

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 249.339 van 28 december 2020

in de zaak A. 232.345/XII-8995

In zake: de NV VERKEER SIGNALISATIE & ELEKTRONIKA (VSE)
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
advocaat Kris Wauters
kantoor houdend te 1170 Brussel
Terhulpsessesteenweg 187
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 30 november 2020, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:

- “- de beslissing van 10 november 2020 van AWV [...] waarbij de offerte van VSE voor perceel 5 - West-Vlaanderen - van de opdracht voor leveren, plaatsen, uitbreiden en vernieuwen van wegverlichting, inwendig verlichte signalisatie en voedingsinstallaties langs gewest- en autosnelwegen in Vlaanderen[...] (bijzonder bestek VWT/CEW/2020/008), als substantieel onregelmatig wordt geweerd;
- de impliciete beslissing van 10 november 2020 van AWV [...] om de opdracht voor ‘perceel 5 - West-Vlaanderen van de opdracht voor leveren, plaatsen, uitbreiden en vernieuwen van wegverlichting, inwendig verlichte signalisatie en voedingsinstallaties langs gewest- en autosnelwegen in Vlaanderen’ (bijzonder bestek VWT/CEW/2020/008) niet aan VSE te gunnen;
- de beslissing van 10 november 2020 van AWV [...] om de opdracht

voor ‘perceel 5 - West-Vlaanderen van de opdracht voor leveren, plaatsen, uitbreiden en vernieuwen van wegverlichting, inwendig verlichte signalisatie en voedingsinstallaties langs gewest- en autosnelwegen in Vlaanderen’ (bijzonder bestek VWT/CEW/2020/008) niet te gunnen;

- de beslissing van ongekennde datum van AWW, houdende goedkeuring van een nieuwe openbare procedure en de daarbij horende opdrachtdocumenten, waaronder het bestek en de samenvattende meetstaat, voor de opdracht [...]Leveren, plaatsen, uitbreiden en vernieuwen van wegverlichting, inwendig verlichte signalisatie en voedingsinstallaties langs gewest- en autosnelwegen in West-Vlaanderen (bijzonder bestek VWT/CEW/2020/028), bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 12.11.2020.”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 15 december 2020, om 10.15 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Rika Heijse, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaten Kris Wauters en Tess Van Gaal, die verschijnen 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. Het agentschap Wegen en Verkeer schrijft in naam van en voor rekening van de verwerende partij een overheidsopdracht uit voor werken met als voorwerp “Leveren, plaatsen, uitbreiden en vernieuwen van wegverlichting, inwendig verlichte signalisatie en voedingsinstallaties langs gewest- en autosnelwegen in Vlaanderen”.

De opdracht is opgedeeld in vijf percelen, één per provincie in het Vlaamse Gewest. De voorliggende vordering heeft betrekking op perceel 5: provincie West-Vlaanderen.

3.2. De opdracht is initieel bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 30 juni 2020.

3.3. De opdracht wordt gegund met een openbare procedure met de prijs als enig gunningscriterium.

3.4. Het bestek met referte VWT-CEW2020-008 is van toepassing.

De post 383 van de samenvattende opmeting onder 4 “Installaties voor verlichting van wegen”, 4.1 “Leveren van steunen voor verlichting en toebehore[n]” betreft het “Leveren en aanbrengen/monteren van een arm met een ronde doorsnede en een armlengte tot 7,5m op de paalschacht voor punctuele verlichting, gerekend per m lengte van de arm”. De eenheid is uitgedrukt in meter. Als vermoedelijke hoeveelheid wordt 20 vermeld.

3.5. De opening van de offertes vindt plaats op 3 september 2020. Alleen de verzoekende partij dient een offerte in voor perceel 5.

3.6. Op 23 september 2020 wordt door de verwerende partij een “prijsverduidelijking” gevraagd voor de posten 157, 243, 383, 531 en 544 “Overeenkomstig artikel 35 van het Koninklijk Besluit van 18 april 2017 betreffende de plaatsing van overheidsopdrachten in de klassieke sectoren”.

3.7. Op 6 oktober 2020 ontvangt de verwerende partij de prijsverantwoording van de verzoekende partij. Deze legt het stuk als vertrouwelijk neer maar licht zelf die vertrouwelijkheid door daaruit te citeren in het inleidend verzoekschrift. In dat stuk deelt zij als “[b]ijkomende verantwoording” inzake de post 383 mee dat zij “[n]a nazicht [...] helaas [heeft] vastgesteld dat er een (louter) materiële fout begaan werd bij het berekenen van de prijs van deze post”.

Zij licht deze als volgt toe:

“Immers werd er voor het berekenen van deze post rekening gehouden met een prijs per stuk, in plaats van een prijs per m lengte van de arm. Deze vergissing [...] is te wijten aan het feit dat we, bij de voorbereiding van de prijzen van deze offerte, ons gedeeltelijk hebben geïnspireerd op de berekeningen die we destijds in juni 2020 hebben toegepast bij een andere opdracht van het Agentschap Wegen en Verkeer, te weten het bestek VWT/WU/2020/007. Hierbij werd er door onze diensten evenwel niet opgemerkt dat de eenheid van deze post inmiddels anders diende te worden uitgerekend.

Aldus zouden we u bij deze willen verzoeken om over te gaan tot de verbetering van onze post 383, op basis van artikel 34 van het KB plaatsing, door de prijs van deze post te delen door 3,5 teneinde deze om te zetten naar een prijs per meter.”

Als bijlage wordt een offerte van de leverancier bvba Arel gevoegd die armen betreft van diverse lengtes (3,5 m, 7,5 m, 3,7 m) met blijkbaar ook andere prijzen al naargelang het 5 of 10 stuks betreft.

3.8. Het gunningsverslag van 5 november 2020 vermeldt onder punt 4.1 “Onderzoek van de regelmatigheid (art. 83 Wet 2016 en art. 76 KB Plaatsing 2017)”, 4.1.1 “Aangebrachte wijzigingen”:

“PERCEEL 5

Er werden geen wijzigingen en/of verbeteringen voorgesteld of aangebracht”.

Onder punt 4.1.3 “Geconstateerde onregelmatigheid” vermeldt het gunningsverslag:

“Er werd nagegaan of de offertes van de inschrijvers substantieel of niet substantieel onregelmatig zijn in de zin van art. 83 Wet 2016 en art. 76§1, vierde lid KB Plaatsing 2017, zoals gespecificeerd in de opdrachtdocumenten VWT/CEW/2020/008.

PERCEEL 5

Voor de inschrijver werd er geen onregelmatigheid in de zin van art. 83 Wet 2016 en art. 76§1, vierde lid KB Plaatsing 2017 vastgesteld.”

Onder punt 4.1.6 “Prijs- of kostenonderzoek” bepaalt het gunningsverslag:

“4.1.6.1 Raming

PERCEEL 5

De opdracht werd aanvankelijk geraamd op (raming): 1.998.562,70 euro excl. BTW – 2.418.260,87 euro incl. BTW. Na wijzigingsberichten met aanpassing van de raming, komen deze bedragen op: 2.299.337,61 euro excl. BTW – 2.782.198,63 euro incl. BTW. Deze laatste bedragen worden gehanteerd voor de verdere beoordeling.

4.1.6.2 Overzicht van de inschrijvingsprijzen

PERCEEL 5

Offerte:	Inschrijvingsbedrag [euro]:	Afwijking t.o.v. raming:	Afwijking t.o.v. gemiddelde:
Raming	2.782.198,63		
NV Verkeer Signalisatie & Elektronika	2.556.394,35	-8,12%	0%

Het rekenkundig gemiddelde bedraagt: 2.556.394,35 incl. euro incl. BTW

4.1.6.3 Onderzoek van de prijzen

Noot vooraf: wanneer in onderstaande hoofdstuk verwezen wordt naar de gemiddelde inschrijvingsprijs dient dit te worden geïnterpreteerd als zijnde het gemiddelde van de unieke inschrijvers over alle verschillende percelen heen.

PERCEEL 5

NV Verkeer Signalisatie & Elektronika:

De inschrijver NV Verkeer Signalisatie & Elektronika schrijft in met een totale prijs die 8,12% onder de raming ligt.

Wanneer op hoofdstukniveau gekeken wordt, is er op te merken dat er in geen enkele van de hoofdstukken een relatief grote afwijking t.o.v. de raming vast te stellen is. De aanbesteder gaat dan ook direct over tot [...] een algemene analyse van alle posten. Gelet op het grote aantal posten in de inschrijving (576), werd bij de selectie van de te onderzoeken posten

rekening gehouden met het aandeel van de betreffende post t.o.v. de totale inschrijvingsprijs: voor posten met een belangrijk aandeel werd een kleinere afwijking gehanteerd dan voor posten die een kleiner aandeel van de inschrijvingsprijs uitmaken. Op die manier wordt er voor 17 posten vastgesteld dat er grote afwijking t.o.v. de raming is. Voor 12 van deze posten dient echter te worden vastgesteld dat, hoewel die afwijking t.o.v. de raming aanzienlijk is, de afwijking t.o.v. de gemiddelde inschrijvingsprijs zeer beperkt is. De aanbesteder gaat er dan ook van uit dat de raming verkeerd werd ingeschat.

Voor de resterende 5 posten, m.n. de posten 157, 243, 383, 531 en 544 werd op 18/9/2020 een prijsverduidelijking opgevraagd.

Op 6/10/2020 ontving de aanbesteder de prijsverduidelijking voor de betreffende posten van de inschrijver.

De prijzen worden gedetailleerd toegelicht. Als algemene bemerking wordt aangegeven dat de inschrijver hun prijzen gebaseerd heeft op de ervaringen die ze opgedaan hebben in gelijkaardige opdrachten die ze in het verleden voor het AWV hebben uitgevoerd.

De prijs voor de werken beschreven in post 157 wordt verduidelijkt door het opsplitsen van de werken in de resp. uit te voeren stappen. Hieruit blijkt dat de inschrijver de werken duidelijk begrepen heeft. Vervolgens wordt voor de volledige werken een inschatting van de werkuren opgegeven en wordt deze vervolgens vermenigvuldigd met de eenheidsprijs voor een technieker. De kostprijs van de werkuren ligt binnen aanvaardbare marges (mediaan) en ook de inschatting van het aantal werkuren is aanvaardbaar. De voorgestelde prijs wordt bijgevolg aanvaard. De prijsopbouw voor de post 243 wordt verduidelijkt aan de hand van de opsplitsing van de post in een deel leveringen en een deel werken. Het deel leveringen wordt gestaafd aan de hand van offertes van de resp. leveranciers, het deel werken wordt gestaafd door de eenheidsprijs van arbeiders en techniekers te vermenigvuldigen met een inschatting van het aantal werkuren nodig voor het uitvoeren van de betreffende werken. Ook in deze verduidelijking werd er voor het luik werken ophijsting gemaakt van de verschillende subtaken die de werken omvatten. Hieruit blijkt dat de inschrijver de werken duidelijk begrepen heeft. Het ingeschatte aantal werkuren lijkt hier voor de omvang van de werken aan de hoge kant te zijn, doch niet abnormaal. Ook de kostprijs van de werkuren ligt binnen aanvaardbare marges (mediaan). Bovendien dient te worden vastgesteld dat over alle inschrijvingen heen kan worden vastgesteld dat de inschrijvingsprijs hoger ligt als geraamd. Vermoedelijk werd het aantal werkuren voor de betreffende post verkeerd ingeschat. Bijgevolg wordt vastgesteld dat de voorgestelde eenheidsprijs weliswaar aan de hoge kant is, maar dat deze aanvaard kan worden.

De prijsopbouw voor de post 383 wordt verduidelijkt aan de hand van de opsplitsing van de post in een deel leveringen en een deel werken. Het deel leveringen wordt gestaafd aan de hand van offerte van de resp. leverancier, het deel werken wordt gestaafd door de eenheidsprijs van arbeiders en techniekers te vermenigvuldigen met een inschatting van het aantal werkuren nodig voor het uitvoeren van de betreffende werken. Uit de toelichting van de inschrijver blijkt dat deze bij de prijszetting voor deze

post echter rekening gehouden heeft met een kostprijs per stuk en niet met een kostprijs per meter. Dit betreft een substantiële onregelmatigheid waardoor de aanbestedende overheid genoodzaakt is de offerte te weren voor verder onderzoek.

De prijsopbouw voor de post 531 wordt [...] gestaafd door een offerte van de leverancier van het betreffende materiaal. Deze prijs wordt vermenigvuldigd met een coëfficiënt voor algemene kosten, dekking van de risico's en winst. De voorgestelde prijs wordt aanvaard.

De prijs voor de werken beschreven in post 544 wordt verduidelijkt door het opsplitsen van de werken in de resp. uit te voeren stappen. Hieruit blijkt dat de inschrijver de werken duidelijk begrepen heeft. Vervolgens wordt voor de volledige werken een inschatting van de werkuren opgegeven en wordt deze vervolgens vermenigvuldigd met de eenheidsprijs voor een technieker. De kostprijs van de werkuren ligt binnen aanvaardbare marges (mediaan), de inschatting van het aantal werkuren lijkt aan de hoge kant doch is aanvaardbaar. De voorgestelde prijs wordt bijgevolg aanvaard."

Het besluit inzake de regelmatigheid van de ingediende offertes onder punt 4.2 vermeldt dat voor perceel 5 de offerte van de nv Verkeer Signalisatie & Elektronika als onregelmatig wordt beschouwd.

In het algemeen besluit van het gunningsverslag wordt voorgesteld om de opdracht bijgevolg met toepassing van "art. 85 van de wet [overheidsopdrachten] 2016" stop te zetten.

3.9. Op 10 november 2020 beslist de verwerende partij "[g]elet op de motieven uit het onderzoek en de beoordeling zoals hierboven omstandig beschreven" de opdracht voor werken niet te gunnen.

Met een aangetekende brief van 13 november 2020 wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat haar offerte als onregelmatig werd beschouwd. De gemotiveerde beslissing is als bijlage gevoegd.

Hier situeren zich de eerste drie bestreden beslissingen.

3.10. Eveneens op 10 november 2020 beslist de verwerende partij tot heraanbesteding van perceel 5. In navolging van die beslissing heeft de verwerende partij het bestek met referte VWT/EW/2020/028 opgesteld voor het "Leveren, plaatsen, uitbreiden en vernieuwen van wegverlichting, inwendig verlichte

signalisatie en voedingsinstallaties langs gewest- en autosnelwegen in West-Vlaanderen”.

De nieuwe procedure wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 17 november 2020.

Dit is de vierde bestreden beslissing.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

4. De verwerende partij werpt op dat de vordering tot schorsing van de impliciete beslissing om de opdracht niet aan de verzoekende partij te gunnen, niet ontvankelijk is.

Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om deze exceptie te onderzoeken en er uitspraak over te doen. Zulks zou enkel nodig zijn indien de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

V. Schorsingsvoorwaarden

5.1. 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.

5.2. 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 beslissingen in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

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

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 beslissingen kunnen verantwoorden.

VI. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

6. De verzoekende partij voert in een enig middel de schending aan van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, van de artikelen 4 en 5, § 1, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’, van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, van de artikelen 33, 34 en 76, §§ 1 en 2, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017) en van de “beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid de formele en materiële motiveringsplicht, het gelijkheidsbeginsel, het legaliteitsbeginsel (patere legem quam ipse fecisti) en het zorgvuldigheidsbeginsel”.

Zij acht deze bepalingen en beginselen geschonden:

“Doordat de bestreden beslissingen, de offerte van verzoekster substantieel onregelmatig verklaren, de gunningsprocedure op basis van het bestek VWT-CEW2020-008 stop zetten en op basis van het bestek

VWT-CEW2020-028 een nieuwe gunningsprocedure organiseren die evenwel een identieke opdracht betreft met een identieke inhoud nu alle opdrachtdocumenten van deze nieuwe procedure inhoudelijk geen enkele wijziging bevatten ten aanzien van de opdrachtdocumenten die horen bij het bestek VWT-CEW2020-008,

Terwijl de motieven op grond waarvan de offerte van verzoekster onregelmatig wordt verklaard, (i) niet feitelijk juist zijn en niet materieel draagkrachtig zijn, (ii) geen motieven bevatten op grond waarvan er geen sprake zou kunnen zijn van een materiële vergissing in de offerte van verzoekster, en evenmin staven op grond van welke aard de offerte van VSE substantieel onregelmatig zou zijn, (iii) miskennen dat de materiële vergissing het gevolg is van een onzorgvuldigheid in hoofde van de aanbesteder zelf die inconsistent is in de gebruikte eenheden in de samenvattende meetstaat,

Zodat de beoordeling van de offerte in feite niet juist is en in rechte niet juist is, minstens de motivering om de om offerte substantieel onregelmatig te verklaren niet draagkrachtig is en de hierboven aangehaalde wetsbepalingen schendt en de gevolgbeslissingen die gesteund zijn op de onwettige beoordeling van de offerte van verzoekster eveneens onwettig zijn.”

De verzoekende partij licht toe dat de vraag om prijsverduidelijking kadert in een onderzoek naar de prijzen conform artikel 34 van het koninklijk besluit plaatsing 2017.

De verzoekende partij wijst er hierbij op dat het agentschap Wegen en Verkeer in het verleden in zijn bestekken de post voor de bevestiging van de arm op de schacht steeds heeft uitgedrukt in de eenheid “per stuk”. De prijs per stuk voor een verlichtingsarm werd ook altijd opgedeeld in twee posten: een verlichtingsarm met lengte tot 3,5 meter en een verlichtingsarm met een lengte groter dan 3,5 meter. Dit gemiddelde van 3,5 meter houdt volgens haar rekening met de praktijkervaring en het type wegprofiel waarvoor de verlichtingsarm wordt benut.

Zij benadrukt tevens dat slechts één van de 576 posten betrekking had op de verlenging van de schacht van een verlichtingspaal met een arm.

De verzoekende partij stelt zich te hebben vergist bij het invullen van de samenvattende opmeting en een stukprijs, gesteund op het gemiddelde van 3,5 meter, te hebben ingevuld en geen meterprijs.

In het kader van de vraag tot prijsverduidelijking heeft de verzoekende partij deze vergissing in eenheid vastgesteld.

Zij is van mening dat de kostprijs uitgedrukt in de eenheid “per stuk” op eenvoudige wijze kon worden omgerekend naar een kostprijs uitgedrukt “per meter”, door de stukprijs te delen door 3,5.

Zij meent voorts dat de verwerende partij zelf deels verantwoordelijk is voor deze “materiële vergissing” nu zij in alle vorige bestekken met twee posten werkte en die posten waren uitgedrukt in een stukprijs.

De gegeven prijsverduidelijking is volgens haar van die aard dat de “materiële vergissing” vaststaat, zodat de overheid de “materiële vergissing” moet corrigeren. Wanneer de overheid de toelichting inzake de “materiële fout” toch niet aanvaardbaar achtte, diende zij zulks te motiveren, hetgeen zij heeft nagelaten.

De verwerende partij heeft voorts naar aanleiding van het onderzoek van de eenheidsprijs van de verzoekende partij voor de post 383 haar offerte substantieel onregelmatig verklaard, zonder uiteen te zetten op grond van welke “aard van de offerte” de beweerde substantiële onregelmatigheid steunt. De prijsopgave per stuk in plaats van per meter beantwoordt niet aan de specifieke gevallen van substantiële onregelmatigheid bedoeld in artikel 76, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2017. Hoogstens betreft de “materiële vergissing” een niet-substantiële onregelmatigheid die evenwel niet van aard is om de mededinging te schaden.

Beoordeling

7.1. De artikelen 33, 34 en 35 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 bepalen onder meer:

“Art. 33. Na de verbetering van de offertes overeenkomstig artikel 34, gaat de aanbestedende overheid over tot het prijs- of kostenonderzoek overeenkomstig artikel 35 en, in geval van vermoeden van abnormaal hoge of lage prijzen of kosten, gaat zij over tot de in artikel 36 bedoelde prijzen- of kostenbevraging.

Art. 34. § 1. De aanbestedende overheid verbetert de offertes in functie van de door haar of een inschrijver vastgestelde rekenfouten en zuiver materiële fouten in de opdrachtdocumenten.

§ 2. De aanbestedende overheid verbetert de rekenfouten en zuiver materiële fouten in de offertes, zonder aansprakelijk te zijn voor de niet ontdekte fouten.

Ten einde de rekenfouten en de zuiver materiële fouten die door haar vastgesteld worden in de offertes te verbeteren, gaat de aanbestedende overheid de werkelijke bedoeling na van de inschrijver via een globale analyse van de offerte en door deze te vergelijken met de andere offertes en met de marktprijzen. Indien deze bedoeling, na analyse van de offerte, niet voldoende duidelijk is, kan de aanbestedende overheid de inschrijver, binnen een door haar gestelde termijn, uitnodigen om de inhoud van zijn offerte te verduidelijken zonder haar te wijzigen en te vervolledigen en dit zonder afbreuk te doen aan de mogelijkheid om te onderhandelen indien de procedure zulks toelaat.

[...].

Art. 35. De aanbestedende overheid onderwerpt de ingediende offertes aan een prijs-of kostenonderzoek. Daartoe kan de aanbestedende overheid ook, overeenkomstig artikel 84, tweede lid, van de wet, de inschrijvers verzoeken alle nodige inlichtingen te verstrekken.”

Artikel 76, §§ 1 en 2, van hetzelfde besluit bepaalt:

§ 1. De aanbestedende overheid gaat na of de offertes regelmatig zijn.

De offerte kan substantieel of niet substantieel onregelmatig zijn.

Een offerte is substantieel onregelmatig wanneer ze van aard is de inschrijver een discriminerend voordeel te bieden, tot concurrentievervalsing te leiden, de beoordeling van de offerte van de inschrijver of de vergelijking ervan met de andere offertes te verhinderen, of de verbintenis van de inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onbestaande, onvolledig of onzeker te maken.

De volgende onregelmatigheden worden met name als substantieel beschouwd :

1° de niet-naleving van het milieu-, sociaal of arbeidsrecht, voor zover deze niet-naleving strafrechtelijk gesanctioneerd wordt;

2° de niet-naleving van de vereisten bedoeld in de artikelen 38, 42, 43, § 1, 44, 48, § 2, eerste lid, 54, § 2, 55, 83 en 92 van dit besluit en in artikel 14 van de wet, voor zover zij verplichtingen bevatten ten aanzien van de inschrijvers;

3° de niet-naleving van de minimale eisen en de vereisten die als substantieel worden aangemerkt in de opdrachtdocumenten.

§ 2. De offerte die slechts een of meer niet-substantiële onregelmatigheden bevat die, zelfs gecumuleerd of gecombineerd, niet de in paragraaf 1, derde lid, bedoelde gevolgen teweeg brengen, wordt niet nietig verklaard.”

7.2. Het middel lijkt twee onderdelen te bevatten. Een eerste onderdeel betreft de correctie van zuiver materiële fouten, een tweede onderdeel de detectie van substantiële onregelmatigheden.

8.1. Wat het eerste onderdeel betreft, lijkt de verzoekende partij ervan uit te gaan dat de vraag om “prijsverduidelijking” kadert in het rekenkundig nazicht van de offerte overeenkomstig het hierboven aangehaald artikel 34 van het koninklijk besluit plaatsing 2017.

Dit uitgangspunt vooronderstelt op het eerste gezicht dat de aanbestedende overheid een rekenfout of zuiver materiële fout heeft vastgesteld maar de werkelijke bedoeling van de inschrijver niet voldoende duidelijk heeft geacht.

De inhoud van de bestreden beslissing lijkt een dergelijke invalshoek echter niet te ondersteunen.

Er lijkt immers te moeten worden vastgesteld dat de vraag om “prijsverduidelijking” zich situeert binnen het prijsonderzoek overeenkomstig het eveneens hierboven aangehaalde artikel 35 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, waarnaar in de bevraging van 23 september 2020 overigens wordt verwezen en niet in het rekenkundig nazicht, dat krachtens artikel 33 van hetzelfde besluit voorafgaat aan het prijsonderzoek.

Het gunningsverslag van 5 november 2020 vermeldt aldus onder punt 4.1 “Onderzoek van de regelmatigheid (art. 83 Wet 2016 en art. 76 KB Plaatsing 2017)” dat er geen wijzigingen of verbeteringen voorgesteld of aangebracht werden. Voor het eerst onder punt 4.1.6 “Prijs- of kostenonderzoek” wordt de vraag om “prijsverduidelijking” te berde gebracht en de toelichting bij de litigieuze post 383 nader beoordeeld.

De opmaak van het gunningsverslag doet er aldus niet van blijken dat de aanbestedende overheid een rekenfout of een zuiver materiële fout zou hebben gedetecteerd of vermoed in het kader waarvan zij de verzoekende partij om verduidelijking zou hebben verzocht overeenkomstig het voormelde artikel 34. Anders dan de verzoekende partij dat lijkt te zien, blijkt uit de integrale lezing van het punt 4.1.6 “Prijs- of kostenonderzoek” van het gunningsverslag dat de verwerende partij onder meer voor de eenheidsprijs opgegeven voor de post 383 een aanzienlijke afwijking van de raming had vastgesteld. De vraag om “prijsverduidelijking” van 23 september 2020 lijkt zich dan ook te situeren binnen het in het voormelde artikel 35 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 bedoelde prijsonderzoek.

Ten onrechte lijkt de verzoekende partij derhalve de gevolgen die de aanbestedende overheid hecht aan de toelichting van 6 oktober 2020 van de verzoekende partij te betrekken op het lot van de beweerde zuiver materiële fout.

In die context lijkt het dan zeker niet verplicht voor de aanbestedende overheid om formeel te motiveren waarom zij zou hebben geoordeeld – alvast volgens de verzoekende partij – dat van een zuiver materiële fout geen sprake was.

8.2. In zoverre de verzoekende partij de vraag om “prijsverduidelijking” van 23 september 2020 zou aanwenden als bewijs dat de aanbestedende overheid de beweerde zuiver materiële fout wel degelijk had opgemerkt of had moeten opmerken, kan zij niet worden bijgevalen.

Met het begrip “zuiver materiële fout” is een verschrijving of vergissing bedoeld, begaan bij de materiële verrichtingen die gepaard gaan met het opstellen van een offerte zoals uitschrijven, invullen en overbrengen van cijfergegevens. Het betreft dus fouten waaromtrent nauwelijks discussie is.

Daarnaast houdt de verbetering van een ontdekte materiële fout een essentiële wijziging van de offerte in, te dezen van de prijs. Het begrip zuiver materiële fout vereist dan ook een strikte interpretatie.

Ten slotte moet worden benadrukt dat bij het antwoord op de vraag of er sprake is van een rekenfout of zuiver materiële fout in de zin van het voormelde artikel 34 de aanbestedende overheid een beoordelingsruimte heeft om uit te maken of er in het licht van de omstandigheden sprake is van een zuiver 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.

Op het eerste gezicht lijkt het niet zo, doordat de verwerende partij in vorige bestekken met posten werkte die waren uitgedrukt in een stukprijs, dat de overheid thans de perken van de zorgvuldigheid en redelijkheid te buiten zou zijn gegaan door de door de verzoekende partij opgegeven prijs voor de post 383 niet aan te merken als een zuiver materiële fout. Nog minder kan worden ingezien waarom de verwerende partij aldus verantwoordelijk zou zijn voor die beweerde fout van de verzoekende partij, die in de eerste plaats zelf verantwoordelijk is om haar offerte correct op te stellen en dus voor de door haar gemaakte fouten.

In het licht van de offerte van de leverancier gevoegd bij de prijsverduidelijking van 6 oktober 2020 – waarmee de Raad ondanks het vertrouwelijk karakter ervan vermag rekening te houden – lijkt de door de verzoekende partij gesuggereerde en door haar als eenvoudig aangemerkte omzetting van de prijs voor de post 383 aan de hand van een deling door 3,5 overigens helemaal niet zo voor de hand liggend. Het prijsaanbod in de medegedeelde offerte van de bvba Arel is immers gedifferentieerd naar armen van verschillende lengte en afhankelijk van het aantal bestelde stukken. De bewering van de verzoekende partij, dat de herrekening geen nieuwe prijs met zich zou meebrengen, kan aldus *prima facie* niet worden bijgevalen.

De verzoekende partij maakt aldus niet aannemelijk dat de verwerende partij artikel 34 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 inzake de correctie van zuiver materiële fouten zou hebben geschonden.

9. Wat het tweede middelonderdeel betreft, lijkt de verzoekende partij evenmin aan te tonen dat de verwerende partij te dezen ten onrechte tot de substantiële onregelmatigheid en de nietigheid van haar offerte heeft besloten omdat zij bij de prijszetting voor de post 383 een kostprijs per stuk heeft opgegeven en niet een kostprijs per meter.

De prijszetting door de verzoekende partij voor de post 383 wijkt immers af van de prijszetting zoals voorgesteld in de opdrachtdocumenten. De prijs is bij uitstek een essentieel element van de offerte. Te dezen is dat zelfs *a fortiori* het geval nu de prijs het enig gunningscriterium uitmaakt.

De verzoekende partij lijkt er aan voorbij te gaan dat de aanbestedende overheid de door de verzoekende partij in de toelichting van 6 oktober 2020 gesuggereerde aanpassing van de prijs voor de post 383 niet zou mogen hanteren zonder de offerte van de verzoekende partij te wijzigen, en dan nog op onzekere grondslag wat de beoordeling ervan lijkt te kunnen belemmeren. Zulks lijkt te moeten worden afgeleid uit hetgeen hierboven is vastgesteld bij de offerte van de bvba Arel.

Het lijkt dus niet dat de aanbestedende overheid, door de betrokken afwijking van de opdrachtdocumenten te beschouwen als een substantiële onregelmatigheid, het hierboven aangehaalde artikel 76 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 zou hebben geschonden.

10. Uit het voorgaande volgt dat het enig middel niet ernstig is.

VII. Besluit

11. Het enig middel is niet ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van achtentwintig december tweeduizend twintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Dierk Verbiest