

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

**nr. 224.305 van 9 juli 2013
in de zaak A. 209.156/XII-7390**

In zake: de NV ARTES ROEGIERS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Carlos De Wolf en Anthony Verheggen
kantoor houdend te 9680 Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de REGIE DER GEBOUWEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D’Hooghe en Filip Lahaye
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV DENYS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Wouter Neven en Jens Debièvre
kantoor houdend te 1000 Brussel
Havenlaan 86c b113
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 13 juni 2013, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de gunningsbeslissing van [de Regie der Gebouwen], waarvan [de nv Artes Roegiers] kennis kreeg bij aangetekend schrijven d.d. 30 mei 2013, om de opdracht voor aanneming van werken ‘Koninklijk Museum Midden Afrika – Moderniseren,

restaureren en aanpassen aan de 21^{ste} eeuw van de infrastructuur en zijn omgeving’, te gunnen aan de nv Denys”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 24 juni 2013 heeft de nv Denys gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 5 juli 2013, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Anthony Verheggen, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat David D’Hooghe, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Sofie Verlinden, die loco advocaten Wouter Neven en Jens Debièvre verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Luc Vermeire 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. Verwerende partij schrijft een openbare aanbesteding uit voor een opdracht voor aanneming van werken, in de aankondiging genoemd “Tervuren Koninklijk Museum Midden Afrika: Moderniseren, restaureren en aanpassen aan de 21^{ste} eeuw van de infrastructuur en zijn omgeving”.

Blijkens het analyseverslag van de offertes, bedraagt de geraamde waarde van de opdracht (na correctie terechtwijzend bericht nummer 9) 61.371.986,88 euro, btw inbegrepen.

3.2. De aankondiging van de opdracht wordt op 7 en – verbeterd – op 8 augustus 2012 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en op 10 augustus 2012 in het Publicatieblad van de Europese Unie.

3.3. De offertes worden geopend op 25 oktober 2012, waarbij er zeven offertes blijken te zijn ingediend, waaronder deze van verzoekende partij en verzoekende partij tot tussenkomst.

De bij opening voorgestelde prijzen zijn blijkens de tabel in het analyseverslag:

“

Inschrijver	Woonplaats	Bedrag (excl. BTW)	Bedrag (incl. BTW)
→ NV DENYS	Wondelgem	<u>34.459.901,95€</u>	<u>47.746.481,37€</u>
→ NV P. ROEGIERS	Kruibeke	<u>43.141.901,28€</u>	<u>52.201.700,55€</u>
→ THV NV VAN DER STRAETEN – HOUBEN – MONUMENT VANDEKERKHOVE	Lummen	<u>43.643.458,61€</u>	<u>52.808.584,92€</u>
→ THV CEI-DE MEYER - RENOTEC	Brussel	<u>45.098.093,84€</u>	<u>54.568.693,55€</u>
→ THV WILLEMEN Generaal Contractors – Verstraeten-Vanhecke	Mechelen	<u>46.595.459,03€</u>	<u>56.380.505,43€</u>
→ NV STRABAG Belgium	Gent	<u>47.487.161,71€</u>	<u>57.459.465,68€</u>

→ THV NV BESIX – ACH CONSTRUCT	Les Bons Villers	<u>50.844.649,31€</u>	<u>61.522.025,67€</u>
-----------------------------------	---------------------	-----------------------	-----------------------

[...].”

3.4. Op 28 mei 2013 wordt een analyseverslag opgesteld.

Hieruit blijkt dat bij verzoekende partij (onder meer) post 6 “Werfinrichting en coördinatie van de werken” werd verbeterd. Verwerende partij oordeelt dat de ingevulde prijs 299.685,96 euro naar alle waarschijnlijkheid duidt op een kennelijk materiële vergissing want extreem laag ligt in vergelijking met de door de andere inschrijvers voor deze post geboden prijs en de raming, en vraagt met een brief van 7 januari 2013 een prijsverantwoording omdat niet met zekerheid kan bepaald worden waarin de materiële fout ligt. De nv Denys antwoordt met een brief van 18 januari 2013 en op basis van dit antwoord oordeelt verwerende partij dat er inderdaad sprake was van een kennelijk materiële fout bij de overneming van de prijsberekening uit een afzonderlijke prijscalculatiemodule en dat de nv Denys verkeerdelijk een prijs van 299.685,96 euro invulde in plaats van de voorziene 2.999.685,96 euro. Deze post wordt dan ook in die zin verbeterd en dit is het voorwerp van het eerste middel.

Ook wordt aan de drie voorlopig best gerangschikte inschrijvers bij brieven van 7 januari 2013 een prijsverantwoording gevraagd voor bepaalde eenheidsprijzen die, volgens die brief “bij vergelijking met de raming en de inschrijvingsprijzen, kennelijk als zeer laag of zeer hoog werden bevonden”.

Om een aantal redenen is de aanbestedende overheid van oordeel dat het feit dat voor bepaalde posten de gegeven prijsverantwoording niet meteen blijkt te volstaan om zonder meer te kunnen besluiten tot het normaal karakter van de geboden eenheidsprijzen, toch geen voldoende reden vormt om de betrokken offertes als onregelmatig te beschouwen.

Deze laatste beoordeling is het voorwerp van het tweede middel.

3.5. Verwerende partij beslist op 30 mei 2013 om de in het geding zijnde opdracht te gunnen aan de nv Denys en dit voor een bedrag van 51.079.504, 36 euro, btw inbegrepen.

Dit is de bestreden beslissing.

3.6. Met een aangetekende brief gedateerd en verzonden op 30 mei 2013 en met een e-mail van die dag deelt verwerende partij aan verzoekende partij mee dat de opdracht niet aan haar werd toegewezen. De gemotiveerde gunningsbeslissing wordt bijgevoegd en er wordt verwezen naar de wachttermijn.

3.7. In een blijkbaar aangetekend, via telefax en via e-mail verzonden brief gedateerd 31 mei 2013 vraagt verzoekende partij nadere toelichting bij de wijziging van post 6 in de offerte van de gekozen inschrijver met name over de aard, de omvang en de wijze waarop deze beweerde materiële vergissing werd rechtgezet.

Met een brief gedateerd op 4 juni 2013 deelt verwerende partij kopie mee van de (vertrouwelijke) bijlage 2 bij het gunningsverslag – dit is de bijlage “Verbeteringen in Luik A” maar met onleesbaarmaking van “bepaalde eenheidsprijzen en totaalprijzen alsook bepaalde percentages, die niet dienend zijn voor de beoordeling van de voorliggende materiële vergissing en ten aanzien waarvan om die reden de vertrouwelijkheid kan worden bewaard”.

In een blijkbaar aangetekend, via telefax en via e-mail verzonden brief gedateerd 7 juni 2013 vraagt verzoekende partij inzage in bijkomende gegevens. Om de redenen uiteengezet in haar brief van 12 juni 2013 gaat de Regie der Gebouwen hier niet op in.

IV. Tussenkost

4. Verzoekende partij tot 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. 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’ nog 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 beslissing 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 beslissing kunnen verantwoorden.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting

6. Verzoekende partij steunt een eerste middel op de “schending van artikel 111 van het [k]oninklijk [b]esluit van 8 januari 1996 [betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken]; schending van het gelijkheidsbeginsel, zoals vervat in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, en het principe van de vergelijkbaarheid van de offertes; schending van de beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het materieel motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel”.

Zij vat dit middel vervolgens zelf als volgt samen:

“Schending van artikel 111 van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996, van artikel 96, §2, van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996, van het gelijkheidsbeginsel en het principe van de vergelijkbaarheid van de offertes; Doordat Verwerende Partij in de Bestreden Beslissing is overgegaan tot verbetering van een vermeend kennelijk materiële fout in de offerte van [de nv Denys] in toepassing van voormeld artikel 111;

Terwijl de omvang van de door Verwerende Partij aanvaarde kennelijk materiële fout, gekoppeld aan de post waarop deze fout betrekking heeft, wijzen op, minstens het risico inhouden op, een door [de nv Denys] – een gespecialiseerde en deskundige onderneming inzake overheidsopdrachten met een ruim bemande calculatiedienst – doelbewust gestelde handeling, die beoogt zich op onrechtmatige wijze, een kans te verschaffen om, na de opening van de offertes en met kennis van alle inschrijvingsprijzen, een verbetering aan haar inschrijvingsprijs door te voeren, waardoor het gelijkheidsbeginsel geschonden is;

Terwijl bovendien op grond van de stukken en omstandigheden van het dossier niet met zekerheid de ‘werkelijke bedoeling’ van [de nv Denys] kon worden vastgesteld, meer zelfs moet worden aangenomen dat [de nv Denys] bewust de fout heeft gemaakt om zich na de opening van de offertes een oneerlijk concurrentieel voordeel te verschaffen met de bedoelde verbetering;

En Terwijl het verbeterd bedrag niet meer kon worden toegepast zonder de gelijkheid der inschrijvers te schenden, nu de gunningsprocedure een aanbesteding betrof en [de nv Denys] dus, ingevolge de openingszitting en

de afroeping van de totaalprijzen, met kennis van zaken het te verbeteren bedrag kon aangeven;

En schending van de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel;

Doordat Verwerende Partij bij het aannemen van de verbetering motieven aanneemt die niet berusten op een zorgvuldige feitenvinding en derhalve niet draagkrachtig zijn om de vermeende fout te verbeteren en de werkelijke bedoeling van [de nv Denys] vast te stellen, bijvoorbeeld wat betreft het aantal weken waarvoor de directiekeet en arbeiderskeet worden gehuurd of wat betreft de opdracht Museum Natuurwetenschappen die ten onrechte als vergelijkingsbasis wordt aangenomen, nu deze laatste opdracht qua omvang substantieel kleiner is en geen actueel karakter meer heeft;

Terwijl de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel vereisen dat elke beslissing berust op in rechte en in feite zorgvuldig vastgestelde motieven.”

Vervolgens licht zij dit middel over twaalf bladzijden uitvoerig toe. Onder meer betoogt zij :

“ [De nv Denys] werd daarbij de mogelijkheid geboden om de prijs van haar post 6 ‘werfinrichting en coördinatie’ substantieel te verhogen, meer bepaald met een bedrag van EUR 2.700.000,00, doch dit op een ogenblik dat zij reeds kennis had van de totaalprijzen van de overige inschrijvers. De vermeende vergissing bestond er bovendien in dat [de nv Denys] zou vergeten zijn een cijfer te vermelden bij het overschrijven van haar eenheidsprijs, meer bepaald EUR 299.685,96 in plaats van EUR 2.999.685,96.

Dergelijke toepassing van artikel 111 van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996 opent evenwel de deur naar misbruiken en speculatie die de eerlijke mededinging, zeker in het kader van een aanbestedingsprocedure, in het gedrang brengen.

Immers, door het opnemen van een kanjer van een materiële fout (bijv. een op het eerste zicht totaal onmogelijke abnormaal lage eenheidsprijs zoals in casu) kan een inschrijver zijn kansen verhogen om de laagste regelmatige inschrijvingsprijs in te dienen.

Vervolgens wordt, n.a.v. het prijsonderzoek waartoe de aanbestedende overheid ingevolge de rechtspraak van Uw Raad gehouden is, een prijsverantwoording gevraagd omtrent deze prima facie abnormaal lage eenheidsprijs, in het kader waarvan de betrokken inschrijver, met kennis van de inschrijvingsprijzen die werden ingediend, een inhoudelijke prijsverantwoording uitwerkt, waarbij zijn inschrijvingsprijs weliswaar wordt verhoogd, maar waarbij hij toch nog steeds de laagste inschrijver blijft.

Het voorliggend gunningsdossier vormt hiervan het aantoonbaar bewijs: teneinde de zogenaamde kennelijk materiële fout van EUR 299.685,96 recht te zetten, beschikte [de nv Denys] over een aanzienlijk aantal

correctiemogelijkheden, gegeven de sterk uiteenlopende eenheidsprijzen die voor post 6 konden worden aangeboden én door Verwerende Partij als ‘normaal’ werden aanvaard.

Immers, [de nv Denys] blijkt de vermeende vergissing te hebben begaan in een post die uit zijn aard voor interpretatie en grote prijsverschillen vatbaar is, meer bepaald de kost van de werfinrichting en coördinatie van de werken.

Verzoekende Partij dient op basis van het gemiddelde van de inschrijvingsprijzen immers vast te stellen dat de prijzen van de inschrijvers met betrekking tot post 6 ver uit elkaar (moeten) liggen. Verzoekende Partij zelf heeft geen kennis van de door de overige inschrijvers opgegeven posten. Deze informatie werd door Verwerende Partij als vertrouwelijk bestempeld.

Uw Raad en het bevoegd lid van het Auditoraat zullen echter wel kennis kunnen nemen van alle prijzen en derhalve de verschillen inzake de prijsopgave voor post 6 van de meetstaat kunnen vaststellen.

Verzoekende Partij neemt aan dat Uw Raad en het bevoegd lid van het Auditoraat dan ook zullen kunnen vaststellen dat [de nv Denys] in het kader van de toegepaste verbetering haar prijs zou hebben kunnen aanpassen gaande van EUR 1.299.685,96 tot EUR 4.299.685,96 (of misschien zelfs EUR 5.299.685,96) en dit in functie van de totaalprijzen van de overige inschrijvers.

De Bestreden Beslissing schendt dan ook artikel 111 van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996 en het gelijkheidsbeginsel, doordat Verwerende Partij op basis van voormeld artikel aan [de nv Denys] heeft toegelaten een onregelmatige offerte door verbetering van een speculatieve eenheidsprijs te regulariseren.”

Vervolgens betoogt zij dat de argumenten waarop verwerende partij zich steunt om de vermeende werkelijke bedoeling vast te stellen, niet op draagkrachtige en zorgvuldig vastgestelde motieven berusten, minstens dat niet met zekerheid vaststaat dat zij de oorspronkelijke werkelijke bedoeling van de nv Denys weergeven, en dat deze overwegingen ook aangeven dat de verantwoording die werd geboden door de nv Denys bestaat uit manipuleerbare gegevens en derhalve kon worden aangepast in functie van het noodzakelijk te verantwoorden bedrag.

Beoordeling

7. Het geschonden geachte artikel 111 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 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 81quater, § 1.”

Bij het beoordelen of er sprake is van dergelijke rekenfout of kennelijk materiële fout heeft de aanbestedende overheid een beoordelingsvrijheid om uit te maken of in het licht van de omstandigheden het al dan niet aannemelijk is dat er sprake is van een kennelijk materiële fout, zoals te dezen aangenomen, en of al dan niet duidelijk is wat de werkelijke bedoeling van de inschrijver was bij het begaan van de fout. Het komt daarbij niet aan de Raad van State toe om een eigen beoordeling in de plaats van deze van het bestuur te stellen. Hij kan desgevraagd wel nagaan of de aanbestedende overheid bij deze beoordeling de perken van de zorgvuldigheid en redelijkheid niet te buiten is gegaan, en of de beslissing op aanvaardbare motieven is gesteund. Het lijkt algemeen aanvaard dat met het begrip “materiële fout” eigenlijk een verschrijving of vergissing wordt bedoeld, begaan bij de materiële verrichtingen die gepaard gaan met het opstellen van een offerte zoals uitschrijven, invullen, overbrengen van cijfergegevens.

8. Vastgesteld kan worden dat de gekozen inschrijver in zijn meetstaat voor post 6 “werfinrichting en coördinatie” een prijs invulde van 299.685,96 euro en na een vraag tot prijsverantwoording antwoordde dat dit een materiële vergissing was en dat de juiste prijs 2.999.685,96 euro is.

Er wordt niet betwist dat er te dezen geen rekenfout maar wel een kennelijk materiële fout in de zin van het hiervoor aangehaalde artikel 111 in het geding is.

Op grond van het analyseverslag lijkt het dat verwerende partij bij nazicht van de meetstaat bij de offerte van de nv Denys vaststelde dat de nv Denys met de initieel vermelde prijs van 299.685,96 euro voor deze post 6 inschreef “met een schijnbaar bijzonder lage eenheidsprijs, die moeilijk anders dan als een materiële vergissing in de zin van artikel 111 K.B. 08/01/1996 leek te kunnen worden beschouwd” en dat zij “zorgvuldigheidshalve, teneinde zich van de werkelijke toedracht te verzekeren”, bij brief van 7 januari 2013 om een prijsverantwoording vroeg (onder meer) voor die post.

In haar antwoord van 18 januari 2013 dat zij zelf als niet vertrouwelijk voorlegt bevestigde de nv Denys dat er inderdaad sprake was van een materiële vergissing:

“Bij het opmaken van de begroting wordt bij [de nv] Denys steeds een afzonderlijke berekening gemaakt (in een aparte Excel tabel) van de indirecte kosten zoals de werfinrichtings- en werfcoördinatie kosten, separaat van de directe kostencalculatie. De directe kostencalculatie wordt in een calculatiesysteem met aparte software opgebouwd. Bij het overmaken van het resultaat van de aparte berekening in het calculatiesysteem (en dus de inschrijving) werd in plaats van de voorziene € 2.999.685,96 het bedrag van € 299.685,96 overgenomen.”

De nv Denys voegt bij die brief in een bijlage een prijsverantwoording voor deze post 6 (artikel 01.01.92), wijst op haar eenheidsprijs voor artikel 01.01.92 A “Extra week werfinrichting en instandhouding van de bouwwerken” – dit is post 7, waarvan “de prestaties [...] een rechtstreeks verband [hebben] met deze van Artikel 01.01.92” en waarvan de prijsberekening wordt vermeld, en stelt vast dat bij het vergelijken van diverse aanbestedingen voor de Regie der gebouwen, de Post “Werfinrichting” tussen bepaalde percentages ligt van de totaalprijs, en neemt als voorbeeld het Museum van Natuurwetenschappen (Janletvleugel).

9. Verwerende partij analyseert omstandig deze drie argumenten, namelijk de achterliggende prijscalculatie – tabel, het verband tussen post 6 en 7 en het ingeroepen percentage, in een bijlage 2 bij het analyseverslag.

Dit leidt tot het volgende besluit:

“In het licht van de bekomen verduidelijking vanwege de inschrijver, rekening houdend met het bovenstaande, met het feit dat omtrent de verschrijving geen vergissing mogelijk is en met het feit dat de rangschikking niet wijzigt, beschouwt de Regie het voor de betrokken post 6 opgegeven bedrag van 299.685,96€ als een materiële vergissing, die door de Regie der Gebouwen wordt verbeterd.

De eenheidsprijs voor post 6 wordt verbeterd naar 2.999.685,96€, in toepassing van artikel 111 van het K.B. van 08/01/1996.”

In het analyseverslag wordt dit als volgt beoordeeld:

“Op basis van het dossier en de door de inschrijver verstrekte toelichtingen en bijgeleverde documenten is het voor de Regie der Gebouwen voldoende duidelijk dat in de offerte van de NV Denys voor wat betreft post 6 inderdaad sprake is van een materiële fout in de zin van artikel 111 van het K.B. van 08/01/1996, die noopte tot dienovereenkomstige aanpassing van de inschrijvingsprijs van de betrokkene.

De in de offerte vermelde eenheidsprijs werd vervangen door de werkelijk bedoelde eenheidsprijs, die rekening houdend met de inschrijvingsprijzen van de andere inschrijvers een realistische eenheidsprijs is en die in de lijn ligt met de raming voor deze post (2.999.505,76 euro excl. B.T.W.) alsook met de gemiddelde geboden eenheidsprijs voor deze post in toepassing van artikel 110 K.B. 08/01/1996 (3.561.257,19 euro excl. B.T.W.).”

10. In de huidige stand van het geding wordt niet aangetoond dat verwerende partij niet tot dit oordeel mocht komen.

Vastgesteld kan immers worden dat de in de meetstaat bij de offerte volgens verwerende partij en de gekozen inschrijver de per vergissing vermelde verkeerde totale eenheidsprijs voor post 6 – 299.685,96 euro – zoals verwerende partij vaststelde niet alleen bijzonder laag is, maar ook correspondeert met de volgens de gekozen inschrijver juiste prijs – 2.999.685,96 euro, behoudens dat initieel het honderdduizendtal 9 was vergeten en aldus in plaats van 3 negens slechts 2 negens werden vermeld. Dit lijkt, mede in het licht van de andere vaststellingen hierna, inderdaad te gaan om een verschrijving. Onder artikel A.3 d “Opmaken van de offerte”, “artikel 96, § 2” vermeldt verwerende partij trouwens een “tikfout” als voorbeeld van een manifest materiële fout in het bestek die verbeterd mag worden.

De correcte prijs van 2.999.685,96 euro (de “werkelijke bedoeling”) blijkt *prima facie* bovendien uit en beantwoordt aan de totaalprijs vermeld in de prijscalculatietabel die door de nv Denys gevoegd is bij haar antwoordschrijven van 18 januari 2013 en die blijkbaar zou zijn gebruikt bij het voorbereiden van haar offerte en van haar prijsopgave voor de betrokken post 6. Deze tabel bevat een gedetailleerde prijssamenstelling voor de post “Werfinrichting en coördinatie van de werken” (met opsplitsing in lonen, materieel, leveringen, kost onderaannemer, edm.) en het totaalbedrag voor die post – 2.999.685,96 euro (ten opzichte van 299.685,96 euro in de offerte) stemt, zo lijkt, overeen met de som van de in de tabel opgenomen deelprijzen voor de post 6. Een aantal van de deelprijzen blijkt ondersteund door offertes van onderaannemers en deze zijn gedateerd op een datum vóór het indienen van de offerte door de nv Denys.

Deze tabel bevat daarnaast ook een berekening en opsplitsing van de prijs voor artikel 01.01.92A “extra week werfinrichting en instandhouding van bouwwerken” – post 7. Deze opsplitsing lijkt te corresponderen met de opsplitsing voor post 6. Voor deze post 7 wordt een totale eenheidsprijs berekend, overeenstemmend met de in de offerte opgegeven eenheidsprijs voor de betrokken post. Met verwerende partij kan *prima facie* vastgesteld worden dat daarbij voor corresponderende posten lijkt uitgegaan van dezelfde eenheidsprijzen en dat die posten aldus wel degelijk “verbonden” lijken.

De overgelegde tabel lijkt aldus te bevestigen dat de nv Denys bij het voorbereiden van haar offerte (en de prijsopgave voor de betrokken post 6) inderdaad heeft rekening gehouden met een hogere eenheidsprijs. Dat vervolgens in de uiteindelijke offerte voor post 7 artikel 01.01.92A het bedrag uit de tabel blijkt te zijn overgenomen, doch voor post 6 artikel 01.01.92 een bedrag wordt overgenomen waarbij een cijfer werd weggelaten (299.658,96 i.p.v. 2.999.658,96), lijkt erop te wijzen dat bij het finaliseren van de offerte het bedrag voor de betrokken post 6 verkeerd werd overgenomen.

In de voormelde bijlage bij het analyseverslag bevestigt de aanbestedende overheid voorts het betrokken percentage in het kader van de opdracht waarnaar door de nv Denys bijkomend werd verwezen en vermeldt zij dat

het ging om een “gelijkaardige post ‘werfinrichting en coördinatie’”. De aanbestedende overheid stelt tevens vast dat ook het gemiddelde van de door de inschrijvers geboden eenheidsprijzen voor post 6 tussen de 7 en 10% gelegen is (namelijk 8,63%), cijfers die verwerende partij in de nota citeert zodat zij ook op dat punt de ingeroepen vertrouwelijkheid zelf en onder eigen verantwoordelijkheid heeft gelicht, en dat uitgaande van een eenheidsprijs voor post 6 van 299.685,96 euro, de werf- en coördinatiekost in de offerte van de nv Denys (afgerond) 0,77% bedragen, wat duidelijk veel te laag is en, dat, met een eenheidsprijs van 2.999.685,96 euro, dit percentage op (afgerond) 7,66% bedraagt en met andere woorden valt binnen de marge.

Het feit dat daarbij slechts naar één opdracht wordt verwezen die volgens verzoekende partij een kleinere omvang heeft, hetgeen lijkt bevestigd in de verantwoording, lijkt niet van die aard om de kwalificatie als materiële vergissing tegen te spreken. Verzoekende partij toont ook niet concreet aan hoe die omvang noodzakelijk dit percentage bepaalt. Voorts toont verzoekende partij ook niet voldoende concreet aan dat het voorwerp niet voldoende vergelijkbaar is. In zoverre zij op afstandelijke wijze betoogt dat “de actualiteit van de prijsgegevens op zijn minst in vraag kan worden gesteld” lijkt alleen al deze wijze van formulering van deze grief een reden om te besluiten dat hij niet ontvankelijk is, of ten minste niet de vereiste ernst heeft om in het kader van een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid te worden aanvaard.

In het licht van al de elementen blijkt niet *prima facie* dat verwerende partij redelijkerwijze niet mocht vaststellen dat het in de offerte van de nv Denys voor post 6 opgegeven bedrag van 299.658,96 euro daadwerkelijk en kennelijk een materiële vergissing betrof en dat in de plaats van het opgegeven bedrag rekening mocht worden gehouden met het bedrag van 2.999.685,96 euro, als zijnde het bedrag waarmee deze inschrijver in werkelijkheid beoogde in te schrijven voor de betrokken post.

11. Evenmin wordt in dat licht *prima facie* aangetoond dat deze vergissing opzettelijk zou zijn of met speculatief oogmerk en dat deze verbetering de gelijke behandeling schendt omdat meerdere getallen ingevuld konden worden om nog steeds de goedkoopste te blijven. Dit lijkt immers niet wat de gekozen

inschrijver deed. Te dezen blijkt om de voormelde redenen immers dat de verbetering steunt op een prijscalculatie.

12. Aldus lijkt verwerende partij noch het ingeroepen artikel 111 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 noch het gelijkheidsbeginsel te hebben geschonden.

13.1. In de mate dat verzoekende partij nog doet gelden dat de bestreden beslissing onzorgvuldig is of niet steunt op voldoende draagkrachtige motieven, blijkt voldoende uit het verzoekschrift dat deze grief wordt afgeleid uit de hiervoor besproken en niet door de Raad van State bijgevalen argumentatie. Aldus is dit onderdeel evenmin ernstig.

13.2. In de mate dat in de samenvatting maar niet in het opschrift van het middel ook wordt verwezen naar artikel 96, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, blijkt niet alleen niet duidelijk of dit effectief als middel is bedoeld maar wordt ook niet verder toegelicht hoe deze bepaling door de ingeroepen feiten werd geschonden.

14. Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting

15. Verzoekende partij steunt een tweede middel op de “schending van artikel 15 van de [w]et van 24 december 1993 [betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten]; schending van artikel 110, § 2 juncto artikel 89, en artikel 110, § 3, van het [k]oninklijk [b]esluit 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 het materieel motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel”.

Zij vat dit middel vervolgens zelf als volgt samen:

“Schending van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het materieel motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel;

Doordat Verwerende Partij in het Gunningsverslag heeft aangegeven de eenheidsprijzen te onderzoeken op hun abnormaliteit die een relevant gewicht van 1% van de gemiddelde totale omvang van de Opdracht [vertegenwoordigen] en te onderwerpen aan een vraag tot prijsverantwoording in de zin van artikel 110, §3 van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996;

Doordat Verwerende Partij vervolgens, in het kader van dit prijsonderzoek in het Gunningsverslag vaststelt dat voor bepaalde van die onderzochte posten geen afdoende prijsverantwoording werd verstrekt;

Doordat Verwerende Partij vervolgens stelt dat zij de regelmatigheid van de offertes toch aanneemt, omdat het totaal aandeel van deze abnormale posten in de totale offerte van de betrokken inschrijver beperkt blijft;

Terwijl een zorgvuldig prijsonderzoek, zoals blijkt uit de rechtspraak van Uw Raad, vereist dat eens de aanbestedende overheid het vermoeden van abnormaliteit vaststelt, dit vermoeden moet op[ge]heven worden overeenkomstig artikel 110, §3 van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996;

Terwijl bovendien het bepalen van het aandeel van de abnormaal lage posten in functie van de totale offerte van de betrokken inschrijver geen draagkrachtige en objectieve overweging betreft, nu dit aandeel onmiskenbaar beïnvloed wordt door het abnormaal laag karakter van de prijs;

Schending van artikel 15 van de Wet van 24 december 1993, schending van artikel 110, §2 juncto artikel 89, en artikel 110, §3, van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996;

Doordat, ingevolge het gebrek aan afdoende prijsonderzoek de offerte van [de nv Denys] behept blijft met de initieel vastgestelde abnormaliteit, en de regelmatigheid van deze offerte dus geenszins zeker is, en de Opdracht dus niet kan worden toegewezen aan [de nv Denys];

Terwijl thans, op grond van artikel 15 van de Wet van 24 december 1993 en artikel 110, §2 juncto artikel 89 en artikel 110, §3, van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996, Verwerende Partij de Opdracht in het kader van een aanbestedingsprocedure enkel kan toewijzen aan de laagste regelmatige offerte en de onregelmatige offertes uit de gunningsprocedure moet weren.”

Ook dit middel licht zij vervolgens omstandig toe. Zij benadrukt daarbij onder meer dat verwerende partij is overgegaan tot een formeel prijsonderzoek, waarbij voor de drie betrokken inschrijvers voor bepaalde posten de prijsverantwoording niet meteen blijkt te volstaan – bij de nv Denys zijn dit volgende posten “schijnbaar abnormaal laag: posten 113, 569, 591, 810, 1011, 1054, 1127, 1407, 1445, 1633 en 3370, die samen een omvang hebben van 3,43% van de totale offerte”, en de volgende posten “schijnbaar abnormaal hoog: posten

454, 473, 535, 1012 en 2215, die samen een omvang hebben van 3,65% van de totale offerte”, en dat eerder dan een bijkomende vraag tot prijsverantwoording te stellen, hetgeen tot de bevoegdheid van de aanbestedende overheid behoort, om het vastgestelde “kennelijk abnormaal” karakter verder op te helderen verwerende partij in het gunningsverslag overweegt:

“Gelet evenwel op:

- de grote omvang van deze opdracht (3.391 posten);
- de relatief geringe omvang van de posten waarvoor de gegeven verantwoording niet meteen blijkt te volstaan om zonder meer te kunnen besluiten tot het normaal karakter van de geboden eenheidsprijzen;
- het feit dat de betrokken posten niet van die aard blijken te zijn dat ze aanleiding kunnen geven tot speculatie door de inschrijver, noch tot prefinanciering van de werken door de Regie der Gebouwen;
- het feit dat de totaalprijzen van de offertes van Nv Denys, Nv Roegiers en THV Vanderstraeten-Houben-Monument Vandekerckhove zeer dicht bij elkaar aanleunen, en het studieteam en de Regie der Gebouwen van oordeel zijn dat er geen twijfel lijkt te moeten bestaan over het feit dat de opdracht aan een dergelijke prijs besteksconform en volgens de regels van de kunst kan worden uitgevoerd, is de aanbestedende overheid in uitvoering van artikel 110 K.B. 08/01/1996 van oordeel dat het feit dat voor bepaalde posten de gegeven prijsverantwoording niet meteen blijkt te volstaan om zonder meer te kunnen besluiten tot het normaal karakter van de geboden eenheidsprijzen, geen voldoende reden vormt om de betrokken offertes als onregelmatig te beschouwen.”

Beoordeling

16. Tussenkomen de partij werpt op dat verzoekende partij geen belang heeft bij dit middel. Deze exceptie behoeft echter geen onderzoek en er moet geen uitspraak worden over gedaan, nu hierna zal blijken dat het middel niet ernstig is.

17. Volgens het ingeroepen artikel 15 van de wet van 24 december 1993 dient bij een openbare aanbesteding de opdracht te worden gegund aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte indiende.

Het eveneens ingeroepen artikel 110, §§ 2 en 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 bepaalt:

“§ 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.”

Bij het nazicht van blijkbaar abnormaal hoge of lage prijzen zoals bepaald door artikel 110 van het voornoemd koninklijk besluit van 8 januari

1996 beschikt de aanbestedende overheid over een grote beoordelingsvrijheid om gegeven prijsverantwoordingen al dan niet te aanvaarden. De Raad van State mag zich bij een dergelijke beoordeling niet in de plaats stellen van het bestuur. Hij mag desgevraagd wel nagaan 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. 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.

18. Het analyseverslag waarop de bestreden beslissing steunt, motiveert met betrekking tot het prijsonderzoek overeenkomstig voornoemd artikel 110, § 3, waarom voor tussenkomende partij de gevraagde prijsverantwoording voor bepaalde posten wordt aanvaard, dan wel waarom er geen reden is om te oordelen “dat de abnormaliteit van overblijvende posten dient te leiden tot de onregelmatigheid van de offerte”. Die motivering steunt op haar beurt op een omstandig vertrouwelijk aan de Raad van State voorgelegd onderzoeksverslag.

19. De Raad van State merkt op dat voornoemd artikel 110, § 3, geen verplichting meebrengt om een offerte af te wijzen wegens een abnormaal hoge eenheidsprijs. De beslissing van de aanbestedende overheid om een offerte waarin een abnormale eenheidsprijs voorkomt toch te aanvaarden, dient evenwel op aanvaardbare motieven te zijn gesteund en binnen de grenzen van een zorgvuldige beoordeling te blijven. Zo mag worden aangenomen dat een offerte in beginsel niet onregelmatig dient te worden verklaard wanneer de post die abnormale prijzen bevat, maar van gering belang is.

In de huidige stand van het geding wordt niet *prima facie* aangetoond dat verwerende partij door dit laatste oordeel onzorgvuldig handelde of haar beoordelingsvrijheid te buiten ging.

Verzoekende partij betwist immers wel de verwijzing naar de “relatief geringe omvang” van deze posten maar toont niet concreet aan dat de

beslissing niet reeds afdoende gemotiveerd is door en kan steunen op de andere voormelde motieven, hiervoor in haar middel aangegeven. Zij toont ook niet *prima facie* aan dat verwerende partij niet voor elk van deze posten tot dit oordeel kon komen. Zij toont dit evenmin aan in de mate de kwalificatie “relatief geringe omvang” slaat op het totale aandeel van deze lage respectievelijk hoge posten in de totaalprijs.

Zij stelt weliswaar dat dit een cirkelredenering is voor de schijnbaar abnormaal lage posten, die steeds een klein aandeel in de totaalprijs zouden vormen, maar dit lijkt toch minstens niet te gelden voor de schijnbaar abnormaal hoge prijzen.

Het effect, op de totaalprijs, van de mogelijk abnormaal lage prijzen samen, lijkt voorts te kunnen worden gerelativeerd gelet op het totale aantal posten (3.391) en anderzijds gelet op het feit dat ook rekening werd gehouden met mogelijk abnormaal hoge prijzen. Daarnaast heeft verwerende partij voor de gekozen inschrijver de totaalprijs aanvaard hetgeen verzoekende partij niet betwist.

20. Ter terechtzitting betwist verzoekende partij wel nog het motief dat de opdracht tegen de aangenomen prijs besteksconform en volgens de regels van de kunst zal kunnen worden uitgevoerd omdat op vragen daarover bij drie posten in de tweede verantwoording door de nv Denys enkel werd verzekerd dat de opdracht 100 % besteksconform zou worden uitgevoerd.

Daargelaten de vraag of dit middel, dat weliswaar niet reeds in het verzoekschrift kon worden geformuleerd nu het steunt op inzage van stukken bij het verzoekschrift tot tussenkomst, ook mede gelet op de aard ervan, niet eerder dan pas op de zitting kon en in het licht van de rechten van verdediging diende geformuleerd, kan in de huidige stand van het geding worden volstaan met de vaststelling dat verzoekende partij niet alleen niet concreet aantoont dat een uitvoering van de opdracht conform het bestek en de regels van de kunst tegen de aangenomen totaalprijs onmogelijk is maar ook niet dat, zonder dit motief, de

bestreden beslissing niet afdoende gemotiveerd is door de andere motieven.

21. Aldus wordt de ingeroepen schending van artikel 110, § 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 niet aangetoond. In de mate dat ook de schending wordt ingeroepen van artikel 110, § 2 *juncto* artikel 89, lijkt deze grief uit dezelfde argumentatie afgeleid en faalt hij.

Aangezien aldus niet blijkt dat de offerte van de gekozen inschrijver ten onrechte niet onregelmatig werd bevonden en geweerd, lijkt ook artikel 15 van de wet van 24 december 1993 niet geschonden.

Evenmin blijkt dan dat de bestreden beslissing niet steunt op voldoende draagkrachtige motieven of tot stand is gekomen met schending van het zorgvuldigheidsbeginsel.

22. Het tweede middel is niet ernstig.

VII. Besluit

23. Geen van beide middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Denys tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

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

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 negen juli 2013, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Silvan De Clercq,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silvan De Clercq

Dierk Verbiest