaakt.

Er wordt gekozen voor een mededingingsprocedure met onderhandeling.

3.2. Op 4 mei 2022 worden de verzoekende partij en de nv Vinci Facilities Belgium geselecteerd.

3.3. In het bestek dat op de opdracht van toepassing is, wordt bepaald dat de opdracht uit drie luiken bestaat:

- “1. Voor het preventief en predictief onderhoud wordt via een prestatieopdracht gewerkt met een klassieke forfaitaire aanpak op basis van bestekvoorschriften en een meetstaat met te onderhouden installaties;
2. Voor het correctief onderhoud (interventies, herstellingen en kleine modificaties) wordt een vaste equipe van technici met de juiste kwalificaties ingehuurd gedurende de looptijd van het contract. Deze equipe zal bestaan uit een reeks eerstelijns-technici die aan een zone worden toegewezen voor de eerste snelle interventie die in tweede lijn bijgestaan worden door een poule gespecialiseerde technici om de problemen ten gronde te kunnen aanpakken.
3. Daarnaast is er het luik kritische gebouwen (datacentra, Veterinary Research Building, cleanrooms, ...), waarvoor specifieke hoge eisen worden gesteld inzake beheer, opvolging en personeelsbezetting. Dit wordt eveneens apart behandeld binnen dit bestek.”

Punt I.13 van het bestek vermeldt als gunningscriteria de prijs (65 punten), de kwaliteit van de in te zetten teams (25 punten) en de organisatie van het intern bestel- en leveringsproces (10 punten).

Wat het gunningscriterium ‘Kwaliteit van de in te zetten teams’ betreft, bepaalt het bestek:

“De inschrijver toont de technische competenties en kwaliteit van de in te zetten teams aan door:

1. Team preventief en predictief onderhoud (10 punten) (zie 2.3):
 - Per teamlid onderhoudsteam wordt aangetoond over welke competenties, opgesomd in 2.3.3 in de technische bepalingen, hij/zij beschikt. Dit gebeurt aan de hand van de in te vullen competentiematrix (zie bijlage C), CV's en, indien van toepassing, wettelijke attesten;
 - De ervaring van de voorgestelde werkleider onderhoud en de teamleader onderhoud (zie 2.3.1 en 2.3.2) wordt aangetoond a.d.h.v. CV's en mogelijke referenties.
2. Team correctief onderhoud (15 punten) (zie 3.1.4.1 en 3.1.4.2):
 - Per teamlid onderhoudsteam wordt aangetoond over welke competenties, opgesomd in 3.1.4.2 in de technische bepalingen, hij/zij beschikt. Dit gebeurt aan de hand van de in te vullen competentiematrix (zie bijlage C), CV's en, indien van toepassing, wettelijke attesten;
 - De ervaring van de voorgestelde servicemanagers (zie 3.1.4.1) wordt aangetoond a.d.h.v. CV's en mogelijke referenties.

De technische kwaliteit van de in te zetten teams wordt beoordeeld aan de hand van de door de inschrijver bijgevoegde documenten en de door de inschrijver ingevulde competentiematrix. De spreiding van de gevraagde competenties over de verschillende werknemers van het onderhoudsteam, zodat deze te allen tijde flexibel kunnen ingezet worden, wordt positief beoordeeld.
[...].”

Punt I.6 van het bestek vermeldt als bij het inschrijvingsformulier te voegen documenten onder meer de “[i]ngevulde competentiematrix” en de “[s]tavingsstukken vermeld in het gunningscriterium Kwaliteit van de in te zetten teams”.

Voorts is punt I.16 ‘Keuze van offerte’ van het bestek relevant, dat luidt als volgt:

“De aanbestedende overheid kiest de economisch meest voordelige offerte, vastgesteld rekening houdend met de beste prijs-kwaliteitsverhouding. Door de indiening van zijn offerte aanvaardt de inschrijver al de clausules van het bestek en verzaakt hij aan alle andere voorwaarden. Voor zover tijdens het onderzoek van de offerte door de aanbestedende overheid wordt vastgesteld dat er door de inschrijver voorwaarden zijn gevoegd waardoor het onduidelijk is of de inschrijver zonder voorbehoud akkoord gaat met de voorwaarden van het bestek, behoudt de aanbestedende overheid zich het recht voor om de offerte als substantieel onregelmatig af te wijzen.”

De punten 2.3 en 3.1.4 van het technisch bestek bevatten bepalingen in verband met het ter beschikking te stellen personeel voor respectievelijk het preventief en predictief onderhoud, en het correctief onderhoud.

3.4. Op 13 maart 2023 worden de verzoekende partij en de nv Vinci Facilities Belgium uitgenodigd een tussentijdse offerte in te dienen.

3.5. Op 12 april 2023 richt de verzoekende partij een schrijven aan de verwerende partij waarin zij aangeeft dat zij niet in staat is om te voldoen aan sommige besteksvoorwaarden en daarom niet zal inschrijven voor de opdracht.

3.6. Op 24 april 2023 dient de verzoekende partij toch een offerte in, net als de nv Vinci Facilities Belgium.

De offerte van de verzoekende partij bevat evenwel een begeleidend schrijven waarin in essentie de bewoordingen van het eerder schrijven van 12 april 2023 worden hernomen. In dit schrijven, zoals weergegeven in de nota van de verwerende partij, wordt het volgende gesteld:

“Veolia nv-sa heeft het genoeg u kennis te geven van zijn inschrijving betreffende bovenvermelde offerte. Het dossier werd tevens voorzien van de nodige bijlagen.

We hopen u met deze aanbieding te kunnen overtuigen om de samenwerking verder vorm te geven. Veolia investeert continu in de verdere ontwikkeling van onze techniekers mbt HVAC, elektriciteit, sanitair, energiebesparingen, Vlarew wetgeving, veiligheid, ...

Naast onze kernactiviteiten heeft Veolia zich de laatste jaren ook gericht op energiebesparende oplossingen die u kunnen helpen voor een efficiënt energiebeleid. Wij zijn steeds bereid samen met u te bekijken welke mogelijkheden er zijn op de site.

Zoals reeds via aangetekend schrijven werd medegedeeld zijn sommige voorwaarden uit het bestek niet haalbaar voor ons bedrijf, vooral door het nijpend tekort aan technisch geschoolde mensen op de arbeidsmarkt. Vandaag hebben wij voor het contract van UGent preventief en correctief onderhoud een equipe beschikbaar van een 15-tal techniekers. In het nieuwe bestek wordt dit team uitgebreid naar een 30-tal techniekers, waarvan een groot deel alleen beschikbaar gesteld dient te worden voor correctief onderhoud, vastgelegd met een competentiematrix, en er dus geen optimalisatie mogelijk is met het onderhoudsteam. Met de huidige tekortkomingen op de markt is dit [onzes] inziens onmogelijk te realiseren binnen de vooropgestelde termijn. Het lijkt ons dan ook unfair ten opzichte

van onze klant om in het bovenvermeld dossier een engagement aan te gaan dat we in de praktijk onmogelijk kunnen nakomen.

Het risico bestaat dat onze specialisten (koeling, verwarming etc...) die alleen mogen ingezet worden voor preventief onderhoud hun interesse gaan verliezen en ons bedrijf kunnen verlaten.

Het hierboven vermelde gunningscriterium heeft natuurlijk eveneens tot gevolg dat er een evenredige prijsstijging zal plaatsvinden.

Hoewel wij niet in staat zijn om aan de eisen te voldoen, staan wij open om verdere besprekingen te voeren zodat de principiële vereisten van het bestek gehandhaafd blijven.”

3.7. De verwerende partij voert op de initiële offertes een algemeen prijs- en kostenonderzoek uit. In antwoord op een vraag tot prijsverluchting van 17 mei 2023, geeft de verzoekende partij in een schrijven van 25 mei 2023 haar visie met betrekking tot een “werkbaar invulling waarbij de filosofie van het bestek wordt behouden”. Het betreft een voorstel tot alternatieve werkwijze voor het “[o]nderhoud forfaitair, herstellingen en bijstand in regie” enerzijds en het “[b]eheer kritische gebouwen met een toegewijde ploeg” anderzijds.

3.8. Op 23 juni 2023 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat haar initiële offerte substantieel onregelmatig werd bevonden. Haar wordt de mogelijkheid geboden om de initiële offerte te regulariseren. In dit schrijven, zoals weergegeven in de nota van de verwerende partij, wordt het volgende gesteld:

“Op basis van de hierboven vermelde correspondentie en stukken moet de Universiteit concluderen dat uw initiële offerte niet voldoet aan de eisen, voorwaarden en criteria vermeld in de opdrachtdocumenten. Dit maakt dat de beoordeling van uw offerte en de vergelijking met andere inschrijvers verhinderd wordt. Eveneens wordt de verbintenis van u als inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onvolledig en onzeker. Conform art. 76, §1 van het KB van 18 april 2017 zijn bovenstaande onregelmatigheden in uw offerte van 24/04/2023 substantieel en is de Universiteit Gent genoodzaakt om uw offerte substantieel onregelmatig te verklaren.

Conform art. 76, §4 dient de aanbestedende overheid de offerte, die geen finale offerte is bij opdrachten met een geraamde waarde gelijk aan of hoger dan de drempel voor de Europese bekendmaking waarbij gebruik gemaakt wordt [van] een procedure waarin onderhandelingen toegelaten zijn, in geval van aanwezigheid van een substantiële onregelmatigheid nietig te verklaren, behalve indien anders is bepaald in de opdrachtdocumenten. In dat laatste geval verschaft zij de inschrijver de mogelijkheid om een substantiële

onregelmatigheid te regulariseren vóór de onderhandelingen worden aangevat.

Gezien de Universiteit Gent zich in het bestek van de opdracht inderdaad het recht heeft behouden om uw offerte al dan niet als substantieel onregelmatig af te wijzen, bieden wij u hierbij de mogelijkheid om uw substantiële onregelmatigheid te laten regulariseren vóór het aanvangen van verdere onderhandelingen.

Om uw offerte te kunnen laten regulariseren zal u moeten bevestigen dat u wel degelijk kan voldoen aan alle minimale eisen en vereisten van de opdrachtdocumenten, in het bijzonder de door de Universiteit gestelde voorwaarden m.b.t. het Team preventief en predictief onderhoud (2.3 in het technisch bestek) en Team correctief onderhoud (zie 3.1.4.1 en 3.1.4.2 in het technisch bestek).

Het grote belang van de gestelde voorwaarden wordt benadrukt door het feit dat de Universiteit Gent dit beoordeelt a.d.h.v. enerzijds het gunningscriterium 'Prijs' en anderzijds het gunningscriterium 'Kwaliteit van de in te zetten teams'.

U zult eveneens moeten bevestigen dat u de opdracht kunt uitvoeren conform de gestelde voorwaarden van het bestek, waarbij u afziet van de alternatieve werkwijze, zoals beschreven in uw schrijven van 25/05/2023."

3.9. De verzoekende partij beantwoordt dit schrijven met een schrijven van 4 juli 2023 dat, zoals weergegeven in de nota van de verwerende partij, luidt als volgt:

"Geachte

Met betrekking tot het bestek met referentie DGFB/2022/003 waarvan u ons hebt ingelicht, hebben wij met zorg alle voorwaarden doorgenomen. Tevens hebben wij uw schrijven dd 23/06/2023 met referentie DGFB/TGR 20230325 in goede orde ontvangen en gedetailleerd geanalyseerd.

Bij deze kunnen wij u melden dat wij ons met het hierboven vermelde bestek zullen conformeren (lees ons zullen aanpassen aan het bestek). Wij hebben in de tussentijd alternatieve oplossingen kunnen vinden om het probleem met het aantal personen ter plaatse te kunnen ondervangen.

Graag kijken wij uit naar de volgende fase in de onderhandelingen om dit verder in detail met uw diensten te bespreken en toe te lichten.

Hopende u hiermee voorlopig voldoende te hebben geïnformeerd."

3.10. Op 3 oktober 2023 beslist de waarnemend directeur van de directie Gebouwen en Facilitair Beheer van de verwerende partij de offerte van verzoekende partij substantieel onregelmatig te verklaren en niet toe te laten tot verdere onderhandelingen. Daarbij wordt vastgesteld dat de offerte van de verzoekende partij behept is met een substantiële onregelmatigheid wat het

voorgestelde personeelsbestand en de voorgestelde alternatieve werkwijze betreft en dat het voormelde schrijven van 4 juli 2023 van de verzoekende partij niet van aard is om daaraan te verhelpen. Tevens wordt besloten om de opdracht te gunnen aan de nv Vinci Facilities Belgium.

Dit is de bestreden gunningsbeslissing.

3.11. Met een aangetekend schrijven van 4 oktober 2023 en een e-mailbericht van 5 oktober 2023 wordt de verzoekende partij bij wege van uittreksel uit de gemotiveerde gunningsbeslissing van 3 oktober 2023 in kennis gesteld van de motieven op grond waarvan haar offerte substantieel onregelmatig werd verklaard.

IV. Tussenkost

4. De nv Vinci Facilities Belgium blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg wordt haar verzoek tot tussenkost ingewilligd.

V. Rechtsmacht van de Raad van State

5.1. De tussenkostende partij werpt een exceptie op, gesteund op het ontbreken van rechtsmacht. Zij voert aan dat de Universiteit Gent geen overheidsorgaan of -instelling is. Het gegeven dat de Universiteit Gent de wetgeving overheidsopdrachten dient toe te passen, gelet op de overheidsfinanciering die zij ontvangt, betekent volgens de tussenkostende partij niet dat zij een overheid is. Aldus had de vordering volgens de tussenkostende partij gebracht moeten worden voor de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg Oost-Vlaanderen, afdeling Gent, hetgeen volgens haar ook bevestiging vindt in punt I.20 van het bestek waarin het toepasselijk recht en de bevoegde rechtbanken worden bepaald.

5.2. Overeenkomstig artikel 24, eerste lid, 1°, van 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' (hierna: rechtsbeschermingswet) is de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State de verhaalinstantie voor de verhaalprocedures bedoeld in de artikelen 14 en 15, namelijk de vorderingen tot vernietiging en tot schorsing van de in de voormelde artikelen bedoelde beslissingen, "wanneer de aanbestedende instantie een overheid is als bedoeld in artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State".

Te dezen wordt in punt I.20 van het bestek erop gewezen dat de opdracht behoort tot "de uitsluitende bevoegdheid van de Belgische rechtbanken, inzonderheid deze te Gent". In de kennisgeving van de bestreden beslissing wordt de Raad van State als verhaalinstantie vermeld.

De verwerende partij werd opgericht bij artikel 2 van het bijzonder decreet van 26 juni 1991 'betreffende de Universiteit Gent en het Universitair Centrum Antwerpen' (hierna: bijzonder decreet van 26 juni 1991) als openbare instelling met rechtspersoonlijkheid. Zoals het Grondwettelijk Hof benadrukte in arrest nr. 97/2005 van 1 juni 2005, zijn de gemeenschaps-universiteiten organieke openbare diensten. De verwerende partij moet als openbare instelling met rechtspersoonlijkheid worden beschouwd als een administratieve overheid in de zin van artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.

In tegenstelling tot de veronderstelling waarvan de tussenkomende partij lijkt uit te gaan, mag het bestek niet afwijken van de in artikel 24 van de rechtsbeschermingswet bepaalde regeling inzake de bevoegde verhaalinstantie.

5.3. Deze vaststellingen volstaan om te concluderen dat de exceptie van het ontbreken van rechtsmacht niet ernstig is.

VI. Ontvankelijkheid van de vordering

6. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om uitspraak te doen over de door de verwerende partij en de tussenkomende partij opgeworpen ontvankelijkheidsexcepties. Een onderzoek van en een uitspraak over die excepties

zou alleen nodig zijn indien de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

VII. Vertrouwelijkheid van bepaalde stukken

7.1. De verzoekende partij, de verwerende partij en de tussenkomende partij leggen meerdere stukken neer als vertrouwelijk. Wel vraagt de tussenkomende partij om het vertrouwelijk karakter van de briefwisseling van 12 april, 23 juni en 4 juli 2023 tussen de verzoekende partij en de verwerende partij op te heffen. De verzoekende partij verzet zich hier uitdrukkelijk tegen ter terechtzitting.

7.2. De Raad acht het niet raadzaam om reeds in de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid – en dus zonder diepgaand onderzoek – de vertrouwelijkheid te lichten van de als vertrouwelijk neergelegde stukken, aangezien niet kan worden uitgesloten dat deze stukken gegevens bevatten die onder het zakengeheim van de kandidaten of inschrijvers vallen. Het lichten van de vertrouwelijkheid van dergelijke stukken kan ingrijpende en onomkeerbare gevolgen hebben voor het zakengeheim van de betrokken inschrijvers.

Hierbij dient te worden opgemerkt dat de tussenkomende partij zelf het uittreksel van de gemotiveerde gunningsbeslissing, waarin de ingediende offerte van de tussenkomende partij wordt beschreven, als vertrouwelijk blijkt te hebben neergelegd, daarbij wijzend op het feit dat dit document “bedrijfsgevoelige informatie [bevat] waarvan de openbaarmaking de rechtmatige commerciële belangen van private ondernemers of de eerlijke mededinging tussen hen zou kunnen schaden”.

Te dezen blijkt de vertrouwelijkheid van de voormelde briefwisseling tussen de verzoekende partij en de verwerende partij door deze laatste bovendien reeds grotendeels te zijn gelicht door de weergave van de inhoud ervan in haar nota zodat het recht op een eerlijk proces van de tussenkomende partij lijkt te zijn geëerbiedigd.

In de huidige stand van het geding lijken er bijgevolg geen redenen om de vertrouwelijkheid te lichten van de voormelde briefwisseling.

VIII. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

8. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, gelezen in samenhang met de artikelen 15 en 31 van de rechtsbeschermingswet, moet enkel worden onderzocht of in de vordering tot schorsing die is ingesteld volgens de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid wordt aangevoerd.

IX. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

9. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 33 van de Grondwet, artikel 2, 5° en 38°, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), de artikelen 4, 8°, en 5, 8°, van de rechtsbeschermingswet en de artikelen 4 en 21 van het bijzonder decreet van 26 juni 1991,

“Doordat de verwerende partij de bestreden beslissing heeft laten nemen door een onbevoegd orgaan;
Terwijl dit had moeten gebeuren door een bevoegd orgaan;
Zodat de bestreden beslissing strijdig is met artikel 33 [van de] Grondwet, artikel 2, 5° en 38° van de wet van 13 [lees: 17] juni 2016 inzake overheidsopdrachten, artikel 4, 8° en 5, 8° van de Rechtsbeschermingswet, artikel 4 en 21 van het Bijzonder decreet betreffende de Universiteit Gent en het Universitair Centrum Antwerpen.”

In haar toelichting betoogt de verzoekende partij dat noch uit de kennisgevingsbrief, noch uit de opdrachtdocumenten kan worden afgeleid wie bevoegd was om over te gaan tot het nemen van de bestreden beslissing. In de mate

dat de behandelende personeelsleden dan wel de waarnemend directeur van de directie Gebouwen en Facilitair Beheer van de Universiteit Gent zijn overgegaan tot het nemen van de bestreden gunningsbeslissing, blijkt volgens de verzoekende partij niet dat zij hiervoor over het vereiste mandaat beschikken.

Beoordeling

10. De tussenkomenende partij voert aan, onder verwijzing naar de meldingsplicht vervat in punt I.19 van het bestek, dat uit het bestek blijkt dat de “rector, vicerector of directeur” bevoegd is om op te treden voor de aanbestedende overheid en dat de verzoekende partij door het indienen van haar initiële offerte de inhoud van het bestek heeft aanvaard.

Het is niet nodig hierop in te gaan. Zoals hierna zal blijken, is het middel immers in elk geval niet ernstig.

11. Luidens artikel 4, eerste lid, van het bijzonder decreet van 26 juni 1991 zijn de bestuursorganen van de Universiteit Gent: de rector, de vice-rector, het bestuurscollege, de raad van bestuur, het bestuurscomité van het UZ Gent, de faculteitsraden en de raden van de met de faculteiten gelijkgestelde organen.

Artikel 21 van het voormelde bijzonder decreet luidt als volgt:

“§ 1. De raad van bestuur is het hoogste bestuursorgaan en heeft uit dien hoofde de volheid van handelings- en bestuursbevoegdheid.

De raad van bestuur bepaalt ook de academische en administratieve organisatie van de universiteit.

§ 2. De raad van bestuur kan zijn bevoegdheden toewijzen, delegeren of verder delegeren aan de volgende organen of personen:

1° leden van de raad van bestuur;

2° het bestuurscollege;

3° het directiecollege, of leden daarvan;

4° de faculteitsraden, of leden daarvan;

5° leden van het academisch of administratief en technisch personeel.

[...]

§ 3. De in § 2 bedoelde mogelijkheid tot toewijzing of delegatie geldt niet voor de volgende bevoegdheden van de raad van bestuur:

1° het bepalen van de missie en de visie van de universiteit;

2° het goedkeuren en eventueel aanpassen van het strategisch plan inclusief het strategisch plan van het UZ Gent;
3° het jaarlijks vastleggen, goedkeuren en eventueel aanpassen van de begroting, de jaarrekening en het jaarverslag met inbegrip van het al dan niet goedkeuren van de begroting en de jaarrekening van het UZ Gent;
4° het bepalen van de organieke reglementen;
5° het aanstellen van een bedrijfsrevisor die conform artikel 80 van de wet betreffende de ziekenhuizen en andere verzorgingsinstellingen, gecoördineerd op 10 juli 2008, de jaarrekening van het UZ Gent controleert.
[...].”

12. Het delegatiebesluit inzake gebouwen en facilitair beheer, goedgekeurd door de raad van bestuur op 4 juni 2021 en gewijzigd op 9 september 2022 (hierna: delegatiebesluit), bepaalt in artikel 1:

“De bevoegdheden betreffende aangelegenheden inzake gebouwen en facilitair beheer die niet gedelegeerd worden en bij de Raad van Bestuur blijven, zijn opgenomen in annex A.
Annex A maakt integraal deel uit van dit Delegatiebesluit.
De bevoegdheden betreffende aangelegenheden inzake gebouwen en facilitair beheer die gedelegeerd worden aan andere actoren, zijn opgenomen in annex B met een overzichtstabel per delegataris.
Annex B maakt integraal deel uit van dit Delegatiebesluit.
[...].”

Tabel 4 van Annex B van het delegatiebesluit delegeert aan de directeur van de directie Gebouwen en Facilitair Beheer onder meer de bevoegdheid om overheidsopdrachten vanaf 8.500 euro en raamovereenkomsten te gunnen.

Voorts bepaalt artikel 2 van het delegatiebesluit dat de bij dat besluit verleende delegaties tevens worden verleend “aan de persoon die met de waarneming van de functie van delegataris is belast of deze vervangt bij tijdelijke afwezigheid of verhindering”.

13. In de aanhef van de gemotiveerde gunningsbeslissing, die vertrouwelijk is neergelegd maar die de Raad van State heeft kunnen inzien, wordt uitdrukkelijk melding gemaakt van het delegatiebesluit. In zoverre de verzoekende partij ter terechtzitting doet gelden dat in de overwegingen van de bestreden

beslissing niet naar de betrokken delegaties zou worden verwezen, lijkt deze grief dan ook feitelijke grondslag te missen.

14. Bij beslissing van het bestuurscollege van de verwerende partij van 29 september 2023 is E.L. vanaf 1 oktober 2023 aangesteld als waarnemend directeur Gebouwen en Facilitair Beheer voor de duur van de afwezigheid van de huidige titularis met een maximum van één jaar, uitzonderlijk verlengbaar met maximum één jaar.

15. De gemotiveerde gunningsbeslissing en de brief van 4 oktober 2023 waarmee de verzoekende partij in kennis is gesteld van de substantieel onregelmatigverklaring van haar offerte en de gunning van de opdracht aan de tussenkomen de partij zijn ondertekend door E.L., met vermelding van haar hoedanigheid als waarnemend directeur van de directie Gebouwen en Facilitair Beheer.

Uit de samenlezing van de artikelen 1 en 2 van het delegatiebesluit en het aanstellingsbesluit van 29 september 2023 volgt op het eerste gezicht dat E.L. in haar hoedanigheid van waarnemend directeur van de directie Gebouwen en Facilitair Beheer van de Universiteit Gent beschikte over een rechtsgeldig mandaat voor het nemen van de bestreden gunningsbeslissing.

16. Ter terechtzitting voert de verzoekende partij voor het eerst aan dat zowel het delegatiebesluit als de beslissing van 29 september 2023 hadden moeten worden bekendgemaakt en dat bij gebrek aan bekendmaking deze delegatie niet tegenstelbaar is aan de verzoekende partij.

Indien een nieuw middel of een uitbreiding van een middel al zou mogen worden aangebracht ter terechtzitting, mag zulks enkel gebeuren indien over alle aspecten ervan ter terechtzitting debat kan worden gevoerd. Tevens lijkt te mogen worden verwacht dat een dergelijk nieuw middel of uitbreiding van een middel zo spoedig mogelijk na kennisname van de gegevens waarop dat nieuwe middel of de uitbreiding ervan steunt, aan de Raad van State, en aan de verwerende partij en de tussenkomen de partij wordt bezorgd.

Te dezen blijkt dat de nota van de verwerende partij en het niet-vertrouwelijk gedeelte van het administratief dossier, waarvan het betrokken delegatiebesluit en de beslissing waarbij E.L. werd aangesteld als waarnemend directeur deel uitmaken, reeds geruime tijd bij de Raad van State ter inzage was van de verzoekende partij. De grief wordt voor het eerst geformuleerd ter terechtzitting. Alleen al wegens het niet tijdig inroepen van de grief, dient deze te worden verworpen. De grief nader onderzoeken zou het recht op tegenspraak van de verwerende partij en de tussenkommende partij op onevenredige wijze beperken. Overigens werd de grief door het laattijdig inroepen ervan ook onttrokken aan een gedegen onderzoek door het auditoraat, wat de verzoekende partij had kunnen vermijden.

17. Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

18. In een tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 83 van de wet overheidsopdrachten 2016, artikel 76 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), de artikelen 5, 8°, en 8, § 1, 2°, van de rechtsbeschermingswet, het vertrouwensbeginsel, het redelijkheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht, in samenhang met het zorgvuldigheidsbeginsel,

“Doordat de verwerende partij de offerte van verzoekende partij heeft afgewezen als onregelmatig, omdat verzoekende partij in haar antwoord op de brief van 23 juni 2023 geen documentatie heeft toegevoegd waaruit blijkt dat zij in staat is om te voldoen aan alle minimale eisen en vereisten van de opdrachtdocumenten en dat zij de opdracht kan uitvoeren conform de gestelde voorwaarden van het bestek.

Terwijl de verzoekende partij voldaan heeft aan alle elementen die verwerende partij haar vroeg aan te leveren en bijgevolg nodig achtte om de substantiële onregelmatigheid in de offerte te kunnen regulariseren.

Zodat de bestreden beslissing strijdig is met het vertrouwensbeginsel, het redelijkheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht, in samenhang met het zorgvuldigheidsbeginsel.”

In dit middel betwist de verzoekende partij de substantieel onregelmatigverklaring van haar offerte wegens het niet voldoen aan de eisen en voorwaarden gesteld in de opdrachtdocumenten.

In haar toelichting betoogt de verzoekende partij in essentie dat haar met toepassing van artikel 76, § 4, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 de mogelijkheid werd geboden om haar offerte te regulariseren. Aangezien de regelgeving inzake overheidsopdrachten niet *in concreto* voorschrijft hoe de substantiële onregelmatigheid in een offerte moet worden geregulariseerd, is het volgens haar aan de aanbesteder om een procedure uit te werken die past binnen het ruimere kader van de regelgeving en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

De verzoekende partij stelt dat zij voldaan heeft aan alle elementen die de verwerende partij in haar schrijven van 23 juni 2023 vroeg om aan te leveren. Als de verwerende partij nog andere elementen nodig achtte om te kunnen overgaan tot regularisatie, had zij volgens de verzoekende partij deze bijkomende informatie moeten opvragen en niet doen uitschijnen dat het zou volstaan louter te bevestigen dat kan worden voldaan aan de in het bestek gestelde voorwaarden met betrekking tot de onderhoudsteams en dat wordt afgestapt van de voorgestelde alternatieve werkwijze, zoals beschreven in het schrijven van 25 mei 2023.

Beoordeling

19. Overeenkomstig artikel 38, § 5, van de wet overheidsopdrachten 2016 onderhandelt de aanbestedende overheid met de inschrijvers over de initiële offertes en over alle volgende offertes die door hen werden ingediend, met uitzondering van de definitieve offertes in de zin van paragraaf 8, met het oog op de verbetering van hun inhoud, doch wordt niet onderhandeld over de minimumeisen en de gunningscriteria.

Overeenkomstig artikel 83 van de wet overheidsopdrachten 2016 onderzoekt de aanbestedende overheid de regelmatigheid van de offertes.

Op het regelmatigheidsonderzoek van de offertes die geen finale offertes zijn bij de opdrachten met een geraamde waarde gelijk aan of hoger dan de drempel voor de Europese bekendmaking en waarbij wordt gebruikgemaakt van een procedure waarin onderhandelingen toegelaten zijn, wat te dezen het geval is, en onverminderd artikel 39, § 7, tweede lid, van voornoemde wet, dat echter de concurrentiegerichtte dialoog betreft, is artikel 76, § 4, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 van toepassing.

Luidens artikel 76, § 4, derde lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 “[verklaart de] aanbestedende overheid [...] de offerte die een substantiële onregelmatigheid bevat nietig, behalve indien anders is bepaald in de opdrachtdocumenten. In dat laatste geval verschaft zij de inschrijver de mogelijkheid om een substantiële onregelmatigheid te regulariseren vóór de onderhandelingen worden aangevat, tenzij de aanbestedende overheid ten aanzien van de betreffende onregelmatigheid heeft aangegeven dat deze geen voorwerp kan uitmaken van regularisatie.”

20. De wijze waarop de verwerende partij is omgegaan met de offerte van de verzoekende partij, waar zij nog vóór het opstarten van de onderhandelingen heeft vastgesteld dat deze betreffende het voorgestelde personeelsbestand en de voorgestelde alternatieve werkwijze afwijkt van de minimale eisen en vereisten van de opdrachtdocumenten, dient te worden beoordeeld in het licht van het voorgaande en rekening houdend met de mogelijkheden van onderhandelen en regularisatie die de gekozen plaatsingsprocedure en de opdrachtdocumenten bieden.

De verwerende partij stelt voorts terecht, mede in het licht van de rechtspraak van het Hof van Justitie, dat het recht op regularisatie van een substantiële onregelmatigheid niet absoluut is, doch verenigbaar dient te blijven met de principes van gelijke behandeling en mededinging. Dit laatste lijkt niet meer het geval te zijn als aan de betrokken inschrijver de mogelijkheid wordt geboden om *de facto* een volledig nieuwe offerte in te dienen.

21. Dat de initiële offerte van de verzoekende partij behept was met een substantiële onregelmatigheid wat het voorgestelde personeelsbestand en de

voorgestelde alternatieve werkwijze betreft, wordt door de verzoekende partij niet betwist. Zij betwist wel het gevolg dat door de verwerende partij werd gegeven aan haar antwoordschrijven op de door de verwerende partij geboden mogelijkheid tot regularisatie van haar offerte en waarbij alsnog besloten werd tot de substantiële onregelmatigheid van haar offerte ondanks haar bevestiging dat zij zich zou conformeren aan het bestek.

22. Met toepassing van artikel 76, § 4, derde lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 bestaat de mogelijkheid tot regularisatie van een substantiële onregelmatigheid bij een niet-finale offerte slechts indien in die mogelijkheid is voorzien in de opdrachtdocumenten. Te dezen lijken de verzoekende partij en de verwerende partij zich te beroepen op punt I.16 ‘Keuze van offerte’ van het bestek. Daarin wordt onder meer bepaald:

“Door de indiening van zijn offerte aanvaardt de inschrijver al de clausules van het bestek en verzaakt hij aan alle andere voorwaarden. Voor zover tijdens het onderzoek van de offerte door de aanbestedende overheid wordt vastgesteld dat er door de inschrijver voorwaarden zijn gevoegd waardoor het onduidelijk is of de inschrijver zonder voorbehoud akkoord gaat met de voorwaarden van het bestek, behoudt de aanbestedende overheid zich het recht voor om de offerte als substantieel onregelmatig af te wijzen.”

Deze bepaling lijkt veeleer een bevestiging in te houden van een geval van substantieel onregelmatigverklaring van de offerte dan van een mogelijkheid tot regularisatie ervan. Zij bevat ook geen verwijzing naar artikel 76, § 4, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, waarin de voormelde mogelijkheid tot regularisatie van een substantiële onregelmatigheid van een niet-finale offerte is vervat voor zover daarin is voorzien in de opdrachtdocumenten. Evenmin maakt de bepaling dienaangaande een onderscheid tussen de finale en de niet-finale offertes, terwijl de voormelde mogelijkheid enkel lijkt te gelden voor de niet-finale offertes.

Met de tussenkomenende partij lijkt op het eerste gezicht dan ook te moeten worden vastgesteld dat het bestek niet voorziet in voormelde mogelijkheid tot regularisatie.

23. Hoewel de verwerende partij de verzoekende partij aldus met haar uitnodiging tot regularisatie op het verkeerde been lijkt te hebben gezet, kan, zowel gelet op het ontbreken van dergelijke bepaling in het bestek als in het licht van de bewoordingen van de uitnodiging tot regularisatie, voorts niet worden aangenomen dat de verzoekende partij er rechtmatig op kon vertrouwen dat een loutere bevestiging zich te “zullen conformeren” aan het bestek zou volstaan om te kunnen verhelpen aan de substantiële onregelmatigheid van haar offerte vóór de onderhandelingen worden aangevat.

24. In elk geval, zelfs indien het bestek zou kunnen worden geïnterpreteerd in de zin dat het de mogelijkheid zou bieden tot regularisatie van een substantiële onregelmatigheid bij een niet-finale offerte, lijkt het de verwerende partij te dezen niet verweten te kunnen worden dat zij de offerte van de verzoekende partij alsnog substantieel onregelmatig heeft verklaard.

Het betoog van de verzoekende partij gaat er ook aan voorbij dat de verwerende partij een verdere bevraging van de verzoekende partij onverenigbaar heeft geacht met het gelijkheidsbeginsel.

In dit verband wordt eraan herinnerd dat een regularisatie er niet kan toe leiden dat de betrokken inschrijver de onregelmatigheden in zijn offerte op zodanige wijze rechtzet dat de aangebrachte verbeteringen of aanpassingen neerkomen op de indiening van een nieuwe offerte. In haar uitnodiging tot regularisatie heeft de verwerende partij gewezen op de substantiële onregelmatigheid van de initiële offerte van de verzoekende partij zowel wat het voorgestelde personeelsbestand als wat de voorgestelde alternatieve werkwijze betreft. Daarbij heeft de verwerende partij ook “[h]et grote belang” van de besteksvoorwaarden met betrekking tot het in te zetten personeel benadrukt, gelet op het feit dat de verwerende partij dit ook dient te beoordelen aan de hand van, enerzijds, het gunningscriterium ‘Prijs’ en, anderzijds, het gunningscriterium ‘Kwaliteit van de in te zetten teams’. Het komt de Raad van State op het eerste gezicht dan ook voor dat de kenmerken van de offerte van de verzoekende partij die voor de verwerende partij de aanleiding zijn geweest om de offerte substantieel onregelmatig te verklaren, behoren tot de essentie zelf van de voorgestelde

oplossing. Het valt dan ook niet in te zien hoe de verzoekende partij haar offerte zou kunnen regulariseren zonder *de facto* een nieuw voorstel in te dienen.

In de gegeven omstandigheden kan de aanbestedende overheid niet worden verweten iedere verdere bevraging van de verzoekende partij strijdig te bevinden met het gelijkheidsbeginsel en de verzoekende partij niet toe te laten tot de onderhandelingen.

25. De verzoekende partij maakt, gelet op het voorgaande, op het eerste gezicht niet aannemelijk dat de aanbestedende overheid, door haar offerte substantieel onregelmatig te verklaren, de aangevoerde bepalingen en beginselen zou hebben geschonden.

26. Het tweede middel is niet ernstig.

X. Besluit en kosten

27. Geen van de middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt dan ook verworpen.

28. Zoals bepaald in artikel 30/1, § 2, vierde lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan aan de tussenkommende partij, die een dergelijke vergoeding vraagt, geen rechtsplegingsvergoeding worden toegekend.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Vinci Facilities Belgium 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 24 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 770 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

De tussenkommende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op een rolrecht van 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op zeventien november tweeduizend drieëntwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Inge Vos,
bijgestaan door

Greta Scheveneels,

De griffier

Greta Scheveneels

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De voorzitter

Inge Vos