RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 213.228 van 12 mei 2011
in de zaak A. 199.863/XII-6562

In zake: de NV STRABAG BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Astrid Clabots
kantoor houdend te 3500 Hasselt
Kolonel Dusartplein 34 bus 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het AUTONOOM GEMEENTEBEDRIJF OPGLABBEEK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Wim Rasschaert
kantoor houdend te 9420 Erpe-Mere
Ten Bos 30
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de NV HEIJMANS BOUW
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Inke Dedecker
kantoor houdend te 3600 Genk
Stoffelsbergstraat 4
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 18 april 2011, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "het besluit van 30.03.2011 van het Autonoom Gemeentebedrijf Opglabbeek, in deze vertegenwoordigd door haar Voorzitter de heer Peter Schreurs, met adres te Kapelstraat 1, 3660 Opglabbeek, waarin deze besloot als volgt:

‘(…) Besluit:

Artikel 1

Goedkeuring wordt verleend aan het verslag van nazicht van de offertes van 17 maart 2011 voor de opdracht ‘Bouwen van een Gemeenschapscentrum’, opgesteld door de ontwerper, Verdickt & Verdickt Architecten Bvba, Oranjestraat 44 te 2060 Antwerpen.

Artikel 2

Deze opdracht wordt gegund aan de meest voordelige regelmatige bieder, zijnde Heijmans Bouw, Taunusweg 49 te 3740 Bilzen, tegen de nagerekende inschrijvingsbedrag van 4.594.703,55 excl. BTW, of € 5.559.591,30 incl. 21% BTW.

Artikel 3

De uitvoering moet gebeuren overeenkomstig de lastvoorwaarden vastgelegd in het bijzonder bestek met nr. 2010-030.

Artikel 4

De kennisgeving van de sluiting aan Heijmans Bouw nv, Taunusweg 40 te 3740 Bilzen wordt verstuurd na een termijn van 15 dagen na kennizsgeving van niet-gunning aan Strabag Belgium SA (Regio Oost – kantoor Genk), Bochtlaan 35 te 3600 Genk

Artikel 5

De betaling zal gebeuren met het krediet ingeschreven in het budget van 2011, op artikel 020/270/001 van de buitengewone dienst.

(…)’”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 26 april 2011 heeft nv Heijmans Bouw gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 5 mei 2011, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Astrid Clabots, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Wim Rasschaert, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Inke Dedecker, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos 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 gemeente Opglabbeek schrijft een overheidsopdracht van werken uit voor het bouwen van een gemeenschapscentrum. De opdracht wordt gegund onder de vorm van een openbare aanbesteding en bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 11 augustus 2010.

3.2. Vier inschrijvers dienen een offerte in, waaronder verzoekende partij en nv Heijmans Bouw.

3.3. Op 20 december 2010 beslist de gemeente Opglabbeek om de gunningsprocedure stop te zetten op grond van het feit dat geen enkele inschrijving geheel bestekconform werd ingediend, nu immers geen enkele inschrijver volledig in orde was met het veiligheidsplan, dat de ontbrekende gegevens door de veiligheidscoördinator als essentiëel werden bestempeld waardoor de inschrijvingen niet als gunstig konden worden beoordeeld, dat de verstrekte gegevens per inschrijver verschillend waren en dat de vraag kon worden gesteld of in de prijszetting met alle elementen van de eisen van het veiligheidsplan rekening werd gehouden, zodat een objectieve vergelijking binnen de lopende aanbestedingsprocedure onmogelijk was.

3.4. Eveneens op 20 december 2010 beslist de gemeente Opglabbeek om op grond van artikel 17, § 2, 1°, d), van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, om een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking uit te schrijven voor dezelfde opdracht en dat deze procedure verder zal worden gevoerd door het Autonoom Gemeentebedrijf Opglabbeek. De waarde van de opdracht wordt geraamd op 4.944.255,29 euro, btw niet inbegrepen.

3.5. Op 21 december 2010 wordt de overname van het dossier "onderhandelingsprocedure gemeenschapscentrum" goedgekeurd door het Autonoom Gemeentebedrijf Opglabbeek.

3.6. Eveneens op 21 december 2010 beslist het Autonoom Gemeentebedrijf Opglabbeek om een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking op te starten overeenkomstig artikel 17, § 2, 1°, d) ,van de wet van 24 december 1993 en overeenkomstig de motieven vermeld in het gemeenteraadsbesluit van 20 december 2010, welke motieven de raad van bestuur van het gemeentebedrijf zich eigen maakt. Tevens wordt beslist om de vier initiële inschrijvers uit te nodigen.

3.7. Bij aangetekend schrijven van 22 december 2010 worden alle inschrijvers die aanvankelijk een offerte indienden, uitgenodigd een nieuwe offerte in te dienen. In het schrijven wordt erop gewezen dat de stukken identiek zijn als deze van de voorafgaande openbare aanbesteding. Voorts wordt gevraagd in het kader van de nieuwe procedure bijzonder veel aandacht te besteden aan de problematiek van het veiligheidsplan.

3.8. Slechts twee inschrijvers dienen tijdig een offerte in, met name verzoekende partij en nv Heijmans Bouw.

3.9. Bij aangetekend schrijven van 8 maart 2011 worden aan beide inschrijvers een aantal vragen gesteld omtrent een aantal posten en gevraagd om binnen de 12 kalenderdagen de gevraagde informatie te bezorgen. De vragen zijn voor beide inschrijvers identiek met uitzondering van de volgende vraag die enkel wordt gesteld aan nv Heijmans Bouw:

> "Deel architectuur, artikel C01.1a322 – binnenschrijnwerk in samengestelde aluminiumprofielen, RW = 44dB (binnenraamgeheel 0.6 circulatie / 08 onthaal-bureau & 0.9 vergaderzaal): gezien de abnormale eenheidsprijs wordt u gevraagd om uw eenheidsprijs te bevestigen of aan te passen".

3.10. De inschrijvers beantwoorden voormeld schrijven met aangetekende brieven van 14 en 16 maart 2011. In haar schrijven van 16 maart

beantwoordt nv Heijmans Bouw voormelde vraag onder verwijzing naar een tikfout.

3.11. In het verslag van nazicht worden de totaalbedragen van beide inschrijvers als volgt vastgesteld (btw niet inbegrepen):

nv Strabag Belgium	4.608.363,78 euro,
nv Heijmans Bouw	4.647.559,49 euro.

Onder de titel "F. Karakter der Offerteprijzen" wordt evenwel nog het volgende opgemerkt:

> "Bij het gedetailleerd nazicht is – hoewel hiertoe geen verplichting of normering is gezien de aard van de gunningswijze en het beperkt (2) aantal inschrijvers – eveneens gekeken naar het abnormaal karakter van de globale offerteprijs en de onderlinge afwijking van de eenheidsprijzen der ingediende offertes.
> Eerst en vooral kunnen we hieruit concluderen dat hun algemeen totaal nagenoeg gelijk ligt (een verschil van 0,5 % tov hun gemiddelde 4.617.030,70 euro). Ook tussen de deeltotalen is het verschil miniem: enkel voor de post HVAC bedraagt de afwijking iets meer dan 10 %.
>
> Nauwkeuriger werden enkel de betreffende posten, welke meer dan 50 % afwijken ten opzichte van het gemiddelde én waarvan het ingeschreven bedrag meer dan 1 % van het deeltotaal bedraagt, nader onderzocht en dit gaf volgend resultaat:
>
> Art. C01.1a322 – binnenschrijnwerk in samengestelde aluminiumprofielen, Rw = 44 dB (dubbele beglazing), binnenraamgeheel 0.6 foyer-circulatie / 0.8 onthaal-bureau & 0.9 vergaderzaal: 3 delen
> Heijmans Bouw NV geeft hier een eenheidsprijs op van 31.929,93 euro, waarbij het totaal (2 stuks) komt op 63.859,86 euro. De inschrijver corrigeerde deze eenheidsprijs door middel van een aangetekend schrijven dd. 16 maart 2011 naar 5.501,96 EUR.
>
> Aan de hand van het bovenstaande is er geen intentie om op basis van prijskarakter één van de inschrijvers te weren.
>
> De door de inschrijvers gehanteerde eenheidsprijzen zijn bovendien van die aard dat een verder gedetailleerd technisch nazicht niet dient te geschieden.
>
> Rangschikking na nazicht karakter der offerteprijzen: totaalbedragen in eur (excl. Btw)

Heijmans Bouw nv	4.594.703,55 eur
nv Strabag Belgium sa	4.608.363,78 eur".

Daarbij wordt verwezen naar een vergelijkende prijzentabel inzake het "karakter der offerteprijzen" die opgenomen is als bijlage 4 bij het verslag van nazicht. Ook de brief van nv Heijmans Bouw van 16 maart 2011 wordt opgenomen als bijlage.

3.12. Op 30 maart 2011 beslist de raad van bestuur van het Autonoom Gemeentebedrijf Opglabbeek om het verslag van nazicht goed te keuren en om de opdracht te gunnen aan nv Heijmans Bouw. Dit is de thans bestreden beslissing.

3.13. Met een aangetekend schrijven en een e-mail van 1 april 2011 wordt aan verzoekende partij meegedeeld dat de opdracht werd toegewezen aan nv Heijmans Bouw. Er wordt haar een kopie bezorgd van de gemotiveerde beslissing van 30 maart 2011.

IV. Tussenkomst

4. Verzoekende partij in tussenkomst 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. Overeenkomstig 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 uitnodiging voor de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking werd verzonden 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.

Luidens het in de wet 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is aldus 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 drempelbedragen niet bereiken.

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

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

7. Het eerste middel is genomen uit de schending van het gelijkheidsbeginsel, zoals vervat in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, evenals van artikel 1, § 1, van de voormelde wet van 24 december 1993.

In de toelichting bij dit middel kunnen twee onderdelen worden onderscheiden.

7.1. Het eerste onderdeel heeft betrekking op de schending van het gelijkheidsbeginsel. Verzoekende partij merkt op dat uit het feitenrelaas blijkt dan een aantal toevalligheden zich al te zeer opstapelen zodat zij zich niet van de

indruk kan ontdoen dat nv Heijmans Bouw werd bevoordeeld. Zij wijst erop dat een antwoord op de vraag om bijkomende inlichtingen te verstrekken, die aan haar werd gesteld in het kader van de aanbestedingsprocedure, plots niet meer nodig was, doch dat het gebrek aan verstrekte gegevens vervolgens opgegeven werd als reden om de aanbestedingsprocedure stop te zetten. Bovendien kondigt de gemeente aan de opdracht "later" opnieuw te zullen aanbesteden, terwijl reeds op dezelfde datum de inschrijvers wordt meegedeeld dat overgestapt wordt naar een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking. Voorts wijst zij erop dat aan beide inschrijvers die in het kader van de onderhandelingsprocedure een offerte indienden eenzelfde brief met verzoek tot het verschaffen van bijkomende inlichtingen werd gesteld, doch dat deze brieven verschilden op één punt, namelijk het punt op grond waarvan nv Heijmans Bouw de opdracht krijgt toegewezen.

Zij stelt vast dat in het verslag van nazicht haar offerte de laagste offerte blijkt te zijn, na administratief nazicht, na rekenkundig nazicht, na gedetailleerd nazicht én na onderzoek van de leemten. Niettemin vond verwerende partij het volgens haar toch nodig om, ondanks het feit dat verwerende partij uitdrukkelijk erkent dat hiertoe geen verplichting bestond en de verschillen tussen de algemene totalen en deeltotalen van beide offertes miniem zijn, een spitsvondige en arbitraire toetssteen toe te passen door posten die meer dan 50 % afwijken ten opzichte van het gemiddelde én waarvan het ingeschreven bedrag meer dan 1 % van het deeltotaal bedraagt, nader te onderzoeken. Vervolgens bekritiseert verzoekende partij het feit dat enkel nv Heijmans Bouw werd ondervraagd over de post "art. C01.1a322". Ook zouden in de regel veeleer vragen worden gesteld bij een abnormaal "lage" afwijking.

Voorts wijst verzoekende partij erop dat de prijs voor deze post door nv Heijmans Bouw maar liefst tot bijna 1/6 werd herleid om reden van een "tikfout", waardoor de offerte van nv Heijmans Bouw voor het eerst net onder de prijs van de offerte van verzoekende partij duikt. Dit wordt door nv Heijmans Bouw zonder meer als "tikfout" bestempeld zonder enige omschrijving van de aard van deze tikfout. Volgens verzoekende partij zijn verbeteringen in beginsel wel toegelaten, doch komt het aan diegene die een en ander wenst recht te zetten toe om zulks te doen in een behoorlijk gemotiveerde toelichtingsnota. Zij stelt zich vragen

bij het feit dat de aanbestedende instantie genoegen neemt met de motivering van nv Heijmans Bouw waarbij louter werd verwezen naar een tikfout.

Voorts stelt verzoekende partij dat nv Heijmans Bouw aldus de gelegenheid heeft gehad om een zogenaamde tikfout recht te zetten, terwijl zijzelf deze gelegenheid op geen enkel ogenblik heeft gehad.

Daarnaast betwist verzoekende partij ook het feit dat er in het kader van de onderhandelingsprocedure niet werd onderhandeld en dat de prijs als het enige gunningscriterium werd gehanteerd.

Zij besluit dat het gelijkheidsbeginsel is geschonden aangezien men zich op één arbitrair vastgesteld criterium heeft gesteund en waar nv Heijmans Bouw zich van een niet nader omschreven "tikfout" bedient om een betekenisvolle prijsvermindering te realiseren om de gunning, na vijf eerdere toetsingen in het voordeel van verzoekende partij, aan nv Heijmans Bouw toe te kennen.

7.2. Een tweede onderdeel is genomen uit de schending van artikel 1, § 1, van de wet van 24 december 1993. Verzoekende partij voert aan dat zij zich niet van de indruk kan ontdoen dat de gehele gunning op maat van nv Heijmans Bouw werd uitbesteed. In het licht van alle gegeven feitelijkheden dient volgens verzoekende partij de regelmatigheid van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking in vraag te worden gesteld. Zij merkt op dat verwerende partij niet aangeeft op welk concreet toepassingsgeval van de onderhandelingsprocedure zij zich beroept, dat zij in gebreke blijft aan te tonen dat er geen enkele correcte offerte was en dat de motivering "zeer ongelukkig" is nu verzoekende partij initieel werd uitgenodigd om meer duiding te geven over de post "veiligheid", doch dat nadien de gevraagde uitleg niet meer nodig bleek. Zij verwijst naar rechtspraak overeenkomstig welke de mogelijkheid om rechtstreeks te ageren tegen deze beslissing niet verhindert dat een onrechtmatigheid die met deze beslissing samenhangt nog op ontvankelijke wijze kan worden aangevoerd tegen de latere beslissing in het kader van de bevragingsprocedure.

Voorts verwijst zij naar rechtsleer waarin gesteld wordt dat in geval van verbetering van fouten die tot gevolg hebben dat de oorspronkelijke

offerte niet wordt behouden, de aanbestedende instantie de offerte moet weren omdat het spel van de mededinging vervalst zou worden door het verbeteren van de offerte.

Beoordeling

Eerste onderdeel

8. In de mate dat verzoekende partij opwerpt dat "zij zich niet van de indruk kan ontdoen" dat nv Heijmans Bouw werd bevoordeeld en zij haar middelonderdeel ondersteunt door een hele reeks van vraagstellingen, lijkt alleen al deze wijze van formulering van de grief een reden om te besluiten dat de grief niet ontvankelijk is, of ten minste niet de vereiste ernst heeft om in het kader van een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid te worden aanvaard.

9. Voorts blijkt dat de gemeente Opglabbeek op 20 december 2010 besliste om de eerste gunningsprocedure stop te zetten op grond van de volgende motieven:

> "Gelet op het verslag van nazicht van de offertes van 8 december 2010 opgesteld door de ontwerper Verdickt & Verdickt Architecten Bvba, Oranjestraat 44 te 2060 Antwerpen;
>
> Overwegende dat geen enkele inschrijving geheel bestekconform werd ingediend.
>
> Overwegende dat immers geen enkele inschrijver volledig in orde was met het veiligheidsplan, dat de ontbrekende gegevens door de veiligheidscoördinator als essentiëel werden bestempeld waardoor de inschrijvingen niet als gunstig konden worden beoordeeld; en overwegende dat de verstrekte gegevens per inschrijver verschillend waren en de vraag kan gesteld worden of in de prijszetting met alle elementen van de eisen van het veiligheidsplan rekening werd gehouden, zodat een objectieve vergelijking binnen de lopende aanbestedingsprocedure onmogelijk is.
>
> Overwegende dat, rekening houdende met het voorgaande, het aangewezen is af te zien van de gunning van deze opdracht en de procedure later opnieuw op te starten".

Op het eerste gezicht lijkt het feit dat alle offertes door de gemeente Opglabbeek bij beslissing van 20 december 2010 substantieel onregelmatig werden beschouwd aangezien de ontbrekende gegevens door de veiligheidscoördinator als essentiëel werden bestempeld en tevens van aard waren om een objectieve vergelijking van de offertes aan te tasten, te verantwoorden waarom de aanbestedende instantie gevraagd heeft om haar initiële brief met verzoek om bijkomende inlichtingen als ongeschreven te beschouwen. Indien een offerte substantieel onregelmatig is, dient het bestuur die offerte immers buiten beschouwing te laten en beschikt het terzake niet over een discretionaire bevoegdheid.

10. Voorts toont verzoekende partij niet aan welke wettelijke of reglementaire bepaling een verbod zou inhouden om na de stopzetting van de aanbesteding de opdracht met toepassing van artikel 17, § 2, 1°, d), van de wet van 24 december 1993, onmiddellijk opnieuw uit te schrijven onder de vorm van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking indien aan de toepassings-voorwaarden is voldaan.

11. Voorts dient te worden vastgesteld dat de regeling betreffende abnormale prijzen in beginsel enkel van toepassing is in geval van aanbesteding of offerteaanvraag. Men kan verwerende partij op het eerste gezicht echter bezwaarlijk verwijten dat zij te dezen, zorgvuldig handelend, in het licht van de vaststellingen die gebleken zijn uit de door haar opgestelde vergelijkende prijzentabel, toch een prijsonderzoek heeft gedaan.

Daarnaast dient te worden aangenomen dat de aanbestedende overheid over een ruime discretionaire bevoegdheid beschikt om al dan niet een procedure in te zetten waarbij op zoek gegaan wordt naar de aanwezigheid van abnormale prijzen, dat de Raad van State zich bij dergelijke beoordeling niet in de plaats kan stellen van het bestuur, dat hij wel mag nagaan of de betrokken motieven in rechte ter verantwoording van de bestreden beslissing in aanmerking mogen worden genomen hetgeen onder meer vereist dat ze naar behoren zijn bewezen.

Te dezen toont verzoekende partij niet aan dat verwerende partij met schending van het gelijkheidsbeginsel zou hebben gehandeld, door enkel een

prijsverantwoording te vragen voor posten die meer dan 50 % afwijken ten opzichte van het gemiddelde én waarvan het ingeschreven bedrag meer dan 1 % van het deeltotaal bedraagt.

Uit de vergelijkende prijzentabel blijkt dat de eenheidsprijs van nv Heijmans Bouw voor de eerste deelpost van post C01.1a322, bestaande uit twee delen gekoppeld met deur, met een in het bestek vermelde oppervlakte van 12,19 m², 3.666,89 euro bedraagt, terwijl de eenheidsprijs voor de tweede deelpost, bestaande uit drie delen, met een in het bestek vermelde oppervlakte van 18,29 m², maar liefst 31.929,93 euro bedraagt. Verzoekende partij blijkt daarentegen een eenheidsprijs van 5.217,55 euro te hebben opgegeven voor de eerste deelpost, tegenover 4.382,75 euro voor de tweede deelpost. Het feit dat bij de offerte van nv Heijmans Bouw dergelijke afwijking werd vastgesteld, lijkt op het eerste gezicht dan ook te verantwoorden waarom het verzoek tot prijsverantwoording voor de litigieuze post Art. C01.1a322 enkel aan deze inschrijver werd gesteld en niet aan verzoekende partij. Vermits de feitelijke toestand van verzoekende partij verschilt van die van tussenkomende partij, lijkt een verschil in behandeling te dezen verantwoord.

12. Wat de zogenaamde "tikfout" betreft, stelde nv Heijmans Bouw in haar schrijven van 16 maart 2011:

> "Bij het ingeven van de eenheidsprijs van de beglazing voor dit artikel in het softwareprogramma is een tikfout geslopen, waardoor de globale eenheidsprijs voor de post 'binnenraamgeheel uit 3 delen' verkeerd was.
> De correcte prijs voor deze post bedraagt 5501,96 euro i.p.v. 31.929,93 euro".

Op het eerste gezicht lijkt verwerende partij dan te hebben vastgesteld dat er sprake was van een verschrijving in hoofde van nv Heijmans Bouw en de offerte van nv Heijmans Bouw voor voormelde post te hebben verbeterd.

Wat de beweerde schending van het gelijkheidsbeginsel betreft, toont verzoekende partij op het eerste gezicht niet aan op welke wijze zij ongelijk zou zijn behandeld door verwerende partij in vergelijking met nv Heijmans Bouw.

Zij laat immers na op concrete wijze uiteen te zetten waarom haar offerte op dit punt of op andere punten eveneens had moeten worden verbeterd.

Voorts kan de verbetering van fouten zoals de in het geding zijnde verschrijving impliceren dat aan een inschrijver toelichting wordt gevraagd.

Hoewel op het eerste gezicht nv Heijmans Bouw de bewuste fout op meer uitvoerige wijze had kunnen toelichten in haar brief van 16 maart 2011, dient toch te worden vastgesteld dat zij in haar brief niet zonder meer melding maakt van een "tikfout" en de correcte prijs zoals verzoekende partij laat uitschijnen. Zij verduidelijkt wel degelijk dat het gaat om een tikfout bij het ingeven van de eenheidsprijs van de beglazing voor de litigieuze post.

Uit de technische bepalingen van het bestek blijkt dat de litigieuze post onder meer de montage van raam- en deurprofielen en de levering en plaatsing van de beglazing omvat.

In haar verzoekschrift tot tussenkomst zet nv Heijmans Bouw, met verwijzing naar haar prijscalculaties die zij toevoegt, uitvoerig uiteen dat in het kader van de calculatie voor de twee deelposten zij prijzen diende te berekenen voor het profiel enerzijds en het glas anderzijds. Zij wijst erop dat zij voor wat betreft de eerste deelpost een eenheidskost voor glas heeft aangerekend van 315,0000 euro, doch ten gevolge van een tikfout voor de tweede deelpost een eenheidskost voor glas heeft aangerekend van 3.150,0000 euro. Zij wijst erop dat het duidelijk een materiële vergissing betreft nu de eenheidskost voor de beglazing in de tweede post precies 10 maal hoger is dan voor de eerste post, terwijl het identiek hetzelfde materiaal betreft.

Uit het bestek blijkt dat voor beide deelposten van post C01.1a322 inderdaad voor wat de beglazing betreft eenzelfde materiaal, namelijk glas Rw 44dB (dubbele beglazing) diende te worden aangeboden. Uit de originele prijscalculatie die nv Heijmans Bouw neerlegt, blijkt dat ondanks het feit dat voor beide deelposten telkens "glas Rw 44 dB" wordt vermeld, bij de eerste deelpost een eenheidskost van 315,0000 euro wordt gehanteerd, tegenover 3.150,0000 euro voor de tweede deelpost.

Op het eerste gezicht mocht verwerende partij aannemen dat de offerte van nv Heijmans Bouw op dit punt mocht worden verbeterd want wat de litigieuze post betreft aldus behept was met een fout tengevolge van een verschrijving – in het rechtsverkeer doorgaans "materiële vergissing", en in de artikelen 111 en 114 van het voormeld koninklijk besluit van 8 januari 1996 voor respectievelijk aanbestedingen en offerteaanvragen "kennelijk materiële fout" genoemd.

Aldus lijkt niet aangetoond dat verzoekende partij door de verbetering van de offerte van nv Heijmans Bouw ongelijk werd behandeld.

13. Overigens lijkt verzoekende partij geen belang te hebben bij een eventuele schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing op grond van dit onderdeel van het middel, nu verwerende partij op het eerste gezicht op grond van de door nv Heijmans Bouw verschafte uitleg in haar verzoekschrift tot tussenkomst en de prijscalculaties die zij neerlegt, opnieuw lijkt te kunnen overgaan tot verbetering van de offerte met eenzelfde gunningsbeslissing tot resultaat.

14. Daarnaast betwist verzoekende partij in het kader van het eerste onderdeel ook nog het feit dat er in het kader van de onderhandelingsprocedure niet werd onderhandeld en dat de prijs als het enige gunningscriterium werd gehanteerd.

Zij toont op het eerste gezicht evenwel niet aan op welke wijze dit een schending van het gelijkheidsbeginsel zou uitmaken. Er werd immers met geen van de inschrijvers onderhandeld en de prijs werd ten aanzien van beide inschrijvers als enig gunningscriterium gehanteerd.

Voorts dient te worden vastgesteld dat artikel 17, § 2, van de wet van 24 december 1993, bepaalt dat bij de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking de opdracht mag worden gegund "indien mogelijk, na raadpleging van meerdere aannemers". Uit die bepaling lijkt niet te mogen worden afgeleid dat "daadwerkelijk[e] onderhandelingen" steeds verplicht zijn: te dezen mag het de opdrachtgevende overheid niet als een schending van de voornoemde bepaling

worden aangerekend, doordat zij bij analogie toepassing heeft gemaakt van de principes die de openbare aanbesteding beheersen en aldus de laagste regelmatige offerte als de voordeligste aanbieding heeft beschouwd. Het voeren van eigenlijke onderhandelingen was vanuit deze optiek dan ook overbodig, minstens niet vereist.

15. Het eerste onderdeel van het eerste middel is niet ernstig.

Tweede onderdeel

16. Ook met betrekking tot het tweede onderdeel valt in de eerste plaats op te merken dat in de mate dat verzoekende partij opwerpt dat "zij zich niet van de indruk kan ontdoen" dat de gunning op maat van nv Heijmans Bouw werd uitbesteed en dat de regelmatigheid van de onderhandelingsprocedure "in vraag" dient te worden gesteld, alleen al deze wijze van formulering van de grief een reden lijkt om te besluiten dat de grief niet ontvankelijk is of ten minste niet de vereiste ernst heeft om in het kader van een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid te worden aanvaard.

17. Overeenkomstig artikel 1, § 1, van de wet van 24 december 1993 worden de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in naam van de aanbestedende overheden bedoeld in artikel 4 van de wet "gegund na mededinging en op een forfaitaire grondslag, volgens de wijzen bepaald in titel II van dit boek".

Artikel 17, § 2, 1°, d), van die wet, overeenkomstig welke bepaling onder bepaalde voorwaarden toepassing kan worden gemaakt van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking indien in het kader van een aanbesteding of offerteaanvraag enkel onregelmatige offertes werden ingediend, maakt deel uit van voormelde titel II.

Uit de voormelde bepalingen tezamen genomen lijkt te kunnen worden besloten dat de wetgever het aldus verenigbaar acht met het principe van de mededinging om een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking uit te schrijven indien hiertoe is voldaan aan de in artikel 17, § 2, 1°, d), van de wet bepaalde voorwaarden. Bovendien dient te worden vastgesteld dat de opdracht wel

degelijk in mededinging werd gesteld, aangezien alle inschrijvers die in het kader van de aanbesteding een offerte hadden ingediend, werden uitgenodigd om eveneens een offerte in te dienen in het kader van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking.

18. Voorts blijkt uit de stukken van het administratief dossier dat verwerende partij, in tegenstelling tot wat verzoekende partij betoogt, wel degelijk concreet aangeeft op welke uitzonderingsgrond zij zich beroept voor de toepassing van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking, namelijk artikel 17, § 2, 1°, d), bepaling die de hypothese betreft waarin in het kader van een openbare procedure enkel onregelmatige inschrijvingen werden ontvangen.

19. In het kader van de openbare aanbesteding werd vastgesteld dat in alle offertes de documenten betreffende het veiligheids- en gezondheidsplan op essentiële punten onvolledig waren. In geval van afwijking van essentiële besteksbepalingen dient, overeenkomstig artikel 110, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, te worden besloten tot substantiële onregelmatigheid van de offerte. Dit geldt eveneens wanneer de afwijkingen van de besteksbepalingen van aard zijn om de mogelijkheid tot objectieve vergelijking van de offertes aan te tasten. Indien een offerte substantieel onregelmatig is, dient het bestuur die offerte buiten beschouwing te laten en beschikt het terzake niet over een discretionaire bevoegdheid.

Op het eerste gezicht kon verwerende partij op grond van voormelde motieven in het voorliggend geval dan ook terecht oordelen dat in het kader van de voorafgaande aanbesteding geen regelmatige offertes werden ingediend en mocht zij zich aldus op het eerste gezicht beroepen op het voornoemde artikel 17, § 2, 1°, d), om de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking toe te passen.

Ook de toezichthoudende overheid blijkt reeds een klacht met betrekking tot het beweerd onterecht aanwenden van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking op uitvoerig gemotiveerde wijze te hebben verworpen.

20. Wat ten slotte de verwijzing door verzoekende partij naar rechtsleer betreft waarin zou worden gesteld dat in geval van verbetering van fouten die tot gevolg hebben dat de oorspronkelijke offerte niet wordt behouden, de aanbestedende instantie de offerte moet weren omdat het spel van de mededinging vervalst zou worden, kan in eerste instantie worden verwezen naar de beoordeling van het eerste onderdeel. Voorts lijkt het inherent aan de verbetering van een offerte wegens een verschrijving dat er sprake is van een verbetering van de oorspronkelijke offerte.

De mededinging lijkt slechts te worden aangetast wanneer men één inschrijver, in tegenstelling tot de overige inschrijvers, zou toestaan om alsnog zijn offerte te wijzigen zonder dat er sprake is van een fout zoals te dezen. Zoals reeds werd gesteld in het kader van de beoordeling van het eerste onderdeel, lijkt dit hier niet het geval te zijn.

21. Ook het tweede onderdeel van het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

22. Een tweede middel is genomen uit de schending van artikel 110, § 2, van het voornoemd koninklijk besluit van 8 januari 1996, van het motiveringsbeginsel en van het zorgvuldigheidsbeginsel.

Verzoekende partij merkt op dat – hoewel er formeel sprake is van een procedure van onderhandeling zonder bekendmaking – men *de facto* gehandeld heeft alsof er een klassieke aanbestedingsprocedure liep.

Volgens haar moet men dan ook consequent zijn en nagaan of de "tikfout/rekenfout" in hoofde van nv Heijmans Bouw niet tot onregelmatigheid van haar offerte moest hebben geleid aangezien deze vermeende tikfout "een gezonde mededinging" in het gedrang brengt. Het verkeerd vermelden van de prijs met een belangrijke afwijking tot gevolg, dient volgens haar als een substantiële onregelmatigheid te worden beschouwd op grond waarvan de offerte van

nv Heijmans Bouw had moeten worden geweerd. Zij wijst erop dat het immers een "rechtstreekse vraag betreft om informatie met betrekking tot de prijs", dat de vergelijkbaarheid van de offertes in het gedrang werd gebracht en dat de informatie wel degelijk van belang was in het licht van de gunningscriteria.

Ten minste had er meer duidelijkheid moeten bestaan over de aard van de "tikfout" in hoofde van nv Heijmans Bouw die geen nadere uitleg heeft gegeven en zich beperkt heeft tot opgave van de nieuwe prijs, wat de aanbestedende instantie zonder meer heeft aanvaard.

Beoordeling

23. Met betrekking tot het tweede middel dient in de eerste plaats te worden vastgesteld dat artikel 110, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, waarvan de schending wordt ingeroepen, niet van toepassing is op een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking. Evenmin toont verzoekende partij aan dat verwerende partij deze bepaling overeenkomstig artikel 122, vierde lid, toepasselijk zou hebben gemaakt op de voorliggende opdracht.

24. Voorts kan worden verwezen naar de beoordeling van het eerste middel waarin reeds werd geoordeeld dat verwerende partij op het eerste gezicht mocht aannemen dat de offerte van nv Heijmans Bouw wat de litigieuze post betreft behept was met een fout ten gevolge van een verschrijving en de offerte op dit punt mocht verbeteren. Aldus wordt op het eerste gezicht niet aangetoond dat de "tikfout" in hoofde van nv Heijmans Bouw diende te leiden tot substantiële onregelmatigheid van de offerte van deze inschrijver.

25. Zoals reeds werd opgemerkt in het kader van de beoordeling van het eerste onderdeel van het eerste middel maakt nv Heijmans Bouw in haar brief van 16 maart 2011 niet alleen melding van een "tikfout" en de correcte prijs, doch verduidelijkt zij wel degelijk dat het gaat om een tikfout bij het ingeven van de eenheidsprijs van de beglazing voor het artikel. Bovendien lijkt verzoekende partij om de onder randnummer 13 vermelde redenen evenmin belang te hebben bij een schorsing op grond van dit middel.

26. Ook het tweede middel is niet ernstig.

VII. Besluit

27. Nu beide middelen niet ernstig werden bevonden dient de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid te worden verworpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van nv Heijmans Bouw tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. Verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 175 euro.
Tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 12 mei 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**