

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 250.824 van 8 juni 2021
in de zaak A. 233.630/XII-9085**

In zake: de NV ELECTRABEL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jens Mosselmans, Maxime Vanderstraeten en
Stef Feyen
kantoor houdend te 1000 Brussel
Terhulpsessesteenweg 120
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de NV NMBS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Barteld Schutyser, Hans Plancke en
Gauthier Vlassenbroeck
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 99
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partijen:

1. de NV LAMPIRIS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Virginie Dor en Youri Musschebroeck
kantoor houdend te 1170 Brussel
Terhulpsessesteenweg 178
bij wie woonplaats wordt gekozen
2. de NV LUMINUS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Virginie Dor en Youri Musschebroeck
kantoor houdend te 1170 Brussel
Terhulpsessesteenweg 178
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 14 mei 2021, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de ‘gemotiveerde gunningsbeslissing van opdracht CS4/0001774627’, genomen door de NMBS op 30 april 2021, waarbij enerzijds de offerte van [de nv] Electrabel substantieel onregelmatig wordt verklaard en dienvolgens geweerd, en anderzijds het eerste perceel van de opdracht (levering hoogcalorisch gas) aan de nv Lampiris [...] wordt gegund [...] en het tweede perceel van de opdracht (levering laagcalorisch gas) aan de nv Luminus”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met verzoekschriften van 25 mei 2021 hebben de nv Lampiris en de nv Luminus gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 1 juni 2021, om 10.30 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Maxime Vanderstraeten en Stef Feyen, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaten Hans Plancke en Gauthier Vlassenbroeck, die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaat Virginie Dor, die verschijnt voor de tussenkomende partijen, zijn gehoord.

Adjunct-auditeur Frederick Ongena, daartoe gemachtigd bij beslissing van de auditeur-generaal van 14 januari 2020, 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 NMBS schrijft een overheidsopdracht uit met als voorwerp “Bevoorrading van aardgas voor de periode 2022-2025, voor NMBS, Infrabel, HR-Rail en Train World”.

De opdracht wordt gegund door middel van een onderhandelingsprocedure met voorafgaande oproep tot mededinging, in de zin van artikel 120 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016).

Op 22 juni 2020 wordt de opdracht bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en op 25 juni 2020 in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie.

3.2. Drie kandidaten dienen een aanvraag tot deelneming in. Zij worden allen geselecteerd en uitgenodigd om een offerte in te dienen.

3.3. In het toepasselijk bestek wordt vermeld dat de opdracht is verdeeld in de volgende twee percelen: “Lot 1: de levering van aardgas met hoge calorische waarde” en “Lot 2: de levering van aardgas met lage calorische waarde”.

In het bestek wordt tevens bepaald dat de opdracht zal worden gegund op grond van één gunningscriterium, te weten de “Financiële voorwaarden”.

Aangaande de prijsstructuur wordt in het bestek het volgende opgenomen:

“10. Prijsstructuur

Zie bijlage 3 – Prijsstructuur

De offerte bevat een prijsgedeelte ‘commodity’. Dit omvat alle kosten die de leverancier maakt om het aardgas te produceren of aan te kopen, en deze aan te bieden aan de afnamepunten van de NMBS. Tenzij anders vermeld in dit document, kunnen wijzigingen in deze onderliggende prijscomponenten geen invloed hebben op de contractueel overeengekomen prijs.

De offerte bevat een prijsgedeelte ‘transport’. Dit omvat de transportkosten op het netwerk van Fluxys. Wijzigingen in de officiële tarieven zullen via een formule transparant kunnen worden doorgerekend.

De distributiekosten en alle toeslagen en bijdragen die geheven worden op de afnamepunten zullen in de offerte apart vermeld en transparant toegepast worden.”

De voormelde bijlage 3 bij het bestek verduidelijkt de prijsstructuur nader als volgt:

“De inschrijver dient, voor elk lot waarvoor hij zich inschrijft een prijs op te geven voor het gedeelte ‘commodity’. Voor elk afnamepunt dient hij een prijs op te geven voor het gedeelte ‘transport’.

De distributiekosten en alle toeslagen en bijdragen die geheven worden op de afnamepunten zullen ter indicatie in de offerte (bijlage 1a en/of 1b) apart vermeld worden.

[...]

2 Prijsgedeelte Transport

De transportkosten worden voor elk afnamepunt berekend op basis van een prijsformule. Elke term van de prijsformule bevat officiële tarieven gepubliceerd op www.fluxys.com. Wanneer deze tarieven veranderen, dan kunnen deze transparant worden doorgerekend. De andere componenten uit de prijsformule (a, b, ...) worden bij de inschrijving vastgelegd. Alle componenten van de prijsformule moeten door de inschrijver worden ingevuld in bijlage 1a en/of 1b.

De formule voor de berekening van de transportkosten is de volgende:

$$T = a * [Entry + (x * HP + y * PRS)] + b$$

Met:

- Entry = capaciteitstarief voor ‘Entry op Interconnectiepunten’ in €/kWh/h/jaar zoals gepubliceerd op www.fluxys.com
- HP = capaciteitstarief voor ‘HP capaciteit’ in €/kWh/h/jaar zoals gepubliceerd op www.fluxys.com
- DPRS = capaciteitstarief voor ‘Druk Reduceer Station’ in €/kWh/h/jaar zoals gepubliceerd op www.fluxys.com
- a, b, x en y = vaste termen die per afnamepunt worden vastgelegd. Het is niet toegestaan om a gelijk aan nul te stellen.

De inschrijver dient vaste capaciteit te voorzien (d.w.z. niet-onderbreekbaar).

De facturatie dient per afnamepunt te gebeuren als een vaste kost uitgedrukt in €/maand. Deze maandelijkse kost verandert enkel wanneer de Fluxys-tarieven wijzigen.”

Het inschrijvingsformulier, dat bijlage 4 bij het bestek uitmaakt, vermeldt het volgende over de “prijsformule transport”:

“Zie bijlage 3 – Prijsstructuur (punt 2) – van dit bestek.

Basisformule: $T = a * [Entry + (x * HP + y * PRS)] + b$

De inschrijver dient voor elk EAN-nummer in bijlage 1a en/of 1b de coëfficiënten van de formule in te vullen, alsook de totale transportkost op basis van de huidig gekende tarieven.”

De voormelde bijlagen 1a en/of 1b, die de diverse afnamepunten oplijsten, bevatten in te vullen kolommen, waaronder telkens een voor de totale transportkost.

3.4. Drie inschrijvers dienen een eerste offerte in.

Op 28 januari 2021 worden zij uitgenodigd om een BAFO in te dienen, waarna de drie inschrijvers de gevraagde BAFO hebben ingediend.

3.5. Op 26 februari 2021 gunt de verwerende partij de beide percelen van de opdracht aan de verzoekende partij omdat zij de laagste offerte heeft ingediend.

3.6. Op 1 maart 2021 brengt de verzoekende partij aan de verwerende partij per e-mailbericht echter ter kennis dat zij voor de beide percelen de totaalprijs voor de afnamepunten verkeerd heeft ingevuld, maar dat na herberekening met toepassing van de voormelde formule, de nieuwe uitslag geen invloed heeft op de gunning.

3.7. Op 8 maart 2021 deelt de nv Luminus, de tweede tussenkomende partij, aan de verwerende partij mee dat zij een aantal bedenkingen heeft bij de gunning van de opdracht. Zij wijst de verwerende partij erop dat de verzoekende partij nagenoeg geen transportkosten heeft doorgerekend, hetgeen zij als een

abnormaal lage prijs aanmerkt, en zij stelt een aantal vragen over de betrokken prijsopgave van de verzoekende partij.

3.8. Nadat de verwerende partij op 15 maart 2021 aan de nv Luminus hierop een afwijzend antwoord geeft en nadat de laatstgenoemde een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid bij de Raad van State instelt tegen de voormelde gunningsbeslissing, besluit de verwerende partij op 26 maart 2021 om de gunningsbeslissing van 26 februari 2021 in te trekken.

3.9. Op 9 april 2021 vraagt de verwerende partij aan de drie inschrijvers om de verbintenistermijn van hun offertes te verlengen, met verwijzing naar artikel 64 van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 'plaatsing overheidsopdrachten in de speciale sectoren' (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017). "Gelet op de specifieke omstandigheden van de levering van aardgas" wordt ook toegestaan de prijs van de offertes te wijzigen maar "op basis van concrete en relevante elementen".

De verwerende partij vraagt tevens met een andere brief van dezelfde datum aan de verzoekende partij om een prijsverantwoording te bezorgen voor het prijsgedeelte "transport" en dit voor de beide loten.

Op 16 april 2021 betuigen de eerste en de tweede tussenkomen de partij hun akkoord met de verlenging van de verbintenistermijn

Op 19 april 2021 antwoordt de verzoekende partij als volgt:

"[...] Allereerst willen wij nogmaals bevestigen dat de 'fout' die Electrabel heeft gemaakt in haar offertes van 8 december 2020 en 15 februari 2021 louter materieel van aard is.

Meer bepaald werd door Electrabel in de kolom 'Totaal transportkost' van het Excel-bestand van haar BAFO een manuele raming van de transportkost per MWH ingevuld. De bedoeling was echter om het bedrag van de totale transportkost ongewijzigd te laten en automatisch door het Excel-bestand te laten berekenen door toepassing van de formule zoals voorzien in het bestek ($T = a * [Entry + (x * HP + y * PRS)] + b$).

Die formule is de combinatie van de verschillende kolommen van het Excel-bestand, die door Electrabel wel degelijk correct werden ingevuld.

Per e-mail van 1 maart jl. maakte Electrabel andermaal een inventaris (Excel-bestand) over met voor elk perceel de oorspronkelijke versie van haar BAFO, en de gecorrigeerde versie. Wij voegen deze gecorrigeerde inventaris opnieuw toe bij deze brief.

Voorbeeld van correctie:

[...]

De NMBS kan dus vaststellen dat de offerte van Electrabel een louter materiële fout bevat in de zin van artikel 42 van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 plaatsing overheidsopdrachten in de speciale sectoren. Deze vergissing wordt verholpen door de werkelijke intentie van Electrabel na te speuren, zoals vereist in artikel 42, lid 2, van voormeld koninklijk besluit. In dit verband heeft Electrabel reeds de aard van de fout meegedeeld. Het ‘herstel’ van de daadwerkelijke intentie van Electrabel houdt eenvoudigweg in dat het Excel-bestand automatisch de totale transportkosten berekent op basis van de gegevens (variabelen) die Electrabel wel correct invoerde in het Excel-bestand.

[...] Na de bovenvermelde correctie zal de NMBS kunnen vaststellen dat de transportkosten van Electrabel niet als abnormaal voorkomen, zoals bepaald in artikel 44, lid 1, van het voormeld koninklijk besluit.

Zij zijn integendeel volledig in overeenstemming met de kosten die gewoonlijk op de markt worden aangerekend.

In het licht van het voorgaande is dan ook het verzoek tot prijsverantwoording – mede gelet op haar correlatie met de begane materiële vergissing – zonder voorwerp, en dit zowel voor perceel 1 als voor perceel 2.

[...] Wat uw tweede brief betreft, bevestigen wij u met genoegen de verlenging met 30 kalenderdagen van de verbintenistermijn van onze offerte zoals gecorrigeerd in het licht van de hierboven uiteengezette elementen.”

3.10 Op 30 april 2021 beslist de verwerende partij de offerte van de verzoekende partij substantieel onregelmatig te verklaren en perceel 1 te gunnen aan de eerste tussenkomende partij en perceel 2 aan de tweede tussenkomende partij.

De onregelmatigheid van de offerte van de verzoekende partij wordt als volgt gemotiveerd:

“De finale offerte van Electrabel NV bevatte een onduidelijkheid omtrent de prijzen die voor de transportkosten werden opgegeven, die beduidend lager liggen in vergelijking met de prijzen van de andere inschrijvers. Het is die onduidelijkheid die de intrekking van de beslissing van 26/02/2021 veroorzaakt heeft.

Overeenkomstig paragraaf 2 van bijlage 3 van het bestek, worden de transportkosten voor elk afnamepunt berekend op basis van een prijsformule. Elke term van de prijsformule bevat officiële tarieven gepubliceerd op www.fluxys.com. Wanneer deze tarieven veranderen, dan kunnen deze transparant worden doorgerekend. De andere componenten uit de prijsformule (a, b, x en y) worden bij de inschrijving vastgelegd. Alle componenten van de prijsformule moeten door de inschrijver worden ingevuld. De formule voor de berekening van de transportkosten is de volgende: $T = a * [\text{Entry} + (x * \text{HP} + y * \text{PRS})] + b$. a, b, x en y zijn vaste termen die per afnamepunt worden ingevuld, en die door de inschrijvers vrij worden bepaald.

De prijzen die door Electrabel NV werden opgegeven voor de transportkosten, werden door Electrabel NV in haar offerte in het daartoe aangegeven bestand manueel ingevuld, en zijn geen toepassing van de formule die in het bestek is bepaald. De termen a, b, x en y werden per afnamepunt door Electrabel NV wel ingevuld, maar de prijzen die voor de transportkosten werden opgegeven, vormen niet het resultaat van de berekening van de in het bestek voorziene formule.

Aangezien de prijzen die door Electrabel NV voor de transportkosten werden opgegeven beduidend lager liggen in vergelijking met de prijzen van de andere inschrijvers, heeft de NMBS, zoals hierboven reeds aangegeven, op 09/04/2021 aan Electrabel NV gevraagd om de normaliteit van de prijzen die voor de transportkosten opgegeven werden, te verantwoorden (zoals hierboven aangegeven).

In haar antwoord van 19/04/2021 heeft Electrabel NV geantwoord dat de prijzen die voor de transportkosten werden opgegeven, door een zuivere materiële fout zouden zijn aangetast, en dat de NMBS deze prijzen zou moeten herstellen door de prijzen voor de transportkosten te berekenen op basis van de toepassing van de formule die in het bestek is bepaald, onder meer rekening houdend met de prijzen die voor de termen a, b, x en y in de offerte van Electrabel NV zijn opgegeven.

De NMBS is van oordeel dat het antwoord van Electrabel NV, geen soelaas kan bieden. Het is niet aannemelijk dat de prijzen die door Electrabel NV voor de transportkosten in haar offerte oorspronkelijk werden opgegeven, door een zuivere materiële fout zijn aangetast. Een zuivere materiële fout heeft betrekking op een handeling waaruit duidelijk af te leiden valt dat de inschrijver een vergissing heeft gemaakt, zoals bijvoorbeeld het plaatsen van een komma op een verkeerde plaats of het omwisselen van bedragen in een inschrijvingsformulier. Een materiële fout mag niet of nauwelijks tot discussie aanleiding geven.

De wijziging van haar offerte die Electrabel NV als de rechtzetting van een materiële fout voorstelt, valt niet onder deze toepassingsgevallen. Electrabel NV heeft immers zelf bepaalde bedragen in de offerte manueel ingevuld, en dit voor alle transportkosten. Het is een handeling die Electrabel NV eigenhandig gesteld heeft en die de NMBS niet in haar plaats kan rechtzetten of vervangen door toepassing van de formule te maken. De NMBS kan binnen de strikte context van de regels inzake

overheidsopdrachten niet met voldoende zekerheid vaststellen of het wel degelijk om een materiële fout dan wel om een manipulatie gaat.

Het resultaat is dat Electrabel NV in werkelijkheid geacht moet worden, onder het mom van de rechtzetting van een materiële fout, een wijziging van haar offerte te hebben voorgesteld. De aanbesteder kan met zo'n rechtzetting geen rekening houden.

Integendeel moet de aanbesteder aannemen dat de verbintenis om de opdracht onder de in haar (oorspronkelijke) finale offerte voorgestelde voorwaarden uit te voeren onzeker is.

Aangezien Electrabel NV bovendien de normaliteit van haar prijzen voor de transportkosten niet heeft verantwoord, bevat de offerte abnormale prijzen die eveneens tot gevolg hebben dat de finale offerte van Electrabel NV substantieel onregelmatig dient te worden verklaard.

De finale offerte van Electrabel NV dient dan ook substantieel onregelmatig te worden verklaard.

De finale offertes van de andere inschrijvers zijn regelmatig en komen bijgevolg voor nadere analyse in aanmerking.”

Dit is de bestreden beslissing.

IV. Tussenkost

4. De nv Lampiris en de nv Luminus blijken voordeel te halen uit de bestreden beslissing en hebben er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moeten hun verzoeken tot tussenkost worden ingewilligd.

V. Schorsingsvoorwaarden

5.1. 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.

5.2. 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.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6. De verzoekende partij voert in een eerste middel de schending aan van artikel 42, § 2, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, van het zorgvuldigheidsbeginsel, het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* en de materiële motiveringsplicht.

De verzoekende partij vat dit middel zelf als volgt samen:

“De NMBS heeft te dezen artikel 42, § 2 van het KB Plaatsing Speciale Sectoren geschonden doordat zij niet op een zorgvuldige wijze de offerte van Electrabel heeft nagekeken.

Een zorgvuldig nazicht zou immers onmiddellijk aantonen dat de offerte, voor [...] het prijs-element transportkosten, behept was met een manifeste vergissing waarvan de verbetering zich eenvoudigweg opdrong door toepassing van de formule die in het bestek werd opgenomen. De verbetering van deze manifeste fout vereiste dus niet meer dan de toepassing van een berekening die de NMBS zelf had vastgesteld.

Inzonderheid gelet op het feit dat Electrabel dit onmiddellijk heeft gemeld (met name daags na de eerste gunningsbeslissing) en bovendien de NMBS duidelijk op de hoogte was van de gemaakte zuiver materiële fout, kan de motivering uit de gunningsbeslissing, met name dat de NMBS niet met zekerheid kan vaststellen dat het niet om manipulatie gaat omdat Electrabel zelf de waarden heeft ingevuld, de gunningsbeslissing niet schragen, des te minder nu de NMBS de mogelijkheid heeft verleend aan de inschrijvers hun offertebedragen aan te passen (zie 2^{de} middel).

[...] Het spreekt hierbij voor zich dat in zoverre de NMBS op een correcte wijze de intentie van Electrabel had nagespeurd en, overeenkomstig artikel 42, § 2 KB Plaatsing Speciale Sectoren de offerte van Electrabel had verbeterd, er uiteraard geen sprake zou zijn van een onzekere verbintenis in hoofde van Electrabel en al evenmin van enige abnormale prijs.

Mede om deze redenen, kan de motivering de bestreden beslissing niet dragen.”

In haar toelichting bij het middel benadrukt de verzoekende partij in de eerste plaats dat te dezen geen standardsituatie voorligt, nu het hier gaat om een onderhandelingsprocedure – waar meer armslag bestaat voor inschrijvers om offertes bij te stellen – zodat er redenen zijn om de gestrengheid bij de interpretatie van het voormelde artikel 42, § 2, te temperen.

Voorts betoogt zij dat zelfs bij instandhouding van een strenge interpretatie van het voormelde artikel, in de huidige omstandigheden de verwerende partij wel degelijk onzorgvuldig heeft gehandeld door wat in essentie een eenvoudige rekenfout uitmaakt, niet te verbeteren; immers, nu “alle variabelen van de formule correct werden ingevuld door Electrabel, moet worden vastgesteld dat enkel de berekening van de uitkomst misgelopen is”.

De verzoekende partij meent tevens dat er sprake is van een onmiskenbare materiële vergissing: “Dat Electrabel hier in plaats van de uitkomst van de berekening (krachtens de formule) een aantal andere cijfers heeft ingevuld, betreft een duidelijke rekenfout c.q. materiële vergissing”. De aanbestedende overheid heeft immers zelf de formule uiteengezet aan de hand waarvan de totaalprijzen dienden te worden berekend en had dus bij zorgvuldig nazicht onmiddellijk kunnen ontdekken dat er een onjuiste berekening voorlag.

De verzoekende partij merkt hierbij ook nog op dat de verwerende partij niet in het ongewisse was of minstens niet kon blijven van deze

manifeste en onbetwistbare rekenfout en het dus geen enkele twijfel lijdt dat zij nog vóór het nazicht van de offertes ervan op de hoogte was: “De aanbesteder werd hierop immers onmiddellijk na de eerste gunningsbeslissing gewezen, en Electrabel heeft ook geduid waarin de rekenfout c.q. zuiver materiële vergissing gelegen was. Electrabel heeft dit in het kader van de prijsverantwoording voor de goede orde herhaald, maar dit kon niet anders dan reeds voorheen duidelijk geweest zijn, ook gelet op het grote prijsverschil met de andere offertes”.

De verzoekende partij benadrukt hierbij dat zij heeft verduidelijkt, tot tweemaal toe, dat zij “zich vergist had en in de kolom ‘totaal transportkosten’ in plaats van toepassing te maken van de formule (hetgeen uiteraard haar intentie was overeenkomstig het bestek), een inschatting had gemaakt van de transportkost per MWh (zoals dit gevraagd werd bij het prijsgedeelte ‘commodity’). In een voetnoot licht zij hierover nog het volgende toe:

“In de tabel (met transportprijzen) stond de formule niet herhaald, en een energieleverancier gebruikt courant (wanneer een totaalprijs wordt gevraagd) de eenvoudige vermenigvuldiging van een eenheidsprijs in €/MWh en een hoeveelheid in MWh, dewelke in casu niet konden worden toegepast. Bij ontstentenis aan eenduidige informatie, werd teruggegrepen naar een geschatte prijs in MWh. Electrabel ging ervan uit dat – zoals gebruikelijk – de transportprijzen louter ter informatieve titel werden opgevraagd; minstens dat de ‘formule’ automatisch zijn werk zou doen. Het was dan ook de intentie van Electrabel om de formule de (goeddeels vaste) transportkosten te laten berekenen.”

De verzoekende partij betwist dan ook ten stelligste dat er sprake zou zijn van manipulatie en dat de verbetering een aanpassing of wijziging van de offerte met zich zou brengen. Zij benadrukt hierbij nogmaals dat de verbeteringen voortvloeien uit een vaste formule die geen ruimte laat voor wijzigingen of aanpassingen van een offerte, dat het bestek slechts voorschrijft om de componenten van de prijsformule in te vullen, namelijk “Entry”, “HP”, “DPRS” en “a, b, x en y”, en dat er geen sprake is van een impact op de mededinging, nu zij ook na verbetering in elk geval de opdracht in de wacht zou hebben gesleept.

Ten slotte wijst de verzoekende partij nog op het arrest van de Raad van State nr. 232.738 van 28 oktober 2015 waarin een bijzonder gelijkaardig geval aan bod zou zijn gekomen.

Beoordeling

7. Artikel 42, § 2, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 bepaalt:

“De aanbestedende entiteit verbetert de rekenfouten en zuiver materiële fouten in de offertes, zonder aansprakelijk te zijn voor de niet ontdekte fouten.

Ten einde de rekenfouten en de zuiver materiële fouten die door haar vastgesteld worden in de offertes te verbeteren, gaat de aanbestedende entiteit de werkelijke bedoeling na van de inschrijver via een globale analyse van de offerte en door deze te vergelijken met de andere offertes en met de marktprijzen. Indien deze bedoeling, na analyse van de offerte, niet voldoende duidelijk is, kan de aanbestedende entiteit de inschrijver, binnen een door haar gestelde termijn, uitnodigen om de inhoud van zijn offerte te verduidelijken zonder haar te wijzigen en te vervolledigen en dit zonder afbreuk te doen aan de mogelijkheid om te onderhandelen indien de procedure zulks toelaat.

Als er in dit laatste geval geen toelichting gegeven is of de toelichting niet aanvaardbaar is voor de aanbestedende entiteit, verbetert ze de fouten naar eigen bevindingen. Mocht dit niet mogelijk zijn, dan kan de aanbestedende entiteit hetzij beslissen dat de opgegeven eenheidsprijzen van toepassing zijn, hetzij de offerte als onregelmatig weren.”

8. Met een zuiver materiële fout wordt in principe een verschrijving of vergissing bedoeld, begaan bij de materiële verrichtingen die gepaard gaan met het opstellen van een offerte zoals het uitschrijven, het invullen en het overbrengen van cijfergegevens. Het begrip vereist een strikte interpretatie omdat wordt afgeweken van het principe van de onveranderlijkheid van de offertes na het indienen ervan. De beweerde materiële fout moet dan ook een vrijwel onbetwistbaar karakter hebben. Daarnaast is de verbetering van een ontdekte materiële fout in elk geval een hachelijke onderneming aangezien het de offerte wijzigt, te dezen zou zulks het geval zijn wat de prijs betreft, het enig gunningscriterium.

Bij het beoordelen of er sprake is van een rekenfout of zuiver materiële fout in de zin van het voormelde artikel beschikt de aanbestedende overheid voorts over een beoordelingsruimte om uit te maken of in het licht van de omstandigheden het al dan niet aannemelijk is dat er sprake is van een dergelijke fout en of al dan niet duidelijk is wat de werkelijke bedoeling van de inschrijver was bij het begaan van de fout. Het komt daarbij niet aan de Raad van State toe om een eigen beoordeling in de plaats van deze van het bestuur te stellen. Hij mag desgevraagd wel nagaan of de aanbestedende overheid bij deze beoordeling de perken van de redelijkheid niet te buiten is gegaan, niet onzorgvuldig is geweest en of de beslissing op aanvaardbare motieven is gesteund.

9. Het toepasselijk bestek beschrijft op bladzijde 4, onder punt 7, de wijze waarop de inschrijvers hun offerte opmaken. Hierin is vermeld dat de offerte verplicht volgens het inschrijvingsformulier wordt ingediend. Ook de tabellen uit de bijlagen 1a en/of 1b moeten volledig worden ingevuld. Bijlagen 3 en 4 bij het bestek voorzien in een gelijkaardige verplichting en uit dit alles lijkt te moeten worden afgeleid dat de totale transportkosten moeten worden opgegeven en zulks met toepassing van de opgegeven formule.

10. Uit de offerte die de verzoekende partij op 15 februari 2021 indiende, haar BAFO, blijkt dat zij alle posten betreffende de totale transportkost in de bijlagen 1a en 1b heeft ingevuld. Ook in de eerste offerte die de verzoekende partij in het kader van de onderhandelingsprocedure indiende, blijken alle posten betreffende de totale transportkost in de bijlagen 1a en 1b te zijn ingevuld.

De in de eerste offerte ingevulde totaalbedragen blijken dezelfde te zijn als deze die in de BAFO zijn opgenomen. Overigens bevestigt de verzoekende partij zulks in haar voormelde brief van 19 april 2021.

Deze vaststelling lijkt reeds de ernst van haar argumentatie, dat zij slechts een materiële fout of een rekenfout zou hebben gemaakt die onbetwistbaar is, te doen wankelen. Bij het opmaken van haar BAFO lijkt de verzoekende partij immers zelf de begane fout die zij dan in haar eerste offerte

reeds zou hebben gemaakt, niet te hebben opgemerkt en opnieuw dezelfde zogenoemde fout te hebben gemaakt.

De verzoekende partij lijkt voorts te erkennen dat zij de “totale transportkost” (de T-waarde) in haar offerte “manueel” heeft ingevuld, als een – in haar eigen termen – “inschatting”, dus als een raming van de transportkost per MWh, waarbij zij er naar eigen zeggen vanuit ging dat “zoals gebruikelijk – de transportprijzen louter ter informatieve titel werden opgevraagd”. Zij kwam dus niet tot die totaalcost door toepassing van de betrokken formule en haar uitgangspunt en handelwijze lijken aldus niet te stroken met het bestek dat wel degelijk voor de vergelijking van de offertes uitging van de betrokken totaalcost en aan het bindend karakter van haar raming mocht dus ook worden getwijfeld.

De verzoekende partij toont, op het eerste gezicht, dan ook niet aan dat de verwerende partij de grenzen van haar beoordelingsruimte te buiten is gegaan door te oordelen dat de fout in de offerte van de verzoekende partij niet als een rekenfout mag worden gekwalificeerd maar het gevolg is van de wijze waarop de verzoekende partij ervoor heeft gekozen de offerte in te vullen. Het gegeven dat de verzoekende partij na het nemen van de eerste gunningsbeslissing de verwerende partij op de anomalie in de offerte heeft gewezen, lijkt, op het eerste gezicht, aan deze vaststelling geen afbreuk te doen.

Bijgevolg toont de verzoekende partij *prima facie* ook niet aan dat de verwerende partij de grenzen van haar beoordelingsruimte heeft miskend door te oordelen dat de afwezigheid van de impact op de mededinging geen afbreuk doet aan het gegeven dat de verwerende partij de bedoeling van de verzoekende partij, bij de analyse van de offerte, niet eenduidig kon vaststellen en een verbetering van de offerte van de verzoekende partij aldus niet zonder meer mogelijk was.

Voor zover ten slotte de verzoekende partij meent dat het huidige geval vergelijkbaar is met de feiten die ten grondslag liggen aan het voormelde arrest van de Raad van State nr. 232.738 moet worden vastgesteld dat in die zaak de gekozen inschrijver aanvoerde een materiële fout te hebben begaan door een komma op de verkeerde plaats te hebben gezet. In die situatie mocht

volgens het arrest worden geoordeeld dat de aldus opgegeven prijs veel te hoog was en dat een vergelijking met de prijzen van de andere inschrijvers de materiële fout aan het licht kon brengen. Op het eerste gezicht lijkt die situatie te verschillen van deze in het huidige geschil waarin de verzoekende partij ervoor heeft gekozen om een tabel met een eigen raming in te vullen in plaats van de ter beschikking gestelde formule voluit te hanteren. Bovendien had de aanbestedende overheid in de zaak die tot het voormelde arrest nr. 232.738 leidde het bestaan van de materiële fout aanvaard terwijl de verwerende partij *in casu* dit bestaan verwerpt.

De verzoekende partij toont aldus *prima facie* niet aan dat de verwerende partij de grenzen van haar beoordelingsruimte heeft geschonden door de offerte van de verzoekende partij onregelmatig te verklaren.

11. Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

12. De verzoekende partij voert in een tweede middel de schending aan van artikel 4 van de wet overheidsopdrachten 2016, van de artikelen 64, tweede lid, en 87 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, van het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht.

De verzoekende partij vat haar middel zelf als volgt samen:

“De aanbesteder heeft na het verstrijken van de oorspronkelijke verbintenistermijn aangevoerd beroep te doen op artikel 64 van het KB Plaatsing Speciale Sectoren, terwijl deze bepaling niet toepasselijk is indien de verbintenistermijn is verstreken.

In dat geval dient de aanbesteder immers toepassing te maken van artikel 85 van de wet (om af te zien van de gunning), dan wel – in het kader van openbare of niet-openbare procedures, van artikel 87 van het KB Plaatsing Speciale Sectoren, waarbij in eerste instantie aan de inschrijver(s) moet worden gevraagd of de offerte behouden blijft.

Slechts wanneer de inschrijver dit weigert, of slechts wanneer de inschrijver zelf een wijziging voorstelt, kan toepassing worden gemaakt van artikel 87, derde en volgende leden van het KB Plaatsing Speciale Sectoren.

40. Te dezen heeft de aanbesteder echter toegestaan ‘om de prijs van (de) offerte te wijzigen’, gelet op de specifieke marktomstandigheden.

Een prijsaanpassing diende ‘op basis van concrete en relevante elementen’ te worden verantwoord.

Dit lijkt niet op een toepassing van de artikelen 64 of 87 van het KB Plaatsing Speciale Sectoren, maar daarentegen op een uitnodiging tot verbetering of wijziging van de offerte (weliswaar beperkt tot deze wijzigingen die kunnen worden verantwoord).

Nu de NMBS nooit heeft aangegeven een finale BAFO te hebben gevraagd, was het wettig mogelijk om de offerteprijs (op een verantwoorde wijze) aan te passen, in functie van de specifieke marktomstandigheden.

[...] Voor zover de ‘verbetering’ door Electrabel al zou kwalificeren als een wijziging, vindt deze wijziging steun in de mogelijkheid die de NMBS heeft geboden om een nieuwe offerteprijs in te dienen.”

De verzoekende partij geeft vervolgens toe dat zij de vraag van 9 april 2021 niet anders kon interpreteren dan als een vraag tot wijziging van de offerte, nu artikel 64 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 voorzeker geen toepassing kon vinden, gelet op het verstrijken van de verbintenistermijn. Zij meent eveneens dat zij die vraag mocht opvatten als een vraag gesteld buiten de contouren van artikel 87 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, dat geen toepassing vindt op onderhandelingsprocedures, maar ook omdat de verantwoordings-mogelijkheden voor een wijziging van de offerte niet stroken met de mogelijkheden die in dat artikel worden opgenomen. “Bovendien was aan Electrabel voorheen niet als dusdanig gevraagd om een laatste en beste bod (BAFO) in te dienen”.

Zij is dan ook de mening toegedaan dat “[i]n die constellatie” er geen sprake kan zijn van onregelmatigheid van haar offerte, “nu zelfs indien de ‘aanpassing’ van de prijzen geen loutere verbetering zou uitmaken (zie supra, eerste middel), deze aanpassing perfect te verantwoorden valt, gelet op het verzoek dat de NMBS zelf aan Electrabel heeft gericht (stuk nr. 11). Van een onzekere verbintenis is dan ook allerminst sprake”.

Ten slotte, zelfs binnen de contouren van artikel 87 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, meent zij dat van zodra zelfs een minimale verantwoording bestaat voor een prijsaanpassing, een aanpassing van de prijzen moet worden toegelaten, voor zover de verantwoording betrekking heeft op omstandigheden die zich voordeden na de opening van de offertes. “In casu kan worden aangevoerd dat de aanpassing van transportprijzen zich opdroeg nadat de offertedatum was verstreken”.

Zij besluit:

“Door niettegenstaande haar verzoek tot verlenging van de verbintenistermijn, waarin de kans werd geboden om de offerte te wijzigen, volstrekt de herhaalde toelichting en aanpassingen van Electrabel aan de kant te schuiven, heeft de aanbestedende overheid de gelijkheid tussen inschrijvers miskend (die per hypothese tevens de kans kregen hun offertes aan te passen), en tevens inbreuk gemaakt op de bepalingen die (de verlenging van) de verbintenistermijn regelen.”

Beoordeling

13. Zowel de verwerende partij als de eerste en de tweede tussenkomende partij werpen excepties van onontvankelijkheid op betreffende het hier besproken middel.

Zoals hierna zal blijken, is het middel niet ernstig, waardoor in de huidige stand van het geding geen uitspraak dient te worden gedaan over deze excepties.

14. Uit het administratief dossier blijkt dat de verwerende partij aan de inschrijvers heeft gevraagd de verbintenistermijn te verlengen, gelet op de intrekking van de eerste gunningsbeslissing. Met de verwerende partij mag, op het eerste gezicht, worden vastgesteld dat louter werd gevraagd om de verbintenistermijn te verlengen op grond van artikel 64 van het koninklijk besluit plaatsing 2017. Wat de aanpassing van de prijs betreft, werd deze enkel toegestaan “[g]elet op de specifieke marktomstandigheden van de levering van aardgas in België” en mits verantwoording aan de hand van “concrete en relevante elementen”. Uit het antwoord van de andere inschrijvers dan de verzoekende partij

lijkt bovendien te mogen worden afgeleid dat zij de vraag van de verwerende partij tot verlenging van de verbintenistermijn ook in die zin hebben begrepen en daarom niet hebben geantwoord met het indienen van een nieuwe, gewijzigde offerte.

De argumentatie van de verzoekende partij in dit middel overtuigt bijgevolg op het eerste gezicht niet. Ook al werd de vraag tot verlenging van de verbintenistermijn buiten de oorspronkelijke verbintenistermijn gesteld, deze vraag lijkt uit te gaan van het normdoel van artikel 64 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, namelijk een verlenging mogelijk maken van de oorspronkelijke verbintenistermijn, gelet ook op de expliciete verwijzing naar dat artikel. De betrokken vraag lijkt dan ook niet zonder meer te mogen worden geïnterpreteerd als een vraag die in het algemeen de mogelijkheid tot wijziging of verbetering van de offerte zou inhouden of als een die de verzoekende partij de kans gaf om de vastgestelde onregelmatigheid te regulariseren.

Bovendien lijkt de verantwoording voor een eventuele prijsaanpassing betrekking te moeten hebben op omstandigheden die zich voordoen na de opening van de offertes, wat de verzoekende partij overigens zelf erkent. Zulks is echter niet het geval voor de door haar gevraagde aanpassingen, die helemaal niet te wijten zijn aan omstandigheden na de opening van de offertes. Deze zijn immers *in se* terug te brengen tot haar eigen onzorgvuldigheid bij het opstellen van haar offerte, waarbij zij dus niet heeft gewerkt aan de hand van de formule zoals opgenomen in de bestekdocumenten. De verzoekende partij heeft immers wel de coëfficiënten van de formule ingevuld, doch om tot de totale transportkost te komen de formule zelf niet toegepast maar dat totaal ingevuld als een eigen raming, afwijkend van het resultaat dat zou zijn verkregen bij toepassing van de formule.

Haar uitleg in een voetnoot bij het eerste middel is weinig overtuigend. Nu de basisformule duidelijk op diverse plaatsen in het bestek werd uiteengezet, lijkt de verzoekende partij zich niet te kunnen verschuilen achter de uitleg dat een energieleverancier courant, wanneer een totaalprijs wordt gevraagd, de eenvoudige vermenigvuldiging van een eenheidsprijs in €/MWh en een hoeveelheid in MWh gebruikt. Evenmin lijkt zij te kunnen volhouden dat er een gebrek was aan “eenduidige informatie” en zij daarom diende terug te grijpen naar

een geschatte prijs in MWh en evenmin dat de transportprijzen louter ten informatieven titel werden opgevraagd.

15. Het tweede middel is niet ernstig.

VII. Besluit

16. Geen van beide middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

1. De verzoeken van de nv Lampiris en de nv Luminus tot tussenkomst worden ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 20 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

De tussenkomende partijen worden verwezen in de kosten van de tussenkomsten, begroot op een rolrecht van 300 euro, elk voor de helft.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van acht juni tweeduizend eenentwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	

Greta Scheveneels,	griffier.
--------------------	-----------

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Dierk Verbiest