

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 255.083 van 22 november 2022

in de zaak A. 237.517/XII-9277

In zake: de BV PROFACTS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Johan Geerts
kantoor houdend te 2140 Antwerpen
Turnhoutsebaan 139 A
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Carlos De Wolf
kantoor houdend te 9680 Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Charlotte De Wolf
kantoor houdend te 9000 Gent
Fortlaan 95

Tussenkommende partij:

de NV IPSOS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Gitte Laenen
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 19 oktober 2022, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van de Vlaamse minister van Mobiliteit en Openbare Werken van 4 oktober 2022 waarbij perceel 1 van de overheidsopdracht voor het “Onderzoek

Verplaatsingsgedrag in Vlaanderen en het Brussels Hoofdstedelijk Gewest” gegund wordt aan de nv Ipsos, en waarbij de offerte van de bv Profacts onregelmatig wordt verklaard.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 27 oktober 2022 heeft de nv Ipsos gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 10 november 2022.

Kamervoorzitter Paul Lemmens heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Johan Geerts, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Carlos De Wolf, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Charlotte Persoons, die *loco* advocaat Gitte Laenen verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

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

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

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor diensten met als voorwerp “Onderzoek Verplaatsingsgedrag in Vlaanderen en het Brussels Hoofdstedelijk Gewest”. Het gaat om het “Onderzoek Verplaatsingsgedrag 7” (of “OVG 7”).

De opdracht bestaat uit 2 percelen:

1. Controle van de steekproef, uitvoeren en controle van het veldwerk van het Onderzoek Verplaatsingsgedrag;
2. Controle, cleaning en analyse van de data verkregen uit het veldwerk en redactie van het rapport.

Wegens de controle die door de opdrachtnemer van perceel 2 uitgevoerd wordt op de opdrachtnemer van perceel 1, is het niet toegestaan om voor beide percelen een offerte in te dienen.

De voorliggende zaak heeft betrekking op perceel 1.

De opdracht wordt gegund met een openbare procedure.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 21 juni 2022 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 24 juni 2022, met rectificatiebericht op respectievelijk 15 juli 2022 en 20 juli 2022.

3.3. Het bijzonder bestek met referte AB/2022/11 is van toepassing.

3.3.1. Onderdeel A.3 bevat bepalingen in verband met de opening, de indiening, de vorm en de inhoud van de offerte.

Punt A.3.4 heeft meer bepaald betrekking op de vorm en de inhoud van de offerte. Daarin wordt onder meer het volgende bepaald:

“Hierna volgt een opsomming van alle documenten die, naast het offerteformulier bij de offerte gevoegd moeten worden:

- [...]
- de documenten in het kader van de beoordeling op basis van de gunningscriteria (A.5);
- [...].”

3.3.2. Onderdeel A.4 bevat bepalingen in verband met de prijs.

Punt A.4.1 behandelt meer bepaald de prijsvaststelling:

“Deze opdracht is een gemengde opdracht.

Voor perceel 1 moet de inschrijver:

- een post voorzien voor incentive (eenheidsprijs per vermoedelijke hoeveelheid (VH) voor Brussels Hoofdstedelijk Gewest, voorbehouden som (VS) voor Vlaanderen). De voorbehouden som is gereserveerd voor de incentive in het Vlaams Gewest. De incentive bedraagt maximaal 50.000,00 euro en wordt op basis van het plan voor de incentive en de uitgave die de opdrachtgever beslist en wordt betaald aan de hand van de concrete uitgaven die gebeuren;
- een eenheidsprijs per vermoedelijke hoeveelheid (VH) voorstellen voor de prestaties van drukwerk en handling drukwerk, portkosten en digitaliseren vragenlijsten; de vermoedelijke hoeveelheid worden door de aanbestedende overheid verder gedefinieerd en mogen door de inschrijvers niet gewijzigd worden. en dit zowel voor de basisopdracht als voor de verplichte optie;
- de overige posten zijn tegen globale prijs (GP) en dit zowel voor de basisopdracht als voor de verplichte optie.”

Onder punt A.4.3, ‘Inbegrepen prijselementen’, wordt bepaald dat de globale prijzen alsook de eenheidsprijzen forfaitaire prijzen zijn.

3.3.3. Onderdeel A.5 bevat bepalingen in verband met de gunningscriteria.

Met betrekking tot perceel 1 wordt onder meer het volgende bepaald:

“Criterium 1: Offertebedrag (40 punten)

De prijs dient in de offerte vergezeld te gaan van een duidelijke prijsopbouw (inzet mandagen/medewerker/verschillende taken).

De puntenberekening gebeurt op basis van volgende formule: $P_i = M \frac{X_{min}}{X_i}$
waarbij:

P_i : punteenaantal voor offerte i;

M : maximum aantal punten;

X_i : (gecorrigeerd) offertebedrag offerte i = som van de offertebedragen voor offerte i voor perceel 1

X_{min} : laagste (gecorrigeerd) offertebedrag = som van de offertebedragen voor de laagste offerte voor perceel 1

Criterium 2: Kwaliteit plan van aanpak (40 punten).

[...]

Omschrijving van het criterium

Het plan van aanpak is een duidelijke beschrijving van de concrete wijze waarop en de volgorde waarin de verschillende werkzaamheden door de inschrijver zullen uitgevoerd worden. De inschrijver beschrijft de technieken en vaardigheden die hij hanteert om kwaliteitsvolle resultaten te verzekeren en beschrijft hoe en wanneer deze technieken ingezet zullen worden. Uit het plan van aanpak dient bovendien te blijken dat deze voorgestelde manier van werken effectief haalbaar is.

[...]

Concrete beoordelingselementen

Dit onderdeel kan beoordeeld worden a.d.h.v. onderstaande elementen:

1. in welke mate de inschrijver aangetoond heeft inzicht te hebben in de concrete opdracht;
2. voorgestelde werkmethode met oog op aflevering hoogwaardig product;
3. de toelichting van de verschillende stappen binnen het proces, met inbegrip van de tijdsbesteding per stap;
4. de manier waarop (continue) controle op de kwaliteit van het veldwerk is opgenomen;
5. de manier waarop de betrouwbaarheid van de gegevens wordt opgevolgd;
6. hoe gaat men om met de minimumvereisten in het kader [van] de AVG (zie verder in dit bestek aan welke criteria voldaan moet worden);
7. voorstel van mogelijkheden incentive voor het Vlaams Gewest;
8. voorstel van mogelijkheden om een mooie spreiding van de invuldagen te bekomen (tijd, Vervoerregio/gemeente, socio-demografische kenmerken);
9. voorstel van digitaliseren papieren enquêtes en kwaliteitscontrole;
10. voorstel van mogelijkheden van lay-out van het enquêteformulier, de brieven en de webtool;
11. voorstel van werken met de unieke code;
12. voorstel van mogelijkheden maandelijks activiteitenverslag, dagelijkse follow up voor opdrachtgever en het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en databestand;
13. uitwerking en beschikbaarheid ondersteuning respondenten;
14. aanwezigheid toereikende informaticastructuur en de computer capaciteiten om websites te ontwikkelen;
15.

Subcriterium 1 – Informatieveiligheidsmaatregelen

Dit subcriterium wordt beoordeeld aan de hand van de informatieveiligheidsmaatregelen die zullen genomen worden (zie ook Bijlage 2). Een minimumscore van 5/10 voor dit subcriterium is vereist om weerhouden te worden voor de verdere beoordeling van de offerte.

Weging criterium 2

De weging gebeurt in punten (40 punten). De aanbestedende overheid voert een vergelijkende analyse van de verschillende offertes uit en geeft punten rekening houdend met de in het gunningscriterium gevraagde informatie en

de concrete beoordelingselementen. De aanbestedende overheid beoordeelt het criterium op basis van het werkplan dat aangeeft op welke wijze de opdracht zal worden ingevuld.

Een minimum van 60% is vereist voor dit criterium om weerhouden te worden.

Criterium 3: Ervaring voorgesteld team (20 punten)

[...]

Een minimum van 60% is vereist voor dit criterium om weerhouden te worden.”

3.3.4. Onderdeel B.1 bevat ‘algemene uitvoeringsbepalingen’.

Punt B.1.6 bevat ‘bepalingen inzake de verwerking van persoonsgegevens’.

Daarin wordt, onder een punt A, ‘Algemeen’, bepaald dat de opdrachtnemer de persoonsgegevens die in het kader van de opdracht moeten worden verwerkt, dient te verwerken in overeenstemming met de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) en dient te voldoen aan alle verplichtingen opgelegd door de AVG aan een “verwerker”.

Daartoe worden “[i]n bijlage 2 van dit bestek [...] voor elke verwerking de volgende gegevens vermeld:

- welke gegevens de te verwerken persoonsgegevens zijn;
- om welke categorie van persoonsgegevens het gaat;
- om welke categorieën van betrokkenen het gaat;
- wat de aard is van de verwerking;
- met welk doeleinde de persoonsgegevens worden verwerkt;
- wat de duur is van de verwerking.”

3.3.5. Punt B.3 bevat verscheidene bepalingen in verband met “wijzigingen tijdens de uitvoering”.

Punt B.3.1 bevat de volgende bepalingen onder het opschrift ‘Prijsherziening (art. 38/7 KB Uitvoering)’:

“Voor de onderhavige opdracht is enkel een prijsherziening toepasbaar voor de schommelingen van de lonen en sociale lasten van de werknemers van de dienstverlener. Deze prijsherziening is zowel in min als in meer toepasbaar en kan worden doorgevoerd op initiatief van de aanbestedende overheid en van de dienstverlener. In geval van een verzoek om prijsherziening, zal deze enkel ontvankelijk worden verklaard indien de bewijsstukken van het bevoegde paritair comité van de dienstverlener bij de aanvraag om prijsherziening gevoegd zijn.
[...].”

Punt B.3.3 bevat de volgende bepalingen onder het opschrift ‘Onvoorziene omstandigheden in hoofde van de dienstverlener (arts. 38/9 en 38/10 KB Uitvoering)’:

- a) Wanneer het contractueel evenwicht van de opdracht wordt ontwricht in het nadeel van de dienstverlener door omstandigheden die vreemd zijn aan de aanbestedende overheid en die redelijkerwijze niet voorzienbaar waren bij de indiening van de offerte, die niet konden worden ontweken en waarvan de gevolgen niet konden worden verholpen niettegenstaande de dienstverlener al het nodige daartoe heeft gedaan, kan de dienstverlener aanspraak maken op volgende herziening nl.:
 - termijnverlenging;
 - bij een zeer belangrijk nadeel, een andere vorm van herziening (bv. schadevergoeding) of verbreking van de opdracht.
- b) Wanneer het contractueel evenwicht wordt ontwricht in het voordeel van de dienstverlener om welke omstandigheden ook die vreemd zijn aan de aanbestedende overheid kan de opdracht worden herzien:
 - hetzij door een inkorting van de uitvoeringstermijnen in hoofde van de dienstverlener;
 - hetzij wanneer er sprake is van een zeer belangrijk voordeel in hoofde van de dienstverlener, door een andere vorm van herziening of verbreking van de opdracht ten voordele van de aanbestedende overheid.
- c) Het door de dienstverlener geleden nadeel of genoten voordeel wordt geacht de drempel van het zeer belangrijk nadeel/voordeel te bereiken:
 - o opdracht voor niet-manuele diensten: als het nadeel of voordeel ten minste 15% bedraagt van het initiële opdrachtbedrag;
 - o opdracht voor manuele diensten uit bijlage 1 van het KB Uitvoering: [...].”

3.3.6. Het bestek bevat negen bijlagen.

Bijlage 2 is een “invulformulier informatieveiligheidsmaatregelen die zullen worden genomen”. Die bijlage bevat drie kolommen. Een eerste kolom, met het opschrift ‘Maatregel’, bevat een lijst van 26 te nemen maatregelen, zoals “Versleuteling via openstandaarden”, “Beheer van de encryptiesleutels”, “Fysieke en logische toegangsbeveiliging”, “Incidentenbeheer”, “Wachtwoord beleid”, enzovoort. Een tweede kolom, met het opschrift ‘Voldoet?’, bevat voor elke maatregel een door de inschrijver in te vullen vak. Een derde kolom, met het opschrift ‘Detail maatregel’, bevat eveneens voor elke maatregel een in te vullen vak.

3.4. Voor perceel 1 worden twee offertes ingediend: een door de verzoekende partij en een door de nv Ipsos.

3.5. Bij de offerte van de nv Ipsos is geen ingevulde bijlage 2 gevoegd.

Op 18 augustus 2022 stuurt de nv Ipsos een e-mailbericht aan de verwerende partij. Dat e-mailbericht is een vertrouwelijk stuk, dat de Raad van State heeft kunnen inzien. Daarin schrijft de nv Ipsos: “I.v.m. de vereiste elementen voor bijlage 2, de antwoorden op deze vragen zijn verwerkt in het voorstel. We voldoen aan alle vereisten”. Voor elk element dat is opgenomen in de lijst van de eerste kolom van bijlage 2 verwijst zij vervolgens een na een naar haar offerte of naar een bijlage daarbij, met aanduiding van de pagina’s waarop het betrokken element van bijlage 2 beschreven of omschreven is. Zij besluit dat dankzij die verwijzingen naar de vindplaatsen in de offerte de verwerende partij de relevante informatie “gemakkelijk [kan] terugvinden”.

3.6. Volgens de verwerende partij heeft zij aansluitend op dit e-mailbericht een advies gevraagd aan de dienst Algemene Technische Ondersteuning (ATO) van het departement Mobiliteit en Openbare Werken.

Zij legt het schriftelijk advies van ATO neer, dat gedateerd is op 16 september 2022. Op de vraag wat de mogelijkheden van de verwerende partij zijn met betrekking tot de ontbrekende bijlage 2 bij de offerte van de tussenkomende partij, antwoordt ATO dat een aanbestedende overheid weliswaar

documenten kan opvragen, maar dat dit slechts mag leiden tot een aanvulling of verduidelijking van de offerte, niet tot een wijziging ervan. Specifiek in verband met het ontbreken van bijlage 2, schrijft ATO:

“In casu betreft het niet bijgevoegde document de bijlage 2 i.v.m. de informatieveiligheidsmaatregelen die gevraagd wordt in verband met de gunningscriteria. Gelet op het gegeven dat deze bijlage aldus rechtstreeks gebruikt wordt bij de beoordeling van de offertes, lijkt het opvragen hiervan na het indienen van de offertes wel degelijk een wijziging van de offerte in te houden, mogelijk zelfs een regularisatie van een onregelmatige offerte in te houden.² Zo komt ook de gelijke behandeling van de inschrijvers in het gedrang. Ons lijkt het dus niet mogelijk om de ontbrekende bijlage alsnog op te vragen.”

In de voetnoot 2 bij deze alinea wordt toegelicht: “Zonder de betrokken bijlage kan immers de offerte niet beoordeeld worden wegens het ontbreken van essentiële informatie mbt de gunningscriteria.”

De conclusie luidt: “De ontbrekende bijlage kan bijgevolg niet opgevraagd worden en deze offerte zal onregelmatig moeten verklaard worden.”

3.7. Het verslag van de beoordelingscommissie draagt de datum van 5 september 2022. In het verslag wordt vermeld dat de commissie is bijeengekomen op 18 augustus 2022.

Beide inschrijvers worden geselecteerd.

Onder punt C, ‘Onderzoek naar de regelmatigheid’, vermeldt het verslag het volgende:

“Ipsos
[...]

C.3 Vorm en inhoud offerte, volledigheid offerte

In de offerte van Ipsos ontbrak de specifieke vragenlijst in bijlage 2. Alle andere documenten werden aangeleverd in de gevraagde vorm. Er werd aan Ipsos verduidelijking gevraagd i.v.m. de informatie uit bijlage 2. Door Ipsos werd een document aangeleverd met verwijzing naar de documenten en pagina's uit de oorspronkelijke offerte waar de antwoorden bij de vragenlijst kunnen gevonden worden. Alle gevraagde informatie is aldus aanwezig.

[...]

Profacts

[...]

C.3 Vorm en inhoud offerte, volledigheid offerte

Op pagina 11 van de offerte wordt de volgende paragraaf opgenomen:

‘Daarnaast dienen we ook op te merken dat ons budget rekening houdt met de papierkosten anno juli 2022. Omwille van een Europees papiertekort, zowel naar soort als naar grammage toe, zijn de prijzen onder voorbehoud van de beschikbaarheid van het papier. Dit impliceert ook dat de bestelling van het papier tijdig dient te gebeuren zodat het drukwerk en de zendingen volgens planning kunnen verlopen.’

Omwille van het feit dat de inschrijver aangeeft dat de prijzen ‘onder voorbehoud zijn van de beschikbaarheid van papier’ en dat hierdoor de vergelijking van het offertebedrag tussen de beide indieners niet mogelijk is en dat de verbintenis van de inschrijver door dit voorbehoud onzeker is, moet besloten worden dat deze offerte substantieel onregelmatig en bijgevolg nietig is (Art 76 §1 KB Plaatsing 2017).

[...]

Conclusie regelmatigheidsonderzoek:

Volgende offerten werden onregelmatig bevonden:

- Profacts.”

Vervolgens wordt de offerte van de nv Ipsos getoetst aan de gunningscriteria. Op het subcriterium 1, ‘Informatieveiligheidsmaatregelen’, van het gunningscriterium 2, ‘Plan van aanpak’, verkrijgt Ipsos 7/10. Daarbij wordt opgemerkt: “De voorgestelde maatregelen worden als voldoende beschouwd, de minimumscore van 5/10 wordt door Ipsos behaald en dus wordt de offerte weerhouden voor verdere beoordeling.”

In totaal behaalt de nv Ipsos een score van 91/100. De commissie stelt dan ook voor om de opdracht aan die inschrijver te gunnen.

3.8. Op 4 oktober 2022 beslist de Vlaamse minister van Mobiliteit en Openbare Werken om perceel 1 te gunnen aan de nv Ipsos. Het verslag van de beoordelingscommissie van 5 september 2022 wordt integraal deel gemaakt van de beslissing.

Dit is de bestreden beslissing.

Op 5 oktober 2022 wordt de verzoekende partij ervan in kennis gesteld dat haar offerte onregelmatig is bevonden. De gunningsbeslissing en het verslag van de beoordelingscommissie worden gevoegd als bijlage.

IV. Tussenkost

4. De nv Ipsos blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg wordt haar verzoek tot tussenkost ingewilligd.

V. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

5. 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’ (hierna: rechtsbeschermingswet), 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.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Standpunt van de partijen

6. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van het gelijkheidsbeginsel zoals vervat in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en artikel 4 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), de artikelen 66, § 3, 81 en 83 van de wet overheidsopdrachten 2016, artikel 5 van de rechtsbeschermingswet, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, artikel 76 van het koninklijk besluit van 18 april 2017

‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), artikel 38/9 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 ‘tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten’ (hierna: koninklijk besluit uitvoering), en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht.

Zij acht deze bepalingen en beginselen geschonden:

“doordat, eerste onderdeel, verweerster de offerte van verzoekster om onbegrijpelijke redenen substantieel onregelmatig verklaart omdat sprake zou zijn van een voorbehoud op basis van de volgende passage in het plan van aanpak van verzoekster: ‘Daarnaast dienen we ook op te merken dat ons budget rekening houdt met de papierkosten anno juli 2022. Omwille van een Europees papiertekort zowel naar soort als naar grammage toe, zijn de prijzen onder voorbehoud van de beschikbaarheid van het papier. Dit impliceert ook dat de bestelling van het papier tijdig dient te gebeuren zodat het drukwerk en de zendingen volgens planning kunnen verlopen’; dat verweerster op basis van een standaardmotivering zonder inhoudelijke analyse besluit tot een voorbehoud, de onvergelijkbaarheid en de substantiële onregelmatigheid van de offerte van verzoekster, maar dit standpunt op geen enkele wijze onderbouwt; dat deze passage hoegenaamd niet kwalificeert als een voorbehoud, dat aanleiding moet geven tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte; dat verzoekster in de bewuste passage op geen enkele wijze haar verbintenis hypothekeert, maar slechts uiting geeft van een algemeen gekende toestand op de papiermarkt (en waarvan verweerster op de hoogte is of zou moeten zijn), die dermate verstoord is dat een tijdige levering van drukwerk problematisch kan zijn; dat de feitelijke situatie waar verzoekster naar verwijst in haar offerte zich opdringt aan alle inschrijvers, zodat er geen sprake is van een situatie die van aard is ‘de beoordeling van de offerte van de inschrijver of de vergelijking ervan met de andere offertes te verhinderen’; dat verzoekster - voor zover er zich ook voor deze opdracht verstoringen zouden voordoen - impliciet verwijst naar de mogelijkheid tot herziening van de opdracht in geval van onvoorzienbare omstandigheden op grond van artikel 38/9 KB Uitvoering; dat het gunningsverslag de feitelijke situatie van een verstoorde papiermarkt niet betreft in haar beoordeling en daarmee dus ook niet betwist, maar louter verwijst naar het vermeend bestaan van een voorbehoud en niet verder komt dan een korte juridische gevolgtrekking; en doordat, tweede onderdeel, verweerster deze zelfde gestrengheid niet toepast op de gekozen inschrijver, die de kans werd geboden om zijn offerte te regulariseren daar waar een essentieel document - bijlage 2 aangaande informatieveiligheidsmaatregelen - ontbrak;

terwijl, eerste onderdeel, er slechts sprake is van een voorbehoud dat ‘de verbintenis van de inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onbestaande, onvolledig of onzeker te maken’, in de zin van artikel 76 § 1, lid 3, KB Plaatsing, bij een afwijzing door de inschrijver van de voorwaarden van het bestek;
en terwijl volgens de rechtspraak van uw Raad niet elke onzekerheid waarvan een inschrijver in zijn offerte melding maakt, gelijk staat aan een voorbehoud;
en terwijl de formele en materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel vereisen dat de aanbestedende overheid in concreto en - gelet op de impact van dergelijke beslissing - omstandig motiveert waarom een offerte onregelmatig is, en deze motivering moet steunen op motieven die in rechte en in feite aannemelijk zijn;
en terwijl het redelijkheidsbeginsel voorschrijft dat een kwalificatie van een offerte als substantieel onregelmatig, in verhouding moet staan met de ernst van de vastgestelde tekortkomingen;
en terwijl artikel 38/9 KB Uitvoering overheidsopdrachten voorziet in een recht op herziening van de opdracht in hoofde van de opdrachtnemer wanneer deze omwille van onvoorzienbare omstandigheden een aanzienlijk nadeel lijdt.
en terwijl, tweede onderdeel, volgens vaste rechtspraak van Uw Raad het niet mogelijk is om substantiële onregelmatigheden te regulariseren;
en terwijl het vragen van aanvullende informatie krachtens artikel 66 § 3, Wet overheidsopdrachten nooit mag leiden tot een wijziging van de ingediende offerte;
zodat de verwerende partij de in het middel aangehaalde bepalingen en beginselen miskent.”

6.1. In haar toelichting bij het eerste onderdeel betwist de verzoekende partij de onregelmatigverklaring van haar offerte en inzonderheid de kwalificatie van de betrokken passus in haar offerte als een “voorbehoud”.

Zij voert hiertegen aan, ten eerste, dat zij enkel de feitelijke situatie van de verstoorde papiermarkt heeft beschreven, die moet nopen tot een tijdige plaatsing van de bestelling van het nodige drukwerk. Zij benadrukt dat die situatie voor alle inschrijvers geldt. De prijzen zijn in die zin “onder voorbehoud van de beschikbaarheid van het papier”.

Zij voert, ten tweede, aan dat zij met de bedoelde passus impliciet herinnert aan de mogelijkheid tot het invoeren van de wettelijk bepaalde herzieningsclausule inzake de ontwrichting van het contractueel evenwicht, vervat in artikel 38/9 van het koninklijk besluit uitvoering. Het louter verwijzen naar het

wettelijk kader vormt geen verboden voorbehoud. Het is ook niet onredelijk voor de verzoekende partij om te wijzen op een algemeen bekende situatie die een impact zou kunnen hebben op de uitvoering van de opdracht. In elk geval is het geheel disproportioneel om de verzoekende partij dermate zwaar te sanctioneren omdat zij de eerlijkheid heeft om naar waarheid in haar offerte te vermelden dat de papiermarkt uiterst gespannen is, zowel qua prijs als qua verkrijgbaarheid en levertijden.

Zij verwijst naar een gelijkaardige opdracht, waarbij via een “bijakte” een prijsherziening voor drukwerk werd ingevoerd, gekoppeld aan onder meer de materiaalindex voor papierprijzen van Febelgra. Meer algemeen verwijst zij naar de aanbevelingen van de kanselarij van de Eerste Minister van 7 juli 2022 ‘ivm de aanzienlijke prijsstijgingen met name ingevolge de oorlog in Oekraïne’, waarin erkend wordt dat er voor bepaalde producten “aanzienlijke tot extreme prijsstijgingen en prijsschommelingen” zijn, die in sommige gevallen kunnen leiden tot een ontwrichting van het contractueel evenwicht. Dit leidt opnieuw tot de conclusie “dat het onjuist, minstens volstrekt disproportioneel is om de opmerking van een inschrijver die wijst op de moeilijke marktsituatie als een voorbehoud te kwalificeren”.

De verzoekende partij voert ten slotte aan dat zij zichzelf geen “discriminerend voordeel” toe-eigent, maar louter een situatie beschrijft die zich aan alle inschrijvers opdringt. Zij nodigt de Raad van State uit om de eenheidsprijzen van beide inschrijvers voor de posten inzake drukwerk te vergelijken. Volgens haar zullen de eenheidsprijzen van beide inschrijvers dicht bij elkaar liggen, hetgeen zou aantonen dat beide inschrijvers vanuit dezelfde marktomstandigheden zijn vertrokken en het zogenaamde voorbehoud de verzoekende partij derhalve geen voordeel oplevert. De bedoelde passus in haar offerte verstoort dan ook niet de gelijkheid van de inschrijvers of de mededinging.

6.2. In haar toelichting bij het tweede onderdeel betwist de verzoekende partij de regelmatigverklaring van de offerte van de tussenkomenende partij.

De verzoekende partij wijst erop dat bijlage 2 bij het bestek betrekking heeft op het subcriterium inzake “informatieveiligheidsmaatregelen”. Gelet op het voorwerp van de opdracht, is informatieveiligheid evident van groot belang. De specificaties ter zake, alsook het invullen van bijlage 2 door de inschrijvers, vormen dan ook essentiële, minimale eisen van het bestek. Het niet voldoen aan die eisen maakt een substantiële onregelmatigheid uit, die niet kan worden geregulariseerd onder het mom van vragen van informatie. In plaats van de offerte van de tussenkomende partij onregelmatig te verklaren, heeft de verwerende partij aan die inschrijver evenwel de gelegenheid geboden om een nieuw document te bezorgen en aldus zijn offerte te wijzigen. Dit is in een openbare procedure strikt verboden.

Ter terechtzitting verwijst de verzoekende partij naar het door de verwerende partij voorgelegde advies van ATO. Ook ATO had geconcludeerd had dat het niet mogelijk was om de ontbrekende bijlage 2 op te vragen. Volgens ATO moest de offerte van de tussenkomende partij onregelmatig verklaard worden. In het verslag van de beoordelingscommissie wordt niet gemotiveerd waarom dat advies van ATO niet gevolgd wordt.

Door aan de tussenkomende partij te vragen haar offerte aan te vullen, terwijl de verzoekende partij niet bevraagd werd over de litigieuze passus in haar offerte, heeft de verwerende partij de twee inschrijvers bovendien verschillend behandeld, in strijd met het gelijkheidsbeginsel.

7.1. In haar nota antwoordt de verwerende partij, met betrekking tot het eerste onderdeel, dat de offerte van de verzoekende partij terecht substantieel onregelmatig is verklaard.

Zij voert in de eerste plaats aan dat uit de bewoordingen van de litigieuze passus in de offerte duidelijk blijkt dat de prijzen “onder voorbehoud” zijn opgegeven.

Vervolgens wijst zij erop dat in geval van een substantiële onregelmatigheid van de offerte de aanbestedende overheid verplicht is, met toepassing van artikel 76, § 3, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, om de

offerte nietig te verklaren. De beschouwingen van de verzoekende partij in verband met de verstoorde papiermarkt en de bepalingen van artikel 38/9 van het koninklijk besluit uitvoering doen dan ook niet ter zake, of zijn minstens niet pertinent of draagkrachtig. De verwerende partij herinnert er overigens aan dat het voornoemde artikel 38/9 aan een inschrijver de mogelijkheid biedt om onder bepaalde voorwaarden een herziening van de opdracht te verkrijgen. In de actueel geldende bijzondere economische omstandigheden wordt dit recht bevestigd door het dienstorder MOW/MIN/2022/02 van de secretaris-generaal van het departement Mobiliteit en Openbare Werken van 19 juli 2022 over de stijging van materiaal- en grondstofprijzen en de toeleveringsproblemen bij de uitvoering van overheidsopdrachten.

Ten slotte voert de verwerende partij aan dat het door de verzoekende partij gemaakte voorbehoud de vergelijkbaarheid van de offertes in het gedrang brengt. De verzoekende partij maakt haar inschrijvingsprijs en de uitvoering van haar leveringsverbintenissen immers afhankelijk van een voorwaarde die tot een duidelijk voordeel voor haar kan leiden: zij kent zichzelf het recht toe om haar prijzen te herzien zonder de voorwaarden te moeten naleven waaraan een vordering tot herziening van de prijs met toepassing van het voornoemde artikel 38/9 is onderworpen.

7.2. Met betrekking tot het tweede onderdeel voert de verwerende partij aan dat de offerte van de tussenkomende partij terecht regelmatig is verklaard.

Zij deelt mee dat het ontbreken van bijlage 2 in de offerte van de tussenkomende partij “terloops” ter sprake is gekomen “tijdens een overleg naar aanleiding van de uitvoering van [een andere] lopende opdracht”. De tussenkomende partij heeft daarop met een e-mail van 18 augustus 2022 meegedeeld dat alle elementen die vereist zijn voor bijlage 2 integraal verwerkt zijn in de door haar ingediende offerte. Zij heeft daarbij per individueel element verwezen naar de uittreksels in haar offerte waarin de betrokken informatie is opgenomen. Hoewel niet formeel verwerkt in antwoorden op de vragen gesteld in bijlage 2, heeft de tussenkomende partij aldus wel aangetoond dat met betrekking tot al die vragen een antwoord in de offerte was vervat.

De verwerende partij erkent dat ATO in zijn advies gesteld heeft dat de ontbrekende bijlage 2 na het indienen van de offertes niet opgevraagd kon worden. Zij wijst er echter op dat ATO ervan uitgegaan is dat de offerte zonder de bedoelde bijlage niet beoordeeld kon worden. In het verslag van de beoordelingscommissie wordt daartegenover gesteld dat alle gevraagde informatie in de offerte aanwezig is.

Op grond van het proportionaliteitsbeginsel heeft de verwerende partij geoordeeld dat er geen reden was om de offerte substantieel onregelmatig te verklaren. Daarbij is rekening gehouden met de volgende elementen: het toevoegen van bijlage 2 aan de offerte is in het bestek niet uitdrukkelijk voorgeschreven op straffe van substantiële onregelmatigheid; uit het gebruik van het woord “ook” in de zinsnede “zie ook bijlage 2” bij de beschrijving van het subgunningscriterium “informatieveiligheidsmaatregelen” blijkt dat voor de beoordeling van de offerte op basis van dat criterium niet enkel bijlage 2, maar ook andere documenten kunnen, en zelfs moeten worden betrokken; de offerte van de tussenkomende partij werd weliswaar niet substantieel onregelmatig verklaard, maar zij kreeg voor het genoemde subgunningscriterium wel “slechts een score van 5/10” (sic); de tussenkomende partij heeft niet een ontbrekend document, zijnde bijlage 2, aan haar offerte toegevoegd, maar een verduidelijking bij de ingediende offerte verstrekt.

8.1. In haar nota voert de tussenkomende partij aan, met betrekking tot het eerste onderdeel, dat de verzoekende partij wel degelijk een voorbehoud heeft geformuleerd, en dat dit voorbehoud betrekking heeft op een essentiële bestekbepaling, namelijk de prijs. Daardoor is de offerte van de verzoekende partij onvergelijkbaar geworden met die van de tussenkomende partij, die immers is ingediend zonder voorbehoud. Daarnaast maakt het voorbehoud de verbintenis van de verzoekende partij ook onzeker.

Het voorbehoud vindt geen steun in het bestek, noch in de wetgeving. Integendeel, in het bestek wordt bepaald dat inschrijvers door het indienen van hun offerte zich ertoe verbinden de bestekbepalingen onvoorwaardelijk te aanvaarden.

De tussenkommende partij vraagt zich af waarom de verzoekende partij inzake de prijzen voor papier niet vóór het indienen van haar offerte rechtmatigheidsbezwaren heeft gemaakt of nadere informatie heeft gevraagd, hoewel zij die mogelijkheid volgens het bestek had.

Ten slotte voert de tussenkommende partij aan dat de verwijzing door de verzoekende partij naar artikel 38/9 van het koninklijk besluit uitvoering niet pertinent is, nu dat artikel betrekking heeft op de uitvoering van een opdracht, terwijl de verzoekende partij de opdracht niet mag uitvoeren, gelet op de nietigheid van haar offerte.

8.2. Met betrekking tot het tweede onderdeel voert de tussenkommende partij aan dat haar offerte terecht regelmatig werd verklaard.

Zij wijst erop dat het toevoegen van bijlage 2 aan de offerte in het bestek niet is voorgeschreven op straffe van nietigheid van de offerte.

Zij merkt ook op dat de verwerende partij op grond van artikel 66, § 3, van de wet overheidsopdrachten 2016 de mogelijkheid had om de tussenkommende partij te verzoeken om haar offerte aan te vullen, te verduidelijken of te vervolledigen. Zij bevestigt dat er een contact is geweest tussen de verwerende partij en de tussenkommende partij, “terloops in het kader van de uitvoering van een andere lopende opdracht”. Als antwoord op de vraag tot verduidelijking heeft de tussenkommende partij geen wijzigingen aangebracht in haar offerte, maar slechts verwezen naar de delen van haar offerte waarin de informatie uit bijlage 2 te vinden is.

Beoordeling

Eerste onderdeel

9. Artikel 76, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 bepaalt:

“De aanbestedende overheid gaat na of de offertes regelmatig zijn.
De offerte kan substantieel of niet substantieel onregelmatig zijn.

Een offerte is substantieel onregelmatig wanneer ze van aard is de inschrijver een discriminerend voordeel te bieden, tot concurrentievervalsing te leiden, de beoordeling van de offerte van de inschrijver of de vergelijking ervan met de andere offertes te verhinderen, of de verbintenis van de inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onbestaande, onvolledig of onzeker te maken. De volgende onregelmatigheden worden met name als substantieel beschouwd :

[...]

3° de niet-naleving van de minimale eisen en de vereisten die als substantieel worden aangemerkt in de opdrachtdocumenten.”

Overeenkomstig artikel 76, § 3, van hetzelfde besluit verklaart de aanbestedende overheid, wanneer gebruik wordt gemaakt van een openbare of niet-openbare procedure, de substantieel onregelmatige offerte nietig. Zij beschikt daarbij over geen enkele beoordelingsruimte.

10. Een voorbehoud inzake een essentiële voorwaarde van de opdracht, zoals een voorbehoud betreffende de prijs van de opdracht, maakt de vergelijking van de offerte van de betrokken inschrijver met die van de andere inschrijvers, waarin een dergelijk voorbehoud niet wordt gemaakt, onmogelijk. Bovendien verleent een voorbehoud aan de betrokken inschrijver een discriminerend voordeel, en maakt het de verbintenis van de inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren, onzeker.

Met toepassing van het voornoemde artikel 76, § 1, derde lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 leidt een dergelijk voorbehoud tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte.

11. In het verslag van de beoordelingscommissie wordt ervan uitgegaan dat de verzoekende partij een voorbehoud met betrekking tot de door haar aangeboden prijzen heeft gemaakt. De verzoekende partij betwist echter dat zij welkdanig voorbehoud ook heeft gemaakt.

Een voorbehoud impliceert dat er in feite en in rechte aanvaardbare gegevens voorhanden zijn die het aannemelijk maken dat de

inschrijver aan zijn inschrijving een voorwaarde verbindt die geen steun vindt in het bestek en de regelgeving inzake overheidsopdrachten.

Het komt in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid toe om te beoordelen of een offerte beantwoordt aan de bestekbepalingen, zij het dat de Raad van State daarbij mag nagaan of die beoordeling steunt op in rechte en in feite aanvaardbare motieven die voortvloeien uit een zorgvuldig onderzoek en of daarbij de grenzen van een redelijke beoordeling niet zijn overschreden.

12. De offerte van de verzoekende partij behoort tot de vertrouwelijke stukken. De Raad van State heeft die offerte kunnen inzien.

Bij de offerte is een inventaris gevoegd. Het formulier daarvan was bij het bestek gevoegd. Op de inventaris komen alle elementen voor die deel uitmaken van de uitvoering van de opdracht, respectievelijk in Vlaanderen en in Brussel. Een aantal van die elementen zijn gegroepeerd onder het opschrift “Kosten drukwerk, handling, portkosten en digitalisering papieren vragenlijsten”; daarin komen o.m. posten voor in verband met het drukwerk (introductiebrieven, herinneringsbrieven, bedankingsbrieven, vragenlijst, enveloppes). De verzoekende partij heeft voor elk van die elementen een eenheidsprijs opgegeven en, in functie van de door de verwerende partij opgegeven vermoedelijke hoeveelheden, een totale prijs. Er is ook een kolom “Prijsherzieningsformule” waarin voor elk element is vermeld: “Lonen bedienden”. In deze bijlage bij de offerte lijkt geen enkel voorbehoud met betrekking tot de opgegeven prijzen te zijn geformuleerd.

Bij de offerte is ook een andere bijlage gevoegd, die door de verzoekende partij haar “onderzoeksvoorstel” wordt genoemd. Daarin beschrijft zij onder meer, zoals gevraagd in het bestek, haar “plan van aanpak”. Dat plan bestaat uit vijf onderdelen: 2.1 communicatie, 2.2 steekproef, 2.3 methode voor de dataverzameling, 2.4 materiaal voor het uitvoeren van het verplaatsingsonderzoek, 2.5 dataverwerking. De litigieuze passus komt voor onder punt 2.3, meer bepaald onder punt 2.3.3, dat specifiek betrekking heeft op “Drukwerk”. De verzoekende partij beschrijft daarin op welke manier zij voorziet in het aanmaken van het drukwerk en in het drukken zelf. Daarbij verwijst zij onder meer naar de door haar aan te houden timing. Dan volgt de volgende alinea, die zij citeert in haar

verzoekschrift, waarin verwezen wordt naar een tabel die voor elk type drukwerk nadere specificaties en de geschatte hoeveelheid (zoals ook opgegeven in de hiervoor genoemde inventaris) vermeldt:

“Voor het drukwerk voorziet Profacts de specificaties en aantallen zoals voorgesteld in Tabel 1 op de volgende pagina, conform het bestek. Deze aantallen zijn indicatief en kunnen tijdens het veldwerk van het OVG 7 nog wijzigen afhankelijk van de feitelijke bruto-steekproef en de responsgraad per Gewest. Daarnaast dienen we op te merken dat ons budget rekening houdt met de papierkosten anno juli 2022. Omwille van een Europees papiertekort, zowel naar soort als naar grammage toe, zijn de prijzen onder voorbehoud van de beschikbaarheid van het papier. Dit impliceert ook dat de bestelling van het papier tijdig dient te gebeuren zodat het drukwerk en de zendingen volgens planning kunnen verlopen.”

13. Volgens de verwerende partij en de tussenkomende partij heeft de verzoekende partij met de vermelding dat “de prijzen onder voorbehoud van de beschikbaarheid van het papier [zijn]” een voorbehoud inzake haar prijzen gemaakt. Volgens de verzoekende partij daarentegen heeft zij, ondanks het gebruik van het woord “voorbehoud”, enkel de feitelijke situatie van de verstoorde papiermarkt beschreven en beklemtoond dat die situatie moest nopen tot het tijdig plaatsen van de bestelling van het benodigde drukwerk. Impliciet zou zij ook verwezen hebben naar de mogelijkheid om de herzieningsclausule van artikel 38/9 van het koninklijk besluit uitvoering in te roepen.

Wat opvalt, is dat de litigieuze passus voorkomt in een beschrijving van de “aanpak” van de werkzaamheden in verband met het aanmaken van het drukwerk en het drukken zelf. In de bijlage die specifiek betrekking heeft op de aangeboden eenheidsprijzen lijkt daarentegen niets gezegd te zijn in verband met een eventueel voorbehoud omwille van de verstoorde papiermarkt.

Bovendien komt de litigieuze passus voor in een alinea die het heeft over de specificaties en de aantallen van het voorgestelde drukwerk. De verzoekende partij stelt daarin weliswaar dat haar budget “rekening houdt met de papierkosten anno juli 2022”, maar wanneer zij het heeft over het feit dat haar prijzen onder voorbehoud zijn, dan verbindt zij dat voorbehoud niet aan

prijsschommelingen, maar aan “de beschikbaarheid van het papier”. Gelet op die context, lijkt de boodschap begrepen te kunnen worden als een die in essentie een voorbehoud inhoudt met betrekking tot de beschikbaarheid van het gevraagde papier en dus met betrekking tot de mogelijkheid voor de verzoekende partij om de gevraagde hoeveelheden drukwerk te leveren en om de door haar voorgestelde timing aan te houden. In zoverre daarbij een voorbehoud gemaakt wordt inzake de prijzen, zou het dan kunnen gaan om een opmerking die in die context terloops gemaakt wordt, om eraan te herinneren dat de situatie op de papiermarkt ook een invloed kan hebben op de prijzen. Alleszins lijkt de slotzin, waarin gewezen wordt op de noodzaak om tijdig papier te bestellen, te maken te hebben met de kwestie van de beschikbaarheid van het papier op zich, niet met de prijs ervan.

Er wordt in de aangehaalde alinea ook in het geheel niet uitgelegd hoe de verzoekende partij zou omgaan met een situatie die haar ertoe zou brengen haar zogenaamde voorbehoud inzake de prijzen in te roepen. Er wordt bijvoorbeeld niets gezegd over de omstandigheden waarin zij dat voorbehoud zou kunnen invoeren, noch over de modaliteiten volgens welke de in de offerte opgegeven prijzen dan aangepast zouden worden.

De voorwaarden waaronder de prijzen te dezen eventueel aangepast zouden kunnen worden, zijn wel bepaald in artikel 38/9 van het koninklijk besluit uitvoering. Volgens paragraaf 1 van die bepaling voorzien de opdrachtdocumenten in een herzieningsclausule waarin de modaliteiten voor de herziening van de opdracht worden bepaald ingeval “het contractueel evenwicht van de opdracht wordt ontwricht in het nadeel van de opdrachtnemer om welke omstandigheden ook die vreemd zijn aan de aanbesteder”. De paragrafen 2 en 3 bevatten een nadere regeling van deze herzieningsclausule. Zoals opgelegd bij artikel 38/9, voorziet ook het bestek te dezen in een specifieke herzieningsclausule in geval van “onvoorzienbare omstandigheden in hoofde van de dienstverlener” (punt B.3.3). Bij gebreke van een nadere regeling van het zogenaamde voorbehoud in de offerte van de verzoekende partij, lijkt het niet onaannemelijk dat zij impliciet heeft verwezen naar het mechanisme waarin het bestek zelf voorziet.

Dit lijkt te dezen des te aannemelijker nu zowel de federale overheid (kanselarij van de eerste minister) als de Vlaamse overheid (departement

Mobiliteit en Openbare Werken) in de periode voorafgaand aan het indienen van de offerte hebben erkend dat opdrachtnemers ernstige moeilijkheden ondervinden ten gevolge van prijsstijgingen en toeleveringsproblemen. De federale overheid beveelt aanbestedende overheden aan om op een soepele wijze toepassing te maken van herzieningsmechanismen als bedoeld in artikel 38/9 van het koninklijk besluit uitvoering, eventueel door een aanpassing van de in de bestekken opgenomen prijsherzieningsclausules. Het departement Mobiliteit en Openbare Werken kondigt aanpassingen aan van de prijsherzieningsclausules als bedoeld in artikel 38/7 van het voornoemde koninklijk besluit (zie over die bepaling hierna de bespreking van het tweede middel).

14. De vermelding in de offerte van de verzoekende partij dat de prijzen “onder voorbehoud van de beschikbaarheid van het papier” zijn, lijkt in de gegeven omstandigheden dan ook niet zonder meer te wijzen op een voorwaarde waarvan de verzoekende partij haar inschrijving afhankelijk heeft gemaakt. Er lijken integendeel elementen te zijn die eerder op het tegendeel wijzen.

Het staat niet aan de Raad van State om uitsluitsel te geven over de vraag hoe de aangehaalde passus begrepen moet worden. Hij stelt echter wel vast dat de verwerende partij louter op grond van de in de litigieuze passus gebruikte bewoordingen geconcludeerd heeft dat het gaat om een effectief voorbehoud inzake de aangeboden prijzen. Eenmaal die interpretatie aangenomen, moest zulks onvermijdelijk leiden tot de conclusie dat de offerte substantieel onregelmatig, en dus nietig was.

Gelet op de vragen die rezen in verband met de offerte van de verzoekende partij, had de verwerende partij de mogelijkheid om, met toepassing van artikel 66, § 3, van de wet overheidsopdrachten 2016, aan de verzoekende partij te vragen om te verduidelijken wat die partij bedoelde met het voorbehoud inzake “de beschikbaarheid van het papier”. De verwerende partij heeft van die mogelijkheid evenwel geen gebruikgemaakt. Uit de motivering van het verslag van de beoordelingscommissie blijkt voorts niet dat deze gesteund heeft op andere relevante gegevens dan de bewoordingen van de litigieuze passus.

In die omstandigheden is de Raad van State voorshands van oordeel dat het onregelmatig verklaren van de offerte van de verzoekende partij niet met de vereiste zorgvuldigheid lijkt te zijn gebeurd.

15. In zoverre in het eerste onderdeel de schending wordt aangevoerd van het zorgvuldigheidsbeginsel, is het ernstig.

Tweede onderdeel

16. Er wordt niet betwist dat de tussenkomenende partij bij haar offerte niet de bijlage 2 heeft gevoegd. Op die bijlage moesten de inschrijvers aangeven welke informatieveiligheidsmaatregelen zij zouden nemen.

Volgens punt A.3.4 van het bestek dienden de inschrijvers bij hun offerte onder meer “de documenten” te voegen “in het kader van de beoordeling op basis van de gunningscriteria (A.5)”. Bijlage 2 is een document dat in het bestek specifiek vermeld wordt bij de beschrijving van het gunningscriterium ‘kwaliteit plan van aanpak’, en meer bepaald bij het subgunningscriterium ‘informatieveiligheidsmaatregelen’.

In de huidige stand van het geding gaat de Raad van State ervan uit dat de inschrijvers bijlage 2 bij hun offerte moesten voegen. Doordat de tussenkomenende partij bijlage 2 niet gevoegd had bij haar offerte, lijkt die offerte dan ook als onvolledig te moeten worden beschouwd.

17. Een dergelijke offerte moet niet noodzakelijk substantieel onregelmatig worden verklaard. Met toepassing van het voornoemde artikel 66, § 3, van de wet overheidsopdrachten 2016 kan de aanbestedende overheid, “wanneer de door de kandidaat of inschrijver in te dienen informatie of documentatie onvolledig of onjuist is of lijkt te zijn of wanneer specifieke documenten ontbreken, de betrokken kandidaat of inschrijver verzoeken die informatie of documentatie binnen een passende termijn in te dienen, aan te vullen, te verduidelijken of te vervolledigen”. Dergelijke verzoeken moeten echter worden gedaan “met volledige inachtneming van de beginselen van gelijke behandeling en transparantie en, indien gebruik wordt gemaakt van de openbare of de

niet-openbare procedure, zonder dat dit aanleiding mag geven tot een wijziging van de essentiële elementen van de offerte”.

18. In het verslag van de beoordelingscommissie wordt gesteld dat aan de tussenkomen partij “verduidelijking [is] gevraagd i.v.m. de informatie uit bijlage 2”.

De omstandigheden waarin die verduidelijking is gevraagd, zijn niet geheel helder. Door de verwerende partij en de tussenkomen partij wordt gesteld dat de kwestie van het ontbreken van bijlage 2 “terloops” ter sprake is gekomen tijdens een overleg in het kader van de uitvoering van een andere opdracht. Het zou ongetwijfeld aanbeveling verdienen om van het verzoek om verduidelijking een schriftelijke neerslag in het administratief dossier op te nemen, zodat nagegaan kan worden of de verwerende partij zich niet schuldig gemaakt heeft aan een ontoelaatbaar favoritisme ten voordele van een inschrijver die al met een andere opdracht belast was.

In de huidige stand van het geding is de Raad van State evenwel van oordeel dat de kwestie van de gelijke behandeling en transparantie te dezen ondergeschikt is aan de vraag of het verzoek om verduidelijking en de verwerking van de ontvangen verduidelijking aanleiding gegeven hebben tot “een wijziging van de essentiële elementen van de offerte”.

19. Gewezen op het feit dat bijlage 2 bij haar offerte ontbrak, heeft de tussenkomen partij geantwoord met een mailbericht van 18 augustus 2022. Zij heeft daarbij niet alsnog de ontbrekende bijlage 2 gevoegd, maar wel aangegeven op welke plaatsen in haar offerte en de bijlagen daarbij de informatie teruggevonden kon worden die zij normaal had moeten verstrekken in de desbetreffende kolommen van bijlage 2.

Zowel de offerte van de tussenkomen partij als het voornoemde mailbericht zijn vertrouwelijke stukken. De Raad van State heeft die stukken evenwel kunnen inkijken. Uit de vergelijking van die twee stukken, blijkt op het eerste gezicht dat de uitleg op de vindplaatsen aangegeven in het mailbericht

correspondeert met de elementen waarvoor informatie aangeleverd moest worden in bijlage 2.

De verwerende partij lijkt in de gegeven omstandigheden niet onwettig te hebben gehandeld door te oordelen dat “[a]lle gevraagde informatie [...] aanwezig [is]” in de oorspronkelijke offerte zelf om die offerte te kunnen beoordelen.

Meteen maakt de verzoekende partij niet aannemelijk, met de vereiste prima-facie-ernst, dat de tussenkomen de partij met haar toelichting haar offerte zou hebben gewijzigd.

Anders dan de verzoekende partij aanvoert, lijkt uit de formele motiveringsplicht niet voort te vloeien dat de verwerende partij uitdrukkelijk moest aangeven waarom zij het advies van ATO niet volgde. Overigens kan uit de in het verslag opgenomen motivering worden afgeleid dat de verwerende partij dat advies niet gevolgd heeft omdat zij van oordeel was, anders dan ATO, dat zij de offerte van de tussenkomen de partij wel degelijk kon beoordelen op basis van die offerte en de daarbij gevoegde bijlagen zelf, en dat zij daarvoor de specifieke bijlage 2 niet nodig had.

20. De verzoekende partij wijst erop dat de verwerende partij de tussenkomen de partij bevraagd heeft in verband met het ontbreken van bijlage 2, terwijl zij de verzoekende partij niet bevraagd heeft in verband met de draagwijdte van haar zogenaamde voorbehoud inzake de aangeboden prijzen. Zij voert aan dat de verwerende partij de twee inschrijvers daardoor verschillend behandeld heeft.

Het valt inderdaad op dat de verwerende partij enige welwillendheid aan de dag gelegd heeft ten opzichte van de tussenkomen de partij, terwijl zij geen dergelijke welwillendheid getoond lijkt te hebben ten opzichte van de verzoekende partij. In de huidige stand van het geding lijkt die verschillende benadering echter onvoldoende om te besluiten dat beide inschrijvers behandeld zijn op een wijze die strijdig is met het gelijkheidsbeginsel. In het ene geval ging het immers om een vraag om verduidelijking ten gevolge van een ontbrekend document, in het andere geval om de interpretatie van een passus van de

ingediende offerte. De Raad van State is er voorshands niet van overtuigd dat het gaat om twee vergelijkbare situaties.

21. Het tweede onderdeel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

22. In een tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van het gelijkheidsbeginsel zoals vervat in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en artikel 4 van de wet overheidsopdrachten 2016, artikel 10 van de wet overheidsopdrachten 2016, artikel 26 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, artikel 38/7 van het koninklijk besluit uitvoering, en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht.

Zij acht deze bepalingen en beginselen geschonden:

“doordat, eerste onderdeel, het bestek niet voorziet in een prijsherzieningsclausule die de werkelijke kostprijsstructuur van de opdrachtnemer weerspiegelt, met name voor de posten inzake drukwerk (de onderdelen 1.4 ‘Kosten drukwerk, handling, portkosten en digitalisering papieren vragenlijsten’ (= Vlaanderen) en 2.2 ‘Kosten drukwerk, handling, portkosten en digitalisering papieren vragenlijsten’ (= Brussel);
dat de prijsherzieningsclausule immers enkel een herziening toelaat op basis van een loonindex, maar niet op basis van een materiaal (papier) index;
en doordat, eerste en tweede onderdeel, een zorgvuldige aanbestedende overheid op de hoogte zou moeten zijn van de verstoorde papiermarkt in het bijzonder en de moeilijke marktomstandigheden op vlak van prijsschommelingen en toeleveringsproblemen in het algemeen;
dat verweerster deze kennis niet heeft toegepast bij opmaak van het bestek door te voorzien in een effectieve prijsherzieningsclausule, waarin ook een materiaalindex (papierprijs) is voorzien, of minstens door een aangepaste wijze van prijsvaststelling te bepalen;
terwijl, eerste onderdeel, artikel 10 Wet overheidsopdrachten en artikel 38/7 KB Uitvoering [bepalen] dat de herziening van de prijzen tegemoet moet komen aan ‘de prijsevolutie van de hoofdcomponenten van de kostprijs’;

en terwijl, eerste en tweede onderdeel, het in de huidige (papier)marktomstandigheden kennelijk onredelijk is om van inschrijvers te verwachten dat zij voor drukwerk een vaste, forfaitaire prijs aanbieden voor een uitvoeringstermijn van minstens 17 maanden (zonder mogelijkheid tot prijsherziening);
en terwijl een zorgvuldige aanbestedende overheid op grond van [...] de huidige (papier)marktomstandigheden, voor zover de situatie niet (volledig) kon worden ondervangen middels een correcte prijsherzieningsclausule, op grond van artikel 26 KB Plaatsing had moeten opteren voor een andere wijze van prijsvaststelling;
zodat de verwerende partij de in het middel aangehaalde bepalingen en beginselen miskent.”

Beoordeling

23. Het ernstig bevinden van het eerste onderdeel van het eerste middel leidt op zich tot de schorsing van de bestreden beslissing. Omdat het tweede middel, dat gericht is tegen twee bestekbepalingen, geacht zou kunnen worden tot een ruimere schorsing te leiden, wordt het eveneens onderzocht.

Eerste onderdeel

24. Het eerste onderdeel is gericht tegen punt B.3.1 van het bestek, dat gaat over de “prijsherziening (art. 38/7 KB Uitvoering)”.

25. Artikel 9, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 bepaalt:

“De overheidsopdrachten worden geplaatst op forfaitaire basis en zonder dat hieraan, bij de uitvoering ervan, wezenlijke wijzigingen kunnen worden aangebracht behoudens de door de Koning te bepalen uitzonderingen en overeenkomstig de door Hem te bepalen voorwaarden.”

Artikel 10 van dezelfde wet bepaalt:

“De in het artikel 9 bedoelde forfaitaire grondslag van de overheidsopdrachten vormt geen belemmering voor de herziening van de prijzen in het licht van bepaalde economische en sociale factoren, op voorwaarde dat in de opdrachtdocumenten in een duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige prijsherzieningsclausule is voorzien.

De herziening van de prijzen moet tegemoetkomen aan de prijsevolutie van de hoofdcomponenten van de kostprijs. De Koning bepaalt de bijkomende materiële en procedurele regels van deze prijsherziening en kan het opnemen van dergelijke clause verplicht stellen voor opdrachten die bepaalde bedragen bereiken of bepaalde uitvoeringstermijnen omvatten, die Hij vastlegt.[...].”

Artikel 38/7, § 2, van het koninklijk besluit uitvoering bepaalt:

“In toepassing van artikel 10 van de wet kunnen de opdrachtdocumenten, voor de opdrachten voor leveringen en diensten die niet in bijlage 1 van dit besluit werden opgenomen, voorzien in een herzieningsclause, zoals bepaald in artikel 38, waarin de modaliteiten voor een prijsherziening worden bepaald aan de hand van één of meer verschillende elementen zoals met name de lonen, de sociale lasten, de prijzen van de grondstoffen of de wisselkoersen.

De prijsherziening steunt op objectieve en controleerbare parameters en maakt gebruik van passende wegingscoëfficiënten en weerspiegelt aldus de werkelijke kostprijsstructuur. In geval van moeilijkheden om een prijsherzieningsformule samen te stellen, kan de aanbesteder de gezondheidsindex, de index van consumptieprijzen of een andere passende index hanteren.

De prijsherziening kan een vaste, niet-herzienbare factor bevatten, die de aanbesteder bepaalt in functie van de specificiteiten van de opdracht.”

26. De partijen betwisten niet dat de voorliggende opdracht gaat om diensten die niet bedoeld zijn in bijlage 1 bij het koninklijk besluit uitvoering. Artikel 38/7, § 2, is op die opdracht dus van toepassing.

Anders dan artikel 38/9, legt artikel 38/7, § 2, aan de aanbestedende overheid niet de verplichting op om een prijsherzieningsclause in het bestek op te nemen. De verwerende partij heeft wel gebruikgemaakt van de mogelijkheid om een dergelijke clause op te nemen, met name in punt B.3.1, ‘Prijsherziening (art. 38/7 KB Uitvoering)’. Volgens die clause is een prijsherziening “enkel [...] toepasbaar voor de schommelingen van de lonen en sociale lasten van de werknemers van de dienstverlener”.

Artikel 38/7, § 2, bepaalt dat, indien een prijsherzieningsclause wordt opgenomen, de modaliteiten voor een prijsherziening “worden bepaald aan de hand van één of meer verschillende elementen zoals met name de lonen, de sociale lasten, de prijzen van de

grondstoffen of de wisselkoersen”. Zoals de verwerende partij en de tussenkomende partij aanvoeren, lijkt uit die bepaling voort te vloeien dat niet alle genoemde parameters in de prijsherzieningsformule opgenomen moeten worden. De overheid lijkt integendeel over een beoordelingsruimte te beschikken bij de keuze van de parameters die in de prijsherzieningsformule worden opgenomen. Het feit dat niet in een prijsherziening wordt voorzien op grond van de papierprijs lijkt op zich dan ook niet strijdig met de voornoemde wets- en reglementsbepalingen.

27. De verzoekende partij voert aan dat een verplichting om de papierprijs als een parameter in de prijsherzieningsclausule op te nemen te dezen voortvloeit uit het zorgvuldigheidsbeginsel. Volgens haar moet een zorgvuldige aanbestedende overheid “in de huidige omstandigheden inspelen op prijsstijgingen en prijsschommelingen door het voorzien [in] een aangepaste prijsherzieningsclausule”.

In de huidige stand van het geding kan de Raad van State niet ertoe komen om te oordelen dat de op een aanbestedende overheid rustende zorgvuldigheidsplicht de keuzevrijheid van de verwerende partij te dezen zou ombuigen tot een verplichting. Zoals de verwerende partij en de tussenkomende partij opmerken, en zoals is gebleken bij de bespreking van het eerste middel, heeft de verwerende partij in het bestek een clausule opgenomen in verband met de herziening van de voorwaarden van de opdracht in geval van “onvoorzienbare omstandigheden in hoofde van de dienstverlener”, overeenkomstig artikel 38/9 van het koninklijk besluit uitvoering. Die clausule maakt het mogelijk om onder bepaalde voorwaarden rekening te houden met stijgingen of schommelingen van de prijs van het papier.

28. Het eerste onderdeel is niet ernstig.

Tweede onderdeel

29. Het tweede onderdeel is gericht tegen punt A.4.1 van het bestek, dat gaat over de “prijsvaststelling (art. 26 KB plaatsing)”.

30. Artikel 26 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, gelezen in samenhang met artikel 2, 3° tot 6°, van dat koninklijk besluit, bepaalt dat de prijs wordt bepaald volgens één van de volgende prijsvaststellingen: tegen globale prijs, tegen prijslijst, tegen terugbetaling of met gemengde prijsvaststelling.

31. Te dezen heeft de verwerende partij, zoals terecht opgemerkt door de verzoekende partij, voor de prestaties van drukwerk en handling van het drukwerk, portkosten en het digitaliseren van de vragenlijsten, gekozen voor “een eenheidsprijs per vermoedelijke hoeveelheid”, dit wil zeggen voor een prijsvaststelling tegen prijslijst, uitgaande van forfaitaire eenheidsprijzen en vermoedelijke hoeveelheden.

32. Daargelaten de vaststelling dat de verzoekende partij geen gebruikgemaakt heeft van de mogelijkheid om, met toepassing van artikel 81 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, de verwerende partij vóór de uiterste datum voor de indiening van de offertes te wijzen op fouten of leemtes in verband met onder meer de prijsberekening, is de Raad van State voorshands van oordeel dat het tot de beoordelingsbevoegdheid van de aanbestedende overheid behoort om te kiezen voor de ene of de andere wijze van prijsvaststelling.

Het feit dat in een prijsvaststelling tegen prijslijst wordt voorzien, lijkt op zich dus niet strijdig met artikel 26 van het koninklijk besluit plaatsing 2017.

33. Volgens de verzoekende partij heeft de verwerende partij te dezen onzorgvuldig gehandeld door voor de voornoemde posten van de inschrijvers een vaste, forfaitaire eenheidsprijs te eisen, welke aangeboden moet worden volgens prijslijst. Gelet op de verstoorde papiermarkt, had de verwerende partij volgens haar moeten voorzien in een andere wijze van prijsvaststelling, “bijvoorbeeld volgens terugbetaling, wat inschrijvers toelaat om de werkelijke kosten van hun onderaannemers door te rekenen”.

Om de reden die uiteengezet is bij de bespreking van het eerste onderdeel kan de Raad van State in de huidige stand van het geding niet ertoe komen om te oordelen dat de op een aanbestedende overheid rustende

zorgvuldigheidsplicht de keuzevrijheid van de verwerende partij te dezen zou beperkt hebben tot de keuze voor een prijsvaststelling tegen terugbetaling.

34. Het tweede onderdeel is niet ernstig.

VII. Besluit

35. Het eerste onderdeel van het eerste middel is ernstig gebleken. Die vaststelling volstaat om de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in te willigen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Ipsos tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van de Vlaamse minister van Mobiliteit en Openbare Werken van 4 oktober 2022 waarbij de offerte van de bv Profacts onregelmatig wordt verklaard en perceel 1 van de overheidsopdracht voor het “Onderzoek Verplaatsingsgedrag in Vlaanderen en het Brussels Hoofdstedelijk Gewest” wordt gegund aan de nv Ipsos.

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

Paul Lemmens,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Paul Lemmens