

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIV^e KAMER

A R R E S T

**nr. 262.745 van 25 maart 2025
in de zaak A. 244.277/XIV-39.754**

In zake: de BV T.
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Gitte Laenen en Robin Depoorter
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de VLAAMSE GEMEENSCHAP
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Niel Braeckevelt en Marie-Mathilde Vermeyen
kantoor houdend te 8000 Brugge
Ezelstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 26 februari 2025, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:

- “1. De beslissing van 5 februari 2025 van de Vlaamse Gemeenschap tot gunning van de overheidsopdracht voor diensten met als voorwerp ‘Raamovereenkomst voor het uitvoeren van diverse landmeetkundige prestaties’, wat betreft perceel 1, aan [1. inschrijver O. en 2. inschrijver L.D.], en waarbij de offerte van [de verzoekende partij] werd nietig verklaard;
2. De beslissing van 5 februari 2025 van de Vlaamse Gemeenschap tot gunning van de overheidsopdracht voor diensten met als voorwerp ‘Raamovereenkomst voor het uitvoeren van diverse landmeetkundige prestaties’, wat betreft perceel 2, aan [1. inschrijver O., 2. inschrijver L.D. en 3. inschrijver D.G & C.], en waarbij de offerte van [de verzoekende partij] werd nietig verklaard;
3. De beslissing van 5 februari 2025 van de Vlaamse Gemeenschap tot gunning van de overheidsopdracht voor diensten met als voorwerp ‘Raamovereenkomst voor het uitvoeren van diverse landmeetkundige prestaties’, wat betreft perceel

3, aan [1. inschrijver O., 2. Inschrijver L.D. en 3. inschrijver D.G. & C.], en waarbij de offerte van [de verzoekende partij] werd nietig verklaard.”

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij beschikking van 27 februari 2025 werd de procedurekalender vastgesteld en werden de partijen opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 19 maart 2025.

De nota met opmerkingen en het administratief dossier werden ingediend overeenkomstig de procedurekalender.

Staatsraad Kaat Leus heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Robin Depoorter, die verschijnt voor de verzoekende partij en advocaten Neil Braeckeveldt en Marie-Mathilde Vermeyen, die verschijnen 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. De verwerende partij, meer specifiek het Agentschap Facilitair Bedrijf, Afdeling Aankoopcentrale en Overheidsopdrachten, schrijft een overheidsopdracht voor diensten uit met als voorwerp “Raamovereenkomst voor het uitvoeren van diverse landmeetkundige prestaties”.

Als plaatsingsprocedure wordt gekozen voor een openbare procedure.

De opdracht wordt Europees en nationaal bekendgemaakt.

3.2. De opdracht is onderworpen aan het bestek met referentie 2024/HFB/OP/123439.

Het voorwerp van de opdracht is in punt 1.1 van het bestek als volgt beschreven:

“De opdracht betreft raamovereenkomsten voor verscheidene landmeetkundige prestaties.

De raamovereenkomsten omvatten diverse soorten prestaties, eigen aan het beroep van landmeter-expert, die gericht zijn op de diverse activiteiten van de bestellers, namelijk:

1. opmaak van plaatsbeschrijving(en);
2. topografische opmeting;
3. juridische opmeting;
4. samenstelling dossier omgevingsvergunning;
5. expertise;
6. schattingen en waardebepaling;
7. A) interieuropmetingen van gebouwen
B) architecturale opmetingen van gebouwen
8. BIM en 3D-laserscanning

[...]

De diensten hebben betrekking op de CPV-codes:

- 71351810-4: Topografische diensten;
- 71355200-3: Topografische opmetingen;
- 71355000-1: Landmeetkundige diensten; en
- 71400000-2: Dienstverlening op het gebied van stedenbouw en landschapsarchitectuur.”

De opdracht heeft de vorm van een raamovereenkomst in de zin van artikel 2, 35°, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: de wet van 17 juni 2016), waarbij de aanbestedende overheid optreedt als aankoopcentrale voor diverse in het bestek vermelde entiteiten die bestellingen zullen plaatsen naargelang de werkelijke behoeften (punt 1.2 van het bestek).

Elke raamovereenkomst heeft een looptijd van 24 maanden, waarbij deze tweemaal kan worden verlengd met een periode van maximaal 12 maanden (punt 1.3 van het bestek).

3.3. De opdracht is opgedeeld in drie (geografische) percelen (punt 1.4 van het bestek), namelijk:

“- Perceel 1: Regio ‘West’ – Prestaties die uitgevoerd worden in de provincies Oost- en West-Vlaanderen;
- Perceel 2: Regio ‘Oost’ – Prestaties die uitgevoerd worden in de provincies Antwerpen en Limburg;
- Perceel 3: Regio ‘Centrum’ – Prestaties die uitgevoerd worden in de provincie Vlaams-Brabant en het Brussels Hoofdstedelijk Gewest.”

De raamovereenkomsten worden gegund, telkens voor zover er voldoende geschikte inschrijvers zijn, aan:

“-Perceel 1: 3 deelnemers
-Perceel 2: 3 deelnemers
-Perceel 3: 3 deelnemers.”

3.4. De economisch meest voordelige offerte wordt vastgesteld op basis van de beste prijs-kwaliteitsverhouding, die bepaald wordt op basis van de onder punt 2.4 van het bestek bepaalde gunningscriteria en hun weging die voor elk perceel dezelfde zijn: (i) Prijs (50 punten), (ii) Kwaliteit van de dienstverlening (40 punten) met volgende *subgunningscriteria* (a) *Case-study*: interieurmetingen van gebouwen (FMIS-plan) - 10 punten, (b) Technische en methodologische aanpak voor architecturale opmetingen - 15 punten, (c) Plan van aanpak – 15 punten) en, tot slot, (iii) Kwaliteit van het uitvoerende team (10 punten).

3.5. Het plaatsen van bestellingen kan volgens het toepasselijke bestek via “1. cascade : indien de bestelling een geraamde waarde heeft lager dan €10.000,00 excl. btw; 2. minicompetitie: indien de bestelling een geraamde waarde heeft van minstens €10.000,00 excl. btw, 3. rechtstreekse toewijzing” (punt 4.2 van het bestek). Het is niet toegelaten om in het kader van een toewijzing via het cascadesysteem, via minicompetitie of rechtstreekse toewijzing een offerte in te dienen met hogere prijzen (excl. btw) dan degene die vastgelegd zijn in de raamovereenkomst.

De uitvoeringstermijnen zijn vastgelegd in het bestek dat tevens voorziet, op verzoek van de besteller, in een “*rush-procedure*” (punt 1.3.2 van het bestek), waarbij de dienstverlener in de mogelijkheid is om een meerprijs aan te rekenen van maximum 30% op de eenheidsprijzen. Bij ‘post 6 schattingen en waardebepaling’ wordt de meerprijs toegepast op het ereloon (niet op het ereloonpercentage). De inschrijver moet het door hem toe te passen percentage

invullen onder post 10 van de inventaris. Er wordt een vermoedelijke hoeveelheid van €25.000,00 voorzien waarop het percentage wordt berekend.

3.6. De uiterste datum van ontvangst van de offertes wordt vastgesteld op 17 september 2024 om 10:45 uur.

Voor elk van de drie percelen hebben telkens zes ondernemingen, waaronder de verzoekende partij en onderneming S.P.C., tijdig een offerte ingediend.

De onderneming S.P.C. is een zusteronderneming van de verzoekende partij en treedt in het kader van de lopende raamovereenkomst voor soortgelijke diensten op als onderaannemer van de verzoekende partij die de enige opdrachtnemer is in het kader van die raamovereenkomst.

3.7. Er wordt op 10 januari 2025 voor elk van de drie percelen een gunningsverslag opgesteld.

Uit deze gunningsverslagen blijkt dat tijdens het regelmatigheidsonderzoek voor perceel 1 ('Regio West'), perceel 2 ('Regio Oost') en perceel 3 ('Centrum'), onder het kopje "C.2. Materiële vereisten, C.2.1. Inhoudelijke conformiteit" de offertes van de verzoekende partij, evenals deze van inschrijver S.P.C. substantieel onregelmatig werden beoordeeld en niet voor verdere beoordeling in aanmerking komen op grond van de volgende overwegingen:

"[Inschrijver S.P.C.] en [de verzoekende partij]: niet conform

De aanbestedende overheid stelt vast dat [S.P.C.] en [de verzoekende partij] zusterondernemingen zijn.

Dit werd aangegeven in de offerte van [S.P.C.]. Bijkomend blijkt uit de neergelegde statuten van [S.P.C.] en [de verzoekende partij] dat de twee bestuurders van [S.P.C.] ook deel uitmaken van het bestuur van [de verzoekende partij].

Er bestaat geen algemeen verbod voor verbonden ondernemingen om offertes in te dienen in dezelfde plaatsingsprocedure.

Echter stelt de aanbestedende overheid vast dat de offertes objectieve gegevens bevatten die erop wijzen dat de banden tussen de inschrijvers de inhoud van hun offertes hebben beïnvloed.

Met betrekking tot het gunningscriterium 1 ‘Prijs’ heeft de aanbestedende overheid vastgesteld dat beide inschrijvers als enigen hebben nagelaten voor post 10 een percentage op te geven in het kader van een rushprocedure.

Met betrekking tot *subgunnings*criterium 2.1 ‘Case study: Interieuropmetingen van gebouwen (FMIS-plan)’ heeft de aanbestedende overheid vastgesteld dat de ingediende case study’s nagenoeg identiek zijn en identieke fouten bevatten^[...].

Met betrekking tot gunningscriterium 3 ‘Kwaliteit van het uitvoerende team’ bevatten de twee offertes voorstellingen van het uitvoerend team met twee overlappende personen. In de offerte van [S.P.C.] worden de twee bestuurders voorgesteld als twee van de drie beëdigde landmeters-experten in het team. In de offerte van [de verzoekende partij] wordt de eerste persoon ook aangeduid als de eindverantwoordelijke landmeter-expert en is de tweede persoon opgenomen als teamlid en verantwoordelijke landmeter-expert. Beiden worden in de offertes van [de verzoekende partij] en [S.P.C.] expliciet aangeduid als personen die voor de opdracht effectief zullen worden ingezet, hetgeen ook uitdrukkelijk opgelegd is in het bestek.

Om bovenstaande redenen concludeert de aanbestedende overheid dat de offertes niet in volledige autonomie en onafhankelijkheid werden ingediend. De inschrijvers stelden handelingen die de normale mededingingsvoorwaarden kunnen vertekenen. Bijkomend merkt de aanbestedende overheid op dat het bestek vooropstelt dat de drie percelen telkens aan drie inschrijvers worden gegund, voor zover er voldoende geschikte inschrijvers zijn. Bestellingen worden toegewezen op basis van het cascadesysteem en via minicompetitie. De vastgestelde invloeden die de normale mededingingsvoorwaarden kunnen vertekenen, zouden dus effect blijven hebben doorheen de uitvoering van de raamovereenkomst.

Offertes die zijn ingediend als gevolg van handelingen die de normale mededingingsvoorwaarden vertekenen, moeten overeenkomstig artikel 5 §2, 1° Wet Overheidsopdrachten worden geweerd. De offertes van [S.P.C.] en [de verzoekende partij] worden bijgevolg geweerd op grond van artikel 5 §2, 1° Wet Overheidsopdrachten.”

3.8. Op 5 februari 2025 beslist de verwerende partij, per perceel, om het op dat perceel betrekking hebbende gunningsverslag dat als bijlage bij de betrokken beslissing wordt gevoegd en dat er integraal deel van uitmaakt, goed te keuren en derhalve de offertes van de verzoekende partij (en deze van inschrijver S.P.C.) onregelmatig te beoordelen en te weren.

Dit zijn de bestreden beslissingen.

3.9. Met een aangetekend schrijven en een e-mailbericht van 11 februari 2025 wordt, voor elk perceel, aan de verzoekende partij meegedeeld dat de opdracht aan andere inschrijvers werd gegund (wat perceel 1 betreft, aan twee andere inschrijvers en, wat perceel 2 en perceel 3 betreft, aan drie andere inschrijvers). Tevens wordt haar meegedeeld dat haar offertes, zowel wat

perceel 1, perceel 2 als perceel 3 betreft, onregelmatig zijn bevonden en worden geweerd. Bij elk van deze brieven wordt als bijlage een uittreksel van de betrokken gunningsbeslissing gevoegd waaraan het verslag van nazicht waarin de motieven voor de wering zijn opgenomen, is gevoegd en dat er integraal deel van uitmaakt.

IV. Regelmatigheid van de rechtspleging

Verzoek tot vertrouwelijke behandeling van bepaalde stukken

4. De verzoekende partij en de verwerende partij vragen om de vertrouwelijke behandeling van bepaalde door hen neergelegde stukken die zij in de inventaris als vertrouwelijk aanduiden en waarbij zij de redenen opgeven waarom zij om die vertrouwelijke behandeling vragen.

Er zijn geen gronden aangevoerd door de partijen om het aangevoerde vertrouwelijk karakter ervan, althans in deze fase van het geding, te lichten. De Raad van State mag overigens deze stukken in zijn beoordeling betrekken.

V. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

5. Krachtens artikel 17, §§ 1, 5 en 6, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, gelezen in samenhang met de artikelen 15 en 31 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’, moet enkel worden onderzocht of in de voorliggende vordering tot schorsing die is ingesteld volgens de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, een ernstig middel waarvan het onderzoek zich leent voor een versnelde behandeling of een klaarblijkelijke onwettigheid wordt aangevoerd.

VI. Onderzoek van het enig middel

Vooraf

6. De verzoekende partij voert in het verzoekschrift een enig middel aan dat is genomen uit een schending van “artikel 5 [van de wet van 17 juni 2016], artikel 69, [eerste lid], 4° juncto artikel 70, § 3, [van de wet van 17 juni 2016], artikel 76, §1 en §3, [van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’], het gelijkheids- en proportionaliteitsbeginsel, zoals vervat in artikel 4 [van de wet van 17 juni 2016], het evenredigheidsbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur, de hoorplicht als beginsel van behoorlijk bestuur, de formelemotiveringsplicht, zoals vervat in de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, evenals de materiële motiveringsplicht als beginsel van behoorlijk bestuur”.

De verzoekende partij acht deze bepalingen en beginselen geschonden:

“DOORDAT de offertes ingediend door [de verzoekende partij] voor de drie (3) percelen werden geweerd omwille van het feit dat [de verwerende partij] van mening is dat de verbondenheid van [de verzoekende partij] met een andere inschrijver een impact heeft gehad op de redactie van haar offertes waardoor er sprake is van een mededingingsverstorende situatie;

TERWIJL de loutere verbondenheid met deze andere inschrijver er niet aan in de weg stond / staat dat de offertes autonoom tot stand zijn gekomen;

EN TERWIJL [de verzoekende partij] - noch de andere inschrijver blijkbaar - hieromtrent op enige manier vooraf werden gehoord teneinde de kans te krijgen om overeenkomstig de geldende rechtspraak om aan te tonen dat de onderlinge verbondenheid met een andere inschrijver er niet aan in de weg stond / staat dat hun offertes autonoom tot stand zijn gekomen waardoor de hoorplicht als beginsel van behoorlijk bestuur werd geschonden, alsook de mogelijkheid tot het nemen van corrigerende maatregelen krachtens artikel 69, 4° juncto artikel 70, §3 [van de wet van 17 juni 2016];

EN TERWIJL de beweerde objectieve gegevens in hoofde van [de verwerende partij] incorrect, niet gemotiveerd en onevenredig zijn;

ZODAT er in geen geval sprake kan zijn van een mededingingsverstorende situatie in de zin van artikel 5 [van de wet van 17 juni 2016];

EN ZODAT het gevoerde regelmatigheidsonderzoek onzorgvuldig werd gevoerd zonder inachtneming van de fundamentele beginselen;

EN ZODAT [de verwerende partij] op een wijze heeft gehandeld die in strijd is met de regelgeving inzake overheidsopdrachten, met de daarin opgenomen fundamentele beginselen inzake gelijkheid en eerlijke mededinging, en met de

voormelde algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waardoor de bestreden beslissingen behept zijn met onwettigheden die moeten leiden tot de schorsing van de tenuitvoerlegging ervan.”

7. Dit middel blijkt in wezen, zoals ook de verwerende partij het heeft begrepen, uit twee onderscheiden middelonderdelen te bestaan.

In een eerste middelonderdeel voert de verzoekende partij in essentie aan dat haar offertes zijn geweerd wegens vermeende mededingingsverstoring door verbondenheid met een andere inschrijver, zonder dat zij (of de andere inschrijver) eerst werden gehoord en de kans kregen om te bewijzen dat de offertes wel degelijk autonoom tot stand zijn gekomen of om eerst eventuele corrigerende maatregelen te treffen overeenkomstig artikel 69, eerste lid, 4°, *juncto* artikel 70, § 3, van de wet van 17 juni 2016. De verzoekende partij meent aldus, zoals zij dat zelf samenvat, dat de bestreden beslissingen aldus “zijn behept met een onwettigheid aangezien [de verzoekende partij] niet de mogelijkheid werd geboden om aan te tonen dat de onderlinge verbondenheid met een andere inschrijver er niet aan in de weg stond dat hun offertes autonoom tot stand zijn gekomen”.

In een tweede middelonderdeel voert zij in essentie aan dat de redenen die door de verwerende partij worden aangevoerd om tot wering van de offertes te besluiten “incorrect, onvoldoende gemotiveerd en onevenredig zijn”.

Eerste middelonderdeel

Standpunt van de partijen

8. De verzoekende partij licht het eerste middelonderdeel van het enig middel als volgt toe. Zij betwist vooreerst niet dat zij een verbonden onderneming vormt met een andere inschrijver. In 2019 werden zij overgenomen door eenzelfde onderneming waarbij zowel de verzoekende partij als de andere inschrijver, die dus een zustervennootschap is, een eigen commercieel beleid hebben behouden en onafhankelijk van elkaar optreden. Er bestaat geen verplichting noch een recht om met elkaar verbonden ondernemingen systematisch te verbieden om aan dezelfde plaatsingsprocedures deel te nemen.

Wanneer een aanbestedende overheid hiermee wordt geconfronteerd komt het haar toe om cumulatief te onderzoeken of (i) er effectief een band is tussen deze inschrijvers en (ii) of deze band een invloed heeft gehad op de inhoud en het onafhankelijk karakter van de offerte.

De verzoekende partij verwijt de verwerende partij dat haar offertes zijn geweerd wegens vermeende mededingingsverstoring door verbondenheid met een andere inschrijver, zonder dat de verzoekende partij (of de andere inschrijver) de mogelijkheid werd geboden om aan te tonen dat er geen sprake is van een reëel gevaar dat zich praktijken voordoen die de transparantie kunnen bedreigen en de mededinging tussen de inschrijvers kunnen vervalsen. De verzoekende partij was pas voor het eerst op de hoogte van het standpunt van de verwerende partij middels de kennisgeving van de bestreden beslissingen zodat de verwerende partij niet heeft gehandeld met de nodige evenredigheid en een houding heeft aangenomen in strijd met het gelijkheids- en proportionaliteitsbeginsel. De verzoekende partij heeft hierdoor een reële kans verloren om de opdrachten zelf gegund te krijgen.

Het regelmatigheidsonderzoek werd in het licht van artikel 5 van de wet van 17 juni 2016 onzorgvuldig en onjuist uitgevoerd. Het enkele feit dat een essentieel (procedure-)element niet in acht is genomen voorafgaand aan de wering van de offertes omwille van de beweerde invloed - ingevolge de verbondenheid - op de redactie van de offertes, is voldoende om vast te stellen dat de bestreden beslissingen met een onwettigheid zijn behept.

De verzoekende partij bestrijdt voorts de handelwijze van de verwerende partij “die bovendien [heeft] geprobeerd om de nietigheid van de offertes te kaderen binnen het regelmatigheidsonderzoek, in plaats van in de selectiefase op basis van artikel 69, [eerste lid], 4° [van de wet van 17 juni 2016]”. Wanneer een aanbestedende overheid toepassing maakt *c.q.* behoort te maken van artikel 69, eerste lid, 4°, van die wet, moet deze, met toepassing van artikel 70, § 3, van de wet van 17 juni 2016, de inschrijver de mogelijkheid bieden om corrigerende maatregelen aan te dragen in de loop van de plaatsingsprocedure, wat logisch is aangezien de uitsluiting van een ondernemer het *ultimum remedium* is. De basisprincipes die werden geconcretiseerd in de rechtspraak vereisen dat de

aanbestedende overheid de inschrijver de mogelijkheid biedt om aan te tonen dat zij niet met elkaar verbonden zijn of dat hun onderlinge verbondenheid er niet aan in de weg stond dat hun offertes autonoom tot stand zijn gekomen.

9. De verwerende partij repliceert dat het, bij toepassing van artikel 5, § 2, 1°, van de wet van 17 juni 2016, volstaat dat de aanbestedende overheid over voldoende plausibele aanwijzingen van een mededingingsbeperkende handeling beschikt zonder dat zij over onomstotelijk bewijs hoeft te beschikken. De aanbestedende overheid beschikt over een belangrijke appreciatiemarge bij het beoordelen van het ernstig karakter van deze elementen of aanwijzingen. Het volstaat dat het aannemelijk wordt gemaakt dat de verbondenheid van de betrokken inschrijvers een invloed had op hun offertes. De sanctie “bij het vaststellen van plausibele aanwijzingen die op mededingingsverstorende handelingen wijzen, is de (substantiële) onregelmatigheid van de betreffende offertes in geval de opdracht nog niet is gesloten”.

Wat de door de verzoekende partij ingeroepen schending van de artikelen 69, eerste lid, 4°, en artikel 70, § 3, van de wet van 17 juni 2016 betreft, repliceert de verwerende partij eensdeels dat het gaat om een facultatieve uitsluitingsgrond in het kader van de selectiefase (artikel 69, eerste lid, 4°) en anderdeels de mogelijkheid viseert die aan de kandidaat/inschrijver moet worden geboden om corrigerende maatregelen aan te dragen alvorens de facultatieve uitsluitingsgrond kan worden toegepast (artikel 70, § 3). Volgens haar is het belangrijk te benadrukken dat de facultatieve uitsluitingsgrond betrekking heeft op een situatie of gebeurtenis die zich in het verleden heeft voorgedaan, met andere woorden over aanwijzingen van vervalsing van mededinging van ondernemingen voor eerdere opdrachten, op basis waarvan men kan oordelen dat een kandidaat of inschrijver niet geschikt of betrouwbaar is om deel te nemen aan de nieuw geplaatste opdracht. De beoordeling van het toegangsrecht en de selectievoorwaarden is, zo stelt ze, een aparte fase/oefening ten opzichte van het nazicht van de offertes. Volgens haar kan een kandidaat of inschrijver, op grond van artikel 69, § 1, 4°, van deelname worden uitgesloten wanneer er voldoende plausibele aanwijzingen zijn dat hij in het verleden handelingen zou hebben gesteld, overeenkomsten zou hebben gesloten of afspraken gemaakt, die gericht

zijn op vervalsing van de mededinging. Wanneer het evenwel (lopende de plaatsingsprocedure) gaat om de vaststelling dat de offertes zelf mogelijk het gevolg zijn van dergelijke afspraken, geldt de verplichting om de offertes als substantieel onregelmatig te weren. Aangezien er geen algemeen verbod voor verbonden ondernemingen bestaat om offertes in te dienen in dezelfde plaatsingsprocedure, heeft de verwerende partij te dezen onderzocht (i) of er effectief een band is tussen de inschrijvers en (ii) of die band een invloed heeft gehad op de inhoud en het onafhankelijk karakter van de offertes. Naar aanleiding van het onderzoek en de beoordeling van de ingediende offertes heeft zij moeten vaststellen dat er heel wat aanwijzingen van beïnvloeding waren waaruit blijkt dat de beide inschrijvers niet onafhankelijk van elkaar hadden ingeschreven en er dus invloed was op de inhoud van hun offertes. Volgens de verwerende partij gaat de verzoekende partij er verkeerdelijk van uit dat de verwerende partij toepassing zou hebben gemaakt van de facultatieve uitsluitingsgrond vermeld in artikel 69, eerste lid, 4°, van de wet van 17 juni 2016. Immers, zoals zij eerder heeft aangegeven, viseert deze uitsluitingsgrond eerdere handelingen van een kandidaat of inschrijver (in het kader van een andere opdracht). De wering van de offertes gebeurde dan ook op basis van artikel 5, § 2, van de wet van 17 juni 2016, wat de substantiële onregelmatigheid ervan, met zich meebrengt. Omdat beide rechtsgronden niet mogen worden verward, mist het middel aldus juridische grondslag waar het zich beroept op een vermeende schending van artikel 69, eerste lid, 4° *juncto* artikel 70, § 3, van de wet van 17 juni 2016 en de bijhorende rechtspraak.

Wat de kritiek van de verzoekende partij betreft dat de hoorplicht (als beginsel van behoorlijk bestuur) niet werd nageleefd, repliceert de verwerende partij met verwijzing naar rechtspraak dat de hoorplicht niet speelt bij de beslissing om een offerte als substantieel onregelmatig af te wijzen. Het betreft immers geen maatregel die, zoals de hoorplicht veronderstelt, het ontnemen van een eerder verleend voordeel inhoudt of een sanctie ten aanzien van het gedrag van een inschrijver uitmaakt. Te dezen volstaat het dat een partij zijn argumenten kan doen gelden in het kader van een procedure voor de Raad van State tegen een gunningsbeslissing. Er bestaat echter geen verplichting om tijdens de gunningsprocedure zelf een bevraging in die zin te organiseren om tot een rechtsgeldige beslissing te kunnen komen.

Beoordeling

10. In het eerste middelonderdeel betoogt de verzoekende partij in essentie dat haar offertes zijn geweerd vanwege vermeende mededingingsverstoring door verbondenheid met een andere inschrijver, zonder dat zij (of de andere inschrijver) vooraf werd gehoord of de kans kreeg om te bewijzen dat de offertes wel degelijk autonoom tot stand kwamen, dan wel om eventuele corrigerende maatregelen te treffen op basis van artikel 69, eerste lid, 4°, samen gelezen met artikel 70, § 3, van de wet van 17 juni 2016.

11. De te dezen relevante bepalingen worden hierna weergegeven.

De paragrafen 1 en 2 van artikel 5 van de wet van 17 juni 2016, dat het ‘omzeilen van het toepassingsgebied en het kunstmatig beperken van de mededinging’ betreft, bepalen:

“§ 1. Een aanbesteder stelt geen overheidsopdracht op met het doel om deze uit te sluiten van het toepassingsgebied van deze wet of om de mededinging op kunstmatige wijze te beperken. De mededinging wordt geacht kunstmatig te zijn beperkt indien de overheidsopdracht is ontworpen met het doel bepaalde ondernemers ten onrechte te bevoordelen of te benadelen.

Ondernemers stellen geen handelingen, sluiten geen overeenkomsten of maken geen afspraken die de normale mededingingsvoorwaarden kunnen vertekenen.’

§ 2. De niet naleving van de in paragraaf 1, tweede lid bedoelde bepaling, geeft aanleiding tot de toepassing van onderstaande maatregelen

[...]:

1° zolang de aanbesteder nog geen eindbeslissing nam en de opdracht nog niet heeft gesloten, het weren van de aanvragen tot deelneming of de offertes die als gevolg van zodanige handelingen, overeenkomsten of afspraken zijn ingediend’.

2° wanneer de opdracht reeds is gesloten, de door de Koning bepaalde ambtshalve maatregelen, tenzij de aanbesteder, bij een met redenen omklede beslissing, anders beschikt.”

Art. 69, eerste lid, 4° dat de ‘facultatieve uitsluitingsgronden’ betreft bepaalt:

“Tenzij in het geval waarbij de kandidaat of inschrijver, overeenkomstig artikel 70, aantoonst toereikende maatregelen te hebben genomen om zijn betrouwbaarheid aan te tonen, kan de aanbestedende overheid, in elk stadium van de plaatsingsprocedure, een kandidaat of inschrijver van deelname aan deze procedure uitsluiten, in de volgende gevallen:

[...]

4° wanneer de aanbestedende overheid over voldoende plausibele aanwijzingen beschikt om te besluiten dat de kandidaat of inschrijver handelingen zou hebben

gesteld, overeenkomsten zou hebben gesloten of afspraken zou hebben gemaakt, die gericht zijn op vervalsing van de mededinging in de zin van artikel 5, [§ 1,] lid 2”.

Tot slot, paragraaf 3, eerste lid, van artikel 70, dat de ‘corrigerende maatregelen’ betreft, bepaalt:

“§3. Wanneer de aanbestedende overheid overweegt om een in artikel 69 bedoelde uitsluitingsgrond in te roepen, geeft hij aan de kandidaat of inschrijver de mogelijkheid om de in de eerste paragraaf bedoelde corrigerende maatregelen aan te dragen in de loop van de plaatsingsprocedure. Dit is eveneens het geval indien de betreffende kandidaat of inschrijver geen verwijzing heeft opgenomen naar corrigerende maatregelen in zijn in artikel 73 bedoelde Uniform Europees Aanbestedingsdocument.”

12. Uit de gunningsverslagen die aan de basis van de bestreden beslissingen liggen en er integraal deel van uitmaken, blijkt dat de offertes van de verzoekende partij voor de percelen van de voorliggende opdracht als substantieel onregelmatig werden geweerd omdat uit voldoende plausibele aanwijzingen (zoals identieke of overlappende inhoud in de prijsberekening, *case study* en samenstelling van het uitvoeringsteam) zou blijken dat de verbondenheid tussen de twee zusterondernemingen de inhoud van hun offertes heeft beïnvloed, waardoor deze niet autonoom en onafhankelijk zijn tot stand gekomen en de mededinging aldus werd vertekend (zie *supra* punten 3.7 en 3.8). De aanbestedende overheid vreest met andere woorden dat de verbondenheid tussen de twee zusterondernemingen heeft geleid tot een dermate verstoorde *c.q.* vertekende mededinging onder alle inschrijvers, in essentie doordat deze twee inschrijvers onderlinge afspraken zouden hebben gemaakt, zodanig dat zij als aanbestedende overheid rechtens geen enkele andere keuze meer had dan de twee betrokken offertes uit de procedure te weren en, zodoende, beide inschrijvers definitief uit te sluiten en hen elke kans te ontzeggen om nog in aanmerking te komen voor gunning van de opdracht.

De verwerende partij blijkt dit onderzoek te hebben gevoerd onder het deel van de gunningsverslagen dat betrekking heeft op het regelmatigheidsonderzoek van de offertes en heeft vervolgens besloten tot de substantiële onregelmatigheid ervan “omdat deze [offertes] zijn ingediend als gevolg van handelingen die de normale mededingingsvoorwaarden vertekenen”.

Evenwel blijkt het betrokken onderzoek, minstens *prima facie*, geen betrekking te hebben op de overeenstemming van de offertes met de opdrachtdocumenten en de inhoudelijke conformiteit van de offertes met de vereisten van de opdrachtdocumenten, maar wel op de eigen kwaliteiten, de hoedanigheid, de relatie en de handelingen van de inschrijvers die deze offertes hebben ingediend. Het is immers hun onderlinge verbondenheid enerzijds en het vermoeden van verdoken afspraken tussen de twee inschrijvers anderzijds die werden onderzocht, wat de verwerende partij ook lijkt te onderkennen in haar nota waarin zij stelt dat – om tot wering te kunnen besluiten – *in concreto* moet worden nagegaan of er een onderlinge band is én of die band een invloed heeft gehad op de inhoud en het onafhankelijk karakter van de offertes en dat “[d]it exact [is] wat verwerende partij heeft gedaan”. In wezen vreest de verwerende partij immers (en zij meent daarvoor over afdoende plausibele aanwijzingen te beschikken) dat twee dochterondernemingen van één moederbedrijf onderlinge afspraken hebben gemaakt die een invloed hebben gehad op de inhoud en het onafhankelijk karakter van de ingediende offertes.

Aldus dient er te worden aangenomen, minstens in het kader van de voorliggende procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, dat de bestreden weringsbeslissingen, anders dan uit de gunningsverslagen blijkt, passen binnen en hun juridische grondslag vinden in het selectieonderzoek van de inschrijvers, meer bepaald het onderzoek van de uitsluitingsgronden en dan in het bijzonder het onderzoek naar het stellen door de inschrijver van handelingen die gericht zijn op vervalsing van de mededinging.

13. In de mate de verwerende partij in haar nota benadrukt dat de bestreden beslissingen dienen te worden aangemerkt als beslissingen tot het onregelmatig verklaren van de offertes van de verzoekende partij en niet als een beslissing tot uitsluiting uit de plaatsingsprocedure omdat volgens haar een (duidelijk) onderscheid moet worden gemaakt tussen, eensdeels, de uitsluiting van kandidaten wegens hun eerdere (in het verleden gestelde) handelingen in het kader van een andere overheidsopdracht waarvoor artikel 69 van de wet overheidsopdrachten grondslag biedt en, anderdeels, de wering van handelingen (offertes als gevolg van mededinging-vertekenende afspraken) in het kader van de huidige opdracht op basis van artikel 5 van die wet, zodat de te dezen voorliggende

beslissingen kaderen binnen artikel 5 en niet binnen de artikelen 69 en 70 die volgens haar niet van toepassing zouden zijn, kan zij, zo lijkt, niet worden bijgevalen.

Het onderscheid dat de verwerende partij naar voren schuift, lijkt op het eerste gezicht kunstmatig en geen directe steun te vinden in de betrokken bepalingen van de wet van 17 juni 2016. Deze bepalingen blijken integendeel onderling gekoppeld te zijn en naar elkaar te verwijzen. Er is op het eerste gezicht geen grond voorhanden om de betrokken regeling, zoals de verwerende partij het wil, uit elkaar te trekken en in twee onderscheiden situaties op te delen van enerzijds uitsluiting van de inschrijver dan wel substantiële onregelmatigheid van diens offerte, al naargelang het tijdstip waarop de mededingingsvertekkende handelingen zouden hebben plaatsgevonden. Overigens viseert artikel 69, eerste lid, 4°, luidens de bewoordingen ervan, – naast overeenkomsten – ook “afspraken [...], die gericht zijn op vervalsing van de mededinging in de zin van artikel 5, [§ 1], lid 2”, dat wil zeggen afspraken (en handelingen) “zelfs al heeft dit (nog) niet tot het sluiten van een overeenkomst geleid” en waarvoor dan ook, zo blijkt uit de parlementaire voorbereiding bij deze wetsbepaling, “in een overeenstemmende uitsluitingsgrond is voorzien”. Dergelijke handelingen en afspraken die de normale mededingingsvoorwaarden vertekenen, zijn immers verboden en “Om redenen van duidelijkheid”, zo blijkt uit de memorie van toelichting bij die bepaling, is er door de wetgever voor geopteerd om “dit specifieke geval te linken aan de uitsluitingsgrond in verband met het vervalsen van de mededinging” (*Parl. St. Kamer*, 2015-2016, 54-1541/001,121-122).

14. De interpretatie die de verwerende partij voorstaat, lijkt overigens, althans *prima facie*, op gespannen voet te staan met het grondwettelijk beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie. Er kan, minstens op het eerste gezicht, geen pertinente of draagkrachtige reden worden bedacht om aan te nemen dat het, al naargelang het tijdstip (in het verleden of tijdens de plaatsingsprocedure), in het éne geval van inbreuk op de in artikel 5 vervatte verbodsbepaling wél verplicht zou zijn voor de aanbestedende overheid om de betrokken inschrijver(s) te horen en in het andere geval dan weer niet. Het gaat in beide gevallen immers om gedrag dat de vrije en eerlijke mededinging vertekent en dat de integriteit van de kandidaat of inschrijver in twijfel trekt en waarbij de

aanbestedende overheid dergelijke handelingen en afspraken wil sanctioneren, zodat het hoorrecht en/of het toelaten van corrigerende maatregelen, dezelfde lijkt te moeten zijn. Of de betrokken handelingen in een vorige overheidsopdracht of in de lopende plaatsingsprocedure plaatsvonden, verandert niets aan de kernvraag of, te dezen, door handelingen of afspraken die de mededinging vertekenen, de eerlijke concurrentie is geschonden en of daartegen maatregelen moeten worden genomen door de aanbestedende overheid.

De achterliggende drijfveer van de aanbestedende overheid lijkt op het eerste gezicht weliswaar geheel correct te zijn, zij wil met de bestreden beslissingen immers de eerlijke concurrentie en het transparante verloop van de plaatsingsprocedure waarborgen. Zij mag daarbij echter niet zomaar eenzijdig en definitief tot een dergelijke ernstige en zwaarwichtige maatregel overgaan, zo lijkt, zonder de betrokkene(n) eerst de kans te geven zich te verweren, hun standpunt toe te lichten en eventuele corrigerende maatregelen te treffen. De gevolgen zijn immers zeer ingrijpend aangezien ze elke verdere deelname aan de opdracht onmogelijk maakt. Bovendien, hoe men het draait of keert, de redenen voor de wering doet vragen rijzen omtrent de integriteit en betrouwbaarheid van de betrokken inschrijver(s). De verwerende partij lijkt dat ook niet te ontkennen: zij gewaagt te dezen immers van “afspraken”, “beïnvloeding”, “onderlinge afstemming”, kortom, zoals het in de bestreden beslissingen luidt, van het stellen van “handelingen die de normale mededingingsvoorwaarden vertekenen”, wat niet is toegestaan.

In dergelijke omstandigheden lijkt het, minstens op het eerste gezicht, essentieel te zijn dat de ondernemer zijn standpunt kan doen gelden, en/of corrigerende maatregelen voorstellen en deze laten onderzoeken vooraleer de aanbestedende overheid haar beslissing neemt (vergelijk met (HvJ 17 mei 2018, C-531/16, ECLI:EU:C:2018:324, punt 33, HvJ 14 januari 2021, C-387/19, ECLI:EU:C:2021:13, punt 29). Het is, zo lijkt, moeilijk betwistbaar dat een inschrijver, wanneer er sprake is van een mogelijke uitsluiting wegens mededinging-verstorende handelingen, de kans moet worden geboden toelichting te geven en zijn standpunt te doen gelden vooraleer de aanbestedende overheid

een definitief besluit neemt over de betrokken uitsluiting c.q. wering van de inschrijver, ook al meent de verwerende partij over voldoende plausible aanwijzingen te beschikken.

15. Tot slot – en los nog van artikel 70, § 3, van de wet van 17 juni 2016 –, kan de verwerende partij *prima facie* evenmin overtuigen om op grond van de rechtspraak waarnaar zij verwijst, te besluiten dat zij – zonder de betrokken inschrijver(s) de gelegenheid te geven toelichting te verschaffen en hem zodoende de kans te geven zijn standpunt mee te delen –, deze vermag uit te sluiten van deelname aan de opdracht omwille van een inbreuk op artikel 5, § 1, tweede lid, van de wet van 17 juni 2016.

In het kader van de rechtspraak waarnaar de verzoekende partij verwijst, oordeelde de Raad van State weliswaar “dat een beslissing om een offerte substantieel onregelmatig te verklaren op het eerste gezicht geen maatregel [lijkt] die, zoals de hoorplicht veronderstelt, het ontnemen van een eerder verleend voordeel inhoudt of een sanctie ten aanzien van het gedrag van de inschrijver uitmaakt” (o.m. RvS 17 januari 2023, nr. 255.523) zodat een beslissing tot het onregelmatig verklaren van een offerte met andere woorden op het eerste gezicht niet voldoet aan de toepassingsvoorwaarden van de hoorplicht als beginsel van behoorlijk bestuur.

Evenwel blijkt het in de betrokken rechtspraak op het eerste gezicht te gaan om beslissingen tot niet-selectie van de inschrijver omdat hij niet voldoet aan de *intuitu personae*-vereisten inzake de opdracht (bijvoorbeeld omdat hij onvoldoende relevante referenties heeft) of omdat zijn offerte niet in overeenstemming blijkt te zijn met de opdrachtdocumenten (zijn aanbod wijkt bijvoorbeeld af van een of meerdere belangrijke technische vereisten). De draagwijdte van dat type onregelmatigheidsbeslissingen heeft immers, zo lijkt, geen betrekking op het nemen van een sanctiemaatregel gesteund op het persoonlijk gedrag van de inschrijver.

Wanneer een inschrijver(s) echter, zoals in dit specifieke geval, wordt geweerd of uitgesloten omwille van mededinging-vertekenend gedrag als bedoeld in artikel 5, § 1, tweede lid, van de wet van 17 juni 2016, lijkt dat, zoals hiervoor is uiteengezet, *prima facie* neer te komen op een ernstige maatregel omwille van het persoonlijk gedrag van deze inschrijver. Dergelijke ernstige maatregel *c.q.* sanctie waartoe is besloten (wering *c.q.* uitsluiting van de opdracht) wordt opgelegd omwille van onderlinge beïnvloeding bij de respectieve aanbiedingen voor dezelfde opdracht van ondernemingen waartussen een afhankelijkheidsverhouding bestaat of die verbonden zijn én (bovendien) niet zelfstandig en onafhankelijk hebben gehandeld en die hem als een ernstige tekortkoming aan het beginsel van de vrije mededinging worden aangerekend. Dergelijke bezwarend besluit kan niet worden genomen “zonder dat deze inschrijvers de gelegenheid is geboden aan te tonen dat hun aanbiedingen onafhankelijk van elkaar tot stand zijn gekomen” (zie HvJ van 8 februari 2018, C-144/17, ECLI:EU:C:2018:78, punt 36, evenals HvJ van 14 januari 2021, C-387/19, ECLI:EU:C:2021:13, punt 34) en lijkt voorts, althans op het eerste gezicht, disproportioneel, des te meer omdat de met het stellen van mededingingsvertekenende handelingen (die de integriteit van de kandidaat of inschrijver aantasten) overeenstemmende uitsluitingsgrond, een facultatieve maatregel is.

16. Ten slotte in de mate de verwerende partij nog betoogt dat het zou volstaan dat een inschrijver zijn argumenten kan doen gelden in het kader van een procedure voor de Raad van State tot schorsing dan wel nietigverklaring van een gunningsbeslissing en er dus geen verplichting zou bestaan om tijdens de gunningsprocedure zelf te voorzien in de mogelijkheid voor de inschrijvers om aan te tonen dat hun aanbiedingen onafhankelijk van elkaar tot stand zijn gekomen, kan zij, zo lijkt, evenmin worden bijgevalen. Dat standpunt lijkt immers op gespannen voet te staan met rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU inzake uitsluitingsgronden. Er lijkt op grond daarvan *prima facie* te mogen worden aangenomen dat in een geval als het voorliggende wanneer de administratieve overheid voornemens is jegens een bepaald persoon een

bezwarend besluit vast te stellen, zoals een besluit tot uitsluiting van een aanbestedingsprocedure, het hoorrecht moet worden geëerbiedigd (HvJ van 14 januari 2021, C-387/19, ECLI:EU:C:2021:13, punt 34) zodat het niet lijkt te kunnen volstaan dat de aanbestedende overheid de rechten van de inschrijver in dergelijk geval beperkt tot een *ex post* procedure bij de Raad van State. De inschrijver moet nog vóór de beslissing de kans krijgen om zijn standpunt te verduidelijken.

17. Het eerste middelonderdeel van het enige middel is in de aangegeven mate ernstig en verantwoordt de schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen.

Tweede middelonderdeel

18. Zoals hiervoor in punt 7 is gebleken, voert de verzoekende partij in het tweede middelonderdeel van het enig middel in essentie nog aan dat de objectieve gegevens *c.q.* de afdoende plausibele aanwijzingen die door de verwerende partij worden aangevoerd om de bestreden beslissingen te nemen “incorrect, niet gemotiveerd en onevenredig zijn” wat zij in haar verzoekschrift nader toelicht en illustreert doch door de verwerende partij in haar nota omstandig wordt betwist.

19. Uit de bespreking hiervoor van het eerste middelonderdeel volgt dat de verwerende partij, alvorens te beslissen de verzoekende partij uit de plaatsingsprocedure te weren omdat zij over voldoende plausibele aanwijzingen beschikt inzake handelingen of gedragingen die de mededinging vertekenen in de zin van artikel 5, § 1, tweede lid, van de wet van 17 juni 2016, deze inschrijver van haar bevindingen op de hoogte had moeten stellen om hem de gelegenheid te bieden op nuttige wijze zijn standpunt te laten kennen of aan te tonen dat zijn aanbiedingen onafhankelijk tot stand zijn gekomen.

Gelet op het *prima facie* ernstig bevinden van het eerste middelonderdeel, kwam de motivering zoals zij thans voorligt tot stand zonder dat een essentiële stap in de plaatsingsprocedure werd genomen. Deze kritiek op de motieven zonder dat de inschrijver standpunt heeft kunnen innemen over de door de verwerende partij aangevoerde gegevens of plausibele aanwijzingen en/of deze te kunnen weerspreken in het kader van de plaatsingsprocedure zelf, is voorbarig en leent zich in dit stadium niet dienstig tot een wettigheidsonderzoek.

VII. Besluit

20. Het enig middel is in de aangegeven mate ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt dan ook ingewilligd.

BESLISSING

De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van :

“1. De beslissing van 5 februari 2025 van de Vlaamse Gemeenschap, Agentschap Facilitair Bedrijf, tot gunning van de overheidsopdracht voor diensten met als voorwerp ‘Raamovereenkomst voor het uitvoeren van diverse landmeetkundige prestaties’ (Bestek nr. 2024/HFB/OP/123439), wat perceel 1 - Regio West betreft, aan 1. [O.] en 2. [L.D.], en waarbij de offerte van [de verzoekende partij] werd geweerd;

2. De beslissing van 5 februari 2025 van de Vlaamse Gemeenschap, Agentschap Facilitair Bedrijf, tot gunning van de overheidsopdracht voor diensten met als voorwerp ‘Raamovereenkomst voor het uitvoeren van diverse landmeetkundige prestaties’ (Bestek nr. 2024/HFB/OP/123439), wat perceel 2 - Regio Oost betreft, aan 1. [O.], 2. [L.D.] en 3. [D.G & C.], en waarbij de offerte van [de verzoekende partij] werd geweerd;

3. De beslissing van 5 februari 2025 van de Vlaamse Gemeenschap, Agentschap Facilitair Bedrijf, tot gunning van de overheidsopdracht voor

diensten met als voorwerp ‘Raamovereenkomst voor het uitvoeren van diverse landmeetkundige prestaties’ (Bestek nr. 2024/HFB/OP/123439), wat perceel 3 – Centrum betreft, aan 1. [O.], 2. [L.D.] en 3. [D.G. & C.], en waarbij de offerte van [de verzoekende partij] werd geweerd.”

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op vijftientwintig maart tweeduizend vijftientwintig, door de Raad van State, XIVde kamer, samengesteld uit:

Kaat Leus,
bijgestaan door

Johan Pas,

De griffier

Johan Pas

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De voorzitter

Kaat Leus