

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

**nr. 267.448 van 31 juli 2026
in de zaak A. 248.568/XIV-40.226**

In zake: de NV van publiek recht B.
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Bob Martens, Andi Zrza en Pauline Darras
kantoor houdend te 1000 Brussel
Wolstraat 70
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de NV van publiek recht NATIONALE LOTERIJ
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Virginie Dor en Youri Musschebroeck
kantoor houdend te 1170 Brussel
Terhulpsessesteenweg 178
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV D.
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Frank Judo en Ellen Deleersnyder
kantoor houdend te 1000 Brussel
Keizerslaan 3
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 7 juli 2026, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de (nieuwe) gunningsbeslissing van 16 juni 2026 van de Nationale Loterij, waarbij de Nationale Loterij, na intrekking van haar initiële gunningsbeslissing van 12 mei 2026, perceel 1 van de overheidsopdracht opnieuw heeft gegund aan [de nv D.]”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij beschikking van 8 juli 2026 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.

Met een verzoekschrift van 17 juli 2026 heeft de nv D. gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 28 juli 2026, om 11.00 uur.

Kamervoorzitter Chantal Bamps heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Bob Martens en Andi Zrza, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaat Youri Musschebroeck, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaten Frank Judo en Ellen Deleersnyder, die verschijnen voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Frederic Eggermont 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 uit voor diensten met als voorwerp het sluiten van een raamovereenkomst met één opdrachtnemer (per perceel) voor ‘logistiek en transport van colli’s, pallets, en promotie- en visibiliteitsmateriaal (2 percelen)’ (hierna: de opdracht).

De opdracht wordt nationaal en Europees bekendgemaakt.

Er wordt gekozen voor de mededingingsprocedure met onderhandeling in de zin van artikel 38, § 1, 1°, c), van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: de wet van 17 juni 2016).

De opdracht is onderworpen aan het bestek met referentie ‘FIN/PRO/2025/20’. Overeenkomstig het bestek wordt de opdracht opgedeeld in twee percelen, zijnde: 1) het vervoer van enveloppes, colli's, pallets voornamelijk over de weg in België, plus eventuele bijbehorende diensten; en 2) Pick/Pack, logistieke voorbereiding en transport van promotie- en visibiliteitsmateriaal, voornamelijk over de weg in België, plus eventuele bijbehorende diensten.

Het voorliggende geschil heeft enkel betrekking op perceel 1.

De uiterste datum voor het indienen van een aanvraag tot deelneming werd vastgesteld op 20 november 2025.

3.2. Acht ondernemingen, aldus het gunningsverslag, “waarvan een combinatie van twee ondernemingen”, dienen tijdig een kandidatuur in, waaronder “3. BPOST NV VAN PUBLIEK RECHT samen met [S.] NV (COMBINATIE)” en “6. [D.] NV”.

De voormelde twee kandidaten worden bij beslissing van 7 januari 2026 geselecteerd voor perceel 1.

3.3. Op 23 januari 2026 worden deze geselecteerde kandidaten uitgenodigd om op basis van het bestek een offerte in te dienen.

Uit het bestek (punt 1.9 – Deel 1 ‘Administratieve clausules’) blijkt dat voor perceel 1 de volgende gunningscriteria worden toegepast:

Nr.	Omschrijving	Punten
1	Prijs	40

	Bij de evaluatie van dit criterium zal de Nationale Loterij rekening houden met de totale globale prijs (inclusief BTW) op basis van de hypothetische hoeveelheden van te leveren diensten voor één jaar. Zie bijlage B “inventaris – prijzentabel”.	
	Beoordelingsmethode voor het criterium ‘Prijs’ De inschrijver die de laagste totale prijs (zie bijlage B - prijzentabel) heeft ingediend, krijgt op het prijscriterium het maximum van de punten. Alle overige aanbieders worden gerelateerd aan de inschrijving met de laagste totale prijs middels de volgende formule: $\text{Score} = 40 * (\text{prijs laagste offerte/ingediende prijs})$	
2	Plan van aanpak en kwaliteitsgarantie voor de uitvoering van de diensten	45
	De beoordeling zal rekening houden met de volgende aspecten: [...]	
3	MAATSCHAPPELIJK VERANTWOORD ONDERNEMEN - Sociale aspecten	7,5
	Bij de evaluatie zal rekening worden gehouden met de volgende aspecten, in het kader van de uitvoering van de opdracht voor de NL: [...]	
4	MAATSCHAPPELIJK VERANTWOORD ONDERNEMEN – Ecologische aspecten	7,5
	Bij de evaluatie zal rekening worden gehouden met de volgende aspecten. [...]	
Totaal		100

Voorts wordt onder punt 1.12 ‘Prijs’ het volgende bepaald:

“1.12.1 Type en samenstelling

Deze raamovereenkomst is een opdracht tegen prijslijst : de opdracht waarbij de eenheidsprijzen voor de verschillende posten forfaitair zijn en de hoeveelheden, voor zover er hoeveelheden voor de posten worden bepaald, worden vermoed of worden uitgedrukt binnen een vork. De posten worden verrekend op basis van de werkelijk bestelde en gepresteerde hoeveelheden.

De inschrijver moet het offerteformulier (bijlage A) en het stramien voor prijzen invullen (bijlage B).

Voor het perceel (de percelen) waarvoor ze een offerte indienen, moeten de inschrijvers het stramien voor prijzen (bijlage B), d.w.z. alle gevraagde velden die in het geel worden gemarkeerd (alle gele cellen). De inschrijvers verstrekken hier de details over de kosten volgens de gegeven prijsstructuur.

De prijzen zijn exclusief BTW en uitgedrukt in euro, tot ten hoogste twee (2) cijfers na de komma.

Zijn inbegrepen in zowel de eenheidsprijzen als de globale prijzen van de opdracht voor diensten: alle kosten, maatregelen en lasten van alle aard die inherent zijn aan de uitvoering van de opdracht, met name:

- het administratief beheer en het secretariaat;

- de verplaatsing, het vervoer;
- alle nodige verzekeringen;
- de documentatie betreffende de diensten;
- de levering van documenten of stukken die verband houden met de uitvoering;
- de eventuele verpakkingen;
- de voor het gebruik noodzakelijke vorming;
- in voorkomend geval, de maatregelen die door de wetgeving worden opgelegd inzake de veiligheid en de gezondheid van de werknemers tijdens de uitvoering van hun werk;
- het afhalen van de goederen;
- handling bij de opdrachtnemer;
- het transport en de levering naar de leveringsadressen;
- alle administratieve formaliteiten en rapporteringen;
- alle IT-ontwikkelingskosten.

De Nationale Loterij zal de ingediende offertes onderwerpen aan een prijsonderzoek overeenkomstig artikel 35 KB Plaatsing.

Op eenvoudig schriftelijk verzoek van de Nationale Loterij moet de inschrijver, vóór de toewijzing van de raamovereenkomst, alle gegevens leveren die de verificatie van de aangeboden prijzen mogelijk maken.

De Nationale Loterij kan personen aanwijzen voor het uitvoeren van alle verificaties op basis van boekhoudkundige stukken en alle onderzoeken ter plaatse, teneinde de juistheid na te gaan van de gegevens verstrekt in het kader van het prijsonderzoek.

1.12.2 Prijs van de uit raamovereenkomst volgende opdrachten

De opdrachtnemer is gebonden door de eenheidsprijzen die zijn opgegeven in zijn offerte. Hij verbindt zich ertoe ze toe te passen in het kader van de opdrachten die uit de raamovereenkomst volgen.

Specifieke opdrachten : de partner die voor de uitvoering van de opdracht zal zijn gekozen, zal verzocht worden om aanvullende offertes in te dienen (met zo nodig het verzoek om zijn offerte aan te vullen), en dit in functie van de aanvragen en de specifieke behoeften van de NL.

1.12.3 Prijsherziening

Zie punt 2.9. ‘Herzieningsclausules’”

3.4. De voormelde geselecteerde kandidaten dienen tijdig een offerte in.

3.5. Op 18 maart 2026 worden beide inschrijvers uitgenodigd voor een virtuele *feedback*vergadering op 26 maart 2026. Na deze gesprekken worden de inschrijvers uitgenodigd om uiterlijk op 9 april 2026 een aangepaste offerte in te dienen, die door hen tijdig wordt ingediend.

3.6. Op 17 april 2026 wordt de nv D. uitgenodigd tot het indienen van een rechtgezette offerte. Deze wordt ingediend op het e-Procurement platform.

3.7. Op 12 mei 2026 gunt de verwerende partij perceel 1 aan de nv D.

Het gunningsverslag vermeldt aangaande het ‘regelmaticheidsonderzoek van de offertes’ (punt 10) in punt 10.1 ‘Inhoud’ het volgende:

“10.1.1. Analyse van de initiële offertes

Gezien de complexiteit van het onderwerp van de opdracht, werd er een eerste analyse van de offertes gemaakt. Daaruit bleek dat het nodig was om de inschrijvers feedback te geven op hun oorspronkelijke offerte, zodat ze de kans zouden krijgen om hun offerte te verbeteren waar nodig.

Op 18 maart 2026 werden beide ondernemingen voor een feedbackgesprek over hun initiële offertes op 26 maart 2026 uitgenodigd.

[...]

Alle inschrijvers hebben tijdens het feedbackgesprek onze opmerkingen op hun offerte(s) voor de verschillende percelen ontvangen, met inbegrip van opmerkingen over de prijzen (indien nodig). Algemeen genomen hebben alle inschrijvers de mogelijkheid gekregen om een aangepaste en verbeterde offerte (bv. prijs) in te dienen als ze dat wensten.

10.1.2. Uitnodiging om een aangepaste offerte in te dienen

Op 26 maart 2026 werden alle inschrijvers tegelijkertijd via het e-Procurement platform uitgenodigd om een aangepaste offerte in te dienen. De offertes moesten op het e-Procurement platform ingediend worden uiterlijk op 9 april 2026, vóór 11u00.

10.1.3. Analyse van de aangepaste offertes

De offerte van [de nv D.] maakt melding van ‘brandstoftoeslag’ die van toepassing zou zijn op bepaalde posten van de inventaris. Brandstoftoeslagen zijn volgens het lastenboek niet mogelijk. De enige prijsherziening die mogelijk is, is de prijsherziening onder punt 2.9.2 Herziening van de prijzen. Er werd op 16/04/2026 aan [de nv D.] gevraagd om tegen 20/04/2026 te bevestigen dat dit geen impact zou hebben op de ingediende prijstabel.

In zijn antwoord heeft [de nv D.] gecorrigeerde prijzen met ‘all in tarieven’ bezorgd (inclusief brandstof, zodat geen afzonderlijke brandstoftoeslag meer van toepassing is), en heeft bevestigd dat de enige mogelijke prijsherziening die nog van toepassing blijft, is deze zoals voorzien onder punt 2.9.2 ‘Herziening van de prijzen’ van het lastenboek.

Deze rechtzetting van de prijzen en van de bepalingen (pagina 59 van de offerte) leidt tot een uitnodiging tot indiening van een rechtgezette offerte voor [de nv D.].

[De nv D.] heeft de rechtgezette offerte ingediend op het e-procurement platform.

Na analyse van de aangepaste offertes (BPOST en [de nv D.]) blijken bijkomende onderhandelingen niet nodig te zijn.”

3.8. Tegen de voormelde gunningsbeslissing wordt door de verzoekende partij op 3 juni 2026 een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid ingediend, gekend onder het rolnummer A. 248.279/XIV-40.193.

3.9. Na analyse van het verzoekschrift tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid besluit de verwerende partij om de voormelde gunningsbeslissing in te trekken. De intrekkingbeslissing van 16 juni 2026 wordt als volgt gemotiveerd:

“In deze zaak heeft de Nationale Loterij juridisch advies ingewonnen; op basis daarvan is gebleken dat het opportuun leek om de gunningsbeslissing in te trekken omdat de aard van de vastgestelde onregelmatigheid (substantieel of niet-substantieel) niet wordt gemotiveerd; evenmin wordt toegelicht welk juridisch gevolg aan de vastgestelde onregelmatigheid moet of kan worden gegeven; volgens vaste rechtspraak van de Raad van State mag men evenwel enkel rekening houden met de motieven van de beslissing (en eventueel de motieven die hun materiële grondslag vinden in de stukken van het dossier; zie RvS 17 mei 2021, nr. 250.607). Zo oordeelde de Raad van State reeds als volgt:

‘Aangezien het middel van de schending van de formele motiveringsplicht uitsluitend wordt beoordeeld aan de hand van de in het bestreden besluit uitgedrukte motieven, missen de *post factum* argumenten van de verwerende partij pertinentie.’ (RvS 18 februari 2009; zie ook RvS 19 december 2016, nr. 236.347; RvS 3 november 2016, nr. 236.347; etc.) In het licht daarvan lijkt het opportuun om de gunningsbeslissing d.d. 12 mei 2026 in te trekken en te heroverwegen.”

Ingevolge deze intrekking wordt de voormelde door de verzoekende partij op 3 juni 2026 ingediende vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid door de Raad van State bij arrest nr. 267.279 van 29 juni 2026 (ECLI:BE:RVSCE:2026:ARR.267.279) verworpen, nu deze vordering derhalve zonder voorwerp is geworden.

3.10. In dezelfde beslissing van 16 juni 2026 wordt tevens een nieuwe gunningsbeslissing genomen, waarbij de opdracht voor perceel 1 wederom aan de nv D. wordt gegund.

Dit is de bestreden beslissing.

Het gunningsverslag vermeldt aangaande het ‘regelmaticheidsonderzoek van de offertes’ (punt 11) in punt 11.1 ‘Inhoud’ het volgende:

“11.1.1. Analyse van de initiële offertes

Gezien de complexiteit van het onderwerp van de opdracht, werd er een eerste analyse van de offertes gemaakt. Daaruit bleek dat het nodig was om de inschrijvers feedback te geven op hun oorspronkelijke offerte, zodat ze de kans zouden krijgen om hun offerte te verbeteren waar nodig.

Op 18 maart 2026 werden beide ondernemingen voor een feedbackgesprek over hun initiële offertes op 26 maart 2026 uitgenodigd.

[...]

Alle inschrijvers hebben tijdens het feedbackgesprek onze opmerkingen op hun offerte(s) voor de verschillende percelen ontvangen, met inbegrip van opmerkingen over de prijzen (indien nodig). Algemeen genomen hebben alle inschrijvers de mogelijkheid gekregen om een aangepaste en verbeterde offerte (bv. prijs) in te dienen als ze dat wensten.

11.1.2. Uitnodiging om een aangepaste offerte in te dienen

Op 26 maart 2026 werden alle inschrijvers tegelijkertijd via het e-Procurement platform uitgenodigd om een aangepaste offerte in te dienen. De offertes moesten op het e-Procurement platform ingediend worden uiterlijk op 9 april 2026, vóór 11u00.

11.1.3. Analyse van de aangepaste offertes

De offerte van [de nv D.] maakt melding van ‘brandstoftoeslag’ die van toepassing zou zijn op bepaalde posten van de inventaris. Brandstoftoeslagen zijn volgens het lastenboek niet mogelijk. De enige prijsherziening die mogelijk is, is de prijsherziening onder punt 2.9.2 Herziening van de prijzen. Per mail d.d. 16/04/2026 heeft de Nationale Loterij getracht om dit recht te zetten.

In zijn antwoord heeft [de nv D.] gecorrigeerde prijzen met ‘all in tarieven’ bezorgd (inclusief brandstof, zodat geen afzonderlijke brandstoftoeslag meer van toepassing is), en heeft bevestigd dat de enige mogelijke prijsherziening die nog van toepassing blijft, is deze zoals voorzien onder punt 2.9.2 ‘Herziening van de prijzen’ van het lastenboek.

Deze rechtzetting van de prijzen en van de bepalingen (pagina 59 van de offerte) heeft geleid tot een uitnodiging tot indiening van een rechtgezette offerte voor [de nv D.].

[De nv D.] heeft de rechtgezette offerte ingediend op het e-procurement platform.

Deze werkwijze werd zoals reeds toegelicht onder punt 1 van dit verslag door Bpost gehekelde in haar verzoekschrift tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

In het verzoekschrift stelde Bpost dat de rechtzetting van de offerte van [de nv D.] een niet toegelaten rechtzetting van een substantiële onregelmatigheid betrof. Echter, de door [de nv D.] voorgestelde brandstoftoeslag kwalificeert niet als een substantiële onregelmatigheid. Of een onregelmatigheid als een substantiële onregelmatigheid voorkomt moet worden beoordeeld in het licht van de criteria vermeld in artikel 76, §1 derde lid van het koninklijk besluit van 18 april 2017; in deze bepaling leest men het volgende: ‘Een offerte is substantieel onregelmatig wanneer ze van aard is de inschrijver een discriminerend voordeel te bieden, tot concurrentievervalsing te leiden, de beoordeling van de offerte van de inschrijver of de vergelijking ervan met de andere offertes te verhinderen, of de verbintenis van de inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onbestaande, onvolledig of onzeker te maken.’

In dit dossier voldoet de door [de nv D.] voorgestelde brandstoftoeslag niet aan deze voorwaarden. De brandstoftoeslag werd immers enkel voorzien voor een zeer beperkt aantal posten (de zogenaamde ‘*on demand*’ posten), die overigens slechts een zeer beperkte waarde vertegenwoordigen ten opzichte van het totale opdrachtbedrag. Aangezien de ‘brandstoftoeslag’ zowel in plus als in min kon worden toegepast (naar gelang een stijging of daling van de brandstofprijzen), gaat het uiteindelijk om een zeer beperkte afwijking.

Bijgevolg kan er geen sprake zijn van enige concurrentievervalsing, noch komt de vergelijkbaarheid van de offertes in het gedrang en evenmin wordt de verbintenis onbestaande, onvolledig of onzeker.

Het betrof enkel een marginaal element in een offerte die voor het overige aan alle eisen van de opdrachtdocumenten voldeed.

Gelet op het feit dat de rechtgezette offerte van [de nv D.] de dato 21 april 2026 slechts de rechtzetting betrof van een marginaal element had deze offerte (met inbegrip van de niet-substantiële onregelmatigheid) kunnen worden aanvaard. In de wetgeving Overheidsopdrachten wordt inderdaad niet bepaald hoe moet worden omgegaan met niet-substantiële onregelmatigheden (tenzij ze dezelfde gevolgen hebben als een substantiële onregelmatigheid), noch wanneer, hoe en op welke offertes deze kunnen, mogen of moeten worden geremedieerd tijdens een onderhandelingsprocedure. Het regime schrijft inderdaad enkel voor welk gevolg moet worden gegeven aan substantiële onregelmatigheden (regularisatie of wering).

Per 15 juni 2026 liet [de nv D.] aan de Nationale Loterij weten dat men de brandstoftoeslag volledig laat vallen zonder een aanpassing van de prijzen die werden ingediend op 9 april 2026. Hierdoor bevat de offerte van [de nv D.] geen onregelmatigheid. De rechtgezette offerte van [de nv D.] van 21 april 2026 wordt m.a.w. volledig buiten beschouwing gelaten.

Op die manier biedt de Nationale Loterij maximaal rechtsherstel en wordt het gelijkheidsbeginsel tussen de inschrijvers volstrekt gerespecteerd; immers twee offertes zonder brandstoftoeslag die beiden op 9 april 2026 werden ingediend zullen met elkaar worden vergeleken.”

IV. Tussenkoms

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

V. Ontvankelijkheid van de vordering

5. De verwerende partij werpt, hierin bijgetreden door de tussenkomsende partij, een exceptie van niet ontvankelijkheid op. De beide partijen laten gelden dat i) de verzoekende partij samen met de nv S. en dus als een combinatie van ondernemers een aanvraag tot deelneming heeft ingediend en ii) ook de daaropvolgende offertes door deze combinatie van ondernemers werden ingediend, wat werd bevestigd in de offertes.

De verwerende partij voegt daaraan toe dat voor zowel de initiële offerte als de aangepaste offerte een volmacht werd toegevoegd aan de offerte voor beide ondernemingen, wat volgens de verwerende partij bevestigt dat deze ondernemingen als combinatie van ondernemers hebben meegedongen naar de overheidsopdracht.

Volgens de verwerende en de tussenkomsende partij mist de verzoekende partij – alleen handelend in de voorliggende vordering – de vereiste hoedanigheid en het rechtens vereiste persoonlijk en rechtstreeks belang om de vordering tot schorsing tegen de bestreden beslissing in te stellen.

Daarbij verwijzen zij naar rechtspraak van de Raad van State dat in principe alleen zij die regelmatig kandidaat of inschrijver zijn geweest voor het uitvoeren van een overheidsopdracht over de vereiste hoedanigheid en over een voldoende persoonlijk en rechtstreeks belang beschikken om de nietigverklaring

en dus ook de schorsing van de tenuitvoerlegging na te streven van de beslissing die de betrokken opdracht aan een andere inschrijver gunt. Volgens hen is de Raad van State immers van oordeel dat een beroep tegen een gunningsbeslissing er idealiter toe strekt om de verzoekende partij een nieuwe kans te verschaffen om de opdracht zelf gegund te krijgen.

Beoordeling

6. Ter terechtzitting bekritiseert de verzoekende partij het standpunt van de verwerende en de tussenkomende partij uiteengezet in de door hen aangevoerde exceptie. Dienaangaande geeft de verzoekende partij onder meer duiding over de inhoud van stuk 4-1-12 a ‘Bijlage E1 Volmachtsdocumenten bpost [nv S.] Aanbesteding nationaal loterij *term sheet*’.

7. Te dezen rijst de vraag naar de ontvankelijkheid van de voorliggende vordering, gelet op het gegeven dat de verzoekende partij, die samen met de nv S. een offerte heeft ingediend, alleen de vordering heeft ingesteld. Zowel de verwerende partij als de tussenkomende partij verwijzen naar rechtspraak van de Raad van State waarin wordt geoordeeld dat in dergelijk geval de vordering niet ontvankelijk is. Volgens die rechtspraak (zie arresten nr. 172.838 van 28 juni 2007 en nr. 244.315 van 30 april 2019) komt de hoedanigheid en het belang om een gunningsbeslissing aan te vechten in beginsel toe aan degene die regelmatig heeft ingeschreven, zodat wanneer een combinatie zonder rechtspersoonlijkheid de offerte indient, haar leden in beginsel samen moeten optreden. Eén lid dat uitsluitend in eigen naam optreedt, kan de opdracht niet alleen gegund krijgen en mist daarom in de regel de vereiste hoedanigheid en het vereiste rechtstreeks belang.

8. Bij de offerte van de verzoekende partij is een *term sheet* gevoegd, opgesteld door de verzoekende partij en de nv S., waarin wordt gesteld:

“3.1 bpost zal [S.] vertegenwoordigen ten aanzien van de Loterij Nationale in verband met de aanbesteding procedure om alles te doen wat noodzakelijk en nuttig is in verband met de Opdracht. Indien de Opdracht aan de Partijen gegund wordt, zal de vertegenwoordiging van [S.] nader

worden uitgewerkt in de samenwerkingsovereenkomst die de Partijen zullen sluiten”.

9. Uit de voormelde bepaling blijkt dat de verzoekende partij is aangewezen om de nv S. te vertegenwoordigen ten aanzien van de verwerende partij in verband met de voorliggende opdracht en “om alles te doen wat noodzakelijk en nuttig is in verband met de Opdracht”. Een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid instellen tegen een beslissing van de Nationale Loterij is evenwel voorshands ook te beschouwen als een handeling ‘ten aanzien van de Nationale Loterij’. De Nationale Loterij is immers de steller van de bestreden beslissing en treedt in de procedure op als de verwerende partij. De formulering “ten aanzien van” lijkt niet beperkt tot handelingen die rechtstreeks bij de Nationale Loterij worden gesteld. Ook een rechtsmiddel waarmee een door de Nationale Loterij genomen beslissing wordt aangevochten, lijkt naar zijn voorwerp en gevolgen een handeling ten aanzien van die aanbestedende overheid.

Bovendien kan op het eerste gezicht niet worden ontkend dat de rechtsbeschermingsfase, meer bepaald de aanwending 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’, deel kan uitmaken van de taak “om alles te doen wat noodzakelijk en nuttig is in verband met de Opdracht”. De voorliggende vordering strekt er niet toe een van de plaatsingsprocedure losstaand geschil te beslechten, maar de wettigheid te laten onderzoeken van de beslissing waarbij de verwerende partij de opdracht aan een andere inschrijver heeft gegund. Een dergelijk rechtsmiddel houdt dus verband met “alles [...] doen wat noodzakelijk en nuttig is in verband met de Opdracht” teneinde die te krijgen. Temeer nu het eveneens de uitdrukkelijke wens was van de nv S., zoals opgenomen in de *term sheet*, dat de verzoekende partij alles in het werk zou stellen om de opdracht gegund te krijgen.

Daarbij komt dat de bestreden beslissing zowel per e-mailbericht als per aangetekende brief enkel naar de verzoekende partij werd gestuurd en niet ook naar de nv S. waardoor niet volledig is uitgesloten dat de verwerende partij zelf aannam dat de verzoekende partij niet enkel in eigen naam en voor een

uitsluitend eigen belang optrad, maar ook in naam van de nv S. en voor het belang van die onderneming. De rechtspraak waarnaar de verwerende partij en de tussenkomende partij verwijzen – onder meer het arrest nr. 244.315 van 30 april 2019 – kan dus niet meer zomaar op de betrokken casus worden toegepast wegens de vertegenwoordigingsclausule, waardoor in het voorliggende geval de vordering bij de Raad van State ook lijkt te moeten worden toegerekend aan de nv S. die effectief aan de verzoekende partij heeft verzocht “om alles te doen wat noodzakelijk en nuttig is in verband met de Opdracht”. Anders oordelen – de verzoekende partij mag alles in het werk stellen in het kader van de aanbestedingsprocedure maar mag zich niet wenden tot de Raad van State tegen een ongunstige beslissing van de verwerende partij – lijkt moeilijk verenigbaar met de stukken van het dossier alsook met de houding van zowel de verzoekende als de verwerende partij in het dossier. Tot slot dient nog te worden benadrukt dat het Hof van Justitie in zijn arrest van 8 september 2005 in de zaak C-129/04 (ECLI:EU:C:2005:521) het volgende heeft overwogen:

“22 Derhalve beperkt een nationale procedureregeling op grond waarvan een beroep tot nietigverklaring van het besluit van een aanbestedende dienst om een overheidsopdracht te gunnen, moet worden ingesteld door de gezamenlijke leden die een inschrijvende tijdelijke vereniging vormen, niet de toegankelijkheid van een dergelijk beroep op een wijze die in strijd is met artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665.

23 Dit geldt te meer nu, zoals uit de stukken blijkt, naar Belgisch recht de leden van een dergelijke vereniging te allen tijde, alvorens beroep in te stellen, de kwestie van de bevoegdheid van de vereniging om in rechte op te treden door middel van een interne overeenkomst kunnen regelen, zonder enige andere formaliteit”.

10. Gelet op de concrete omstandigheden van de zaak mist de exceptie voldoende ernst om die reeds in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid te aanvaarden. In een dergelijke procedure kan slechts een beperkt onderzoek worden gewijd aan ontvankelijkheidsexcepties. Een verzoekende partij kan er zich immers minder behoorlijk tegen verweren dan in een procedure ten gronde. Daarom past het in een dergelijke procedure, dat de Raad van State deze excepties eerder zou verwerpen dan aannemen tenzij indien zijn beperkt onderzoek uitwijst dat een dergelijke exceptie een hoge graad van ernst vertoont. Dit laatste is hier niet het geval zoals overwogen. De onmiddellijke

aanvaarding van de exceptie zou daarenboven de door de wet van 17 juni 2013 beoogde daadwerkelijke rechtsbescherming kunnen uithollen. De opdracht kan na de verwerping van de schorsingsvordering worden gesloten en uitgevoerd, waardoor een latere vaststelling dat de verzoekende partij wél rechtsgeldig, dus ook namens de nv S. handelde, haar nuttig effect grotendeels kan verliezen.

11. Uit wat voorafgaat volgt dat de exceptie van de verwerende partij en de tussenkomenende partij in de huidige stand van de zaak niet de vereiste ernst vertoont opdat ze kan worden aangenomen.

VI. Ernst van de middelen

Eerste middel, eerste onderdeel

Standpunt van de partijen

12. De verzoekende partij voert in het verzoekschrift in een eerste middel de schending aan van artikel 76, § 4, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: het koninklijk besluit van 18 april 2017) “op basis waarvan slechts de offertes die geen finale offertes zijn, kunnen geregulariseerd worden en de substantieel onregelmatige finale offertes moeten worden nietig verklaard”, van artikel 76, § 1, derde lid, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 en de daarin vervatte kwalificatiecriteria voor een substantieel onregelmatige offerte, van artikel 4 van de wet van 17 juni 2016 en het daarin vervatte gelijkheids- en transparantiebeginsel, van het beginsel ‘*patere legem quam ipse fecisti*’, als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, “dat inhoudt dat de aanbesteder de bepalingen van het Bestek die op de Opdracht van toepassing zijn, dient te eerbiedigen” en van het gelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur die bij het nazicht van en de beoordeling van de offertes in acht moeten worden genomen.

Door de verzoekende partij worden, wat het eerste onderdeel van het eerste middel betreft, haar grieven als volgt samengevat:

“EERSTE MIDDELONDERDEEL:

Het eerste middelonderdeel steunt op de vaststelling dat de offerte van [de nv D.], zoals ingediend op 9 april 2026, een afzonderlijke brandstoftoeslag bevatte die volgens de Nationale Loterij zelf niet verenigbaar was met het Bestek. Een dergelijke toeslag vormt een prijsvoorbehoud met betrekking tot een essentieel element van de opdracht, namelijk de prijs en de prijsherziening, en maakt de offerte bijgevolg substantieel onregelmatig. De in de nieuwe gunningsbeslissing ontwikkelde redenering dat deze onregelmatigheid slechts een ‘marginaal element’ zou betreffen en bijgevolg niet-substantieel zou zijn, kan niet worden gevolgd en doet alleszins geen afbreuk aan de vastgestelde onregelmatigheid. Overeenkomstig artikel 76 KB Plaatsing en vaste rechtspraak van Uw Raad had de Nationale Loterij de offerte van [de nv D.] dan ook nietig moeten verklaren. Dat heeft zij ten onrechte nagelaten.”

In haar toelichting betreffende de aangevoerde grieven doet de verzoekende partij het volgende gelden:

“(i) EERSTE MIDDELONDERDEEL: DE BAFO VAN [DE NV D.] VAN 9 APRIL 2026 WAS SUBSTANTIEEL ONREGELMATIG WEGENS EEN VERBODEN PRIJSVOORBEHOUD EN DIENDE ZONDER MEER NIETIG TE WORDEN VERKLAARD

(A) Algemene principes

36. Op het regelmatigheidsonderzoek van de offertes die geen finale offertes zijn bij de opdrachten met een geraamde waarde gelijk aan of hoger dan de drempel voor de Europese bekendmaking, en waarbij wordt gebruik gemaakt van een procedure waarin onderhandelingen toegelaten zijn, zoals *in casu*, is artikel 76, § 4, van het KB Plaatsing van toepassing.

Luidens artikel 76, § 4, derde lid, van het KB Plaatsing 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.

37. Conform punt 1.8 van het Bestek behoudt de Nationale Loterij zich het recht voor om slechts ‘vóór de onderhandelingen, aan de inschrijvers te vragen om eventuele, mogelijks substantiële, onregelmatigheden te corrigeren, waarmee hun niet-definitieve offertes behept zouden zijn’ [...].

Het Bestek voorziet dus in de mogelijkheid tot regularisatie van de niet-finale offerte.

38. Uit artikel 76, § 4, eerste lid, blijkt evenwel dat paragraaf 4 enkel van toepassing is op het regelmatigheidsonderzoek van de offertes die geen finale offertes zijn. Wanneer het een finale offerte betreft, zoals te dezen, is paragraaf 3 van toepassing luidens hetwelk de aanbestedende overheid de substantieel onregelmatige offerte zonder meer nietig verklaart.^[...] Uw Raad oordeelt dat in dergelijke gevallen, '[w]anneer het een finale offerte betreft [...] paragraaf 3 van toepassing [is]'. Die paragraaf bepaalt dat de aanbestedende overheid een substantieel onregelmatige offerte zonder meer nietig verklaart.^[...] Aanbesteders hebben dienaangaande geen enkele beoordelingsvrijheid.

39. In wat volgt zal bpost aantonen dat de door [de nv D.] op 9 april 2026 ingediende offerte onmiskenbaar kwalificeert als finale offerte, *c.q.* BAFO. Dat staat thans niet ter discussie nu de Nationale Loterij in de nieuwe gunningsbeslissing zelf stelt dat de rechtgezette offerte van [de nv D.] van 21 april 2026 volledig buiten beschouwing wordt gelaten en dat uitsluitend de offertes van bpost en [de nv D.] zoals ingediend op 9 april 2026 met elkaar worden vergeleken [...]. Welnu, precies deze offerte van [de nv D.] van 9 april 2026 bevatte een verboden brandstoftoeslag, waarvan de Nationale Loterij zelf heeft erkend dat zij niet verenigbaar was met het Bestek. Deze brandstoftoeslag vormt een prijsvoorbehoud met betrekking tot een essentieel element van de offerte, namelijk de prijs en de prijsherziening, en maakt de offerte van [de nv D.] bijgevolg substantieel onregelmatig. De Nationale Loterij had deze offerte dan ook zonder meer nietig moeten verklaren, wat zij heeft nagelaten.

(B) Relevante passages uit de betrokken gunningsbeslissingen

40. Ter zake is het nuttig de relevante passages uit de initiële en de nieuwe gunningsbeslissing naast elkaar te plaatsen. Die vergelijking toont aan dat de Nationale Loterij haar feitelijke vaststellingen ongewijzigd laat – de offerte van [de nv D.] van 9 april 2026 bevatte een volgens het Bestek verboden brandstoftoeslag – maar de juridische gevolgen daarvan fundamenteel wijzigt. Waar zij de vastgestelde onregelmatigheid aanvankelijk aanleiding achtte om [de nv D.] 'gecorrigeerde prijzen' en een 'rechtgezette offerte' te laten indienen, stelt zij thans dat slechts sprake is van een marginaal element en beroept zij zich bovendien op een verklaring van [de nv D.] van 15 juni 2026, waarmee een essentieel element van de reeds twee maanden eerder ingediende BAFO klaarblijkelijk alsnog buiten beschouwing wordt gelaten.

41. In de initiële gunningsbeslissing van 12 mei 2026 stelde de Nationale Loterij dienaangaande het volgende [...]:

[zie het citaat in randnummer 3.7]

42. In de nieuwe gunningsbeslissing van 16 juni 2026 neemt de Nationale Loterij dezelfde feitelijke vaststellingen over, doch verbindt zij daaraan een fundamenteel ander juridisch gevolg.

Enerzijds kwalificeert zij de verboden brandstoftoeslag voortaan als een louter niet-substantiële onregelmatigheid die slechts betrekking zou hebben op een ‘marginaal’ element van de offerte.

Anderzijds leest zij de op 9 april 2026 ingediende BAFO samen met een latere verklaring van 15 juni 2026, waarin [de nv D.] zou hebben verklaard de brandstoftoeslag volledig te laten vallen, om vervolgens (manifest intern tegenstrijdig) te besluiten dat uitsluitend de offerte van 9 april 2026 wordt beoordeeld. Zij stelt dienaangaande het volgende [...]:

[zie het citaat in randnummer 3.10]

43. Opmerkelijk is dat de Nationale Loterij hiermee expliciet zelf bevestigt dat de BAFO van [de nv D.], zoals ingediend op 9 april 2026, wel degelijk een onregelmatigheid bevatte. Zij stelt immers uitdrukkelijk dat de offerte ‘hierdoor’ – met name door de verklaring van [de nv D.] van 15 juni 2026 – geen onregelmatigheid meer bevat. Daaruit volgt noodzakelijk dat de offerte van 9 april 2026 (dus vóór deze latere verklaring van 15 juni 2026) wél behept was met een onregelmatigheid. De Nationale Loterij erkent aldus opnieuw dat de BAFO van [de nv D.], zoals ingediend op 9 april 2026, niet volledig conform het Bestek was. Tegelijk stelt zij dat uitsluitend de op 9 april 2026 ingediende offertes aan de beoordeling en vergelijking werden onderworpen. De bestreden beslissing is op dit punt dan ook onhoudbaar en manifest intern tegenstrijdig: enerzijds wordt uitsluitend de BAFO van 9 april 2026 beoordeeld, anderzijds wordt diezelfde BAFO geacht geen onregelmatigheid meer te bevatten doordat zij samen wordt gelezen met een verklaring van [de nv D.] van 15 juni 2026.

Dat een dergelijke latere verklaring deze onregelmatigheid alsnog zou kunnen wegnemen, kan evenwel niet worden gevolgd. Een finale offerte dient immers te worden beoordeeld op basis van de verbintenissen die daarin zijn opgenomen op het ogenblik van de indiening ervan. De regelmatigheid van de BAFO van [de nv D.] dient derhalve uitsluitend te worden beoordeeld aan de hand van de offerte zoals zij op 9 april 2026 voorlag, en niet aan de hand van een verklaring die meer dan twee maanden later werd afgelegd. [...]

44. De omstandigheid dat [de nv D.] op 21 april 2026 een ‘rechtgezette offerte’ heeft ingediend, doet daaraan evenmin afbreuk. Integendeel, zoals bpost reeds uiteenzette in haar eerste UDN-verzoekschrift, kon een dergelijke rechtgezette offerte na indiening van de BAFO hoe dan ook niet rechtsgeldig worden aanvaard [...]. De Nationale Loterij lijkt dit thans ook te erkennen, nu zij in de nieuwe gunningsbeslissing uitdrukkelijk stelt dat de ‘rechtgezette offerte’ van 21 april 2026 volledig buiten beschouwing wordt gelaten. De discussie spitst zich thans dus enkel toe op de vraag of de finale offerte, c.q. BAFO van [de nv D.] van 9 april 2026, zoals zij op dat ogenblik was ingediend, regelmatig was. Dat was niet het geval, zoals in wat volgt nader zal worden geduid.

(C) De finale offerte, c.q. BAFO van [de nv D.] d.d. 9 april 2026 was substantieel onregelmatig aangezien daarin een verboden (en essentieel) prijsvoorbehoud stond opgenomen

45. Uit wat voorafgaat blijkt dat de Nationale Loterij in de bestreden beslissing uitdrukkelijk bevestigt dat uitsluitend de door bpost en [de nv D.] op 9 april 2026 ingediende offertes aan de beoordeling en onderlinge vergelijking worden onderworpen, terwijl de door [de nv D.] nadien ingediende ‘rechtgezette offerte’ van 21 april 2026 volledig buiten beschouwing wordt gelaten. De op 9 april 2026 ingediende offertes vormen derhalve onmiskenbaar de laatste offertes waarop de gunningsbeslissing steunt en kwalificeren dus als de finale offertes (BAFO’s) in de zin van artikel 76, § 4, eerste lid KB Plaatsing.

46. *In casu* staat vast dat [de nv D.] in haar BAFO van 9 april 2026 een afzonderlijke brandstoftoeslag voorzag voor bepaalde prijsposten van de inventaris. De Nationale Loterij heeft zelf – zowel in het oorspronkelijke als in het nieuwe gunningsverslag – vastgesteld dat dergelijke brandstoftoeslag niet verenigbaar is met het Bestek: ‘Brandstoftoeslagen zijn volgens het lastenboek niet mogelijk. De enige prijsherziening die mogelijk is, is de prijsherziening onder punt 2.9.2 Herziening van de prijzen.’ [...]. Daarmee erkent de Nationale Loterij zelf dat de offerte van [de nv D.], zoals ingediend op 9 april 2026, afweek van de opdrachtdocumenten.

47. De Nationale Loterij tracht deze vaststelling in de nieuwe gunningsbeslissing te relativeren door te stellen dat de brandstoftoeslag slechts betrekking had op een beperkt aantal zogenaamde ‘*on demand*’-posten en slechts een beperkte waarde zou vertegenwoordigen ten opzichte van het totale opdrachtbedrag. Volgens de Nationale Loterij zou het daarom slechts gaan om een niet-substantiële onregelmatigheid. Die redenering kan niet worden gevolgd.

48. Overeenkomstig vaste rechtspraak van Uw Raad, impliceert een voorbehoud ‘dat er in feite en in rechte aanvaardbare gegevens voorhanden zijn die het aannemelijk maken dat de inschrijver aan zijn inschrijving een voorwaarde verbindt die geen steun vindt in het bestek en de regelgeving inzake overheidsopdrachten.’[...] Dat is precies wat [de nv D.] heeft gedaan. Door bepaalde prijsposten afhankelijk te maken van een bijkomende brandstoftoeslag, heeft [de nv D.] een eigen mechanisme van prijsaanpassing toegevoegd dat niet in het Bestek is voorzien.

49. Het Bestek laat geen ruimte voor een afzonderlijke brandstoftoeslag. Integendeel, het bepaalt uitdrukkelijk dat alle kosten, lasten en maatregelen die inherent zijn aan de uitvoering van de Opdracht, waaronder de kosten verbonden aan verplaatsing, vervoer, transport, levering en afhaling, vervat moeten zijn in de eenheidsprijzen en globale prijzen [...]. Brandstofkosten behoren evident tot dergelijke uitvoeringskosten en dienen bijgevolg reeds in de aangeboden prijzen te zijn inbegrepen, zoals ook de Nationale Loterij zelf opmerkte in haar gunningsverslag.

Bovendien voorziet het Bestek slechts in één welomschreven mechanisme van prijsherziening. Overeenkomstig punt 2.9.2 kan een prijsherziening slechts plaatsvinden op de verjaardatum van het contract, op basis van een door de Nationale Loterij bepaald indexcijfer, maximaal eenmaal per jaar en mits goedkeuring door beide partijen. Hieruit blijkt duidelijk dat het

Bestek geen ruimte laat voor enige bijkomende of afwijkende vorm van prijsaanpassing.

Door naast deze contractueel toegelaten prijssherziening een afzonderlijke brandstoftoeslag te bedingen, heeft [de nv D.] een eigen mechanisme van prijsaanpassing toegevoegd dat geen steun vindt in het Bestek. Daarmee wijkt zij af van de voorgeschreven wijze van prijsvaststelling en doet zij afbreuk aan essentiële besteksbepalingen inzake prijs en prijssherziening.

50. De rechtspraak van Uw Raad is bijzonder streng voor voorbehouden inzake de prijs. Een voorbehoud betreffende de prijs maakt de vergelijking met de offertes van andere inschrijvers onmogelijk of minstens onzeker, verleent de betrokken inschrijver een discriminerend voordeel en maakt diens verbintenis om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onzeker. Dergelijke gebreken voldoen, in tegenstelling tot wat de bestreden beslissing betoogt, onmiskenbaar aan de definitie van een substantiële onregelmatigheid in de zin van artikel 76, § 1 KB Plaatsing. Zo overwoog Uw Raad hieromtrent reeds [...]:

[...]

51. De door [D.] gehanteerde brandstoftoeslag raakt daarenboven rechtstreeks aan de prijs, de prijsvorming en de prijsopgave, en heeft bijgevolg betrekking op een essentieel element van de offerte.^[...] Dat de prijs een essentieel element van de offerte vormt, blijkt bovendien eveneens uit vaste rechtspraak van Uw Raad. Zo oordeelde Uw Raad ook in een zaak waarin een inschrijver naast de prijzen vermeld in de inventaris bijkomende toeslagen had voorzien voor prestaties van derden en andere kosten die niet in de opgegeven prijzen waren inbegrepen. Uw Raad stelde vast dat een dergelijke afzonderlijke toeslag afwijkt van de in het bestek voorgeschreven wijze van prijsvaststelling en bijgevolg een substantiële onregelmatigheid uitmaakt. Daarbij benadrukte Uw Raad dat dergelijke toeslagen de prijsvergelijking tussen de offertes verhinderen, aanleiding kunnen geven tot concurrentievervalsing en onzekerheid creëren over de werkelijke prijs waarvoor de opdracht zal worden uitgevoerd:

‘De door de verzoekende partij gehanteerde prijstoeslag lijkt immers zowel de prijsvergelijking met de andere inschrijvers, die geen afzonderlijke prijstoeslag hebben opgegeven, te verhinderen, als onzekerheid te creëren over de verbintenis van de verzoekende partij om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren [...]. de wijze waarop de verzoekende partij haar offerte heeft opgesteld, tot concurrentievervalsing aanleiding kan geven. Immers het bestek bepaalt dat het prijscriterium zal worden beoordeeld op de totaalprijs ingevuld in de inventaris en op grond van de prijs van de voorbeeldcampagne. Door de toeslag op prestaties geleverd door derden niet op te nemen in de inventaris van de offerte, maar enkel in de tekst van de offerte en in de prijsopgave voor de voorbeeldcampagne, zou bij de vergelijking van de offertes voor de beoordeling van het eerste subcriterium ‘prijs’, waar de laagste prijs de meeste punten verkreeg, voor de offerte van de verzoekende partij ten onrechte met een lagere prijs rekening worden gehouden, dit in strijd met de werkelijke prijs die zij volgens de verdere informatie in haar offerte zal aanrekenen.’ [...].

52. De analogie met de voorliggende zaak is dan ook overduidelijk. Net zoals in voormelde rechtspraak heeft [de nv D.] in haar BAFO van 9 april 2026 naast de in de inventaris vermelde prijzen een bijkomende prijstoeslag opgenomen die geen steun vindt in het Bestek. Daardoor wijkt de offerte af van de door de Nationale Loterij voorgeschreven wijze van prijsvaststelling, wordt een correcte prijsvergelijking verhinderd en verkrijgt [de nv D.] een concurrentieel voordeel ten opzichte van inschrijvers die alle uitvoeringskosten onmiddellijk in hun prijzen hebben verwerkt.

53. Dat de offerte van 9 april 2026 op dit punt onregelmatig was, wordt overigens in beide gunningsbeslissingen uitdrukkelijk erkend. Waar de initiële gunningsbeslissing nog aanleiding gaf tot ‘gecorrigeerde prijzen’ en een ‘rechtgezette offerte’, stelt de nieuwe gunningsbeslissing dat de offerte ‘hierdoor’ – met name door de verklaring van [de nv D.] van 15 juni 2026 – geen onregelmatigheid meer bevat. Daarmee erkent de Nationale Loterij noodzakelijkerwijze dat de BAFO, zoals zij op 9 april 2026 werd ingediend en waarvan zij tegelijk stelt dat deze als enige aan de beoordeling wordt onderworpen, wél behept was met een verboden prijsvoorbehoud. Juist die BAFO diende overeenkomstig artikel 76, §§ 3 en 4 KB Plaatsing op haar regelmatigheid te worden beoordeeld. Nu deze BAFO behept was met een substantiële onregelmatigheid, beschikte de Nationale Loterij over geen enkele beoordelingsvrijheid: zij diende deze offerte zonder meer nietig te verklaren. Een latere verklaring van [de nv D.] kon deze substantiële onregelmatigheid niet alsnog zuiveren of de offerte met terugwerkende kracht regelmatig maken.

54. Het argument van de Nationale Loterij dat de brandstofstoeslag slechts een ‘marginaal element’ zou betreffen (wat overigens geenszins wordt aangetoond), doet hieraan geen afbreuk. Het substantiële karakter van een onregelmatigheid hangt niet af van het louter economische gewicht ervan binnen de offerte, maar van de aard van de geschonden verplichting en van de vraag of de offerte integraal voldoet aan de voorschriften van het Bestek. Een prijsvoorbehoud blijft een prijsvoorbehoud, ook wanneer het volgens de aanbestedende overheid slechts betrekking zou hebben op een beperkt aantal posten.

Uw Raad heeft in dat verband reeds geoordeeld dat de omstandigheid dat een voorbehoud slechts betrekking zou hebben op een gering aandeel van de opdracht, niet volstaat om het substantiële karakter ervan uit te sluiten. Wanneer vaststaat dat de verbintenis van de inschrijver onzeker is, laat artikel 76, § 1 KB Plaatsing geen marge toe in functie van het aandeel van deze onzekerheid ten aanzien van de totaliteit van de opdracht. Zo oordeelde Uw Raad in dit verband reeds:

‘De omstandigheid dat het voorbehoud volgens de verzoekende partij slechts betrekking zou hebben op een zeer gering aandeel van de opdracht, lijkt op het eerste gezicht niet tot een andere conclusie te leiden. Wanneer, zoals te dezen, vaststaat dat de verbintenis van de inschrijver onzeker is, lijkt dit te volstaan om op grond van artikel 76, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 te besluiten tot de substantiële onregelmatigheid van

de offerte. Zoals de verwerende partij opmerkt, lijkt de voornoemde bepaling geen marge toe te laten in functie van het aandeel van deze onzekerheid ten aanzien van de totaliteit van de opdracht.’ [...]

Het door de Nationale Loterij aangevoerde argument dat de brandstoftoeslag slechts een marginaal element zou betreffen (indien dit al het geval zou zijn), volstaat dan ook niet om het substantiële karakter van de vastgestelde afwijking uit te sluiten.

55. Evenmin kan de Nationale Loterij zich beroepen op de verklaring van [de nv D.] van 15 juni 2026, waarbij [deze] verklaarde de brandstoftoeslag volledig te laten vallen zonder aanpassing van de prijzen van 9 april 2026. Volgens vaste rechtspraak van Uw Raad moet een offerte immers worden beoordeeld op basis van de verbintenissen die daarin daadwerkelijk zijn opgenomen op het ogenblik van indiening. Eventuele toekomstige correcties of latere verklaringen kunnen een offerte die op het ogenblik van indiening onregelmatig was, niet retroactief regelmatig maken:

‘De mogelijkheid dat afwijkingen tijdens de uitvoering van de opdracht (al dan niet ambtshalve) gecorrigeerd kunnen worden, doet op het eerste gezicht niet af aan het feit dat een offerte op haar regelmatigheid beoordeeld moet worden op basis van de voorstellen die daarin beschreven worden. Rekening houden met mogelijke toekomstige correcties kan ertoe leiden dat een offerte, precies omwille van de onregelmatigheid waarmee zij behept is, aan de inschrijver een discriminerend (prijs)voordeel biedt en tot concurrentievervalsing leidt.’ [...]

56. Dit geldt des te meer nu de Nationale Loterij in de nieuwe gunningsbeslissing zelf stelt dat uitsluitend de offertes van 9 april 2026 worden vergeleken. Indien dat uitgangspunt wordt gevolgd, moet de regelmatigheid van de offerte van [de nv D.] dus uitsluitend worden beoordeeld op basis van de offerte zoals zij op 9 april 2026 werd ingediend. Die offerte bevatte evenwel nog steeds een verboden brandstoftoeslag. Indien de Nationale Loterij daarentegen rekening houdt met de verklaring van [de nv D.I.] van 15 juni 2026 om te besluiten dat de brandstoftoeslag niet langer geldt, dan houdt zij noodzakelijk rekening met een element dat geen deel uitmaakte van de BAFO zoals ingediend op 9 april 2026. [...]

57. Uit het voorgaande volgt dat de BAFO van [de nv D.] van 9 april 2026 behept was met een substantiële onregelmatigheid in de zin van artikel 76, § 1 KB Plaatsing. Aangezien het om een finale offerte ging, beschikte de Nationale Loterij niet over enige beoordelingsvrijheid: zij diende de offerte van [de nv D.] zonder meer nietig te verklaren. Door dat niet te doen en de offerte van [de nv D.] alsnog als regelmatig te beschouwen, heeft de Nationale Loterij artikel 76 KB Plaatsing, het Bestek en de beginselen van gelijkheid, transparantie en zorgvuldigheid geschonden.

58. Besluit: het eerste middelonderdeel is ernstig.”

13. De verwerende partij repliceert in de nota als volgt:

“3.1.2 Weerlegging van het eerste middelonderdeel

29. Zonder enige kennis of inzage in de offerte van [de nv D.], argumenteert bpost dat de offerte van [de nv D.] substantieel onregelmatig is. Zij argumenteert dat de aangepaste offertes definitieve offertes zijn, zodat de aangepaste offerte van [de nv D.] substantieel onregelmatig is. Hierna zal vooreerst worden toegelicht waarom de aangepaste offerte van [de nv D.] niet substantieel onregelmatig is; vervolgens zal worden toegelicht welk juridisch gevolg aan een niet-substantiële onregelmatigheid kan of moet worden gegeven.

30. Van belang daarbij is om in het achterhoofd te houden dat beide inschrijvers tijdens deze plaatsingsprocedure een gelijke kans hebben gekregen om perceel 1 van de overheidsopdracht in de wacht te slepen; de uiteindelijke evaluatie zoals die is opgenomen in de bestreden beslissing betreft een vergelijking van twee volstrekt regelmatige offertes (aangezien de niet-substantiële onregelmatigheid werd geremedieerd); het gaat aldus om een volstrekt en volmaakte eerlijke vergelijking tussen twee offertes.

31. Voorafgaandelijk betwist de Nationale Loterij ook dat zij ‘een fundamenteel ander juridisch gevolg’ zou hebben verbonden aan de vastgestelde onregelmatigheid. Zowel in de eerste als de nieuwe (thans bestreden) gunningsbeslissing, beschouwde de Nationale Loterij de vastgestelde onregelmatigheid als een marginaal element. Het verschil is evenwel dat in de eerste gunningbeslissing niet werd gemotiveerd waarom dit zo is. Het is inderdaad, net om die reden dat de eerste gunningsbeslissing d.d. 12 mei 2026 werd ingetrokken. In de intrekkingbeslissing leest men inderdaad het volgende:

[zie het citaat in randnummer 3.9]

Anders dan dat bpost dus argumenteert is de houding van de Nationale Loterij niet geëvolueerd. Zij heeft de door [de nv D.] aangeboden brandstoftoeslag steeds als een marginale afwijking beschouwd. De houding van de Nationale Loterij is zodoende niet fundamenteel gewijzigd.

(a) De aangepaste offerte van [de nv D.] is niet substantieel onregelmatig

32. Een offerte is alleen maar substantieel onregelmatig indien een aanbestedende overheid daartoe moet besluiten op basis van de criteria voorzien in artikel 76, §1, derde en vierde lid van het koninklijk besluit van 18 april 2017, waarin het volgende staat:

‘Een offerte is substantieel onregelmatig wanneer ze van aard is de inschrijver een discriminerend voordeel te bieden, tot concurrentievervalsing te leiden, de beoordeling van de offerte van de inschrijver of de vergelijking ervan met de andere offertes te verhinderen, of de verbintenis van de inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onbestaande, onvolledig of onzeker te maken.’

Een aanbestedende overheid beschikt bij de beoordeling van de bovenstaande criteria over een discretionaire beoordelingsbevoegdheid.

Zo benadrukte uw Raad van State in haar rechtspraak het volgende: ‘Het staat in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid, die zelf de eisen heeft omschreven, om haar tekst te interpreteren en om vast te stellen of

een afwijking al dan niet een minimale eis of een substantieel vereiste betreft. Zij beschikt daarvoor over een zekere beoordelingsruimte.’ [...]

Alsook:

‘Het komt in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid en niet aan de Raad van State toe om te beoordelen of een offerte beantwoordt aan de besteksbepalingen, en om vast te stellen of een afwijking van het bestek een afwijking inhoudt van vereisten die in het bestek als substantieel of minimaal worden aangemerkt. Wel mag de Raad van State daarbij nagaan of die beoordeling steunt op in rechte en in feite aanvaardbare motieven, die voortvloeien uit een zorgvuldig onderzoek, en of daarbij de grenzen van een redelijke beoordeling niet zijn overschreden.’ [...]

Uw Raad van State mag zich dus niet in de plaats stellen van het bestuur, maar uw Raad van State mag uiteraard wel nagaan of de beoordeling steunt op in rechte en in feite aanvaardbare motieven en of de grenzen van een redelijke beoordeling niet zijn overschreden.

33. Het weze duidelijk dat aldus alleen kennelijk onredelijke beslissingen aanleiding mogen geven tot een schorsing of nietigverklaring van de beslissing; kennelijk onredelijk betekent dat de beslissing van ‘die aard zou zijn dat geen enkel ander redelijk denkend bestuur in dezelfde omstandigheden (...) tot die beslissing zou zijn gekomen.’ [...]

34. De beoordeling van de regelmatigheid van een offerte en de aard van een onregelmatigheid (substantieel of niet) moet uiteraard geval per geval worden bekeken.

35. In deze zaak betwist de Nationale Loterij niet dat de aangepaste offerte van [de nv D.] behept was met een onregelmatigheid. Het volledige betoog van bpost in randnummers 42 en 43 is bijgevolg volstrekt irrelevant. Wel betwist is dat het gaat om een substantiële onregelmatigheid.

36. bpost argumenteert dat de onregelmatigheid substantieel zou zijn omdat er sprake was van een voorbehoud dat betrekking heeft op de prijs; een dergelijk voorbehoud zou de eerlijke vergelijking onmogelijk maken en bovendien aan de betrokken inschrijver ook een discriminerend voordeel verlenen.

37. Deze argumentatie is niet steekhoudend.

38. Van belang daarbij is dat de door [de nv D.] aangeboden brandstoftoeslag op geen enkele manier was opgenomen in de inventaris. [Zij] heeft inderdaad alle eenheidsprijzen ingevuld, zonder op enigerlei wijze melding te maken van de brandstoftoeslag. De door [haar] ingevulde inventaris is m.a.w. perfect vergelijkbaar met de door bpost ingevulde inventaris.

39. De brandstoftoeslag werd daarentegen ingeschreven in punt 5.3 van de offerte, waarin ook het volgende staat:

- Voor de prestaties (posten) opgenomen in lijnen 5 t.e.m. 22 geldt geen brandstoftoeslag. Het gaat om de diensten die de kern van de opdracht betreffen en een waarde vertegenwoordigen van 77,46 % van de volledige opdracht.

- Alle andere posten, zijnde de *on demand* transportritten (met uitzondering van bepaalde posten) zouden wel onderworpen worden aan de zogenaamde brandstoftoeslag.

De scope van de brandstoftoeslag was m.a.w. beperkt. Voor het overgrote deel had de brandstoftoeslag zelfs betrekking op de posten van de ‘verplichte opties’, waarvan het geenszins zeker is dat die ook daadwerkelijk zullen worden besteld. Het idee dat de brandstoftoeslag een impact zou hebben op de volledige prijs en de eerlijke vergelijking van de volledige offertes op de helling zou komen te staan is m.a.w. niet correct.

40. Daarnaast wordt de brandstoftoeslag enkel toegepast indien de brandstofprijzen fluctueren. Wanneer de brandstofprijzen m.a.w. stabiel blijven is er geen sprake van enige aanpassing.

Voorts moet ook worden onderstreept dat de brandstoftoeslag zowel in plus als in min kan evolueren (met dus aanpassingen van de prijzen in plus en min). De brandstoftoeslag is dus niet noodzakelijk in het nadeel van de aanbestedende overheid. Wanneer de brandstofprijzen zouden dalen, geldt immers dat de prijzen van de *on demand* transportritten zoals aangeboden door [de nv D.] ook zouden dalen.

41. De Nationale Loterij heeft rekening houdende met de bovenvermelde elementen beslist dat het ging om een beperkte en dus niet-substantiële wijziging. De eerlijke vergelijking komt volgens de Nationale Loterij niet in het gedrang; evenmin is er volgens haar sprake van een concurrentievoordeel.

42. Dat het gaat om een ‘beperkte wijziging’ vindt ook bevestiging in de stukken van het dossier. Immers, zoals is gebleken uit het feitenrelaas, had [de nv D.] vooreerst de mogelijkheid gekregen om een verbeterde offerte in te dienen waarin zij de brandstoftoeslag heeft laten vallen en haar prijzen heeft kunnen aanpassen. De evolutie van de door [de nv D.] aangeboden totaalprijzen was de volgende:

Totaalprijs [D.] aangepaste offerte d.d. 9 april 2026 (met brandstoftoeslag voor de <i>on demand</i> transportritten)	Totaalprijs [D.] rechtgezette offerte d.d. 21 april 2026 (onder afzonderlijke brandstoftoeslag)
3.811.005,93 € (excl. btw)	3.919.951,43 € (excl. btw)

De totaalprijs in de rechtgezette offerte van 21 april 2026 ligt slechts € 108.945,50 excl. btw hoger dan de totaalprijs in de aangepaste offerte van 9 april 2026. Dit stemt overeen met een beperkte stijging van ongeveer 2,86%, wat aantoont dat de eigenlijke waarde van de brandstoftoeslag beperkt is. Voor de goede orde herhaalt de Nationale Loterij dat de rechtgezette offerte d.d. 21 april 2026 niet in aanmerking werd genomen.

43. In die omstandigheden kunnen de prijzen van bpost wel worden vergeleken met de prijzen van [de nv D.]. Van enig concurrentievoordeel lijkt evenmin sprake.

44. De rechtspraak waarnaar bpost verwijst kan niet zomaar één op één worden toegepast, omdat het in die arresten telkens ging om voorbehouden

in de prijsopgave of om bijkomende toeslagen naast de in de inventaris opgenomen prijzen, waardoor de werkelijke prijs waarop de offertes moesten worden vergeleken onduidelijk werd en de prijsvergelijking werd bemoeilijkt. Hier ligt dat anders: de door [de nv D.] vermelde brandstoftoeslag was op geen enkele manier opgenomen in de inventaris, zodat de door [haar] ingevulde inventaris als zodanig vergelijkbaar bleef met die van bpost. Precies daarin zit het wezenlijke onderscheid met de rechtspraak waarop bpost zich beroept: daar zat het probleem in de prijsstructuur die uit de inventaris of prijsopgave zelf bleek, terwijl het hier ging om een afzonderlijk en dus afscheidbaar element naast de inventaris.

45. In ieder geval lijkt de manier waarop bpost uw rechtspraak voorstelt, alsof ieder voorbehoud met betrekking tot de prijs moet leiden tot de conclusie dat er sprake is van een substantiële onregelmatigheid, niet genuanceerd genoeg.

Wat is immers het verschil met een technisch-inhoudelijke onregelmatigheid? Een dergelijke onregelmatigheid heeft tot gevolg dat de scope van de aangeboden werken, leveringen of diensten niet 100 % identiek is. De door de inschrijvers aangeboden prijs dekt m.a.w. niet 100% dezelfde werken, leveringen of diensten. Toch aanvaardt uw Raad van State dat dergelijke onregelmatigheden niet per definitie substantieel zijn.

Als de aangeboden prestaties (werken, leveringen of diensten) daarentegen 100% regelmatig zijn, maar een voorbehoud voorkomt inzake de prijs, dan zou op dezelfde manier moeten worden uitgemaakt of het gaat om een substantiële onregelmatigheid.

Artikel 76 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 maakt immers geen enkel onderscheid tussen technische/inhoudelijke onregelmatigheden en onregelmatigheden op het vlak van de prijs.

De prijs en de scope van de opdracht zijn daarentegen onlosmakelijk met elkaar verbonden. Een afwijking van beide elementen, kan dus substantieel van aard zijn, maar dat hoeft niet noodzakelijk het geval te zijn.

[...]

46. Als er sprake is van een onregelmatigheid, zal *in concreto*, rekening houdende met de draagwijdte van de afwijking/onregelmatigheid moeten worden beoordeeld of het gaat om een substantiële onregelmatigheid. Dat is wat de Nationale Loterij heeft gedaan. Tot slot kan nog de volgende bedenking worden gemaakt. Op 2 april 2026, dus tijdens de lopende plaatsingsprocedure, heeft bpost als huidige opdrachtnemer van de opdracht 'LN-FIN/PRO/2021/26-F02' een brief overgemaakt waarin zij om een herziening van de contractuele prijzen verzoekt wegens de stijging van de brandstof- en energieprijzen.

De vaststelling dat bpost zelf een prijsherziening van de lopende opdracht vraagt wegens gestegen brandstof- en energieprijzen, staat op gespannen voet met haar standpunt in de huidige procedure en doet afbreuk aan de geloofwaardigheid van haar argumentatie.

Kennelijk ziet bpost er problemen in om tijdens de plaatsingsprocedure een herziening van de prijzen te vragen en meent zij dat een offerte waarin dat gebeurt, moet worden geweerd. bpost heeft daarentegen veel minder

problemen om prijsaanpassingen te vragen tijdens de uitvoering van een opdracht.

47. Het eerste middelonderdeel is niet ernstig.

(b) Het juridisch gevolg dat aan een niet-substantiële onregelmatigheid moet worden gegeven

48. Artikel 76, §§2 t.e.m. 4 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 bepalen de gevolgen die aan een substantieel onregelmatige offerte moet worden gegeven, alsook aan een offerte die meerdere niet-substantieel onregelmatigheden bevat die gecumuleerd dezelfde gevolgen hebben als een substantiële onregelmatigheid. Meer bepaald zal bij een plaatsingsprocedure waarin onderhandelingen zijn toegelaten, de vraag of een offerte met een substantiële onregelmatigheid moet of kan worden geregulariseerd dan wel moet worden geweerd, afhangen van de geraamde waarde van de opdracht en van het feit of het een finale dan wel een niet-finale offerte betreft.

De regularisatie en de wering van de offerte zoals voorzien in het voormeld artikel, zijn evenwel uitsluitend gekoppeld aan de concepten (i) substantiële onregelmatigheid of (ii) meerdere niet-substantiële onregelmatigheden die gecumuleerd dezelfde gevolgen hebben als een substantiële onregelmatigheid.

49. De juridische gevolgen die moeten of kunnen worden gegeven aan een niet-substantiële onregelmatigheid worden slechts gedeeltelijk geregeld in artikel 76, §§2 t.e.m. 4 van het koninklijk besluit van 18 april 2017. Men leest enkel in §2 van het voormeld artikel het volgende:

‘§ 2. De offerte die slechts een of meer niet-substantiële onregelmatigheden bevat die, zelfs gecumuleerd of gecombineerd, niet de in paragraaf 1, derde lid, bedoelde gevolgen teweeg brengen, wordt niet nietig verklaard.’

Een aanbestedende overheid mag een offerte met een niet-substantiële onregelmatigheid niet nietig verklaren.

Artikel 76 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 verbiedt noch gebiedt dat een dergelijke onregelmatigheid wordt rechtgezet. Daaruit volgt dat een aanbestedende overheid aldus de keuze heeft tussen enerzijds het aanvaarden van de offerte (met de niet-substantiële onregelmatigheid) en anderzijds de rechtzetting van de niet-substantiële onregelmatigheid, zodat zij de offerte zonder onregelmatigheid kan aanvaarden.

Het is voor deze tweede optie dat de Nationale Loterij in dit dossier heeft gekozen. Zij heeft dit ook als volgt gemotiveerd:

[zie het citaat in randnummer 3.10]

Het is dus niet zo dat de onregelmatigheid in de aangepaste offerte wordt ontkend. Het enige wat wordt vastgesteld is dat de niet-substantiële onregelmatigheid werd rechtgezet en dat er dus een volstrekt eerlijke vergelijking is gebeurd tussen de aangepaste offertes van de inschrijvers. Dit is volstrekt in lijn met artikel 76 van het koninklijk besluit van 18 april 2017. Op die manier heeft de Nationale Loterij maximaal rechtsherstel geboden.

50. Het eerste middelonderdeel is niet ernstig.”

14. In het verzoekschrift tot tussenkomst doet de tussenkomende partij gelden:

“5.1.1 Samenvatting van het standpunt van de om tussenkomst verzoekende partij

34. De gunningsbeslissing van 12 mei 2026 werd ingetrokken door de Nationale Loterij en wordt bijgevolg geacht nooit te hebben bestaan. De verzoekende partij kan uit deze gunningsbeslissing en het bijbehorende gunningsverslag niet op rechtsgeldige wijze argumenten putten.

35. Wat betreft het eerste middelonderdeel, is in tegenstelling tot wat de verzoekende partij voorhoudt, de offerte van 9 april 2026 van [de nv D.] niet behept met een substantiële onregelmatigheid.

De verzoekende partij maakt niet aannemelijk dat conform artikel 76, §1, derde lid KB Plaatsing de mogelijke brandstoftoeslag i) een discriminerend voordeel biedt, ii) tot concurrentievervalsing leidt, iii) de beoordeling van de offerte van [de nv D.] of de vergelijking ervan met de andere offertes verhindert, of iv) de verbintenis van [de nv D.] om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren niet-bestaande, onvolledig of onzeker maakt.

[...]

5.1.2 Toelichting het standpunt van de om tussenkomst verzoekende partij

(a) Voorafgaand: inhoud van de ingetrokken gunningsbeslissing d.d. 12 mei 2026 is irrelevant

37. In eerste instantie wenst de om tussenkomst verzoekende partij op te merken dat de verzoekende partij in haar eerste middel veelvuldig verwijst naar de inhoud van de ingetrokken gunningsbeslissing van 12 mei 2026.

38. Zoals Uw Raad reeds oordeelde, moet een ingetrokken gunningsbeslissing en het bijbehorende gunningsverslag geacht worden nooit te hebben bestaan. In de mate dat de verzoekende partij bijgevolg argumenten tracht te putten uit de inhoud van deze documenten, kan en mag Uw Raad daar geen rekening mee houden.^[...]

(b) Eerste middelonderdeel

39. In haar eerste middelonderdeel bij het eerste middel, gaat de verzoekende partij uit van de premisse dat de offerte van [de nv D.] van 9 april 2026 behept is met een substantiële onregelmatigheid.

Aangezien het aan de aanbestedende overheid, met name de Nationale Loterij, toekomt om de offertes te beoordelen op hun regelmatigheid, verwijst [zij] naar de uiteenzetting hieromtrent door de Nationale Loterij.

[De tussenkomende partij] gaat enkel daar waar nodig kort in op de argumenten van de verzoekende partij.

40. Artikel 83 WOO bepaalt:

‘De aanbestedende overheid onderzoekt de regelmatigheid van de offertes. Daartoe kan de Koning de bijkomende nadere regels bepalen.’

41. Artikel 76 KB Plaatsing bepaalt: [...]

42. Belangrijk om op te merken is dat een offerte die een of meerdere niet-substantiële onregelmatigheden bevat, niet nietig moet worden verklaard (§2).

43. Op basis van artikel 76, §1 KB Plaatsing is een offerte aldus substantieel onregelmatig als ze:

- de inschrijver een discriminerend voordeel biedt;
- tot concurrentievervalsing leidt;
- de beoordeling van de offerte van de inschrijver of de vergelijking ervan met de andere offertes verhindert; of
- de verbintenis van de inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren niet-bestaande, onvolledig of onzeker maakt.

44. Volgens de verzoekende partij is de brandstoftoeslag die werd vermeld in de offerte van 9 april 2026 van [de nv D.] per definitie een substantiële onregelmatigheid. Zij kwalificeert dit als een ‘voorbehoud’ met betrekking tot de prijs en stelt zonder meer dat dit ‘afbreuk [doet] aan essentiële besteksbepalingen’^[...]. Zij verwijst daarvoor op algemene wijze naar rechtspraak van Uw Raad, waarin wordt besloten tot een substantiële onregelmatigheid inzake de prijs.

45. Uw Raad oordeelde daarover echter het volgende: [...]

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

‘De vraag in hoeverre uit de opdrachtdocumenten minimale eisen of substantiële vereisten kunnen worden afgeleid, waarvan de niet-naleving aanleiding geeft tot het substantieel onregelmatig verklaren van de offerte, moet worden beantwoord aan de hand van de tekst van die documenten, bekeken in het licht van hun context. Het staat in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid, die zelf de eisen heeft omschreven, om haar tekst te interpreteren en om vast te stellen of een afwijking al dan niet een minimale eis of een substantieel vereiste betreft. Zij beschikt daarvoor over een zekere beoordelingsruimte.’^[...]

Met andere woorden, het komt in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid toe om te bepalen of een afwijking in een offerte betrekking heeft op een minimale eis of een substantieel vereiste. Zij beschikt daarbij over een zekere beoordelingsruimte. Uw Raad voert bijgevolg slechts een marginale controle door.

46. *In casu* motiveert de Nationale Loterij op uitvoerige wijze in het gunningsverslag waarom er geen sprake is van een substantiële onregelmatigheid.

Zo stelt zij:

[...]

Volgens de Nationale Loterij is er aldus geen sprake van een substantiële onregelmatigheid aangezien de brandstoftoeslag:

- slechts werd voorzien voor een beperkt aantal posten, en dus slechts een beperkte waarde vertegenwoordigen ten opzichte van het totale opdrachtbedrag; en
- zowel in plus als in min kon worden toegepast.

De Nationale Loterij is dan ook van oordeel dat het slechts ‘een marginaal element’ betreft in de offerte van [de nv D.], die voor het overige ‘aan alle eisen van de opdrachtdocumenten voldeed’.

De voorwaarden voor de kwalificatie als substantiële onregelmatigheid zijn volgens de Nationale Loterij dan ook niet voldaan.

47. [De tussenkomenende partij] merkt op dat de verzoekende partij het tegendeel niet aantoont. Zij licht op geen enkele manier toe of maakt niet aannemelijk dat de voorwaarden voor de kwalificatie als substantiële onregelmatigheid zouden zijn voldaan.

Zo maakt zij niet aannemelijk dat de brandstoftoeslag i) een discriminerend voordeel biedt, ii) tot concurrentievervalsing leidt, iii) de beoordeling van de offerte van [de nv D.] of de vergelijking ervan met de andere offertes verhindert, of iv) de verbintenis van [de nv D.] om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren niet-bestaande, onvolledig of onzeker maakt.

Zoals reeds gesteld, verwijst zij louter op algemene wijze naar eerdere rechtspraak van Uw Raad, zonder *in concreto* toe te lichten waarom de brandstoftoeslag een substantiële onregelmatigheid zou uitmaken.

Het komt nochtans aan de verzoekende partij toe om aannemelijk te maken dat de brandstoftoeslag voormelde gevolgen van artikel 76, §1, derde lid KB Plaatsing met zich meebrengt.

48. In de mate dat de brandstoftoeslag in de offerte van [de nv D.] een onregelmatigheid uitmaakt, is dit hoogstens een niet-substantiële onregelmatigheid die niet leidt tot de nietigheid van de offerte.

49. Tussenbesluit: het eerste middelonderdeel is niet ernstig.”

Beoordeling

15. Volgens de verzoekende partij is de offerte van de gekozen inschrijver behept met een substantiële onregelmatigheid wegens een niet-toegelaten brandstoftoeslag.

16. Uit de bestreden (nieuwe) gunningsbeslissing blijkt dat de gekozen inschrijver in zijn offerte melding maakt van een brandstoftoeslag die van toepassing zou zijn op bepaalde posten van de inventaris. Hoewel deze “volgens het lastenboek niet mogelijk [is]”, oordeelt de verwerende partij dat deze niet kwalificeert als een substantiële onregelmatigheid en dat gelet op de verklaring van

15 juni 2026 van de nv D. aan de Nationale Loterij “dat men de brandstoftoeslag volledig laat vallen zonder een aanpassing van de prijzen die werden ingediend op 9 april 2026”, de offerte van de nv D. geen onregelmatigheid bevat (zie de motivering hiervoor, weergegeven onder randnummer 3.10).

17. Bijgevolg rijst de vraag of er in het voornoemde geval sprake is van een substantieel onregelmatige offerte, omdat het bijzonder bestek dat de opdracht beheerst, oplegt dat de eenheidsprijzen en de globale prijzen “alle kosten, maatregelen en lasten van alle aard [omvatten] die inherent zijn aan de uitvoering van de opdracht”, met name:

- “- het administratief beheer en het secretariaat;
- de verplaatsing, het vervoer;
- alle nodige verzekeringen;
- de documentatie betreffende de diensten;
- de levering van documenten of stukken die verband houden met de uitvoering;
- de eventuele verpakkingen;
- de voor het gebruik noodzakelijke vorming;
- in voorkomend geval, de maatregelen die door de wetgeving worden opgelegd inzake de veiligheid en de gezondheid van de werknemers tijdens de uitvoering van hun werk;
- het afhalen van de goederen;
- handling bij de opdrachtnemer;
- het transport en de levering naar de leveringsadressen;
- alle administratieve formaliteiten en rapporteringen;
- alle IT-ontwikkelingskosten.

Daarmee wordt aangesloten bij artikel 32, § 3, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 waarin is opgenomen:

- “Behoudens andersluidende bepaling in de opdrachtdocumenten zijn inbegrepen in de eenheidsprijzen en globale prijzen van de opdracht voor diensten, alle kosten, maatregelen en lasten die inherent zijn aan de uitvoering van de opdracht, met name:
- 1° de administratie en het secretariaat;
 - 2° de verplaatsing, het vervoer en de verzekering;
 - 3° de documentatie die met de diensten verband houdt;

- 4° de levering van documenten of stukken die inherent zijn aan de uitvoering;
- 5° de verpakkingen;
- 6° de voor het gebruik noodzakelijke vorming;
- 7° in voorkomend geval, de maatregelen die door de wetgeving inzake de veiligheid en de gezondheid van de werknemers worden opgelegd voor de uitvoering van hun werk.”

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

“Een offerte is substantieel onregelmatig wanneer ze van aard is de inschrijver een discriminerend voordeel te bieden, tot concurrentievervalsing te leiden, de beoordeling van de offerte van de inschrijver of de vergelijking ervan met de andere offertes te verhinderen, of de verbintenis van de inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onbestaande, onvolledig of onzeker te maken”.

19. In de initiële offerte van de gekozen inschrijver, die de Raad van State heeft kunnen inzien, worden de veronderstellingen en de voorwaarden waarop zijn voorstel is gebaseerd, weergegeven en gepreciseerd, waarbij een duiding wordt gegeven dat voor vaste transportritten de brandstoftoeslag is inbegrepen en voor *on demand* transportritten een brandstoftoeslag van toepassing is die op maandelijkse basis wordt herbekeken; eveneens wordt aangegeven dat hij zich het recht voorbehoudt om de betreffende tarieven te herbekijken bij, buiten zijn wil om, stijging van de brandstofkosten.

Uit, de aangepaste offerte (korte versie), die de Raad van State heeft kunnen inzien, gaat de gekozen inschrijver in op de vragen van de verwerende partij geformuleerd naar aanleiding van het feedbackgesprek van 26 maart 2026 en verduidelijkt de brandstofcomponent in zijn tarieven en de brandstoftoeslag. Aangaande de brandstoftoeslag wordt bevestigd dat de tarieven voor de vaste transportritten, die zijn opgegeven in de inventaris, inclusief brandstoftoeslag zijn en dat de brandstoftoeslag alleen van toepassing is op *on demand* transportritten die op maandelijkse basis wordt herbekeken. Eveneens wordt aangegeven dat hij

zich het recht voorbehoudt om de betreffende tarieven te herbekijken bij, buiten zijn wil om, stijging van de brandstofkosten.

20. Uit het voorgaande volgt dat de gekozen inschrijver zowel in zijn initiële als in zijn aangepaste offerte een brandstoftoeslag heeft opgenomen. Die toeslag is volgens de offerte van toepassing op de *on-demand* transportritten en wordt maandelijks herbekeken. Daarnaast behoudt de gekozen inschrijver zich uitdrukkelijk het recht voor om bij een stijging van de brandstofkosten de aan de verwerende partij aangerekende tarieven te herzien. In tegenstelling tot wat in de nota met opmerkingen is opgenomen, lijkt hierin niet te lezen dat de prijzen zouden dalen wanneer de brandstofprijzen zouden dalen.

21. De vermelding in de aangepaste offerte (korte versie) dat een eventuele aanpassing in onderling overleg zou plaatsvinden, neemt het aldus gemaakte voorbehoud niet weg. In dezelfde offerte wordt immers zonder voorbehoud verklaard dat de brandstoftoeslag op de betrokken ritten van toepassing is, maandelijks wordt herbekeken en dat de gekozen inschrijver zich het recht voorbehoudt de tarieven te herzien. Minstens zijn de omvang van zijn prijsverbintenis en de voorwaarden waartegen hij de opdracht tegen de aangeboden tarieven zou uitvoeren daardoor onzeker.

22. De gekozen inschrijver heeft aldus op het eerste gezicht een eigen prijsherzieningsmechanisme toegevoegd dat niet in de opdrachtdocumenten is opgenomen en afwijkt van de verplichting om alle aan de uitvoering inherente kosten, waaronder de kosten van verplaatsing/vervoer/transport, in de eenheidsprijzen en globale prijzen op te nemen.

De brandstoftoeslag lijkt de vergelijkbaarheid van de offertes te kunnen verhinderen. Terwijl inschrijvers die een ‘alles inbegrepen’ prijs aanbieden het risico van stijgende brandstofprijzen in hun aangeboden tarieven moeten verwerken, schuift de gekozen inschrijver dat risico minstens gedeeltelijk door naar de verwerende partij. De offerte vermeldt zelfs geen voldoende omschreven

prijsherzieningsformule; zo preciseert die niet op basis van welke objectieve index, basiswaarde, berekeningsformule of begrenzing de maandelijkse toeslag wordt vastgesteld, maar verwijst daarvoor naar de algemene website van de gekozen inschrijver. Daardoor kan de uiteindelijke prijs niet uitsluitend op basis van de bij de indiening vastgelegde offerte worden bepaald en kan evenmin met zekerheid worden bepaald of alle offertes op dezelfde grondslag zijn vergeleken.

23. Te dezen blijkt op het eerste gezicht dat de gekozen inschrijver zich uitdrukkelijk het recht voorbehield om bij een stijging van de brandstofkosten de aan de verwerende partij aangerekende tarieven te herzien.

Een inschrijver die aan zijn offerte een niet in het bestek bepaalde voorwaarde toevoegt, maakt zijn verbintenis om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onzeker. Door het toevoegen van eigen voorwaarden, is te dezen de verbintenis van de gekozen inschrijver op dat punt onduidelijk en staat bijgevolg niet vast dat hij zonder voorbehoud akkoord ging met de voorwaarden van het bestek. Het gegeven dat de gekozen inschrijver de inventaris heeft ingevuld, is, net omwille van het voorbehoud, irrelevant.

De omstandigheid dat het voorbehoud volgens de verwerende partij slechts betrekking zou hebben op een zeer gering aandeel van de opdracht, lijkt op het eerste gezicht niet tot een andere conclusie te leiden. Wanneer, zoals te dezen, vaststaat dat de verbintenis van de inschrijver onzeker is, lijkt dit te volstaan om op grond van artikel 76, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 te besluiten tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte. De voornoemde bepaling lijkt geen marge toe te laten in functie van het aandeel van deze onzekerheid ten aanzien van de totaliteit van de opdracht.

24. De verwijzing naar punt 2.9.5, B., van het bestek betreffende onvoorziene omstandigheden leidt niet tot een andere conclusie. Een regeling die onder bepaalde voorwaarden tijdens de uitvoering overleg of contractuele aanpassing mogelijk maakt wegens werkelijk onvoorzienbare omstandigheden,

verleent een inschrijver niet de mogelijkheid om reeds in zijn offerte een eigen, maandelijks herzienbare brandstoftoeslag op te nemen. De gekozen inschrijver kon de toepassing van die contractuele uitzonderingsregeling niet vooraf uitbreiden tot iedere toekomstige stijging van de brandstofprijs en dat op grond van een unilaterale beslissing van die inschrijver.

25. Hoewel het in de eerste plaats aan de verwerende partij toekomt om te beoordelen of een offerte aan de opdrachtdocumenten beantwoordt, mag de Raad van State nagaan of die beoordeling steunt op in rechte en in feite aanvaardbare motieven die voortvloeien uit een zorgvuldig onderzoek. Gelet op de uitdrukkelijke bewoordingen van de offerte lijkt de verwerende partij op het eerste gezicht niet rechtmatig te kunnen besluiten dat geen voorbehoud werd gemaakt, minstens niet zonder concreet te onderzoeken welke tarieven tijdens de uitvoering zouden worden aangerekend en hoe de toeslag zou worden berekend, net wegens de invloed op de vergelijking van de offertes. Relevant te dezen is de vraag of aan de voorwaarden van artikel 76, § 1, derde lid, van het koninklijk besluit van 18 april 2017, om te spreken van een substantiële onregelmatigheid, wordt beantwoord.

26. De brandstoftoeslag maakt op het eerste gezicht de prijsverbintenis van de gekozen inschrijver onzeker, kan hem een discriminerend voordeel verschaffen en tast minstens de objectieve vergelijkbaarheid van de offertes aan. De offerte is bijgevolg substantieel onregelmatig in de zin van artikel 76, § 1, derde lid, van het koninklijk besluit van 18 april 2017.

27. Het gegeven dat de verzoekende partij als huidige opdrachtnemer een prijsherziening in het kader van de lopende opdracht heeft gevraagd wegens de gestegen brandstof- en energieprijzen, met toepassing van een bestaande herzieningsclausule en op grond van artikel 38/9 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 ‘tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten’, houdt niet in dat hierdoor zij niet langer de gekozen

inschrijver mag verwijten een voorbehoud wat zijn prijzen betreft te maken aan de hand van een brandstoftoeslag voor een opdracht die wordt geplaatst.

28. Daarnaast rijst de vraag wat het gevolg is van de substantiële onregelmatigheid in de offerte van de gekozen inschrijver.

29. Er is onder de partijen geen betwisting over het feit dat de aangepaste offerte die dateert van 9 april 2026 de definitieve offerte van de gekozen inschrijver is. Met de zogenaamde rechtgezette offerte wordt namelijk, zoals bevestigd in de bestreden beslissing, geen rekening gehouden: “De rechtgezette offerte van [de nv D.] van 21 april 2026 wordt m.a.w. volledig buiten beschouwing gelaten”.

30. Artikel 38, § 5, van de wet van 17 juni 2016 luidt:

“Met het oog op de verbetering van hun inhoud onderhandelt de aanbestedende overheid met de inschrijvers over de initiële offertes en over alle volgende offertes die door hen werden ingediend, met uitzondering van de definitieve offertes in de zin van paragraaf 8. De aanbestedende overheid kan de opdrachten desalniettemin gunnen op basis van de initiële offertes zonder onderhandeling, indien zij zich de mogelijkheid daartoe heeft voorbehouden in de aankondiging van een opdracht.
Over de minimumeisen en de gunningscriteria wordt niet onderhandeld.”

Die bepaling die betrekking heeft op de mededingingsprocedure met onderhandeling – de te dezen aangewende plaatsingsprocedure – houdt dus in dat de aanbestedende overheid kan onderhandelen over de initiële en alle volgende offertes, met uitzondering van de definitieve offertes. Wanneer de aanbestedende overheid de onderhandelingen beëindigt, moet zij overeenkomstig artikel 38, § 8, van dezelfde wet nagaan of de definitieve offertes aan de minimumeisen voldoen en deze vervolgens beoordelen op basis van de gunningscriteria. Het eerste lid van die bepaling luidt:

“Indien de aanbestedende overheid voornemens is de onderhandelingen af te sluiten, stelt zij de resterende inschrijvers daarvan in kennis en stelt zij

een gemeenschappelijke termijn vast voor de indiening van nieuwe of aangepaste offertes. De aanbestedende overheid controleert of de definitieve offertes voldoen aan de minimumeisen en overeenstemmen met artikel 66, § 1, beoordeelt de definitieve offertes aan de hand van de gunningscriteria en gunt de opdracht krachtens de artikelen 79 tot 84.”

Artikel 76, § 4, eerste lid, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 bepaalt bovendien uitdrukkelijk:

“De onderhavige paragraaf is van toepassing op het regelmatigheidsonderzoek van de offertes die geen finale offertes zijn bij de opdrachten met een geraamde waarde gelijk aan of hoger dan de drempel voor de Europese bekendmaking waarbij gebruik wordt gemaakt van een procedure waarin onderhandelingen toegelaten zijn en onverminderd artikel 39, § 7, tweede lid, van de wet. Wanneer het een finale offerte betreft is paragraaf 3 van toepassing.”

Op de definitieve offertes is dus paragraaf 3 van dat artikel van toepassing, die luidt:

“Wanneer gebruik wordt gemaakt van een openbare of niet-openbare procedure, verklaart de aanbestedende overheid de substantieel onregelmatige offerte nietig. Dit is ook het geval voor een offerte die meerdere niet-substantiële onregelmatigheden bevat wanneer de cumulatie of combinatie ervan de in paragraaf 1, derde lid, bedoelde gevolgen teweeg brengt.”

Krachtens artikel 76, § 4, eerste lid, *juncto* artikel 76, § 3, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 moet een definitieve offerte die is aangetast door een substantiële onregelmatigheid worden nietig verklaard. De mogelijkheid om bepaalde onregelmatigheden te laten regulariseren die in een mededingingsprocedure met onderhandelingen voor offertes kan bestaan, geldt bijgevolg niet voor de definitieve offerte.

31. De verwerende partij kon de gekozen inschrijver na de indiening van de definitieve offerte dan ook niet meer toelaten de brandstof toeslag in te trekken, te neutraliseren of nader te onderhandelen. Een dergelijke tussenkomst zou de prijsverbintenis wijzigen nadat de onderhandelingen waren beëindigd.

Nochtans is dat wat de verwerende partij heeft gedaan: toelaten dat de gekozen inschrijver op 15 juni 2026 de brandstoftoeslag opgenomen in de definitieve offerte van 9 april 2026 laat vallen. De gekozen inschrijver heeft hierdoor na het verstrijken van de termijn voor de indiening van de definitieve offertes alsnog de substantiële onregelmatigheid van zijn offerte kunnen herstellen, terwijl de andere inschrijvers hun definitieve offertes niet meer konden wijzigen. Dat is onverenigbaar met het gelijkheids- en transparantiebeginsel. De definitieve offerte moest worden beoordeeld in de vorm waarin ze binnen de gemeenschappelijke indieningstermijn was ingediend, dus met de brandstoftoeslag in de definitieve offerte van de gekozen inschrijver.

32. Op het eerste gezicht vloeit uit de voorgaande vaststellingen voort dat de verwerende partij de offerte van de gekozen inschrijver had moeten nietig verklaren.

VII. Besluit

33. Het eerste middelonderdeel van het eerste middel is in de aangegeven mate ernstig gebleken. De schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing dient dan ook te worden bevolen.

34. In zoverre het voorwerp van de vordering eveneens de impliciete beslissing om de opdracht niet te gunnen aan de verzoekende partij omvat, moet de vordering in die mate worden verworpen.

BESLISSING

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

2. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van “de (nieuwe) gunningsbeslissing van 16 juni 2026 van de Nationale Loterij, waarbij de Nationale Loterij, na intrekking van haar initiële gunningsbeslissing van 12 mei 2026, perceel 1 van de overheidsopdracht opnieuw heeft gegund aan [nv D.]”.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op eenendertig juli tweeduizend zesentwintig, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Chantal Bamps,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	

Karin Meerschaut,	griffier.
-------------------	-----------

De griffier	De voorzitter
--------------------	----------------------

Karin Meerschaut	Chantal Bamps
-------------------------	----------------------