

## Jurisprudence communautaire / Europese rechtspraak

ANN LAWRENCE DURVIAUX ET KRIS WAUTERS

HvJ (4<sup>e</sup> k.), 16 februari 2012,  
*Marcello Costa, Ugo Cifone*, zaken C-72/10 en C-77/10,

C.J.U.E. (4<sup>e</sup> ch.), 16 février 2012,  
*Marcello Costa, Ugo Cifone*, aff. C-72/10 et C-77/10

*Vrijheid van vestiging – Vrij verrichten van diensten – Kansspelen – Vereiste van concessie – Beginsel van gelijke behandeling en transparantieplichting – Rechtszekerheidsbeginsel – Bescherming van houders van eerdere concessies – Verplichte minimumafstanden tussen inzamelpunten van weddenschappen – Grensoverschrijdende activiteiten vergelijkbaar met activiteiten waarvoor concessie wordt verleend*

*Liberté d'établissement – Libre prestation des services – Jeux de hasard – Exigence d'une concession – Principe d'égalité de traitement et obligation de transparence – Principe de sécurité juridique – Protection des titulaires des concessions antérieures – Distances minimales obligatoires entre points de collecte de paris – Activités transfrontalières assimilables à celles faisant l'objet de la concession*

Het is een aangelegenheid van de nationale rechtsorde om procedureregels vast te stellen ter bescherming van de rechten van de onrechtmatig van de eerste aanbesteding uitgesloten exploitanten, mits die regels niet ongunstiger zijn dan die welke voor soortgelijke situaties krachtens nationaal recht gelden (gelijkwaardigheidsbeginsel) en zij de uitoefening van de door de rechtsorde van de Unie verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken (doeltreffendheidsbeginsel).

Zowel de intrekking en herverdeling van de oude concessies als de uitschrijving van een aanbesteding voor een passend aantal nieuwe concessies kunnen gepaste oplossingen zijn. Beide oplossingen kunnen in principe minstens voor de toekomst tegemoetkomen aan de onrechtmatige uitsluiting van bepaalde exploitanten, door het hen mogelijk te maken hun marktactiviteiten onder dezelfde voorwaarden uit te oefenen als de bestaande exploitanten. Dat is echter niet het geval wanneer de nationale wettelijke regeling de door de bestaande exploitanten verworven handelsposities beschermt. Het feit dat de bestaande exploitanten hun activiteit enkele jaren eerder dan de onrechtmatig uitgesloten exploitanten hebben kunnen aanvatten, en op die manier een positie op de markt hebben kunnen veroveren met een zekere

bekendheid en een vaste klantenkring, heeft hen een ongerechtvaardigd mededingingsvoordeel opgeleverd. De bestaande exploitanten nog bijkomende mededingingsvoordelen verlenen ten opzichte van nieuwe concessiehouders brengt mee dat de gevolgen van de onrechtmatige uitsluiting van de nieuwe concessiehouders in stand worden gehouden en versterkt, en vormt zo een nieuwe schending van de artikelen 43 EG en 49 EG en van het beginsel van gelijke behandeling. Een dergelijke maatregel maakt het bovendien uiterst moeilijk voor de onrechtmatig van de aanbesteding uitgesloten exploitanten om de hen door de rechtsorde van de Unie verleende rechten uit te oefenen en voldoet dus niet aan het doeltreffendheidsbeginsel.

De overheidsinstanties die concessies verlenen met betrekking tot kansspelen dienen de fundamentele regels van de Verdragen in acht te nemen, in het bijzonder de artikelen 43 EG en 49 EG, het beginsel van gelijke behandeling en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit alsmede de daaruit voortvloeiende transparantieplichting. Zonder noodzakelijkerwijs te vereisen dat een aanbesteding wordt uitgeschreven, houdt deze transparantieplichting, die van toepassing is wanneer de betrokken concessie een onderneming die is gevestigd in een andere lidstaat dan die waar

## ACTUALITÉS • ACTUALIA

ANN LAWRENCE DURVIAUX ET KRIS WALTERS

deze concessie wordt aanbesteed, kan interesseren, in dat de concessieverlenende overheid elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid waarborgt, zodat de concessie voor mededinging openstaat en de aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst.

De aanbesteding van dergelijke concessies moet bijgevolg zijn gebaseerd op objectieve criteria die niet-discriminerend en vooraf bekend zijn, zodat een grens wordt gesteld aan de uitoefening van de beoordelingsbevoegdheid van de nationale autoriteiten. Het beginsel van gelijke behandeling eist bovendien dat alle inschrijvers dezelfde kansen krijgen en impliceert dus dat voor hen allen dezelfde voorwaarden gelden. Dit geldt te meer in een situatie waar een schending van het Unierecht door de aanbestedende overheid reeds een ongelijke behandeling tussen bepaalde exploitanten heeft veroorzaakt.

De verplichting voor nieuwe concessiehouders om zich te vestigen op een minimumafstand van de reeds bestaande exploitanten heeft tot gevolg dat de door de reeds gevestigde exploitanten verworven handelsposities worden beschermd ten nadele van nieuwe concessiehouders, die worden verplicht zich te vestigen op commercieel minder interessante plaatsen dan de oorspronkelijke concessiehouders. Die maatregel leidt dus tot een discriminatie.

Wat betreft een eventuele rechtvaardiging van die ongelijke behandeling is het vaste rechtspraak dat economische motieven, zoals het streven de exploitanten met een concessie een waarborg te bieden voor continuïteit, financiële stabiliteit en een aanvaardbaar rendement op investeringen uit het verleden, niet kunnen worden aanvaard als dwingende redenen van algemeen belang die een beperking van een door het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheid rechtvaardigen. Men kan zich ook niet met succes beroepen op het aangevoerde motief dat erin bestaat te verzekeren dat de verkooppunten van kansspelen gelijkmatig over het nationale grondgebied worden gespreid, teneinde enerzijds te vermijden dat consumenten die dichtbij die wedinrichtingen wonen, worden blootgesteld aan een overmatig aanbod en, anderzijds, dat consumenten die op plaatsen wonen met minder inrichtingen, opteren voor illegale kansspelen.

Het is juist dat die motieven, die betrekking hebben op enerzijds de beperking van de gelegenheden tot spelen en anderzijds de bestrijding van de criminaliteit door controle op de in deze sector actieve exploitanten en door kanalisering van de kansspelactiviteiten in aldus gecontroleerde circuits, door de rechtspraak worden aanvaard als rechtvaardigingsgronden voor beperkingen van de fundamentele vrijheden in de kansspelsector. Echter, wat het eerste motief betreft is de Italiaanse kansspelsector lange tijd gekenmerkt geweest door een expansiebeleid met het doel de belastingopbrengsten te verhogen, zodat in die context geen enkele rechtvaardiging kan worden ontleend aan de doelstellingen van beperking van de goklust van de consument of van de beperking van het spelaanbod. Voorts is het, wat het tweede motief betreft, vaste rechtspraak dat door lidstaten opgelegde beperkingen moeten voldoen aan het evenredigheidsbeginsel en dat een nationale wettelijke regeling slechts geschikt is om de verzevenlijking van de aangevoerde doelstelling te verzekeren wanneer de middelen om het doel te bereiken samenhangend en stelselmatig zijn. Echter zijn de regels inzake de minimumafstanden enkel opgelegd aan de nieuwe concessiehouders, met uitsluiting van de reeds gevestigde. Hoewel een regeling inzake minimumafstand tussen verkooppunten op zich kan zijn gerechtvaardigd, kunnen dergelijke beperkingen niet worden aanvaard in omstandigheden zoals die in de hoofdgedingen, waar zij uitsluitend de nieuwe concessiehouders die tot de markt toetreden benadelen.

Een regeling inzake minimumafstanden tussen verkooppunten kan in elk geval slechts gerechtvaardigd zijn wanneer dergelijke regels niet als werkelijk doel hebben om de handelsposities van de bestaande exploitanten te beschermen. Bovendien moet de verwijzende rechter in voorkomend geval nagaan of de verplichting om minimumafstanden in acht te nemen, die de vestiging verhindert van bijkomende verkooppunten in populaire gebieden, werkelijk van dien aard is dat zij het aangevoerde doel bereikt en daadwerkelijk tot gevolg zal hebben dat de nieuwe exploitanten ervoor zullen kiezen zich te vestigen in minder bezochte gebieden, wat een nationale dekking garandeert.

Ger. (7<sup>e</sup> k.), 15 maart 2012,  
*Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systemata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE*  
*tegen Europese Commissie, zaak T-236/09*

T.U.E. (7<sup>e</sup> ch.), 15 mars 2012,  
*Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systemata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE*  
*contre Commission européenne, aff. T-236/09*

*Overheidsopdrachten van diensten – Offerteaanvraag – Uitsluiting – Motiveringsplicht – Gelijkheids- en transparantiebeginsel – Manifeste beoordelingsfout*  
*Marchés publics de services – Procédure d'appel d'offres – Exclusion – Obligation de motivation – Principe d'égalité et de transparence – Erreur manifeste d'appréciation*

En application de l'article 94 du règlement financier sont exclus de l'attribution d'un marché les soumissionnaires qui, à l'occasion de la procédure de passation de ce marché, se trouvent dans l'un des cas d'exclusion de la procédure de passation de ce marché visés à l'article 93, paragraphe 1, du règlement financier. L'article 93, paragraphe 1, sous f), du règlement financier prévoit que sont exclus de la participation aux procédures de passation de marchés les soumissionnaires qui font actuellement l'objet d'une sanction administrative visée à l'article 96, paragraphe 1, du règlement financier. Selon cette disposition, le pouvoir adjudicateur peut infliger des sanctions administratives ou financières aux contractants qui ont été déclarés en défaut grave d'exécution de leurs obligations en vertu de marchés financés par le budget.

Le fait qu'un soumissionnaire ait été déclaré en défaut grave d'exécution de ses obligations dans le cadre d'un autre marché ne conduit pas automatiquement à l'adoption de sanctions administratives. C'est seulement dans l'hypothèse où le pouvoir adjudicateur décide de lui infliger une sanction administrative sur le fondement de l'article 96, paragraphe 1, du règlement financier qu'un soumissionnaire sera exclu de la participation aux procédures de passation de marchés sur le fondement de l'article 93, paragraphe 1, sous f), du règlement financier. En outre, il y a lieu de souligner que l'article 134<sup>ter</sup> des modalités d'exécution prévoit uniquement que les soumissionnaires déclarés en défaut grave d'exécution de leurs obligations contractuelles peuvent être exclus des marchés.

L'article 93, paragraphe 1, sous b) et e), du règlement financier prévoit que sont exclus de la participation aux procédures de passation de marchés les candidats ou les soumissionnaires qui ont fait l'objet d'une condamnation prononcée par un jugement ayant autorité de chose jugée pour tout délit affectant leur moralité professionnelle et ceux qui ont fait l'objet d'un jugement ayant autorité de chose jugée pour fraude, corruption, participation à

une organisation criminelle ou toute autre activité illégale portant atteinte aux intérêts financiers des Communautés.

La faculté pour le pouvoir adjudicateur, prévue par l'article 134, paragraphe 4, des modalités d'exécution, de demander des documents concernant « les chefs d'entreprise ou toute personne ayant le pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle du candidat ou du soumissionnaire » vise à prouver que le soumissionnaire ne se trouve pas dans une des situations d'exclusion visées aux articles 93 et 94 du règlement financier. Ces documents ne peuvent donc concerner que la situation personnelle du soumissionnaire et non celle d'une personne morale distincte comme sa société mère.

L'obligation de motivation constitue une formalité substantielle qui doit être distinguée de la question du bien-fondé de la motivation, celui-ci relevant de la légalité au fond de l'acte litigieux. Les règles spécifiques concernant la motivation des décisions rejetant les offres soumises par des soumissionnaires dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres sont inscrites à l'article 100, paragraphe 2, du règlement financier et à l'article 149, paragraphe 3, des modalités d'exécution. Il résulte de ces dispositions, ainsi que de la jurisprudence du Tribunal, que la Commission satisfait à son obligation de motivation si elle se contente, tout d'abord, de communiquer immédiatement à tout soumissionnaire écarté les motifs du rejet de son offre et fournit, ensuite, aux soumissionnaires ayant présenté une offre recevable et qui en font la demande expresse les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue ainsi que le nom de l'attributaire dans un délai de quinze jours de calendrier à compter de la réception d'une demande écrite. Cette façon de procéder est conforme à la finalité de l'obligation de motivation consacrée à l'article 253 CE, selon laquelle il convient de faire apparaître d'une façon claire et non équivoque le raisonnement de l'auteur de l'acte, de façon à permettre, d'une part, aux intéressés de

ACTUALITÉS • ACTUALIA  
ANN LAWRENCE DURVIAUX ET KRIS WAUTERS

connaître les justifications de la mesure prise afin de faire valoir leurs droits et, d'autre part, au juge d'exercer son contrôle. L'obligation de motivation doit être appréciée en fonction des circonstances de l'espèce, notamment du contenu de l'acte, de la nature des motifs invoqués et de l'intérêt que les destinataires ou d'autres personnes concernées directement et individuellement par l'acte peuvent avoir à recevoir des explications.

La Commission dispose d'un large pouvoir d'appréciation quant aux éléments à prendre en considération en vue de la prise d'une décision de passer un marché sur appel d'offres. Le contrôle juridictionnel appliqué à l'exercice de ce pouvoir d'appréciation se limite, dès lors, à la vérification du respect des règles de procédure et de motivation, ainsi que de l'exactitude matérielle des faits, de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation et de détournement de pouvoir.

HvJ (3<sup>e</sup> k.), 15 maart 2012, *Europese Commissie tegen Duitsland*, zaak C-574/10  
C.J.U.E. (3<sup>e</sup> ch.), 15 mars 2012, *Commission européenne contre RFA*, aff. C-574/10

*Overheidsopdrachten – Richtlijn 2004/18/EG – Aanneming van diensten – Opdracht in percelen – Verwezenlijking in fases om budgettaire redenen – Waarde van de opdrachten*  
*Marchés publics – Directive 2004/18/CE – Marchés publics de services – Marché à lots – Réalisation en phases, pour des raisons budgétaires – Valeur du marché*

Le fait que les marchés de services sont définis, à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, sous d), de la directive 2004/18, par la négative par rapport aux marchés de travaux ou de fournitures ne saurait signifier qu'ils ne sont pas concernés par les règles, par les principes de portée générale et par les objectifs du droit de l'Union en matière de marchés publics, ni que cela leur réserve une particularité telle qu'ils échapperaient aux appréciations et aux critères d'ordre général établis par la jurisprudence de la Cour dans des affaires concernant un autre type de marchés publics.

En ce qui concerne spécifiquement le calcul de la valeur estimée d'un marché public, l'article 9, paragraphes 1 et 3, de la directive 2004/18 prévoit, d'une part, que ce calcul est fondé sur le montant total payable, hors T.V.A., estimé par le pouvoir adjudicateur et que, d'autre part, aucun projet d'ouvrage ni aucun projet d'achat visant à obtenir une certaine quantité de fournitures et/ou de services ne peut être scindé en vue de le soustraire à l'application de cette directive.

Pour un marché qui concerne des marchés de travaux distincts, lancés par plusieurs pouvoirs adjudicateurs, afin d'apprécier si ces travaux étaient liés entre eux d'une manière telle qu'ils devaient être regardés comme un ouvrage unique, il faut adopter une approche fonctionnelle. Il faut

appliquer le critère du caractère unitaire d'un ouvrage doté d'une continuité fonctionnelle et économique et il faut rechercher si les différents lots de cet ouvrage remplissaient la même fonction économique et technique.

Des raisons tenant à la prétendue nature différente des marchés de services ne sauraient justifier l'inapplicabilité à ces derniers de l'approche fonctionnelle. Ainsi, afin d'apprécier si des services dont la prestation a été effectuée en différentes phases distinctes doivent être considérés comme formant un marché unique, il convient de vérifier le caractère unitaire de leur fonction économique et technique.

En l'espèce, les prestations présentaient une cohérence interne d'un point de vue économique et technique ainsi qu'une continuité fonctionnelle, cohérence et continuité qui ne sauraient être considérées comme rompues en raison du fait que lesdites prestations ont été divisées en différentes phases, suivant le rythme d'exécution des travaux auxquels elles se rapportaient. De même, une telle rupture ne peut être justifiée par des considérations budgétaires. Bien que l'objectif de faciliter la participation des PME aux marchés publics lancés au niveau de l'Union soit légitime, un tel objectif ne saurait être poursuivi au détriment de l'application effective des règles de l'Union en matière de marchés publics.

Hvj (4<sup>e</sup> k.), 29 maart 2012,  
*SAG ELV Slovensko a.s., FELA Management AG, ASCOM (Schweiz) AG,  
Asseco Central Europe a.s., TESLA Stropkov a.s., Autostrade per l'Italia SpA,  
EFKON AG, Stalexport Autostrady SA tegen Úrad pre verejné obstarávanie, zaak C-599/10*

C.J.U.E. (4<sup>e</sup> ch.), 29 mars 2012,  
*SAG ELV Slovensko a.s., FELA Management AG, ASCOM (Schweiz) AG,  
Asseco Central Europe a.s., TESLA Stropkov a.s., Autostrade per l'Italia SpA,  
EFKON AG, Stalexport Autostrady SA contre Úrad pre verejné obstarávanie, aff. C-599/10*

*Overheidsopdrachten – Richtlijn 2004/18/EG – Verantwoording abnormale  
prijzen – Verzoeken van aanbestedende dienst om nadere toelichting bij  
inschrijving – Voorwaarden  
Marchés publics – Directive 2004/18/CE – Justification prix anormaux  
– Demandes du pouvoir adjudicateur tendant à la clarification de l'offre – Con-  
ditions*

Eén van de hoofddoelen van de Unierechtelijke regels inzake overheidsopdrachten is het garanderen van het vrij verkeer van diensten en de openstelling voor onvervalste mededinging in alle lidstaten. Teneinde dit tweeledige doel te bereiken past het Unierecht met name het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers of gegadigden en de daaruit voortvloeiende verplichting tot transparantie toe. De transparantieverplichting heeft in essentie tot doel te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen.

Wanneer voor een bepaalde opdracht inschrijvingen worden gedaan die in verhouding tot de te verlenen dienst abnormaal laag lijken, verzoekt de aanbestedende dienst, voordat hij deze inschrijvingen kan afwijzen, "schriftelijk om de door hem dienstig geachte preciseringen over de samenstelling van de desbetreffende inschrijving".

De Uniewetgever heeft de aanbestedende dienst willen verplichten om de samenstelling van abnormaal lage inschrijvingen te onderzoeken door hem in dat opzicht te verplichten de gegadigden te verzoeken de nodige motiveringen te verstrekken teneinde te bewijzen dat deze inschrijvingen serieus zijn. Het bestaan van een daadwerkelijk contradictoires debat tussen de aanbestedende dienst en de gegadigde, op een nuttig tijdstip in de procedure van het onderzoek van de inschrijvingen, opdat laatstgenoemde kan bewijzen dat zijn inschrijving serieus is, vormt bijgevolg een vereiste van Richtlijn 2004/18, om willekeurig optreden van de aanbestedende dienst te voorkomen en een gezonde mededinging tussen de ondernemingen te garanderen.

De lijst met in overweging te nemen aspecten opgesomd in artikel 55, lid 1, tweede alinea, van Richtlijn 2004/18 is weliswaar niet uitputtend, doch evenmin louter indicatief, zodat het de aan-

bestedende diensten niet vrijstaat om te bepalen welke relevante aspecten in overweging moeten worden genomen alvorens een abnormaal laag lijkend bod uit te sluiten. Het staat aan de aanbestedende dienst om de aan de betrokken gegadigden gerichte vraag duidelijk te formuleren teneinde hen in staat te stellen om ten volle en op nuttige wijze te rechtvaardigen dat hun inschrijvingen serieus zijn.

Artikel 55 van Richtlijn 2004/18 verzet zich geenszins tegen een nationale bepaling, die in wezen bepaalt dat, wanneer een kandidaat een abnormaal lage prijs voorstelt, de aanbestedende dienst hem schriftelijk verzoekt om zijn prijsvoorstel te preciseren, maar vereist integendeel dat een dergelijke bepaling in de nationale wettelijke regeling inzake overheidsopdrachten is opgenomen. Artikel 55 van Richtlijn 2004/18 verzet zich tegen het standpunt van een aanbestedende dienst die zou beweren dat het niet aan hem staat om de gegadigde om uitleg te verzoeken over een abnormaal lage prijs.

Richtlijn 2004/18 bevat, anders dan wat de abnormaal lage inschrijvingen betreft, geen bepaling die uitdrukkelijk voorziet in het gevolg dat in het kader van een niet-openbare aanbestedingsprocedure moet worden gegeven aan de constatering van de aanbestedende dienst dat de inschrijving van een gegadigde onnauwkeurig is of niet in overeenstemming is met de technische specificaties van het bestek.

De niet-openbare aanbestedingsprocedure impliceert naar haar aard dat wanneer de selectie van de gegadigden heeft plaatsgevonden en hun inschrijving is ingediend, deze inschrijving in beginsel niet meer mag worden aangepast op initiatief van de aanbestedende dienst of van de gegadigde. Het beginsel van gelijke behandeling van de gegadigden en de hieruit voortvloeiende transpa-

## ACTUALITÉS • ACTUALIA

ANN LAWRENCE DURVIAUX ET KRIS WAUTERS

rantieverplichting verzetten zich, in het kader van deze procedure, immers tegen elke onderhandeling tussen de aanbestedende dienst en de gegadigden. Indien het een aanbestedende dienst wordt toegelaten een gegadigde om preciseringen te verzoeken bij een inschrijving die hij onnauwkeurig of niet in overeenstemming met de technische specificaties van het bestek acht, zou dit immers een risico opleveren dat het zou lijken alsof de aanbestedende dienst, in geval de inschrijving van die gegadigde uiteindelijk zou worden gekozen, over deze inschrijving heimelijk heeft onderhandeld, ten nadele van de andere gegadigden, en in strijd met het beginsel van gelijke behandeling.

Noch uit artikel 2 noch uit een andere bepaling van Richtlijn 2004/18 noch uit het beginsel van gelijke behandeling of uit de transparantieplichting, blijkt dat de aanbestedende dienst in een dergelijke situatie verplicht zou zijn om contact op te nemen met de betrokken gegadigden. Die zouden zich er overigens niet over kunnen beklagen dat er in dit opzicht geen enkele verplichting op de aanbestedende dienst rust, aangezien de onduidelijkheid van de inschrijving slechts het gevolg is van een tekortschieten in hun zorgvuldigheidsplicht bij het opstellen ervan, waaraan zij net zoals de andere gegadigden zijn onderworpen.

Artikel 2 van Richtlijn 2004/18 verzet zich er dus niet tegen dat in een nationale wettelijke regeling geen bepaling is opgenomen die de aanbestedende dienst verplicht om de gegadigden in een niet-openbare aanbestedingsprocedure te verzoeken om hun inschrijvingen toe te lichten in het licht van de technische specificaties van het bestek alvorens deze inschrijvingen af te wijzen op grond dat zij onnauwkeurig zijn of niet overeenstemmen met deze specificaties.

Artikel 2 staat er evenwel niet aan in de weg dat, in uitzonderlijke gevallen, de gegevens van de inschrijvingen gericht kunnen worden verbeterd of

aangevuld, met name omdat deze klaarblijkelijk een eenvoudige precisering behoeven, of om kennelijke materiële fouten recht te zetten, mits deze wijziging er niet toe leidt dat in werkelijkheid een nieuwe inschrijving wordt voorgesteld. Dat artikel verzet zich er dus evenmin tegen dat het nationale recht een bepaling bevat volgens welke in wezen de aanbestedende dienst de gegadigden schriftelijk kan verzoeken om hun inschrijving te verduidelijken zonder evenwel een wijziging van de inschrijving te vragen of te aanvaarden. In de uitoefening van deze beoordelingsbevoegdheid, dient de aanbestedende dienst de verschillende gegadigden gelijk en op loyale wijze te behandelen, zodat het verzoek om toelichting aan het einde van de selectieprocedure van de inschrijvingen en in het licht van de uitkomst daarvan niet overkomt als ten onrechte in het voordeel of nadeel van de gegadigde of gegadigden tot wie dit verzoek was gericht.

Het verzoek om nadere toelichting bij de inschrijving zou slechts mogen worden gedaan nadat de aanbestedende dienst kennis heeft genomen van alle inschrijvingen. Dit verzoek dient bovendien, bij het ontbreken van een objectief controleerbare reden die een in dit opzicht verschillende behandeling van de gegadigden kan rechtvaardigen, op vergelijkbare manier te worden gericht aan alle ondernemingen die in dezelfde situatie verkeren, in het bijzonder wanneer de inschrijving hoe dan ook in het licht van andere aspecten moet worden afgewezen. Voorts dient het bedoelde verzoek alle punten van de inschrijving te behandelen die onnauwkeurig zijn of niet overeenstemmen met de technische specificaties van het bestek, zonder dat de aanbestedende dienst de inschrijving kan afwijzen wegens onduidelijkheid van een aspect ervan waarop dit verzoek geen betrekking had.

## Jurisprudence Conseil d'État/ Rechtspraak Raad van State

ERIC THIBAUT ET INGE VOS

RvS, 3 januari 2012, nr. 217.103, *n.v. Lampiris tegen stad Antwerpen (UDN)*

- I. Vertrouwensbeginsel – Zorgvuldigheid inschrijver bij voorbereiden offerte*
- II. Artikel 110, § 2, koninklijk besluit 8 januari 1996 – Bepalingen omtrent opgave prijs – Essentiële besteksbepalingen*
- III. Artikel 111 koninklijk besluit 8 januari 1996 – Verbetering offertes*
- IV. Zuinigheidsbeginsel*
- V. Artikelen 15 en 65/4, 5° wet 24 december 1993 – Openbare aanbesteding – Formele motivering*

I. – Het feit dat een medewerker van de aanbestedende overheid verzoekende partij een verouderde prijs simulatietabel bezorgd heeft, lijkt op het eerste gezicht niet van aard om verzoekende partij volledig van alle verplichtingen te ontslaan om de stukken die zij indient te controleren op hun conformiteit met de laatste versie van het bestek en de daarbij horende prijs simulatietabel. Alleszins lijkt dit niet van aard te zijn om bij verzoekende partij het rechtmatig vertrouwen te hebben mogen wekken dat deze tabel als nieuwe tabel werd voorgeschreven en diende te worden ingediend bij de offerte, aangezien de betrokken tabel verschilt van de laatste officieel meegedeelde tabel, afwijkt van de herhaaldelijk bevestigde regeling dat de kosten voor de niet-gereguleerde bijdrage niet meer afzonderlijk dienden te worden vermeld, en terug steunt op de regeling in het oorspronkelijke bestek.

Er mag van een inschrijver zorgvuldigheid worden verwacht bij het voorbereiden van zijn offerte, zeker wanneer hij daarvoor gebruik maakt van stukken die hij niet verkreeg via de officieel gepubliceerde weg, maar die hij zelf opvroeg samen met andere documenten die niet langer deel uitmaakten van het bestek in zijn geldende versie.

II. – Er lijkt in het gunningsverslag terecht te worden opgemerkt dat de offerte van verzoekende partij niet regelmatig is omdat zij een "foutieve prijs simulatietabel" hanteerde.

Artikel 110, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 bepaalt dat een afwijking van de essentiële besteksbepalingen, zoals opgesomd in artikel 89 van dat koninklijk besluit leidt tot de nietigheid van de offerte. De bepalingen omtrent de opgave van de prijs worden op grond van dat artikel 89 beschouwd als essentiële besteksbe-

gen. In de mate dat er onduidelijkheid bestond omtrent de gebruikte gegevens om tot de totaalprijzen te komen en er dus ook onduidelijkheid kon ontstaan over de vermelde totaalprijzen, kan worden aangenomen dat de vergelijkbaarheid van de offertes op belangrijke wijze was aangetast en lijkt de verwerende partij niet ten onrechte er te mogen zijn van uitgegaan dat de offerte van verzoekende partij diende te worden geweerd wegens een onverenigbaarheid met essentiële besteksbepalingen die de offerte substantieel onregelmatig maakte.

III. – Artikel 111 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 biedt de aanbestedende overheid de mogelijkheid, bij een aanbesteding, "rekenfouten" en "kennelijk materiële fouten" te verbeteren. Zij dient daarbij rekening te houden "met de werkelijke bedoeling van de inschrijvers" en gaat deze na "met alle middelen". Die verplichting is echter niet absoluut. Artikel 111, derde lid, bepaalt dat "Indien de bedoeling niet duidelijk is" de aanbestedende overheid, "hetzij [kan] beslissen dat de geboden eenheidsprijzen geldig zijn, hetzij de twijfelachtig bevonden offerte als onregelmatig verwerpen". Te dezen was het onduidelijk of de kosten voor de niet-gereguleerde bijdrage deel uitmaakten van de prijs of niet en blijkt *prima facie* niet dat de aanbestedende overheid hierover zekerheid had kunnen verkrijgen via een nadere analyse van de offerte of – zoals vermeld in voornoemd artikel 111 – een vergelijking van de prijzen met die van de overige inschrijvers en met de gangbare prijzen.

IV. – Wat de opgeworpen schending van het zuinigheidsbeginsel betreft, wordt vastgesteld dat dit beginsel lijkt samen te vallen met de wettelijke verplichting, vervat in artikel 15 van de Wet van