

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 241.265 van 19 april 2018
in de zaak A. 224.809/XII-8521**

In zake: de NV ROTO SMEETS BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Wim Nysmans
kantoor houdend te 2340 Beerse
Bisschopslaan 31
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD ANTWERPEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Annelies Verlinden
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 106
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 19 maart 2018, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[d]e gunningsbeslissing genomen door het college van burgemeester en schepenen van de Stad Antwerpen op de zitting van 2 maart 2018 waarbij werd besloten om de opdracht zoals nader omschreven in het ‘Bestek GAC/2017/4770. Raamovereenkomst drukken stadsmagazine - Gunning – Goedke[u]ring’, te gunnen aan Roularta Media Group NV en waarbij aldus deze opdracht niet werd gegund aan [de nv Roto Smeets Belgium].”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

‡BJESLFHBA-BDDDIDV‡

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 3 april 2018, om 10.30 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Wim Nysmans, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Florence Van Durme, die *loco* advocaat Annelies Verlinden verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederic Eggermont heeft een met dit arrest andersluidend 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 opdracht van leveringen uit voor “een raamovereenkomst voor het drukken van het stadsmagazine”.

Op de opdracht is het bestek GAC/2017/4770 van toepassing. De opdracht wordt gegund met een openbare procedure. Als gunningscriteria gelden de prijs, de dienstverlening, de duurzaamheid en het maatschappelijk verantwoord ondernemen.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 18 december 2017 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie op 20 december 2017.

3.2. Op 23 januari 2018 blijken de volgende partijen een offerte te hebben ingediend:

- De nv Roularta Media Group
- De nv Roto Smeets Belgium

- De nv Drukkerij Moderna
- De nv Symeta.

3.3. Op 6 februari 2018 wordt een verslag van nazicht opgesteld. Alle inschrijvers worden daarbij geselecteerd. Bij het “regelmaticheidsonderzoek van de geselecteerde inschrijvers” wordt bij het “formeel nazicht” de offerte van de verzoekende partij niet in orde bevonden en wel als volgt:

“Niet in orde :

Het verplichte in te vullen UEA formulier werd in onvolledige vorm aangeleverd (enkel de oneven pagina’s werden ingescand). De niet-naleving van de verplichtingen inzake het UEA (zoals het niet correct invullen/overmaken van het UEA) betreft volgens artikel 76, §1, derde lid, 2° (samen gelezen met artikel 38) van het KB Plaatsing 18 april 2017 een substantiële onregelmaticheid. De offerte van Roto Smeets dient bijgevolg om deze reden te worden geweerd. De offerte wordt dan ook niet verder (inhoudelijk) beoordeeld.”

Bij het materieel nazicht van de offertes wordt vervolgens vastgesteld dat de offertes van de nv Drukkerij Moderna en de nv Symeta niet regelmatig zijn. Enkel de offerte van de nv Roularta Media Group wordt regelmatig beschouwd en inhoudelijk beoordeeld.

3.4. Op grond van het verslag van nazicht van de inschrijvingen wordt met de bestreden beslissing van 2 maart 2018 de opdracht gegund aan de nv Roularta Media Group.

De verzoekende partij wordt per e-mailbericht en aangetekende brief van 5 maart 2018 in kennis gesteld van de voormelde gunningsbeslissing. Deze wordt met het gunningsverslag als bijlage bij die kennisgeving gevoegd.

IV. Schorsingsvoorwaarden

4.1. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte

of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

4.2. Te dezen is evenwel ook de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’ van toepassing.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissing in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

Overeenkomstig artikel 15, tweede lid, echter wordt de vordering tot schorsing voor de Raad van State uitsluitend ingesteld volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of minstens één ernstig middel wordt aangevoerd, dan wel een klaarblijkelijke onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissing kunnen verantwoorden.

V. Onderzoek van de middelen

Tweede middel

Standpunten van de partijen

5. In een tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van algemene beginselen van behoorlijk bestuur, meer bepaald:

“Doordat de bestreden gunningsbeslissing van 02.03.2018 van het college van burgemeester en schepenen van de stad Antwerpen, de offerte van verzoekster weerde omdat het verplicht in te vullen UEA formulier in een ‘onvolledige vorm’ werd aangeleverd, zonder verzoekster toe te laten haar dossier aan te vullen met de ‘even’- pagina’s van het UEA formulier heeft

de stad Antwerpen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur geschonden meer bepaald het evenredigheidsbeginsel als toepassing van het redelijkheidsbeginsel.”

De verzoekende partij betoogt in dit middel in essentie dat het weren van haar offerte zonder haar de mogelijkheid te geven de “even” bladzijden van het Universeel Europees Aanbestedings (UEA) - formulier toe te voegen duidelijk disproportioneel is, indien het bestek zoals te dezen niet vermeldt dat het betrokken formulier op straffe van nietigheid aan de offerte dient te worden gevoegd.

Zij legt uit dat het voormelde UEA in onvolledige vorm werd bezorgd tengevolge van een “kennelijke materiële fout” of een vergissing, doordat enkel de oneven bladzijden van een – recto verso afgedrukt – UEA- formulier werden ingescand, en enkel deze bladzijden aan de aanbestedende overheid werden bezorgd.

De verzoekende partij wijst er in haar toelichting ook op dat indien de stad Antwerpen haar had toegelaten de “even” bladzijden van het UEA-formulier nadien nog toe te voegen en aldus het document te vervolledigen, dit geenszins tot gevolg zou hebben gehad dat de stad Antwerpen hiermee “de kwalitatieve selectie zou hebben versoepeld of dat zij [haar] toegelaten zou hebben de inhoud van haar offerte te wijzigen”.

6. Volgens het verweer in de nota was de offerte van de verzoekende partij door de onvolledigheid van het UEA-formulier behept met een substantiële onregelmatigheid waarbij de verwerende partij niet de keuze had om het niet-naleven van de verplichtingen van het UEA als niet-substantieel aan te merken.

Zij verwijst daartoe naar artikel 38 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’, dat de verplichting bevat tot het voorleggen van het UEA en artikel 76,§1, vierde lid, van hetzelfde besluit, dat het niet-naleven van dat vereiste als substantieel beschouwt.

Beoordeling

7. De hiervoor genoemde affirmaties van de verwerende partij lijken te kunnen worden bijgevalen in hun algemeenheid. Ze lijken aldus te kunnen gelden in de gevallen waarbij een UEA-formulier ontbreekt.

Te dezen heeft de verzoekende partij echter wel een UEA-formulier bij de inschrijving gevoegd maar op gebrekkige wijze, namelijk onvolledig.

De oorzaak van die onvolledigheid wordt door de verzoekende partij gelegd bij een niet adequate scanninghandeling waardoor enkel de oneven bladzijden in dat proces doorkwamen. Een dergelijke onachtzame handeling bij het inscannen waarvan de waarschijnlijkheid niet lijkt te worden betwist door de verwerende partij, vertoont sterke gelijkenis met een ongewilde verschrijving in een tekst of in een getal.

De verzoekende partij maakt aannemelijk dat de gelijkheid der inschrijvers niet in het gedrang zou zijn gebracht en haar geen voordeel zou zijn verschaft mocht de verwerende partij wel hebben toegestaan dat ook de even bladzijden van het formulier aan de inschrijving zouden worden toegevoegd. Het lijkt ook niet duidelijk welke gegevens in die initieel ontbrekende bladzijden alsdan tot die ongelijke behandeling hadden kunnen leiden. Blijkens het formulier en artikel 73 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’, dat de finaliteit van het formulier verduidelijkt, betreffen de daarin opgenomen gegevens immers vooral identificatie van de inschrijver, uitsluitingsgronden en selectiecriteria en blijkt het ontbreken van de betrokken gegevens de selectie van de verzoekende partij juist niet te hebben verhinderd, hetgeen een contradictie in de bestreden beslissing lijkt. In datzelfde artikel wordt voorts nog bepaald dat het UEA-formulier een formele verklaring bevat dat de ondernemer in staat zal zijn om “op verzoek” en onverwijld bewijsstukken te leveren hetgeen een aanwijzing lijkt om de omgang met het UEA-formulier niet op al te rigide wijze op te vatten.

Aldus lijkt het te dezen om een bijzondere casus te gaan, waarbij de voormelde bepalingen waarop de verwerende partij zich beroept niet zonder

meer mochten worden toegepast. Door zulks te doen zonder nader onderzoek naar de betrokken onvolledigheid van het UEA-formulier en door de verzoekende partij niet te vragen die op het eerste gezicht bevreemdende maar dan toch weer begrijpelijke onvolledigheid te verhelpen, lijkt de verwerende partij de perken van de redelijkheid te hebben overschreden en is het middel in die mate ernstig.

VI. Impliciete weigering

8. In de mate dat de verzoekende partij met haar verzoekschrift tevens de schorsing zou nastreven van de impliciete weigering om haar de opdracht te gunnen, valt op te merken dat zij er zich in dat verband toe beperkt in het voorwerp van haar vordering de schorsing te vragen van de tenuitvoerlegging van de beslissing “ waarbij [...] aldus deze opdracht [haar] niet werd gegund ”.

Zij doet echter zelfs geen poging om aan te tonen dat er te dezen een uitzonderlijk geval voorligt dat de Raad van State ertoe zou moeten doen besluiten om reeds in een procedure tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid eveneens de schorsing te bevelen van de tenuitvoerlegging van de impliciete weigering om de opdracht aan de verzoekende partij te gunnen.

Integendeel staat in de huidige stand van het geding geen rechtsplicht vast die tot een dergelijke gunning zou noodzaken, aangezien het verhelpen van de in het middel aangedragen ernstig bevonden rechtsschending de aanbestedende overheid ertoe niet lijkt te verplichten meteen de opdracht aan de verzoekende partij te gunnen.

VII. Besluit en kosten

9. Het besproken middel is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden ingewilligd.

Het is passend, gelet op de hierna ingewilligde vordering tot schorsing en het daaropvolgende nog noodzakelijke procedureverloop, de kosten, de gevorderde rechtsplegingsvergoedingen inbegrepen, in beraad te houden.

BESLISSING

1. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing genomen door het college van burgemeester en schepenen van de Stad Antwerpen in zitting van 2 maart 2018 tot gunning van de raamovereenkomst voor het drukken van het stadsmagazine aan de nv Roularta Media Group.

2. De Raad van State verwerpt de vordering voor het overige.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 19 april 2018, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest