

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

**nr. 264.009 van 12 augustus 2025
in de zaak A. 245.400/XIV-39.853**

In zake: de nv BESIX UNITEC
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Joris Wouters en Geert Van Engelman
kantoor houdend te 2600 Berchem
Borsbeeksebrug 36 bus 9
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de NATIONALE MAATSCHAPPIJ DER BELGISCHE
SPOORWEGEN, nv van publiek recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Hans Plancke, Robin Meylemans en Daan Degrande
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 99
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomen partij:

de nv EQUANS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jens Debièvre
kantoor houdend te 1000 Brussel
Regentschapsstraat 58
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 24 juli 2025, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van de raad van bestuur van de Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen van 5 mei 2025 houdende goedkeuring van “de gunning en het afsluiten van een raamovereenkomst met onderneming Equans nv” voor de opdracht “NMBS LON

Antwerpen”, “en waarbij wordt beslist [...] de offerte van [verzoekster] substantieel onregelmatig te verklaren”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij beschikking van 25 juli 2025 werd de procedurekalender vastgesteld.

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

Met een verzoekschrift van 1 augustus 2025 heeft de nv Equans gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 11 augustus 2025, om 10.30 uur.

Kamervoorzitter Geert Van Haegendoren heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Geert Van Engelgem, die verschijnt voor de verzoevende partij, advocaten Robin Meylemans, Daan Degrande en Emma Renglé, die verschijnen voor de verwerende partij en advocaat Jens Debièvre, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Alexander Van Steenberge 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. Begin 2021 beslist de verwerende partij (de NMBS) middels bestek CS3/0002093338 een plaatsingsprocedure op te starten met het oog op het sluiten van een raamovereenkomst voor de vervanging van het LON-netwerk in het station Antwerpen-Centraal en voor de bijbehorende diensten voor het onderhoud van het nieuwe automatiseringsnetwerk (“de opdracht”). Het LON-netwerk (“Local Operating Network”) is de infrastructuur die de verschillende technische uitrustingen in het station Antwerpen-Centraal aanstuurt en bewaakt. Het gaat daarbij over (i) het ventilatiesysteem voor rook- en warmteafvoer, (ii) de branddetectie in het station en (iii) de overige technieken met betrekking tot onder meer de deuren, liften, roltrappen en verlichting.

Als gunningswijze is gekozen voor de onderhandelingsprocedure met voorafgaande oproep tot mededinging op basis van artikel 120 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’. De opdracht is gesitueerd in de speciale sectoren. Als gewogen gunningscriteria vermeldt het bestek ‘prijs’ (70%), ‘technische criteria’ (20%) en ‘gegarandeerde uptime’ (10%). Gepreciseerd wordt dat de raamovereenkomst een DBM-contract betreft (*Design, Build, Maintain*) en “voor de opdrachtnemer een resultaatsverbintenis in[houdt], en geen middelenverbintenis”, met, onder meer, “onderhoud van het automatiseringsnetwerk gedurende 15 jaar (Full Omnium)”.

De NMBS publiceert de aankondiging van de opdracht op 8 januari 2021 in het Bulletin der Aanbestedingen en op 13 januari 2021 in het Publicatieblad van de Europese Unie.

3.2. Op 17 juni 2021 selecteert de NMBS vijf kandidaten, onder wie de nv Besix Unitec en de nv Equans, voor deelname aan de plaatsingsprocedure. Vanaf de tweede offerteronde blijven zij over als enige inschrijvers.

3.3. Op 25 september 2024 wordt het bestek aangepast en wordt onder meer een eis over brandweerstand toegevoegd.

3.4. Op 17 december 2024 nodigt de NMBS de inschrijvers uit om uiterlijk 29 januari 2025 een vierde en finale offerte in te dienen.

3.5. In de gemotiveerde gunningsbeslissing van 5 mei 2025 stelt de NMBS vast dat de vierde, finale offerte van de nv Besix Unitec om drie redenen substantieel onregelmatig is – kortweg: geen full omnium onderhoud, geen brandweerstand volgens de bestekvereisten en geen gewaarborgde minimale beschikbaarheid of *uptime* van het systeem.

De vierde, finale offerte van de nv Equans wordt als de economisch meest voordelige regelmatige offerte bevonden. De NMBS gunt de opdracht bijgevolg aan de nv Equans.

Dat is de bestreden beslissing.

IV. Tussenkost

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

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 artikel 15 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’, 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. Het eerste middel is:

“Genomen uit de schending van artikel 4, 81 en 153 van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten; Schending van artikel 74 van het KB van 18 juni 2017 Plaatsing Overheidsopdrachten in de Speciale Sectoren; Schending van de formele en materiële motiveringsplicht; Schending van het vertrouwensbeginsel; Schending van het zorgvuldigheidsbeginsel; Schending van het redelijkheidsbeginsel; Schending van het beginsel patere legem quam ipse fecisti;

Doordat verwerende partij de opdracht heeft gegund aan de nv Equans en de laatste offerte van verzoekende partij als substantieel onregelmatig heeft verklaard; Dat de verwerende partij daartoe motiveert dat de offerte van verzoekende partij substantieel onregelmatig zou zijn ingevolge de bewering dat het in de offerte van verzoekende partij aangeboden onderhoud niet in overeenstemming zou zijn met de vereisten van het bestek, dat de door verzoekende partij aangeboden verdeelborden niet zouden voldoen alsook dat de verzoekende partij in haar offerte een voorbehoud zou hebben ingebouwd over de gegarandeerde uptime en de beschikbaarheidscijfers;

Terwijl de laatste offerte van verzoekende partij geenszins substantieel onregelmatig is en dat verwerende partij aan verzoekende partij minstens de mogelijkheid had moeten bieden om de beweerdde onregelmatigheden te regulariseren na het indienen van de voorlaatste offerte;

Zodat de bestreden beslissing de in het middel aangehaalde wetsbepalingen en beginselen schendt.”

In de toelichting bij het middel zet verzoekster achtereenvolgens uiteen, bij elk van de drie beweerdde onregelmatigheden, waarom de verwerende partij zich vergist, haar standpunt onjuist is en de offerte op dat punt wel regelmatig is. Ondergeschikt betoogt verzoekster telkens dat zij de mogelijkheid had moeten krijgen tot het regulariseren van haar offerte.

Wat meer bepaald het aangeboden onderhoud betreft, onderstreept verzoekster dat de kwestie uitdrukkelijk ter sprake is gekomen tijdens de onderhandelingen. Zij heeft expliciet tijdens onderhandelingen op 18 september 2024 duidelijk gemaakt dat zij een volledig *Full Omnium* onderhoud aanbiedt. Zij heeft de correcte draagwijdte en de werkelijke bedoeling van de thans door de verwerende partij geviseerde passage in haar offerte verduidelijkt. Hierna was het voor iedereen duidelijk dat er geen probleem rees en dat het aangeboden onderhoud conform was. Dat is bevestigd in een door de verwerende partij zelf opgesteld verslag van de vergadering. Gelet op deze bevestiging vanwege de verwerende partij zelf waar uitdrukkelijk is geschreven dat verzoekster wel degelijk een omnium onderhoudscontract aanbiedt, kon en mocht zij ervan uitgaan dat haar offerte op dit punt in orde was.

Omdat er hierover geen opmerkingen werden gemaakt door de verwerende partij na de indiening op 24 oktober 2024 van de volgende offerte met dezelfde clause, was verzoekster ervan overtuigd dat haar offerte conform de vereisten was. In zoverre de verwerende partij van mening zou zijn geweest dat er nog een probleem was met de offerte van verzoekster voor wat het *Full Omnium* onderhoud betreft, dan had zij dit uiteraard wel opgemerkt (en moeten opmerken) naar aanleiding van het onderzoek van de offerte die was ingediend op 24 oktober 2024.

Bovendien stelt verzoekster subsidiair dat, indien er al sprake zou zijn geweest van enige onregelmatigheid, zij de mogelijkheid had moeten krijgen om nog haar voorlaatste offerte van 24 oktober 2024 te regulariseren. Het ontbreken van deze mogelijkheid tot regularisatie is “kennelijk onredelijk” en dus ook in strijd met het in artikel 4 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ vervatte proportionaliteitsbeginsel en in strijd met artikel 74, § 4, van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de speciale sectoren’, alsook met de bepalingen van het bestek.

Beoordeling

7. De bekritiseerde motivering in de bestreden beslissing over het door verzoekster geboden onderhoud luidt:

“In de bestekbepalingen wordt meerdere malen vereist dat er een Omnium-onderhoudscontract dient aangeboden te worden:

- document TECH II – Technische bepalingen, pagina 8
- document TECH III – Onderhoud, pagina 3
- document TECH III – Onderhoud, pagina 14
- document CS3-0002093338 Prijsinventaris, tab 2.Deel 2 – onderhoudscontract

Meer precies vereist de NMBS het volgende:

‘omnium onderhoud, exclusief vandalisme, van het nieuwe automatiseringswerk gedurende de uitvoering van de werken, gedurende de garantie-periode en aansluitend gedurende het onderhoudscontract.’ (TECH III – Onderhoud, pagina 3).

Besix stelt in haar offerte (CS3-0002093338 - B6UA - O103_05625-0014 - Onderhoud, p. 7) het volgende over het onderhoud:

‘Tijdens deze periode zullen alle kosten met betrekking tot het herstellen van de gemelde storing of schade steeds ten laste zijn van de opdrachtgever tenzij die kan aantonen dat de oorzaak van de storing of schade het gevolg was van een gebrekkig onderhoud’

Deze clausule is strijdig met de vereiste van het aanbieden van een Full Omnium onderhoud. Het herstellen van storingen of schade binnen de opdracht moet op de opdrachtnemer vallen (en de kosten moeten door hem gedragen worden), zelfs als een herstelling die zich opdringt niet het gevolg is van een gebrekkig onderhoud.

De NMBS heeft de vraag tot correctie meerdere keren gesteld aan Besix (EMAIL 18/09/2024 ‘BESIX - SNCB LON Antwerp Placeholder SNCB meeting’ – EMAIL 19/04/2023 ‘SNCB_NMBS Tender CS3_0002093338 LON Request for Information’).

BESIX heeft meerdere kansen gekregen om hun clausule aan te passen. Dit hebben ze ondanks alle kansen niet gedaan. Het blijkt dus effectief de intentie van BESIX te zijn om dit voorbehoud te behouden. De voormelde passage kan niet als een materiële vergissing gekwalificeerd worden.

Dit zorgt ervoor dat de beide offertes niet met elkaar vergelijkbaar zijn. Inhoudelijk geeft BESIX niet dezelfde service als de andere partij.

Het in de offerte van Besix opgenomen voorbehoud en het niet aanbieden van een Full Omnium onderhoudscontract in haar offerte is dan ook een substantiële onregelmatigheid, op grond van artikel 74 KB Plaatsing Speciale Sectoren:

- Ten eerste is het aanbieden van een full omnium onderhoudscontract een minimale eis, waarvan de niet-naleving leidt tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte op grond van artikel 74 § 1 vierde lid 3° KB Plaatsing Speciale Sectoren. Op verschillende plaatsen in het bestek

vereist NMBS dat het onderhoud van het automatiseringsnetwerk uit een Full Omnium Onderhoudscontract moet bestaan. Gezien de aard van het contract, Design-Build-Maintain, is het onderhoud een essentieel aspect van de opdracht. Het is dan ook essentieel voor het goede verloop van de opdracht dat de inschrijvers het onderhoud kunnen leveren zoals vereist door de NMBS. Los van de gevolgen van het besproken voorbehoud voor het gelijkheidsbeginsel en de eerlijke mededinging (zie hierna), beantwoordt de offerte niet aan één van de essentiële eisen van de NMBS, nl. een volledige ontlasting op vlak van onderhoud. De NMBS wenst haar opdracht niet toe te wijzen aan een offerte die dergelijk voorbehoud bevat.

- Ten tweede kwalificeert deze onregelmatigheid ook als een substantiële onregelmatigheid op grond van artikel 74 § 1 derde lid KB Plaatsing Speciale sectoren aangezien:

- o Deze onregelmatigheid Besix een discriminerend voordeel biedt aangezien Besix hierdoor een lagere prijs voor haar onderhoudscontract kon aanbieden. Het verschil tussen beide inschrijvingen loopt op tot 62,5 % in het voordeel van Besix.

- o Deze onregelmatigheid de vergelijking van de offerte van Besix met de offerte van de andere inschrijver verhindert, aangezien een Full Omnium onderhoudscontract niet kan worden vergeleken met een onderhoudscontract dat veel minder uitgebreid onderhoud voorziet. De NMBS zou appels met peren vergelijken.

- o Deze onregelmatigheid de verbintenis van Besix om de opdracht ‘onder de gestelde voorwaarden’ uit te voeren onbestaande maakt.

Uit al het voorgaande blijkt dat het niet aanbieden van een Full Omnium onderhoudscontract door Besix een substantiële onregelmatigheid in de zin van artikel 74 KB Plaatsing Speciale Sectoren uitmaakt.”

8. Verzoekster betwist niet dat het bestek voor het aspect ‘maintain’ van de raamovereenkomst uitgaat van een “omnium onderhoud, exclusief vandalisme, van het nieuwe automatiseringsnetwerk gedurende de uitvoering van de werken, gedurende de garantieperiode en aansluitend gedurende het onderhoudscontract”.

Zij betwist evenmin dat het *Full Omnium* onderhoud een minimale eis of vereiste vormt die als substantieel moet worden aangemerkt.

Ook wordt de wettigheid van deze minimale eis niet in vraag gesteld.

De niet-naleving van de minimale eisen en de vereisten die als substantieel worden aangemerkt in de opdrachtdocumenten, is overeenkomstig artikel 74, § 1, vierde lid, 3°, van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de speciale sectoren’ een substantiële onregelmatigheid.

9. In de BAFO (*best and final offer*) van verzoekster staat onder ‘Onderhoud Antwerpen Centraal Station: Vervanging LON-netwerk’ over het onderhoudscontract:

“Tijdens deze periode zullen alle kosten met betrekking tot het herstellen van de gemelde storing of schade steeds ten laste zijn van de opdrachtgever tenzij die kan aantonen dat de oorzaak van de storing of schade het gevolg was van een gebrekkig onderhoud. We engageren ons echter wel eerst de storing op te lossen of schade te herstellen en pas daarna na te kijken wat de oorzaak hiervan geweest is.”

10. Samen met de verwerende partij mag op het eerste gezicht worden vastgesteld dat *Full Omnium* een uitgebreide dekking omvat: de opdrachtnemer draagt de risico’s en kosten voor storingen of schade – behalve vandalisme – ongeacht of deze te wijten zijn aan zijn nalatigheid. Zo lijken storingen door slijtage, defecten of andere oorzaken onder de verantwoordelijkheid van de opdrachtnemer te vallen. De opdrachtnemer moet het netwerk onderhouden, ongeacht de oorzaak van de schade die een herstelling vereist; enkel voor vandalisme geldt een uitzondering.

De aangehaalde clause in haar BAFO stelt verzoekster daarentegen geheel vrij van alle kosten die niet het gevolg zijn van “gebrekkig onderhoud”; deze zullen “steeds ten laste zijn van de opdrachtgever”. Hiermee wordt het onderhoudsrisico grotendeels verplaatst naar de verwerende partij, die daarenboven de bewijslast draagt om aan te tonen dat de onderhoudskosten terug te voeren zijn tot gebrekkig onderhoud en dus toch aan verzoekster toerekenbaar zijn.

Op grond hiervan mag de verwerende partij op wettige wijze aannemen, zo lijkt, dat deze clause indruist tegen het “Full Omnium”-principe en de offerte bijgevolg een substantiële onregelmatigheid bevat.

11. De verwijzing, door verzoekster, naar het verloop van de onderhandelingen vermag de Raad van State in de huidige stand van de rechtspleging niet tot een andere conclusie te brengen.

Zoals ook is aangegeven in de bestreden beslissing en verzoekster zelf erkent, heeft de verwerende partij verzoekster verschillende malen uitdrukkelijk ervoor gewaarschuwd dat haar clause niet voldoet aan de minimale eis, waardoor haar offerte riskeert substantieel onregelmatig te worden verklaard. Zij heeft ook overeenkomstig artikel 74, § 4, derde lid, van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de speciale sectoren’ op verschillende tijdstippen de mogelijkheid aan de inschrijver verschaft om deze onregelmatigheid te regulariseren, wat trouwens door verzoekster wordt bevestigd.

Het verslag van de onderhandelingen van 18 september 2024 herneemt uit een document van 28 augustus 2024 een tabel met de volgende reactie van de NMBS:

“Nee, onderhoudscontract is Omnium.
Indien de kosten voor herstelling niet inclusief zijn in de meetstaatpost voor het onderhoud, kunnen we deze offerte niet aanvaarden”,
samen met het antwoord van verzoekster:
“De formulering van onze aanname was ongelukkig en fout geformuleerd. BESIX Unitec bedoelde dat zo zij een duidelijke vreemde/externe oorzaak aantoonde de onvoorziene kosten worden vergoed (het herstel van onderdelen – die zonder aantoonbare redenen zijn stuk gegaan los van gebreken – vormt daarbij alleszins geen vreemde oorzaak en is vervat in onze prijs). Met deze verduidelijken wij dan ook dat wij inclusief in de meetstaatposten de kosten voor herstelling in onze prijs voorzien, omnium cfr. het onderhoudscontract. Wel nemen wij aan dat het KB van 14 januari 2013 toepassing vindt, in het bijzonder onverkort artikel 38/9 van het KB.
U zal wel begrijpen dat het niet mogelijk is om voor een periode van 15 jaar onvoorziene omstandigheden zoals bedoeld in dat artikel in te calculeren. Wij nemen dan ook aan dat wat de tekst/versie van artikel 38/9 in het KB zou veranderen als niet bestaand wordt beschouwd. Te Bespreken.”

Onder die tabel is in het verslag vervolgens het volgende genoteerd:

“--> Verduidelijk

Besix bevestig[t] dat ze wel degelijk een omnium onderhoudscontract aanbieden. De clausule dient eerder om problemen veroorzaakt door bijvoorbeeld (en niet sluitend) Vandalisme, bliksem inslag, etc.

MAW: Extreme onvoorziene oorzaken. Besix haalt aan dat bij herhaalde-lijke onterechte interventies (interventies die gevraagd worden waaruit blijkt dat de installatie niet de oorzaak van het probleem is), er gesproken zal moeten worden om dit efficiënter aan te pakken.”

Verzoekster stelt aldus in haar reactie van 28 augustus 2024 dat enkel schade met een duidelijk vreemde oorzaak ten laste van de verwerende partij valt. Zij vervolgt daarbij dat “het herstel van onderdelen – die zonder aantoonbare redenen zijn stukgegaan los van gebreken – [...] daarbij alleszins geen vreemde oorzaak [vormt] en [...] vervat [is] in onze prijs”. Op 18 september 2024 voegt zij daaraan toe dat enkel extreme onvoorziene oorzaken, zoals vandalisme en bliksem-inslag, hieronder vallen.

Deze antwoorden van verzoekster tonen *prima facie* niet de onwettigheid aan van de vastgestelde substantiële onregelmatigheid. De voorstelling van verzoekster dat enkel externe vreemde oorzaken zijn uitgesloten van het onderhoudscontract, is onverenigbaar met de bewoordingen die zijn opgenomen in de onderhoudsclausule in de finale offerte: verzoekster draagt enkel de schade die het gevolg is van gebrekkig onderhoud, alle andere oorzaken zijn door de clausule uitgesloten. De verwerende partij dient de beoordeling van de substantiële onregelmatigheid te verrichten aan de hand van de finale offerte en niet op basis van een mondelinge toelichting of schriftelijke reacties tijdens de onderhandelingen, die deze clausule tegenspreken. Daarenboven lijkt de mondelinge toelichting op zich niet te voldoen aan de minimale eis. Uit de opdrachtdocumenten blijkt dat enkel vandalisme is uitgesloten van het onderhoudscontract. De schade en storingen van andere (zelfs extreme) vreemde oorzaken vallen ten laste van de opdrachtnemer.

12. In het administratief dossier blijkt niet dat de verwerende partij heeft ingestemd met het standpunt ingenomen door verzoekster. Anders dan verzoekster het ziet, kan het stilzwijgen van de verwerende partij *prima facie* evenmin begrepen worden als een “bevestiging” of goedkeuring van verzoeksters standpunt

en instemming met de door haar bekritiseerde formulering. Overigens wordt verzoekster in het verslag van 18 september 2024 om een “aangepaste offerte” verzocht “tegen 10 oktober”.

13.1. Luidens artikel 74, § 4, derde lid, van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de speciale sectoren’ verklaart de aanbestedende overheid de offerte die een substantiële onregelmatigheid bevat nietig, behalve indien anders is bepaald in de opdrachtdocumenten. In dat laatste geval verschaft zij de inschrijver de mogelijkheid om een substantiële onregelmatigheid te regulariseren voordat de onderhandelingen worden aangevat, tenzij de aanbestedende overheid ten aanzien van de betreffende onregelmatigheid heeft aangegeven dat deze geen voorwerp kan uitmaken van regularisatie. Uit artikel 74, § 4, eerste lid, blijkt dat paragraaf 4 enkel van toepassing is op het regelmatigheidsonderzoek van de offertes die geen finale offertes zijn. Als de finale offerte substantieel onregelmatig is, laten de voormelde bepalingen geen enkele beoordelingsvrijheid aan de aanbestedende overheid, die de nietigheid van de offerte moet vaststellen.

13.2. Uit het bestek van de voorliggende opdracht blijkt dat de opdrachtdocumenten de mogelijkheid verschaffen om een substantiële onregelmatigheid te regulariseren vóór de onderhandelingen worden aangevat:

“De NMBS heeft het recht de inschrijvers toe te staan wezenlijke onregelmatigheden in hun offerte te corrigeren. Dit is ook het geval voor een offerte die verschillende niet-substantiële onregelmatigheden bevat die, door hun cumulatie of combinatie, een substantiële onregelmatigheid doen ontstaan.

Een dergelijke regularisatie is slechts mogelijk indien aan de volgende voorwaarden is voldaan: het aanbod vormt niet het definitieve aanbod; de regularisatie vindt plaats voordat de onderhandelingen worden aangevat.”

13.3. De verwerende partij heeft verzoekster meermaals gewezen op de onregelmatigheid van haar offerte met betrekking tot het aangeboden onderhoud. Noch artikel 74 van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de speciale sectoren’ noch de andere ingeroepen bepalingen en beginselen van behoorlijk bestuur, noch het bestek lijken de verwerende partij te

verplichten om bij nazicht van de voorlaatste offerte nógmaals te wijzen op dezelfde onregelmatigheid, om de inschrijver opnieuw een kans te geven om de besproken onregelmatigheid te regulariseren.

Evenmin kan uit het gebrek aan opmerkingen bij die voorlaatste offerte door de verwerende partij worden afgeleid dat zij de offerte (stilzwijgend) regelmatig acht. Het lag integendeel op de weg van verzoekster om, goed bewust van het belang van het *Full Omnium* onderhoud voor de verwerende partij, haar BAFO, zijnde haar enige bindende voorstel, met de nodige zorgvuldigheid en vrij van dubbelzinnigheid op te stellen. Bijkomend: het is op grond van artikel 74, § 4, eerste lid, *iuncto* § 3, van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de speciale sectoren’ pas bij de finale offerte dat de nietigheid van de substantieel onregelmatige offerte wordt uitgesproken.

14. De kritiek van verzoekster tegen deze vastgestelde substantiële onregelmatigheid dient in de huidige stand van het geding te worden verworpen.

15. In de bestreden beslissing stelt de verwerende partij nog twee andere substantiële onregelmatigheden vast.

Zoals uit artikel 74, § 3, van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de speciale sectoren’ blijkt, dient een finale offerte die een substantiële onregelmatigheid bevat, door de aanbestedende overheid nietig te worden verklaard.

Verzoekster lijkt dan ook geen belang te hebben bij de wettigheidskritiek aangevoerd tegen de twee andere in de bestreden beslissing vastgestelde substantiële onregelmatigheden. Zelfs indien de kritiek tegen deze twee onregelmatigheden ernstig is, kan dit niet tot de vaststelling leiden dat haar offerte ten onrechte als substantieel onregelmatig werd verworpen.

16. Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

17. Het tweede middel is:

“Genomen uit de schending van artikel 84 en 153 van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten; Schending van artikel 43 en 44 van het KB van 18 juni 2017 Plaatsing Overheidsopdrachten in de Speciale Sectoren; Schending van het zorgvuldigheidsbeginsel; Schending van het gelijkheidsbeginsel; Schending van de formele en materiële motiverings[p]licht; Doordat verwerende partij de opdracht heeft gegund aan inschrijver Equans nv nu deze inschrijver de economisch meest voordelige offerte zou hebben ingediend; Dat verwerende partij tevens motiveert dat de offerte van inschrijver Equans nv regelmatig zou zijn en geen abnormale eenheidsprijzen of totaalprijzen zou bevatten;

Terwijl verwerende partij ertoe gehouden was een zorgvuldig prijsonderzoek te voeren, zeker wanneer zeer aanzienlijke prijsverschillen worden vastgesteld; Dat verwerende partij de lage prijs van inschrijver Equans nv voor het gedeelte ‘Build’ niet zomaar mocht aanvaarden zonder verder onderzoek; Dat dit des te meer geldt wanneer de prijs van inschrijver Equans nv voor het gedeelte ‘Build’ aanzienlijk lager was dan de prijs van verzoevende partij én verwerende partij van oordeel is dat de prijs van verzoevende partij niet alle vereiste kosten bevat; Dat verwerende partij haar beslissing tot gunning van de opdracht aan inschrijver Equans nv behoorlijk en afdoende diende te motiveren waarbij in deze dan specifiek gemotiveerd moest worden waarom de reeds op het eerste zicht zeer lage prijs van inschrijver Equans nv voor het gedeelte ‘Build’ alsnog en zonder meer mocht worden aanvaard; Dat het derhalve niet vaststaat dat de opdracht is gegund aan de inschrijver met de economisch meest voordelige en regelmatige offerte;

Zodat de bestreden beslissing de in het middel aangehaalde wetsbepalingen en beginselen schendt.”

Verzoekster betoogt dat er grote prijsverschillen bestaan tussen haar offerte en die van de tussenkomende partij, specifiek in het gedeelte ‘Build’ van de opdracht. Zij merkt op dat, zelfs volgens de eigen berekeningen van de verwerende partij, de tussenkomende partij een aanzienlijk lagere prijs heeft aangeboden voor het gedeelte ‘Build’. Hoewel de verwerende partij aan verzoekster verwijt bepaalde kosten niet in haar offerte te hebben opgenomen, blijkt dat juist de offerte van de tussenkomende partij substantieel lager is voor het ‘Build’-gedeelte, wat volgens verzoekster opmerkelijk is en op zijn minst vragen oproept over mogelijke

abnormale prijzen. Gezien deze substantiële prijsverschillen is het uiterst onzorgvuldig dat de verwerende partij hierover geen nader onderzoek heeft verricht en evenmin een prijsverantwoording heeft gevraagd aan de tussenkomende partij. De motivering in de bestreden beslissing dat het prijsonderzoek methodisch en zorgvuldig zou zijn uitgevoerd, is niet meer dan een standaardformulering en voldoet niet aan de eisen van concrete en afdoende motivering. Verzoekster concludeert dat het prijs- en kostenonderzoek van de verwerende partij onvoldoende zorgvuldig is geweest en daarmee in strijd is met de toepasselijke wetgeving en algemene rechtsbeginselen.

Beoordeling

18. Verzoekster ontwikkelt het tweede middel vanuit de veronderstelling “dat de door de nv Equans geboden prijs voor het onderhoud een 8.688.000,00 EUR behelst” en “dat het gedeelte ‘Build’ in de offerte van de nv Equans slechts een 21.495.883,00 EUR bedraagt”. De prijzen van verzoekster bedragen 3.258.000,00 euro voor het onderhoud en 26.401.000,00 euro voor het gedeelte ‘Build’. Verzoekster steunt op die cijfers om vervolgens te argumenteren dat er aanzienlijke verschillen zijn zodat de verwerende partij nader onderzoek moest uitvoeren en de nv Equans moest bevragen over haar prijzen “minstens voor wat betreft [...] het gedeelte ‘Build’ daarvan”. Uit de bestreden beslissing blijkt evenwel niet dat een behoorlijk prijsonderzoek is gevoerd. Rekening houdend met de voormelde cijfers, diende de verwerende partij minstens te motiveren waarom de door de nv Equans geboden prijs zonder meer als normaal werd beschouwd en geen verder onderzoek nodig was, aldus verzoekster.

19. Het lijkt erop dat het middel feitelijke grondslag mist. Verzoeksters premisse is verkeerd; zoals de verwerende partij in haar nota vermeldt, blijken uit de voorliggende stukken immers de volgende prijzen:

	Besix Unitec	Equans
Build	26.401.461,61	24.888.300,11
Onderhoud	3.258.399,06	5.295.583,27
Totaal	29.659.860,67	30.183.883,38

De prijzen van de nv Equans stemmen bijgevolg geenszins overeen met de door verzoekster in het verzoekschrift veronderstelde prijzen. Inzonderheid voor het door verzoekster geïmprimeerde gedeelte ‘Build’ is de offerte van de tussenkomende partij geen 21.495.883,00 euro maar 24.888.300,11 euro en aldus slechts ongeveer 5,7% goedkoper in verhouding tot de prijs van verzoekster (26.401.461,61 euro). Bovendien liggen de geboden totaalprijzen zeer dicht bij elkaar.

20. Uit het administratief dossier (stuk 27) blijkt, zoals de verwerende partij aangeeft in haar nota, dat zij een algemeen prijsonderzoek heeft gevoerd waaruit blijkt “dat de totaalprijzen en eenheidsprijzen van de inschrijvers naast elkaar zijn gelegd, in Excel-tabellen” en dat zij “bovendien ook gemiddelde prijzen berekend [heeft]”.

21. De verwerende partij beschikt in het kader van het algemeen prijsonderzoek als aanbestedende overheid over een aanzienlijke beoordelingsruimte om alsdan al dan niet over te gaan tot een bijzonder onderzoek naar abnormale prijzen. Deze beoordelingsruimte lijkt des te meer aanwezig in geval voor de onderhandelingsprocedure is gekozen.

Op grond van louter twee offertes lijkt het voorts moeilijk om een objectieve maatstaf te bepalen voor wat als een ‘normale’ prijs geldt. Verzoekster lijkt ervan uit te gaan dat háár offerte de maatstaf moet zijn om het al dan niet abnormaal karakter van de geboden prijzen tegen af te meten. Daarin lijkt zij niet gevolgd te kunnen worden, des te minder nu haar offerte onregelmatig is bevonden op gronden die haar een prijsvoordeel opleveren.

Om haar middel te onderbouwen, voert verzoekster geen ander argument aan dan de hiervóór onjuist bevonden premisse over de prijs van de nv Equans voor het gedeelte ‘Build’ en haar eigen aangeboden prijzen.

Verzoekster overtuigt zo in de huidige stand van de rechtspleging hiermee niet van haar stelling dat de door de nv Equans geboden prijzen, inzonderheid voor het gedeelte ‘Build’, abnormaal laag zouden zijn, wat tot een bijzonder prijsonderzoek zou nopen.

22. Aangezien bij het algemeen prijsonderzoek in de offerte van de nv Equans geen abnormale prijzen werden vastgesteld, lijkt een bijzondere bevraging niet verplicht en volstaat vanuit de formelemotiveringsplicht op het eerste gezicht de volgende vermelding in de gunningsbeslissing onder ‘Nazicht/bevraging van de prijzen’:

“De aanbestedende overheid heeft de door de inschrijvers ingediende prijzen methodisch, zorgvuldig en gedetailleerd beoordeeld. De definitieve offerte van Equans bevat geen kennelijk abnormale eenheidsprijzen of totaalprijzen.”

23. Een schending van de in het middel aangevoerde regels en beginselen is *prima facie* niet aangetoond.

Het tweede middel is niet ernstig.

C. Besluit

24. Geen van de middelen is ernstig gebleken; de vordering dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

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

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. 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.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van twaalf augustus tweeduizend vijftientig, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Geert Van Haegendoren, kamervoorzitter,
bijgestaan door

Joris Casneuf, griffier.

De griffier

De voorzitter

Joris Casneuf

Geert Van Haegendoren