

**RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK**  
**VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER**

**A R R E S T**

**nr. 220.461 van 13 augustus 2012**  
**in de zaak A. 205.712/XII-7017**

In zake: de NV PERSYN  
bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaat Ann Eeckhout  
kantoor houdend te 9630 Zwalm  
Zwalmlaan 8/1  
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

INFRABEL, naamloze vennootschap van publiek recht  
bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaten David D'Hooghe en Leen De Vuyst  
kantoor houdend te 1000 Brussel  
Loksumstraat 25  
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV VERHAEREN & C°  
bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaat Cies Gysen  
kantoor houdend te 2800 Mechelen  
Antwerpsesteenweg 16-18  
bij wie woonplaats wordt gekozen

---

*I. Voorwerp van de vordering*

1. De vordering, ingesteld op 24 juli 2012, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van Infrabel d.d. 18 juli 2012, houdende de gunning van de overheidsopdracht voor aanneming van werken betreffende ‘Lijn 50A. Vernieuwen van 5 bruggen te Wetteren, Sint-Lievens-Houtem en te Erpe-Mere. Bestek nr 57/53/3/10/003’ aan

Verhaeren & CO nv, alsmede van de impliciete weigeringsbeslissing waarbij de opdracht niet werd toegewezen aan de nv Persyn”.

## *II. Verloop van de rechtspleging*

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 6 augustus 2012 heeft de nv Verhaeren & C<sup>o</sup> gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 10 augustus 2012, om 11.00 uur.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Ann Eeckhout, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Leen De Vuyst, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Gitte Laenen, die loco advocaat Cies Gysen verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

## *III. Feiten*

3. Infrabel, nv van publiek recht, schrijft bij wijze van openbare aanbesteding een overheidsopdracht voor de aanneming van werken uit met als voorwerp het vernieuwen van 5 bruggen over de spoorlijn 50A Brussel - Oostende te Wetteren, Sint-Lievens-Houtem en Erpe-Mere.

4. De opdracht wordt geraamd op 4.327.530 euro (btw niet inbegrepen) en wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 21 maart 2012 en in het Publicatieblad van de Europese Unie op 22 maart 2012.

5. De opdracht is onderworpen aan de bepalingen van het bestek nr. 57/53/3/10/003.

6. De opening van de offertes vindt plaats op 2 mei 2012. Vier inschrijvers dienen een offerte in, met name:

|                |                    |
|----------------|--------------------|
| FRANKI         | 4.844.931,54 euro  |
| CONSTRUCT      |                    |
| VERHAEREN & CO | 3.999.042,96 euro  |
| CEI-DE MEYER   | 5.415.466,76 euro  |
| PERSYN         | 4.744.441,06 euro. |

7. Met een aangetekend schrijven van 10 mei 2012 deelt nv Verhaeren & Co als volgt aan verwerende partij mee dat haar offerte een aantal kennelijk materiële fouten bevat:

“Sta mij toe te verwijzen naar de openbare aanbesteding vermeld in referte.

Bij nazicht van onze offerte werd vastgesteld dat de offerte is behept met een kennelijke materiële fout, zoals bedoeld in artikel 111 van het KB dd. 08.01.1996.

Het betreft meer bepaald de posten 17700, 25900, 34500, 42900 en 17800, 26000, 34600, 43000. Deze posten handelen over het leveren en plaatsen van de leuning op de bruggen. Nu blijkt dat ons calculatieprogramma al deze posten gekoppeld heeft aan posten 7900 en 8000 omdat deze ervan uitgaat dat het om dezelfde posten gaat. Wat blijkt nu uit het nazicht dat de leuning op brug 1 van een ander type is. Deze goedkopere leuning werd dus in alle bovenstaande posten automatisch ingebracht. De juiste prijs voor de leuning is respectievelijk € 725,65 en € 130,07 en niet € 152,25 en € 47,25.

Ook hebben wij een fout gemaakt bij het ingeven van posten 3100, 11800, 21600, 29800 en 38100. Hier werd er spijtig genoeg bij het ingeven van de

eenheidsprijs een fout gemaakt waardoor de prijs van € 2625 dient aangepast te worden naar € 26250.

Mogen wij U dan ook verzoeken om bij de beoordeling van de offerte rekening te houden met deze schriftelijke rechtzetting.

Voor zover als nodig wijzen wij erop dat artikel 99 van het KB dd. 08.01.1996 ons niet verbiedt om spontaan te wijzen op een vergissing (cfr. RvS, 22 maart 2007, nr. 169.271, NV Sogiaf).

In casu betreft het duidelijk een kennelijk materiële fout zoals bedoeld in artikel 111 van hetzelfde KB”.

Als bijlage voegt zij ter staving de offertes van haar onderaannemers.

8. Aangezien het bedrag van de door nv Verhaeren & Co ingediende offerte lager ligt dan 15 % onder het overeenkomstig artikel 98, § 4, van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 berekende gemiddelde, vraagt verwerende partij aan deze inschrijver een prijsverantwoording aangaande het prijsniveau van diens offerte.

9. Met een aangetekend schrijven van 14 juni 2012 bevestigt nv Verhaeren & Co de oorspronkelijk opgegeven offerteprijs en biedt zij volgende verantwoordingen:

“De door ons ingediende offerte, dd. 02/05/12, voor bovenstaande werken bedraagt € 3.999.042,96 (excl. BTW).

Wij zijn van mening u hiervoor een correcte offerte te hebben aangeboden, daar Verhaeren de doelmatigheid van het bouwprocédé kan optimaliseren en de schaalvergroting in rekening kan brengen. Hiervoor kunnen wij verwijzen naar volgende elementen, namelijk:

1. Optimalisatie bouwprocédé

Getuigschrift, afgeleverd op dd. 25/04/12, door Infrabel Antwerpen, voor volgend project: Infrastructuur- en Kunstwerken - lijn 36 : Brussel Noord - Luik (Guillemins). Dit project omvat de realisatie van de 3 betonnen boogbruggen over de spoorlijnen (bijlage 1);

De calculatie van hogervermeld dossier werd gebaseerd op de ontwikkelingen (ism Construx en Grontmij), de ervaringen en de

nacalculatie van het gerealiseerd project op lijn 36;

Mede-organisator van de studiedag systeembekisting voor betonnen boogbruggen op donderdag 23/06/11 (bijlage 2);

Publicatie ‘Elegante spoorbruggen met nieuwe bouwtechniek’ verschenen in ‘Bouwbedrijf’, versie november 2011 (bijlage 3);

Binnen Verhaeren hebben wij alle disciplines ter beschikking, waardoor hier een bijkomend economisch voordeel ontstaat (bijlage 4);

Het projectteam voor de boogbruggen op lijn 36, is voorzien voor de realisatie van hogervermelde project;

## 2. Schaalvergroting

Momenteel heeft de projectleider Ivan Moens van Verhaeren (verantwoordelijke voor project op lijn 36) een werk in uitvoering op lijn 50 A, namelijk de realisatie van 2 nieuwe fietsbruggen en de renovatie van de bestaande overbrugging te Wetteren, ism aannemer Persyn.”

Ook voormeld schrijven van 10 mei 2012 wordt nogmaals opgenomen als bijlage bij de prijsverantwoording.

10. In het gunningsverslag wordt het offertebedrag van nv Verhaeren & Co met verwijzing naar artikel 98 van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 verbeterd wat betreft de posten A203.2, B.203.2, C203.2, D203.2, E.203.2 en F200 wegens foutief totaalbedrag tot een bedrag van 3.999.391,46 euro. Voorgesteld wordt om de opdracht te gunnen aan nv Verhaeren & Co tegen de totaalprijs van 3.999.391,46 euro.

11. Op 18 juli 2012 wordt vervolgens beslist de opdracht aan nv Verhaeren & Co te gunnen voor een bedrag van 3.999.391,46 euro.

In deze beslissing wordt de door nv Verhaeren & Co opgegeven prijsverantwoording aanvaard op grond van de volgende motivering:

“De offerte ingediend door Verhaeren & Co werd onderzocht aangaande de regelmatigheid van de prijzen op basis van artikel 98 § 4 van het KB van 10.01.96.

De firma geeft de volgende rechtvaardiging:

1. Ze kan een optimalisatie van het bouwprocédé in rekening brengen op basis van voorgaande ervaring met de uitvoering van dergelijke werken voor de boogbruggen op de lijn 36. Hetzelfde projectteam is voorzien voor de realisatie van de huidige opdracht. De groep Verhaeren Kembo beschikt ook over alle nodige disciplines waardoor een bijkomend economisch voordeel ontstaat;
2. De firma kan schaalvergroting in rekening brengen wegens de gelijktijdige uitvoering van andere werken op de lijn 50A in samenwerking met de firma Persyn.

Voorvermelde punten werden onderzocht en zijn gegrond. De firma heeft veel ervaring met de uitvoering van dergelijke werken. De offerte wordt bijgevolg als regelmatig beschouwd.”

12. Bij aangetekend schrijven van 18 juli 2012 wordt aan verzoekende partij meegedeeld dat haar offerte niet werd gekozen en wordt haar een afschrift overgemaakt van de gemotiveerde gunningsbeslissing.

#### *IV. Tussenkost*

13. De verzoekende partij in tussenkost blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet haar verzoek worden ingewilligd.

#### *V. Ontvankelijkheid van het beroep*

14. Tussenkomende partij werpt op dat de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid onontvankelijk is. Zij voert aan dat verzoekende partij geen enkele kans had om de voorliggende overheidsopdracht te bekomen en aldus geen voldoende belang vertoont om de gunningsbeslissing aan te vechten.

15. Verzoekende partij voert in haar enig middel aan dat Infrabel de opdracht ten onrechte zou hebben toegewezen aan een inschrijver die een offerte heeft ingediend die kennelijk een abnormale totaalprijs bevat, die kennelijk abnormale eenheidsprijzen bevat, die getuigt van een speculatieve prijszetting en

die bovendien technisch niet conform is.

In tegenstelling tot wat tussenkomende partij aanvoert, lijkt dit middel en de onderdelen ervan wel degelijk van aard om de rangschikking van de offertes te kunnen beïnvloeden. De exceptie van tussenkomende partij wordt verworpen.

#### *VI. De schorsingsvoorwaarden*

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

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

Luidens het door voornoemde wet van 23 december 2009 in de wet van 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is voor de schorsing van de thans bestreden beslissingen het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist.

Anderzijds verplicht artikel 65/15, tweede lid, verzoekende partij tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

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

## *VII. Onderzoek van de middelen*

### *Eerste middel*

#### *Uiteenzetting*

17. Een eerste middel is genomen uit de schending van artikel 15 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, van artikel 98 § 2, § 3 en § 4 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, evenals van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, met name de zorgvuldigheidsplicht en de materiële motiveringsplicht.

Verzoekende partij voert aan dat Infrabel de opdracht in strijd met voormelde bepalingen en beginselen toegewezen heeft aan een inschrijver die een offerte heeft ingediend die kennelijk een abnormale totaalprijs bevat, die kennelijk abnormale eenheidsprijzen bevat, die getuigt van een speculatieve prijszetting en die bovendien technisch niet conform is.

In wat als een eerste onderdeel van het middel kan worden beschouwd, werpt verzoekende partij in essentie op dat verwerende partij bij het voeren van het prijsonderzoek overeenkomstig artikel 98, § 4 van voormeld koninklijk besluit onvoldoende zorgvuldigheid aan dat dag heeft gelegd. De door nv Verhaeren & Co in haar prijsverantwoording opgegeven motieven om de schijnbaar abnormaal lage totaalprijs te verantwoorden, konden volgens verzoekende partij onmogelijk als afdoende prijsverantwoording gelden.

In wat als een tweede onderdeel van het middel kan worden beschouwd, stelt verzoekende partij bovendien dat verwerende partij nagelaten heeft om in toepassing van artikel 98, § 3 en het zorgvuldigheidsbeginsel een

prijsonderzoek te voeren m.b.t. de door nv Verhaeren & Co geboden abnormaal lage eenheidsprijzen voor de artikels “statische belastingproef op een schroefpaal” die voorkomt in de posten A.203.4, B.203.4, C.203.4, D.203.4 en E.203.4 van de meetstaat. Volgens verzoekende partij zou nv Verhaeren & Co na de bekendmaking van de offerteprijzen “geuit” hebben dat zij met een zeer lage eenheidsprijs heeft ingeschreven voor deze posten en gesteld hebben erop gespeculeerd te hebben dat deze posten niet zullen moeten worden uitgevoerd.

In wat als een derde onderdeel van het middel kan worden beschouwd, stelt verzoekende partij ten slotte dat verwerende partij tevens nagelaten heeft om zoals bepaald in artikel 98, § 2 van voormeld koninklijk besluit de regelmatigheid van de offertes te onderzoeken. Zo zou de nv Verhaeren & Co na de bekendmaking van de offerteprijzen hebben “geuit” dat zij niet gezien hadden dat er twee type borstweringen werden voorgeschreven, welke voorkomen in de posten A.216.1, B.216.1, C.216.1, D.216.1 en E.216.1. Het betreft een technische niet conformiteit die volgens verzoekende partij leidt tot substantiële onregelmatigheid van de offerte van nv Verhaeren & Co. Zij wijst erop dat ook een schijnbaar abnormaal lage eenheidsprijs een indicatie kan zijn dat het voorstel van een inschrijver voor een bepaalde post technisch niet conform is. Volgens verzoekende partij was het prijsverschil met de raming en met de offertes van de andere inschrijvers ongetwijfeld dermate groot dat zich m.b.t. voormelde posten een zorgvuldig prijsonderzoek opdrong.

### *Beoordeling*

18. Overeenkomstig artikel 15 van de wet van 24 december 1993 dient bij openbare of beperkte aanbesteding de opdracht te worden toegewezen aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte indiende.

Artikel 98, §§ 2, 3 en 4, 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 bepaalt:

“§ 2. Onverminderd de nietigheid van elke offerte wegens afwijking van de essentiële besteksbepalingen zoals deze opgesomd in artikel 77, 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.

§ 4. In het geval van een overheidsopdracht voor aanneming van werken, gegund bij openbare of beperkte aanbesteding en voor zover minstens vier offertes werden ingediend, wordt bovendien elke offerte waarvan het bedrag minstens vijftien pct. onder het gemiddelde bedrag van de door de gegadigden ingediende offertes ligt, beschouwd als een offerte waarvan het eventueel abnormale karakter van de prijs moet nagezien worden door de

aanbestedende overheid.

Het in het eerste lid beschouwde gemiddelde wordt als volgt berekend:

1° indien het aantal offertes gelijk is aan of groter is dan zeven, met uitsluiting van de laagste offerte en - terzelfdertijd - onder de hoogste offertes van een deel dat een vierde van het geheel van de ingediende offertes vertegenwoordigt. Indien dit aantal niet deelbaar is door vier, wordt dat vierde deel naar de hogere eenheid afgerond;

2° indien het aantal offertes lager ligt dan zeven, met uitsluiting van de laagste en van de hoogste offerte.

Voor een offerte waarbij het eventueel abnormaal karakter van het bedrag dient nagezien te worden in de zin van deze paragraaf, moet de aanbestedende overheid:

1° ofwel in de beslissing om de opdracht toe te wijzen, de verwerping van het bezwaar tegen het schijnbaar abnormale bedrag van de offerte formeel motiveren;

2° ofwel de inschrijver verzoeken de nodige rechtvaardigingen, zoals voorzien in § 3, te bezorgen. Indien na onderzoek van deze rechtvaardigingen blijkt dat het bedrag van de offerte abnormaal is of bij gebrek aan rechtvaardigingen binnen de opgelegde termijn, moet de aanbestedende overheid, in afwijking van § 2, de offerte als onregelmatig beschouwen en bijgevolg als rechtswege nietig.”

19. In het kader van het nazicht van blijkbaar abnormaal lage prijzen beschikt de aanbestedende overheid over een ruime discretionaire bevoegdheid om de in het kader van voormeld artikel gegeven verantwoordingen al dan niet te aanvaarden. Dienvolgens komt het niet aan de Raad van State toe om een eigen beoordeling in de plaats van deze van het bestuur te stellen, doch enkel om desgevraagd na te gaan of de betrokken motieven in rechte ter verantwoording van de bestreden beslissing in aanmerking mogen worden genomen, wat onder meer vereist dat ze naar behoren zijn bewezen, en dat daarbij de appreciaties van het bestuur de perken van de redelijkheid niet te buiten zijn gegaan. Een inschrijver mag zich niet beperken tot vaagheden en algemeenheden.

De in hetzelfde artikel opgesomde objectieve factoren, waarmee de aanbestedende overheid rekening mag houden bij haar onderzoek, zijn niet limitatief. Het prijsonderzoek door de aanbestedende overheid moet wel gebeuren met inachtneming van de zorgvuldigheidsverplichting.

Daarnaast beschikt een aanbestedende overheid over een ruime discretionaire bevoegdheid om al dan niet een procedure in te zetten waarbij de eventuele aanwezigheid van abnormale prijzen overeenkomstig het voormelde artikel 98, § 3, van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 wordt onderzocht. De Raad van State mag zich bij zijn beoordeling van de uitoefening van deze bevoegdheid niet in de plaats stellen van het bestuur maar desgevraagd enkel nagaan of het bestuur heeft gehandeld binnen de perken van een zorgvuldige beoordeling.

Voorts volgt uit artikel 98, § 3, dat, ingeval de aanbestedende overheid een offerte niet afwijst wegens haar blijkbaar abnormaal hoge of lage eenheidsprijzen of totale prijzen, een bevraging van de inschrijver niet is vereist. Niettemin geldt er een plicht voor de aanbestedende overheid om de regelmatigheid van een offerte na te gaan en één van de elementen van regelmatigheid is dat de offerte geen abnormale prijzen bevat.

Daarnaast dienen overeenkomstig artikel 98, § 2 van het besluit de offertes tevens te worden onderzocht op hun technische conformiteit.

Artikel 98, § 2 maakt daarbij een onderscheid tussen de gevallen waarin de inschrijvingen nietig zijn -dit is de substantiële onregelmatigheid- omdat ze afwijken van de voornaamste bepalingen van het bestek, onder meer die welke betrekking hebben op de prijs, de termijnen en de technische voorwaarden, en de gevallen van betrekkelijke nietigheid -de relatieve onregelmatigheid- waarin het bestuur de mogelijkheid heeft om de inschrijvingen als nietig te beschouwen. De vraag of een bepaling van het bestek essentieel is, namelijk dermate belangrijk dat de afwijking ervan onvermijdelijk tot gevolg moet hebben dat met de betrokken offerte geen rekening mag worden gehouden, moet dan ook *in concreto* in elk geval afzonderlijk in het licht van het dossier worden beantwoord. Het staat in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid om vast te stellen of de afwijking al dan niet een essentiële besteksbeepaling betreft. Indien een offerte substantieel onregelmatig is, omdat ze een afwijking bevat van een essentiële besteksbeepaling,

moet het bestuur die offerte vervolgens buiten beschouwing laten. Ter zake beschikt het niet over een discretionaire bevoegdheid. Indien de offerte daarentegen enkel relatieve onregelmatigheden bevat, is de aanbestedende overheid vrij om de offerte al dan niet als onregelmatig te weren, zij het dat die beoordelingsbevoegdheid steeds in het licht van de concrete beschikbare gegevens moet worden uitgeoefend. In het ene en het andere geval moet de beoordeling zijn uitgegaan van aanvaardbare motieven die voortvloeien uit zorgvuldig onderzoek.

Uit de samenlezing van artikel 77 en 98, § 2, van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 volgt dat voorschriften inzake technische specificaties in beginsel te beschouwen zijn als essentiële besteksbepalingen.

Een afwijking van het bestek die de objectieve vergelijkbaarheid van offertes in gedrang brengt, wat bij afwijkingen van technische specificaties vaak het geval zal zijn, leidt alleszins tot substantiële onregelmatigheid van de offerte.

20. Partijen betwisten niet dat artikel 98, § 4, van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 te dezen van toepassing is, nu het gaat om een aanneming van werken die werd gegund bij openbare aanbesteding en waarbij vier offertes werden ingediend, noch wordt betwist dat het bedrag van de offerte van de gekozen inschrijver minstens 15 % onder het gemiddelde bedrag van de andere ingediende offertes ligt. De aanbestedende overheid diende de offerte van de gekozen inschrijver aldus te beschouwen als een offerte waarvan het eventueel abnormale karakter van de prijs moet worden nagezien.

Evenmin wordt de beslissing betwist om ter zake een prijsverantwoording te vragen.

21. Omtrent de door de gekozen inschrijver gegeven prijsverantwoording wordt in de gunningsbeslissing het volgende overwogen:

“De offerte ingediend door Verhaeren & Co werd onderzocht aangaande de regelmatigheid van de prijzen op basis van artikel 98 § 4 van het KB van 10.01.96.

De firma geeft de volgende rechtvaardiging:

1. Ze kan een optimalisatie van het bouwprocédé in rekening brengen op basis van voorgaande ervaring met de uitvoering van dergelijke werken voor de boogbruggen op de lijn 36. Hetzelfde projectteam is voorzien voor de realisatie van de huidige opdracht. De groep Verhaeren Kembo beschikt ook over alle nodige disciplines waardoor een bijkomend economisch voordeel ontstaat;
2. De firma kan schaalvergroting in rekening brengen wegens de gelijktijdige uitvoering van andere werken op de lijn 50A in samenwerking met de firma Persyn.

Voorvermelde punten werden onderzocht en zijn gegrond. De firma heeft veel ervaring met de uitvoering van dergelijke werken. De offerte wordt bijgevolg als regelmatig beschouwd.”

Daarnaast wordt in het gunningsverslag vastgesteld dat de offerte van deze inschrijver 7,6 % afwijkt van de raming.

22. Uit het administratief dossier blijkt dat de nv Verhaeren & Co met een aangetekend schrijven van 10 mei 2012 aan verwerende partij heeft meegedeeld dat haar offerte een aantal kennelijk materiële fouten bevat, welke in het bijzonder betrekking hebben op de posten inzake de “statische belastingproef op een schroefpaal” en de te leveren leuning en borstwering.

In tegenstelling tot wat tussenkomende partij voorhoudt, blijkt uit dit schrijven geenszins dat zij zich niet op deze vergissing wenst te beroepen nu zij verwerende partij uitdrukkelijk verzoekt om bij de beoordeling van de offerte rekening te houden met deze rechtzetting.

Bovendien blijkt deze inschrijver een kopie van voormeld schrijven tevens gevoegd te hebben als bijlage bij zijn prijsverantwoording d.d. 14 juni 2012.

23. In dit verband dient tevens gewezen te worden op de artikelen 87 en 99 van het koninklijk besluit van 10 januari 1996.

Artikel 87 luidt als volgt:

“De inschrijvers kunnen zich niet beroepen op mogelijke vormgebreken, fouten of leemten in hun offerte.”

Artikel 99 bepaalt verder:

“Alvorens de begunstigde aan te wijzen, verbetert de aanbestedende overheid de rekenfouten en de kennelijk materiële fouten in de offertes, zonder dat zij voor niet ontdekte fouten aansprakelijk is.

Voor het verbeteren van die fouten gaat de aanbestedende overheid de werkelijke bedoeling van de inschrijver na met alle middelen, onder meer door een onderzoek van de offerte, een vergelijking van de prijzen met die van de overige inschrijvers en met de gangbare prijzen.

Indien de bedoeling niet duidelijk is, kan de aanbestedende overheid, hetzij beslissen dat de geboden eenheidsprijzen geldig zijn, hetzij de twijfelachtig bevonden offerte als onregelmatig verwerpen. [...]”

De verwijzing die tussenkomende partij maakt naar artikel 84, § 5, van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 is daarentegen niet relevant nu deze bepaling slechts betrekking heeft op fouten of leemten die in de opmetingsstaat voorkomen die door de aanbestedende overheid aan de inschrijvers ter beschikking is gesteld. Te dezen gaat het niet over een fout of leemte in de meetstaat, doch om beweerd kennelijk materiële fouten in de offerte van de gekozen inschrijver.

24. Het aangehaalde artikel 87 lijkt niet te verbieden dat een inschrijver spontaan wijst op een vergissing in zijn offerte, zoals de nv Verhaeren & Co te dezen blijkt te hebben gedaan in haar brieven van 10 mei 2012 en 14 juni 2012. Het lijkt dan toe te komen aan de aanbestedende overheid om met toepassing van artikel 99 een dergelijke post te onderzoeken en te beslissen of de offerte wordt verbeterd of niet.

25. In haar nota merkt verwerende partij op dat zij, gelet op de door haar geschetste context van het dossier, waaruit blijkt dat diezelfde inschrijver ook

bij andere recente procedures herhaaldelijk op dezelfde manier zou hebben getracht om alsnog een hogere prijs te bekomen, beslist heeft om met de zogenaamde vergissingen, meegedeeld bij brief van 10 mei 2012 geen rekening te houden omdat deze als een laattijdige wijziging van de offerte dienen te worden beschouwd.

26. Evenwel blijkt noch uit de bestreden gunningsbeslissing zelf, noch uit enig ander stuk van het dossier dat verwerende partij met toepassing van artikel 99 de litigieuze posten effectief heeft onderzocht, welke beslissing zij vervolgens heeft genomen, laat staan op grond van welke motieven zij deze beslissing zou hebben genomen.

Dit is des te frappanter omdat uit de gunningsbeslissingen m.b.t. andere opdrachten die verwerende partij neerlegt als stuk van het administratief dossier, blijkt dat zij in die gevallen wel in de gunningsbeslissing melding maakt van de brief van Verhaeren & Co, evenals van het gevolg dat aan dit schrijven werd gegeven.

In de gegeven omstandigheden lijkt het dat verwerende partij zich niet had mogen beperken om louter een prijsonderzoek te voeren met toepassing van artikel 98, § 4 van het koninklijk besluit en op grond van de in de bestreden beslissing vermelde motieven de prijsverantwoording voor de totaalprijs te aanvaarden, zonder daarbij enige aandacht te schenken aan het eveneens bij de prijsverantwoording gevoegde schrijven van 10 mei 2012 inzake de beweerd kennelijk materiële fouten.

Op het eerste gezicht vereist het zorgvuldigheidsbeginsel in dergelijk geval dat een aanbestedende overheid met toepassing van artikel 99 de litigieuze post onderzoekt en vervolgens motiveert om welke reden zij beslist de offerte al dan niet te verbeteren.

27. Artikel 99 van het besluit laat weliswaar toe om indien de

bedoeling van de inschrijver niet duidelijk is, na onderzoek te beslissen dat de geboden eenheidsprijzen geldig zijn.

Dit neemt niet weg dat er daarnaast ook een plicht voor de zorgvuldig handelende overheid blijft om de regelmatigheid van een offerte na te gaan en één van de elementen van regelmatigheid is dat de offerte geen abnormale prijzen bevat. Een ander element van regelmatigheid is dat de offerte niet afwijkt van de technische besteksbepalingen.

28. Wat betreft de posten “statische belastingsproef op een schroefpaal” bood de nv Verhaeren en Co een prijs van 2625 euro, terwijl de andere drie regelmatige inschrijvers -en dus niet enkel verzoekende partij zoals verwerende partij laat uitschijnen- prijzen boden van 18.091,76 tot 20.806,50 euro. Verwerende partij zelf had de prijs blijkbaar weliswaar slechts geraamd op 3500 tot 4000 euro, doch het schrijven van nv Verhaeren & Co van 10 mei 2012 en de offerte van haar onderaannemer die zij daarbij heeft voorgelegd, lijkt het schijnbaar abnormaal karakter van de geboden eenheidsprijs veeleer te bevestigen.

Wat betreft de posten aangaande de levering van de leuning bood nv Verhaeren & Co telkens 152,25 euro, terwijl de andere drie regelmatige inschrijvers weliswaar een vergelijkbare prijs boden voor de post A.216.1, doch telkens beduidend hogere prijzen opgaven (van 524,47 tot 795,69 euro) voor de overige posten aangaande de levering van de leuning waarin het bestek blijkbaar de levering van een duurder type leuning voorzag.

Verwerende partij zelf had de prijs voor al deze posten blijkbaar zonder meer geraamd op 120 euro, ondanks het feit dat zij niet lijkt te ontkennen dat het inderdaad verschillende types leuning betreft. Dat het verschillende types leuning betreft, lijkt op het eerste gezicht ook bevestigd te worden in de omschrijving van deze posten in het bestek, in de offertes van twee gespecialiseerde onderaannemers die verzoekende partij voorlegt als stuk, evenals in het schrijven van nv Verhaeren & Co van 10 mei 2012 en de bijgevoegde offerte

van haar onderaannemer.

In voorliggend geval lijkt het dat verwerende partij geconfronteerd met het schrijven van nv Verhaeren & Co van 10 mei 2012 en voormelde extreme prijsverschillen niet, zonder de grenzen van een zorgvuldige beoordelingsbevoegdheid te buiten te gaan, mocht nalaten dienaangaande een prijsonderzoek te voeren.

Uit geen enkel gegeven van het administratief dossier blijkt dat verwerende partij dergelijk onderzoek heeft gevoerd.

Evenmin blijkt uit enig stuk van het administratief dossier dat verwerende partij geoordeeld zou hebben dat dergelijk onderzoek niet nodig was of dat niet besloten diende te worden tot onregelmatigheid van de offerte omdat het slechts zou gaan om posten van gering belang.

Ook de argumentatie van tussenkomende partij in ondergeschikte orde dat de belastingsproef naar alle waarschijnlijkheid niet zal worden uitgevoerd en dat het haar om die reden toegelaten zou zijn om een symbolische prijs op te geven, lijkt niet te kunnen worden aanvaard. In de eerste plaats kan immers worden vastgesteld dat tussenkomende partij zichzelf manifest tegenspreekt nu zij in haar schrijven van 10 mei 2012 aangegeven heeft dat zij beoogde in te schrijven voor een bedrag van 26.250 euro, wat geenszins als een symbolische prijs kan worden beschouwd. Daarnaast valt op te merken dat in het arrest nr. 218.182 van 23 februari 2012 de aanbestedende overheid, in tegenstelling tot wat *in casu* het geval is, de betrokken inschrijver een prijsverantwoording had gevraagd m.b.t. de schijnbaar abnormaal lage eenheidsprijs en vervolgens de prijsverantwoording had aanvaard.

29. Ten slotte blijkt evenmin dat verwerende partij in het licht van voormeld schrijven van nv Verhaeren & Co van 10 mei 2012 de technische conformiteit van de offerte van de gekozen inschrijver op het vlak van de te leveren

borstweringen heeft onderzocht, noch of dergelijke afwijking al dan niet als een afwijking van een essentiële besteksbeplating dient te worden beschouwd.

In voormeld schrijven van 10 mei 2012 erkent nv Verhaeren & Co nochtans uitdrukkelijk dat zij in haar oorspronkelijke offerte voor al de posten m.b.t. de levering van de leuningens prijs heeft opgegeven voor de goedkopere leuning, zoals tevens blijkt uit de offerte van onderaannemer ITA die zij bij haar schrijven van 10 mei 2012 voegt.

Zoals gezegd blijkt, in tegenstelling tot wat tussenkomende partij voorhoudt, uit dit schrijven geenszins dat verzoekende partij zich niet op deze beweerde vergissing wenst te beroepen nu zij verwerende partij uitdrukkelijk verzoekt om bij de beoordeling van de offerte rekening te houden met deze rechtzetting.

Daarbij dient erop gewezen te worden dat een verbetering van een offerte er hoe dan ook niet toe mag leiden dat een onregelmatige offerte wordt geregulariseerd.

Ten slotte dient vastgesteld te worden dat door verwerende partij in de bestreden beslissing evenmin verwezen wordt naar artikel 87 van het koninklijk besluit van 10 januari 1996.

30. Verwerende partij lijkt dan ook tekort gekomen te zijn aan haar zorgvuldigheids- en motiveringsplicht. Nu met betrekking tot voormelde posten geen prijsonderzoek, noch onderzoek naar de technische regelmatigheid werd gevoerd, staat bovendien niet vast dat de opdracht werd toegewezen aan de laagste regelmatige inschrijver.

Het middel is in de besproken mate ernstig.

31. In de mate tussenkomende partij nog opwerpt dat het tweede en

derde onderdeel van het enig middel onontvankelijk zouden zijn omdat verzoekende partij er geen belang bij zou hebben om het niet verbeteren van de meetstaat van nv Verhaeren & Co te bestrijden, valt op te merken dat deze exceptie de inhoud van het tweede en derde onderdeel van het enig middel miskent. Deze onderdelen hebben als dusdanig immers in de eerste plaats betrekking op het feit dat verwerende partij met betrekking tot voormelde posten geen prijsonderzoek, noch onderzoek naar de technische regelmatigheid heeft gevoerd.

32. Voorts is er geen reden om tevens te besluiten tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de impliciete weigeringsbeslissing de opdracht aan verzoekende partij te gunnen, nu de hiervoor vastgestelde schending enkel betrekking heeft op een schending van de zorgvuldigheidsverplichting en materiële motiveringsplicht in hoofde van de aanbestedende overheid, waarbij de uitkomst van een eventueel nieuw, ditmaal zorgvuldig, onderzoek bij voorbaat niet vaststaat.

## **BESLISSING**

**1. Het verzoek van de nv Verhaeren & C° tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.**

**2. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 18 juli 2012 van de raad van bestuur van de nv van publiek recht INFRABEL om de opdracht “Lijn 50A. Vernieuwen van 5 bruggen te Wetteren, Sint-Lievens-Houtem en Erpe-Mere” (bestek nr. 57/53/3/10/003) te gunnen aan de nv VERHAEREN & Co. voor een totale inschrijvingsprijs van 3.999.391,46 euro, btw niet inbegrepen.**

**3. De Raad van State verwerpt de vordering voor het overige.**

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 13 augustus 2012, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

|                  |                        |
|------------------|------------------------|
| Johan Bovin,     | waarnemend voorzitter, |
|                  | staatsraad,            |
| bijgestaan door  |                        |
| Bram Van Thillo, | griffier.              |

**De griffier**

**De voorzitter**

**Bram Van Thillo**

**Johan Bovin**