

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 259.116 van 13 maart 2024
in de zaken A. 241.091/XII-9463 (I.)
A. 241.290/XII-9468 (II.)**

In zake: I. + II.
de NV BOUW- EN HOUTONDERNEMING VERSTRAETE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Paco Shen en Jan Ghysels
kantoor houdend te 1050 Elsene
Marsveldplein 5 bus 5
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

I. + II.
de STAD DIKSMUIDE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Dirk Van Heuven
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
Beneluxpark 27B

I. Voorwerp van de vorderingen

1. De vorderingen in de zaken A. 241.091/XII-9463 (I.) en A. 241.290/XII-9.468 (II.), ingesteld op 2 februari 2024 en 20 februari 2024, strekken tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de stad Diksmuide waarbij de overheidsopdracht voor werken met als voorwerp ‘Het aanstellen van een aannemer voor de ‘Bouw van een evenementenhal en ondergrondse parkeergarage’ wordt gegund aan de nv Vuylsteke - Eiffage.

Tevens vraagt de verzoekende partij in de beide verzoekschriften om, onder verbeurte van een dwangsom van 1.000.000 euro, de verwerende partij te verbieden om de overeenkomst met de nv Vuylsteke -

Eiffage te sluiten voordat een termijn van 15 dagen verstreken is, te rekenen vanaf de mededeling van de bestreden beslissing.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft in de beide zaken een nota ingediend.

De partijen zijn in de beide zaken opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 7 maart 2024.

Staatsraad Patricia De Somere heeft in de beide zaken verslag uitgebracht.

Advocaat Aline Heyrman, die in de beide zaken verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Dirk Van Heuven, die in de beide zaken verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Thomas Maes heeft in de beide zaken 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 ‘Het aanstellen van een aannemer voor de ‘Bouw van een evenementenhal en ondergrondse parkeergarage’.

Als plaatsingsprocedure wordt gekozen voor de openbare procedure, met de prijs als enig gunningscriterium.

De opdracht wordt nationaal en Europees bekendgemaakt.

3.2. Er worden vijf offertes ingediend, onder meer door de verzoekende partij en de nv Vuylsteke - Eiffage.

3.3. Op 9 januari 2024 wordt een gunningsverslag opgesteld. De vijf inschrijvers worden geselecteerd en de vijf offertes worden regelmatig bevonden.

De rangschikking van de offertes bij opening is als volgt:

Nr.	Naam	Prijs excl. Btw (Op basis van ingevulde meetstaat)
1	Vuylsteke - Eiffage	6.195.239,99 euro
4	Bouw- en houtonderneming Verstraete	6.397.708,99 euro
2	[X]	6.575.918,33 euro
3	[Y]	6.786.797,97 euro
5	[Z]	8.816.441,98 euro

In het kader van het rekenkundig nazicht van de offertes worden bij vier van de vijf offertes aanpassingen doorgevoerd. In de offerte van de nv Vuylsteke - Eiffage wordt een materiele vergissing vastgesteld, als volgt:

Nr.	Naam	
1	Vuylsteke - Eiffage	Op onderstaande posten wordt een materiële vergissing vastgesteld: <ul style="list-style-type: none">• 54.32.11.1 - gehelen - kozijnen staal/type A - EI1 00 - 71x 231,5 cm• 54.32.11.2 - gehelen - kozijnen staal/type A - EI1 00 - 98 x 231,5 cm• 54.32.11.3 gehelen - kozijnen staal/type A - EI1 00 - 95/95 x 231,5 cm• 54.32.11.4 - gehelen - kozijnen staal/type A - EI1 00 - 128/128 x 231,5 cm• 54.32.12.1 - deurgehelen - kozijnen staal/type A - EI1 30 - 98 x 211,5 m• 54.32.12.2 - deurgehelen - kozijnen staal/type A - EI1 30 - 98 x 231,5 m• 54.32.12.3 - deurgehelen - kozijnen staal/type A - EI1 30 - 123 x 211,5 m• 54.32.12.4 - deurgehelen - kozijnen staal/type A - EI1 30 - 95/95 x 231,5 m• 54.32.12.5 - deurgehelen - kozijnen staal/type A - EI1 30 - 98/98 x 231,5 m• 54.32.12.6 - deurgehelen - kozijnen staal/type A - EI1 30 - 128/128 x 231,5 m

		<ul style="list-style-type: none"> • 54.32.13.1 - deurgehelen - kozijnen staal_type A - EI1 60 - 92 x 211,5 cm • 54.32.14.1 - deurgehelen - kozijnen staal/type A - supplement akoestische deuren - 39 dB • 54.32.20 - deurgehelen - kozijn staal/type B • 54.32.30 - deurgehelen - kozijn staal/type C <p>Alle posten onder 54.32 deurgehelen - kozijnen staal zijn bij Vuylsteke - Eiffage samen ca. 12% van de ramingsprijs en ca. 14% van het getrimd gemiddelde. Het is duidelijk dat deze prijzen niet kloppen en hieruit kan gesteld worden dat de inschrijver de komma verkeerdelijk geplaatst heeft en dit een materiele fout betreft. Alle bovengenoemde artikels werden verbeterd bij Vuylsteke - Eiffage met een factor X 10.</p>
--	--	---

De rangschikking na het rekenkundig nazicht is als volgt:

Nr.	Naam	Prijs excl. btw
1	Vuylsteke - Eiffage	€ 6.343.409,96
4	Bouw- en houtonderneming Verstraete	€ 6.397.708,99
2	[X]	€ 6.574.710,22
3	[Y]	€ 6.790.007,89
5	[Z]	€ 8.817.494,91

Vervolgens gebeurt een nazicht van de opmerkingen en van de leemtes en hoeveelheidswijzigingen, als volgt:

“5.2.3 nazicht van de opmerkingen

De verschillende inschrijvers hebben opmerkingen op hoeveelheden geformuleerd. Het ontwerpteam heeft alle opmerkingen in detail nagezien en gecontroleerd. Zie bijlage 1 voor het overzicht van de weerhouden / niet-weerhouden opmerkingen en aangepaste hoeveelheden.

(Zie 6. Voor de aangepaste rangschikkingstabel van de offertes met de gecorrigeerde hoeveelheden in min / in meer na nazicht van de opmerkingen en leemtes)

5.2.4 nazicht van de leemtes en hoeveelheidswijzigingen

De verschillende inschrijvers hebben leemtes gemeld. Het ontwerpteam heeft alle geformuleerde leemtes in detail nagezien en gecontroleerd. Zie bijlage 1 voor het overzicht van de weerhouden / niet-weerhouden leemtes.

(Zie 6. Voor de aangepaste rangschikkingstabel van de offertes met de gecorrigeerde hoeveelheden in min / in meer na nazicht van de opmerkingen en leemtes).”

Nadien wordt een prijs- en kostenonderzoek gevoerd, als volgt:

“5.2.5 prijs- en kostenonderzoek

Er werd een prijs- en kostenonderzoek uitgevoerd en nagegaan of de inschrijvers een ‘correcte’ ofwel ‘normale’ prijs hebben aangeboden.

- Er werd een abnormaal hoge totaalprijs vastgesteld bij [Z].

Conform art. 36 § 4 gebeurt er een bijzonder prijsonderzoek (voor fraudegevoelige sectoren) met de 15% regel.

De prijs van elke offerte werd vergeleken met de getrimd gemiddelde offerteprijs van de inschrijvers, dit bedraagt 6.587.475,70 euro (excl. btw). Dit betekent dat er een weerlegbaar vermoeden van abnormale totaalprijs ingesteld wordt indien de totaalprijs van een offerte minder dan 5.599.354,35 euro of meer dan 7.575.597,06 euro excl. btw bedraagt. Eén inschrijver heeft een totaalbedrag dat meer dan 15% afwijkt van het getrimd gemiddelde.

De duurste inschrijver is 34% duurder [dan] het getrimd gemiddelde van de inschrijvers.

- Er werd een prijs- en kostenonderzoek uitgevoerd naar de eenheidsprijzen van de verschillende inschrijvers.

Ook hier kan algemeen gesteld worden dat er geen abnormale lage prijzen worden vastgesteld. Er is geen enkele aanwijzing in de eenheidsprijzen voor front loading en aanverwante speculaties in hoofde van de inschrijvers.

Voor de belangrijke post 02.00 bouwplaatsvoorzieningen - algemeen wordt vastgesteld dat Bouw- en houtonderneming Verstraete een grotere afwijking heeft dan 15% t.o.v. het getrimd gemiddelde (goedkoper) en [X] een grotere afwijking heeft dan 15% t.o.v. het getrimd gemiddelde (duurder). Ondanks de grotere afwijkingen voor deze post zijn deze prijzen [...] niet als abnormaal te benoemen. De prijzen worden als realistisch beschouwd voor de uit te voeren werken.

Wel wordt er vastgesteld dat inschrijver [Z] meerdere abnormaal hoge eenheidsprijzen heeft.

Echter kunnen we stellen dat we deze niet bevestigd hebben omdat dit de duurste offerte is.

Conclusie:

Algemeen kan gesteld worden dat de prijzen als realistisch te beschouwen zijn voor de uit te voeren werken. Er werden geen abnormale lage prijzen vastgesteld. Voor zover er sprake is van het abnormaal karakter van het bedrag (eenheidsprijzen) van één of meer posten, gaat het om te verantwoorden of verwaarloosbare posten.

5.2.6 prijsbevestiging abnormale prijs – abnormale eenheidsprijs

Er werd geen prijsbevestiging (vraag naar prijsverantwoording) uitgevoerd aangezien er geen abnormale lage prijzen werden vastgesteld voor substantiële posten.”

Ten slotte worden de offertes in punt 6 ‘Vergelijking van de offertes en voorstel tot gunning’ finaal gerangschikt als volgt:

“

Nr.	Naam	Prijs excl. btw*
1	Vuylsteke - Eiffage	6.613.892,64 euro
4	Bouw- en houtonderneming Verstraete	6.658.201,35 euro
2	[X]	6.844.743,70 euro
3	[Y]	7.059.217,27 euro
5	[Z]	9.160.549,82 euro

* Nagerekende bedragen.”

In punt 7 ‘Bepalen van het gunningsbedrag en uitvoeringstermijn’ wordt gesteld dat voor inschrijver Vuylsteke-Eiffage het gunningsbedrag als volgt wordt bepaald, “rekening houdend met de gecorrigeerde nagerekende hoeveelheden en/of leemtes, zie bijlage 1 voor de narekeningen van opmerkingen op hoeveelheden en verwerking van leemtes”: “Totaalbedrag incl. opties excl. btw: 6.600.121,26 euro.”

Bijlage 1 ‘Nazicht van de offertes’, gevoegd bij het gunningsverslag en waarnaar wordt verwezen in de voornoemde punten 5.2.3, 5.2.4 en 7, betreft een document van 27 december 2023 opgesteld door het architectenbureau dat als ontwerper van de evenementenhal werd aangesteld door de verwerende partij.

Er wordt in het gunningsverslag dan ook voorgesteld de opdracht te gunnen aan de nv Vuylsteke - Eiffage.

3.4. Op 16 januari 2024 beslist het college van burgemeester en schepenen van de verwerende partij, nadat een overzicht wordt gegeven van onder meer de “Feiten, context en argumentatie”, goedkeuring te verlenen aan het gunningsverslag, dat als bijlage integraal deel uitmaakt van de beslissing, en om de opdracht te gunnen aan de nv Vuylsteke - Eiffage tegen het nagerekende en verbeterde offertebedrag van 6.600.121,26 euro, btw niet inbegrepen, of 7.986.146,72 euro, btw inbegrepen.

Dit is de bestreden beslissing in de beide zaken.

3.5. Met een brief van 17 januari 2024 geeft de verwerende partij kennis aan de verzoekende partij van het feit dat het college van burgemeester en schepenen op 16 januari 2024 heeft beslist de opdracht te gunnen aan de nv Vuylsteke - Eiffage.

Als bijlage wordt enkel het gunningsverslag van 9 januari 2024 met bijlagen gevoegd, niet de gunningsbeslissing van het college van burgemeester en schepenen van 16 januari 2024 zelf. Deze gunningsbeslissing wordt aan de raadsman van de verzoekende partij meegedeeld met een e-mailbericht van 5 februari 2024 van de raadsman van de verwerende partij, naar aanleiding van het eerste verzoekschrift tot schorsing.

3.6. Met een e-mailbericht van 29 januari 2024 stelt de verzoekende partij aan de verwerende partij de volgende vraag:

“Wij hebben het gunningsverslag met betrekking tot de overheidsopdracht ‘Bouw van de Boterhalle Diksmuide’ nagelezen en stellen hierbij het volgende vast:

De materiele vergissing van Vuylsteke-Eiffage kunnen wij op heden niet verifiëren gezien wij onvoldoende informatie tot onze beschikking hebben. Kunt u ons per artikel de percentages van de prijs van Vuylsteke-Eiffage bezorgen ten opzichte van de ramingsprijs en het getrimd gemiddelde? Momenteel hebben wij dit percentage enkel ontvangen op hoofdstukniveau. Het gaat om volgende artikels: [...]”

Met een e-mailbericht van 1 februari 2024 antwoordt de verwerende partij als volgt:

“Hierbij laat ik u een Excel van de post 54.32 na verbetering. Daaruit blijkt overduidelijk dat er bij inschrijver Vuylsteke - Eiffage een loutere vergissing werd begaan (een kommafout) die door de opdrachtgever kon rechtgezet worden. Het is juist dat de betrokken aannemer voorafgaandelijk bevraagd had kunnen worden, maar dat is geen verplichting. Tenslotte betreft post 54.32 een bescheiden post in de totaliteit van de opdracht en de rechtzetting tast in geen enkel geval de rangschikking van de inschrijvers aan.”

IV. Samenvoeging

4. In de beide zaken wordt telkens de schorsing van de tenuitvoerlegging gevorderd van dezelfde beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de stad Diksmuide van 16 januari 2024 waarbij de overheidsopdracht in kwestie wordt gegund aan de nv Vuylsteke - Eiffage.

In de twee zaken worden bovendien middelen ingeroepen die geheel of gedeeltelijk dezelfde of gelijkaardige grieven bevatten.

De zaken zijn dan ook samenhangend, zodat zij in het belang van een goede rechtsbedeling samengevoegd worden.

V. Vertrouwelijkheid van de stukken

5. De verwerende partij voegt drie stukken bij het administratief dossier die zij als vertrouwelijk aanmerkt. Het betreft ‘14. Offertes + meetstaten van alle 5 inschrijvers’, ‘15. Detailraming architectuur’, en ‘16. Vertrouwelijke vergelijkende tabel’. In haar nota in de beide zaken motiveert zij haar vraag om deze stukken vertrouwelijk te houden als volgt:

“[De verwerende partij] vraagt om de bedrijfsgevoelige stukken uit het administratief dossier vertrouwelijk te behandelen. Het betreft in het bijzonder de documenten waaruit de prijzen van de andere inschrijvers kunnen worden afgeleid.

De motivering voor de vertrouwelijke behandeling van deze stukken, wordt gestoeld op de bedrijfsgevoelige informatie en de eventuele bedrijfsgeheimen die dienen te worden gerespecteerd. In het kader van andere en/of toekomstige overheidsopdrachten waaraan partijen zou[den] participeren, is het in belang van partijen dat andere concurrenten geen kennis nemen van de inhoud van de offertes.

[De ‘Detailraming architectuur’] wordt vertrouwelijk meegedeeld want door de samenlezing met stuk 12 [Niet-vertrouwelijke vergelijkende tabel] kunnen de prijzen van belanghebbende partij nagerekend worden.”

6. De verzoekende partij vraagt in zaak II om de vertrouwelijkheid van deze stukken te lichten, als volgt:

“Verzoekende partij wenst te benadrukken dat de offertes niet zomaar integraal aan het zicht van verzoekende partij mogen worden onttrokken, zonder concrete motivering. Zeker niet nu de inhoud hiervan en de hierop aangebrachte verbeteringen essentieel zijn om na te gaan of de opdracht al dan niet op correcte wijze werd gegund, hetgeen in huidige omstandigheden niet mogelijk is.

De openbaarmaking van de opgegeven eenheidsprijzen voor de posten onder 54.32 deurgehelen - kozijnen staal is in elk geval niet van die aard dat hierdoor de commerciële belangen van de begunstigde inschrijver zouden worden geschaad. Om die reden weegt de aangemerkte vertrouwelijkheid hiervan niet op tegen het belang dat de openbaarmaking kan hebben voor de rechtsbescherming van verzoekende partij en de oplossing van onderhavig geschil.

De aangemerkte vertrouwelijkheid van de ‘Vertrouwelijke vergelijkende tabel’ [...] werd helemaal niet gemotiveerd of toegelicht, waardoor dit in elk geval niet kan worden aanvaard.”

7. Te dezen kan worden vastgesteld dat de stukken waarvan de verwerende partij de vertrouwelijke behandeling vraagt afzonderlijk zijn neergelegd, dat de vertrouwelijkheid ervan uitdrukkelijk is aangegeven en vermeld in de inventaris en dat, anders dan de verzoekende partij stelt, de motieven voor die vraag worden weergegeven. Er belet dus alvast op formeel vlak de Raad van State niets om in te gaan op de gevraagde vertrouwelijke behandeling.

De Raad acht het niet raadzaam om reeds in de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid – en dus zonder diepgaand onderzoek – de vertrouwelijkheid te lichten van de offertes van de inschrijvers en van stuk 16 ‘Vertrouwelijke vergelijkende tabel’, aangezien niet kan worden uitgesloten dat deze stukken gegevens bevatten die onder het zakengeheim van de inschrijvers vallen. Het lichten van de vertrouwelijkheid van dergelijke stukken kan ingrijpende en niet omkeerbare gevolgen hebben voor het zakengeheim van de betrokken inschrijvers.

Voorts blijkt de verzoekende partij niet te zijn gehinderd, bij het aanvoeren van middelen tegen de bestreden gunningsbeslissing, door het feit dat de voormelde stukken vertrouwelijk zijn gebleven. Zij heeft integendeel, mede op grond van stuk 12 ‘Niet-vertrouwelijke vergelijkende tabel’ (met

vermelding van percentages in plaats van exacte cijfers), dat haar reeds vóór het indienen van het verzoekschrift was meegedeeld, in het tweede middel kunnen aanvoeren dat de wijziging van de offertebedragen in de loop van de procedure niet voldoende zou zijn gemotiveerd.

Wat stuk 15 ‘Detailraming architectuur’ betreft, wordt vastgesteld dat dit stuk geen prijzen van de inschrijvers bevat, zodat de motivering van de verwerende partij om ook dit stuk als vertrouwelijk neer te leggen, op het eerste gezicht niet lijkt op te gaan. Het lichten van de vertrouwelijkheid van dit stuk lijkt evenwel in de huidige stand van de zaak niet vereist, nu de geraamde eenheidsprijzen voor de kwestieuze post 54.32 ook in stuk 12 ‘Niet-vertrouwelijke vergelijkende tabel’ zijn opgenomen.

In elk geval belet het vertrouwelijk karakter van de neergelegde stukken de Raad van State niet deze bij zijn beoordeling van de aangevoerde middelen te betrekken.

8. In de huidige stand van het geding lijken er bijgevolg geen redenen om de vertrouwelijkheid te lichten van de als vertrouwelijk aangemerkte stukken.

VI. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

9. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, gelezen in samenhang met de artikelen 15 en 31 van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’ (hierna: rechtsbeschermingswet), moet enkel worden onderzocht of in de voorliggende vordering tot schorsing die is ingesteld volgens de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid wordt aangevoerd.

VII. Ontvankelijkheid van de vordering in zaak II

10. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om uitspraak te doen over de door de verwerende partij in deze zaak opgeworpen ontvankelijkheidsexceptie. Een onderzoek van en een uitspraak over die exceptie zou alleen nodig zijn indien de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

VIII. Onderzoek van de middelen in de beide zaken

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

11. De verzoekende partij voert in zaak I de schending aan van de rechtsbeschermingswet, in het bijzonder de artikelen 2, 4, 8, 15, 23 en 24, het zorgvuldigheidsbeginsel en “het rechtsstaatsbeginsel”,

“Doordat de stad Diksmuide met een op 17 januari 2024 gedateerde brief met kenmerk TD/KC.2024-003 die op 17 januari 2024 elektronisch werd ondertekend door de burgemeester en op 18 januari 2024 elektronisch werd ondertekend door de algemeen directeur en die op 18 januari 2024 per e-mail en op 19 januari 2024 per aangetekende post werd verstuurd aan de verzoekende partij, [...] mededeling [deed] van niet-gunning aan de verzoekende partij van de bouw van een evenementenhal;

Dat voornoemde mededeling stelt dat: ‘het college van burgemeester en schepenen bovengenoemde opdracht op 16/01/2024 aan Vuylsteke-Eiffage nv [...] heeft gegund. Als bijlage bezorgen wij u de gemotiveerde beslissing van 9/01/2024.

Dat de beslissing van 16 januari 2024 klaarblijkelijk de gemotiveerde gunningsbeslissing moet zijn; doch dat deze niet werd overgemaakt;

Dat wat de gemotiveerde beslissing van 9 januari 2024 wordt genoemd geen gemotiveerde beslissing is van de aanbestedende overheid, maar het verslag van nazicht van de offertes, opgesteld door de ontwerper [...], waarin deze aan de aanbestedende overheid voorstelt om de opdracht te gunnen aan Vuylsteke-Eiffage;

Terwijl de aanbestedende instantie wanneer ze een opdracht gunt een gemotiveerde beslissing moet opstellen en [...] zij onmiddellijk na het nemen van de gemotiveerde gunningsbeslissing daarvan kennis moet geven aan elke inschrijver die niet gekozen is; Dat de gemotiveerde beslissing de juridische en feitelijke motieven van de beslissing van de aanbestedende instantie moet opgeven;

Dat de gemotiveerde gunningsbeslissing die de geselecteerde inschrijvers van een regelmatige offerte ontvangen voldoende informatie moet bevatten om de juistheid van de rangschikking en de gunningsbeslissing te kunnen onderzoeken;

Zodat het niet meedelen van de gemotiveerde gunningsbeslissing van 16 januari 2024 en het meedelen van het voorstel van de ontwerper, niet voldoen aan de vereisten van [...] kennisgeving [in] de wet, wat onzorgvuldig is en tevens de verzoekende partij verhindert om accuraat haar rechten te verdedigen, derhalve de verwerende partij moet verboden worden om onder verbeurte van een dwangsom na verloop van 15 dagen van de kennisgeving die niet in overeenstemming is met de wet de overeenkomst af te sluiten.”

De verzoekende partij voert in zaak II de schending aan van de artikelen 2, 4, 5, 8 en 9/1 van de rechtsbeschermingswet en het zorgvuldigheidsbeginsel.

Zij voegt ten opzichte van zaak I het volgende toe:

“Dat de raadsman van de stad Diksmuide met een e-mailbericht d.d. 5 februari 2024 de gunningsbeslissing uiteindelijk heeft overgemaakt aan de raadsman van verzoekende partij; Dat de voornoemde kennisgeving evenwel niet door de bevoegde aanbestedende overheid werd meegedeeld aan verzoekende partij;

Dat de gunningsbeslissing bovendien zonder gemotiveerd gunningsverslag werd meegedeeld aan verzoekende partij, terwijl de gunningsbeslissing nochtans uitdrukkelijk vermeldt dat het gunningsverslag integraal deel zou uitmaken van de beslissing;

Dat dergelijke kennisgeving dan ook niet voldoet aan de bepalingen van de Rechtsbeschermingswet;

Terwijl [...]

Dat voormelde bepalingen van de Rechtsbeschermingswet van 17 juni 2013 erop gericht zijn om de niet-gekozen inschrijver in staat te stellen zich met kennis van zaken tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht ter beschikking stelt;

Dat nergens uit de wet blijkt dat de kennisgeving voorgeschreven door de Rechtsbeschermingswet van 17 juni 2013 kan worden gedelegeerd;

Zodat de kennisgeving door de raadsman van de verwerende partij, zonder het bijvoegen van het gunningsverslag, niet voldoet aan de informatieverplichtingen voorgeschreven door de Rechtsbeschermingswet, hetgeen onzorgvuldig is en tevens de verzoekende partij verhindert om accuraat haar rechten te verdedigen, derhalve de verwerende partij moet verboden worden om - onder verbeurte van een dwangsom - na verloop van 15 dagen van de kennisgeving die niet in overeenstemming is met de wet de overeenkomst af te sluiten.”

De verzoekende partij licht hierbij onder meer nog het volgende toe:

“Een motivering door verwijzing naar andere stukken is enkel een afdoende motivering indien de inhoud van het stuk waarnaar wordt verwezen aan de bestuurde ter kennis is gebracht, dit stuk zelf afdoende gemotiveerd is, de daarin vervatte voorstellen of adviezen in de uiteindelijke beslissing worden bijgevalen, en er geen tegenstrijdige adviezen zijn. [...]

Hierbij kan er niet zomaar van worden uitgegaan dat het verslag van nazicht van offertes waarnaar wordt verwezen in de gunningsbeslissing, het verslag van nazicht van offertes d.d. 9 januari 2024 [...] betreft dat initieel werd overgemaakt, nu de beslissing en het verslag niet gelijktijdig werden overgemaakt.

[...]

Bovendien blijkt uit de meegedeelde gunningsbeslissing niet duidelijk dat het verslag van nazicht waarnaar wordt verwezen effectief wordt bijgevalen door de beslissende overheid, hetgeen eveneens een voorwaarde betreft om te kunnen motiveren door middel van verwijzing.[...]

Zo wordt in de uiteindelijke beslissing enkel aangegeven dat ‘goedkeuring’ wordt verleend ‘aan het verslag van nazicht van de offertes, opgesteld door de ontwerper [...]’ en dat het verslag van nazicht van de offertes in bijlage ‘integraal deel uit(maakt) van deze beslissing’. Er wordt niet aangegeven of de motieven die in dit verslag zijn opgenomen worden aanvaard en meer bepaald of dit verslag effectief al dan niet wordt bijgevalen.

Sterker nog, de (gebeurlijke) motivering uit het verslag wordt zelfs niet in de tekst van de gunningsbeslissing vermeld of overgenomen. Enkel de aangewende offerteprijzen worden vermeld, zonder dat hierbij enige uitleg wordt gegeven over het verschil in de prijzen, noch over het verschil tussen de verkregen offerteprijs van Vuylsteke-Eiffage ‘na de prijscontrole en invulling leemtes’ en het uiteindelijke gunningsbedrag.”

Beoordeling

12. Artikel 8, § 1, van de rechtsbeschermingswet luidt:

“Onmiddellijk na het nemen van de gemotiveerde gunningsbeslissing deelt de aanbestedende instantie het volgende mee:

[...]

3° aan elke inschrijver van wie de offerte niet is gekozen en aan de gekozen inschrijver, de gemotiveerde beslissing.

De mededeling omvat in voorkomend geval eveneens:

1° de nauwkeurige vermelding van de exacte duur van de termijn bedoeld in artikel 11, eerste lid;

2° de aanbeveling om de aanbestedende instantie binnen diezelfde termijn per fax, e-mail of, in voorkomend geval, via de elektronische platformen bedoeld in artikel 14, § 7, van de wet inzake overheidsopdrachten of via de

elektronische communicatiemiddelen bedoeld in artikel 32 van de wet betreffende de concessies, te verwittigen indien de belanghebbende een vordering tot schorsing indient overeenkomstig artikel 15; 3° het faxnummer of het elektronisch adres waarnaar de in artikel 11, derde lid, bedoelde verwittiging kan worden verzonden.”

Artikel 9/1 van dezelfde wet luidt:

“§ 1. De aanbestedende instantie doet onmiddellijk de in de artikelen 7, 8 en 9 bedoelde mededelingen per fax, per e-mail of via de elektronische platformen bedoeld in artikel 14, § 7, van de wet inzake overheidsopdrachten of de elektronische communicatiemiddelen bedoeld in artikel 32 van de wet betreffende de concessies en, dezelfde dag, per aangetekende zending.

§ 2. De in paragraaf 1 bedoelde mededelingen bevatten de rechtsmiddelen, de termijnen ervan en de bevoegde instanties en dit minstens via een uitdrukkelijke verwijzing naar de artikelen 14, 15, 23 en 24.

Indien deze gegevens ontbreken, neemt de in artikel 23, § 2, bedoelde termijn voor het instellen van het verhaal tot vernietiging, een aanvang vier maanden nadat de gemotiveerde beslissing is meegedeeld.”

De verzoekende partij voert in essentie een gebrek in de kennisgeving van de gemotiveerde gunningsbeslissing aan. De beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de stad Diksmuide van 16 januari 2024, waarbij goedkeuring wordt verleend aan het gunningsverslag en dat als bijlage integraal deel uitmaakt van de beslissing, werd immers pas op 5 februari 2024 – dit is na het indienen van het verzoekschrift in zaak I – met een e-mailbericht van de raadsman van de verwerende partij en “niet door de bevoegde aanbestedende overheid” aan de verzoekende partij meegedeeld.

13. Met de verwerende partij wordt vastgesteld dat de verzoekende partij geen belang heeft bij het middel in zoverre een gebrek in de kennisgeving van de gemotiveerde gunningsbeslissing wordt aangevoerd.

Een gebrek in de kennisgeving “na het nemen van de gemotiveerde gunningsbeslissing” tast immers de rechtmatigheid van de gunningsbeslissing zelf niet aan.

Voorts lijkt dat te dezen het normdoel van de kennisgevingsplicht werd bereikt.

Met de kennisgevingsbrief van 17 januari 2024, waarbij het gunningsverslag en de bijlagen werden meegedeeld, alsook de overige mededelingen als bedoeld in de artikelen 8, § 1, en 9/1, § 2, van de rechtsbeschermingswet, werd de verzoekende partij wel degelijk op de hoogte gebracht van het bestaan van de bestreden beslissing tot gunning van de opdracht aan een andere inschrijver en van de motieven daarvoor. De verwerende partij lijkt zich in de (nadien meegedeelde) gunningsbeslissing te beperken tot een verwijzing naar het gunningsverslag en dus niet op andere motieven te steunen dan die welke zijn opgenomen in het gunningsverslag en zijn bijlagen.

De verzoekende partij heeft onmiddellijk, op grond van de kennisgeving van 17 januari 2024, een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid ingesteld tegen de gunningsbeslissing van het college van burgemeester en schepenen van de stad Diksmuide van 16 januari 2024, die zij in haar stukkenbundel aanduidt als “niet meegedeeld”.

Overigens blijkt niet dat de verzoekende partij zelf enige inspanning heeft gedaan om voorafgaand aan het instellen van de vordering in zaak I een afschrift van de gunningsbeslissing op te vragen bij de verwerende partij.

14. Uit de omstandigheid dat in de gunningsbeslissing “goedkeuring” wordt verleend aan het gunningsverslag, dat “integraal deel uit[maakt] van deze beslissing”, kan wel degelijk worden afgeleid dat in de gunningsbeslissing de motieven opgenomen in het gunningsverslag worden aanvaard en het verslag wordt bijgevalen. Anders dan de verzoekende partij stelt in zaak II, lijkt aldus te zijn voldaan aan de motivering “door middel van verwijzing”, en ligt geen schending van de formele motiveringsplicht voor.

Voor zover de verzoekende partij in zaak II ook nog aanvoert dat de gunningsbeslissing zoals meegedeeld op 5 februari 2024 blijkt te zijn opgemaakt op 29 januari 2024, en pas werd ondertekend door de algemeen directeur op 31 januari 2024, wordt de verwerende partij op het eerste gezicht bijgevalen waar zij stelt dat de collegebeslissing dateert van 16 januari 2024,

terwijl enkel het eensluidend uittreksel uit het notulenboek van het college later werd opgemaakt en ondertekend door de algemeen directeur.

15. De verzoekende partij voert in het eerste middel de schending aan van nog andere bepalingen van de rechtsbeschermingswet, van het zorgvuldigheidsbeginsel en het rechtsstaatsbeginsel, maar in de toelichting besteedt zij hieraan geen bijzondere aandacht. Er dient dan ook niet nader op die andere bepalingen en beginselen te worden ingegaan.

16. Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

17. De verzoekende partij voert in een tweede middel de schending aan van de rechtsbeschermingswet, “[in het bijzonder de] artikelen 2, 4, 8, 15, 23 en 24”, het transparantiebeginsel, het motiveringsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het verbod van willekeur,

“Doordat de verwerende partij voorhoudt dat de gemotiveerde beslissing het voorstel is dat door de ontwerper op 9 januari 2024 werd gedaan;

Dat volgens dat verslag en de bijlage bij dat verslag, de werken door de verwerende partij geraamd werden op 7.301.314,89€; Dat het bedrag van de inschrijving van de verzoekende partij en [dat] van de nv Vuylsteke zonder enige motivering of uitleg verschilt, naargelang het stadium van de procedure;

Dat de verzoekende partij ingeschreven heeft voor een bedrag van 6.397.708,99€; Dat dit bedrag na rekenkundig nazicht door de ontwerper onveranderd is gebleven; Dat evenwel in de ‘finale rangschikking’ dat bedrag zonder enige uitleg werd opgetrokken tot 6.658.201,35€;

Dat Vuylsteke ingeschreven heeft voor een bedrag van 6.195.239,99€; Dat na het rekenkundig nazicht van de offerte van Vuylsteke de ontwerper het bedrag van de inschrijving verhoogt met 148.169,97€ tot 6.343.409,96€, zonder transparant uit te leggen hoe hij aan dat bedrag komt; Dat in de ‘finale rangschikking’ het bedrag van de inschrijving van Vuylsteke weerom zonder transparante uitleg 6.613.892,64€ wordt; Dat uiteindelijk wordt voorgesteld om aan Vuylsteke te gunnen voor 6.600.121,26€;

Dat de ontwerper in zijn verslag van 9 januari 2024 melding maakt van een reeks materiële fouten in de offerte van Vuylsteke; Dat de ontwerper stelt dat hij die materiële fout zelf heeft rechtgezet door alle artikels van de

rubriek 54.32 te vermenigvuldigen met een factor 10;

Dat de verzoekende partij met een e-mail en een aangetekende brief van 29 januari 2024 om uitleg verzoekt, waarbij nadrukkelijk wordt gesteld dat de materiele vergissing waarvan sprake op grond van de meegedeelde informatie niet kan worden geverifieerd; Dat in antwoord daarop de directeur ruimte met een e-mail van 1 februari 2024 een Excel-bestand meedeelt, dat niet bij het verslag van 9 januari 2024 gevoegd was en waaruit zou moeten blijken dat het om een loutere kommafout zou gaan die voor verbetering in aanmerking kwam; doch dat die bewering niet zonder meer uit de meegedeelde tabel blijkt;

Terwijl de gunningsbeslissing in rechte en in feite moet gemotiveerd zijn;

Dat de rangschikking op basis van het inschrijvingsbedrag en de wijziging van de inschrijvingsbedragen duidelijk en transparant moeten zijn; Dat de wijze waarop de ontwerper de inschrijvingsbedragen aanpast niet voldoet aan de motiveringsvereiste van de wet;

Dat een onduidelijke uitleg die niet in dat verslag opgenomen is daar niets aan wijzigt;

Dat bij de wijziging van inschrijvingsbedragen met de nodige omzichtigheid, zorgvuldig en transparant moet omgegaan worden; Dat niet gepeild is naar de werkelijke bedoeling van de inschrijver; dat er geen globale analyse geweest is van de offerte; dat die niet vergeleken is met andere offertes of marktprijzen; dat de inschrijver ook niet gevraagd is om zijn offerte te verduidelijken; dat zelfs op vraag van de verzoekende partij de oorspronkelijke offerte niet overgelegd is samen met de duidelijk identificeerbare rechtzettingen, die zo zijn aangebracht dat de oorspronkelijke gegevens zichtbaar blijven;

Dat een rangschikking en niet transparant uitgelegde wijziging van de inschrijvingsbedragen niet enkel de offertes onzorgvuldig behandelen en vergelijken, maar ook een schijn van willekeur geven aan de beoordeling.”

Zij licht het middel onder meer toe als volgt:

“De ontwerper stelt [in het gunningsverslag] wel dat hij uit de vergelijking met de ramingsprijs en het getrimd gemiddelde afleidt dat de prijzen van Vuylsteke niet kunnen kloppen. Hij legt dat niet verder uit. Hieruit leidt hij af dat de inschrijver de komma verkeerd geplaatst heeft, wat volgens hem een materiële fout is. Dat zijn losse beweringen die niet gestaafd worden. Er is geen zorgvuldig onderzoek gedaan [...]. Het bestek voorziet bijvoorbeeld voor het onderzoek van de prijzen expliciet een contact met de inschrijver (nr. 9.4). Dat is niet gebeurd. De offerte kan even goed onregelmatig zijn.

[...] Zoals in het middel opgemerkt worden de inschrijvingsprijzen door de ontwerper eenzijdig en zonder uitleg gewijzigd. De prijzen na opening zijn deze die voorkomen in de inschrijvingen. De ontwerper doet dan een rekenkundige controle. Hier blijft de inschrijvingsprijs van de verzoekende partij ongewijzigd, maar wordt deze van Vuylsteke aanzienlijk verhoogd. In de finale rangschikking verandert dat bedrag dan weer voor alle

inschrijvers, waardoor het inschrijvingsbedrag van Vuylsteke boven het inschrijvingsbedrag na opening van de verzoekende partij komt te liggen. Met dergelijk cijferwerk is de rangschikking niet gemotiveerd. Het proces van de wijziging van de cijfers is in al zijn onderdelen niet transparant.”

De verzoekende partij voert in zaak II de schending aan van de artikelen 2, 4, 5 en 8 van de rechtsbeschermingswet, artikel 34 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurs-handelingen’ (hierna: motiveringswet), het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel zoals vervat in artikel 4 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel.

Zij voegt ten opzichte van zaak I voornamelijk het volgende toe:

“Doordat [...]

Dat er tot slot geen enkele duidelijke toelichting werd gegeven over het finale gunningsbedrag, noch in het verslag van nazicht van offertes d.d. 9 januari 2024 noch in de uiteindelijke gunningsbeslissing;

Terwijl de gunningsbeslissing in rechte en in feite moet gemotiveerd zijn;

Dat een motivering door verwijzing naar andere stukken een afdoende motivering is enkel wanneer de inhoud van het stuk waarnaar wordt verwezen aan de bestuurde ter kennis is gebracht, dit stuk zelf afdoende is gemotiveerd, de daarin vervatte voorstellen of adviezen in de uiteindelijke beslissing worden bijgevalen en er geen tegenstrijdige adviezen zijn;

Dat de rangschikking op basis van het inschrijvingsbedrag en de wijziging van de inschrijvingsbedragen duidelijk en transparant moeten zijn zeker wanneer de opdracht wordt gegund aan de laagste regelmatige offerte en wanneer de prijs het enige gunningscriterium is; Dat de wijze waarop de ontwerper de inschrijvingsbedragen aanpast niet voldoet aan de motiveringsvereiste van de wet;

Dat een onduidelijke uitleg die overigens niet in het verslag van nazicht van offertes d.d. 9 januari 2024 noch in de uiteindelijke gunningsbeslissing is opgenomen daar niets aan wijzigt;

[...]

Dat een rangschikking en niet transparant uitgelegde wijziging van de inschrijvingsbedragen niet enkel de offertes onzorgvuldig behandelen en vergelijken, maar ook een schijn van [partijdigheid] geven aan de beoordeling; Dat de partijen dan ook niet gelijk werden behandeld gedurende de gehele aanbestedingsprocedure.”

De verzoekende partij licht het middel onder meer als volgt toe:

“Uitgangspunt in deze is dat een inschrijver in de eerste plaats zelf verantwoordelijk is om zijn offerte correct op te stellen en dus voor de door hem gemaakte fouten. In die context moet de beweerde materiële fout – in wezen een verschrijving bij de materiële verrichtingen die gepaard gaan met het opstellen van de offerte – dan ook een onbetwistbaar en zeer apert karakter moet hebben.”

Zij herhaalt dat de bewering in het gunningsverslag, dat het verkeerd plaatsen van een komma een materiële fout is, niet wordt gestaafd. Voorts stelt zij:

“De nadere toelichting dan wel het Excel-bestand, dat niet bij het verslag van 9 januari 2024 (noch bij de uiteindelijke beslissing) gevoegd was, maar slechts post factum werd meegedeeld, tonen evenmin aan dat het om een loutere kommafout zou gaan die voor verbetering in aanmerking kwam. Bovendien blijkt hier evenmin uit dat de betrokken posten samen ca. 12% van de ramingsprijs zouden uitmaken en ca. 14% van het getrimd gemiddelde. Dit wordt niet zo aangegeven in het Excel-bestand. Hierin wordt enkel gesproken van de ‘afwijking (van de inschrijving) t.o.v. raming’, de ‘afwijking (van de inschrijving) t.o.v. gemiddelde’ en de ‘afwijking (van de inschrijving) t.o.v. het getrimd gemiddelde’, zowel voor en na verbetering. Dit bestand kan dan ook niet nuttig worden aangewend als onderliggende motivering voor de verklaringen in het verslag van nazicht van [de] offertes. [...]

De motivering vermeld in het verslag van nazicht van [de] offertes wordt aldus niet bevestigd door de (beweerde) onderliggende stukken.

[...] Noch uit het verslag van nazicht van [de] offertes, noch uit het Excel-bestand blijkt dat is gepeild naar de werkelijke bedoeling van de inschrijver. Zo blijkt niet dat er een globale analyse is geweest van de offerte of dat deze offerte is vergeleken met andere offertes of marktprijzen. In die omstandigheden is kennelijk onzorgvuldig dat aan de inschrijver niet werd gevraagd om zijn offerte te verduidelijken.

Dit geldt des te meer nu de prijs het enige gunningscriterium betreft en er sprake is van een klein verschil tussen de eerste en de tweede gerangschikte. Bovendien blijkt de betrokken post 2,49% van het inschrijvingsbedrag uit te maken, hetgeen een niet onbelangrijk aandeel betreft.”

De verzoekende partij herhaalt voorts dat de inschrijvingsprijzen door de ontwerper eenzijdig en zonder uitleg werden gewijzigd. Zij vervolgt:

“De prijzen na opening zijn deze die voorkomen in de inschrijvingen. De ontwerper doet dan een rekenkundige controle. De inschrijvingsprijs van de verzoekende partij blijft hierna ongewijzigd, maar deze van Vuylsteke - Eiffage (d.i. de uiteindelijke begunstigde) wordt aanzienlijk verhoogd ten opzichte van de offerte bij opening:

[...]

In de finale rangschikking verandert dat bedrag dan weer voor alle inschrijvers, waardoor de totale offerteprijs van Vuylsteke - Eiffage boven het inschrijvingsbedrag na opening van de verzoekende partij komt te liggen (!).

[...]

Tenslotte verschilt het finale gunningsbedrag (6.600.121,26 euro) nog van het bedrag vermeld in de ‘finale rangschikking’ (6.613.892,64 euro), zonder dat dit wordt gemotiveerd.

[...]

Nochtans blijkt uit hetzelfde verslag van nazicht van offertes dat ‘de gecorrigeerde nagerekende hoeveelheden en/of leemtes’ reeds werden verrekend in de finale rangschikkingstabel onder ‘6. Vergelijking van de offertes en voorstel tot gunning’. Zo wordt onder ‘5.2.3 nazicht van de opmerkingen’, respectievelijk ‘5.2.4 nazicht van de leemtes en hoeveelheidswijzigingen’ verwezen naar onderdeel ‘6’ ‘voor de aangepaste rangschikkingstabel van de offertes met de gecorrigeerde hoeveelheden in min/in meer na nazicht van de opmerkingen en leemtes’.

Er blijkt aldus geen enkele verklaring te zijn voor het verschil tussen de totale offerteprijs van begunstigde Vuylsteke - Eiffage, zoals vermeld in de finale rangschikking, en het uiteindelijke gunningsbedrag.

Met dergelijk cijferwerk is de rangschikking niet gemotiveerd. Het proces van de wijziging van de cijfers is in al zijn onderdelen niet transparant.”

Ten slotte verwijst de verzoekende partij nog naar bijlage 1 bij het gunningsverslag van 9 januari 2024, dat betrekking heeft op de verbetering van hoeveelheden en aanvulling van leemtes. Zij stelt:

“In voormelde bijlage wordt op geen enkele wijze aangetoond welke bijkomende prijzen er nu worden aangerekend bij de offerteprijs van onderneming Vuylsteke - Eiffage. Er wordt louter verwezen naar de toepassing van een ‘leemteformule’.

Ondanks bovenstaande vaststellingen heeft de verwerende partij de in het verslag van nazicht vastgestelde cijfers zonder meer overgenomen in haar gunningsbesluit, zonder een eigen beoordeling te maken.

[...]

Ondanks het feit dat de zogenaamde leemtes al zouden zijn verwerkt in het eerste bedrag (d.i. 6.613.892,64 euro), wordt aldus een verschillend gunningsbedrag opgegeven (6.600.121,26 euro), zogezegd (opnieuw) ‘na verwerking van de leemtes’. Dit kan duidelijk niet kloppen. Desondanks wordt dit zomaar door de verwerende partij overgenomen.”

Beoordeling

Wat de vaststelling van de materiële fout betreft

19. Op grond van artikel 34, § 2, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 verbetert de aanbestedende overheid “rekenfouten en zuiver materiële fouten in de offertes”. Met “zuiver materiële fouten” wordt in principe een verschrijving of een vergissing bedoeld, begaan bij de materiële verrichtingen die gepaard gaan met het opstellen van een offerte zoals het uitschrijven, invullen en overbrengen van cijfergegevens. Het betreft dus fouten waaromtrent er nauwelijks discussie is.

Omdat de verbetering van een ontdekte materiële fout een afwijking inhoudt van het beginsel van de onveranderlijkheid van de offertes na het indienen ervan, moet het begrip “zuiver materiële fouten in de offertes” weliswaar strikt worden geïnterpreteerd. Het lijkt evenwel niet vereist dat de verschrijving of vergissing noodzakelijk moet blijken uit de offerte zelf. Essentieel lijkt wel dat de vergissing duidelijk tot gevolg heeft dat een resultaat in de offerte wordt bereikt dat in strijd is met “de werkelijke bedoeling” van de inschrijver.

Bij het beoordelen of er sprake is van een zuiver materiële fout in de zin van het voormelde artikel 34, § 2 beschikt de aanbestedende overheid over een beoordelingsruimte om uit te maken of, in het licht van de omstandigheden, het al dan niet aannemelijk is dat er sprake is van een dergelijke 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 mag desgevraagd wel nagaan of de beslissing op in rechte en in feite aanvaardbare motieven is gesteund en of deze voortvloeien uit een zorgvuldig onderzoek, en of deze beoordeling binnen de perken van de redelijkheid blijft.

20. Luidens het gunningsverslag heeft de verwerende partij een materiële fout in de offerte van de nv Vuylsteke - Eiffage vermoed na vergelijking van de eenheidsprijzen opgegeven voor post 54.32, enerzijds met de

eenheidsprijzen in de raming, en anderzijds met de eenheidsprijzen hiervoor opgegeven door de andere inschrijvers, aan de hand van het zogenaamd “getrimd gemiddelde”. Aangezien de totaalprijs voor deze post 54.32 in de offerte van de nv Vuylsteke -Eiffage ongeveer 12 % bedroeg van de raming, en ongeveer 14 % van het getrimde gemiddelde, is het luidens het gunningsverslag duidelijk dat deze cijfers niet kloppen en de inschrijver de komma verkeerd heeft geplaatst.

De Excel-tabel die met een e-mailbericht van 1 februari 2024 aan de verzoekende partij werd bezorgd, lijkt deze vaststelling te bevestigen. Daaruit blijkt dat de totaalprijs voor post 54.32 in de offerte van de nv Vuylsteke - Eiffage 88 % lager ligt ten opzichte van de ramingsprijs en 87 % lager ten opzichte van het gemiddelde en het getrimde gemiddelde. Na de verbetering door het verplaatsen van de komma, ligt de totaalprijs voor de betrokken post 16 % hoger ten opzichte van de ramingsprijs, 8 % hoger dan het gemiddelde en 6 % hoger ten opzichte van het getrimde gemiddelde. De verwerende partij merkt in haar nota terecht op dat daardoor de afwijkingen ten opzichte van de raming en de gemiddelde prijzen “normaal” zijn.

Zoals de verzoekende partij zelf stelt, mag een materiële fout worden afgeleid uit een globale lezing van de betrokken offerte of uit de vergelijking met de andere inschrijvers. Uit de voornoemde Excel-tabel blijkt inderdaad dat de prijsverschillen apert zijn. Uit de ‘Vertrouwelijke vergelijkende tabel’, vertrouwelijk stuk dat de Raad van State heeft kunnen inzien, blijkt uit de vergelijking van de grootte-orde van de cijfers des te meer dat een materiële fout lijkt te zijn gebeurd door het verkeerd plaatsen van een komma.

21. De omstandigheid dat de voornoemde vergelijkende tabellen *post factum* zouden zijn opgemaakt, lijkt op het eerste gezicht niet relevant te zijn. De inhoud van deze tabellen bevestigt het motief dat reeds in het gunningsverslag wordt weergegeven.

Ook de vraag of post 54.32, die 2,49 % uitmaakt van de totaliteit van alle posten, al dan niet als een verwaarloosbare post moet worden beschouwd, lijkt in de voornoemde context op het eerste gezicht niet relevant.

22. Voor zover de verzoekende partij ter terechtzitting voor het eerst erop wijst dat blijkens stuk 12 ‘Niet-vertrouwelijke vergelijkende tabel’, de eenheidsprijs opgegeven door de nv Vuylsteke - Eiffage voor post 54.32.14.1, na de doorgevoerde verbetering, een afwijking van 827 % ten opzichte van de raming vertoont, is deze kritiek laattijdig aangevoerd en dus niet ontvankelijk. Zij had immers reeds bij het indienen van haar verzoekschrift in zaak I kennis van dit stuk waarin dit percentage wordt weergegeven.

Ten overvloede lijkt op het eerste gezicht te moeten worden afgeleid dat de prijs die voor die subpost door de nv Vuylsteke - Eiffage was opgegeven, inderdaad ten onrechte lijkt te zijn verbeterd. Zoals de verwerende partij evenwel terecht in haar nota als exceptie opwerpt ten aanzien van alle verbeteringen, zou de offerteprijs van de gekozen inschrijver zonder deze verbeteringen “in méér” nog goedkoper zijn geweest, zodat de verzoekende partij geen belang heeft bij deze kritiek. Voor zover de verzoekende partij voor het eerst ter terechtzitting stelt dat, als er geen sprake is van een materiële fout, er dan sprake is van abnormale prijzen en een prijsonderzoek had dienen te gebeuren, is ook dit argument laattijdig aangevoerd en bijgevolg niet ontvankelijk.

23. Uit wat voorafgaat volgt dat, anders dan de verzoekende partij stelt, het vermoeden van een materiële fout, die aanleiding heeft gegeven tot de verbetering van de offerte van de nv Vuylsteke - Eiffage door het vermenigvuldigen van de eenheidsprijzen van post 54.32 met factor 10, zoals gemotiveerd in het gunningsverslag, lijkt te worden bevestigd in de “onderliggende stukken”.

De verwerende partij maakt voorts aannemelijk dat zij de nv Vuylsteke - Eiffage hierover niet diende te bevragen, “omdat de kommafout zo apert was”.

Wat de opeenvolgende offertebedragen betreft

24. Volgens de verzoekende partij werden de inschrijvingsprijzen eenzijdig en zonder uitleg gewijzigd. Zij benadrukt dat in de finale rangschikking het offertebedrag voor alle inschrijvers opnieuw wijzigt, waardoor de totale offerteprijs van de nv Vuylsteke - Eiffage zelfs boven het inschrijvingsbedrag na opening van de verzoekende partij komt te liggen.

25. De verwerende partij lijkt op het eerste gezicht te kunnen worden bijgevallen waar zij stelt dat in het gunningsverslag de opeenvolgende stappen in de beoordeling van de offertes zijn gevolgd, zoals bepaald in “de regelgeving op de overheidsopdrachten”.

In een eerste stap worden de offertebedragen genoteerd bij opening van de offertes.

In een tweede stap worden de bedragen genoteerd na onderzoek van de rekenkundige en materiële fouten. In de offerte van de nv Vuylsteke - Eiffage lijkt daarbij terecht, zoals hoger beoordeeld (overweging 20), een materiële fout te zijn verbeterd. Blijkens het gunningsverslag, onder punt 5.2.2 ‘rekenkundig nazicht’, worden daarbij ook rekenfouten en materiële fouten in de offertes van de andere inschrijvers verbeterd.

In een derde stap worden de offertebedragen aangepast, na verbetering en, in voorkomend geval, na aanvaarding van de hoeveelheden en leemtes die door de inschrijvers overeenkomstig artikel 79, § 2, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 zijn opgegeven, namelijk voor 1° de fouten die de inschrijver ontdekt in de forfaitaire hoeveelheden, 2° de fouten die de inschrijver ontdekt in de vermoedelijke hoeveelheden waarvoor de opdrachtdocumenten een dergelijke verbetering toelaten en op voorwaarde dat de voorgestelde verbetering minstens tien percent in meer of in min van de hoeveelheid van de post in kwestie bedraagt, en 3° de leemten in de samenvattende opmeting of inventaris. Deze verbeteringen zijn opgelijst in bijlage 1 ‘Nazicht van de offertes’ opgesteld door

het architectenbureau en gevoegd bij het gunningsverslag. De verzoekende partij voert tegen de aldaar gemaakte opmerkingen geen enkele kritiek aan. Zij lijkt eraan voorbij te gaan aan artikel 86 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 waarin de wijze wordt omschreven waarop de aanbestedende overheid met de verbeteringen (verhoging of verlaging van de hoeveelheid) en leemten moet omgaan, en die de verwerende partij te dezen op het eerste gezicht lijkt te hebben toegepast.

Deze stappen hebben geleid tot de finale rangschikking van de offertes. De verwerende partij maakt in haar nota aannemelijk dat het bedrag van de offerte van Vuylsteke - Eiffage in deze finale rangschikking niet overeenstemt met het uiteindelijke gunningsbedrag aangezien, overeenkomstig artikel 86, §1, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, voor de rangschikking de door de aanbestedende overheid aanvaarde vermindering van hoeveelheden enkel worden toegepast op de offerte van de inschrijver die de vermindering heeft voorgesteld terwijl voor het bepalen van het gunningsbedrag daarentegen alle door de inschrijvers voorgestelde verminderingen wel dienen te worden verrekend. Het zijn immers deze hoeveelheden die werkelijk zullen worden uitgevoerd en door de verwerende partij zullen worden betaald.

26. De verwerende partij lijkt op het eerste gezicht terecht te stellen dat het offertebedrag van de verzoekende partij op geen enkel moment de laagste is geweest. De offertebedragen die telkens op een ander moment in de procedure worden vastgesteld, kunnen uiteraard niet met elkaar worden vergeleken, zoals de verzoekende partij doet.

Conclusie

27. Uit al het voorgaande volgt op het eerste gezicht dat de verzoekende partij niet aantoont dat de bestreden beslissing niet afdoende zou zijn gemotiveerd of met schending van artikel 34 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 zou zijn genomen. Wat de aangevoerde schending van de formele motiveringsplicht betreft, geput uit de motiveringswet en artikel 4 van de

rechtsbeschermingswet, lijkt het middel op het eerste gezicht niet ontvankelijk, nu niet blijkt dat of hoe de verzoekende partij te dezen nog nader ingelicht had moeten worden dan zij te dezen reeds is geweest.

De verzoekende partij voert in het tweede middel de schending aan van nog andere bepalingen van de rechtsbeschermingswet, van het gelijkheids- en transparantiebeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel, maar in de toelichting besteedt zij hieraan geen bijzondere aandacht. Er dient dan ook niet nader op die andere bepalingen en beginselen te worden ingegaan.

28. Gelet op het feit dat de in het middel aangevoerde kritieken niet ernstig worden bevonden, komt een onderzoek van en een uitspraak over het belang bij het middel, zoals in meerdere excepties opgeworpen door de verwerende partij, als overbodig over.

IX. Besluit

29. Geen van beide middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid en de vordering tot het horen opleggen van voorlopige maatregelen onder verbeurte van een dwangsom worden dan ook verworpen.

BESLISSING

1. De zaken A. 241.091/XII-9463 en A. 241.290/XII-9.468 worden gevoegd, wat de vorderingen tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid betreft.

2. De Raad van State verworpt de vorderingen.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vorderingen tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 400 euro, een bijdrage van 48 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 1540 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op dertien maart tweeduizend vierentwintig,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Patricia De Somere,	staatsraad, waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Patricia De Somere