

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 254.394 van 6 september 2022
in de zaak A. 233.412/XII-9066**

In zake : de BV REZUNI
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Tim Van Cauter
 kantoor houdende te 8790 Waregem
 Zultseweg 101
 bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

 de GEMEENTE UKKEL
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Anthony Poppe
 kantoor houdend te 1050 Brussel
 Louizalaan 283/19
 bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 12 april 2021, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van de gemeente Ukkel van 22 december 2020, waarbij wordt beslist om de overheidsopdracht voor werken ‘Herstellen van de keibestrating van de Gendarmendreef’ te gunnen aan de nv Colas.

II. Verloop van de rechtspleging

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

 Eerste auditeur-afdelingshoofd Ann Eylenbosch heeft een verslag opgesteld.

De verwerende partij heeft een verzoek tot voortzetting van het geding en een laatste memorie ingediend. De verzoekende partij heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 14 juni 2022.

Kamervoorzitter Paul Lemmens heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Jolien Milechamps, die *loco* advocaat Tim Van Cauter verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Daisy Daniels, die *loco* advocaat Anthony Poppe verschijnt 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 schrijft een overheidsopdracht uit voor werken met als voorwerp “Herstellen van de keibestrating van de Gendarmendreef, dienstjaar 2020”.

De opdracht wordt gegund met een vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking. De prijs is het enig gunningscriterium.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 5 oktober 2020 onder het BDA-nummer 2020-534467.

De termijn om een offerte in te dienen loopt tot 23 november 2020.

3.3. De beschrijvende opmeting bij het bijzonder bestek bepaalt met betrekking tot post 16 het volgende:

n°	Désignations des ouvrages et fournitures Aanduiding der werken en leveringen	Unités Eenheden	Quantités présumées Vermoedelijk hoeveelheden
16	Fourniture et pose de pavés porphyre sciés et flammés Pose de pavés porphyre. La fondation est prévue au poste 12. Les pavés, récupérés du démontage, seront posés sur une couche de sable stabilisé (à 150 kg de ciment par m³) de 10 cm d'épaisseur fournie et mise en œuvre par l'entrepreneur. Le scellement des joints s'exécutera après soufflage au moyen de mortier ciment (à 400 kg/m³) avec addition d'un adjuvant. Les travaux seront réalisés conformément à l'article F.3.1.1.2 du cahier spécial des charges. Keibestrating. Een fundering wordt in de hierboven aangehaalde post 12 voorzien. De bij de afbraak gerecupereerde keien zullen op een laag gestabiliseerd zand (150 kg cement per m³) van 10 cm dikte geleverd en geplaatst worden door de aannemer. Het gestabiliseerd zand wordt door de aannemer geleverd. De voegvulling zal uitgevoerd worden met cementmortel (400 kg/m³) na uitblazing. De werken worden uitgevoerd overeenkomstig artikel F.3.1.1.2. van het bijzonder bestek.	m²	600,00

3.4. Op 20 november 2020 dient de verzoekende partij een offerte in.

3.5. Op 23 november 2020 wordt in het Bulletin der Aanbestedingen een “Rectificatie - Kennisgeving van veranderingen of aanvullende informatie” bekendgemaakt, onder het BDA-nummer 2020-542143. In dat rectificatiebericht wordt in een daartoe bestemd vakje de referentie van de oorspronkelijke aankondiging (2020-534467) vermeld.

Met het rectificatiebericht wordt vooreerst de termijn om offertes in te dienen verlengd tot 30 november 2020. Dat is ook de datum die in de nieuwe aankondiging van een opdracht wordt vermeld als uiterste datum voor de ontvangst van “inschrijvingen of deelnemingsaanvragen”. Voorts wordt de beschrijving van post 16 vervangen. Na rectificatie luidt de Nederlandse tekst als volgt:

“post 16:

Levering en plaatsing van gezaagde en gevlamde porfierkeien. Een fundering wordt in de hierboven aangehaalde post 12 voorzien. De bij de afbraak gerecupereerde keien zullen op een laag gestabiliseerd zand (150 kg cement per m³) van 10 cm dikte geleverd en geplaatst worden door de aannemer. Het gestabiliseerd zand wordt door de aannemer geleverd. De

voegvulling zal uitgevoerd worden met cementmortel (400 kg/m³) na uitblazing. De werken worden uitgevoerd overeenkomstig artikel F.3.1.1.2 van het bijzonder bestek.”

In hetzelfde Bulletin wordt ook een afzonderlijke “Aankondiging van een opdracht” bekendgemaakt, onder hetzelfde nummer als het rectificatiebericht (2020-542143). In deze aankondiging wordt in het vakje “Eerdere bekendmaking betreffende deze procedure” niets ingevuld.

3.6. Een gunningsverslag wordt opgesteld op 11 december 2020. Het administratief dossier bevat een Nederlandse en een Franse versie van dat verslag.

Tien ondernemers blijken een offerte te hebben ingediend. De offerte van de verzoekende partij biedt de laagste prijs. Zij wordt evenwel, samen met die van drie andere inschrijvers, onregelmatig bevonden om de volgende reden:

“Overwegende dat de offertes van de firma’s [J.], [K.], Rezuni en [V.] het bestek niet in acht nemen, wat leidt tot een substantiële fout. Hun offertes zijn onregelmatig. Deze firma’s hebben geen rekening gehouden met de rechtzetting voor post 16.
Deze offertes zijn onregelmatig en worden dus uitgesloten.”

3.7. Op 22 december 2020 keurt het college van burgemeester en schepenen van de verwerende partij het gunningsverslag goed en beslist het de opdracht te gunnen aan de nv Colas.

Dit is de bestreden beslissing.

3.8. Met een aangetekende brief van 11 februari 2021 wordt de verzoekende partij ervan in kennis gesteld dat de verwerende partij haar offerte als onregelmatig heeft beschouwd.

Met een e-mailbericht van 24 februari 2021 worden een Franse versie van het gunningsverslag en een Franse versie van de gunningsbeslissing aan de verzoekende partij gestuurd:

“In bijlage vindt u de beslissing van het schepencollege van 22 december 2020 en het administratieve verslag. D[eze] documenten zijn in het Frans. Als u het wenst laat ik hen vertalen in het Nederlands.”

Met een e-mailbericht van 24 februari 2021 vraagt de verzoekende partij om de Nederlandse versie van de bestreden beslissing en het bijbehorende gunningsverslag te mogen ontvangen. Dit verzoek blijft zonder gevolg.

3.9. Op 25 februari 2021 stuurt de raadsman van de verzoekende partij nog het volgende e-mailbericht aan de verwerende partij:

“In uw verslag schrijft u dat Rezuni geen rekening hield met de rectificatie betreffende post 16. Mijn cliënte heeft geen weet van een rectificatie. Wanneer werd deze rectificatie doorgestuurd naar de inschrijvers?”

Met een e-mailbericht van 5 maart 2021 stuurt de verwerende partij aan de verzoekende partij het “rectificative bericht”.

Met een e-mailbericht van 9 april 2021 vraagt de raadsman van de verzoekende partij nogmaals om hem de Nederlandse versie van de bestreden beslissing en het bijbehorende gunningsverslag te bezorgen. Ook dit verzoek lijkt zonder gevolg te blijven.

3.10. Het administratief dossier, zoals het samen met de memorie van antwoord wordt neergelegd, bevat een Franse versie van de bestreden beslissing en een Nederlandse en een Franse versie van het gunningsverslag.

IV. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Standpunt van de partijen

4. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, artikel 5, 8°, 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’, artikel 76 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), artikel 4 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’, het gelijkheidsbeginsel en het proportionaliteitsbeginsel.

Het middel bestaat uit twee onderdelen.

In een *eerste onderdeel* voert de verzoekende partij een gebrek aan afdoende motivering aan. Zij licht toe dat uit het gunningsverslag blijkt dat haar offerte onregelmatig is verklaard omdat zij geen rekening zou hebben gehouden met het rectificatiebericht betreffende post 16. Dit rectificatiebericht bevat volgens haar evenwel inhoudelijk geen andere technische vereisten dan die welke waren opgenomen in het initieel bijzonder bestek. De aangehaalde reden kan volgens haar de beslissing om haar offerte onregelmatig te verklaren dan ook niet dragen.

In een *tweede onderdeel* voert de verzoekende partij de miskennis aan van met name het gelijkheidsbeginsel en het proportionaliteitsbeginsel. Zij herhaalt in dit verband dat het rectificatiebericht geen inhoudelijke wijzigingen bracht aan de technische vereisten voor post 16. De verzoekende partij verwierf dan ook geen discriminerend voordeel dat tot concurrentievervalsing kon leiden. Het rectificatiebericht vereiste evenmin dat zij

haar offerte moest intrekken en een nieuwe offerte moest indienen, of dat zij haar offerte moest bevestigen.

5. In haar memorie van antwoord betwist de verwerende partij, wat het eerste onderdeel betreft, dat het rechtzettingsbericht geen nieuwe technische vereisten zou bevatten. Terwijl voordien op geen enkele manier uitdrukkelijk werd vermeld dat de te leveren keien “gezaagde en gevlamde porfierkeien” moesten zijn, heeft het rectificatiebericht dat duidelijk gemaakt.

De verwerende partij vervolgt dat het specifieke type keien van technisch en logistiek belang is voor de uitvoering van de opdracht en een belangrijke impact heeft op de prijsberekening voor post 16.

Het motief voor het onregelmatig verklaren van de offerte van de verzoekende partij vindt steun in de stukken van het administratief dossier. Daaruit blijkt dat de geweerde inschrijvers, waaronder de verzoekende partij, geen rekening hebben gehouden met het gegeven dat gezaagde en gevlamde porfierkeien moeten worden geleverd. Voor post 16 hebben zij een prijs aangeboden waarvan het gemiddelde minder dan de helft bedraagt van het gemiddelde van de prijzen van de inschrijvers waarvan de offerte is aanvaard.

De verwerende partij betoogt dat de verzoekende partij in dat kader niet kan verdedigen dat zij was uitgegaan van de correcte beschrijving in het Frans van post 16 in het initiële bestek. Zij is immers een in het Nederlandse taalgebied gevestigde onderneming, zodat ervan mag worden uitgegaan dat zij zich op de Nederlandse versie van het bestek heeft gesteund.

De motivering in het gunningsverslag is volgens de verwerende partij bijgevolg beknopt maar afdoende.

Wat het tweede onderdeel betreft, herhaalt de verwerende partij dat de verzoekende partij er geen rekening mee heeft gehouden dat de te plaatsen

keibestrating, overeenkomstig post 16 van de samenvattende meetstaat, moest bestaan uit gezaagde en gevlamde porfierkeien.

Dit verhindert de beoordeling van haar offerte en de vergelijking ervan met de offertes van de inschrijvers die wel rekening gehouden hebben met de rechtzetting van post 16. Bovendien is onzeker of de verzoekende partij de opdracht wel zou uitvoeren conform de opdrachtdocumenten.

6. In haar memorie van wederantwoord voert de verzoekende partij aan, wat het eerste onderdeel betreft, dat zij voor het eerst na inzage van het administratief dossier van de verwerende partij kennis heeft genomen van de Nederlandse versie van het gunningsverslag. Voorts benadrukt zij dat de verwerende partij het motief in verband met de rechtzetting voor post 16 pas in haar memorie van antwoord heeft verduidelijkt, toen zij de vergelijking maakte tussen de Nederlandse en de Franse versie van de samenvattende meetstaat en de beschrijvende meetstaat.

Wat het tweede onderdeel betreft, benadrukt de verzoekende partij dat de Nederlandse en de Franse versie van post 16 deel uitmaakten van dezelfde samenvattende meetstaat en dezelfde beschrijvende meetstaat. Zij vulde haar prijs voor die post in op de tweetalige samenvattende meetstaat. Zij hekelt de werkwijze van de verwerende partij, die op de dag zelf dat alle inschrijvers overeenkomstig de initiële aankondiging hun offertes moesten indienen, namelijk op 23 november 2020, tot de vaststelling komt dat de Nederlandse en de Franse versie van post 16 niet identiek zijn, en dan een rectificatiebericht én een volledig nieuwe aankondiging in het Bulletin der Aanbestedingen bekendmaakt.

De verzoekende partij diende niet ervan uit te gaan dat dit rectificatiebericht van 23 november 2020 een impact had op de opdracht waarvoor zij drie dagen voordien een offerte had ingediend. Het rectificatiebericht droeg niet hetzelfde BDA-nummer als de initiële aankondiging op 5 oktober 2020. Bovendien bracht de verwerende partij de inschrijvers die een Nederlandse offerte

hadden ingediend ook niet anderszins op de hoogte van het feit dat er een wijziging te noteren viel aangaande de technische vereisten met betrekking tot post 16.

De verzoekende partij mocht dan ook ervan uitgaan dat haar offerte, die ze had ingediend op 20 november 2020, zou worden beoordeeld conform de initiële besteksvereisten.

In plaats van haar onzorgvuldigheid eerst recht te zetten, is de verwerende partij onmiddellijk overgegaan tot het onderzoek van de regelmatigheid van de offertes. Nochtans had zij deze onzorgvuldigheid kunnen verhelpen door een nieuw rectificatiebericht bekend te maken, met vermelding van het correcte BDA-nummer, en door de inschrijvingstermijn te verlengen.

Zelfs indien de verzoekende partij had moeten weten dat haar offerte met betrekking tot post 16 moest worden aangepast, gelet op het rectificatiebericht van 23 november 2020, dan nog had de verwerende partij, gelet op de aard van de gunningsprocedure en de waarde van de opdracht, de vermeende onregelmatigheid kunnen laten regulariseren overeenkomstig artikel 76, § 5, van het koninklijk besluit plaatsing 2017. De verwerende partij heeft de offerte van de verzoekende partij echter zonder meer substantieel onregelmatig verklaard, zonder eerst zelf de door haar gecreëerde onzorgvuldigheid te verhelpen.

7. In haar laatste memorie benadrukt de verwerende partij dat de verzoekende partij niet heeft aangevoerd dat het rechtzettingsbericht verkeerd was, noch heeft aangevoerd dat zij geen kennis heeft kunnen nemen van dat bericht. Zij heeft in haar verzoekschrift immers gesteld dat haar offerte al rekening hield met het gegeven dat gezaagde en gevlamde porfierkeien geleverd moesten worden.

Zelfs indien het rechtzettingsbericht op onwettige wijze bekendgemaakt zou zijn, heeft de verzoekende partij geen belang bij het middel. Gelet op het standpunt dat zij verdedigt, namelijk dat zij wel degelijk rekening heeft gehouden met het voornoemde gegeven, heeft zij immers geen nadeel geleden door deze onwettigheid.

Voorts meent de verwerende partij dat het rechtzettingsbericht wel degelijk op wettige wijze is bekendgemaakt. Dat er naast een rechtzettingsbericht ook een nieuwe aankondiging van een opdracht is bekendgemaakt, is het gevolg van een interne vergissing die echter geen gevolgen heeft gehad. Bovendien zijn zowel de nieuwe aankondiging als het rechtzettingsbericht op de applicatie e-Notification van het e-Procurementplatform verschenen in het dossier van de betrokken opdracht zodat deze documenten automatisch werden overgemaakt aan de inschrijvers die op het platform hadden aangegeven interesse te hebben voor de opdracht. De verwerende partij legt een nieuw stuk neer (stuk I.20), dat een opgave bevat van de drie documenten die zijn opgenomen in het dossier op de applicatie e-Notification (namelijk de oorspronkelijke bekendmaking, het rectificatiebericht en de nieuwe bekendmaking).

Volgens de verwerende partij verbiedt artikel 9 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 niet dat een rechtzettingsbericht nog wordt bekendgemaakt op de uiterste datum bepaald voor de neerlegging van de offertes. De verwerende partij verwijst naar het verslag aan de Koning bij dit artikel, waarin de hypothese wordt vermeld dat het rechtzettingsbericht wordt bekendgemaakt op “de uiterste datum van ontvangst” van de offertes.

8. In haar laatste memorie verzoekt de verzoekende partij stuk I.20 van de verwerende partij, dat ertoe strekt om diens argumentatie ter weerlegging van het eerste middel aan te vullen, maar dat pas met de laatste memorie is neergelegd, uit het debat te weren. Volgens de verzoekende partij is dat stuk te laat neergelegd, en kan het niet als processtuk in aanmerking worden genomen.

Beoordeling

Tweede onderdeel

9. De Raad van State stelt vast dat de verzoekende partij haar grief, zoals ontwikkeld in het tweede onderdeel van het middel, in de loop van de

procedure gewijzigd heeft. Meer bepaald heeft zij aan haar middel een andere feitelijke grondslag gegeven. In haar verzoekschrift ging zij ervan uit dat haar offerte beantwoordde aan het bestek, waarbij zij geen noemenswaardig verschil zag tussen het initiële bestek en het gewijzigde bestek. Nadat de verwerende partij in haar memorie van antwoord de aandacht vestigde op het verschil tussen de twee versies van het bestek, is de verzoekende partij in haar memorie van wederantwoord en laatste memorie eveneens uitgegaan van het bestaan van dat verschil, en heeft zij haar kritiek toegespitst op de onzorgvuldige bekendmaking van het rechtzettingsbericht.

Middelen, ook indien deze de openbare orde raken, moeten, teneinde het recht van verdediging van de andere partijen te vrijwaren, in het verzoekschrift worden ontwikkeld, tenzij de grondslag ervan pas nadien aan het licht is kunnen komen, in welk geval die middelen ten laatste in het eerst mogelijke, in de procedureregeling voorziene, processtuk moeten worden aangevoerd. Dit beginsel vindt ook toepassing in het geval dat de verzoeker een nieuwe feitelijke grondslag geeft aan een in zijn verzoekschrift ingeroepen middel.

10. Te dezen voert de verzoekende partij aan dat uit de motieven van het gunningsverslag niet duidelijk bleek waarom haar offerte onregelmatig werd verklaard. Het motief in verband met de rechtzetting van post 16 werd volgens haar pas in de memorie van antwoord door de verwerende partij verduidelijkt.

In de initiële versie van het bestek werd voor post 16 een opschrift gegeven (“Fourniture et pose de pavés porphyre sciés et flammés – Keibestrating”). Dit opschrift was in het vet gedrukt, terwijl de rest van de beschrijving in gewone druk was gezet. Het rechtzettingsbericht bevatte voor post 16 geen opschrift meer, maar de eerste zin van de beschrijving luidde als volgt: “Fourniture et pose de pavés porphyre sciés et flammés – Levering en plaatsing van gezaagde en gevlamde porfierkeien”. De technische beschrijving die in de initiële versie op het opschrift volgde, en die in het rechtzettingsbericht op de eerste zin volgde, was in de twee versies identiek. Het gunningsverslag beperkt zich tot de vaststelling dat de offertes van de verzoekende partij en andere

inschrijvers “het bestek niet in acht nemen”, en dat “deze firma’s [...] geen rekening [hebben] gehouden met de rechtzetting voor post 16”.

Zoals de verzoekende partij terecht betoogt, werd in het gunningsverslag enkel gesteld dat de offertes van de verzoekende partij en van drie andere inschrijvers “geen rekening [hebben] gehouden met de rechtzetting voor post 16”, en werd geen nadere uitleg verschaft. Pas in de memorie van antwoord heeft de verwerende partij duidelijk gemaakt dat de verzoekende partij en de andere inschrijvers waarvan de offerte onregelmatig werd verklaard, geen rekening hebben gehouden met een vereiste dat initieel enkel in de Franse versie van het opschrift van de beschrijving van post 16 was vervat, met name het vereiste van de “gezaagde en gevlamde porfierkeien”.

11. Naar het oordeel van de Raad van State maakt de verzoekende partij in de gegeven omstandigheden voldoende aannemelijk dat de precieze aard van de substantiële onregelmatigheid van haar offerte voor haar nog niet kenbaar was op het ogenblik dat haar verzoekschrift werd opgesteld.

De Raad van State aanvaardt dan ook dat het tweede onderdeel voor het eerst in de memorie van wederantwoord, zijnde het eerst mogelijke in de procedureregeling voorziene processtuk na de neerlegging van de memorie van antwoord en het administratief dossier, nader kon worden ontwikkeld op grond van het – gewijzigde – uitgangspunt dat er een betekenisvol verschil was tussen de initiële versie en de verbeterde versie van de technische vereisten voor post 16.

12. Voor zover de verwerende partij opwerpt dat de verzoekende partij geen belang heeft bij het middel, gelet op het standpunt van deze laatste dat zij in haar offerte wel al rekening zou hebben gehouden met het gegeven dat gezaagde en gevlamde porfierkeien geleverd moesten worden, herhaalt de Raad van State dat de verzoekende partij dit standpunt in haar memorie van wederantwoord niet langer aanhoudt. In die memorie voert zij integendeel aan dat zij de kans had moeten krijgen om de “vermeende vastgestelde onregelmatigheid”

te regulariseren overeenkomstig artikel 76, § 5, van het koninklijk besluit plaatsing 2017.

13. Voor de beoordeling van het tweede onderdeel moet rekening gehouden worden met de omstandigheden waarin het rechtzettingsbericht werd bekendgemaakt.

In de memorie van antwoord verklaart de verwerende partij dat het rechtzettingsbericht zich opdrong omdat in het kader van post 16 gezaagde en gevlamde porfierkeien moesten worden geleverd en geplaatst, en dit vereiste initieel niet duidelijk werd aangegeven, noch in de samenvattende opmeting noch in de beschrijvende opmeting.

Uit het dossier blijkt dat van de tien offertes, naast de offerte van de verzoekende partij, ook de offertes van drie andere inschrijvers, allemaal ondernemingen gevestigd in het Nederlandse taalgebied, zijn geweerd omdat zij geen rekening hielden met het voormelde rechtzettingsbericht.

14. De onduidelijkheid die volgens de verwerende partij ten grondslag heeft gelegen aan het rechtzettingsbericht is blijkens het dossier het gevolg van een onzorgvuldig op elkaar afstemmen van de Nederlandse en de Franse tekst van het initiële bestek. De onvergelykbaarheid van offertes die daaruit zou voortvloeien is derhalve toe te schrijven aan de verwerende partij. De verwerende partij heeft getracht dit gebrek aan overeenstemming tussen de twee taalversies van het bestek recht te zetten, doch de manier waarop dit gebeurd is, getuigt op haar beurt van onzorgvuldigheid.

Uit het dossier blijkt dat de initiële aankondiging voorzag in een termijn tot 23 november 2020 om de offertes in te dienen. Op 20 november 2020 diende de verzoekende partij haar offerte in. Op dezelfde dag dat de inschrijvingstermijn afliep, maakte de verwerende partij een rechtzettingsbericht en een nieuwe aankondiging bekend, waarbij de termijn om offertes in te dienen werd verlengd tot 30 november 2020 en waarbij aan de beschrijving van de

voormelde post 16 in de Nederlandse tekst een zin (“Levering en plaatsing van gezaagde en gevlamde porfierkeien”) werd toegevoegd.

15. Artikel 9 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 luidt:

“Wanneer de aanbestedende overheid een officiële bekendmaking wenst te verbeteren of aan te vullen, gaat zij, overeenkomstig dit hoofdstuk, over tot de bekendmaking van een rechtzettingsbericht onder de vorm van een elektronisch standaardformulier opgemaakt door de Federale Overheidsdienst Beleid en Ondersteuning op basis van de uitvoeringsverordening 2015/1986 van de Europese Commissie van 11 november 2015 tot vaststelling van standaardformulieren voor de bekendmaking van aankondigingen op het gebied van overheidsopdrachten.

Voor de opdrachten waarvan de geraamde waarde gelijk is aan of hoger is dan de drempel voor de Europese bekendmaking wordt, wanneer een rechtzettingsbericht wordt gepubliceerd tussen de zevende en de laatste twee dagen vóór de uiterste datum van ontvangst van de aanvragen tot deelneming of de offertes, de voormelde datum verdaagd met minstens zes dagen. Wanneer een rechtzettingsbericht wordt gepubliceerd in de laatste twee dagen vóór de voormelde uiterste datum wordt deze laatste verdaagd met minstens acht dagen.

Voor de opdrachten waarvan de geraamde waarde lager is dan de drempel voor de Europese bekendmaking en onverminderd artikel 8, § 1, derde lid, wordt, wanneer een rechtzettingsbericht wordt gepubliceerd in de laatste zes dagen vóór de uiterste datum van ontvangst van de aanvragen tot deelneming of de offerte, de voormelde datum verdaagd met minstens zes dagen.

Voor de berekening van in dit artikel bedoelde termijnen is Verordening nr. 1182/71 van de Raad van 3 juni 1971 houdende vaststelling van de regels die van toepassing zijn op termijnen, data en aanvangs- en vervaltijden, niet van toepassing.”

Het verslag aan de Koning bevat in verband met dit artikel de volgende toelichting:

“Het eerste lid van dit artikel neemt artikel 30 van het besluit van 15 juli 2011 over. Voortaan mag de aanbestedende overheid geen volledig nieuwe aankondiging meer bekendmaken wanneer zij een officiële bekendmaking wenst te verbeteren of aan te vullen. Enkel de bekendmaking van een rechtzettingsbericht is toegestaan.

Voor zover nodig wordt eraan herinnerd dat, conform artikel 59 van de wet, de aanbestedende overheid rekening moet houden met de complexiteit van de opdracht en de ondernemers de tijd moet laten die nodig is voor de

voorbereiding van hun offertes, onverminderd de in de wet vastgestelde minimumtermijnen.

Het tweede en derde lid bevatten een verplichting tot verdaging wanneer een rechtzettingsbericht wordt gepubliceerd net vóór de uiterste datum. Dit geeft de economische operatoren de mogelijkheid om hun aanvragen tot deelneming of offertes nog aan te passen. Voor de opdrachten die de drempel voor de Europese bekendmaking bereiken wordt een onderscheid gemaakt tussen de hypothese waarbij het rechtzettingsbericht wordt gepubliceerd tussen de zevende kalenderdag en de tweede kalenderdag vóór de uiterste datum enerzijds (dus op de derde, vierde, vijfde of zesde kalenderdag voorafgaand aan uiterste datum) en de hypothese waarbij het rechtzettingsbericht wordt gepubliceerd in de laatste twee kalenderdagen anderzijds (dus de uiterste datum van ontvangst, de dag voorafgaand aan deze datum en de tweede dag voorafgaand aan de uiterste datum). In het eerste geval moet worden verdaagd met minstens zes kalenderdagen. In het tweede geval met minstens acht kalenderdagen. Dit onderscheid is te wijten aan het feit dat rechtzettingsberichten niet onmiddellijk zichtbaar zijn voor de economische operatoren, dit in uitvoering van artikel 8, § 1, tweede lid, van dit ontwerp. Aangezien deze bepaling alleen van toepassing is op de opdrachten waarvan de geraamde waarde de drempel voor de Europese bekendmaking bereikt, werden twee afzonderlijke leden gecreëerd.

Voor de opdrachten die de drempel voor de Europese bekendmaking niet bereiken moet in beide voormelde hypothesen worden verdaagd met minstens zes kalenderdagen. Wanneer een rechtzettingsbericht wordt gepubliceerd in de zes kalenderdagen voor de uiterste datum van ontvangst van de aanvragen tot deelneming of de offerte (dus op de eerste, tweede, derde, vierde, vijfde of zesde kalenderdag voorafgaand aan uiterste datum), moet worden verdaagd met minstens zes kalenderdagen.

Voor wat kan dienen wordt erop gewezen dat ingevolge het gebruik van het woord ‘tussen’ in het tweede lid (tussen de zevende en de tweede dag vóór de uiterste datum), uit de aard der zaak noch de tweede dag, noch de zesde dag voorafgaand aan de uiterste datum omvat. Zodoende wordt er met ten minste acht kalenderdagen verdaagd, in de hypothese waarbij een rechtzettingsbericht wordt gepubliceerd de tweede kalenderdag voor de voormelde uiterste datum.

[...].”

Uit wat voorafgaat blijkt dat voor niet-Europese opdrachten, zoals te dezen, wanneer een rechtzettingsbericht wordt bekendgemaakt in de laatste zes dagen “vóór de uiterste datum van ontvangst van de aanvragen tot deelneming of de offerte”, de voormelde datum wordt verdaagd met minstens zes dagen. De tekst van artikel 9 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 gaat aldus uit van een bekendmaking van een rechtzettingsbericht voorafgaand aan de uiterste datum van ontvangst van de offertes.

Het betoog van de verwerende partij in haar laatste memorie dat uit de toelichting bij dit artikel in het verslag aan de Koning zou blijken dat een bekendmaking ook nog op de uiterste datum van ontvangst van de offertes zou mogen plaatsvinden, kan niet worden bijgevalen. Uit die toelichting blijkt integendeel, in het algemeen, dat “het tweede en derde lid [van artikel 9] een verplichting tot verdaging [bevatten] wanneer een rechtszettingsbericht wordt gepubliceerd [in de laatste dagen] net vóór de uiterste datum”. De in artikel 9, tweede en derde lid, behandelde bijzondere hypothesen gaan duidelijk steeds over de bekendmaking van een rechtszettingsbericht in de laatste kalenderdagen vóór de uiterste datum van ontvangst, d.w.z. voorafgaand aan die uiterste datum. In zoverre in verband met opdrachten die de drempel voor de Europese bekendmaking bereiken (zie artikel 9, tweede lid), in het verslag aan de Koning melding wordt gemaakt van “de uiterste datum van ontvangst”, strookt die vermelding noch met de tekst van artikel 9, noch met wat tevoren in het verslag aan de Koning wordt gesteld. Die vermelding strookt ook niet met het motief voor het invoeren van een verplichting tot verdaging van de uiterste datum, namelijk “het feit dat rechtszettingsberichten niet onmiddellijk zichtbaar zijn voor de economische operatoren”.

16. In die omstandigheden staat het substantieel onregelmatig verklaren van de offerte van de verzoekende partij, op grond dat deze geen rekening heeft gehouden met een rechtzettingsbericht dat op de uiterste datum is bekendgemaakt, op gespannen voet met het gelijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel en het proportionaliteitsbeginsel.

17. De verwerende partij betwist overigens niet dat er, naast de bekendmaking van een rechtzettingsbericht, ook een bekendmaking van een nieuwe aankondiging van een opdracht is geweest, wat volgens het voornoemde verslag aan de Koning niet meer toegelaten is in geval van een enkele verbetering of aanvulling. Het feit dat die aankondiging van een opdracht het gevolg is geweest van een interne vergissing, en dat zij geen gevolgen zou hebben gehad, zoals door de verwerende partij wordt aangevoerd, doet aan die vaststelling geen afbreuk.

De verwerende partij voert aan dat het rechtzettingsbericht en de nieuwe aankondiging op de e-Notificationapplicatie zijn bekendgemaakt, zodat de inschrijvers die eerder belangstelling hadden getoond voor de opdracht de documenten automatisch hebben ontvangen. Dit gegeven neemt echter niet weg dat de mededeling langs die weg nog steeds op de initieel bepaalde laatste dag van de ontvangst van de offertes is gebeurd, toen de verzoekende partij haar offerte reeds had ingediend.

Ten slotte moet worden opgemerkt dat de verwerende partij niet betwist dat zij de inschrijvers die, zoals de verzoekende partij, al een offerte in het Nederlands hadden ingediend en die het risico liepen dat zij, voortgaand op de Nederlandse tekst van het bestek, over de precisering in verband met de aard van de keien heen zouden kijken, niet specifiek gewezen heeft op het feit dat op de laatste dag nog een rechtzetting in verband met de Nederlandse versie van de beschrijving van post 16 bekendgemaakt werd. Van het bestuur mocht in dat geval meer *fair play* ten aanzien van de betrokken inschrijvers verwacht worden.

18. Het tweede onderdeel van het eerste middel, zoals ontwikkeld in de memorie van wederantwoord van de verzoekende partij, is in de besproken mate gegrond.

Het eerste onderdeel hoeft, gelet op deze conclusie, niet nader onderzocht te worden.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

19. In haar memorie van wederantwoord roept de verzoekende partij een tweede, nieuw middel in, waarin zij de schending aanvoert van de artikelen 18, eerste lid, 19 en 20, § 1, van de wetten ‘op het gebruik van de talen in bestuurszaken’, gecoördineerd op 18 juli 1966 (hierna: bestuurstaalwet).

De verzoekende partij voert aan dat de verwerende partij het verslag van de opening van de offertes en de bestreden beslissing van 20 december 2020 enkel in de Franse taal heeft opgemaakt, terwijl de verzoekende partij een privaat bedrijf is, gevestigd in een gemeente zonder speciale regeling in het Nederlandse taalgebied.

Voorts voert de verzoekende partij aan dat zij geen Nederlandse versie van het gunningsverslag heeft ontvangen. Het is pas ingevolge de neerlegging van het administratief dossier dat zij voor het eerst kennis kon nemen van die versie van dat verslag.

Zij benadrukt dat zij meermaals aan de verwerende partij heeft gevraagd om haar de Nederlandse versie van het gunningsverslag en de bestreden beslissing te bezorgen, maar dat de verwerende partij die vragen zonder enig gevolg heeft gelaten.

Beoordeling

20. Gelet op de conclusie in verband met het tweede onderdeel van het eerste middel, dient het tweede middel niet nader onderzocht te worden. Het gegrond bevinden van het tweede middel zou niet tot een ruimere vernietiging kunnen leiden.

In dit verband merkt de Raad van State op dat de vordering tot vergoeding van de schade die de verzoekende partij ten gevolge van de onwettige gunningsbeslissing zou hebben geleden, blijktens haar uiteenzetting in de laatste memorie weliswaar gesteund is zowel op de overtreding van de taalwet bestuurszaken (tweede middel) als op de onwettige beslissing om haar offerte onregelmatig te verklaren (eerste middel), maar dat de uiteenzetting over de geleden schade in werkelijkheid uitsluitend betrekking heeft op de gevolgen die voortvloeien uit het onregelmatig verklaren van haar offerte. Enige schade die zou volgen uit de overtreding van de taalwet bestuurszaken wordt niet aangevoerd. De Raad van State gaat er dan ook van uit dat de vordering tot schadevergoeding in

werkelijkheid enkel steunt op de onwettigheid begaan bij het onregelmatig verklaren van de offerte van de verzoekende partij. Het gegeven dat de verzoekende partij mede een vordering tot schadevergoeding heeft ingesteld is te dezen dan ook geen reden om het tweede middel alsnog te onderzoeken.

V. Verzoek tot schadevergoeding

21. Gelijktijdig met het beroep tot nietigverklaring stelt de verzoekende partij een verzoek tot schadevergoeding in.

Aangezien het aangewezen lid van het auditoraat van mening is niet te beschikken over alle nuttige gegevens om dat verzoek gelijktijdig met het beroep tot nietigverklaring te onderzoeken en te beoordelen, dient het debat hierover heropend te worden.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Ukkel van 22 december 2020 waarbij de offerte van de bv Rezuni voor de opdracht voor het herstellen van de keibestrating van de Gendarmendreef, dienstjaar 2020, onregelmatig wordt verklaard en waarbij de opdracht wordt gegund aan de nv Colas.

2. De Raad van State heropent het debat wat het verzoek tot schadevergoeding betreft.

3. Het door de auditeur-generaal aan te stellen lid van het auditoraat wordt gelast met een aanvullend onderzoek.

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

Paul Lemmens,	kamervoorzitter,
Bert Thys,	staatsraad,
Patricia De Somere,	staatsraad,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Paul Lemmens