

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIVe KAMER

A R R E S T

**nr. 262.348 van 13 februari 2025
in de zaak A. 237.066/XIV-39.518**

In zake : de SRL O.
 vennootschap naar Italiaans recht
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Rika Heijse
 kantoor houdend te 9052 Gent
 Dorpsstraat 1
 bij wie woonplaats wordt gekozen
 eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Caroline De Scheemaecker
 kantoor houdend te 1050 Brussel
 Florencestraat 39

tegen :

 de NV ENABEL
 naamloze vennootschap met sociaal oogmerk
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaten Véronique Vanden Acker en François Viseur
 kantoor houdend te 1050 Brussel
 Louizalaan 140
 bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 19 augustus 2022, strekt tot de
nietigverklaring van:

 “-de beslissing van 20.06.2022 van ENABEL [...] om de overheidsopdracht
 ‘Construction of agri-food platform and wholesales market at Jenoi’, (bestek
 GMT 170011T) aan [een derde] te gunnen,
 -de (impliciete) beslissing van 20.06.2022 van ENABEL [...] om de
 overheidsopdracht ‘Construction of agri-food platform and wholesales
 market at Jenoi’, (bestek GMT 170011T) niet aan [de verzoekende partij] te
 gunnen.”

II. Verloop van de rechtspleging

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

Adjunct-auditeur Lennard Michaux heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 6 november 2024 om 14.15 uur.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Julie Philtjens, die *loco* advocaten Rika Heijse en Caroline De Scheemaecker verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaten Bram Tollet en Simon Arnould, die *loco* advocaten Véronique Vanden Acker en François Viseur verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Adjunct-auditeur Lennard Michaux heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht voor werken uit met als benaming ‘*Construction of agri-food platform and wholesales market at*

Jenoi'. Het betreft de bouw van een landbouwplatform en groothandelsmarkt in Jenoi (Gambia).

De opdracht wordt geplaatst met een openbare procedure en in het Bulletin der Aanbestedingen bekendgemaakt.

3.2. In het Engelstalig bestek dat op de opdracht van toepassing is (versie zoals bijgebracht door de verzoekende partij), wordt bepaald dat de opdracht zal worden toegewezen aan de economisch meest voordelige offerte met 'prijs' als het enige gunningscriterium.

Onder rubriek 2.1.6 *Quantities* wordt gesteld:

"The quantities fixed in the price schedules are presumed quantities. The tenderer must submit a price for the presumed quantities which are fixed in the price schedules but only the quantities actually executed will be accepted for payment, on the basis of the unit prices fixed in the price schedule.

When, independently of any modification made to the contract by Enabel, the quantities actually executed for an item in the price schedule exceed three times the presumed quantities or are less than half of these quantities, either party may request a revision of the unit prices. and initial deadlines."

Vrij vertaald door de verzoekende partij als volgt:

"2.1.6 Hoeveelheden

De in de prijslijsten vastgestelde hoeveelheden zijn vermoedelijke hoeveelheden.

De inschrijver moet een prijs opgeven voor de vermoedelijke hoeveelheden die in de prijslijsten zijn vastgelegd, maar alleen de daadwerkelijk uitgevoerde hoeveelheden zullen ter betaling worden aanvaard, op basis van de eenheidsprijzen die in de prijslijsten zijn vastgelegd.

Wanneer, onafhankelijk van enige wijziging aan het contract door Enabel, de daadwerkelijk uitgevoerde hoeveelheden voor een artikel in de prijslijst het drievoudige van de veronderstelde hoeveelheden overschrijden of minder dan de helft van deze hoeveelheden bedragen, kan elke partij om een herziening van de eenheidsprijzen verzoeken en van de initiële deadlines."

Onder rubriek 3.1.4.3 *Determination of prices* wordt gesteld:

"[...]

This contract is a price-schedule contract, i.e. a contract in which only the unit prices are lump-sum prices. The price to be paid will be obtained by applying the unit prices mentioned in the inventory to the quantities actually

performed.
[...]"

Vrij vertaald als volgt:

"3.1.4.3 Bepaling van de prijzen
[...]

Deze opdracht is een opdracht tegen prijslijst, d.w.z. een opdracht waarin enkel de eenheidsprijzen forfaitaire prijzen zijn. De te betalen prijs wordt verkregen door de eenheidsprijzen vermeld in de meetstaat te vermenigvuldigen met de werkelijk uitgevoerde hoeveelheden.
[...]"

Onder rubriek 6.3 *Tender Forms – Prices, Bill of quantities* (Inschrijvingsformulieren – Prijzen, Meetstaat) wordt een door de inschrijvers in te vullen meetstaat gevoegd. Blijkens deze meetstaat dienen de inschrijvers voor elke post een eenheidsprijs (in euro) te vermelden alsook de totaalprijs in functie van de vermoedelijke hoeveelheden (in euro en in Gambiaanse dalasi, afgekort GDM). *In fine* van deze meetstaat staat onder meer vermeld:

"The unit prices and the global prices for each item in the inventory are established relative to the value of these items in relation to the total value of the tender. All general and financial costs as well as the profits are distributed between the various items in proportion to their weight."

Vrij vertaald door de verzoekende partij als volgt:

"De eenheidsprijzen en de globale prijzen voor elk item in de inventaris worden vastgesteld in verhouding tot de waarde van deze items ten aanzien van de totale waarde van de inschrijving. Alle algemene en financiële kosten, evenals de winsten, worden verdeeld over de verschillende posten in verhouding tot hun gewicht."

Onder rubriek 6.8 *Overview of the documents to be submitted – to be completed exhaustively* (Overzicht van de in te dienen documenten – volledig in te vullen), wordt onder meer "*The bill of quantities*" (meetstaat) vermeld.

3.3. Drie inschrijvers, waaronder de verzoekende partij, dienen een offerte in.

3.4. Op 15 juni 2022 wordt door de interne diensten van de verwerende partij een evaluatierapport opgesteld. Er wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de combinatie C.+S.

3.5. Op 20 juni 2022 beslist de verwerende partij de opdracht te gunnen aan de combinatie C.+S.

In de aanhef wordt overwogen dat de uiterste termijn voor ontvangst van de offertes was bepaald op 22 april 2022 om 12u en de opening van de offertes plaatsvond op 25 april 2022 om 10u. Voorts, dat de drie inschrijvers tijdig hun offerte indienden.

In punt IV. ‘*Verification of material or arithmetic errors, prices, quantities and omissions*’ (Nazicht van materiële of rekenkundige fouten, prijzen, hoeveelheden en leemtes), wordt het volgende gesteld:

“Tenderers [O. and C.] correctly filled in the price schedule. Although the tenderer [C. + S.] joint venture has correctly completed alle the prices of the items in the price schedule, it does not however mention the unit prices of the items. The amounts of the unit prices are however obtained by a simple division of the price of each item by the quantities assumed foreseen for each item. These unit prices obtained by this operation will be the reference unit prices which will be applied during the performance of the contract”.

Vrij vertaald in de memorie van antwoord als volgt:

“[...]

De inschrijvers [O. en C.] hebben de prijslijst correct ingevuld. De inschrijver [C.+S.] heeft weliswaar alle prijzen van de posten in de prijslijst correct ingevuld, maar vermeldt niet de eenheidsprijzen van de posten. De bedragen van de eenheidsprijzen worden echter verkregen door een eenvoudige deling van de prijs van elk artikel door de voor elk artikel veronderstelde hoeveelheden. Deze aldus verkregen eenheidsprijzen zijn de referentie-eenheidsprijzen die tijdens de uitvoering van het contract zullen worden toegepast.”

In punt V. ‘*Evaluation of the offers on the basis of the single award criterium ‘Price’*’ (Evaluatie van de offertes op basis van het enige gunningscriterium ‘Prijs’), wordt de rangschikking op basis van het enige

gunningscriterium ‘prijs’ weergegeven, na verbetering van fouten, hoeveelheden en leemtes, waarbij de combinatie C.+S. als eerste wordt gerangschikt, en de verzoekende partij als tweede, met de volgende inschrijvingsbedragen:

C.+S.:	1.183.488,78 euro
O. (de verzoekende partij):	1.289.388,86 euro
C.:	2.296.923,24 euro

In punt VI. ‘*Examination of the technical regularity of the lowest bid*’ (Onderzoek van de technische regelmatigheid van het laagste bod) wordt gesteld:

*“The [C. + S.] tenderer’s overall offer, which is 9% lower than the estimate made by the design office before the market was launched, is not considered abnormally low overall.
Enabel also examined certain prices of the highlighted [C.+ S.] Consortium’s offer which differed from the unit prices estimated by the design office before the market was launched (see table comparing the prices of the offers of 3 bidders with the estimates – in blue (+ high) and red (high 6) Following a price comparison of these items in blue and red against the local market in The Gambia, it turned out that none of the prices offered for these items of Bidder [C. + S.] offer is abnormal/poses a threat to the proper performance of the contract”.*

Vrij vertaald in de memorie van antwoord als volgt:

“[...]

De totale prijs van de offerte van [C.+ S.], die 9 % lager is dan de raming van het ontwerpbureau vóór het uitschrijven van de opdracht, wordt over het geheel genomen niet als abnormaal laag beschouwd.

Enabel onderzocht ook bepaalde prijzen van de offerte van het geselecteerde consortium [C.+S.] die afweken van de eenheidsprijzen die door het ontwerpbureau waren geraamd voor [...] het uitschrijven van de opdracht (zie tabel waarin de prijzen van de aanbiedingen van 3 inschrijvers worden vergeleken met de ramingen - in blauw (+ hoog) en rood (hoog 6). Na de prijsvergelijking van deze artikelen in blauw en rood met de lokale markt in Gambia is gebleken dat geen van de voor deze artikelen aangeboden prijzen van de offerte van [C.+S.] abnormaal is/een bedreiging vormt voor de goede uitvoering van het contract.”

Dit is de bestreden gunningsbeslissing.

IV. Rechtspleging

A. Vertrouwelijkheid van bepaalde stukken

Standpunt van de partijen

4. De verzoekende partij voegt een stuk 9 ‘Ingevulde samenvattende meetstaat van verzoekende partij’ bij het verzoekschrift als vertrouwelijk stuk. Zij stelt dat het algemeen aanvaard is dat alle prijzen en toelichtingen bij de prijsopbouw vertrouwelijke en gevoelige informatie zijn. De onverkorte mededeling van deze commerciële bedrijfsgegevens zou een tussenkomende partij een oneerlijk voordeel bieden bij de latere overheidsopdrachten en de concurrentiepositie van de verzoekende partij op disproportionele wijze onherroepelijk benadelen. Het belang van de openbaarmaking van dit stuk weegt niet op tegen de rechtmatige, commerciële belangen van de verzoekende partij.

De verwerende partij legt de offertes van de verzoekende partij en van de gekozen inschrijver als vertrouwelijke stukken neer. Zij stelt dat dit commercieel gevoelige gegevens zijn voor de beide ondernemingen, en het doorgeven ervan de concurrentie voor toekomstige opdrachten met een vergelijkbaar doel zou kunnen verstoren. Zij wijst erop dat de verzoekende partij om dezelfde redenen verzoekt om haar offerte als vertrouwelijk stuk te behandelen. Daarnaast verzoekt de verwerende partij eveneens om de vertrouwelijke behandeling van de stukken onder bundels C en D, die respectievelijk betrekking hebben op de verificatie van de prijzen en de aangiftes van schuldvorderingen ingediend door de gekozen inschrijver in het kader van de uitvoering van de opdracht. Ook deze stukken bevatten vertrouwelijke informatie die niet mag worden gelicht ten einde de concurrentiepositie van de gekozen inschrijver niet negatief te beïnvloeden.

5. In de memorie van wederantwoord betwist de verzoekende partij de vertrouwelijke behandeling van de vier stukken onder bundel C. ‘Documenten prijzenanalyse’ van het administratief dossier. Het motief van de verwerende partij, dat deze stukken vertrouwelijke informatie bevatten die niet kunnen worden meegedeeld teneinde de concurrentiepositie van de gekozen inschrijver niet negatief te beïnvloeden, is volgens haar niet draagkrachtig en verantwoordt niet hoe deze geheimhouding de vereisten van een effectieve rechtsbescherming en een eerlijk proces niet zou schenden. Door haar totaal geen informatie te verstrekken over het prijsonderzoek, krijgt de verzoekende partij niet de kans om na te gaan of de keuze van de gekozen inschrijver terecht was, en kan zij in het bijzonder de beoordeling door de verwerende partij van de aangeboden prijzen niet nuttig betwisten.

Zij volhardt in dit verzoek in haar laatste memorie.

6. De verwerende partij benadrukt in haar laatste memorie dat volgens de vaste rechtspraak van de Raad van State het zakengeheim onder meer betrekking kan hebben op de prijsgegevens, meer in het bijzonder op eenheidsprijzen. Bovendien krijgt de Raad van State wel inzage in deze stukken en kan hij aldus – voor zover noodzakelijk en relevant – nagaan in welke mate deze vertrouwelijke elementen de wettigheid van de bestreden beslissing kunnen beïnvloeden. Zij wijst er op dat de verzoekende partij de eigen offerte (inclusief eenheidsprijzen) zelf ook uitdrukkelijk als vertrouwelijke informatie heeft bestempeld en zodoende bevestigt dat het hier wel degelijk vertrouwelijke informatie betreft.

Beoordeling

7. Artikel 26 van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen, diensten en concessies’ (hierna: de wet van 17 juni 2013) luidt als volgt:

“De verhaalinstantie moet de vertrouwelijkheid en het recht op eerbiediging van zakengeheimen waarborgen met betrekking tot de informatie die is vervat in door de betrokken partijen, in het bijzonder door de aanbestedende instantie die het volledige dossier dient over te leggen, aan haar overgelegde dossiers, ook al kan zijzelf van deze informatie kennis nemen en deze in haar beschouwing betrekken. Het komt deze instantie toe te oordelen in welke mate en op welke wijze de vertrouwelijkheid en het geheime karakter van deze informatie moeten worden gewaarborgd, rekening houdend met de vereisten van een effectieve rechtsbescherming en van de eerbiediging van het recht van verweer van de procespartijen en met het vereiste dat de procedure op alle onderdelen het recht op een eerlijk proces eerbiedigt.”

Op grond van die bepaling dient de Raad van State, als de ter zake bevoegde verhaalinstantie, de maatregelen te nemen die noodzakelijk zijn om, enerzijds, de vertrouwelijkheid van bepaalde commerciële gegevens en zakengeheimen te waarborgen, en anderzijds, het recht van de partijen op een effectieve rechtsbescherming en op een eerlijk proces te waarborgen, in het bijzonder door te voorzien in een voldoende mate van tegenspraak.

Daarenboven kan, indien de vertrouwelijkheid van bepaalde commerciële gegevens of zakengeheimen gehandhaafd blijft, de Raad van State in elk geval van de betrokken stukken kennis nemen en deze desgevallend in zijn beoordeling betrekken. Hij kan aldus de juistheid nagaan van de veronderstellingen waarop de grieven van de verzoekende partij steunen en verifiëren of de door de aanbestedende overheid gegeven redenen, ter verantwoording van de wettigheid van de bestreden beslissing, steun vinden in de vertrouwelijke stukken van het dossier.

8. In zoverre het verzoek tot openbaarmaking te dezen betrekking heeft op de offerte van de gekozen inschrijver, en op de bundel C. ‘Documenten prijzenanalyse’ en D. ‘Betalingen’, gaat het om stukken die bedrijfsgevoelige informatie bevatten. De verzoekende partij blijkt haar eigen offerte om die reden ook als vertrouwelijk te beschouwen.

De verzoekende partij maakt niet aannemelijk dat het lichten van de vertrouwelijkheid van deze stukken noodzakelijk zou zijn vanuit het oogpunt van het recht op een effectieve rechtsbescherming en een eerlijk proces. Zij heeft in

haar enig middel kritiek kunnen voeren op het motief in de bestreden beslissing dat de offerte van de combinatie C.+S. regelmatig is doordat de bedragen van de eenheidsprijzen kunnen worden verkregen door een eenvoudige deling van de prijs voor elke post door de voor elke post vermoedelijke hoeveelheden, kritiek die zij afdoende heeft kunnen onderbouwen. Voor zover de verzoekende partij nog stelt dat zij door de vertrouwelijkheid van de stukken betreffende het prijsonderzoek de beoordeling door de verwerende partij van de aangeboden prijzen niet nuttig kan betwisten, maakt zij evenmin aannemelijk dat de betwiste vertrouwelijkheid van de stukken ter zake, haar recht op gelijke proceskansen heeft miskend. Deze kritiek betreft immers het nieuw, derde middel, dat voor het eerst in de memorie van wederantwoord werd opgeworpen en dat, zoals hierna zal blijken, *a priori* reeds niet-ontvankelijk is (zie *infra*, punt 39).

9. De vraag tot het lichten van de vertrouwelijkheid wordt niet ingewilligd.

B. Vraag om vervollediging van het administratief dossier

Standpunt van de partijen

10. De verzoekende partij vraagt in haar memorie van wederantwoord aan de Raad van State, overeenkomstig de artikelen 16 en 17 van de algemene procedureregeling, om bij de verwerende partij “het volledige administratief dossier” op te vragen, “met inbegrip van de opmaak van de raming, van alle drie de originele offertes en de omslagen waarmee de offertes zijn ingediend”, en om aan haar vervolgens, desgevallend in gecensureerde onderdelen, inzage te verlenen en een passende termijn te geven om een bijkomende memorie met verweer in te dienen.

In haar laatste memorie specificeert de verzoekende partij dat de volgende stukken van het administratief dossier ontbreken: de offerte van de derde inschrijver, de documenten betreffende de raming van de opdracht door het initieel aangestelde studiebureau, de registratie van het tijdstip van de ontvangst van de

drie offertes en het proces-verbaal van opening van de offertes. Zij stelt dat in het licht van de nieuw aangevoerde middelen het de tegensprekelijke rechtsvinding ten goede zou komen, indien de Raad van State over het volledige administratief dossier zou beschikken. In deze omstandigheden moet volgens haar worden vastgesteld dat er in het administratief dossier essentiële documenten ontbreken, “zoals een pv met registratie van de tijdige indiening van de offerte van de begunstigde partij of een originele enveloppe waarin de offerte van de begunstigde partij vervat was - idem voor de offerte van de derde inschrijver”.

11. De verwerende partij stelt in haar laatste memorie dat deze gevraagde stukken niet noodzakelijk zijn voor het beoordelen van de opgeworpen middelen. Er dient volgens haar in essentie bekeken te worden of alle relevante stukken voor het onderzoek van de wettigheid van de bestreden beslissing voorliggen in het administratief dossier, wat te dezen het geval is. Er kan niet worden ingezien wat de offerte van de derde inschrijver en de initiële raming nog kunnen bijdragen aan het debat. Deze elementen kunnen hoe dan ook geen invloed hebben op de wettigheid van de bestreden beslissing. Wat de tijdstippen van ontvangst van de drie offertes (data en uren van ontvangst) alsook het proces-verbaal van opening betreft, merkt de verwerende partij nog op dat het proces-verbaal van opening van de drie offertes reeds werd gevoegd aan het administratief dossier als niet-vertrouwelijk stuk 3, en dat bijkomend ook nog, als niet-vertrouwelijk stuk 10, foto's van de overige, ontvangen enveloppes (waarop de exacte datum en het tijdstip van indiening van de offertes vermeld staan) worden gevoegd aan het administratief dossier, dit teneinde kort proces te maken. Aldus dient besloten te worden dat het administratief dossier in ieder geval volledig is.

Beoordeling

12. Artikel 6, § 2, van het algemeen procedurereglement bepaalt dat de verwerende partij, indien zij in het bezit is van het administratief dossier, over een termijn van zestig dagen beschikt om aan de griffie een memorie van antwoord en het volledige administratief dossier toe te zenden.

Dit verplicht toe te zenden administratief dossier betreft het volledige dossier dat bestond op het ogenblik dat de bestreden beslissing die het heeft voorbereid, werd genomen. Het omvat alle stukken die tijdens de administratieve voorbereiding van de bestreden beslissing zijn bijeengebracht, met inbegrip van alle stukken die met het oog op het nemen van die beslissing moesten worden opgesteld. Het komt de verwerende partij niet toe om slechts een selectie van de desbetreffende stukken mee te delen. Anders zou immers afbreuk worden gedaan aan het recht van de verzoekende partij om haar grieven met betrekking tot de wettigheid van de bestreden beslissing in het kader van haar annulatieberoep voor de Raad van State te laten gelden, alsook aan de mogelijkheid van de Raad om zijn wettigheidstoezicht op die beslissing uit te oefenen.

13. Blijkens de nieuwe middelen, aangevoerd in de memorie van wederantwoord, heeft de verzoekende partij kritiek op het aanvaarden door de aanbestedende overheid van de offerte van de combinatie C.+ S. als tijdig (tweede middel), en op het gevoerde prijsonderzoek (derde middel). Het is mede in het licht van deze nieuwe middelen (en een voorbehoud om nog bijkomende middelen aan te voeren), dat deze vraag tot vervollediging van het administratief dossier dient te worden gesitueerd.

In haar laatste memorie somt de verzoekende partij de stukken op die volgens haar in het administratief dossier in de procedure voor de Raad van State ontbreken. Wat de offerte van de derde inschrijver betreft, alsook “de documenten betreffende de raming van de opdracht door het initieel aangestelde studiebureau”, blijken deze inderdaad niet in dit administratief dossier te steken, doch zoals hierna zal blijken, kan het onderzoek van de door de verzoekende partij aangevoerde middelen – ook al is het onderzoek van het tweede en derde middel beperkt tot de ontvankelijkheid ervan – gebeuren aan de hand van de stukken van het door de verwerende partij neergelegde administratief dossier. De prijzen opgegeven in de drie offertes, alsook de raming blijken immers uit andere stukken van het administratief dossier die wel (vertrouwelijk) zijn neergelegd. Wat het proces-verbaal van opening van de offertes betreft, werd dit als stuk 3 wel degelijk

bij het administratief dossier gevoegd, samen met de memorie van antwoord. Wat ten slotte de vraag van de verzoekende partij betreft om stukken neer te leggen betreffende de registratie van het tijdstip van de ontvangst van de drie offertes, heeft de verwerende partij aan die vraag voldaan door neerlegging van het bijkomend niet-vertrouwelijk stuk 10, met “foto’s van de overige twee, ontvangen enveloppes (waarop de exacte datum en het tijdstip van indiening van de offertes vermeld staan)”. Aangezien dit stuk werd ingediend op vraag van de verzoekende partij en in repliek op een nieuw, tweede middel dat pas voor het eerst in de memorie van wederantwoord werd aangevoerd, dient het niet, zoals de verzoekende partij ter zitting stelt, uit het debat te worden geweerd wegens laattijdigheid.

14. Er is dan ook geen aanleiding om alsnog een aanvulling van het administratief dossier met de door de verzoekende partij aangewezen stukken te bevelen.

V. Ontvankelijkheid van het beroep gericht tegen de impliciete weigering

Standpunt van de partijen

15. De verwerende partij werpt in de memorie van antwoord op dat het beroep niet ontvankelijk is in de mate dat het is gericht tegen de impliciete weigering om de opdracht aan de verzoekende partij te gunnen. De verzoekende partij toont volgens haar niet aan dat de opdracht zonder de gelaakte onregelmatigheid noodzakelijkerwijs aan haar had moeten worden gegund.

16. In de memorie van wederantwoord doet de verzoekende partij gelden dat zij wel degelijk over het vereiste belang beschikt om de nietigverklaring te vorderen van de impliciete weigeringsbeslissing. Indien de middelen gegrond worden bevonden, komt vast te staan dat de verzoekende partij de enige inschrijver is aan wie kon gegund worden. Er is dan ook in hoofde van de verwerende partij een rechtsplicht tot toewijzing aan de verzoekende partij.

Beoordeling

17. Het beroep tegen de impliciete beslissing om de opdracht niet aan de verzoekende partij te gunnen is niet *a priori* onontvankelijk (RvS, Algemene Vergadering 1 februari 2013, nr. 222.357 ECLI:BE:RVSCE:2013:ARR.222.357 en 222.358 ECLI:BE:RVSCE:2013:ARR.222.358).

Het onderzoek naar de ontvankelijkheid van het beroep in de mate dat het gericht is tegen de impliciete weigeringsbeslissing om de opdracht aan de verzoekende partij te gunnen, hangt te dezen samen met het onderzoek en het gegrond bevinden van de middelen.

Zoals hierna zal blijken, zijn de middelen gericht tegen de bestreden beslissing ongegrond en derhalve ook het beroep. Hieruit volgt dat het beroep, in de mate dat het is gericht tegen de voornoemde impliciete beslissing, niet-ontvankelijk is.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Enig middel in het verzoekschrift

Uiteenzetting van het middel

18. In een enig middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 4, 8°, en artikel 5, 8° en 9°, van de wet van 17 juni 2013, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, van de artikelen 4 en 5 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: de wet van 17 juni 2016), van de artikelen 33, 35, 36, 79 en 76, §§ 1 en 2, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: het koninklijk besluit van 8 april 2017), van de bepalingen onder rubrieken 6.3. en 6.8. van het bestek (inzake de verplicht aan de offerte toe te voegen documenten), en

van het zorgvuldigheidsbeginsel, het legaliteitsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel, het non-discriminatiebeginsel en het materieel motiveringsbeginsel,

“Doordat de bestreden beslissingen stellen dat de offerte van de combinatie [C.+S.] regelmatig is door te veronderstellen dat – bij ontstentenis van een eenheidsprijs voor elke post van ingevulde samenvattende meetstaat – de eenheidsprijs van elk van die posten overeenstemt met het quotiënt van de totaalsom van de post en de totale vermoedelijke hoeveelheden van die post; Terwijl, de aanbesteder de rechtsplicht heeft om de correcte weergave van de prijsopbouw in de offerte te controleren omdat dit essentieel is voor de vergelijking van de offertes; dat in dat verband de inschrijver de verplichting heeft om de samenvattende meetstaat volledig en correct in te vullen; Terwijl, in een offerte waar in de samenvattende meetstaat voor geen enkele post de eenheidsprijs is ingevuld, elke post door een onregelmatigheid is aangetast, die geacht moet worden van substantiële aard te zijn en de vergelijkbaarheid van de offertes van de inschrijvers in het gedrang te brengen zodat vaststaat dergelijke offerte als substantieel onregelmatig moet worden geweerd door de aanbesteder; Terwijl, uit de motivering geenszins blijkt dat de aanbesteder op een zeer onzorgvuldige wijze het nazicht van de volledigheid van de offertes en het prijsonderzoek heeft uitgevoerd alsook op niet-draagkrachtige gronden de offerte regelmatig heeft beschouwd; Zodat, de bestreden beslissingen de aangehaalde wettelijke en reglementaire bepalingen schenden en dus onwettig zijn.”

19. De verzoekende partij licht toe dat het bestek uitdrukkelijk stelt dat de meetstaat verplicht aan de offerte moet worden toegevoegd en dat deze volledig (“*exhaustively*”) moet worden ingevuld, verwijzend naar de rubrieken 6.8 en 6.3. van het bestek, samen gelezen met de rubrieken 2.1.6 en 3.1.4.3 van het bestek. Deze verplichting vloeit ook voort uit de artikelen 77 en 78, 2°, e) van het koninklijk besluit van 18 april 2017. Dit impliceert volgens haar dat in de meetstaat voor elke post zowel de eenheidsprijs als de totaalprijs (in functie van de vermelde vermoedelijke hoeveelheden) moeten worden ingevuld in euro en in GMD, terwijl uit het gunningsverslag blijkt dat in de offerte van de combinatie C.+S. voor geen enkele post de eenheidsprijs is ingevuld doch enkel de totaalprijs van elke post in euro en in GMD. De offerte was dus niet volledig zoals vereist in het bestek. Bijgevolg is de offerte van de combinatie C.+S. op grond van art. 76, § 1, vierde lid, 3°, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 substantieel onregelmatig omdat de minimale eisen van het bestek, minstens een vereiste die als substantieel is aangemerkt in het bestek, niet zijn nageleefd, en omdat de afwijking van de wijze van prijsopgave de vergelijkbaarheid van de offertes in het gedrang brengt.

Volgens de verzoekende partij is het duidelijk dat – wanneer het bestek gesteund is op het systeem van de vermoedelijke hoeveelheden – het voor de eerlijke vergelijking van de offertes, voor de transparantie van de prijsvorming en voor de controle van het normaal karakter van de prijzen noodzakelijk is dat zowel de eenheidsprijs als de totaalprijs voor de gevraagde vermoedelijke hoeveelheden, transparant en ondubbelzinnig in de meetstaat zijn opgenomen. Nu voor elke post er geen eenheidsprijs is vermeld, leidt dit tot de vaststelling dat dit de inschrijver een discriminerend voordeel biedt (omdat hij tijdens de uitvoering van de opdracht kan claimen een andere eenheidsprijs te hebben bedoeld en zich te hebben vergist bij de vermenigvuldiging met de vermoedelijke hoeveelheden), dit de weg opent naar speculatie over de werkelijke eenheidsprijs voor elk van de posten van de meetstaat, dit leidt tot concurrentievervalsing omdat de eenheidsprijzen niet onbetwistbaar vastliggen en niet transparant zijn neergeschreven, dit de beoordeling van de offerte van de inschrijver én de vergelijking ervan met de andere offertes verhindert omdat er geen zekerheid en geen transparantie is over de bedoelde eenheidsprijs voor elke post van de samenvattende meetstaat, en dit de verbintenis van de inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onbestaande, onvolledig én onzeker maakt omdat er geen zekerheid en transparantie is over de bedoelde eenheidsprijs voor elke post van de meetstaat.

De verzoekende partij verwijst nog naar rechtspraak van de Raad van State volgens hetwelk een afwijking van de bestekbepalingen inzake de opgave van de prijzen in principe te beschouwen is als een afwijking van een essentiële bestekbepaling. Ook blijkt volgens rechtspraak van de Raad dat een offerte is aangetast door een substantiële onregelmatigheid wanneer de posten in de meetstaat niet zijn ingevuld op de wijze zoals voorzien in de meetstaat, wanneer de in een offerte opgenomen prijsvaststelling afwijkt van de wijze van prijsvaststelling zoals beoogd in het bestek, of wanneer in een offerte elke post door een onregelmatigheid is aangetast die geacht moet worden van substantiële aard te zijn en de vergelijkbaarheid van de offertes van de inschrijvers in het gedrang te brengen, een inschrijver zich niet ondubbelzinnig heeft verbonden tot een eenduidige vaste (eenheids)prijs. Doordat te dezen in de offerte van de combinatie C.+S. er geen eenduidige ondubbelzinnige eenheidsprijs was voor elke post van de meetstaat, was de aanbesteder ook niet in de mogelijkheid om, wat die offerte betrof, een effectief en correct prijsonderzoek te voeren conform de

artikelen 33, 35 en 36 van het koninklijk besluit van 18 april 2017, zodat de motivering onder punt IV (lees: punt V) van het gunningsverslag niet draagkrachtig is wat het onderzoek van die offerte betreft.

20. In de memorie van wederantwoord antwoordt de verzoekende partij op het verweer in de memorie van antwoord dat het een gangbare praktijk is om bij het nazicht van de offertes rekenfouten te corrigeren en leemtes aan te vullen, dat dergelijke correcties alsdan beperkt zijn tot een aantal posten van de meetstaat terwijl te dezen de offerte van de combinatie C.+S. geen enkele eenheidsprijs bevat. Er is dus voor geen enkele post zekerheid dat de gehanteerde prijs de werkelijk bedoelde eenheidsprijs is. In rubriek 3.1.4.3 ‘Bepaling van de prijzen’ van het bestek wordt uitdrukkelijk gesteld dat enkel de eenheidsprijzen forfaitair zijn en dat de te betalen prijs wordt bekomen door de eenheidsprijs vermeld in de meetstaat te vermenigvuldigen met de effectief verwerkte hoeveelheden. Hieruit blijkt het cruciale belang van eenheidsprijs die duidelijk en expliciet door de inschrijver in de meetstaat is vermeld.

Voorts heeft de rechtspraak aangehaald door de verwerende partij geen betrekking op deze specifieke *casus* waar geen enkele eenheidsprijs in het offerteformulier is vermeld. Te dezen heeft de aanbestedende overheid geen enkel referentiepunt om de werkelijke bedoeling van de inschrijver te achterhalen of om een gebeurlijke rekenfout of een materiële vergissing vast te stellen. De bewering dat de aldus bekomen referentieprijzen van de meetstaat ook tijdens de uitvoering worden toegepast, kan de verzoekende partij niet controleren omdat zij geen mededeling heeft gekregen van de stukken onder bundel D. ‘Betalingen’ van het administratief dossier. Overigens is het feit dat deze prijzen in de uitvoering worden toegepast niet relevant voor de opgeworpen grief aangezien de (correcte) toepassing van prijzen tijdens de uitvoering, de offerte daarom nog niet regelmatig maakt.

De bewering van de verwerende partij dat de prijzen van de offerte van de combinatie C.+S. werden beoordeeld en vergeleken, blijkt niet uit het dossier. Daarentegen blijkt dat de beoordeling is gemanipuleerd en het dossier aan de ontwerper van de werken is onttrokken op basis van verdachte motieven. De samenloop van alle ongewone en uitzonderlijke incidenten in dit dossier doen

blijken dat er doelbewust is gestuurd om de gunning van deze opdracht te kunnen beïnvloeden.

21. In haar laatste memorie benadrukt de verzoekende partij nog dat de combinatie C.+S. een wezenlijk voorschrift van het bestek heeft genegeerd, namelijk dat – in toepassing van artikel 78, 2°, e) van het koninklijk besluit van 18 april 2017 – in de meetstaat het specifieke prijsgegeven van de eenheidsprijs en van de totale prijzen voor elk item (zijnde elke post) moesten zijn ingevuld. Zij verwijst in dit verband naar het bestek, *in fine* van de meetstaat, alsook naar rubriek 2.1.6 ‘Hoeveelheden’, waarin volgens haar wordt benadrukt dat de prijs die tijdens de uitvoering wordt betaald, gesteund is op de eenheidsprijzen van de meetstaat. Deze twee prijscomponenten van elke post, zijnde eenheidsprijs en totaalprijs van de post, moeten ingevuld zijn, teneinde speculatie uit te sluiten en naderhand het rekenkundige nazicht in de zin van de artikelen 33 tot 37 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 te kunnen verrichten, wat desgevallend kan leiden tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte. Alleen al op grond van de schending van dit wezenlijk voorschrift in het bestek, staat volgens de verzoekende partij vast dat de gelijkheid onder de inschrijvers is geschonden en dat de aanbesteder haar eigen bestekvoorschriften niet heeft nageleefd.

Voorts benadrukt de verzoekende partij nog dat het niet aan de aanbestedende overheid toekomt om het werk te doen dat de inschrijver naliet, namelijk de eenheidsprijs voor elke post in de meetstaat invullen en in het kader van het rekenkundig nazicht via een terugrekening zelf die eenheidsprijs bepalen. Dit getuigt van een vooringenomen welwillendheid ten aanzien van de combinatie C.+S. door op die manier de offerte als het ware te regulariseren. Deze werkwijze strijdt met de onpartijdigheid en onafhankelijkheid die de aanbestedende overheid aan de dag moet leggen bij het nazicht van de offertes en de verplichting om de gelijkheid onder de inschrijver te waarborgen.

Beoordeling

Exceptie

22. Voor zover de verzoekende partij de schending aanvoert van artikel 5 van de wet van 17 juni 2016, werpt de verwerende partij een exceptie van niet-ontvankelijkheid van het middel op. De in het verzoekschrift aangevoerde argumenten hebben volgens de verwerende partij geen betrekking op het ontwerpen van de overheidsopdracht, of op een bestekbepaling.

De exceptie hangt samen met de grond van de zaak.

Ten gronde

23. Artikel 76, § 1, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 luidt:

“§ 1. 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 wordt gebruikgemaakt van een openbare procedure, zoals te dezen, de substantieel onregelmatige offerte nietig.

24. Blijkens de offerte van de combinatie C.+S. heeft deze in de meetstaat per post de totaalprijs (in euro en in GMD) voor die post ingevuld, zijnde de eenheidsprijs vermenigvuldigd met de vermoedelijke hoeveelheid, maar niet de eenheidsprijs zelf. Zoals in de bestreden gunningsbeslissing wordt gesteld, kan

deze eenheidsprijs evenwel worden achterhaald door een eenvoudige deling van de opgegeven totaalprijs per post door de vermoedelijke hoeveelheid. In de gunningsbeslissing wordt bovendien gesteld dat deze aldus verkregen eenheidsprijzen de referentie-eenheidsprijzen zijn die tijdens de uitvoering van de opdracht zullen worden toegepast.

De verzoekende partij voert in dit middel in wezen aan dat de offerte van de combinatie C.+S. als substantieel onregelmatig had moeten worden verklaard, gelet op de niet ingevulde eenheidsprijzen in de meetstaat. Zij voert aan dat hierdoor enerzijds de minimale eisen van het bestek niet zijn nageleefd, en anderzijds de offerte substantieel onregelmatig is omdat ze van aard is elk van de elementen genoemd in artikel 76, § 1, derde lid, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 tot gevolg te hebben.

Wat de toepassing van artikel 76, § 1, vierde lid, 3°, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 betreft

25. Het staat in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid om te interpreteren of een afwijking in een offerte de niet-naleving betreft van een minimale eis of een vereiste dat als substantieel wordt aangemerkt in de opdrachtdocumenten waarbij het evenwel de Raad van State toekomt te onderzoeken of de aanbestedende overheid aan die begrippen zijn juiste draagwijdte en betekenis heeft gegeven.

26. Volgens de verzoekende partij wordt in het bestek verplicht gesteld dat de meetstaat “volledig” wordt ingevuld. Zij verwijst naar de rubrieken 6.3 en 6.8 van het bestek, samen te lezen met de rubrieken 2.1.6 en 3.1.4.3 van het bestek. Deze verplichting vloeit volgens haar ook voort uit de artikelen 77 en 78, 2°, e) van het koninklijk besluit van 18 april 2017.

De bestekbepalingen waarnaar de verzoekende partij verwijst, stellen dat de in de prijslijst vastgestelde hoeveelheden vermoedelijke hoeveelheden zijn, en enkel de werkelijk uitgevoerde hoeveelheden zullen worden

betaald, berekend aan de hand van de forfaitaire eenheidsprijzen vermeld in de meetstaat. In rubriek 6.8 wordt gesteld dat de meetstaat volledig moet worden ingevuld en bij de offerte gevoegd.

Luidens artikel 77 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 maakt de inschrijver gebruik van het formulier voor het opmaken van de offerte en het invullen van de samenvattende opmeting of de inventaris, als dat formulier bij de opdrachtdocumenten is gevoegd. Doet hij dit niet, dan draagt hij de volle verantwoordelijkheid voor de volledige overeenstemming van de door hem aangewende documenten met het formulier. Luidens artikel 78, eerste lid, 2°, e), van hetzelfde besluit vermeldt de offerte “elk ander prijsgegeven zoals voorzien door de opdrachtdocumenten”.

27. Blijkens de voornoemde bestekbepalingen is het invullen van een prijs per post essentieel.

De verzoekende partij maakt evenwel niet aannemelijk dat ook in het bijzonder het invullen van een eenheidsprijs per post blijkens de voornoemde bestekbepalingen als een minimale of essentiële vereiste moet worden beschouwd, waarvan het ontbreken een substantiële onregelmatigheid zou vormen. Ook het bepaalde in rubriek 6.8 dat de meetstaat “volledig” moet worden ingevuld verplicht de aanbestedende overheid niet een offerte onregelmatig te verklaren wanneer enkel de totaalprijzen en niet de eenheidsprijzen per post zijn ingevuld. De combinatie C.+S. heeft door het invullen van de totaalprijzen per post immers wel voor elke post een prijs ingediend. Door de offerte van de combinatie C.+S. aldus te aanvaarden, heeft de aanbestedende overheid aan de begrippen vermeld in de voornoemde bestekbepalingen geen onjuiste draagwijdte of betekenis gegeven.

De aangevoerde artikelen 77 en 78 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 doen niet anders besluiten. De combinatie C.+S. heeft gebruik gemaakt van het formulier gevoegd bij het bestek, en een prijs voor elke post ingevuld.

Wat de toepassing van artikel 76, § 1, derde lid, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 betreft

28. Een onregelmatigheid in een offerte is overeenkomstig artikel 76, § 1, derde lid, enkel substantieel wanneer de onregelmatigheid van aard is aan de betrokken inschrijver een onrechtmatig discriminerend voordeel te bieden, tot concurrentievervalsing te leiden, de beoordeling van diens offerte of de vergelijking ervan met de andere offertes te verhinderen, dan wel de verbintenis van de inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onbestaande, onvolledig of onzeker te maken.

De verzoekende partij maakt niet aannemelijk dat het ontbreken van de eenheidsprijs in elke post in de meetstaat van de combinatie C.+S. een van deze gevolgen met zich meebrengt. Haar kritiek is telkens terug te brengen op de vaststelling dat de eenheidsprijzen in de offerte van de combinatie C.+S. niet duidelijk en onbetwistbaar zouden vastliggen en er geen zekerheid en transparantie over de bedoelde eenheidsprijzen voor elke post van de meetstaat zou bestaan.

Zoals hoger gesteld, heeft de combinatie C.+S. in de meetstaat per post de totaalprijs (in euro en in GMD) voor die post ingevuld, zijnde de eenheidsprijs vermenigvuldigd met de vermoedelijke hoeveelheid, maar niet de eenheidsprijs zelf, doch heeft de verwerende partij dit aanvaard omdat deze eenheidsprijs kan worden achterhaald door een eenvoudige deling van de opgegeven totaalprijs per post door de vermoedelijke hoeveelheid.

De door de combinatie C.+S. meegedeelde informatie, namelijk de totaalprijs voor elke post, volstaat bijgevolg om op een zekere wijze de eenheidsprijs voor elke post vast te stellen. Deze vaststelling van de eenheidsprijzen door de verwerende partij is niet betwistbaar. Voor zover de verzoekende partij aanvoert dat het niet invullen van de eenheidsprijzen zou gebeurd zijn met een speculatief oogmerk, maakt zij die bewering niet concreet aannemelijk.

Uit de overwegingen in de bestreden beslissing, zoals weergegeven *sub* 3.5, blijkt voorts dat de onregelmatigheid de beoordeling van de offerte van de combinatie C.+S. of de vergelijking ervan met de andere offertes niet heeft verhinderd. Voor de rangschikking werd een vergelijking gemaakt van de totaalprijs van elke offerte (zie punt VI), en zowel de totaalprijs van de offerte als de totaalprijzen per elke post in de offerte van de combinatie C.+S. werden onderzocht (zie punt VII). Evenmin is door de onregelmatigheid de verbintenis van de inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onbestaande, onvolledig of onzeker geworden, des te meer de combinatie C.+S. geen voorbehoud heeft gemaakt en in de bestreden beslissing uitdrukkelijk wordt bevestigd dat de eenheidsprijzen verkregen door deling van de totaalprijzen met de vermoedelijke hoeveelheden gelden als de referentieprijzen bij uitvoering (zie punt V).

29. Voor zover de verzoekende partij een aantal arresten aanhaalt waarin de Raad van State heeft geoordeeld dat “een offerte is aangetast door een substantiële onregelmatigheid” volstaat de vaststelling dat, gelet op de verschillende juridische en feitelijke gegevens in die zaken, deze arresten geen afbreuk doen aan de voorgaande beoordeling.

Voor zover zij in de memorie van wederantwoord, na lezing van de memorie van antwoord, nog stelt “dat de beoordeling is gemanipuleerd en het dossier aan de ontwerper van de werken is onttrokken op basis van verdachte motieven”, blijft haar betoog beperkt tot een loutere bewering.

30. De verzoekende partij maakt, gelet op het voorgaande, niet aannemelijk dat de aanbestedende overheid, door de offerte van de combinatie C.+S. te aanvaarden en de opdracht aan haar te gunnen, zij de aangevoerde regelgeving en beginselen zou hebben geschonden.

B. Tweede middel in de memorie van wederantwoord

Standpunt van de partijen

31. In de memorie van wederantwoord formuleert de verzoekende partij een nieuw tweede middel, waarin zij de schending aanvoert van de artikelen 4 en 5 van de wet van 17 juni 2016, de artikelen 36, 78, 79 en 76, §§ 1 en 2, van het koninklijk besluit van 18 april 2017, en de schending van “het zorgvuldigheidsbeginsel, het legaliteitsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel, het non-discriminatiebeginsel en het materieel motiveringsbeginsel”,

“Eerste onderdeel, doordat het bestek voorschreef dat de offertes ten laatste op 22.4.2022, vóór 12u00 dienden te worden ingediend op papieren drager, Terwijl uit geen enkel stuk van het administratief dossier blijkt hoe en wanneer de offerte van de begunstigde partij en van de derde inschrijver is ontvangen.

Zodat niet met zekerheid vaststaat dat deze offertes regelmatig zijn opgesteld en tijdig ingediend.

Tweede onderdeel, doordat de offerteprijs van de begunstigde Combinatie zeer dicht bij de offerteprijs van verzoekster ligt, maar geen enkele eenheidsprijs bevat en 20 abnormale prijzen, blijkt dat de offerte de begunstigde Combinatie door ongeoorloofde voorkennis van de inhoud van verzoeksters offerte is opgemaakt.

Terwijl de inhoud van een offerte, eens ingediend bij de aanbestedende overheid, ongeopend dient te blijven tot het officiële openingstijdstip en de inhoud ervan aan geen concurrenten mag worden meegedeeld,

Zodat de voorliggende gunningsprocedure is beïnvloed door ongeoorloofde handelingen van/binnen de dienst van de aanbesteder die de eerlijke mededinging hebben vertekend.”

De verzoekende partij formuleert dit nieuw middel “[g]elet op de onvolledigheid van het administratief dossier”. Zij stelt in dit verband dat het administratief dossier geen informatie bevat over de registratie van het tijdstip van ontvangst van de drie offertes, wat volgens haar nochtans cruciaal is om de ontvankelijkheid van de offertes te kunnen beoordelen. Zij wijst “minstens” op een “ongewone gang van zaken” in het licht waarvan zij overtuigd is dat zich onregelmatigheden hebben voorgedaan, waarbij haar offerte, vóór het verstrijken van de uiterste indieningstermijn is geopend en de inhoud ervan is meegedeeld aan een concurrent, zijnde de uiteindelijk gekozen inschrijver.

32. In haar laatste memorie betwist de verwerende partij de ontvankelijkheid van het nieuwe middel, aangezien het is gestoeld op gegevens waarvan de verzoekende partij reeds kennis heeft gehad ten tijde van het indienen van haar verzoekschrift.

Beoordeling

33. Artikel 2, § 1, 3° van de algemene procedureregeling bepaalt dat het verzoekschrift een uiteenzetting van de middelen moet bevatten. Hieruit volgt dat in beginsel alle middelen tot nietigverklaring door een verzoekende partij noodzakelijk, op straffe van niet-ontvankelijkheid, worden aangevoerd in het verzoekschrift of, in zoverre de grondslag van het nieuwe middel pas nadien aan het licht is gekomen, uiterlijk bij de eerst mogelijke procedurele gelegenheid die de algemene procedureregeling haar biedt.

Een middel dat voor het eerst wordt opgeworpen in de memorie van wederantwoord of laatste memorie is bijgevolg niet ontvankelijk. Evenwel mag een nieuw middel alsnog worden aangevoerd indien dit middel is gesteund op gegevens waarvan de verzoekende partij pas nadien kennis kon krijgen. Van een verzoekende partij die in die omstandigheden een nieuw middel opwerpt, moet een loyale procesvoering worden verwacht, wat onder meer inhoudt dat zij aantoonst, minstens redelijkerwijze aannemelijk maakt dat zij het aldus aangevoerde nieuwe middel niet eerder kon aanvoeren.

34. Te dezen wordt vastgesteld dat in de bestreden beslissing melding wordt gemaakt dat de uiterste datum voor ontvangst van de offertes was vastgesteld op 22 april 2022 om 12u en de opening van de offertes plaatsvond op 25 april 2022 om 10u, waarna de drie inschrijvers worden vermeld die tijdig (*on time*) een offerte hebben ingediend.

De verzoekende partij maakt niet aannemelijk dat zij pas in de memorie van wederantwoord in de mogelijkheid was om aan te voeren dat

enerzijds de offerte van de combinatie C.+S. niet tijdig zou zijn ingediend, en anderzijds haar offerte vroegtijdig zou zijn geopend, waarna de inhoud ervan zou zijn doorgegeven aan de combinatie C.+S. Naar eigen zeggen had zij reeds vermoedens van (beweerde) onregelmatigheden in de procedure ten tijde van het indienen van het inleidend verzoekschrift.

35. Het voor het eerst in de memorie van wederantwoord aangevoerd nieuw middel is niet ontvankelijk.

C. Derde middel in de memorie van wederantwoord

Standpunt van de partijen

36. In de memorie van wederantwoord formuleert de verzoekende partij een nieuw derde middel, waarin zij de schending aanvoert van de artikelen 4 en 5 van de wet van 17 juni 2016, de artikelen 36, 78, 79 en 76, §§ 1 en 2, van het koninklijk besluit van 18 april 2017, en de schending van “het zorgvuldigheidsbeginsel en het materieel motiveringsbeginsel”:

“Doordat uit de eerste analyse van de offertes door het studiebureau dat de plannen ontwierp en de kostprijsraming opstelde, blijkt dat minstens 20 posten van de meetstaat van de begunstigde inschrijver blijkbaar abnormaal waren,

Terwijl verwerende partij zonder formele en zonder draagkrachtige motivering deze posten als normaal heeft beschouwd en heeft nagelaten om een correct prijsonderzoek conform de regels van artikel 36 KB Plaatsing te voeren, dat de begunstigde Combinatie niet is gevraagd om een verantwoording te verstrekken voor deze 20 abnormale prijzen,

Zodat de gunningsbeslissing is aangetast door onwettigheid, nu niet op zorgvuldige wijze onderzocht en niet op gemotiveerde wijze is aangetoond dat de offerte van de begunstigde Combinatie effectief regelmatige prijzen bevatte.”

37. In haar laatste memorie betwist de verwerende partij de ontvankelijkheid van het nieuwe middel, aangezien het is gestoeld op gegevens waarvan de verzoekende partij reeds kennis heeft gehad ten tijde van het indienen van haar verzoekschrift.

Beoordeling

38. Zoals hoger gesteld is een middel dat voor het eerst wordt opgeworpen in de memorie van wederantwoord of laatste memorie niet ontvankelijk, tenzij het is gesteund op gegevens waarvan de verzoekende partij pas nadien kennis kon krijgen.

39. In de bestreden beslissing wordt in punt VI. '*Examination of the technical regularity of the lowest bid*' (Onderzoek van de technische regelmatigheid van het laagste bod)(weergegeven *sub* 3.5) gemotiveerd waarom zowel de totaalprijs, als bepaalde prijzen die afweken van de geraamde eenheidsprijzen, in de offerte van de combinatie C.+S. niet abnormaal blijken te zijn.

De verzoekende partij had bijgevolg reeds ten tijde van de indiening van haar verzoekschrift kennis van het feit dat de prijzen van de combinatie C.+S. werden onderzocht en van de manier waarop dit prijsonderzoek werd gevoerd. Indien zij van mening was dat dit op een onzorgvuldige wijze is gebeurd, had zij in haar verzoekschrift hieruit een middel moeten putten.

40. Het voor het eerst in de memorie van wederantwoord aangevoerd nieuw middel is niet ontvankelijk.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 22 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 770 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

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

Geert Debersaques,	kamervoorzitter,
Patricia De Somere,	staatsraad,
Kaat Leus,	staatsraad,
bijgestaan door	
Johan Pas,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Johan Pas

Geert Debersaques