

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 250.505 van 3 mei 2021
in de zaak A. 228.124/XII-8739**

In zake : de NV BOUWBEDRIJF 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 STAD SINT NIKLAAS
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaten Willy Van der Gucht en Hilde Dhont
 kantoor houdend te 9000 Gent
 Voskenslaan 34-36
 bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 15 mei 2019, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van de stad Sint-Niklaas van 26 november 2018 tot gunning van de aanneming van werken, namelijk de interne verbouwing, uitbreiding met berging en vernieuwing van het buitenschrijnwerk van het kinderdagverblijf Driekoningen, aan de bvba PIC, van de beslissing tot het niet in aanmerking nemen van de offerte van de nv Bouwbedrijf VMG-De Cock als de laagst regelmatige offerte en van de impliciete weigeringsbeslissing om de werken te gunnen aan de nv Bouwbedrijf 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 verwerende partij heeft een verzoek tot voortzetting van het geding en een laatste memorie ingediend. De verzoekende partij heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 27 april 2021.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Filip Geerts, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Kenneth Gijssels, die *loco* advocaten Willy Van der Gucht en Hilde Dhont verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Thomas Maes 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 voor werken uit met als voorwerp “kinderdagverblijf Driekoningen: interne verbouwing, uitbreiding met berging en vernieuwen buitenschrijnwerk”.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 9 mei 2016. De gunningswijze is de open aanbesteding. Het bestek 2016/002aa is van toepassing. De opdracht wordt geraamd op 378.504,42 euro, btw inbegrepen.

3.2. Er worden vijf offertes ingediend. De verzoekende partij dient de tweede laagste offerte in voor een bedrag van 344.850,00 euro, btw inbegrepen, en de bvba PIC de laagste voor een bedrag van 342.143,77 euro, btw inbegrepen.

3.3. Bij het nazicht van de prijzen stelt de verwerende partij bij de offerte van de bvba PIC vast dat deze inschrijver voor post 86-57.10B “keukenmeubelen – algemeen – voedselberging” een eenheidsprijs biedt van 266 euro terwijl het gemiddelde van de ingediende offertes 6.404,03 euro bedraagt.

3.4. Op 16 juni 2016 vraagt de verwerende partij een prijsverantwoording aan de bvba PIC wegens een abnormaal lage eenheidsprijs voor post 86-57.10B.

3.5. De bvba PIC antwoordt met een brief van 4 juli 2016 waarbij zij een bijlage van haar onderaannemer, de nv De Ruyver, van 13 juni 2016 voegt:

“In het kader van uw vraag tot prijsverantwoording van post 86 hebben wij de prijzen van onze offerte grondig onderzocht.

Wij stellen vast dat wij een zuiver materiële fout hebben begaan. Met name hebben wij de offerteprijzen van onze onderaannemer verkeerdelijk opgesplitst op onze inschrijving zie zijn offerte in bijlage.

Wij verzoeken u vriendelijk om in toepassing van art. 96 KB Plaatsing deze materiële fout te verbeteren als volgt – zie de exacte opsplitsing en volledige prijsverantwoording hiervoor van onze onderaannemer in bijlage.

Wij hadden volgende opsplitsing toegepast (afgerond):

44.24 bekledingspanelen + regelwerk+ folie	30.682,00 €+ 10 % winst= 33.750,00 €
57.10A meubelen algemeen keuken	4.720,00 € + 10 % winst =5.192,00 €
57.10B meubelen algemeen voedselberging	242,00 + 10% winst= 265,00 €
57.10C meubelen algemeen eindcorpus	<u>840,00 € + 10% winst = 924,00 €</u>
	Totaal : 40.131,00 €

Verbeterde materiële fout (afgerond):

44.24 bekledingspanelen + regelwerk+ folie	28.506,00 € + 10 % winst= 31.357,00 €
57.10A meubelen algemeen keuken	4.975,00 € + 10 % winst = 5.472,00 €
57.10B meubelen algemeen voedselberging	2.542,00 € + 10 % winst= 2.796,00 €
57.10C meubelen algemeen eindcorpus	<u>460,00€ + 10% winst : 506,00 €</u>
	Totaal : 40.131,00 €

Als slot bevestigen wij dat al onze prijzen rekening houden en gebaseerd zijn met en op de prijzen van onze leveranciers.”

3.6. Op 12 juli 2016 vraagt de verwerende partij aan de bvba PIC een bijkomende verantwoording voor de kwestieuze post:

“De ingediende prijsverantwoording laat niet toe om te zien hoe de prijs van de posten 57.10A, 57.1[0]B en 57.10C afzonderlijk is samengesteld. Is het mogelijk om duidelijkheid te brengen hoe de opsplitsing gebeurd is van de totale prijs van 7977,00 EUR naar respectievelijk 4975,00 EUR, 2542,00 EUR en 460,00 EUR zodat duidelijk wordt hoe elk van deze posten afzonderlijk is samengesteld?

Er wordt bijzondere aandacht gevraagd voor de gedetailleerde verantwoording van de prijs van artikel 57.10 B die, na deze aanpassing, nog steeds een grote afwijking vertoont ten opzichte van de andere ingediende prijzen.”

3.7. Op 14 juli 2016 geeft de bvba PIC nadere verantwoording aan de hand van een brief van haar onderaannemer, de nv De Ruyver, van 13 juli 2016. In deze brief van 13 juli 2016 geeft deze onderaannemer voor de posten 57.10A, 57.10B en 57.10C een uiteenzetting van de prijssamenstelling.

3.8. De verwerende partij vraagt aan inschrijver de bvba PIC op 8 augustus 2016 “een verduidelijking van de bijkomende prijsverantwoording”:

“In de opgesplitste prijsverantwoording van 57.10 A, B en C valt de verhouding op tussen de kostprijs van deze verschillende artikels voor het onderdeel ‘kostprijs houtplaten HPL’. Er worden respectievelijk prijzen opgegeven van 1125, 410 en 245 euro. Deze komen overeen met respectievelijk ongeveer 63, 23 en 14% van de totaalprijs van 1780 euro. Als de benodigde oppervlakte plaatmateriaal artikels 57.10A, 57.10B en 57.10C met elkaar vergeleken worden, dan komt deze verhouding hierin helemaal niet terug.

Kan er daarom een verduidelijking gegeven worden van dit onderdeel ‘kostprijs houtplaten HPL’ voor artikels 57.10A, 57.10B en 57.10C?”

3.9. Hierop antwoordt de bvba PIC op 12 augustus 2016:

“Een correcte opsplitsing van de kostprijs HPL houtplaten is moeilijk op te maken omdat bij het aankopen en verwerken van HPL platen er geen rekening gehouden wordt met de opsplitsing keuken, voedselberging of eindcorpus en leggers. De platen worden op basis van de goedgekeurde tekeningen in een éénmalig order besteld en verwerkt.

Met deze reden hebben wij in de eerste verantwoording alles in 1 verantwoording verantwoord. Het terug ‘recupereren’ ervan is een ommekeer, de facto overbodig proces, en geeft aanleiding tot kunstmatige en dus verwrongen uitkomsten, waarvan de vergelijking met andere ‘gebaised’ is.

Wij hebben dus 1780 euro aan plaatmateriaal nodig om alles uit te voeren. In de opsplitsing hiervan hebben wij het materiaal verdeeld op basis van de kostprijs van het artikel, wat natuurlijk geen exacte weergave is van [de] prijs per artikel rekening houdend met de hierboven vermelde opmerking. Dit omdat verliezen van het plaatmateriaal van de keuken gebruikt kunnen worden bij de opdeling en fabricage van de voedselberging en corpus.”

3.10. Op 17 augustus 2016 wordt een gunningsverslag opgesteld. Hierin wordt over de problematiek van de prijsverantwoording vermeld:

“Bijkomende motivering: Er werd prijsverantwoording gevraagd aan de inschrijver PIC voor volgend artikel:

Post 86 - 57.10B : keukenmeubelen - algemeen - voedselberging.

Binnen de wettelijke termijnen werd door deze inschrijver een gedetailleerde prijsverantwoording en extra verduidelijkingen bezorgd waarbinnen zij stellen een materieële vergissing begaan te hebben in de opsplitsing van de opgegeven totaalprijs van hun onderaannemer voor 4 artikels (waaronder het artikel waarvoor verantwoording werd gevraagd). Dit wordt gestaafd door een nieuwe opsplitsing, die in een latere verduidelijking nog verder werd gedetailleerd, tussen deze 4 verschillende artikels en de detaillering van elk artikel waarbij de verschillende benodigde materialen en de kosten voor de bijhorende werkuren en winstmarges toegelicht werden. Ook de prijzen van de artikels die PM stonden beschreven in het bestek bij deze artikels werden toegelicht. Ondanks het feit dat er voor deze 4 artikels dus een aangepaste prijs werd bezorgd, blijft de globale prijs van de offerte dezelfde. Er werd nog een extra verduidelijking gevraagd en opgegeven i.v.m. de kostprijs van het plaatmateriaal waaruit blijkt dat de opsplitsing van de kostprijs van het plaatmateriaal over [artikelen] 57.10A, B en C eerder kunstmatig werd gedaan aangezien de snijverliezen van het ene meubel in het andere gebruikt kunnen worden.

Uit de combinatie van de nieuwe prijs voor artikel 57.10B, gedetailleerde prijsopgave van dit artikel en de andere artikels waarvoor de prijs is gewijzigd, en het feit dat snijverliezen van het ene meubel gebruikt kunnen worden in een ander meubel blijkt dat de offerte als regelmatig beschou[w]d mag worden. Alle opgegeven materiaal- en uitvoeringsprijzen verantwoorden afdoende de totaal opgegeven eenheidsprijzen van bovenstaand artikel.

In de prijsverantwoording werd ook een fout opgemerkt van 1 euro. Deze is aangepast omdat een verschil van 1 euro geen uitspraak doet over het al dan niet abnormaal laag zijn van [...] de prijs. Verder werd de nieuw opgegeven prijs voor artikel 44.24 op[ge]geven als een totaalprijs i.p.v. een prijs per m². De totaalprijs werd omgerekend naar een prijs per m². Deze prijs per m² werd afgerond tot op 2 cijfers na de komma waardoor de totaalprijs van de offerte 75 cent verander[t].”

Er wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de bvba PIC voor een bedrag van 342.183,80 euro, btw inbegrepen.

3.11. Op 3 oktober 2016 beslist de verwerende partij de opdracht te gunnen aan de bvba PIC.

3.12. Op 12 december 2016 stelt de verzoekende partij een beroep tot nietigverklaring in bij de Raad van State tegen de gunningsbeslissing van 3 oktober 2016. Deze zaak is bij de Raad van State gekend onder het rolnummer A. 220.930/XII-8271.

3.13. Met een arrest nr. 239.922 van 21 november 2017 vernietigt de Raad van State de gunningsbeslissing van 3 oktober 2016. De Raad oordeelde daarbij als volgt:

“Uit het verslag van nazicht en uit het verweer dient te worden afgeleid dat de verwerende partij haar beslissing inzake de regelmatigheid van de offerte van de bvba PIC in het kader van het prijsonderzoek, steunt op de aanvaarding van een materieële fout in hoofde van de bvba PIC. Deze laatste zou de offerte van haar onderaannemer, de nv De Ruyver, bij de redactie van haar meetstaat hebben uitgesplitst op een verkeerde manier; zij zou dit hebben rechtgezet na interpellatie van de verwerende partij met staving van haar werkwijze door middel van een verduidelijking vanwege de nv De Ruyver.

[...] Het verbeteren van offertes gebeurt in beginsel vóór het prijsonderzoek – artikel 99, § 1, van het koninklijk besluit Plaatsing luidt: ‘Na voorafgaand artikel 96 [inzake rekenfouten en zuiver materieële fouten in de offertes] te hebben toegepast, gaat de aanbestedende overheid over tot het prijsonderzoek overeenkomstig artikel 21’.

De verwerende partij is niet uit eigen beweging overgegaan tot het verbeteren van de offerte van de bvba PIC maar pas tijdens het prijsonderzoek op aangeven van de gekozen inschrijver zelf.

Met een zuiver materieële fout wordt in principe een verschrijving of vergissing bedoeld, begaan bij de materieële verrichtingen die gepaard gaan met het opstellen van een offerte zoals het uitschrijven, invullen en overbrengen van cijfergegevens; omtrent dergelijke fout lijkt nauwelijks discussie mogelijk.

[...] Te dezen gaat het niet om een zuiver materieële vergissing. Zoals de verzoekende partij terecht betoogt, toont de verwerende partij niet aan dat de bvba PIC bij de redactie van haar offerte met meetstaat, de door haar onderaannemer de nv De Ruyver opgegeven prijzen bij mistasten en onopzettelijk verkeerdelijk heeft ingevuld. Integendeel mag uit het administratief dossier en het verweer worden afgeleid dat de bvba PIC de

opsplitsing van het totale bedrag van haar onderaannemer niet onopzettelijk en bij vergissing heeft gedaan. Het ‘rechtzetten’ van haar handelwijze, en dan nog aan de hand van stukken opgesteld na de vraag tot prijsverantwoording, geeft, wanneer een aanbestedende overheid dit aanvaardt, aanleiding tot de mogelijkheid van het vaststellen van een offerte met nieuwe prijzen, hier dus een nieuwe offerte, wat een onwettige werkwijze is.

Conclusie is dan ook dat de aanbestedende overheid te dezen onterecht een zuiver materieële fout zoals bedoeld in artikel 96 van het koninklijk besluit Plaatsing heeft aanvaard bij de offerte van de bvba PIC. Dit houdt een schending in van het voornoemde artikel 96 en van de materieële motiveringsplicht.

Het gegrond bevinden van het middel heeft gevolgen voor de beoordeling van de offerte van de nv PIC zodat de verzoekende partij belang heeft bij het middel.

De gunningsbeslissing dient te worden vernietigd.

[...]

Sub 11 is vastgesteld dat de verwerende partij artikel 96 van het koninklijk besluit Plaatsing heeft geschonden alsook [...] de materieële motiveringsplicht; de verwerende partij steunt haar gunningsbeslissing op een onwettig motief, namelijk het feit dat de bvba PIC een zuiver materieële fout in haar offerte zou hebben begaan.

De verwerende partij zal na de nietigverklaring een nieuwe beslissing dienen te nemen en hierbij de beslissende overwegingen van het arrest moeten in acht nemen wanneer zij de offerte van de bvba PIC beoordeelt wat het prijsonderzoek betreft.

In die mate zijn hier niet duidelijk de uitzonderlijke omstandigheden voorhanden waaruit zou moeten blijken dat de offerte van de verzoekende partij in elk geval de laagste regelmatige offerte is.”

3.14. Op 18 juni 2018 gaat de verzoekende partij over tot dagvaarding van de verwerende partij voor de rechtbank van eerste aanleg Oost-Vlaanderen met een vordering tot schadevergoeding.

3.15. Er wordt een nieuw gunningsverslag opgesteld. Het onderzoek van de prijsverantwoordingsproblematiek in dit nieuwe gunningsverslag ziet er als volgt uit (doorhalingen zoals in het origineel):

“Bijkomende motivering: Er werd prijsverantwoording gevraagd aan de inschrijver PIC voor volgend artikel:

Post 86 - 57.10B : keukenmeubelen - algemeen - voedselberging.

Binnen de wettelijke termijnen werd door deze inschrijver een gedetailleerde prijsverantwoording en extra verduidelijkingen bezorgd waarbinnen zij stellen een ‘zuiver materieële fout’ begaan te hebben in de opsplitsing van de opgegeven totaalprijs van hun onderaannemer voor

4 artikels (waaronder het artikel waarvoor verantwoording werd gevraagd). Dit wordt gestaafd door een nieuwe opsplitsing, die in een latere verduidelijking nog verder werd gedetailleerd, tussen deze 4 verschillende artikels en de detaillering van elk artikel waarbij de verschillende benodigde materialen en de kosten voor de bijhorende werkuren en winstmarges toegelicht werden. Ook de prijzen van de artikels die PM stonden beschreven in het bestek bij deze artikels werden toegelicht. ~~Ondanks het feit dat er voor deze 4 artikels dus een aangepaste prijs werd bezorgd, blijft de globale prijs van de offerte dezelfde.~~

Ondanks het feit dat de inschrijver voor deze 4 artikels een nieuwe opsplitsing van de prijzen maakt, blijft de globale prijs van de offerte dezelfde. Er werd nog een extra verduidelijking gevraagd en opgegeven i.v.m. de kostprijs van het plaatmateriaal waaruit blijkt dat de opsplitsing van de kostprijs van het plaatmateriaal over artikels 57.10A, B en C eerder kunstmatig werd gedaan aangezien de snijverliezen van het ene meubel in het andere gebruikt kunnen worden.

~~Uit de combinatie van de nieuwe prijs voor artikel 57.10B, gedetailleerde prijsopgave van dit artikel en de andere artikels waarvoor de prijs is gewijzigd, en het feit dat snijverliezen van het ene meubel gebruikt kunnen worden in een ander meubel blijkt dat de offerte als regelmatig beschouwd mag worden. Alle opgegeven materiaal- en uitvoeringsprijzen verantwoorden afdoende de totaal opgegeven eenheidsprijzen van bovenstaand artikel.~~

Uit de combinatie van de gedetailleerde prijsopgave van artikel 57.10B en de andere artikels die hiermee verband houden, en het feit dat snijverliezen van het ene meubel gebruikt kunnen worden in een ander meubel blijkt dat alle in dossier voorziene werken ook daadwerkelijk voorzien werden in het geheel van de offerte en dat de offerte dus als regelmatig beschouwd mag worden. Alle opgegeven materiaal- en uitvoeringsprijzen verantwoorden afdoende de prijs van artikel 57.10B en alle hiermee in verband staande artikels.

~~In de prijsverantwoording werd ook een fout opgemerkt van 1 euro. Deze is aangepast omdat een verschil van 1 euro geen uitspraak doet over het al dan niet abnormaal laag zijn van de de prijs. Verder werd de nieuw opgegeven prijs voor artikel 44.24 opgeven als een totaalprijs i.p.v. een prijs per m². De totaalprijs werd omgerekend naar een prijs per m². Deze prijs per m² werd afgerond tot op 2 cijfers na de komma waardoor de totaalprijs van de offerte 75 cent veranderd.~~

Vermits er voldoende werd aangetoond dat alle werken voorzien zijn wordt de offerte aanvaard. De prijs en de eenheidsprijzen van de offerte worden niet gewijzigd.

In de prijsverantwoording werd ook een fout opgemerkt van 1 euro. Deze wordt niet in beschouwing genomen omdat een verschil van 1 euro geen uitspraak doet over het al dan niet abnormaal laag zijn van de prijs.”

Vervolgens wordt opnieuw voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de bvba PIC voor een bedrag van 342.183,80 euro, btw inbegrepen.

3.16. Op 26 november 2018 beslist de verwerende partij, onder verwijzing naar het nieuwe gunningsverslag, om de opdracht opnieuw te gunnen aan de bvba PIC. Dat is de bestreden gunningsbeslissing.

3.17. De verzoekende partij krijgt naar eigen zeggen kennis van deze nieuwe gunningsbeslissing nadat ze als bijlage wordt gevoegd bij een conclusie gedateerd op 26 maart 2019 die de verwerende partij heeft neergelegd in het kader van de voornoemde procedure voor de rechtbank van eerste aanleg.

IV. Voorwerp van het beroep

4.1. Naast de gunningsbeslissing van 26 november 2018 richt de verzoekende partij het beroep ook tegen “de beslissing tot het niet weerhouden van de offerte van de [nv Bouwbedrijf VMG-De Cock] als de laagst regelmatige offerte en [...] de impliciete beslissing om de werken niet te gunnen aan de [nv Bouwbedrijf VMG-De Cock]”.

In het verzoekschrift geeft de verzoekende partij de volgende toelichting bij het voorwerp van het beroep, in zoverre het beroep gericht is tegen de beslissing om de offerte van de verzoekende partij niet als de laagst regelmatige te rangschikken en tegen de impliciete weigering om de opdracht aan de verzoekende partij te gunnen:

“Art. 24 van de Wet van 15 juni 2006 stipuleert dat de opdracht dient gegund te worden aan degene die de laagste regelmatige offerte heeft ingediend.

In deze dient om de [in de middelen] uiteengezette redenen geoordeeld te worden dat de offerte(s) van de bvba PIC geweerd had(den) moeten worden. Het gevolg hiervan is dat de offerte van de verzoekster in werkelijkheid de laagste regelmatige offerte was.

De opdracht werd door de verwerende partij daadwerkelijk gegund en er is geen enkele (aanvaardbare) reden, inzonderheid gelet op het zeer kleine verschil in prijs tussen de offerte van de verzoekster en de offerte van de bvba PIC, waarom de opdracht, bij wering van de offerte(s) van de bvba PIC, niet aan de verzoekster zou (moeten) gegund zijn.

Derhalve dient ook de beslissing om de offerte van de verzoekster niet te weerhouden als de laagste regelmatige en de impliciete beslissing om de opdracht niet aan de verzoekster te gunnen, vernietigd te worden.”

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

“Op de vordering van de verzoekende partij tot vernietiging van ‘de beslissing om de offerte van de verzoekster niet te weerhouden als de laagste regelmatige en de impliciete beslissing om de werken niet te [g]unnen aan de verzoekster’ kan hoedanook niet worden ingegaan.

De vaststelling van enige onregelmatigheid, leidt niet tot de noodzakelijke gevolgtrekking dat de opdracht hoedanook aan de verzoekende partij moet worden gegund.

De offerte waarin een abnormale eenheidsprijs is voorzien, is niet substantieel nietig. Bijgevolg moet de aanbestedende overheid, zelfs indien zij een abnormale eenheidsprijs vaststelt, niet noodzakelijk deze offerte als onregelmatig weren (cfr. RvS (12e k.) nr. 225.615 dd. 26 november 2013 in de zaak A.210.612/XII-7496).”

4.3. In de memorie van wederantwoord repliceert de verzoekende partij en licht zij haar argumentatie in het verzoekschrift nader toe.

4.4. In haar laatste memorie beperkt de verwerende partij zich tot een loutere herhaling van het standpunt in haar memorie van antwoord.

Beoordeling

4.5. Het onderzoek van de ontvankelijkheid van het beroep in zoverre het gericht is tegen de beslissing om de offerte van de verzoekende partij niet als de laagst regelmatige te rangschikken en tegen de impliciete weigering om de opdracht aan de verzoekende partij te gunnen, valt in de huidige stand van de zaak samen met het onderzoek van de grond van de zaak.

V. Onderzoek van het eerste middel

Standpunt van de partijen

5. De verzoekende partij voert in haar verzoekschrift de schending aan van “artikel 24 van de wet van 15 juni 2006 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken,

leveringen en diensten, [...] van de artikelen 21, 95 en 99 van het K.B. van 15 juli 2011 plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren”.

Zij betoogt dat de gekozen inschrijver geen deugdelijke, afdoende verklaring of verantwoording heeft gegeven voor de abnormale prijs. De verwerende partij heeft het antwoord van de gekozen inschrijver ten onrechte aanvaard. De gekozen inschrijver heeft zijn prijzen gewoon aangepast, maar niet verantwoord. Door te erkennen dat er voor meerdere posten verkeerde eenheidsprijzen waren opgegeven, heeft de gekozen inschrijver openlijk erkend dat voor die eenheidsprijzen, zoals ze werden opgegeven in de offerte, geen verantwoording kon worden gegeven. Erkennen dat een vergissing werd begaan, vormt geen toelaatbare prijsverantwoording.

Bovendien wordt ook niet aangetoond hoe het zogenaamde gebruik van snijverliezen een verantwoording zou vormen voor de abnormale prijs. Dat argument is inhoudsloos en vormt geen uitzonderlijke omstandigheid die enkel gold voor de gekozen inschrijver. De prijscalculatie en de berekening van de hoeveelheid benodigd materiaal is in beginsel voor alle inschrijvers dezelfde. Daarbij komt dat dit element hoe dan ook een dermate geringe impact heeft op de prijszetting dat het in geen geval een (afdoende) verklaring kan vormen voor een sterk afwijkende, abnormale prijs.

De verzoekende partij vervolgt dat hetgeen dat in het nieuwe gunningsverslag werd toegevoegd, niet voldoet om het antwoord van de gekozen inschrijver toch als een werkelijke, deugdelijke en afdoende verantwoording te aanvaarden. Dat de totaalprijs onveranderd blijft, doet er niets aan af dat voor vier posten een andere eenheidsprijs werd opgegeven door de gekozen inschrijver, nadat de offertes al waren geopend, wat niet toegelaten is. Voorts ziet de verwerende partij over het hoofd dat de “gedetailleerde prijsopgave” betrekking had op de eenheidsprijzen zoals de gekozen inschrijver deze na opening van de offertes en na de vraag om prijsverantwoording had aangepast. De detaillering heeft geen betrekking op de eenheidsprijzen zoals ze oorspronkelijk in de offerte waren opgegeven en dus mag ermee geen rekening worden gehouden.

6. In haar memorie van antwoord doet de verwerende partij gelden dat zij terecht mocht beslissen om de prijsverantwoording van de gekozen inschrijver te aanvaarden. “Het staat vast dat bij de herevaluatie niet langer wordt aanvaard dat PIC bvba met haar prijsverantwoording de rechtzetting doet van een zuiver materiële fout”. Er is volgens de verwerende partij “[e]en volledige herevaluatie van de door PIC bvba ingediende offerte [...] gebeurd in het kader van het prijsonderzoek, rekening houdend met de door PIC bvba aangebrachte elementen”, op grond waarvan werd vastgesteld dat de globale prijs van de offerte werd behouden, dat de verantwoording ertoe leidt dat de door de bvba PIC geboden prijs voor de kwestieuze post niet als abnormaal moet worden aanzien en kan worden aanvaard en dat voor alle uit te voeren werken ook daadwerkelijk een prijs werd geboden in de offerte.

De verwerende partij wijst op de marginale controle door de Raad van State en haar eigen “zeer ruime beoordelingsbevoegdheid [...] enkel begrensd door de kennelijke fout, in de zin van voor de hand liggende en onverklaarbare tegenstrijdigheden tussen de feiten en de genomen beslissing”.

Er is, zo vervolgt de verwerende partij, zeker geen sprake van een kennelijk onredelijke beslissing. De prijsverantwoording van 12 augustus 2016 van de gekozen inschrijver houdt verband met de doelmatigheid van het bouwproces en de gekozen technische oplossingen. De gekozen inschrijver geeft in zijn antwoord ook duidelijk aan dat met de opgegeven hoeveelheden houtplaten en prijzen de werken kunnen worden uitgevoerd.

Prijsonderzoek en prijsverantwoording moeten volgens haar niet noodzakelijk gebeuren op het niveau van de post zelf. Op zich is dit een aanvaardbare en relevante verklaring en deze werd dan ook door haar mee in de overwegingen opgenomen.

Gelet op de gegeven verantwoording bleek, aldus de verwerende partij, de vergelijkbaarheid van de offertes niet in het gedrang te zijn en leek het eerder kennelijk onredelijk indien deze offerte zou worden geweerd. Er wordt duidelijk vastgesteld dat alle uit te voeren werken ook in de offerte zijn opgenomen

en er geen aanpassing gebeurt of moet gebeuren van de globale prijs van de offerte. “De omstandigheid dat het aannemingsrisico, door slechts enkele posten materieel foutief in te vullen, niet disproportioneel ontspoort, kan leiden tot de vaststelling dat niet iedere normaal zorgvuldige aanbestedende instantie moet beslissen dat geen deugdelijke uitvoering van de werken meer mogelijk is”.

De verwerende partij stelt ten slotte dat hierbij rekening mag worden gehouden met het proportionaliteitsbeginsel, “te meer daar in de Richtlijn 2014/24/EU het proportionaliteitsbeginsel een belangrijke rol speelt, zodat kleine onregelmatigheden slechts uitzonderlijk kunnen gesanctioneerd worden”.

7. In haar memorie van wederantwoord betoogt de verzoekende partij dat de verwerende partij naast de kwestie argumenteert: de uitleg die de bvba PIC heeft verstrekt (en die ten andere ook niet toereikend is), had helemaal geen betrekking op de oorspronkelijke prijsopgave in de offerte, maar had betrekking op de nieuwe prijzen die de bvba PIC, na de vraag om prijsverantwoording, had opgegeven. De prijs voor post 57.10B was na de aanpassing nog altijd abnormaal laag en er werd hiervoor geen werkelijke, afdoende prijsverantwoording gegeven. De verwerende partij houdt bovendien geen rekening met de mogelijke invloed op de rangschikking.

8. In haar laatste memorie merkt de verwerende partij op dat in het auditorsverslag ten onrechte wordt opgemerkt dat de verwerende partij bij het nemen van haar nieuwe gunningsbeslissing de beslissende overwegingen van het in de vorige procedure tussengekomen arrest van de Raad van State met nr. 239.922 niet in acht heeft genomen zodat het gezag van gewijsde van dit arrest zou zijn geschonden.

Er wordt in de nieuwe gunningsbeslissing immers niet langer aanvaard dat de bvba PIC met haar prijsverantwoording de rechtzetting doet van een zuiver materiële fout. Er wordt wel vastgesteld dat in de oorspronkelijke offerte alle werken zijn opgenomen conform het bestek en dat de gegeven prijsverantwoording mag worden aanvaard. “Er wordt dus geen rechtzetting

toegestaan van enige fout; wel wordt de uitleg aanvaard dat alle werken en materialen in de oorspronkelijke offerte begrepen waren”.

9. In haar laatste memorie benadrukt de verzoekende partij opnieuw dat de verwerende partij over het hoofd ziet dat de bvba PIC haar prijzen heeft gewijzigd en op die grond nader heeft geargumenteed. De bvba PIC heeft immers niet geargumenteed op grond van haar oorspronkelijke prijzen.

Beoordeling

10. In het arrest nr. 239.922 van 21 november 2017 oordeelde de Raad van State, zoals hierboven reeds aangehaald, onder meer:

“Te dezen gaat het niet om een zuiver materieële vergissing. Zoals de verzoekende partij terecht betoogt, toont de verwerende partij niet aan dat de bvba PIC bij de redactie van haar offerte met meetstaat, de door haar onderaannemer de nv De Ruyver opgegeven prijzen bij mistasten en onopzettelijk verkeerdelijk heeft ingevuld. Integendeel mag uit het administratief dossier en het verweer worden afgeleid dat de bvba PIC de opsplitsing van het totale bedrag van haar onderaannemer niet onopzettelijk en bij vergissing heeft gedaan. Het ‘rechtzetten’ van haar handelwijze, en dan nog aan de hand van stukken opgesteld na de vraag tot prijsverantwoording, geeft, wanneer een aanbestedende overheid dit aanvaardt, aanleiding tot de mogelijkheid van het vaststellen van een offerte met nieuwe prijzen, hier dus een nieuwe offerte, wat een onwettige werkwijze is.

Conclusie is dan ook dat de aanbestedende overheid te dezen onterecht een zuiver materieële fout zoals bedoeld in artikel 96 van het koninklijk besluit Plaatsing heeft aanvaard bij de offerte van de bvba PIC. Dit houdt een schending in van het voornoemde artikel 96 en van de materieële motiveringsplicht.

Het gegrond bevinden van het middel heeft gevolgen voor de beoordeling van de offerte van de [bvba] PIC zodat de verzoekende partij belang heeft bij het middel.

De gunningsbeslissing dient te worden vernietigd.”

Aldus oordeelde de Raad van State dat de bvba PIC geen materiële fout heeft begaan maar de prijzen voor de kwestieuze posten in haar offerte niet onopzettelijk maar wetens en willens heeft opgegeven. Nadien heeft de bvba PIC in het kader van de gevraagde prijsverantwoording haar prijzen

gewijzigd en de verwerende partij heeft deze nieuwe prijzen en dus het motief van de materiële fout aanvaard.

In de nieuwe gunningsbeslissing van 26 november 2018 gaat de verwerende partij mee in deze nieuwe prijszetting en neemt ze mee in de prijsverantwoording die zij aanvaardt.

De verwerende partij mag dan ook niet worden gevolgd in haar verweer dat zij bij deze nieuwe gunningsbeslissing “dus geen rechtzetting [toestaat] van enige fout”, integendeel, de gegeven prijsverantwoording is gegrond op nieuwe prijzen die werden gegeven omdat de in de offerte vermelde prijzen aangetast zouden zijn door een materiële fout.

Zoals de Raad in zijn arrest nr. 239.922 aangaf, heeft de verwerende partij aldus de bvba PIC de mogelijkheid gegeven een nieuwe offerte in te dienen wat een onwettige werkwijze is. Om die reden mocht de verwerende partij de bvba PIC niet meer in aanmerking nemen als de laagste regelmatige bieder en schendt zij artikel 24, eerste lid, van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’. Evenzeer is de schending van de artikelen 21, 95 en 99 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ aangetoond aangezien het prijsonderzoek, waarbij de prijsverantwoording wordt aanvaard, is gevoerd op grond van andere prijzen dan die opgenomen in de offerte.

Het middel is gegrond.

11. De verzoekende partij vordert tevens de nietigverklaring van de beslissing tot het niet in aanmerking nemen van haar offerte als de laagst regelmatige offerte en van de impliciete beslissing om de werken niet aan haar te gunnen.

In het auditorsverslag, dat besluit tot de vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing, wordt hieromtrent onder meer als volgt overwogen:

“Gelet op de concrete omstandigheden van het dossier, waaruit de moedwillige houding van de verwerende partij naar voren komt -zij heeft in essentie haar eerdere, door de Raad van State vernietigde beslissing gewoon hernomen, zonder de motivering wezenlijk te herzien, daarbij het gezag van gewijsde schendend van het arrest nr. 239.922 van 21 november 2017- lijkt er te dezen voldaan aan de uitzonderlijke omstandigheden die voorhanden moeten zijn opdat de bijzondere jurisprudentiële techniek van de bijkomende vernietiging van een impliciete weigeringsbeslissing zou kunnen worden overwogen.”

Zoals opgemerkt *sub* 4.4 herhaalt de verwerende partij in haar laatste memorie woordelijk haar standpunt van haar memorie van antwoord zonder nader in te gaan op de conclusie in het auditorsverslag.

Gelet op deze conclusie, het gebrek aan concreet verweer hierop en het gebrek aan door de verwerende partij aangevoerde elementen die erop zouden kunnen wijzen dat de offerte van de verzoekende partij op haar beurt onregelmatig zou zijn, dient de impliciete weigeringsbeslissing om de kwestieuze opdracht te gunnen aan de verzoekende partij als laagste regelmatige inschrijver, te worden vernietigd samen met de gunningsbeslissing.

VI. Rechtsplegingsvergoeding

12.1. In haar memorie van wederantwoord – herhaald in haar laatste memorie – vordert de verzoekende partij als rechtsplegingsvergoeding het maximumbedrag van 2.800 euro en geeft hierbij de toelichting:

“[D]it om reden dat de verwerende partij zich manifest foutief heeft gedragen op meerdere vlakken, met name door

- een nieuwe beslissing te nemen die als tergend en roekeloos is te aanzien, nu deze geen rekening houdt met de inhoud van het arrest dat de Raad van State op 21 november 2017 ten nadele van de verwerende partij heeft uitgesproken en een deugdelijke, pertinente en draagkrachtige motivering voor de nieuwe beslissing nog altijd ontbreekt, en het duidelijk is dat die nieuwe beslissing enkel werd

genomen om het betalen van een schadevergoeding, waarvoor de verzoekster intussen een vordering voor de burgerlijke rechtbank had uitgebracht, te vertragen;

- zich in haar memorie van [antwoord] te bedienen van enerzijds algemene en zelfs inhoudsloze stellingen en geen werkelijk antwoord of repliek te bieden op de middelen van de verzoekster, en anderzijds zelfs meermaals stellingen te poneren die regelrecht indruisen tegen de werkelijkheid en de objectieve stukken, hetgeen ook het verweer een tergend, roekeloos en onredelijk karakter geeft.

In feite heeft de verwerende partij in deze misbruik gemaakt van de theoretische mogelijkheid om een nieuwe beslissing te nemen en is zij al zeker manifest in de fout gegaan door in de gegeven omstandigheden dezelfde beslissing te nemen als degene die eerder door de Raad van State was vernietigd. Op die manier heeft de verwerende partij de verzoekster nodeloos op bijkomende kosten gejaagd.”

Beoordeling

12.2. Het toekennen van een rechtsplegingsvergoeding heeft geen sanctionerend karakter maar betreft een forfaitaire tegemoetkoming in de kosten en honoraria van de advocaat van de in het gelijk gestelde partij.

Voorts vertoont de zaak inhoudelijk geen bovenmatige complexiteit. Er mag dan ook worden volstaan met een rechtsplegingsvergoeding aan het basisbedrag van 700 euro.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van de stad Sint Niklaas van 26 november 2018 waarbij de opdracht van aanneming van werken, namelijk de interne verbouwing, uitbreiding met berging en vernieuwing van het buitenschrijnwerk van het kinderdagverblijf Driekoningen, wordt gegund aan de bvba PIC alsook de impliciete weigeringsbeslissing om deze opdracht te gunnen aan de nv Bouwbedrijf VMG-De Cock.

2. De verwerende 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 verzoekende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van drie mei tweeduizend eenentwintig, 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