

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 226.296 van 30 januari 2014
in de zaak A. 211.253/XII-7547**

In zake: de NV DE BRANDT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Wim De Cuyper
kantoor houdend te 9100 Sint-Niklaas
Vijfstraten 57
bij wie woonplaats wordt gekozen
en eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Alain Légat

tegen:

de NV WATERWEGEN EN ZEEKANAAL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Karel Van Hoorebeke en Rebecca Denys
kantoor houdend te 9000 Gent
Coupure Rechts 162
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV HERBOSCH-KIERE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Joost Bosquet
kantoor houdend te 2600 Berchem
Roderveldlaan 5, bus 3
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 7 januari 2014, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van de nv Waterwegen en Zeekanaal van 13 december 2013 waarbij de opdracht ‘Nieuwe damwandoever langs Muizenvaart (rechtover afwaarts Planckendael)’

uitgeschreven in het bestek nr. BB 1898 wordt gegund aan Herbosch-Kiere nv [...] voor een bedrag van 1.721.003,12 eur (excl. btw) en waardoor aan de prijsofferte van [de nv De Brandt] geen gunstig gevolg werd gegeven”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 16 januari 2014 heeft de nv Herbosch-Kiere gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 28 januari 2014, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Alain Légat en Erika Rentmeesters, loco advocaat Wim De Cuyper, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaat Rebecca Denys, die in eigen naam en loco advocaat Karel Van Hoorebeke verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Joost Bosquet, die 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

3.1. De nv van publiek recht Waterwegen en Zeekanaal schrijft een overheidsopdracht van aanneming van werken uit “BB 1898 - Kanaal Leuven-Dijle-Mechelen – Nieuwe damwandoever langs Muizenvaart

(rechteroever afwaarts Planckendael)” bij wijze van openbare aanbesteding. De opdracht is opgesplitst in drie delen, namelijk één vast deel en twee voorwaardelijke delen.

Het voorwerp van de opdracht is een verticale oeverbescherming op de rechteroever van het Kanaal van Leuven naar de Dijle. De verticale oeververdedigingen zijn van het type verankerde damwand met een kesp van gewapend beton en het herstellen van schanskorven. De totale lengte bedraagt circa 1100 m.

De uit te voeren werken worden nader omschreven in het bijzonder bestek met nr. BB 1898. Bij het bestek is tevens een samenvattende opmetingsstaat gevoegd die de vermoedelijke hoeveelheden vermeldt. Bij het bestek worden vijf plannen gevoegd, waaronder het plan BB 1898-003 met betrekking tot de dwarsprofielen en aanzichten.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 4 november 2013.

3.3. In het proces-verbaal van de opening van de offertes worden er zes inschrijvers opgelijst:

		Bedrag in euro (excl. btw)
1.	Artes Roegiers nv	1.840.438,79
2.	De Brandt nv	1.722.087,23
3.	Herbosch-Kiere nv	1.729.136,27
4.	Hye nv	1.818.722,80
5.	AO Soetaert nv	1.795.740,12
6.	West Construct nv	1.952.260,36

3.4. Bij de offerte van de nv Herbosch-Kiere wordt een nota gevoegd met een voorstel inzake wijziging van de vermoedelijke hoeveelheden:

“NOTA: Wijziging vermoedelijke hoeveelheden

Conform artikel 83 juncto artikel 97 van het KB plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren van 15 juli 2011 (hierna: KB plaatsing), bezorgen wij u hierbij een nota ter verantwoording van de in meetstaat aan te passen hoeveelheden.

Herbosch-Kiere heeft, rekening houdende met de opdrachtdocumenten, zijn beroepskennis en persoonlijke vaststellingen volgende fouten ontdekt in de vermoedelijke hoeveelheden voor volgende posten:

- Post 30 (DC1) “2530.10003: Betonstaal, BE 500 S”
- Post 31 (DC3) “2530.1003: Betonstaal, BE 500 S”
- Post 33 (DC1) “2531.20010*: ter plaatse gestort gewapend beton (GB) – vulling van uitsparingen”
- Post 31 (DC2) “2531.20010*: ter plaatse gestort gewapend beton (GB) – vulling van uitsparingen”
- Post 34 (DC3) “2531.20010*: ter plaatse gestort gewapend beton (GB) – vulling van uitsparingen”

De in de oorspronkelijke opmeting opgenomen vermoedelijke hoeveelheden voor deze posten dienen als volgt te worden aangepast:

- Post 30 (DC1) “2530.10003: Betonstaal, BE 500 S” 9 800 kg
- Post 31 (DC3) “2530.1003: Betonstaal, BE 500 S” 15 299 kg
- Post 33 (DC1) “2531.20010* : ter plaatse gestort gewapend beton (GB) – vulling van uitsparingen” 1.50 m³
- Post 31 (DC2) “2531.20010*: ter plaatse gestort gewapend beton (GB) – vulling van uitsparingen” 2.18 m³
- Post 34 (DC 3) “2531.20010*: ter plaatse gestort gewapend beton (GB) – vulling van uitsparingen” 2.13 m³

Deze aangebrachte verbeteringen bedragen minstens 25% in meer of min van de hoeveelheid van de post in kwestie, zoals vereist volgens artikel 83 van het KB plaatsing.

Mogen wij u verzoeken met bovenvermelde aangepaste hoeveelheden rekening te willen houden conform artikel 97 van het KB plaatsing?

Deze wijzigingen in hoeveelheden geven een aangepast totaal inschrijvingsbedrag van: 1.711.147,00 EUR, excl. BTW

In bijlage laten wij u een detailberekening van de hoeveelheden voor elke van deze posten.”

In de bijgevoegde detailberekeningen wijst nv Herbosch-Kiere er telkens op dat zij haar berekening steunt op de bij het bestek gevoegde plannen.

3.5. In het gunningsverslag van 13 december 2013 wordt inzake de door nv Herbosch-Kiere voorgestelde verbeteringen het volgende opgemerkt:

- “3. Nazicht van de rekenkundige bewerkingen en verbeteringen van de offertes (...)
- De offerte van Herbosch-Kiere NV bevatte een nota waarin onder verwijzing naar artikel 83 juncto artikel 97 van het KB Plaatsing de aanbestedende overheid gewezen wordt op fouten die ontdekt werden in de vermoedelijke hoeveelheden van sommige posten. Volgens Herbosch-Kiere bedragen de werkelijke hoeveelheden van de volgende posten minstens 25% in min van de hoeveelheid van de post in kwestie:
- Post 30 (DC1) “2530.10003: Betonstaal, BE 500S”: 9.800 kg i.p.v. 14.791 kg
 - Post 30 (DC3) “2530.10003: Betonstaal, BE 500S” : 15.299 kg i.p.v. 21.021 kg
 - Post 33 (DC1) “2531.20010* : Ter plaatse gestort gewapend beton (GB) – vulling van de uitsparingen, vullen van de ankernissen”: 1,50 m³ i.p.v. 3,90 m³
 - Post 31 (DC 2) “2531.20010* : Ter plaatse gestort gewapend beton (GB) – vulling van de uitsparingen, vullen van de ankernissen”: 2,18 m³ i.p.v. 5,60 m³

-Post 34 (DC3) “2531.20010*: Ter plaatse gestort gewapend beton (GB) – vulling van de uitsparingen, vullen van de ankernissen”: 2,13 m³ i.p.v. 5,50 m³

Inschrijver Herbosch-Kiere verzocht de aanbestedende overheid met bovenvermelde aangepaste hoeveelheden rekening te houden conform artikel 97 van het KB Plaatsing.

De aanbestedende overheid heeft de voorgestelde verbeteringen nagezien.

Wat betreft de posten aangaande het betonstaal heeft inschrijver Herbosch-Kiere ongelijk om twee redenen:

1) De inschrijver heeft zijn wapeningsberekening uitgevoerd aan de hand van de bij het bestek gevoegde principewapeningstekening en de inschrijver houdt echter geen rekening met de wapeningsoverlap, bijkomende wapening bij de ladders, ankernissen, beugels aan het uiteinde, etc. De door Herbosch-Kiere berekende wapeningshoeveelheid komt overeen met 98,45 kg wapening per m³ betonksp. Om met overlap, bijkomende wapening bij ladders, ankernissen, beugels aan uiteinde, etc. rekening te houden dient echter uitgegaan te worden van 125 kg wapening per m³ betonksp.

2) De inschrijver gaat uit van een foutieve totale kesplengte. Overeenkomstig het bestek moeten de zones waar de schanskorven behouden kunnen blijven, geminimaliseerd worden in functie van de gedetailleerde lokalisatie van de nutsleidingen a.d.h.v. proefsleuven. In het gunstigste geval zal de damwandoever dan ook zonder onderbreking ter plaatse van nutsleidingen aangelegd worden. Bijgevolg dienen alle vermoedelijke hoeveelheden rekening te houden met de mogelijke realisatie van een betonksp over de volledige lengte van de projectzone.

De oorspronkelijke vermoedelijke hoeveelheden van de opmetingsstaat worden dus voor de posten van het betonstaal behouden.

Wat betreft de posten aangaande de vulling van de ankernissen met ter plaatse gestort gewapend beton, heeft inschrijver Herbosch-Kiere terecht een fout in de vermoedelijke hoeveelheid opgemerkt.

Het totaal volume per uitsparing bedraagt 0,015 m³/uitsparing. Het totaal aantal uitsparingen (h.o.h. – afstand bedraagt 2,8 m) is berekend op basis van een doorlopende betonksp over gans de projectzone en is gelijk aan het aantal ankers. Voor DC1 zijn dit 100 stuks hetgeen overeenkomt met een met beton op te vullen volume van 1,50 m³, voor DC2 zijn er 145 stuks oftewel 2,18 m³ op te vullen volume en voor DC3 zijn er 142 stuks oftewel 2,13 m³ op te vullen volume.

De door Herbosch-Kiere voorgestelde hoeveelheden van de desbetreffende posten (post 33 uit DC1, post 31 uit DC2 en post 34 uit DC3) worden door de aanbestedende overheid aanvaard.

Rangschikking

Voor de verbetering met het oog op de rangschikking van de offertes wordt toepassing gemaakt van art. 97, § 5 van het KB van 15 juli 2011. In casu gaat het om wijzigingen die door de aanbestedende overheid aanvaard worden en die een vermindering van de hoeveelheden tot gevolg hebben. Deze vermindering speelt enkel in het voordeel van inschrijver Herbosch-Kiere NV die ze gemeld heeft. Dat betekent dat voor de berekening van het rangschikkingsbedrag de inschrijvingsprijs van post 33 uit DC1 op xxxx EUR (ipv xxxx EUR) gebracht wordt, post 31 uit DC2 op xxxx EUR (ipv xxx,00 EUR) gebracht wordt en post 34 uit DC3 op xxx EUR (ipv xxx EUR) gebracht wordt, waardoor het totaalbedrag van de offerte van Herbosch-Kiere NV verminderd wordt tot 1.721.003,12 EUR.

Dit leidt tot de volgende rangschikking.

Na nazicht van de rekenkundige bewerkingen en verbetering van de offertes, is de rangschikking als volgt:

		<u>Bedrag in euro (excl. BTW)</u>
1.	Herbosch Kiere NV	1.721.003,12 EUR
2.	De Brandt NV	1.722.087,23 EUR
3.	AO Soetaert NV	1.795.740,12 EUR
4.	Hye NV	1.825.922,80 EUR
5.	Artes Roegiers NV	1.840.438,79 EUR
6.	West Construct NV	1.985.260,36 EUR

Bepaling van het definitief bedrag van de goedgekeurde offerte

Voor de bepaling van het definitief bedrag van de goed te keuren offerte wordt toepassing gemaakt van art. 97, § 2 KB van 15 juli 2011 op basis van de door de aanbestedende overheid juist bevonden hoeveelheden. Conform art. 97, § 2 wordt voor de inschrijver die een vermindering heeft voorgesteld met toepassing van art. 83, § 2, 2°, de totale prijs die overeenstemt met de aldus verminderde hoeveelheid een forfaitaire prijs.

Voor de goed te keuren offerte betekent dit dat de opmeting van Herbosch-Kiere NV als volgt wordt aangepast: xxx EUR voor post 33 uit DC1, xxx EUR voor post 31 uit DC2 en xxx EUR voor post 34 uit DC3. Deze prijzen worden forfaitaire prijzen. Overeenkomstig wordt de offerte van Herbosch-Kiere NV verbeterd naar 1.721.003,12 EUR.”

Voorgesteld wordt om de opdracht te gunnen aan de nv Herbosch-Kiere als laagste regelmatige inschrijver.

3.6. Op 13 december 2013 beslist de verwerende partij om de opdracht overeenkomstig het gunningsverslag te gunnen aan nv Herbosch-Kiere voor een bedrag van 1.721.003,12 euro btw niet inbegrepen.

Met een faxbericht en een aangetekend schrijven van 23 december 2013 wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat haar offerte niet is gekozen.

IV. Tussenkost

4. De nv Herbosch-Kiere blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet haar verzoek tot tussenkost worden ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

5. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over de door de verwerende partij opgeworpen ontvankelijkheidsexcepties uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak over die excepties zou alleen nodig zijn indien de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

VI. De schorsingsvoorwaarden

6.1. 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.

6.2. Te dezen is evenwel de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ van toepassing.

Luidens artikel 15, eerste lid, van de voornoemde wet van 17 juni 2013 is voor de schorsing van de thans bestreden beslissingen het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist.

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

Overeenkomstig artikel 31 zijn voormelde bepalingen 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.

VII. Onderzoek van het enige middel

Uiteenzetting

7. De verzoekende partij voert de schending aan van de artikelen 83, § 2, 2°, en 97 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘betreffende de plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit Plaatsing), de artikelen 4 en 5 van de voormelde wet van 17 juni 2013, evenals van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het zorgvuldigheids- en redelijkheidsbeginsel.

Volgens haar heeft de verwerende partij ten onrechte een door de gekozen inschrijver opgemerkte fout in de vermoedelijke hoeveelheden gecorrigeerd in het voordeel van deze inschrijver waardoor die de laagste regelmatige offerte indiende.

Uit de artikelen 83, § 2, en 97 van het koninklijk besluit Plaatsing volgt dat inschrijvers het recht hebben om verbeteringen aan te brengen aan de gegevens door de aanbestedende overheid verstrekt, dat de overheid verplicht is om de voorgestelde verbeteringen te onderzoeken, maar dat de overheid niet de verplichting heeft om de voorgestelde verbeteringen ook te aanvaarden. De aanbestedende overheid moet nakijken of de opgeworpen fouten correct zijn, de vermoedelijke hoeveelheden ‘zo nodig’ verbeteren volgens haar eigen berekeningen, en de opmetingen gevoegd bij de offerte ‘desgevallend’ aanpassen. Wanneer zij evenwel tot de vaststelling komt dat er geen sprake is van een fout, dient zij de voorgestelde verbetering niet te aanvaarden. Zeker wanneer het gaat om de aanpassing van fouten in ‘vermoedelijke hoeveelheden’ moet volgens rechtsleer en rechtspraak omzichtig worden omgesprongen met verbeteringen. Voorts wijst zij erop dat in het nieuwe koninklijk besluit Plaatsing de voorwaarden om wijzigingen aan te brengen aan vermoedelijke hoeveelheden nog werden

verstrengd door te bepalen dat de wijziging ten minste 25% moet afwijken van de opgegeven vermoedelijke hoeveelheid.

Deze limiet is hier weliswaar bereikt maar volgens de verzoekende partij moet niettemin worden vastgesteld dat er geen sprake is van een ‘flagrante vergissing in de vermoedelijke hoeveelheden’ aangezien het hoe dan ook om kleine hoeveelheden gaat. Het is volgens haar onwaarschijnlijk dat het voor één van de inschrijvers een verschil in eenheidsprijs geeft wanneer de hoeveelheid ter plaatse te storten gewapend beton (vulling van uitsparingen en ankernissen) respectievelijk 1,50 m³ in de plaats van 3,90 m³, 2,18 m³ in de plaats van 5,60 m³ en 2,13 m³ in de plaats van 5,50 m³ bedraagt. Zij voert aan dat de verwerende partij aldus had moeten vaststellen dat hier geen sprake is van een flagrante vergissing die een invloed kan hebben op de opgegeven eenheidsprijzen en op de vergelijkbaarheid van de offertes.

Daarnaast aanvaardt de verwerende partij, volgens de verzoekende partij, ten onrechte de herberekening van de opgegeven hoeveelheden door nv Herbosch-Kiere. Waarop de aanbestedende overheid zich baseert om te stellen dat 0,015 m³ beton per uitsparing volstaat en dat voortgegaan moet worden op het aantal opgegeven ankers blijkt niet uit de bestreden beslissing. Het is volgens haar allesbehalve zeker dat een hoeveelheid van 0,015 m³ beton per uitsparing zal volstaan noch dat de opgegeven vermoedelijke hoeveelheid aan ankers in de praktijk ook effectief zal worden uitgevoerd.

Voorts wijst de verzoekende partij erop dat het bestek uitdrukkelijk erin voorziet dat de bijgevoegde plannen slechts een voorontwerp uitmaken dat door de opdrachtnemer nader moet worden uitgewerkt. Mede om deze reden wordt in de opmetingstaat ook gebruik gemaakt van vermoedelijke hoeveelheden die na verder onderzoek en studiewerk nog moeten worden verfijnd. Er kon op het ogenblik van de gunning niet met zekerheid worden gesteld dat de vermoedelijke hoeveelheden werden overschat. Bijgevolg kon de verwerende partij geen eigen berekeningen uitvoeren om de voorgestelde wijziging te aanvaarden en had zij de vermindering moeten verwerpen.

De verzoekende partij meent ook dat zij er bij de opmaak van haar eigen offerte mocht van uitgaan dat de verwerende partij op deze manier zou oordelen nu de verwerende partij zelf eerder in een ander vergelijkbaar aanbestedingsdossier, meer bepaald het bouwen van een nieuwe vlottende veersteiger te Hamme, een gelijkaardige wijziging op vraag van de nv Herbosch-Kiere had geweigerd.

Ten slotte merkt de verzoekende partij op dat de bestreden beslissing minstens intern tegenstrijdig is en hierdoor niet afdoende gemotiveerd. In de bestreden beslissing wordt volgens haar immers nu eens wel en dan weer niet verwezen naar de onzekere factoren in het dossier.

Beoordeling

8. De artikelen 83, § 2, 2°, en 97, §§ 1, 2 en 5 van het koninklijk besluit Plaatsing, waarvan de verzoekende partij de schending inroept, luiden:

Artikel 83 § 2:

"De inschrijver voert, rekening houdende met de opdrachtdocumenten, zijn beroepskennis of persoonlijke vaststellingen, verbeteringen door voor :

1° [...];

2° de fouten die hij ontdekt in de vermoedelijke hoeveelheden, op voorwaarde dat de voorgestelde verbetering minstens vijftientig percent in meer of in min van de hoeveelheid van de post in kwestie bedraagt;

3° [...].

Hij voegt bij zijn offerte een nota ter verantwoording van deze verbeteringen."

Artikel 97, §§ 1,2 en 5:

"§ 1. Dit artikel is toepasselijk bij aanbesteding.

§ 2. Wanneer een inschrijver, met toepassing van artikel 83 § 2, of 84 § 2, de hoeveelheid van één of meer posten van de samenvattende opmeting of inventaris heeft verbeterd, ziet de aanbestedende overheid de wijzigingen na, verbetert ze zo nodig volgens eigen berekeningen en wijzigt desgevallend de opmetingen of inventarissen gevoegd bij de offertes.

Voor de inschrijver die een vermindering heeft voorgesteld met toepassing van artikel 83 § 2, 2° wordt de totale prijs die overeenstemt met de aldus verminderde hoeveelheid een forfaitaire prijs, op voorwaarde en in de mate dat de aanbestedende overheid deze verbetering aanvaardt.

Wanneer de aanbestedende overheid de wijzigingen van een post met vermoedelijke hoeveelheden niet door eigen berekeningen kan nazien, brengt zij de voorgestelde verhoging of verlaging van de hoeveelheid terug tot de oorspronkelijke hoeveelheid van de opmeting of inventaris.

[...]

§ 5. Enkel voor de rangschikking van de offertes worden de hoeveelheden aanvaard door de aanbestedende overheid die groter zijn dan of gelijk zijn aan de hoeveelheden van de

oorspronkelijke opmeting of inventaris, zonder onderscheid naar alle opmetingen of inventarissen gebracht. Daarentegen spelen de wijzigingen die door de aanbestedende overheid aanvaard worden en die een vermindering van de hoeveelheden tot gevolg hebben, enkel in het voordeel van de inschrijvers die ze gemeld hebben en enkel in de mate dat hun verantwoording is aanvaard. Aldus :

1° wordt, indien de hoeveelheid voorgesteld door de inschrijver kleiner is dan de hoeveelheid aanvaard door de aanbestedende overheid, deze laatste hoeveelheid in de opmeting of inventaris gebracht;

[...]"

In het Verslag aan de Koning wordt voormeld artikel 83, § 2, van het koninklijk besluit Plaatsing toegelicht als volgt:

“Paragraaf 2 is gewijd aan de verbeteringen door de inschrijver van diverse fouten in de forfaitaire en vermoedelijke hoeveelheden en van de leemten in de samenvattende opmeting. Deze verbeteringen moeten worden verantwoord in een nota die de inschrijver bij zijn offerte voegt.

De bestaande regeling betreffende de verbetering van de vermoedelijke hoeveelheden wordt op diverse punten gewijzigd. Vooreerst wordt het voorschrift geschrapt dat de bedoelde verbetering slechts mogelijk is voor zover toegestaan in het bestek. Verder verbetert de inschrijver de vermoedelijke hoeveelheden voortaan slechts op voorwaarde dat de voorgestelde verbetering minstens vijftientig procent – in plaats van tien procent – in meer of in min van de hoeveelheid van de betrokken post bedraagt. Deze wijzigingen zijn doorgevoerd om de flagrante vergissingen in de vermoedelijke hoeveelheden altijd te laten verbeteren door de inschrijvers.”

Voorts wordt in het Verslag aan de Koning bij voormeld artikel 97 onder meer het volgende opgemerkt:

“Het tweede lid van paragraaf 2 stemt overeen met artikel 96, § 2, derde lid, 1°, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996. Het bepaalt dat voor de inschrijver die een vermindering heeft voorgesteld, de totale prijs die overeenstemt met de aldus verminderde hoeveelheid een forfaitaire prijs wordt, op voorwaarde en in de mate dat de aanbestedende overheid de bedoelde verbetering aanvaardt. Dit forfaitair karakter kan voor de inschrijver in kwestie een voordeel opleveren, aangezien de vermindering van de hoeveelheid enkel voor hem zal gelden en hij dus als enige van een verminderde prijs kan genieten voor de rangschikking van zijn offerte. Evenwel zal hij ook als enige het risico dragen van een eventuele onderraming van de hoeveelheid van de verminderde post, aangezien hij in dat geval de werkelijke hoeveelheid zal moeten uitvoeren tegen een forfaitair geworden prijs.”

9. Te dezen werd bij de offerte van nv Herbosch-Kiere een nota gevoegd met een voorstel inzake wijziging vermoedelijke hoeveelheden die door de aanbestedende overheid gedeeltelijk, namelijk wat betreft de drie aangebrachte posten ‘ter plaatse te storten gewapend beton’ werd aanvaard.

10. De aanbestedende overheid is op grond van artikel 97, § 2, van het koninklijk besluit Plaatsing verplicht om de verbeteringen bij toepassing van artikel 83, § 2, aangebracht door de inschrijvers, na te kijken en om zo nodig te verbeteren volgens haar eigen berekeningen.

Voormelde artikelen 83, § 2, en 97 van het koninklijk besluit Plaatsing voorzien uitdrukkelijk in de mogelijkheid tot verbetering van vermoedelijke hoeveelheden in geval van opdrachten van werken die worden gegund bij openbare aanbesteding, zoals de voorliggende opdracht, op voorwaarde dat de voorgestelde verbetering minstens vijftwintig procent in meer of in min van de hoeveelheid van de betrokken post bedraagt.

In de mate dat de verzoekende partij aanvoert dat de limiet van 25 % weliswaar bereikt is, doch dat er hier geen sprake is van een ‘flagrante vergissing in de vermoedelijke hoeveelheden’ aangezien het hoe dan ook om kleine hoeveelheden gaat, lijkt zij dan ook ten onrechte een nieuwe voorwaarde aan de reglementering toe te voegen. Dat in het Verslag aan de Koning sprake is van “flagrante vergissingen” lijkt te doelen op de verhoging van het percentage van 10 % naar 25 %.

11. In de mate dat de verzoekende partij vervolgens aanvoert dat de verwerende partij ten onrechte de herberekening van de opgegeven hoeveelheden door nv Herbosch-Kiere aanvaardt, valt in de eerste plaats op te merken dat dergelijk technisch middel in het kader van een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid pas tot schorsing kan leiden wanneer de ernst ervan al blijkt op grond van een snel en *prima facie* onderzoek.

In haar nota verwijst de verwerende partij naar eigen berekeningen en naar een toelichting van haar adviserend studiebureau waaruit blijkt dat de door de tussenkomende partij opgegeven nieuwe volumes het maximaal volume van te storten beton in de ankernissen is zodat de effectieve hoeveelheid tijdens de uitvoering van de werken nooit hoger dan deze hoeveelheid kan liggen. Het volume van één ankernis is maximaal 0,015 m³ en de hoeveelheid te plaatsen ankers is berekend alsof de betonksp niet wordt onderbroken door nutsleidingen.

Uit het administratief dossier blijkt dat de verwerende partij de berekeningen van de tussenkomende partij heeft nagezien en herberekend en hierbij steun lijkt te vinden in het bij het bestek gevoegde plan BB1898-003. Dat op dit plan in vergelijking met het plan in de toelichting van het adviserend studiebureau een ander type anker zou zijn afgebeeld, namelijk met een grotere ankerkop, lijkt het berekende te storten volume niet te beïnvloeden; de op te vullen nis is immers berekend op 0.015 m³ zonder rekening te houden met de ankerkop en toebehoren.

In het licht van de vaststellingen op grond van de stukken van het administratief dossier en voormelde opmerkingen van de verwerende partij, waarvan de onaannemelijkheid niet wordt aangetoond, blijkt in de voorliggende zaak de ernst van dit technisch aspect van het middel alvast niet op grond van een snel en *prima facie* onderzoek.

12. Op het eerste gezicht lijkt ook het standpunt van de verzoekende partij dat, gelet op het feit dat nog bijkomend studiewerk nodig is, op het ogenblik van gunning niet met zekerheid kon worden gesteld dat de vermoedelijke hoeveelheden overschat werden, niet te kunnen worden aanvaard.

Met de verwerende partij lijkt aangenomen te moeten worden dat zij voor de betrokken posten vermoedelijke hoeveelheden heeft gehanteerd, niet zozeer omwille van nog later uit te voeren studies, doch wel omdat het aantal ankers minder zou kunnen zijn bij de uitvoering indien de betonksp niet over de volledige lengte kan worden uitgevoerd doordat ze eventueel kan worden onderbroken voor nutsleidingen. De verwerende partij lijkt bij haar onderzoek uitgegaan te zijn van de maximale hoeveelheid zodat de werkelijk uit te voeren hoeveelheid enkel lager kan zijn en het op het eerste gezicht wel zeker lijkt te zijn dat de hoeveelheid in het bestek overschat werd.

In de mate dat de verzoekende partij nog opwerpt dat de ankernissen te klein gedimensioneerd zouden zijn waardoor toch een groter volume opvulbeton vereist zou zijn, dient op het eerste gezicht met de verwerende partij te worden vastgesteld dat de verzoekende partij hierover in haar offerte nergens een opmerking heeft gemaakt. Zij lijkt zich dan ook bezwaarlijk hierop nu voor het eerst te kunnen beroepen om de verbetering van de vermoedelijke hoeveelheden te

betwisten. Bovendien wordt de stelling van de verzoekende partij betwist door het door de verwerende partij aangestelde studiebureau. De verzoekende partij toont hoe dan ook niet aan dat de nis en dus het berekende volume aan te storten beton groter zou moeten zijn naargelang het gebruikte type anker. In de mate dat de verzoekende partij aanvoert dat het aantal ankers niet vaststaat, wordt op het eerste gezicht niet met de vereiste *prima facie* ernst ontkracht dat de hoeveelheid in het bestek vermeld de maximale hoeveelheid zal zijn.

13. Wat de beweerde schending van de formelemotiveringsplicht betreft, die de verzoekende partij blijkbaar afleidt uit de artikelen 4 en 5 van de wet van 17 juni 2013, blijkt *prima facie* niet waarom de in het gunningsverslag opgenomen motivering over de aanvaarding van deze verbetering, waarop de bestreden beslissing steunt, de verzoekende partij niet in staat zou stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing op dit punt te verweren met de middelen die het recht haar ter beschikking stelt, hetgeen zij trouwens in het enige middel vervolgens ook omstandig doet. Aldus lijkt te zijn voldaan aan de formelemotiveringsplicht, minstens aan de *ratio legis* ervan.

14. Op het eerste gezicht lijkt de in het gunningsverslag opgenomen motivering evenmin intern tegenstrijdig te zijn aangezien zowel bij de posten waar de voorgestelde verbetering wordt verworpen als waar de voorgestelde verbetering wordt aanvaard, lijkt te worden gesteld dat er moet worden uitgegaan van de "realisatie van de betonksp over de volledige lengte van de projectzone".

15. Ten slotte voert de verzoekende partij nog aan dat zij er bij de opmaak van haar eigen offerte mocht van uitgaan dat de verwerende partij een verbetering van vermoedelijke hoeveelheden zou verwerpen aangezien zij in een ander vergelijkbaar aanbestedingsdossier, meer bepaald het bouwen van een nieuwe vlottende veersteiger te Hamme, een gelijkaardige wijziging op vraag van nv Herbosch-Kiere had geweigerd.

Op het eerste gezicht lijkt te moeten worden vastgesteld dat de verzoekende partij op het ogenblik van het indienen van haar offerte in het kader van de voorliggende overheidsopdracht op 11 december 2013 geen kennis had van de gunningsbeslissing die werd genomen in het andere dossier waar zij naar

verwijst, aangezien de kennisgeving in dat dossier dateert van 17 december 2013. Er valt op het eerste gezicht dan ook niet in te zien hoe zij zich bij opmaak van haar eigen offerte door deze beslissing zou hebben kunnen laten leiden.

16. Het middel is niet ernstig.

BESLISSING

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

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. 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 30 januari 2014, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Pierre Barra