

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 221.198 van 25 oktober 2012
in de zaak A. 206.468/XII-7084**

In zake: de NV STADSBADER
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bettina Poelemans
kantoor houdend te 9051 Gent
MG Building II
Kortrijksesteenweg 1144 G
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD ANTWERPEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Gitte Laenen
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV DE CLERCQ AANNEMINGEN BOUW EN
WEGENWERKEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Christophe Lenders
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 27
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 26 september 2012, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van de stad Antwerpen van 7 september 2012, waarbij werd beslist om

de offerte van [de nv Stadsbader] voor de overheidsopdracht voor aanneming van werken ‘District Merksem - Burgemeester Jozef Nolfplein, riolerings- en bestratingswerken’ onregelmatig te verklaren en de opdracht niet aan haar te gunnen en deze opdracht wel te gunnen aan de nv D.C.A. [...] voor een bedrag van € 2.770.256,53 inclusief btw”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 8 oktober 2012 heeft de nv De Clercq Aannemingen Bouw en Wegenwerken gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 18 oktober 2012, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Bettina Poelemans, die verschijnt voor verzoekende partij, advocaten Els Gypen en Johan Geerts, die loco advocaat Gitte Laenen verschijnen voor verwerende partij, en advocaat Christophe Lenders, die verschijnt voor tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Ines Martens heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. Op 9 maart 2012 keurt het college van burgemeester en schepenen van de stad Antwerpen een bestek goed voor een opdracht voor de

uitvoering van werken “District Merksem - Burgemeester Jozef Nolfplein, riolering- en bestratingswerken”. Het betreft een aanneming van werken die wordt gegund met een openbare aanbesteding. De waarde van de opdracht wordt geraamd op 2.868.631,56 euro, btw niet inbegrepen.

3.2. De opdracht wordt aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen van 14 maart 2012.

3.3. Met betrekking tot de prijsbepaling is volgens het bestek nr. GAC/2012/1118 (SWOU007299) de opdracht een gemengde opdracht.

3.4. De openingszitting vindt plaats op 20 april 2012. Er worden 10 offertes ingediend. Verzoekende partij dient de laagste offerte in voor een bedrag van 2.239.065,47 euro, de gekozen inschrijver dient de tweede laagste offerte in voor een bedrag van 2.378.116,86 euro.

3.5. Bij brief van 30 april 2012 vraagt verwerende partij aan verzoekende partij een prijsverantwoording voor een aantal posten. Zij stelt:

“Bij nazicht van de offerte blijkt dat een aantal van uw inschrijvingsprijzen abnormale afwijkingen vertonen ten opzichte van de overige inschrijvers. Om uw offerte te kunnen aanvaarden en om alle ingediende offertes correct te kunnen vergelijken vragen wij u, per kerend aangetekend schrijven, uw inschrijvingsprijzen te motiveren voor volgende posten:

- Post 39 ‘Meerprijs voor afvoer en verwerking van gronden die noch als bodem, noch in of als bouwstof bruikbaar is (code 919)’;
- Post 48 ‘Meerprijs voor afvoer en verwerking van gronden die noch als bodem, noch in of als bouwstof bruikbaar is, op plaatsen waar grondverbetering wordt toegepast (code 919)’;
- [...]
- Post 254 ‘Meerprijs voor afvoer en verwerking van gronden die noch als bodem, noch in of als bouwstof bruikbaar is (code 919);
- [...]

Rekening houdend met artikel 110, §3 en §4 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken verzoeken wij u om een verantwoording te verstrekken binnen 12 kalenderdagen”.

3.6. Bij brief van 10 mei 2012 bezorgt verzoekende partij een prijsverantwoording. Met betrekking tot de posten 39, 48 en 254 “Meerprijs voor afvoer en verwerking van gronden die noch als bodem, noch in of als bouwstof bruikbaar is, code 919” wijst verzoekende partij er op dat in haar offerte kennelijk een materiële vergissing is geslopen wat betreft de geboden eenheidsprijs per m³ voor deze “meerprijs voor afvoer en verwerking van deze gronden code 919”, voor de drie posten, die niet de geboden 3,06 euro/m³ bedraagt maar wel 30,60 euro/m³. De werkelijke eenheidsprijs van 30,60 euro/m³ wordt nader gedetailleerd verantwoord in de prijsverantwoording, zulks onder de verbetering van post 39..

Verzoekende partij verzoekt verwerende partij dan om voor deze drie posten de kennelijk materiële fout die in haar offerte was geslopen, te verbeteren conform de vigerende wetgeving ter zake.

3.7. Op 9 augustus 2012 wordt een gunningsverslag opgesteld. Met betrekking tot het administratief nazicht van de offertes wordt in het gunningsverslag vastgesteld dat de offerte van verzoekende partij niet voldoet:

“4. Administratief en technisch nazicht van de offertes van geselecteerde kandidaten

Vereiste documenten en attesten

Veiligheids- en gezondheidsplan
[...]

Samenvatting administratief nazicht (vereisten waaraan de offertes moeten voldoen)

N r.	Naa m	Behoorl. ingevuld	gevolm achtigd e	Off.form .conform	Off.for m.onder t.	Mee tstaa t conf orm	Mee tstaa t onde rt.	V GP we rk w	V GP pri jsb .
1	Stads bader nv	OK	OK	OK	OK	OK	OK	Ni et O K	Ni et O K
2	DCA nv	OK	OK	OK	OK	OK	OK	O K	O K
3	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

Technisch nazicht van de offertes
Verbetering rekenfouten, materiële fouten,...

Nr.	Naam	
1	Stadsbader nv	De inschrijver maakte in zijn meetstaat een verkeerde berekening voor het btw bedrag. Dit maakt een verschil in het totaalbedrag. In plaats van €2.636.575,13 bedraagt de totaalprijs bij rechtzetting dan €2.709.269,22.
[...]	[...]	[...]

Nazicht abnormale eenheidsprijzen en totale offerteprijzen

Berekening gemiddelde Offerteprijs op basis van:
Laagste Offerteprijs NIET meegerekend
Percentage hoogste Offerteprijzen NIET meegerekend 25,00% (Afgerond naar boven)
Maximale Afwijking: 15,00%
Enkel abnormaal LAGE prijzen
Dit geeft een GEMIDDELDE van: €2.478.385,52
Dit geeft een MINIMUM van €2.106.627,69
Er werden geen abnormale totale offerteprijzen vastgesteld

Stadsbader

Bij het technisch nazicht van Stadsbader nv bleek dat onderstaande posten abnormale afwijkingen vertoonden ten opzichte van de overige inschrijvers:

- Post 39 'Meerprijs voor afvoer en verwerking van gronden die noch als bodem, noch in of als bouwstof bruikbaar is (code 919)';
- Post 48 'Meerprijs voor afvoer en verwerking van gronden die noch als bodem, noch in of als bouwstof bruikbaar is, op plaatsen waar grondverbetering wordt toegepast (code 919);
- [...]
- Post 254 'Meerprijs voor afvoer en verwerking van gronden die noch als bodem, noch in of als bouwstof bruikbaar is (code 919)';
- [...].

Op 3 mei 2012 werd voor deze posten een prijsverantwoording gevraagd aan de firma Stadsbader.

De firma bezorgde ons haar verantwoording op 14 mei.

Voor post 39 — meerprijs voor afvoer en verwerking van gronden die noch als bodem, noch in of als bouwstof bruikbaar is (code 919)— stelt deze

inschrijver dat ze na onderzoek van de ingediende offerte tot de vaststelling is gekomen dat ze een materiële vergissing hebben begaan. De eenheidsprijs dient ingevolge de toelichting €30,60 te bedragen en niet €3,06. Stadsbader vraagt om de offerteprijs overeenkomstig deze fout te corrigeren. Dezelfde argumentatie wordt aangewend voor posten 48 en 254.

De verantwoording wordt door de aanbestedende overheid niet aanvaard. Overeenkomstig artikel 99 van het Koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten, kunnen inschrijvers zich niet beroepen op mogelijke vormgebreken, fouten of leemten in hun offerte. Door de erkenning van een fout in de offerte, bevestigt Stadsbader de abnormaliteit van de ingediende prijs. Zie ook David D’Hooghe, de gunning van overheidsopdrachten 9.I, kanttekening 1466 met bijhorende verwijzing naar enkele arresten van de Raad van State: ‘ De verantwoording dat een rekenfout kleeft aan de prijs vormt geen afdoende verantwoording en is gelijk te stellen met een loutere erkenning van de abnormale prijs (206)’.
[...]

Besluit van het administratief en technisch nazicht van de offertes

De volgende offerte wordt door het bestuur als onregelmatig beschouwd omdat eventuele onregelmatigheden essentieel zijn:

Nr.	Naam	Motivering
1	Stadsbader nv	Op basis van de verstrekte prijsverantwoording wordt de inschrijver geweerd op basis van abnormale eenheidsprijzen. Tevens is de inschrijving onregelmatig met betrekking tot het veiligheids- en gezondheidsplan. Er werd een V&G-plan toegevoegd dat naar het specifieke project verwijst. De projectaanpak wordt toegelicht op basis van een algemene opsplitsing in deelstappen van wegeniswerken zonder een verwijzing naar de eigenheid van het project. In het V&G-plan wordt verder verwezen naar een risicoanalyse per deelstap. In het betreffende document is er op pagina 10/26 geen aanduiding van de deelstappen die door de inschrijver worden weerhouden. Het is bijgevolg niet duidelijk welke preventiemaatregelen zijn voorzien. Verder is er geen toelichting omtrent de kosten die voorzien zijn voor de specifieke preventiemaatregelen. Er is enkel sprake van een budget voor algemene en bijzondere preventiemaatregelen ten belope van 1 % van de aannemingsom. Overeenkomstig de omzendbrief van 27 december 2007 betreffende de tijdelijke of mobiele bouwplaatsen — veiligheids- en gezondheidsplan — praktische richtlijnen met betrekking tot documenten die in toepassing van artikel 30, tweede lid, van het koninklijk besluit van 25 januari 2001 betreffende de tijdelijke of mobiele bouwplaatsen bij de offerte moeten worden gevoegd, kan de

		<p>vermelding van een percentage van het totale offertebedrag worden aanvaard indien het niet mogelijk is om een meer gedetailleerde prijsberekening te maken (punt 2.2 van deze omzendbrief). De opgegeven prijsberekening volgens 1% van de aannemingssom wordt door het bestuur niet aanvaard, aangezien het indienen van een gedetailleerde berekening voor deze opdracht beslist mogelijk is.</p> <p>Conclusie: er geen preventiemaatregelen voorzien noch werd in detail prijs opgegeven voor de verschillende preventiemaatregelen. De inschrijver wordt geweerd.</p>
--	--	--

”.

In het gunningsverslag wordt dan voorgesteld:

“Op grond van de kwalitatieve selectie van de inschrijvingen, het administratief en technisch nazicht van de offertes en de vergelijking van de offertes gemaakt in de voorgaande punten, stelt de ontwerper voor om de opdracht te gunnen aan de firma met de laagste regelmatige offerte, zijnde DCA nv, Lilsedijk 50 te 2340 Beerse, tegen het nagerekende inschrijvingsbedrag van € 2.378.116,86 excl. btw of €2.770.256,53 incl. btw (17,69% minder dan de raming)”.

3.8. Op 7 september 2012 beslist het college van burgemeester en schepenen om de opdracht te gunnen aan de nv De Clercq Aannemingen Bouw en Wegenwerken voor een bedrag van 2.770.256,53 euro, btw inbegrepen. Het college overweegt:

“Argumentatie

Inzake de kwalitatieve selectie werden alle inschrijvers geschikt bevonden. De offertes werden door de gemeenschappelijke aankoopcentrale administratief nagezien. De offertes van volgende inschrijvers werden onregelmatig bevonden:

- Stadsbader nv

Bij het technisch nazicht van de offerte werden verschillende posten als mogelijk abnormaal beschouwd.

[...]

Op basis van de verstrekte prijsverantwoording wordt de inschrijver geweerd omwille van abnormale eenheidsprijzen.

[...]

Tevens is de inschrijving onregelmatig met betrekking tot het veiligheids- en gezondheidsplan (VGP)”.

Dit is de bestreden beslissing.

3.9. Bij brief van 11 september 2012 deelt verwerende partij aan de gekozen inschrijver mee dat de opdracht aan haar wordt gegund.

Bij brief en e-mailbericht van 11 september 2012 wordt aan verzoekende partij meegedeeld dat de opdracht niet aan haar wordt gegund. Tevens wordt in bijlage de gemotiveerde gunningsbeslissing bezorgd.

3.10. Bij e-mailbericht van 12 september 2012 vraagt verzoekende partij een kopie van het besluit van het advies van ABESCO (de veiligheidscoördinator) en van het verslag van nazicht van de offertes, waarnaar wordt verwezen in de bestreden beslissing.

Bij mailbericht en brief van 13 september 2012 worden de gevraagde documenten aan verzoekende partij gezonden.

IV. Tussenkomenst

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

V. De schorsingsvoorwaarden

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

5.2. 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.

Dit artikel 65/15 is krachtens artikel 65/31 van de wet van 24 december 1993 ook toepasselijk op de opdrachten die de Europese drempels niet bereiken.

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

VI. Onderzoek van het enige middel

Uiteenzetting

6. Verzoekende partij steunt een enig middel op:

“de schending van artikel 15 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten van aanneming van werken, leveringen en diensten; schending van artikel 110, §2 en artikel 110, §3 van het KB van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken; schending van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid van het algemeen beginsel waardoor elke overheid verplicht wordt haar beslissing op deugdelijke gronden te motiveren/ de

materiële motiveringsplicht, van het zorgvuldigheidsbeginsel, van het redelijkheidsbeginsel en van het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*”.

Het middel wordt onderverdeeld in twee onderdelen.

7. In een eerste onderdeel voert verzoekende partij aan dat haar offerte ten onrechte onregelmatig werd verklaard op grond van beweerde abnormale prijzen van de posten 39, 48 en 254.

Verzoekende partij is van oordeel dat verwerende partij op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel eerst toepassing had moeten maken van artikel 111 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 op grond waarvan de aanbestedende overheid, alvorens de aannemer aan te wijzen, de rekenfouten en kennelijk materiële fouten in de offerte verbetert, en daartoe de werkelijke bedoeling van de inschrijver nagaat met alle middelen. Verzoekende partij meent dat de Raad van State reeds in die zin oordeelde, ongeacht of de inschrijver de aanbestedende overheid al dan niet zelf in kennis heeft gesteld van de begane kennelijk materiële fout.

Het bestaan van een kennelijk materiële fout en/of de werkelijke bedoeling van de inschrijver kan blijken uit de door verzoekende partij verstrekte prijsverantwoording. De werkelijke bedoeling van verzoekende partij blijkt duidelijk uit de door verzoekende partij verstrekte prijsverantwoording, in het bijzonder bladzijde 1/14 waar verzoekende partij zeer gedetailleerd en met verwijzing naar de bijgevoegde stavingstukken heeft aangetoond dat de werkelijke eenheidsprijs voor de “meerprijs voor afvoer en verwerking van gronden die noch als bodem, noch in of als bouwstof bruikbaar is code 919” in haar offerte 30,60 euro/m³ dient te zijn en niet de per kennelijk materiële vergissing in aanmerking genomen vermelde eenheidsprijs van 3,06 euro/m³.

Verzoekende partij wijst er ook op dat verwerende partij in de bestreden beslissing deze eenheidsprijs van 30,60 euro/m³ niet betwist, wat niet zou verwonderen omdat dit een normale en gangbare prijs is zoals zou moeten blijken uit een vergelijking met de eenheidsprijzen van de overige inschrijvers.

Aangezien de bedoeling van verzoekende partij overduidelijk zou blijken uit de prijsverantwoording en aangezien de eenheidsprijs ongetwijfeld vergelijkbaar is met die van de overige inschrijvers blijkt dat verzoekende partij ter zake een kennelijk materiële fout heeft begaan in de zin van artikel 111 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996. Verzoekende partij wijst er ook op dat een dergelijke fout ten gevolge van een verschrijving door de Raad van State reeds eerder aanvaard werd als een kennelijk materiële fout.

Op grond van de toelichting gegeven voor verzoekende partij in haar prijsverantwoording beschikte verwerende partij ook over alle gegevens om de correcte prijs voor de posten 39, 48 en 254 te berekenen, aangezien verzoekende partij die ook duidelijk en gedetailleerd berekend heeft weergegeven in haar prijsverantwoording op pagina 1/14 tot 10/14. Mits het verbeteren van de materiële fout in de offerte van verzoekende partij, verhoogt de prijs met 64.685,59 euro en bedraagt de totale inschrijvingsprijs van verzoekende partij 2.303.751,06 euro, btw niet inbegrepen, en blijft zij aldus nog steeds de laagste inschrijver.

Verwerende partij zou niet kunnen verwijzen in de bestreden beslissing naar een citaat uit een handboek aangezien de daarin vermelde arresten enkel betrekking hebben op door inschrijvers gegeven prijsverantwoordingen, waarin zij zich enkel beroepen op een rekenfout zonder meer, zonder enige nadere uitleg of rechtvaardiging voor die rekenfout te geven en waarbij deze inschrijvers niettemin bevestigen de betreffende foutief berekende prijs zonder meer te handhaven. In geen van de daar vermelde arresten beroepen de inschrijvers zich op een kennelijk materiële fout – verschrijving van de komma in de eenheidsprijs - die in de offerte is geslopen en waarvan ze verbetering vragen op grond van artikel 111 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, zoals te dezen het geval is.

Wat de verwijzing betreft in de betreden beslissing naar artikel 99 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 wijst verzoekende partij er op dat de Raad van State reeds oordeelde dat het feit dat een inschrijver overeenkomstig dat artikel zich niet kan beroepen op mogelijke vormgebreken, fouten of leemten in zijn offerte, niet betekent dat een inschrijver die zich realiseert dat zijn offerte behept is met een kennelijke materiële fout, de aanbestedende overheid niet mag wijzen op de begane vergissing en om toepassing vragen van

artikel 111 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, wat verzoekende partij te dezen heeft gedaan.

Verzoekende partij meent voorts dat de overweging dat een “eenheidsprijs die nadien per vergissing blijkt te zijn opgegeven”, de concurrentie vervalst en de gelijke benadeling van de inschrijvers in gevaar brengt, geen deugdelijk motief vormt. Artikel 111 van het koninklijk besluit van 8 januari beoogt net de rekenfouten en kennelijk materiële fouten in de offertes te verbeteren opdat de offertes correct en op gelijke basis zouden kunnen worden vergeleken. De overweging in de bestreden beslissing dat verzoekende partij tijdens de uitvoering van de opdracht zou kunnen opwerpen dat er geen akkoord bestaat over de prijzen en zodoende een hogere prijs zou kunnen eisen, is manifest onjuist. Nu verzoekende partij zelf vraagt de eenheidsprijs aan te passen, ziet men niet in hoe zij lopende de uitvoering nog zou kunnen aanvoeren dat er geen akkoord bestaat over de kwestieuze eenheidsprijs.

8. Het tweede onderdeel van het middel betreft het veiligheids- en gezondheidsplan.

Beoordeling

9. Bij het nazicht van de offertes stelde verwerende partij vast dat er weliswaar geen abnormale totaalprijzen waren, maar uit het technisch nazicht van de offerte van verzoekende partij bleek dat een aantal posten abnormale afwijkingen vertoonden ten opzichte van de overige inschrijvers. Vervolgens vroeg verwerende partij aan verzoekende partij een prijsverantwoording voor een aantal posten, onder meer voor posten 39, 48 en 254, op grond van artikel 110, § 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken’.

Bij nazicht van blijkbaar abnormaal lage prijzen overeenkomstig artikel 110, § 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 beschikt de aanbestedende overheid over een ruime discretionaire bevoegdheid om de in dat artikel bedoelde verantwoordingen al dan niet te aanvaarden. Bijgevolg 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. Dit vereist onder meer dat het onderzoek door de aanbestedende overheid moet gebeuren met inachtneming van de zorgvuldigheidssplicht.

10. In de bestreden beslissing wordt omtrent het prijsonderzoek het volgende overwogen:

“Bij het technisch nazicht van de offerte werden verschillende posten als mogelijk abnormaal beschouwd. Op 3 mei 2012 werd voor deze posten verantwoording gevraagd aan de firma. De verantwoording werd tijdig verstrekt.

Voor post 39— meerprijs voor afvoer en verwerking van gronden die noch als bodem, noch in of als bouwstof bruikbaar is (code 919)— stelt de inschrijver dat ze na onderzoek van de ingediende offerte tot de vaststelling is gekomen dat ze een materiële vergissing hebben begaan. De eenheidsprijs dient ingevolge de toelichting €30,60 te bedragen en niet €3,06. Stadsbader vraagt om de offerteprijs overeenkomstig deze fout te corrigeren. Dezelfde argumentatie wordt aangewend voor posten 48 en 254.

Deze verantwoording wordt door de aanbestedende overheid niet aanvaard. Door de erkenning van een fout in de offerte, bevestigt Stadsbader de abnormaliteit van de ingediende prijs. Zie ook David D’Hooghe, de gunning van overheidsopdrachten 9.1, kanttekening 1466 met bijhorende verwijzing naar enkele arresten van de Raad van State: ‘De verantwoording dat een rekenfout kleeft aan de prijs vormt geen afdoende verantwoording en is gelijk te stellen met een loutere erkenning van de abnormale prijs (206)’.

Ook artikel 99 van het Koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten bepaalt dat inschrijvers zich niet kunnen beroepen op mogelijke vormgebreken, fouten of leemten in hun offerte.

Op basis van de verstrekte prijsverantwoording wordt de inschrijver geweerd omwille van abnormale eenheidsprijzen. De aanbestedende overheid is verplicht de offerte te weren. Een eenheidsprijs die nadien per vergissing blijkt te zijn opgegeven, vervalst de concurrentie en brengt bijgevolg de gelijke behandeling van de inschrijvers in het gevaar. Ook tijdens de uitvoering van de opdracht zou de inschrijver kunnen opwerpen dat er geen akkoord bestaat over de prijzen en zodoende een hogere prijs eisen”.

In haar prijsverantwoording had verzoekende partij er op gewezen dat zij tot de vaststelling was gekomen dat er voor de posten 39, 48 en 254 een “materiële vergissing” was geslopen in de prijzen en dat zij voor de meerprijs voor het storten van gronden die noch als bodem, noch in of als bouwstof bruikbaar zijn (code 919) ten onrechte een prijs van 3,06 euro/m³ had opgegeven, daar waar dit 30,60 euro/m³ had moeten zijn.

Op het eerste gezicht kan uit de prijsverantwoording waarin verzoekende partij zelf aangeeft dat de opgegeven prijs geen correcte prijs is en verbeterd dient te worden, aldus worden afgeleid dat de opgegeven prijzen voor de posten 39, 48 en 254 aldus niet correct zijn, in zoverre voor post 39 een prijs van 4.106,27 euro wordt opgegeven – nu verbeterd naar 41.004 euro - , voor post 48 een prijs van 3,06 euro/m³ - nu verbeterd naar 30,60 euro/m³ en voor post 254 een prijs van 20.039,15 euro – nu verbeterd naar 35.489,09 euro. Verwerende partij kon dan ook terecht overwegen in de bestreden beslissing “door de erkenning van een fout in de offerte, bevestigt Stadsbader de abnormaliteit van de ingediende prijs”, in zoverre verwerende partij de verbetering van de prijzen niet aanvaardde.

Verzoekende partij meent echter dat op grond van de berekeningen in de prijsverantwoording duidelijk bleek dat het om een “materiële vergissing” ging waarop zij de aanbestedende overheid opmerkzaam had gemaakt en die de aanbestedende overheid aldus had moeten verbeteren, zoals bepaald in artikel 111 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996. In dat geval zou er dan na verbetering geen sprake meer geweest zijn van abnormale prijzen.

11. Artikel 111 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen diensten en de concessies voor openbare werken’ bepaalt:

“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.

Indien de aanbestedende overheid rechtstreeks fouten verbetert in een via elektronische middelen opgestelde offerte, bewaart zij de oorspronkelijke versie van de offerte en ziet zij erop toe dat haar rechtzettingen duidelijk identificeerbaar zijn, terwijl ook de oorspronkelijke gegevens zichtbaar moeten blijven. Zij ondertekent haar rechtzettingen of de aangepaste versie via elektronische middelen die voldoen aan artikel 81^{quater}".

Het bedoelde artikel 111 biedt de aanbestedende overheid de mogelijkheid, bij een aanbesteding, "rekenfouten" en "kennelijk materiële fouten" dit wil zeggen fouten waaromtrent nauwelijks discussie mogelijk is, te verbeteren.

Met verwerende partij dient te worden vastgesteld dat te dezen geen dergelijke fout lijkt voor te liggen. Uit de achterliggende berekening die door verzoekende partij in haar prijsverantwoording wordt aangebracht voor de posten 39, 48 en 254, blijkt dat zij tot de eenheidsprijs van post 48 komt door de prijs die een onderaannemer aanrekent als storkosten voor het verwerken van grond die voldoet aan de milieu-hygiënische code 919, namelijk 43,75 euro/m³ te vermindern met de prijs voor de storkost van grond die wel als bodem of bouwstof kan worden gebruikt. Geen van deze beide prijzen kwam als zodanig reeds voor in de meetstaat van haar offerte. Ter verantwoording van de prijs van 43,75 euro/m³ brengt verzoekende partij weliswaar in haar prijsverantwoording een offerte bij van een onderaannemer. Deze offerte van onbekende datum werd echter niet gevoegd bij de offerte van verzoekende partij. De betrokken eenheidsprijs voor "meerprijs voor afvoer en verwerking van gronden die noch als bodem, noch in of als bouwstof bruikbaar is, code 919" komt ook op geen enkele andere plaats in de meetstaat voor, noch is deze volledig samengesteld uit andere eenheidsprijzen die voorkomen in de meetstaat.

Aldus lijkt op het eerste gezicht niet te moeten worden aangenomen dat verwerende partij uit de in de meetstaat opgenomen gegevens, de bij de offerte gevoegde documenten en vervolgens de gegeven prijsverantwoording, enkel had kunnen afleiden dat voor de post 48 per vergissing een verkeerde eenheidsprijs werd opgegeven die ook zijn weerslag had op de posten 39

en 254 en dat het aldus met zekerheid een vergissing betrof waarvan ter gelegenheid van de prijsverantwoording de verbetering kon worden gevraagd met toepassing van artikel 111 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996. Zoals verwerende partij aangeeft, wees zij er in de bestreden beslissing op dat een eenheidsprijs die nadien per vergissing blijkt te zijn opgegeven, de concurrentie vervalst en de gelijke behandeling tussen de inschrijvers in gevaar brengt. Zoals verwerende partij terecht lijkt aan te geven in haar nota, zou het al te gemakkelijk zijn voor een inschrijver een abnormaal lage prijs op te geven om deze na opening van de offertes en na kennisname van de overige inschrijvingsprijzen, in het kader van een prijsverantwoording te corrigeren op zodanige wijze dat de prijs niet langer abnormaal laag is, maar laag genoeg om de betrokken opdracht in de wacht te slepen. Het gegeven dat de verbeterde prijs vergelijkbaar zou zijn met de prijzen van de andere inschrijvers, doet hieraan niets af, los van de vraag of deze prijs inderdaad vergelijkbaar is.

12. Voorts dient de aanbestedende overheid bij de verbetering van rekenfouten of kennelijk materiële fouten rekening te houden “met de werkelijke bedoeling van de inschrijvers” en gaat zij deze na “met alle middelen”.

Die verplichting tot verbetering van de offerte lijkt echter niet absoluut. Artikel 111, derde lid, bepaalt dat “Indien de bedoeling niet duidelijk is” de aanbestedende overheid, “hetzij kan beslissen dat de geboden eenheidsprijzen geldig zijn, hetzij de twijfelachtig bevonden offerte als onregelmatig verwerpen”.

Te dezen oordeelde verwerende partij enerzijds dat op grond van artikel 99 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 inschrijvers zich niet kunnen beroepen op mogelijke vormgebreken, fouten of leemten in hun offerte. Uit deze bepaling lijkt op het eerste gezicht te kunnen worden afgeleid dat het in de eerste plaats de verantwoordelijkheid is van de inschrijver om in zijn offerte correcte gegevens te vermelden, en dus correcte prijzen. Zoals verzoekende partij aangeeft lijkt dit artikel er echter niet aan in de weg staan dat de aanbestedende overheid op grond van artikel 111 van het zelfde koninklijk besluit een rekenfout of kennelijk materiële fout zou verbeteren die door de inschrijver zelf werd gemeld. Het komt echter aan de aanbestedende overheid toe te oordelen of zij die

vergissing verbetert of niet, weze het dat deze beoordeling wettig moet zijn en gegrond op deugdelijke motieven.

Zoals gezegd is verwerende partij echter te dezen in de bestreden beslissing van oordeel dat een eenheidsprijs die nadien per vergissing blijkt te zijn opgegeven, de concurrentie vervalst en de gelijke behandeling tussen de inschrijvers in gevaar brengt. Uit deze overweging lijkt op het eerste gezicht te kunnen worden afgeleid dat verwerende partij haar twijfels had bij de bedoeling van de inschrijver wat de oorspronkelijk opgegeven prijs betreft en de nadien gegeven prijsverantwoording. Verwerende partij kon overigens, zo lijkt het, uit de meetstaat en de bij de offerte gevoegde documenten niet afleiden dat voor de post 48 per vergissing een verkeerde eenheidsprijs werd opgegeven die ook nog eens een weerslag had op de posten 39 en 254 en wat die eenheidsprijs dan wel diende te zijn. Hierbij moet ook worden opgemerkt dat door de verduidelijking die verzoekende partij te dezen heeft gegeven in haar prijsverantwoording de door haar geboden prijs werd beïnvloed. De inschrijvprijs werd namelijk hoger, terwijl de verduidelijking werd gegeven na de opening van de offertes en dus op een moment dat verzoekende partij reeds kennis kon hebben van de totaalprijs van de andere inschrijvers. Het lijkt op het eerste gezicht dan ook niet absoluut te kunnen worden uitgesloten dat zij haar prijs zou hebben kunnen aanpassen in functie van de overige inschrijvprijzen. Het bieden van een dergelijke mogelijkheid aan verzoekende partij zou de gelijkheid onder de inschrijvers ernstig in het gedrang hebben kunnen brengen, gelet ook op het feit dat de procedure van openbare aanbesteding werd gevolgd waarbij de prijs het enige gunningscriterium is.

13. Rekening houdend met hetgeen voorafgaat lijkt niet aangetoond dat de aanbestedende overheid bij haar beoordeling in de bestreden beslissing de perken van de redelijkheid te buiten ging door de beweerde vergissing niet te verbeteren en de offerte aldus te weigeren op grond van abnormale eenheidsprijzen. Op het eerste gezicht lijkt het evenmin aangetoond dat deze beslissing niet steunt op voldoende draagkrachtige motieven, dat ze besteksbepalingen zou hebben geschonden of de in het middelonderdeel vermelde rechtsbepalingen.

Het eerste onderdeel van het enig middel is niet ernstig.

14. Door deze vaststelling lijkt verzoekende partij dan ook niet meer over het vereiste belang te beschikken bij het tweede onderdeel van haar middel, aangezien het eerste onderdeel van haar middel, waarbij zij kritiek uitte op de motivering van de beslissing tot onregelmatigverklaring op grond van abnormale prijzen niet ernstig werd bevonden. De offerte van verzoekende partij kon aldus, zo lijkt het, alleen al op deze grond terecht onregelmatig worden verklaard.

VII. Besluit

15. Het enige middel is niet als ernstig aan te merken. Die vaststelling volstaat om de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid te verwerpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv De Clercq Aannemingen Bouw en Wegenwerken tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

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

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 25 oktober 2012, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest