

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 243.026 van 23 november 2018

in de zaak A. 220.088/XII-8218

In zake: de NV RENOTEC
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Rika Heijse
kantoor houdend te 9052 Gent
Dorpsstraat 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Kris Wauters en Sophie Bleux
kantoor houdend te 1170 Brussel
Terhulpsessesteenweg 187
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV BAM CONTRACTORS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jens Debièvre en Tim Bruyninckx
kantoor houdend te 1000 Brussel
Havenlaan 86c b113
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 9 oktober 2016, strekt tot de
nietigverklaring van :

“- de beslissing van 29 juli 2016 van [...] het Agentschap Wegen en
Verkeer, afdeling Wegen en Verkeer Oost-Vlaanderen, van het Vlaams
Gewest [...] om de overheidsopdracht voor aanneming van werken

betreffende het ‘Saneren [Zelzatetunnel] in de N49 (E34)’ (bijzonder bestek nr. 1M3D8H/16/8) te gunnen aan BAM Contractors;

- de impliciete beslissing van 29 juli 2016 [...] van het Agentschap Wegen en Verkeer, afdeling Wegen en Verkeer Oost-Vlaanderen, van het Vlaams Gewest [...] om de overheidsopdracht voor aanneming van werken betreffende het ‘Saneren [Zelzatetunnel] in de N49 (E34)’ (bijzonder bestek nr. 1M3D8H/16/8) niet aan Renotec te gunnen.”

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 235.794 van de Raad van State van 20 september 2016 wordt de vordering tot schorsing verworpen.

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

Eerste auditeur-afdelingshoofd Ann Eylenbosch heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 23 oktober 2018.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Rika Heijse en Tina Callebaut, die verschijnen voor de verzoekende partij, en advocaat Kris Wauters, die 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 “Saneren Zelzatetunnel in de N49 (E34)”.

3.2. De opdracht heeft de sanering en renovatie van de Zelzatetunnel tot doel. De brandwerende schuifdeuren en de metalen vluchtdeuren in de tunnel onder het kanaal Gent-Terneuzen dienen te worden vervangen. Langs de toeritten en de frontmuren van de tunnel dient het leisteentparament van de betonnen keerwanden of frontmuren te worden verwijderd en dient een spuitbeton te worden aangebracht. De asfaltverhardingen langs de toeritten van de tunnel en in de tunnel dienen te worden vernieuwd. Tevens dienen de voegmoten in de tunnel en in de toeritten te worden afgedicht.

De opdracht omvat onder andere:

“– Het opmaken van werf- en omleidingssignalisatieplans (conform de bepalingen van II-Hfdstk 2 – 13.2 en 13.3 – Fasering der werken en Verkeersafwikkeling tijdens de werken);
– Het plaatsen, in stand houden en verwijderen van de werf- en omleidingssignalisatie (conform de bepalingen van II-Hfdstk 2 – 13.2 en 13.3 – Fasering der werken en Verkeersafwikkeling tijdens de werken).”

3.3. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 23 mei 2016.

3.4. De opdracht wordt gegund bij wijze van een open aanbesteding.

3.5. De opdracht is onderworpen aan het bijzonder bestek met referte 1M3D8H/16/8.

3.6. De opening van de offertes vindt plaats op 4 juli 2016.

Vijf inschrijvers hebben een offerte ingediend: de nv BAM Contractors, de nv Aswebo, de verzoekende partij, de nv Trafiroad en de nv Stadsbader.

3.7. Op 19 juli 2016 wordt het gunningsverslag opgesteld.

Alle inschrijvers worden geselecteerd.

Naar aanleiding van het rekenkundig nazicht heeft de verwerende partij de volgende rekenfouten verbeterd:

“In de offerte van Trafiroad is het totale bedrag van post 35 gecorrigeerd. Bij de offertes van BAM Contractors en Renotec NV zijn er kleine afrondingsverschillen.”

Onder de hoofding “b/ Geconstateerde onregelmatigheden” wordt in het gunningsverslag het volgende vermeld:

“Op basis van alle prijsoffertes van alle inschrijvers wordt geconcludeerd dat de raming te laag was.

De offerte van Stadsbader is aan de hoge kant. De offertes van de overige 4 inschrijvers bevinden zich in een range van ca. 300.000 euro (excl. btw) ten opzichte van mekaar. De laagste inschrijver voldoet aan het wettelijk gemiddelde. Globaal gezien lijkt er geen sprake te zijn van een abnormale prijs in het geval van de prijsofferte van BAM.

Op basis van het nazicht van de inschrijvingsprijzen op postniveau kan er geconcludeerd worden dat er in de prijsofferte van BAM enkel voor de post voor het boren van de injectiegaten (post 52 en 134) en voor de post 164 (werfsignalisatie) sprake is van een afwijking (meer dan 20%) in min t.o.v. de gemiddelde inschrijvingsprijs voor de desbetreffende posten. Bij verder nazicht voor post 52 blijkt dat de inschrijvingsprijs van Stadsbader in vergelijking met de andere inschrijvingsprijzen volledig buiten proportie is. Idem voor wat post 164 betreft. Hier is de inschrijvingsprijs van Renotec in vergelijking met de andere inschrijvingsprijzen volledig buiten proportie. Dit maakt dat voor de vermelde posten de gemiddelde inschrijvingsprijs kunstmatig wordt opgedreven. Tevens dient ook meegegeven te worden dat de werken die deze posten inhouden geen hoofdbestanddeel uitmaken van de totale opdracht. De hoofdbestanddelen van de totale opdracht zijn het aanbrengen van de spuitmortel (incl. afbraak leisteenparament), het waterdicht maken van de voegmoten langs

de bovenzijde, het vervangen van de schuif- en vluchtdeuren en het vervangen van de asfalttop- en onderlagen. In de prijsofferte van BAM is er voor de overeenkomstige posten geen sprake van een significante afwijking in min t.o.v. de gemiddelde inschrijvingsprijs voor de desbetreffende posten.

Er is geen sprake van abnormale prijzen in het geval van de prijsofferte van BAM.”

Alle offertes worden regelmatig bevonden.

De finale rangschikking is volgens het gunningsverslag als volgt:

“

<i>Nr</i>	<i>Inschrijver</i>	<i>Bedrag excl. BTW (euro)</i>	<i>Bedrag incl. BTW (euro)</i>
1	BAM Contractors	2.350.960,24	2.844.661,89
2	Aswebo	2.470.548,61	2.989.363,82
3	Renotec	2.495.139,07	3.019.118,27
4	Trafiroad	2.686.384,42	3.250.525,15
5	Stadsbader	3.146.936,03	3.807.792,60

”

3.8. Op 29 juli 2016 valt de verwerende partij de beoordeling in het gunningsverslag bij en wordt de opdracht aan de nv BAM Contractors gegund.

Dit is de bestreden gunningsbeslissing.

3.9. De verzoekende partij wordt schriftelijk in kennis gesteld dat haar offerte niet is gekozen. De gemotiveerde gunningsbeslissing is als bijlage gevoegd.

IV. Vertrouwelijkheid van de stukken

Standpunt van de partijen

4.1.1. De verwerende partij vraagt de offertes als vertrouwelijk te beschouwen:

“Deze bevatten commerciële gegevens, die in het licht van huidige procedure, best niet onthuld worden ten aanzien van de andere partijen. Het gaat dan vooral om de prijszetting in de verschillende offertes. Dit gaat in het kader van dergelijke opdrachten om zeer gevoelige informatie, omdat de prijzen meestal reeds zeer scherp zijn. In het raam van een UDN is trouwens ook voor een verwerende partij meestal niet mogelijk om binnen een offerte te gaan distilleren of bepaalde elementen toch niet vertrouwelijk zouden zijn, omdat de uiteindelijke prijzen kunnen voortvloeien uit verschillende elementen in een offerte, reden waarom de vertrouwelijkheid voor de volledige offerte wordt gevraagd.”

4.1.2. De verzoekende partij vraagt in haar verzoekschrift aan de verwerende partij om de vertrouwelijkheid van de offertes van de overige inschrijvers te lichten voor wat de eenheidsprijzen van de posten 164 en 82 betreft, om te kunnen onderzoeken of haar werkelijk bedoelde eenheidsprijs voor de post 164 in dezelfde lijn ligt van de eenheidsprijzen van de overige inschrijvers.

In haar memorie van wederantwoord acht de verzoekende partij het “frappant” dat de verwerende partij niet ingaat op haar vraag. Zij verzoekt de Raad van State om de eenheidsprijzen van de offertes voor de posten 82 en 164 met elkaar te vergelijken en na te gaan of haar werkelijk bedoelde – gecorrigeerde – eenheidsprijs in dezelfde lijn ligt.

Beoordeling

4.2. Er dient niet te worden ingegaan op de vraag tot opheffing van de vertrouwelijkheid van bepaalde stukken. Nopens de vraag tot een vergelijking van de eenheidsprijzen van de posten 82 en 164 van de andere inschrijvers met die van de verzoekende partij, valt deze vraag met inbegrip van de noodzaak ervan samen met het onderzoek van het enig middel.

V. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

5.1.1. De verzoekende partij voert de schending aan van de artikelen 5 en 24 van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2006), van artikel 96 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2011) en van het gelijkheids-, het zorgvuldigheids- en het redelijkheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht als algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Zij betoogt:

“Doordat de offerte van verzoekende partij onder de post 164 behept is met een kennelijke materiële vergissing waarbij de komma een rang te ver naar rechts is geplaatst en de eenheidsprijs een duizendtal is en geen honderdtal,

Terwijl, de ingediende eenheidsprijs manifest afwijkt van de marktprijs en van de eenheidsprijzen van de andere inschrijvers; dat een onderlegd dossierbeheerder onmiddellijk kan vaststellen dat er sprake is van een zuivere materiële fout vermits door een loutere verplaatsing van de komma naar links de eenheidsprijs in de lijn ligt met de eenheidsprijzen van de andere inschrijvers en marktconform wordt; dat zulks bevestigd wordt door de eenheidsprijs van de spiegelpost 82; dat verwerende partij het afwijkend karakter van de eenheidsprijs voor post 164 expliciet heeft vastgesteld maar niet heeft gecorrigeerd als zijnde een materiële vergissing, dat verwerende partij echter de plicht heeft om het rekeningkundig nazicht zorgvuldig uit te voeren en de nodige rekenkundige verbeteringen aan te brengen en materiële vergissingen recht te zetten, dat in het gunningsverslag geen materieel draagkrachtige verantwoording voorhanden is waarom de materiële vergissing niet is gecorrigeerd, dat er evenmin een draagkrachtige motivering voorligt op grond waarvan de offerte van BAM Contractors als laagste regelmatige offerte moet worden beschouwd,

Terwijl, verwerende partij ondanks de vaststelling dat de betrokken eenheidsprijs ‘volledig buiten proportie is’ en dat de gemiddelde inschrijvingsprijs voor deze post hierdoor wordt opgedreven – waardoor het bestaan van een materiële vergissing impliciet wordt erkend – heeft nagelaten de werkelijke bedoeling van de inschrijver nader te onderzoeken,

Zodat, door de kennelijk materiële fout waarmee de offerte van verzoekende partij is behept, niet te verbeteren, en de opdracht zonder nader onderzoek naar de werkelijke bedoeling van verzoekende partij zomaar aan BAM Contractors te gunnen verwerende partij de hierboven aangehaalde bepalingen en beginselen heeft geschonden.”

Op de eerste plaats licht de verzoekende partij toe dat er volgens haar sprake is van een kennelijk materiële fout in haar offerte bij post 164 in de zin van artikel 96 van het koninklijk besluit plaatsing 2011. De verzoekende partij wijt de beweerde kennelijk materiële fout aan een invoeringsfout door haarzelf. Daarbij zou eveneens de voluit geschreven eenheidsprijs zijn aangetast door de kennelijk materiële fout bij het numerieke getal aangezien een geautomatiseerd informaticasysteem op grond van de numerieke eenheidsprijs de voluit geschreven eenheidsprijs verwerkt.

De verwerende partij heeft vastgesteld dat de inschrijvingsprijs van de verzoekende partij voor de post 164 in vergelijking met de andere inschrijvingsprijzen “volledig buiten proportie” is en dat de gemiddelde inschrijvingsprijs voor deze post hierdoor wordt opgedreven. Deze vaststelling is volgens de verzoekende partij de impliciete erkenning van, minstens een niet mis te verstane indicatie voor, het vaststellen van een frappante incoherentie die nader diende te worden onderzocht. De verwerende partij had in één oogopslag kunnen vaststellen dat wanneer de komma met één rang naar links wordt verplaatst de eenheidsprijs “631,76” euro wordt en dergelijke eenheidsprijs wel volledig in de lijn ligt met de eenheidsprijs van alle andere inschrijvers voor die post.

De verzoekende partij vervolgt dat de post 82 de identieke tegenhanger is voor post 164. Het bestek is namelijk in delen opgedeeld, waarbij in hoofdstuk 1 de posten voorkomen voor de werken uitgevoerd aan de E34 richting Antwerpen en in hoofdstuk 2 de posten voor de werken uitgevoerd aan de overkant, dit is de richting naar de kust. In het bestek is bepaald dat de werken per rijrichting worden uitgevoerd zodat de posten van hoofdstuk 1 en 2 elkaars spiegelbeeld zijn en dus inhoudelijk gelijk. Het is volgens de verzoekende partij dan ook een evidentie dat wanneer de verwerende partij een incoherentie zou

vaststellen voor een post in één rijrichting, zij automatisch de controle doet van de opgegeven prijs voor de inhoudelijk identieke post in de andere rijrichting. Voor de post 82 gaf de verzoekende partij immers wel een eenheidsprijs met een honderdtal op en niet een duizendtal. Het feit dat er een verschil is tussen de eenheidsprijzen voor post 82 en de “gecorrigeerde” post 164, is volgens de verzoekende partij het gevolg van de prijsoptimalisatie die zij verkrijgt uit de verplaatsing van het voorwerp van beide posten tijdens de uitvoering van de werken alsook het uitvoeren van een gelijktijdige opdracht. De verzoekende partij verwijst daarvoor naar de prijsofferte van haar onderaannemer de nv Fero.

Voorts wijst de verzoekende partij erop dat de verwerende partij de marktprijs voor de standalone signalisatie (DRIS) maar al te goed kent aangezien zij deze post ook in andere bestekken opneemt en er slechts twee leveranciers zijn.

Ook benadrukt de verzoekende partij dat de totale prijs voor de post 164 volgens haar meetstaat 379.059,00 euro bedraagt, wat 15,19 % vertegenwoordigt van haar totale inschrijvingsprijs, terwijl de post 164 een niet-relevante post betreft, zoals de verwerende partij erkent in het gunningsverslag.

Een bijkomend “bewijs” voor haar materiële vergissing inzake post 164 wordt volgens de verzoekende partij geleverd door thans vertrouwelijk de prijsopbouw voor deze post mee te delen aan de hand van de prijsoffertes die zij heeft opgevraagd ten tijde van de opmaak van de offerte en door de toevoeging van een offerte waarin, in het kader van een andere opdracht van het agentschap Wegen en Verkeer, prijsopgave is gedaan voor een identieke post.

De verzoekende partij besluit haar eerste argumentatie met op te merken dat de verwerende partij niet anders kon dan concluderen dat de verzoekende partij een zuiver materiële fout heeft begaan en dat in de gegeven omstandigheden de verwerende partij ertoe gehouden was de materiële vergissing te verbeteren.

De bepaling van artikel 87 van het koninklijk besluit plaatsing 2011 staat er niet aan in de weg dat de aanbestedende overheid conform artikel 96 van het koninklijk besluit plaatsing 2011 verplicht is de zuiver materiële fouten te verbeteren. De aanbestedende overheid is dus verplicht om in het geval van het bestaan van een zuiver materiële vergissing, ook na de opening van de offertes, en dus op het moment dat de inschrijvers kennis hebben van de prijzen van de andere inschrijvers, de werkelijke bedoeling van de inschrijver te onderzoeken. Dat de aanbestedende overheid zulks zou vaststellen in het kader van de fase van het onderzoek naar de regelmatigheid van de offertes, is niet van belang.

Ten tweede verwijt de verzoekende partij de verwerende partij geen zorgvuldig rekenkundig nazicht te hebben uitgevoerd. Had de overheid haar om verduidelijking gevraagd, dan had ze ten overvloede kunnen verifiëren dat de werkelijk bedoelde eenheidsprijs voor de post 164 effectief 631,76 euro bedraagt en dat de opgegeven eenheidsprijs in die zin diende te worden verbeterd. Oordelen dat de verwerende partij in de specifieke omstandigheden van deze opdracht geen onzorgvuldig en onvolledig rekenkundig nazicht heeft uitgevoerd, zou tot gevolg hebben dat een aanbestedende overheid zich niet meer geroepen zal weten om met de vereiste nauwkeurigheid en daadkracht materiële fouten te verbeteren.

Ten derde voert de verzoekende partij een miskenning aan van artikel 24 van de wet overheidsopdrachten 2006, het gelijkheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht. Doordat de verwerende partij niet is overgegaan tot verbetering van de kennelijk materiële fout, zou de vergelijkbaarheid van de offertes in het gedrang zijn gebracht. Bovendien zou de niet-verbetering ook leiden tot een schending van de materiële motiveringsplicht aangezien er geen deugdelijke motieven zouden voorliggen om niet over te gaan tot verbetering. Door na te laten de offerte te verbeteren en haar offerte niet als de meest voordelige te rangschikken, heeft de verwerende partij, zo besluit de verzoekende partij, ook artikel 24 van de wet overheidsopdrachten 2006 geschonden.

5.1.2. In haar memorie van wederantwoord acht de verzoekende partij het in de eerste plaats “frappant” dat de verwerende partij niet ingaat op haar vraag om een overzicht te geven van alle eenheidsprijzen die door de andere inschrijvers voor de posten 164 en 82 zijn ingediend.

Volgens de verzoekende partij lopen de beslissingsprocessen over de vraag of er een rekenfout dan wel zuiver materiële fout voorligt en het onderzoek naar de werkelijke bedoeling van de inschrijver, in elkaar over. Overigens acht de verzoekende partij deze tweedeling niet relevant omdat de grief net is dat door een gebrekkige analyse en besluitvorming op grond van de vergelijking van de eenheidsprijzen het bestuur geen materiële fout heeft vastgesteld.

Het bestuur zou zich ten onrechte achter artikel 99 (lees: 96) van het koninklijk besluit plaatsing 2011 verschuilen om te stellen dat de verzoekende partij zich niet meer tegen hem kan keren voor niet-ontdekte fouten. Zulks vooronderstelt immers dat het bestuur een zorgvuldig onderzoek van de prijzen heeft verricht, wat hier niet het geval is. Ook het niet stellen van een vraag om verduidelijking moet in die context worden beoordeeld.

Waar het bestuur stelt dat de verzoekende partij de nodige bewijzen moet bijbrengen, meent de verzoekende partij zulks uitvoerig te hebben gedaan in het verzoekschrift. De verzoekende partij herhaalt dat hedendaagse calculatieprogramma's automatisch een cijferbedrag omzetten in letterschrift. Zij vervolgt: “Als er een vergissing wordt begaan bij de input van een bedrag dan is er geen mogelijkheid meer om – bij manueel nazicht – de materiële vergissing vast te stellen”.

In zoverre de verwerende partij de verzoekende partij onzorgvuldigheid verwijt, stelt de verzoekende partij dat de regelgever in het koninklijk besluit plaatsing 2011 een systeem heeft uitgewerkt om materiële vergissingen zonder speculatief oogmerk te corrigeren.

De bewering van het bestuur dat het impliciet zou hebben geoordeeld dat geen materiële fout voorligt, zou volgens de verzoekende partij nergens uit af te leiden zijn.

Het niet toevoegen aan haar offerte van de prijsoffertes van haar onderaannemers is volgens de verzoekende partij niet relevant aangezien zulks niet vereist is in het kader van een aanbesteding en zij zich op het ogenblik van de indiening van de offerte uiteraard niet bewust was van de materiële vergissing.

Ook merkt de verzoekende partij op dat de bewering van het bestuur dat het niet vertrouwd is met de marktprijzen voor DRIS-signalisatie, als een bekentenis moet worden beschouwd. Hieruit alleen reeds blijkt volgens de verzoekende partij dat het onderzoek naar de posten 164 en 82 onzorgvuldig is gebeurd.

De verwerende partij stelt dat er een groot prijsverschil is tussen posten 164 (gecorrigeerd) en 82 in de meetstaat van de verzoekende partij. De verzoekende partij vraagt de Raad daarom een vergelijkende tabel op te maken van het prijsverschil bij de andere inschrijvers. De verzoekende partij herhaalt nog dat zij in haar prijscalculatie rekening heeft gehouden met een omgekeerde volgorde van uitvoering van fases.

Ten slotte bevestigt de verzoekende partij formeel dat zij haar berekening met vier cijfers na de komma heeft uitgevoerd en daarvoor het vooraf opgemaakte model van meetstaat in Excel heeft gebruikt dat de laatste twee cijfers automatisch op nul zette.

5.1.3. In haar laatste memorie betwist de verzoekende partij dat de beoordeling door de verwerende partij in het gunningsverslag dat de eenheidsprijs van post 164 in haar offerte “volledig buiten proportie” was, slechts gebeurde bij het regelmatigheidsonderzoek en niet bij het rekenkundig onderzoek.

De verzoekende partij meent voorts dat artikel 96 van het koninklijk besluit plaatsing 2011 niet zou verbieden dat er naar aanleiding van het vergelijken van eenheidsprijzen wordt vastgesteld dat er bij een inschrijver een rekenfout of een materiële vergissing voorligt. Dergelijke vaststelling kan op diverse wijzen gebeuren. “Indien de vergelijking van eenheidsprijzen een middel is om in de tweede fase de werkelijke bedoeling van de inschrijver te achterhalen, is het geenszins uitgesloten dat de vergelijking van eenheidsprijzen een methode is om rekenfouten en materiële vergissingen te detecteren.”

Ook benadrukt de verzoekende partij dat de voorbereiding van haar offerte volledig elektronisch verloopt zodat een verschrijving niet detecteerbaar is.

De verzoekende partij herhaalt dat in de specifieke context van slechts twee leveranciers voor de kwestieuze signalisatie en “de core-business van AWW” deze laatste “moest weten dat er een verschrijving in de eenheidsprijs voorlag”.

De verzoekende partij merkt ook op dat in het auditoraatsverslag ook wordt bevestigd dat de eenheidsprijzen voor de posten 82 en 164 bij de andere inschrijvers dezelfde is wat ten onrechte toch niet “tot het besluit [leidt] dat dit gegeven de verwerende partij tot alertheid dwong bij het onderzoek van de offerte van Renotec”. Er wordt in dit verslag voorbijgegaan aan het grote verschil bij de offerte van de verzoekende partij, “een honderdtal tegenover een duizendtal” en er wordt ingegaan op het verschil bij de verzoekende partij tussen de eenheidsprijzen van post 82 en de gecorrigeerde post 164.

De verzoekende partij beklagt zich ten aanzien van het auditoraatsverslag over de “erg strikte visie op de wijze waarop een materiële fout kan/moet worden vastgesteld” die ingaat tegen de verplichting van de overheid om de materiële fouten te verbeteren. Er waren globaal genomen voldoende aanwijzingen voor de verwerende partij, namelijk de prijs van de verzoekende

partij tegenover die van de andere inschrijvers, het kwestieus aandeel tegenover de gehele aanbesteding, de beoordeling van de spiegelposten, de beoordeling van een “normale” marktprijs, om een materiële fout vast te stellen.

Ten slotte beklemt de verzoekende partij dat de verwerende partij geen vraag tot verduidelijking heeft gericht aan de verzoekende partij niettegenstaande de verwerende partij bij post 164 van de verzoekende partij opmerkt dat deze “volledig buiten proportie” is.

Beoordeling

5.2.1. Overeenkomstig artikel 96, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2011 verbetert de aanbestedende overheid de rekenfouten en de kennelijk materiële fouten in de offertes, zonder dat zij voor niet-ontdekte fouten aansprakelijk is; om deze fouten te verbeteren, gaat de aanbestedende overheid de werkelijke bedoeling na van de inschrijver, door de offerte te onderzoeken en te vergelijken met de andere offertes en met de marktprijzen en door desnoods § 4 van dezelfde bepaling toe te passen: de aanbestedende overheid kan aan de inschrijver vragen de draagwijdte van zijn offerte te verduidelijken of aan te vullen zonder deze te wijzigen; als er in dat laatste geval geen toelichting gegeven is of de toelichting niet aanvaardbaar is voor de aanbestedende overheid, verbetert deze de fouten naar eigen bevindingen; mocht dit niet mogelijk zijn, dan kan de aanbestedende overheid hetzij beslissen dat de opgegeven eenheidsprijzen van toepassing zijn, hetzij de offerte als onregelmatig weren.

5.2.2. Volgens artikel 96, § 1, eerste lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2011 is de aanbestedende overheid niet aansprakelijk voor niet-ontdekte fouten.

Uitgangspunt in deze is aldus dat een inschrijver op de eerste plaats zelf verantwoordelijk is om zijn offerte correct op te stellen en dus voor de door hem gemaakte fouten.

De verzoekende partij dient hier aan te tonen dat de verwerende partij de beweerde materiële fout ten onrechte niet heeft opgemerkt of als dusdanig erkend terwijl de verzoekende partij zelf deze materiële fout evenmin heeft opgemerkt bij de redactie van haar offerte.

In die context moet de beweerde materiële fout – in wezen een verschrijving bij de materiële verrichtingen die gepaard gaan met het opstellen van de offerte – dan ook een onbetwistbaar en zeer apert karakter hebben.

Daarnaast is de verbetering van een ontdekte materiële fout in elk geval een hachelijke onderneming aangezien het de offerte essentieel wijzigt, te dezen zou zulks het geval zijn wat de prijs betreft.

Ten slotte moet hier worden benadrukt dat bij het beoordelen of er sprake is van een rekenfout of kennelijk materiële fout in de zin van het voormelde artikel 96 de aanbestedende overheid een beoordelingsruimte heeft 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 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.

5.2.3. In de mate dat de verzoekende partij aanvoert dat de verwerende partij in het gunningsverslag zelf opmerkt dat de eenheidsprijs van de verzoekende partij voor post 164 “volledig buiten proportie” is, en hieruit afleidt dat de verwerende partij op de hoogte was van de beweerde materiële fout, minstens op de hoogte had moeten zijn, moet worden opgemerkt dat deze beoordeling kadert in het prijsonderzoek en niet in het rekenkundig nazicht wat voorafgaat aan het prijsonderzoek. Artikel 99 van het koninklijk besluit plaatsing

2011 bepaalt immers dat na voorafgaand artikel 96 te hebben toegepast de aanbestedende overheid het prijsonderzoek verricht. Een eventuele abnormale prijs betekent echter niet *ipso facto* een prijs behept met een zuiver materiële fout.

Hetzelfde geldt voor de opmerking van de verwerende partij in het gunningsverslag inzake het belang van post 164; deze opmerking kadert in het prijsonderzoek, niet in het rekenkundig nazicht.

5.2.4. De verzoekende partij betoogt dat uit de vergelijking van de eenheidsprijzen voor post 164 tussen de diverse inschrijvers de verwerende partij de beweerde materiële fout had dienen op te merken.

Luidens artikel 96, § 1, tweede lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2011 gaat de aanbestedende overheid bij het verbeteren van zuiver materiële fouten de werkelijke bedoeling van de inschrijver na onder meer “door de offerte te onderzoeken en te vergelijken met de andere offertes en met de marktprijzen”.

Hieruit mag worden afgeleid dat in principe het vergelijken van de prijzen pas aan bod komt bij het verbeteren van de eerder vastgestelde zuiver materiële fout.

De verzoekende partij toont dan ook niet aan dat het niet vergelijken van de prijzen hier een tekortkoming is.

5.2.5. In zoverre de verzoekende partij opmerkt dat de aard van de beweerde zuiver materiële fout bij post 164 van haar meetstaat blijkt uit de door haar overlegde offertes van twee leveranciers van signalisatie, volstaat het erop te wijzen dat deze offertes niet waren gevoegd bij de offerte van de verzoekende partij zodat de verwerende partij ze niet kon betrekken bij het rekenkundig nazicht.

5.2.6. Voorts mag bij de beoordeling van het rekenkundig nazicht door de verwerende partij worden overwogen dat de eenheidsprijs bij post 164, waarvan de verzoekende partij poneert dat daarbij verkeerdelijk een duizendtal in plaats van een honderdtal is vermeld, zowel in cijfers als in letters hetzelfde bedrag weergeeft, zodat een apert materiële fout opnieuw minder waarschijnlijk is. Dat een computerprogramma de ingevoerde bedragen automatisch omzet in letters doet hieraan niets af.

5.2.7. De zogenaamde spiegelpost 82 bij de offerte van de verzoekende partij waarvan de eenheidsprijs wel in honderdtal is vermeld, en waarvan de verzoekende partij opmerkt dat dit de verwerende partij er had moeten toe aanzetten post 164 als zuiver materiële fout te detecteren, wat, het weze herhaald, de verzoekende partij zelf niet heeft gedaan bij de redactie van haar meetstaat, doet evenmin de beoordeling van de verwerende partij als onwettig aanmerken.

De – zoals de verzoekende partij voorstelt – gecorrigeerde eenheidsprijs van post 164 verschilt substantieel van haar eenheidsprijs voor post 82, en dit als enige inschrijver. De verzoekende partij toont niet aan dat de redenen hiervoor die zij aanhaalt, aan de verwerende partij bij de beoordeling van de offerte bekend waren.

5.2.8. Ten slotte mag hier nog worden opgemerkt dat, zelfs al mocht worden aangenomen dat de verwerende partij een materiële fout diende te hebben ontwaard bij de post 164 van de meetstaat van de verzoekende partij, wat de verzoekende partij niet aantoont, de verbetering ervan zoals de verzoekende partij voorstelt namelijk door de komma een cijfer naar rechts op te schuiven, allerminst voor de hand ligt gelet op wat sub 5.2.7 is vastgesteld, namelijk de verschillende eenheidsprijzen die de verzoekende partij hoe dan ook heeft gehanteerd bij de posten 164 en 82.

In die zin lijkt de verzoekende partij eventueel zelfs geen belang te hebben bij haar kritiek.

5.2.9. Op de vraag van de verzoekende partij, geformuleerd in brieven van 11 oktober 2018 en 22 oktober 2018 tot aanvulling van het administratief dossier met stukken betreffende de uitvoering van de opdracht en tot verdaging van de behandeling van de zaak, wordt niet ingegaan.

Deze stukken zijn niet nodig gebleken voor de beoordeling van de zaak.

5.2.10. Het middel wordt verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verworpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 23 november 2018, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Dierk Verbiest