RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 250.074 van 11 maart 2021
in de zaak 227.816/XII-8717

In zake: de NV VMG-DE COCK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Filip Geerts
kantoor houdend te 9300 Aalst
Bauwensplein 1 bus 10
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de VLAAMSE DIENST VOOR ARBEIDSBEMIDDELING EN BEROEPSOPLEIDING (VDAB)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D'Hooghe, Ian Arnouts en Daan Willems
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 5 april 2019, strekt tot de nietigverklaring van "de beslissing van de Vlaamse Dienst voor Arbeidsbemiddeling en Beroepsopleiding van (vermoedelijk) 5 februari 2019 tot gunning, na openbare procedure, van de aanneming van werken inhoudende de renovatie van de voorbouw van een competentiecentrum alsook van de beslissing tot het niet weerhouden [lees: in aanmerking nemen] van de offerte van de [nv VMG-De Cock] als de laagst regelmatige en van de impliciete beslissing om de werken niet te gunnen aan de [nv VMG-De Cock]".

II. Verloop van de rechtspleging

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

Auditeur Thomas Maes 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 februari 2021.

Staatsraad Pierre Barra heeft de stand van de zaak uiteengezet.

Advocaat Filip Geerts, die verschijnt voor de verzoekende partij en advocaat David D'Hooghe, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Thomas Maes heeft een andersluidend 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 voor werken uit met als voorwerp de 'Renovatie voorbouw Competentiecentrum Hamme'. De plaatsingswijze is de openbare procedure met de laagste prijs als enig gunningscriterium.

De opdracht wordt aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen van 27 september 2018.

3.2. Het bestek met referentie 2018/10683 is van toepassing op deze opdracht.

3.3. Er worden acht offertes ingediend. De bvba De Tender heeft met een bod van 849.758,07 euro, btw niet inbegrepen, de laagste offerte ingediend. De verzoekende partij heeft de tweede laagste prijs met een bod van 900.000 euro, btw niet inbegrepen.

3.4. Er wordt een gunningsverslag opgesteld. Bij het nazicht van de offertes wordt er opgemerkt dat de bvba De Tender geen prijs heeft opgegeven voor post 2D.1 'lift met automatische schuifdeuren'. Hierover wordt opgemerkt:

> "De aannemer geeft aan geen prijs te hebben ontvangen aangezien er geen onderaannemer dit kon aanbieden. De overige inschrijvers hebben hier geen opmerkingen op gegeven en hebben allen een eenheidsprijs opgegeven zonder opmerkingen. De eenheidsprijs voor inschrijver De Tender wordt ingevuld, berekend volgens de officiële formule voor dergelijke gevallen."

Voor de post 13.14.12 'Paalfundering micropalen' wordt er in het gunningsverslag het volgende opgemerkt over de offerte van de bvba De Tender:

> "Er dient door de aannemer geen studie van het draagniveau van de palen berekend te worden. Deze studie wordt uitgevoerd door het studiebureau aangesteld en betaald door het opdrachtgevend bestuur en heeft dus geen invloed op de prijszetting van de aannemer en wordt deze opmerking niet weerhouden."

Na diverse verbeteringen en aanpassingen aan de offertes wordt er een eindrangschikking opgesteld met nieuwe totaalbedragen. De bvba De Tender heeft nog steeds de laagste prijs (907.973,73 euro, btw niet inbegrepen) en de verzoekende partij heeft nog steeds de tweede laagste prijs (928.772,83 euro, btw niet inbegrepen).

Er wordt voorgesteld om te gunnen aan de bvba De Tender.

3.5. Op 5 februari 2019 beslist een ‘facility manager’, verwijzend naar het gunningsverslag, om de opdracht te gunnen aan de bvba De Tender.

Dat is de eerste bestreden beslissing.

3.6. Met een aangetekende brief van 6 februari 2019 geeft de verwerende partij kennis aan de verzoekende partij van het feit dat haar offerte niet werd gekozen en dat de opdracht werd gegund aan de bvba De Tender. Met een aangetekende brief van 7 maart 2019 ondertekend door de gedelegeerd bestuurder brengt de verwerende partij de bvba De Tender ter kennis dat de opdracht aan deze laatste is gegund samen met de gunningsbeslissing.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4.1. In de memorie van antwoord betwist de verwerende partij de ontvankelijkheid van het beroep tegen de impliciete weigeringsbeslissing.

4.2. De verzoekende partij dient in dit verband aannemelijk te maken in haar middelen, dat de opdracht aan haarzelf had moeten worden gegund. Het onderzoek van de exceptie valt dan ook samen het onderzoek van de grond van de zaak.

V. Onderzoek van het enig middel

5. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 76, § 1 tot § 3, en artikel 86, § 2, van het koninklijk besluit van 18 juli 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing overheidsopdrachten 2017) in combinatie met een schending van de beginselen van behoorlijk bestuur.

Het middel bestaat uit twee onderdelen die hierna achtereenvolgens worden uiteengezet en beoordeeld.

A. Eerste middelonderdeel

Uiteenzetting van het onderdeel

6. De verzoekende partij bekritiseert het feit dat de gekozen inschrijver in zijn offerte geen prijs heeft opgegeven voor post 2D.1 ‘lift met automatische schuifdeuren’.

Zij wijst er in dat verband op dat de gekozen inschrijver bewust geen prijs heeft gegeven voor de betrokken post, zodoende heeft hij er volgens de verzoekende partij op gespeculeerd dat de prijszetting voor de liftinstallatie zou gebeuren op grond van de eenheidsprijzen van de andere inschrijvers, met als gevolg dat die prijs in ieder geval zeer concurrentieel zal zijn. De verzoekende partij betoogt dat artikel 86, § 2, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 het weliswaar in principe mogelijk maakt dat de niet-invulling als een leemte wordt beschouwd waarvoor een prijsberekening mag worden toegepast op grond van de eenheidsprijzen van de andere inschrijvers, naast de mogelijkheid om de offerte als onregelmatig te weren. Er kan echter niet naar believen en ongebreideld worden gekozen voor de optie om een leemteberekening toe te passen. Er dient rekening te worden gehouden met de concrete omstandigheden en de redenen die aan de grondslag liggen van het niet opgeven van een eenheidsprijs.

De verzoekende partij benadrukt dat de gekozen inschrijver er niet in geslaagd is om, binnen het beperkte tijdsbestek waarover de inschrijvers beschikken om hun offerte op te maken, een prijs van een onderaannemer te krijgen voor dit onderdeel van de opdracht. De gekozen inschrijver wist zelfs niet of hij, in geval de opdracht hem zou worden gegund, wel datgene zou kunnen aanbieden wat in het bestek werd vereist. Ook zal de verwerende partij de levering en plaatsing van de liftinstallatie niet kunnen afdwingen van de gekozen inschrijver, minstens is het risico op discussie en betwisting daaromtrent zeer reëel, aldus de verzoekende partij. Daarenboven ligt het risico voor dat de gekozen inschrijver bij de uitvoering een hogere prijs zal vragen voor de liftinstallatie dan de prijs die de verwerende partij ervoor heeft berekend. De verzoekende partij wijst erop dat het een belangrijke post betreft, die in haar eigen offerte 3,2 % van de totale offerteprijs vertegenwoordigt. Daarnaast gaat

het om een belangrijk technisch onderdeel van de opdracht. Door in de gegeven omstandigheden te kiezen voor de optie om de ontbrekende prijs te berekenen, en niet te kiezen voor een onregelmatigverklaring van de offerte, is de verwerende partij voorbijgegaan aan de grote risico's die verbonden zijn aan deze keuze.

Bovendien heeft de verwerende partij aldus de verzoekende partij over het hoofd gezien dat de keuze voor de eigen prijsberekening een schending van de gelijkheid van de inschrijvers vormt. De inschrijvers beschikken slechts over een beperkte periode waarbinnen zij hun offerte dienen op te maken en waarbinnen zij dus alle nodige prijzen van onderaannemers en leveranciers dienen te krijgen. De gekozen inschrijver is daar voor een belangrijk onderdeel van de opdracht niet in geslaagd, de andere inschrijvers wel. Doordat geen gevolgen werden verbonden aan het feit dat de gekozen inschrijver er niet in geslaagd was om voor alle posten een prijs te krijgen, werd hij bevoordeeld ten opzichte van de andere inschrijvers.

Ten slotte wordt, door het niet-invullen van een eenheidsprijs voor de liftinstallatie, het risico inzake prijszetting in hoofde van de gekozen inschrijver volledig weggenomen. Niet alleen wordt op deze manier een zeer concurrentiële prijs berekend, bovendien vermijdt de gekozen inschrijver dat hij een eenheidsprijs zou opgeven die een (heel stuk) hoger ligt dan de eenheidsprijzen die door de andere inschrijvers worden opgeven, waardoor zijn offerte niet als voordeligste uit de bus zou komen.

Verwijzend naar artikel 76 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 is er dus volgens de verzoekende partij zowel sprake van een discriminerend voordeel dat tot concurrentievervalsing kan leiden als sprake van de onmogelijkheid om de offerte van de gekozen inschrijver te vergelijken met de andere offertes. Een en ander is ook van aard om de verbintenis van de gekozen inschrijver om (een deel van) de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onbestaande, onvolledig of onzeker te maken. Aldus is er sprake van een substantiële onregelmatigheid van zijn offerte.

De door de verwerende partij toegepaste werkwijze toelaten, zou volgens de verzoekende partij betekenen dat iedere inschrijver voortaan

bewust en met opzet kan nalaten om een eenheidsprijs op te geven voor een belangrijk onderdeel van de opdracht, wanneer hij er niet meteen een prijs kan voor krijgen, wanneer hij meent dat het gevraagde niet kan worden geleverd of wanneer hij vreest dat een eigen prijsopgave nefast zou kunnen zijn voor de rangschikking van zijn offerte.

7. In haar memorie van wederantwoord betoogt de verzoekende partij dat de verwerende partij geen totale vrijheid heeft om te beslissen welk gevolg wordt gegeven aan een offerte waarin een prijs ontbreekt voor een (belangrijke) post. Er kunnen bepaalde omstandigheden of redenen zijn waarin of waarom een wering van de offerte zich opdringt. Een aanbestedende overheid zal, in het licht van de concrete omstandigheden, dienen te verklaren waarom zij voor een leemteberekening heeft gekozen in plaats van de offerte te weren. Te dezen waren de omstandigheden van die aard dat een wering van de offerte van de gekozen inschrijver zich opdrong, onder meer gelet op het feit dat deze wetens en willens – dit door eigen nalatigheid of onvermogen – geen prijs had opgegeven voor de liftinstallatie, terwijl het bovendien om een belangrijke post ging die een substantieel aandeel had in de totaliteit van de opdracht.

Waar de verwerende partij doet gelden dat de gekozen inschrijver in zijn offerte toelichting heeft gegeven bij het niet-opgeven van een prijs voor post 2D.1, vraagt de verzoekende partij om inzage in die offerte om dat zelf te controleren. Daarnaast merkt de verzoekende partij op dat er reden is om eraan te twijfelen of de door de verwerende partij geciteerde toelichting van de gekozen inschrijver werkelijk deel uitmaakte van de offerte zoals die werd ingediend en of deze toelichting niet naderhand werd toegevoegd.

Daarnaast laat de verzoekende partij gelden dat de gekozen inschrijver vooraf een opmerking had moeten maken conform artikel 81 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 en niet zomaar een toelichting in zijn offerte had mogen opnemen.

De verzoekende partij meent ook dat de bewering van de gekozen inschrijver dat hij onmogelijk een leverancier kon vinden, niet wordt aangetoond. De bewering van de gekozen inschrijver liet hoe dan ook niet toe om

zijn offerte als geldig te aanvaarden. Het stond immers bij de gunning niet vast dat de gekozen inschrijver de opdracht volledig en bestekconform zou kunnen uitvoeren. Bovendien heeft de gekozen inschrijver door geen prijs te geven het onderzoek naar abnormale prijzen omzeild.

Voorts, anders dan de verwerende partij het ziet, is, volgens de verzoekende partij, de reden waarom geen prijs wordt gegeven wel degelijk van belang. Wanneer een inschrijver bewust geen prijs opgeeft voor een bepaalde post omdat hij naar eigen zeggen geen leverancier of onderaannemer heeft gevonden, die de post conform de bestekbepalingen kan uitvoeren, moet de aanbestedende overheid kiezen voor het weren van de offerte eerder dan een puur kunstmatige eenheidsprijs te berekenen. De verwerende partij had geen enkele garantie dat de gekozen inschrijver er in zou slagen om een onderaannemer te vinden die de post in kwestie zou kunnen en willen uitvoeren tegen een prijs die lager lag dan de opgelegde prijs. De voorliggende situatie is te onderscheiden van de situatie waarin een inschrijver voor een bepaalde post vergeten is om een prijs op te geven. De gekozen inschrijver heeft immers zelf reeds aangegeven dat de uitvoering van de opdracht, indien deze aan hem zou worden gegund, problematisch zou zijn.

Ten slotte doet de verzoekende partij nog gelden dat het bewust niet-invullen van de prijs de gekozen inschrijver in een voordeligere positie plaatste en een schending van de gelijkheid van de inschrijvers vormde. De verzoekende partij benadrukt het speculatief karakter van het niet-invullen van de prijs en het feit dat daarmee het onderzoek naar abnormale prijzen wordt omzeild.

8. De verzoekende partij doet in haar laatste memorie nog gelden dat, waar het toepassen van een leemteberekening in bepaalde gevallen te verantwoorden valt en dus mag worden aanvaard, bijvoorbeeld wanneer het gaat om standaardmaterialen of een standaarduitvoering of wanneer het gaat om een post die een eerder beperkt financieel aandeel heeft of een minder belangrijke en niet complexe post behelst, dit echter niet in alle gevallen als een redelijke, verstandige en onderbouwde beslissing kan worden beschouwd.

Voorts meent zij dat de zogezegde motieven die de verwerende partij ertoe zou hebben gebracht om de offerte van de bvba De Tender toch als regelmatig te kwalificeren en om een leemteberekening toe te passen, *post factum* ontwikkeld zijn en niet blijken uit het administratief dossier.

De essentie bestaat er volgens de verzoekende partij in dat er geen zekerheid bestond of de gekozen inschrijver een bestekconforme liftinstallatie zou kunnen laten leveren en plaatsen en tegen welke kostprijs dit zou zijn. Zij meent dat de onderaannemer, of die nu achteraf wordt opgelegd door de verwerende partij of toch nog wordt gevonden door de gekozen inschrijver, in dit geval zijn eigen voorwaarden zou kunnen stellen, zowel inzake kostprijs, uitvoeringstermijn als randvoorwaarden, omdat deze zich er niet toe verbonden had om de voorgeschreven liftinstallatie te leveren en te plaatsen conform het bestek en tegen de prijs die de verwerende partij ervoor had berekend.

De verzoekende partij benadrukt ook nog dat de gekozen inschrijver te dezen expliciet erkend heeft dat hij geen onderaannemer had gevonden die kon instaan voor een bestekconforme uitvoering en daarmee dus heel duidelijk aangaf de opdracht niet volledig te kunnen uitvoeren. Dit brengt een manifeste schending van de gelijkheid van de inschrijvers met zich mee aangezien alle inschrijvers over dezelfde (vrij korte) tijdspanne beschikten om het nodige te doen om een offerte op te maken.

De verzoekende partij ziet ook de relevantie niet in van de bemerking van de verwerende partij over de prijsopgave van de betrokken post in de offertes van de andere inschrijvers. Zij maakten geen bemerking bij hun prijsopgave, voor hun offerte werd geen leemteberekening toegepast, doch hun prijzen werden gebruikt voor de leemteberekening, wat betekent dat de verwerende partij ze als aanvaardbaar en betrouwbaar aanzag.

De verzoekende partij blijft er ook bij dat de gekozen inschrijver tijdig één en ander had moeten signaleren via een opmerking indien datgene wat in het bestek was gevraagd en beschreven op de markt niet te krijgen zou zijn. Dit laatste is volgens de verzoekende partij trouwens niet het geval is en

betekent dat de gekozen inschrijver er gewoonweg niet in geslaagd was om tijdig een prijs in te winnen.

Beoordeling

9. Overeenkomstig artikel 86, § 2, eerste lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, mag de aanbestedende overheid wanneer een inschrijver voor een willekeurige post van de samenvattende opmeting of de inventaris geen prijs heeft vermeld, hetzij de offerte als onregelmatig weren, hetzij ze behouden door de leemte aan te vullen met behulp van een in die bepaling opgenomen wiskundige formule.

De verwerende partij doet gelden dat deze bepaling de aanbestedende overheid een keuzemogelijkheid laat om bij een ontbrekende prijs ofwel tot de onregelmatigheid te besluiten ofwel de leemte aan te vullen.

Hoewel het voormelde artikel 86, § 2, eerste lid, inderdaad een beoordelingsruimte laat aan de aanbestedende overheid, moet de keuze die de aanbestedende overheid maakt bij de toepassing ervan, op deugdelijke motieven steunen, zoals de verwerende partij zelf ook erkent.

In zoverre de verzoekende partij betoogt dat de verwerende partij slechts gerechtigd zou zijn om met toepassing van het voormelde artikel de leemte aan te vullen op voorwaarde dat de ontbrekende post “een eerder beperkt financieel aandeel heeft” of een minder belangrijke en niet complexe post behelst of met andere woorden dat de verwerende partij moet kiezen voor de onregelmatigverklaring indien de ontbrekende posten betrekking hebben op belangrijke of wezenlijke onderdelen van de opdracht, lijkt zij een voorwaarde toe te voegen die er niet staat. In dat verband moet worden opgemerkt dat daarentegen in het voormelde artikel zelf verwezen wordt naar “een willekeurige post” van de samenvattende opmeting of de inventaris, die bij gebrek aan prijsopgave aanleiding kan geven tot de toepassing van dat artikel.

De verzoekende partij doet in dit verband gelden: (a) dat de betrokken inschrijver door bewust geen prijs op te geven bij toepassing van de

leemteformule een discriminerend voordeel geniet ten opzichte van de overige inschrijvers die mogen worden geacht voor de betrokken post wel het werk te hebben gedaan om een gefundeerde en volgens hen concurrentiële prijs op te geven; (b) dat deze handelwijze de verbintenis van de inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onzeker maakt; (c) dat de betrokken inschrijver daarmee tegelijkertijd het onderzoek naar abnormale prijzen omzeilt.

10. In de voorliggende zaak blijkt de gekozen inschrijver in de bij zijn offerte gevoegde meetstaat geen prijs te hebben opgegeven voor de post 2D.1 'Lift met automatische schuifdeuren'.

In een bij de offerte gevoegde nota met opmerkingen geeft deze inschrijver de volgende toelichting:

> "Post 2D.1 - Lift met automatische schuifdeuren: Wij hebben verschillende lift fabrikanten aangeschreven maar hebben geen enkele offerte ontvangen die aan de gevraagde specificaties kan voldoen.
> Hieronder de firma's waar wij allemaal offertes gevraagd hebben:
> Kone – kan geen putloze lift aanbieden
> Coopman – kan geen putloze lift aanbieden
> Otis – kan geen putloze lift aanbieden
> Verolift – Grootste haalbare afmetingen lift 1300 x 1300 mm
> ZZED - Grootste haalbare afmetingen lift 1100 x 1400 mm
> Easylift – Kan geen hoekopstelling van de deuren aanbieden.
> Grunbach - Grootste haalbare afmetingen lift 1100 x 1400 mm
> MP liften - Grootste haalbare afmetingen lift 1100 x 1400 mm, Kan geen hoekopstelling van de deuren aanbieden.
> Gelieve ons door te geven met welke fabrikant jullie hebben gekozen voor de lift van dit dossier."

In het gunningsverslag wordt hierover als volgt beslist:

> "2D.1 - Lift met automatische schuifdeuren
> EH prijs ontbreekt - zie opmerking DT. De aannemer geeft aan geen prijs te hebben ontvangen aangezien er geen onderaannemer dit kon aanbieden. De overige inschrijvers hebben hier geen opmerkingen op gegeven en hebben allen een eenheidsprijs opgegeven zonder opmerkingen. De eenheidsprijs voor inschrijver De Tender wordt ingevuld, berekend volgens de officiële formule voor dergelijke gevallen."

Aldus blijkt het niet-opgeven door de gekozen inschrijver van een prijs voor post 2D.1 te dezen geen vergetelheid. Integendeel, deze inschrijver licht uitvoerig toe waarom hij geen prijs heeft opgegeven, namelijk omdat acht door hem geconsulteerde liftfabrikanten het gevraagde niet konden leveren en hij vraagt de aanbestedende overheid hem een fabrikant door te geven.

De verwerende partij heeft vervolgens op die post de eenheidsprijs toegepast met behulp van de leemteformule van artikel 86 van het koninklijk besluit plaatsing 2017.

Op te merken valt dat de verzoekende partij voor deze post een bod deed van 29.000 euro terwijl de andere inschrijvers prijzen boden die ruim hoger liggen zodat de voor de gekozen inschrijver berekende prijs merkelijk hoger is dan die van de verzoekende partij.

De verzoekende partij kan niet worden bijgevallen dat te dezen de toepassing van de leemteberekening een disproportionele aantasting van de gelijkheid tussen de inschrijvers zou inhouden en dat de verwerende partij haar beoordelingsruimte te buiten is gegaan. Niets wijst erop dat de gekozen inschrijver zich wou onttrekken aan de conforme uitvoering door geen prijs op te geven voor de betrokken post. Hij heeft integendeel, zo blijkt uit zijn offerte, effectief navraag gedaan bij acht onderaannemers. Met de verwerende partij mag worden vastgesteld dat de inschrijver wel degelijk grote moeite heeft gedaan om een prijs op te vragen, zodat de bewering van de verzoekende partij dat deze inschrijver op dit vlak een voordeel zou genieten door geen prijs op te geven terwijl de andere inschrijvers wel alles in het werk hebben gesteld om voor deze post een prijs te kunnen geven, niet kan worden gevolgd. De vraag rijst overigens of deze inschrijvers wel degelijk zich de moeite hebben getroost om zoals de gekozen inschrijver een aantal potentiële onderaannemers te hebben gecontacteerd.

De gekozen inschrijver maakte geen voorbehoud bij de kwestieuze post. De toepassing van de leemteformule leidt voorts tot een verbintenis tot conforme uitvoering tegen de daaruit resulterende prijs, zodat de verbintenis van de bvba De Tender niet minder afdwingbaar is. De risico's van

een slechte uitvoering lijken niet groter te zijn dan bij de andere inschrijvers die wel een prijs hebben opgegeven: zoals de verzoekende partij zelf erkent, kan het onderdeel 'lift' niet door de algemene aannemer, dit is de inschrijver, zelf uitgevoerd worden en dient hij daarvoor een beroep te doen op een gespecialiseerde onderaannemer. Indien de prijs hoger zou uitvallen dan de met de leemteformule berekende prijs, is dit risico trouwens volledig ten laste van de gekozen inschrijver, die zich immers verbonden heeft de opdracht uit te voeren aan de berekende prijs. Tevens is de aldus berekende prijs, niet *per se* de best mogelijke prijs en niet *a priori* steeds gunstig voor de rangschikking van de inschrijver die voor een bepaalde post geen prijs heeft gegeven. De verzoekende partij maakt bijgevolg niet aannemelijk dat de gekozen inschrijver "ontegensprekelijk" geniet van het voordeel dat aldus voor hem "een bijzonder concurrentiële prijs" zou gelden.

Voorts wordt niet aangetoond dat de toepassing van de leemteformule slechts zou zijn toegelaten in het geval van een vergetelheid bij het invullen van de inventaris en dus niet bij een moedwillig niet invullen van de prijs voor een bepaalde post. Zoals de Raad van State reeds heeft overwogen in het arrest nr. 157.257 van 31 maart 2006 inzake sa Caropose blijkt de regelgeving geen onderscheid te maken tussen een bedoeld of onbedoeld ontbreken van de prijsopgave.

Ten slotte kan de argumentatie van de verzoekende partij dat de betrokken inschrijver daarmee tegelijkertijd het onderzoek naar abnormale prijzen omzeilt, evenmin worden bijgevallen. Zij benadrukt zelf in haar laatste memorie dat de toepassing door de verwerende partij van de leemteformule te dezen betekent dat de verwerende partij de prijzen van de andere inschrijvers als aanvaardbaar en betrouwbaar aanzag en dat hun regelmatigheid evenmin ter discussie staat, zodat de daarop berekende prijs bezwaarlijk abnormaal kan zijn. Dat de gekozen inschrijver door geen prijs op te geven vermijdt een eventueel abnormaal hoge prijs te bieden, wordt in de gegeven omstandigheden niet aangetoond.

Het middelonderdeel is niet gegrond.

B. Tweede middelonderdeel

Uiteenzetting van het onderdeel/ Standpunt van de partijen

11. De verzoekende partij voert aan dat de offerte van de gekozen inschrijver in strijd is met post 13.14.12 van het bestek (paalfundering – micropalen) omdat die offerte geen prijs zou bevatten voor de opmaak van een berekeningsnota. Dat vormt volgens de verzoekende partij een schending van het gelijkheidsbeginsel en het beginsel *patere legem*. De stelling van de verwerende partij in het gunningsverslag dat er geen berekeningsnota moet worden opgemaakt door de aannemer, is immers flagrant in strijd met haar eigen bestekbepalingen. Om deze reden was de offerte van de gekozen inschrijver aangetast door een substantiële onregelmatigheid. De offerte van de gekozen inschrijver bevatte kennelijk niet voor alle te maken kosten een prijs en was als zodanig niet vergelijkbaar met de offertes van de andere inschrijvers. De offerte van de gekozen inschrijver had ook omwille van deze onregelmatigheid moeten worden nietig verklaard.

12. In haar memorie van wederantwoord betoogt de verzoekende partij dat de verwerende partij ten onrechte de woorden ‘draagniveau’ en ‘draagvermogen’ als synoniemen hanteert. Volgens de verzoekende partij verwijst de gekozen inschrijver met het woord ‘draagniveau’ in zijn offerte eigenlijk naar de term ‘aanzetniveau’, wat betrekking heeft op de nodige paallengte. Als de gekozen inschrijver niet wist hoe lang de palen dienden te zijn, dan kon zij evident geen correcte prijs berekenen. De gekozen inschrijver heeft aldus slechts een willekeurige *pro forma* prijs opgegeven aangezien er voor de paalfundering een prijs per paal werd gevraagd en niet per lopende meter, zodat de lengte van de palen cruciaal is. Uit de opmerking van de gekozen inschrijver blijkt duidelijk dat hij de berekening van de paallengte niet heeft gemaakt en de berekeningsnota dus niet werd opgesteld. Kortom, niet alleen heeft de gekozen inschrijver een prijs opgegeven voor een niet nader bepaalde paalfundering, zonder te weten aan welke vereisten die palen moeten voldoen, bovendien heeft hij expliciet erkend dat de kostprijs voor de berekening die in het bestek ten laste was gelegd van de aannemer niet was inbegrepen in zijn prijsopgave.

Zelfs gesteld dat niet alle informatie nodig om een juiste prijs voor de paalfundering te berekenen door de aanbestedende overheid zou zijn meegedeeld, dan had de gekozen inschrijver dit ingevolge artikel 81 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 vooraf en tijdig moeten melden aan de verwerende partij. De gekozen inschrijver heeft dat niet gedaan maar heeft er voor gekozen om lukraak een prijs op te geven en om daarnaast een opmerking op te nemen in zijn offerte die er op neerkomt dat de prijs die hij voor de paalfundering heeft opgegeven eigenlijk willekeurig is en nog geen betrekking heeft op wat uiteindelijk zal moeten worden uitgevoerd. Op die manier heeft de gekozen inschrijver voor zichzelf een voorbehoud ingebouwd. De verwerende partij heeft de offerte van de gekozen inschrijver aanvaard, inclusief de opmerking in kwestie, zodat zij wist dat de prijs die de gekozen inschrijver voor de funderingspalen had opgegeven eigenlijk slechts een *pro forma* prijs was. Dit betekent dat de gekozen inschrijver bij uitvoering van de funderingspalen een aangepaste prijs zal kunnen aanrekenen. Daarbij komt dat de gekozen inschrijver ook de kosten die gemaakt moesten worden voor de opmaak van de nodige berekeningen, nog zal kunnen aanrekenen bovenop de door hem opgegeven totaalprijs. Op die manier zijn de offertes niet vergelijkbaar. Gelet op deze voorbehouden en de onvergelijkbaarheid van de offertes, was de offerte van de gekozen inschrijver volgens de verzoekende partij aangetast door een substantiële onregelmatigheid.

Daarnaast wijst de verzoekende partij erop dat de stelling van de verwerende partij gesteund op het ‘draagvermogen’ hoe dan ook foutief is. Het vereiste draagvermogen van 25 ton werd immers wel degelijk opgegeven in een addendum bij het bestek. De gekozen inschrijver heeft dit addendum blijkbaar over het hoofd gezien net zoals de verwerende partij het nu (al dan niet met opzet) over het hoofd ziet.

13. In haar laatste memorie herhaalt de verzoekende partij dat voor de paalfundering de opgave van een prijs per paal werd gevraagd, en geen prijs per lopende of kubieke meter, hetgeen betekent dat de inschrijver, om een correcte prijs te berekenen, eerst dient na te gaan hoe lang en breed de palen moeten zijn en welke wapening er nodig is. Nu de gekozen inschrijver zelf heeft bevestigd dat hij het draagniveau (draagvermogen) niet kende, betekent dit dat hij

niet wist aan welke kenmerken de palen moesten voldoen en was het dus voor hem sowieso niet mogelijk om voor deze post een normale, marktconforme prijs te berekenen.

Volgens de verzoekende partij betekent dit dat de gekozen inschrijver op die manier eigenlijk een voorbehoud inbouwt, aangezien hij bij de uitvoering van de opdracht zou kunnen opwerpen dat hij in de offerte geen aangepaste en bindende prijs kon opgeven omdat daartoe de nodige gegevens ontbraken, hetgeen hij in de offerte gesignaleerd had. Tevens betekent dit volgens haar dat de offertes niet vergelijkbaar waren, nu de andere inschrijvers prijs hadden opgegeven voor datgene wat daadwerkelijk moest worden uitgevoerd, terwijl de gekozen inschrijver geen prijs had opgegeven voor de uit te voeren paalfundering, doch wel een willekeurige prijs.

Beoordeling

14. De gekozen inschrijver blijkt in een bij zijn offerte gevoegde nota met opmerkingen de volgende toelichting te hebben gegeven bij zijn prijs voor post 13.14.12 ‘paalfundering - micropalen - realisatie palen’:

> “Post 13.14.12 - paalfundering - micropalen - realisatie palen: Geen draagniveau opgegeven aan welke de palen moeten voldoen. Studie voor deze draagniveau te berekenen is niet voorzien in de prijs.”

In het gunningsverslag wordt daarover als volgt beslist:

> “Er dient door de aannemer geen studie van het draagniveau van de palen berekend te worden. Deze studie wordt uitgevoerd door het studiebureau aangesteld en betaald door het opdrachtgevend bestuur en heeft dus geen invloed op de prijszetting van de aannemer en wordt deze opmerking niet weerhouden.”

De technische bepalingen van het bestek vermelden onder titel 13.10 ‘Paalfundering - algemeen’ het volgende:

> “De paalfunderingen worden uitgevoerd overeenkomstig de richtlijnen van het bestek en het palenplan, zoals die opgemaakt zijn door de stabiliteitsingenieur. Het palenplan bevat de vermelding van:
> de voornaamste eigenschappen van de palen (draagvermogen, eventueel diameter, lengte, ...) de plaats, de eventuele helling en de nummering van de palen
> de afkappingsniveau’s
> De aannemer legt, voor de uitvoering van de paalfundering, een berekeningsnota voor aan de stabiliteitsingenieur ter goedkeuring. Deze nota is opgemaakt door de onderaannemer, aangesteld voor het uitvoeren van de palen, en ondertekend door een ingenieur. De berekeningen in deze nota zullen zich baseren op de gegevens uit het diepsonderingsverslag dat ten laste van de bouwheer is opgemaakt. De berekeningen gebeuren volgens Eurocode 7 (NBN EN 1997) en leveren de benodigde paallengte, diameter en bewapening. De aannemer draagt er de volledige verantwoordelijkheid voor dat het door de ingenieur opgelegde draagvermogen van de palen gehaald wordt.”

De technische bepalingen van het bestek vermelden onder de beschrijving van post 13.14.12 ‘uitvoering’ onder meer het volgende:

> “De aanzetdiepte wordt bepaald door het vereiste draagvermogen.
> Het draagvermogen is conform het palenplan, zoals opgesteld door de ingenieur.”

In een rechtzettingsbericht bij het bestek, gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen van 30 oktober 2018, wordt nog het volgende vermeld:

> “13.14. paalfundering - micropalen
> nuttige draagvermogen (GGT) = 25 ton”.

15. Overeenkomstig de voormelde technische besteksbepaling 13.10 dient de aannemer bij de uitvoering van de paalfundering een berekeningsnota aan de stabiliteitsingenieur ter goedkeuring voor te leggen, die gesteund moet zijn op het palenplan, zoals dat zal worden opgemaakt door de stabiliteitsingenieur en waarin onder andere het door de ingenieur opgelegde draagvermogen van de palen zal worden vermeld. De verzoekende partij doet in dit middelonderdeel zoals ontwikkeld in het verzoekschrift gelden dat de gekozen inschrijver in zijn offerte geen prijs zou hebben opgegeven voor die

berekeningsnota, waarbij zij zich steunt op de hiervoor aangehaalde opmerking van de gekozen inschrijver bij post 13.14.12 en de repliek daarop in het gunningsverslag.

In die voormelde opmerking van de gekozen inschrijver bij post 13.14.12, noch in het gunningsverslag, wordt echter gesproken over een berekeningsnota maar enkel over de "studie" van het "draagniveau aan welke de palen moeten voldoen", waarmee naar mag worden aangenomen het palenplan is bedoeld, nu volgens het voormelde artikel 13.10 van het bestek onder meer het draagvermogen wordt vermeld in dat palenplan, dat ten laste van de bouwheer wordt opgemaakt door de stabiliteitsingenieur.

De verzoekende partij toont aldus niet aan dat de verwerende partij deze opmerking niet mocht verwerpen als niet-relevant. Immers, de studie van het draagniveau van de palen zal door het studiebureau worden uitgevoerd.

16. De repliek in de memorie van wederantwoord, met een minder toegankelijke toelichting over het onderscheid tussen het begrip 'draagniveau', de term die de gekozen inschrijver gebruikte en waarmee hij volgens de verzoekende partij eigenlijk "aanzetniveau" zou hebben bedoeld, en het begrip 'draagvermogen', leidt niet tot een ander besluit. Trouwens het "aanzetniveau" of de aanzetdiepte wordt, zoals vermeld in de beschrijving van post 13.14.12, bepaald door het vereiste draagvermogen, dat, zoals reeds opgemerkt, zal worden bepaald in het door de ingenieur op te stellen palenplan.

Voorts breidt de verzoekende partij haar middel hier substantieel uit. In haar verzoekschrift kloeg de verzoekende partij aan dat de gekozen inschrijver blijkbaar de kost van de berekeningsnota niet in zijn prijs had opgenomen. Hiervóór werd deze kritiek verworpen bij gebrek aan feitelijke grondslag.

In haar memorie van wederantwoord merkt de verzoekende partij evenwel op dat de gekozen inschrijver geen prijs heeft kunnen geven voor de paalfundering omdat zij de berekeningsnota niet heeft opgesteld. Deze klacht is een kritiek die kon worden ontwikkeld in het inleidend verzoekschrift, wat de

verzoekende partij heeft nagelaten te doen. Aangezien de kritiek niet tijdig in het debat is gebracht, dient te worden verworpen als niet-tijdig.

Overigens mag hier worden opgemerkt dat volgens de technische bepalingen vermeld in het bestek onder de titel 13.10 ‘Paalfundering – algemeen’ het opstellen van de berekeningsnota plaatsgrijpt tijdens de uitvoeringsfase zodat ook bij deze kritiek een feitelijke grondslag ontbeert.

Ten slotte kan uit zijn opmerking bij de kwestieuze post niet worden afgeleid dat de gekozen inschrijver zich wou onttrekken aan de verplichting van artikel 13.10 om bij de concrete uitvoering een berekeningsnota op te stellen en te laten goedkeuren of dat hij voor zichzelf een voorbehoud zou hebben ingebouwd om bij de uitvoering een aangepaste prijs te kunnen aanrekenen.

Het middelonderdeel is deels onontvankelijk, deels ongegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, 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 elf maart tweeduizend eenentwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Pierre Barra,	staatsraad,
Patricia De Somere,	staatsraad,

bijgestaan door

Silja Doms,	griffier.

De griffier **De voorzitter**

Silja Doms **Dierk Verbiest**