RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 218.182 van 23 februari 2012
in de zaken A. 193.570/XII-5909
A. 194.725/XII-6039

In zake: de NV DE CLERCQ AANNEMINGEN BOUW EN WEGENBOUW
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Christophe Lenders en Joris Wouters
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 27
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de UNIVERSITEIT ANTWERPEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Christophe Coen
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 210A
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep in de zaak A. 193.570/XII-5909, ingesteld op 31 juli 2009, strekt tot de nietigverklaring van:

> "• de beslissing uitgaande van de Universiteit Antwerpen van ongekende datum zoals vermeld in het schrijven van de Universiteit Antwerpen dd. 18 juni 2009 waarbij wordt beslist de offerte van de nv De Clercq Aannemingen Bouw en Wegenwerken tot uitvoering van de opdracht zoals beschreven in het bestek 'Oprichting gebouw - uitbreiding dierengeneeskunde', niet te weerhouden als de meest voordelige.
> • de beslissing uitgaande van de Universiteit Antwerpen van ongekende datum waarbij wordt beslist om de offerte van de nv Algemene Ondernemingen August Van Cauter […] te weerhouden als meest voordelige offerte en haar de opdracht te gunnen".

Het beroep in de zaak A. 194.725/XII-6039, ingesteld op 23 november 2009, strekt tot de nietigverklaring van:

> "• de beslissing van de Rector van de Universiteit Antwerpen dd. 22 september 2009 zoals gevoegd bij het schrijven van de Universiteit Antwerpen dd. 23 september 2009 waarbij wordt beslist om de gunningsbeslissing van 9 juni 2009 om de opdracht voor de uitbreiding op een bestaand gebouw op Campus Drie Eiken, het bouwen van een onderzoekscentrum en kantoren bij de afdeling Dierengeneeskunde, bestek nr. 08 082 toe te wijzen aan de nv August Van Cauter […], in te trekken;
> • de beslissing van de Rector van de Universiteit Antwerpen dd. 22 september 2009 zoals gevoegd bij het schrijven van de Universiteit Antwerpen dd. 23 september 2009 waarbij wordt beslist om de opdracht voor de uitbreiding op een bestaand gebouw op Campus Drie Eiken, het bouwen van een onderzoekscentrum en kantoren bij de afdeling Dierengeneeskunde, bestek nr. 08 082 toe te wijzen aan de nv August Van Cauter […], voor een bedrag van 1.146.225[,]32 euro excl. BTW = 1.386.932,64 euro incl. BTW;
> • de daaruit volgende impliciete beslissing van de Rector van de Universiteit Antwerpen, om de offerte ingediend door de nv De Clercq Aannemingen Bouw en Wegenwerken tot uitvoering van de opdracht tot de uitbreiding op een bestaand gebouw op Campus Drie Eiken, het bouwen van een onderzoekscentrum en kantoren bij de afdeling Dierengeneeskunde, bestek nr. 08 082, niet te weerhouden als laagst regelmatige offerte en haar de opdracht niet te gunnen".

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 199.710 van 21 januari 2010 in de zaak A. 193.570/XII-5909 zijn de debatten heropend.

De verwerende partij heeft in beide zaken een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft in beide zaken een memorie van wederantwoord ingediend.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een verslag in de beide zaken opgesteld.

De verzoekende partij heeft in beide zaken een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 4 oktober 2011.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Christophe Lenders en Joris Wouters, die verschijnen voor de verzoekende partij, en advocaat Christophe Coen, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven, behalve wat de kosten van het beroep betreft in de zaak A. 193.570/XII-5909.

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, “Oprichting gebouw. Uitbreiding dierengeneeskunde”. De opdracht betreft de uitbreiding van een bestaand gebouw en het oprichten van een nieuw gebouw.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 26 januari 2009.

3.2. Op 2 maart 2009 worden de inschrijvingen geopend. Drie ondernemingen hebben een offerte ingediend:

- nv De Clercq Aannemingen Bouw en Wegenbouw (DCA), 1.144.238,25 euro;
- nv Algemene Ondernemingen August Van Cauter, 1.146.207,50 euro;
- nv Strabag Belgium, 1.272.133,44 euro.

3.3. De offertes worden onderzocht. In het kader van het nazicht van de prijzen richt verwerende partij op 9 maart 2009 een schrijven aan nv Algemene Ondernemingen August Van Cauter (hierna: nv Van Cauter). Zij vraagt deze inschrijver:

> "Een prijsverantwoording te geven van de eenheidsprijzen voor volgende posten:
>
> 42.21.2-3: vaste scheidingswand uit gipskartonplaten op metalen structuur: geluiddempende wanden (1.86 x 2.44 m met deur, deurblad 93 cm).
> Uw offerte stipuleert een eenheidsprijs van 403,75 euro per stuk.
>
> 11.28.2-1: plaatselijke verlaging van de grondwaterstand: installatie van de grondwaterbemaling.
> Uw offerte stipuleert een eenheidsprijs van 0,95 euro als totaalprijs.
>
> 11.28.2-2: plaatselijke verlaging van de grondwaterstand: werkingskost per begonnen maand.
> Uw offerte stipuleert een eenheidprijs van 0,95 euro per stuk.
>
> […]
>
> Wij vragen u bijgevolg met aandrang uiterlijk tegen 23 maart 2009 een ernstige prijsverantwoording op te geven via een detaillering van de eenheidsprijzen met vermelding van de waarde van de te verwerken materialen, de nodige arbeidsuren en de verhoging voor winst, risico en algemene kosten".

Ook aan nv Strabag Belgium wordt met een brief van 9 maart 2009 een prijsverantwoording gevraagd voor de post "42.21.2-3: vaste scheidingswand uit gipskartonplaten op metalen structuur: geluiddempende

wanden (1.86 x 2.44 m met deur, deurblad 93 cm)", waarvoor deze inschrijver een eenheidsprijs van 583,27 euro per stuk had opgegeven.

3.4. In een brief van 17 maart 2009 verstrekt nv Van Cauter een prijsverantwoording:

> "Art. 11.28 2-1 & 2-2. Plaatselijke verlaging van de grondwaterstand.
>
> Uit de studie van het grondonderzoek blijkt dat de waterstand wordt aangegeven op 2 m beneden het maaiveld. Aangezien de uitgraving van de vorstrand max. 80 cm bedraagt, zijn wij van oordeel geweest dat een grondwaterverlaging niet nodig is. Gezien de werkingskosten opgenomen zijn in VH hebben wij voor deze posten een symbolische eenheidsprijs opgegeven.
>
> Art. 42.21 2-3 Geluiddempende wanden (1,86 x 2,44m met deur, deurblad 93 cm)
>
> De opgegeven eenheidsprijs omvat enkel het gedeelte wand. De akoestische deurbladen zijn voorzien in art. 43 3 1 3 deurtype D038 C-D 038 D en D 038 F – zie deurenlijst.
> De eenheidsprijs voor de geluiddempende wand bedraagt: 157,10 €/m² op basis van prijs onderaannemer verhoogd met winst, risico en algemene kosten".

3.5. In een brief van 20 maart 2009 verstrekt nv Strabag Belgium op haar beurt een prijsverantwoording:

> "De deuren in de wanden (D.0.38.C-D-F) zijn geteld in posten 43.31.3.1.31-32-34 en daarom niet in deze post geteld".

3.6. Vervolgens vraagt verwerende partij met een schrijven van 24 maart 2009 een prijsverantwoording aan verzoekende partij voor de post "42.21.2-3: vaste scheidingswand uit gipskartonplaten op metalen structuur: geluiddempende wanden (1.86 x 2.44 m met deur, deurblad 93 cm)":

> "Uw offerte stipuleert een eenheidsprijs van 4.862,46 euro per stuk.
>
> Klopt dit, wetende dat de akoestische deuren geteld zijn in post 43.31-3 deurcode D038 C, D en F ?

Wij vragen u bijgevolg met aandrang uiterlijk tegen 6 april 2009 een ernstige prijsverantwoording op te geven via een detaillering van de eenheidsprijzen met vermelding van de waarde van de te verwerken materialen, de nodige arbeidsuren en de verhoging voor winst, risico en algemene kosten".

3.7. Verzoekende partij verstrekt met een brief van 3 april 2009 een prijsverantwoording:

"wat betreft post '42.21.2-3 vaste scheidingswand uit gipskartonplaten op metalen structuur: geluiddempende wanden (1.86 x 2.44 m met deur, deurblad 93 cm)' [is] wel degelijk (zoals gevraagd in titel) een akoestische deur voorzien […]. Er mag dus besloten worden dat deze deuren dubbel geoffreerd zijn in onze bieding en aldus éénmalig in mindering mogen gebracht worden".

3.8. Op 22 april 2009 wordt een aanbestedingsverslag opgesteld door de ontwerper, SVR-Architects. Wat het prijsonderzoek betreft luidt dit verslag onder meer als volgt:

"1. Van Cauter

[…]

Besluit

Vanuit het technische nazicht van de onderzochte prijzen [is] de bevestiging van [de post] 42.21.2-3 in orde.

Van Cauter bevestigt slechts symbolische eenheidsprijzen te hebben voorzien, ervan uitgaande dat deze posten niet moeten worden uitgevoerd. Gelet op het gering belang van die posten in de totale aanneming is er geen reden tot wering nu die prijzen niet bepalend zijn voor de rangschikking en er niet verwacht wordt dat de vermoedelijke hoeveelheid zal overstegen worden, toch niet in belangrijke mate.

2. Strabag

[…]

Besluit

Vanuit het technische nazicht van de onderzochte prijs is de prijsbevestiging in orde.

3. DCA

[…]

Besluit

DCA verantwoordt de opgegeven prijs. Uit de opgegeven detaillering blijkt dat de opgegeven prijs ruim voldoende is zodat ieder risico voor niet uitvoerbaarheid is uitgesloten. DCA bevestigt dat de deurbladen dubbel voorzien zijn en dus voor 3 x 868,59 euro = 2.605,77 mogen in mindering gebracht worden. Rekening houdende met het feit dat het niet aanvaardbaar is dat de prijzen na de opening van de offertes gewijzigd worden, dat interpretatiefouten van de inschrijver na opening niet kunnen rechtgezet worden, wordt voor de rangschikking de eenheidsprijs van 4.862,46 euro behouden".

Vervolgens wordt een eindrangschikking van de offertes gemaakt en een gunningsvoorstel gedaan:

"Klassement volgens Rangschikkingsbedrag

		Totaal
1	Van Cauter	1 146 225,32 €
2	DCA	1 150 013,48 €
3	Strabag	1 276 070,57 €

6) Gunningsvoorstel

Rekening houdend met de conclusies en aannames in dit rapport van nazicht, adviseren wij de opdracht te gunnen aan de inschrijver;

Van Cauter en dit voor het bedrag van 1 146 225,32 euro exclusief btw".

3.9. Op 20 mei 2009 wordt een aanvullend gunningsverslag opgesteld door de aankoopdienst van de Universiteit Antwerpen. Dit verslag luidt onder meer:

"Voor het rekenkundig nazicht van de offertes verwijzen wij naar het verslag van SVR in bijlage. Wij gaan echter op één punt niet akkoord met dit verslag:
De firma DCA heeft deuren dubbel voorzien in de offerte, nl éénmaal in de post 42 21 2-3 en éénmaal in de post 43.31.3. In het verslag wordt de dubbeltelling behouden op basis van het argument dat het niet

aanvaardbaar is dat de prijzen na opening van de offertes gewijzigd worden, en dat interpretatiefouten van de inschrijver na opening niet kunnen rechtgezet worden.
Aangezien de bedoeling van de inschrijver echter ondubbelzinnig is, en het dus duidelijk een materiële vergissing betreft, menen wij dat de inschrijvingsprijs mag aangepast worden, en de dubbeltelling ongedaan mag gemaakt worden. Dit kan door de eenheidsprijzen van de deuren te schrappen. Er worden geen prijzen gewijzigd. Bij de offerte van DCA wordt er dus een bedrag van 2.605,77 euro in mindering gebracht.

Dit geeft volgende eindrangschikking:

1. Van Cauter 1 146 225,32 euro
2. DCA 1 147 407,71 euro
3. Strabag 1 276 070,57 euro".

Vervolgens wordt voorgesteld om de opdracht te gunnen aan nv Van Cauter.

3.10. Op 9 juni 2009 vergadert het bestuurscollege van de Universiteit Antwerpen. De notulen van deze vergadering vermelden wat de gunning van de betrokken opdracht betreft enkel het volgende:

"Het Bestuurscollege beslist de uitbreiding op een bestaand gebouw op Campus Drie Eiken, het bouwen van een onderzoekscentrum en kantoren bij de afdeling Dierengeneeskunde, bestek nr 08 082, toe te wijzen aan August Van Cauter nv […] voor een bedrag van 1.146.225,32 euro excl. BTW = 1.386.932,64 euro incl. BTW".

Deze beslissing is het voorwerp van het annulatieberoep A. 193.570/XII-5909.

3.11. Met een aangetekende brief van 18 juni 2009 wordt verzoekende partij op de hoogte gebracht dat haar offerte "niet is weerhouden als de meest voordelige".

3.12. Op 31 juli 2009 stelt verzoekende partij bij de Raad van State het annulatieberoep A. 193.570/XII-5909 in tegen de gunningsbeslissing van 9 juni 2009.

3.13. Op 2 september 2009 stelt de aankoopdienst van de Universiteit Antwerpen een advies aan het bestuurscollege op. In dit advies wordt onder meer vermeld:

> "Bij nazicht van de gunningsbeslissing van het Bestuurscollege blijkt dat wordt beslist de opdracht te gunnen aan de nv August Van Cauter, zoals voorgesteld zowel door de architecten als door de aankoopdienst.
>
> Uit de beslissing blijkt echter niet waarop het Bestuurscollege zich beroept om tot deze beslissing te komen en evenmin blijkt dat kennis werd genomen van de twee adviezen. Dit komt des te problematischer voor nu de motieven van beide adviezen niet gelijkluidend zijn.
>
> Bijgevolg blijkt niet welke motieven hebben geleid tot aanvaarding van de prijzen opgegeven door de nv August Van Cauter en met welke prijzen voor de inschrijvers rekening werd gehouden bij de beoordeling door het Bestuurscollege. Dit is onverenigbaar met de formele motiverings-verplichting.
>
> 3. Advies
>
> Gelet op het gerezen probleem in het kader van de formele motiveringsverplichting meent de aankoopdienst dat het aangewezen is dat het Bestuurscollege de gunningsbeslissing van 9 juni 2009 intrekt en een nieuwe, gemotiveerde gunningsbeslissing treft.
>
> De intrekking van de beslissing van 9 juni 2009 is thans nog mogelijk gelet op het feit dat deze nog niet definitief geworden is ingevolge het beroep tot nietigverklaring dat door de nv DCA werd ingesteld bij de Raad van State".

3.14. In een vergadering van 22 september 2009 beslist het bestuurscollege van de Universiteit Antwerpen om de rector een volmacht te verlenen om een beslissing te nemen "over het lot van de gunningsbeslissing van 9 juni 2009".

3.15. Vervolgens, eveneens op 22 september 2009, neemt de rector van de Universiteit Antwerpen de volgende beslissing:

> "Gelet op de bevoegdheidsdelegatie verleend door het Bestuurscollege in zijn zitting van 22 september 2009, bij punt 2.4., heb ik beslist:
>
> - de gunningsbeslissing van het Bestuurscollege van 9 juni 2009 om de opdracht voor de uitbreiding op een bestaand gebouw op Campus Drie Eiken, het bouwen van een onderzoekscentrum en kantoren bij de afdeling Dierengeneeskunde, bestek nr. 08 082 toe te wijzen aan de nv August Van Cauter, […], in te trekken;
> - de opdracht voor de uitbreiding op een bestaand gebouw op Campus Drie Eiken, het bouwen van een onderzoekscentrum en kantoren bij de afdeling Dierengeneeskunde, bestek nr. 08 082 toe te wijzen aan de nv August Van Cauter, […], voor een bedrag van 1.146.225,32 euro excl. BTW = 1.386.932,64 euro incl. BTW.
>
> Bij deze beslissingen wordt volgende motivering gegeven:
>
> Ik heb kennis genomen van het verslag en advies van de Aankoopdienst van 2 september 2009 m.b.t. de opdracht voor het bouwen van een onderzoekscentrum en kantoren bij de afdeling Dierengeneeskunde.
>
> Overeenkomstig voormeld verslag van de Aankoopdienst heb ik vastgesteld dat in de notulen van de zitting van het Bestuurscollege van 9 juni 2009 m.b.t. het punt '12.1 Oprichting gebouw: uitbreiding diergeneeskunde' geen melding wordt gemaakt van de motieven die hebben geleid tot de beslissing om de opdracht te gunnen aan de nv August Van Cauter en dat deze beslissing bijgevolg aangetast is door een formeel motiveringsgebrek.
>
> Aangezien tegen deze gunningsbeslissing een verzoekschrift tot nietigverklaring werd ingediend bij de Raad van State en de debatten nog niet werden gesloten kan deze onregelmatige beslissing nog ingetrokken worden en vervangen door een nieuwe, regelmatige gunningsbeslissing.
>
> Voorgaande vaststellingen nopen tot het intrekken van deze formeel ongemotiveerde gunningsbeslissing en het treffen van een nieuwe, behoorlijk gemotiveerde gunningsbeslissing.
>
> Ik heb kennis genomen van de tot op heden doorlopen gunningsprocedure en meer bepaald van het 'verslag aanbesteding' van 22 april 2009 opgesteld door SVR-Architects en het 'verslag gunning opdracht uitbreiding Dierengeneeskunde' van de Aankoopdienst van 20 mei 2009.
>
> Het verslag van de Aankoopdienst onderschrijft het verslag van SVR-Architects, behoudens wat betreft het rekenkundig nazicht verricht door

de architecten m.b.t. de dubbele deuren voorzien door de nv DCA in de post 42.21.2-3.

Ik kan mij eveneens vinden in de motieven en bevindingen van SVR-Architects en [maak mij] deze eigen. Ik volg de door de Aankoopdienst voorgestelde wijziging in het rekenkundig nazicht niet.

M.b.t. de post 42.21.2-3 zoals ingevuld door de nv DCA ben ik het eens met het standpunt van de architecten dat het niet aanvaardbaar is dat deze prijzen na opening van de offertes gewijzigd worden. Interpretatiefouten van de inschrijver kunnen na opening niet worden rechtgezet. Dit vloeit voort uit art. 96 van het KB van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken. Dit artikel bepaalt o.a.: '§ 2. De inschrijver vult de leemten in de samenvattende opmetingsstaat aan en verbetert de vergissingen die hij in de forfaitaire hoeveelheden ontdekt, rekening houdend met de tekeningen, het bestek, zijn beroepskennis of persoonlijke bevindingen; (…) § 5. Na de opening van de offertes is de inschrijver niet meer gerechtigd zich op fouten of leemten te beroepen die in de opmetingsstaat voorkomen die door de aanbestedende overheid aan de inschrijvers ter beschikking is gesteld.'
De twee overige inschrijvers hadden het bestek overigens wel correct geïnterpreteerd en opgemerkt dat de deuren zelf werden opgenomen in post 43.31.3, te onderscheiden van de post 42.21.2-3 die enkel betrekking had op de wand.

Gelet op de gerezen problemen zoals geschetst in het verslag van de Aankoopdienst van 2 september 2009 acht ik het aangewezen nog in te gaan op de prijzen opgegeven door de nv August Van Cauter voor de posten 11.28.2-1 en 11.28.2-2 van gebouw 2.

In het 'verslag aanbesteding' van SVR-Architects wordt terecht besloten dat het belang van deze posten in de totale aanneming zeer gering is en bijgevolg niet van aard om de mededinging tussen de inschrijvers te vervalsen.

In de eerste plaats moet bijgevolg worden vastgesteld dat de wering van de offerte van de nv August Van Cauter op basis van abnormale prijzen op deze grond kennelijk onevenredig voorkomt en voorbij gaat aan de ratio legis van art. 110, §3 van het KB van 8 januari 1996.

Ten tweede komt de opgegeven prijs, gelet op de prijsverantwoording, niet abnormaal voor.
Uit de verantwoording opgegeven door de nv August Van Cauter blijkt dat hun prijsopgave werd ingegeven door een grondig onderzoek van de beschikbare gegevens en de plaatsgesteldheid. Deze technische toelichting kan worden onderschreven, zodat niet blijkt dat de prijsverantwoording

ondeugdelijk is en de opgegeven prijs niet overeen zou stemmen met de economische realiteit voor de inschrijver.
Overigens is het inderdaad correct dat gebouw 2 hoger ligt dan gebouw 1 dat eveneens in de aanneming begrepen is, zodat de kans reëel is dat de verlaging van de grondwaterstand niet nodig is voor gebouw 2 o.a. door de verlaging van de grondwaterstand ingevolge de verlaging bij de werken aan gebouw 1. Daarnaast zal het toestel reeds ter plaatse zijn voor de werken aan gebouw 1 zodat de kost voor een eventuele inzet bij gebouw 2 inderdaad beperkt kan worden gehouden.

Ik meen dat het nazicht verricht door SVR-Architects en de motieven opgegeven in diens verslag van 22 april 2009 kunnen worden onderschreven, mits aanvulling hiervan door bovenstaande motieven".

Deze beslissing maakt het voorwerp uit van het annulatieberoep A. 194.725/XII-6039.

3.16. Met een aangetekende brief van 23 september 2009 wordt verzoekende partij op de hoogte gebracht dat de gunningsbeslissing van 9 juni 2009 werd ingetrokken en werd vervangen door de beslissing van 22 september 2009, waarvan een kopie is bijgevoegd.

IV. Samenvoeging

4. Er is grond om de zaken die betrekking hebben op dezelfde gunningsprocedure, samen te voegen.

V. Ontvankelijkheid van de beroepen

5.1. De beslissing van 9 juni 2009, die het voorwerp is van het annulatieberoep A. 193.570/XII-5909 werd met de beslissing van 22 september 2009 ingetrokken door de rector van de Universiteit Antwerpen.

In beginsel is dit annulatieberoep dan ook zonder voorwerp geworden.

5.2. Deze intrekkingsbeslissing is echter op haar beurt de eerste bestreden beslissing in de zaak A. 194.725/XII-6039. Het derde middel in deze zaak is gericht tegen de intrekkingsbeslissing. De ontvankelijkheid van het annulatieberoep A. 193.570/XII-5909 hangt dan ook samen met de gegrondheid van dit middel. Aldus zal eerst dit middel worden onderzocht.

VI. Onderzoek van de middelen in de zaak A. 194.725/XII-6039

A. Derde middel

Standpunt van de partijen

6. Verzoekende partij steunt het derde middel op de schending van "de beginselen van behoorlijk bestuur waaronder het zorgvuldigheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel" en van "de materiële motiveringsplicht".

Zij acht deze rechtsnormen in essentie geschonden:

> "Doordat de verwerende partij per schrijven van 23 september 2009 een 'Beslissing Rector' dd. 22 september 2009 overmaakte waarmee de gunningsbeslissing van het Bestuurscollege van verwerende partij dd. 9 juni 2009 zou worden ingetrokken en waarmee de kwestieuze opdracht opnieuw zou worden toegewezen aan de nv Algemene Ondernemingen August Van Cauter en doordat de verwerende partij in de 'Beslissing Rector' dd. 22 september 2009 plots een andere motivering ontwikkelt dan diegene die aanleiding heeft gegeven tot de beslissing van het Bestuurscollege van verwerende partij dd. 9 juni 2009;
>
> Terwijl de beslissing van het Bestuurscollege van verwerende partij dd. 9 juni 2009 niet kon worden ingetrokken nu niet aan de voorwaarden om tot intrekking over te gaan is voldaan".

In de toelichting bij het middel zet verzoekende partij uiteen dat volgens haar niet aan de voorwaarden om de beslissing in te trekken is voldaan omdat de intrekking van een onregelmatige administratieve rechtshandeling die

rechten toekent waartegen een annulatieberoep is ingesteld bij de Raad van State, alleen kan gebeuren met betrekking tot de middelen die worden geformuleerd in het annulatieberoep. Het intrekkingsbesluit dient met andere woorden te worden gebaseerd op een middel dat werd opgeworpen in het kader van het annulatieberoep voor de Raad van State.

In de thans voorliggende beslissing tot intrekking van 22 september 2009 wordt door verwerende partij gesteld dat er wordt ingetrokken omdat de eerste beslissing van 9 juni 2009 aangetast zou zijn door een formeel motiveringsgebrek. Verzoekende partij wijst er op dat dit gebrek aan formele motivering door haar niet wordt opgeworpen in het verzoekschrift in de zaak A. 193.570/XII-5909. De intrekking is dan ook niet mogelijk op deze grondslag.

Voorts stelt verzoekende partij dat de intrekking en het opnieuw gunnen van de opdracht niet door de rector kan gebeuren aangezien de oorspronkelijke gunningsbeslissing werd genomen door het bestuurscollege en een beslissing enkel kan worden ingetrokken door het orgaan dat ze genomen heeft.

7. In de memorie van antwoord betwist verwerende partij in de eerste plaats het belang van verzoekende partij bij dit middel. Zij wijst er op dat verzoekende partij in dit middel de intrekking hekelt van een beslissing waarvan zij zelf de nietigverklaring had gevraagd. Het is verwerende partij niet duidelijk op welke wijze de vernietiging van de intrekkingsbeslissing verzoekende partij tot voordeel kan strekken.

Ten gronde werpt verwerende partij tegen dat de beslissing van 9 juni 2009 wel degelijk mocht worden ingetrokken: de beslissing was onregelmatig bij gebrek aan formele motivering en was nog niet definitief geworden ingevolge het door verzoekende partij ingestelde beroep bij de Raad van State. Verzoekende partij voerde in haar verzoekschrift een schending van de materiële motiveringsplicht aan, welke schending volgens verwerende partij te

dezen ook een schending van de formele motiveringsplicht inhoudt. Omtrent het feit dat de beslissing werd ingetrokken door de rector en niet door het bestuurscollege doet verwerende partij gelden dat het bestuurscollege op 22 september 2009 een volmacht heeft verleend aan de rector om te beslissen, welke volmacht kan worden ingepast in de bevoegdheden van het bestuurscollege zoals deze blijken uit de "basisnota academische structuur Universiteit Antwerpen".

8. In haar memorie van wederantwoord licht verzoekende partij haar belang bij het middel toe:

> "[D]e intrekkingsbeslissing en de nieuwe beslissing [hebben] de positie van verzoekende partij negatief beïnvloed. De motivering om aan verzoekende partij de opdracht niet toe te wijzen is ingevolge de intrekking en de nieuwe beslissing aanzienlijk gewijzigd in zulke zin dat de positie van verzoekende partij ten aanzien van de weerhouden inschrijver, Van Cauter, aanzienlijk is verslechterd. Daar waar in de eerste gunningsbeslissing een verschil bestond in de rangschikking tussen verzoekende partij en Van Cauter van 1 182,39 EUR […], heeft verwerende partij na de intrekking in de tweede gunningsbeslissing dit verschil vergroot tot een bedrag van 3 788,16 EUR.
>
> Daar waar de eigen aankoopdienst in haar 'verslag gunning opdracht' van 20 mei 2009 (verslag dat geleid heeft tot de eerste gunningsbeslissing van verwerende partij dd. 9 juni 2009) nog een bedrag van 2 605,77 EUR in mindering bracht bij de offerte van verzoekende partij (voor de dubbeltelling van de deuren), wordt dit in mindering brengen in de nieuwe beslissing van verwerende partij dd. 22 september 2009 plots niet meer aanvaard […]. De bedoeling van verwerende partij moge dan ook duidelijk zijn: in het kader van de hangende procedures wenst zij alsnog een zo groot mogelijk prijsverschil te creëren tussen verzoekende partij en Van Cauter om dan te kunnen argumenteren dat de abnormaal lage prijzen van Van Cauter voor de post met betrekking tot de verlaging van de grondwaterstand, de rangschikking niet beïnvloeden. Het is derhalve onjuist dat verwerende partij thans stelt dat zij de oorspronkelijke beslissing van 9 juni 2009 zou hebben ingetrokken omdat zij formeel niet gemotiveerd zou zijn. Verzoekende partij heeft in de procedure welke hangend is voor uw Raad en gekend is onder G/A 193.570/XII-5909, dit beweerd formeel motiveringsgebrek overigens niet als middel tot vernietiging opgeworpen.
>
> 6. Verzoekende partij heeft dan ook belang om de vernietiging van de intrekkingsbeslissing dd. 22 september 2009 te vorderen. Wanneer deze intrekkingsbeslissing wordt vernietigd, herleeft in principe de oorspronkelijke bestreden beslissing van 9 juni 2009. In deze

oorspronkelijke gunningsbeslissing van 9 juni 2009 is het prijsverschil in de rangschikking tussen verzoekende partij en Van Cauter minimaal zodat verzoekende partij meer kansen heeft om een vernietiging te bekomen van de bestreden beslissing van 9 juni 2009".

Ten gronde blijft zij bij haar standpunt dat niet voldaan is aan de intrekkingsvoorwaarden en dat de intrekking niet door de rector kon gebeuren. Zij betwist de geldigheid van de volmacht van de rector: er wordt niet vermeld welke leden van het bestuurscollege beraadslaagd hebben over het verlenen van de volmacht, de volmacht werd ondertekend door de rector zelf, er wordt enkel een volmacht gegeven om te beslissen "over het lot van de gunningsbeslissing van 9 juni 2009" en niet om een nieuwe gunningsbeslissing te nemen.

9. In haar laatste memorie benadrukt verzoekende partij dat de gunningsbeslissing van 9 juni 2009 is gebaseerd op het verslag van de aankoopdienst van 20 mei 2009. Verwerende partij voegde dit verslag immers als bijlage bij haar schrijven aan verzoekende partij van 18 juni 2009.

Beoordeling

10. Wat de bevoegdheid van de steller van de akte betreft. In het auditoraatsverslag wordt vastgesteld dat, in tegenstelling tot wat verzoekende partij aanvoert, de rector op geldige wijze werd gemachtigd door het bestuurscollege om te beslissen over de intrekking en een nieuwe gunnings-beslissing te nemen; de volmacht zoals bij het administratief dossier gevoegd vermeldt immers wel degelijk welke leden van het bestuurscollege beraadslaagd hebben over het verlenen van de volmacht, de volmacht werd niet ondertekend door de rector zelf, de volmacht om te beslissen "over het lot van de gunnings-beslissing van 9 juni 2009" houdt uit zichzelf meteen in dat ook een nieuwe gunningsbeslissing mag worden genomen.

Verzoekende partij weerspreekt deze vaststellingen van het auditoraat niet in haar laatste memorie. De Raad van State van zijn kant ziet geen redenen om het terechte besluit van het auditoraat niet bij te vallen.

Het middel is in de besproken mate niet gegrond.

11. Verzoekende partij steunt haar belang bij deze grief voorts op de stelling dat in de gunningsbeslissing van 9 juni 2009 het prijsverschil in de rangschikking tussen verzoekende partij en nv Van Cauter minimaal is aangezien deze beslissing steunt op het verslag van de aankoopdienst. Dit zou haar een meer voordelige uitgangspositie verschaffen om de vernietiging te verkrijgen van de beslissing van 9 juni 2009 dan die welke zij zou hebben bij de nietigverklaring van de beslissing van 22 september 2009.

Het voordeel waarop verzoekende partij haar belang bij deze grief steunt, berust op een onjuist vertrekpunt. Vooreerst heeft verzoekende partij zelf de ingetrokken gunningsbeslissing met een annulatieberoep bestreden en streefde zij aldus de verdwijning ervan uit de rechtsorde na. Voorts ziet de Raad van State niet in welk belang verzoekende partij daarnaast nog zou kunnen doen gelden bij de nietigverklaring van de intrekking van een op generlei wijze formeel gemotiveerde beslissing om de opdracht te gunnen aan een andere inschrijver dan zijzelf.

Het middel is in de besproken mate niet ontvankelijk.

12. Het derde middel wordt verworpen.

13. Deze vaststelling heeft, zoals voordien uiteengezet onder randnummer 5.2., meteen de verwerping van het annulatieberoep A. 193.570/XII-5909 als onontvankelijk tot gevolg. Het is wel passend de kosten van dit beroep ten laste van verwerende partij te leggen.

Hierna zullen dan ook gelet op de omstandigheden van de zaak enkel nog de twee overige middelen in de zaak A. 194.725/XII-6039 worden onderzocht.

B. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

14. Verzoekende partij put een eerste middel uit de schending van "artikel 15 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten van werken, leveringen en diensten; […] van artikel 110 § 2, artikel 96 § 4, artikel 96 § 2 en artikel 98 van het K.B. van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken; […] van de materiële motiveringsplicht; […] van de beginselen van behoorlijk bestuur waaronder het zorgvuldigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel".

Zij acht deze rechtsnormen geschonden:

> "Doordat de verwerende partij de offerte van de nv Algemene Ondernemingen August Van Cauter als laagst regelmatige offerte weerhield in het kader van de door haar georganiseerde openbare aanbesteding en de offerte van de verzoekende partij slechts als tweede rangschikte en haar niet als laagst regelmatige offerte weerhield;
>
> Terwijl de aanbestedende overheid de offerte van de nv Algemene Ondernemingen August Van Cauter als substantieel onregelmatig diende af te wijzen nu deze offerte afweek van de essentiële besteksbepalingen, meer bepaald omwille van het feit dat voor wat betreft de posten voor gebouw 2 te weten post 11.28.2-1 'plaatselijke verlaging van de grondwaterstand: installatie van de grondwaterbemaling' en post 11.28.2-2 'plaatselijke verlaging van de grondwaterstand: werkingskost per begonnen maand' de nv Algemene Ondernemingen August Van Cauter de uitvoeringswijze zoals voorzien in het bijzonder bestek heeft gewijzigd nu zij bevestigde deze posten niet te zullen uitvoeren;
>
> Zodat de verwerende partij door de offerte van de nv Algemene Ondernemingen August Van Cauter te weerhouden en de opdracht aan

haar toe te wijzen de in het middel aangehaalde bepalingen heeft geschonden".

In de toelichting bij het middel wijst verzoekende partij er op dat nv Van Cauter de uitvoeringswijze zoals voorgeschreven in het bestek heeft gewijzigd en dat de offerte van deze inschrijver daardoor substantieel onregelmatig is aangezien de vergelijkbaarheid van de offertes hierdoor in het gedrang komt. Inschrijvers mogen niet afwijken van de technische voorschriften van het bestek, die overeenkomstig artikel 89 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, als essentiële voorwaarden van de opdracht moeten worden beschouwd. Verwerende partij had de offerte van nv Van Cauter zonder meer absoluut nietig moeten verklaren.

Volgens verzoekende partij kan hier geen toepassing worden gemaakt van artikel 96, § 2, van voornoemd koninklijk besluit, aangezien de posten inzake bronbemaling vermoedelijke hoeveelheden betreffen terwijl deze bepaling enkel handelt over forfaitaire hoeveelheden. NV Van Cauter heeft alleszins geen nota ter verantwoording bij haar offerte gevoegd. Evenmin heeft deze inschrijver gebruik gemaakt van de mogelijkheid geboden door artikel 98 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 om fouten in het bestek te melden.

15. In haar memorie van wederantwoord benadrukt verzoekende partij dat de offerte van nv Van Cauter afwijkt van de technische bepalingen van het bestek. Dit wordt bevestigd in de prijsverantwoording van nv Van Cauter waarin deze inschrijver uitdrukkelijk stelt "van oordeel [te zijn] geweest dat een grondwaterverlaging niet nodig is". In de technische bepalingen van het bestek worden de werkzaamheden in verband met de grondwaterverlaging echter nauwkeurig omschreven, nv Van Cauter houdt hier evenwel geen rekening mee aangezien zij deze werkzaamheden niet zal uitvoeren.

Voorts wijst verzoekende partij er op dat het niet aan een inschrijver toekomt om te bepalen welke werken voorzien in het bestek hij al dan

niet zal uitvoeren en dienaangaande geen of slechts een symbolische prijs te bieden. Dat een bepaald werk overbodig zou zijn neemt niet weg dat een inschrijver hiervoor een reële prijs moet opgeven, zoniet komt de vergelijkbaarheid van de offertes in het gedrang.

Ten slotte stelt verzoekende partij nog dat nv Van Cauter de vermoedelijke hoeveelheden inzake de grondwaterverlaging heeft verminderd. Dit blijkt uit het feit dat nv Van Cauter uitdrukkelijk heeft gesteld dat het uitvoeren van deze posten volgens haar niet nodig was.

16. In haar laatste memorie betoogt verzoekende partij nog dat het feit dat verwerende partij twee posten in de meetstaat heeft opgenomen met betrekking tot de grondwaterverlaging bevestigt dat zij wenste dat deze posten werden uitgevoerd. Verwerende partij was immers op de hoogte van de studie van het grondonderzoek waarop nv Van Cauter zich in haar prijsverantwoording beroept en heeft de betrokken posten desondanks opgenomen. De inschrijvers moesten dan ook een prijs geven voor de daadwerkelijke uitvoering ervan. Als verwerende partij na deze studie van mening was geweest dat de grondwaterverlaging niet nodig was, dan had zij niet in deze posten voorzien. Er kan dan ook niet worden beweerd dat nv Van Cauter zich op deze studie mocht beroepen om te besluiten dat de grondwaterverlaging niet nodig zou zijn. De studie is bovendien enigszins gedateerd nu deze werd opgesteld in 2007 en de opdracht werd uitgeschreven in 2009. Verzoekende partij merkt hierbij nog op dat de stand van het grondwater aan schommelingen onderhevig is.

Mocht een inschrijver al kunnen kiezen om bepaalde posten niet uit te voeren - *quod non* - dan kan dit volgens verzoekende partij enkel het geval zijn wanneer hieromtrent de nodige zekerheid bestaat. Dit is hier niet het geval. Het staat immers niet vast dat de posten inzake de grondwaterverlaging sowieso niet zouden moeten worden uitgevoerd, wat verwerende partij niet ontkent.

Beoordeling

17. Verzoekende partij betoogt in dit middel in essentie dat de offerte van nv Van Cauter substantieel onregelmatig had moeten worden verklaard aangezien deze afwijkt van de technische bepalingen van het bestek inzake de verlaging van de grondwaterstand.

18. De technische bepalingen van het bestek omschrijven post 11.28.0 "verlaging van de grondwaterstand - algemeen" onder meer als volgt:

> "Beschrijving van de werken
>
> De werken omvatten:
> - de installatie van het vereiste materieel voor het verlagen en het op peil houden van de grondwaterstand, met inbegrip van de middelen nodig om een doorlopende werking van de installatie te verzekeren,
> - de installatie van de middelen voor opslag en afvoer van het water,
> - de installatie van piëzometerbuizen ter controle van de grondwaterstand.
>
> Uitvoering van de werken
>
> De aannemer zorgt voor de verlaging van de grondwaterstand tot onder het peil van de funderingsaanzet. Hij treft maatregelen om de waterstand op het vereiste peil te houden.
>
> […]".

19. In haar offerte geeft de nv Van Cauter, wat het tweede gebouw betreft, voor de posten inzake de verlaging van de grondwaterstand, een prijs op van 0,95 euro voor zowel de installatie van de grondwaterbemaling als de werkingskosten per begonnen maand.

Verwerende partij heeft hieromtrent een prijsverantwoording gevraagd aan nv Van Cauter. In haar prijsverantwoording van 17 maart 2009 bevestigt nv Van Cauter deze prijzen, stellende dat een grondwaterverlaging volgens haar niet nodig zal zijn aangezien uit de bij het bestek gevoegde studie van het grondonderzoek blijkt dat het grondwater zich twee meter beneden het

maaiveld bevindt en de uitgraving van de vorstrand maximaal 80 centimeter bedraagt.

Verwerende partij heeft deze verantwoording aanvaard.

20. In tegenstelling tot wat verzoekende partij in dit middel doet uitschijnen heeft nv Van Cauter noch in haar offerte, noch in haar prijsverantwoording aangegeven de betrokken posten hoe dan ook niet te zullen uitvoeren. Deze inschrijver heeft uit zijn studie van de opdrachtdocumenten besloten dat hij de betrokken posten kan uitvoeren voor een symbolische prijs omdat het grondwater zich reeds van nature onder het niveau van de uit te voeren werken bevindt. Indien bij de uitvoering van de opdracht zou blijken dat er toch een verlaging van de grondwaterstand nodig is, dan zal nv Van Cauter gehouden zijn om deze werken uit te voeren aan de door haar opgegeven prijs. Nergens geeft de nv Van Cauter aan alsdan te zullen afwijken van de technische bepalingen van het bestek inzake de uitvoeringswijze van deze werken. Verwerende partij mocht de offerte van deze inschrijver dan ook niet onregelmatig verklaren op deze grond.

Eveneens in tegenstelling tot wat verzoekende partij aanvoert blijkt nv Van Cauter in haar offerte geen wijzigingen te hebben aangebracht aan de in het bestek opgegeven vermoedelijke hoeveelheden voor de post 11.28.2-2.

Wat de grief inzake de vergelijkbaarheid van de offertes betreft. Het komt aan elke inschrijver op een overheidsopdracht toe om, na grondige studie van de opdrachtdocumenten, de volgens hem meest voordelige regelmatige offerte in te dienen. Hier heeft de nv Van Cauter vastgesteld dat, naar alle waarschijnlijkheid, de werken inzake grondwaterverlaging voor het tweede gebouw niet zullen moeten worden uitgevoerd. De twee overige inschrijvers beschikten over dezelfde opdrachtdocumenten en hadden tot eenzelfde besluit kunnen komen. Dat zij niet tot ditzelfde besluit zijn gekomen - of toch tot dit besluit zijn gekomen, doch niet de daaraan gekoppelde optie van de gekozen

inschrijver hebben willen nemen - brengt de vergelijkbaarheid van de offertes op zich niet in het gedrang. Zoals reeds opgemerkt heeft de nv Van Cauter immers geenszins te kennen gegeven de werken hoe dan ook niet te zullen uitvoeren.

In de gegeven omstandigheden vormt het feit dat verwerende partij twee posten omtrent de grondwaterverlaging in het bestek heeft opgenomen geen beletsel voor een inschrijver om -na een grondige studie van de opdracht-documenten- te besluiten dat de betrokken werken, die een louter ondersteunend karakter hebben en geen essentieel onderdeel van de opdracht uitmaken, in realiteit hoogstwaarschijnlijk niet uitgevoerd zullen moeten worden en er dan ook een symbolische prijs voor te bieden.

Het middel is niet gegrond.

C. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

21. In het tweede middel voert verzoekende partij de schending aan van "artikel 15 van de wet van 24 december 1993 […] van artikel 110 §§ 2 en 3, artikel 96 § 4 en artikelen 111 en 112 van het K.B. van 8 januari 1996 […] van de materiële motiveringsplicht; […] van de beginselen van behoorlijk bestuur waaronder het zorgvuldigheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het zuinigheidsbeginsel".

Zij acht deze rechtsnormen geschonden:

> "Doordat de verwerende partij de offerte van de nv Algemene Ondernemingen August Van Cauter als laagst regelmatige offerte weerhield in het kader van de door haar georganiseerde openbare aanbesteding en de offerte van de verzoekende partij slechts als tweede rangschikte en haar niet als laagst regelmatige offerte weerhield;
>
> En doordat uit het door verwerende partij gedane rekenkundig nazicht is gebleken dat de nv Algemene Ondernemingen August Van Cauter en de

nv Strabag prijs hadden geboden voor de post 42.21.2-3 ‘vaste scheidingswand uit gipskartonplaten op metalen structuur: geluiddempende wanden (1,86 x 2,44 m met deur, deurblad 93 cm)’ zonder daarbij een prijs te voorzien voor de deur; Dat verzoekende partij een prijs had geboden voor deze post mét deur zoals genoemd in de post; Dat uit de prijsverantwoording door de architecten gevraagd eerst aan de nv Algemene Ondernemingen August Van Cauter en de nv Strabag en vervolgens gevraagd aan de verzoekende partij het verschil in benadering bleek; Dat de architecten oordeelde dat de verzoekende partij zich had vergist en deze vergissing niet meer mocht/kon ongedaan gemaakt worden;

Dat de verwerende partij eerst met besluit van 20 mei 2009 besliste deze kennelijke materiële vergissing in hoofde van de verzoekende partij recht te zetten; Dat naar aanleiding van de opgestarte procedure en gevoerde argumentatie de verwerende partij terugkwam op deze beslissing en oordeelde dat deze kennelijke materiële en door alle partijen erkende vergissing omtrent de lezing van de post 42.21.2-3 niet kon worden verbeterd en aldus definitief in het nadeel van de verzoekende partij diende te worden weerhouden;

Dat de verwerende partij met betrekking tot de offerte van verzoekende partij besliste dat voor wat betreft de post 42.21.2-3 ‘vaste scheidingswand uit gipskartonplaten op metalen structuur: geluid-dempende wanden (1,86 x 2,44 m met deur, deurblad 93 cm)’ het offertebedrag van verzoekende partij niet kan verminderd worden met de beweerdelijk dubbel getelde deuren;

En doordat, de verwerende partij naar aanleiding van het prijsonderzoek om een prijsverantwoording verzocht van de nv Algemene Ondernemingen August Van Cauter voor de posten voor gebouw 2, te weten post 11.28.2-1 ‘plaatselijke verlaging van de grondwaterstand: installatie van de grondwaterbemaling’ en post 11.28.2-2 ‘plaatselijke verlaging van de grondwaterstand’; Dat zij had vastgesteld dat voor de posten vermoedelijk abnormaal lage prijzen waren geboden te weten voor post 11.28.2-1 een bedrag van 0,95 EUR en voor post 11.28.2-2 een totaalbedrag van 9,50 EUR;

Dat als prijsverantwoording de nv Algemene Ondernemingen August Van Cauter met schrijven van 17 maart 2009 antwoordde: ‘Uit de studie van het grondonderzoek blijkt dat de waterstand wordt aangegeven op 2 m beneden het maaiveld. Aangezien de uitgraving van de vorstrand max. 80 cm bedraagt, zijn wij van oordeel geweest dat een grondwaterverlaging niet nodig is. Gezien de werkingskosten opgenomen zijn in VH hebben wij voor deze posten een symbolische eenheidsprijs opgegeven’; Dat de architect in het aanbestedingsverslag over deze prijsverantwoording schrijft dat ‘Van Cauter bevestigt slechts symbolische eenheidsprijzen te hebben voorzien’;

Dat de verwerende partij in het verslag gunning van 20 mei 2009 eerst de abnormaliteit bevestigde; Dat naar aanleiding van de procedure en de in functie daarvan nieuw genomen beslissing wordt gesteld dat 'hun prijsopgave werd ingegeven door een grondig onderzoek van de beschikbare gegevens en de plaatsgesteldheid' en 'dat de technische toelichting van Van Cauter kan worden onderschreven, zodat niet blijkt dat de prijsverantwoording ondeugdelijk is'; Dat de offerte van de nv Algemene Ondernemingen August Van Cauter wordt weerhouden als regelmatig;

Terwijl,

Eerste onderdeel

De verwerende partij gelet op de in het middel aangehaalde bepalingen en in het bijzonder artikel 111 van het K.B. van 8 januari 1996, het zorgvuldigheidsbeginsel en het zuinigheidsbeginsel, de offerte van verzoekende partij diende te verbeteren gezien de feitelijke dwaling/kennelijke materiële vergissing begaan door de verzoekende partij bij het geven van een prijs voor de post 42.21.2-3 'vaste scheidingswand uit gipskartonplaten op metalen structuur: geluiddempende wanden (1,86 x 2,44 m met deur, deurblad 93 cm)'; De verwerende partij de prijs diende te verbeteren naar een prijs zonder deuren nu het nooit de bedoeling van verzoekende partij is geweest deuren tweemaal aan te bieden en daarover ook geen discussie kan bestaan;

en terwijl

Tweede onderdeel

De prijsverantwoording verschaft door de nv Algemene Ondernemingen August Van Cauter niet aanvaard kon worden nu de aannemer zelf bevestigde 'symbolische prijzen' te hebben gegeven enerzijds en nu geen van de in artikel 110 § 3 genoemde rechtvaardigingsgronden, te weten de objectieve factoren steunend op de zuinigheid van het bouw- of productieprocédé of van de dienstverlening, of op de gekozen technische oplossingen, of op de 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, aanwezig waren anderzijds;

En de aanbestedende overheid vervolgens de offerte van de nv Algemene Ondernemingen August Van Cauter als substantieel onregelmatig diende af te wijzen wegens abnormale prijzen nu deze abnormale lage prijzen de nv Algemene Ondernemingen August Van Cauter in de rangschikking bevoordeelde derwijze dat zij de goedkoopste offerte werd;

Zodat de verwerende partij door de offerte van de nv Algemene Ondernemingen August Van Cauter te weerhouden en de opdracht aan haar toe te wijzen de in het middel aangehaalde bepalingen heeft geschonden".

In de toelichting bij het middel betoogt verzoekende partij, wat het eerste onderdeel betreft, dat het nooit haar bedoeling is geweest om de betrokken deuren tweemaal aan te bieden. Dit dient als een kennelijk materiële vergissing te worden beschouwd. Verwerende partij had, overeenkomstig artikel 111 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, deze materiële fout moeten verbeteren in de offerte van verzoekende partij. De bedoeling van verzoekende partij was duidelijk en zij heeft in haar prijsverantwoording van 3 april 2009 aangegeven welk bedrag (2.866,35 euro) in mindering moest worden gebracht. Omdat verwerende partij weigert de offerte van verzoekende partij aan te passen kunnen thans geen gelijke offertes worden beoordeeld.

Wat het tweede onderdeel betreft, doet verzoekende partij gelden dat verwerende partij de offerte van nv Van Cauter had moeten weren omwille van abnormale prijzen voor de grondwaterverlaging. In tegenstelling tot wat verwerende partij aanvoert is er geen prijsverantwoording voor de abnormaal lage prijzen van nv Van Cauter voorhanden. NV Van Cauter kan zich niet beroepen op één van de factoren opgesomd in artikel 110, § 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996. Nergens stelt deze inschrijver een verlaging van de grondwaterstand te kunnen uitvoeren voor de opgegeven prijzen. Er wordt geen enkele technische verantwoording gegeven. Dat een grondwaterverlaging niet nodig zou zijn, doet niet ter zake: de prijs moet steeds worden verantwoord voor de uitvoering van de post. In het verslag van de architect wordt de bewering van nv Van Cauter over het peil van het grondwater niet aanvaard en enkel vastgesteld dat de abnormale prijzen voor de grondwaterverlaging de rangschikking niet beïnvloeden. Nergens wordt gezegd dat de prijzen van nv Van Cauter haar in staat zouden stellen om de in de betrokken posten beschreven werken uit te voeren tegen de opgegeven prijzen.

22. In haar memorie van wederantwoord wijst verzoekende partij, wat het eerste onderdeel betreft, er op dat verwerende partij haar geen interpretatiefout kan verwijten. Verwerende partij heeft immers eerst een prijsverantwoording gevraagd aan nv Van Cauter en nv Strabag Belgium, die de deuren niet in de post 42.21.2-3 "vaste scheidingswand uit gipskartonplaten op metalen structuur: geluiddempende wanden (1,86 x 2,44 m met deur, deurblad 93 cm)" hadden opgenomen. Het is pas nadat verwerende partij de prijs-verantwoordingen van nv Van Cauter en nv Strabag Belgium had ontvangen, dat zij een prijsverantwoording heeft gevraagd aan verzoekende partij. Verwerende partij was dan ook in eerste instantie overtuigd van de abnormaliteit van de prijzen voor de betrokken post van deze inschrijvers en niet van de prijs van verzoekende partij.

"Alleszins […] is er gebeurlijk geen sprake van een interpretatiefout dan wel van een kennelijke materiële vergissing", die verwerende partij had moeten "aanpassen" in overeenstemming met artikel 111 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996.

Wat het tweede onderdeel betreft, benadrukt verzoekende partij dat nergens in de beslissing van 22 september 2009 wordt uitgelegd hoe de lage prijs van nv Van Cauter technisch verantwoord wordt. Verwerende partij kan zich niet beroepen op de studie van de grondwaterstand om nu te stellen dat de verlaging van de grondwaterstand niet nodig zou zijn, aangezien zij reeds bij het opstellen van het bestek over deze studie beschikte en desondanks toch twee specifieke posten dienaangaande heeft opgenomen. Een van de posten is bovendien opgegeven in vermoedelijke hoeveelheden, waarmee verwerende partij aangeeft dat het nog niet zeker en duidelijk is of en welke hoeveelheden zullen moeten worden uitgevoerd. Afwijkingen van de opgegeven vermoedelijke hoeveelheden leiden tot de onregelmatigheid van de offerte.

Tot slot is het wel degelijk zo dat de abnormaal lage prijzen voor de posten inzake de verlaging van de grondwaterstand van aard waren om

de rangschikking te beïnvloeden. Er was volgens verzoekende partij namelijk slechts een verschil van 1.182,39 euro in de rangschikking tussen haar offerte en deze van nv Van Cauter. Verwerende partij gaat er immers verkeerdelijk van uit dat de dubbeltelling van de deuren niet ongedaan gemaakt mag worden (het eerste onderdeel van dit middel) en stelt dan ook verkeerdelijk dat het verschil tussen beide offertes 3.788,16 euro zou bedragen. Indien nv Van Cauter een normale prijs had opgegeven voor de grondwaterverlaging had zij tot een hoger offertebedrag gekomen dan verzoekende partij.

23. In haar laatste memorie komt verzoekende partij nog terug op het eerste onderdeel door er op te wijzen dat de materiële vergissing in haar offerte het gevolg is van de misleidende bewoordingen van het bestek. Het is van uiterst groot belang dat de dubbel getelde deuren in mindering worden gebracht nu dit tot gevolg heeft dat het prijsverschil tussen de offerte van verzoekende partij en deze van nv Van Cauter miniem wordt zodat de door nv Van Cauter geboden abnormale prijzen voor de grondwaterverlaging een beslissende invloed hebben op de rangschikking.

Wat het tweede onderdeel betreft betoogt verzoekende partij nog dat nv Van Cauter niet mocht uitgaan van de veronderstelling dat bepaalde posten niet moesten worden uitgevoerd om hiervoor abnormaal lage prijzen te bieden. Deze abnormaal lage prijzen zijn bovendien determinerend geweest voor de rangschikking van de offertes en hebben tot gevolg gehad dat nv Van Cauter de laagste inschrijver is geworden.

Beoordeling

24. In het tweede onderdeel voert verzoekende partij in essentie aan dat verwerende partij de prijsverantwoording van nv Van Cauter niet had mogen aanvaarden en haar offerte bijgevolg onregelmatig had moeten verklaren omwille van een abnormaal lage prijs voor de werken inzake de grondwater-verlaging.

25. Artikel 110, §§ 2 en 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, luiden:

> "§ 2. Onverminderd de nietigheid van elke offerte wegens afwijking van de essentiële besteksbepalingen zoals deze opgesomd in artikel 89, kan de aanbestedende overheid offertes als onregelmatig en derhalve als onbestaande beschouwen, indien zij niet overeenstemmen met de bepalingen van deze titel, enig voorbehoud inhouden, of bestanddelen bevatten die niet met de werkelijkheid overeenstemmen.
>
> § 3. 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.
> Bij het onderzoek van de vermoedelijk abnormale prijzen kan de aanbestedende overheid met name rekening houden met verantwoordingen gebaseerd op:
> 1° de doelmatigheid van het bouwproces, van het productieproces van de producten of van de dienstverlening;
> 2° de gekozen technische oplossingen en/of uitzonderlijk gunstige omstandigheden waarvan de inschrijver bij de uitvoering van de werken, de levering van de producten of het verlenen van de diensten kan profiteren;
> 3° de originaliteit van de door de inschrijver aangeboden werken, producten of diensten;
> 4° de naleving van de bepalingen inzake arbeidsbescherming en arbeidsvoorwaarden die gelden op de plaats waar de opdracht wordt uitgevoerd;
> 5° de eventuele ontvangst van rechtmatig toegekende overheidssteun door de inschrijver.
> Wanneer het geraamde bedrag van de opdracht het bedrag voor de Europese bekendmaking bereikt en de aanbestedende overheid vaststelt dat een offerte abnormaal laag is doordat de inschrijver overheidssteun heeft ontvangen, kan de offerte alleen op uitsluitend die grond worden afgewezen indien de inschrijver desgevraagd niet binnen en door de aanbestedende overheid bepaalde voldoende lange termijn kan aantonen dat de betrokken steun rechtmatig is toegekend. Wanneer de aanbestedende overheid in een dergelijke situatie een offerte weert, stelt zij daarvan de Europese Commissie in kennis".

Er 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 overeenkomstig artikel 110, §3, van het voornoemde koninklijk besluit van 8 januari 1996, dat de Raad van State zich bij een beoordeling van de uitoefening van die bevoegdheid niet in de plaats mag 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, dat een inschrijver zich in zijn verantwoording niet mag beperken tot vaagheden en algemeenheden en dat de in artikel 110, § 3, voornoemd opgesomde objectieve factoren niet limitatief zijn.

26. In deze zaak heeft verwerende partij de nv Van Cauter verzocht om een prijsverantwoording, onder meer voor de posten inzake de verlaging van het grondwaterpeil.

Met een brief van 17 maart 2009 heeft nv Van Cauter een prijsverantwoording verstrekt voor deze posten, aangehaald sub 3.4.

In het verslag van de architect wordt het volgende gesteld over deze prijsverantwoording:

> "Van Cauter bevestigt slechts symbolische eenheidsprijzen te hebben voorzien, ervan uitgaande dat deze posten niet moeten worden uitgevoerd. Gelet op het gering belang van die posten in de totale aanneming is er geen reden tot wering nu die prijzen niet bepalend zijn voor de rangschikking en er niet verwacht wordt dat de vermoedelijke hoeveelheid zal overstegen worden, toch niet in belangrijke mate".

In de gunningsbeslissing van 22 september 2009 overweegt de rector van de Universiteit Antwerpen omtrent deze prijzen:

> "Gelet op de gerezen problemen zoals geschetst in het verslag van de Aankoopdienst van 2 september 2009 acht ik het aangewezen nog in te

gaan op de prijzen opgegeven door de nv August Van Cauter voor de posten 11.28.2-1 en 11.28.2-2 van gebouw 2.

In het 'verslag aanbesteding' van SVR-Architects wordt terecht besloten dat het belang van deze posten in de totale aanneming zeer gering is en bijgevolg niet van aard om de mededinging tussen de inschrijvers te vervalsen.

In de eerste plaats moet bijgevolg worden vastgesteld dat de wering van de offerte van de nv August Van Cauter op basis van abnormale prijzen op deze grond kennelijk onevenredig voorkomt en voorbij gaat aan de ratio legis van art. 110, §3 van het KB van 8 januari 1996.

Ten tweede komt de opgegeven prijs, gelet op de prijsverantwoording, niet abnormaal voor.
Uit de verantwoording opgegeven door de nv August Van Cauter blijkt dat hun prijsopgave werd ingegeven door een grondig onderzoek van de beschikbare gegevens en de plaatsgesteldheid. Deze technische toelichting kan worden onderschreven, zodat niet blijkt dat de prijsverantwoording ondeugdelijk is en de opgegeven prijs niet overeen zou stemmen met de economische realiteit voor de inschrijver.
Overigens is het inderdaad correct dat gebouw 2 hoger ligt dan gebouw 1 dat eveneens in de aanneming begrepen is, zodat de kans reëel is dat de verlaging van de grondwaterstand niet nodig is voor gebouw 2 o.a. door de verlaging van de grondwaterstand ingevolge de verlaging bij de werken aan gebouw 1. Daarnaast zal het toestel reeds ter plaatse zijn voor de werken aan gebouw 1 zodat de kost voor een eventuele inzet bij gebouw 2 inderdaad beperkt kan worden gehouden".

27. Verwerende partij is aldus op gemotiveerde wijze tot het besluit gekomen dat de prijsverantwoording verstrekt door de nv Van Cauter kan worden aanvaard. De motieven die zij hiertoe aanhaalt gaan de perken van de redelijkheid niet te buiten. In tegenstelling tot wat verzoekende partij doet uitschijnen in het verzoekschrift zijn de rechtvaardigingsgronden opgesomd in artikel 110, § 3, niet limitatief. De overweging in het verslag van de architect omtrent de invloed van de prijzen op de rangschikking, waaruit verzoekende partij afleidt dat de architect de prijzen wel degelijk abnormaal acht en waarop zij het middel deels steunt, dient dan ook als een overtollig motief te worden beschouwd, nu in de uiteindelijke gunningsbeslissing de abnormaliteit van de prijzen voor de betrokken posten gemotiveerd wordt verworpen.

Wat de kritieken in de memorie van wederantwoord betreft, belet zoals reeds vastgesteld bij de beoordeling van het eerste middel het feit dat het bestek in twee posten voorziet inzake grondwaterverlaging niet dat een inschrijver, na een grondige studie van de opdrachtdocumenten, zou besluiten dat de betrokken werken, die een louter ondersteunend karakter hebben en geen essentieel onderdeel van de opdracht vormen, in realiteit hoogstwaarschijnlijk niet uitgevoerd zullen moeten worden en er dan ook een symbolische prijs voor zou bieden. Vanuit deze optiek mag verwerende partij, indien zij de redengeving van de inschrijver aanvaardt, zoals te dezen het geval is, over de schijnbare abnormaliteit van de betrokken prijzen heen stappen. Voorts werd eveneens reeds bij de beoordeling van het eerste middel opgemerkt dat nv Van Cauter de in het bestek opgegeven vermoedelijke hoeveelheden van de betrokken post niet blijkt te hebben gewijzigd.

Gelet op het voorgaande mocht verwerende partij dan ook besluiten de door nv Van Cauter gegeven prijsverantwoording te aanvaarden.

Het tweede onderdeel is niet gegrond.

28. Deze vaststelling heeft zijn weerslag op de ontvankelijkheid van het eerste onderdeel.

Het prijsverschil tussen de in het aanbestedingsverslag eerst gerangschikte offerte van nv Van Cauter (1.146.225,32 euro) en deze van verzoekende partij (1.150.013,48 euro) bedraagt immers 3.788,16 euro. De grief in het eerste onderdeel heeft betrekking op de dubbeltelling van de deuren, wat, zoals verzoekende partij ook zelf aanvoert, een weerslag heeft op haar inschrijving van 2.866,35 euro in min. Zelfs indien dit middelonderdeel gegrond zou blijken, dan nog blijft de offerte van nv Van Cauter de laagste met een verschil van 921,81 euro. Ook in die veronderstelling kan de grief aldus niet tot vernietiging van de bestreden toewijzingsbeslissing leiden aangezien de opdracht ook dan nog steeds werd gegund aan de laagste regelmatige inschrijver.

Het eerste onderdeel is niet ontvankelijk.

29. Het tweede middel wordt verworpen.

BESLISSING

1. De beroepen A. 193.570/XII-5909 en A. 194.725/XII-6039 worden samengevoegd.

2. De Raad van State verwerpt de beroepen.

3. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep A. 193.570/XII-5909, begroot op 175 euro.
De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep A. 194.725/XII-6039, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 23 februari 2012, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Geert Van Haegendoren,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,

bijgestaan door

Bram Van Thillo,	griffier.

De griffier **De voorzitter**

Bram Van Thillo **Dierk Verbiest**