RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

nr. 155.097 van 16 februari 2006
in de zaak A. 117.950/XII-3485.

In zake : de NV CLEANING DE BREE,
die woonplaats kiest bij
advocaat C. De Wolf,
kantoor houdende te Maarkedal,
Etikhovestraat 6

tegen :

de STAD GENT,
die woonplaats kiest bij
advocaat P. Devers,
kantoor houdende te Gent,
Kouter 71-72.

D E R A A D V A N S T A T E, XIIe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat de NV Cleaning De Bree op 11 maart 2002 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van
"- de beslissing van 22 november 2001 [...] waarbij de opdracht voor het ruimen van riolen in diverse straten te Gent na een gunningsprocedure onder de vorm van een openbare aanbesteding werd gegund aan [...] Watco Industrial Cleaning nv;
- de impliciete afwijzingsbeslissing [...] waarbij voormelde opdracht niet wordt gegund aan verzoekende partij";

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op de beschikking van 22 maart 2005 die de neerlegging ter griffie van het verslag en van het dossier gelast;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen en gezien de laatste memories;

Gelet op de beschikking van 9 september 2005 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 18 oktober 2005;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat C. De Wolf, die verschijnt voor de verzoekende partij, en van advocaat P. Devers, die verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het andersluidend advies van eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

1. De gegevens van de zaak.

De verwerende partij schrijft een openbare aanbesteding uit voor de voormelde opdracht. De opening van de offertes is vastgesteld op 27 september 2001.

Er worden vijf offertes ingediend. Drie inschrijvers blijken aan de selectiecriteria te voldoen.

Blijkens de opening van de offertes heeft de verzoekende partij de laagste offerte (221.700 euro) ingediend en NV Watco de tweede laagste (221.768 euro).

Bij post 1.1.6. "Ruimen van de hoofdriolering tot Ø 100 cm" met een vermoedelijke hoeveelheid van 400 heeft NV Watco in de inventaris als eenheidsprijs "zes komma negen drie" ingevuld en als uitkomst van die vermenigvuldiging "3.172,00".

In het gunningsverslag is de uitkomst verbeterd naar 2.772,00. Onder het "rekenkundig nazicht" wordt immers het volgende vermeld :

"Watco Industrial Cleaning Olen	Voor verbetering	Na verbetering
Post 1.1.6 :		
400 m x 6,93 eur	3.172,00 eur	2.772,00 eur
Totaal excl. btw :	221.768,00 eur	221.368,00 eur";

Aldus komt het bedrag van de offerte van NV Watco op 221.368 euro, BTW niet inbegrepen, hetgeen deze offerte lager maakt dan de offerte van de verzoekende partij.

Het college van burgemeester en schepenen beslist op 22 november 2001 de opdracht toe te wijzen aan de NV Watco, laagste bieder, voor de som van 221.368 euro, BTW niet inbegrepen.

Met een brief van 18 januari 2002 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mede dat haar offerte niet werd uitgekozen.

Met een brief van 22 januari 2002 vraagt de verzoekende partij de kopie van het gunningsverslag;

2. De exceptie.

Overwegende dat de verwerende partij ter terechtzitting afstand doet van de in haar memorie van antwoord opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid;

3. De gegrondheid van het beroep.

3.1. Overwegende dat de verzoekende partij in een enig middel de schending aanvoert van artikel 111 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies van openbare werken en van het gelijkheidsbeginsel, en daartoe verwijst naar de verbetering in het gunningsverslag van de inschrijving van NV Watco; dat de verzoekende partij betoogt dat het totale inschrijvingsbedrag van NV Watco 221.368,00 euro werd als gevolg van deze aanpassing, dat een andere mogelijkheid tot aanpassing van de offerte van de NV Watco voorhanden was, die, vanuit inhoudelijk oogpunt, veel minder ingrijpend was namelijk :

“Watco Industrial Cleaning Olen	Voor verbetering	Na verbetering
Post 1.1.6 :		
400 m x 7,93 eur	3.172,00 eur	3.172,00 eur”,

dat het immers veel waarschijnlijker lijkt dat de werkelijke bedoeling van NV Watco was dat een eenheidsprijs van 7,93 euro in aanmerking werd genomen, zodat het eindbedrag zoals in de meetstaat opgenomen, met name 3.172,00 euro correct is, dat

uit het aanbestedingsverslag blijkt dat de verwerende partij de vastgestelde rekenfout heeft verbeterd zonder rekening te houden met de werkelijke bedoeling van de inschrijver en meer bepaald zonder een vergelijking te maken met de prijzen die door de overige inschrijvers werden ingediend en met de voor de betreffende werkzaamheden gangbare prijzen, dat zulks des te meer klemt nu de ramingsprijs voor de betreffende post 400 frank of 9,92 euro bedroeg, dat de inschrijvingsprijs van de verzoekende partij voor deze post 13,75 euro was, dat het aldus volkomen onbegrijpelijk is dat de verwerende partij, met het oog op het verbeteren van een rekenfout opteerde voor een aanpassing die niet alleen het meest ingrijpend is, doch bovendien tot gevolg heeft dat deze aanpassing een afwijking inhoudt van ruim 30% van de door haarzelf voor de betreffende post aangenomen ramingsprijs;

3.2. Overwegende dat de verwerende partij in haar memorie van antwoord tegenwerpt dat de verzoekende partij het principe niet betwist dat de offerte van NV Watco moest worden verbeterd, dat de verwerende partij de uitkomst van de vermenigvuldiging 400 x 6,93 euro heeft verbeterd, van 3 172,00 euro naar 2 772,00 euro, dat zulks neerkomt op het rechtzetten van een rekenfout, dat ze daarentegen volgens de verzoekende partij de eenheidsprijs had moeten veranderen van 6,93 naar 7,93 euro en de uitkomst van de vermenigvuldiging 400 x 7,93 euro, gelijk aan 3 172 euro, had moeten behouden, dat zulks echter gelijkstaat met het verbeteren van een kennelijk materiële fout, dat wanneer zich tegelijk de mogelijkheid, casu quo de verplichting zou aandienen tot de verbetering van een rekenfout, dan wel van een kennelijk materiële fout, dit alles voor één en dezelfde anomalie, in hoofde van de aanbestedende overheid het herstel van een rekenfout, vanwege onmiddellijk zichtbaar en puur mathematisch, primeert, terwijl de kennelijk materiële fout van diezelfde overheid noodzakelijk een appreciatie, een beoordeling inhoudt, gelet op de term “kennelijk”, dat het voorts te dezen logisch is dat inschrijvers een hogere inschrijvingsprijs laten kennen al naargelang de diameter van de te ruimen hoofdriolering stijgt, dat ook de NV Watco zulks deed, namelijk door een eenheidsprijs van 4 euro, meer eurocenten, op te geven voor de twee rioleringen met de kleinste diameter en een eenheidsprijs van 5 euro, meer eurocenten, voor de twee rioleringen met de middenste diameter, zodat het niet onlogisch is dat ze ook een eenheidsprijs van 6 euro, meer eurocenten, effectief bedoelde, zoals ze haar prijs in letterschrift uitdrukte, voor de twee rioleringen met de grootste diameter, dat dus alleen de verbetering zoals door de verwerende partij doorgevoerd, dit is het herstel van de loutere rekenfout consistent is met de prijzen van de offerte van de NV Watco met betrekking tot de posten “ruimen van hoofdriolering” (post 1.1) in het algemeen

gezien, terwijl artikel 111 voornoemd in zijn tweede lid juist voorschrijft dat bij het nagaan van de bedoeling van de inschrijver in de eerste plaats de eigen offerte van die inschrijver dient te worden onderzocht; dat de verwerende partij nog stelt dat de andere indicatoren van de bedoeling van een inschrijver ter zake geen soelaas brengen, dat immers een vergelijking tussen de eenheidsprijzen van de verzoekende partij met deze van de NV Watco leert dat de prijsopbouw tussen de beide offertes fundamenteel verschilt en dat hetzelfde geldt bij een vergelijking van de door de indieners ingediende eenheidsprijzen geplaatst ten opzichte van de raming door de aanbestedende overheid, dat zowel onderling als ten opzichte van de raming zowel de verzoekende partij als de NV Watco een eigen, van elkaar en van de raming afwijkend prijssysteem hebben gehanteerd, de ene met lagere prijzen op het ruimen van hoofdrioleringen, de andere met lagere prijzen op het ruimen van pompkamers, duikers en siphons, zodanig dat van deze twee beoordelingsfactoren om de bedoeling van de inschrijver te kennen te dezen geen nuttig gebruik te maken was;

3.3. Overwegende dat de verzoekende partij in haar memorie van wederantwoord daartegen laat gelden niet te begrijpen waarom bij het tegelijk voorkomen van de mogelijkheid om een rekenfout, dan wel een kennelijk materiële fout te verbeteren, het herstel van de rekenfout zou moeten primeren, aangezien artikel 111 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 terzake geen enkele prioriteit of voorrang bevat, dat

> "Uit een analyse van de meetstaat, en met name de prijzen in letterschrift, betreffende post 1 blijkt dat de vergissing zich kennelijk in de geschreven prijs situeert en manifest een tikfout uitmaakt :
> 'vier komma...
> vier komma...
> vijf komma...
> vijf komma...
> zes komma...
> zes komma...'
> terwijl het in de laatste post 'zeven' diende te zijn",

dat de eenheidsprijs van 7,93 euro veel meer logisch was, nu het hierbij vastgestelde verschil, namelijk 1,24 euro met de eenheidsprijs voor het ruimen van buizen tot Ø 80 cm, consistent is met de prijsverhogingen in verhouding tot de diameter, dat, wanneer daarentegen wordt uitgegaan van een eenheidsprijs van 6,93 euro, het verschil slechts 0,24 euro bedraagt, en dit niettegenstaande de diameter 20 cm groter is en dat er geen enkel verschil is wat betreft de te ruimen hoeveelheden, dat het ten slotte onnodig is de eenheidsprijzen van de NV Watco met die van verzoekende partij te vergelijken aangezien het slechts de eenheidsprijs van één post (1.1.6) is, die het

voorwerp van het aangevoerde middel uitmaakt en waaromtrent de verwerende partij een aanpassing heeft verricht en het dan ook enkel met betrekking tot deze post is dat de bedoeling van de inschrijver moet worden nagegaan;

3.4. Overwegende dat de verwerende partij in haar laatste memorie, in verband met de consistentie in prijsverhogingen in verhouding tot de diameter van de rioleringsbuizen, nog wijst op het feit dat "mede-inschrijver NV Hudamac ter zake eerder op een gelijkaardige wijze als de verwerende partij is te werk gegaan en ook heeft voorzien in een minimale prijsstijging bij het ruimen van een riolering van diameter 80 cm ten opzichte van diameter 100 cm (diameter 80 cm : 475 BEF; diameter 100 cm : 500 BEF of slechts 25 BEF verschil waar door Hudamac NV tussen diameter 70 cm en diameter 80 cm nog een verschil werd weerhouden van 75 BEF)";

3.5. Overwegende dat artikel 111 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken in zijn op de in het geding zijnde opdracht toepasselijke versie luidt als volgt :

> "111. Alvorens de aannemer aan te wijzen, verbetert de aanbestedende overheid de rekenfouten en de kennelijk materiële fouten in de offertes, zonder dat zij voor niet ontdekte fouten aansprakelijk is.
>
> Voor het verbeteren van die fouten gaat de aanbestedende overheid de werkelijke bedoeling van de inschrijver na met alle middelen, onder meer door een onderzoek van de offerte, een vergelijking van de prijzen met die van de overige inschrijvers en met de gangbare prijzen.
>
> Indien de bedoeling niet duidelijk is, kan de aanbestedende overheid, hetzij beslissen dat de geboden eenheidsprijzen geldig zijn, hetzij de twijfelachtig bevonden offerte als onregelmatig verwerpen".

Overwegende dat de verwerende partij met toepassing van het eerste lid van dat artikel een rekenfout heeft verbeterd door de uitkomst van 400 x "zes komma negen drie" op 2772 euro te brengen in plaats van de 3172 euro die de NV Watco in haar offerte neerschreef; dat de verzoekende partij in wezen betoogt dat de aangehaalde bepaling toch is geschonden omdat de werkelijke bedoeling van de NV Watco niet is nagegaan en zij daarbij stelt dat het "veel waarschijnlijker" lijkt dat de NV Watco een eenheidsprijs van 7,93 euro in aanmerking heeft willen nemen, zodat het eindbedrag 3172 euro correct is;

Overwegende dat de NV Watco in de vermenigvuldiging "400 x zes komma negen drie = 3172" onbetwistbaar een fout heeft gemaakt; dat de

verwerende partij het product van die vermenigvuldiging als foutief heeft beschouwd en het product heeft verbeterd; dat de vraag rijst of zij in plaats van die verbetering, de eenheidsprijs van “zes komma negen drie” had moeten vervangen door “zeven komma negen drie” teneinde in overeenstemming te handelen met het aangehaalde artikel 111; dat in die bepaling vooreerst gewag wordt gemaakt van “de rekenfouten” en de verwerende partij een dergelijke fout heeft verbeterd; dat voorts sprake is van “kennelijk materiële fouten” waaronder een vergissing in de eenheidsprijs zou kunnen worden begrepen; dat daarbij echter is vereist dat een dergelijke fout “kennelijk” moet zijn, meer bepaald een fout waaromtrent nauwelijks discussie mogelijk is; dat te dezen in de eerste plaats het bedrag van de eenheidsprijs voluit in woorden is vermeld; dat voorts ook de discussie die in de voormelde memories door de partijen is gevoerd, juist aantoont dat de wijziging van de eenheidsprijs niet vanzelfsprekend is en op zijn minst ook tot ernstige betwistingen aanleiding kan geven; dat derhalve de discussie betreffende de bedoeling van de NV Watco niet relevant is, nu blijkt dat de door verzoekende partij voorgestane materiële fout, volgens haar “manifest een tikfout”, te dezen niet als “kennelijk” mag worden aangemerkt; dat de verwerende partij in de gegeven omstandigheden niet mag worden aangewreven dat zij het meervernoemde artikel 111 heeft geschonden; dat aldus zonder aangetoonde schending van artikel 111 evenmin een schending van het in het middel geschonden geachte gelijkheidsbeginsel blijkt; dat het middel niet gegrond is;

Overwegende dat in het auditoraatsverslag wordt vermeld dat de verzoekende partij in haar memorie van wederantwoord nog een tweede middel aanvoert; dat het in het verslag echter niet wordt besproken; dat de verzoekende partij in haar laatste memorie stelt “gezien het besluit van de heer eerste auditeur [...] in zijn voormeld verslag, waarbij het eerste en enige door verzoekende partij ingeroepen middel gegrond wordt bevonden”; dat aldus moet worden aangenomen dat de verzoekende partij zelf enkel maar het besproken middel als “enige” wil laten gelden,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het beroep wordt verworpen.

Artikel 2.

De kosten van het beroep, bepaald op 175 euro, komen ten laste van de verzoekende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op zestien februari 2006, door de XIIe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
	J. LUST,	staatsraad,
	G. VAN HAEGENDOREN,	staatsraad,
Mevr.	S. DOMS,	griffier.

De griffier, **De voorzitter,**

S. DOMS. **D. VERBIEST.**