

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 211.336 van 17 februari 2011
in de zaak A. 198.916/XII-6476**

In zake: de NV DE PEUTER
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Annemie Van Hove
kantoor houdend te Herentals
Lierseweg 238
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE MEERHOUT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D’Hooghe en Leopold Schellekens
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV VANHOUT.PRO
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Carlos De Wolf
kantoor houdend te Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingediend ter griffie op 21 januari 2011, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “een beslissing dd. 27.12.2010 waarbij verweester de opdracht i.k.v. een openbare aanbesteding met als voorwerp ‘Nieuwbouw van het Administratief Centrum – perceel 1: Ruwbouw, onderdak, afwerking, vaste bemeubeling en (beperkte)

omgevingswerken’ heeft gegund aan nv Vanhout.pro, 2300 Turnhout, Everdongenstraat, 6, KBO 0404.207.116”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 15 februari 2011, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Annemie Van Hove, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Leopold Schellekens, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Carlos De Wolf, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Luc Vermeire 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. Verwerende partij schrijft een openbare aanbesteding uit voor een opdracht van werken die in de aankondiging omschreven wordt als volgt:

“Heroriëntering bestaand gemeentehuis
PR 04 - Masterplan nieuwbouw oude woningen
PERCEEL 1: Ruwbouw – Onderdak – Afwerking - Vaste bemeubeling -
(beperkte) Omgevingswerken – Pilootaanname”

De geraamde waarde van de opdracht bedraagt volgens de aanbestedingsverslagen 3.046.843,45 euro, btw niet inbegrepen.

De aankondiging van deze opdracht wordt op 2 juli 2010 bekend gemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen. Op 13 juli 2010 wordt een wijzigingsbericht (verlenging van de periode voor het indienen van de offertes) bekend gemaakt.

3.2. De samenvattende meetstaat van het toepasselijke bestek bevat onder meer de posten 10.17.34A “Uitsparingen voor doorlaat terugname HVAC”, 10.17.34B “doorvoeren voor buizen HVAC” en “10.17.34C “doorvoeren voor kabelgoten”. Deze vormen samen artikel 10.17.34 “Uitsparingen uit binnenveiligheidsbeglazing” van de technische bepalingen van het bestek.

Terwijl de technische bepalingen voor de drie posten verwijzen naar een vermoedelijke hoeveelheid, vermeldt de meetstaat telkens een forfaitaire hoeveelheid: in fase 1: 116 stuks voor post 10.17.34A, 13 stuks voor post 10.17.34B en 13 stuks voor post 10.17.34C; in fase 2: 40 stuks voor post 10.17.34A, 4 stuks voor post 10.17.34B en 4 stuks voor post 10.17.34C.

3.3. De opening van de offertes vindt plaats op 27 augustus 2010. Zeven offertes worden ingediend waaronder deze van verzoekende partij en van de nv Vanhout.pro.

Laatstgenoemde is met een inschrijvingsbedrag van 2.723.667,97 euro de laagste inschrijver. Verzoekende partij is met een inschrijvingsbedrag van 2.764.634,30 euro de tweede laagste inschrijver.

Diverse inschrijvers formuleren in hun offerte opmerkingen bij de hoeveelheden. De nv Vanhout.pro wijzigt de hoeveelheden voor post 10.17.34A voor fase 1 in 7 (in plaats van de voorziene 116) en voor fase 2 in 6 (in plaats van de

voorziene 40); voor posten 10.17.34B en 10.17.324C wijzigt zij de hoeveelheid voor fase 2 telkens in 3 (in plaats van de voorziene 4).

3.4. In een aanbestedingsverslag van 28 september 2010 onderzoekt de ontwerper onder meer de gewijzigde hoeveelheden, meegedeelde leemten en andere opmerkingen. Hij aanvaardt de door de nv Vanhout.pro gewijzigde hoeveelheden niet.

Dit onderzoek leidt tot een rangschikking na toepassing van de door het bestuur aanvaarde wijzigingen van hoeveelheden in min/meer. De nv Vanhout.pro wordt als eerste gerangschikt met een bedrag van 2.783.636,32 euro, btw niet inbegrepen, vóór de verzoekende partij met een bedrag van 2.783.731,85 euro, btw niet inbegrepen.

Uit de berekening van het rangschikkingsbedrag lijkt te moeten worden afgeleid dat voor de voornoemde posten de ontwerper de prijs van nv Vanhout.pro berekende door de voorgestelde prijs per stuk toe te passen op de hogere hoeveelheden vermeld in de meetstaat. Tevens blijkt dat hij voor artikel 00.07.30 (fase 1) “Pilootaanneming” de ontbrekende eenheidsprijs berekend “a.h.v. de leemteformule”.

Het aanbestedingsverslag bevat daaropvolgend ook een berekening van het bedrag voor gunning en een deel “Technisch nazicht : controle van het karakter van de prijzen” waarin het al dan niet abnormaal karakter van de prijzen bij de laagste bidder wordt gecontroleerd.

Bepaalde eenheidsprijzen kunnen volgens punt 4.1.1 van het verslag als “(abnormaal) laag” worden beschouwd, maar er wordt geadviseerd geen verantwoording te vragen, doorgaans gelet op het relatief klein belang van die artikelen. Voor fase 1 artikel 10.17.33 “Enkelvoudige binnenveiligheidsbeglazing uit gelaagd glas”, post 10.17.33A “kleurloos, niet reflecterend” wordt daarnaast onder meer nog vermeld dat met artikel 10.17.34A de nv Vanhout.pro door

rechtzetting van haar foutieve hoeveelheid in fase 1 en fase 2 boven het rekenkundig gemiddelde zit en dat de prijzen van beide artikelen samen gewogen kunnen worden “in de wetenschap dat beide artikels samenhangen”. Er worden geen eenheidsprijzen bij de laagste bieder als (abnormaal) hoog beschouwd.

Onder punt 4.2 “nazicht van de prijzen” wordt wel geadviseerd een verantwoording te vragen voor de lage eenheidsprijs voor artikel 10.17.33A “Enkelvoudige binnenveiligheidsbeglazing uit gelaagd glas - kleurloos, niet reflecterend”. Dit lijkt een vergissing nu zoals gezien onder 4.1.1.1 - onder “technisch nazicht” - werd geadviseerd hiervoor geen verantwoording te vragen, en lijkt dan ook niet gebeurd.

Uiteindelijk adviseert de ontwerper om de opdracht toe te wijzen aan de nv Vanhout.pro voor de som van 2.780.711,98 euro, btw niet inbegrepen; de prijs voor de leemte “cement gestabiliseerd zandbed in de kelder” zal “voor toewijzing onderhands bedongen worden”.

3.5. Op 11 oktober 2010 keurt het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Meerhout dit aanbestedingsverslag goed. Tegelijk beslist het college om de opdracht te gunnen aan de nv Vanhout.pro voor een bedrag van 3.364.661,50 euro, zijnde 2.780.711,98 euro voor de werken en 583.949,52 euro aan 21% btw en om, alvorens over te gaan tot sluiting van de overheidsopdracht, de prijs voor de leemtepost “cement gestabiliseerd zandbed in de kelder” onderhands te bedingen zoals bepaald in artikel 112, § 2, 4°, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken.

Met een aangetekende brief en e-mailbericht van 12 oktober 2010 wordt aan verzoekende partij meegedeeld dat de opdracht werd gegund aan de nv Vanhout.pro. De gunningsbeslissing en het aanbestedingsverslag worden bijgevoegd en er wordt verwezen naar een wachttermijn van 15 dagen.

3.6. In een aangetekend schrijven van 26 oktober 2010 formuleert verzoekende partij volgende kritiek op de gunningsbeslissing:

“Van de door u genomen beslissing werd kennis genomen.
Met de inhoud van de beslissing, en de beoordelingen en berekeningen o.m. inzake “leemten” kunnen wij niet akkoord gaan.
Wij beraden ons terzake over verdere stappen zoals te zetten, en waarvoor alle voorbehoud.
Gelet op het bijkomend onderzoek zoals wij onszelf oplegden wensen wij op heden de schorsingsprocedure niet waar te nemen.
Indien evenwel ons eerste standpunt inzake onjuiste beoordeling en becijfering bevestiging krijgen dan zullen wij de zich opdringende verdere stappen moeten nemen”.

Verzoekende partij wordt vervolgens uitgenodigd voor overleg over de gunningsbeslissing en haar bezwaren en opmerkingen. Na een eerste overleg op 16 november 2010 bevestigt verzoekende partij in een niet aangetekend verzonden brief haar bezwaar inzake de incorrecte beoordeling en becijfering wat betreft de leemten met een eigen berekening aan de hand van de leemteformule in artikel 112, § 2 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996. Zoals ook vermeld in de nota, betreft het bezwaar de berekening van de ontbrekende prijs in de inschrijving van de nv Vanhout.pro voor post 00.07.30 “pilootaanname” in het initiële aanbestedingsverslag. Vervolgens vindt blijkbaar nog een overleg plaats op 26 november 2010.

3.7. Op 6 december 2010, dus binnen de 60 dagen na het nemen van de eerste gunningsbeslissing en vooraleer het contract met de nv Vanhout.pro tot stand is gekomen, beslist het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Meerhout om de beslissing van 11 oktober 2010 in te trekken. Het college vindt blijkens de motivering “dat het gelet op de gewezen wettigheidskritiek aangewezen is om het dossier aan bijkomend onderzoek te onderwerpen” en “noodzakelijk dat het dossier grondig wordt gescreend in functie van een beter gemotiveerd en juridisch onderbouw [d] besluit op korte termijn”.

De diverse inschrijvers, waaronder verzoekende partij, worden hiervan met een aangetekende brief en e-mail van 10 december 2010 op de hoogte gebracht.

3.8. Vervolgens nodigt verwerende partij de nv Vanhout.pro uit voor een gesprek op 15 december 2010 “betreffende de intrekking van de gunningsbeslissing en het nemen van een nieuwe gunningsbeslissing”. Volgens de nota en de bestreden beslissing gebeurt dit “in het licht van het gelijkheidsbeginsel alsook in het licht van de verduidelijking van het intrekkingbesluit en de juridische probleemstelling die aan de basis hiervan lag”.

De nv Vanhout.pro maakt dan volgens de nota bezwaar tegen de wijze waarop de ontwerper in het initiële aanbestedingsverslag zijn totaalprijs voor de post 10.17.34A “Uitsparingen voor doorlaat terugname HVAC” voor fase 1 en fase 2 substantieel heeft verhoogd, ten gevolge van de weigering van de ontwerper om de door haar aangepaste hoeveelheden van deze posten te aanvaarden.

Zij blijkt daarbij op eigen initiatief een berekening te hebben bezorgd van de leemte voor artikel 00.07.30 “pilootaanname” fase 1, alsook een verantwoording voor haar prijsopgave voor post 10.17.34A.

3.9. Met een volgens de nota aangetekend en ook bij e-mailbericht verzonden brief van 16 december 2010 vraagt de ontwerper formeel een prijsverantwoording aan de nv Vanhout.pro voor de posten 10.17.33A “Enkelvoudige binnenveiligheidsbeglazing uit gelaagd glas - kleurloos, niet reflecterend” en 10.17.34A “Uitsparingen voor doorlaat terugname HVAC” voor fase 1, en posten 10.17.34A “Uitsparingen voor doorlaat terugname HVAC”, 10.17.34B “doorvoeren voor buizen HVAC” en 10.17.34C “doorvoeren voor kabelgoten” voor fase 2 van de meetstaat.

De nv Vanhout.pro deelt dezelfde dag nog een prijsverantwoording mee; voor de post 10.17.34A lijkt deze identiek aan de eerder op eigen initiatief meegedeelde verantwoording.

3.10. In een nieuw aanbestedingsverslag van 22 december 2010 onderzoekt de ontwerper onder meer de gewijzigde hoeveelheden, leemten en andere opmerkingen van de inschrijver. Bij de door de nv Vanhout.pro gewijzigde hoeveelheden voor de posten 10.17.34A (fase 1 en 2) en 10.17.34B en 10.17.34C (fase 2) wordt telkens vermeld “De gewijzigde hoeveelheid wordt niet aanvaard. Wij verwijzen naar technisch nazicht, punt 4.1.2”.

Dit leidt tot een rangschikking na toepassing van de door het bestuur aanvaarde wijzigingen van hoeveelheden in min/meer. De nv Vanhout.pro wordt opnieuw eerst gerangschikt met een bedrag van thans 2.769.842,12 euro, btw niet inbegrepen, vóór de verzoekende partij, opnieuw met een bedrag van 2.783.731,85 euro, btw niet inbegrepen.

Uit de bijgevoegde prijsvergelijking blijkt dat thans voor post 10.17.34 fase 1 en fase 2 de door de nv Vanhout.pro voorgestelde prijs wordt behouden berekend op het door de nv Vanhout.pro vermelde aantal van 7 respectievelijk 6 in plaats van de voorziene 116 respectievelijk 40 in de meetstaat bij het bestek. Voor posten 10.17.34B en C (fase 2) wordt zoals in het eerste aanbestedingsverslag de door de nv Vanhout.pro voor deze posten voorgestelde prijs herrekend op de hoeveelheid vermeld in de meetstaat bij het bestek (4 in plaats van 3 in de offerte).

Het aanbestedingsverslag bevat ook een berekening van het inschrijvingsbedrag vóór gunning en een deel “Technisch nazicht : controle van het karakter van de prijzen” waarin het al dan niet abnormaal karakter van de prijzen bij de laagste bieder wordt gecontroleerd. Er wordt onder meer verwezen naar het bezwaar van de nv Vanhout.pro tegen de wijze waarop de ontwerper de totaalprijs van de nv Vanhout.pro voor de posten 10.17.34A voor fase 1 en 2

substantieel verhoogde en vermeld dat het daarom zinvol werd geacht om formeel prijsverantwoording te vragen voor de posten 10.17.33A en 10.17.34 A voor fase 1 en posten 10.17.34A, 10.17.34B en 10.17.34C voor fase 2, “naar aanleiding van de link tussen deze posten, dewelke in het initiële aanbestedingsverslag reeds werd gelegd”.

Vervolgens wordt de prijsverantwoording voor post 10.17.33A aanvaard.

Na vermelding dat het zinvol werd geacht dat een prijsverantwoording werd gevraagd voor de hoge eenheidsprijzen voor de posten 10.17.34A, 10.17.34B en 10.17.34C, in combinatie met de aanpassing van de hoeveelheid, wordt ook deze prijs aanvaard maar niet de gewijzigde hoeveelheid voor posten 10.17.34B en 10.17.34C (fase 2).

De ontwerper adviseert opnieuw de opdracht toe te wijzen aan de nv Vanhout.pro thans voor de som van 2.766.917,78 euro, btw niet inbegrepen; de prijs voor de leemte “cement gestabiliseerd zandbed in de kelder” zal “na toewijzing en tijdens uitvoering” onderhands worden bedongen.

Op 27 december 2010 neemt het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Meerhout kennis van het aanbestedingsverslag van 22 december 2010 en sluit het er zich bij aan. Het college aanvaardt voorts de prijsverantwoording van de nv Vanhout.pro en het beslist om de opdracht te gunnen aan de nv Vanhout.pro voor een bedrag van 3.347.970,51 euro, zijnde 2.766.917,78 euro voor de werken en 581.052,73 euro aan 21 % btw en om, alvorens over te gaan tot de sluiting van de overheidsopdracht, de prijs voor de leemtepost die betrekking heeft op “cement gestabiliseerd zandbed in de kelder” onderhands te bedingen zoals bepaald in artikel 112, § 2, 4°, van het meer vermelde koninklijk besluit van 8 januari 1996.

Dit is de bestreden beslissing.

Met een aangetekende brief en e-mailbericht van 6 januari 2011 wordt aan verzoekende partij meegedeeld dat de opdracht werd gegund aan de nv Vanhout.pro. De gunningsbeslissing en het aanbestedingsverslag worden bijgevoegd en er wordt verwezen naar een wachttermijn van 15 dagen.

IV. Tussenkomen

4. Met een op 4 februari 2011 ter post aangetekend verzoekschrift vraagt de nv Vanhout.pro om in het geding te mogen tussenkomen.

Zij blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet haar verzoek worden ingewilligd.

V. De schorsingsvoorwaarden

5. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

6. De aankondiging van de kwestieuze opdracht werd echter bekend gemaakt na 24 februari 2010.

Dienvolgens is de wet van 23 december 2009 tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, te dezen van

toepassing. De voornoemde wet van 23 december 2009 is immers in werking getreden op 25 februari 2010 krachtens artikel 76 van het koninklijk besluit van 10 februari 2010 tot wijziging van bepaalde koninklijke besluiten tot uitvoering van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten.

Overeenkomstig artikel 7 van de voornoemde wet van 23 december 2009 bepaalt de Koning de datum van haar inwerkingtreding en zijn enkel overheidsopdrachten die zijn bekendgemaakt vanaf die datum, zoals de in het geding zijnde opdracht, onderworpen aan de nieuwe wet.

7. Overeenkomstig het in de wet 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is voor de schorsing van de thans bestreden beslissingen het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist. Anderzijds verplicht artikel 65/15, tweede lid, verzoekende partij tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid. Artikel 65/31 van de wet van 24 december 1993 bepaalt uitdrukkelijk dat het voormelde artikel 65/15 ook van toepassing is op opdrachten die de Europese drempel niet bereiken.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de bestreden beslissingen kunnen verantwoorden.

VI. Onderzoek van de middelen

Enig middel

8. Verzoekende partij formuleert haar enig middel als volgt :

“6.

Middel gebaseerd op de schending van:

- de wet dd. 24.12.1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, o.a. het artikel 15;

- de schending van het KB dd. 08.01.1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, o.a. het artikel 110;

- de schending van het bestek;

- de schending van de beginselen van behoorlijk bestuur, o.a. het vertrouwensbeginsel

Doordat verweerster de opdracht heeft gegund aan Vanhout.Pro en niet aan verzoekster.

Terwijl overeenkomstig artikel 15 Wet 24.12.1993 een aanbesteding de opdracht wordt toegekend aan diegene die de laagste regelmatige offerte indient,

7.

De voorliggende aanbestedingsverslagen dd. 28.09.2010 en dd. 22.12.2010.

7.1.

In het aanbestedingsverslag dd. 28.09.2010 onder ‘3.31 Wijziging van hoeveelheden’ m.b.t. Vanhout.Pro opgenomen, onder meer wat volgt:

‘Fase 1

Art. 10.17.34A

De gewijzigde hoeveelheid bedraagt 7 st. (aanbesteding 116 st.)

De gewijzigde hoeveelheid wordt niet aanvaard. Meting architect was correct.

Fase 2

...

Art. 10.17.34A

De gewijzigde hoeveelheid bedraagt 6,00 st. (aanbesteding 40,00 st.)

De gewijzigde hoeveelheid wordt niet aanvaard. Meting architect was correct.

Art. 10.17.34B

De gewijzigde hoeveelheid bedraagt 3,00 st. (aanbesteding 4,00 st.)

De gewijzigde hoeveelheid wordt niet aanvaard. Meting architect was correct.

Art. 10.17.34C

De gewijzigde hoeveelheid bedraagt 3,00 st. (aanbesteding 4,00 st.)

De gewijzigde hoeveelheid wordt niet aanvaard. Meting architect was correct’.

7.1.1.

Enige opmerking dienaangaande zijdens Vanhout.Pro werd in het aanbestedingsverslag dd. 28.09.2010 niet opgenomen.

Evenmin op enig tijdstip navolgend tot op 15.12.2010, na intrekking gunningbeslissing per 06.12.2010.

7.1.2.

Enig verzoek om prijsverantwoording overeenkomstig artikel 110, § 3 KB 08.01.1996 is daarop niet gevolgd.

7.2.

In het aanbestedingsverslag dd. 22.12.2010 onder:

▪3.3.1 ‘Wijziging van hoeveelheden’ m.b.t. Vanhout.Pro opgenomen, ondermeer wat volgt:

‘Fase 1

Art. 10.17.34A

De gewijzigde hoeveelheid bedraagt 7 st. (aanbesteding 116 st.)

De gewijzigde hoeveelheid wordt niet aanvaard. Wij verwijzen naar technisch nazicht, punt 4.1.2.

FASE 2

(...)(vierkante haakjes)

Art. 10.17.34A

De gewijzigde hoeveelheid bedraagt 6,00 st. (aanbesteding 40,00 st.)

De gewijzigde hoeveelheid wordt niet aanvaard.

Wij verwijzen naar technisch nazicht, punt 4.1.2.

Art. 10.17.34B

De gewijzigde hoeveelheid bedraagt 3,00 st. (aanbesteding 4,00 st.)

De gewijzigde hoeveelheid wordt niet aanvaard.

Wij verwijzen naar technisch nazicht, punt 4.1.2.

Art. 10.17.34C

De gewijzigde hoeveelheid bedraagt 3,00 st. (aanbesteding 4,00 st.)

De gewijzigde hoeveelheid wordt niet aanvaard.

Wij verwijzen naar technisch nazicht, punt 4.1.2.’;

▪‘4. Technisch nazicht: controle van het karakter van de prijzen’ m.b.t. Vanhout.Pro opgenomen, ondermeer wat volgt:

‘Wij vragen verantwoording voor de hoge eenheidsprijzen van artikels 10.17.34A (Fase 1 + 2) en artikels 10.17.34B en 10.17.34C in combinatie met de aanpassing van de hoeveelheid...

Evaluatie bijkomende prijsverantwoording aannemer Vanhout.Pro van desbetreffend artikel ...

Art. 10.17.34A (Fase 1 + 2): We passen de hoeveelheid voor Vanhout.Pro aan naar een hoeveelheid per lokaal aangezien uit de prijsverantwoording blijkt dat Vanhout.Pro per lokaal prijs gegeven heeft en niet per gat. De aanvaardbaarheid van de prijs blijkt eveneens uit het feit dat de prijs van Vanhout.Pro voor alle lokalen samen vergelijkbaar is met de prijzen van de andere inschrijvers voor alle gaten, wat er op wijst dat Vanhout.Pro conform het lastenboek prijs gegeven heeft.

Louter volledigheidshalve vermelden wij dat indien er rekening wordt gehouden met de prijs per gat, zoals opgegeven door Vanhout.Pro in zijn prijsverantwoording, dat er een gelijkaardige totaalprijs wordt bekomen als de totaalprijs van de prijs per lokaal zoals die oorspronkelijk gegeven werd door de inschrijver. Deze prijs is vergelijkbaar met de prijs opgegeven door de andere inschrijvers.

Art. 10.17.34B en art. 10.17.34C (fase 2): de detaillering is correct, de opgegeven detailprijzen laten een correcte en conforme uitvoering toe. De opgegeven prijs van aannemer Vanhout.Pro is weliswaar hoog, doch niet van aard om de rangschikking te beïnvloeden. De gewijzigde hoeveelheid werd echter niet aanvaard. Meting architect is correct’.

8.

Na opening der biedingen, werd aan Vanhout.Pro m.b.t. bovenstaande posten geen prijsverantwoording verzocht.

Terecht om reden dat de bestekbepalingen en de meetstaat prijsopgave per stuk (gat) vereisten en niet per wand (doorlaatgeheel).

Slechts na gunning - waarbij de gewijzigde hoeveelheden in hoofde van Vanhout.Pro niet werden aanvaard - en intrekking daarvan, o.b.v. een gesprek met Vanhout.Pro, werd Vanhout.Pro om prijsverantwoording dienaangaande verzocht.

Het beoordelen van de regelmatigheid van de inschrijving en het vergelijken ervan dient te gebeuren o.g.v de inschrijvingen zelf, en niet in het licht van aanvullende verklaringen (zie M-A Flamme, P. Matheï e.a., Praktische Commentaar bij de reglementering van de overheidsopdrachten. Deel IA, Brussel, Nationale Confederatie van het Bouwbedrijf vzw, 1996-1997, 1101).

Artikel 110 KB 08.01.1996 laat het bestuur niet toe na het openen van de inschrijvingen fouten te verbeteren die de inschrijvers zouden hebben begaan (zie M-A Flamme, Matheï e.a, Praktische Commentaar bij de reglementering van de overheidsopdrachten. Deel IA, Brussel Nationale Confederatie van het Bouwbedrijf vzw, 1996-1997, 1085).

Overigens werd tijdens Vanhout.Pro op geen enkel nuttig ogenblik bezwaar geuit tegen de substantiële verhoging van de totaalprijs als gevolg van de aanpassing van bovenstaande posten.

9.

Beoordeling in het initiële aanbestedingsverslag dd. 28.09.2010, dat geen prijsverantwoording terzake diende opgevraagd, is als definitief te beschouwen.

Daarop kan naderhand aldus niet meer worden teruggekomen.

10.

Na correcte toepassing van de leemteformule en zonder rekening te houden met de onterechte a posteriori regularisatie van de offerte van Vanhout.Pro, dient verzoekster als laagste regelmatige bidder gekwalificeerd (artikel 15 Wet 24.12.1993), met als gevolg gunning van de opdracht aan haar”.

Beoordeling

9. In de mate dat tussenkomende partij de *exceptio obscuri libelli* opwerpt, minstens dat het middel niet van de vereiste kennelijke ernst getuigt voor een schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid omdat verzoekende partij nalaat *in concreto* toe te lichten op welke wijze de door haar ingeroepen rechtsregels en beginselen van behoorlijk bestuur of het bestek werden geschonden, lijkt in de huidige stand van het geding uit de uiteenzetting van het

middel te kunnen worden afgeleid dat verzoekende partij de volgende grieven aanvoert :

- de beoordeling in het eerste aanbestedingsverslag dat geen prijsverantwoording diende te worden gevraagd voor de posten 10.17.34A (fase 1 en 2) en 10.17.34B en 10.17.34C is als definitief te beschouwen en hierop kan niet worden teruggekomen;
- tussenkomende partij heeft op geen enkel nuttig ogenblik bezwaar geuit tegen de substantiële verhoging van de totaalprijs als gevolg van de aanpassing van deze posten in het eerste aanbestedingsverslag.
- het beoordelen van de regelmatigheid van de inschrijving en het vergelijken ervan dient te gebeuren op grond van de inschrijvingen zelf en niet in het licht van aanvullende verklaringen; artikel 110 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 laat het bestuur niet toe na het openen van de inschrijvingen fouten te verbeteren die de inschrijvers zouden hebben begaan.

Zowel verwerende partij als tussenkomende partij lijken het middel ook op deze manier te hebben begrepen nu ze op deze grieven inhoudelijk ingaan.

Het middel lijkt in die mate dan ook voldoende duidelijk de feitelijke grieven te formuleren.

Een andere vraag is of deze grieven ook op voldoende duidelijke wijze in verband worden gebracht met de geschonden geachte rechtsregels en beginselen. Hierop zal hierna worden ingegaan.

10. Verzoekende partij concludeert in het middel dat zij “na correcte toepassing van de leemteformule en zonder rekening te houden met de onterechte a posteriori regularisatie van de offerte van Vanhout.Pro” de laagste regelmatige inschrijver is zodat de opdracht aan haar diende te worden gegund.

Tussenkomende partij merkt op dat verzoekende partij nalaat *in concreto* te berekenen hoe dit daadwerkelijk tot gevolg heeft dat haar offerte als laagste regelmatige offerte uit de rangschikking zou komen.

Er kan worden vastgesteld dat verzoekende partij als tweede laagste inschrijver werd gerangschikt. In de mate dat de offerte van de laagste inschrijver, de tussenkomende partij, onregelmatig zou zijn, zou verzoekende partij de laagste regelmatige inschrijver kunnen worden. Hiervoor lijkt geen concrete berekening vereist. Een andere vraag is wel of verzoekende partij de onregelmatigheid van de offerte van tussenkomende partij aantoont.

11. Uit het dossier lijkt te kunnen worden afgeleid dat het verschil tussen de inschrijvingsprijs waarvoor tussenkomende partij gerangschikt werd in het eerste aanbestedingsverslag, 2.783.636,32 euro, btw niet inbegrepen, vóór de verzoekende partij met een bedrag van 2.783.731,85 euro, btw niet inbegrepen, vergeleken met 2.769.842,12 euro, btw niet inbegrepen, vóór tussenkomende partij in het tweede aanbestedingsverslag, onder meer te maken heeft met de beoordeling van de posten 10.17.34A (eerste en tweede fase) en 10.17.34B en C (2^e fase). Deze posten vormen samen het artikel 10.17.34 “uitsparingen uit de binnenveiligheidsbeglazing” van de technische bepalingen.

Tussenkomende partij verbeterde in haar offerte de hoeveelheden voor deze posten.

- fase 1: 7 stuks voor post 10.17.34A in plaats van de voorziene hoeveelheid 116 stuks in de meetstaat bij het bestek;
- fase 2: 6 stuks voor post 10.17.34A in plaats van de voorziene hoeveelheid 40 stuks in de meetstaat bij het bestek, en telkens 3 stuks voor de posten 10.17.34B respectievelijk 10.17.34C in plaats van de telkens voorziene hoeveelheid 4 stuks in de meetstaat bij het bestek.

In het initiële aanbestedingsverslag werd geen enkele van deze gewijzigde hoeveelheden aanvaard door de ontwerper. Deze paste de door tussenkomende partij ingevulde prijs per stuk vervolgens telkens toe op de in de meetstaat bij het bestek vermelde hoeveelheden.

Na de intrekking van de initiële gunningsbeslissing werpt tussenkomende partij het volgende bezwaar op tegen de weigering van de ontwerper om de door haar aangepaste hoeveelheden van deze posten te aanvaarden :

“Voor de berekening hiervan [post 11.17.34 A] baseerden wij ons op de aanduidingen zoals weergegeven op de detailtekeningen nr. PR04 voor fase 1 en fase 2, en de tekeningen HVAC + sanitair + brand nrs. DWE-0929-01 en DWE-0929-2.

Gezien de diameter ventilatiedoорvoer te bepalen is door de ingenieur speciale technieken veronderstellen wij dat het benodigde aantal hiervan afhankelijk is van de benodigde doorlaatoppervlakte afzonderlijk te bepalen per lokaal en/of wandgeheel.

Om hiervoor een correcte prijsopgave te hanteren is onze prijszetting bepaald per wandgeheel, zoals aangeduid op bijgevoegde grondplannen. Dit geeft voor fase 1, 4 stuks op gelijkvloers en 3 stuks op verdieping, voor fase 2, 1 stuk op gelijkvloers en 5 stuks op verdieping.

Hetgeen een totaal geeft van $7 + 6 = 13$ gehelen.

Volgens opgave architect dienen er voor fase 1 en 2 in totaal $116 + 40 = 156$ openingen te worden voorzien.

Prijs Vanhout.pro werd opgegeven per luchtdoorlaat, ook al is dat een verzameling van gaten cfr. Nota op detailtekeningen – grootte en luchtdebet is nog niet bepaald.

$13 \text{ doorlaatgehelen} \times 141,00 \text{ € per stuk} = 1.833,00 \text{ €}$

Indien de prijs per gat dient te worden opgegeven, gelieve dan $11,75 \text{ €}$ per gat te willen hanteren.

$156 \text{ gaten} \times 11,75 \text{ €} = 1.833,00 \text{ €}$

Goed voor verantwoording prijsopgave art. 11.17.34 A, fase 1 en 2”.

Hierna vraagt de ontwerper een prijsverantwoording voor de hoge eenheidsprijzen voor deze posten in combinatie met de aanpassing van de hoeveelheden.

In haar prijsverantwoording herhaalt tussenkomende partij dat in haar offerte de prijzen voor deze post werden opgegeven per wandgeheel en niet per gat.

In het nieuwe aanbestedingsverslag wordt in het deel “technisch nazicht: controle van het karakter van de prijzen”, voor post 10.17.34A (fase 1 en 2) de hoeveelheid aangepast naar een hoeveelheid per lokaal:

“aangezien uit de prijsverantwoording blijkt dat Vanhout.Pro per lokaal prijs gegeven heeft en niet per gat. De aanvaardbaarheid van de prijs blijkt eveneens uit het feit dat de prijs van Vanhout.Pro voor alle lokalen samen vergelijkbaar is met de prijzen van de andere inschrijvers voor alle gaten, wat er op wijst dat Vanhout.Pro conform het lastenboek prijs gegeven heeft.

Louter volledigheidshalve vermelden we dat indien er rekening wordt gehouden met de prijs per gat, zoals opgegeven door Vanhout.Pro in zijn prijsverantwoording, dat er een gelijkaardige totaalprijs wordt bekomen als de totaalprijs van de prijs per lokaal zoals die oorspronkelijk gegeven werd door de inschrijver. Deze prijs is vergelijkbaar met de prijs opgegeven door de andere inschrijvers.

Art. 10.17.34B en art. 10.17.34C (fase 2): de detaillering is correct, de opgegeven detailprijzen laten een correcte en conforme uitvoering toe. De opgegeven prijs van aannemer Vanhout.Pro is weliswaar hoog, doch niet van aard om de rangschikking te beïnvloeden. De gewijzigde hoeveelheid werd echter niet aanvaard. Meting architect is correct”.

Uit de berekening van het rangschikkingsbedrag blijkt dat de ontwerper vervolgens de prijs voorgesteld door tussenkomende partij behoudt voor post 10.17.34A (fase 1 en 2) en voor posten 10.17.34B en 10.17.34C in fase 2 opnieuw de voorgestelde prijs per stuk toepast op de in de meetstaat bij het bestek vermelde hoeveelheid. Dit alles leidt ertoe dat de prijs van tussenkomende partij voor deze posten in het tweede aanbestedingsverslag 20.163 euro lager ligt, hetzij meer dan het totaal verschil tussen de prijzen van verzoekende partij en tussenkomende partij in de rangschikking in het tweede aanbestedingsverslag, namelijk 13.889,73 euro .

Ter zake wordt in de bestreden beslissing het volgende overwogen:

“Overwegende dat in het aanbestedingsverslag het volgende wordt opgenomen aangaande deze prijsverantwoordingen:

‘

Voorafgaandelijk:

Inschrijver Vanhout.Pro werd uitgenodigd door het gemeentebestuur nadat het intrekingsbesluit genomen was in het licht van het gelijkheidsbeginsel als ook in het licht van de verduidelijking van het intrekingsbesluit en de juridische probleemstelling die aan de basis hiervan lag.

Dit gesprek vond plaats dd. 15 december 2010. Tijdens dit gesprek maakte inschrijver Vanhout.Pro echter bezwaar tegen de wijze waarop het architectenbureau in het initiële aanbestedingsverslag zijn totaalprijs voor de post 10.17.34A voor fase 1 en fase 2 substantieel heeft verhoogd, ten gevolge van de weigering van het architectenbureau om de door hem aangepaste hoeveelheden van deze posten te aanvaarden. De inschrijver Vanhout.Pro maakte naar aanleiding van dit bezwaar op eigen initiatief een verantwoording over voor de opgegeven eenheidsprijs voor deze posten. (zie bijlage 10).

Na onderzoek van dit nieuw gegeven werd het zinvol geacht om formeel prijsverantwoording te vragen voor de posten 10.17.33A en 10.17.34A voor fase 1 en posten 10.17.34A, 10.17.34B, 10.17.34C voor fase 2, naar aanleiding van de link tussen deze posten dewelke in het initiële aanbestedingsverslag reeds werd gelegd. (zie bijlage 8 en 9)

[...]

Art. 10.17.34 Uitsparingen uit binnenveiligheidsbeglazing

Art. 10. 17.34A Uitsparingen voor doorlaat terugname H VAC

Art. 10.17.34B Doorvoeren voor buizen HVAC

Art. 10. 17.34C Doorvoeren voor kabelgoten

Wij vragen verantwoording voor de hoge eenheidsprijzen van de artikels 10.17.34A (fase 1+2) en artikels 10.17.34B en 10.17.34C in combinatie met de aanpassing van de hoeveelheden (zie ook 3.3.1.3) (zie bijlage 8)

Evaluatie bijkomende prijsverantwoording aannemer Vanhout.Pro van desbetreffend artikel uit bijlage 9:

Art. 10.17.34 A (fase 1+2): We passen de hoeveelheid voor Vanhout.Pro aan naar een hoeveelheid per lokaal aangezien uit de prijsverantwoording blijkt dat Vanhout.Pro per lokaal prijs gegeven heeft en niet per gat. De aanvaardbaarheid van de prijs blijkt eveneens uit het feit dat de prijs van Vanhout.Pro voor alle lokalen samen vergelijkbaar is met de prijzen van de andere inschrijvers voor alle gaten, wat erop wijst dat Vanhout.Pro conform het lastenboek prijs gegeven heeft.

Louter volledigheidshalve vermelden wij hierbij dat indien er rekening wordt gehouden met de prijs per gat, zoals opgegeven door Vanhout.Pro in zijn prijsverantwoording, dat er een gelijkaardige totaalprijs wordt bekomen als de totaalprijs van de prijs per lokaal zoals die oorspronkelijk

gegeven werd door de inschrijver, Deze prijs is vergelijkbaar met de prijs opgegeven door de andere inschrijvers.

Art. 10.17.34B en art. 10.17. 34C (fase 2): de detaillering is correct, de opgegeven detailprijzen laten een correcte en conforme uitvoering toe. De opgegeven prijs van de aannemer Vanhout.Pro is weliswaar hoog, doch niet van aard om de rangschikking te beïnvloeden. De gewijzigde hoeveelheid wordt echter niet aanvaard. Meting architect is correct.’;

Overwegende dat deze verantwoording kan worden aanvaard en dat derhalve de motivering aangaande de substantiële verhoging van de totaalprijs als gevolg van de aanpassing van deze posten zoals aangehaald in het initiële aanbestedingsverslag niet langer standhoudt”.

12. In zoverre verzoekende partij aanvoert dat niet kan worden teruggekomen op de beoordeling in het eerste aanbestedingsverslag en de eerste gunningsbeslissing, inhoudend dat betreffende deze posten geen prijsverantwoording diende te worden gevraagd, gaat zij eraan voorbij dat die gunningsbeslissing op 6 december 2010 werd ingetrokken. Deze intrekingsbeslissing heeft tot gevolg dat de eerste gunningsbeslissing wordt geacht nooit te hebben bestaan. Verwerende partij lijkt dan ook in principe niet gebonden door de motieven waarop deze steunde. Zij blijkt immers hiervan, en dus ook van het eerste aanbestedingsverslag, afstand te hebben genomen door de beslissing in te trekken, blijkbaar als reactie op het bezwaar van verzoekende partij zelf - en niet “o.b.v. een gesprek met Vanhout.Pro” zoals verzoekende partij stelt - en omdat “het gelet op de gewezen wettigheidskritieken aangewezen is om het dossier aan bijkomend onderzoek te onderwerpen” en “noodzakelijk dat het dossier grondig wordt gescreend in functie van een beter gemotiveerd en juridisch onderbouw(d) besluit op korte termijn”. Op het eerste gezicht lijkt het inherent aan een nieuwe beoordeling dat deze tot een verschillend resultaat kan leiden.

Al aangenomen dat deze grief betrekking heeft op het zonder nadere toelichting ingeroepen vertrouwensbeginsel, lijkt verzoekende partij zich ter zake dan ook niet te kunnen beroepen op een gerechtvaardigde verwachting dat de aanbestedende overheid, in het kader van het hernieuwd onderzoek van de ingediende offertes, opnieuw dezelfde beoordeling zou doorvoeren zodat het ingeroepen vertrouwensbeginsel niet geschonden lijkt.

Evenmin lijkt hieruit op zich een schending te kunnen worden afgeleid van artikel 15 van de wet van 24 december 1993, van artikel 110 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 of van “het bestek”.

13. In zoverre verzoekende partij betoogt dat tussenkomende partij zelf op geen enkel nuttig ogenblik bezwaar formuleerde tegen de beoordeling van haar offerte in het eerste aanbestedingsverslag wat deze post 10.17.34A betreft en de daaruit resulterende verhoging van haar inschrijvingsprijs, toont zij niet aan en licht zij niet toe hoe dit tot een schending van de ingeroepen rechtsregels en -beginselen zou leiden. Evenmin toont zij aan of licht zij toe hoe die ingeroepen regels en beginselen of waar het bestek tussenkomende partij, aan wie ook dan de opdracht was gegund, daartoe zou verplichten. In de mate dat zij ook hier vergelijkt met de eerste gunningsbeslissing, gaat zij opnieuw voorbij aan de intrekking van die beslissing.

14. In zoverre verzoekende partij aanvoert dat het beoordelen van de regelmatigheid van de inschrijving en het vergelijken ervan dient te gebeuren op grond van de inschrijvingen zelf en niet in het licht van aanvullende verklaringen en dat artikel 110 van het in het middel vermelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 het bestuur niet toestaat na het openen van de inschrijvingen fouten te verbeteren die de inschrijvers zouden hebben begaan, licht zij niet afzonderlijk toe welke fouten tussenkomende partij zou hebben begaan die door verwerende partij werden verbeterd.

Uit het geheel van het verzoekschrift lijkt te kunnen worden afgeleid dat verzoekende partij meent dat tussenkomende partij met het tweede aanbestedingsverslag en de bestreden gunningsbeslissing werd toegestaan de beweerde fout in het invullen van de voornoemde posten 10.17.34A, B en C te herstellen.

15. Zoals reeds opgemerkt, werd er te dezen in het tweede aanbestedingsverslag verantwoording gevraagd voor de hoge prijzen voor de

posten 10.17.34 A (fase 1 en 2) en 10.17.34B en 10.17.34C (fase 2) in combinatie met de aanpassing van de hoeveelheid door tussenkomen partij in de offerte, en werd vervolgens deze verantwoording aanvaard, zij het dat voor posten 10.17.34B en C (fase 2) de gewijzigde hoeveelheid niet werd aanvaard.

Vastgesteld kan worden dat verzoekende partij de deugdelijkheid van de motieven voor de aanvaarding van deze prijsverantwoording zelf niet lijkt te betwisten - de schending van enige motiveringsplicht wordt niet ingeroepen.

Zij lijkt enkel te bekritisieren dat tussenkomen partij de mogelijkheid werd geboden haar eenheidsprijzen voor deze posten te verantwoorden en aldus na opening van de offertes vermeende fouten in de offerte recht te zetten en zij beschouwt dit blijkbaar als een schending van artikel 110 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996.

16. In de eerste plaats dient te worden opgemerkt dat de overheidsopdrachtenreglementering uitdrukkelijk in de mogelijkheid voorziet dat de aanbestedende overheid in bepaalde gevallen en onder bepaalde voorwaarden offertes verbetert, ook na de opening ervan. Bij aanbestedingen is dit aldus toegestaan door de artikelen 111 en 112 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996.

Artikel 96, § 2 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 bepaalt voorts uitdrukkelijk dat de inschrijver de vergissingen die hij in de forfaitaire hoeveelheden ontdekt verbetert, rekening houdend met de tekeningen, het bestek, zijn beroepskennis of persoonlijke bevinden en bij zijn offerte een nota voegt ter verantwoording van de wijzigingen, en dat de inschrijver op dezelfde wijze handelt voor de verbetering van de vermoedelijke hoeveelheden waarvoor het bestek die verbetering toestaat en de voorgestelde wijziging ten minste tien procent in meer of min, van de hoeveelheid van de betrokken post bereikt.

In dat geval moeten de door de inschrijver voorgestelde verbeteringen blijkens artikel 112 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 worden nagezien door de aanbestedende overheid.

Dit onderzoek lijkt te dezen ook gebeurd en verzoekende partij betwist zoals reeds gezegd niet de deugdelijkheid van de conclusies van dat onderzoek en roept ook de schending van artikel 96, § 2 niet in, noch vermeldt zij welke bepaling in het bestek dergelijke verbetering zou uitsluiten. Ook van artikel 112 wordt de schending niet ingeroepen.

Wel wordt in dit verband de schending ingeroepen van artikel 110 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, dat de regelmatigheid van de offertes en prijzen betreft.

Tussenkomen de partij merkt terecht op dat verzoekende partij niet aangeeft welk specifiek onderdeel van dit artikel zou zijn geschonden: het artikel bevat vijf paragrafen met een eigen inhoud - § 1 bevat het algemeen principe dat de gunning plaatsvindt op basis van het gunningscriterium of de gunningscriteria; § 2 bevat de regels inzake substantiële en relatieve onregelmatigheid; § 3 bevat de verplichting en de principes met betrekking tot het vragen van een prijsverantwoording bij blijkbaar abnormale prijzen; § 4 bevat de specifieke verplichting bij een aanbesteding van werken bepaalde offertes te beschouwen als een offerte waarvan het eventueel abnormaal karakter van de prijs moet worden nagezien; § 5 bevat een kennisgevingsplicht voor de aanbestedende overheid aan de Commissie voor de erkenning van aannemers wanneer zij, bij werken, een offerte afwijst wegens abnormale prijzen. Verzoekende partij toont in ieder geval niet aan dat de gevraagde prijsverantwoording over de voorgestelde prijzen voor de posten 10.17.34 die blijkbaar hoog werden bevonden in combinatie met de door tussenkomen de partij gewijzigde hoeveelheden niet kan passen in het door verwerende partij te verrichten onderzoek naar gewijzigde hoeveelheden.

Artikel 110, § 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 verplicht trouwens de aanbestedende overheid om, vooraleer zij een offerte afwijst wegens haar blijkbaar abnormaal hoge of abnormaal lage eenheidsprijzen of totale prijzen, de betrokken inschrijver per aangetekende brief te verzoeken hierover de nodige schriftelijke verantwoordingen te verstrekken binnen een termijn van twaalf kalenderdagen, tenzij de uitnodiging een langere termijn bepaalt, en de gevraagde prijsverantwoording strekte er zo lijkt het enkel toe om het verantwoord karakter na te gaan van de hoog geachte eenheidsprijzen voor deze posten in combinatie. Dat daarbij tegelijk de precieze draagwijdte van de in de offerte van tussenkomende partij aangebrachte verbetering aan de hoeveelheden van post 10.17.34A (fase 1 en 2) en posten 10.17.34B en C (fase 2) kon worden verduidelijkt, toont niet *prima facie* het tegendeel aan, nog daargelaten de vraag of de aanbestedende overheid niet de mogelijkheid heeft om contact op te nemen met de betrokken inschrijver om de nodige verhelderingen te vragen over aangebrachte verbeteringen.

Uit de bewoordingen van het tweede aanbestedingsverslag en van de prijsverantwoording vanwege tussenkomende partij blijkt evenmin dat er in dat kader na opening van de offertes wijzigingen werden aangebracht aan de offerte van tussenkomende partij.

De in de offerte door tussenkomende partij vermelde prijzen en hoeveelheden - voor post 10.17.34A per lokaal - lijken immers niet te zijn gewijzigd. Enkel werd in de verantwoording, zoals in het eerder bezwaar, die opgegeven hoeveelheid en prijs toegelicht, hetgeen in het tweede aanbestedingsverslag leidde tot een aangepast rangschikkingsbedrag voor post 10.17.34A waarbij, anders dan in het eerste aanbestedingsverslag, rekening werd gehouden met de hoeveelheid zoals vermeld in de offerte.

Weliswaar wordt in de prijsverantwoording door tussenkomende partij ook verwezen naar een prijs per gat, maar hiermee lijkt door verwerende

partij echter enkel rekening te zijn gehouden om de aanvaardbaarheid van de voorgestelde prijs per lokaal te verantwoorden.

Verzoekende partij geeft ook niet aan, laat staan dat zij aantoonst dat er nog andere contacten waren met tussenkommende partij of dat zou zijn onderhandeld over haar offerte. De contacten tussen de aanbestedende overheid en tussenkommende partij lijken integendeel beperkt tot een uitleg over de intrekkingbeslissing die volgde op een bezwaar van en gesprekken met verzoekende partij zelf, een uitleg in het kader waarvan tussenkommende partij op eigen initiatief al een verantwoording gaf voor de invulling van post 10.17.34A in haar offerte en een toegelaten verzoek om prijsverantwoording ter zake, waarin dezelfde verantwoording werd hernomen.

Verzoekende partij toont evenmin *prima facie* aan waarom het feit dat tussenkommende partij eerder op eigen initiatief reeds een verantwoording gaf over haar invulling van deze post 10.17.33A tot een andere conclusie zou moeten leiden.

17. In zoverre verzoekende partij in het middel nog opmerkt dat in het eerste aanbestedingsverslag “terecht” geen prijsverantwoording werd gevraagd voor deze post omdat de bestekbepalingen en de meetstaat “prijsopgave per stuk (gat) vereisen en niet per wand (doorlaatgeheel)”, rijst de vraag of die opmerking bedoeld is als een afzonderlijke wettigheids grief en zo ja, of die voldoende duidelijk als middel werd geformuleerd, zeker in het kader van een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Daargelaten die vraag en de vaststelling dat deze opmerking in ieder geval niet als dusdanig werd herkend door verwerende partij of tussenkommende partij, volstaat in de huidige stand van het geding de vaststelling dat verzoekende partij niet *prima facie* aantoonst waarom had moeten worden geoordeeld dat de invulling van een prijs per lokaal voor deze post door tussenkommende partij had moeten leiden tot de onregelmatigverklaring van de

offerte van deze laatste. Het aanbestedingsverslag en de gunningsbeslissing concluderen dat de totaalprijs vergelijkbaar is met deze van de andere offertes en dat de offerte van tussenkomende partij conform is, hetgeen verzoekende partij inhoudelijk niet betwist.

18. Om al deze redenen wordt ook niet *prima facie* aangetoond dat de regelmatigheid van de offertes en de vergelijking van de offertes niet gebeurde op grond van de inschrijvingen zelf of dat er sprake is van aan a posteriori regularisatie van de offerte van tussenkomende partij.

In de mate dat verzoekende partij *in fine* van het middel nog verwijst naar de correcte toepassing van de leemteformule, is het middel niet ontvankelijk. Niet alleen is de invulling van een leemte geregeld in het niet ingeroepen artikel 112 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, maar ook toont verzoekende partij niet aan waar de leemteformule niet correct werd toegepast.

Aangenomen dat het gaat om de berekening van de ontbrekende prijs voor de post 00.07.30 “pilootaanname” in de offerte van tussenkomende partij, reden blijkbaar waarom zij bezwaar maakte tegen de eerste gunningsbeslissing, toont zij ook niet aan hoe dit tot gevolg zou hebben dat tussenkomende partij niet meer de laagste regelmatige offerte zou hebben ingediend. De bestreden beslissing, die zij op dit punt niet betwist, stelt integendeel vast dat de wijze waarop de leemteformule wordt toegepast voor deze post, waarvoor tussenkomende partij geen prijs opgaf, niet langer doorslaggevend is voor de rangschikking gelet op het verschil in de totaalprijzen tussen verzoekende partij en tussenkomende partij in de nieuwe rangschikking. Verzoekende partij lijkt er voorts aan voorbij te gaan dat deze prijs in het tweede aanbestedingsverslag hoger werd ingevuld dan in het eerste aanbestedingsverslag, namelijk 28.651,85 euro in plaats van 22.283,05 euro en dat verzoekende partij in haar bezwaar zelf lijkt uit te gaan van 28.780,83 euro.

19. In de mate dat in het middel ook de schending van het bestek wordt ingeroepen wordt dit niet verder toegelicht. Voor zover dit zou kunnen worden afgeleid uit het invullen van een prijs per lokaal voor post 10.17.34 of de voornoemde leemte, is het middelonderdeel, indien al ontvankelijk, niet ernstig om de reeds uiteengezette reden.

20. Aldus wordt in de huidige stand van het geding niet aangetoond dat inschrijver nv Vanhout.pro niet om een prijsverantwoording mocht worden verzocht voor de posten 10.17.34 van de samenvattende meetstaat noch dat de door inschrijver nv Vanhout.pro ingediende prijzen voor deze posten niet mochten worden aanvaard. Dit heeft tot gevolg dat inschrijver nv Vanhout.pro de laagste regelmatige offerte lijkt te hebben ingediend, zodat de gunning van de opdracht aan de nv Vanhout.pro evenmin artikel 15 van de wet van 24 december 1993 lijkt te schenden.

21. Nu het enig middel in zijn geheel niet ernstig wordt bevonden dient de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid te worden verworpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Vanhout.pro tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 175 euro.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 17 februari 2011, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest