

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 234.172 van 17 maart 2016
in de zaak A. 209.156/XII-7390**

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

tegen:

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

Tussenkommende partij:

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

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 26 juli 2013, strekt tot de nietigverklaring van “de gunningsbeslissing van [de Regie der Gebouwen van 30 mei 2013] om de opdracht voor aanneming van werken ‘Koninklijk Museum Midden Afrika – Moderniseren, restaureren en aanpassen aan de 21ste eeuw van de infrastructuur en zijn omgeving’, te gunnen aan de nv Denys”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. 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 25 september 2013. De tussenkomende partij heeft een memorie ingediend.

Adjunct-auditeur Thomas Maes 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 8 maart 2016.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Anthony Verheggen, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Filip Lahaye, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Iris Hemelaer, die loco advocaten Wouter Neven en Jens Debièvre verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Adjunct-auditeur Thomas Maes daartoe gemachtigd bij beslissing van 21 oktober 2015 van de adjunct-auditeur-generaal heeft een 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 Regie der Gebouwen, dit is de verwerende partij, schrijft een overheidsopdracht uit voor een aanneming van werken betreffende “Tervuren Koninklijk Museum Midden Afrika: Moderniseren, restaureren en aanpassen aan de 21ste eeuw van de infrastructuur en zijn omgeving”. De opdracht wordt gegund door middel van een openbare aanbesteding.

De waarde van de opdracht wordt blijkens het gunningsverslag geraamd op 61.371.986,88 euro, btw inbegrepen.

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

3.3. De offertes worden geopend op 25 oktober 2012. Er blijken zeven offertes te zijn ingediend, waaronder die van de tussenkomende partij aan 47.746.481,37 euro, btw inbegrepen, en die van de verzoekende partij aan 52.201.700,55 euro, btw inbegrepen. Het betreft respectievelijk de laagste en de tweede laagste offerte.

3.4. Bij aangetekende brief van 7 januari 2013 vraagt de verwerende partij aan de tussenkomende partij om een prijsverantwoording te verstrekken voor de eenheidsprijzen van een reeks posten die “kennelijk als zeer laag of zeer hoog werden bevonden” in toepassing van artikel 110, § 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken’ (hierna: het koninklijk besluit van 8 januari 1996).

3.5. Eveneens bij aangetekende brief van 7 januari 2013 vraagt de verwerende partij aan de verzoekende partij om een prijsverantwoording te verstrekken voor de eenheidsprijzen van een reeks posten die “kennelijk als zeer

laag of zeer hoog werden bevonden” met toepassing van artikel 110, § 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996.

3.6. Beide inschrijvers bezorgen bij aangetekende brieven van 18 januari 2013 hun prijsverantwoording aan de verwerende partij.

3.7. Bij aangetekende brief van 6 mei 2013 vraagt de verwerende partij aan de tussenkomende partij om bijkomende verduidelijking van haar prijsverantwoording van 18 januari 2013.

3.8. De tussenkomende partij verstrekt de gevraagde aanvullende toelichting bij aangetekende brief van 17 mei 2013.

3.9. Op 28 mei 2013 stelt de verwerende partij een gunningsverslag op.

In het kader van het rekenkundig nazicht en de verbetering van materiële fouten in de offertes wordt het volgende opgemerkt over de offerte van de tussenkomende partij:

“Voor de post 6 werd door de nv Denys ingeschreven met een schijnbaar bijzonder lage eenheidsprijs, die moeilijk anders dan als een materiële vergissing in de zin van artikel 111 K.B. 08/01/1996 leek te kunnen worden beschouwd.

Zorgvuldigheidshalve, teneinde zich van de werkelijke toedracht te verzekeren, heeft de Regie der Gebouwen echter de inschrijver met een schrijven d.d. 07/01/2013 om prijsverantwoording gevraagd voor de betrokken post (alook voor een aantal andere posten, cfr. infra onder 5.3 van onderhavig analyseverslag).

In zijn antwoord d.d. 18/01/2013 houdende prijsverantwoording, bevestigt de inschrijver – wat betreft de betrokken post 6 – uitdrukkelijk dat terzake sprake is van een materiële vergissing in de zin van een verschrijving bij het overnemen van de prijsberekeningen in de eigenlijke offerte. De inschrijver voegt daarbij ook diverse documenten toe ter ondersteuning van de verklaring dat inderdaad sprake is van een materiële vergissing.

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

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

In het kader van het prijsonderzoek wordt onder “5.3. KB 08.01.1996 – artikel 110 § 3 – Analyse van de eenheidsprijzen” het volgende opgemerkt over de offerte van de tussenkomende partij:

“Volgende criteria werden toegepast om na te gaan of sprake was van kennelijk abnormaal hoge/lage eenheidsprijzen:

- De eenheidsprijzen worden vergeleken met de gemiddelde eenheidsprijzen, berekend volgens art. 110 KB 8/1/1996, teneinde het normale gemiddelde voor iedere betrokken post zoveel mogelijk te benaderen.
- Alle eenheidsprijzen die 50% onder of boven het gemiddelde liggen en waarvan bovendien ofwel het gewicht van die post ten opzichte van de totale inschrijvingsprijs ofwel het gewicht van het gemiddelde voor die post in toepassing van art. 110 K.B. 08/01/1996 ten opzichte van de gemiddelde totaalprijs in toepassing van art. 110 K.B. 08/01/1996 minstens 1% bedraagt worden als kennelijk abnormaal beschouwd.
- Ook indien het verschil tussen de gemiddelde eenheidsprijs voor een post en de eenheidsprijs voor een post (niet beschouwd als abnormaal op basis van de bovenvermelde criteria) hoger ligt dan 50.000€ en dit verschil minstens 20% van het gemiddelde uitmaakt, wordt de prijs als kennelijk abnormaal beschouwd.

De drie voorlopig best gerangschikte inschrijvers (i.e. met de laagste offerteprijs) werden, rekening houdend met de hierboven beschreven criteria, op 07/01/2013 om een prijsverantwoording gevraagd op een aantal posten:

- Denys
- Roegiers Pierre en co

- Vanderstraeten - Houben - Monument Van de Kerckhove

Alle drie de inschrijvers hebben vervolgens tijdig (op 18/01/2013) een prijsverantwoording overgemaakt.

Aan de voorlopig best geklasseerde inschrijver zijnde de nv Denys werd met schrijven dd. 06/05/2013 nog een bijkomende verduidelijking gevraagd.

De nv Denys heeft vervolgens tijdig (op 17/05/2013) de nodige verduidelijking overgemaakt.

- De eigenlijke prijsverantwoordingen verstrekt door de inschrijvers alsook de gedetailleerde analyse vanwege de Regie der Gebouwen van deze prijsverantwoordingen zijn opgenomen in afzonderlijke beoordelingsrapporten die als bijlage bij onderhavig analyseverslag zijn gevoegd. Deze documenten maken integraal deel uit van het onderhavige analyseverslag maar zijn, gelet op hun inhoud, evenwel als vertrouwelijke documenten te behandelen en worden als zodanig niet mee ter kennis gebracht van de inschrijvers, aangezien de prijsverantwoordingen zelf alsook de analyses een veelheid aan verwijzingen naar prijsgegevens van de betrokken inschrijvers bevatten. De openbaarmaking van deze gegevens zou nadelig [...] zijn voor de rechtmatige commerciële belangen van de inschrijvers (weergave van de eenheidsprijzen en prijsstelling die behoren tot het zaken- of bedrijfsgeheim van deze inschrijvers). (Bijlage 8a, 8b en 8c: prijsverantwoordingen en analyse Denys, bijlage 9a en 9b: prijsverantwoording en analyse Roegiers; bijlage 10a en 10b: prijsverantwoording en analyse Vanderstraeten - Houben - Monument Van De Kerckhove). Elk van de drie voormelde inschrijvers ontvangt wel de gedetailleerde analyse van de Regie der Gebouwen betreffende de eigen verstrekte prijsverantwoording.

Uit de uitgevoerde analyses blijkt dat de verantwoordingen van de eenheidsprijzen die door de inschrijvers aangeleverd werden, zonder meer aanvaardbaar zijn voor een aantal posten, op basis van de geleverde technische en cijfermatige verantwoording, en rekening houdend met de geraamde eenheidsprijzen voor deze posten en in vergelijking met de eenheidsprijzen en de gemiddelde eenheidsprijs naar analogie met artikel 110 K.B. 08/01/1996 uit de andere offertes en in vergelijking met vergelijkbare posten in andere projecten.

De posten waarvoor de prijsverantwoording aldus werd aanvaard zijn de volgende:

- NV Denys: posten 82, 83, 85, 248, 250, 453, 504, 582, 604, 1142, 1392, 1394, 458 en 1462
- NV Roegiers: post 1142

- THV Vanderstraeten - Houben - Monument Vandekerckhove: posten 248, 1407, 1445 en 1462

Voor een aantal andere eenheidsprijzen stelt de Regie der Gebouwen vast dat de verstrekte prijsverantwoording op basis van de geleverde technische en cijfermatige verantwoording, en rekening houdend met de geraamde eenheidsprijzen voor deze posten en in vergelijking met de eenheidsprijzen en de gemiddelde eenheidsprijs naar analogie met artikel 110 K.B. 08/01/1996 uit de andere offertes en in vergelijking met vergelijkbare posten in andere projecten, niet meteen blijkt te volstaan om zonder meer te besluiten tot het normaal karakter van de geboden prijzen.

De posten waarvoor de prijsverantwoording niet meteen blijkt te volstaan zijn de volgende:

- NV Denys:
 - Prijzen schijnbaar abnormaal laag: posten 113, 569, 591, 810, 1011, 1054, 1127, 1407, 1445, 1633 en 3370, die samen een omvang hebben van 3,43% van de totale offerte
 - Prijzen schijnbaar abnormaal hoog: posten 454, 473, 535, 1012 en 2215, die samen een omvang hebben van 3,65% van de totale offerte
- NV Roegiers:
 - Prijzen schijnbaar abnormaal laag: posten 6, 957, 1009, 1134, 1445 en 1458, die samen een omvang hebben van 4,17% van de totale offerte
 - Prijzen schijnbaar abnormaal hoog: posten 1251, 1462, 1633 en 2215, die samen een omvang hebben van 2,20% van de totale offerte
- THV Vanderstraeten - Houben - Monument Vandekerckhove:
 - Prijzen schijnbaar abnormaal laag: post 2215, die een omvang heeft van 0,11% van de totale offerte
 - Prijzen schijnbaar abnormaal hoog: posten 82 en 1054, die samen een omvang hebben van 1,75% van de totale offerte

Gelet evenwel op:

- de grote omvang van deze opdracht (3.391 posten);
- de relatief geringe omvang van de posten waarvoor de gegeven verantwoording niet meteen blijkt te volstaan om zonder meer te kunnen besluiten tot het normaal karakter van de geboden eenheidsprijzen;
- het feit dat de betrokken posten niet van die aard blijken te zijn dat ze aanleiding kunnen geven tot speculatie door de inschrijver, noch tot prefinanciering van de werken door de Regie der Gebouwen;

- het feit dat de totaalprijzen van de offertes van nv Denys, nv Roegiers en THV Vanderstraeten-Houben-Monument Vandeckerckhove zeer dicht bij elkaar aanleunen, en het studieteam en de Regie der Gebouwen van oordeel zijn dat er geen twijfel lijkt te moeten bestaan over het feit dat de opdracht aan een dergelijke prijs besteksconform en volgens de regels van de kunst kan worden uitgevoerd,

is de aanbestedende overheid in uitvoering van artikel 110 K.B. 08/01/1996 van oordeel dat het feit dat voor bepaalde posten de gegeven prijsverantwoording niet meteen blijkt te volstaan om zonder meer te kunnen besluiten tot het normaal karakter van de geboden eenheidsprijzen, geen voldoende reden vormt om de betrokken offertes als onregelmatig te beschouwen.”

Vervolgens komt de verwerende partij in het gunningsverslag tot het volgende besluit:

“Op basis van de bovenstaande analyse moet worden besloten dat de inschrijving van Denys nv uit Wondelgem de laagste regelmatige inschrijving is.

[Voorstel] om de bovenvermelde opdracht toe te wijzen aan Denys nv uit Wondelgem voor een, in toepassing van artikel 112 §1 1° van het K.B. 08/01/1996 (doorvoeren van verbeteringen van hoeveelheden in min die door de andere inschrijvers werden opgemerkt en aanvaard) definitief weerhouden totaalbedrag van 42.214.466,41€ excl. btw of 51.079.504,36€ incl. btw.”

3.10. Op 30 mei 2013 neemt de verwerende partij de thans bestreden gunningsbeslissing, die onder meer als volgt is gemotiveerd:

“Gelet op het analyseverslag van de offertes, [...] dat integraal deel uitmaakt van deze gunningsbeslissing.

Dat de definitieve rangschikking na nazicht en verbetering van de ingediende offertes (artikel 111, 112 en 113 KB 08.01.1996), zoals deze voortvloeit uit voormeld analyseverslag van de offertes, de volgende is:

Inschrijver	Woonplaats	Bedrag incl. B.T.W.
NV Denys	Wondelgem	51.627.701,10€
NV P.Roegiers	Kruibeke	52.718.124,86€
[...]	[...]	[...]

Dat hieruit blijkt dat de offerte van de nv Denys uit Wondelgem de laagste regelmatige offerte is, gelet op:

- Het definitief weerhouden bedrag van de offerte t.b.v. 51.079.504,36€ incl. B.T.W. (na het doorvoeren van verbeteringen van hoeveelheden in min die door de andere inschrijvers werden opgemerkt en aanvaard)
- De conformiteit van de offerte met de essentiële bepalingen van het bestek
- Het voldaan zijn aan de vormvereisten voor de offerte gesteld door Titel VI van het K.B. van 8 januari 1996, het ontbreken van enig voorbehoud of van bestanddelen die niet met de werkelijkheid overeenkomen
- Het voldoen door de aannemer aan de eisen gesteld voor de kwalitatieve selectie:
 - Zijn erkenning in de categorie D – Klasse 8
 - Het voldaan zijn aan de verplichtingen inzake RSZ bijdragen
 - De afwezigheid van sociale schulden

[...]”.

3.11. Bij aangetekende brief en een e-mail van 30 mei 2013 stelt de verwerende partij de verzoekende partij in kennis van de gunningsbeslissing waarna er enige briefwisseling volgt tussen de verzoekende partij en de verwerende partij over de wettigheid van de gunningsbeslissing.

3.12. Op 13 juni 2013 stelt de verzoekende partij bij de Raad van State een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in tegen de tenuitvoerlegging van de gunningsbeslissing. Met zijn arrest nr. 224.305 van 9 juli 2013 verwerpt de Raad van State deze vordering bij gebrek aan ernstige middelen.

IV. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

4.1. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 111 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, van het gelijkheidsbeginsel zoals vervat in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, van “het principe van de vergelijkbaarheid van de offertes” en van het materieel motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel als beginselen van behoorlijk bestuur.

Zij vat haar middel als volgt samen:

“Doordat Verwerende Partij in de Bestreden Beslissing is overgegaan tot verbetering van een vermeend kennelijk materiële fout in de offerte van [tussenkomende] Partij in toepassing van voormeld artikel 111;

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

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

En Terwijl het verbeterd bedrag niet meer kon worden toegepast zonder de gelijkheid der inschrijvers te schenden, nu de gunningsprocedure een aanbesteding betrof en [tussenkomende] Partij dus, ingevolge de openingszitting en de afroeping van de totaalprijzen, met kennis van zaken het te verbeteren bedrag kon aangeven;

En doordat Verwerende Partij bij het aannemen van de verbetering motieven aanneemt die niet berusten op een zorgvuldige feitenvinding en derhalve niet draagkrachtig zijn om de vermeende fout te verbeteren, minstens de werkelijke bedoeling van [tussenkomen]de Partij vast te stellen, nu dient worden vastgesteld dat (i) de prijscalculatie waarop het aannemen van de ‘materiële vergissing’ en het vaststellen van de werkelijke bedoeling van [tussenkomen]de Partij rekenfouten en tegenstrijdigheden bevat die door [tussenkomen]de Partij niet worden verklaard en door Verwerende Partij niet worden opgemerkt of in vraag gesteld, en (ii) deze prijscalculatie bovendien in strijd is met de onderliggende stukken, meer bepaald de door [tussenkomen]de Partij zelf naar voren gebrachte offertes van leveranciers en onderaannemers;

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

In de toelichting bij deze samenvatting ontwikkelt de verzoekende partij twee middelonderdelen.

In het eerste onderdeel doet de verzoekende partij in essentie gelden dat de verwerende partij de zeer lage eenheidsprijs voor post 6 ‘Werfinrichting en coördinatie van de werken’ in de offerte van de tussenkomen]de partij ten bedrage van 299.685,96 euro ten onrechte als een kennelijk materiële vergissing heeft gekwalificeerd.

Zij voert aan dat deze verbetering niet vanzelfsprekend is en aan de tussenkomen]de partij de mogelijkheid bood om de gelijkheid onder de inschrijvers in het gedrang te brengen, nu de tussenkomen]de partij de kans kreeg haar prijs voor post 6 substantieel te verhogen wanneer zij reeds kennis had van de totaalprijzen van de overige inschrijvers. De verzoekende partij wijst op de mogelijkheid van speculatie die het “bewust opnemen van een kanjer van een materiële fout” een inschrijver kan bieden; hij heeft daardoor een grote kans om bij opening de laagste offerteprijs te hebben en kan deze prijs vervolgens, in het kader van het prijsonderzoek, zodanig verhogen dat hij nog steeds de laagste inschrijver blijft. Dit zou ook in deze zaak het geval zijn, aldus de verzoekende partij; de tussenkomen]de partij had aldus de mogelijkheid haar prijs aan te passen

van 1.299.685,96 euro tot 4.299.685,96 euro, in functie van de alsdan gekende totaalprijzen van de overige inschrijvers. De bestreden beslissing schendt dan ook artikel 111 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 en het gelijkheidsbeginsel, zo besluit de verzoekende partij, doordat de verwerende partij aan de tussenkomende partij heeft toegelaten een onregelmatige offerte door verbetering van een speculatieve eenheidsprijs te regulariseren.

In het tweede onderdeel voert de verzoekende partij een gedetailleerde kritiek aan op de prijscalculatie voor post 6 en 7 die de tussenkomende partij als niet-vertrouwelijk stuk had neergelegd in het kader van de procedure tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid en die zij op 18 januari 2013 aan de verwerende partij had bezorgd om te staven dat er wel degelijk sprake was van een kennelijk materiële vergissing in haar offerte voor post 6. Volgens de verzoekende partij is deze prijscalculatie behept met een aantal manifeste fouten en tegenstrijdigheden, die aantonen dat het document pas na het indienen van de offerte is opgesteld, minstens stelt zij dat de verwerende partij dit document niet voldoende zorgvuldig heeft onderzocht en dus niet, zoals vereist door artikel 111 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, de werkelijke bedoeling van de inschrijver heeft kunnen vaststellen.

Zij voert vier concrete grieven aan tegen de prijscalculatie:

- De prijscalculatie bevat een aantal rekenfouten zodat de optelsom om tot het totaalbedrag voor post 6 te komen niet klopt; wat post 7 'Extra week werfinrichting en instandhouding van de bouwwerken' betreft doen zich ook rekenfouten voor.
- Voor diverse identieke subposten worden verschillende tarieven gebruikt, zodat de prijscalculatie intern tegenstrijdig is.
- Er worden een aantal niet-concrete restposten gebruikt die tot op de eurocent nauwkeurig begroot zijn, wat logisch gezien niet kan.

- De prijzen van bepaalde posten voor stellingen en steigers die door onderaannemers zullen worden uitgevoerd bedragen slechts de helft van de offerteprijzen van de betrokken onderaannemers.

De verzoekende partij besluit dat het bijzonder ongeloofwaardig is dat “een deskundige en professionele onderneming met een uitgebreid bemande calculatiedienst een fout in de inschrijvingsprijs maakt van bijna 7% (nl. EUR 2.700.000,00 / EUR 39.399.423,62)” zodat zij de kwalificatie als kennelijk materiële fout betwist. De verwerende partij heeft, door de gebrekkige prijscalculatie te aanvaarden, het zorgvuldigheidsbeginsel en het materiële motiveringsbeginsel geschonden. De verwerende partij faalt dan ook om zonder enige twijfel de werkelijke bedoeling van de tussenkommende partij vast te stellen.

4.2. In haar memorie van wederantwoord betoogt de verzoekende partij, wat het eerste onderdeel betreft, dat de prijscalculatie de datumstempel “18/01/2013” draagt, dit is de datum van de prijsverantwoording van de tussenkommende partij. Dit document werd dus pas op die datum opgesteld. Bovendien gaat het om een gereviseerd document aangezien de voetnoottitel vermeldt: “Bijlage 2 KMMA rev. 1 Werfinstallatie”. De tussenkommende partij heeft dus op geen enkel ogenblik de prijscalculatie voorgelegd zoals deze werd gebruikt bij het opmaken van haar offerte. Voorts wijst de verzoekende partij erop dat het maken van een materiële fout veronderstelt dat deze misslag te goeder trouw werd begaan. Post 6 inzake werfinrichting en werfinstallatie is uit zijn aard een post die voor diverse interpretaties en invullingen vatbaar is, zodat de verwerende partij zonder enige twijfel de werkelijke bedoeling van de inschrijver had moeten vaststellen. Hierin heeft zij gefaald.

Wat het tweede onderdeel betreft doet de verzoekende partij gelden dat niet wordt betwist dat de prijscalculatie met rekenfouten behept zou zijn, terwijl de verwerende partij ertoe gehouden was de meetstaat en dus ook de prijscalculatie na te kijken op rekenfouten. Het betoog van de verwerende partij inzake post 7 dat verminderde hoeveelheden en frequenties in aanmerking

werden genomen, vindt geen bevestiging in de prijscalculatietabel. Hetzelfde geldt wat het inzetten van verschillende types machines betreft: de identieke benamingen van de deelposten tonen het tegendeel aan. Wat de restposten betreft wijst de verzoekende partij erop dat, waar zijzelf afgeronde bedragen had opgegeven voor deze posten, in de offerte van de tussenkomende partij een bedrag wordt vermeld “tot op een honderdste van een eurocent precies”, wat per definitie niet strookt met de aard van een restpost. Wat ten slotte de prijzen uit de offertes van onderaannemers betreft, stelt de verzoekende partij dat het betoog van de verwerende partij de vragen doet rijzen (a) waarom de tussenkomende partij in haar prijsverantwoording niet zelf heeft verwezen naar een uitvoering in fasen en (b) waarom de tussenkomende partij aan haar onderaannemers geen prijs heeft gevraagd in die zin.

4.3. In haar laatste memorie benadrukt de verzoekende partij opnieuw dat de afwijking vervat in artikel 111 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 restrictief moet worden geïnterpreteerd. De voorwaarden om dit artikel toe te passen zijn hier niet voorhanden. Te dezen was het voor de verwerende partij onmogelijk de “werkelijke bedoeling van de inschrijver” vast te stellen.

Beoordeling

5.1. Artikel 111 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 dat van toepassing is op de bestreden beslissing, luidt onder meer:

“Art. 111. Alvorens de begunstigde aan te wijzen, verbetert de aanbestedende overheid de rekenfouten en de kennelijk materiële fouten in de offertes, zonder dat zij voor niet ontdekte fouten aansprakelijk is. Voor het verbeteren van die fouten gaat de aanbestedende overheid de werkelijke bedoeling van de inschrijver na met alle middelen, onder meer door een onderzoek van de offerte, een vergelijking van de prijzen met die van de overige inschrijvers en met de gangbare prijzen. Indien de bedoeling niet duidelijk is, kan de aanbestedende overheid, hetzij beslissen dat de geboden eenheidsprijzen geldig zijn, hetzij de twijfelachtig bevonden offerte als onregelmatig verwerpen. [...]”

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

5.2. Het eerste middelonderdeel werd, in bijna identieke bewoordingen, reeds aangevoerd als het eerste middel in het kader van de procedure tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid. In zijn voornoemd arrest nr. 224.305 van 9 juli 2013 heeft de Raad dat middel als volgt als niet-ernstig verworpen:

“10. In de huidige stand van het geding wordt niet aangetoond dat verwerende partij niet tot dit oordeel [d.i. dat de opgave van een eenheidsprijs van 299.685,96 euro voor post 6 een kennelijk materiële fout betreft] mocht komen.

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

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

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

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

In de voormelde bijlage bij het analyseverslag bevestigt de aanbestedende overheid voorts het betrokken percentage in het kader van de opdracht waarnaar door de nv Denys bijkomend werd verwezen en vermeldt zij dat het ging om een ‘gelijkaardige post ‘werfinrichting en coördinatie’’. De aanbestedende overheid stelt tevens vast dat ook het gemiddelde van de door de inschrijvers geboden eenheidsprijzen voor post 6 tussen de 7 en 10% gelegen is (namelijk 8,63%), cijfers die verwerende partij in de nota citeert zodat zij ook op dat punt de ingeroepen vertrouwelijkheid zelf en onder eigen verantwoordelijkheid heeft gelicht, en dat uitgaande van een eenheidsprijs voor post 6 van 299.685,96 euro, de werf- en coördinatiekost in de offerte van de nv Denys (afgerond) 0,77% bedragen, wat duidelijk veel te laag is en, dat, met een

eenheidsprijs van 2.999.685,96 euro, dit percentage op (afgerond) 7,66% bedraagt en met andere woorden valt binnen de marge.

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

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

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

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

De verzoekende partij voert in het eerste middelonderdeel thans geen wezenlijk nieuwe elementen aan die tot een ander oordeel nopen; de beoordeling in het voornoemd arrest wordt hier uitdrukkelijk bijgevalen.

De opmerking dat de prijscalculatie de datumstempel “18/01/2013” en de vermelding “rev 1” draagt, mag niet in de beoordeling worden betrokken aangezien de verzoekende partij deze gegevens reeds in haar

inleidend annulatieverzoekschrift had kunnen opnemen. Overigens is deze voettekst van de prijscalculatie, waarin ten volle wordt vermeld: “18/01/2013 14:23” en “Bijlage 2 KMMA rev 1 Werfinstallatie”, onvoldoende om te besluiten dat het stuk pas naderhand werd opgesteld; er mag worden aangenomen dat deze uitermate – tot op de minuut – nauwkeurige datering een door een computer automatisch aangemaakte vermelding van het ogenblik van afdrukken van het document betreft, welke materiële handeling uiteraard niet uitsluit dat het document reeds eerder – in digitaal formaat – bestond en werd gebruikt.

Wat de overige argumentatie van de verzoekende partij betreft over de al dan niet goede trouw bij het begaan van de kennelijk materiële fout door de tussenkomende partij wordt verwezen naar de hiernavolgende beoordeling van het tweede onderdeel.

5.3.1. In het tweede middelonderdeel voert de verzoekende partij een reeks grieven aan tegen de prijscalculatie, die erop gericht zijn te bewijzen dat de tussenkomende partij een speculatief oogmerk had bij het vermelden van haar initiële prijs van 299.685,96 euro voor post 6 en de kennelijk materiële fout dus bewust en te kwader trouw werd begaan.

In de eerste plaats moet worden opgemerkt dat een speculatief oogmerk of kwade trouw in beginsel, behoudens uitdrukkelijk andersluidende wettelijke of reglementaire bepaling, niet zonder meer mag worden vermoed. Een aanbestedende overheid die een offerte om die redenen zou willen weren, moet het speculatief oogmerk of de kwade trouw in hoofde van de betrokken inschrijver kunnen aantonen.

De elementen van kritiek die de verzoekende partij tegen de prijscalculatie richt zijn – zoals hierna zal blijken – niet van die aard dat eruit blijkt dat de verwerende partij enkel met miskennis van het zorgvuldigheidsbeginsel en het materiële motiveringsbeginsel mocht besluiten tot de kwalificatie van de initiële prijsopgave door de tussenkomende partij voor post 6 als een

kennelijk materiële fout. Evenmin volgt daaruit dat een zorgvuldig handelend bestuur, in dezelfde omstandigheden geplaatst, op zicht van de prijscalculatie redelijkerwijze niet anders kon dan besluiten dat te dezen een speculatief oogmerk en dus kwade trouw in hoofde van de tussenkomen partij was aangetoond.

5.3.2. Wat de rekenfouten voor post 6 in de prijscalculatie betreft, dient met de verwerende partij te worden vastgesteld dat deze een impact hebben op het totaalbedrag voor post 6 van 9,42 euro. Deze minieme misrekening op een totaalbedrag van 2.999.685,96 euro lijkt niet van aard om speculatie en kwade trouw in hoofde van de tussenkomen partij te bewijzen, noch om in hoofde van de verwerende partij onzorgvuldigheid vast te stellen doordat zij deze niet uitdrukkelijk heeft opgemerkt. Bovendien zou deze rekenfout, indien gecorrigeerd, het maken van de kwestieuze tikfout niet hebben uitgesloten.

Wat betreft de vermeende rekenfouten voor post 7 dienen de verwerende partij en de tussenkomen partij te worden bijgevalen; de link die de verzoekende partij legt tussen de prijsopgave voor post 6 en die voor post 7 is niet evident; er mag niet zomaar worden uitgegaan van een vermenigvuldiging met het aantal werkdagen. De argumentatie dat bepaalde werknemers, machines en materialen in de eindfase van de werken, waarop post 7 betrekking heeft, minder of zelfs niet zullen moeten worden ingezet en andere dan weer juist meer, is logisch en aanvaardbaar. In elk geval blijkt ook hier niet dat de tussenkomen partij een speculatief oogmerk zou hebben gehad of te kwader trouw de kwestieuze prijsopgave zou hebben gedaan.

5.3.3. Wat de verschillende tarieven voor de beweerd identieke subposten betreft, mag evenzeer worden aangesloten bij het verweer van de verwerende partij en de tussenkomen partij. Onder de omschrijving “kraan” en “vrachtwagen 15T + kraan” blijken inderdaad diverse types machines te kunnen worden gebracht die elk een ander tarief kunnen hebben. Minstens blijkt het feit dat voor de niet nader omschreven vermelding “kraan” eenmaal een eenheidsprijs

van 240 euro/dag en andermaal een eenheidsprijs van 137,51 euro/dag wordt opgegeven, niet het door de verzoekende partij gelaakte speculatief oogmerk van de prijsopgave te bewijzen. Hetzelfde geldt wat de prijsopgave betreft van 208,00 euro/dag en 184,85 euro/dag voor de vermelding “vrachtwagen 15T+kraan”.

5.3.4. Wat de nauwkeurig berekende restposten betreft, laakt de verzoekende partij *in concreto* de opgave van de subposten “verbruiksgoederen Denys” aan 24,75 euro/dag, “gebruiksgoederen directie” aan 21,33 euro/dag en “allerlei rolsteigers, liften, ...” aan 1037,27 euro/maand.

In de eerste plaats dient met de verwerende partij te worden vastgesteld dat het hanteren van dergelijke niet nader gespecificeerde posten voor algemene kosten een courante praktijk is waarvan de onrechtmatigheid niet wordt aangetoond en dat ook de verzoekende partij overigens in haar eigen prijsverantwoording van 18 januari 2013 dergelijke restsubposten “benodigdheden” heeft opgenomen.

Voorts kan de verwerende partij niet worden verweten dat zij op grond van de nauwkeurigheid van de bedragen voor enkele restposten – in tegenstelling tot de afgeronde bedragen in de prijsverantwoording van de verzoekende partij – niet besloot tot een speculatief oogmerk en kwade trouw in hoofde van de tussenkommende partij. In dit verband mag erop worden gewezen dat de verzoekende partij zelf de tussenkommende partij meermaals aanmerkt als “een deskundige en professionele onderneming met een uitgebreid bemande calculatiedienst”. De verwerende partij heeft niet onzorgvuldig gehandeld door geen vraagtekens te plaatsen bij een nauwkeurige prijsopgave door een dergelijke onderneming.

5.3.5. Wat ten slotte het slechts ten dele opnemen van de prijzen uit de offertes van de onderaannemers voor stellingen en steigers betreft, dient te worden vastgesteld dat een geoptimaliseerde uitvoering in twee fasen van de werken waarvoor dit materieel nodig is, niet onaannemelijk voorkomt als

verklaring waarom de tussenkomen de partij maar de helft van de stellingen en steigers zou voorzien waarvoor zij aanvankelijk een offerte vroeg aan haar onderaannemers. De verzoekende partij betwist overigens niet dat een dergelijke geoptimaliseerde uitvoeringswijze mogelijk is. Aldus kan ook op dit punt niet worden aangenomen dat de verwerende partij onzorgvuldig handelde door geen speculatief oogmerk te vermoeden in hoofde van de tussenkomen de partij.

Voorts kunnen de opmerkingen die de verzoekende partij in vraagvorm aanbrengt in de memorie van wederantwoord niet als ontvankelijk wettigheidskritieken bij de beoordeling van dit middel in aanmerking worden genomen.

5.4. De conclusie is dan ook dat de verzoekende partij niet aantoont dat de initiële prijsopgave door de tussenkomen de partij voor post 6 van haar offerte niet als een kennelijk materiële fout mocht worden beschouwd, noch dat de tussenkomen de partij deze fout opzettelijk, met kwade trouw en speculatief oogmerk zou hebben gemaakt. Er is dan ook geen schending aangetoond van artikel 111 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, noch van de overige door de verzoekende partij ingeroepen beginselen.

Het middel wordt verworpen.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

6. De verzoekende partij voert in haar verzoekschrift de schending aan van artikel 15 van de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’, van artikel 110, § 2, samengenomen met artikel 89 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, van artikel 110, § 3, van hetzelfde koninklijk besluit

en van “de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het materieel motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel”.

Zij betoogt:

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

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

Doordat Verwerende Partij in het kader van dit prijsonderzoek in het Gunningsverslag vaststelt dat voor bepaalde van de onderzochte posten door [tussenkomen]de Partij geen afdoende prijsverantwoording werd verstrekt en een tweede vraag tot prijsverantwoording stelt;

Doordat Verwerende Partij vervolgens vaststelt dat voor geen enkele van de posten die het voorwerp hebben uitgemaakt van de tweede, aanvullende prijsverantwoording, door [tussenkomen]de Partij een afdoende prijsverantwoording werd verstrekt

Doordat Verwerende Partij in plaats van de offerte van [tussenkomen]de Partij aldus onregelmatig te verklaren, alsnog de regelmatigheid van de offertes toch aanneemt, op grond van een aantal globale motieven vreemd aan de inschrijver en motieven die haar voorafgaandelijk aan het stellen van de tweede vraag tot prijsverantwoording ook reeds bekend waren en m.a.w. een ‘gepasseerd station’ waren door het stellen van deze tweede vraag tot prijsverantwoording;

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

Terwijl een aanbestedende overheid die vaststelt dat na twee vragen tot prijsverantwoording de posten niet afdoende zijn verantwoord en voor bepaalde posten zelfs komt vast te staan dat deze niet besteksconform zullen worden uitgevoerd, toch de betrokken offerte regelmatig beschouwd, geen correcte toepassing maakt van voormeld artikel 110, § 3,

Terwijl bovendien moet worden vastgesteld dat de globale motieven die Verwerende Partij in de Bestreden Beslissing in overweging neemt feitelijke draagkracht missen en strijdig zijn met de stukken en inhoud van het administratief dossier;

En Terwijl blijkt dat de door [tussenkomen]de Partij twee verstrekte prijsverantwoording[en] manifest met elkaar tegenstrijdig zijn en in geen geval in overeenstemming met de invulling die Uw Raad geeft aan een ernstige prijsverantwoording;

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

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

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

In de toelichting bij het middel stelt de verzoekende partij dat zij aantoonst dat (i) de verwerende partij door het stellen van een tweede vraag tot prijsverantwoording aan de tussenkommende partij niet langer de bevoegdheid had om voorbij te gaan aan de door haar vastgestelde abnormaliteit van de posten zonder dat deze afdoende werd verklaard door de tussenkommende partij, (ii) voormelde globale motieven niet draagkrachtig zijn en bovendien strijdig met de stukken van het dossier en (iii) bovendien de prijsverantwoordingen zoals verstrekt door de tussenkommende partij *ab initio* de wettigheidstoets niet konden doorstaan.

Beoordeling

7.1.1. Vooraleer tot de beoordeling ten gronde van het middel te kunnen overgaan, moet er standpunt worden ingenomen over de vraag van de verzoekende partij tot opheffing van de vertrouwelijkheid van stuk 13 k) – de beoordeling door de verwerende partij van de prijsverantwoording van de tussenkommende partij – van het administratief dossier. De bespreking van het middel in het auditorsverslag is beperkt tot deze aangelegenheid.

7.1.2. In het verzoekschrift tot nietigverklaring vraagt de verzoekende partij om inzage van voornoemde, als vertrouwelijk aangemerkte, beoordeling van de prijsverantwoording van de tussenkommende partij. Zij wijst erop dat de

tussenkomen de partij in het kader van de schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid zelf haar prijsverantwoording en prijsgegevens als niet-vertrouwelijk stuk heeft neergelegd, zodat er geen noodzaak meer bestaat om het analyseverslag opgesteld door de verwerende partij van deze gegevens vertrouwelijk te houden bij toepassing van artikel 65/10 van de voormelde wet van 24 december 1993. Minstens dient, zo vervolgt de verzoekende partij, de verwerende partij het betrokken analyseverslag gedeeltelijk als niet-vertrouwelijk stuk neer te leggen, namelijk wat betreft de beoordeling en bespreking van de prijsverantwoording van de tussenkomen de partij. Zij verzoekt ten slotte om haar middelen nader te mogen uitwerken of desgevallend nieuwe middelen te mogen aanvoeren op grond van het alsdan niet langer vertrouwelijke stuk.

In haar laatste memorie valt de verzoekende partij het standpunt van de auditeur-verslaggever uitdrukkelijk bij waar hij concluderend opmerkt:

“Nu de verzoekende partij haar kritieken in dit tweede middel in de huidige stand van het geding niet heeft kunnen ontwikkelen met kennis van de analyse door de verwerende partij van de prijsverantwoordingen van de tussenkomen de partij (het voornoemde stuk 13 k) van het administratief dossier), moet haar eerst de kans worden geboden om na inzage van het betrokken stuk dit middel nader te stofferen, dan wel het te herwerken of er in zijn huidige vorm afstand van te doen. Bijgevolg blijft het onderzoek van de middelen thans beperkt tot het eerste middel, waarop het voornoemde stuk geen betrekking heeft.”

7.1.3. De verwerende partij die in haar memorie van wederantwoord geen concrete opmerkingen had geformuleerd ten aanzien van de vraag van de verzoekende partij, merkt in haar laatste memorie op dat zij zich wat de opheffing van de vertrouwelijkheid van stuk 13 k) van het administratief dossier betreft, gedraagt naar “de wijsheid” van de Raad. Zij meent echter dat er niet kan worden ingegaan op wat de auditeur-verslaggever voorstelt, namelijk dat aan de verzoekende partij een bijkomende termijn moet worden toegestaan om haar in staat te stellen na kennisname van het bewuste stuk haar tweede middel aan te vullen met bijkomende grieven, of op die grond in voorkomend geval zelfs

nieuwe middelen te ontwikkelen. De verzoekende partij mag, volgens de verwerende partij, niet de kans krijgen om bijkomende grieven te ontwikkelen aangezien zij bij het indienen van haar beroep, minstens van haar memorie van wederantwoord, de kans had de prijsverantwoordingen van de tussenkomen de partij te beoordelen en te bekritisieren. De verzoekende partij had de kans kennis te nemen van het gunningsverslag met de beoordeling door de verwerende partij van de offerte van de tussenkomen de partij, in het bijzonder over de eenheidsprijzen geboden door de tussenkomen de partij. Ook had zij bijtijds kennis kunnen nemen van de door de tussenkomen de partij ingediende prijsverantwoordingen, aangezien de tussenkomen de partij die als niet vertrouwelijk had neergelegd tijdens de procedure in kortgeding. Aldus was de verzoekende partij, zo vervolgt de verwerende partij, in staat “om de ‘merites’ van de betrokken prijsverantwoordingen (zowel deze die door verwerende partij niet waren aanvaard als deze die wel waren aanvaard) *in extenso* te beoordelen en eventuele kritieken daarop te verwerken in haar verzoekschrift (of vervolgens in haar memorie van wederantwoord)”. De verwerende partij stelt zich de vraag hoe de verzoekende partij dan ook in staat zou kunnen zijn, na kennisname van stuk 13 k) van het administratief dossier, om “bijkomende grieven te formuleren welke zij redelijkerwijze nog niet eerder in de procedure kon formuleren, rekening houdend met alle informatie waarover verzoekende partij op dat ogenblik reeds beschikte”. Hierbij merkt de verwerende partij ook op dat de verzoekende partij geen kritiek heeft geformuleerd ten aanzien van de posten waarvoor de prijsverantwoording van de tussenkomen de partij door de verwerende partij werd aanvaard niettegenstaande zij uit het gunningsverslag de motieven kende, zodat de verzoekende partij in elk geval niet gerechtigd is nieuwe grieven hierover te formuleren. Zij besluit dat er geen bijkomende termijn aan de verzoekende partij mag worden gegeven omdat “[h]et [...] in dat kader ook vaste rechtspraak van Uw Raad [is] dat in geen geval rekening kan worden gehouden met naderhand ontwikkelde kritieken die reeds in het verzoekschrift door de verzoekende partij konden zijn uitgewerkt”.

7.1.4. De tussenkomende partij in haar laatste memorie meent dat de verzoekende partij haar kritiek afdoende moet kunnen formuleren op grond van haar prijsverantwoordingen en van de gemotiveerde gunningsbeslissing. “De vrijgave van [stuk 13 k)] valt dan ook geenszins onder de materiële motiveringsplicht van Verwerende partij.” Zij voegt er nog aan toe dat indien de vertrouwelijkheid van het bewuste stuk wordt opgeheven, dit ook het geval moet zijn voor stuk 13 l) van het administratief dossier – dit is de prijsverantwoording van de verzoekende partij – en stuk 13 m) van het administratief dossier – dit de analyse door de verwerende partij van die prijsverantwoording –, “en dit in het kader van de rechten van verdediging van Tussenkomende partij”.

7.2. Te dezen stelt de Raad vast dat de verwerende partij een volledig dossier heeft neergelegd, dat de stukken waarvan de vertrouwelijke behandeling wordt gevraagd afzonderlijk zijn neergelegd en dat de vertrouwelijkheid ervan met motivering uitdrukkelijk is aangegeven en vermeld in de inventaris. De verzoekende partij vraagt enkel om inzage in stuk 13 k) van het administratief dossier, minstens spitst zij haar verzoek tot inzage niet afdoende concreet toe op de andere als vertrouwelijk aangemerkte stukken.

Het betrokken stuk 13 k) van het administratief dossier is een omstandige – 96 bladzijden – tellende analyse door de verwerende partij van de prijsverantwoordingen die door de tussenkomende partij werden verstrekt op 18 januari 2013 en 17 mei 2013.

Bij de afweging van het recht op een eerlijk proces tegen de eerbieding van het zakengeheim van de overige inschrijvers is het in een zaak ten gronde slechts in uitzonderlijke gevallen aanvaardbaar dat een als vertrouwelijk aangemerkt stuk van het dossier aan de tegenspraak ontsnapt.

Voorts dient met de verzoekende partij te worden vastgesteld dat de tussenkomende partij in het kader van de procedure tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid zelf haar prijsverantwoording en prijsgegevens als

niet-vertrouwelijk heeft neergelegd, waarvan de verzoekende partij aldus reeds inzage heeft gehad. De analyse in stuk 13 k) van het administratief dossier heeft enkel betrekking op de offerte en de prijzen van de tussenkomenende partij. Er blijkt dan ook niet dat de verzoekende partij de inzage in deze analyse blijvend zou moeten worden ontzegd temeer omdat de verwerende partij hier geen bezwaar tegen heeft.

Op de vraag van de verwerende partij om de verzoekende partij geen bijkomende termijn te geven om haar in staat te stellen na kennisname van het bewuste stuk haar tweede middel aan te vullen met bijkomende grieven, of op die grond in voorkomend geval zelfs nieuwe middelen te ontwikkelen, wordt niet ingegaan in de mate dat – zoals de verwerende partij zelf opmerkt als zijnde vaste rechtspraak van de Raad – deze bijkomende termijn de verzoekende partij in elk geval niet toestaat om grieven aan te voeren die zij reeds eerder in het debat had kunnen brengen.

Evenmin wordt ingegaan op de vraag van de tussenkomenende partij tot het opheffen van de vertrouwelijkheid van de stukken 13 l) en 13 m) van het administratief dossier. De offerte van de verzoekende partij is niet het voorwerp van het debat temeer omdat zij niet de impliciete weigeringsbeslissing de opdracht aan haar te gunnen aanvecht.

Conclusie bij het tweede middel is dan ook dat de beoordeling ervan wordt uitgesteld en dat de vertrouwelijkheid van stuk 13 k) van het administratief dossier wordt opgeheven om de verzoekende partij in staat te stellen haar tweede middel eventueel aan te vullen met grieven op grond van elementen uit dit stuk die haar onbekend waren gebleven, en die zij niet eerder in het debat heeft kunnen brengen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het eerste middel.

- 2. De Raad van State heropent het debat wat het tweede middel betreft.**
- 3. De Raad van State heft het vertrouwelijke karakter van het door de verwerende partij als vertrouwelijk neergelegde stuk 13 k) van het administratief dossier op en verleent er de verzoekende partij inzage van.**
- 4. De Raad van State verleent aan de verzoekende partij de mogelijkheid om binnen een termijn van dertig dagen na betekening van dit arrest met een aanvullende memorie haar middel al dan niet te handhaven, aan te vullen of nader uit te werken op grond van de haar tot op heden onbekende gegevens die deel uitmaken van het initieel vertrouwelijk verklaarde stuk van het administratief dossier.**
- 5. Aan de verwerende partij wordt een termijn van dertig dagen gegeven vanaf de betekening van de aanvullende memorie van de verzoekende partij of vanaf de betekening van het bericht van ontstentenis hiervan, om een aanvullende memorie in te dienen.**
- 6. Het door de auditeur-generaal aangewezen lid van het auditoraat wordt belast met een aanvullend onderzoek.**

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 17 maart 2016, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest