

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 256.058 van 17 maart 2023
in de zaak A. 238.411/XII-9341**

In zake: de NV DERO CONSTRUCT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Ann Eeckhout en Lotte Ottevaere
kantoor houdend te 9700 Oudenaarde
Droesbekeplein 20
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE ZELE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Wim Rasschaert
kantoor houdend te 9620 Zottegem
Gentse Steenweg 323
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

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

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 15 februari 2023, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Zele van 16 januari 2023 waarbij de overheidsopdracht voor aanneming van werken ‘2022 - Nieuwbouw kleuterschool (ruwbouw, afwerking, technieken en omgevingsaanleg)’ wordt gegund aan de nv Bouwbedrijf VMG-De Cock.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 24 februari 2023 heeft de nv Bouwbedrijf VMG-De Cock gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 2 maart 2023.

Kamervoorzitter Paul Lemmens heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Lotte Ottevaere, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Manik Peferoen, die *loco* advocaat Wim Rasschaert verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Filip Geerts, die 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 opdracht uit voor werken met als voorwerp “Gemeentebestuur Zele: Nieuwbouw kleuterschool Perceel 1: Ruwbouw, afwerking, technieken en omgevingsaanleg”.

De opdracht wordt gegund met een openbare procedure.

De opdracht wordt nationaal bekendgemaakt.

Het bestek met nr. S1208 is van toepassing.

De prijs is het enig gunningcriterium (punt 1.4 van het bestek).

3.2. Onder punt 1.5, 'Inhoud van de offerte', wordt met betrekking tot de vorm van de offerte aan de inschrijvers opgelegd de meetstaat "volledig en nauwgezet" in te vullen en aan te leveren in Excel-formaat.

Onder punt 2.9, 'Artikel 77 en 79 (KBP) Samenvattende opmeting', wordt hierover nog het volgende bepaald:

"De inschrijver maakt gebruik van het in de opdrachtdocumenten voorziene inschrijvingsformulier en de samenvattende opmeting welke dienen ingevuld te worden. Indien hij een eigen document hiervoor aanmaakt draagt hij de volle verantwoordelijkheid voor de volledige overeenstemming met de bij het bestek gevoegde documenten."

3.3. Vijf ondernemingen dienden een offerte in, waaronder de nv Dero Construct, dit is de verzoekende partij, en de nv Bouwbedrijf VMG-De Cock, dit is de tussenkommende partij.

3.4. De verwerende partij stelt vast dat de tussenkommende partij bij elf posten in haar meetstaat als eenheidsprijs "inbegrepen" heeft ingevuld. Op 22 september 2022 vraagt zij om een correct ingevulde samenvattende opmeting te bezorgen, door daarin de prestaties correct op te splitsen overeenkomstig de opmetingsstaat gevoegd bij de opdrachtdocumenten.

Het gaat om de volgende posten:

Referentie	Omschrijving	Type	EH	HV
02.22.01.A	Roestwerend schilderen van stalen leidingen en toebehoren - sanitaire installatie	GP		1
02.22.01.B	Roestwerend schilderen van stalen leidingen en toebehoren - bluswater installatie	GP		1
02.90.21.	Reinigingswerken op de sanitaire- en brandbestrijdingsinstallatie	GP		1
03.40.01.C	Roestwerend schilderen van stalen leidingen en toebehoren - verwarming/koelinstallatie	TP		1
03.90.61.	Reinigingswerken van de verwarming-, koeling- en ventilatie installatie	TP		1
03.90.61.	Reinigingswerken van de verwarming-, koeling- en ventilatie installatie	TP		1
04.00.01A.	Plaatsbeschrijving bij aanvang van de werken	GP		1
04.00.01B.	Staat van bevinding bij het einde van de werkzaamheden	GP		1
04.05.95.11.	Ondergrondse markeringen - Merklabeis	GP		1
04.41.30.	In dienst stellingen en testen	FH	st	1
04.41.30.	In dienst stellingen en testen	FH	st	1

Op 29 september 2022 antwoordt de tussenkomen partij als volgt:

“U verzoekt een correct ingevulde samenvattende opmeting of inventaris te willen meedelen.

Tevens maakt u melding van het aspect dat voor een aantal posten in de samenvattende opmeting als eenheidsprijs ‘inbegrepen’ werd vermeld. Evenwel gaat het m.b.t. de bedoelde posten niet over eenheidsprijzen per hoeveelheid, maar over een globale prijs of een totaalprijs.

De vermelding ‘inbegrepen’ is duidelijk en niet voor discussie vatbaar. ‘Inbegrepen’ staat voor ‘erbij geteld’. De vermelde posten in uw schrijven handelen allen over forfaitaire posten hetgeen sowieso elk speculatief karakter uitsluit.

Een globale post (GP) of totaalprijs (TP) is nu eenmaal vast en onveranderlijk.

Ter info geven wij u hieromtrent het volgende mee:

Art. 02.22.01.A [‘roestwerend schilderen van stalen leidingen en toebehoren – sanitaire installatie’] heeft betrekking op de stale[n] leidingen volgens art. 02.04.11.10 [‘leidingen in staal – gegalvaniseerd met schroefkoppelingen’] en is aldaar ingerekend.

Art. 02.22.01.B [‘roestwerend schilderen van stalen leidingen en toebehoren – bluswater installatie’] heeft betrekking op de stale[n] leidingen volgens art. 02.11.11 [‘stalen leidingen’] en is aldaar ingerekend.

Art. 03.40.01.C [‘roestwerend schilderen van stalen leidingen en toebehoren – verwarming/koelinstallatie’] heeft betrekking op de stale[n] leidingen volgens art. 03.06.01 [‘leidingen in staal’] en is aldaar ingerekend.

De reinigingswerken volgens art. 02.90.21 [‘reinigingswerken op de sanitaire- en brandbestrijdingsinstallatie’], 03.90.61 [‘reinigingswerken van de verwarming-, koeling- en ventilatie installatie’] zijn vervat in de

algemene kosten, waaronder zich ook de te voorziene reinigingswerken situeren. Onder art. 04.90.50 ['Inbegrepen in de totaliteit van de aanneming'] werden de reinigingswerken ten andere aangeduid als 'inbegrepen' in de totaliteit van de aanneming.

De plaatsbeschrijving zit vervat in de onder art. 01.10 [lees: 01.11.10] voorziene in te begrijpen plaatsbeschrijvingen ['plaatsbeschrijvingen – aangrenzende constructies/bij aanvang van de werken'] volgens art. 04.00.01.A ['plaatsbeschrijving bij aanvang van de werken'] (Architectuur) (art. 28 K.B. Plaatsing 18/04/2017).

Idem voor wat betreft de staat van bevinding volgens art 04.00.01.B ['staat van bevinding bij het einde van de werkzaamheden'] (Architectuur).

Art. 04.41.30 indienststellingen en testen zijn in de prijs van werken art. 45 zonwering gedeelte architectuur opgenomen (zonweringsfabrikant).

Art. 04.05.95.11 ondergrondse markeringen – merk labels: deze kosten zitten vervat onder de posten van art. 04.05.90 toebehoren voor ondergrondse leidingen.

Onze offerteprijs en haar samengestelde onderdelen zoals opgenomen in de samenvattende opmetingsstaat voorzien m.a.w. wel degelijk alle in het bestek bepaalde prestaties en de offerte vormt aldus wel degelijk een forfaitaire verbintenis met inbegrip van al de genoemde posten. Van ontbrekende prijzen of een materiële vergissing is dus zeker geen sprake, mocht u daar twijfels over hebben.

Een post als inbegrepen beschouwen, is overigens toegestaan en er zijn geen nadelige gevolgen aan verbonden.

Men mag ook niet voorbij gaan aan het principe van communicerende vaten bij geclusterde posten wat inhoudt dat er verschuivingen zijn van kosten binnen samenhangende posten van de samenvattende meetstaat of waarbij reeds kosten vervat zitten in de globaliteit en anders een dubbeltelling zou plaatsvinden hetgeen alvast niet de bedoeling is. Dit principe van prijsopgave tast in geen geval een eventuele niet conforme uitvoering aan.

Huidig wijzigingen aanbrengen aan de ingediende offerte, is overigens niet toegestaan.

Men kan/mag slechts één offerte indienen.

Te meer daar het hier ook niet gaat over een fout bij inschrijving, is het verzoek van de aanbesteder om wijzigingen aan de ingediende offerte aan te brengen dan ook niet aan de orde

Ten andere maken de opdrachtdocumenten i.v.m. bijvoorbeeld art. 01 aannemingsmodaliteiten eveneens gebruik om een aantal prestaties als inbegrepen in het geheel van de aanneming te beschouwen.

Zo werd onder art. 01.31 werfcondities orde en netheid reeds melding gemaakt van uit te voeren reinigingswerken bedoeld in art. 02.90.21 ['reinigingswerken op de sanitaire- en brandbestrijdingsinstallatie'], 03.90.61 ['reinigingswerken van de verwarming-, koeling- en ventilatie installatie'],...

Art. 01.10 ['plaatsbeschrijvingen – algemeen'] handelt over plaatsbeschrijving (zie ook onder art. 04.00.01.A en B ['plaatsbeschrijving

bij aanvang van de werken’ resp. ‘staat van bevinding bij het einde van de werkzaamheden’)).

Maar ook in de opdrachtdocumenten gedeelte technieken wordt veelvuldig gebruik gemaakt van het aspect ‘prijs inbegrepen in de totaalprijs van de aanneming’ (zie bijvoorbeeld artikels 03.05.32 [‘veiligheidsdiensten’]; 03.07.04 [‘aflaatkranen’]; 03.07.59 [‘automatische ontluchters’]; 03.22.71 [‘elektrische schema’s verdeel- en bedieningsborden’]; 03.24.50 [‘brandwerend afdichtingsmateriaal’]; 03.90.52 [‘technische fiches materialen tijdens uitvoering’]).

De globale prijs van de inschrijving wordt door deze prijszetting ook niet beïnvloed.

Tenslotte wensen wij te benadrukken dat de totale kostprijs van de posten waar u naar verwijst, elk op zich en zelfs als geheel nagenoeg verwaarloosbaar zijn in de totaliteit van de opdracht.

Er lijkt ons geen enkel beletsel te zijn om het rekenkundig nazicht uit te voeren en de samenvattende opmetingsstaat noopt alleszins niet tot enige aanpassing.

[...].”

3.5. Een verslag van nazicht der offertes wordt opgesteld op 16 januari 2023. Er zijn zes bijlagen, waaronder als bijlage 1 het voormelde schrijven van de tussenkomende partij van 29 september 2022.

In het verslag wordt het voormelde antwoord van de gekozen inschrijver aanvaard met de volgende motivering:

“Aangezien het hier om posten gaat met een beperkte betrekkelijke waarde ten opzichte van het offertebedrag wordt het antwoord van VMG De Cock aanvaard en is hier geen sprake van een leemte. Het is ook onbetwistbaar dat de inschrijver de betrokken posten voorzien heeft en zal uitvoeren.”

Bij het prijsonderzoek werden geen abnormale totaalprijzen of eenheidsprijzen vastgesteld. Op basis van het enig gunningscriterium, de prijs, wordt de offerte van de tussenkomende partij als eerste gerangschikt. Er wordt voorgesteld de opdracht aan deze inschrijver te gunnen.

De eindrangschikking is de volgende:

nv VMG-De Cock	3.652.441,63 €
nv Dero Construct	3.671.047,54 €
X	3.915.726,52 €

Y	4.031.986,98 €
Z	4.114.959,77 €

3.6. Op diezelfde datum beslist het college van burgemeester en schepenen goedkeuring te verlenen aan het voormelde verslag en de opdracht te gunnen aan de tussenkommende partij.

Dit is de bestreden beslissing.

IV. Tussenkoms

4. De nv Bouwbedrijf VMG-De Cock blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg wordt haar verzoek tot tussenkoms ingewilligd.

V. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

5. 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.

VI. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

6.1. De verzoekende partij voert in een enig middel de schending aan van artikel 83 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), artikel 76, §§ 1 tot 3, van het koninklijk besluit

van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), de artikelen 4 en 5 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’, en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel.

Zij betoogt dat de verwerende partij de offerte van de tussenkomende partij niet als regelmatig had mogen beschouwen. In de eerste plaats immers heeft de tussenkomende partij bij meerdere posten van de samenvattende meetstaat enkel “inbegrepen” vermeld, zonder bij deze posten een prijs te vermelden, en heeft zij de uitdrukkelijke vraag van de verwerende partij om de prijs voor de posten op te splitsen conform de meetstaat zonder gevolg gelaten. De verzoekende partij wijst erop dat dit antwoord in het verslag van nazicht van de offertes wordt aanvaard, op grond dat het om posten gaat met een beperkte betrekkelijke waarde ten opzichte van het totale offertebedrag en op grond dat aangenomen wordt dat de tussenkomende partij deze posten zal uitvoeren. In de tweede plaats vermeldt de verwerende partij in haar bestreden beslissing niets over de onregelmatigheid die erin bestaat dat de tussenkomende partij bij twee posten geen prijs heeft ingevuld, en ook niet “inbegrepen” heeft vermeld.

De verzoekende partij wijst in het bijzonder op artikel 76, §§ 2 en 3, van het koninklijk besluit plaatsing 2017. Op grond van die bepalingen moet een aanbestedende overheid een offerte nietig verklaren als zij substantiële of niet-substantiële onregelmatigheden bevat die de beoordeling van de offerte of de vergelijking ervan met de andere offertes verhindert, of die de verbintenis van de inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onbestaande, onvolledig of onzeker maakt.

6.2. In de toelichting bij het middel voert de verzoekende partij in de eerste plaats aan dat het behoorlijk invullen van de meetstaat impliceert dat er voor elke post van de meetstaat een prijs wordt ingevuld en dat het samenvoegen van posten niet is toegelaten. De tussenkomende partij heeft bij 11 posten louter vermeld dat ze “inbegrepen” zijn, zonder een prijs te vermelden. Nadat de verwerende partij haar heeft gevraagd om de prijs voor de “inbegrepen” posten

apart op te geven, conform de meetstaat, heeft de tussenkomen de partij daaraan geen gevolg gegeven.

De verzoekende partij meent dat de toelichting die de tussenkomen de partij in haar antwoordschrijven van 29 september 2022 geeft over deze “inbegrepen” posten niet logisch is en niet in overeenstemming is met de opdracht documenten. Zij bespreekt vervolgens één na één de 11 “inbegrepen” posten en de uitleg die daarover door de tussenkomen de partij is gegeven, en besluit bij elke post waarom het antwoord volgens haar niet aanvaardbaar is.

6.3. De verzoekende partij stelt voorts vast dat er nog twee bijkomen de posten zijn waarvoor de tussenkomen de partij geen prijs heeft ingevuld en waarover de verwerende partij geen vraag heeft gesteld. Het gaat om de posten 17.12.10a ‘rioolbuizen – studie’ en 17.12.10b ‘rioolbuizen – rioleringsschema’. Als een inschrijver bij bepaalde posten geen prijs heeft ingevuld, heeft de aanbestedende overheid de keuze: ofwel de offerte als onregelmatig weren ofwel deze behouden mits aanvulling met de leemteformule bedoeld in artikel 86, § 2, van het koninklijk besluit plaatsing 2017. Het lijkt er echter op dat de verwerende partij die twee posten niet heeft opgemerkt.

6.4. De verzoekende partij is aldus van mening dat de verwerende partij tekortgekomen is aan haar plicht een zorgvuldig regelmatigheidsonderzoek uit te voeren.

De beslissing van de verwerende partij om het antwoord van de tussenkomen de partij te aanvaarden is ook niet afdoende gemotiveerd:

“De motivering ‘posten met een beperkte waarde’ [heeft] betrekking op het prijsonderzoek. Hier gaat het evenwel niet over het prijsonderzoek, wel over het regelmatigheidsonderzoek. Ook in posten met beperkte waarde kunnen onregelmatigheden schuilen die de nietigheid van de offerte tot gevolg hebben.

De motivering ‘wordt het antwoord van VMG-De Cock aanvaard’ bewijst dat de Gemeente Zele deze antwoorden niet onderzocht heeft. De antwoorden zijn immers, zoals [...] aangetoond, totaal niet logisch [...] en niet in overeenstemming [...] met het lastenboek.
[...]

De motivering ‘het is ook onbetwistbaar dat de inschrijver de betrokken posten heeft voorzien’ stemt niet overeen met de werkelijkheid. Er zijn vooreerst 2 posten waarvoor VMG-De Cock zonder meer geen prijs heeft ingevuld en ook niet ‘inbegrepen’ bij heeft vermeld. [...] Dat VMG-De Cock de prijs voor de 14 [lees: 11] posten waarvoor enkel ‘inbegrepen’ is gemeld effectief heeft inbegrepen wordt helemaal niet bevestigd door de prijzen van de posten waarin deze zouden inbegrepen zijn. Wel integendeel. Alle prijzen van de posten (incl. de ‘inbegrepen’ posten) zijn lager dan de prijzen [van] Dero Construct voor deze posten (excl. de prijs van de andere posten). Het is dienvolgens helemaal niet ‘onbetwistbaar’, zelfs niet aanneembaar dat VMG-De Cock alle prijzen ingerekend heeft.”

De verzoekende partij voert ook aan dat in het verslag van nazicht niet over elke onregelmatigheid in de offerte van de tussenkomende partij aangemerkt wordt of deze substantieel of niet-substantieel is:

“Elke vastgestelde onregelmatigheid moet in de beslissing van de aanbestedende overheid worden vermeld en aangemerkt als substantieel of niet substantieel. De reden ten grondslag van deze kwalificatie moet worden aangegeven, alsook de gevolgen hiervan.

De verplichting tot formele motivering vereist dat uit deze gunningsbeslissing blijkt of [dat] hieruit kan worden afgeleid dat bij de gunning van de opdracht de regelmatigheid van de offertes werd onderzocht.

Een van de belangrijkste redenen waarom een onregelmatigheid als substantieel geldt, is dat ze de vergelijking van de offertes verhindert.

In dat opzicht is het dus van belang dat alle prestaties die onder één post moeten geleverd worden wel degelijk in de prijs voor die post worden opgenomen en niet over andere posten worden verdeeld.

In de offerte van VMG-De Cock gaat het ook niet over één onregelmatigheid maar over een opeenstapeling van 16 (lees: 13) niet-conformiteiten, Minstens maken ze in hun geheel beschouwd een substantiële onregelmatigheid uit.”

6.5. De verzoekende partij voert aan dat het niet opgeven van een prijs voor diverse posten en het samenvoegen van diverse posten te dezen een substantiële onregelmatigheid uitmaakt. Het gaat immers om meerdere posten, en de opsplitsing gebeurde doelbewust en met een speculatief oogmerk. Het aanvaarden van een offerte die niet conform de opdrachtdocumenten is ingevuld, brengt bovendien de gelijkheid onder de inschrijvers en de vergelijkbaarheid van de offertes in het gedrang, en verstoort de eerlijke mededinging. Het niet

vermelden van een prijs voor twee posten maakt voorts de verbintenis tot volledige uitvoering van de opdracht onzeker.

Beoordeling

7. Artikel 83 van de wet overheidsopdrachten 2016 bepaalt:

“De aanbestedende overheid onderzoekt de regelmatigheid van de offertes. Daartoe kan de Koning de bijkomende nadere regels bepalen.”

Artikel 76, §§ 1 en 3, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 bepaalt:

“§ 1. [...]

De offerte kan substantieel of niet substantieel onregelmatig zijn.

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

[...]

§ 3. Wanneer gebruik wordt gemaakt van een openbare of niet-openbare procedure, verklaart de aanbestedende overheid de substantieel onregelmatige offerte nietig. Dit is ook het geval voor een offerte die meerdere niet-substantiële onregelmatigheden bevat wanneer de cumulatie of combinatie ervan de in paragraaf 1, derde lid, bedoelde gevolgen teweeg brengt.”

Artikel 77 van hetzelfde besluit bepaalt dat als bij de opdrachtdocumenten een formulier is gevoegd voor het opmaken van de offerte en het invullen van de samenvattende opmeting of de inventaris, de inschrijver daarvan gebruikmaakt.

Artikel 79, § 1, van hetzelfde besluit bepaalt dat, indien bij de opdrachtdocumenten een samenvattende opmeting of inventaris is gevoegd, de inschrijver deze invult en de nodige berekeningen maakt.

Artikel 86, § 2, van hetzelfde besluit bepaalt dat, “wanneer een inschrijver voor een willekeurige post van de samenvattende opmeting of de

inventaris geen prijs heeft vermeld”, de aanbestedende overheid hetzij de offerte als onregelmatig kan weren, hetzij ze kan behouden door de leemte aan te vullen met behulp van een nader bepaalde formule.

8. De verzoekende partij oefent kritiek uit op het feit dat de verwerende partij de offerte van de tussenkomen de partij als regelmatig heeft beschouwd, niettegenstaande er volgens haar twee onregelmatigheden aan de ingevulde samenvattende meetstaat kleven: enerzijds is voor 11 posten vermeld dat de prijs “inbegrepen” is, waarmee de tussenkomen de partij te kennen gegeven heeft dat de prijs voor die posten onder een andere post is ondergebracht; anderzijds zou voor twee posten helemaal niets vermeld zijn. Die twee aangevoerde onregelmatigheden worden hierna afzonderlijk onderzocht.

9. In zoverre het middel, ten eerste, betrekking heeft op 11 posten waarvan in de offerte vermeld is dat de prijs “inbegrepen” is in andere posten, stelt de Raad van State vast dat de verwerende partij de tussenkomen de partij in het kader van het rekenkundig nazicht en het regelmatigheidsonderzoek van de offertes op 22 september 2022 bevestigd heeft over die posten. De tussenkomen de partij heeft daarop geantwoord met een schrijven van 29 september 2022. Uit haar antwoord blijkt dat zij van oordeel was dat het “clusteren” van de desbetreffende posten met andere posten geoorloofd was, en dat er geen reden was om haar offerte op dit punt te aanvaarden.

De verwerende partij heeft die uitleg aanvaard, en de offerte niet onregelmatig verklaard.

10. Uit de artikelen 77 en 79, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 volgt dat een samenvattende opmetingsstaat ingevuld moet worden. In beginsel moet voor elke post afzonderlijk een prijs worden opgegeven.

Het “clusteren” van twee posten, met als gevolg dat voor één van die posten geen afzonderlijke prijs wordt opgegeven, lijkt echter niet tot de onregelmatigheid van de offerte te leiden indien aan een aantal voorwaarden is voldaan. In zijn rechtspraak lijkt de Raad van State de volgende voorwaarden in aanmerking te nemen: het bestek mag niet dwingend voorschrijven dat voor de

betrokken post een afzonderlijke prijs opgegeven moet worden; de inschrijver moet concreet en onderbouwd kunnen verantwoorden waarom de betrokken post naar prijszetting toe verbonden is met een andere post; de kost voor de betrokken post moet wel degelijk gedekt zijn in de meetstaat. In het kader van de voorliggende procedure zal de Raad van State nagaan of die voorwaarden vervuld zijn.

Uit het dossier moet bovendien blijken waarom de aanbestedende overheid in een bepaald geval de prijs voor een post aan de hand van een “clustering” van die post met een andere post heeft aanvaard.

In zoverre de verzoekende partij uit de verplichting om de meetstaat “volledig en nauwgezet” in te vullen, afleidt dat een “clustering” van posten per definitie niet is toegelaten, faalt het *prima facie* naar recht.

11. Te dezen schrijft het bestek voor geen van de 11 bedoelde posten voor dat de prijs daarvan verplicht afzonderlijk moet worden opgegeven.

Er blijft te onderzoeken of de tussenkomen de partij de samenhang tussen de “geclusterde” posten aannemelijk heeft kunnen maken, of voor de betrokken posten wel degelijk een prijs in de meetstaat is opgenomen, en of er geen risico van speculatie of manipulatie voorhanden is.

12. Zoals hiervoor is overwogen, heeft de tussenkomen de partij voor elk van de 11 litigieuze posten aangegeven waarom de prijs daarvan is samengevoegd met die van een andere post. Dat antwoord is als bijlage gevoegd bij het verslag van nazicht van de offertes. In dat verslag heeft de verwerende partij de verantwoording voor de “clustering” van de posten aanvaard. Zij heeft daarbij overwogen dat het gaat om posten met een betrekkelijke waarde ten opzichte van het offertebedrag, en heeft ook vastgesteld dat de tussenkomen de partij de litigieuze posten wel degelijk in haar offerte heeft “voorzien”.

De verzoekende partij oefent op elk van de “clusterings” kritiek uit. Zij is van oordeel dat de samenvoeging van de posten niet logisch is, dat het geen belang heeft of de posten een beperkte waarde hebben, en dat niet

aangetoond wordt dat de prijs van de posten waarvoor enkel “inbegrepen” is vermeld ook effectief begrepen is in de prijs van de “geclusterde” post waarin die prijs begrepen zou zijn.

13. De met het onderzoek belaste auditeur heeft ter terechtzitting verslag gedaan van het door hem uitgevoerde cijfermatige nazicht van de door de tussenkomende partij verstrekte verantwoordingen. In verband met sommige van die posten heeft hij bijkomende stukken gevraagd aan de tussenkomende partij. Die stukken, onder meer offertes van gespecialiseerde dienstverleners en onderaannemers, zijn als vertrouwelijke stukken bij het dossier gevoegd.

De auditeur komt tot de volgende vaststellingen en conclusies.

De tussenkomende partij voert aan dat de prijzen van de posten in verband met het roestwerend schilderen van stalen leidingen die bij diverse technische installaties moeten worden geleverd en geïnstalleerd (dit zijn de sanitaire installatie – post 02.22.01.A, de bluswaterinstallatie – post 02.22.01.B, en de verwarmings- en koelinstallatie – post 03.40.01.C) “inbegrepen” zijn in de respectieve posten die betrekking hebben op de levering zelf van de stalen leidingen voor de voormelde installaties (posten 02.04.11.10, 02.11.11 en 03.06.01). Die “clustering” is volgens de auditeur niet onlogisch en kon in redelijkheid door de verwerende partij worden aanvaard. De hiertegen door de verzoekende partij aangevoerde argumenten leiden *prima facie* niet tot een andere conclusie.

De tussenkomende partij voert voorts aan dat de prijzen van de posten in verband met bepaalde reinigingswerken (meer bepaald die van de sanitaire en brandbestrijdingsinstallatie – post 02.90.21, en van de verwarmings-, koelings- en ventilatie-installaties – tweemaal post 03.90.61) “inbegrepen” zijn in de algemene kosten. De “clustering” van de genoemde reinigingsposten met de post voor algemene reinigingskosten (post 04.90.52, onderdeel van post 04.90.50) is volgens de auditeur niet onlogisch. Met de tussenkomende partij merkt hij op dat bij post 04.90.50, die onder meer betrekking heeft op (diverse) reinigingswerken, door de verwerende partij in de meetstaat is vermeld: “Inbegrepen in de totaliteit van de aanneming”. De specifieke post 04.90.52 is vermeld als een

pro-memoriepost. Pro-memorieposten maken volgens hem wel degelijk een onderdeel uit van de opdracht, waarvan de prijs vervat dient te zitten in de totale inschrijvingsprijs, weze het dat deze prijs – tenzij dit anders gevraagd zou worden in de opdrachtdocumenten – gespreid dient te worden over alle posten. De “clustering” met een pro-memoriepost kon in redelijkheid door de verwerende partij worden aanvaard.

De tussenkommende partij voert aan dat de prijzen van de posten ‘plaatsbeschrijving bij de aanvang van de werken’ (post 04.00.01.A) en ‘staat van bevinding bij het einde van de werkzaamheden’ (post 04.00.01.B), specifiek in verband met de elektrische installaties, “inbegrepen” zijn in de post ‘plaatsbeschrijvingen – algemeen’ (post 01.10), en dat de prijzen van alle plaatsbeschrijvingen gespreid zijn over het geheel van de opdracht. Onder post 01.10 zijn een aantal pro-memorieposten voor diverse soorten plaatsbeschrijvingen opgenomen; die plaatsbeschrijvingen houden in het bijzonder verband met de wegenis en de voetpaden en met de beplanting. Uit de door de tussenkommende partij overgelegde offerte van een dienstverlener voor het uitvoeren van plaatsbeschrijvingen blijkt dat die offerte wel degelijk betrekking heeft, zowel op de plaatsbeschrijvingen bedoeld in post 01.10 als op die bedoeld in post 04.00.01 (waartoe de subposten 04.00.01.A en 04.00.01.B behoren). De “clustering” is volgens de auditeur dan ook niet onlogisch, en ze kon in redelijkheid door de verwerende partij worden aanvaard.

De tussenkommende partij voert ook aan dat de prijs van de tweemaal voorkomende subpost ‘indienststellingen en testen’ (post 04.41.30), voorkomend onder de post ‘sturing rolluiken en screens’ (post 04.41), “inbegrepen” is in de post ‘zonwering’ (post 45). Uit de door de tussenkommende partij overgelegde offerte van een installateur van zonweringen blijkt dat die offerte de levering en de installatie van de zonweringen als een geheel beschouwt. De “clustering” is volgens de auditeur dan ook niet onlogisch, en ze kon in redelijkheid door de verwerende partij worden aanvaard.

14. Na onderzoek van de stukken van het dossier sluit de Raad van State zich aan bij de voornoemde vaststellingen en conclusies.

Uit de door de tussenkomende partij gegeven verantwoording voor de in haar offerte voorkomende “clusterings” van posten lijkt afgeleid te kunnen worden dat er, vanuit het oogpunt van de prijszetting, een reëel verband bestaat tussen de “geclusterde” posten. Uit die verantwoording lijkt ook te volgen dat de verwerende partij in redelijkheid kon oordelen dat de tussenkomende partij de kosten verbonden aan de 11 litigieuze posten effectief heeft opgenomen in haar samenvattende meetstaat.

In zoverre de verzoekende partij aanvoert dat de “clustering” gebeurd zou zijn met een speculatief oogmerk, maakt zij die bewering niet concreet aannemelijk.

Hetzelfde geldt voor de bewering dat, door de “clustering” van bepaalde posten in de offerte van de tussenkomende partij aan te nemen, de verwerende partij de gelijkheid onder de inschrijvers zou schenden en de vergelijkbaarheid van de offertes onmogelijk zou maken. Uit het voorgaande blijkt immers dat de tussenkomende partij wel degelijk bereid is om de litigieuze posten uit te voeren. Bovendien gaat het om posten waarvan de verwerende partij in redelijkheid kon aannemen dat ze een beperkte waarde hebben ten opzichte van het offertebedrag.

De verzoekende partij maakt voorshands dan ook niet aannemelijk dat de verwerende partij de offerte van de tussenkomende partij omwille van de “clustering” van de 11 litigieuze posten met andere posten, substantieel onregelmatig had moeten verklaren.

15. In zoverre het middel, ten tweede, betrekking heeft op twee posten die volgens de verzoekende partij niet ingevuld zijn, stelt de Raad van State vooreerst vast dat het gaat om de posten ‘rioolbuizen – studie’ (post 17.12.10.a) en ‘rioolbuizen – rioleringsschema’ (post 17.12.10.b).

De verzoekende partij leidt het ontbreken van een prijs voor die posten af uit het “gecensureerde” rekenkundig nazicht dat als bijlage bij het verslag van nazicht is gevoegd, en waarvan zij de zwartgemaakte prijzen van haar concurrenten door een bepaalde bewerking zichtbaar heeft kunnen maken. Bij de

twee bedoelde posten is op die tabel inderdaad, in de kolommen die betrekking hebben op de offerte van de tussenkomende partij, niets ingevuld. Zoals de verwerende partij echter terecht opmerkt, lijkt het niet vermelden van een prijs op een materiële vergissing te berusten. Uit de meetstaat gevoegd door de tussenkomende partij bij haar offerte blijkt dat voor die posten vermeld is dat ze “inbegrepen” zijn, dit wil zeggen: dat die posten met andere posten “geclusterd” zijn.

Het door de verzoekende partij aangehaalde artikel 86, § 2, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, dat de hypothese betreft dat er voor een bepaalde post geen prijs is opgegeven, is dan ook niet van toepassing.

16. De verwerende partij heeft van die twee posten geen melding gemaakt in haar schrijven van 22 september 2022, en de tussenkomende partij heeft dat evenmin spontaan gedaan in haar antwoord van 29 september 2022.

Gelet op de zeer beperkte bedragen die de verzoekende partij zelf voor die posten heeft ingevuld, lijkt het te gaan om posten die geen nadelige invloed hebben gehad op de draagwijdte van de bestreden beslissing. Aan de bestreden beslissing lijkt dan ook geen onwettigheid verweten te kunnen worden op de enkele grond dat zij, omwille van de “clustering” van die twee posten, de offerte van de tussenkomende partij niet substantieel onregelmatig verklaart. Zelfs indien helemaal niets vermeld zou zijn, zou de verwerende partij op grond van artikel 86, § 2, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 de keuze gehad hebben tussen het onregelmatig verklaren van de offerte en het regelmatig verklaren ervan, zij het met invulling van een bepaalde prijs.

17. Ten overvloede merkt de Raad van State nog het volgende op.

In haar verzoekschrift tot tussenkomst geeft de tussenkomende partij uitleg bij de vermeldingen voor de twee litigieuze posten. In verband met de post ‘rioolbuizen – studie’ (post 17.12.10.a) legt zij uit dat een studie van de vooropgestelde diameters aan een gespecialiseerde leverancier “zeer weinig tijd en moeite kost omdat hij daarvoor over de nodige software beschikt”, en dat die studie daarom “veelal als gratis service wordt aangeboden”. De tussenkomende partij

heeft dan ook zelf geen afzonderlijke prijs voor deze post aangerekend. Zij verklaart dat de studie in elk geval in haar prijs is inbegrepen. In verband met de post ‘rioolbuizen – rioleringsschema’ (post 17.12.10.b) legt zij uit dat een rioolkeuring steeds dient te gebeuren, ook met het oog op de opmaak van het as-built dossier. Zij verklaart voorts dat de kost van die keuring vervat zit in de algemene kosten van de aanneming (‘aannemingsmodaliteiten – keuringsattesten’, post 01.07, en ‘werfcoördinatie – as-built dossier’, post 01.25, beide posten opgenomen als pro-memorieposten). De kost voor de “goedkeuring” van het rioleringsschema werd dus inbegrepen in de algemene kosten, zoals dat het geval is voor de daarmee samenhangende kosten voor het uitvoeren van de rioolkeuring.

Op grond van analoge redenen als die welke zijn aangehaald bij de bespreking van de beslissing over de 11 “geclusterde” posten waarvoor de tussenkomende partij om uitleg gevraagd is (zie overweging 14), lijkt ook in verband met de twee thans besproken beslissingen geconcludeerd te kunnen worden dat de “clustering” geen reden was voor de verwerende partij om de offerte van de tussenkomende partij substantieel onregelmatig te verklaren.

18. Het middel is niet ernstig.

VII. Besluit

19. Het enig middel is niet ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt dan ook verworpen.

VIII. Kosten

20. Het door de verzoekende partij ingediende verzoekschrift strekt tot de schorsing en de nietigverklaring van de bestreden beslissing. Het is dan ook passend, gelet op het nog noodzakelijke procedureverloop, de kosten in beraad te houden.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Bouwbedrijf VMG-De Cock tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van zeventien maart tweeduizend drieëntwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Paul Lemmens,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Paul Lemmens