

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 216.739 van 8 december 2011
in de zaak A. 174.788/XII-4817**

In zake: de NV WYCOR, voorheen de NV HOUTCONSTRUCTIES
WYCKAERT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Carlos De Wolf en Jozef Timmermans
kantoor houdend te Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de VLAAMSE VERVOERMAATSCHAPPIJ “DE LIJN”
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Dirk Lindemans en Jochen Honnay
kantoor houdend te 1000 Brussel
Keizerslaan 3
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 10 juli 2006, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing d.d. 19 april 2006 van de raad van bestuur van [de Vlaamse Vervoermaatschappij - De Lijn] om ‘de opdracht voor de herinrichting van het directiegebouw op de Brusselsesteenweg te Gentbrugge - Ruwbouw afwerking en technieken - (bijzonder bestek nr. 04031) toe te wijzen aan de N.V. Juri uit Zele voor een totaal bedrag van 1.916.725,10 EUR, dit ten laste van het budget eigen investeringen van De Lijn Oost-Vlaanderen’ [...] alsmede van de impliciete afwijzingsbeslissing [...], waarbij de opdracht niet werd toegewezen aan [de nv Wycor]”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend. De verwerende partij heeft een aanvullende memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij een aanvullende memorie van wederantwoord.

Eerste auditeur Pierre Barra heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij en de verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 29 maart 2011.

Staatsraad Johan Lust heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Carlos De Wolf, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Thomas Eyskens, die loco advocaten Dirk Lindemans en Jochen Honnay verschijnt voor de verwerende partij zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens 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. In de loop van 2005 beslist verwerende partij tot het uitschrijven van een overheidsopdracht voor de aanneming van werken. De gekozen gunningswijze is de aanbesteding. Het voorwerp van de opdracht is de ruwbouw, afwerking en technieken voor de herinrichting van een administratief bureelcomplex van de Vlaamse Vervoermaatschappij - De Lijn, gelegen te 9050 Gentbrugge, Brusselsesteenweg 361.

De opdracht wordt in het Bulletin der Aanbestedingen bekendgemaakt op 17 februari 2006.

In het tweede deel “Bijzondere technische bepalingen” van het bestek is in artikel 10.02. sprake van “mobiele scheidingswanden” en in artikel 10.02.11. van “houten vouwwanden”. Het derde deel “Samenvattende meetstaat” en het vierde deel “Gedetailleerde meetstaat” van het bestek hebben het in dit verband over “houten vouwwanden”.

In het tweede deel van het bestek is er voorts sprake, in artikel 21.09., van “kabelkanalisaties” en, in artikel 21.09.12.11., van “verticale distributiezoulen tussen vloer en plafond”. Beschreven wordt:

“Materiaal

Merk: Stagobel

Type: POL T10 en POL M10

Per persoon worden er 2 stopcontacten algemene kracht en 2 stopcontacten datakracht voorzien. Elke zuil is voorzien van de nodige aansluitingen voor 2 personen.

Toepassing

De juiste opstellingsplaats dient gecoördineerd te worden met de plaatsing van het meubilair.

En zijn voorgemonteerd.

Aard van de overeenkomst

Vermoedelijke Hoeveelheid (VH)

Meetwijze

Meeteenheid : per stuk (stuk)

Meetcode : in de eenheidsprijzen van de distributiezoulen zijn de levering en plaatsing voorzien van:

- volledige distributiezuil, uitgerust met nodige deksel en toebehoren,...
- plafondrozet,
- plafondgat, uitgevoerd met aangepast gereedschap, zonder beschadiging of vervorming van de plafondtegels,
- klembeugel.

Het nodige schakelmateriaal en inbouwdozen zijn inbegrepen in de prijs van de zuil. De datacontactdozen (RJ 45) zitten niet in deze aanneming”.

Het derde deel van het bestek vermeldt ter zake:

- onder post 382: artikel 21.09.12.11. Verticale distributiezoulen tussen vloer en plafond, incl. stopcontacten en toebehoren, VH 48;
- onder post 428: artikel 21.09.12.11. Verticale distributiezoulen tussen vloer en plafond, incl. stopcontacten en toebehoren, VH 11,
- onder post 475: artikel 21.09.12.11. Verticale distributiezoulen tussen vloer en plafond, incl. stopcontacten en toebehoren, VH 24.

4. De opening van de offertes vindt plaats op 23 maart 2006. Er zijn vier inschrijvers. Verzoekster heeft de laagste inschrijvingsprijs: 1.869.153,76 euro, exclusief btw. De inschrijvingsprijs van de nv Juri bedraagt 1.901.590,84 euro, exclusief btw.

In haar offerte maakt verzoekster de volgende opmerkingen -niet onder de rubriek “leemtes”-:

“Art. 10.02.11.A Vouwwand afmetingen 4,90 x 2,60m

Voor de bepaling van deze prijs hebben wij ons gebaseerd op de detailbeschrijving van het bestek. Dit wil zeggen een uitvoering onder de vorm van een vouwwand.

Anderzijds stellen we vast dat op het plan eerder een mobiele wand getekend staat. Indien we het bestek moeten volgen wat betreft de maximale breedte van het opgeplooide pakket van +/- 37 tot 43 cm, dan kunnen we een uitvoering voorzien van 4 panelen. Dit houdt een meerprijs in van 530,00 EUR ten opzichte van de basisofferte.

Op het plan zelf staan echter 6 panelen getekend. Deze uitvoeringswijze houdt een meerprijs in van 1.408,00 EUR ten opzichte van de basisofferte.

Deel electriciteit

Art. 21.09.12.11 Verticale distributiezoulen tussen vloer en plafond

Uit de gegevens van bestek en plannen is niet op te maken welke zuilen vast zijn en welke zuilen verplaatsbaar zijn.

In onze offerte is de prijs voorzien voor vaste zuilen.

De eenheidsprijs voor eventuele verplaatsbare zuilen met flexibel bedraagt 655,44 EUR/stuk”.

Met brieven van 5 april 2006 vraagt de nv Abetec, zijnde de door verwerende partij aangestelde deskundige, aan de andere inschrijvers het volgende:

“In het kader van nazicht van de in rubriek vermelde aanbesteding, verzoeken wij u uiterst dringend, toelichting te verstrekken m.b.t. volgende :

- art. 21.09.12.11 - verticale distributiezoulen tussen vloer en plafond, incl. stopcontacten en toebehoren
Wat is voorzien in uw eenheidsprijs ? Merk, type, begroting....
- Art. 10.02 - mobiele scheidingswanden
Wat is voorzien in uw eenheidsprijs ? Merk, type, begroting....”.

De nv Juri antwoordt met brief van 6 april 2006 het volgende:

- “- Onze eenheidsprijzen zijn begroot en opgemaakt conform de wetgeving op de overheidsopdrachten, en Uw bijzonder bestek.
- art. 21.09.12.11 Verticale distributiezoulen tussen vloer en plafond: onze eenheidsprijs is gebaseerd op het leveren en plaatsen van verplaatsbare distributiezoulen type POL-M10 analoog aan de bestaande zuilenuitrusting, vastgesteld bij ons plaatsbezoek voor aanbesteding. Deze distributiezoulen vormen een verbinding tussen de vloer en het verlaagd plafond, en zijn voorzien van alle toebehoren (ronde vloerplaat, flexibele toevoerbuys, plafondrozet, ...enz.) Elke zuil is voorzien van de gevraagde uitrusting conform bestek. Onze eenheidsprijs is gebaseerd op een offerte van onze onderaannemer Hewi.
- art. 10.02 Mobiele scheidingswanden: Onze aanbieding voor dit artikel voorziet een mobiele panelenwand. Deze aangeboden wand bestaat uit 6 panelen, waarvan 1 telescooppaneel en twee wandaansluitingen. Het geheel is opgehangen aan een aluminium bovenrail en wordt ingewerkt in het verlaagd plafond (er is geen ondergeleiding in de vloer). De panelen zijn afgewerkt in stratifié (type Perstorp). De geluidsisolatie is 37 dB. Onze eenheidsprijs is gebaseerd op een panelenwand van het type Fabima”.

Onder punt 3 “Administratief nazicht van de offertes” merkt de nv Abetec in haar verslag van nazicht van de offertes op inzake de offerte van verzoekster:

“De inschrijver maakt een opmerking op art. 10.02.11.A Vouwwand afmetingen 4,90 x 2,60 m.

De inschrijver heeft zich voor de bepaling van de prijs gebaseerd op de detailbeschrijving van het bestek. D.w.z. een uitvoering onder de vorm van een vouwwand. Anderzijds stelt de inschrijver vast dat er op het plan eerder een mobiele wand getekend staat. Indien het bestek gevolgd moet worden wat betreft de maximale breedte van het opgeplooid pakket van +/- 37 tot 43 cm, dan kan een uitvoering voorzien worden met 4 panelen. Dit houdt een meerprijs in van 530,00 EUR t.o.v. de basisofferte. Op het plan zelf staan echter 6 panelen getekend. Deze uitvoeringswijze houdt een meerprijs in van 1408,00 EUR t.o.v. de basisofferte.

Gevolgtrekking : het betreft een terechte opmerking.

Volgens art. 3 van het K.B. d.d. 26/09/1996, Bijlage ‘Algemene aannemingsvoorwaarden’ hebben de plannen voorrang op de andere aanbestedingsdocumenten. De uitvoeringswijze met een meerprijs van 1408,00 EUR wordt daarom in rekening gebracht voor deze inschrijver. De aangehaalde leemte zal behandeld worden onder punt 5.3 van onderhavig verslag.

De inschrijver maakt een opmerking op art. 21.09.12.11 Verticale distributiezoulen tussen vloer en plafond.

De inschrijver meldt dat uit de gegevens van bestek en plannen niet is op te maken welke zuilen vast zijn en welke zuilen verplaatsbaar zijn. In de offerte is de prijs voorzien voor vaste zuilen. De eenheidsprijs voor eventuele verplaatsbare zuilen met flexibel bedraagt 655,44 EUR/stuk.

Gevolgtrekking : de opmerking is terecht. Momenteel zijn alle zuilen die zichtbaar zijn in de bestaande gebouwen van het verplaatsbare type (POL M10, fabrikaat Stagobel). Gezien de wens van het bestuur en gelet op het respecteren van de grondslag van de aanbesteding dienen er verplaatsbare zuilen in rekening gebracht te worden. Tevens was de inschrijver, volgens de aanbestedingsdocumenten, vrij van een voorafgaandelijk plaatsbezoek te verrichten, waarbij hij effectief kon vaststellen dat het de bedoeling was verplaatsbare zuilen te voorzien. De aangehaalde eenheidsprijs is enkel geldig voor deze inschrijver. De aangehaalde leemte zal behandeld worden onder punt 5.3 van onderhavig verslag”.

Onder punt 5.3. “Leemten van het verslag” vermeldt de nv Abetec met betrekking tot verzoekster:

“De inschrijver maakt een opmerking (zie punt 3 van onderhavig verslag) op art. 10.02.11.A Vouwwand afmetingen 4,90 x 2,60 m

Het betreft:

- post 82: 1st (tweede verdieping)

Gevolgtrekking: het betreft een terechte opmerking.

Volgens art. 3 van het K.B. d.d. 26/09/1996, Bijlage ‘Algemene aannemingsvoorwaarden’ hebben de plannen voorrang op de andere aanbestedingsdocumenten. De uitvoeringswijze met een meerprijs van 1408,00 EUR wordt daarom in rekening gebracht voor deze inschrijver. De totaalprijs voor deze post bedraagt dan 4675,58 EUR + 1408,00 EUR = 6083,58 EUR. De eenheidsprijs van de basisofferte zal door de nieuwe prijs vervangen worden.

Alvorens de leemte te verrekenen bij de overige inschrijvers werd bij aangetekend schrijven om toelichting gevraagd voor betreffend artikel, hierbij verklaart:

* NV Juri:

- de eenheidsprijs in de offerte gebaseerd is op een mobiele panelenwand van het type Fabima (volgens plannen), bestaande uit 6 panelen, waarvan 1 telescooppaneel en 2 wandaansluitingen, opgehangen aan een aluminium bovenrail en ingewerkt in het verlaagde plafond, geen ondergeleiding in de vloer. Afgewerkt in stratifié (type Perstorp), geluidsisolatie 37 dB.

Gevolgtrekking: de eenheidsprijs in de basisofferte blijft behouden, de leemte wordt voor deze inschrijver niet verrekend.

* NV Vandenbussche:

- de eenheidsprijs in de offerte gebaseerd is op een mobiele vouwwand van het type Variplan, fabrikant Fabima (volgens bestek), met een akoestische geluidsisolatie van 21 dB tussen 100 en 3200 Hz, m.i.v. de ophanging en de akoestische dam.

Gevolgtrekking: de eenheidsprijs in de basisofferte wordt niet weerhouden, de leemte wordt voor deze inschrijver verrekend met de leemteformule.

* NV Van Britsom:

- de eenheidsprijs in de offerte gebaseerd is op een dubbelwandige houten vouwwand van het type Variplan, (volgens bestek), vlak in gesloten stand, in aluminium rail, iso labo 21 dB, afwerking Liri 0,3 mm (effen kleur of hout imitatie).

Gevolgtrekking: de eenheidsprijs in de basisofferte wordt niet weerhouden, de leemte wordt voor deze inschrijver verrekend met de leemteformule.

* De inschrijver maakt een opmerking (zie punt 3 van onderhavig verslag) op art. 21.09.12.11 Verticale distributiezulen tussen vloer en plafond.

Het betreft:

- post 382: 48 stuk (eerste verdieping)
- post 428: 11 stuk (tweede verdieping)
- post 475: 24 stuk (gelijkvloers)

Totaal: 83 stuk

Gevolgtrekking: De opmerking is terecht. Momenteel zijn alle zuilen die zichtbaar zijn in de bestaande gebouwen van het verplaatsbare type (POL M10, fabrikaat Stagobel). Gezien de wens van het bestuur en gelet op het respecteren van de grondslag van deze aanbesteding dienen er verplaatsbare zuilen in rekening gebracht te worden. De aangehaalde eenheidsprijs van 655,44 EUR/stuk wordt daarom in rekening gebracht voor deze inschrijver. De eenheidsprijs van de basisofferte zal door de nieuwe prijs vervangen worden. Totaal bedrag voor deze leemte: 83 stuk à 655,44 Euro/stuk = 54.401,52 EUR.

Alvorens de leemte te verrekenen bij de overige inschrijvers werd bij aangetekend schrijven om toelichting gevraagd voor betreffend artikel, hierbij verklaart:

* NV Juri:

- de eenheidsprijs in de offerte gebaseerd is op verplaatsbare distributiezoulen type POL M10, analoog aan de bestaande zuilenuitrusting, vastgesteld bij een plaatsbezoek voor aanbesteding.

Gevolgtrekking: de eenheidsprijs in de basisofferte blijft behouden, de leemte wordt voor deze inschrijver niet verrekend. De opgegeven eenheidsprijs is vergelijkbaar met de eenheidsprijs van de eerste fase (anno eind 2002) voor dit artikel. Totaal bedrag voor deze leemte: 83 stuk à 272,80 Euro / stuk = 22.642,40 EUR.

* NV Vandenbussche:

- de eenheidsprijs in de offerte gebaseerd is op vaste distributiezoulen type POL T10, fabrikaat Stagobel Frontline, m.i.v. 5 stopcontacten, de datastopcontacten zijn niet inbegrepen.

Gevolgtrekking: de eenheidsprijs in de basisofferte wordt niet weerhouden, de leemte wordt voor deze inschrijver verrekend met de leemteformule.

* NV Van Britsom:

- de eenheidsprijs in de offerte gebaseerd is op vaste distributiezoulen type POL T10, fabrikaat Stagobel Frontline.

Gevolgtrekking: de eenheidsprijs in de basisofferte wordt niet weerhouden, de leemte wordt voor deze inschrijver verrekend met de leemteformule”.

Finaal wordt de nv Juri als eerste gerangschikt met een offerte aan 1.917.209,83 euro en verzoekster als tweede met een offerte aan 1.917.426,52 euro. Voorgesteld wordt in het verslag om de opdracht toe te wijzen aan de nv Juri voor een bedrag van 1.916.725,10 euro.

Op 19 april 2006 beslist de raad van bestuur van verwerende partij onder verwijzing naar het aanbestedingsverslag de opdracht toe te wijzen aan de nv Juri voor een bedrag van 1.916.725,10 euro.

IV. Regelmatigheid van de rechtspleging

5. Verwerende partij heeft na ontvangst van de memorie van wederantwoord nog een aanvullende antwoordmemorie ingediend, waarop dan weer verzoekster reageerde met een aanvullende memorie van wederantwoord.

6. Het algemeen procedurereglement voorziet niet in de mogelijkheid tot het indienen van deze stukken. Ze worden uit de debatten geweerd.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

7. In haar verzoekschrift voert verzoekster in een eerste middel de schending aan van de artikelen 112, § 2, 1°, en 110, § 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid van het gelijkheids- en het zorgvuldigheidsbeginsel. Een eerste onderdeel betreft artikel 10.02.11 “Houten vouwwanden” van deel 2 van het bestek; een tweede onderdeel betreft artikel 21.09.12.11 “Verticale distributiezoulen tussen vloer en plafond” van deel 2 van het bestek.

Aangaande het *eerste onderdeel* wordt toegelicht dat verzoekster in haar offerte een prijs had opgegeven voor houten vouwwanden

met afmetingen 4,90 x 2,60 m, zulks overeenkomstig de bijzondere technische bepalingen van het tweede deel van het bestek (artikel 10.02.11), de samenvattende opmetingsstaat (post 82) en de gedetailleerde meetstaat, terwijl het volgens de plannen zou gaan om een mobiele wand in plaats van een vouwwand. Daarnaast gaf zij twee andere prijzen op voor het geval dat toch een mobiele wand vereist zou zijn: respectievelijk 530 euro in meer of 1.408,00 euro in meer naargelang van het aantal panelen (4 of 6). In het gunningsverslag erkent verwerende partij dat de samenvattende opmetingsstaat een leemte vertoont. Verwerende partij neemt voor de offerte van verzoekster de meerprijs in rekening aan 1.408,00 euro (6 panelen).

Hieruit volgt volgens verzoekster dat verwerende partij toepassing diende te maken van artikel 112, § 2, 1°, van voormeld koninklijk besluit van 8 januari 1996 ten aanzien van de andere offertes, wat betekent dat de prijzen van die offertes met de in dat artikel voorziene formule moesten worden aangepast, meer bepaald verhoogd. Verwerende partij startte echter een bevragingsronde ten aanzien van de drie andere inschrijvers. Hierdoor maakte zij zich schuldig aan een “getelefoneerde pas” en liet ze toe om de offertes na opening aan te passen en te wijzigen.

Weliswaar deed de nv Juri het in haar antwoord voorkomen dat zij de leemte niet opmerkte en dat zij wel degelijk een mobiele wand met 6 panelen had voorgesteld. Doch zij stelt een mobiele wand type Fabima voor aan de prijs van 5.294,40 euro, terwijl die prijs lager ligt dan die van haar leverancier, waardoor zij met verlies werkt.

Verzoekster benadrukt dat inzake de aanbesteding een strengere procedure is bepaald dan bij de offerteaanvraag om in contact te treden met de inschrijvers na opening der offertes. Volgens artikel 115, 5°, van het koninklijk besluit 8 januari 1996 mag dit slechts voor offerteaanvragen, indien de inschrijvers de inhoud van hun offertes moeten preciseren of aanvullen.

Dienvolgens was de aanbestedende overheid verplicht de formule vervat in voornoemd artikel 112 toe te passen.

In een *tweede onderdeel* stelt verzoekster de handelwijze van verwerende partij met betrekking artikel 21.09.12.11. “Verticale distributiezoulen tussen vloer en plafond” aan de orde. Dit artikel in het tweede deel van het bestek heeft het over zuilen merk Stagobel en types POL T10 (vaste distributiezoulen) en POL M10 (mobiele distributiezoulen). Op drie posten van de meetstaat (382, 428 en 475) is er gewoonweg sprake van een aantal distributiezoulen tussen vloer en plafond. In haar offerte merkt verzoekster op dat uit de gegevens van bestek en plannen niet op te maken is welke zuilen vast zijn en welke zuilen verplaatsbaar zijn en zij geeft alsdan per stuk een prijs van 255,44 euro op voor een vaste zuil en 655,44 euro voor een mobiele zuil.

Aangezien verwerende partij in het aanbestedingsverslag erkent dat de meetstaat met betrekking tot mobiele distributiezoulen een leemte vertoont en aangezien uit het feit dat de door alle inschrijvers opgegeven prijzen dicht bij mekaar liggen, moet worden besloten dat iedereen prijs had gegeven voor vaste zuilen, had verwerende partij ook hier weer de leemteformule moeten toepassen. Verwerende partij bevroeg evenwel de andere drie inschrijvers en dit middels een getelefoneerde pas zodat de anderen de mogelijkheid hadden hun offerte aan te passen.

Dat het antwoord van de nv Juri als een onwettige en bijgevolg ontoelaatbare wijziging en verbetering van haar offerte na de opening van de offertes dient te worden beschouwd, blijkt volgens verzoekster hieruit dat uit de offerte van de onderaannemer, waarop de nv Juri vermoedelijk een beroep deed, duidelijk blijkt dat deze een prijs opgaf voor vaste distributiezoulen, én uit het feit dat de twee overige inschrijvers bevestigden voor de posten 382, 428 en 475 een prijs voor vaste distributiezoulen te hebben gegeven.

Wordt toch aangenomen dat de prijs van de nv Juri een prijs voor mobiele distributiezulen is, dan moet alleszins worden vastgesteld dat de prijs substantieel lager is dan die van verzoekster (41,6 % lager) en rustte op verwerende partij de principiële verplichting om de kennelijk abnormaal lage prijs van de nv Juri te onderzoeken.

8. In de memorie van wederantwoord merkt verzoekster in de eerste plaats op dat de in het inleidend verzoekschrift aangehaalde geschonden geachte bepalingen van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 moeten worden vervangen door de gelijklopende bepalingen van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en telecommunicatie, zijnde artikel 100, § 2, 1°, en 103, zesde lid. De voorliggende opdracht is immers een opdracht onderworpen aan het koninklijk besluit van 10 januari 1996 aangezien verwerende partij dient te worden beschouwd als een aanbestedende overheid die werkzaamheden uitoefent in de sector vervoer.

Voorts betwist verzoekster dat de bevraging door verwerende partij slechts in haar voordeel kon spelen daar de nv Juri verplicht kon worden de plannen uit te voeren en een bevraging slechts aanleiding kon geven tot een verhoging van de prijzen bij de anderen. Zij blijft er bij dat verwerende partij “de leemteformule” had moeten toepassen. Het is een aanbestedende overheid niet toegelaten om een inschrijver de mogelijkheid te geven zijn prijs te verduidelijken wanneer hierdoor de rangschikking wordt beïnvloed.

Ten slotte benadrukt verzoekster dat de beschrijving in de technische bepalingen van het bestek toegespitst is op vaste zuilen, dat deze overeenkomt met die van de firma Stagobel op haar site inzake vaste zuilen en dat ze geenszins overeenkomt met die inzake mobiele zuilen. Dat de nv Juri geenszins een prijs voor mobiele distributiezulen heeft opgegeven, wordt niet tegengesproken door het feit dat in 2002 een vergelijkbare prijs is betaald aan

verzoekster voor mobiele distributiezoulen nu moet worden vastgesteld dat alle vier de inschrijvers prijzen van gelijke orde opgaven.

10. In de laatste memorie voert verzoekster, wat het eerste onderdeel betreft, vooreerst nog aan dat verwerende partij in het gunningsverslag zelf uitdrukkelijk heeft bevestigd dat de samenvattende opmetingsstaat met betrekking tot de mobiele wand een leemte vertoonde en dat niet mag worden overgegaan tot een herkwalificatie naar “onduidelijkheid/dubbelzinnigheid van het bestek”. Uit het arrest Herbosch Kiere, nr. 138.901 van 30 december 2004, blijkt duidelijk dat de kwalificatie door de aanbestedende overheid zelf bepalend is en dat indien een tegenstelling tussen de meetstaat en de plannen als een leemte wordt gekwalificeerd, dan de leemteformule moet worden toegepast zonder de inschrijvers de kans te geven om alsnog hun prijs te interpreteren “om de ‘leemte’ in te vullen”. Het doet daarbij compleet niet ter zake hoe suggestief of expliciet de vraag tot verduidelijking door de aanbestedende overheid is gesteld. In een aanbestedingsprocedure is elke vraag tot verduidelijking, ook een zogenaamde niet-suggestieve vraag, per definitie een kans om de ingediende offerte met betrekking tot deze prijs te optimaliseren en te verbeteren teneinde alsnog als eerste te worden gerangschikt. Trouwens, wie naar aanleiding van het schrijven van de verwerende partij de plannen en het bestek nogmaals ter hand nam, wist snel hoe de vork in de steel zat en welk antwoord bijgevolg als “verduidelijking” diende te worden gegeven.

In ondergeschikte orde doet verzoekster aangaande het eerste middelonderdeel nog gelden dat, indien de tegenstelling tussen de samenvattende opmetingsstaat en het plan niet als een leemte wordt beschouwd, verwerende partij dan niet kon en mocht een leemte verrekenen in de offerteprijs van verzoekster.

Wat het tweede onderdeel betreft, stelt verzoekster andermaal vast dat het feit dat het aan de overige inschrijvers gerichte verzoek tot verduidelijking zogenaamd niet suggestief zou zijn geweest, geen afbreuk doet

aan het feit dat hierdoor aan deze inschrijvers wederrechtelijk de kans werd geboden hun offerte te verbeteren en te optimaliseren. Bovendien moet als voldoende bewezen worden beschouwd dat de nv Juri prijzen voor vaste distributiezoulen opgaf. De door de inschrijvers opgegeven eenheidsprijzen voor distributiezoulen liggen zo dicht bij elkaar dat moeilijk kan worden aangenomen dat deze prijs bij drie van de vier inschrijvers een prijs voor vaste distributiezoulen betrof en dat enkel de prijs van de nv Juri, die perfect in de lijn ligt van de prijs die de andere inschrijvers opgaven, betrekking heeft op mobiele zoulen.

Ook inzake het tweede onderdeel voert verzoekster in ondergeschikte orde aan dat indien de tegenstelling tussen de samenvattende opmetingsstaat en het bestek niet als een leemte wordt beschouwd, verwerende partij dan ook niet een leemte kon en mocht verrekenen in de offerteprijs van verzoekster.

Ten slotte betoogt verzoekster dat, nu het bestek bepaalt dat de te leveren distributiezoulen zowel vaste als mobiele zijn, de *a posteriori* beslissing of interpretatie van verwerende partij dat enkel mobiele distributiezoulen dienen te worden geplaatst, *de iure* en *de facto* een wijziging van het bestek uitmaakt, wat strijdt met het gelijkheidsbeginsel en het hieruit voortvloeiende mededingings- en transparantiebeginsel.

Beoordeling

11. Artikel 100, § 2, 1°, van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten (hierna: het koninklijk besluit van 10 januari 1996), luidt:

“Wanneer een inschrijver enige leemte in de samenvattende opmetingsstaat van een overheidsopdracht voor aanneming van werken heeft aangevuld, onderzoekt de aanbestedende overheid de gegrondheid van de aanvulling en verbetert deze eventueel.

Indien de andere inschrijvers geen prijzen voor de ontbrekende posten hebben voorgesteld, worden deze prijzen met het oog op de rangschikking van de offertes en de definitieve verbetering van de goed te keuren offerte volgens de onderstaande formule berekend:

$S = \frac{L \times Y}{X}$ waarin

X

* S: de prijs van de ontbrekende post is;

* L: het eventueel door de aanbestedende overheid verbeterde bedrag voor de ontbrekende post in de samenvattende opmetingsstaat van de inschrijver die op de leemte heeft gewezen;

* X: het totale bedrag van de samenvattende opmetingsstaat van dezelfde inschrijver, eventueel verbeterd op grond van de juist bevonden hoeveelheden voor elke post van de samenvattende opmetingsstaat en overeenkomstig de bepalingen van artikel 99, zonder met de ontbrekende posten rekening te houden;

* Y: het totale bedrag van de samenvattende opmetingsstaat van de betrokken inschrijver die de leemte niet heeft vermeld, eventueel verbeterd op grond van de juist bevonden hoeveelheden voor elke post van de samenvattende opmetingsstaat en overeenkomstig de bepalingen van artikel 99, zonder met de ontbrekende posten rekening te houden”.

12. Volgens het eerste middelonderdeel schendt verwerende partij dit voorschrift door, enerzijds, in het gunningsverslag uitdrukkelijk te erkennen dat de samenvattende opmetingsstaat een leemte vertoont met betrekking tot de vereiste “mobiele wand” maar door, anderzijds, toch geen toepassing te maken, ten aanzien van de offerte van de nv Juri, van de “leemteformule” waarin het voorschrift voorziet.

13. De “leemte” waarvan sprake in het gunningsverslag heeft betrekking op het feit dat de scheidingswanden volgens de detailbeschrijving van het bestek als een vouwwand moeten worden uitgevoerd, terwijl op het plan een mobiele wand getekend staat.

Verzoekster baseerde haar prijs op de uitvoering in het bestek, maar gaf tevens op voor welke meerprijs een mobiele wand zou worden uitgevoerd. Aangezien volgens het gunningsverslag de voorrang naar het plan moest uitgaan, wordt de “leemte” opgelost, wat verzoekster betreft, door voor

haar die meerprijs in rekening te brengen. Geen verrekening gebeurt met betrekking tot de nv Juri.

14. Niet elke tekortkoming of gebrek is als een leemte in de zin van de hiervoor aangehaalde bepaling te beschouwen. Een leemte in de zin van die bepaling is een hiaat, een gaping.

De divergentie of tegenstrijdigheid die verzoekster bespeurde en waarin de auteur van het gunningsverslag meegaat, is niet als zo een leemte te kwalificeren. Ze houdt geen verband met een prestatie die in geen enkele post van de samenvattende opmetingsstaat is voorzien, zodat de inschrijvers die de “leemte” niet hebben aangevuld geen prijs opgaven voor die prestatie. Integendeel is het item door de verwerende partij juist wel voorzien -namelijk als “mobiele scheidingswanden”, verder gespecificeerd als “houten vouwwanden”-, maar zou het onduidelijk zijn welke uitvoering precies wordt verwacht: een mobiele wand of een (niet-mobiele) vouwwand. Dit tekort aan duidelijkheid is niet de lacune of leemte die de besproken bepaling bedoelt.

Geheel in lijn hiermee heeft verzoekster, in haar offerte, haar opmerking met betrekking tot de dubbelzinnigheid dan ook niet geformuleerd bij de leemtes die zij onder de rubriek “leemtes” signaleerde.

15. Ten onrechte begrijpt verzoekster uit het arrest Herbosch Kiere, nr. 138.901 van 30 december 2004, “dat, inzake de vraag of een bepaald gebrek in de samenvattende opmetingsstaat al dan niet een leemte uitmaakt, de kwalificatie die hieraan door de aanbestedende overheid zelf werd gegeven, bepalend is”.

Het begrip “leemte” is een juridische notie met welbepaalde contouren. Of een gebrek aan die notie beantwoordt is een kwestie van interpretatie en niet van appreciatie, laat staan nog van appreciatie die beslissend aan de overheid is overgelaten. Kan gewis de kwalificatie van leemte die de

overheid zelf aan een gebrek geeft, voor de Raad van State richtinggevend zijn - des te meer in het kader van het voorlopig oordeel dat hij zich in het kader van een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient te vormen, zoals het geval was in het voornoemd arrest-, hoe dan ook is die kwalificatie niet determinerend. Waarom ze te dezen niet kan worden gevolgd, is hiervoor toegelicht.

16. In zoverre verzoekster in het onderdeel de schending van artikel 100, § 2, 1°, van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 aanvoert en ervan uitgaat dat er zich met betrekking tot de mobiele wanden/vouw wanden een leemte in de opmetingsstaat voordeed, vertrekt zij van een onjuiste premisse.

17. Wat voorts de aangevoerde schending van het gelijkheidsbeginsel betreft, betoogt verzoekster dat er hoe dan ook geen vraag om toelichting mocht zijn gesteld. Bovendien meent zij dat alleszins de gegeven toelichting ongeloofwaardig is, ten eerste, omdat zij als een “getelefoneerde pas” te beschouwen zou zijn die de mogelijkheid moest bieden dat de nv Juri haar inschrijvingsprijs verbeterde en, ten tweede, omdat de opgegeven prijs inhoudt dat de nv Juri “de uitvoering met verlies realiseert”.

18. De opmerking in de offerte van verzoekster attendeerde de verwerende partij op een onduidelijkheid in het bestek die mogelijk ook andere inschrijvers parten speelde. Om zich ervan te vergewissen wat daar van aan was, is door de nv Abetec zonder tekst of uitleg uiterst sec aan de andere inschrijvers gevraagd: “Art. 10.02 - mobiele scheidingswanden Wat is voorzien in uw eenheidsprijs? Merk, type, begroting...”.

Als zodanig blijft dit verzoek binnen de grenzen van “alle middelen”, waarmee inzake aanbesteding, de aanbestedende overheid overeenkomstig artikel 99 van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 de bedoeling van de inschrijver mag nagaan, met het oog op de eventuele verbetering van de rekenfouten en kennelijk materiële fouten in de offertes.

19. Laat in beginsel die bepaling niet toe dat een verkeerde interpretatie in hoofde van de inschrijver wordt rechtgezet, het blijkt ook niet dat de bepaling daar te dezen toe is aangewend. In de brief van de nv Abetec wordt niet gealludeerd op een mogelijke verwarring tussen mobiele wanden en (niet-mobiele) vouwwanden, laat staan nog dat te verstaan wordt gegeven dat het de eerste zijn die gewenst worden. Van enige suggestieve “voorzet” is geen sprake. Anders dan verzoekster beweert, is het verzoek om toelichting naar de mening van de Raad van State niet van aard de nv Juri “een kans [te verschaffen] om de ingediende offerte met betrekking tot deze prijs te pogen te optimaliseren en te verbeteren teneinde alsnog als eerste gerangschikt te worden”.

20. Dat de prijs die de nv Juri in haar offerte opgaf niet die voor een mobiele wand kán zijn omdat zij dan de uitvoering met verlies zou verrichten, wordt door verwerende partij in de memorie van antwoord beargumenteerd tegengesproken. Ook in het auditoraatsverslag wordt vastgesteld dat uit de prijs “niet [lijkt] te moeten afgeleid worden dat de NV Juri een vouwwand aanbood, integendeel”.

Noch in de memorie van wederantwoord, noch in de laatste memorie komt verzoekster ertoe de argumentatie en zienswijzen in de memorie van antwoord en het auditoraatsverslag tegen te spreken. In die omstandigheden is er voor de Raad van State des te minder reden om de zienswijze van de verwerende partij en het standpunt in het auditoraatsverslag niet bij te vallen.

21. Uit wat voorafgaat volgt dat het onderdeel, zoals het in het verzoekschrift is aangevoerd, in zijn geheel alleszins als ongegrond moet worden verworpen.

22. Ten slotte wordt ook de opmerking verworpen die verzoekster voor het eerst in de laatste memorie formuleert, “[i]n ondergeschikte orde, doch met klem”, en volgens welke verwerende partij “bij de beoordeling van [verzoeksters] offerte per definitie artikel 100, § 2, 1° van het Koninklijk Besluit

van 10 januari 1996 schond, aangezien Verwerende Partij een meerprijs in de offerteprijs van Verzoekende Partij verrekende, op grond van de kwalificatie van de mobiele wand als een leemte, terwijl ter zake de samenvattende opmetingsstaat niet met een leemte in de zin van voormeld artikel 100, 6 2, 1°, was behept”.

De opmerking geeft aan het eerste onderdeel een volkomen nieuwe invulling, die bovendien haaks staat op de oorspronkelijke invulling ervan. Aangezien het betoog ook al in het verzoekschrift kon zijn aangebracht, is het te laat en daarom onontvankelijk.

23. Volgens het tweede onderdeel schond verwerende partij het *sub* 11 aangehaalde voorschrift ook nog door, enerzijds, in het gunningsverslag uitdrukkelijk te erkennen dat de samenvattende opmetingsstaat een leemte vertoont met betrekking tot de “mobiele distributiezulen” maar door, anderzijds, ter zake geen toepassing te maken ten aanzien van de offerte van de andere inschrijvers van de “leemteformule” waarin het voorschrift voorziet.

24. De kwestieuze “leemte” waarvan sprake in het gunningsverslag slaat dit keer hierop dat uit de gegevens van het bestek en de plannen niet kan worden opgemaakt of de verticale distributiezulen tussen vloer en plafond vast zijn dan wel verplaatsbaar.

Verzoekster ging voor de prijs in haar offerte ervan uit dat de zuilen vast zijn, maar gaf tevens op hoeveel de eenheidsprijs voor verplaatsbare zuilen bedraagt. Aangezien er volgens het gunningsverslag verplaatsbare zuilen in rekening gebracht moeten worden, wordt de prijs van verzoeksters basisofferte verhoogd. Geen verrekening gebeurt met betrekking tot de nv Juri.

25. Net zoals met betrekking tot de wanden waarover het eerste onderdeel van het middel gaat, wordt wat de (mobiele) distributiezulen betreft vastgesteld dat het item door verwerende partij allesbehalve over het hoofd is

gezien. Verzoekster schrijft zelf in het verzoekschrift: “Voormeld artikel 21.09.12.11 ‘Verticale distributiezoulen tussen vloer en plafond’, van het Bestek verwijst derhalve zowel naar vaste distributiezoulen (type POL T10) als naar mobiele distributiezoulen (type POL M10)”. Ook in haar laatste memorie doet zij gelden dat het bestek “oorspronkelijk bepaalt dat de te leveren distributiezoulen zowel vaste als mobiele distributiezoulen zijn”. Dat de omschrijving in het bestek “onbetwistbaar uitsluitend betrekking [heeft] op vaste distributiezoulen”, zoals verzoekster elders, in de memorie van wederantwoord schrijft, mist dan ook grond.

Het gebrek aan duidelijkheid over het type van distributiezoulen waarop de gevraagde hoeveelheden betrekking hebben, is dus niet als een leemte in de zin van het meer vermelde artikel 100, § 2, 1°, op te vatten. Dat was ten andere aanvankelijk ook de mening van verzoekster zelf die, in haar offerte, haar opmerking hierover niét opnam bij de leemtes die zij onder de rubriek “leemtes” signaleerde.

In zoverre het onderdeel de schending van dat artikel 100, § 2, 1°, aanvoert, berust het op een foutief uitgangspunt.

26. Gelet op de onduidelijkheid die door verzoekster was gesignaleerd en die mogelijk ook andere inschrijvers in verwarring had gebracht, vroeg de nv Abetec aan die andere inschrijvers: “art. 21.09.12.11 - verticale distributiezoulen tussen vloer en plafond, incl. stopconta[c]ten en toebehoren Wat is voorzien in uw eenheidsprijs? Merk, type, begroting...”.

Net als met betrekking tot de vraag om toelichting inzake de wanden (*sub* 18), is de Raad van State van mening dat ook het verzoek aangaande de zuilen niet überhaupt onwettig is, maar binnen de begrenzing blijft van de middelen waarmee de verwerende partij de bedoelingen van de inschrijver mag nagaan.

27. Evenmin laat de vraag tot toelichting aangaande de zuilen zich bestempelen als “louter een ‘getelefoneerde pas’, waarbij aan de nv Juri de mogelijkheid werd geboden om haar offerte te verbeteren”.

Hoe verzoekster erbij komt haar zienswijze gestaafd te zien door de vaststelling dat “de twee overige inschrijvers, m.n. de nv Vandenbussche en de nv Van Britsom, naar aanleiding van voormelde ‘vraag om toelichting’ bevestigden dat zij [...] een prijs voor vaste distributiezoulen gaven”, ontgaat de Raad van State. De vaststelling spreekt juist tegen dat de vraag zo duidelijk “een doorgestoken kaart” is en de inschrijvers zo evident in de gelegenheid moet stellen hun offerte (voor vaste zuilen) aan te passen, als verzoekster wel meent.

28. Blijft dat het volgens verzoekster “totaal ongeloofwaardig” is dat de prijs van de nv Juri voor de distributiezoulen, er een is voor mobiele zuilen. Naar haar mening gaven alle inschrijvers een prijs voor vaste zuilen op: de prijzen van alle inschrijvers sluiten in grootte-orde nauw bij mekaar aan; vermoedelijk deed de nv Juri een beroep op dezelfde onderaannemer als verzoekster en dan moet worden aangenomen dat de prijs die deze onderaannemer vraagt betrekking heeft op vaste zuilen.

Blijken de verschillende inschrijvers voor de zuilen inderdaad prijzen te hebben geboden die alle in dezelfde orde van grootte liggen, het staat geenszins vast dat zij bij dezelfde onderaannemers aanklopten. De onderaannemer van verzoekster is de nv De Maerteleire; die van de nv Juri is, getuige haar brief van 6 april 2006 in antwoord op de vraag om toelichting van de nv Abetec, Hewi.

Weliswaar vindt verzoekster die informatie onbetrouwbaar omdat het antwoord dateert van na de aan de nv Juri wederrechtelijk geboden kans tot “optimalisatie van haar offerteprijs” en dus te situeren zou zijn “in tempore suspecto”. Als gezien, echter, is de vraag om toelichting van de nv Abetec

niet te beschouwen als een dergelijke wederrechtelijke kans, zodat het antwoord in de brief van 6 april 2006 van de nv Juri bijgevolg ook niet verdacht is.

Bovendien merkt het gunningsverslag op dat de eenheidsprijs die de nv Juri geeft (272,80 euro) vergelijkbaar is met de eenheidsprijs die de nv in 2002 opgaf voor verplaatsbare zuilen met betrekking tot een eerdere fase van de werken (275,00 euro). Het zou pas verwonderlijk zijn geweest als de nv voor dergelijke zuilen nu plots het dubbele zou vragen, zoals volgens verzoekster blijkbaar zou hebben behoord.

29. Niet alleen hoefde verwerende partij in die omstandigheden niet vast te stellen of te veronderstellen dat de nv Juri een prijs voor vaste zuilen had geboden, evenmin kan verwerende partij in die omstandigheden op goede grond verweten worden artikel 98, § 3, van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 miskend te hebben.

Die paragraaf luidt:

“Vooraleer de aanbestedende overheid evenwel een offerte afwijst, wegens haar blijkbaar abnormaal hoge of abnormaal lage eenheidsprijzen of totale prijzen, verzoekt zij de betrokken inschrijver per aangetekende brief hierover de nodige schriftelijke verantwoordingen te verstrekken binnen een termijn van twaalf kalenderdagen, tenzij de uitnodiging een langere termijn bepaalt. Het is de inschrijver die het bewijs moet leveren van de verzending van die verantwoordingen.

Tijdens het nazicht van blijkbaar abnormaal lage prijzen, kan de aanbestedende overheid motiveringen in aanmerking nemen die zijn gebaseerd op objectieve factoren steunend op de zuinigheid van het bouw- of productieprocédé of van de dienstverlening, of op de gekozen technische oplossingen, of op uitzonderlijk gunstige omstandigheden waarvan de inschrijver kan profiteren voor de uitvoering van de opdracht of op de originaliteit van het product, het ontwerp of het werk dat de inschrijver aanbiedt”.

Als zodanig vereist het aangehaalde voorschrift niet dat ook om een schriftelijke verantwoording wordt gevraagd in een geval waarin -zoals hier

met betrekking tot de offerte van de nv Juri- deze offerte níet wordt afgewezen wegens abnormale prijzen. Al doet dat er nu ook weer niet aan af dat de overheid alleszins verplicht is om de regelmatigheid van een offerte na te gaan, hetgeen onder meer inhoudt dat wordt nagegaan of de offerte geen abnormale prijzen bevat. Dit onderzoek moet met de nodige zorgvuldigheid gebeuren.

Te dezen heeft verwerende partij de door de nv Juri geboden prijzen niet zo afwijkend bevonden dat zij het nodig oordeelde de in artikel 98, § 3, beschreven gang van zaken te volgen. Om de in het vorig randnummer vermelde redenen kan de Raad van State daar in de concrete omstandigheden van de zaak geen foutief oordeel in zien, van aard om de nietigverklaring van de aangevochten toewijzing aan de nv Juri te verantwoorden. Overigens kwam eerder ook de eerste auditeur in zijn verslag tot de conclusie dat verwerende partij “geen verder doorgedreven onderzoek naar abnormale prijsvorming [diende] te voeren” en heeft verzoekster dat in de laatste memorie niet tegengesproken.

30. Uit wat voorafgaat volgt dat het onderdeel, zoals het in het verzoekschrift is aangevoerd, in zijn geheel als ongegrond moet worden verworpen.

31. In de laatste memorie doet verzoeker “[i]n ondergeschikte orde” en “met klem” nog gelden dat er hoe dan ook sprake is van een schending van artikel 100, § 2, 1°, van het koninklijk besluit van 10 januari 1996: “Het verrekenen van een leemte in [de offerteprijs van verzoekster], terwijl datgene wat als leemte wordt aangemerkt, in werkelijkheid geen leemte is, maakt per definitie een schending uit van artikel 100, § 2, 1° van het Koninklijk Besluit van 10 januari 1996”.

De opmerking geeft aan het tweede onderdeel een volkomen nieuwe invulling, die zelfs haaks staat op de oorspronkelijke invulling ervan. Aangezien het betoog ook al in het verzoekschrift kon zijn aangebracht, is het te laat en daarom onontvankelijk.

Eveneens te laat en onontvankelijk, ten slotte, is de opmerking in de laatste memorie “dat, wanneer het Bestek oorspronkelijk bepaalt dat de te leveren distributiezoulen zowel vaste als mobiele distributiezoulen zijn, de *a posteriori* beslissing of interpretatie van Verwerende Partij dat enkel mobiele distributiezoulen dienen geplaatst te worden, de iure en de facto een wijziging van het Bestek uitmaakt” en derhalve in strijd is “met het gelijkheidsbeginsel en het hieruit voortvloeiende mededingings- en transparantiebeginsel”. Ook die kritiek kon -en moest dus- reeds in het verzoekschrift zijn aangebracht.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

32. In de memorie van wederantwoord voert verzoekster voor het eerst een tweede middel aan, “na inzage van het administratief dossier”: “schending van artikel 98, § 3, van het Koninklijk Besluit van 10 januari 1996; schending van het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel”.

Verzoekende partij zet uiteen dat zij bij inzage van de samenvattende opmetingsstaat van de nv Juri en van de vergelijkingstabel der inschrijvingen door verwerende partij heeft vastgesteld dat eerstgenoemde aangaande artikel 22.15.01 van de bijzondere technische bepalingen van het bestek (isolatie koudwater-, regenwater- en warmwaterleidingen) en van de betrokken posten 742, 743, 744, 862, 863, 864, 982, 983 en 984 van de samenvattende opmetingsstaat, telkens een totale prijs opgaf van 0,01 euro. Dit zijn kennelijk abnormaal lage prijzen, zodat bijgevolg op verwerende partij de rechtsplicht rustte om deze abnormaal lage prijzen te onderzoeken.

33. In de laatste memorie blijft verzoekster er bij, wat de grond van de zaak betreft, dat verwerende partij verplicht was de procedure van artikel 98, § 3, van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 te volgen. Zij benadrukt dat

het niet aan de aanbestedende overheid en *a fortiori* niet aan de Raad van State toekomt om zelf “op zoek te gaan naar allerhande verklaringen voor een kennelijk abnormaal lage prijs”.

Beoordeling

34. Zoals hoger gezien verplicht het artikel 98, § 3, van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 er niet als zodanig toe dat ook om een schriftelijke verantwoording wordt gevraagd in een geval waarin -zoals hier met betrekking tot de offerte van de nv Juri- deze offerte niét wordt afgewezen wegens abnormale prijzen. Wel sluit dat niet uit dat de overheid hoe dan ook verplicht is om, met de nodige zorgvuldigheid, de regelmatigheid van een offerte na te gaan.

35. Kennelijk heeft verwerende partij het niet nodig geoordeeld om de in voormeld artikel 98, § 3, beschreven gang van zaken te volgen met betrekking tot de prijzen die de nv Juri opgaf voor de posten inzake isolatie van waterbuizen waarover het middel gaat.

Dit was volgens het auditoraatsverslag niet foutief:

“Op p. 15/16 van het verslag van nazicht van de offertes wordt vermeld dat de prijs van de laagste offerte werd nagezien conform artikel 98, § 4, van het koninklijk besluit van 10 januari 1996; de prijs van de NV Juri lag niet buiten de marge van 15 % t.a.v. het gemiddelde.

Er is geen reglementaire bepaling die een aanbestedende overheid verplicht de eenheidsposten aan een onderzoek abnormale prijsvorming te onderwerpen; er is wel de zorgvuldigheidsplicht en dit onder meer in het licht van het zorgen voor een kwaliteitsvolle uitvoering.

Verwerende partij heeft de diverse offertes post per post vergeleken zoals blijkt uit de vergelijkingstabel.

Deze negen posten betroffen isolatie van waterbuizen en de prijs diende per post als een globale prijs aangegeven te worden.

Twee (NV Juri en NV Van Britsom) van de vier inschrijvers gaven telkens als globale prijs 0,01 euro; verzoekende partij gaf als prijzen 659,43, 266,30, 125,89, 874,11, 248,80, 122,78, 420,78, 143,74 en 88,69 euro; NV Vandenbussche gaf als prijzen: 554,32, 245,18, 117,26, 559,65, 223,86, 149,24, 554,32, 223,86 en 149,24 euro.

Per post kunnen er enorme verschillen zitten: bv. uit de talloze soortgelijke posten, post 8 gaat van 663,05 tot 13.744,32 euro, post 246 van 549,66 tot 1.715,41 euro,

Vastgesteld moet worden dat voor de kelderverdieping de NV Juri en de NV Van Britsom voor post 604 (artikel 22.15.01.03) wel een prijs opgeven die verschilt van 0.01 euro; voor het gelijkvloers, de eerste verdieping en de tweede verdieping geven de NV Juri en de NV Van Britsom voor de negen betreffende posten dus een prijs van 0.01 euro.

In de huidige stand van de zaak kan er besloten worden dat verwerende partij niet kan verweten worden elke post die een bepaalde afwijking vertoont bv t.a.v. het gemiddelde, niet te hebben onderzocht op abnormale prijsvorming.

Ten dezen lijkt in het voordeel van de verwerende partij te moeten pleiten dat er twee van de vier inschrijvers waren die bedoelde negen posten op 0.01 euro hebben gezet wat er op kan wijzen dat bedoelde isolatie bv opgenomen is in de posten buizen en dat de prijzen voor gans het hoofdstuk 22 - sanitair - als volgt is:

artikel 22	NV Juri	NV Wyckor	NV Vandenbussche	NV Van Britsom
gelijkvloers	18.010,99	18.492,64	20.708,21	18.712,40
1 ^e verdieping	24.985,90	24.640,91	25.638,55	25.100,58
2 ^e verdieping	9.781,00	10.720,11	11.548,40	10.801,00

”

36. In de laatste memorie oefent verzoekster op die zienswijze geen enkele inhoudelijk kritiek uit, maar beperkt zij zich ertoe op te merken dat het niet aan het auditoraat is om “op zoek te gaan naar allerlei verklaringen voor een kennelijk abnormaal lage prijs”.

Verzoekster verwacht aldus twee zaken: de vraag naar de verklaring voor een vermoedelijk abnormale prijs en de vraag die daar logischerwijze aan vooraf moet gaan, namelijk de vraag of er al dan niet sprake is van een vermoedelijk abnormale prijs.

37. In het auditoraatsverslag komt wezenlijk alleen de laatste vraag aan de orde. Anders dan verzoekster klaarblijkelijk meent, zoekt de eerste auditeur in zijn verslag geen verantwoordingen voor een abnormale prijs, welke

verantwoordingen in principe van de betrokken inschrijver moeten komen, maar geeft hij aan waarom, in het licht van de concrete omstandigheden van de zaak, de offerteprijs van de nv Juri juist níet een abnormale prijs moest toeschijnen en waarom de verwerende partij dan ook niet onzorgvuldig is geweest door de nv niet om een verantwoording wegens abnormale prijzen te hebben gevraagd.

In dat opzicht verschilt de huidige zaak fundamenteel van de casus die heeft geleid tot het arrest inzake nv Betonac, nr. 155.095 van 16 februari 2006, waaraan verzoekster refereert ter staving dat het niet aan de Raad van State toekomt om verklaringen voor een kennelijk abnormaal lage prijs te zoeken. In die casus immers moest de overheid blijkbaar wél abnormale prijzen hebben vermoed, vanwege de vaststellingen die zij deed van mogelijke vergissingen of interpretatiefouten.

Voor het overige is alleen maar te constateren dat verzoekster niet de gegevens van het dossier betwist waarop de eerste auditeur zich baseert, noch de inhoudelijke afleidingen die hij eruit maakt. Ook de Raad van State ziet geen reden daartoe.

38. Daargelaten de ontvankelijkheid van het middel, dat volgens verwerende partij te laat is aangevoerd, is het in elk geval ongegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. Verzoekster wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 8 december 2011, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Lust,	staatsraad,
Geert Van Haegendoren,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest