

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 230.524 van 16 maart 2015

in de zaak A. 215.126/XII-7841

In zake: de NV MONUMENT VANDEKERCKHOVE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Arnoud Declerck en Eva Roels
kantoor houdend te 8530 Harelbeke
Kortrijksesteenweg 387
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de UNIVERSITEIT GENT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Luk De Schrijver
kantoor houdend te 9840 De Pinte
Pont Noord 15A
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 25 februari 2015, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van de Universiteit Gent zonder gekende datum houdende de onregelmatigverklaring en wering van de offerte van 27 oktober 2014 van [de nv Monument Vandekerckhove] en houdende de gunning van de overheidsopdracht ‘F.I. 04.10- complex Ledeganck- L10-Ledeganck 2^{de} fase - K.L Ledeganckstraat 35, 9000 Gent - Complex Ledeganck - Renovatie 2^{de} fase - Afbraakwerken, asbestverwijdering, ruwbouw, dakwerken, afwerking en buitenschrijnwerk’ aan [de nv CEI-DE MEYER]”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 12 maart 2015, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Eva Roels, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Luk De Schrijver, die verschijnt voor de verwerende 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. De Universiteit Gent schrijft een open aanbesteding uit voor de gunning van een opdracht van werken, in de aankondiging genaamd “Complex Ledeganck – Renovatie 2^e Fase – Afbraakwerken, asbestverwijdering, ruwbouw, dakwerken, afwerking en buitenschrijnwerk”.

De aankondiging van de opdracht wordt 9 september 2014 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en op 12 september 2014 in het Publicatieblad van de Europese Unie. De geraamde waarde van de opdracht bedraagt 8.425.586,16 euro, btw niet inbegrepen.

3.2. Het toepasselijke bestek A00885/2 bepaalt in artikel 14 ‘Prijsvorming’ onder meer:

“Deze aanneming is een gemengde opdracht met posten tegen forfaitaire prijs (globale prijs), posten tegen eenheidsprijs.

De forfaitaire posten zijn aangeduid als GP (globale prijs) en posten met forfaitaire hoeveelheden (aangeduid als FH), waarvan de hoeveelheid aangegeven is. Voor dit gedeelte wordt aangenomen dat de inschrijver zijn offerte volgens zijn eigen bewerkingen, berekeningen en ramingen heeft opgemaakt. Na het indienen van zijn offerte kan hij geen bezwaar [...] meer maken wegens eventueel gesignaleerde fouten of leemten in de opmetingsstaat die de Universiteit Gent ter beschikking van de inschrijvers heeft gesteld. In geval van tegenspraak moet een werk, aangeduid op de plannen zonder vermeld te zijn in de opdrachtdocumenten of opmetingsstaat, of omgekeerd, zonder enige vergoeding door de aannemer worden uitgevoerd.

In geval de tekeningen tegenstrijdigheden vertonen zal de aannemer zich hierop slechts kunnen beroepen indien de opmetingsstaat terzake geen nadere aanwijzingen bevat.

De posten volgens prijslijst zijn uitgedrukt in vermoedelijke hoeveelheden. Alleen de eenheidsprijzen zijn forfaitair, terwijl de in rekening te brengen hoeveelheden tegensprekelijk zullen vastgesteld worden na uitvoering van de werken.

De vermoedelijke hoeveelheden (VH), vermeld in de opmetingsstaat, mogen in de offerte van de inschrijver NIET verbeterd worden.”

3.3. De opening van de offertes vindt plaats op 29 oktober 2014. Er zijn zeven offertes ingediend onder meer door de verzoekende partij en de nv CEI-DE MEYER.

In de bestreden beslissing worden de volgende verbeterde inschrijvingsbedragen, btw niet inbegrepen, vermeld:

Nr.	Naam van de inschrijver	Verbeterd bedrag (Excl. BTW)
1	Monument Vandekerckhove nv te Ingelmunster	€ 7.130.213,78
2	CEI-DE MEYER nv te Brussel	€ 7.267.113,94
3	Strabag Belgium nv - zetel Gent	€ 7.577.906,38
4	Artes Depret nv - Zeebrugge	€ 7.784.036,18
5	Denys nv - Gent	€ 7.889.915,80
6	MBG nv - Antwerpen	€ 8.256.686,43
7	Algemene Bouw MAES nv - Gent	€ 9.556.918,11

3.4. Uit de bestreden beslissing blijkt dat diverse inschrijvers wijzigingen van de forfaitaire hoeveelheden hebben voorgesteld.

Zo ook stelt de verzoekende partij naast enkele leemtes voor zes posten hoeveelheden in min en voor zeven posten hoeveelheden in meer voor. Bij de offerte is een bijlage gevoegd inzake verbeteringen en leemtes.

De verzoekende partij merkt bij de hier relevante posten 26.13.101 “stortklaar beton – balken binnenomgeving” en 26.13.102 “stortklaar beton – balken buitenomgeving”, die forfaitaire hoeveelheden betreffen, een verbetering in meer op. Zij vermeldt hierbij echter telkens ook een andere eenheidsprijs dan deze opgenomen in de opmetingsstaat bij de ongewijzigde post:

post	opmetingsstaat	bij verbeterde hoeveelheid
26.13.101	1.033,06 euro	1.033,03 euro
26.13.102	1.791,62 euro	1.791,47 euro

Zij merkt bij de hier relevante posten 50.11.101 “wandbepoetsing – fabriekspoeze/voorgemengde samenstelling/wanden” en 53.47 “plinten – epoxygietvloer – hoogte 10 cm”, die forfaitaire hoeveelheden betreffen, een verbetering in min op. Zij vermeldt hierbij echter telkens ook een andere eenheidsprijs dan deze vermeld in de opmetingsstaat bij de ongewijzigde post:

post	opmetingsstaat	Bij verbeterde hoeveelheid
50.11.101	10,86 euro	3,43 euro
53.47	191,84 euro	261,48 euro

3.5. Met een brief van 9 december 2014 vraagt de verwerende partij de verzoekende partij uiterlijk binnen de 12 kalenderdagen:

“uw offerte te verduidelijken voor wat betreft de prijszetting i.f.v. de door u voorgestelde verbeteringen van de forfaitaire hoeveelheden van volgende posten:

Eenheidsprijzen opmetingsstaat:

- 50.11.101: €10,86
- 53.47: €191,84

- 26.13.101: €1.033,06
- 26.13.102: €1.791,62

Eenheidsprijzen bij hoeveelheden in min/in meer:

- 50.11.101: €3,43
- 53.47: €261,48
- 26.13.101: €1.033,03
- 26.13.102: €1.791,47.”

3.6. Met een brief van 17 december 2014 antwoordt de verzoekende partij:

“Wij bevestigen u formeel dat de eenheidsprijzen uit de opmetingsstaat de correcte eenheidsprijzen zijn.

Voor de artikels 26.13.101 en 26.13.102 is het verschil in eenheidsprijzen tussen de originele opmetingsstaat en de opmerkingen in min / in meer louter te wijten aan een afrondingsfout van het calculatieprogramma Bouwoffice.

Voor de artikels 50.11.101 en 53.47 is het verschil in eenheidsprijzen te wijten aan een vergissing die werd gemaakt in het calculatieprogramma Bouwoffice. De calculatiwijze van de eenheidsprijzen uit de originele opmetingsstaat werd door het programma enkel gekopieerd. Hierbij verrekende het programma de ‘vast kosten’ (=kosten die niet evenredig afhankelijk zijn van de hoeveelheid) niet naar de aangepaste hoeveelheid in min, waardoor de opgegeven eenheidsprijs bij de opmerking in min niet meer correct is.

Bij het nazicht van onze offerte dient u bij de verbetering van de hoeveelheden dus enkel en alleen rekening te houden met de eenheidsprijzen uit de originele opmetingsstaat.

Wij zijn er van overtuigd dat deze vergissing geen invloed heeft op de regelmatigheid van onze offerte, aangezien er geen aanpassing dient te gebeuren aan onze inschrijving in de originele opmetingsstaat en aangezien wij geen enkel voordeel halen uit de mogelijke rechtzetting van deze vergissing.”

3.7. Op 6 februari 2015 beslist de verwerende partij de offerte van de verzoekende partij om de volgende redenen substantieel onregelmatig te bevinden:

“Overwegende dat in de offerte van Monument Vandekerckhove nv bij de aanduiding van de hieronder vermelde 4 gewijzigde hoeveelheden, afwijkende eenheidsprijzen worden gehanteerd in zoverre de door haar gesignaleerde hoeveelheden (in min en meer) voor die posten worden

aanvaard; dat in haar offerte niet wordt verduidelijkt waarom gewijzigde eenheidsprijzen worden gehanteerd en hoe deze andere eenheidsprijzen moeten worden geïnterpreteerd:

Eenheidsprijzen opmetingsstaat

- post 26.13.101 stortklaar beton – balken binnenomgeving: €1.033,06
- post 26.13.102 stortklaar beton – [balken] buitenomgeving: €1.791,62
- post 50.11.101 wandbepleistering – fabriekspleister / voorgemengde samenstelling / wanden : €10, 86
- post 53.47 plinten – epoxygienvloer – hoogte 10cm: €191,84

Eenheidsprijzen bij hoeveelheden in min/ in meer:

- post 26. 13. 101 stortklaar beton – balken binnenomgeving : €1.033,03
- post 26.13.102 stortklaar beton – [balken] buitenomgeving: €1.791,47
- post 50.11.101 wandbepleistering – fabriekspleister / voorgemengde samenstelling / wanden : €3,43
- post 53.47 plinten – epoxygienvloer – hoogte 10cm: €261,48

Overwegende dat de Universiteit Gent op 09 december 2014 hierover bijkomende verduidelijking heeft gevraagd (cf. art. 96, §4 KB 15 juli 2011); dat Monument Vandekerckhove nv de Universiteit Gent bevestigt dat, wat die vier posten betreft, het een vergissing in de berekeningen van het calculatieprogramma betreft; dat zij voorts aangeeft dat de prijzen van de originele opmetingsstaat dienen te worden gehanteerd in geval de gewijzigde hoeveelheden door de Universiteit Gent worden aanvaard;

Overwegende dat algemeen wordt gesteld in overheidsopdrachten dat offertes die van essentiële bepalingen van de opdrachtdocumenten afwijken, inzonderheid onder meer deze die betrekking hebben op de prijs, substantieel (materieel) onregelmatig zijn en gesanctioneerd worden met de absolute nietigheid;

Overwegende dat bij een open aanbesteding overeenkomstig art. 83 iuncto 97, §1 KB 15 juli 2011 en de opdrachtdocumenten in casu in die zin, opmerkingen mogen worden gemaakt aangaande de forfaitaire hoeveelheden; dat de arttn. 83 iuncto 97, §1 KB 15 juli 2011 dienaangaande duidelijk spreken over wijzigingen aan 'hoeveelheden' en niet aan de eenheidsprijzen; dat een opmerkzaamheid van een inschrijver over de in de opdrachtdocumenten foutief aangegeven hoeveelheden, geenszins aanleiding mogen geven tot het wijzigen van haar eenheidsprijzen;

Overwegende bovendien dat de mogelijkheid bieden om eenheidsprijzen aan te passen naargelang de te wijzigen hoeveelheden zou indruisen tegen de forfaitaire basis waartegen overheidsopdrachten worden geplaatst (zie art. 6 van de Wet van 15 juni 2006), een van de grondbeginselen in het overheidsopdrachtenrecht; dat de uitzonderingsmogelijkheden hierop in voorliggend geval niet van toepassing zijn; dat het aldus vaststaat dat opgegeven eenheidsprijzen in een originele opmetingsstaat niet mogen gewijzigd worden in functie van de te corrigeren hoeveelheden;

Overwegende dat voorts de vergelijkbaarheid van de offertes ernstig is aangetast: in geen geval kan de Universiteit Gent immers de forfaitaire prijs bepalen voor de artikelen waarin de eenheidsprijzen werden gewijzigd ten opzichte van de originele opmetingsstaat; dat hiermee de vergelijkbaarheid van de offertes aanzienlijk wordt bemoeilijkt;

Overwegende dat ook de gelijkheid onder de inschrijvers niet kan worden gegarandeerd in geval rekening gehouden zou worden met de gewijzigde eenheidsprijzen in functie van de gewijzigde hoeveelheden; dat dit immers zou betekenen dat verschillende maatstaven worden gehanteerd naargelang de opmerkingen gemaakt door een inschrijver;

Overwegende dat daarenboven een inschrijver zich na het indienen van een offerte niet meer mag beroepen op fouten of vergissingen in zijn offerte (zie art. 86, tweede lid KB 15 juli 2011); dat hij bovendien de offerte na indiening niet meer mag wijzigen in geval een aanbestedende overheid verzoekt de draagwijdte van zijn offerte te verduidelijken of aan te vullen (art. 96, §4 KB 15 juli 2011 - zie het aangetekend schrijven d.d. 09 december 2014 in die zin alsook supra); dat het aangeven dat de afwijkende eenheidsprijzen in de verantwoording van de inschrijver het gevolg zijn van foutieve berekeningen in haar computerprogramma en dat daarom enkel de prijzen uit de originele opmetingsstaat gelden, net aanleiding geven tot het wijzigen van haar offerte, in die zin dat de Universiteit Gent dient te kiezen voor de prijzen uit de originele opmetingsstaat en zodoende de offerte van Monument Vandekerckhove nv wijzigt;

Overwegende dat, in subsidiaire orde, naast de vier posten waarvoor afwijkende eenheidsprijzen werden opgegeven in geval een wijziging van hoeveelheden zich zou opdringen, nog voor een tiental andere posten gewijzigde hoeveelheden werden gesuggereerd, zonder evenwel de eenheidsprijzen ervan te wijzigen; dat het tevens bevreemdend overkomt dat indien het een fout in het computerprogramma zou betreffen, niet alle gewijzigde hoeveelheden aanleiding hebben gegeven tot afwijkende eenheidsprijzen;

Overwegende dat met het verstrekken van de bijkomende uitleg de inschrijver Monument Vandekerckhove nv zelf aangeeft dat zij zich in haar offerte niet ondubbelzinnig juridisch heeft verbonden; dat slechts uit de bijkomende uitleg blijkt wat haar werkelijke bedoeling was, met name dat

zij zich wenst te verbinden tot de eenheidsprijzen van de originele opmetingsstaat (en dus niet middels de afwijkende eenheidsprijzen zoals in haar offerte vermeld); dat de Universiteit de offerte echter niet meer mag wijzigen na indiening ervan (zie supra); dat een inschrijver zich ondubbelzinnig dient te verbinden in haar offerte, niet middels bijkomende uitleg of verantwoordingen;

Overwegende dat, tot slot, het hanteren van de afwijkende eenheidsprijzen in functie van de gewijzigde hoeveelheden als een ongeoorloofd voorbehoud wordt gekwalificeerd, hetgeen i.c. leidt tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte; dat de Raad van State in haar arrest d.d. 29 augustus 1996 een voorbehoud als volgt heeft omschreven: ‘er is sprake van een voorbehoud wanneer de inschrijver aan zijn inschrijving een voorwaarde verbindt die geen steun vindt in het bestek, noch in de wetgeving en reglementering inzake overheidsopdrachten, met als gevolg dat bij de beoordeling van de inschrijvingen, de gelijkheid van de inschrijvers in het gedrang wordt gebracht doordat de vergelijking van de inschrijvingen vrijwel niet meer mogelijk is en de mogelijkheid bestaat dat de betrokken aannemer bij de uitvoering van de overheidsopdracht, zich op de door hem geformuleerde voorwaarde zal beroepen, hetgeen mogelijke betwistingen inzake verrekeningen, bij- en meerwerken, alsook schade-eisen meebrengt’; dat in voorliggend geval het voorbehoud erin bestaat dat zij enkele van haar prijzen laat afhangen van een te vervullen voorwaarde, met name het aanvaarden van haar opmerkingen in meer en min; dat in geen geval dit voorbehoud kan worden gekwalificeerd als een relatieve onregelmatigheid daar zij een essentieel element van de offerte raakt, nl. de prijszetting;

Overwegende dat het overigens niet relevant wordt geacht of de onregelmatigheden samen genomen slechts een beperkte invloed hebben op de offerte in haar totaliteit; dat dit immers niet opweegt tegenover het algemene beginsel van de forfaitaire grondslag bij overheidsopdrachten;

Overwegende dat op basis van bovenstaande punten de Universiteit Gent meent te beschikken over voldoende, juiste, aanvaardbare en relevante motieven voortvloeiend uit een zorgvuldig onderzoek van de offerte om in alle redelijkheid te besluiten dat in casu de verschrijvingen vanwege inschrijver Monument Vandekerckhove nv afdoende aantonen dat de offerte aangetast is door substantiële onregelmatigheden (afwijking van een essentiële besteksbepalings, nl. de prijszetting) waardoor haar offerte absoluut nietig is en hoe dan ook verworpen dient te worden; dat de Universiteit Gent ter zake geen enkele appreciatiebevoegdheid heeft (het betreft een gebonden bevoegdheid, zie art. 95, §4 KB 15 juli 2011); dat de offerte van Monument Vandekerckhove nv wordt verworpen als substantieel onregelmatig.”

Op grond van de gewijzigde en aanvaarde hoeveelheden in meer en min alsook de aanvaarde leemten worden vervolgens voor de andere inschrijvers de totale inschrijvingsprijzen vastgesteld en beslist de verwerende partij de opdracht te gunnen aan de nv CEI-DE MEYER als laagste regelmatige inschrijver voor een bedrag van 7.277.228,55 euro, btw niet inbegrepen.

3.8. Met een brief en een e-mail van 11 februari 2015 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij de beslissing van 6 februari 2015 mee.

IV. Schorsingsvoorwaarden

4.1. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

4.2. Te dezen is evenwel ook 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.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissingen in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

Overeenkomstig artikel 15, tweede lid, echter wordt de vordering tot schorsing voor de Raad van State uitsluitend ingesteld volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of minstens één ernstig middel wordt aangevoerd, dan wel een klaarblijkelijke onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissingen kan verantwoorden.

V. Onderzoek van het enige middel

Uiteenzetting van het middel

5. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 24 van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’, van de artikelen 95, § 3, en 96, § 1, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit Plaatsing) en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, “meer in het bijzonder de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel”.

Toen de verwerende partij aan de verzoekende partij om een toelichting vroeg conform artikel 96, § 4, koninklijk besluit Plaatsing heeft de verzoekende partij geantwoord dat haar eenheidsprijzen vermeld in de opmetingsstaat de enige correcte zijn en dat de eenheidsprijzen vermeld bij de gewijzigde forfaitaire hoeveelheden een vergissing betreffen veroorzaakt door haar calculatieprogramma. Deze toelichting houdt in elk geval in dat het de verzoekende partij geen voordeel oplevert, integendeel. Dat het hier om een vergissing of een “kennelijk materiële fout” gaat in de zin van artikel 96, § 1, van het koninklijk besluit Plaatsing staat buiten kijf.

Weliswaar, zo vervolgt de verzoekende partij, heeft de verwerende partij in haar beslissing “geenszins aangegeven of de door verzoekster verstrekte toelichting voor haar aanvaardbaar is” doch “uit hetgeen zij motiveert blijkt dat zij wel degelijk de toelichting an sich als aanvaardbaar beschouwt, doch dat zij meent de offerte niet te kunnen verbeteren door de eenheidsprijzen uit de originele opmetingsstaat in aanmerking te nemen vermits dit naar haar oordeel zou neerkomen op een (onaanvaardbare) wijziging van de offerte van verzoekster”.

“Deze motivering is echter niet correct, noch afdoende draagkrachtig” stelt de verzoekende partij en dit om de volgende redenen.

De “kennelijk materiële fout” in haar offerte is aannemelijk zodat de verbetering geoorloofd is; de verzoekende partij krijgt hier immers niet de mogelijkheid om haar offerte te verbeteren of na te zien. Er is dan ook geen schending van het verbod tot concurrentievervalsing. Overigens is het precies de bedoeling van artikel 96, § 1, koninklijk besluit Plaatsing om de aanbestedende overheid toe te laten zuiver materiële fouten te verbeteren, “zelfs al [...] zou dit tot een wijziging van een bepaald prijsbestanddeel leiden”.

De verzoekende partij heeft zich trouwens ondubbelzinnig juridisch verbonden door uitdrukkelijk te kennen te geven “dat zij zich verbindt op basis van de eenheidsprijzen uit de originele opmetingsstaat”.

De redenering van de verwerende partij omtrent het feit dat de verzoekende partij een voorbehoud zou hebben geformuleerd is evenmin correct. De toelichting van de verzoekende partij met betrekking tot de vergissing over de eenheidsprijzen kan niet als een voorbehoud worden aanzien. De verzoekende partij heeft uitdrukkelijk gesteld dat de eenheidsprijzen van de opmetingsstaat dienden te worden gehanteerd, ook bij een wijziging van de forfaitaire hoeveelheden. De verzoekende partij heeft zich expliciet verbonden tot het uitvoeren van de opdracht conform de besteksbepalingen en de meetstaat. Het is dan ook onterecht dat de verwerende partij in haar beslissing opmerkt dat de verzoekende partij zou afwijken van de essentiële bestanddelen van het bestek; hier schendt de verwerende partij artikel 95, § 3, van het koninklijk besluit Plaatsing.

Ten slotte merkt de verzoekende partij op dat de verwerende partij ten onrechte aanneemt dat het niet relevant zou zijn “of de (vermeende) onregelmatigheden samen genomen slechts een beperkte invloed hebben op de offerte in haar totaliteit, gezien dit niet opweegt tegen het beginsel van de forfaitaire grondslag bij overheidsopdrachten”. De verzoekende partij wijst op het Verslag aan de Koning bij het koninklijk besluit Plaatsing waarin zij leest dat “de aanbestedende overheid een offerte kan aanvaarden indien een fout inzake de prijs niet verbeterbaar is, maar het een te verwaarlozen post betreft, die hoe dan ook geen impact heeft op de rangschikking en/of de vergelijkbaarheid van de offertes, en waarvan het ongemoeid laten de gelijkheid van de inschrijvers niet in het

gedrang brengt”. “Welnu”, zo stelt de verzoekende partij, “indien zou worden aangenomen dat de vergissing in de offerte van verzoekster niet kon worden verbeterd – quod certe non! – dan nog dient opgemerkt dat de posten waarover het in kwestie gaat, slechts van zeer gering belang zijn in de totaliteit van de offerte”.

Beoordeling

6.1. Artikel 96, § 1, van het koninklijk besluit Plaatsing luidt:

“De aanbestedende overheid verbetert de rekenfouten en de zuiver materiële fouten in de offertes, zonder dat zij voor niet-ontdekte fouten aansprakelijk is.

Om deze fouten te verbeteren gaat de aanbestedende overheid de werkelijke bedoeling na van de inschrijver, door de offerte te onderzoeken en te vergelijken met de andere offertes en met de marktprijzen en door desnoods § 4 toe te passen.

Als er in dit laatste geval geen toelichting gegeven is of de toelichting niet aanvaardbaar is voor de aanbestedende overheid, verbetert ze de fouten naar eigen bevindingen. Mocht dit niet mogelijk zijn, dan kan de aanbestedende overheid hetzij beslissen dat de opgegeven eenheidsprijzen van toepassing zijn, hetzij de offerte als onregelmatig weren.”

6.2. De voorliggende procedure betreft een open aanbesteding. De regelmatigheid van de offertes dient in dat geval te worden beoordeeld op grond van de offerte zelf en niet in het licht van aanvullende verklaringen die een wijziging van de offerte inhouden, en dit op straffe van een schending van de gelijke behandeling van de inschrijvers. Overeenkomstig artikel 96, § 4, van het koninklijk besluit Plaatsing mag de aanbestedende overheid aan de inschrijver wel vragen om binnen de door haar bepaalde termijn de draagwijdte van zijn offerte te verduidelijken of aan te vullen, zonder deze echter te wijzigen. Deze mogelijkheid tot contactname met de inschrijvers mag er wel niet toe leiden dat een onregelmatige offerte alsnog wordt geregulariseerd of dat het beginsel van de gelijke behandeling van de inschrijvers wordt geschonden.

6.3. Uitgangspunt van het enige middel is dat de verschillende eenheidsprijzen tussen de opmetingsstaat en de opmerking inzake de verbeterde hoeveelheden het gevolg zijn van een zuiver materiële fout.

Dit lijkt hier niet het geval om de volgende redenen.

De verzoekende partij stelt dat de “andere” eenheidsprijs bij de posten 26.13.101 en 26.13.102 het gevolg is van een afrondingsfout in het gebruikte calculatieprogramma. Nog afgezien van de prijsverschillen die niet onmiddellijk lijken te sporen met wat gemeenzaam zou kunnen worden aangemerkt als een afrondingsfout, stelt de Raad van State vast dat de verzoekende partij helemaal geen bewijzen aanbrengt voor haar stelling inzake het falen van het calculatieprogramma, noch ten aanzien van de aanbestedende overheid, noch ten aanzien van de Raad, zodat de ernst ervan niet wordt aangetoond, niettegenstaande zijzelf, als de auteur van de beweerde fout, diegene is die deze fout moet aantonen.

Wat de verschillende eenheidsprijzen voor de twee andere posten, namelijk 50.11.101 en 53.47, betreft merkt de verzoekende partij op dat deze het gevolg zijn van een fout in het gebruikte calculatieprogramma bij het overbrengen van gegevens, meer in het bijzonder werd, aldus de verzoekende partij, het onderdeel vaste kosten in de eenheidsprijs niet verrekend naar de aangepaste hoeveelheid. Opnieuw moet worden vastgesteld dat de verzoekende partij nalaat, ook ter terechtzitting, enig bewijs van deze stelling voort te brengen. Voorts is het hier opvallend dat bij de ene post er een aanzienlijk lagere eenheidsprijs wordt geboden dan die opgenomen in de opmetingsstaat terwijl bij de andere post het dan weer om een aanzienlijk hogere prijs gaat, een vaststelling die moeilijk lijkt te sporen met wat de verzoekende partij als enige oorzaak van de fout bijbrengt; ook ter terechtzitting, mocht dit al toegelaten zijn, slaagt de verzoekende partij er niet in dit te verduidelijken.

Opmerkelijk hierbij is ook dat naast de vier kwestieuze posten de verzoekende partij ook nog voor andere posten een verbetering van de hoeveelheid heeft voorgesteld terwijl er bij die andere posten dan weer geen verschillende eenheidsprijzen opduiken. Ook dit fenomeen wordt noch in het verzoekschrift, noch ter terechtzitting uitgeklaard.

Aldus wordt niet op het eerste gezicht aangetoond dat er te dezen sprake is van een zuiver materiële fout en faalt het uitgangspunt van het middel. De verwerende partij stelt in de bestreden beslissing, weliswaar slechts in subsidiaire

orde, weze het impliciet maar zeker, vast dat niet was voldaan aan de voorwaarde dat het gaat om een rekenfout of zuiver materiële fout. Zij mocht deze dan ook niet op die grond verbeteren.

6.4. Aangezien niet is aangetoond dat het om een zuiver materiële fout gaat en de verzoekende partij met stelligheid betoogt dat het haar vaste wil was om slechts één enkele eenheidsprijs per post te geven, moet worden vastgesteld dat de verwerende partij dan ook van oordeel mocht zijn dat er aldus sprake was van een substantiële onregelmatigheid door het opgeven van verschillende eenheidsprijzen voor dezelfde post, alleen al nu dit de prijsopgave betreft. Dit maakt immers de verbintenis van de verzoekende partij onzeker en bemoeilijkt de vergelijking van de inschrijvers in de zin dat in de offerte niet vaststaat tegen welke eenheidsprijs de verzoekende partij deze posten zal uitvoeren.

Het argument dat er geen twijfel is over de bedoeling en verbintenis van de verzoekende partij nu deze in de toelichting uitdrukkelijk bevestigde dat de verwerende partij, ook bij wijziging van de hoeveelheden, de oorspronkelijke eenheidsprijzen mocht toepassen, dat de verzoekende partij ook geen voordeel haalt uit de toelichting en dat dit geen invloed heeft op de kostprijs van de werken, lijkt niet tot een andere conclusie te leiden. De verzoekende partij gaat er immers aan voorbij dat die bedoeling minstens niet duidelijk is op grond van haar offerte.

Het argument ten slotte dat er wel een beoordelingsbevoegdheid is bij verwaarloosbare posten overtuigt hier evenmin. Zoals opgemerkt blijkt niet dat er hier sprake is van een zuiver materiële fout. Indien het gaat om een substantiële onregelmatigheid, zoals de verwerende partij op het eerste gezicht terecht vaststelde, heeft zij vervolgens geen andere keuze dan de offerte als nietig te weren.

6.5. Het middel is niet ernstig.

VI. Besluit en kosten

7. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient te worden verworpen en de kosten dienen ten laste te worden gelegd van de verzoekende partij.

Er is te dezen grond om met toepassing van artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en artikel 67, § 1, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’, de verwerende partij de door haar gevraagde rechtsplegingsvergoeding van 700 euro toe te kennen, nu zij door de verwerping van de vordering tot schorsing als de in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

BESLISSING

1. De Raad van State verworpt de vordering.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 16 maart 2015,
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