

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 258.685 van 6 februari 2024
in de zaak A. 240.881/XII-9449**

In zake: de VZW 3WPLUS KINDEROPVANG
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Dirk Van Heuven en Fien D’Haenens
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
Beneluxpark 27B
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE ROOSDAAL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Wim Rasschaert
kantoor houdend te 9620 Zottegem
Gentse Steenweg 323
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 4 januari 2024, strekt tot de schorsing
bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van :

“- de beslissing van verweerster van 18 december 2023 houdende de
stopzetting van de plaatsingsprocedure met als voorwerp de ‘Organisatie
voorschoolse en naschoolse kinderopvang en vakantiewerking’;
- de beslissing van verweerster van 18 december 2023 om de opdracht met
als voorwerp de ‘Organisatie voorschoolse en naschoolse kinderopvang en
vakantiewerking’ later opnieuw aan te besteden;
- de impliciete [beslissing] van 18 december 2023 om de overheidsopdracht
niet te gunnen aan verzoekster”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 24 januari 2024.

Staatsraad Inge Vos heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Dirk Van Heuven, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Manik Peferoen, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Frederic Eggermont 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 opdracht voor diensten uit met als voorwerp ‘Organisatie voorschoolse en naschoolse kinderopvang en vakantiewerking’.

Er wordt als plaatsingsprocedure gekozen voor de vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking.

De opdracht wordt nationaal en Europees bekendgemaakt.

3.2. In punt I.4 ‘Prijsvaststelling’ van de administratieve bepalingen van het bestek dat op de opdracht van toepassing is, wordt het volgende bepaald:

“De opdracht wordt beschouwd als een opdracht tegen globale prijs.
De opdracht tegen een globale prijs is een opdracht waarbij een forfaitaire prijs het geheel van de prestaties van de opdracht of van elke post dekt.
Verrekening van de gefactureerde ouderbijdragen
De kostprijs die dient opgegeven te worden door de inschrijver in de inventaris van het bestek is een maandelijkse kostprijs voor de organisatie

van de voorschoolse en naschoolse kinderopvang en vakantiewerking. Deze kostprijs dekt alle mogelijke kosten om de dienstverlening uit te voeren. Het is deze kostprijs die zal gefactureerd worden en van deze kostprijs worden de gefactureerde ouderbijdragen in mindering gebracht (zie ook gedeelte technische bepalingen). Op de factuur wordt deze maandelijkse kostprijs weergegeven alsook de vermindering van de gefactureerde ouderbijdragen. Als de maandelijkse kostprijs vastgesteld wordt op X euro, dan wordt het uiteindelijk te betalen bedrag vastgesteld op X euro - gefactureerde ouderbijdragen.”

In punt I.10 ‘Gunningscriteria’ wordt vermeld dat de volgende criteria van toepassing zijn op de gunning van de opdracht: prijs (50 punten) en kwaliteit van de dienstverlening (50 punten).

In de technische bepalingen van het bestek wordt in punt III.6 ‘Facturatie – Registratie – Rapportering – Inning – Nabehandeling’ het volgende bepaald:

“De opdrachtnemer staat in voor het volledige facturatieproces naar de ouders toe. De aangerekende tarieven, uitgezonderd de tarieven voor te laat opgehaalde kinderen, ontvangt de dienstverlener voor rekening van de gemeente. De opdrachtnemer verrekent de aangerekende bedragen op de (maandelijkse) factuur aan de gemeente voor de organisatie van de kinderopvang en speelpleinwerking (zie ook gedeelte “prijsvaststelling” en “facturatie” van het bestek). De aangerekende bedragen voor te laat opgehaalde kinderen zijn voor alle duidelijkheid voor rekening van de opdrachtnemer.

Deze aangerekende bedragen worden dus in mindering gebracht van de maandelijkse exploitatiekost opgegeven in de inventaris van het bestek. Dit heeft ook tot gevolg dat ook het volledige debiteurenrisico overgedragen wordt aan de opdrachtnemer.

Voor een correcte facturatie is een exacte registratie van de aanwezigheden van kinderen aan de hand van een duidelijk, overzichtelijk en transparant systeem noodzakelijk. De geregistreerde gegevens dienen gecontroleerd te kunnen worden door de diensten van de gemeente op mogelijke afwijkingen.

Onderstaand worden de minimumverwachtingen weergegeven van het systeem voor facturatie en registratie. Dit komt ook aan bod in het subgunningscriterium ‘Systeem facturatie en registratie’.”

In punt III.6.1 ‘facturatie’ wordt nog het volgende vermeld:

“• Controleren en aanvullen van de eventuele kortingen (bv. meerdere kinderen van een gezin; verschillende tarieven voor inwoners/niet inwoners)

• Facturatie aan de ouders via mail of op papier (bv. via boekentas)

• De dienstverlener zal voor de betaling van de ouderbijdrage en eventuele aanmaningskosten de tariefformule hanteren zoals vastgesteld door de opdrachtgever.

Als bijlage wordt de huidige tarieflijst bijgevoegd zoals vastgesteld door het college van burgemeester en schepenen op 26/08/2019. Het huidig retributiereglement voor de voor -en naschoolse kinderopvang en vakantiewerking zoals vastgesteld door de gemeenteraad op 20/06/2019 wordt ook als bijlage toegevoegd. Deze tariefformule en alle reglementen kunnen gedurende de looptijd van de opdracht wijzigen enkel op basis van een goedkeuring door de gemeenteraad/college van burgemeester en schepenen en kan nooit op geen enkele wijze op eigen initiatief van de dienstverlener gewijzigd worden.

• Voor het inschatten van het debiteurenrisico kan de dienstverlener uitgaan van een gemiddeld inningspercentage van +/- 97,86 % (cijfer van 2022). Dit wordt indicatief meegedeeld en bindt het bestuur op geen enkele wijze.

• Periodieke facturatie aan het gemeentebestuur: de gemeentelijke bijdrage berekenen aan de hand van de basis maandprijs voor de exploitatiekost opgegeven in de offerte (zie ook inventaris van het bestek) verminderd met de gefactureerde ouderbijdragen, ongeacht of deze geïnd werden. Het systeem moet in staat zijn om op overzichtelijke wijze de gefactureerde ouderbijdragen weer te geven per periode waardoor een inzicht verkregen wordt in de samenstelling van het bedrag van gefactureerde ouderbijdragen dat in mindering wordt gebracht.”

3.3. De opening van de offertes vindt plaats op 7 september 2023.

Twee inschrijvers dienen een offerte in, waaronder de verzoekende partij.

Een verslag van nazicht van de offertes wordt opgesteld op 20 november 2023.

Daaruit blijkt dat de twee inschrijvers een offerte indienden met de volgende prijzen:

Naam	Prijzen
3Wplus Kinderopvang	2.849.697,72 euro
[I.] vzw	3.489.984,00 euro

Beide inschrijvers worden geselecteerd.

Bij het regelmatigheidsonderzoek van de offertes van geselecteerde inschrijvers, wordt in de offerte van de vzw I. een zuiver materiële fout vastgesteld:

“Bij het opladen van de offerte en bijhorende documenten werden alle documenten opgeladen, ook het offerteformulier en de inventaris [werden] opgeladen weliswaar blanco. Dit wordt beschouwd als een materiële vergissing die gepaard gaat bij het opstellen van de offertes en meer bepaald bij het overbrengen van de cijfergegevens op het juiste document en nadien op het elektronisch platform. Aan deze inschrijver werd gevraagd om het offerteformulier en de inventaris met alle nodige gegevens inclusief prijs te bezorgen. Dit werd ontvangen op 12 september 2023.”

Wat het nazicht van de abnormale eenheidsprijzen en totale offerteprijzen betreft werd bij de vzw I. een abnormaal hoog lijkende eenheidsprijs vastgesteld:

“Post 1 : maandelijks kostprijs voor organisatie voor- en naschoolse kinderopvang en vakantiewerking : EHP offerte : 32.315,67 euro (gemiddelde : 20.500,00 euro; afwijking : + 57,64%)
Op 23 oktober 2023 werd door [I.] vzw een antwoord ontvangen op de vraag om de schijnbaar abnormaal hoge eenheidsprijs toe te lichten. Uit de ontvangen verantwoording blijkt dat (ten onrechte) bij de eenheidsprijs de ‘niet in te schatten’ ouderbijdragen opgeteld werden en dat een te hoge personeelskost doorgerekend werd voor 3 medewerkers die [I.] vzw extra wenst in te zetten bovenop het huidige over te nemen personeel. Deze aanvankelijk te hoge personeelskost werd gedragen vanuit de visie om gelijkheid binnen de dienst na te streven en iedereen hetzelfde loon uit te betalen (3 personeelsleden die overgenomen worden aan een hoge loonschaal en 3 extra medewerkers ingezet door [I.] vzw aan dezelfde hoge loonschaal). De kostprijs van 3 van de ingezette medewerkers werden

doorgerekend aan ‘meer dan ruim’ een dubbele loonkost die normaal gangbaar is binnen de loonbarema's bij [I.] vzw.

Dit kan de aanvankelijk ingediende hoge eenheidsprijs verklaren. De nieuw opgegeven eenheidsprijs ten bedrage van 23.402,00 euro per maand (de werkelijke exploitatiekost voor de uitbating van de kinderopvang en speelpleinwerking) met inachtnaam van een correcte gedifferentieerde loonberekening (hogere lonen over te nemen personeel vs. lagere lonen eigen personeel [I.] vzw) en zonder ouderbijdragen, wordt aanvaard en voor vergelijking in aanmerking genomen. De nieuwe eenheidsprijs wordt in die zin beschouwd als een verbetering van de offerte in het kader van mogelijke onderhandelingen die in deze procedure mogelijk zijn. In een latere fase werd aan deze inschrijver ook de mogelijkheid geboden om een correctere prijsopgave te doen op basis van het meedelen van de gefactureerde ouderbijdragen van het meest recente werkingsjaar 2022 en het meest recent gekende inningspercentage (zie ook historiek onderhandelingen). Op basis van deze informatie werd op 15/11/2023 een aangepaste eenheidsprijs ten bedrage van 19.970,00 euro per maand ontvangen.

Zowel de eerste aangepaste eenheidsprijs ten bedrage van 23.402,00 euro per maand ontvangen in het kader van de prijs -en kostenbevraging als de gecorrigeerde eenheidsprijs ten bedrage van 19.970,00 euro per maand in een latere fase (met volledige beschikbare informatie over de gefactureerde ouderbijdragen 2022 en inningspercentage) werden opnieuw onderworpen aan de toetsing van extreme positieve en negatieve afwijkingen van meer dan 15% zowel ten opzichte van de gemiddelde eenheidsprijs als ten opzichte van de geraamde eenheidsprijs. Daaruit blijkt dat er geen abnormale eenheidsprijzen meer werden vastgesteld. [...]"

Als besluit van het regelmatigheidsonderzoek van de offertes worden de beide offertes als regelmatig beschouwd omdat eventuele onregelmatigheden niet substantieel zijn. Wat de offerte van de verzoekende partij betreft, wordt de volgende niet-substantiële onregelmatigheid genoteerd:

“In de offerte werd er melding gemaakt om het debiteurenrisico na 3 jaar te herevalueren. De inschrijver werd hierover bevraagd en er werd bevestigd dat dit debiteurenrisico gedurende 9 jaar overgedragen blijft en niet het voorwerp uitmaakt van een herevaluatie. Gelet op deze regularisatie wordt deze onregelmatigheid niet langer als substantieel beschouwd en wordt de offerte voor verdere vergelijking in aanmerking genomen.”

Over de historiek van de onderhandelingen met de verzoekende partij wordt nog het volgende toegelicht:

“Aan deze inschrijver werd gevraagd of de opgegeven berekening en samenstelling van de jaarprijs van toepassing blijft gedurende 9 jaar (mits indexering) en werd de mogelijkheid geboden om de prijs aan te passen. Deze mogelijkheid werd gegeven aangezien er in het onderzoek abnormale prijzen bij de andere inschrijver ([I.] vzw) een betere prijs ontvangen (en aanvaard) werd dan aanvankelijk ingediend. De inschrijver bevestigt dat de berekening en de samenstelling van de jaarprijs voor 9 jaar van toepassing blijft en past zijn prijs niet aan. De jaarprijs blijft 263.860,92 euro of 21.988,41 euro per maand.”

Over de onderhandelingen met de vzw I. wordt het volgende opgemerkt:

“Tijdens de evaluatie van de offertes en uit het antwoord ontvangen op de prijzen -en kostenbevraging in het kader van artikel 36 KB Plaatsing van 18 april 2017 is het vermoeden ontstaan dat deze inschrijver het concept van het overdragen van het debiteurenrisico naar de opdrachtnemer en de bijhorende maandelijkse verrekening van de gefactureerde ouderbijdragen niet correct verwerkt heeft in zijn eerste prijsopgave. Om deze reden en om zeker te zijn dat de inschrijver bij het opgeven van zijn aangepaste prijs tijdens het onderzoek abnormale prijzen de werking van de overdracht van het debiteurenrisico en de bijhorende maandelijkse verrekening van de ouderbijdragen in rekening heeft gebracht werd dit toegelicht aan de hand van een voorbeeld en gebaseerd op de werkingsprincipes beschreven in het bestek. Bijkomend ontstond het inzicht vanwege de aanbestedende overheid dat de jaarlijkse ouderbijdragen in absolute cijfers een ontbrekend gegeven was in het bestek ten aanzien van deze inschrijver. Om deze redenen werden deze ouderbijdragen voor het meest recente werkingsjaar 2022 meegedeeld alsook het meest recent gekende inningspercentage ten bedrage van 96,81% van de gefactureerde ouderbijdragen dat door de andere inschrijver (en tevens de huidige opdrachtnemer) in zijn prijszetting werd gebruikt om de kost van het debiteurenrisico te becijferen. Op basis van deze informatie werd de inschrijver de mogelijkheid geboden om naar analogie met de andere inschrijver een correcte prijsopgave te kunnen doen. Tegelijk werd er opnieuw gevraagd naar een inzicht in de opbouw van de opgegeven prijs of de eventueel nieuw herberekende prijs. Er werd op datum van 15/11/2023 een nieuwe prijs ontvangen ten bedrage van 19.970,00 euro per maand (of 2.156.760,00 euro voor 9 jaar) alsook een weergave van de prijsopbouw. Bijgevolg wordt de gecorrigeerde offerte ten bedrage van 19.970,00 euro per maand voor verdere vergelijking in aanmerking genomen.”

Na vergelijking van de offertes volgens de in het bestek vermelde gunningscriteria, worden de inschrijvers als volgt gerangschikt:

Naam	Prijs	Score	Score Kwaliteit	Totaalscore
3Wplus Kinderopvang	2.374.748,28 euro	45,41	49	94,41 %
[I.] vzw	2.156.760,00 euro	50	45	95 %

3.4. Het college van burgemeester en schepenen verleent in zitting van 21 november 2023 goedkeuring aan het voormelde verslag van nazicht en gunt de opdracht aan de vzw I.

Tegen deze beslissing dient de verzoekende partij op 6 december 2023 een verzoekschrift in tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

3.5. Op 18 december 2023 beslist de verwerende partij tot intrekking van de bestreden gunningsbeslissing, tot stopzetting van de plaatsingsprocedure, alsook tot een tijdelijke verlenging van de bestaande overeenkomst met de verzoekende partij, op grond van de volgende motivering:

“● naar aanleiding van het verzoekschrift tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de gunningsbeslissing d.d. 20 november 2023, ingediend door de niet-begunstigde inschrijver 3Wplus Kinderopvang op 06 december 2023 bij de Raad van State, wordt vastgesteld dat:

- in de plaatsingsprocedure een onregelmatigheid is begaan doordat de begunstigde inschrijver [I.] vzw de mogelijkheid werd geboden een substantiële onregelmatigheid in haar offerte te laten regulariseren (nl. het laten vervolledigen van haar offerte door een ingevuld offerteformulier en een ingevulde inventaris alsnog te laten indienen terwijl die in eerste instantie niet tijdig werden ingediend), terwijl in de opdrachtdocumenten – in toepassing van art. 76, §4, 3de lid KB Plaatsing – niet is bepaald dat dergelijke substantiële onregelmatigheden kunnen worden geregulariseerd vóór de onderhandelingen worden aangevat (gelet op het feit dat het een onderhandelingsprocedure op Europees niveau betreft),

- voorgaande verkeerdelijk als materiële vergissing werd gekwalificeerd in het verslag van nazicht der offertes.
 - evenwel is het bestuur evenzeer foutief geweest door de niet-begunstigde inschrijver 3Wplus Kinderopvang de mogelijkheid te bieden een substantiële onregelmatigheid in haar offerte te laten regulariseren. Immers, in de betrokken offerte werd melding gemaakt van de wens het debiteurenrisico na 3 jaar te herevalueren. De inschrijver werd hierover bevraagd en er werd bevestigd dat dit debiteurenrisico gedurende 9 jaar overgedragen blijft en niet het voorwerp uitmaakt van een herevaluatie, ofschoon in de offerte duidelijk de wil bleek om een herevaluatie te verkrijgen na 3 jaar. Deze passage kan worden gelijkgesteld met een voorbehoud, waardoor de verbintenis van de inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onbestaande, minstens onvolledig of onzeker is geworden (hetgeen een substantiële onregelmatigheid uitmaakt in de zin van art. 76 KB Plaatsing). In weerwil van art. 76, §4, 3de lid KB Plaatsing is in de opdrachtdocumenten voor deze opdracht niet bepaald dat dergelijke substantiële onregelmatigheden kunnen worden geregulariseerd vóór de onderhandelingen worden aangevat). Dat hiermee anders is omgegaan lopende [de] plaatsingsprocedure doet geen afbreuk aan de vaststellingen dat er (zij het ongewild) onregelmatigheden zijn begaan tijdens de plaatsingsprocedure en de beoordeling van de offertes.
 - onregelmatigheden in een plaatsingsprocedure verantwoorden de intrekking van een gunningbeslissing (zie ook RvS 26 maart 2020, nr. 247.335, Jacobs Douwe Egberts Pro BE). Bovendien kan een intrekking steeds plaatsvinden binnen de geldende beroepstermijnen en voor zover de gunningbeslissing onwettig is. Een gunningsbeslissing kent geen rechten toe zolang de opdracht niet effectief is gesloten (RvS 27 januari 2014, nr. 226.228 en RvS 2 december 1999, nr. 83.788).
- Het kan overigens een bestuur moeilijk ten kwade worden geduid dat een beslissing, waarvan de wettigheid naar zijn oordeel in twijfel kan worden getrokken, uit het rechtsverkeer wordt genomen als hiertoe de mogelijkheid bestaat.
- diengevolge wordt vastgesteld dat er de facto enkel [substantieel] onregelmatige offertes zijn ingediend (die niet kunnen worden geregulariseerd, zie hoger), waardoor een stopzetting van de opdracht zich aandient. De opdracht kan immers niet worden toegewezen aan een inschrijver die heeft deelgenomen aan de plaatsingsprocedure.
 - daarnaast erkent het bestuur dat eveneens het gelijkheids- en transparantiebeginsel is geschonden (art. 4 wet inzake overheidsopdrachten) doordat enkel de zittende inschrijver (3Wplus Kinderopvang) over bepaalde informatie beschikte, in tegenstelling tot de andere (potentiële) inschrijver(s), dienend en noodzakelijk voor de opmaak van een prijsofferte. Meer bepaald betreft het de gefactureerde ouderbijdragen van het meest recente werkingsjaar 2022 en het meest recent gekende inningspercentage.

de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie en het daaruit voortvloeiende transparantiebeginsel impliceren dat alle voorwaarden en modaliteiten van de plaatsingsprocedure in het bestek worden geformuleerd op een duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige wijze zodat alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte ervan kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier kunnen interpreteren.

- de tekortkomingen van het bestuur op dit vlak zijn tot uiting gekomen naar aanleiding van de verschillende mogelijkheden die de begunstigde inschrijver zijn geboden om de inschrijvingsprijs lopende de procedure aan te passen o.b.v. aanvullende informatie (in de vorm van onderhandelingen, ofschoon – zie supra – de offerte ab initio substantieel onregelmatig was) de noodzaak om verbeteringen aan het bestek aan te brengen wegens o.m. de vastgestelde leemtes, onduidelijkheden en onjuistheden is een aanvaardbaar motief om tot heraanbesteding over te gaan: de rechtsgeldigheid van de voorgenomen bestekswijzigingen onderbouwt de rechtsgeldigheid van de beslissing tot stopzetting en heraanbesteding. daarnaast wenst het bestuur te vermijden dat de gebreken in de gunningsprocedure of de onregelmatigheid van de offertes de wettigheid van de gunningsbeslissing (verder) zouden kunnen aantasten. Het bestuur wenst n.a.v. een heraanbesteding van deze opdracht de aangehaalde beginselen te eerbiedigen.

- artikel 85 van de Overheidsopdrachtenwet bepaalt dat: ‘Het volgen van een procedure houdt geen verplichting in tot het gunnen of het sluiten van de opdracht.

De aanbestedende overheid kan zowel afzien van het gunnen of het sluiten van de opdracht als de procedure herbeginnen, desnoods op een andere wijze.’

[H]et feit dat de inschrijvers kennis hebben gekregen van de prijzen van andere inschrijvers en daarmee in een nieuwe procedure rekening zouden kunnen houden, doet niets af aan de mogelijkheid om de plaatsingsprocedure stop te zetten of een gunningsbeslissing in te trekken (RvS 24 maart 2014, nr. 226.867, Yvan Pâques; RvS 31 juli 2013, nr. 224.430, Servitex; RvS 13 juli 2011, nr. 214.583, NPA).

Bovendien krijgt n.a.v. een heraanbesteding iedere inschrijver opnieuw de kans om de opdracht toegewezen te krijgen. [O]nderhavige beslissing tot intrekking en niet-gunning van de opdracht/stopzetting van de plaatsingsprocedure is aldus gebaseerd op werkelijke en wettelijk aanvaardbare redenen.

- teneinde het bestuur in de mogelijkheid te stellen de voorgenomen heraanbesteding te organiseren en een nieuwe opdrachtnemer aan te duiden, is het noodzakelijk dat de lopende opdracht – die eindigt per 31 december 2023 – i.f.v. de continuïteit van de openbare dienstverlening en o.b.v. hoogdringendheid wordt verdergezet met de huidige opdrachtnemer tegen de gekende voorwaarden (wijziging van de opdracht o.b.v. onvoorzienbare omstandigheden in toepassing van art. 38/2 KB Uitvoering; de voorwaarden van voormeld artikel zijn vervuld).

[O]pdrachtnemer 3Wplus Kinderopvang heeft reeds te kennen gegeven per e-mail van 13 december 2023 akkoord te kunnen gaan met een tijdelijke verlenging van haar dienstverlening, tegen de voorwaarden van de lopende overeenkomst en dit tot uiterlijk 01 juli 2024.”

Dit is de bestreden beslissing, behoudens in de mate dat zij ook strekt tot intrekking van de bestreden gunningsbeslissing en tot tijdelijke verlenging van de bestaande overeenkomst met de verzoekende partij.

3.6. Met een aangetekend schrijven en e-mailbericht van 20 december 2023 worden de inschrijvers in kennis gesteld van de voormelde beslissing van 18 december 2023.

3.7. Met een aangetekend schrijven van 22 december 2023 uit de verzoekende partij bezwaren tegen de stopzettingsbeslissing en verzoekt zij de verwerende partij om deze beslissing in te trekken.

3.8. Bij arrest nr. 258.342 van 3 januari 2024 verwerpt de Raad van State de vordering ingesteld door de verzoekende partij tegen de initiële gunningsbeslissing van 21 november 2023 (zie overweging 3.4). Dat arrest steunt op het feit dat de verzoekende partij, kennelijk als gevolg van de intrekking van die beslissing, niet ter terechtzitting is verschenen.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

4. De verwerende partij werpt een exceptie van onontvankelijkheid van de vordering op, in zoverre zij strekt tot de schorsing van de tenuitvoerlegging van de impliciete weigering om de opdracht aan de verzoekende partij te gunnen.

Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om uitspraak te doen over de door de verwerende partij opgeworpen ontvankelijkheidsexceptie. Een onderzoek van en een uitspraak over die exceptie zou alleen nodig zijn indien de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

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

Uiteenzetting van het middel

6.1. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 76 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), artikel 9 *juncto* de artikelen 4 en 5 van de rechtsbeschermingswet, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ (hierna: motiveringswet), de materiële motiveringsplicht, het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* en het vertrouwensbeginsel.

Het middel bestaat uit drie onderdelen, die zij als volgt samenvat:

“In een eerste onderdeel argumenteert verzoekster dat de opmerking (de wens) in haar offerte niet als een waarachtig voorbehoud kan worden gekwalificeerd, maar wel als de wens om, zo nodig, toepassing te maken van onvoorziene omstandigheden (schending van artikel 76 KB Plaatsing + motiveringsgebrek).

In een tweede onderdeel zet verzoekster uiteen dat als er toch sprake is van een voorbehoud, dit geen substantiële onregelmatigheid is omwille van de zeer beperkte financiële impact (schending van artikel 76 KB Plaatsing + motiveringsgebrek).

In een derde en laatste onderdeel wordt toegelicht dat het bestek toelaat om alle voorbehouden, ook die [welke] een substantiële onregelmatigheid uitmaken, kunnen worden geregulariseerd ... hetgeen verweester ook heeft gedaan. Verweester miskent het eigen bestek (= schending adagium Patere legem quam ipse fecisti + van artikel 76, § 4 KB Plaatsing + motiveringsgebrek). Er wordt geen enkele motivering gegeven waarom op die regularisatie wordt teruggekomen (schending vertrouwensbeginsel + motiveringsgebrek).”

6.2. Aangaande het eerste onderdeel zet de verzoekende partij in de toelichting bij het middel uiteen dat er geen sprake is van een daadwerkelijk voorbehoud en dat de gewraakte opmerking in de bestreden beslissing onterecht als een (substantiële) onregelmatigheid wordt gekwalificeerd op grond van artikel 76 van het koninklijk besluit plaatsing 2017. Zij betwist dat haar opmerking over het debiteurenrisico in punt 4.1.3 van haar offerte een bijkomende voorwaarde zou uitmaken. Zij betoogt dat integendeel, ten eerste, er in de offerte enkel “een wens” wordt uitgedrukt en, ten tweede, deze wens in werkelijkheid een toepassing betreft van artikel 38/9 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 ‘tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten’ en in het bijzonder een toepassing van “onvoorziene omstandigheden” op basis waarvan elke inschrijver recht zou hebben op een herevaluatie van het debiteurenrisico.

6.3. In het tweede onderdeel betoogt zij dat in de mate dat er sprake zou zijn van een echt voorbehoud, dit voorbehoud niet substantieel is.

De verzoekende partij licht toe dat in haar offerte het debiteurenrisico werd ingeschat op 1.750 euro/jaar, wat overduidelijk niet substantieel is op een totale opdracht van 316.633,08 euro/jaar. Die inschatting is volgens haar ook volledig verdedigbaar op basis van de informatie die blijkt uit de opdrachtdocumenten en die aan alle inschrijvers gekend was: uit het bestek blijkt immers dat het gemiddeld inningspercentage 97,86% bedraagt zodat slechts 2,14% van de ouderbijdragen niet geïnd kan worden. Die ouderbijdragen worden bepaald aan de hand van het retributiereglement met een geraamde ontvangst van 48.000 euro/jaar. Aldus benadrukt zij dat haar ‘wens’ – op basis van de

opdrachtdocumenten – slechts betrekking heeft op 1.027,2 euro/jaar en dit tegenover een totaalprijs van 316.633,08 euro/jaar, wat slechts +/- 0,32% van de totale omzet per jaar uitmaakt.

6.4. In het derde onderdeel doet de verzoekende partij ten slotte gelden dat de kwestieuze onregelmatigheid in haar offerte terecht werd geregulariseerd. Zij betwist dat het bestek dit niet zou toelaten. Zij verwijst naar punt I.13 van het bestek waaruit volgens haar wel de mogelijkheid volgt een substantiële onregelmatigheid ten gevolge van een voorbehoud te regulariseren.

Zij wijst er tevens op dat bovendien van de regularisatiemogelijkheid gebruik werd gemaakt door de verwerende partij en zij verwijst hierbij naar het e-mailbericht van 26 oktober 2023 waarin deze aan de verzoekende partij expliciet vroeg om de substantiële onregelmatigheid te regulariseren. Zij betoogt dat zij hierop “het voorbehoud [heeft] laten vallen, waardoor de regularisatie een feit was”.

Die eerdere beslissing om haar een regularisatieaanbod te doen maakt volgens haar niet het voorwerp uit van de intrekkingbeslissing, zodat ook een schending van het vertrouwensbeginsel voorligt. Evenmin wordt een motivering gegeven waarom op die regularisatie wordt teruggekomen.

Ten overvloede wijst zij erop dat het bestek daarentegen niet in een regularisatiemogelijkheid voorziet voor het geval er geen verbintenis is zoals bij de andere inschrijver het geval was.

Beoordeling

Vooraf

7. De bestreden beslissing is een beslissing om af te zien van het plaatsen van de opdracht, in essentie omdat volgens de verwerende partij “de facto enkel [substantieel] onregelmatige offertes zijn ingediend (die niet kunnen worden geregulariseerd)”. Daarnaast acht de verwerende partij het gelijkheids- en transparantiebeginsel geschonden doordat enkel de zittende inschrijver over

bepaalde informatie beschikte noodzakelijk voor de opmaak van een prijsofferte om welke reden het noodzakelijk wordt geacht om verbeteringen in het bestek aan te brengen.

Overeenkomstig artikel 85 van de wet overheidsopdrachten 2016 houdt het opstarten van een gunningsprocedure geen verplichting in tot het gunnen of het sluiten van de opdracht. De aanbestedende overheid kan zowel afzien van het gunnen of het sluiten van de opdracht als de procedure herbeginnen, desnoods op een andere wijze.

De plaatsing van een overheidsopdracht strekt ertoe te voldoen aan de behoeften van de aanbestedende overheid. De aanbestedende overheid beschikt in principe dan ook over een beoordelingsruimte bij het nemen van een beslissing om een opdracht al dan niet te gunnen en om de plaatsingsprocedure al dan niet stop te zetten. Wel mag zij daarbij niet willekeurig te werk gaan en moet die beslissing steunen op deugdelijke motieven die de beslissing kunnen dragen.

8. In het eerste middel, waarin de verzoekende partij betoogt dat haar offerte niet als substantieel onregelmatig kon worden geweerd, voert de verzoekende partij kritiek op het eerste motief van de beslissing om af te zien van het plaatsen van de opdracht namelijk omdat enkel substantieel onregelmatige offertes zijn ingediend.

Eerste onderdeel

9. In een eerste onderdeel betoogt de verzoekende partij dat de wens die werd uitgedrukt in haar offerte om het debiteurenrisico na drie jaar te herevalueren, niet kan worden beschouwd als een voorbehoud en onterecht als een substantiële onregelmatigheid werd gekwalificeerd op grond van artikel 76 van het koninklijk besluit plaatsing 2017.

10. Artikel 76, § 1, derde lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 luidt:

“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.”

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 de technische bepalingen van het bestek wordt in punt III.6. ‘Facturatie – Registratie – Rapportering – Inning – Nabehandeling’ onder meer gesteld dat het volledige debiteurenrisico wordt overgedragen aan de opdrachtnemer.

12. De offerte van de verzoekende partij bevat onder punt 4.1 ‘Detail van de aangeboden prijs’ de volgende vermelding:

“4.1.3 Debiteurenrisico

Het debiteurenrisico wordt overgedragen aan de opdrachtnemer. Er zijn twee param[e]ters die het debiteurenrisico kunnen beïnvloeden: het inningspercentage en de gefactureerde ouderbijdragen. Een impact ten gevolge van wijzigingen in het retributiereglement, inflatie, armoedeproblematieken of andere maatschappelijke tendensen zijn mogelijk. Van hieruit en omdat het gaat over een opdracht van 9 jaar wensen we het debiteurenrisico na een periode van 3 jaar te herevalueren op basis van eerder vermelde parameters.”

Hoewel de verzoekende partij in haar offerte enkel spreekt van een “wens”, zoals zij thans benadrukt, kan niet voorbijgegaan worden aan de vaststelling dat zij aan de duidelijke bestekbepaling dat het debiteurenrisico bij de opdrachtnemer berust, het verlangen heeft toegevoegd dat voormeld risico wordt geëvalueerd na een periode van drie jaar.

13. Het is in de eerste plaats aan de inschrijver om in te staan voor een zorgvuldige redactie en indiening van zijn offerte. Dat de verzoekende partij thans aangeeft dat zij hiermee slechts beoogde om een vrijblijvende vermelding in haar offerte op te nemen, maakt op het eerste gezicht niet dat de interpretatie van de verwerende partij, dat het gaat om een voorbehoud, niet kan worden bijgevalen.

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.

Uit het schrijven van 26 oktober 2023 van de verwerende partij aan de verzoekende partij blijkt dat de verwerende partij de betrokken vermelding in de offerte van bij de ontvangst ervan als een voorbehoud heeft begrepen omdat hiermee wordt ingegaan tegen de uitdrukkelijke bestekbepaling aangaande de tenlastelegging van het debiteurenrisico bij de opdrachtnemer voor de gehele duur van de opdracht en onzekerheid ontstaat over de totaalprijs van de offerte.

De betrokken vermelding heeft onmiskenbaar betrekking op de prijs en dus een essentiële voorwaarde van de opdracht. Zoals blijkt uit het in de offerte van de verzoekende partij opgenomen prijsoverzicht, vormt het debiteurenrisico een onderdeel van de opgegeven werkingskosten. Het litigieuze voorbehoud blijkt bovendien opgenomen te zijn onder punt 4.1 ‘Detail van de aangeboden prijs’ van haar offerte.

Met de verwerende partij lijkt te kunnen worden vastgesteld dat de verzoekende partij zich in haar offerte uitdrukkelijk niet verbindt om dat debiteurenrisico over negen jaar in te schatten en te behouden, doch verkiest om

“na een periode van drie jaar” het debiteurenrisico te herevalueren op basis van de twee parameters ‘inningspercentage’ en ‘gefactureerde ouderbijdragen’ en de evolutie ervan ingevolge wijzigingen in het retributiereglement, inflatie, armoedeproblematieken of andere maatschappelijke tendensen.

Op het eerste gezicht kon de verwerende partij aldus aannemen dat er hierdoor onzekerheid ontstond over de totaalprijs in de offerte van de verzoekende partij. Zo lijkt niet uitgesloten te kunnen worden dat de verzoekende partij, anders dan de andere inschrijver, haar prijszetting heeft bepaald op basis van deze vooropgestelde herevaluatie, minstens lijkt het onzeker of ze potentieel toekomstige risico's na een periode van drie jaar in haar prijszetting heeft ingecalculeerd. Door in de concrete omstandigheden van de zaak aan te nemen dat er in de offerte van de verzoekende partij een voorbehoud was opgenomen ten aanzien van een bestekbepaling die expliciet het debiteurenrisico bij de opdrachtnemer legt en dit gedurende de gehele duurtijd van de opdracht, kan aan de verwerende partij op het eerste gezicht geen motiveringsgebrek worden verweten. Evenmin gaat die interpretatie *prima facie* de grenzen van een zorgvuldige beoordeling te buiten.

14. De verzoekende partij lijkt evenmin te kunnen worden bijgevalen in haar betoog dat de verwerende partij in de betrokken vermelding in de offerte een loutere toepassing van artikel 38/9 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 ‘tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten’ had moeten lezen. Op het eerste gezicht wordt de betrokken vermelding in de offerte immers zonder meer opgenomen onder het detail van de aangeboden prijs en op geen enkele wijze in verband gebracht met voormeld artikel 38/9, de onder punt II.5 van het bestek opgenomen herzieningsclausule voor prijsherzieningen of het begrip “onvoorziene omstandigheden”.

15. Nu op het eerste gezicht niet blijkt dat de verwerende partij uit de vermelding van de verzoekende partij zoals opgenomen in haar offerte, niet mocht afleiden dat er sprake was van een voorbehoud, mocht zij eveneens tot het oordeel komen dat de verbintenis van de verzoekende partij om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren, onzeker was en overeenkomstig artikel 76,

§ 1, derde lid, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 besluiten dat de offerte van de verzoekende partij substantieel onregelmatig was.

16. Het eerste onderdeel is niet ernstig.

Tweede onderdeel

17. In een tweede onderdeel betoogt de verzoekende partij dat, in de mate dat er sprake is van een voorbehoud, het niet substantieel is omwille van de zeer beperkte financiële impact.

18. Wanneer, zoals te dezen, vaststaat dat de verbintenis van de inschrijver onzeker is, lijkt dit te volstaan om op grond van artikel 76, § 1, derde lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 te besluiten tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte.

De omstandigheid dat het voorbehoud volgens de verzoekende partij slechts betrekking zou hebben op een zeer gering aandeel van de opdracht, lijkt op het eerste gezicht dan ook niet tot een andere conclusie te leiden.

Bovendien blijkt de betrokken vermelding betrekking te hebben op de prijs en dus op een essentiële voorwaarde van de opdracht.

19. Het tweede onderdeel is niet ernstig.

Derde onderdeel

20. De verzoekende partij betoogt in een derde onderdeel dat, anders dan in de bestreden stopzettingsbeslissing wordt gesteld, de onregelmatigheid die door haar werd begaan, met toepassing van het bestek wel kon worden geregulariseerd. Zij benadrukt dat deze onregelmatigheid voorafgaand aan de ingetrokken gunningsbeslissing dan ook al terecht werd geregulariseerd.

21. Op het regelmatigheidsonderzoek van de offertes die geen finale offertes zijn bij de opdrachten met een geraamde waarde gelijk aan of hoger dan de

drempel voor de Europese bekendmaking en waarbij wordt gebruik gemaakt wordt van een procedure waarin onderhandelingen toegelaten zijn, wat te dezen het geval is, en onverminderd artikel 39, § 7, tweede lid, van de wet overheidsopdrachten 2016, dat echter de concurrentiegerichtte dialoog betreft, is artikel 76, § 4, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 van toepassing.

Luidens artikel 76, § 4, derde lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 “[verklaart de] aanbestedende overheid [...] de offerte die een substantiële onregelmatigheid bevat nietig, behalve indien anders is bepaald in de opdrachtdocumenten. In dat laatste geval verschaft zij de inschrijver de mogelijkheid om een substantiële onregelmatigheid te regulariseren vóór de onderhandelingen worden aangevat, tenzij de aanbestedende overheid ten aanzien van de betreffende onregelmatigheid heeft aangegeven dat deze geen voorwerp kan uitmaken van regularisatie”.

22. In de bestreden stopzettingsbeslissing wordt gesteld dat “[i]n weerwil van art. 76, § 4, 3de lid KB Plaatsing [...] in de opdrachtdocumenten voor deze opdracht niet [is] bepaald dat dergelijke substantiële onregelmatigheden kunnen worden geregulariseerd vóór de onderhandelingen worden aangevat”. Met “dergelijke substantiële onregelmatigheden” wordt onder meer verwezen naar het voorbehoud dat de verzoekende partij heeft gemaakt in haar offerte.

23. Met toepassing van artikel 76, § 4, derde lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 bestaat de mogelijkheid tot regularisatie van een substantiële onregelmatigheid bij een niet-finale offerte slechts indien in die mogelijkheid is voorzien in de opdrachtdocumenten. Te dezen lijkt de verzoekende partij zich te beroepen op punt I.13 ‘Keuze van offerte’ van het bestek. Daarin wordt onder meer bepaald:

“De aanbestedende overheid kiest de economisch meest voordelige offerte, vastgesteld rekening houdend met de beste prijs-kwaliteitsverhouding. Door de indiening van zijn offerte aanvaardt de inschrijver al de clausules van het bestek en verzaakt hij aan alle andere voorwaarden. Voor zover tijdens het onderzoek van de offerte door de aanbestedende overheid wordt vastgesteld dat er door de inschrijver voorwaarden zijn gevoegd waardoor het onduidelijk is of de inschrijver zonder voorbehoud akkoord gaat met de

voorwaarden van het bestek, behoudt de aanbestedende overheid zich het recht voor om de offerte als substantieel onregelmatig af te wijzen.”

Deze bepaling lijkt veeleer een bevestiging in te houden van een geval van substantieel onregelmatigverklaring van de offerte dan van een mogelijkheid tot regularisatie ervan. Zij bevat ook geen verwijzing naar artikel 76, § 4, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, waarin de voormelde mogelijkheid tot regularisatie van een substantiële onregelmatigheid van een niet-finale offerte is vervat voor zover daarin is voorzien in de opdrachtdocumenten. Evenmin maakt de bepaling dienaangaande een onderscheid tussen de finale en de niet-finale offertes, terwijl de voormelde mogelijkheid enkel lijkt te gelden voor de niet-finale offertes.

Met de verwerende partij lijkt op het eerste gezicht dan ook te moeten worden vastgesteld dat het bestek niet voorziet in voormelde mogelijkheid tot regularisatie.

24. Ook de omstandigheid dat het voorbehoud initieel werd geregulariseerd naar aanleiding van de gunningsbeslissing van 20 november 2023, lijkt niet van aard om anders te oordelen, noch om daaruit een schending van het vertrouwensbeginsel af te leiden.

De intrekking van een gunningsbeslissing heeft immers tot gevolg dat ze geacht wordt nooit te hebben bestaan, dat de aanbestedende overheid aldus in beginsel ook niet meer is gebonden door de motieven waarop deze beslissing is gesteund, en dat die overheid de procedure mag herbeginnen.

Te dezen werden de gunningsbeslissing van 20 november 2023 en het erbij horende verslag van nazicht na wettigheidskritieken ingetrokken, waarna de verwerende partij het regelmatigheidsonderzoek blijkt te hebben overgedaan met een, zoals in de bestreden beslissing vermeld, andere uitkomst, die op het eerste gezicht niet onrechtmatig lijkt.

25. Het derde onderdeel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

26.1. In een tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 4 van de wet overheidsopdrachten 2016, artikel 9 *juncto* de artikelen 4 en 5 van de rechtsbeschermingswet, de artikelen 2 en 3 van de motiveringswet, de materiële motiveringsplicht, het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* en het vertrouwensbeginsel.

De verzoekende partij vat dit middel als volgt samen:

“Waar verweerster argumenteert dat verzoekster in verband met het debiteurenrisico over bevoorrechte informatie beschikt, wordt geantwoord dat in het bestek aan alle (reële en potentiële) inschrijvers voldoende informatie werd aangereikt om zich te verbinden (= miskennen van eigen bestek + motiveringsgebrek).

Bovendien heeft verweerster de procedure niet stopgezet, maar integendeel de ‘ontbrekende’ info overgemaakt aan [de andere inschrijver] (schending van het vertrouwensbeginsel + motiveringsgebrek).

Tenslotte wordt de gelijkheid thans veel meer geschonden dan door de ontbrekende info, nu de prijzen van verzoekster (en van [de andere inschrijver]) gekend zijn bij heraanbesteding.”

De verzoekende partij stelt vast dat uit de bestreden beslissing blijkt dat de gemeente na de initiële gunning van oordeel was dat in haar eigen bestek essentiële informatie ontbrak en met name de gefactureerde ouderbijdragen voor 2022 en het meest recent gekende inningspercentage.

Zij licht haar middel vervolgens toe in twee onderdelen.

26.2. In het eerste onderdeel betwist zij dat de gefactureerde ouderbijdragen substantieel zijn en dat er daarom sprake zou zijn van ontbrekende substantiële informatie. De verzoekende partij benadrukt hierbij dat de offertes worden vergeleken op basis van de maandelijkse kostprijs en dit zonder rekening te houden met de ontvangen ouderbijdragen. De ouderbijdragen zijn hierdoor volgens haar dan ook een neutraal gegeven voor de vergelijking.

Voorts betoogt zij dat de zogezegd ontbrekende informatie in de opdrachtdocumenten zelf terug te vinden was en voldoende was voor een correcte prijsopgave. In bijlage 2 van het bestek werd immers het retributiereglement gevoegd waarin toegelicht wordt hoe de ouderbijdragen berekend moeten worden, zodat de hoegrootte van deze ouderbijdragen effectief achterhaald kon worden.

De verzoekende partij doet ten slotte nog gelden dat minstens de motiveringsverplichting wordt geschonden doordat niet gemotiveerd wordt waarom deze informatie als substantieel moet worden beschouwd. Ook de gelijkheid tussen de inschrijvers wordt geschonden doordat de andere inschrijver een nieuwe kans zal krijgen om een offerte in te dienen en hierbij de maandelijkse kostprijs van de verzoekende partij een gekend gegeven is.

26.3. In het tweede onderdeel betwist de verzoekende partij dat het meest recente inningspercentage substantiële informatie zou zijn voor een correcte prijsopgave.

Ten eerste benadrukt zij dat uit het bestek blijkt met welk inningspercentage de inschrijvers geacht werden rekening te houden zodat elke belanghebbende partij het debiteurenrisico kon inschatten.

Ten tweede wijst zij erop dat het inningspercentage waarmee zij rekening heeft gehouden, lager is dan het inningspercentage waarop zij zich mocht baseren zodat dit inningspercentage haar in geen geval heeft bevoordeeld.

Ten derde meent zij dat dit meest recente inningspercentage niet als substantiële informatie moet worden beschouwd. Zij verwijst naar het eerste middel waarin zij reeds uiteenzette dat dit debiteurenrisico sowieso slechts betrekking heeft op een klein onderdeel van de opdracht.

Beoordeling

27. De verzoekende partij betoogt in een tweede middel dat de gefactureerde ouderbijdragen van het werkingsjaar 2022 niet als substantiële informatie kunnen worden beschouwd, waardoor de kennis ervan in hoofde van

enkel de verzoekende partij geen grond mag zijn tot stopzetting van de plaatsingsprocedure. Ook het recentst gekende inningspercentage betreft volgens haar geen substantiële informatie.

28. Indien een bestreden beslissing op meerdere motieven steunt die elk op zich die beslissing kunnen verantwoorden, moet elk van die motieven onwettig zijn om een nietigverklaring of schorsing bij gebrek aan deugdelijke motivering te verantwoorden.

Uit de bestreden beslissing kunnen minstens twee motieven worden afgeleid die elk op zich de stopzetting van de plaatsingsprocedure kunnen schragen. In de eerste plaats stelt de verwerende partij vast dat “de facto enkel [substantieel] onregelmatige offertes zijn ingediend (die niet kunnen worden geregulariseerd), waardoor een stopzetting van de opdracht zich aandient. De opdracht kan immers niet worden toegewezen aan een inschrijver die [niet] heeft deelgenomen aan de plaatsingsprocedure”. Daarnaast acht de verwerende partij het gelijkheids- en transparantiebeginsel geschonden doordat enkel de zittende inschrijver over bepaalde informatie beschikte noodzakelijk voor de opmaak van een prijsofferte, om welke reden het noodzakelijk wordt geacht om verbeteringen in het bestek aan te brengen.

29. Uit de beoordeling van het eerste middel is gebleken dat de verzoekende partij niet aannemelijk maakt dat de verwerende partij haar offerte niet mocht weren als substantieel onregelmatig.

De vaststelling van de verwerende partij in de bestreden beslissing dat ook de offerte van de andere inschrijver substantieel onregelmatig is, wordt door de verzoekende partij niet betwist.

Het komt dan ook voor dat het eerste motief om de plaatsingsprocedure stop te zetten, op zichzelf genomen, een deugdelijk en draagkrachtig motief betreft.

30. Gelet op deze vaststelling heeft de verzoekende partij op het eerste gezicht geen belang meer bij haar tweede middel waarin zij kritiek uitoefent

op het tweede motief van de beslissing om af te zien van het plaatsen van de opdracht. De noodzaak om verbeteringen in het bestek aan te brengen gelet op bevoorrechte informatie in verband met het debiteurenrisico waarover enkel de zittende dienstverlener zou beschikken, betreft immers *prima facie* een overtollig motief.

VII. Besluit

31. Geen van beide middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt dan ook verworpen.

Het is passend, gelet op het enig verzoekschrift en het daaropvolgende nog noodzakelijke procedureverloop, de kosten, de gevorderde rechtsplegingsvergoeding inbegrepen, in beraad te houden.

BESLISSING

De Raad van State verwierpt de vordering.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op zes februari tweeduizend vierentwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Inge Vos,	staatsraad, waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Inge Vos