

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 230.238 van 19 februari 2015
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
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

Tussenkomende 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 het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 7 januari 2014, strekt tot de nietigverklaring 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. Bij arrest nr. 226.296 van 30 januari 2014 is de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen verworpen.

De verzoekende partij heeft een verzoekschrift tot voortzetting van de rechtspleging ingediend.

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

De tussenkomende partij heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 23 april 2014.

Auditeur Inge Vos heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij, de verwerende partij en de tussenkomende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 20 januari 2015.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Pieter Henkens, die loco advocaat Wim De Cuyper verschijnt 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 grondplan BB 1898-002 en 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 vermeld:

		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 betonkesp. 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 betonkesp.

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 betonkesp 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 betonkesp 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. Ontvankelijkheid van het beroep

4.1. In haar verzoekschrift stelt de verzoekende partij dat aangezien aan haar offerte geen gunstig gevolg werd gegeven, zij over een voldoende belang beschikt om de huidige procedure in te stellen. Dit geldt volgens haar des te meer omdat, indien het middel gegrond bevonden wordt, de opdracht aan haar gegund had moeten worden als laagste regelmatige offerte zodat zij door de ingeroepen schendingen rechtstreeks wordt benadeeld.

4.2. De verwerende partij werpt in haar memorie van antwoord op dat de verzoekende partij het rechtens vereiste belang ontbreekt in de mate dat het verzoekschrift tevens gericht is tegen de impliciete weigeringsbeslissing om de opdracht te gunnen aan de verzoekende partij. Indien het door de verzoekende partij ingeroepen middel gegrond zou zijn en de Raad van State de gunningsbeslissing zou vernietigen, betekent dit volgens de verwerende partij geenszins dat de opdracht zonder meer aan de verzoekende partij zou moeten worden gegund. De toetsing van de gunningsbeslissing door de Raad van State is immers marginaal en kan er niet toe leiden dat hij zich in de plaats van de aanbestedende overheid stelt en zelf de gunningsbeslissing neemt.

5. Zoals in het auditorsverslag terecht wordt opgemerkt, hangt de ontvankelijkheid van het beroep wat de tweede bestreden beslissing betreft, samen met de grond van de zaak.

V. Onderzoek van het enige middel

Uiteenzetting van het middel

6.1. 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 wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en

diensten', 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, aldus de verzoekende partij, 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 de rechtsleer en de 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 van 25% 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 opmetingsstaat ook gebruik gemaakt van vermoedelijke hoeveelheden die na nader 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.

6.2. In haar memorie van wederantwoord beklemt de verzoekende partij op de eerste plaats dat wanneer een inschrijver een verbetering voorstelt van een vermoedelijke hoeveelheid en er sprake is van een wijziging in min of meer van minstens 25%, de aanbestedende overheid niet verplicht is over te gaan tot een verbetering; er is immers geen automatisme; de aanbestedende overheid heeft enkel de mogelijkheid om de offerte aan te passen.

Voorts stelt de verzoekende partij vast dat de verwerende partij pas tijdens de procedure voor de Raad van State uitleg geeft over haar aanvaarding van de door de tussenkomen partij voorgestelde verbetering, wat dus slechts een *a posteriori* motivering is.

Wat de dimensionering van de ankernissen betreft, zo vervolgt de verzoekende partij, merkt de tussenkomen partij op dat volgens de verwerende partij uit de afmetingen van de ankernis op de detailtekening BB 1898-003 van het bestek blijkt dat het totaal volume per uitsparing 0,015 m³ bedraagt. Voor de berekening zelf verwijst de verwerende partij daarbij naar een toelichting die na het instellen van huidige procedure door het studiebureau SBE gegeven werd. Vreemd genoeg wordt het “bijgevoegd plan” waar SBE in zijn toelichting naar verwijst, door de verwerende partij zelf niet meer opgenomen in haar memorie van antwoord; de verwerende partij citeert het advies van de eigen ingenieur dan ook onvolledig. Nochtans was dit plan niet de detailtekening BB 1898-003 van het bestek en was het bij de procedure tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wel medegedeeld. Allicht omwille van de kritiek van de verzoekende partij dat SBE haar toelichting verstrekke op basis van een plan dat geen deel uitmaakte van het bestek én er bovendien van afweek, heeft de verwerende partij dit nu weggelaten. Dit neemt echter niet weg dat SBE haar toelichting voor de berekening van het aanvaarde volume van 0,015 m³ gebaseerd heeft op een ander plan dan het plan in het bestek dat de inschrijvers kenden en dienden te hanteren om het volume beton te berekenen. De discussie gaat volgens de verzoekende partij niet zozeer over het volume dat wordt ingenomen door de te plaatsen ankerkop en de hiervoor gebruikte afmetingen. Wel problematisch is dat de in het bestek vooropgestelde afmetingen in de praktijk niet bruikbaar zijn om aan alle besteksvoorwaarden inzake de ankernissen te kunnen voldoen. Zij licht dit vervolgens toe en concludeert dat aldus niet uitgesloten kan worden dat

de afmetingen van de ankernis groter zullen moeten zijn, waardoor er meer m³ opvulbeton vereist zal zijn. Inzake de kritiek dat zij deze problematiek niet opgemerkt heeft bij het indienen van haar offerte, stelt zij dat het bestek zelf erin voorzorg om mogelijke vergissingen te melden na de datum van aanvang van de werken, waarbij geen onderscheid wordt gemaakt tussen bepaalde delen van het bestek maar zeer algemeen wordt gesteld dat “iedere vergissing of vergetelheid” kan worden meegedeeld binnen 30 dagen na de aanvangsdatum van de werken.

Ook wat het aantal ankers en daarmee samenhangend het aantal dicht te betonneren ankernissen betreft, is de redenering van de verwerende partij, hierin gevolgd in het schorsingsarrest, volgens de verzoekende partij niet volledig juist. Het is immers goed mogelijk dat het in de meetstaat vermelde aantal ankernissen te klein zal zijn doordat de ligging van de nutsleidingen ertoe aanleiding kan geven dat de in het bestek voorgeschreven afstand tussen de ankers, namelijk 2,80 meter, te groot uitvalt; de door de verwerende partij en de tussenkomende partij aangenomen hypothese, bijgevalen in het tussenarrest, dat het in de meetstaat vermelde aantal ankers een maximum was, is dan ook niet correct. Bovendien, zo wijst de verzoekende partij er hier op, voorziet het bestek zelf uitdrukkelijk in de verplichting voor de opdrachtnemer om de inplanting van de damplanken, betonkesp en grondankers na gunning te onderzoeken door bijkomende studies uit te voeren en gedetailleerde uitvoeringstekeningen op te maken. Het is dus wel mede om deze reden dat in de opmetingsstaat ook gebruik gemaakt wordt van vermoedelijke hoeveelheden die, na nader onderzoek en studiewerk, nog moeten worden verfijnd.

Ten slotte merkt de verzoekende partij op dat in het annulatiecontentieux de Raad van State over meer termijn en meer mogelijkheid beschikt dan in het schorsingscontentieux om het middel, ook al is dit technisch van aard, te onderzoeken. Zij stelt dat zij dan ook heeft getracht om in haar memorie van wederantwoord de problematiek te verduidelijken en om, zonder al te technisch te worden, aan te tonen dat de aanbestedende overheid, op basis van de bepalingen van het bestek, niet met zekerheid kon oordelen dat de door de tussenkomende partij verbeterde vermoedelijke hoeveelheden voor de post opvulbeton van de ankernissen maximale hoeveelheden zijn. Mocht de Raad in deze stand van de procedure alsnog menen dat deze discussie al te technisch van

aard is, vraagt de verzoekende partij de aanstelling van een deskundige. De problematiek is volgens haar immers fundamenteel: het wordt niet betwist dat indien de verwerende partij de opmerking van de tussenkomende partij niet mocht hebben aanvaard en diens offerte hierdoor dus niet had mogen aanpassen, de verzoekende partij dan de laagste regelmatige offerte had ingediend.

6.3. In haar laatste memorie komt de verzoekende partij nog even terug op de problematiek van het feit of een aanbestedende overheid al dan niet verplicht is om, wanneer bij vermoedelijke hoeveelheden een inschrijver een verbetering van minstens 25% voorstelt en de aanbestedende overheid die feitelijke vaststelling bijvalt, de verbetering ook effectief te aanvaarden. Een aanbestedende overheid heeft de mogelijkheid om dergelijke verbetering niet toe te passen.

Voorts merkt de verzoekende partij op dat in het auditorsverslag haar opmerking dat het aantal ankernissen niet alleen kleiner maar ook groter kan zijn dan de vermoedelijke hoeveelheid in de meetstaat opgenomen, wordt genegeerd.

Beoordeling

7. De artikelen 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 vijftwintig 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.”

en

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 gewijid 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.”

Deze artikelen voorzien uitdrukkelijk in de mogelijkheid tot verbetering van vermoedelijke hoeveelheden door de inschrijvers 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 in de meetstaat opgegeven hoeveelheid van de betrokken post bedraagt.

Door de verzoekende partij wordt niet betwist dat de tussenkomenende partij bij haar offerte een nota ter verantwoording heeft gevoegd en dat de aanvaarde verbetering in min voor de posten 33, 31 en 34 minstens vijftwintig procent in min van de in de meetstaat opgegeven hoeveelheid van de kwestieuze posten bedraagt.

8. Op de eerste plaats valt op te merken dat, in de mate dat de verzoekende partij aanvoert dat te dezen de limiet van 25% weliswaar bereikt is, doch dat hier geen sprake is van een “flagrante vergissing in de vermoedelijke hoeveelheden” aangezien het hoe dan ook om kleine hoeveelheden gaat, zij, zoals de Raad reeds oordeelde in het kader van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, ten onrechte een bijkomende voorwaarde toevoegt waarin de reglementering niet voorziet. Het voornoemde artikel 97, § 2, eerste

lid, bepaalt dat 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, de aanbestedende overheid de wijzigingen naziet, deze zo nodig verbetert volgens eigen berekeningen en eventueel de opmetingen of inventarissen gevoegd bij de offertes wijzigt volgens bepaalde regels. De wijziging van de vermoedelijke hoeveelheden door de aanbestedende overheid betreft aldus geen automatisme; de aanbestedende overheid dient immers de voorgestelde verbeteringen na te kijken en uit artikel 97, § 2, moet worden afgeleid dat de gewijzigde hoeveelheden door de aanbestedende overheid slechts mogen worden aanvaard wanneer zij ze door eigen berekeningen kan nazien; wanneer de overheid deze gewijzigde hoeveelheden aldus niet door eigen berekeningen kan nazien, wordt uitdrukkelijk bepaald dat de hoeveelheid teruggebracht wordt tot de oorspronkelijke hoeveelheid.

De aanbestedende overheid is evenwel verplicht rekening te houden met terechte verbeteringen, voor zover aan de in de artikelen 83, § 2, en 97, § 2, bepaalde voorwaarden is voldaan. Zij kan niet beslissen om artikel 97, § 2, om andere redenen niet toe te passen, bijvoorbeeld omdat het slechts om kleine hoeveelheden gaat, zoals de verzoekende partij betoogt.

9. Wat de beweerde schending van de formelemotiveringsplicht betreft die de verzoekende partij afleidt uit artikelen 4 en 5 van de wet van 17 juni 2013, blijkt niet waarom de in het gunningsverslag opgenomen motivering over de aanvaarding van deze verbetering die de verzoekende partij zelf citeert in haar verzoekschrift en waarop de bestreden beslissing steunt, samen genomen met de bij het bestek gevoegde plannen, 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, wat zij trouwens in het enige middel vervolgens ook omstandig doet. Aldus is voldaan aan de formelemotiveringsplicht, minstens aan de *ratio legis* ervan. Overigens werd de berekening van het volume van de ankernissen toegelicht in de nota van de verwerende partij neergelegd tijdens de kortgedingprocedure met hierin de verwijzing naar de toelichting van het studiebureau SBE en heeft de tussenkomende partij in de kortgedingprocedure haar berekening ook uitvoerig toegelicht, zodat in de mate dat al aangenomen zou worden dat de motivering in

het gunningsverslag te summier zou zijn, de verzoekende partij in de concrete omstandigheden van de zaak zonder belang is, nu niet blijkt dat zij door deze gegeven formele motivering is geschaad.

10. Vervolgens voert de verzoekende partij nog aan dat de verwerende partij ten onrechte de herberekening van de opgegeven hoeveelheden door de nv Herbosch-Kiere heeft aanvaard omdat het volgens haar allesbehalve zeker is dat een hoeveelheid van 0,015 m³ beton per uitsparing zal volstaan onder meer omdat de opgegeven vermoedelijke hoeveelheid aan ankers geen maximum hoeveelheid is. Zij wijst er op dat het bestek er uitdrukkelijk in voorziet dat de bijgevoegde plannen slechts een voorontwerp uitmaken dat door de opdrachtnemer nader uitgewerkt moet worden. Gelet op het feit dat nog bijkomend studiewerk nodig is, kon op het ogenblik van gunning niet met zekerheid gesteld worden dat de vermoedelijke hoeveelheden overschat werden. De verwerende partij kon volgens de verzoekende partij dan ook geen eigen berekeningen uitvoeren om de voorgestelde wijziging te aanvaarden en had om die reden de vermindering moeten verwerpen.

Het voormelde artikel 97 bepaalt echter op nauwkeurige en volledige wijze hoe de inschrijvingen moeten worden gerangschikt en hoe het laagste bod moet worden bepaald wanneer een inschrijver, bij toepassing van voormeld artikel 83, § 2, de hoeveelheid van een of meer posten van de samenvattende opmetingsstaat van een aanneming van werken heeft verbeterd. Het voorziet slechts in twee hypothesen, namelijk het geval waarin het bestuur niet bij machte is door eigen berekeningen de voorgestelde wijzigingen na te zien en het geval waarin het daartoe wel in staat is.

Te dezen was de verwerende partij wel in staat tot eigen berekeningen zoals zij terecht opmerkt in haar memorie van antwoord en dit op grond van het plan BB1898-003 en de toelichting van haar studiebureau SBE. Voorts kon zij beschikken over de nota van de tussenkomende partij waarin deze verklaart hoe zij aan het gereduceerd betonvolume komt. Uit het administratief dossier blijkt ook dat de verwerende partij wel degelijk op grond van eigen berekeningen tot haar standpunt is gekomen. Wat de betwisting inzake het aantal ankers betreft moet in de eerste plaats worden gewezen op het feit dat de

verzoekende partij dit gegeven pas concreet uitwerkt in de memorie van wederantwoord daar waar dit reeds in haar inleidend verzoekschrift aan bod kon komen; voorts maakt de verzoekende partij onvoldoende concreet duidelijk dat de verwerende partij ten onrechte de vermoedelijke hoeveelheid ankers als een maximum aantal mocht beschouwen. Er is in die omstandigheden geen reden voor de aanstelling van een deskundige.

11. In de mate dat de verzoekende partij aanvoert dat het allesbehalve zeker is dat een hoeveelheid van 0,015 m³ beton per uitsparing zal volstaan en dat de opgegeven vermoedelijke hoeveelheid aan ankers in de praktijk ook effectief uitgevoerd zal worden en zij hierbij verwijst naar het bijkomend studiewerk dat nog zou moeten gebeuren dienaangaande, verliest zij hierbij uit het oog dat de litigieuze verbetering betrekking heeft op vermoedelijke hoeveelheden en dat de regelgever er bewust voor gekozen heeft om ook een verbetering van vermoedelijke hoeveelheden als uitgangspunt te nemen op voorwaarde dat de voorgestelde verbetering minstens vijftientig percent in meer of in min van de hoeveelheid van de post in kwestie bedraagt. De regelgever achtte aldus de verbetering van vermoedelijke hoeveelheden klaarblijkelijk opportuun omdat partijen er belang bij hebben dat de overeenkomsten gesloten worden op een zo juist mogelijke grondslag. Te dezen heeft de verwerende partij blijkbaar op grond van nazicht van de besteksdocumenten aanvaard dat er reden was om de vermoedelijke hoeveelheden voor de litigieuze posten aan te passen.

Het loutere feit dat voor bepaalde onderdelen van het project nog detailstudies in de uitvoeringsfase moeten worden opgesteld door de aannemer is, daargelaten de vraag of deze al dan niet nog van invloed zouden kunnen zijn op de hoeveelheden ter plaatse gestort gewapend beton bij het vullen van de ankernissen, dan ook geen afdoende reden om een wijziging van vermoedelijke hoeveelheden uit te sluiten indien deze reeds verantwoord blijkt uit het bestek en de bijgevoegde plannen. Absolute zekerheid eisen op basis van definitieve plannen zoals de verzoekende partij betoogt, zou immers met zich meebrengen dat elke wijziging van vermoedelijke hoeveelheden uitgesloten is, wat indruist tegen de wil van de regelgever.

12. Voorts merkt de verzoekende partij op dat de in het bestek vooropgestelde afmetingen in de praktijk niet bruikbaar zijn om aan alle voorwaarden die met betrekking tot de ankernissen in het bestek worden gesteld, te kunnen voldoen.

Artikel 86 van het koninklijk besluit Plaatsing van 15 juli 2011 bepaalt dat als een aannemer, leverancier of dienstverlener in de opdrachtdocumenten fouten of leemten ontdekt die van dien aard zijn dat ze de prijsberekening of de vergelijking van de offertes onmogelijk maken, hij dit onmiddellijk en schriftelijk aan de aanbestedende overheid dient te melden.

De verzoekende partij heeft nergens in haar offerte een opmerking over haar nu pas geuit bezwaar gemaakt; zij kan zich dan ook bezwaarlijk hierop nu voor het eerst in haar memorie van wederantwoord beroepen om de verbetering van de vermoedelijke hoeveelheden te betwisten.

De bepaling in het bestek dat de opdrachtnemer vanaf de aanvangsdatum van de werken over een termijn van dertig kalenderdagen beschikt om de aanbestedingstekeningen te onderzoeken en gebeurlijk aan de aanbestedende overheid iedere vergissing of vergetelheid mee te delen of tegenvoorstellen te doen, die betrekking heeft op de uitvoering van de opdracht, doet geen afbreuk aan de verplichting van de inschrijvers overeenkomstig voormeld artikel 86 van het koninklijk besluit Plaatsing.

13. De opwerping van de verzoekende partij dat de in het gunningsverslag opgenomen motivering intern tegenstrijdig is, wordt evenmin aanvaard om dezelfde door de verzoekende partij niet bekritiseerde reden als vermeld in het tussenarrest nr. 226.296, namelijk dat zowel bij de posten waar de voorgestelde verbetering wordt verworpen als waar de voorgestelde verbetering wordt aanvaard, wordt gesteld dat er uitgegaan moet worden van de “realisatie van de betonksp over de volledige lengte van de projectzone”.

14. Ten slotte, waar de verzoekende partij aanvoert 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, moet ook deze kritiek worden verworpen.

In het tussenarrest nr. 226.296 oordeelde de Raad reeds dat “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”.

Ook hier repliceert de verzoekende partij in haar memorie van wederantwoord niet op deze vaststellingen zodat de Raad zich mag beperken tot de verwijzing naar het voormeld arrest.

15. Het enige middel wordt verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid en van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 350 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 19 februari 2015, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Bram Van Thillo,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Bram Van Thillo

Dierk Verbiest