RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 242.502 van 2 oktober 2018
in de zaak A. 223.468/XII-8445

In zake: de NV BKSI PACKING
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Reiner Tijs
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
Nassaustraat 37-41
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de BELGISCHE STAAT,
vertegenwoordigd door de minister van Buitenlandse Zaken
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Patrik De Maeyer
kantoor houdend te 1160 Oudergem
Tedescolaan 7
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 16 november 2017, strekt tot de nietigverklaring van "[h]et gemotiveerd gunningsbesluit van de FOD Buitenlandse Zaken, Buitenlandse Handel en Ontwikkelingssamenwerking d.d. 1 september 2017, waarmee perceel 6 van de overheidsopdracht voor het vervoeren en verpakken van diplomatieke zendingen (open offertaanvraag met bestek nr. BZAE/P&05/2017001) gegund wordt aan AGS Coussaert Belgium".

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 239.752 van 31 oktober 2017 is de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing ingewilligd.

De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Auditeur Thomas Maes heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij en de verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 25 september 2018.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Joran Maes, die *loco* advocaat Reiner Tijs verschijnt voor de verzoekende partij, is 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 schrijft een overheidsopdracht uit voor diensten, namelijk het vervoer en verpakken van diplomatieke zendingen. Het betreft een open offerteaanvraag voor een raamovereenkomst met een looptijd van vijf jaar.

De opdracht betreft diensten in categorie 27 van bijlage II B van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2006).

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 13 april 2017.

3.2. Het bijzonder bestek met referentie BZAE/P&O5/2017001 is van toepassing op de opdracht.

De opdracht bestaat uit zes percelen. Het beroep is beperkt tot perceel 6. In het bestek is dat perceel als volgt omschreven:

> “Het in ontvangst nemen, controleren, verpakken en ter beschikking houden van de Belgische diplomatieke Cargozendingen bestemd voor een Belgische diplomatieke en/of consulaire vertegenwoordiging in het buitenland.”

Meer in detail blijkt uit het bestek dat van de inschrijvers het volgende wordt verwacht:

> “• In ontvangst nemen van de goederen
> • Controle van de goederen (via een door de aanbestedende overheid gegeven bestelbon) en onmiddellijke melding aan de Verzendingsdienst bij onvolledige of beschadigde aflevering (via e-mail naar [...])
> • Ontvangstmelding van de goederen aan de Verzendingsdienst (via e-mail naar [...]) uiterlijk één werkdag na de in ontvangst neming
> • Beheren van de dossiers per bestemming en hiervan maandelijks een overzicht overmaken aan de Verzendingsdienst (via e-mail naar [...]) in

MS Excel-formaat of in een ander formaat waarvan de gegevens gemakkelijk kunnen worden geïmporteerd in een Excel-bestand. Dit overzicht vermeldt de voor de aanbestedende overheid noodzakelijke informatie met betrekking tot de zendingen (referte bestelbon, omschrijving inhoud, afmetingen per kist, bruto gewicht, volumetrisch gewicht,…)
• Stockeren van de goederen voor een maximale periode van drie maanden (indien deze periode overschreden wordt, mogen er stockage-kosten worden aangerekend)
• Het verpakkingshout moet aan de eisen voldoen conform ISPM15 regelgeving
• De kisten moeten aangepast zijn aan de reële volumes
• Het verpakken moet gebeuren binnen 48u na ontvangst van de volledige bestelling (per bestemming) of nadat de Verzendingsdienst opdracht heeft gegeven tot het verpakken van een gedeeltelijke aflevering
• De goederen moeten voor de bekisting vacuüm worden verpakt (verpakkingsnorm 4C) waardoor wordt voorkomen dat er vocht in de goederen of zijn verpakking komt
• Op iedere kist dient goed zichtbaar op de vijf zijden het nummer van de bestelbon, de bestemming (Ambassade van België te … / Consulaat-generaal van België te …) en het gewicht te worden vermeld; bv. 2 / Ambassade van België te ALGIERS / 250kg (waarbij 2 het bestelbonnummer, ALGIERS de bestemming en 250kg het gewicht zijn)
• Iedere kist dient met staalband kruisgewijs te worden omsnoerd zodat de zending niet meer kan worden geopend
• Ten laatste de volgende werkdag na het verpakken een paklijst bezorgen aan de Verzendingsdienst (via e-mail naar [...])
• Bijstand verlenen bij de verzegeling van de kisten
• Bij lucht- en baanvracht: laden van de vrachtwagens
• Bij zeevracht: laden en vastzetten van de kisten (stuffen) in de door de FOD Buitenlandse Zaken ter beschikking gestelde container(s)
• De verpakker dient rekening te houden met:
• Het maximale brutogewicht per kist is 1000kg
• De maximale afmetingen per kist zijn:
- voor baan- en luchtvracht: L x B X H (in cm) 315 x 220 x 160
- voor zeevracht: L x B X H (in cm) 580 x 230 x 210”.

Wat de prijsopgave betreft, wordt in het bestek het volgende bepaald:

“Alle prijzen vermeld in het offerteformulier en in de bijlagen bij het offerteformulier, evenals de tarieven en de brandstoftoeslag waarvan sprake in rubriek 9.3, worden verplicht uitgedrukt in EURO.
Dit is een opdracht volgens prijslijst wat betekent dat enkel de eenheidsprijzen forfaitair zijn.
[…]

Voor perceel 6:
De verpakkingsprijs (exclusief BTW) per m², door de dienstverlener vermeld in het offerteformulier, dient alle voorwaarden en alle prestaties te omvatten welke vermeld zijn in rubriek 6.7."

In het bestek wordt vereist dat de inschrijvers de volgende documenten bij hun offerte voegen specifiek voor perceel 6:

"• ISPM15-certificaat
• SEI- of HPE-certificaat
• Bewijs van verzekeringsschadedekking voor een bedrag groter of gelijk aan 2.500.000,00 EUR."

Voorts wordt in het bestek vereist dat de inschrijvers in het kader van de kwalitatieve selectie een bankverklaring bij hun offerte voegen ter staving van hun financiële draagkracht.

De gunningscriteria luiden:

"Voor de keuze van de economisch meest interessante offerte worden de regelmatige offertes van de geselecteerde inschrijvers aan een aantal gunningscriteria getoetst.
Deze criteria zullen gewogen worden teneinde een eindklassement te bekomen.
[…]
De gunningscriteria in dalende rangorde van belangrijkheid, zijn de volgende:
[…]
Voor perceel 6:
1. De prijs per m², zoals beschreven in rubriek 9.1 (100%).
[…]
De evaluatie van de gunningscriteria gebeurt als volgt:
[…]
Voor perceel 6:
- voor de beoordeling van gunningscriterium 1 (Prijs) wordt de volgende formule toegepast:
(Eenheidsprijs van de goedkoopste offerte / Eenheidsprijs van de offerte) x 100".

3.3. De uiterste datum voor het indienen van offertes is 31 mei 2017.

Er worden twee offertes ingediend voor perceel 6, namelijk door de nv BKSI Packing – de huidige verzoekende partij – en de bvba AGS Coussaert Belgium – de gekozen inschrijver (hierna: AGS Coussaert).

3.4. Uit het gunningsverslag blijkt dat de twee inschrijvers allebei worden geselecteerd voor perceel 6, hoewel bij AGS Coussaert wordt opgemerkt dat "de bankverklaring ontbreekt". Vervolgens wordt de regelmatigheid van de offertes onderzocht; volgens dit verslag voldoet de offerte van de verzoekende partij aan de vereisten inzake de materiële en formele regelmatigheid, doch die van AGS Coussaert niet.

Ten slotte worden de offertes getoetst aan de hand van de gunningscriteria. Wat perceel 6 betreft, wordt in het verslag vastgesteld dat de offerte van AGS Coussaert het maximum heeft van de punten voor het criterium prijs – 9,70 euro per m^2 tegenover 35,34 euro, die de verzoekende partij biedt – en dat "voor dit perceel de ingediende offerte wel degelijk formeel en materieel regelmatig is".

3.5. Op 1 september 2017 beslist de verwerende partij om perceel 6 van de opdracht te gunnen aan AGS Coussaert.

Kort hierna gaat de verwerende partij over tot het sluiten van de overeenkomst met de gekozen inschrijver.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4. In haar memorie van antwoord betwist de verwerende partij het belang van de verzoekende partij als volgt:

> “Aangezien de verzoekende partij (1) de toewijzing en de daarop volgende uitvoering van de opdracht niet lijkt te willen bekomen, (2) haar vordering louter gericht is op het verwerven van een vergoeding voor de door het mislopen van de opdracht geleden schade en (3) zij de opdracht, zelfs in het geval van een eventuele nietigverklaring van de bestreden beslissing, onder geen enkel beding kan toegewezen krijgen, heeft de verzoekende partij geen actueel (gekwalificeerd moreel) belang meer bij haar verzoek tot nietigverklaring.”

Volgens de verwerende partij had de verzoekende partij een vordering tot onverbindendverklaring moeten instellen voor de gewone rechtbanken. Door dit niet te doen, blijkt dat zij geen interesse meer heeft om de opdracht daadwerkelijk uit te voeren en dat haar beroep louter gericht is op het verkrijgen van een schadevergoeding. Zelfs bij een eventuele nietigverklaring kan de verzoekende partij de opdracht niet meer gegund krijgen. In het arrest in de kortgedingprocedure heeft de Raad van State immers al geoordeeld dat de impliciete weigering niet kan worden vernietigd aangezien de verzoekende partij zelf niet alle vereiste documenten heeft bijgebracht. In de mate dat het beroep er louter toe strekt een schadevergoeding te verkrijgen en de verzoekende partij geen belang meer toont in het uitvoeren van de opdracht, beschikt zij niet langer over een gekwalificeerd moreel belang.

Beoordeling

5.1. In het arrest nr. 239.752 van 31 oktober 2017 in de kortgedingprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid in deze zaak, heeft de Raad van State reeds geoordeeld dat de verzoekende partij wel degelijk over het rechtens vereiste belang beschikt, ook al werd de overeenkomst met de gekozen inschrijver ondertussen gesloten:

> “De verwerende partij gaat, in zoverre zij met haar exceptie bedoelt dat de sluiting van het contract het belang van de verzoekende partij bij de vordering zou doen verdwijnen, eraan voorbij dat een verzoekende partij in de materie van de overheidsopdrachten bij de nietigverklaring van een gunningbeslissing, die een afsplitsbare bestuurshandeling uitmaakt, een gekwalificeerd moreel belang heeft dat zij ontleent aan het feit dat zij is voorbijgegaan door die beslissing. Dat belang wordt door de nietig-

verklaring van de gunningbeslissing gediend, spijts de sluiting en zelfs de uitvoering van de daaropvolgende overeenkomst. Ook bij de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van die gunningsbeslissing lijkt dat belang voldoende zeker, gelet op de ruime omschrijving van het belang bij de nietigverklaring in artikel 14 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: de wet van 17 juni 2013) toegekend aan ‘elke persoon die een belang heeft of heeft gehad om een bepaalde opdracht te krijgen en die door de beweerde schending is of dreigt te worden benadeeld’. Krachtens artikel 15, eerste lid, kan de schorsing worden uitgesproken ‘[o]nder dezelfde voorwaarden’ als die bedoeld in artikel 14, dus ook wat het belang betreft.

Deze beide artikelen zijn krachtens artikel 31 van de voormelde wet ook toepasselijk op de opdrachten die zoals de in het geding zijnde opdracht het Europese drempelbedrag niet bereiken. De Raad van State kan te dezen ook bezwaarlijk vooruitlopen op de gevolgen die de aanbestedende overheid zal hechten aan een schorsing indien deze wordt bevolen, ook wanneer de opdracht reeds werd gesloten. Probleemsituaties die na de schorsing zouden ontstaan, lijken te moeten worden toegeschreven aan de verwerende partij wegens haar eigen beslissing om de opdracht te sluiten.

Artikel 30, § 2, van de wet van 17 juni 2013, dat bepaalt dat zodra de opdracht is gesloten, deze niet meer geschorst of onverbindend kan worden verklaard door de verhaalinstantie, welke die ook zij, betreft het sluiten van het contract voor de opdracht, hetgeen tot de rechtsmacht van de hoven en rechtbanken behoort. Die bepaling verzet er zich niet tegen dat de Raad de schorsing van de tenuitvoerlegging beveelt van de van de gesloten opdracht afsplitsbare gunningsbeslissing. Artikel 40 van de wet van 16 februari 2017 ‘tot wijziging van de wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ heeft artikel 30 op dit punt niet gewijzigd.

Bijgevolg lijkt het belang van de verzoekende partij prima facie niet nuttig te kunnen worden betwist op grond van het feit dat de opdracht is gesloten en wordt uitgevoerd.
[…]
De exceptie gericht tegen de vordering zelf wordt verworpen.”

5.2. De Raad van State ziet geen reden om daar thans in de procedure ten gronde anders over te oordelen.

Waar de verwerende partij doet gelden in haar memorie van antwoord dat de verzoekende partij een vordering tot onverbindendverklaring had moeten instellen bij de gewone rechter en dat, door dit niet te doen, de verzoekende partij niet langer over het rechtens vereiste actueel belang beschikt, dient dit argument om dezelfde reden, namelijk dat de verzoekende partij beschikt over een gekwalificeerd belang, te worden verworpen. Overigens dient te worden vastgesteld dat dit rechtsmiddel de verzoekende partij niet meer ter beschikking stond gelet op artikel 30, § 2, van de wet van 17 juni 2013 'betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheids-opdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies' (hierna: wet rechtsbescherming) en dit door het sluiten van de overeenkomst door de verwerende partij.

Het feit dat de Raad van State in het kortgedingarrest heeft geoordeeld dat de impliciete weigeringsbeslissing niet voor schorsing in aanmerking komt, ontneemt de verzoekende partij evenmin haar belang bij haar beroep tot nietigverklaring van de expliciete beslissing om de opdracht aan een andere inschrijver te gunnen. Overigens kan erop worden gewezen dat het beroep tot nietigverklaring enkel tegen de gunningsbeslissing wordt gericht en niet langer (mede) tegen de impliciete weigeringsbeslissing.

Aldus blijkt de verzoekende partij als niet-gekozen inschrijver op een overheidsopdracht wel degelijk nog steeds te beschikken over het rechtens vereiste belang bij de nietigverklaring van de bestreden gunningsbeslissing. Er kan nog worden opgemerkt dat, in zoverre de verzoekende partij zelf een gebrekkige offerte zou hebben ingediend, zij ook in die hypothese nog steeds belang heeft bij de nietigverklaring van de bestreden beslissing aangezien ook een inschrijver die zich in dergelijke situatie zou bevinden, niet hoeft te dulden dat de opdracht ten onrechte aan een andere inschrijver wordt gegund wiens offerte door juist datzelfde gebrek is aangetast. Gelet op het feit dat er te dezen slechts twee inschrijvers zijn, zou alsdan immers komen vast te staan dat de

aanbestedende overheid de opdracht aan geen enkele inschrijver op rechtsgeldige wijze mocht gunnen.

5.3. De exceptie wordt verworpen.

VI. Onderzoek van het tweede middel

Standpunt van de partijen

6. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 4, 8°, en van artikel 5, 6°, 8° en 9° van de wet van 17 juni 2013, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, van het algemeen rechtsbeginsel *patere legem quam ipse fecisti* en van het zorgvuldigheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur.

Zij doet op de eerste plaats gelden dat de bestreden gunningsbeslissing niet afdoende gemotiveerd is wat het al dan niet bijvoegen door de gekozen inschrijver betreft van een ISPM15-certificaat, een SEI- of HPE-certificaat en een bewijs van verzekeringsschadedekking voor een bedrag groter of gelijk aan 2.500.000,00 euro. De eerste twee certificaten hebben betrekking op de door de inschrijver gehanteerde veiligheids- en kwaliteitsnormen. Zij vormen volgens haar ontegensprekelijk een essentieel document om de technische bekwaamheid van de inschrijver te kunnen beoordelen.

De verzoekende partij betoogt:

> “In het uiteindelijke gemotiveerde gunningsbesluit d.d. 1 september 2017 wordt allereerst niet stilgestaan bij de aan-, dan wel afwezigheid van de diverse certificaten […] hoewel deze documenten wel verplicht werden gesteld in het bestek nr. BZAE/P&05/2017001. Het is verzoekende partij, die deze documenten wel degelijk voegde bij zijn offerte, volstrekt onduidelijk of AGS Coussaert Belgium wel handelt in overeenstemming met de ISPM15- en SEI-/HPE-normen. Zulks blijkt alvast niet uit de bestreden beslissing, die hierover geen enkel motief bevat en niet vermeldt of de gevraagde documenten al dan niet werden bijgebracht. Verwerende partij vraagt m.a.w. (essentiële) documenten op die haar

> zouden moeten helpen bij het beoordelen van de technische kwaliteiten van een inschrijver, om de aanwezigheid van deze documenten vervolgens niet na te gaan. Verwerende partij handelt hiermee in strijd met de formele motiveringsplicht, artikel 5, 6° Wet Motivering Overheidsopdrachten en het beginsel 'patere legem quam ipse fecisti'. Een dergelijke werkwijze kan bovendien allerminst als zorgvuldig worden beschouwd."

Op de tweede plaats wijst de verzoekende partij erop dat de bestreden gunningsbeslissing niet afdoende gemotiveerd is wat het niet bijvoegen door de gekozen inschrijver betreft van een bankverklaring in het kader van het selectiecriterium financiële draagkracht:

> "Overeenkomstig artikel 5, 6° Wet Motivering Overheidsopdrachten dient verwerende partij, bij het al dan niet selecteren van een welbepaalde inschrijver, immers de nodige feitelijke en juridische motieven ter staving van deze beslissing te ontwikkelen in het uiteindelijke gunningsbesluit. Deze motieven ontbreken in casu echter, minstens zijn ze intern strijdig. Zo wordt bij de bespreking van het algemene gunningscriterium 'financiële draagkracht', dat ook voor perceel 6 geldt, door verwerende partij terecht opgemerkt dat de bankverklaring ontbreekt. Deze werd aldus niet bijgebracht door AGS Coussaert Belgium. Aan deze bemerking worden echter geen gevolgen gekoppeld. Verwerende partij beslist immers om AGS Coussaert Belgium zonder meer te selecteren voor perceel 6, zonder hierbij te motiveren waarom het niet voldoen aan één van de selectiecriteria - minstens het niet-bijbrengen van een essentieel document om dit criterium te beoordelen - toch kan worden aanvaard in het licht van de Wetgeving Overheidsopdrachten, waar gelijkheid en transparantie centrale begrippen vormen."

Op de derde plaats doet de verzoekende partij gelden dat de beoordeling van de regelmatigheid van de offerte van de gekozen inschrijver tegenstrijdig en onduidelijk gemotiveerd is. Onder de hoofding 'IV. Onderzoek van de regelmatigheid van de offertes' wordt opgemerkt dat de offerte van AGS Coussaert niet voldoet aan de vereisten inzake de formele en materiële regelmatigheid. Bij de toetsing van de offertes aan de gunningscriteria wordt echter plots gesteld dat de offerte van AGS Coussaert voor perceel 6 wel degelijk formeel en materieel regelmatig is:

> "55. Deze door verwerende partij ontwikkelde motieven zijn dan ook inherent strijdig met elkaar. Enerzijds wordt opgemerkt dat 'de' offerte

van AGS Coussaert Belgium niet voldoet aan de vereisten inzake de formele en materiële regelmatigheid. Voor de percelen 1 t.e.m. 5 wordt ‘daarenboven’ een substantieel materiële onregelmatigheid weerhouden, hetgeen overeenkomstig artikel 95, §4 KB Plaatsing [2011] automatisch leidt tot de nietigheid van de offerte, minstens voor deze percelen.

56. Het gunningsbesluit d.d. 1 september 2017 verduidelijkt echter niet welke formele, dan wel materiële onregelmatigheden werden vastgesteld in de offerte van AGS Coussaert Belgium voor wat betreft perceel 6. Het feit dat de strijdigheid van ‘de’ (gehele) offerte met de vereisten inzake de formele en materiële regelmatigheid wordt opgemerkt, gevolgd door een verduidelijking (‘daarenboven’) m.b.t. de percelen 1 t.e.m. 5, wijst er echter onomstotelijk op dat ook het gedeelte van de offerte van AGS Coussaert Belgium voor perceel 6 formeel, dan wel materieel onregelmatig is.

57. Het is dan ook onbegrijpelijk hoe verwerende partij, zonder enige vorm van motivering en/of verduidelijking met betrekking tot de vastgestelde onregelmatigheden, de offerte van AGS Coussaert Belgium alsnog kan betrekken bij de uiteindelijke toetsing aan de gunningscriteria.

58. Overeenkomstig artikel 5, 8° Wet Motivering Overheidsopdrachten is de aanbestedende overheid verplicht om, in de uiteindelijke gunningsbeslissing, de feitelijke en juridische motieven te vermelden die aan de basis liggen van het onregelmatig verklaren van de ingediende offerte. In casu geeft men enerzijds aan dat de gehele offerte op materieel en formeel vlak onregelmatig is, waarna men verduidelijkt dat het voor de percelen 1 t.e.m. 5 zelfs een substantiële onregelmatigheid betreft. Anderzijds bouwt men geen enkele vorm van motivering op over de door zichzelf opgeworpen formele en/of materiële onregelmatigheden die werden vastgesteld in de offerte van AGS Coussaert Belgium m.b.t. perceel 6.

59. Ten slotte besluit men, opnieuw zonder enige formele motivering, om de offerte van AGS Coussaert Belgium voor perceel 6 — daar waar men één pagina eerder heeft besloten dat ‘de’ offerte niet voldoet aan de vereisten inzake de formele en materiële onregelmatigheid — alsnog regelmatig te verklaren en de opdracht alsnog aan deze inschrijver te gunnen. Het één en ander moet bovendien in het licht van het eerste middel (en de daarin opgemerkte abnormaal lage prijs van deze inschrijver) gelezen worden.”

7. In de memorie van antwoord doet de verwerende partij het volgende gelden tegen het schorsingsarrest van de Raad nr. 239.752 van 31 oktober 2017, waarin het tweede middel ernstig werd bevonden:

> "40. In het arrest met nr. 239.752 van 31 oktober 2017 oordeelde Uw Raad dat het niet bijvoegen van de bankverklaring en het ontbreken in de bestreden beslissing van een motivering waarom hieraan voorbij zou mogen worden gegaan, in strijd is met artikel 5, 6° Wet Motivering Overheidsopdrachten, aangezien het bestek op bladzijde 19, zelfs in onderlijnde tekst, uitdrukkelijk het bijvoegen van een bankverklaring vereist en daartoe een specifiek model vooropstelt.
>
> Verwerende partij kan voormelde stellingname evenwel niet onderschrijven en zet dienaangaande het volgende uiteen.
>
> 41. Verwerende partij wijst vooreerst op de rechtspraak van Uw Raad die stelt dat het in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid toekomt om vast te stellen of de afwijking al dan niet een essentiële bestekbepaling betreft en dat er in hoofde van een aanbestedende overheid geenszins een verplichting bestaat om in het bestek zelf een bepaling als essentieel aan te wijzen. (R.v.St., nr. 227.233 van 29 april 2014 en R.v.St., nr. 224.475 van 13 augustus 2013)
>
> Onvolkomenheden die betrekking hebben op bewijsstukken in verband met de kwalitatieve selectie, leiden aldus niet automatisch tot het weren van de kandidatuur of de offerte, maar er zal steeds in concreto worden getoetst of het betrokken document essentieel is.
>
> Zo zal er sprake zijn van een essentiële bestekbepaling indien het bijbrengen van een document op straffe van nietigheid wordt voorgeschreven. (R.v.St., nr. 212.054 van 15 maart 2011)
>
> In casu dient evenwel te worden vastgesteld dat het bijvoegen van de bankverklaring geenszins op straffe van nietigheid is voorgeschreven.
>
> 42. Daarenboven blijkt uit de rechtsleer dat, overeenkomstig artikel 95, § 3, tweede lid juncto artikel 82, § 1 van het KB Plaatsing [2011], alle bepalingen van het bestek die met prijzen, de uitvoeringstermijnen en de technische specificaties verband houden als essentiële bestekbepalingen worden beschouwd.
>
> De financiële draagkracht van de inschrijver wordt hier derhalve niet onder begrepen.
>
> 43. Gelet op het feit dat het bijbrengen van een bankverklaring betrekking heeft op de financiële draagkracht van AGS Coussaert Belgium en

voormelde financiële draagkracht niet beschouwd kan worden als een essentiële bestekbepaling, mocht verwerende partij er rechtmatig van uitgaan dat het ontbreken van de bankverklaring geen formele of materiële onregelmatigheid betrof, zodat zij ook geenszins diende te motiveren waarom aan dit ontbreken geen gevolgen werden gekoppeld.

Uit de rechtspraak van Uw Raad kan immers via een a contrario redenering worden afgeleid dat de aanbestedende overheid enkel dient te motiveren waarom zij afwijkt van essentiële bestekbepalingen. (R.v.St., nr. 221.135 van 23 oktober 2012)

Daarenboven wordt in de rechtsleer uitdrukkelijk aanvaard dat het verduidelijken van selectiedocumenten, en zelfs het toevoegen van documenten of inlichtingen, ook na het indienen van de offerte mogelijk is, voor zover en in de mate dat die niet essentieel zijn. Gelet op het feit dat de bij te voegen bankverklaring geen betrekking heeft op een essentiële bestekbepaling, vormt het ontbreken er van geen enkel probleem, aangezien zij achteraf nog kan worden bijgevoegd.

De aangevoerde schending van artikel 5, 6° Wet Motivering Overheidsopdrachten kan dienvolgens niet worden weerhouden, zodat dient vastgesteld te worden dat Uw Raad zich in zijn beoordeling in het arrest met nr. 239.752 van 31 oktober 2017 vergist heeft."

Wat het niet bijvoegen betreft van een ISPM15-certificaat en een SEI- of HPE-certificaat, doet de verwerende partij het volgende gelden:

"44. Voor zover de verzoekende partij vervolgens aanvoert dat verwerende partij in de bestreden beslissing niet stilgestaan zou hebben bij de aan-, dan wel afwezigheid van de diverse certificaten […] en het evenmin duidelijk zou zijn of AGS Coussaert Belgium wel handelt in overeenstemming met de ISPM15- en SEI-/HPE-normen, kan zij ook niet in haar opvatting worden bijgetreden.

Op pagina 7 van bestreden beslissing komt verwerende partij […] tot volgende conclusie:

'Dat de offerte van AGS Coussaert Belgium Belgium (sic) het maximum heeft van de punten voor het criterium prijs betreffende het perceel 6 en voor dit perceel de ingediende offerte wel degelijk formeel en materieel regelmatig is.'

Uit het feit dat de ingediende offerte zowel formeel, als materieel, regelmatig werd bevonden vloeit per definitie voort dat de offerte van AGS Coussaert Belgium wel degelijk aan de vereiste normen voldoet, of

dat - voor zover er al stukken zouden ontbreken - deze niet dienden te leiden tot een absolute nietigheid.

Het feit dat verwerende partij niet letterlijk formuleerde dat de vereiste certificaten […] bij de offerte werden gevoegd en dat zij evenmin expliciet verduidelijkte of AGS Coussaert Belgium aan de veiligheidsnormen voldoet, doet aan deze vaststelling geen afbreuk.

Het doel van de uitdrukkelijke motiveringsplicht is er immers in gelegen de bestuurde in kennis te stellen van de redenen waarom de administratieve overheid de beslissing heeft genomen, zodat hij kan beoordelen of er aanleiding toe bestaat de beroepen in te stellen waarover hij beschikt. Ook een impliciete motivering kan volgens de rechtspraak van Uw Raad volstaan als een afdoende motivering. (R.v.St., nr. 227.533 van 26 mei 2014)

Gelet op het feit dat de verzoekende partij de motieven van de verwerende partij duidelijk begrepen heeft, aangezien zij deze motieven in onderhavig middel betwist, is de doelstelling van de uitdrukkelijke motiveringsplicht derhalve bereikt.'

45. Daarenboven dient te worden vastgesteld dat het bijbrengen van de vereiste certificaten en het bewijs van verzekeringsschadedekking bij de offerte, net zoals het bijbrengen van de bankverklaring, geenszins betrekking heeft op het naleven van een essentiële bestekbepaling."

Wat de tegenstrijdigheid in de motieven betreft, doet de verwerende partij het volgende gelden:

"47. In tegenstelling tot hetgeen de verzoekende partij voorhoudt is er geenszins sprake van tegenstrijdigheden.

Voor zover verwerende partij stelt dat uit het onderzoek van de regelmatigheid van de offertes is gebleken dat de offerte van AGS Coussaert Belgium niet voldoet aan de vereisten inzake de formele en materiële regelmatigheid, doelt zij immers louter op de percelen 1 tot en met 5.

Dit blijkt duidelijk uit het feit dat verwerende partij na de vaststelling van de formele en materiële onregelmatigheid onmiddellijk toelicht waarom dit het geval is. Verwerende partij stelt namelijk dat het ontbreken van de informatie van AGS Coussaert Belgium met betrekking tot de labelling van de zending een substantieel materiële onregelmatigheid betreft voor de percelen 1 tot en met 5. Over de onregelmatigheid van de offerte met betrekking tot perceel 6 wordt immers met geen woord gerept.

> Verwerende partij mocht dienvolgens in alle redelijkheid besluiten dat de offerte van AGS Coussaert Belgium voor perceel 6 wel degelijk formeel en materieel regelmatig is, zodat de aangevoerde tegenstrijdigheid in de motivering niet kan worden weerhouden."

8. In de memorie van wederantwoord benadrukt de verzoekende partij dat de verwerende partij louter een reeds eerder ingenomen stelling herhaalt en volstrekt nalaat om enige nieuwe elementen bij te brengen waaruit zou kunnen blijken dat het schorsingsarrest nr. 239.752 van 31 oktober 2017 inhoudelijk foutieve overwegingen zou bevatten.

9. In de laatste memorie volhardt de verwerende partij in haar opvatting dat het bijvoegen van de bankverklaring geenszins op straffe van nietigheid is voorgeschreven en dat het bijbrengen van een bankverklaring betrekking heeft op de financiële draagkracht van AGS Coussaert die niet kan worden beschouwd als een essentiële besteksbepaling, zodat zij geenszins diende te motiveren waarom aan dit ontbreken geen gevolgen werden gekoppeld.
Voor het overige verwijst zij naar haar memorie van antwoord die zij integraal wenst te hernemen.

Beoordeling

10. In het arrest nr. 239.752 van 31 oktober 2017 in de kortgedingprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid in deze zaak heeft de Raad van State een bijna identiek tweede middel als volgt ernstig bevonden en dienvolgens de schorsing van de tenuitvoerlegging van de thans bestreden gunningsbeslissing bevolen:

> "6.2.1. Wat de grief inzake het niet bijvoegen door de gekozen inschrijver van een bankverklaring in het kader van het selectiecriterium financiële draagkracht betreft, blijkt uit de bestreden gunningsbeslissing dat de bankverklaring in de offerte van de gekozen inschrijver ontbreekt.
>
> Het bestek vereist uitdrukkelijk – bladzijde 19, zelfs in onderlijnde tekst – het bijvoegen van een bankverklaring en stelt daartoe een specifiek model voorop.

Eenmaal de aanbestedende overheid heeft beslist dat een gegadigde een bankverklaring moet voorleggen, lijkt dit stuk ook te moeten worden voorgelegd met het oog op de selectie. Dit stuk ontbreekt in de offerte van de gekozen inschrijver. In de bestreden gunningsbeslissing wordt ook niet gemotiveerd waarom aan deze verplichting mag worden voorbijgegaan. De loutere vaststelling in de bestreden gunningsbeslissing dat een bankverklaring ontbreekt, lijkt alleszins niet te volstaan.

Het verweer in de nota dat de 'financiële draagkracht niet beschouwd kan worden als een essentiële bestekbepaling' dient in het licht van het voorgaande te worden verworpen.

De grief is ernstig.

6.2.2. Wat de grief inzake het niet bijvoegen door de gekozen inschrijver van een ISPM15-certificaat, een SEI- of HPE-certificaat en een bewijs van verzekeringsschadedekking voor een bedrag groter of gelijk aan 2.500.00,00 euro betreft, dient het volgende te worden vastgesteld.

Het middel lijkt feitelijke grondslag te missen wat het niet bijvoegen van een verzekeringsattest betreft. De offerte van de gekozen inschrijver lijkt dit attest te bevatten.

Op het eerste gezicht lijken echter noch een ISPM15-certificaat, noch een SEI- of HPE-certificaat bij deze offerte te zijn gevoegd.

In het bestek – bladzijde 14 – wordt uitdrukkelijk bepaald dat inschrijvers die een offerte voor perceel 6 indienen, zowel een ISPM15-certificaat als een SEI- of HPE-certificaat bij hun offerte dienen te voegen.

De betrokken stukken ontbreken in de offerte van de gekozen inschrijver, zodat het regelmatig karakter daarvan *prima facie* in het gedrang kan komen. In de bestreden gunningsbeslissing wordt niet gemotiveerd waarom, spijts het niet bijvoegen van de uitdrukkelijk gevraagde certificaten, de offerte van de gekozen inschrijver toch als regelmatig wordt aangemerkt.

De opmerking ter terechtzitting dat de verzoekende partij geen belang heeft bij haar grief omdat zijzelf zou hebben nagelaten een verzekerings-attest of een ISPM15-certificaat te voegen bij haar offerte – wat verwerende partij niet betwist –, kan niet worden bijgevallen. Er zijn slechts twee inschrijvers zodat, indien de verwerende partij zou menen dat de offertes van de beide inschrijvers om die redenen moeten worden geweerd, de verzoekende partij een nieuwe kans op de gunning lijkt te krijgen.

De grief inzake het niet bijvoegen door de gekozen inschrijver van een ISPM15-certificaat en een SEI- of HPE-certificaat is ernstig.

> 6.2.3. Wat de grief inzake de tegenstrijdigheid in de motieven betreft, lijkt ook hier de verzoekende partij te moeten worden bijgevallen. De ene keer wordt in de gunningsbeslissing – bladzijde 6 en 7 – besloten dat de offerte van de gekozen inschrijver voldoet aan de vereisten inzake de formele en materiële regelmatigheid en de andere keer dan weer wordt gesteld dat deze offerte niet voldoet aan die vereisten.
>
> Het verweer dat de tweede vaststelling louter betrekking zou hebben op de percelen 1 tot 5, waarvoor de gekozen inschrijver ook een offerte had ingediend, lijkt op het eerste gezicht niet zo maar te kunnen worden aanvaard. De bestreden gunningsbeslissing zelf beperkt die vaststelling immers niet tot die percelen. Daarnaast blijkt de vermelding die wel betrekking heeft op de percelen 1 tot 5 te worden voorafgegaan door de kwalificatie 'daarenboven', zodat deze de eerdere vaststelling niet beperkt tot die percelen.
>
> Ook de grief inzake de tegenstrijdige motieven is ernstig.
>
> 6.2.4. Het middel is in de beoordeelde mate ernstig om te besluiten tot de schorsing van de tenuitvoerlegging van de gunningsbeslissing."

11. Er zijn geen redenen voorhanden om in het kader van de procedure ten gronde tot een ander besluit te komen. Het middel is immers wezenlijk hetzelfde: enkel de grief gesteund op het niet bijvoegen van het verzekeringsattest werd weggelaten, nu in het voormelde arrest in de kortgedingprocedure reeds werd vastgesteld dat deze feitelijke grondslag mist. Het verweer in de procedure ten gronde is ook in essentie ongewijzigd gebleven. Zoals de verzoekende partij doet gelden in de memorie van wederantwoord blijken de geringe toevoegingen aan het verweer in de memorie van antwoord overigens reeds te zijn weerlegd in de motivering van het tussenarrest. Deze toevoegingen zijn alleszins niet van aard om tot een ander besluit te komen. Evenmin brengt de verwerende partij brengt in haar laatste memorie nieuwe elementen bij.

Voor het overige berust de uitbreiding van het verweer op een verwarring in hoofde van de verwerende partij tussen, enerzijds, het selectieonderzoek van de inschrijvers en de stukken die door hen in dat verband moeten worden bijgebracht en, anderzijds, het regelmatigheidsonderzoek van de offertes.

12. Het tweede middel is gegrond.

VI. Kosten

13. In de gegeven omstandigheden past het de kosten van het geding, te begroten op het rolrecht van 200 euro voor het kortgeding bij uiterst dringende noodzakelijkheid en het rolrecht van 200 euro voor het beroep tot nietigverklaring, ten laste te leggen van de verwerende partij.

Daarnaast vraagt de verzoekende partij om een rechtsplegings-vergoeding die door haar “begroot wordt op € 2.800 (indien nodig te indexeren op het ogenblik van uitspraak), te verhogen met de aangehouden rechtsplegings-vergoeding inzake de door [de] Raad reeds toegekende vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid”. Zij motiveert dit verzoek om het verhoogde maximumbedrag van de rechtsplegingsvergoeding:

> “Gelet op het complexe karakter van het dossier, het manifest onwettige karakter van de beslissing, de kennelijk onredelijke situatie die hierdoor is ontstaan, de gemiste kans op de gunning van de opdracht, de omvang van de gemiste opdracht — zowel op financieel vlak als op het vlak van referenties — en de grote financiële draagkracht van de tegenpartij.”

14. Overeenkomstig datzelfde artikel 30/1, § 1, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, is de rechtsplegingsvergoeding een forfaitaire tegemoetkoming in de kosten en honoraria van de advocaat van de in het gelijk gestelde partij. Artikel 67, § 1, van het algemeen procedurereglement, bepaalt het basisbedrag van de rechtsplegingsvergoeding op 700 euro. Krachtens artikel 30/1, § 2, eerste lid, gecoördineerde wetten op de Raad van State, kan de Raad van State dit basisbedrag verhogen of verlagen bij met bijzondere redenen omklede beslissing, waarbij hij rekening houdt met:

> 1° de financiële draagkracht van de in het ongelijk gestelde partij, om het bedrag van de vergoeding te verlagen;
> 2° de complexiteit van de zaak;
> 3° de kennelijk onredelijke aard van de situatie.

De elementen die de verzoekende partij aanvoert om het bedrag van de rechtsplegingsvergoeding te verhogen boven het basisbedrag kunnen om de volgende redenen niet worden aanvaard.

Het dossier vertoont, in tegenstelling tot wat de verzoekende partij doet gelden, geen dergelijke complexiteit dat het een verhoogde rechtsplegingsvergoeding verantwoordt.

Hoewel de rechtsplegingsvergoeding ten laste wordt gelegd van de in het ongelijk gestelde partij, heeft zij voorts geen sanctionerend karakter. Aldus kan geen acht worden geslagen op “het manifest onwettige karakter van de beslissing” om het bedrag van de rechtsplegingsvergoeding te bepalen.

Waar de verzoekende partij verwijst naar “de kennelijk onredelijke situatie”, dient erop te worden gewezen dat een partij die zich beroept op de kennelijk onredelijke aard van de situatie om een verhoging van het basis-bedrag van de rechtsplegingsvergoeding te vragen, daartoe concrete, aan de zaak eigen, argumenten moet bijbrengen. De verzoekende partij doet dat echter niet.

De verwijzing naar de gemiste kans op gunning van de opdracht, de financiële omvang en de referentiewaarde van de opdracht, betreft elementen die niet relevant zijn om het bedrag van de rechtsplegingsvergoeding te bepalen.

Waar de verzoekende partij ten slotte nog verwijst naar de grote financiële draagkracht van de verwerende partij, dient te worden vastgesteld dat krachtens artikel 30/1, § 2, eerste lid, 1°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, de financiële draagkracht van de in het ongelijk gestelde partij enkel in overweging mag worden genomen om het bedrag van de rechtsplegingsvergoeding te verlagen.

Ten slotte mag nog worden opgemerkt dat noch artikel 30/1 RvS-wet, noch de bepalingen van het algemeen procedurereglement, de Raad van State zelf toelaten om het bedrag van de rechtsplegingsvergoeding “te indexeren op het ogenblik van uitspraak”, zoals de verzoekende partij vraagt.

15. Aan de verzoekende partij dient aldus een rechtsplegings-vergoeding te worden toegekend begroot op het basisbedrag van 700 euro per procedure.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van 1 september 2017 van de Belgische Staat waarbij de overheidsopdracht “het vervoer en verpakken van diplomatieke zendingen voor rekening van de Belgische FOD Buitenlandse Zaken, Buitenlandse Handel en Ontwikkelingssamenwerking” perceel 6 wordt gegund aan de bvba AGS Coussaert Belgium.

2. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid en het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 400 euro en een rechtsplegings-vergoeding van 1.400 euro, die verschuldigd is aan de verzoekende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 2 oktober 2018, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,

bijgestaan door

Silja Doms,	griffier.

De griffier **De voorzitter**

Silja Doms **Dierk Verbiest**