

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIVe KAMER

A R R E S T

**nr. 261.582 van 29 november 2024
in de zaak A. 243.388/XIV-39.673**

In zake: de NV B.
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Carlos De Wolf
kantoor houdend te 9680 Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Charlotte De Wolf
kantoor houdend te 9000 Gent
Fortlaan 95

tegen:

de GEMEENTE LAARNE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Anthony Poppe
kantoor houdend te 9052 Gent
Bollebergen 2a, bus 20
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

De NV A.
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Isabelle Cooreman
kantoor houdend te 1082 Brussel
Keizer Karellaan 586, bus 9
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 4 november 2024, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[d]e beslissing d.d. 17 oktober 2024 van Verwerende Partij, zijnde: ‘Artikel 3: De opdracht ‘Nieuwbouw basisschool en turnzaal De Windwijzer Kalken:

perceel 1: Ruwbouw, afwerking, infrastructuur en technieken' wordt gegund aan de economisch meest voordelige regelmatige bieder (op basis van de beste prijskwaliteitsverhouding), zijnde [de tussenkomende partij] tegen het nagerekende en verbeterde offertebedrag van € 3.979.981,53 excl. btw of € 4.218.780,42 incl. 6 % btw”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota en een administratief dossier ingediend.

Met een verzoekschrift van 14 november 2024 heeft de nv A. gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 20 november 2024 om 11.00 uur.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Carlos De Wolf, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Anthony Poppe, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Maxim Lecomte, die *loco* advocaat Isabelle Cooreman verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Frederic Eggermont 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 ‘Nieuwbouw basisschool en turnzaal De Windwijzer Kalken: perceel 1: Ruwbouw, afwerking, infrastructuur en technieken’.

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

De opdracht wordt nationaal bekendgemaakt.

3.2. In de bijzondere administratieve bepalingen van het bestek, dat op deze opdracht van toepassing is, zijn de volgende bepalingen in deze zaak relevant:

“1.3.6 Varianten

Artikel 56 wet

Er zijn geen ‘verplichte’ (= vereiste) of ‘facultatieve’ (= toegestane of vrije) varianten.

1.3.7 Opties

Artikel 56 wet, art. 48 KB plaatsing

Het indienen van vrije opties is verboden.”

Ook de volgende bijzondere technische bepalingen van het bestek zijn relevant in deze zaak:

“01.16 SLOPEN VAN OMGEVINGSWERKEN

[...]

01.16.61 Verwijderen van verharding

Deze werken omvatten het verwijderen van een verharding uit steenachtige materialen / niet-gebonden materialen /... volgens de plannen en/of zoals vermeld in de meetstaat.

[...]

Toepassing : volgens de plannen en/of meetstaat

A. Verharding uit beton (+/-55m²)

B. Verharding uit betonklinkers (+/-233m²)

C. Verharding uit betontegels (+/-490m²)

D. Verharding uit KWS (+/-1378m²)

E. Verharding uit niet gebonden materialen (+/-202m²)

Aard van de overeenkomst : Globale Prijs (GP)

Meetwijze : meeteenheid: Som over het geheel

[...]

02.01 VOORAFGAANDE GRONDWERKEN

[...]

02.01.22 Voorafgaande afgraving en afvoeren van de grond buiten de bouwplaats
Deze werken omvatten het uitvoeren van de voorafgaande afgraving en het afvoeren van de grond buiten de bouwplaats.

[...]

Toepassing : volgens de plannen en/of meetstaat

B. Grond geschikt als bodem voor vrij gebruik in de bestemmingstypes II t/m V

Aard van de overeenkomst : Forfaitaire Hoeveelheid (FH)

Meetwijze : meeteenheid: m3

meetcode: netto te verwijderen volume, volgens de bepalingen in de meetstaat.

[...]

10.07 HOUTEN BINNENDEUREN

[...]

10.07.11 Houten binnendeurvleugel bekleed met hardboard

[...]

Akoestische schuifdeuren :

Het betreft voor de wand geplaatste akoestische schuifdeuren :

[...]

Toepassing : volgens plannen en/of meetstaat

[...]

Optionele post : tbv post G

D. Dubbele akoestische deuren

D.1. Dagmaat 2 x 93 x 215 cm

G. Enkele akoestische schuifdeuren

G.1. Dagmaat 150 x 215 cm

Betreft:

[...]

Aard van de overeenkomst : Forfaitaire Hoeveelheid (FH)

Meetwijze : meeteenheid : stuks

meetcode : uit te voeren aantal

[...]

15.05 SCHILDERWERKEN OP HOUT EN HOUTACHTIGE PLATEN

[...]

G. Binnendeuren

[...]

G.1.3. Enkele akoestische schuifdeur, dagmaat 150 x 215 cm, incl. kader

Optionele post : tbv post G.1.3

G.1.4. Dubbele akoestische deuren, dagmaat 2 x 93 x 215 cm, incl. kader

[...].”

3.3. Zeven inschrijvers, waaronder de verzoekende partij en de tussenkomende partij, dienen binnen de gestelde termijn een offerte in.

3.4. De verwerende partij heeft aan de verzoekende partij en aan de tussenkomende partij met een brief van 19 juni 2024 gevraagd om een prijsverantwoording te bezorgen over een aantal posten die “zich abnormaal laag situeren tov een gehanteerde afwijkingsmarge in plus en min (basis gemiddelde

prijzen)”, waaronder, aan de tussenkommende partij, post 278 ‘Verlaagde plafonds – module 600x600mm’ en post 797 ‘Dubbele akoestische deuren – dagmaat 2x93x215cm’.

De tussenkommende partij en de verzoekende partij hebben met een brief van 1 juli 2024 een prijsverantwoording aan de verwerende partij bezorgd.

Met een brief van 30 september 2024 heeft de verwerende partij aan de tussenkommende partij gevraagd om nogmaals een prijsverantwoording te bezorgen over post 278 ‘Verlaagde plafonds – module 600x600mm’, die de tussenkommende partij met een brief van 7 oktober 2024 aan de verwerende partij heeft bezorgd.

3.5. Op 16 oktober 2024 wordt een gunningsverslag opgesteld, waaruit de volgende passages in deze zaak relevant zijn:

“2.3 UITSLAG VAN DE OPENING DER OFFERTES

INSCHRIJVER & RECHTSPERSOONLIJKHEID	OFFERTEPRIJZEN EXCL. BTW
nv A.[tussenkommende partij]	3.992.178,04 € (*)
nv B. [verzoekende partij]	3.972.153,13 €
tm nv P. – nv V.	[...]
nv E.	[...]
nv H.	[...]
nv D.	[...] (**)
tm nv W. – nv G.	[...]

[...]

Opmerking: Materiële fout in de aanbestedingsdocumenten: Verkeerdelijke vermelding ‘Vereiste opties’.

In artikel 10.07 van het bestek ‘Houten Binnendeuren’ (p. 171 gedetailleerde meetstaat) wordt in de basis prijs gevraagd voor enkele houten binnendeuren (p. 83 gedetailleerde meetstaat) terwijl in de vereiste optie prijs gevraagd wordt voor dubbele schuifdeuren.

Een optie is een bijkomend element dat niet strikt noodzakelijk is voor de uitvoering van de opdracht, dat hetzij op vraag van de aanbesteder, hetzij op initiatief van de inschrijver wordt ingediend. Een variante is een alternatieve ontwerp- of uitvoeringswijze die hetzij op vraag van de aanbesteder, hetzij op initiatief van de inschrijver wordt ingediend.

Gezien de zogenaamde ‘vereiste optie’ een alternatieve uitvoering vormt van de post die reeds in de basis samenvattende meetstaat opgenomen is, is er sprake van een ‘vereiste variant’ en dienen de artikelen 81 van de Overheidsopdrachtenwet en

87, § 1, van het KB Plaatsing van 18 april 2017 toegepast te worden. In het geval van vereiste varianten wordt de economisch meest voordelige offerte bepaald op grond van één enkele rangschikking van de basisoffertes en de variantenoffertes overeenkomstig deze bepalingen.

Bij 2 inschrijvers werd de zgn. ‘vereiste optie’ (lees ‘vereiste variante’) reeds in het totaalbedrag van het offerteformulier in rekening gebracht. De bedragen hiervan zullen voor de betreffende inschrijvers uit het totaalbedrag in mindering gebracht worden.

Dit was het geval bij volgende inschrijvers :

(*) [nv A.]:

3.992.178,04 € (*) - 10.585,89 € (= bedrag van vereiste optie) = 3.981.592,15 € (= bedrag zonder optie)

(**) [nv D.]:

[...] (**) - [...] (= bedrag van vereiste optie) = [...] (= bedrag zonder optie)

TABEL: NIEUWE TOTAALBEDRAGEN (basisoffertes en de variantenoffertes):

INSCHRIJVER & RECHTSPERSOONLIJKHEID	OFFERTEPRIJZEN EXCL. BTW
[nv A.] (basis)	3.981.592,15 €
[nv A.] (variante)	3 959 496,23 €
[nv B.] (basis)	3.972.153,13 €
[nv B.] (variante)	3 989 791,94 €
[...]	[...]

[...]

5 WIJZIGINGEN EN LEEMTEN

Behandeling van wijzigingen en leemten volgens de van kracht zijnde reglementering (KB van 18 april 2017 – art. 34, 79§2 en 86).

5.1 WIJZIGING VAN HOEVEELHEDEN

5.1.1 NAZICHT VAN DE GEWIJZIGDE HOEVEELHEDEN

Algemene opmerking :

Alle navolgende aanvaarde gewijzigde hoeveelheden betreffen posten in FH of GP. Er zijn geen gewijzigde hoeveelheden voor posten in VH gemeld.

5.1.1.1 [nv A.]:

Geen opmerkingen.

5.1.1.2 [nv B.]:

[...]

PERCEEL 1-4: OPEN SPEELPLAATS

- post 353 : art. 02.01.22 B - Voorafgaande afgraving en afvoeren van de grond buiten de bouwplaats - Grond geschikt als bodem voor bestemmingstypes II t/m V
De inschrijver vermeldt:

Naar onze mening bedraagt de hoeveelheid van dit artikel 371,8 m³ i.p.v. 215,1 m³.

Volgende aanpassingen werden gemaakt:

- Een aantal zones werden aan de meting toegevoegd: voetpad oost- en zuidkant, oprit t.h.v. dubbele poort zuidkant, drop-off zone en westkant t.h.v. keerwand.

- hoeveelheid opmetingsstaat: 215,10 m³

- hoeveelheid inschrijver: 371,80 m³

- controle ontwerper: 215,10 m³

Commentaar: de opmerking is onterecht. Het betreft een interpretatiefout van de inschrijver. De hoeveelheid die de inschrijver in rekening brengt dient inbegrepen te zijn in art. 01.16.61.B, C en D - Verwijderen van verharding.

De hoeveelheid van de ontwerper is correct.
 Gezien de inschrijver de hoeveelheid in dit artikel wil verrekenen impliceert [dit] dat de hoeveelheid van de uitgravingen van de funderingen niet voorzien is in art. 01.16.61.B, C en D. De inschrijver heeft van het betreffend artikel een opgesplitst artikel gemaakt. De extra hoeveelheid (156,70 m3) zal enkel voor de inschrijver Bekaert Building Company nv in rekening gebracht worden.
 De rechtzetting zal enkel voor deze inschrijver verrekend worden aan de eenheidsprijs voor dit artikel, voor de eenheidsprijs zie leemte I onder punt 5.2.4.
 De opmerking wordt enkel voor deze inschrijver weerhouden.
 [...]

5.1.2 VERWERKEN VAN DE GEWIJZIGDE HOEVEELHEDEN

De wijzigingen ter bepaling van het nieuwe totaal (bestelbedrag) t.g.v. aanvaarde gewijzigde hoeveelheden in min en in meer worden verwerkt in de vergelijkingstabel met aanvaarde hoeveelheden.

Het betreft opmerkingen gemaakt door:

5.1.2.1 [nv A.]:

Geen gewijzigde hoeveelheden.

5.1.2.2 [nv B.]:

[...]

PERCEEL 1-4: OPEN SPEELPLAATS

- post 353 : art. 02.01.22 B De opmerking wordt enkel voor deze inschrijver weerhouden.

(zie bepalingen onder punt 5.2.4.2. leemte I)

[...]

5.1.3 RESULTATEN T.G.V. AANVAARDE HOEVEELHEDEN EN RECHTZETTINGEN

De aanvaarde hoeveelheden worden in de vergelijkingstabel met aanvaarde hoeveelheden en rechtzettingen (zie punt 5.2.4.2 (B, C, D, E en I) en punt 6.2) verwerkt met als resultaat:

INSCHRIJVER & RECHTSPERSOONLIJKHEID	OFFERTEPRIJZEN EXCL. BTW
[nv A.] (basis)	3 992 779,52 €
[nv A.] (variante)	3 970 683,60 €
[nv B.] (basis)	3 987 781,42 €
[nv B.] (variante)	4 005 420,23 €
[...]	[...]

5.2 LEEMTEN

[...]

5.2.4 LEEMTEN T.G.V. ONTBREKENDE POSTEN

Leemten gemeld door:

5.2.4.1 [nv A.]:

Geen ontbrekende posten.

5.2.4.2 [nv B.]:

[...]

PERCEEL 1-4: OPEN SPEELPLAATS

Leemte I: - Voorafgaande afgraving en afvoeren van de grond buiten de bouwplaats - Grond geschikt als bodem voor bestemmingstypes II t/m V

Commentaar: Cfr. de commentaar onder punt 5.1.1.2 - art. 02.01.22 B - Voorafgaande afgraving en afvoeren van de grond buiten de bouwplaats - Grond geschikt als bodem voor bestemmingstypes II t/m V wordt de zogenaamde leemte enkel voor deze inschrijver weerhouden.

Eenheidsprijs BBC: zie vertrouwelijke bijlage

De extra hoeveelheid (156,70 m3) zal enkel voor de inschrijver [nv B.] in rekening gebracht worden.

De rechtzetting zal enkel voor deze inschrijver verrekend worden aan dezelfde eenheidsprijs (zie punt 5.1.1.2 voor post 353 : art. 02.01.22 B, de eenheidsprijs is vermeld in de vertrouwelijke bijlage).

De leemte I wordt als een rechtzetting in de vergelijkingstabel verwerkt en wordt enkel voor deze inschrijver weerhouden.

[...]

5.2.5 BEREKENING VAN DE LEEMTEN T.G.V. ONTBREKENDE POSTEN:

Volgende leemten dienen berekend te worden :

VOOR DE ONTBREKENDE POSTEN VAN DE BETREFFENDE INSCHRIJVERS BETEKENT DIT:

De leemte t.g.v. ontbrekende posten worden behandeld volgens art. 86§3, zoals vermeld in het KB van 18 april 2017.

De leemten t.g.v. ontbrekende posten worden berekend volgens de formule zoals vermeld in het KB van 18 april 2017, art. 86§3 (zie tekst hierna).

[...]

Opmerkingen :

- De navolgende berekeningen werden met een Excel rekenblad bekomen.

- De berekeningen zijn opgenomen in een vertrouwelijke bijlage (enkel voor de opdrachtgever bestemd) vermits uit de berekeningen specifieke eenheidsprijzen blijken. Hierna worden enkel de berekende resultaten weergegeven.

5.2.6 RESULTATEN T.G.V. ONTBREKENDE POSTEN

DE VERBETERDE TOTAALBEDRAGEN VAN DE INSCHRIJVERS MET INBEGRIIP VAN DE LEEMTEN T.G.V. ONTBREKENDE POSTEN ZIJN DAN:

INSCHRIJVER & RECHTSPERSOONLIJKHEID	OFFERTEPRIJZEN EXCL. BTW
[nv A.] (basis)	4 002 156,30 €
[nv A.] (variante)	3 979 981,53 €
[nv B.] (basis)	3 996 863,67 €
[nv B.] (variante)	4 014 502,48 €
[...]	[...]

5.3 BESLUIT

De offerten worden weerhouden voor verder nazicht.

6 TECHNISCH NAZICHT EN NAZICHT PRIJZEN

6.1 TECHNISCH NAZICHT

Offertes welke afwijken van de essentiële bestekbepalingen cfr. art 44, 76 en 77 van het KB van 18 april 2017, of enig voorbehoud inhouden, of bestanddelen bevatten die niet stroken met de werkelijkheid, worden in deze rubriek als onregelmatig en onbestaande beschouwd.

6.2 ABNORMALE EENHEIDSPRIJZEN EN TOTALE PRIJZEN

Onderzoeken volgens de van kracht zijnde reglementering (KB van 18 april 2017– art. 36).

* Totaalprijs : (conform art. 36 § 4 van het KB van 18 april 2017)

Om als normaal beschouwd te worden mag de prijs niet lager liggen dan 15 % onder het gemiddelde van de 2de t/m de 5de laagste basisofferte. Dit gemiddelde bedraagt 4 220 841,552 € (excl. BTW) en de onderste grens (afkapgrens) bedraagt bijgevolg 3 587 715,294 € (excl. BTW).

De laagste basisofferte, ingediend door de [nv B.] bedraagt 3 996 863,67 € en kan dus aanzien worden als zijnde normaal.

Om als normaal beschouwd te worden mag de prijs niet lager liggen dan 15 % onder het gemiddelde van de 2de t/m de 5de laagste variante offerte. Dit gemiddelde bedraagt 4 229 791,596 € (excl. BTW) en de onderste grens (afkapgrens) bedraagt bijgevolg 3 595 322,857 € (excl. BTW).

De laagste variante offerte, ingediend door de [nv A.] bedraagt 3 979 981,53 € en kan dus aanzien worden als zijnde normaal.

* Eenheidsprijzen :

De eenheidsprijzen van de offerten werden nagezien conform art. 36 § 1 van het KB van 18 april 2017.

Op alle posten werd in een rekenblad een praktische afwijkingsmarge van -35% (lager dan het gemiddelde) voor de lage prijzen en +35% (hoger dan het gemiddelde) voor de hoge prijzen toegepast.

De aldus weerhouden posten met een vermoeden van abnormaal hoge of lage eenheidsprijzen – na een nauwgezette controle van alle relevante eenheidsprijzen in functie van de belangrijkheid t.o.v. het totaalbedrag – maken het voorwerp uit van een verdere prijzen- en kostenbevraging.

* De laagste inschrijver [nv A.] werd in verband met het abnormaal karakter van eenheidsprijzen per aangetekend schrijven dd. 2024-06-20 verzocht de nodige verantwoordingen hierover te verstrekken binnen een maximale termijn van 12 (twaalf) kalenderdagen.

De betreffende posten zijn :

[...]

VERPLICHTE VARIANTE : DUBBELE DEUREN

- post 797 : art. 10.07.11 D1 - Dubbele akoestische deuren – dagmaat 2x93x215cm

Verantwoording :

Een aangetekend schrijven + per e-mail (d.d. 2024-07-01) ter verantwoording van het schijnbaar abnormaal karakter van de offerte werd binnen de wettelijk bepaalde termijn in goede orde ontvangen.

Gevolggeving :

De inschrijver heeft binnen de voorziene termijn van twaalf dagen na ontvangst van het aangetekende schrijven een ernstige en gedetailleerde verantwoording bezorgd m.b.t. de totaalprijs en de eenheidsprijzen van betreffende posten welke nopen tot een prijsonderzoek, met hierbij vermelding van de materiaalkosten, winstmarges, verplaatsingskosten, plaatsingskosten, enz.

De posten waarvan de gemiddelde prijs van alle inschrijvers, minder dan 1 % bedraagt van het gemiddeld totaalbedrag van de offertes van alle inschrijvers worden als verwaarloosbaar beschouwd. Een eventueel schijnbaar abnormaal lage prijs voor deze posten kan dan ook niet tot de onregelmatig verklaring van de offerte leiden waardoor zij niet verder onderzocht worden.

[...]

Bij de verantwoording van variante post 797: art. 10.07.11 D1 - Dubbele akoestische deuren – dagmaat 2x93x215cm, welke correct is verantwoord, maakt de inschrijver een vergelijk met verwante posten, waarbij hij voor een niet te verantwoorden post ook een decimale fout vermeldt. Uit vergelijk[ing] met de overige inschrijvers blijkt de inschrijver zich te vergissen, de opgegeven eenheidsprijs in de basisofferte ligt volledig in de lijn met de overige inschrijvers en heeft geen abnormaal karakter. Van een zogenaamde materiële vergissing is geen sprake.

Overeenkomstig artikel 34, § 2, lid 3, KB Plaatsing, zijn de opgegeven eenheidsprijzen van toepassing.

De enige niet-verwaarloosbare post 278: art. 11.01.55A, werd in detail onderzocht. Hierover werd nog een aanvullende bevraging gedaan op 30 september 2024. De [nv A.] heeft op 8 oktober 2024 een aanvullende prijsverantwoording overgemaakt.

[...]

Aangezien de inschrijver het vermoeden van abnormaliteit weerlegt, is de offerte van [nv A.] nv als regelmatig te beschouwen.

* De 2de laagste inschrijver [nv B.] werd in verband met het abnormaal karakter van eenheidsprijzen voor niet te verwaarlozen posten per aangetekend dd. 2024-06-20 verzocht de nodige verantwoordingen hierover te verstrekken binnen een maximale termijn van 12 (twaalf) kalenderdagen.

De betreffende posten zijn:

[...]

Aangezien de inschrijver het vermoeden van abnormaliteit weerlegt, is de offerte van [nv B.] nv als regelmatig te beschouwen.

* De andere offertes werden ook aan het algemeen prijsonderzoek uit artikel 35 KB Plaatsing onderworpen.

Een eventuele prijsbevraging bij de andere offertes moet nog gebeuren indien zou blijken dat ze in aanmerking komen voor gunning.

[...]

6.3 BESLUIT

Alle offerten worden voorlopig regelmatig bevonden.

7 RANGSCHIKKING VOOR GUNNING

7.1 RANGSCHIKKING VAN DE OFFERTES

In functie van de beoordeling van de hierboven geformuleerde opmerkingen i.v.m. fouten of tekortkomingen wordt de rangschikking opgemaakt, waaruit het bedrag van bestelling (cfr. art.86 § 1: definitieve verbetering van de offerte) en het bedrag voor toewijzing (cfr. art.86 § 4: rangschikking der offertes) duidelijk wordt.

7.1.1 RANGSCHIKKING VOOR HET DEFINITIEVE BESTELBEDRAG

Rangschikking voor het definitieve bestelbedrag (definitieve verbetering van de offerte):

Rekening houdend met voorgaande onderzoek, wordt de rangschikking voor het definitieve bestelbedrag (gunningsbedrag):

INSCHRIJVER & RECHTSPERSOONLIJKHEID	OFFERTEPRIJZEN EXCL. BTW
[nv A.] (variante)	3 979 981,53 €
[nv B.] (basis)	3 996 863,67 €
[nv A.] (basis)	4 002 156,30 €
[nv B.] (variante)	4 014 502,48 €
[...]	[...]

[...]

7.1.2 RANGSCHIKKING VAN DE OFFERTES VOOR TOEWIJZING

Voor het rangschikken van de offertes voor toewijzing (volgens het KB van 18 april 2017, art. 86 § 4) worden de door de aanbestedende overheid aanvaarde wijzigingen die groter zijn dan of gelijk aan de hoeveelheden van de oorspronkelijke hoeveelheden van de opmetingsstaat, naar alle opmetingsstaten zonder onderscheid gebracht. De door de aanbestedende overheid aanvaarde wijzigingen die kleiner zijn dan de oorspronkelijke hoeveelheden van de opmetingsstaat, komen alleen de inschrijvers ten goede die de verminderingen hebben vermeld en dit slechts in de mate waarin de verantwoording is aanvaard.

Dit geeft voor elk van de inschrijvers:

[...]

Rangschikking van de offertes voor toewijzing is dan:

INSCHRIJVER & RECHTSPERSOONLIJKHEID	OFFERTEPRIJZEN EXCL. BTW
[nv A.] (variante)	3 996 659,68 €
[nv B.] (basis)	3 997 951,96 €
[nv B.] (variante)	4 015 590,77 €
[nv A.] (basis)	4 018 834,45 €
[...]	[...]

[...]

9 BESLUIT

De laagste regelmatige offerte is ingediend door de [nv A.] met de variante voor een definitief bestelbedrag van 3 979 981,53 € excl. BTW.

[...]

Wij kunnen gelet op het voorgaande de gemeente Laarne adviseren om de werken toe te wijzen aan bovenvermelde inschrijver voor het hierboven aangehaalde bedrag.”

Dit gunningsverslag bevat een vertrouwelijke bijlage, ‘Berekening met specifieke eenheidsprijzen’, met daarin, onder meer, de berekening van de prijs voor leemte I, dat post 353 betreft en enkel voor de verzoekende partij in rekening wordt gebracht.

3.6. Het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Laarne beslist op 17 oktober 2024 de opdracht ‘Nieuwbouw basisschool en turnzaal De Windwijzer Kalken: perceel 1: Ruwbouw, afwerking, infrastructuur en technieken’ te gunnen aan de nv A. tegen het nagerekende en verbeterde offertebedrag van 3.979.981,53 euro, btw niet inbegrepen, waarbij het gunningsverslag integraal deel uitmaakt van deze beslissing.

Dit is de bestreden beslissing.

IV. Tussenkost

4. De nv A. blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet haar verzoek tot tussenkost worden ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

5. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om uitspraak te doen over de door de tussenkomende 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.

VI. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

6. 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’, 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. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

7. De verzoekende partij voert de schending aan van de artikelen 4, eerste lid, en 81, §§ 1 en 2, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: de wet van 17 juni 2016), van de artikelen 2, 53° en 54° *juncto* artikel 56 van dezelfde wet, van artikel 76, § 1, eerste lid, 2°, en § 3, van het koninklijk besluit van het koninklijk besluit van 8 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: het koninklijk besluit van 8 april 2017), van artikel 48 en artikel 87 van hetzelfde besluit, alsook de schending van het gelijkheidsbeginsel, het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, de “materiële dan wel de formele motiveringsplicht” en het zorgvuldigheidsbeginsel,

“Doordat het Bestek, enerzijds, voorziet in een verplichte optie zoals bedoeld in artikel 2, 54° van de Wet van 17 juni 2016 en, anderzijds, een verbod bevat op het indienen van een variante, zoals bedoeld in artikel 2, 53° van de Wet van 17 juni 2016;

Doordat twee inschrijvers, waaronder Belanghebbende Partij, deze bepaling van het Bestek hebben geschonden door de verplichte optie op te nemen in hun inschrijvingsprijs, terwijl artikel 48, § 1 van het Koninklijk Besluit van 18 april 2017 bepaalt dat opties in een afzonderlijk gedeelte van de offerte moeten worden vermeld en, vervolgens, artikel 48, § 2 van het Koninklijk Besluit van 18 april 2017 bepaalt dat de niet-inachtneming van de minimale vereisten de substantiële onregelmatigheid van de offerte tot gevolg heeft, zowel van de optie als van de basisofferte, zoals bevestigd in artikel 76, § 1, vierde lid, 2°, van het Koninklijk Besluit van 18 april 2017; dat de offerte van Belanghebbende Partij bijgevolg substantieel onregelmatig is op basis van artikel 76, § 3, van het Koninklijk Besluit van 18 april 2017;

Terwijl, eerste onderdeel, Verwerende Partij, teneinde voormelde substantiële onregelmatigheid betreffende de offerte van Belanghebbende Partij af te wenden, onder het voorwendsel van een materiële vergissing, de ‘verplichte optie’ in rechte heeft geherkwalificeerd in een ‘verplichte variante’ zoals bedoeld in artikel 2, 53° van de Wet van 17 juni 2016, met het daaraan in toepassing van artikel 87, § 1, eerste lid van het Koninklijk Besluit van 18 april 2017 verbonden rechtsgevolg, m.n. dat de economisch meest voordelige offerte wordt bepaald op grond van één enkele rangschikking van de basisoffertes en de variantenoffertes;

Zodat Verwerende Partij vooreerst de bepalingen van haar eigen Bestek heeft geschonden en de bepalingen van de plaatsingsprocedure in rechte op wezenlijke wijze heeft gewijzigd, zodat de inschrijvers, waaronder Verzoekende Partij, werden verschalkt, dat immers inschrijvers bij het opstellen van hun offerte mogen, zelfs moeten uitgaan van de regels die de door de aanbestedende overheid gekozen plaatsingsprocedure beheersen en een aanbestedende overheid het transparantie- en het gelijkheidsbeginsel schendt wanneer na de uiterste indieningsdatum, m.n. in de beoordelingsfase van de offertes, deze regels op een wezenlijke wijze worden gewijzigd, teneinde te remediëren aan een offerte die, wegens de niet-naleving van deze regels, door een substantiële onregelmatigheid is aangetast;

Terwijl, tweede onderdeel, het Verslag van Nazicht behept is met een materiële vergissing, minstens een inconsistentie en wezenlijke onduidelijkheid nu de inschrijvingsprijs van Belanghebbende Partij klaarblijkelijk 3.992.178,04 EUR bedraagt, met inbegrip van de verplichte optie, het bedrag van de verplichte optie wordt bepaald op 10.585,89 EUR en aansluitend de inschrijvingsprijs zonder de verplichte optie op 3.981.592,15 EUR (blz. 3/38); dat vervolgens evenwel in de tabel (blz. 3/38) voor de offerte van Belanghebbende Partij inclusief de verplichte optie een bedrag van 3.959.496,23 EUR is opgenomen, en dat dit bedrag vervolgens met het oog op de beoordeling van de betreffende offerte met

verplichte optie (geherkwalificeerd in verplichte variante) wordt aangewend;

Zodat, tweede onderdeel, het Verslag van Nazicht totaal onduidelijk is wat betreft de aan de offerte van Belanghebbende Partij aangebrachte aanpassingen en herberekende inschrijvingsprijzen met betrekking tot de basisofferte en de offerte met optie, omgevormd naar variante offerte; dat bijgevolg de Bestreden Beslissing het beginsel van de deugdelijke en draagkrachtige materiële motivering, het zorgvuldigheidsbeginsel, het transparantiebeginsel en het gelijkheidsbeginsel schendt;”.

Wat het eerste onderdeel betreft, licht de verzoekende partij toe dat blijkens het bestek het indienen van varianten en opties is verboden, behoudens één verplichte optie die is voorzien in artikel 10.07.11 van het bestek, namelijk een optionele post ‘D. Dubbele akoestische deuren’, als optie voor post ‘G. Enkele akoestische schuifdeuren’. In de meetstaat is hetzelfde artikel 10.07.11 D opgenomen onder de hoofding ‘VERPLICHTE OPTIE: dubbele schuifdeuren’. In het gunningsverslag wordt, onder de rechtvaardiging van een “materiële fout”, de gevraagde “vereiste optie” in rechte geherkwalificeerd naar een “verplichte variante”.

Uit het gunningsverslag blijkt dat de tussenkomenende partij haar offerte heeft ingediend met schending van artikel 48 van het koninklijk besluit van 18 april 2017, namelijk de verplichting om verplichte opties op te nemen in een afzonderlijk gedeelte van de offerte, terwijl de niet-naleving van de minimale vereisten de substantiële onregelmatigheid met zich meebrengt, zowel van de optie als van de basisofferte, overeenkomstig artikel 48, § 2, *juncto* artikel 76, § 1, vierde lid, 2°, *juncto* artikel 76, § 3, van hetzelfde besluit. Door de herkwalificatie van de verplichte optie in een verplichte variante heeft de verwerende partij bijgevolg de substantiële onregelmatigheid waarmee de offerte van de tussenkomenende partij is behept, op onwettige wijze geregulariseerd. Aangezien de inschrijvers hierdoor verschalkt zijn, ligt eveneens een schending voor van het transparantiebeginsel, zoals opgenomen in artikel 4, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016. Immers, wanneer een bestek voorziet in een verplichte variante, dan is het aan de inschrijvers op het tijdstip van het indienen van een offerte bekend dat, in toepassing van artikel 87, § 1, van het koninklijk besluit van 18 april 2017, één enkele rangschikking zal worden opgemaakt omvattende zowel de basisoffertes als de variantenoffertes met het oog op het bepalen van de

economisch meest voordelige offerte. Twee inschrijvers, waaronder de tussenkomende partij, hebben klaarblijkelijk in het totaalbedrag van hun offerteformulier het bedrag van de “vereiste optie” reeds toegevoegd en dus bij het opmaken van hun offerte de bepalingen van het bestek niet nageleefd.

Wat het tweede onderdeel betreft, licht de verzoekende partij toe dat blijkens het gunningsverslag het offertebedrag van de tussenkomende partij omvattende de verplichte optie, ten bedrage van 3.992.178,04 euro, werd verminderd met het bedrag van de vereiste optie en het offertebedrag zonder de verplichte optie werd vastgesteld op 3.981.592,15 euro. Echter, in de tabel die vervolgens de nieuwe totaalbedragen bevat, wordt wat de zogenaamde variante offerte van de tussenkomende partij betreft rekening gehouden met een bedrag van 3.959.496,23 euro, bedrag dat afwijkt van het hiervoor vermelde bedrag van 3.981.592,15 euro. Bijgevolg ligt een manifeste inconsistentie voor in de berekeningen die de verwerende partij heeft uitgevoerd, zodat het gunningsverslag getuigt van een gebrekkige motivering en een gebrekkige transparantie, minstens een schending van het zorgvuldigheidsbeginsel. Onder voorbehoud van een verificatie in het administratief dossier lijkt de enige verklaring erin te bestaan dat het totaalbedrag voor de enkele schuifdeuren in mindering werd gebracht. Echter, indien deze berekening correct is, zou dit betekenen dat de eenheidsprijs voor de dubbele schuifdeuren die door de tussenkomende partij wordt aangeboden, kennelijk abnormaal is. Voor de vraag hoe dit kan worden verzoend met de bevindingen van het prijsonderzoek, verwijst de verzoekende partij naar het tweede middel.

Beoordeling

8. Artikel 48 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 luidt:

“§ 1. Opties worden in een afzonderlijk gedeelte van de offerte vermeld.
§ 2. Indien de optie wordt verplicht gesteld, brengt de niet-inachtneming van de minimale vereisten de substantiële onregelmatigheid met zich mee van zowel de optie als van de basisofferte.
[...].”

Artikel 87, § 1, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 luidt:

“In het geval van vereiste of toegestane varianten wordt de economisch meest voordelige offerte bepaald op grond van één enkele rangschikking van de basisoffertes en de variantenoffertes overeenkomstig artikel 81 van de wet. [...]

De aanbestedende overheid neemt de vereiste of toegestane opties in aanmerking en beslist welke vrije opties ze in aanmerking neemt voor de bepaling van de inschrijver met de economisch meest voordelige offerte. In geval van vereiste, toegestane of vrije opties die door de aanbestedende overheid in aanmerking worden genomen wordt de economisch meest voordelige offerte bepaald op grond van de rangschikking van de offertes verhoogd met de erin geboden economische voordelen.”

9. Uit het offerteformulier ingediend door de tussenkomende partij, vertrouwelijk stuk dat de Raad van State heeft kunnen inzien, blijkt dat deze inschrijver daarop heeft ingevuld: “schrijft/schrijven in op deze opdracht tegen de som van: (in cijfers, exclusief BTW, in euro): [...] + [...] (verplichte optie) = [...]”. Op het eerste gezicht lijkt hiermee te zijn voldaan aan de vereiste gesteld in artikel 48, § 1, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 om opties in een afzonderlijk gedeelte van de offerte te vermelden, zodat ze duidelijk te onderscheiden zijn van de basisofferte. Anders dan de verzoekende partij het ziet, was de offerte van de tussenkomende partij bijgevolg niet (substantieel) onregelmatig en diende de verwerende partij deze al evenmin beweerdelijk te regulariseren door de verplichte optie te herkwalficeren in een verplichte variante. Overigens kan, op het eerste gezicht, de feitelijkheid dat een optie niet in een afzonderlijk gedeelte van de offerte zou zijn vermeld, niet worden gelijkgesteld met de niet-eerbiediging van een minimale vereiste in de zin van artikel 48, § 2, van het koninklijk besluit van 18 april 2017.

10. In het gunningsverslag kon de verwerende partij op het eerste gezicht terecht besluiten dat er sprake is van een materiële fout in de aanbestedingsdocumenten door de verkeerde vermelding van “vereiste opties” “[g]ezien de zogenaamde ‘vereiste optie’ een alternatieve uitvoering vormt van de post die reeds in de basis samenvattende meetstaat is opgenomen”. De dubbele deuren dienen nu eenmaal in de plaats te komen van de enkele schuifdeuren, en

niet bijkomend. Dat het noodzakelijke gevolg daarvan is dat de economisch meest voordelige offerte wordt bepaald op grond van één enkele rangschikking van de basisoffertes en de varianteoffertes, overeenkomstig artikel 87, § 1, van het koninklijk besluit van 18 april 2017, kan daar geen afbreuk aan doen. Voor zover de verzoekende partij in dit verband nog stelt dat de verwerende partij door de voornoemde herkwalificatie de inschrijvers heeft verschalkt, aangezien zij op het tijdstip van het indienen van hun offerte er niet konden vanuit gaan dat één enkele rangschikking zou worden gemaakt, zet zij op het eerste gezicht niet uiteen op welke wijze zij haar offerte, met die kennis, anders zou hebben opgesteld. De verkeerde kwalificatie lijkt de inschrijvers integendeel op het eerste gezicht niet te hebben belet om met kennis van zaken een offerte in te dienen.

11. Het eerste onderdeel is niet ernstig.

12. Zoals de verzoekende partij zelf aangeeft, wordt in het gunningsverslag in de tabel “nieuwe totaalbedragen (basisoffertes en de variantenoffertes)” het bedrag van de basisofferte van de tussenkomende partij verkregen door het inschrijvingsbedrag te vermeerderen met het bedrag van de “verplichte optie”, namelijk voor post ‘G. Dubbele akoestische deuren’, na eerst het inschrijvingsbedrag te verminderen met het bedrag dat was voorzien voor post ‘D. Enkele akoestische deuren’. Deze berekening, waar de verzoekende partij zelf toe is gekomen, lijkt evident, zodat op het eerste gezicht geen sprake is van enige inconsistentie in de berekening.

13. Het tweede onderdeel is evenmin ernstig.

14. De verzoekende partij maakt, gelet op het voorgaande, op het eerste gezicht niet aannemelijk dat de verwerende partij, door in het gunningsverslag te besluiten dat in het bestek verkeerdelijk ‘vereiste optie’ wordt vermeld in plaats van ‘vereiste variante’, en hieraan de noodzakelijke correcties en gevolgen te verbinden, de aangevoerde bepalingen en beginselen zou hebben geschonden.

Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

15. De verzoekende partij voert in een tweede middel de schending aan van artikel 4, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016, artikel 81, § 1 *juncto* § 2, 1°, van dezelfde wet, de artikelen 34, 35, 36 en 76 van het koninklijk besluit van 18 april 2017, het gelijkheidsbeginsel, “de formele dan wel materiële motiveringsplicht” en de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijk motivering van de bestuurshandelingen’ (hierna: de wet van 29 juli 1991), en het zorgvuldigheidsbeginsel,

“Doordat voor post 797: art. 10.07.11 D1 ‘Dubbele akoestische deuren’, gegeven het *prima facie* abnormaal karakter, Verwerende Partij aan Belanghebbende Partij een prijsverantwoording heeft gevraagd in toepassing van artikel 36, § 1 van het Koninklijk Besluit van 18 april 2017; Doordat naar aanleiding van deze bevraging Belanghebbende Partij zich heeft beroepen op een aantal aanverwante posten, waarbij met betrekking tot één als onderdeel van de verantwoording aangevoerde post, Belanghebbende Partij zich heeft beroepen op een kennelijk materiële fout, m.n. een decimale fout; dat Verwerende Partij de door Belanghebbende Partij gevraagde verbetering niet aanvaardt, zodat Belanghebbende Partij met haar prijsverantwoording een wijziging aanbrengt aan haar offerte na de uiterste openingsdatum van de offertes; Zodat, eerste onderdeel, de offerte van Belanghebbende Partij als substantieel onregelmatig moet worden verworpen; Doordat door, enerzijds, de door Belanghebbende Partij in haar prijsverantwoording aangevoerde zuiver materiële fout betreffende een aanverwante post niet te aanvaarden, doch, anderzijds, de door Belanghebbende Partij ingediende prijsverantwoording, die op de betreffende verbeterde post is gesteund, toch te aanvaarden, tot de vaststelling leidt dat de verantwoording van Belanghebbende Partij niet getuigt van een deugdelijke verantwoording, die het resultaat is van een zorgvuldig onderzoek door Verwerende Partij van de door Belanghebbende Partij ingediende prijsverantwoording; Zodat uit het Verslag van Nazicht immers niet kan worden afgeleid op basis van welke concrete en coherente motieven het abnormaal lijkend karakter van post 797: art. 10.07.11 D1 ‘Dubbele akoestische deuren’ werd weggenomen;”.

Wat het eerste onderdeel betreft, licht de verzoekende partij toe dat de tussenkommende partij om een prijsverantwoording werd gevraagd, onder

meer voor post 797: artikel 10.07.11 D – Dubbele akoestische deuren. De tussenkomende partij heeft in haar prijsverantwoording klaarblijkelijk verwezen naar verwante (niet te verantwoorden) posten, waarvoor ook een decimale fout wordt gemeld. Deze decimale fout of materiële vergissing wordt evenwel niet door de verwerende partij aanvaard omdat “de opgegeven eenheidsprijs in de basisofferte volledig in lijn ligt met de overige inschrijvers en geen abnormaal karakter heeft”. Op het eerste gezicht lijkt een dergelijke mededeling te moeten worden gekwalificeerd als een eenzijdige wijziging van de offerte na de uiterste indieningsdatum. Het komt niet aan de verwerende partij toe om te oordelen dat een door een inschrijver aangehaalde materiële fout waarmee zijn offerte is behept, niet kan worden aanvaard op basis van het motief dat uit een vergelijking met de eenheidsprijzen van de andere inschrijvers er geen afwijking met betrekking tot de andere prijzen lijkt voor te liggen. Het argument dat de betreffende post niet het voorwerp heeft uitgemaakt van een prijsverantwoording, is hierbij in rechte niet relevant. De sanctie van de substantiële onregelmatigheid van de offerte van de tussenkomende partij op grond van artikel 76, § 1, eerste lid, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 dringt zich op.

Wat het tweede onderdeel betreft, licht de verzoekende partij toe dat de verwerende partij klaarblijkelijk zonder meer heen stapt over het feit dat met het oog op het verantwoorden van een eenheidsprijs, de tussenkomende partij zich beroept op een eenheidsprijs die zou behept zijn met een materiële fout. Niettegenstaande de verwerende partij deze materiële fout niet aanvaardt – en bijgevolg, *a fortiori*, ook de prijsverantwoording die op deze met een vermeende materiële fout behepte aanverwante post is gesteund –, wordt de betreffende eenheidsprijs niettemin als normaal aanvaard. Aldus schendt de bestreden beslissing artikel 36, § 3, eerste lid, 1°, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 in samenhang met het motiveringsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel.

Beoordeling

16. Uit het gunningsverslag blijkt dat de tussenkomende partij, in (een bijlage bij) haar brief van 1 juli 2024, de gevraagde prijsverantwoordingen heeft verstrekt, onder meer voor post 797 met vermelding van de kostprijs voor

deurbladen, transport en bescherming, plaatsing en afwerking en afregeling. Dit vindt bevestiging in het stuk zelf, vertrouwelijk stuk dat de Raad van State heeft kunnen inzien.

De eenheidsprijs voor post 797 wordt aldus niet verantwoord door te vergelijken met de eenheidsprijs van post 268. Wel wijst de tussenkomen partij in haar brief van 1 juli 2024 op het feit dat zij bij het opmaken van haar toelichting bij post 797 onwillekeurig heeft opgemerkt dat zij bij post 268 een decimale fout heeft gemaakt, en dat zij verwacht dat de verwerende partij deze materiële vergissing zal rechtzetten.

17. In het gunningsverslag wordt onder punt 6.2 ‘Abnormale eenheidsprijzen en totale prijzen’ gesteld dat de eenheidsprijzen van de offertes werden nagezien overeenkomstig artikel 36, § 1, van het koninklijk besluit van 18 april 2017, en op alle posten in een rekenblad een praktische afwijkingsmarge van -35% (lager dan het gemiddelde) voor de lage prijzen en +35% (hoger dan het gemiddelde) voor de hoge prijzen werd toegepast, en “[d]e aldus weerhouden posten met een vermoeden van abnormaal hoge of lage eenheidsprijzen – na een nauwgezette controle van alle relevante eenheidsprijzen in functie van de belangrijkheid t.o.v. het totaalbedrag – [...] het voorwerp uit[maken] van een verdere prijzen- en kostenbevraging”. Voorts wordt gesteld dat onder meer de tussenkomen partij “een ernstige en gedetailleerde verantwoording [heeft] bezorgd m.b.t. de totaalprijs en de eenheidsprijzen van betreffende posten welke nopen tot een prijsonderzoek, met hierbij vermelding van de materiaalkosten, winstmarges, verplaatsingskosten, plaatsingskosten, enz.”, doch “[d]e posten waarvan de gemiddelde prijs van alle inschrijvers, minder dan 1 % bedraagt van het gemiddeld totaalbedrag van de offertes van alle inschrijvers [...] als verwaarloosbaar [worden] beschouwd [en een] eventueel schijnbaar abnormaal lage prijs voor deze posten [...] dan ook niet tot de onregelmatig verklaring van de offerte [kan] leiden waardoor zij niet verder onderzocht worden; dat de enige niet-verwaarloosbare post 278: art. 11.01.55A, in detail werd onderzocht en hierover nog een aanvullende bevraging werd gedaan op 30 september 2024,

waarna de tussenkomen de partij op 8 oktober 2024 een aanvullende prijsverantwoording heeft bezorgd.

Aldus blijkt dat de verwerende partij de schijnbaar abnormale eenheidsprijs voor post 797 uiteindelijk niet nader heeft onderzocht, omdat het een verwaarloosbare post betreft die geen aanleiding kan geven tot het weren van de offerte omwille van een substantiële onregelmatigheid, overeenkomstig artikel 36, § 3, 1°, van het koninklijk besluit van 18 april 2017.

18. Uit wat voorafgaat, blijkt dat het feitelijk uitgangspunt waarop het tweede onderdeel is gesteund, niet correct is. De tussenkomen de partij heeft de eenheidsprijs voor post 797 niet verantwoord door die prijs te vergelijken met de (verbeterde) eenheidsprijs van een aanverwante post 268. Deze vaststelling volstaat om het tweede onderdeel te verwerpen.

19. Voor zover de verzoekende partij in het eerste onderdeel stelt dat in geval de verwerende partij de door de tussenkomen de partij opgemerkte decimale fout voor post 268 niet aanvaardt, zij haar offerte substantieel onregelmatig had dienen te verklaren omdat de verbintenis van de inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onzeker is geworden, kan zij op het eerst gezicht evenmin worden bijgeval len.

De verwerende partij heeft de toelichting van de tussenkomen de partij betreffende de beweerde decimale fout voor post 268 niet aanvaard, als volgt: “Uit vergelijk[ing] met de overige inschrijvers blijkt de inschrijver zich te vergissen, de opgegeven eenheidsprijs in de basisofferte ligt volledig in de lijn met de overige inschrijvers en heeft geen abnormaal karakter. Van een zogenaamde materiële vergissing is geen sprake.” Zij heeft vervolgens beslist dat “[o]vereenkomstig artikel 34, § 2, lid 3, KB Plaatsing, [...] de opgegeven eenheidsprijzen van toepassing zijn”. De niet-aanvaarding van de beweerde materiële fout kadert bijgevolg in de procedure voorzien in artikel 34 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 om rekenfouten en zuiver materiële fouten in

de offertes te verbeteren. De verzoekende partij maakt niet aannemelijk en beweert zelfs niet dat het opgegeven motief voor de niet-aanvaarding niet deugdelijk zou zijn. Er is te dezen ook geen sprake van een gewijzigde eenheidsprijs na de opening van de offertes. Deze vaststelling volstaat om ook het eerste onderdeel te verwerpen.

20. Het tweede middel is niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

21. De verzoekende partij voert in een derde middel de schending aan van de artikelen 4, eerste lid, en 80 van de wet van 17 juni 2016, artikel 81, § 1 *juncto* § 2, 1°, van dezelfde wet, de artikelen 34, 79, § 2, en 86 van het koninklijk besluit van 18 april 2017, het gelijkheidsbeginsel, het rechtsbeginsel *patere legem quam ipse fecisti*, “de formele dan wel materiële motiveringsplicht” en de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991), en het zorgvuldigheidsbeginsel,

“Doordat Verzoekende Partij, met toepassing van artikel 79, § 2 eerste lid, 1° van het Koninklijk Besluit van 18 april 2017, een fout, m.n. een verbetering in meer van de hoeveelheid betreffende de uitvoering van artikel 02.01.22.B van de samenvattende opmeting ‘Voorafgaande afgraving van het terrein - grond geschikt als bodem voor bestemmingstypes II t/m V’ heeft gemeld in een bij de offerte gevoegde verantwoordingsnota; dat deze post als voorwerp heeft de afgravingen (d.w.z. het grondwerk) voor het verwezenlijken van een bouwplaats, klaar voor de aanvang van de daarop volgende aannemingswerken wat betreft perceel 1-4 ‘Open speelplaats’, dat Verzoekende Partij deze verbetering, met naleving van artikel 79, § 2, tweede lid van het Koninklijk Besluit van 18 april 2017 heeft verantwoord met een aan de offerte gevoegde nota ‘opmerkingsnota + detailmeting’;

Doordat, met schending van artikel 79, § 2, eerste lid, 3°, van het Koninklijk Besluit van 18 april 2017, Verwerende Partij de door Verzoekende Partij voorgestelde verbetering heeft ‘geherkwalificeerd’ als een ‘leemte’;

Zodat, eerste onderdeel, de Bestreden Beslissing voormeld artikel 79, § 2 van het Koninklijk Besluit van 18 april 2017 alsmede het materieel motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel schendt;

Doordat Verwerende Partij de door Verzoekende Partij voorgestelde verbetering onder de vorm van een hoeveelheid in meer niet aanvaardt wegens een 'interpretatiefout' nu de betreffende hoeveelheid in meer een onderdeel zou uitmaken van artikel 01.16.61 van de samenvattende opmeting 'Verwijderen van verharding' wat betreft perceel 1-6 'Algemene afbraakwerken';

Doordat echter voormeld artikel 01.16.61 enkel aannemingswerken omvat voor het verwijderen van een verharding uit steenachtige materialen/niet-gebonden materialen/... volgens de plannen en/of zoals vermeld in de samenvattende opmeting;

Doordat artikel 02.01.22.B van de samenvattende opmeting 'Voorafgaande afgraving van het terrein - grond geschikt als bodem voor bestemmingstypes II t/m V' daarentegen als voorwerp heeft de afgravingen (d.w.z. het grondwerk) vóór het verwezenlijken van een bouwplaats, klaar voor de aanvang van de daarop volgende aannemingswerken;

Doordat Verwerende Partij in de Bestreden Beslissing de door Verzoekende Partij voorgestelde verbetering inhoudelijk niet onderzoekt en niet ingaat op de wezenlijke rechtsvraag, nl. moeten er, na de door artikel 01.16.61 omvatte slopings- en afbraakwerken en vóór de aanvang van de bouwwerken op perceel 1-6 'Algemene Afbraakwerken' nog grondwerken worden uitgevoerd, zoals Verzoekende Partij, op basis van een grondige studie van de opdrachtdocumenten heeft vastgesteld;

Doordat immers in de gedetailleerde samenvattende opmeting onder artikel 02.01.22 B een aanvullende afgraving ten belope van 20 cm is voorzien voor de nieuwe speelplaats, voetpad, zandbak, ..., waarbij de aannemingswerken betreffende de uitbraak van de bestaande speelplaats zijn opgenomen onder voormeld artikel 01.16.61 van de samenvattende opmeting;

Doordat bovendien de nieuwe verhardingen zelf (o.a. artikel 16.04.25) waarvoor een hoeveelheid in meer onder artikel 02.01.22 B is vermeld, ook worden opgenomen in perceel 1-4 'Open speelplaats';

Zodat op basis van een coherente uitlegging van voormelde bepalingen van het Bestek - zie o.a. artikel 5.65, BW - (bijkomende) uitgravingen na het verwijderen van de verhardingen én noodzakelijk zijn én geen onderdeel uitmaken van de aannemingswerken zoals omvat door artikel 01.16.61 van de samenvattende opmeting;

Zodat Verwerende Partij de niet-aanvaarding van de door Verzoekende Partij voorgestelde verbetering in meer van artikel 02.01.22 B niet deugdelijk en draagkrachtig heeft gemotiveerd, laat staan op een zorgvuldige wijze heeft onderzocht;

Zodat zelfs indien per impossibile de door Verzoekende Partij gemelde verbetering in meer van de hoeveelheid in meer voor post 02.01.22 B terecht niet zou worden aanvaard door Verwerende Partij, deze niet-aanvaarding onder geen enkele veronderstelling ertoe kan leiden dat enkel de eenheidsprijs van Verzoekende Partij voor artikel 01.16.61 met

4.921,95 EUR wordt verhoogd; immers, wanneer een door een inschrijver voorgestelde verbetering door een aanbestedende overheid niet wordt aanvaard, de aanbestedende overheid de offerte van deze inschrijver (in casu Verzoekende Partij) moet vergelijken met de offertes van de andere inschrijvers met uitsluiting van deze verbetering, d.w.z. zonder de inschrijvingsprijs van de betrokken inschrijver (in casu Verzoekende Partij) aan te passen;
Zodat, tweede onderdeel, bijgevolg de Bestreden Beslissing artikel 86, § 1, van het Koninklijk Besluit van 18 april 2017 schendt, alsmede het materieel motiveringsbeginsel, het rechtsbeginsel ‘patere legem quam ipse fecisti’, het zorgvuldigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel;”.

De verzoekende partij licht toe, wat het eerste onderdeel betreft, dat de verwerende partij artikel 79, § 2, *juncto* artikel 86, § 1, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 schendt, nu de door haar gemelde forfaitaire hoeveelheid in meer (artikel 79, § 2, eerste lid, 1°) wordt “geherkwalificeerd” naar een leemte (artikel 79, § 2, eerste lid, 3°), “onafgezien van de inhoudelijk onjuiste beoordeling door Verwerende partij”. Zelfs in de veronderstelling dat de verwerende partij terecht de aangebrachte verbetering in meer voor post 02.01.22 B niet aanvaardt, moet zij alsdan de offerte van de verzoekende partij vergelijken met de offertes van de andere inschrijvers met uitsluiting van deze verbetering, dus zonder de inschrijvingsprijs van de verzoekende partij aan te passen. De vraag die te dezen rijst is of de hoeveelheid in meer uit te voeren grondwerken tot het voorwerp van de opdracht behoren of niet, en of met andere woorden deze afgravingswerken, voorafgaand aan de uitvoering van de aansluitende bouwwerken, dienen te worden uitgevoerd na het verwijderen van de verharding voorzien in artikel 01.16.61, en, in voorkomend geval onder welke post van de samenvattende opmeting de werken dienen te worden vergoed: als een onderdeel van artikel 01.16.61 of als een aanvullend werk onder artikel 02.01.22. B. Zo niet, dan is er geen hoeveelheid in meer, en blijven de forfaitaire hoeveelheden van de posten 01.16.61 en 02.01.22 B ongewijzigd.

Wat het tweede onderdeel betreft, licht de verzoekende partij toe dat de vraag in essentie de interpretatie van artikel 01.16.61 B, C en D - ‘Verwijderen van verharding’ betreft. De verwerende partij is van oordeel dat de extra grondwerken die moeten worden uitgevoerd na het verwijderen van de verharding met funderingen ook zijn opgenomen in artikel 01.16.61 en bijgevolg niet afzonderlijk kunnen worden verrekend. Echter is in artikel 02.01.22 B in een

bijzonder artikel voorzien voor het uitvoeren van de voorafgaande afgraving en afvoer van grond buiten de bouwplaats. In de detailmeetstaat van artikel 02.01.22 B is bijvoorbeeld een bijkomende 20 cm uitgraven voorzien voor de nieuwe speelplaats, voetpad, ..., terwijl het verwijderen van verharding ter hoogte van deze zones ook afzonderlijk is gemeten onder artikel 01.16.61. Deze vaststelling bevestigt dat de bijkomende of aanvullende hoeveelheid uitgravingen of grondwerk niet is voorzien in artikel 01.16.61, maar is omvat door artikel 02.01.22 B. Uit de samenlezing van deze artikelen heeft de verzoekende partij afgeleid dat het bijkomend uitgraven na het verwijderen van de verharding niet voorzien is in artikel 01.16.61 B, C of D, maar wel een hoeveelheid in meer uitmaakt, die dient te vallen onder artikel 02.01.22 B, opgenomen als een forfaitaire hoeveelheid.

Het motief dat de verzoekende partij een “interpretatiefout” heeft gemaakt is onjuist en niet pertinent. De verwerende partij is blijkbaar van oordeel dat én de forfaitaire hoeveelheden opgenomen onder artikel 01.16.61 correct zijn én deze hoeveelheden alle in uitvoering van dit artikel uit te voeren werken omvatten. De wezenlijke rechtsvraag vormt dus niet een interpretatieprobleem, maar wel of de hoeveelheid in meer, die op gemotiveerde wijze werd toegevoegd door de verzoekende partij, al dan niet gegrond is. Wanneer de verwerende partij meent dat deze hoeveelheden in meer reeds omvat zijn door artikel 01.16.61, en er dus, na het verwijderen van de verharding, geen afgravingswerken of grondwerken op deze locatie zullen moeten worden uitgevoerd, die door artikel 02.01.22 B omvat zijn, kan zij de oorspronkelijke hoeveelheden van de samenvattende opmeting behouden. In een dergelijk geval wordt de voorgestelde verbetering in meer niet aanvaard en blijft de inschrijvingsprijs van de betrokken inschrijver ongewijzigd. Bij gebreke aan een inhoudelijke motivering betreffende het door de verwerende partij uitgevoerde nazicht blijft de verzoekende partij van oordeel dat er, na het verwijderen van de verharding met funderingen in toepassing van artikel 01.16.61, aanvullende of bijkomende afgravingen of grondwerken noodzakelijk zijn. Het betreffen hoeveelheden in meer die vallen onder artikel 02.01.22 B, en, bijgevolg, als een bijkomende vergoeding ten aanzien van alle inschrijvers moet worden verrekend, ten bedrage van 4.921,95 euro.

Beoordeling

22. Krachtens artikel 79, § 2, eerste lid, 1°, en tweede lid, van het koninklijk besluit van 8 april 2017 en punt 1.3.4. van de administratieve bepalingen van het bestek voert de inschrijver, rekening houdend met de opdrachtdocumenten, zijn beroepskennis of persoonlijke vaststellingen, verbeteringen door voor de fouten die hij ontdekt in de forfaitaire hoeveelheden en voegt hij bij zijn offerte een nota ter verantwoording van deze verbeteringen.

Krachtens artikel 86, § 1, van hetzelfde koninklijk besluit ziet de aanbestedende overheid de wijzigingen waarbij een inschrijver de hoeveelheid van een post van de samenvattende meetstaat of inventaris heeft verbeterd, na, verbetert ze zo nodig volgens eigen berekeningen en wijzigt in voorkomend geval de opmetingen of inventarissen gevoegd bij de offertes. In § 4 van dit artikel wordt uiteengezet hoe de aanvaarde wijzigingen worden doorgerekend naar de offertes.

23. Uit het gunningsverslag, onder punt ‘5.1.1 Nazicht van de gewijzigde hoeveelheden’ blijkt dat de verwerende partij de door de verzoekende partij voorgestelde verbetering in de forfaitaire hoeveelheden (in m³) voor de hier relevante post 353 – artikel 02.01.22 B niet heeft aanvaard, stellende dat zij een interpretatiefout heeft gemaakt en de hoeveelheid die zij in rekening brengt, dient inbegrepen te zijn in artikel 01.16.61.B, C en D - Verwijderen van verharding (tegen globale prijs). Aangezien de verzoekende partij de hoeveelheid in dit artikel 02.01.22 B wil verrekenen, impliceert dit volgens de verwerende partij dat zij de hoeveelheid van de uitgravingen van de funderingen niet heeft voorzien in artikel 01.16.61.B, C en D. Bijgevolg wordt onder punt ‘5.2.4 Leemten t.g.v. ontbrekende posten’ van het gunningverslag, deze extra hoeveelheid (156,70 m³) enkel voor de verzoekende partij in rekening gebracht, verrekend aan dezelfde eenheidsprijs.

24. Voor zover de verzoekende partij in het eerste onderdeel aanvoert dat de verwerende partij de hoeveelheid in meer, die de verzoekende partij heeft doorgevoerd overeenkomstig artikel 79, § 2, eerste lid, 1°, van het koninklijk besluit van 18 april 2017, onterecht heeft “geherkwalificeerd” naar een

leemte in de zin van artikel 79, § 2, eerste lid, 3°, van dit besluit, kan zij niet worden bijgevalen.

Op het eerste gezicht lijkt de verwerende partij in de eerste plaats toepassing te hebben gemaakt van de mogelijkheid voor de aanbestedende overheid, overeenkomstig artikel 86, § 1, van het koninklijk besluit van 18 april 2017, om een door een inschrijver overeenkomstig artikel 79, § 2, eerste lid, 1°, van dit besluit, doorgevoerde verbetering voor een fout in de forfaitaire hoeveelheid van een post, te dezen post 353 - artikel 02.01.22 B, toch niet te aanvaarden. Voornoemde bepaling lijkt niet te verhinderen dat een aanbestedende overheid een verbetering die werd doorgevoerd door een inschrijver, volgens eigen berekeningen, opnieuw rechtzet.

Vervolgens, wanneer zij, zoals te dezen naar aanleiding van die doorgevoerde verbetering, vaststelt dat de betrokken inschrijver “voor een willekeurige post van de samenvattende opmeting of de inventaris geen prijs heeft vermeld”, kan de aanbestedende overheid, overeenkomstig artikel 86, § 2, van het koninklijk besluit van 18 april 2017, hetzij de offerte als onregelmatig weren, hetzij ze behouden door de leemte aan te vullen met behulp van de in deze bepaling vermelde formule. Tot dit laatste lijkt de verwerende partij op het eerste gezicht terecht te hebben beslist, door in artikel 01.16.61.B, C en D, de door de verzoekende partij voor artikel 02.01.22 B in meer gemelde hoeveelheden (156,7 m³) in rekening te brengen, en dit enkel wat haar betreft, aangezien niets erop wijst dat de andere inschrijvers eenzelfde interpretatie van de artikelen 02.01.22 B en 01.16.61 als de verzoekende partij erop nahielden.

25. Het eerste onderdeel is niet ernstig.

26. De verzoekende partij bekritiseert in het tweede onderdeel het motief in het gunningsverslag dat de door haar doorgevoerde verbetering een interpretatiefout betreft, en de hoeveelheid die zij in rekening brengt, dient begrepen te zijn in artikel 01.16.61 B, C en D. Volgens haar blijven er, na het verwijderen van de verharding met funderingen in toepassing van artikel 01.16.61, aanvullende of bijkomende afgravingen of grondwerken noodzakelijk,

en betreffen dit hoeveelheden in meer die vallen onder artikel 02.01.22 B.

De verwerende partij betwist deze argumentatie in haar nota als volgt:

“Verwerende partij stelt vast dat de verzoekende partij voor het eerst in deze procedure, een technische uitleg geeft aan de reden waarom zij het voorstel van verbetering van hoeveelheden bij artikel 02.01.22.B gedaan heeft. Deze uitleg komt niet voor in haar verbeteringsvoorstel [...]. Haar stelling klopt echter niet.

In tegenstelling tot de extra uitgravingen van grond die nodig zijn voor de speelplaats en die voorzien zijn onder artikel 02.01.22B, zijn er geen dergelijke extra uitgravingen nodig voor het voetpad van de oost- en zuidkant, de oprit thv dubbele poort zuidkant, de drop-off zone en het pad aan de westkant thv de keerwand.

In deze zones wordt immers enkel de bestaande verharding inclusief de koffer uitgebroken. Op identiek dezelfde plaats wordt een nieuwe verharding geplaatst met dezelfde dikte van koffer als verondersteld wordt aanwezig te zijn onder de bestaande verharding. Extra uitgravingen zijn hier dus niet nodig. Daarom vallen al de uitbraakwerken voor deze zones onder artikel 01.16.62.

In de zones van de speelplaats daarentegen worden de bestaande betonnen tegels inclusief de fundering inderdaad ook uitgebroken, maar bovendien wijzigt het niveau van de nieuwe verharding licht én worden de hellingen volledig aangepast. Bovendien is de koffer onder de nieuwe speelplaats dikker dan onder de bestaande speelplaats omwille van het zwaar verkeer (ifv brandweer) en een grotere dikte omwille van het noodzakelijke bufferend vermogen van de koffer. Om deze reden dient aan de speelplaats dus inderdaad wel extra te worden uitgegraven onder het niveau van de onderzijde van de bestaande koffer. Daarom worden in deze zone dus extra graafwerken voorzien onder artikel 02.01.22.B.

In dat kader voegt verwerende partij het inplantingsplan waarop de huidige toestand van de site is aangeduid, dus met de huidige niveaus van verhardingen. Dit stuk was ook gevoegd als bijlage bij de gepubliceerde opdrachtdocumenten [...].

Wanneer de TAW [Tweede Algemene Waterpassing]-niveaus van de 4 zones (1-voetpad oost- en zuidkant, 2-de oprit thv dubbele poort zuidkant, 3-de drop-off zone en 4-het pad aan de westkant thv de keerwand) die [B.] aangeeft in zijn opmerking, op het plan bestaande toestand [...] vergeleken worden met de niveaus op het plan nieuwe toestand [...], kan duidelijk vastgesteld worden dat de afgewerkte niveaus voor deze zones quasi identiek zijn. De bestemming van deze zones in de nieuwe toestand is onveranderd in vergelijking met de bestaande toestand.

Op de plannen met de dwarsprofielen van de verhardingen, zijn nieuwe en bestaande (rode stippellijnen en rode TAW-aanduidingen) [...] aangeduid waarop duidelijk zichtbaar is dat de niveaus quasi gelijk zijn. Op deze

plannen is ook duidelijk dat onder de nieuwe speelplaats (zone waar in de meetstaat van de aanbesteding extra grondwerk is voorzien) een dikkere fundering is voorzien dan onder de voetpaden.

Bij gebrek aan uitleg van de verzoekende partij bij het indienen van haar offerte, kon verwerende partij er dus op basis van de plannen van uitgaan dat de verzoekende partij extra graafwerken had ondergebracht onder het verkeerde artikel zodat de prijs voor deze werken onder het correcte artikel 01.16.61 kon gebracht worden.”

De nadere argumentatie van de verzoekende partij, waarvan niet wordt betwist dat zij voor het eerst voor de Raad van State is aangevoerd, heeft een technisch en cijfermatig karakter en is gesteund op een vergelijking van de gedetailleerde meetstaten. Het onderzoek daarvan leent zich dan ook niet voor een versnelde behandeling. Voorts spreekt de verzoekende partij ter terechtzitting de technische uiteenzetting in de nota op het eerste gezicht niet tegen. In die omstandigheden volgt hieruit dat, in de huidige stand van het geding, de verzoekende partij niet aannemelijk maakt dat het motief in het gunningsverslag dat de verbetering van de hoeveelheid in meer door de verzoekende partij een interpretatiefout bevat, niet deugdelijk is.

27. Het tweede onderdeel is niet ernstig.

28. Het derde middel is niet ernstig.

VIII. Besluit

29. Geen van de middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt dan ook verworpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv A. tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 24 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 770 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op een rolrecht van 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op negenentwintig november tweeduizend vierentwintig, door de Raad van State, XlVe kamer, samengesteld uit:

Patricia De Somere,	staatsraad, waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	

Joris Casneuf,	griffier.
----------------	-----------

De griffier

De voorzitter

Joris Casneuf

Patricia De Somere