RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 255.232 van 9 december 2022
in de zaak A. 237.639/XII-9282

In zake: de NV PROXIMUS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Barteld Schutyser en Daan Degrande
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 99
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de NV BEHEERSMAATSCHAPPIJ ANTWERPEN MOBIEL (BAM)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D'Hooghe, Ian Arnouts en Devin Kumpen
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 7 november 2022, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de als volgt omschreven beslissingen genomen in het kader van de plaatsing van de overheidsopdracht voor diensten met als voorwerp 'Raamovereenkomst – ICT infrastructuur en digitale werkplekdiensten':
1. de "op 24 oktober 2022" door Lantis genomen beslissing om de door Proximus voor de opdracht ingediende aanvraag tot deelneming niet te aanvaarden;
2. de navolgende (selectie)beslissing van Lantis, die de (impliciete) beslissing omvat om Proximus niet voor deelname aan de gunningsfase van de plaatsingsprocedure voor de opdracht te selecteren, "voor zover deze beslissing reeds genomen zou zijn";

3. de navolgende gunningsbeslissing van Lantis, die de (impliciete) beslissing omvat om de opdracht niet aan Proximus te gunnen, “voor zover deze beslissing reeds genomen zou zijn”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 29 november 2022.

Kamervoorzitter Paul Lemmens heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Barteld Schutyser en Daan Degrande, die verschijnen voor de verzoekende partij, en advocaten Ian Arnouts en Devin Kumpen, die verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Ann Eylenbosch heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. De verwerende partij, handelend onder de naam Lantis, schrijft een overheidsopdracht uit voor diensten met als voorwerp ‘Raamovereenkomst ICT infrastructuur en digitale werkplekdiensten’ (met referentienummer ‘BAM 2022-191’). Deze opdracht wordt hierna de “opdracht ICT” genoemd.

Gelijktijdig met de voormelde opdracht, schrijft Lantis ook een opdracht uit voor diensten met als voorwerp ‘Raamovereenkomst Software ontwikkeling en onderhoudsdiensten’ (met referentienummer ‘BAM 2022-192’). Deze opdracht wordt hierna de “opdracht software” genoemd.

Voor beide opdrachten wordt voorzien in een mededingings-procedure met onderhandeling.

3.2. De beide opdrachten worden op 18 juli 2022 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en op 22 juli 2022 in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie.

De uiterste termijn voor ontvangst van de aanvragen tot deelneming wordt voor beide opdrachten vastgesteld op 31 augustus 2022, 12.30 u. Aanvragen moeten ingediend worden via het platform e-Tendering. Op dat platform heeft het dossier voor de opdracht ICT het referentienummer BAM-PPP1HI-191/2031/BAM 2022-FO2, en het dossier voor de opdracht software het referentienummer BAM-PPP1HI-192/2032/BAM 2022-FO2.

3.3. De nv Proximus (hierna: Proximus) dient op 31 augustus 2022 een aanvraag in tot deelneming aan de opdracht ICT. Zij laadt haar aanvraag evenwel op in het dossier op e-Tendering dat betrekking heeft op de opdracht software.

3.4. Blijkens het automatisch gegenereerde proces-verbaal van opening van de aanvragen voor de opdracht ICT hebben zeven ondernemingen een kandidatuur ingediend. De verzoekende partij komt niet voor op de lijst van aanvragers.

Blijkens het automatisch gegenereerde proces-verbaal van opening van de aanvragen voor de opdracht software hebben elf ondernemingen een kandidatuur ingediend. De verzoekende partij is één van de op de lijst van aanvragers voorkomende ondernemingen.

3.5. In een verslag van nazicht van de kandidaturen voor de opdracht ICT, opgesteld op 31 augustus 2022, wordt voorgesteld om twee kandidaten uit te sluiten wegens een "essentiële tekortkoming". Voor kandidaat C. steunt de uitsluiting op het ontbreken van het Uniform Europees Aanbestedingsdocument, en voor kandidaat A. op het feit dat geen van de drie voorgelegde referenties voldoet aan de in het bestek bepaalde vereisten. Er wordt voorgesteld om de

overige vijf kandidaten te selecteren voor deelname aan de gunningsfase. In dit verslag is geen sprake van een kandidatuur van Proximus.

In een verslag van nazicht van de kandidaturen voor de opdracht software, opgesteld op 1 september 2022, wordt voorgesteld om drie kandidaten, waaronder Proximus, uit te sluiten wegens een "essentiële tekortkoming". Voor kandidaat D. steunt de uitsluiting op een onvoldoende "Creditsafe" score, en voor kandidaat U. op het feit dat deze haar kandidatuur via e-mail in plaats van via e-Tendering heeft ingediend. Voor de uitsluiting van Proximus wordt de volgende reden gegeven: "Deze firma heeft ingediend met het verkeerde dossier in e-Tendering." Er wordt voorgesteld om de overige acht kandidaten te selecteren voor deelname aan de gunningsfase.

3.6. Op 4 oktober 2022 hecht het managementcomité van Lantis zijn goedkeuring aan het verslag van nazicht van de kandidaturen voor de opdracht ICT. Het beslist de vijf geselecteerde kandidaten uit te nodigen tot het indienen van een offerte.

Op dezelfde dag hecht het managementcomité ook zijn goedkeuring aan het verslag van nazicht van de kandidaturen voor de opdracht software. Het beslist de acht geselecteerde kandidaten uit te nodigen tot het indienen van een offerte.

3.7. Op 13 oktober 2022 deelt Lantis aan Proximus mee dat haar inschrijving voor de opdracht software niet geselecteerd is op grond dat zij "heeft ingediend met het verkeerde dossier in e-Tendering". In haar schrijven wijst Lantis op de rechtsmiddelen die Proximus ter beschikking staan.

Met een schrijven van 19 oktober 2022 deelt Proximus mee dat zij nooit de intentie had om in te schrijven voor de opdracht software, en dat haar submissie "overduidelijk" de opdracht ICT betrof. Zij verklaart deze submissie uitgevoerd te hebben binnen de gestelde termijn. "Door een kleine klerikale fout, gebaseerd op de quasi identieke dossiernummers BAM-PPP1HI-192/2032/BAM 2022-FO2 versus BAM-PPP1HI-191/2031/BAM 2022-FO2, en een identieke deadline voor submissie (31/08/2022 – 12u30), werd de upload door het systeem

gerouteerd naar het verkeerde dossier." Proximus voert aan dat, "mocht dit dossier een niet-elektronisch proces hebben gevolgd, […] deze vergissing [dan zou overeenkomen] met het afgeven van een dossier op een verkeerd bureau, maar binnen de gestelde termijn". Zij bevestigt haar kandidatuur voor de opdracht ICT, voert aan "dat er geen materiële fout in dit dossier is gebeurd die een uitsluiting kan verantwoorden", en verzoekt Lantis om haar kandidatuur "administratief te aanvaarden en in overweging te nemen en te evalueren".

Op 24 oktober 2022 antwoordt Lantis wat volgt:

> "Ik verwijs naar uw aangetekend schrijven d.d. 19 oktober 2022 inzake het dossier 'Software ontwikkeling en onderhoudsdiensten'.
> In dit schrijven deelt u mee dat Proximus nooit de intentie had om een kandidatuurstelling in te dienen voor voormeld dossier. Er werden inderdaad niet de voor dat dossier gevraagde selectiedocumenten ingediend en bijgevolg werd Proximus niet geselecteerd, waarvan u kennis heeft gekregen bij aangetekend schrijven d.d. 13 oktober ll. Voor dit dossier stelt er zich dan ook geen probleem.
> Daarnaast was er eveneens een oproep tot kandidatuurstelling gepubliceerd voor het dossier 'ICT infrastructuur' gekend onder het BDA nummer 2022-528003. Hiervoor hebben wij geen kandidatuurstelling voor Proximus mogen ontvangen zoals blijkt uit het digitale PV van opening in bijlage. U stelt dat dit een materiële vergissing betreft en de kandidatuurstelling voor het dossier 'Software ontwikkeling en onderhoudsdiensten' gekend onder het BDA nummer 2022-528005 hierop betrekking heeft. Helaas kan Lantis niet een kandidatuurstelling voor een bepaald dossier overzetten naar een ander dossier. Zodra de termijn voor kandidatuurstelling is afgelopen wordt het elektronisch indieningsdossier automatisch afgesloten. Dan krijgt Lantis toegang tot de kandidatuurstellingen en zijn deze definitief.
> U verwijst in uw schrijven naar een materiële vergissing die recht dient gezet te worden en geeft daarbij het voorbeeld van een indiening op papier. Helaas betreft de rechtzetting van een materiële vergissing louter en alleen de rechtzetting van zuiver rekenkundige of materiële fouten in kandidatuurstellingen of offertes (cf. KB Plaatsing). M.a.w. er moet minstens een kandidatuurstelling zijn voor het betreffende dossier, alvorens hierin fouten kunnen worden rechtgezet – quod non in casu voor het dossier 'ICT infrastructuur'.
> Om te vermijden dat er na het PV van opening toch nog kandidatuurstellingen of offertes zouden kunnen worden toegevoegd, is er net voorzien in het elektronische indieningssysteem waarop de aanbestedende entiteit geen invloed meer heeft. Het was bovendien ook nooit de bedoeling bij papieren indiening dat er toch nog kandidatuur-stellingen zouden worden toegevoegd en dit is vervolgens onmogelijk

gemaakt door het systeem van e-procurement. Ik verwijs hier ter illustratie naar de oude praktijk waarbij er bij indiening op papier ondubbelzinnig moest duidelijk gemaakt worden op welk adres, ter attentie van welke persoon en zelfs in welk precies lokaal de kandidatuurstelling moest worden ingediend zodat hier geen vergissingen tegen gemaakt konden worden waardoor er geen dossier ingediend zou zijn.
Tot slot zal u begrijpen dat wanneer Proximus als laureaat dient te worden beschouwd na de offertefase, de tweede gerangschikte inschrijver uiteraard niet akkoord zal gaan met het feit dat de opdracht gegund wordt aan een inschrijver die niet opgenomen was in het originele en elektronische PV van opening voor de selectie.
Lantis kan dan ook geen gevolg geven aan uw verzoek om alsnog uw kandidatuurstelling voor het dossier 'ICT Infrastructuur' te aanvaarden.
Ik wens te benadrukken dat Lantis dit samen met u een zeer spijtig voorval vindt en Lantis - indien Proximus zou voldoen aan alle selectie-eisen - uiteraard Proximus graag mee had genomen in de selectie."

IV. Nadere omschrijving van het voorwerp van de vordering

4. Uit het administratief dossier blijkt dat het managementcomité van de verwerende partij op 4 oktober 2022 beslist heeft om vijf kandidaten te selecteren voor de opdracht ICT en om die kandidaten uit te nodigen tot het indienen van een offerte. Impliciet heeft het managementcomité daarbij beslist om Proximus niet te selecteren. Deze beslissing, die overeenstemt met de inhoud van wat in het verzoekschrift tot schorsing wordt omschreven als de eerste twee bestreden beslissingen, vormt het werkelijke en enige voorwerp van de vordering.

Er is op dit ogenblik nog geen gunningsbeslissing. De zogenaamde derde bestreden beslissing is dus onbestaande, en maakt derhalve niet het voorwerp uit van de vordering.

V. Rechtspleging

5. De verzoekende partij dient een pleitnota in.

De procedureregeling voorziet niet in de neerlegging van een dergelijke nota. In zoverre de pleitnota de neerslag vormt van de uiteenzetting van de verzoekende partij ter zitting, wordt ze niet als een processtuk, maar als een loutere inlichting in aanmerking genomen.

VI. Ontvankelijkheid van de vordering

Belang

6. De verwerende partij werpt een eerste exceptie van onontvankelijkheid van de vordering op, afgeleid uit het ontbreken van belang in hoofde van de verzoekende partij.

Zij voert aan dat de verzoekende partij geen aanvraag tot deelneming heeft ingediend voor de opdracht in het kader waarvan de bestreden beslissing te situeren is.

7. Het onderzoek van de exceptie hangt samen met het onderzoek van de grond van de zaak. Onder voorbehoud van dat later onderzoek kan de exceptie derhalve niet aangenomen worden.

Termijn voor het indienen van de vordering

8. De verwerende partij werpt een tweede exceptie van onontvankelijkheid van de vordering op, afgeleid uit de laattijdigheid ervan.

Zij voert aan dat de verzoekende partij, uitgaande van de kennisgeving van 13 oktober 2022 waarin haar werd meegedeeld dat zij niet geselecteerd was voor de opdracht software, kon weten dat zij aldus ook niet geselecteerd kon zijn voor de andere opdracht waarin zij klaarblijkelijk wel geïnteresseerd was – de opdracht ICT – omdat zij haar aanvraag tot deelneming niet voor dat dossier bleek te hebben ingediend. Volgens de verwerende partij blijkt dit ook uit het schrijven van de verzoekende partij van 19 oktober 2022. Daarin erkende de verzoekende partij in essentie immers dat zij geen aanvraag tot deelneming had ingediend voor het dossier waarin ze eigenlijk geïnteresseerd was en verzocht ze om daarvoor alsnog geselecteerd te worden.

In zoverre het verzoekschrift tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid is ingediend op 7 november 2022 – dit wil zeggen 25 dagen na de

kennisgeving van 13 oktober 2022 – is de vordering volgens de verwerende partij bijgevolg manifest laattijdig.

De verwerende partij merkt nog op dat voor de berekening van de termijn geen rekening kan worden gehouden met haar schrijven van 24 oktober 2022, dat immers niets meer was dan een antwoord op de grieven die de verzoekende partij op 19 oktober 2022 had geformuleerd tegen haar niet-selectie. In dat opzicht vormde het schrijven van 24 oktober 2022 slechts een bevestiging van de informatie waarvan de verzoekende partij reeds op 13 oktober 2022 kennis had gekregen.

9. De verwerende partij kan op het eerste gezicht niet worden bijgevallen in zoverre zij aanvoert dat de verzoekende partij uit het schrijven van 13 oktober 2022, zijnde de kennisgeving van haar niet-selectie voor de opdracht software – met de korte motivering dat er voor die opdracht met "het verkeerde dossier" werd ingediend – met zekerheid kon afleiden dat ook reeds met betrekking tot de opdracht ICT een beslissing was genomen. De verzoekende partij wist op dat ogenblik immers niet dat het managementcomité op dezelfde dag voor de twee opdrachten een beslissing had genomen, en er lijken geen redenen geweest te zijn om aan te nemen dat dit noodzakelijk zo moest gebeuren.

Noch met het schrijven van 13 oktober 2022 noch met enig ander schrijven heeft de verwerende partij de verzoekende partij formeel in kennis gesteld van de selectiebeslissing van 4 oktober 2022 inzake de opdracht ICT.

Het enige stuk waarmee de verwerende partij aan de verzoekende partij duidelijk maakte dat haar aanvraag tot deelneming voor de opdracht ICT niet in aanmerking kon worden genomen, is haar antwoordschrijven van 24 oktober 2022. De verwerende partij wordt dan ook voorshands niet bijgevallen in haar betoog dat dit schrijven slechts de bevestiging inhield van informatie waarvan de verzoekende partij reeds op 13 oktober 2022 kennis had gekregen.

De termijn voor het indienen van de vordering tot schorsing lijkt dan ook ten vroegste te hebben kunnen ingaan op de datum van ontvangst van het

schrijven van 24 oktober 2022. Te rekenen vanaf dat schrijven is het verzoekschrift ingediend binnen de termijn van 15 dagen.

De exceptie vertoont dan ook niet de *prima facie* vereiste graad van ernst om te worden aangenomen.

VII. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

10. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, gelezen in samenhang met de artikelen 15 en 31 van de 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 of een klaarblijkelijke onwettigheid wordt aangevoerd.

VIII. Onderzoek van het enig middel

Standpunt van de partijen

11. De verzoekende partij voert de schending aan van het proportionaliteitsbeginsel, zoals vastgelegd in artikel 4 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), de artikelen 14, § 1, en 38, §§ 2 en 4, van de voormelde wet, het mededingingsbeginsel, het materiële motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel. Zij voert aan dat die bepalingen en beginselen zijn geschonden doordat de verwerende partij haar aanvraag tot deelneming weert zonder die aanvraag te hebben onderzocht en zonder te hebben nagegaan of zij aan de vastgestelde selectie-eisen voldoet.

11.1. De verzoekende partij licht toe dat, ook al heeft zij haar aanvraag tot deelneming per vergissing in het verkeerde dossier op het e-Tendering platform opgeladen, het voor de verwerende partij duidelijk was dat de aanvraag wel

degelijk voor de opdracht ICT was bedoeld, nu daarin meermaals naar die opdracht wordt verwezen. In haar schrijven van 13 oktober 2022 heeft de verwerende partij trouwens ook opgemerkt dat de verzoekende partij haar aanvraag in het "verkeerde dossier in e-Tendering" had opgeladen.

11.2. De handelwijze van de verwerende partij is volgens de verzoekende partij in de eerste plaats onverenigbaar met artikel 38 van de wet overheidsopdrachten 2016 dat de kernprincipes van de mededingingsprocedure met onderhandeling vastlegt. De verzoekende partij voert aan dat zij immers een tijdige aanvraag tot deelneming voor de opdracht heeft ingediend, dat zij zich niet bevindt in een toestand van uitsluiting en dat zij aan de selectiecriteria voldoet. Door haar aanvraag tot deelneming te weren zonder zelfs maar een onderzoek naar de uitsluitingsgronden en de selectiecriteria te hebben gedaan, handelt de verwerende partij in strijd met de procedureregels die voor de mededingingsprocedure met onderhandeling gelden.

Meer algemeen is de verzoekende partij voorts van mening dat het weren van een tijdig ingediende en goed ontvangen aanvraag tot deelneming wegens een gebeurlijke vergissing bij de elektronische indiening ervan strijdig is met het mededingingsbeginsel waarvan artikel 14, § 1, tweede lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 een specifieke toepassing vormt. Een mededingingsbevorderende benadering bestaat er evident in om een dergelijke aanvraag tot deelneming in overweging te nemen.

De bestreden beslissingen zijn volgens de verzoekende partij ook strijdig met het proportionaliteitsbeginsel. Er kan volgens haar immers weinig discussie over bestaan dat het kennelijk onevenredig is en van een excessief formalisme getuigt om een aanvraag tot deelneming, die de aanbesteder tijdig ontving en waarvan de aanbesteder duidelijk wist op welke opdracht deze betrekking had, *a priori* te weren omwille van een begrijpelijke en verschoonbare vergissing bij de elektronische indiening ervan. Dit zou hier des te meer gelden gelet op de verregaande overeenkomsten tussen de opdracht ICT en de opdracht software, in het bijzonder op het vlak van het dossiernummer op het e-Tendering platform en de uiterlijke indieningsdatum.

Volgens de verzoekende partij ligt ten slotte ook een schending van het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht voor. Geen enkele normale, voorzichtig en zorgvuldig handelende aanbesteder, in dezelfde omstandigheden geplaatst, zou haar aanvraag tot deelneming op basis van een louter materiële vergissing, zonder verder onderzoek, hebben geweerd. Voorts bevat het schrijven van 24 oktober 2022 geen motieven die de wering van haar aanvraag tot deelneming in rechte kunnen verantwoorden.

11.3. De verzoekende partij gaat ook in op enkele specifieke argumenten die de verwerende partij in haar schrijven van 24 oktober 2022 aanhaalt.

Met betrekking tot de vermeende onmogelijkheid om de aanvraag tot deelneming van de verzoekende partij aan het elektronische proces-verbaal van opening toe te voegen, merkt zij op dat volgens artikel 84 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017) een proces-verbaal enkel vereist is bij het openen van offertes, niet bij het openen van aanvragen tot deelneming. In elk geval blijkt volgens de verzoekende partij uit de door de FOD Beleid en Ondersteuning ter beschikking gestelde “Handleiding e-Tendering voor openbare aankopers” dat het wel degelijk mogelijk is om het automatisch door het platform gegeneerde ontwerp van proces-verbaal aan te vullen, onder meer met informatie over andere aanvragen tot deelneming of offertes die de aanbesteder tijdig ontving, maar die niet zichtbaar zijn in de precieze map waarvoor het proces-verbaal wordt aangemaakt. Een bijkomend proces-verbaal van opening, met gewijzigde of toegevoegde informatie, kan gegenereerd worden.

Voorts acht de verzoekende partij de verwijzing door de verwerende partij naar de beperkingen inzake de mogelijkheid om materiële vergissingen recht te zetten op grond van artikel 34, § 2, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, irrelevant. Het gaat hier immers niet om een materiële fout of rekenfout in een offerte, maar om een vergissing bij het elektronisch opladen van een aanvraag tot deelneming.

Ten slotte gaat, in tegenstelling tot wat de verwerende partij meent, de vergelijking met een indiening op papier wel degelijk op. Het elektronisch indienen van een aanvraag tot deelneming in een verkeerd dossier op het platform e-Tendering kan vergeleken worden met het afgeven van een papieren dossier op een verkeerd bureau van de aanbestedende overheid.

12.1. De verwerende partij antwoordt in haar nota in de eerste plaats op de grieven die in het middel worden ontwikkeld.

Zij merkt op dat de verzoekende partij erg onzorgvuldig heeft gehandeld en dat zij de gevolgen daarvan niet kan afwentelen op de verwerende partij. Voor de opdracht ICT en de opdracht software zijn op het platform e-Tendering door de verwerende partij twee afzonderlijke dossiers aangemaakt. De verzoekende partij heeft op verschillende ogenblikken tijdens de indienings-procedure de gelegenheid gehad om zich op een eenvoudige wijze ervan te vergewissen dat zij haar aanvraag tot deelneming aan het indienen was in het correcte dossier. Overigens, indien men een aankondiging raadpleegt op het platform e-Notification kan men via een bepaalde knop automatisch terechtkomen bij het daarbij horende dossier in e-Tendering. De verwerende partij noteert dat de verzoekende partij niet aanvoert dat de foutieve indiening van de aanvraag tot deelneming te wijten zou zijn aan een handeling van de verwerende partij. In zoverre de verzoekende partij zou insinueren dat er een technisch probleem was met het e-Tendering portaal (dat beheerd wordt door de Belgische Staat, niet door de verwerende partij), ligt hiervan geen enkel bewijs voor. Het staat aan een inschrijver om zijn aanvraag tot deelneming zorgvuldig in te dienen. Het is niet de taak van de aanbestedende instantie om te verhelpen aan de tekortkomingen van de inschrijvers.

Er kan volgens de verwerende partij voorts geen schending van artikel 38 van de wet overheidsopdrachten 2016 worden vastgesteld. Het is het eigen foutief handelen van de verzoekende partij dat tot gevolg heeft dat zij geen aanvraag tot deelneming in het correcte dossier heeft ingediend, reden waarom er ook geen aanvraag tot deelneming was om te beoordelen. De verwerende partij kan voorts niet instemmen met de zienswijze dat elke aanvraag tot deelneming die tijdig werd ingediend en goed werd ontvangen door de aanbestedende overheid,

sowieso in overweging moet worden genomen. Zij verwijst in dit verband naar de niet-selectie van andere kandidaten, zowel met betrekking tot de opdracht ICT als met betrekking tot de opdracht software, wegens schending van een vormvereiste.

Volgens de verwerende partij is er ook geen schending van het mededingingsbeginsel of artikel 14, § 1, tweede lid van de wet overheidsopdrachten 2016. Noch de wettigheid van het platform e-Tendering, noch de correcte werking ervan tijdens de indiening van de aanvraag tot deelneming wordt of kan worden in twijfel getrokken. De eerlijke en gelijke toegang van ondernemers tijdens de plaatsingsprocedure werd te allen tijde verzekerd. De aanvraag tot deelneming is door het eigen toedoen van de verzoekende partij in het verkeerde dossier terechtgekomen. In zoverre de verzoekende partij lijkt voor te houden dat haar aanvraag tot deelneming louter om de mededinging te bevorderen in aanmerking genomen had moeten worden, antwoordt de verwerende partij dat de mededinging als grondslag van het overheidsopdrachtenrecht niet kan dienen om een aanvraag die formele gebreken vertoont toch aan boord te houden.

Er kan volgens de verwerende partij evenmin een schending van het proportionaliteitsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel of de materiële motiveringsplicht worden vastgesteld. Het is volgens de verwerende partij geenszins onredelijk om de niet-selectie te verbinden aan de fout die de verzoekende partij heeft begaan. Het indienen van een aanvraag tot deelneming in een ander dossier ten gevolge van een eigen manifeste onzorgvuldigheid kan niet worden beschouwd als een begrijpelijke en verschoonbare vergissing. De verwerende partij beoogde bovendien om als redelijk aanbestedende instantie aan risicobeheersing te doen door te vermijden dat regelmatig deelnemende kandidaten zich in een later stadium van de plaatsingsprocedure zouden kunnen beklagen over het *a posteriori* toelaten van een aanvraag tot deelneming van de verzoekende partij, die initieel was ingediend in het dossier voor een andere opdracht. Overigens zijn twee andere kandidaten evenzeer uitgesloten omwille van een gelijkaardige tekortkoming bij het indienen van hun aanvraag tot deelneming. Het formalisme dat de verzoekende partij als excessief kwalificeert, volgt eenvoudig uit de toepassing van de wetgeving inzake overheidsopdrachten. De verzoekende partij toont voorts niet aan dat geen enkele andere aanbestedende overheid een

gelijkaardige beslissing zou nemen. De omstandigheid dat de verzoekende partij geen aanvraag tot deelneming heeft ingediend in het correcte dossier vormt ten slotte een afdoende motief om te verantwoorden dat zij niet werd geselecteerd.

12.2. De verwerende partij repliceert voorts op enkele andere opmerkingen van de verzoekende partij.

In verband met het proces-verbaal van opening voert de verwerende partij in de eerste plaats aan dat zij in haar schrijven van 24 oktober 2022 daarnaar verwezen heeft om te benadrukken dat objectief kon worden vastgesteld dat de verzoekende partij geen aanvraag tot deelneming had ingediend. Aldus zou het toch selecteren van de verzoekende partij een reëel procesrisico impliceren, nu elke geselecteerde kandidaat zou kunnen opmerken dat de verzoekende partij blijkens het proces-verbaal van opening geen aanvraag tot deelneming had ingediend. Of er al dan niet een verplichting bestond om een proces-verbaal op te stellen, is irrelevant: het volstaat om vast te stellen dat het proces-verbaal bestaat en dus gevolgen kan hebben. Voorts voert de verwerende partij aan dat de beweringen van de verzoekende partij inzake de mogelijkheid tot het aanvullen van het proces-verbaal of de opmaak van een bijkomend proces-verbaal niet correct of minstens niet pertinent zijn. Een proces-verbaal van opening kan niet meer gewijzigd worden eens het afgerond is. De mogelijkheid tot aanvulling, tijdens de opmaak van het proces-verbaal, geldt uitdrukkelijk enkel voor papieren offertes. De mogelijkheid om een bijkomend proces-verbaal van opening op te maken verhindert uiteraard niet dat een andere inschrijver nadien zou kunnen protesteren en het invoegen van een volledig nieuwe aanvraag tot deelneming in een bijkomend proces-verbaal dreigt dit risico net te bestendigen. Bovendien is nergens in de mogelijkheid voorzien om een bijkomend proces-verbaal van opening op te maken voor een aanvraag tot deelneming die is opgeladen binnen een andere ruimte op het platform.

De vergelijking met een indiening op papier gaat ten slotte volgens de verwerende partij niet op. In verband met papieren offertes wordt aanvaard dat een aanbestedende overheid die zelf aan de oorsprong ligt van de foutieve indiening ervan, die fout vervolgens kan rechtzetten. Te dezen is de foutieve indiening van de aanvraag tot deelneming echter geenszins te wijten aan

de verwerende partij. Haar kan dan ook niet worden verweten dat zij die aanvraag niet in aanmerking heeft genomen.

Beoordeling

13. Het wordt niet betwist dat de verzoekende partij haar aanvraag tot deelneming voor de opdracht ICT heeft opgeladen binnen het verkeerde dossier op het platform e-Tendering, namelijk het dossier dat was aangemaakt voor de opdracht software.

Het automatisch gegenereerde proces-verbaal van opening voor de opdracht ICT heeft bijgevolg geen melding gemaakt van een aanvraag tot deelneming uitgaande van de verzoekende partij.

Uit het administratief dossier blijkt voorts dat de verwerende partij de aanvraag tot deelneming heeft ontvangen, doch enkel heeft beoordeeld in het kader van de opdracht waarvoor die aanvraag niet bedoeld was, namelijk de opdracht software. Voor de opdracht ICT is de aanvraag van de verzoekende partij niet beoordeeld. Uit de beslissing over de selectie van de kandidaten voor die opdracht blijkt impliciet, doch zeker, dat de verzoekende partij niet geselecteerd is.

14. Het middel doet de vraag rijzen of het weren van de aanvraag tot deelneming van de verzoekende partij voor de opdracht ICT, op de enkele grond dat deze in het verkeerde dossier was ingediend, verenigbaar is met de beginselen waaraan de plaatsing van een overheidsopdracht is onderworpen.

In dit verband herinnert de verzoekende partij terecht aan artikel 4 van de wet overheidsopdrachten 2016, dat bepaalt dat de aanbesteders de ondernemers “op gelijke en niet-discriminerende wijze” behandelen en “op een transparante en proportionele wijze” handelen. Artikel 4 vormt de quasi-letterlijke omzetting in het interne recht van artikel 18, lid 1, eerste alinea, van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 ‘betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG’.

Volgens het evenredigheidsbeginsel mogen de regels die door de lidstaten van de Europese Unie of door aanbestedende diensten worden opgesteld om uitvoering te geven aan richtlijn 2014/24/EU niet verder gaan dan noodzakelijk is voor het bereiken van de doelstellingen van de richtlijn (zie, onder meer, HJEU, 7 september 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, punt 155; HJEU, 6 oktober 2021, Conacee, C-598/19, punt 42). Bovendien blijkt uit de rechtspraak van het Hof over dit beginsel dat, wanneer een keuze mogelijk is tussen meerdere geschikte maatregelen, die maatregel moet worden gekozen die de minste belasting met zich brengt, en dat de veroorzaakte nadelen niet onevenredig mogen zijn aan de nagestreefde doelstellingen (HJEU, 13 januari 2022, MONO, C-326/20, punt 35; HJEU, 5 mei 2022, BV, C-570/20, punt 34; HJEU, 7 juli 2022, PH, C-24/21, punt 49).

De aandacht die aanbestedende overheden dienen te schenken aan het evenredigheidsbeginsel lijkt onder meer te impliceren dat zij, bij de beoordeling van de regelmatigheid van kandidaturen en offertes voor de door hen geplaatste overheidsopdrachten, rekening houden met de geringe grootte van de onregelmatigheden die eventueel werden begaan (vergelijk HJEU, 30 januari 2020, Tim, C-395/18, punt 48).

15. De verwerende partij kan worden bijgevallen in zoverre zij aanvoert dat het aan de inschrijver staat om zijn aanvraag tot deelneming correct in te dienen, en dat het in beginsel niet de taak is van de aanbestedende overheid om te verhelpen aan de fouten die een inschrijver in dit verband begaat. Niettemin moet de aanbestedende overheid ook vermijden in een overdreven formalisme te vervallen.

De vraag of het weren van de aanvraag tot deelneming van de verzoekende partij binnen de beoordelingsruimte van de verwerende partij valt, dan wel of de handelwijze terzake van de verwerende partij getuigt van een overdreven formalisme en een onevenredige reactie, dient beantwoord te worden in het licht van de concrete omstandigheden van de zaak.

16. Zoals onder meer blijkt uit de “Handleiding e-Tendering voor openbare aankopers” (versie 26 november 2021) en de “Handleiding e-Tendering

voor ondernemers" (versie 26 november 2021), beide opgesteld door de FOD Beleid en Ondersteuning, is e-Tendering de module van het e-Procurement platform "waarop een inschrijver zijn offerte of aanvraag tot deelneming elektronisch kan indienen en waarop de aanbestedende overheid de opening eveneens elektronisch kan laten verlopen". De doelstellingen van die applicatie worden omschreven als volgt: "de inschrijver kan zijn offertes/aanvragen tot deelneming elektronisch indienen; de aanbesteder kan de offertes/aanvragen tot deelneming elektronisch openen; een elektronisch PV van opening wordt automatisch gegenereerd."

Volgens artikel 14, § 7, eerste lid, van de wet overheids-opdrachten 2016 moet een elektronisch platform onder meer waarborgen dat het exacte tijdstip en de exacte datum van ontvangst van de offertes en van de aanvragen tot deelneming precies kunnen worden vastgesteld (1°), en dat redelijkerwijs kan worden verzekerd dat niemand vóór de opgegeven uiterste datum toegang kan hebben tot de verstrekte informatie (2°). De Raad van State meent uit die bepalingen voorshands te kunnen afleiden dat het gebruik van een elektronisch platform niet enkel bijdraagt tot "de efficiëntie en transparantie van plaatsingsprocedures […], en [tot] de mogelijkheid voor economische actoren om hun aanvraag tot deelneming te stellen of een offerte in te dienen op de hele Europese interne markt […]" (memorie van toelichting bij het ontwerp dat heeft geleid tot de wet overheidsopdrachten 2016, *Parl. St.*, Kamer, 2015-2016, DOC 54-1541/001, pp. 34-35), maar ook de gelijkheid onder de inschrijvers beoogt en misbruiken en manipulaties beoogt te vermijden.

Daaruit lijkt te volgen dat als een aanvraag tot deelname tijdig bij de aanbestedende overheid is ingediend, zij het in een verkeerd dossier, en als bovendien niet blijkt dat het opladen van de aanvraag in het verkeerde dossier de gelijkheid onder de kandidaten in gevaar heeft gebracht of de mogelijkheid tot manipulatie van de aanvraag door de aanvrager of door de aanbestedende overheid in de hand heeft gewerkt, het normdoel van het gebruik van het elektronisch platform is bereikt. In dergelijke omstandigheden lijkt het op het eerste gezicht te getuigen van een overdreven formalisme om de aanvraag niet in aanmerking te nemen op de enkele grond dat ze in een verkeerd dossier is ingediend.

17. Door de verwerende partij wordt evenwel aangevoerd dat zij niet anders kon dan de aanvraag tot deelneming van de verzoekende partij te weren.

In zoverre de verwerende partij aanvoert dat niet is voldaan aan de vereisten van artikel 34, § 2, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 om rekenfouten en zuiver materiële fouten in een offerte te verbeteren, merkt de Raad van State op dat de voornoemde bepaling niet ter zake dienend lijkt. Het gaat hier niet om een offerte die bepaalde vergissingen bevat, maar om een aanvraag tot deelneming die is opgeladen binnen een verkeerde ruimte op het platform e-Tendering.

Voorts argumenteert de verwerende partij dat zij de gelijkheid onder de inschrijvers in het gedrang zou brengen als zij een aanvraag tot inschrijving in aanmerking zou nemen die niet opgenomen was in het automatisch gegenereerde proces-verbaal van opening. De gelijkheid zou ongetwijfeld in het gedrang gebracht worden indien de aanvraag laattijdig, dit wil zeggen buiten de vastgestelde termijn, zou zijn ingediend. Te dezen wordt echter niet betwist dat de aanvraag tijdig was ingediend. De Raad van State ziet voorshands dan ook niet in waarin de ongelijke behandeling van de inschrijvers zou bestaan. De gelijkheid lijkt veeleer gebaat te zijn met het in aanmerking nemen van alle aanvragen tot deelneming die binnen de termijn zijn ingediend. Het voorgaande brengt ook mee dat het door de verwerende partij aangevoerde risico dat een inschrijver zich tegen haar zou richten ingeval zij, na een beoordeling van alle ingediende offertes, de opdracht uiteindelijk zou gunnen aan de verzoekende partij, op zijn minst gerelativeerd moet worden.

De verwerende partij voert ten slotte nog aan dat zij geen invloed heeft op de werking van het platform e-Tendering, en in het bijzonder niet op het genereren van het proces-verbaal van opening. Blijkens de hiervoor genoemde "Handleiding e-Tendering voor openbare aankopers" hebben aanbesteders evenwel de mogelijkheid om via het e-Tendering platform een "bijkomend" proces-verbaal van opening aan te maken. Een dergelijk proces-verbaal "zal enkel wijzigingen of toegevoegde informatie bevatten en zal de informatie uit het vorige [proces-verbaal] niet hernemen". Het lijkt dus mogelijk om, naast het proces-verbaal van opening met betrekking tot de aanvragen die in het dossier voor

de opdracht ICT zijn ingevoerd, een tweede proces-verbaal van opening aan te maken, met daarin de aanvraag tot deelneming die per vergissing in een ander dossier is opgeladen.

18. Voorts zijn er een aantal concrete omstandigheden die de verwerende partij ten onrechte niet in rekening lijkt te hebben gebracht.

Het dossier waarin de verzoekende partij haar aanvraag tot deelneming verkeerd heeft opgeladen, betrof een opdracht die de verwerende partij had bekendgemaakt gelijktijdig met de opdracht waarvoor de aanvraag van de verzoekende partij bedoeld was. Beide opdrachten vertoonden een aantal formele gelijkenissen: de aanbestedende overheid was dezelfde, de dossiernummers op het platform e-Tendering waren op enkele cijfers na gelijk (BAM-PPP1HI-191/2031/BAM2022-F02 tegenover BAM-PPP1HI-192/2032/BAM2022-F02), en de uiterste datum voor de indiening van de aanvragen tot deelneming was voor beide opdrachten dezelfde (31 augustus 2022 om 12u30).

Bovendien lijkt het de verwerende partij geen enkele inspanning te hebben gekost om de aanvraag tot deelneming terug te vinden en deze met het juiste dossier te verbinden. De aanvraag tot deelneming, die als vertrouwelijk stuk door de partijen is neergelegd en die de Raad van State heeft kunnen inzien, verwijst reeds op de voorpagina duidelijk naar de opdracht ICT. In het verslag van nazicht van de kandidaturen voor de opdracht software wordt opgemerkt dat de verzoekende partij een aanvraag heeft ingediend “met het verkeerde dossier in e-Tendering”. Door de verwerende partij is met andere woorden meteen opgemerkt dat de aanvraag per vergissing in het dossier voor de opdracht software was terechtgekomen.

19. Voorshands blijkt uit het voorgaande dat met het tijdig indienen van de aanvraag tot deelneming op het platform e-Tendering de doelstellingen van de elektronische indiening van aanvragen bereikt zijn: het verzekeren van de gelijkheid onder de kandidaten en het vermijden van de mogelijkheid van manipulatie van de aanvraag. De verzoekende partij heeft weliswaar een vergissing begaan – en aan de verwerende partij kan geen fout verweten worden –

maar deze vergissing lijkt niet van die aard dat zij afbreuk doet aan het bereiken van de voornoemde doelstellingen.

Voorts lijkt er geen onmogelijkheid te bestaan voor de verwerende partij om een aanvraag die in een verkeerd dossier van het platform e-Tendering is opgeladen, alsnog over te hevelen naar het juiste dossier. Via de aanmaak van een bijkomend proces-verbaal van opening kan dit proces in volle transparantie verlopen.

Ten slotte, zo lijkt het, was het voor de verwerende partij heel eenvoudig om vast te stellen dat de verzoekende partij een vergissing begaan had, en vergde het van haar geen noemenswaardige inspanning om de opdracht te identificeren waarvoor de aanvraag van de verzoekende partij in werkelijkheid bedoeld was.

In die omstandigheden lijkt de verwerende partij, door de aanvraag van de verzoekende partij voor de opdracht ICT zonder meer niet in aanmerking te nemen, een maatregel te hebben genomen die verder gaat dan nodig is om de doelstellingen te bereiken die met het elektronisch indienen van de aanvragen zijn beoogd, en lijkt zij voor de verzoekende partij een nadeel te veroorzaken dat niet evenredig is aan de nagestreefde doelstellingen.

20. In zoverre in het middel de schending wordt aangevoerd van het evenredigheidsbeginsel, is het ernstig.

IX. Besluit

21. Het enig middel is 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 de beslissing van het managementcomité van de nv van publiekrecht Beheersmaatschappij Antwerpen Mobiel, handelend

onder de naam Lantis, van 4 oktober 2022 waarbij vijf kandidaten geselecteerd worden voor de overheidsopdracht met als voorwerp 'Raam-overeenkomst ICT infrastructuur en digitale werkplekdiensten' en waarbij impliciet beslist wordt om de nv Proximus voor die opdracht niet te selecteren.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van negen december tweeduizend tweeëntwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Paul Lemmens,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Silja Doms	**Paul Lemmens**