RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 241.893 van 25 juni 2018
in de zaak A. 225.356/XII-8559

In zake: de NV VBG
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Marie Vastmans en Anthony Poppe
kantoor houdend te 1160 Brussel
Tedescolaan 7
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Carlos De Wolf en Anthony Verheggen
kantoor houdend te 9680 Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de NV AANNEMINGEN VAN WELLEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bettina Poelemans
kantoor houdend te 9051 Sint-Denijs-Westrem
Kortrijksesteenweg 1144 G
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 4 juni 2018, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "[d]e beslissing van de administrateur-generaal van het Agentschap Wegen & Verkeer van het Vlaamse Gewest van 17 mei 2018 houdende wering van de offerte van verzoekende partij als substantieel onregelmatig en tot gunning van de overheidsopdracht

voor werken ‘E19 Noord: structureel onderhoud tussen St-Job-in-‘t-Goor en Kleine Bareel (rich Antw) en ter hoogte van de aansluiting op R1 (rich NL)’ aan de nv Van Wellen”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 13 juni 2018 heeft de nv Aannemingen Van Wellen gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 21 juni 2018, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Anthony Poppe, die in eigen naam en tevens *loco* advocaat Marie Vastmans verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Anthony Verheggen, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Bettina Poelemans, die verschijnt voor de tussenkomende 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. Regelmatigheid van de rechtspleging

3. De verzoekende partij heeft een “pleitnota” ingediend.

Het procedurereglement kort geding voorziet niet in de mogelijkheid tot het indienen van dergelijke nota. Er wordt dan ook enkel rekening mee

gehouden in zoverre die nota de neerslag vormt van hetgeen ter terechtzitting is gepleit.

IV. Feiten

4.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor de aanneming van werken met als voorwerp "E19 Noord: Structureel onderhoud tussen Sint-Job-In-'t-Goor en Kleine Bareel (rich Ant) en ter hoogte van de aansluiting op R1 (rich NL)".

4.2. De opdracht wordt gegund via een openbare procedure met enkel de prijs als gunningscriterium.

4.3. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 28 september 2017. Er volgen nog vijf terechtwijzende berichten.

4.4. Het bijzonder bestek met refertenummer 1M3D8E/17/44 is van toepassing.

4.5. De opening van de offertes vindt plaats op 3 november 2017. Drie offertes worden ingediend:

1. De nv VBG Agentschap Noord: 5.371.170,80 euro, btw niet inbegrepen,
2. De nv Aannemingen Van Wellen: 5.507.802,55, btw niet inbegrepen,
3. De nv Stadsbader: 5.548.790,35, btw niet inbegrepen.

De nv Aannemingen Van Wellen vermeldt in een afzonderlijke nota de volgende wijzigingen van vermoedelijke hoeveelheden:

- Signalisatie post 48: aanpassen van de vermoedelijke hoeveelheid van 45 KD naar 29 KD;
- Inzagen asfaltverharding post 7: aanpassen van de vermoedelijke hoeveelheid van 1915 lm naar 7169 lm;
- Inzagen betonverharding fase 2 post 60: aanpassen van de vermoedelijke hoeveelheid van 1500 lm naar 0 lm.

4.6. Op 7 november 2017 richt de verwerende partij een vraag tot prijsverantwoording aan de verzoekende partij voor de posten 19, 33, 47 tot 52 en 91 tot 112. Dit verzoek vermeldt dat de verantwoording enkel mag zijn gesteund op objectieve factoren en eveneens moet aantonen dat "alle verplichtingen inzake het sociaal, arbeids- en milieurecht, met inbegrip van de verplichtingen die van toepassing zijn op het vlak van welzijn, lonen en sociale zekerheid, geëerbiedigd werden".

4.7. Op 17 november 2017 dient de verzoekende partij haar prijsverantwoording in.

4.8. De afdeling Algemene Technische Ondersteuning formuleert op 30 november 2017 haar opmerkingen met betrekking tot het prijs- of kostenonderzoek.

4.9. Bij beslissing van 20 december 2017 gunt de verwerende partij de opdracht aan de nv Aannemingen Van Wellen.

4.10. Bij het arrest van 1 maart 2018, nr. 240.865, beveelt de Raad van State de schorsing van de tenuitvoerlegging van de gunningsbeslissing van 20 december 2017.

4.11. Bij beslissing van 7 maart 2018 trekt de verwerende partij de gunningsbeslissing van 20 december 2017 in waarna bij het arrest van 17 mei 2018, nr. 241.497, de Raad van State de bevolen schorsing opheft.

4.12. Op 16 maart 2018 schrijft de verwerende partij aan de nv Aannemingen Van Wellen het volgende:

> "In het kader van het gunningsonderzoek werd vastgesteld dat bij uw offerte, die naar aanleiding van de bovenvermelde opdracht werd ingediend, een nota was gevoegd waarin een aantal opmerkingen worden

geformuleerd bij de posten 7, 48 en 60 van de samenvattende meetstaat. Als rechtsbasis voor deze nota wordt verwezen naar de artikelen 83, §2 en 97, §5 KB Plaatsing 2011.
De draagwijdte van deze nota is voor de aanbestedende overheid echter niet volledig duidelijk. Bijgevolg had ik u graag gevraagd, en dit conform de in artikel 66, §3 Overheidsopdrachtenwet 2016 vervatte mogelijkheid, de precieze draagwijdte van deze nota te verduidelijken. Ik zou u ook willen vragen om uw antwoord binnen een termijn van 12 kalenderdagen aan mij te bezorgen."

4.13. Op 23 maart 2018 antwoordt de nv Aannemingen Van Wellen als volgt:

"In deze aparte nota hebben we Agentschap Wegen en Verkeer enkel willen melden dat de voorziene vermoedelijke hoeveelheden van 3 posten mogelijks (in meer dan wel in min) afwijken van de te verwachten werkelijk uit te voeren hoeveelheden voor die posten zoals wij die uit de plannen kunnen afleiden, en voorgesteld om deze vermoedelijke hoeveelheden eventueel aan te passen in min of in meer, met toepassing van artikel 83, §2 en artikel 97, §5 KB Plaatsing van 15 juli 2011. In de samenvattende meetstaat werden de vermoedelijke hoeveelheden van deze posten niet aangepast of verbeterd. De nota bevat dus enkel een loutere melding aan Agentschap Wegen en Verkeer van eventueel onjuiste voorziene vermoedelijke hoeveelheden van 3 posten en een voorstel tot eventuele aanpassing van die voorziene hoeveelheden, dit uiteraard zonder gevolg voor of aanpassing van de eenheidsprijzen van de betrokken posten, en welke vermoedelijke hoeveelheden bij uitvoering sowieso steeds afgerekend worden op basis van de werkelijke uit[ge]voerde hoeveelheden tegen de opgegeven eenheidsprijs.

Wij wijzen erop dat, vermits de hoeveelheden in de samenvattende meetstaat zelf niet werden verbeterd, de door ons aangeboden totaalprijs van 6.664.441,09 EUR incl. BTW de prijs is op basis van de voorziene hoeveelheden vermeld in de samenvattende meetstaat van Agentschap Wegen en Verkeer. De ondertekening van die samenvattende meetstaat met de voorziene hoeveelheden en van het offerteformulier met dezelfde totaalprijs, bevestigen zonder enige twijfel onze verbintenis om de opdracht uit te voeren met de voorziene hoeveelheden vermeld in de samenvattende opmeting tegen de totaalprijs en diverse eenheidsprijzen zoals aangeboden in de meetstaat en het offerteformulier."

4.14. In het daaropvolgend gunningsverslag wordt onder meer het volgende opgemerkt:

"2.3 Opmerkingen en verbeteringen door inschrijvers aangegeven

Volgende opmerkingen en/of verbeteringen werden gemeld via de offerte: Van Wellen N.V. heeft volgende voorstellen tot wijzigingen van vermoedelijke hoeveelheden in een aparte nota vermeld:

1. Signalisatie post 48 - 1004.11220*: aanpassen van de vermoedelijke hoeveelheid van 45 KD naar 29 KD.
2. Inzagen asfaltverharding post 7 - 0401.21014: aanpassen van de vermoedelijke hoeveelheid van [1915] lm naar [7169] lm.
3. Inzagen betonverharding fase 2 post 60 - 0401.21024: aanpassen van de vermoedelijke hoeveelheid van 1500 lm naar 0 lm.

Met betrekking tot de gemaakte opmerking inzake de vermoedelijke hoeveelheden van de bovenvermelde posten werd op 16 maart 2018 (cfr. de mogelijkheid vervat in artikel 66, §3 Overheidsopdrachtenwet 2016) een vraag tot verduidelijking gesteld aan Van Wellen N.V. In haar antwoord (d.d. 23 maart 2018) gaf deze inschrijver aan dat de gemelde correcties, die overigens niet in de meetstaat zijn verwerkt, maar enkel in een afzonderlijke nota werden opgenomen, als 'loutere meldingen aan AWV van eventueel onjuiste voorziene vermoedelijke hoeveelheden' waren bedoeld. Verderop in de brief stelt Van Wellen N.V. dat uit het ongewijzigd invullen van de oorspronkelijke meetstaat, in combinatie met de ondertekening van deze meetstaat, zonder twijfel de verbintenis kan worden afgeleid om de opdracht uit te voeren conform de door de overheid voorziene hoeveelheden. Deze toelichting stemt overeen met de inhoud van de nota, die immers enkel verwijst naar de relevante hoeveelheden, doch op geen enkele wijze melding maakt van (eenheids)prijzen. Met andere woorden, het betreft hier een zuivere opmerking van de inschrijver en dit zonder dat op enigerlei wijze een afwijking van de opdracht of de opdrachtvoorwaarden wordt beoogd. De gemaakte opmerking moet worden geacht te kaderen in de informatieplicht van de inschrijver en dient aldus niet als een voorbehoud te worden aangemerkt. Met de prijsopgave en ondertekening van de meetstaat onderschrijft de inschrijver immers de daarin voorgeschreven vermoedelijke hoeveelheden. De gemaakte opmerking kan bijgevolg ook niet als een (substantiële) onregelmatigheid worden aangemerkt die tot de wering van de offerte uit het verdere onderzoek van de offertes moet leiden."

en

"4.6 Opmerkingen en verbeteringen door inschrijvers aangegeven

Er werd nagegaan of de inschrijvers eventuele wijzigingen hebben aangebracht cfr. Artikelen 34, 81, 87, §1 en 87, §2 KB Plaatsing.

Er werden geen wijzigingen/verbeteringen voorgesteld of aangebracht in toepassing van voormelde artikelen.

Zoals reeds toegelicht onder randnummer 2.3 werd door de NV Van Wellen wel een aparte nota gevoegd bij de offerte waarin de aanbestedende overheid attent werd gemaakt op mogelijks onjuiste vermoedelijke hoeveelheden voorzien in de meetstaat t.o.v. de hoeveelheden die blijken uit de plannen.

In haar nota beroept de NV Van Wellen zich op de artikelen 83 en 97 van het 'KB Plaatsing van 15 juli 2011' dewelke in het kader van voorliggende opdracht en plaatsingsprocedure niet van toepassing zijn.

De nota dient derhalve te worden benaderd vanuit artikel 79 van het KB Plaatsing van 18 april 2017.

Conform voormeld artikel 79 is het de inschrijvers slechts toegelaten voorstellen tot aanpassing van vermoedelijke hoeveelheden te formuleren, voor zover de opdrachtdocumenten dit toestaan.

In casu was dit niet voorzien.

Er kan derhalve door de aanbestedende overheid geen rekening worden gehouden met de betrokken melding. De gemelde voorstellen tot aanpassing worden niet weerhouden en de nota wordt buiten beschouwing gelaten bij de beoordeling van de offertes.

Anderzijds rijst de vraag of het toevoegen van de nota dient te leiden tot de onregelmatigheid van de offerte van de NV Van Wellen.

Hieromtrent kan in de eerste plaats worden vastgesteld dat artikel 79 KB Plaatsing niet is vermeld in artikel 76, §1, lid 4 van het KB Plaatsing. Een schending van het betrokken artikel wordt derhalve niet per definitie beschouwd als een substantiële onregelmatigheid.

De voorliggende schending van artikel 79 van het KB Plaatsing laat zich dan ook in de eerste plaats kwalificeren als een niet-substantiële onregelmatigheid, zoals bevestigd door de Raad van State in haar arrest nr. 240.865 d.d. 1 maart 2018. Dergelijke niet-substantiële onregelmatigheid kan evenwel worden omgebogen tot een substantiële onregelmatigheid wanneer zij één van de gevolgen van artikel 76, §1, derde lid van het KB Plaatsing met zich teweegbrengt.

De aanbestedende overheid oordeelt dat dit niet het geval is, op grond van volgende motieven:

- De nota is niet van aard een discriminerend voordeel in hoofde van de NV Van Wellen op te leveren of te leiden tot concurrentievervalsing:

De posten die voorwerp uitmaken van de voorgestelde wijziging in de vermoedelijke hoeveelheden, t.t.z. de posten 48, 7 en 66, zijn in de offerte van de NV Van Wellen niet geïdentificeerd als posten die mogelijks behept zijn met abnormale prijzen voor niet-verwaarloosbare posten in het kader van het prijsonderzoek van artikel 35 van het KB Plaatsing. M.a.w. niettegenstaande de voorgestelde aanpassing van de vermoedelijke hoeveelheden is de prijszetting in de meetstaat, en dit op basis van de voorgeschreven vermoedelijke hoeveelheden, niet abnormaal en is bij uitbreiding de mededinging tussen de inschrijver niet vertekend of verstoord.

De prijzen waarvoor de NV Van Wellen een vermindering van de posten voorstelt, te weten posten 48 en 66, geven evenmin blijk van speculatie. Immers voor de betrokken posten stelt de NV Van Wellen de 2de duurste (post 48) dan wel de duurste (post 66) eenheidsprijs voor. Een speculatieve prijszetting zou de inschrijver ertoe brengen om voor die posten precies een bijzonder lage eenheidsprijs te bepalen om zo zijn totaalbedrag speculatief laag te houden en zijn kansen op het bekomen van de opdracht te vergroten (rekening houdend met het feit dat, naar zijn oordeel, de betrokken post toch niet, of niet in die mate, zou moeten worden uitgevoerd).

- De nota is niet van aard de beoordeling van de offerte van de inschrijver of de vergelijking met de andere offertes te verhinderen:

In de offerte is immers een duidelijk onderscheid te maken tussen de inschrijving en de bijgevoegde nota. De inschrijving en meetstaat hanteren de hoeveelheden zoals opgelegd door de opdrachtdocumenten; de nota met aanpassingen suggereert enkel een aanpassing van de hoeveelheden, doch zonder alternatieve (eenheids)prijzen voor te stellen.

Dit laat de aanbestedende overheid ook toe om voorbij te gaan aan de niet-toegelaten nota, zonder aan de ingevulde meetstaat en opgegeven prijzen iets te (moeten) wijzigen.

De offertes van de inschrijvers kunnen derhalve op basis van dezelfde ingevulde meetstaat (met dezelfde opgegeven hoeveelheden) worden getoetst en vergeleken in functie van het enig gunningscriterium, te weten de prijs.

- De nota is niet van aard om een onbestaanbaarheid, onvolledigheid of onzekerheid van de verbintenis van de NV Van Wellen om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren, teweeg te brengen

Zoals onder randnummer 2.3 reeds toegelicht, werd door de aanbestedende overheid met betrekking tot de nota op 16 maart

2018 (cfr. de mogelijkheid vervat in artikel 66, §3 Overheidsopdrachtenwet 2016) een vraag tot verduidelijking gesteld aan NV Van Wellen. In zijn antwoord (d.d. 23 maart 2018) gaf deze inschrijver aan dat de gemelde correcties, die overigens niet in de meetstaat zijn verwerkt, maar enkel in een afzonderlijke nota werden opgenomen, als 'loutere meldingen aan AWV van eventueel onjuiste voorziene vermoedelijke hoeveelheden' waren bedoeld. Verderop in de brief stelt NV Van Wellen dat uit het ongewijzigd invullen van de oorspronkelijke meetstaat, in combinatie met de ondertekening van deze meetstaat, zonder twijfel de verbintenis kan worden afgeleid de opdracht uit te voeren conform de door de overheid voorziene hoeveelheden. Deze toelichting stemt overeen met de inhoud van de nota, die immers enkel verwijst naar de relevante hoeveelheden, doch op geen enkele wijze melding maakt van (eenheids)prijzen. Met andere woorden, het betreft hier een zuivere opmerking van de inschrijver en dit zonder dat op enigerlei wijze een afwijking van de opdracht of de opdrachtvoorwaarden wordt beoogd. De gemaakte opmerking moet worden geacht te kaderen in de informatieplicht van de inschrijver en dient aldus niet als een voorbehoud te worden aangemerkt.

Ten overvloede kan hierbij worden overwogen dat de geviseerde posten allen posten in vermoedelijke hoeveelheden betreffen die tijdens de uitvoering sowieso voorzien zijn om te worden verrekend op basis van de werkelijk uitgevoerde hoeveelheid aan de hand van de opgegeven eenheidsprijs. Er wordt, zoals aangegeven, door de NV Van Wellen geen enkele aanpassing voorgesteld van de eenheidsprijs.

Tot slot is het nuttig te verwijzen naar de hypothese waar de opdrachtdocumenten de aanpassing van de vermoedelijke hoeveelheden zouden hebben toegelaten. In voorkomend geval beschikt de aanbestedende overheid conform artikel 86 KB Plaatsing over de mogelijkheid om de voorgestelde aanpassing te aanvaarden of verwerpen. Wanneer de aanbestedende overheid de voorgestelde aanpassing verwerpt, oordeelt de regelgever dat dit evenmin dient te leiden tot het in het gedrang brengen van de rechtsgeldigheid of zekerheid van de offerte. Dergelijke offerte kan in de beoordeling van de offertes worden betrokken (en de opdracht kan aan dergelijke inschrijver worden gegund) op basis van de in de meetstaat voorziene hoeveelheden. Zoals gesteld, verwerpt de aanbestedende overheid in casu bij de beoordeling van de offertes evenzeer de nota, is in de offerte en de meetstaat eenduidig prijs opgegeven voor de uitvoering van de voorgeschreven vermoedelijke hoeveelheden, en heeft de inschrijver zijn verbintenis in die zin bevestigd in het kader van artikel 66 van de Wet Overheidsopdrachten.

> Voorgaande leidt tot het besluit dat het voegen van de nota niet de effecten teweeg brengt, opgenomen in artikel 76, §1, derde lid van het KB Plaatsing. Derhalve kwalificeert het voegen van deze nota zich als een niet-substantiële onregelmatigheid. Op grond van datzelfde artikel 76 geldt ook dat een offerte die slechts behept is met één niet-substantiële onregelmatigheid niet mag worden geweerd."

De offerte van de verzoekende partij wordt ingevolge artikel 36, § 3, koninklijk besluit van 18 april 2017 'plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren' (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017) substantieel onregelmatig verklaard na de gegeven verantwoording in het kader van een prijsbevraging te hebben verworpen.

De offerte van de nv Stadsbader wordt eveneens substantieel onregelmatig verklaard "gezien de documentatie van de te plaatsen geleideconstructie niet werd aangeleverd".

In het gunningsverslag wordt geconcludeerd om de opdracht te gunnen aan de nv Van Wellen.

4.15. Op 17 mei 2017 gunt de verwerende partij de opdracht aan de nv Van Wellen onder verwijzing naar "de motieven uit het onderzoek".

V. Tussenkomst

5. De nv Aannemingen Van Wellen blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg wordt haar verzoek tot tussenkomst ingewilligd.

VI. Ontvankelijkheid van de vordering

6. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over de door de verwerende partij opgeworpen ontvankelijkheidsexceptie uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak over die exceptie zou alleen nodig zijn indien de

grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

VII. Schorsingsvoorwaarden

7.1. 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.

7.2. 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.

VIII. Onderzoek van de middelen

8.0. Het is passend het tweede en tevens laatste middel eerst te beoordelen.

A. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

8.1.1. De verzoekende partij voert de schending aan van "het beginsel van de gelijke mededinging en het transparantiebeginsel vervat in artikel 4 van de Overheidsopdrachtenwet 2016", van de artikelen 54, § 2, *juncto* 76, § 1, vierde lid, 2°, van het koninklijk besluit 'plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren' van 18 april 2017 (hierna koninklijk besluit plaatsing 2017), van "artikel 83 van de Overheidsopdrachtenwet dd. 17 juni 2016 en artikel 76, § 1," koninklijk besluit plaatsing 2017, van artikel 79, § 2, 2°, koninklijk besluit plaatsing 2017 en artikel 86, § 1, van hetzelfde besluit, van "artikel 4, eerste lid, 8°, van 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 en de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen", van "de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van de materiële motiveringsplicht", van "het zorgvuldigheidsbeginsel" en van "het redelijkheidsbeginsel".

Zij betoogt:

> "Doordat de gekozen inschrijver wijzigingen heeft voorgesteld voor de vermoedelijke hoeveelheden terwijl het bestek dit niet toeliet;
> Doordat de gekozen inschrijver twee voorstellen en dus twee offertes heeft ingediend;
> Doordat de offerte van de gekozen inschrijver niet langer vergelijkbaar is met de offertes van de andere inschrijvers;
> Doordat de offerte van de gekozen inschrijver geen zekere verbintenis inhoudt tot uitvoering van de opdracht aan de door de aanbestedende overheid gestelde voorwaarden;
> Doordat de aanbestedende overheid het voorstel tot wijziging heeft verworpen en de offerte van de gekozen inschrijver zonder meer heeft aanvaard;

Terwijl geen wijzigingen aan vermoedelijke hoeveelheden in de samenvattende opmeting mogen doorgevoerd worden tenzij de opdrachtdocumenten dit uitdrukkelijke toelaten;
Terwijl elke inschrijver maar één offerte mag indienen;
Terwijl een offerte die twee voorstellen inhoudt als substantieel onregelmatig moet worden geweerd.
Terwijl de aanbestedende overheid bij gebrek aan bevoegdheid toegekend door de regelgeving niet de keuze kan maken tussen twee voorstellen geformuleerd in één offerte;
Terwijl een offerte, op grond van het gelijkheidsbeginsel, maar ten gronde kan beoordeeld worden indien zij regelmatig is;
Terwijl elke gunningsbeslissing moet steunen op draagkrachtige motieven die in de beslissing zelf opgenomen zijn en hun grondslag vinden in het administratief dossier;
Terwijl een aanbestedende overheid een offerte die behept is met een onregelmatigheid moet weren indien blijkt dat zij niet langer vergelijkbaar is met de andere offertes dan wel er onzekerheid bestaat over de verbintenis van de inschrijver;
Zodat de in het middel aangehaalde bepalingen geschonden werden."

In een eerste middelonderdeel voert de verzoekende partij aan dat de gekozen inschrijver twee prijsvoorstellen heeft ingediend die van invloed zijn op de vergelijking van de offertes. De aanbestedende overheid heeft niet de mogelijkheid om één van de voorstellen te weren. De offerte van de gekozen inschrijver diende met toepassing van artikel 54, § 2, juncto artikel 76, § 1, 2°, koninklijk besluit plaatsing 2017, als substantieel onregelmatig te worden geweerd.

In een tweede middelonderdeel betoogt de verzoekende partij in essentie dat in elk geval de voorliggende feiten doen besluiten tot een substantiële onregelmatigheid van de offerte van de gekozen inschrijver, ongeacht het gegeven of deze onregelmatigheid al dan niet uitdrukkelijk voorkomt op de lijst opgenomen in artikel 76, § 1, vierde lid, 1°tot 3°, koninklijk besluit plaatsing 2017. Immers, zo vervolgt de verzoekende partij, kon de aanbestedende overheid er niet zeker van zijn dat de gekozen inschrijver de opdracht tegen de in het bestek gestelde voorwaarden zou uitvoeren. Bovendien kon de nota van de gekozen inschrijver en het erin verwerkte voorstel leiden tot een beïnvloeding van de beoordeling van de offerte, van de vergelijking met de andere offertes en werd deze opgesteld uit een speculatief oogpunt dat de nota zou worden aanvaard als voorstel.

Beoordeling

a. Eerste middelonderdeel

8.1.2.1. Volgens artikel 54, § 2, koninklijk besluit plaatsing 2017 kan een inschrijver slechts één offerte per opdracht indienen. Volgens artikel 76, § 1, vierde lid, 2°, van hetzelfde besluit wordt de niet-naleving van het vereiste van artikel 54, § 2, gesanctioneerd als een substantiële onregelmatigheid.

De verzoekende partij toont niet afdoende aan dat, door het door de tussenkomende partij indienen van een aparte nota inzake wijzigingen in meer of min van de in de meetstaat opgegeven vermoedelijke hoeveelheden, zonder de meetstaat zelf te wijzigen, het hier om een geval gaat van het indienen van een dubbele offerte. In de nota wordt uitdrukkelijk vermeld dat de tussenkomende partij deze wijzigingen "voorstelt" zodat, zo lijkt, er hier eerder sprake is van het suggereren dat de vermoedelijke hoeveelheden verkeerd zouden zijn, dan van het zich naast de in de meetstaat vermelde hoeveelheden nogmaals en voor andere hoeveelheden verbinden. Er lijkt dan ook te mogen worden aangenomen dat de in de meetstaat voorziene en ongewijzigde hoeveelheden en opgegeven prijzen, het enige voorwerp van de verbintenis van de tussenkomende partij uitmaakt en dat deze partij de hoeveelheden opgenomen in haar nota niet naast of in de plaats heeft gesteld van haar meetstaat, wat, zo lijkt, wel zo zou zijn bij "echte" verbeteringen. In die zin lijkt de tussenkomende partij hier in de feiten geen gebruik te hebben gemaakt van het systeem van verbeteringen zoals voorzien in artikel 83, § 2, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 'plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren' of in artikel 79 koninklijk besluit plaatsing 2017. Overigens mag hier terzijde ook worden opgemerkt dat het kader van de verbeteringen van hoeveelheden enigszins conceptueel anders lijkt dat dit van het formuleren van meerdere offertes of het zich voorwaardelijk verbinden.

In die omstandigheden zijn er op het eerste gezicht geen twee offertes van de tussenkomende partij en lijkt de tussenkomende partij zich onvoorwaardelijk te hebben verbonden, zodat de verwerende partij dan ook uit dien hoofde geen automatische substantiële onregelmatigheid ten aanzien van de offerte van de tussenkomende partij heeft moeten aannemen.

Het eerste middelonderdeel is niet ernstig.

b. Tweede middelonderdeel

8.1.2.2. Zoals sub 8.1.2.1. aangenomen, lijkt de tussenkomende partij zich onvoorwaardelijk te hebben verbonden tot de opdracht aangezien de wijzigingen in haar nota slechts suggesties lijken. Door niet in te gaan op de suggesties van de tussenkomende partij, lijkt de verwerende partij geen verwerping te hebben gedaan van verbeteringen aangezien, zoals hiervoor aangenomen, de tussenkomende partij in wezen geen verbeteringen zoals reglementair bedoeld – de meetstaat werd niet gewijzigd en in de nota is er sprake van "voorstellen" – heeft gedaan.

Terecht lijkt de verwerende partij dan ook in het gunningsverslag – sub 2.3 – te hebben mogen overwegen dat de nota van de tussenkomende partij "een zuivere opmerking" betreft die "moet worden geacht [slechts] te kaderen in de informatieplicht van de inschrijver".

Aangezien de nota van de tussenkomende partij zich aldus niet lijkt te kwalificeren als een "verbetering van vermoedelijke hoeveelheden" doch slechts als een voorstel die onder meer niet is geformaliseerd in een verbeterde meetstaat, lijkt de kritiek op de motieven in de gunningsbeslissing, die betrekking hebben op het feit dat de verwerende partij de nota weerde met toepassing van artikel 79 koninklijk besluit plaatsing 2017 omdat een "verbetering van vermoedelijke hoeveelheden" niet mogelijk was, irrelevant. Deze motieven lijken slechts echt relevant in de mate dat deze nota had gekaderd in een daadwerkelijke poging tot verbetering van die hoeveelheden, wat de Raad hiervoor dus niet aanneemt.

Overigens mag worden opgemerkt dat deze motieven niet gratuit lijken. De nota van de tussenkomende partij, hier dus beschouwd als een vrijblijvend geformuleerd voorstel, lijkt zoals de verwerende partij beweert, geen speculatief oogmerk te hebben, minstens toont de verzoekende partij dergelijk oogmerk niet aan; de eenheidsprijzen lijken zoals de verwerende partij opmerkt, niet behept met abnormaliteit. Zo ook lijkt de vergelijkbaarheid van de offertes niet

in het gedrang, te meer omdat de tussenkomende partij slechts één meetstaat heeft ingediend en dit met de hoeveelheden zoals door de verwerende partij opgegeven. Ten slotte, zoals hiervoor aangenomen, is er geen onzekerheid over de verbintenis van de tussenkomende partij.

De tweede middelonderdeel wordt verworpen.

c. Conclusie tweede middel

8.1.2.3. Het tweede middel is niet ernstig.

B. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

8.2.1. De verzoekende partij voert de schending aan van de artikelen 4 en 66, § 3, van de wet van 17 juni 2016 'inzake overheidsopdrachten', het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel.

Zij betoogt:

> "Doordat er door de aanbestedende overheid geen draagkrachtig en zorgvuldig regelmatigheidsonderzoek werd uitgevoerd;
> Terwijl aan de inschrijvers niet de mogelijkheid mag geboden worden hun offerte na neerlegging ervan aan te vullen of te wijzigen.
> Terwijl elk regelmatigheidsonderzoek en, bij uitbreiding, elk onderzoek dat een administratieve rechtshandeling voorafgaat op een zorgvuldige wijze moet gevoerd worden;
> Terwijl een administratieve rechtshandeling niet kennelijk onredelijk mag zijn."

De verzoekende partij licht toe dat in het kader van een regelmatigheidsonderzoek een offerte maar mag worden aangevuld wanneer het klaarblijkelijk gaat om een eenvoudige precisering of verbetering van een kennelijk materiële fout. Te dezen werd aan de gekozen inschrijver de mogelijkheid geboden om zijn offerte aan te vullen op een wijze die de perken van

een eenvoudige precisering of verbetering van een materiële fout kennelijk te buiten gaat. Immers, zo vervolgt zij, werd aan de gekozen inschrijver de mogelijkheid verleend om *a posteriori* vast te stellen wat de strekking en het doel was van de nota tot wijziging van de vermoedelijke hoeveelheden die was gevoegd bij de offerte.

Bovendien heeft de aanbestedende overheid aan de verklaring die de gekozen inschrijver heeft gedaan op haar vraag voorrang verleend boven de duidelijke tekst van de nota zelf.

De onwettigheid van het bijkomend onderzoek wordt volgens de verzoekende partij nog versterkt doordat de verwerende partij dit onderzoek heeft gedaan naar aanleiding van de kritiek van de verzoekende partij tegen de eerste ingetrokken gunningsbeslissing. De verwerende partij zou impliciet hebben erkend dat er geen zekerheid bestond over de verbintenis van de gekozen inschrijver.

Beoordeling

8.2.2. Zoals uit de beoordeling van het tweede middel volgt, dient de nota van de tussenkomende partij zoals bij haar offerte gevoegd, slechts te mogen worden beschouwd als een aantal suggesties en voorstellen bevatten, die niet kunnen worden begrepen als een volwaardige toepassing van de reglementaire bepalingen inzake verbeteringen door een inschrijver van vermoedelijke hoeveelheden. Het uitgangspunt van het eerste middel, namelijk dat het te dezen zou gaan om twee offertes of dat de tussenkomende partij een voorstel heeft geformuleerd dat formeel afwijkt van de meetstaatgegevens, faalt dan ook in feite. Dit volstaat om het middel als niet ernstig af te wijzen.

IX. Besluit

9. Geen van beide middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

De kosten bestaan uit het rolrecht, de bijdrage overeenkomstig artikel 5, § 1, van de wet van 19 maart 2017 'tot oprichting van een Begrotingsfonds voor de juridische tweedelijnsbijstand' en de door de verwerende partij gevraagde rechtsplegingsvergoeding ad 700 euro, worden ten laste van de verzoekende partij gelegd.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Aannemingen Van Wellen tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 20 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.
De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op een rolrecht van 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 25 juni 2018, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad, waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Silja Doms,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Silja Doms	**Pierre Barra**

‡CFGSPCFAC-BDEBIIV‡