

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 241.556 van 22 mei 2018
in de zaak A. 225.070/XII-8538**

In zake: de NV AMBARO
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Kris Lemmens en Carlo Cardone
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
De Burburestraat 6-8, bus 5
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD ANTWERPEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Gitte Laenen
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 27 april 2018, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de Stad Antwerpen van 13 april 2018 waarbij zij ‘de gunning goed(keurt) voor ‘Heraanleg fiets- en voetpad Ringfietspad’, op basis van bestek GAC_2017_00011, aan Viabuild nv [...] voor een bedrag van 4.256.653,95 euro inclusief btw””.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 17 mei 2018, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Kris Lemmens en Carlo Cardone, die verschijnen voor de verzoekende partij, en advocaat Fabian Swennen, die *loco* advocaat Gitte Laenen verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Ann Eylenbosch 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 verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor de aanneming van werken met als voorwerp “Heraanleg fiets- en voetpad Ringfietspad”. De gunningswijze is een openbare procedure met enkel de prijs als gunningscriterium. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 9 januari 2018.

3.2. Het bijzonder bestek met refertenummer GAC_2017_00011 is van toepassing.

Onder punt III.6 “Vorm, inhoud en ondertekening van de offerte” wordt in het bestek onder meer bepaald dat “[d]e aanbestedende overheid [...] het aanpassen van de vermoedelijke hoeveelheden in de samenvattende opmeting [verbiedt]”.

3.3. De opening van de offertes vindt plaats op 20 februari 2018. De volgende zes offertes worden ingediend:

1. de nv Ambaro, de verzoekende partij: 3.221.486,20 euro, btw niet inbegrepen;
2. de nv Bam Contractors: 3.251.490,71 euro, btw niet inbegrepen;
3. de nv Aannemingen Van Wellen: 3.354.849,01 euro, btw niet inbegrepen;
4. de nv VBG: 3.459.681,38 euro, btw niet inbegrepen;
5. de nv Viabuild: 3.476.818,94 euro, btw niet inbegrepen;
6. De nv Jan De Nul: 3.983.535,82 euro, btw niet inbegrepen.

Bij de offerte van de nv VBG is een nota gevoegd met opmerkingen met betrekking tot de posten 47 en 235, aldus in het verslag van nazicht weergegeven:

“Post 47: VBG nv is van mening dat de hoeveelheid van post 47 5000m³ moet zijn i.p.v. de voorziene 10m³. Bij het opstellen van de offerte heeft VBG nv reeds rekening gehouden met deze grotere hoeveelheid bij het bepalen van de eenheidsprijs.

Post 235: VBG nv is van mening dat het inzaaien van de leeflaag dient uitgedrukt te worden in m² en niet in m³ zoals opgenomen in de meetstaat. VBG nv heeft een eenheidsprijs bepaald per m² en niet per m³.”

3.4. Een verslag van nazicht van de offertes wordt opgesteld door het studiebureau de nv Tractebel Engineering.

De offertes van de nv VBG en van de nv Aannemingen Van Wellen worden onregelmatig bevonden op grond van “[h]et ontbreken van de correcte documenten bij de inschrijving”.

Onder “Onderzoek naar de materiële regelmatigheid van de offertes van de geselecteerde inschrijvers” wordt in het verslag vermeld:

“Opmerkingen

Bij de offerte van VBG nv was een nota gevoegd met opmerkingen m.b.t. de posten 47 en 235.

- Post 47: VBG nv is van mening dat de hoeveelheid van post 47 5000m³ moet zijn i.p.v. de voorziene 10m³. Bij het opstellen van de offerte heeft VBG nv reeds rekening gehouden met deze grotere hoeveelheid bij het bepalen van de eenheidsprijs.
- Post 235: VBG nv is van mening dat het inzaaien van de leeflaag dient uitgedrukt te worden in m² en niet in m³ zoals opgenomen in de meetstaat. VBG nv heeft een eenheidsprijs bepaald per m² en niet per m³ Bij nazicht blijken dit terechte opmerkingen.

Post 47

De inschrijver VBG meldt een fout die bij nazicht een zuiver materiële fout blijkt te zijn zoals wordt bedoeld in artikel 34§1 KB Plaatsing.

Een zuiver materiële fout is een verschrijving of een vergissing, waarbij het een fout betreft waaromtrent nauwelijks discussie mogelijk is.

Post 47 betreft de handeling van het mengen van de bodem met een bindmiddel. Post 48 betreft de kalk die gemengd moet worden met de bodem. Bij het TWB 02 is de hoeveelheid van post 48 verhoogd naar 200 ton. De post 47 is hierbij ten onrechte niet verhoogd.

Wat de hoeveelheid van post 47 betreft: deze post 47 voorziet de hoeveelheid bodem die met een bindmiddel gemengd moet worden: met kalk (200 ton!) en cement (respectievelijk post 48 en 49), en waarvan de bestemming is 'Geschikt maken van uitgegraven bodem als ophogingsmateriaal met bindmiddel volgens 4-2.1.2.7.A', gekoppeld aan de toepassing van de mengelingen in de opdracht.

De te mengen vermelde hoeveelheid van post 47 is absurd laag ten opzichte van de hoeveelheid kalk, de geschiktmaking van de bodem bestaat immers uit het mengen van enkele volumetrische percenten kalk met de bodem: vanaf meer dan 4% kalk is er geen verbeteringseffect meer van de bodem. De hoeveelheid kalk (200 ton met 10m³ bodem) zou ten andere ook als mengsel (een hoop 'krijt') volstrekt nutteloos zijn als ophogingsmateriaal, zowel naar aard als volume. De prestatie van deze drie nauw samenhangende posten begrijpen als zou het de bedoeling zijn van een hoop kalk (200 ton) met een klein beetje bodem te mengen in een voor de opdracht totaal onbruikbare hoeveelheid en samenstelling is een absurde lezing geven aan de samenvattende opmeting en de opdrachtdocumenten.

In toepassing van artikel 34§1 heeft de aanbestedende overheid deze fout, gemeld door inschrijver VBG, nagezien en met toepassing van artikel 86§1 volgens eigen berekeningen verbeterd als volgt:

Op basis van de post 48 kan berekend worden wat de correcte hoeveelheid voor post 47 dient te bedragen bij menging met kalk, [Namelijk 4.938,27 m³].

Analoog kan op basis van post 49 de correcte hoeveelheid voor post 47 bij menging met cement. [Namelijk 285,71 m³].

Het betreft hier een analoge verbetering maar van volstrekt marginale omvang.

De berekening leidt tot een gering verschil met de waarde die VBG meende gerechtvaardigd te zijn.

Met toepassing van artikel 86§1 worden de samenvattende opmetingen van alle inschrijvers aangepast naar $4938,27 + 285,71 = 5223,98\text{m}^3$, waardoor ook de overeenstemmende totaalprijzen worden aangepast.

De fout betreft een post in vermoedelijke hoeveelheden die, gerekend aan de prijs van de raming of de prijzen van de inschrijvers met dezelfde orde van grootte als de ramingsprijs voor deze post (en de beschikbare historische informatie), slechts een bescheiden waarde bedraagt van de opdrachtsom.

De waarde van de post is ook merkkelijk kleiner dan het verschil tussen de uiteindelijk eerst gerangschikte inschrijver en de tweede in de rangschikking na verbetering.

Verder is er geen statistisch relevant en noemenswaardig verband vast te stellen voor deze gestandaardiseerde post tussen enerzijds de volumes en anderzijds de historische eenheidsprijzen voor de betrokken volumes, met andere woorden er kan niet op statistisch gefundeerde wijze gesteld worden dat de betrokken hoeveelheidsverhoging tot een (drastische) prijswijziging (daling) per eenheid zou leiden.

De fout en haar verbetering hebben de inschrijvers niet belet offerte te maken, geen enkele inschrijver heeft ze gemeld voor de opening van de offertes, ook al is het vrij moeilijk aan te nemen dat de andere inschrijvers dan VBG deze absurditeit niet zouden hebben gemerkt. De fout verhindert ook niet de vergelijking van de offerte.

Het in overeenstemming brengen van de materiële vertolking in de opdrachtdocumenten en de offertes met de oorspronkelijke bedoeling van de opdrachtgever wordt zonder discriminatie voor alle betrokken inschrijvers toegepast.

De verbetering leidt tot het ondubbelzinnig aanduiden van de economisch meest voordeligste offerte, waarbij de uiteindelijke rangschikking een robuuste rangschikking is: uit een gevoeligheidsanalyse blijkt dat binnen de toepasselijke grenzen van de parameter dosering (0,5% tot 4% dosering, en nog zelfs ruimer genomen!) de uiteindelijk na verbetering als eerste gerangschikte offerte de economisch meest voordeligste offerte blijft.

Gezien de bescheiden waarde van de post, zelfs na verbetering, en ook de wijze van prijs bepalen (vermoedelijke hoeveelheden), verstoort het in overeenstemming brengen van de samenvattende opmetingen met de bedoeling van de opdrachtgever niet het evenwicht in de opdracht.

Post 235

Voor post 235 worden geen aanpassingen doorgevoerd. Inzaaien van gras wordt altijd voorzien in m^2 en aan de hand van de inschrijvingsprijzen is duidelijk dat alle inschrijvers rekening gehouden hebben met een prijs per m^2 .

Post 50

Naar aanleiding van de opmerkingen op post 47 is na nazicht gebleken dat de hoeveelheid voor post 50 eveneens foutief ingevuld werd.

Het betreft hier een analoge verbetering maar van volstrekt marginale omvang.

Op basis van de post 51 kan echter volstrekt analoog berekend worden wat de correcte hoeveelheid voor post 50 dient te bedragen bij menging met kalk [...].

Analoog kan op basis van post 52 de correcte hoeveelheid voor post 50 bij menging met cement: [...]

De hoeveelheid van post 50 wordt voor alle inschrijvers aangepast naar $493,83 + 285,71 = 779,54 \text{ m}^3$.

Het betreft hier een analoge verbetering, maar van volstrekt marginale omvang

Verbeteren van de offertes voor rekenfouten

Er worden geen rekenfouten vastgesteld.

Nazicht abnormale totale offerteprijzen (excl. btw)

De prijs van elke offerte wordt vergeleken met de gemiddelde offerteprijs. [...]

Er werden geen abnormaal lage eenheidsprijzen vastgesteld.[sic]

Nazicht verbeteringen en leemtes

Er werden geen vergeten posten noch leemtes vastgesteld.

Nazicht abnormale eenheidsprijzen (excl. btw)

De posten die minimaal 5% van de totale prijs van de inschrijver bedragen en die meer dan 30% afwijken van de gemiddelde prijs (volgens art. 36 van het KB 18/04/2017) worden als vermoedelijk abnormaal beschouwd.

Bij de laagste twee inschrijvers zijn geen abnormale eenheidsprijzen vastgesteld.

Finale rangschikking offertes (excl. btw)

Nr	Naam	Prijs (excl. btw)
1	Van Wellen NV	€ 3.398.349,03
2	Viabuild	€ 3.517.895,83
3	NV Ambaro	€ 3.581.572,72
4	VBG nv	€ 3.600.787,40
5	Jan De Nul	€ 4.086.688,23
6	BAM Contractors	€ 4.597.778,18

7. Vergelijking van de offertes en voorstel tot gunning

Finale rangschikking regelmatige offertes

Nr	Naam	Prijs (excl. btw)
1	Viabuild	€ 3.517.895,83
2	NV Ambaro	€ 3.581.572,72
3	Jan De Nul	€ 4.086.688,23
4	BAM Contractors	€ 4.597.778,18

”

3.5. Op 13 april 2018 gunt de verwerende partij de opdracht “Heraanleg fiets- en voetpad Ringfietspad” aan de nv Viabuild.

3.6. Op 16 april 2018 wordt de verzoekende partij in kennis gesteld dat haar offerte niet is gekozen.

3.7. Op 24 april 2018 vraagt de verzoekende partij aan de verwerende partij om de gunningsbeslissing in te trekken:

“Geheel ten onrechte worden de vermoedelijke hoeveelheden van de posten 47 en 50 (e)chter aangepast en onze offerteprijs daarom herberekend naar 3.581.572,72 EUR (excl. btw) – wat een toeslag van maar liefst 360.086,52 EUR (excl. btw) uitmaakt, oftewel ruim elf procent (11 %) van ons oorspronkelijk offertebedrag – waardoor onze offerte thans slechts als tweede regelmatige offerte wordt gerangschikt, achter nv Viabuild aan wie de opdracht thans wordt gegund.

Een dergelijke aanpassing van de vermoedelijke hoeveelheden is in strijd met artikel 79, § 2 KB Plaatsing. Volgens deze bepaling is een verbetering van fouten in de vermoedelijke hoeveelheden enkel toegelaten voor zover de opdrachtdocumenten dit uitdrukkelijk toelaten:

[...]

Welnu, de opdrachtdocumenten laten een dergelijke verbetering niet toe. Meer nog, het bestek verbiedt op blz. 8 zelfs uitdrukkelijk dat de vermoedelijke hoeveelheden zouden mogen worden aangepast:

[...]

Door thans toch de vermoedelijke hoeveelheden aan te passen, heeft de Stad Antwerpen niet alleen artikel 79, § 2 KB Plaatsing geschonden, maar ook haar eigen bestek niet nageleefd en hiermee het beginsel patere legem quam ipse fecisti geschonden. [...]

Geheel ten onrechte worden de verbeteringen van de vermoedelijke hoeveelheden van de posten 47 en 50 in het verslag van nazicht van de offertes verantwoord op basis van artikel 34, § 1 KB Plaatsing. In de eerste plaats is het bestek hoe dan ook geschonden, aangezien voormeld artikel III.6 geen enkele uitzondering voorziet op het verbod om de vermoedelijke hoeveelheden aan te passen. Bovendien vindt in artikel 34, § 1 KB Plaatsing in dezen geen toepassing, aangezien artikel 79, § 2 KB Plaatsing voor fouten in de vermoedelijke hoeveelheden van tien percent in meer of in min als lex specialis geldt.”

3.8. Op 25 april 2018 antwoordt de verwerende partij dat zij de gunningsbeslissing van 13 april 2018 niet intrekt.

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, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’ van toepassing.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissing 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.

Overeenkomstig artikel 31 gelden deze bepalingen ook voor opdrachten die de drempelbedragen voor Europese bekendmaking niet bereiken.

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 beslissing kunnen verantwoorden.

V. Onderzoek van het enig middel

Standpunt van de partijen

5.1.1. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 79, § 2, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur “waaronder het zorgvuldigheids-, gelijkheids- en transparantiebeginsel” en artikel 76, § 3, koninklijk besluit plaatsing 2017.

Zij betoogt:

“[D]oordat de Stad Antwerpen op basis van een verantwoordingsnota die deel uitmaakt van een nietige offerte van de geweerde inschrijver nv VBG de vermoedelijke hoeveelheden van de posten 47 en 50 in de samenvattende opmeting heeft aangepast, terwijl de opdrachtdocumenten geen overeenkomstig artikel 79, § 2 KB Plaatsing vereiste toelating voor het aanpassen van de vermoedelijke hoeveelheden bevat, het bestek het aanpassen van de vermoedelijke hoeveelheden uitdrukkelijk verbiedt en de aanbestedende overheid in geen geval verbeteringen aan de vermoedelijke hoeveelheden mag doorvoeren opgenomen in een nietige offerte.”

De verzoekende partij licht toe dat de verbeteringen van de vermoedelijke hoeveelheden van de posten 47 en 50 in het verslag van nazicht van de offertes ten onrechte worden verantwoord op grond van artikel 34, § 1, koninklijk besluit plaatsing 2017. Artikel 34, § 1, is volgens de verzoekende partij te dezen niet van toepassing, aangezien artikel 79, § 2, koninklijk besluit plaatsing 2017 voor fouten in de vermoedelijke hoeveelheden van tien percent in meer of in min als een vorm van *lex specialis* geldt.

Zelfs met een verwijzing naar artikel 34, § 1, koninklijk besluit plaatsing 2017, blijft artikel III.6 van het bestek volgens de verzoekende partij geschonden, aangezien deze bepaling in geen enkele uitzondering op het verbod om de vermoedelijke hoeveelheden aan te passen, zou voorzien.

Of de vermoedelijke hoeveelheden van de kwestieuze posten effectief dermate aangepast moeten worden zoals de verwerende partij thans beweert, zal volgens de verzoekende partij moeten blijken lopende de uitvoering en kan in die fase worden behandeld volgens artikel 81 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 ‘tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten’.

Ten slotte acht de verzoekende partij het evident dat een aanbestedende overheid een aanpassing van de vermoedelijke hoeveelheden uit een nietige offerte niet kan aanwenden bij de inhoudelijke beoordeling van de offertes om vervolgens de rangschikking van de regelmatige offertes volledig te herschikken.

5.1.2. De verwerende partij antwoordt in haar nota dat het artikel 34, § 1, koninklijk besluit plaatsing 2017 een autonome verbetermethode betreft, naast en los van het artikel 79, § 2, koninklijk besluit plaatsing 2017. Beide artikelen beogen een compleet andere doelstelling. Niet elke verbetering van een vermoedelijke hoeveelheid kan worden beschouwd als een zuiver materiële fout in de zin van artikel 34, § 1, koninklijk besluit plaatsing 2017; ook uit de bewoordingen van artikel 86, § 1, eerste lid, koninklijk besluit plaatsing 2017 mag worden afgeleid dat de verbetermethodes verankerd in de artikelen 34 en 79, § 2, niet ondergeschikt zijn ten opzichte van elkaar. De verwijzing naar artikel 79, § 2, is derhalve volgens de verwerende partij niet relevant.

De verzoekende partij betwist volgens de verwerende partij nergens in haar verzoekschrift het bestaan van de in de posten 47 en 50 gedetecteerde zuiver materiële fouten. Evenmin betwist de verzoekende partij de door de aanbestedende overheid uitgevoerde zuiver technische verbeteringen.

Zij wijst erop dat “[d]e verbeteringen moeten toelaten dat de gunning van de opdracht gebeurt op een zo juist mogelijke basis, teneinde de vergelijkbaarheid van de offertes te bevorderen en de gelijke behandeling van de inschrijvers niet in het gedrang te brengen”. “Er moet immers worden vermeden dat er contracten tot stand zouden komen die gebaseerd zijn op gegevens waar- omtrent elkeen ervan overtuigd is dat deze absurd, en aldus volkomen onjuist zijn”.

De verwerende partij merkt ook op dat de verzoekende partij bij de opmaak van haar offerte blijkbaar inspeelde op de materiële vergissing in de meetstaat. De verzoekende partij heeft immers een “significant hogere eenheidsprijs opgegeven voor post 47 in vergelijking met de andere inschrijvers”, tot het drievoudige van de prijs van de inschrijvers de nv Jan De Nul en de nv Aannemingen Van Wellen. Het lijkt erop dat de verzoekende partij zo bij de uitvoering een aanzienlijke meerprijs wilde genereren.

Beoordeling

5.2.1. Artikel 34, § 1, koninklijk besluit plaatsing 2017 luidt:

“De aanbestedende overheid verbetert de offertes in functie van de door haar of een inschrijver vastgestelde rekenfouten en zuiver materiële fouten in de opdrachtdocumenten.”

Artikel 79 van hetzelfde besluit luidt:

“§ 1. Indien bij de opdrachtdocumenten een samenvattende opmeting of inventaris is gevoegd, vult de inschrijver deze in en maakt hij de nodige berekeningen.

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

1° de fouten die hij ontdekt in de forfaitaire hoeveelheden;
2° de fouten die hij ontdekt in de vermoedelijke hoeveelheden waarvoor de opdrachtdocumenten een dergelijke verbetering toelaten en op voorwaarde dat de voorgestelde verbetering minstens tien percent in meer of in min van de hoeveelheid van de post in kwestie bedraagt;

3° de leemten in de samenvattende opmeting of inventaris.

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

Artikel 86, § 1, eerste lid, van hetzelfde besluit luidt:

“§ 1. Wanneer een inschrijver, overeenkomstig de artikelen 34 en 79, § 2, de hoeveelheid van één of meer posten van de samenvattende opmeting of inventaris heeft verbeterd, ziet de aanbestedende overheid die wijzigingen na, verbetert ze zo nodig volgens eigen berekeningen en wijzigt desgevallend de opmetingen of inventarissen gevoegd bij de offertes.”

5.2.2. In de meetstaat onder de rubriek “Geschikt maken van uitgegraven bodem als ophogingsmateriaal met bindmiddel volgens 4-2.1.2.7.A” zijn drie posten vermeld. Post 47 gaat over het “mengen met bindmiddel” van de uitgegraven bodemaarde en er wordt een vermoedelijke hoeveelheid van 10 m³ vermeld. Post 48 gaat over het bindmiddel kalk en er wordt een vermoedelijke hoeveelheid van 200 ton vermeld. Post 49 gaat over het bindmiddel cement en er wordt een vermoedelijke hoeveelheid van 20 ton vermeld.

Zoals *sub* 3.4 weergegeven heeft de verwerende partij aan de hand van posten 48 en 49, post 47 “verbeterd” van 10 m³ naar 5.223,98 m³.

5.2.3. De verwerende partij steunt haar beslissing expliciet op artikel 34, § 1, koninklijk besluit plaatsing 2017 om alle offertes te verbeteren in functie van de door de inschrijver de nv VBG gemelde “zuiver materiële fout” in de meetstaat, namelijk de verkeerde vermoedelijke hoeveelheid bij post 47. Zij heeft de vermoedelijke hoeveelheid voor post 47 verhoogd van 10 m³ naar 5.223,98 m³, dit is met een factor 520, wat een aperte substantiële wijziging lijkt.

Er is geen betwisting over het feit dat de berekening van deze verhoging correct is. Evenmin lijkt de verzoekende partij te betwisten dat deze nieuwe hoeveelheid van 5.223,98 m³ beter beantwoordt aan de te verwachten hoeveelheid dan de initieel in de meetstaat opgegeven hoeveelheid van 10 m³.

Te dezen lijkt te mogen worden aangenomen dat de in de meetstaat opgegeven hoeveelheid voor de post 47 inderdaad gegrond is op een volstrekte onwaarschijnlijkheid, zoals in het verslag van nazicht aangetoond.

5.2.4. De verzoekende partij meent echter dat de verwerende partij de post 47 niet mocht verbeteren onder meer omdat het bestek niet toelaat dat een inschrijver een vermoedelijke hoeveelheid verbetert, wat hier met de demarche van de inschrijver de nv VBG, die om een andere reden wordt uitgesloten, wel het geval is.

Nopens de “verbetering” van de inschrijver de nv VBG mag hier worden opgemerkt, na inzage van zijn vertrouwelijk neergelegde offerte, dat deze

inschrijver niet op een duidelijke en onomstotelijke wijze een verbetering, zoals bedoeld in artikel 79, § 2, koninklijk besluit plaatsing 2017, lijkt te hebben gegeven aangezien hij in de door hem ingediende meetstaat de vermoedelijke hoeveelheid van post 47 ongemoeid op 10 m³ heeft gelaten. Wel heeft hij een nota ingediend waarin hij erop wijst dat volgens het voornoemde artikel 79, § 2, de vermoedelijke hoeveelheden niet mogen worden verbeterd; hij zet in die nota ook nader uiteen waarom naar zijn oordeel de vermoedelijke hoeveelheid van post 47 geen 10 m³ kan zijn maar 5.000 m³, gelet op post 48 die voorziet in 200 ton kalk als bindmiddel.

5.2.5. Los van het antwoord op de vraag of het hier enkel gaat om de zuiver materiële fout zoals bedoeld in artikel 34, § 1, koninklijk besluit plaatsing 2017, die een inschrijver zou hebben aangebracht – wat niet apert lijkt – of de aanbestedende overheid zelf heeft vastgesteld dan wel dit artikel moet worden samengenomen met een toepassing van het door het bestek uitgesloten artikel 79, § 2, eerste lid, 2°, koninklijk besluit plaatsing 2017, lijkt te mogen worden vastgesteld dat de toepassing van het voormelde artikel 34, § 1, waarop de bestreden beslissing volgens de verwerende partij expliciet steunt, te dezen problematisch is vanuit het oogpunt van het door de verzoekende partij ingeroepen gelijkheids- en transparantiebeginsel.

De verwerende partij heeft na te hebben vastgesteld dat de post 47 een zichtbaar verkeerde vermoedelijke hoeveelheid – 10 m³ – vermeldt, alle offertes gewijzigd naar haar nieuwe opvatting over wat die hoeveelheid voor die posten – 5.223,98 m³ – dan wel had dienen te zijn.

Het vaststellen van een dergelijke substantiële materiële fout in de opdrachtdocumenten, te dezen de meetstaat, lijkt hier de vraag naar de wijzigbaarheid van het bestek te stellen tijdens de gunningsprocedure en dan nog na het indienen van de offertes. De hoeveelheid van de post 47 wordt vermenigvuldigd met een factor 520, wat problematisch lijkt naar de geboden eenheidsprijzen toe. Dit laatste lijkt geen efemere vaststelling aangezien de eenheidsprijzen voor post 47 van de zes inschrijvers – waarop de Raad vermocht acht te slaan na kennisname van de vertrouwelijk neergelegde offertes – variëren van minder dan 10 euro – twee inschrijvers – over tussen 10 en 20 euro – twee

inschrijvers – tot 225 euro; de prijs van de verzoekende partij is de tweede hoogste en bedraagt een veelvoud van elk van de vier lagere prijzen. Dergelijk wijd uiteenlopen van de prijzen lijkt te wijzen op een correlatie tussen prijs en hoeveelheid, en, eventueel, een inschatting van de werkelijk uit te voeren hoeveelheid voor die post.

Feit is dat de handelwijze van de verwerende partij heeft geleid tot een fundamenteel andere rangschikking aangezien het rechtlijnig doorrekenen van de nieuwe vermoedelijke hoeveelheid met de door de inschrijvers opgegeven eenheidsprijs, de prijs van die post voor de gekozen inschrijver slechts heeft verhoogd met enkele tienduizenden euro terwijl voor de verzoekende partij dit een verhoging heeft betekend van meer dan 300.000 euro.

Mocht de verwerende partij zich al kunnen beroepen op een zuiver materiële fout in de opdrachtdocumenten dan lijkt het ingeroepen artikel 34, § 1, koninklijk besluit plaatsing 2017 in elk geval geen ruimte te bieden voor dergelijke aanpassing van de offertes; de verwerende partij lijkt hier het falen in haar bestek verkeerdelijk af te wentelen op de offertes, en dit eventueel in de plaats van de inschrijvers een aangepast “verbeterd” bestek ter beschikking te stellen om iedereen met gelijke kennis van zaken een offerte te kunnen laten indienen.

In dezelfde orde van gedachten merkt de Raad op dat een gunning op grond van de rangschikking, zonder aanpassing van de offertes aan de nieuwe vermoedelijke hoeveelheid, evenzeer lijkt te zijn aangetast door een fundamenteel gebrekkig bestek.

De bestreden beslissing schendt op het eerste gezicht artikel 34, § 1, koninklijk besluit plaatsing 2017 en het gelijkheids- en transparantiebeginsel.

Het middel is, wat post 47 betreft, in de aangegeven mate ernstig.

Het middel dient niet nader te worden onderzocht wat post 50 betreft.

VI. Besluit

6. Het enig middel is ernstig gebleken.

Het is passend, gelet op de hierna ingewilligde vordering tot schorsing en het daaropvolgende nog noodzakelijke procedureverloop, de kosten, de gevorderde rechtsplegingsvergoeding inbegrepen, in beraad te houden.

BESLISSING

De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de Stad Antwerpen van 13 april 2018 waarbij de opdracht ‘Heraanleg fiets- en voetpad Ringfietspad’ wordt gegund aan de nv Viabuild.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 22 mei 2018, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Pierre Barra