

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIVe KAMER

A R R E S T

**nr. 261.988 van 14 januari 2025
in de zaak A. 243.754/XIV-39.700**

In zake: de BV A.
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Liesbeth Peeters en Mathieu Vereecke
kantoor houdend te 2300 Turnhout
Parklaan 126, bus 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD BERINGEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bert Beelen
kantoor houdend te 3000 Leuven
Justus Lipsiusstraat 24
bij wie woonplaats wordt gekozen

Verzoekende partij in tussenkomst:

de BV V&V INFRA
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Dirk Van Coppenolle en Frederick Van Coppenolle
kantoor houdend te 3500 Hasselt
Genkersteenweg 302
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 17 december 2024, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van 28 november 2024 van het college van burgemeester en schepenen van de stad Beringen houdende de gunningsbeslissing in het kader van de overheidsopdracht ‘infrastructuurwerken van een parkbegraafplaats Beverlo’ met aangehecht verslag van nazicht der offertes dd. 18.11.2024 zoals opgemaakt door de deskundige Overheidsopdrachten van verwerende partij”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota en een administratief dossier ingediend.

Met een verzoekschrift van 7 januari 2025 heeft de bv V&V INFRA gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 8 januari 2025 om 14 uur.

Kamervoorzitter Geert Debersaques heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Liesbeth Peeters en Mathieu Vereecke, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaat Johan Van Stipelen, die verschijnt voor de verwerende partij en advocaat Frederick Van Coppenolle *loco* advocaat Bert Beelen, die verschijnt voor de verzoekende partij in tussenkomst, zijn gehoord.

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

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

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor de aanneming van werken met als voorwerp “Infrastructuurwerken inrichting parkbegraafplaats Beverlo”. De opdracht wordt geplaatst via een vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking.

De prijs van de ingediende offertes is het enige gunningscriterium.

3.2. Na onderzoek van de uitsluitingsgronden, de kwalitatieve selectiecriteria en het regelmatigheidsonderzoek worden de offertes volgens prijs gerangschikt. De verzoekende partij wordt op zeven regelmatige offertes als eerste gerangschikt, de belanghebbende derde als vierde.

3.3. Op 29 oktober 2024 ontvangen deze zeven inschrijvers via het *e-Procurement*-platform de volgende uitnodigingsbrief:

“U schreef in op de overheidsopdracht Infrastructuurwerken inrichting parkbegraafplaats Beverlo met als plaatsingsprocedure vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking.

Na het lezen van de offertes van de diverse inschrijvers, wensen wij onderhandelingen te voeren.

Er werden enkele posten geschrapt. Door de schrapping van deze posten werd de hoeveelheid van twee posten aangepast.

In de documenten vindt u de lijst van gewijzigde en geschrapte posten en de aangepaste meetstaat.

Alvorens de gunningsbeslissing te nemen, geven wij u een kans om alsnog een aangepaste offerte in te dienen voor 18 november 2024 om 11.00 uur. [...].

Indien u uw offerte ongewijzigd wenst te behouden, gelieve ons dit te bevestigen via dezelfde weg.”

3.4. Blijkens het proces-verbaal van opening van de offertes van 18 november 2024 worden vijf offertes ingediend, waaronder die van de verzoekende partij en van de belanghebbende derde.

3.5. Het verslag van nazicht van 18 november 2024 rangschikt finaal de offertes volgens prijs, met als eerste gerangschikte de derde-belanghebbende en als tweede de verzoekende partij.

3.6. Op 28 november 2024 verleent het college van burgemeester en schepenen van de stad Beringen goedkeuring aan het verslag van nazicht van de offertes van 18 november 2024 en wordt de opdracht gegund aan de derde-belanghebbende.

Dit is de bestreden beslissing.

IV. Tussenkost

Verzoek tot tussenkost

4. Met een verzoekschrift ingediend op 7 januari 2024 – daags voor de terechtzitting - verzoekt de derde-belanghebbende om toegelaten te worden tot de tussenkost in de voorliggende procedure.

Beoordeling

5. Luidens artikel 17 van het koninklijk besluit van 5 december 1991 ‘tot bepaling van de rechtspleging in kort geding voor de Raad van State’, in de lezing zoals die van toepassing is op het voorliggende geschil, kan als de uiterst dringende noodzakelijkheid wordt aangevoerd, de vordering tot tussenkost worden ingesteld tot op de terechtzitting tijdens welke uitspraak wordt gedaan over de vordering tot schorsing.

Deze mogelijkheid staat er evenwel niet aan in de weg dat van een verzoekende partij in tussenkost een loyale procesvoering moet worden verwacht. Dit geldt te dezen des te meer nu die (vrijwillige) tussenkost zich aandient in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid die zich onmiskenbaar kenmerkt door een ernstige verstoring van het normale verloop van de rechtspleging voor de Raad van State, het herleiden van de mogelijkheden tot onderzoek van de zaak tot een strikt minimum en het in aanzienlijke mate beperken van de uitoefening van het recht van verdediging van de verwerende partij, evenals dat van de verzoekende partij.

6 Te dezen blijkt uit de gegevens van de zaak dat met een beschikking van 18 december 2024 de verzoekende partij in tussenkost op 19 december 2024 in kennis werd gesteld van de rechtsdag van de voorliggende zaak en aan de belanghebbende partij werd meegedeeld dat, indien zij wenst tussen te komen zij uiterlijk op 30 december 2024 om 14.00 uur haar verzoekschrift tot tussenkost moest indienen. Deze procedurekalender is bijzonder belangrijk voor een correct verloop van de voorliggende procedure en zulks met respect van het in

aanzienlijke mate beperken van de uitoefening van het recht van verdediging van de partijen en de mogelijkheid tot het doelmatig uitoefenen van het door de wetgever beoogde dubbel onderzoek enerzijds en de verkorting van de termijnen anderzijds. Van de partijen en van de derde-belanghebbende die werd aangezegd, mag derhalve worden verwacht dat zij actieve medewerking verlenen bij het ordentelijk verloop van de rechtspleging en de hen bij beschikking opgelegde termijnen respecteren.

In dit geval heeft de verzoekende partij in tussenkomst evenwel gewacht tot daags vóór de geplande terechtzitting waarop het debat zou worden gesloten, om te doen waartoe zij, met eerbiediging van het recht van verdediging, sinds 19 december 2024 de mogelijkheid had, namelijk alsnog een regelmatig verzoek tot tussenkomst indienen. Van dit verzoek tot tussenkomst hebben zowel de verzoekende als de tussenkomende partij pas inzage kunnen nemen op de dag van de terechtzitting via het elektronisch platform van de Raad van State.

Een dergelijke handelwijze beperkt aanzienlijk de uitoefening van het recht op tegenspraak van inzonderheid de verzoekende partij, en beperkt nog meer de mogelijkheid voor het auditoraat om de argumenten van de verzoekende partij in tussenkomst te betrekken in een aangelegenheid waarvan hiervoor reeds is gesteld dat het onderzoek van de zaak tot een strikt minimum is beperkt.

De verzoekende partij in tussenkomst beperkt zich in het verzoekschrift tot het stellen dat haar verzoek tijdig is. Daartoe uitgenodigd ter terechtzitting, geeft zij, in synthese, organisatorische redenen aan in verband met het bouwverlof en sluiting tijdens de eindejaarsperiode waardoor er bij de verzoekende partij in tussenkomst niemand bereikbaar was. Los van het feit dat hiervan geen enkel bewijsstuk wordt voorgelegd en het bouwverlof geldt voor de werknemers en niet loopt tot 7 januari 2025, maakt dit niet aannemelijk waarom zij tot 7 januari 2025 heeft gewacht om het verzoekschrift in te dienen, hoewel van een inschrijver wiens toegewezen opdracht met een uiterst dringend beroep wordt betwist, ter zake een diligent optreden mag worden verwacht.

Uit wat voorafgaat blijkt dat de verzoekende partij in tussenkomst geen deugdelijke redenen heeft die haar stilzitten en wachten tot daags voor de terechtzitting verantwoorden, minstens aannemelijk maken en derhalve de partijen en het auditoraat nodeloos en vermijdbaar *in extremis* overvalt. Dat doet de Raad van State besluiten dat de proceshouding van de verzoekende partij in tussenkomst niet getuigt van de vereiste loyauteit ten aanzien van de merites van een correct en efficiënt procesverloop waaronder het dubbel onderzoek en vormt derhalve een duidelijke schending van de loyale procesvoering die van de partijen in het geding moet worden verwacht. Het voorgaande maakt aldus een substantiële tekortkoming uit aan het normale en behoorlijke verloop van het onderzoek van het beroep.

7. In die omstandigheden wordt het verzoek tot tussenkomst, wat de voorliggende vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid betreft, niet toegelaten.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

Uiteenzetting van de exceptie

8. De verwerende partij betwist het belang van de verzoekende partij bij de vordering. Zij wijst erop dat de opdracht is gesloten met de gekozen inschrijver. Er is geen (vrijwillige) wachttermijn van toepassing, noch was er te dezen een verplichte wachttermijn. Zij verwijst ter zake naar artikel 30, § 2, 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: de wet van 17 juni 2013) en besluit dat niet kan worden ingezien welk nuttig gevolg de huidige procedure nog zou kunnen opleveren voor de verzoekende partij.

Beoordeling

9. In zoverre de verwerende partij betoogt dat de sluiting van de overeenkomst met de gekozen inschrijver het belang van de verzoekende partij bij de voorliggende vordering zou doen verdwijnen, gaat zij eraan voorbij dat

artikel 15 van de wet van 17 juni 2013 bepaalt dat “de verhaalinstantie” de uitvoering van de beslissingen van de aanbestedende instanties kan schorsen onder dezelfde voorwaarden als die bedoeld in artikel 14 van dezelfde wet, met name voor zover enerzijds het beroep is ingediend door een persoon die een belang heeft of heeft gehad om een bepaalde opdracht te krijgen en anderzijds de beweerde schending de verzoekende partij benadeelt of dreigt te benadelen. Hieruit volgt dat de vordering, om ontvankelijk te zijn, minstens één middel moet aanvoeren dat is gebaseerd op een schending waardoor de verzoekende partij is “benadeeld” of “kan worden benadeeld”. Deze beide artikelen zijn krachtens artikel 31 van de voormelde wet ook toepasselijk op de opdrachten die, zoals de in het geding zijnde opdracht, de Europese drempels niet bereiken.

Het feit dat de overeenkomst reeds is gesloten, ontnemt de verzoekende partij aldus niet haar belang bij de voorliggende vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de gunningsbeslissing die een afsplitsbare bestuurshandeling is, aangezien zij, overeenkomstig artikel 15 van de wet van 17 juni 2013, voldoet aan dezelfde voorwaarden als die welke haar toelaten de nietigverklaring van deze beslissing te vorderen. De verzoekende partij heeft immers een offerte ingediend zodat zij een belang had om de opdracht te krijgen - maar is door de bestreden gunningsbeslissing voorbijgegaan - en met haar verzoekschrift beoogt zij aan te tonen dat om één van de uiteengezette middelen de gunningsbeslissing onwettig is.

Voorts kan een eventuele schorsing, die als *accessorium* van het beroep tot nietigverklaring, een aanwijzing geeft over de uiteindelijke afloop van de procedure, voor de aanbestedende overheid een aansporing zijn om de problematiek op eigen gezag te heroverwegen, ook wanneer zoals te dezen de overeenkomst reeds werd gesloten, waarbij het niet aan de Raad van State toekomt vooruit te lopen op de gevolgen die de aanbestedende overheid zal hechten aan een schorsing van de tenuitvoerlegging van de gunningsbeslissing. In die zin bezorgt een schorsing ervan aan de verzoekende partij wel degelijk een tastbaar voordeel.

De verwerende partij verwijst ter adstructie van haar exceptie tot slot ook naar artikel 30, § 2, van de wet van 17 juni 2013, dat bepaalt, wat de in artikel 30, § 1 bedoelde opdrachten betreft, dat, zodra de opdracht is gesloten, deze

niet meer geschorst of onverbindend kan worden verklaard door de verhaalinstantie, welke die ook zij. Die bepaling betreft (het sluiten van) de overeenkomst, hetgeen hoe dan ook niet behoort tot de rechtsmacht van de Raad van State, en die ook niet het voorwerp is van het voorliggende beroep. Die bepaling verzet er zich aldus niet tegen dat de Raad van State de schorsing van de tenuitvoerlegging beveelt van de van de overeenkomst afsplitsbare gunningsbeslissing.

10. Uit wat voorafgaat volgt dat de exceptie van niet-ontvankelijkheid van de vordering, gebaseerd op het sluiten van de overeenkomst en, diensgevolge, het gestelde gebrek aan belang van de verzoekende partij om de voorliggende vordering in te stellen, in het kader van een spoedprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, de vereiste ernst ontbeert.

De exceptie wordt verworpen.

VI. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

11. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, zoals van toepassing op de voorliggende vordering, gelezen in samenhang met de artikelen 15 en 31 van de wet van 17 juni 2013, 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.

VII. Onderzoek van het eerste middelonderdeel van het eerste middel

Standpunt van de partijen

12. In een eerste middel voert de verzoekende partij in het bijzonder de schending aan de artikelen 4, 13 en 41 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: de wet van 17 juni 2016) en het gelijkheidsbeginsel, doordat, eerste middelonderdeel, “de artikelen 4 en 41 van de [wet van 17 juni 2016] het gelijkheidsbeginsel in het kader van overheidsopdrachten waarborgen,

terwijl de verwerende partij in deze door het openbaar maken van de offerteprijzen van alle inschrijvers alvorens een nieuw verzoek tot indiening in te richten, de goedkoopste inschrijver bij het eerste bestek onrechtmatig heeft benadeeld, zodat de bestreden beslissing de gelijkheid van de inschrijvers niet heeft gewaarborgd en aldus het gelijkheidsbeginsel schendt.”

Zij licht inzake het eerste middelonderdeel, met als opschrift “ongelijke behandeling van inschrijvers en oneerlijk concurrentievoordeel”, toe dat het prijs- en kostenonderzoek haar offerte rangschikte als de meest gunstige offerte, maar dat echter de verwerende partij besloot het bestek te wijzigen door een aantal posten eruit te schrappen en een aantal posten te wijzigen, waarbij het een zeer beperkte wijziging betrof. Zoals artikel 38, § 6, van de wet van 17 juni 2016 het vereist, verzocht de verwerende partij de oorspronkelijke inschrijvers om, in antwoord op het nu gewijzigde bestek, opnieuw offertes in te dienen. Voorafgaand aan dit verzoek om nieuwe offertes in te dienen, werd echter de initiële rangschikking meegedeeld aan alle inschrijvers, waardoor deze op de hoogte waren van elkaars prijzen en de onderlinge verhouding van alle inschrijvers. Zij waren aldus ook op de hoogte van het feit dat de verzoekende partij de meest voordelige offerte bood en aan welke prijs zij dit deed. In dit meedelen van de initiële offerteprijzen door de verwerende partij zit de ongelijke behandeling vervat. Het is immers zo dat de verzoekende partij te dezen in een benadeelde positie is geplaatst ten aanzien van de andere inschrijvers. Waar zij initieel als de meest voordelige inschrijver uitkwam gelet op de scherp gerichte prijs, verliest zij na de tweede rangschikking deze positie. Het verschil tussen de eerste en tweede gerangschikte bedraagt amper 512,75 EUR. Afgezet tegen het initiële prijsverschil van maar liefst 56.580,14 EUR tussen de offerte van de verzoekende partij en de belanghebbende derde (dus maar liefst 99,1 % meer dan het huidige verschil), toont dit aan dat zonder de bekendmaking van de prijzen na de eerste rangschikking, de gunning niet had kunnen toekomen aan de belanghebbende derde. Daar waar de andere inschrijvers zich in de mogelijkheid bevonden om een offerte in te dienen die minstens goedkoper is dan de goedkoopste initiële offerte om aldus een grotere kans te maken op een gunning, bevond de verzoekende partij zich niet in die mogelijkheid daar zij zelf reeds de goedkoopste offerte had ingediend. Deze positie verplichtte de verzoekende partij te handelen met aanzienlijk minder kennis dan de overige inschrijvers, wat haar,

ten opzichte van al de rest, in een aanzienlijk nadeligere positie plaatste. Bovendien zijn de wijzigingen aan het bestek beperkt. De wijzigingen aan het bestek alleen kunnen niet de grote prijsdaling van de eerste gerangschikte beïnvloeden. Bij de overige inschrijvers zit er een relatief beperkt verschil tussen hun eerste en hun tweede offerte. Dit duidt erop dat de weggelaten of gewijzigde posten slechts een beperkt aandeel van het bestek vormen. Bij de begunstigde van de opdracht is er een dusdanige daling (maar liefst 74.272,01 euro) te bemerken tussen de eerste en de tweede offerte, dat die niet kan worden verantwoord door een wijziging aan de weggelaten of gewijzigde posten alleen. Het blijkt dan duidelijk dat zonder de kennisname van de initiële offerte van de verzoekende partij, de finaal gekozen inschrijver geen dusdanige diepe duik had kunnen nemen in zijn prijzen waardoor de rangschikking zou veranderen. Er moet weliswaar een onderscheid worden gemaakt tussen inherente voordelen die een inschrijver door welbepaalde omstandigheden kan hebben en voordelen die door de aanbestedende overheid zelf gecreëerd zijn, maar onder de huidige omstandigheden behoeft het volgens de verzoekende partij echter geen discussie dat de aanbestedende overheid zelf dit onrechtmatig concurrentievoordeel veroorzaakt heeft door de initiële offerteprijzen en rangschikking mee te delen. Dit blijkt volgens de verzoekende partij des te meer uit de ingediende offertes na de wijzigingen in het bestek. Elke offerte zakt tot op een prijs die lager ligt dan die van de verzoekende partij in de eerste ronde, waaruit duidelijk blijkt dat zij allen trachtten om minstens onder deze prijs te zakken, met enige marge voor de voorzienbare prijsdaling van de verzoekende partij zelf. De bijzonder grote prijsdaling door de belanghebbende derde van 74.272,01 euro, om alsnog een prijs te bieden die lager ligt dan die van de verzoekende partij, getuigt hier ook van. De verzoekende partij beschikte echter niet over deze kennis, waardoor zij in een aanzienlijk nadeligere positie geplaatst wordt dan de overige inschrijvers. Uit deze aanzienlijk nadeligere positie voor de verzoekende partij, gecreëerd door het handelen van de aanbestedende overheid, volgt de schending van het gelijkheidsbeginsel en de aangehaalde artikelen.

13. De verwerende partij wijst er in haar nota op dat het *e-procurement*-platform “nu eenmaal de totale offerteprijzen van de inschrijvers vermeldt bij de aanmaak van het [proces-verbaal] van opening der inschrijvers. Dit wordt automatisch gegenereerd vanuit het *e-procurement*-platform.” Dit proces-verbaal van opening was zichtbaar voor iedere inschrijver zodat iedere

inschrijver op dezelfde wijze kennis kreeg van de totale offerteprijzen van de andere inschrijvers. Op dat vlak werd volgens de verwerende partij iedere inschrijver aldus op dezelfde wijze behandeld en geïnformeerd. Iedereen kon de totale offerteprijzen van iedereen zien, zonder enig onderscheid. Zij benadrukt dat alleen deze totale offerteprijzen zichtbaar waren, niet de eenheidsprijzen of de volledig ingediende offertes op zich, waren zichtbaar.

Aangezien iedere inschrijver over dezelfde info beschikte, valt volgens de verwerende partij niet in te zien hoe dit een schending van het gelijkheidsbeginsel zou kunnen zijn, noch op welke manier dit een oneerlijk concurrentievoordeel zou kunnen verschaffen aan de ene of de andere partij. Bij de indiening van de tweede offertes (na weglating/aanpassing van enkele posten in de samenvattende opmeting) waren alle inschrijvers immers terug op gelijke voet en stond het hen vrij om al dan niet een scherpere prijs in te dienen. Dit gold ook voor de verzoekende partij die eveneens de mogelijkheid had om nog een extra inspanning te leveren. Het feit dat bij de indiening van de twee offertes de uiteindelijk gekozen inschrijver net iets goedkoper (€ 511,25 incl btw) was dan de verzoekende partij behoort dan uiteraard tot de mogelijkheden en is juist het opzet van de overheidsopdrachtenreglementering om de concurrentie zo groot mogelijk te laten spelen. Zulks betekent echter geenszins dat er sprake zou zijn van een oneerlijk concurrentievoordeel juist omdat éénieder mekaars initiële prijs wist. Daarna speelt de competitie tussen de inschrijvers opnieuw ten volle. Het gegeven dat de verzoekende partij net iets duurder was dan de gekozen inschrijver is aldus volgens de verzoekende partij louter en alleen te wijten aan de normale concurrentiestrijd waarbij éénieder zijn beste prijs kan indienen en niet het gevolg van één of ander oneerlijk concurrentievoordeel zoals verzoekende partij ten onrechte meent. Tot slot zijn volgens de verwerende partij “uiteraard” evenmin de bepalingen van artikel 41,§ 4 *juncto* artikel 13 van de wet van 17 juni 2016 geschonden, vermits enkel de totale offerteprijzen gekend waren maar niet de eenheidsprijzen/post noch de totale offertes. Er was dus geen toegang tot de offertes op zich, zodat artikel 13 niet geschonden is.

Beoordeling

14. Luidens artikel 4, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016 behandelen de aanbesteders de ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en handelen zij op een transparante en proportionele wijze. Deze bepaling vormt een bijzondere uitdrukking van het (grondwettelijk) gelijkheids- en niet-discriminatiebeginsel.

Het door de verzoekende partij geschonden geachte gelijkheidsbeginsel verzekert in het overheidsopdrachtenrecht het gelijk speelveld tussen de inschrijvers. De gelijkheid van de inschrijvers is een van de kernprincipes die aan de gunning van overheidsopdrachten ten grondslag ligt en op grond daarvan moeten de inschrijvers van de aanbestedende overheid een gelijke kans krijgen om de opdracht in de wacht te slepen, wat inhoudt dat zij zich zowel in de fase van voorbereiding van hun aanbiedingen als bij de beoordeling ervan door de aanbestedende overheid in een gelijke positie moeten bevinden.

Artikel 41, § 4, van dezelfde wet luidt:

“§ 4. Tijdens de onderhandelingen verzekert de aanbestedende overheid de gelijke behandeling van alle inschrijvers. Daartoe verstrekt zij geen discriminerende informatie die bepaalde inschrijvers kan bevoordelen ten opzichte van andere. Zij stelt alle inschrijvers wier offerte niet is afgewezen overeenkomstig paragraaf 5 schriftelijk in kennis van eventuele andere wijzigingen in de technische specificaties of andere opdrachtdocumenten dan die waarbij de minimumeisen worden vastgesteld. Na deze wijzigingen biedt de aanbestedende overheid de inschrijvers voldoende tijd om hun offertes, indien nodig, aan te passen en opnieuw in te dienen.

Overeenkomstig artikel 13 maakt de aanbestedende overheid de vertrouwelijke inlichtingen die een aan de onderhandelingen deelnemende kandidaat of inschrijver heeft verstrekt, niet zonder diens schriftelijke toestemming aan de andere deelnemers bekend. Deze toestemming mag geen algemene strekking hebben, maar moet verwijzen naar de beoogde bekendmaking van specifieke inlichtingen.”

Paragraaf 4 van artikel 41 van de wet van 17 juni 2016 maakt aldus toepassing van het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel zoals dat is vervat in artikel 4 van dezelfde wet en verwijst bovendien naar het door de verzoekende partij eveneens als geschonden ingeroepen artikel 13 van dezelfde wet dat luidt:

“§ 1. Zolang de aanbesteder geen beslissing heeft genomen over, naargelang het geval, de selectie of kwalificatie van de kandidaten of deelnemers, de regelmatigheid van de offertes, de gunning van de opdracht of de beslissing om af te zien van het plaatsen van de opdracht, hebben de kandidaten, deelnemers, inschrijvers en derden geen toegang tot de documenten betreffende de plaatsingsprocedure, met name de aanvragen tot deelneming of kwalificatie, de offertes en de interne documenten van de aanbesteder. Wat de opdrachten betreft waarvan de geraamde waarde lager is dan de drempel voor de Europese bekendmaking en die worden geplaatst door middel van een openbare of niet-openbare procedure en waarbij de economisch meest voordelige offerte uitsluitend op basis van de prijs wordt bepaald en tenzij indien de betreffende overheidsopdracht betrekking heeft op een door de Koning bepaalde sector met een verhoogd risico op mededingingsvertekenende afspraken, deelt de aanbesteder gelijktijdig elke inschrijver zijn individuele en voorlopige plaats in het klassement mee, naar aanleiding van of onmiddellijk na de opmaak van het proces-verbaal van opening van de offertes. Dit gebeurt door middel van het in artikel 14, § 1, bedoelde elektronische platform dat gebruikt werd voor de indiening.

Van het eerste lid, eerste zin, kan afgeweken worden mits het schriftelijk akkoord van de kandidaat of inschrijver die deelneemt aan de onderhandelingen, overeenkomstig de artikelen 38, § 6, tweede lid, 39, § 3, derde lid, 40, § 4, tweede lid en § 5, vierde lid, 41, § 4, tweede lid, 121, § 3, derde lid, en 122, § 4, tweede lid, en dit enkel voor wat de vertrouwelijke informatie betreft die door deze kandidaat of inschrijver werd meegedeeld.”

Uit het samen lezen van deze bepalingen volgt dat bij een overheidsopdracht die, zoals te dezen, geplaatst wordt met een vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking, de gelijke behandeling van de verschillende inschrijvers moet worden verzekerd, hetgeen te dezen inhoudt dat geen discriminerende informatie die bepaalde inschrijvers kan bevoordelen ten opzichte van andere, mag worden verstrekt en dat het vertrouwelijk karakter van de ingediende offertes het uitgangspunt lijkt te zijn, omdat het bekendmaken van vertrouwelijke informatie kan leiden tot een onrechtmatig concurrentievoordeel en zeker in een onderhandelingsprocedure, de onderhandelingsposities van de inschrijvers lijkt te kunnen beïnvloeden. Lopende de plaatsingsprocedure is de regelgeving op het eerste gezicht nog strenger: uit het eveneens geschonden geachte artikel 13, § 1, van de wet van 17 juni 2016 blijkt dat zolang de aanbestedende overheid geen beslissing heeft genomen, de inschrijvers geen toegang hebben tot documenten met betrekking tot de plaatsingsprocedure. Die bepaling voorziet ter zake slechts in één uitzondering die, daargelaten nog of die uitzondering te dezen van toepassing is, ook slechts gaat over de mededeling van de individuele en voorlopige plaats in het klassement en dus daartoe beperkt

en, derhalve, niet over de totaalprijzen van de andere inschrijvers. In deze stand van het geding lijkt ook dit verbod gericht te zijn op het vermijden van het risico op verstoring van de mededinging.

15. De opdracht is geplaatst via een vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking, met de prijs als enig gunningcriterium.

Blijkens de uitnodigingsbrief van 29 oktober 2024 (*supra*, punt 3.3) om, in antwoord op een gewijzigd bestek, opnieuw offertes in te dienen, wenste de verwerende partij onderhandelingen te voeren, waarbij uit de lezing van dat stuk blijkt dat de verwerende partij op het eerste gezicht heeft geopteerd om de uitnodiging zonder meer te kaderen in het opzet om betere prijsvoorwaarden te bekomen na aanpassing van de meetstaat. Zulks houdt in dat overeenkomstig artikel 41, § 4, van de wet van 17 juni 2016, in deze fase van de plaatsingsprocedure de gelijke behandeling van alle betrokken inschrijvers evenals de vertrouwelijkheid van alle als dusdanig aan te merken inlichtingen dient te worden verzekerd en dat, met toepassing van 13, § 1, van dezelfde wet, de inschrijvers geen toegang hebben tot documenten met betrekking tot de plaatsingsprocedure

Het wordt niet betwist dat hieraan voorafgaand evenwel het proces-verbaal van opening der offertes bevattende de rangschikking en de totale offerteprijzen van de andere inschrijvers in het *e-procurement* platform zichtbaar was voor elke inschrijver, zodat elkeen (op dezelfde wijze) er inzage van kreeg.

16. In de concrete omstandigheden van de opdracht, en inzonderheid omwille van het feit dat de prijs als enig gunningscriterium geldt, impliceert dergelijke handelwijze dat de kennis van het proces-verbaal van opening der offertes met vermelding van de totaalprijzen, meteen ook dat de inschrijvers over alle nodige informatie beschikken om er de rangschikking en verhoudingen tussen de diverse initiële offertes uit te kunnen afleiden. Aldus volgt hieruit dat de inschrijvers over informatie beschikten over hoe hun initiële offerte met betrekking tot de gunningscriteria scoorde tegenover de offertes van de andere inschrijvers.

Terecht stelt de verwerende partij dat ook de verzoekende partij (tezelfdertijd) over diezelfde informatie beschikte, maar in de concrete omstandigheden van de opdracht is zulks op het eerste gezicht onvoldoende om te besluiten dat alle inschrijvers gelijk zijn behandeld, in het bijzonder gelezen in samenhang met het in artikel 13, § 1, van de wet van 17 juni 2016 vervatte verbod op toegang tot de documenten betreffende de plaatsingsprocedure waaronder de offertes. Daar waar de andere inschrijvers dan de verzoekende partij, door de kennis over hoe hun initiële offerte scoort tegenover die van de verzoekende partij (en de andere inschrijvers), zich in de mogelijkheid bevonden om desgevallend een offerte in te dienen die minstens goedkoper is dan de goedkoopste initiële offerte – en om aldus een grotere kans te maken op een gunning – bevindt de verzoekende partij zich niet in die mogelijkheid om zich op grond van die rangschikking te herpositioneren tegenover de andere inschrijvers, daar zij zelf reeds de goedkoopste offerte had ingediend. Zij kon uiteraard, zoals de verwerende partij in haar nota opmerkt, ook een scherpere prijs indienen – wat zij ook deed –, maar haar positie als degene die de initiële goedkoopste offerte indiende, verplichtte haar evenwel ter zake te handelen met, op het eerste gezicht, aanzienlijk minder kennis dan de overige inschrijvers, juist omdat zij zich bij die nieuwe prijszetting niet kon ijken of positioneren, zo lijkt, op de laagste uitgebrachte offerte, wat haar in een nadeligere positie plaatste ten opzichte van de overige inschrijvers. De overige inschrijvers daarentegen konden door hun kennis van de laagste totaalprijs (en die welke lager waren dan hun eigen initiële totaalprijs) betrachten hun prijs te laten zakken tot een prijs die lager ligt dan die van de verzoekende partij in de eerste ronde, met desgevallend enige marge voor een mogelijke prijsdaling door de verzoekende partij zelf.

Om dezelfde reden lijkt het verweer dat enkel de totaalprijzen en niet ook de eenheidsprijzen of de volledige offerte kenbaar zijn gemaakt, evenmin te kunnen worden aangenomen. Doordat de prijs het enig gunningscriterium is, is het omwille van het risico op concurrentievervalsing in de gegeven omstandigheden - met name een vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met als enig criterium de prijs - niet vanzelfsprekend om enkel de eenheidsprijzen en niet ook de totaalprijzen als vertrouwelijke elementen aan te merken. Zoals hiervoor is vastgesteld, volstaat de kennis van de totaalprijzen om daaruit de

rangschikking en verhouding tussen de diverse initiële offertes af te leiden, hetgeen de overige inschrijvers toeliet om hun tweede offerte bij te stellen in functie daarvan.

Het argument tot slot dat het proces-verbaal van opening van de offertes automatisch wordt gegenereerd vanuit het *e-procurement* platform en dat dit de totaalprijzen vermeldt, leidt evenmin tot een ander besluit. Los overigens van de vraag of een geautomatiseerde verwerking van gegevens mag impliceren dat die wettig is – hetgeen immers zou betekenen dat de wettigheid van een dergelijk platform dat automatisch gegevens genereert niet in vraag kan worden gesteld –, maakt de verwerende partij het in de huidige stand van de zaak niet aannemelijk dat zij bij het gebruiken van dat platform, de parameters inzake de zichtbaarheid van dat stuk niet dermate kon instellen dat een inschrijver deze totaalprijzen niet kon raadplegen, noch toont zij aan dat het platform ter zake een *bug* vertoont.

De gevolgtrekking van de verzoekende partij dat inschrijvers die niet meteen hun scherpste prijs opgeven, aldus een concurrentievoordeel genieten, lijkt *prima facie* niet onterecht, gegeven in het bijzonder de grootteorde van de prijsdaling van de gekozen inschrijver in vergelijking met de waarde van de geschrapte posten waarvan niet wordt betwist dat het om een zeer beperkte wijziging ging. Aldus heeft op het eerste gezicht de gelijke kennisneming van het proces-verbaal van opening van de initiële offertes een onrechtmatig concurrentievoordeel gecreëerd voor de andere inschrijvers die niet meteen hun scherpste prijs opgaven en lijkt dat de onderhandelingsposities van de inschrijvers te kunnen hebben beïnvloed, zodat door de aanbestedende overheid zelf een risico op concurrentievervalsing en gelijke behandeling lijkt te zijn gecreëerd. Aldus miskent de aanbestedende overheid ook het in artikel 13, § 1, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016 vervatte verbod, waardoor zij de op haar rustende plicht tot gelijke behandeling van de inschrijvers miskent.

17. Het eerste middelonderdeel is in de aangegeven mate ernstig.

VIII. Besluit

18. Het eerste middelonderdeel van het eerste middel is in de aangegeven mate ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt dan ook ingewilligd.

BESLISSING

1. Het verzoek van de bv V&V INFRA tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt geweigerd.

2. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de bestreden beslissing.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op veertien januari tweeduizend vijftientig, door de Raad van State, XIVE kamer, samengesteld uit:

Geert Debersaques,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Johan Pas,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Johan Pas

Geert Debersaques