

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIV^e KAMER

A R R E S T

**nr. 263.281 van 13 mei 2025
in de zaak A. 244.695/XIV-39.795**

In zake: de NV M.
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Kris Lemmens en Cédric Vandekeybus
kantoor houdende te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 127A, bus 1
bij wie woonplaats wordt gekozen
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Sophie Bleux
kantoor houdend te 1000 Brussel
Regentschapstraat 58, bus 8

tegen:

de nv van publiek recht INFRABEL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Nathanaëlle Kiekens, Ian Arnouts en Elise Myin
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 22 april 2025, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van

“- de beslissing van NV Infrabel van 2 april 2025 waarbij de overheidsopdracht voor werken ‘Spoorvernieuwing L60 Jette-Dendermonde. Aanvullende werken bij het vernieuwen van dwarsliggers met INFRABEL-vernieuwingstrein P93. Vernieuwen van ballast, dwarsliggers en spoorstaven met kranen. Vernieuwen van overwegen’ met referte 57/52/3/23/049 wordt stopgezet [...],
- de daarmee samenhangende beslissing van onbekende datum van NV Infrabel tot het opnieuw in de markt plaatsen van en de vaststelling van het bestek voor de opdracht voor werken ‘Spoorvernieuwing L60 Jette-Dendermonde. Aanvullende werken bij het vernieuwen van dwarsliggers met INFRABEL-vernieuwingstrein P93. Vernieuwen van

ballast, dwarsliggers en spoorstaven met kranen. Vernieuwen van overwegen’, ditmaal met referte 71/52/3/23/049, dewelke niet ter kennis werd gebracht aan [de verzoekende partij]”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij beschikking van 23 april 2025 werd, in samenspraak met het aangeduide lid van het auditoraat, de procedurekalender vastgesteld.

De verwerende partij heeft een nota met opmerkingen en een administratief dossier ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 7 mei 2025 om 9:30 uur.

Staatsraad Inge Vos heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Cédric Vandekeybus en Sophie Bleux, die verschijnen voor de verzoekende partij, en advocaten Ian Arnouts en Elise Myin, die verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

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

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

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht voor werken uit met als voorwerp ‘Spoorvernieuwing L60 Jette-Dendermonde. Aanvullende werken bij het vernieuwen van dwarsliggers met INFRABEL-vernieuwingstrein P93. Vernieuwen van ballast, dwarsliggers en spoorstaven met kranen. Vernieuwen van overwegen’.

De opdracht wordt nationaal en Europees bekendgemaakt.

Als plaatsingsprocedure wordt gekozen voor een openbare procedure, met de prijs als enig gunningscriterium.

3.2. Op deze opdracht is het bijzonder bestek met referte 57/52/3/23/049 van toepassing.

Onder het ‘tweede deel – toepasselijke wettelijke bepalingen’ vermeldt het bijzonder bestek onder meer het volgende:

“Voor zover er niet van wordt afgeweken door de voorschriften van dit bestek, zijn de volgende bepalingen van toepassing op de onderhavige opdracht:

[...]

3. De Bundel 32 Versie 3 uitgegeven door Infrabel en houdende de bepalingen voor de technische voorschriften betreffende de aannemingen – Spoorwerken. De Bundel 32 Versie 3 kan geraadpleegd en gedownload worden op de site www.infrabel.be onder de rubriek ‘Business’, ‘Leveranciers en aannemers’, ‘Aannemer worden?’, ‘Werken in aanneming’, ‘Contractuele voorschriften’;
[...].”

3.3. Met betrekking tot post 7.9.1 ‘ter beschikking stellen van arbeiders bij de inzet van de vernieuwingstrein P93’ bepaalt de voormelde bundel 32 (versie 3) ‘Technische voorschriften betreffende de aannemingen spoorwerken 2022’ het volgende:

“7.9.1. Beschrijving

Bij elke prestatie van de vernieuwingstrein moet de opdrachtnemer 9 arbeiders ter beschikking stellen om verschillende taken uit te voeren.

(+) Het aantal arbeiders is bepaald in het bestek.

In de meetstaat moet voor de eenheid ‘per uur’ worden verstaan ‘per uur van een ploeg arbeiders’.

De arbeiders worden ingezet:

- op de speciale wagens ‘P’ met dwarsliggers;
- naast speciale wagens ‘P’;
- rond de vernieuwingstrein.”

3.4. Deel 6 ‘technische voorschriften betreffende de aannemingen – spoorwerken’ van het voormeld bijzonder bestek bevat “aanvullingen aan bundel 32 Versie 3 Spoorwerken” waaronder de volgende bepalingen:

“7.9. Ter beschikking stellen van arbeiders bij de inzet van de vernieuwingstrein P93

7.9.1. Beschrijving

De opdrachtnemer dient acht arbeiders ter beschikking te stellen bij elke prestatie van de spoorvernieuwingstrein P93:

- Vier personen op de speciale wagens ‘P’
- Vier personen rond de spoorvernieuwingstrein P93 zelf.
- Eén persoon, die uitsluitend waakt over de veiligheid van de

acht arbeiders en in het bijzonder de vier arbeiders op de speciale wagens. Deze arbeiders dienen te voldoen aan de vereisten zoals beschreven in rubriek 13.5 van de bundel 32.

INFRABEL kan een hoger aantal arbeiders opleggen indien de praktische omstandigheden dit vereisen.

Deze personen dienen voorafgaandelijk een opleiding te volgen, deze wordt slechts éénmaal gegeven voor een groep van maximum 20 personen.

Het geven van toolboxen en de benodigde tijd hiervoor is inbegrepen in de post en aldus een last van de aanneming.

De prestaties van de arbeiders zijn te verrekenen in post 7.9.1. De aannemer houdt bij zijn prijszetting rekening met het feit dat het vernieuwen van de dwarsliggers met de P93 in het weekend zal plaatsvinden zoals beschreven in artikel 79.4.3 van het eerste en tweede deel van dit bestek.

[...]

7.9.3. Bijzondere voorwaarden

De berekening van de prestaties van de arbeiders gebeurt als volgt (afronding op het kwartier):

- Basisprestatie: dit is het verschil tussen het nageleefd afgesproken uur en het uur van het werkelijk einde ter plaatse van de afspraak.

- Indien voornoemde basisprestatie kleiner is dan zes uren, wordt niettemin zes uren aangenomen als basis voor de berekening. De uren worden op het dagverslag geplaatst en ondertekend door beide partijen.

- Verrekening in min: schafttijden.

De uitvoering van deze post van de opmetingsstaat werd geraamd.

Het niet, gedeeltelijk of meer uitvoeren van deze post, kan door de opdrachtnemer niet worden ingeroepen voor het bekomen van een schadevergoeding of prijsherziening.”

3.5. In de samenvattende opmetingsstaat bij het bijzonder bestek wordt voor de betrokken post 7.9.1 ‘Ter beschikking stellen van arbeiders’ de eenheid aangeduid als volgt:

“7.9.1 Ter beschikking stellen van arbeiders [uur]”.

Daarbij wordt een vermoedelijke hoeveelheid van 2.450 uren opgegeven.

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

3.7. Op 2 april 2025 beslist de verwerende partij om de plaatsingsprocedure stop te zetten en de opdracht niet te gunnen op grond van de volgende overwegingen:

“3. MOTIVERING VOOR DE NIET-GUNNING

De opdracht wordt niet gegund wegens volgende reden: in het bestek werd voor de post 7.9.1. (ter beschikking stellen van arbeiders bij de inzet van de vernieuwingstrein P93) de eenheid ‘per uur’ vermeld in de betekenis van per uur per man, waarbij ook de vermoedelijke hoeveelheid in de betekenis van per uur per man bepaald was. In de van toepassing gestelde Bundel 32 Versie 3 (artikel 7.9.1) wordt in tegenstelling het volgende bepaald: ‘Bij elke prestatie van de vernieuwingstrein moet de opdrachtnemer arbeiders ter beschikking stellen om verschillende taken uit te voeren. Het aantal arbeiders is bepaald in het bestek. In de meetstaat moet voor de eenheid ‘per uur’ worden verstaan ‘per uur van een ploeg arbeiders’.’ Uit het onderzoek van de offertes blijkt dat de onduidelijkheid in het bestek betreffende de betekenis van de eenheid van de post 7.9.1. (per uur per man vs. per uur van een ploeg van 9 arbeiders) aanleiding heeft gegeven tot een verschillende prijszetting bij de inschrijvers waardoor een vergelijking van de offertes op dezelfde basis niet meer mogelijk is.

Bijgevolg wordt voorgesteld om af te zien van het plaatsen van de opdracht op basis van artikels 85 en 153 van de wet van 17/06/2016, alsook op basis van het artikel 153 van het 3e deel van het bestek.”

Daarbij wordt onder een titel 2 ‘Ontvangen offertes’ ook melding gemaakt van de drie inschrijvers en de opgegeven totaalprijzen.

Dit is de eerste bestreden beslissing.

3.8. Met een aangetekend schrijven en e-mailbericht van 7 april 2025 wordt de verzoekende partij hiervan in kennis gesteld.

3.9. Op 8 april 2025 beslist de verwerende partij tot heraanbesteding van de opdracht voor werken met als voorwerp ‘Spoorvernieuwing L60 Jette-Dendermonde Aanvullende werken bij het vernieuwen van dwarsliggers met INFRABEL-vernieuwingstrein P93 Vernieuwen van ballast, dwarsliggers en spoorstaven met kranen Vernieuwen van overwegen’.

Dit is de tweede bestreden beslissing.

De nieuwe opdracht wordt eveneens nationaal en Europees bekendgemaakt, waarbij opnieuw gekozen wordt voor een openbare procedure.

Op deze opdracht is het bijzonder bestek met referte 71/52/3/23/049 van toepassing waarin onder meer de bepalingen inzake post 7.9.1 werden aangepast. Zo wordt in deel 6 ‘technische voorschriften betreffende de aannemingen – spoorwerken’ inzake post 7.9.1 verbeterd dat de opdrachtnemer negen (in de plaats van acht) arbeiders ter beschikking dient te stellen en wordt onder punt 7.9.3 ‘bijzondere voorwaarden’ toegevoegd: “Meetcode: 1 ploeguur = 1 uur met een ploeg van 9 arbeiders”. In de samenvattende opmetingsstaat wordt de vermoedelijke hoeveelheid verminderd van 2450 naar 270 en wordt de vermelding ‘uur’ vervangen door ‘ploeguur’.

De uiterste indieningsdatum voor deze nieuwe opdracht is 14 mei 2025.

IV. Verzoek tot vertrouwelijke behandeling van bepaalde stukken

4. De verzoekende partij en de verwerende partij vragen om de vertrouwelijke behandeling van bepaalde door hen neergelegde stukken die zij in de inventaris als vertrouwelijk aanduiden en waarbij zij de redenen opgeven waarom zij om die vertrouwelijke behandeling vragen.

Er zijn geen gronden aangevoerd door de partijen om het aangevoerde vertrouwelijk karakter ervan, althans in deze fase van het geding, te lichten. De Raad van State mag overigens deze stukken in zijn beoordeling betrekken.

V. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

5. Krachtens artikel 17, §§ 1, 5 en 6, 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: 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 waarvan het onderzoek zich leent voor een versnelde behandeling of een klaarblijkelijke onwettigheid wordt aangevoerd.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6. In het eerste middel, dat twee onderdelen omvat, voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 4, 85 en 153, 4° van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: de wet van 17 juni 2016), de artikelen 42 en 74 van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de speciale sectoren’ (hierna: het koninklijk besluit van 18 juni 2017), de artikelen 4, 9° en 5, 10° van de wet van 17 juni 2013, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, en “de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel, het proportionaliteitsbeginsel en de materiële- en formelemotiveringsplicht”,

“Doordat de opdracht wordt stopgezet wegens een vermeende onduidelijkheid in het bestek betreffende de eenheid van de post 7.9.1. en een vermeende verschillende prijszetting bij de inschrijvers waardoor een vergelijking van de offertes op dezelfde basis niet meer mogelijk zou zijn; Dat de opdracht vervolgens naar aanleiding van en op basis van deze stopzetting en dus op basis van dezelfde motieven opnieuw in de markt geplaatst wordt;

Eerste middelonderdeel

Terwijl een beslissing tot niet-gunning op grond van de artikel 4 en 85 Overheidsopdrachtenwet alsook de materiële motiveringsplicht gebaseerd moet zijn op motieven die zowel in feite als in rechte ter verantwoording van die beslissing in aanmerking kunnen worden genomen;

Dat ook een beslissing tot heraanbesteding en vaststelling van het nieuwe bestek op grond van de materiële motiveringsplicht dient te berusten op rechtsgeldige motieven.

Dat het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel evenzeer vereisen dat iedere beslissing van een aanbesteder gebaseerd is op een grondig onderzoek, correcte feitenvinding en motieven die de beslissing in redelijkheid kunnen verantwoorden;

Dat op grond van de artikelen 4, 9° en 5, 10° Rechtsbeschermingswet alsook de artikelen 2 en 3 Formele Motiveringswet de motieven die veruitwendigd worden in de beslissing afdoende moeten zijn en de beslissing m.a.w. moeten kunnen dragen en verantwoorden;

Dat het bestek allerminst onduidelijk was voor wat betreft de eenheid van post 7.9.1;

Dat een eventuele onduidelijkheid in de praktijk hoe dan ook geen impact had op de prijszetting van de inschrijvers en de vergelijkbaarheid van de offertes;

Dat de bestreden beslissing aldus steunt op motieven die falen in feite en in rechte, NV Infrabel bijgevolg niet zorgvuldig te werk is gegaan bij de voorbereiding van haar beslissing en niet in alle redelijkheid kon beslissen de opdracht stop te zetten en opnieuw in de markt te plaatsen.

Dat het eerste onderdeel van het eerste middel ernstig is.

Tweede middelonderdeel

Terwijl artikel 4 Overheidsopdrachtenwet aanbesteders verplicht om steeds proportioneel te handelen, hetgeen o.a. met zich meebrengt dat de minst beperkende maatregel moet worden gekozen, en dat de veroorzaakte nadelen niet onevenredig mogen zijn aan de nagestreefde doelen;

Dat een offerte in toepassing van artikel 74 KB Plaatsing geweerd moet worden als substantieel onregelmatig wanneer ze van aard is de vergelijking ervan met de andere offertes te verhinderen;

Dat artikel 42 KB Plaatsing toelaat om rekenfouten en zuiver materiële fouten in een offerte te verbeteren;

Dat NV Infrabel naliet om de offerte(s) met een vermeende afwijkende prijszetting nietig te verklaren en te weren als substantieel onregelmatig;

Dat NV Infrabel door de procedure stop te [zetten,] opteerde voor de meest drastische maatregel, terwijl het beoogde doel evenzeer op alternatieve en minder ingrijpende wijze bereikt kon worden binnen de lopende plaatsingsprocedure, hetzij door de afwijkende offerte(s) te weren hetzij door deze te verbeteren, zodat zij handelde zetten in strijd met het proportionaliteitsbeginsel;

Dat het tweede onderdeel van het eerste middel ernstig is.”

Zij vat het eerste middel samen als volgt:

“De stopzetting en daaropvolgende heraanbesteding zijn gebaseerd op de volgende motieven: er zou sprake zijn van een vermeende onduidelijkheid in het bestek betreffende de eenheid van de post 7.9.1, waarbij het niet duidelijk zou zijn of de eenheid ‘per uur’ gelezen moet worden in de betekenis van ‘per uur per man’ dan wel ‘per uur van een ploeg arbeiders’. Deze onduidelijkheid zou geleid hebben tot verschillende prijszettingen bij de inschrijvers waardoor een vergelijking van de offertes op dezelfde basis niet meer mogelijk zou zijn.

Eerste middelonderdeel

Anders dan NV Infrabel voorhoudt, is er geen sprake van enige onduidelijkheid met betrekking tot post 7.9.1. De eenheid van post 7.9.1 en het bestek, in zijn geheel gelezen, kan enkel uitgelegd worden als ‘per uur per man’. Dit volgt alleen al uit de opgegeven vermoedelijke hoeveelheid van 2.450 manuren. Het bestek bevat ook duidelijke voorrangsregels om de opdrachtdocumenten te interpreteren, waaruit blijkt dat het bijzonder bestek voorrang heeft op de algemene bepalingen van ‘bundel 32’ waarvan wordt afgeweken. Geen enkele zorgvuldige en redelijk handelende inschrijver zou het bestek en de betreffende bepalingen en eenheid lezen in de zin van ‘per uur van een ploeg arbeiders’. De vermeende onduidelijkheid is onbestaande. Dit motief faalt zowel in feite als in rechte.

In zoverre al aangenomen zou worden dat de bepalingen met betrekking tot post 7.9.1 in theorie alsnog aanleiding zouden kunnen geven tot enige verwarring of onduidelijkheid, dient vastgesteld te worden dat dit risico zich in de praktijk hoe dan ook niet heeft voorgedaan. De ingediende offerteprijzen liggen relatief dicht bij elkaar. Hieruit blijkt dat de prijszetting [v]oor post 7.9.1 gelijkaardig moet zijn geweest bij alle inschrijvers. In het ontkennend geval zou de eenheidsprijs voor post 7.9.1 bij een afwijkende invulling ca. 9 keer hoger gelegen hebben dan de equivalente eenheidsprijs per uur per man. Rekening houdend met de vermoedelijke hoeveelheid van 2.450 uren, zou dit een gigantische impact gehad hebben op de offerteprijs. Dit zou zich sowieso vertaald hebben in [...] véél grotere verschillen tussen de offerteprijzen. De stopzetting van de plaatsingsprocedure kan uiteraard niet gebaseerd worden op een louter hypothetisch risico waarvan reeds in de praktijk is gebleken dat het zich niet heeft voorgedaan. Ook op dit punt falen de motieven zowel in feite als in rechte.

NV Infrabel schendt dan ook de artikelen 4, 85 en 153 Overheids-opdrachtenwet, de artikelen 2 en 3 Formele Motiveringswet, de artikelen 4, 9° en 5,10° Rechtsbeschermingswet alsook de beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder de motiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel.

Tweede middelonderdeel

Ondergeschikt en zonder afbreuk te doen aan het eerste middelonderdeel, voor zover een inschrijver daadwerkelijk de eenheid van post 7.9.1 verkeerdelijk en in strijd met het bestek gelezen zou hebben als ‘per uur per ploeg arbeiders’, kon NV Infrabel in de gegeven omstandigheden nog steeds

niet redelijkerwijze besluiten dat de plaatsingsprocedure diende te worden stopgezet en de opdracht opnieuw in de markt diende te worden geplaatst. Zij had daarentegen de afwijkende offerte(s) moeten weren als substantieel onregelmatig. In de mate dat NV Infrabel dienaangaande enige beoordelings-marge zou hebben gehad – quod non –, koos zij voor een volledige stopzetting van de gehele plaatsingsprocedure, veeleer dan in te grijpen op niveau van de individuele offertes. Het beoogde doel – nl. vergelijkbare offertes bekomen – kon echter op alternatieve en minder ingrijpende wijze bereikt worden binnen de lopende plaatsingsprocedure, hetzij door de afwijkende offerte(s) te weren hetzij door deze te verbeteren. NV Infrabel verantwoordt niet waarom een stopzetting zich toch opdroeg. Bovendien verstoorde zij al doende nodeloos de mededinging. Ook om die redenen zijn de bestreden beslissingen in strijd met de artikelen 4, 85 en 153 Overheidsopdrachtenwet, de artikelen 42 en 74 KB Plaatsing, de artikelen 2 en 3 Formele Motiveringswet, de artikelen 4, 9° en 5,10° Rechtsbeschermingswet alsook de beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het motiveringsbeginsel, het proportionaliteitsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel.”

Beoordeling

7. Overeenkomstig artikel 85 van de wet van 17 juni 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. Op grond van artikel 153, 4° van diezelfde wet is deze bepaling ook van toepassing op overheidsopdrachten in de speciale sectoren zoals onderhavige opdracht.

De plaatsing van een overheidsopdracht strekt ertoe te voldoen aan de behoeften van de aanbestedende entiteit. De aanbestedende entiteit 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.

De materiële motiveringsplicht houdt in dat iedere bestuurs-handeling moet steunen op werkelijk bestaande en concrete feiten die relevant zijn en met de vereiste zorgvuldigheid door het bestuur werden vastgesteld. Bij de beoordeling van de naleving van de materiële motiveringsplicht

mag de Raad van State zijn oordeel omtrent de feiten niet in de plaats stellen van het oordeel van de administratieve overheid. Hij is enkel bevoegd om, desgevraagd, na te gaan of de administratieve overheid is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens, of zij die correct heeft beoordeeld en of zij op grond daarvan binnen de perken van de redelijkheid tot haar besluit is kunnen komen.

8. De motieven waarop de eerste bestreden beslissing is gesteund, zijn weergegeven onder punt 3.7. hiervoor. Er wordt naar verwezen.

Uit de eerste bestreden beslissing blijkt dat de verwerende partij zich in essentie beroept op een onduidelijkheid in het bestek betreffende de betekenis van de eenheid van post 7.9.1. ‘ter beschikking stellen van arbeiders bij de inzet van de vernieuwingstrein P93’ (per uur per man vs. per uur van een ploeg van 9 arbeiders) die een prijsvergelijking van de offertes zou verhinderen.

9. De noodzaak van het aanbrengen van verbeteringen in het bestek, zoals te dezen, kan een gegronde reden zijn om te besluiten een opdracht niet te gunnen en de plaatsingsprocedure stop te zetten.

De argumentatie van de verzoekende partij dat het bestek geenszins onduidelijk was wat de eenheid van post 7.9.1 betreft, mede in het licht van de in het bestek bepaalde voorrangsregels, kan op het eerste gezicht niet worden bijgevalen.

Bundel 32 (versie 3) ‘Technische voorschriften betreffende de aannemingen spoorwerken 2022’ die, behoudens indien ervan wordt afgeweken door de voorschriften van het bijzonder bestek, van toepassing is op de voorliggende overheidsopdracht bepaalt met betrekking tot post 7.9.1 ‘ter beschikking stellen van arbeiders bij de inzet van de vernieuwingstrein P93’ uitdrukkelijk dat in de meetstaat onder de eenheid “per uur” moet worden verstaan “per uur van een ploeg arbeiders”, waarbij bij elke prestatie van de vernieuwingstrein de opdrachtnemer negen arbeiders ter beschikking moet stellen om verschillende taken uit te voeren.

Dat de samenvattende meetstaat gevoegd bij het bijzonder bestek voor de betrokken post 7.9.1 ‘Ter beschikking stellen van arbeiders’ uitgaat van een vermoedelijke hoeveelheid van 2.450, hetgeen ongeveer overeenstemt met 272 werkuren voor een ploeg van 9 arbeiders, lijkt op het eerst gezicht verwarring te kunnen scheppen over de gehanteerde meetcode.

Anders dan de verzoekende partij het ziet, lijkt echter nergens in het bijzonder bestek en de samenvattende opmetingsstaat voor post 7.9.1. te worden bepaald dat, in afwijking van voormelde bepaling van bundel 32 (versie 3), de eenheid ‘per uur’ wordt gehanteerd in de betekenis van “per uur per man” in de plaats van “per uur van een ploeg arbeiders” zoals in het typebestek. In het bijzonder bestek is immers louter sprake van het ter beschikking stellen van negen personen bij elke prestatie van de spoorvernieuwingstrein P93 en van een eenheid per uur voor het ter beschikking stellen van de betrokken arbeiders. Ook de samenvattende opmetingsstaat, gevoegd bij het bijzonder bestek, verwijst voor de betrokken post 7.9.1 ‘Ter beschikking stellen van arbeiders’ naar een eenheid “per uur”. Uit een vergelijking met andere posten blijkt bovendien dat waar er sprake is van een afwijkende regeling in het bijzonder bestek, deze lijkt te worden voorafgegaan door de bewoordingen “in tegenstelling met de teksten van bundel 32”, wat voor post 7.9.1. niet het geval lijkt te zijn.

Nu op het eerste gezicht niet vaststaat dat het bijzonder bestek afwijkt van voormelde bepaling van bundel 32 (versie 3), lijkt evenmin toepassing te kunnen worden gemaakt van de door de verzoekende partij aangehaalde voorrangsregeling uit het bestek.

10. Dat er sprake was van een onduidelijkheid in het bestek die aanleiding kon geven tot een verschillende prijszetting bij de inschrijvers, vindt op het eerste gezicht ook bevestiging in de vertrouwelijke stukken van het administratief dossier, waarvan de Raad van State kennis heeft kunnen nemen, en waaruit blijkt dat één inschrijver een ‘prijs per uur per ploeg’ heeft opgegeven, terwijl de overige twee inschrijvers een ‘prijs per uur per man’ hebben opgegeven. De voor post 7.9.1. opgegeven eenheidsprijzen dekken bijgevolg niet steeds dezelfde prestaties zodat op het eerste gezicht in de bestreden beslissing ook rechtmatig kon worden vastgesteld dat ingevolge een verschillende prijszetting bij

de inschrijvers een vergelijking van de offertes op dezelfde basis niet meer mogelijk was.

In zoverre het middelonderdeel, op basis van de totaalprijzen vermeld in de eerste bestreden beslissing, ervan uitgaat dat de prijszetting voor post 7.9.1. bij alle inschrijvers gelijkaardig moet zijn geweest en dat er slechts sprake zou zijn van een louter hypothetisch risico, mist het bijgevolg ook feitelijke grondslag.

In zoverre de verzoekende partij ter terechtzitting in het licht van het voorgaande nog bijkomend opwerpt dat er minstens sprake was van een schijnbaar abnormaal lage totaalprijs in hoofde van één van de inschrijvers die de verwerende partij nader had moeten onderzoeken, dient op het eerste gezicht te worden vastgesteld dat de conclusie van de verwerende partij dat de onduidelijkheid in het bestek heeft geleid tot een verschillende prijszetting waardoor een vergelijking van de offertes niet mogelijk is een nader prijsonderzoek uitsluit.

11. De in de eerste bestreden beslissing uitgedrukte motivering lijkt op het eerste gezicht dan ook wel degelijk te volstaan om de stopzetting van de plaatsingsprocedure en de heraanbesteding zowel in rechte als in feite te dragen.

12. De beslissing om de aldus gebrekkig geworden plaatsingsprocedure stop te zetten en een nieuwe plaatsingsprocedure te organiseren voor de betrokken opdracht, vormt voorts op het eerste gezicht geen maatregel die in strijd is met het geschonden geachte proportionaliteitsbeginsel zoals vervat in artikel 4, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016.

De verwerende partij maakt aannemelijk dat zij er alle belang bij heeft wettige gunningsbeslissingen na te streven, dat zij in dit kader een verbetering van het bestek noodzakelijk kan bevinden ingevolge de verschillende prijszetting van de inschrijvers voor de betrokken post en dat de door de verzoekende partij in haar verzoekschrift naar voren gebrachte alternatieven te dezen niet dienstig lijken.

In de mate dat de verzoekende partij verwijst naar de mogelijkheid om afwijkende offertes substantieel onregelmatig te verklaren, gaat zij voorbij aan het problematisch karakter van een substantieel onregelmatig-verklaring van een offerte als die grond vindt in een niet deugdelijk bestekvereiste. In zoverre zij daarnaast ook wijst op de mogelijkheid om offertes te verbeteren, valt op te merken dat dit slechts kan binnen de perken van artikel 42 van het koninklijk besluit van 18 juni 2017. Te dezen lijkt de verwerende partij op zicht van de offertes reeds te hebben kunnen vaststellen dat sprake was van een verschillende prijszetting bij de inschrijvers en niet van een rekenfout of een zuiver materiële fout in de offertes wat post 7.9.1. betreft. Uit de offertes, die als betrouwbaar werden neergelegd, maar waarvan de Raad van State kennis heeft kunnen nemen, blijkt dat een situatie als het verkeerd plaatsen van een komma of een verschrijving met een nul teveel zoals waar de verzoekende partij op doelt ter terechtzitting, zich op het eerste gezicht niet voordoet.

In de gegeven omstandigheden toont de verzoekende partij dan ook niet aan dat de verwerende partij de inschrijvers had moeten bevragen vooraleer te beslissen.

13. De verzoekende partij maakt, gelet op al het voorgaande, op het eerste gezicht niet aannemelijk dat de aanbestedende overheid, door te besluiten tot het stopzetten van de plaatsingsprocedure, het niet gunnen van de opdracht en de heraanbesteding ervan omdat de onduidelijkheid in het oorspronkelijk bestek betreffende de betekenis van de eenheid van de post 7.9.1. aanleiding heeft gegeven tot een verschillende prijszetting bij de inschrijvers waardoor een vergelijking van de offertes op dezelfde basis niet meer mogelijk is, de aangevoerde bepalingen en beginselen zou hebben geschonden.

14. Het eerste middel is in zijn beide onderdelen niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

15. In het tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, de artikelen 4 en 5 van de wet van 17 juni 2016, artikel 10 van de wet van 17 juni 2013, het gelijkheidsbeginsel, het mededingingsbeginsel en het proportionaliteitsbeginsel,

“Doordat de beslissing tot niet-gunning de initiële offerteprijzen van de inschrijvers bevat en de overige inschrijvers hierdoor kennis kunnen nemen van de laagste offerteprijs van [de verzoekende partij];

Dat de opdracht vervolgens opnieuw, quasi-ongewijzigd op basis van de eerdere beslissing tot niet-gunning opnieuw in de markt geplaatst wordt;

Terwijl op grond van het gelijkheidsbeginsel, transparantiebeginsel en mededingingsbeginsel steeds een eerlijke mededinging gewaarborgd dient te worden;

Dat artikel 10 Rechtsbeschermingswet verbiedt dat informatie wordt meegedeeld die de commerciële belangen van een inschrijver of de eerlijke mededinging zou kunnen schaden;

Dat de mededeling van de offerteprijzen in weerwil van voornoemde principes de mededinging in het kader van de nieuwe gunningsprocedure vertekent, nu de overige inschrijvers hun offerteprijzen kunnen bijsturen in functie van de initiële offerteprijs van [de verzoekende partij], hetgeen [de verzoekende partij] in een nadeligere positie plaatst;

Dat het beweerdelijk nagestreefde doel van de beslissing tot niet-gunning en heraanbesteding niet opweegt tegen de nadelige gevolgen ervan voor [de verzoekende partij] en de mededinging in het algemeen, zodat NV Infrabel handelde in strijd met het proportionaliteitsbeginsel.

Dat het tweede middel ernstig is.”

Zij vat het tweede middel samen als volgt:

“De beslissing tot niet-gunning vermeldt expliciet de initiële offerteprijzen in het kader van de eerste plaatsingsprocedure, inclusief de laagste offerteprijs van [de verzoekende partij]. Vervolgens wordt dezelfde opdracht quasi-ongewijzigd opnieuw in de markt geplaatst. De inschrijvers die ook opnieuw inschrijven op de nieuwe plaatsingsprocedure, kunnen thans hun offertes bijsturen in functie van de offerteprijs van [de verzoekende partij]. Dit in tegenstelling tot [de verzoekende partij], die zich voor de prijszetting in de nieuwe procedure niet kan ijken of positioneren op een gebeurlijk lagere offerte. Dit plaatst haar in een nadeligere positie ten opzichte van de

overige inschrijvers en vertekent aldus de mededinging in het kader van de nieuwe plaatsingsprocedure.

Dit maakt bovendien dat de nadelen van de bestreden beslissingen voor zowel [de verzoekende partij] als de eerlijke mededinging, eens te meer niet opwegen tegen het door NV Infrabel beweerdelijk nagestreefde doel.

Hierdoor schenden de bestreden beslissingen de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, de artikelen 4 en 5 Overheidsopdrachtenwet, artikel 10 Rechtsbeschermingswet en de daarin vervatten beginselen van gelijkheid, vertrouwelijkheid en mededinging.”

Beoordeling

16. De verwerende partij werpt een exceptie van gebrek aan belang bij het tweede middel op aangezien de verzoekende partij niet zou zijn benadeeld door de bekritiseerde werkwijze waarbij de offerteprijzen van de inschrijvers worden vermeld in de stopzettingsbeslissing en zij er ten onrechte van uit zou gaan dat zij de laagste offerteprijs heeft geboden.

Een onderzoek en een beoordeling van de door de verwerende partij aangevoerde exceptie van gebrek aan belang bij het middel is slechts noodzakelijk indien het middel ernstig zou worden bevonden, hetgeen, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

17. 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.

Luidens artikel 5, § 1, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016 stelt een aanbesteder geen overheidsopdracht op met het doel om deze uit te sluiten van het toepassingsgebied van deze wet of om de mededinging op kunstmatige wijze te beperken. De mededinging wordt geacht kunstmatig te zijn beperkt indien de overheidsopdracht is ontworpen met het doel bepaalde ondernemers ten onrechte te bevoordelen of te benadelen.

Op grond van artikel 4, 9° van de wet van 17 juni 2013 dient de aanbestedende instantie een gemotiveerde beslissing op te stellen, wanneer ze afziet van het plaatsen van de opdracht en eventueel beslist een nieuwe plaatsingsprocedure uit te schrijven. Deze beslissing dient overeenkomstig artikel 5, 10°, van diezelfde wet “de juridische en feitelijke motieven van de beslissing van de aanbestedende instantie om af te zien van het plaatsen van de opdracht en, in voorkomend geval, de vermelding van de nieuwe plaatsingsprocedure die wordt gevolgd” te bevatten. Naar luidt van artikel 10 van de wet van 17 juni 2013 mogen, onverminderd artikel 13 van de wet van 17 juni 2016, bepaalde gegevens evenwel niet worden meegedeeld indien de openbaarmaking ervan de toepassing van een wet zou belemmeren, in strijd zou zijn met het openbaar belang, nadelig zou zijn voor de rechtmatige commerciële belangen van publieke of private ondernemers of de eerlijke mededinging tussen hen zou kunnen schaden. Artikel 13, § 2, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016 bepaalt dat, onverminderd de verplichtingen inzake de bekendmaking van gegunde overheidsopdrachten en de informatieverstrekking aan kandidaten, deelnemers en inschrijvers, de aanbesteder de informatie die hem door een ondernemer als vertrouwelijk is verstrekt, met inbegrip van eventuele fabrieks- of bedrijfsgeheimen en de vertrouwelijke aspecten van de offerte, niet bekend maakt.

18. Te dezen blijkt de verwerende partij in de bestreden beslissing tot niet-gunning melding te hebben gemaakt van de ontvangen offertes en de daarin geboden totale offertebedragen als onderdeel van de feitelijke motieven van deze beslissing.

De argumentatie van de verzoekende partij waarbij zij kritiek uit op de mededeling van de betrokken inschrijvingsbedragen veronderstelt in de eerste plaats dat het daadwerkelijk gaat om een vertrouwelijk gegeven of een zakengeheim. De verzoekende partij maakt op het eerste gezicht echter niet aannemelijk dat in de gegeven omstandigheden de loutere vermelding van de inschrijvingsbedragen in de eerste bestreden beslissing na stopzetting van de plaatsingsprocedure, van aard is om de eerlijke mededinging te kunnen schaden.

Zo lijkt de kritiek van de verzoekende partij dat inschrijvers in het kader van de nieuwe procedure ingevolge de vermelding van deze

inschrijvingsbedragen hun offerte “kunnen bijsturen in functie van de offerteprijs” van de verzoekende partij, hetgeen de verzoekende partij in een nadeligere positie zou plaatsen en de mededinging in het kader van de nieuwe plaatsingsprocedure zou vertekenen, ervan uit te gaan dat de offerte van de verzoekende partij zonder meer als de laagste regelmatige inschrijving kon worden beschouwd. Dit uitgangspunt lijkt niet correct te zijn omdat, zoals uit de beoordeling van het eerste middel is gebleken, een verschillende prijszetting van de inschrijvers voor post 7.9.1. heeft geleid tot onvergelykbare offertes. De totale inschrijvingsbedragen mogen dan wel kenbaar zijn gemaakt, maar lijken als gevolg van dit verschil in prijszetting hoe dan ook een vertekend beeld op te leveren zodat de bekendmaking van de inschrijvingsbedragen te dezen geen definitieve inzichten lijkt te bieden in de rangschikking van de verschillende offertes en de effectief laagste regelmatige prijs in het kader van de stopgezette plaatsingsprocedure. De Raad van State stelt daarbij ook vast dat noch de eenheidsprijzen voor post 7.9.1., noch de identiteit van de verschillende inschrijvers per wijze van prijszetting voor de betrokken post kenbaar werden gemaakt.

19. De verzoekende partij gaat er in haar kritiek voorts aan voorbij dat ingevolge de nieuwe plaatsingsprocedure ook andere inschrijvers dan diegenen die aan de eerste plaatsingsprocedure hebben deelgenomen een nieuwe kans zullen hebben om een offerte in te dienen, hetgeen eveneens van aard lijkt om de mogelijkheid tot bijsturing van de offerteprijs op basis van de inschrijvingsbedragen uit de eerste procedure in het kader van de nieuwe plaatsingsprocedure te relativiseren. Daarbij komt nog dat gegadigden die een offerte wensen in te dienen in het kader van de nieuwe plaatsingsprocedure bij het bepalen van hun inschrijvingsbedrag in de eerste plaats rekening zullen moeten houden met het nieuwe bestek, dat toch een aantal wijzigingen lijkt te omvatten ten opzichte van het op de stopgezette plaatsingsprocedure toepasselijke bestek.

In die zin verschilt de onderhavige zaak ook van de zaak waarover de Raad van State uitspraak heeft gedaan met zijn arrest nr. 261.988 van 14 januari 2025, waarnaar de verzoekende partij verwijst, en die betrekking had op de bekendmaking van de totaalprijzen van de inschrijvers lopende de plaatsingsprocedure en bijgevolg op de toepassing van artikel 13, § 1, van de wet van 17 juni 2016 dat geldt 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.

20. Ten slotte blijkt het tweede middel op het eerste gezicht ook te steunen op de hiervoor bij de beoordeling van het eerste middel reeds niet aanvaarde uitgangspunten dat er sprake zou zijn van een louter hypothetisch risico en dat het door de verwerende partij nagestreefde doel ook had kunnen worden bereikt door de substantieel onregelmatigverklaring of verbetering van offertes.

21. Uit wat voorafgaat volgt dat op het eerste gezicht niet blijkt dat de verwerende partij, door in de beslissing tot niet-gunning de initiële offerteprijzen van de inschrijvers te vermelden, de in het middel aangevoerde bepalingen en beginselen heeft geschonden.

22. Het tweede middel is niet ernstig.

VII. Besluit

23. Geen van de middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 26 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 770 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

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

Inge Vos,
bijgestaan door
Joris Casneuf,

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De griffier

De voorzitter

Joris Casneuf

Inge Vos