

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIVe KAMER

A R R E S T

**nr. 262.153 van 29 januari 2025
in de zaak A. 243.863/XIV-39.711**

In zake: 1. de NV L.
2. de NV H.
samen vormend de tijdelijke maatschap “TM L. – H.”
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Isabelle Cooremans
kantoor houdend te 1082 Brussel
Keizer Karellaan 586 bus 9
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD ANTWERPEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Gitte Laenen en Robin Depoorter
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 384
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV A.
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Joris Wouters, Christophe Lenders
en Geert Van Engelgem
kantoor houdend te 2600 Antwerpen-Berchem
Borsbeeksebrug 36
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 31 december 2024, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:

“1. de gunningsbeslissing van Verwerende partij van 13 december 2024

in het kader van de overheidsopdracht voor werken met als voorwerp ‘GAC_2023_02577 - Herinrichting woonwagenterrein Park Groot Schijn, Deurne’ [...] waarmee werd besloten om de opdracht te gunnen aan [de nv A.], en;

2. de impliciete beslissing van Verwerende partij van ongekende datum om de Opdracht niet te gunnen aan [...] Verzoekende partijen”.

II. Verloop van de rechtspleging

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

Met een verzoekschrift van 13 januari 2025 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 22 januari 2025 om 11.00 uur.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Evi Degroodt, die *loco* advocaat Isabelle Cooreman verschijnt voor de verzoekende partijen, advocaat Robin Depoorter, die verschijnt voor de verwerende partij en advocaat Joris Wouters, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Thomas Maes heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht voor werken uit met als voorwerp ‘Herinrichting woonwagenterrein Park Groot Schijn, Deurne’.

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

De opdracht wordt nationaal bekendgemaakt.

3.2. Er worden vijf offertes ingediend, onder meer door de verzoekende partijen en de nv A.

3.3. Met een e-mailbericht van 6 september 2024 verzoekt de verwerende partij de nv A. om een prijsverantwoording, aangezien “[u]it het nazicht van de offerte blijkt dat er voor post 50 - warmtepompboilers, een schijnbaar abnormale hoge eenheidsprijs werd vastgesteld”.

Met een brief van 17 september 2024 verstrekt de nv A. een algemene prijsverantwoording en een prijsverantwoording voor post 50, als volgt (zoals weergegeven in de nota van de verwerende partij):

“Met betrekking tot post 50

Deze post werd bekomen via onze onderaannemer XXX, die in staat voor gans het Deel A: Architectuur

Er is sprake van een zuiver materiële fout in de zin van artikel 34 KB Plaatsing (in casu hier een verschrijving begaan bij de materiële verrichtingen die gepaard gaan met het opstellen van de offerte zoals uitschrijven, invullen, overbrengen van cijfergegevens). Voor deze post werd concreet het cijfer 4 ingedrukt in plaats van 1 (het cijfer 4 bevindt zich op het cijferdoetsenbord boven de 1). De eenheidsprijs per warmtepomp moet dienvolgens 1.XXX € zijn in plaats van 4.XXX €

Op de toenmalige prijs van onze onderaannemer namen wij als hoofdaannemer nog een marge van 8.67%, dit geeft dan het bedrag dat als eenheidsprijs in onze offerte is gekomen van 4.XXX €/st.

Bij correctie van deze materiële fout zou onze eenheidsprijs dus 1.XXX € met 8.67% opzet 1.XXX € bedragen.

In bijlage kan u de offerte van leverancier XXX terug vinden, het betreffende toestel heeft nog een korting van 40%, de extra project korting werd door onze onderaannemer XXX als installatiekost meegenomen.
Wij verzoeken u dienvolgens de eenheidsprijs van de post 50 te verbeteren conform artikel 34 KB Plaatsing naar 1.XXX €/st.
[...]"

3.4. Blijkens het gunningsverslag worden vier inschrijvers geselecteerd. Na selectie wordt de offerte van de verzoekende partijen als eerste gerangschikt, vóór die van de nv A.

Bij het rekenkundig nazicht stelt de verwerende partij een materiële fout vast in de offerte van de nv A. In het gunningsverslag van 4 december 2019 wordt hieromtrent het volgende vermeld:

"[...] Regelmatigheidsonderzoek van de offertes van de inschrijvers
Regelmatigheid n.a.v. de eventuele verbetering van de offertes, het
prijsonderzoek en de eventuele prijsverantwoording.
Alvorens de offertes aan een prijsonderzoek te onderwerpen, heeft de
aanbestedende overheid ze verbeterd overeenkomstig de artikelen 34 en 86
van het Koninklijk Besluit van 18 april 2017 plaatsing overheidsopdrachten
in de klassieke sectoren.
[tm V.]
[...]
[nv A.]

In het kader van het onderzoek van de offerte van inschrijver
[nv A.] werd bij post 50 een materiële vergissing in de zin van artikel 34 KB
Plaatsing vastgesteld. De inschrijver heeft bij de prijsberekening van deze
post per ongeluk een verkeerd cijfer ingegeven, namelijk een '4' in plaats
van een '1'. Hierdoor ligt de prijs voor post 50 ongeveer 4 keer hoger dan de
werkelijke bedoeling van de inschrijver. De inschrijver toont dit aan aan de
hand van de offerte van zijn onderaannemer waarop hij zich voor de bepaling
van de prijs voor post 50 heeft gebaseerd. De aanbestedende overheid heeft
deze materiële vergissing in de offerte gecorrigeerd volgens de werkelijke
bedoeling van de inschrijver. Dit resulteert in een verlaging van de totale
offerteprijs van deze inschrijver."

Deze correctie geeft tot resultaat dat de offerte van de nv A. als eerste wordt gerangschikt, vóór die van de verzoekende partijen.

Nadien wordt een prijs- en kostenonderzoek gevoerd, in het gunningsverslag verwoord als volgt:

“De aanbestedende overheid onderwierp de gecorrigeerde offertes aan een prijsonderzoek, waarbij de (totale en eenheids-)prijzen van iedere offerte werden beoordeeld ten opzichte van de prijzen van de andere offertes, de raming en de voorwaarden van de offertes.

❖ Er werden geen (schijnbaar) abnormale totale offerteprijzen vastgesteld.

❖ In de offertes van de onderstaande inschrijvers werden merkbaar lage/hoge eenheidsprijzen vastgesteld:

[de verzoekende partijen]

[...]

In de offertes van de inschrijvers [de nv A.] en [...] werden geen schijnbaar abnormale eenheidsprijzen vastgesteld.

De aanbestedende overheid heeft de verantwoording van [de verzoekende partijen] ontvangen en is om volgende redenen van oordeel dat de betreffende eenheidsprijzen geen abnormaal karakter vertonen. [...]”

Ten slotte worden de regelmatige offertes beoordeeld op basis van de gunningscriteria en een eindrangschikking opgemaakt.

Bijgevolg wordt voorgesteld “[o]p grond van de selectie van de inschrijvers, het regelmatigheidsonderzoek van de offertes en de vergelijking van de offertes (zoals hoger uiteengezet)”, om de opdracht te gunnen aan de nv A.

3.5. Op 13 december 2024 beslist het college van burgemeester en schepenen van de verwerende partij, met verwijzing naar het gunningsverslag dat als bijlage bij de beslissing wordt gevoegd, om de opdracht te gunnen aan de nv A.

Dit is de bestreden beslissing.

3.6. Met een brief en e-mailbericht van 24 december 2024 vraagt de raadsvrouw van de verzoekende partijen om verduidelijking omtrent de verbetering van de materiële vergissing bij post 50 in de offerte van de tussenkomende partij.

Met een e-mailbericht van 26 december 2024 antwoordt de verwerende partij als volgt:

“Onverminderd de vertrouwelijkheid van de eenheidsprijzen van de offertes (zoals geregeld door artikel 13 van de Wet Overheidsopdrachten en artikel 10 van de Wet Rechtsbescherming), kunnen wij u hieromtrent de volgende verduidelijkingen verschaffen (waarbij vertrouwelijke gegevens tussen vierkante haakjes worden gezet).

In het kader van het prijsonderzoek heeft de aanbesteder vastgesteld dat de offerteprijs die inschrijver [A.] voor post 50 heeft opgegeven merkbaar hoger lag dan prijzen die de andere inschrijvers voor deze post hebben opgegeven. Naar aanleiding van deze vaststelling heeft de aanbesteder inschrijver [A.] in toepassing van artikel 36 van het KB Plaatsing om een verantwoording van de voor post 50 opgegeven prijs gevraagd.

Uit de reactie van inschrijver [A.] bleek dat de afwijkende prijs voor post 50 het gevolg is van een materiële vergissing die kon worden gecorrigeerd in toepassing van artikel 34 van het KB Plaatsing.

Meer concreet toont inschrijver [A.] aan de hand van een offerte van zijn onderaannemer aan dat zijn werkelijke bedoeling erin bestond om de prijs van zijn onderaannemer ter waarde van 1.[xxx] euro (excl. btw) te verhogen met [y,yy]%. Als gevolg van een vergissing heeft [A.] echter 4.[xxx] euro (excl. btw) verhoogd met [y,yy]% in plaats van 1.[xxx] euro (excl. btw). Dit betreft duidelijk een materiële vergissing, meer bepaald een verschrijving waarbij de inschrijver per ongeluk een ‘4’ heeft ingedrukt in plaats van een ‘1’ (twee cijfers die vlak naast elkaar staan op een toetsenbord).

De prijs die inschrijver [A.] voor post 50 heeft opgegeven, werd bijgevolg gecorrigeerd door de prijs van zijn onderaannemer ter waarde van 1.[xxx] euro (excl. btw), zoals gestaafd aan de hand van een offerte van die onderaannemer, te verhogen met [y,yy]%.”

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. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

5. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, zoals van toepassing op de voorliggende vordering, 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 enige middel

Uiteenzetting van het middel

6. De verzoekende partijen voeren de schending aan van artikel 4, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet van 17 juni 2016), de artikelen 34, 35 en 36 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit van 18 april 2017), de artikelen 4 en 5 van de wet van 17 juni 2013, en “de algemene beginselen van behoorlijk bestuur waaronder het redelijkheids-zorgvuldigheids-, vertrouwens-, gelijkheids- transparantie- en mededingings-beginsel evenals het *patere legem quam ipse fecisti*-principe”, alsook de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de formele motivering van de bestuurshandelingen (hierna: de wet van 29 juli 1991),

“Doordat Verwerende partij de prijs voor post 50 in de offerte van [nv A.] heeft gewijzigd en hierdoor de totaalprijs van de offerte is gewijzigd en de offerte van [nv A.] als laagste offerte als eerste werd gerangschikt in de eindrangschikking en de Opdracht vervolgens aan [nv A.] werd gegund, en niet aan Verzoekende partijen die na de verbetering van de prijs van post 50 van [nv A.] als tweede waren gerangschikt in de eindrangschikking;

Terwijl Verwerende partij de prijs voor post 50 in de offerte van [nv A.] heeft gewijzigd zonder dat er sprake is van een rekenfout of een zuiver materiële fout in de zin van artikel 34 KB Plaatsing en daardoor [nv A.] heeft toegelaten een ontoelaatbare wijziging aan te brengen aan haar offerte na opening van de offertes;

En terwijl Verwerende partij de regels inzake het prijzenonderzoek opgenomen in artikelen 35 en 36 KB Plaatsing niet heeft correct toegepast doordat zij na ontvangst van de prijsverantwoording van [nv A.] slechts twee mogelijkheden had, namelijk ofwel de prijsverantwoording én de hoge prijs voor post 50 te aanvaarden en op basis hiervan de totaalscore voor de offerte van [nv A.] te berekenen, dan wel de prijsverantwoording op gemotiveerde wijze af te wijzen en vervolgens de offerte van [nv A.] te weren omwille van een substantiële onregelmatigheid. Verwerende partij heeft in strijd met artikel 36, §3, eerste lid KB Plaatsing evenwel een derde scenario toegepast

waarbij zij de prijsverantwoording van [nv A.] op niet afdoende gemotiveerde wijze heeft aanvaard en waarna zij de prijs voor post 50 heeft gewijzigd;

En terwijl Verwerende partij de materiële en formelemotiveringsplicht schendt door noch in de Bestreden Beslissingen, noch in het gunningsverslag, noch in een ander document dat aan Verzoekende partijen werd bezorgd, te verduidelijken hoe zij de prijsverantwoording en de verklaringen gegeven door [nv A.], deugdelijk en concreet heeft onderzocht. Verwerende partij laat tot op heden na te verduidelijken hoe zij heeft kunnen bepalen dat de verklaring van [nv A.] opgenomen in de prijsverantwoording en de offerte van de onderaannemer van [nv A.] *in tempore non suspecto* werden opgesteld en de gegevens aangebracht door [nv A.] in haar prijsverantwoording identiek zijn met de gegevens op basis waarvan zij haar offerte die uiterlijk op 10 juli 2024 moest worden ingediend, heeft opgesteld.”

Het middel valt uiteen in drie onderdelen.

7. In een eerste onderdeel stellen de verzoekende partijen dat de wijziging van de prijs voor post 50 ertoe heeft geleid dat de eindrangschikking van de inschrijvers werd gewijzigd en de opdracht aan de tussenkomende partij werd gegund. De wijziging van de prijs voor post 50 in de offerte van de tussenkomende partij betreft evenwel geen rekenfout of een zuiver materiële fout in de zin van artikel 34 van het koninklijk besluit van 18 april 2017, maar een niet toegelaten wijziging na de opening van de offertes.

De verzoekende partijen verwijzen naar rechtspraak van de Raad van State luidens dewelke de verbetering van een ontdekte materiële fout een essentiële wijziging van de offerte inhoudt en bijgevolg een strikte interpretatie verdient. Er dient sprake te zijn van een loutere materiële vergissing waaromtrent er nauwelijks discussie kan bestaan, of nog van een “vrijwel onbetwistbaar karakter” van de beweerde materiële fout. Dit is volgens de verzoekende partijen niet het geval. Uit het e-mailbericht van de verwerende partij van 26 december 2024 blijkt dat de tussenkomende partij pas in haar prijsverantwoording heeft verduidelijkt dat er een fout werd begaan in haar berekening van de prijs voor post 50. De verwerende partij heeft deze fout niet kunnen vaststellen op basis van de gegevens die waren opgenomen in haar offerte. Evenmin kan de beweerdelijke materiële vergissing worden verklaard op basis van gegevens die reeds waren vervat in de oorspronkelijke offerte en die dus *in tempore non suspecto*

voorhanden waren. Nergens blijkt dat de offerte van de onderaannemer dateert van voor het indienen van de offerte van de tussenkomen­de partij, of dat de winstmarge die wordt aangehaald in de prijsverantwoor­ding dezelfde winstmarge is als die zij initieel heeft toegepast bij het opstellen van haar ingediende offerte. Evenmin toont de verwerende partij aan dat zij hieromtrent het nodige onderzoek heeft gevoerd.

Door de prijs voor post 50 toch te wijzigen, heeft de verwerende partij de tussenkomen­de partij de mogelijkheid geboden om na opening van de offertes haar offerte te wijzigen. Zodoende kon de tussenkomen­de partij, die op basis van het proces-verbaal van opening van de offertes op de hoogte was van het zeer beperkte verschil in totaalprijs met de verzoekende partijen (12.338,76 euro), dit verschil in prijs wegwerken. De verwerende partij creëerde hiertoe immers de gelegenheid door een prijsverantwoor­ding te vragen aan de tussenkomen­de partij, die perfect kon berekenen wat de impact zou zijn van een verbetering van haar prijs voor post 50 op haar totaalscore en haar plaats in de eindrangschikking van de inschrijvers.

Door aan de tussenkomen­de partij de mogelijkheid te geven haar prijs voor post 50 te wijzigen, en deze mogelijkheid niet te bieden aan de andere inschrijvers, heeft de verwerende partij het gelijkheids- en mededingingsbeginsel en het principe van de onveranderlijkheid van de offertes geschonden. De verzoekende partijen verwijzen in dit verband naar rechtspraak van het Europees Hof van Justitie, luidens dewelke de gegevens van een inschrijving gericht kunnen worden verbeterd of aangevuld om kennelijk materiële fouten recht te zetten, mits de wijziging er niet toe leidt dat de betrokken inschrijver in werkelijkheid een nieuwe inschrijving indient. Te dezen werd effectief een nieuwe inschrijving ingediend aangezien de inhoud en prijs­zetting van de offerte dermate werd gewijzigd dat de tussenkomen­de partij in de eindrangschikking niet langer als tweede inschrijver gerangschikt was na de verzoekende partij, maar als eerste inschrijver.

De verzoekende partijen zet voorts nog uiteen waarom, door aldus aan de tussenkomen­de partij de mogelijkheid te geven haar prijs voor post 50 te wijzigen in strijd met artikel 34 van het koninklijk besluit van 18 april 2017, de

verwerende partij ook de overige in het middel aangevoerde bepalingen en beginselen heeft geschonden.

8. In een tweede onderdeel voeren de verzoekende partijen aan dat de verwerende partij de regels inzake het prijzenonderzoek, zoals bepaald in de artikelen 35 en 36 van het koninklijk besluit van 18 april 2017, niet correct heeft toegepast. Na ontvangst van de prijsverantwoording van de tussenkomende partij had de verwerende partij volgens hen slechts twee opties: ofwel die prijsverantwoording aanvaarden, inclusief de hoge prijs voor post 50, en de totaalscore op die basis berekenen, ofwel de prijsverantwoording op gemotiveerde wijze afwijzen en vervolgens de offerte weren wegens een substantiële onregelmatigheid. In strijd met artikel 36, § 3, eerste lid, van het voornoemd besluit koos de verwerende partij echter voor een derde scenario, waarbij zij de prijsverantwoording van de tussenkomende partij op niet-gemotiveerde wijze aanvaardde en vervolgens de prijs voor post 50 heeft gewijzigd.

9. In een derde onderdeel voeren de verzoekende partijen aan dat de bestreden beslissing de materiële- en formelemotiveringsplicht schendt.

Pas in het e-mailbericht van 26 december 2024 geeft de verwerende partij toe dat zij de prijs voor post 50 in de offerte van de tussenkomende partij aan een prijsonderzoek heeft onderworpen. De formelemotiveringsplicht impliceert evenwel dat de motieven uit de bestreden beslissing zelf moeten blijken. Eventueel kan aan die doelstelling worden voldaan wanneer de verzoekende partijen via een andere weg kennis zou hebben gekregen van de motieven waarop de bestreden beslissing is gesteund, in welk geval de motivering wel aan bepaalde voorwaarden dient te voldoen. Te dezen blijkt echter dat de motivering opgenomen in het gunningsverslag wat de wijziging van de prijs voor post 50 betreft, dermate ontoereikend en onvolledig was, dat de verwerende partij per e-mailbericht van 26 december 2024 een volledig andere motivering gaf. In tegenstelling tot wat in het gunningsverslag werd geïnsinueerd, bleek uit het e-mailbericht van 26 december 2024 dat er geen sprake was van een klaarblijkelijke en eenvoudige vast te stellen rekenfout of materiële vergissing, maar dat er daarentegen een prijsonderzoek was gevoerd naar de prijs voor post 50.

Er kan dan ook niet worden besloten dat het e-mailbericht van de verwerende partij van 26 december 2024 het formelemotiveringsgebrek van de bestreden beslissing heeft weggewerkt.

Dit geldt des te meer nu uit de motivering opgenomen in het gunningsverslag en in het e-mailbericht van 26 december 2024 (apart, dan wel samengenomen) niet blijkt hoe de verwerende partij heeft kunnen vaststellen dat er (1) sprake was van een zuiver materiële vergissing, en (2) hoe de verwerende partij in dit geval de werkelijke bedoeling van de tussenkomen de partij heeft kunnen achterhalen, en (3) en hoe de verwerende partij heeft kunnen bepalen dat de verklaring van de tussenkomen de partij en de offerte van de onderaannemer *in tempore non suspecto* werden opgesteld en de gegevens aangebracht door de tussenkomen de partij in haar prijsverantwoording identiek zijn met de gegevens op basis waarvan zij haar offerte heeft opgesteld. De motivering van de verwerende partij schiet dan ook tekort aan de formelemotiveringsplicht.

Bovendien schendt de bestreden beslissing volgens de verzoekende partijen ook de materiële motiveringsplicht, die vereist dat (minstens) uit het administratief dossier moet blijken dat de verwerende partij de prijs voor post 50 op zorgvuldige wijze heeft nagekeken. Dit houdt in dat zij de verklaringen van de tussenkomen de partij afdoende en concreet moet hebben onderzocht op hun waarachtigheid en de mate waarin deze overeenstemden met de oorspronkelijke bedoeling op het moment van het opstellen van de initiële offerte. De motieven op grond waarvan de verwerende partij van oordeel was dat de aangeboden prijzen niet abnormaal zijn, dienen bovendien uit het dossier te blijken. Op basis van de stukken waartoe de verzoekende partijen toegang hebben, ligt een dergelijke motivering niet voor. Voor zover de verwerende partij zich zal beroepen op het vertrouwelijk karakter van de ingediende offertes en prijsverantwoordingen, dient te worden opgemerkt dat de Raad van State reeds eerder oordeelde dat er een evenwicht dient te worden gevonden tussen enerzijds de vertrouwelijkheid van de offertes en de zakengeheimen die daarin zijn opgenomen, en anderzijds de verplichting om te voorzien in een afdoende, correcte en draagkrachtige motivering. De verwerende partij had alle gelegenheid om een draagkrachtige en juridische en feitelijk correcte motivering in het gunningsverslag op te nemen, zonder de vertrouwelijkheid van de offerte en de prijsverantwoording te schenden.

Zo had zij toelichting kunnen geven bij het door haar gevoerde onderzoek naar de prijs voor post 50, naar de offerte van de onderaannemer en naar de beweerdelijke toegepaste winstmarge, en daarbij de exacte bedragen en percentage (minstens gedeeltelijk) onleesbaar kunnen maken. Uit het e-mailbericht van 26 december 2024 blijkt dat een dergelijke wijze van motivering werkbaar is. Door een dergelijke motivering niet op te nemen in het gunningsverslag en de bestreden beslissing, heeft de verwerende partij nagelaten een deugdelijke en draagkrachtige motivering te voorzien en schendt zij zo haar materiële- en formelemotiveringsplicht, de artikelen 4 en 5 van de wet van 17 juni 2013, en de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991.

Beoordeling

Vooraf

10. Artikel 34, § 2, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 luidt:

“De aanbestedende overheid verbetert de rekenfouten en zuiver materiële fouten in de offertes, zonder aansprakelijk te zijn voor de niet ontdekte fouten.

Ten einde de rekenfouten en de zuiver materiële fouten die door haar vastgesteld worden in de offertes te verbeteren, gaat de aanbestedende overheid de werkelijke bedoeling na van de inschrijver via een globale analyse van de offerte en door deze te vergelijken met de andere offertes en met de marktprijzen. Indien deze bedoeling, na analyse van de offerte, niet voldoende duidelijk is, kan de aanbestedende overheid de inschrijver, binnen een door haar gestelde termijn, uitnodigen om de inhoud van zijn offerte te verduidelijken zonder haar te wijzigen en te vervolledigen en dit zonder afbreuk te doen aan de mogelijkheid om te onderhandelen indien de procedure zulks toelaat.

Als er in dit laatste geval geen toelichting gegeven is of de toelichting niet aanvaardbaar is voor de aanbestedende overheid, verbetert ze de fouten naar eigen bevindingen. Mocht dit niet mogelijk zijn, dan kan de aanbestedende overheid hetzij beslissen dat de opgegeven eenheidsprijzen van toepassing zijn, hetzij de offerte als onregelmatig weren.”

Op grond van deze bepaling verbetert de aanbestedende overheid “de rekenfouten en de zuiver materiële fouten in de offertes”. Met “zuiver materiële fouten” wordt in principe een verschrijving of een vergissing bedoeld, begaan bij de materiële verrichtingen die gepaard gaan met het opstellen van een

offerte zoals het uitschrijven, invullen en overbrengen van cijfergegevens. Het betreft dus fouten waaromtrent er nauwelijks discussie is.

Omdat de verbetering van een ontdekte materiële fout een afwijking inhoudt van het beginsel van de onveranderlijkheid van de offertes na het indienen ervan, moet het begrip “zuiver materiële fouten in de offertes” weliswaar strikt worden geïnterpreteerd. Het lijkt evenwel niet vereist dat de verschrijving of vergissing noodzakelijk moet blijken uit de offerte zelf. Essentieel lijkt wel dat de vergissing duidelijk tot gevolg heeft dat een resultaat in de offerte wordt bereikt dat in strijd is met “de werkelijke bedoeling” van de inschrijver. Bij het nagaan van die bedoeling mag, op grond van diezelfde bepaling, rekening gehouden worden met andere gegevens dan enkel die van de offerte zelf, zoals met een vergelijking van die offerte met de andere offertes en met de marktprijzen, of met verduidelijkingen verstrekt op vraag van de aanbestedende overheid door de betrokken inschrijver.

Bij het beoordelen of er sprake is van een zuiver materiële fout in de zin van het voormelde artikel 34, § 2, beschikt de aanbestedende overheid over een beoordelingsruimte om uit te maken of, in het licht van de omstandigheden, het al dan niet aannemelijk is dat er sprake is van een dergelijke fout en of het al dan niet duidelijk is wat de werkelijke bedoeling van de inschrijver was bij het begaan van de fout. Het komt daarbij niet aan de Raad van State toe om een eigen beoordeling in de plaats van deze van het bestuur te stellen. Hij mag desgevraagd wel nagaan of de beslissing op in rechte en in feite aanvaardbare motieven is gesteund en of deze voortvloeien uit een zorgvuldig onderzoek, en of deze beoordeling binnen de perken van de redelijkheid blijft.

Eerste onderdeel

11. In het gunningsverslag wordt het volgende opgemerkt over de offerte van de tussenkommende partij:

“In het kader van het onderzoek van de offerte van inschrijver [nv A.] werd bij post 50 een materiële vergissing in de zin van artikel 34 KB Plaatsing

vastgesteld. De inschrijver heeft bij de prijsberekening van deze post per ongeluk een verkeerd cijfer ingegeven, namelijk een ‘4’ in plaats van een ‘1’. Hierdoor ligt de prijs voor post 50 ongeveer 4 keer hoger dan de werkelijke bedoeling van de inschrijver. De inschrijver toont dit aan aan de hand van de offerte van zijn onderaannemer waarop hij zich voor de bepaling van de prijs voor post 50 heeft gebaseerd. De aanbestedende overheid heeft deze materiële vergissing in de offerte gecorrigeerd volgens de werkelijke bedoeling van de inschrijver. Dit resulteert in een verlaging van de totale offerteprijs van deze inschrijver.”

Na deze verbetering daalt de totaalprijs van de offerte van de tussenkomende partij waardoor deze als eerste wordt gerangschikt.

12. De verwerende partij stelt in haar e-mailbericht van 26 december 2024 aan de verzoekende partijen, zoals herhaald in de nota, dat zij “in het kader van het prijsonderzoek” had vastgesteld dat de offerteprijs die de tussenkomende partij voor post 50 had opgegeven, merkbaar hoger lag dan de prijzen opgegeven door de andere inschrijvers, naar aanleiding waarvan zij in toepassing van artikel 36 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 aan de tussenkomende partij een prijsverantwoording voor post 50 had gevraagd, en dat uit de op 17 september 2024 verstrekte prijsverantwoording bleek dat de afwijkende prijs voor post 50 het gevolg was van een materiële vergissing.

Deze beweringen lijken steun te vinden in de stukken van het administratief dossier.

Uit de tabel ‘Eerste prijsonderzoek’, vertrouwelijk stuk dat de Raad van State heeft kunnen inzien, blijkt op het eerste gezicht een schijnbaar abnormaal hoge eenheidsprijs voor post 50 - warmtepompboilers in de offerte van de tussenkomende partij. Uit het e-mailbericht van 6 september 2024 van de verwerende partij blijkt dat zij aan de tussenkomende partij een prijsverantwoording heeft gevraagd voor die post 50 omdat voor die post “een schijnbaar abnormale hoge eenheidsprijs werd vastgesteld”.

Voorts blijkt uit de verstrekte prijsverantwoording, met een brief van 17 september 2024, met als bijlagen de offerte van de onderaannemer en diens leverancier, vertrouwelijk stuk dat de Raad van State heeft kunnen inzien, op

het eerste gezicht, dat de tussenkomende partij een vergissing heeft begaan bij het overnemen van prijsgegevens uit de offerte van een onderaannemer (en diens leverancier), waardoor een eenheidsprijs die in werkelijkheid 1.xxx,xx euro had moeten bedragen, verkeerdelijk als 4.xxx,xx euro werd ingegeven. De oorsprong van de fout lijkt aldus op het eerste gezicht te bestaan uit een loutere verwisseling van het cijfer '1' met het cijfer '4' in de duizendtallen van de eenheidsprijs voor een warmtepompboiler, vóór de toepassing van een percentage voor de algemene kosten en winst (AKW) door de tussenkomende partij als hoofdaannemer.

13. Het verschil tussen de in de meetstaat opgegeven prijs en de door de verwerende partij aangehaalde geraamde eenheidsprijs en de gemiddelde eenheidsprijs lijkt dermate groot dat op het eerste gezicht sprake kan zijn van een overnamefout in de meetstaat. Het argument van de verwerende partij en de tussenkomende partij dat op het numerieke toetsenblok van een standaardtoetsenbord de 1 en de 4 zich recht boven elkaar bevinden, lijkt in dat verband bijkomende overtuigingskracht te hebben. Ook maken de verwerende partij en de tussenkomende partij aan de hand van de verstrekte prijsverantwoording en de bijlage op het eerste gezicht aannemelijk dat het door deze laatste gehanteerde AKW-percentage in de initiële offerte en in de prijsverantwoording identiek is. De verzoekende partijen maken op het eerste gezicht niet aannemelijk dat de doorgevoerde verbetering ertoe zou hebben geleid dat de tussenkomende partij in werkelijkheid een nieuwe offerte met nieuwe prijzen heeft kunnen indienen.

Er zijn op het eerste gezicht geen andere elementen in het dossier voorhanden om aan te nemen dat de werkelijke bedoeling van de betrokken inschrijver te dezen zou zijn geweest een eenheidsprijs op te geven voor de warmtepompboilers die een veelvoud bedraagt van de gangbare marktprijs voor dergelijke toestellen en dat de verwerende partij de voorgestelde verbetering van een louter materiële fout aldus niet had mogen aanvaarden.

14. Uit wat voorafgaat volgt dat, anders dan de verzoekende partijen stellen, het bestaan van een materiële fout in de zin van artikel 34 van het koninklijk besluit van 18 april 2017, die aanleiding heeft gegeven tot de

verbetering van de offerte van de tussenkomende partij, zoals gemotiveerd in het gunningsverslag, lijkt te worden bevestigd in de onderliggende stukken.

De verzoekende partijen maken, gelet op deze vaststelling, op het eerste gezicht niet aannemelijk dat de aanbestedende overheid de in dit onderdeel aangevoerde bepalingen en beginselen zou hebben geschonden.

15. Het eerste onderdeel is niet ernstig.

Tweede onderdeel

16. De verzoekende partijen maken op het eerste gezicht niet aannemelijk dat de verwerende partij aldus de regels inzake het prijzenonderzoek, zoals bepaald in de artikelen 35 en 36 van het koninklijk besluit van 18 april 2017, niet correct zou hebben toegepast.

Weliswaar voorziet artikel 33 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 in een bepaalde logische volgorde voor de verrichtingen van de aanbestedende overheid: verbetering van de offertes (artikel 34), algemeen prijs- of kostenonderzoek (artikel 35) en prijzen- of kostenbevraging (artikel 36).

Noch artikel 33, noch enige andere wets- of reglements bepaling lijkt zich echter ertegen te verzetten dat zuiver materiële fouten die aan het licht komen tijdens het algemeen of het bijzonder prijsonderzoek alsnog vastgesteld en verbeterd mogen worden.

Bij het nagaan van “de werkelijke bedoeling” van de inschrijver mag, op grond van artikel 34, § 2, van het koninklijk besluit van 18 april 2017, de verwerende partij immers rekening houden met andere gegevens dan enkel die van de offerte zelf, zoals met een vergelijking van die offerte met de andere offertes en met de marktprijzen, of met verduidelijkingen verstrekt op vraag van de aanbestedende overheid door de betrokken inschrijver, zoals te dezen, in het kader van een prijsverantwoording.

In de specifieke situatie zoals te dezen, waarbij uit het prijsonderzoek een zuiver materiële fout in de offerte is gebleken, lijkt de aanbestedende overheid op het eerste gezicht de informatie die werd ingewonnen in het kader van dat prijsonderzoek in aanmerking te mogen nemen en te mogen terugkeren naar de fase van de verbetering van de offertes. Het lijkt een aanbestedende overheid toegestaan om de, in het kader van het prijsonderzoek ontdekte, materiële fout recht te zetten, ook na het opstarten van het prijsonderzoek, waarna, wat de betrokken prijs betreft, de feitelijke basis van het prijsonderzoek komt te vervallen.

17. Het tweede onderdeel is niet ernstig.

Derde onderdeel

18. Op het eerste gezicht blijkt dat de verzoekende partijen uit de formele motivering in het gunningsverslag (waarnaar de bestreden beslissing verwijst en dat als bijlage bij de beslissing is gevoegd) betreffende de verbetering van de prijs voor post 50, zoals hoger weergegeven *sub* 11, alle elementen hebben kunnen afleiden die aanleiding hebben gegeven tot de verbetering van de betrokken materiële fout.

De omstandigheid dat in het gunningsverslag wordt gesteld dat die fout is gebleken “[i]n het kader van het onderzoek van de offerte van inschrijver [nv A.]” en niet in het kader van het prijsonderzoek, doet hieraan geen afbreuk. De verzoekende partijen lijken op het eerste gezicht geen belang te hebben bij deze kritiek. Zoals bij de beoordeling van het tweede onderdeel op het eerste gezicht is gebleken, kan een aanbestedende overheid, ook in de fase van het prijsonderzoek, een naar aanleiding van dat onderzoek ontdekte materiële fout alsnog verbeteren.

19. Bovendien blijkt dat de verwerende partij nadien, in het e-mailbericht van 26 december 2024, nog een meer omstandige motivering aangaande de verbetering van de materiële fout voor post 50 heeft gegeven, waarbij zij onder meer verduidelijkt dat de fout werd ontdekt naar aanleiding van

het prijsonderzoek. Daaruit lijkt niet te volgen dat de motieven vermeld in het gunningsverslag niet deugdelijk of hiermee tegenstrijdig zouden zijn. Anders dan de verzoekende partijen stellen, gaf de verwerende partij in dit e-mailbericht van 26 december 2024 geen “volledig andere motivering” maar worden integendeel de motieven vermeld in het gunningsverslag nader geduid.

De verzoekende partijen hebben aldus, minstens aan de hand van dit e-mailbericht van 26 december 2024, met kennis van zaken kunnen uitmaken of het opportuun is om de bestreden beslissing om de opdracht aan een andere inschrijver en niet aan haar te gunnen, met een vordering tot schorsing te bestrijden. Het normdoel van de formelemotiveringsplicht werd te dezen in elk geval bereikt, zodat zij in dit opzicht geen belang lijken te hebben bij het aanvoeren van een schending van de formelemotiveringsplicht.

20. Uit de beoordeling van het eerste en tweede onderdeel blijkt reeds dat de bestreden beslissing, wat de verbetering van de materiële fout betreft, op het eerste gezicht berust op deugdelijke motieven, die steun vinden in de stukken van het administratief dossier.

Uit het gunningsverslag, waarop de bestreden beslissing steunt, blijkt dat de verwerende partij de offerte van de tussenkomende partij wel degelijk heeft onderzocht, waarbij zij bij post 50 de betrokken materiële fout heeft vastgesteld, gelet op het feit dat “de prijs voor post 50 ongeveer 4 keer hoger [ligt] dan de werkelijke bedoeling van de inschrijver”, wat deze heeft aangetoond aan de hand van de offerte van zijn onderaannemer waarop hij zich voor de bepaling van de prijs voor post 50 heeft gesteund.

Anders dan de verzoekende partijen stellen, blijkt uit dit gunningsverslag, zoals nader geduid in het e-mailbericht van 26 december 2024, op het eerste gezicht wel hoe de verwerende partij heeft kunnen vaststellen dat er sprake was van een zuiver materiële vergissing en hoe zij de werkelijke bedoeling van de tussenkomende partij heeft kunnen achterhalen. Er lijkt op het eerste

gezicht geen reden om aan te nemen dat de verklaring van de tussenkomende partij en de offerte van de onderaannemer niet *in tempore non suspecto* zouden zijn opgesteld. Uit de bijlage gevoegd bij haar prijsverantwoording blijkt tevens dat het AKW-percentage gehanteerd door de tussenkomende partij in haar prijsverantwoording identiek is aan dat op basis waarvan zij haar offerte heeft opgesteld. Overigens lijken de verzoekende partijen op het eerste gezicht zelfs aan te nemen dat de (wijze van) motivering opgenomen in het voornoemd e-mailbericht van 26 december 2024, waarbij de exacte bedragen en het AKW-percentage (minstens gedeeltelijk) onleesbaar werden gemaakt, wel volstaat, en lijken zij enkel te bekritisieren dat deze motivering niet is opgenomen in het gunningsverslag. Zoals hoger gesteld, hebben de verzoekende partijen geen belang bij deze kritiek.

Voor zover de verzoekende partijen in dit derde onderdeel nog lijken aan te voeren dat evenmin een deugdelijk motivering in het gunningsverslag zou voorliggen op grond waarvan de verwerende partij van oordeel was dat de door de tussenkomende partij aangeboden prijzen niet abnormaal zijn, lijkt de motivering in het gunningsverslag dat “[i]n de offertes van de [inschrijver nv A.] geen schijnbaar abnormale eenheidsprijzen [werden] vastgesteld”, op het eerste gezicht wel overeen te stemmen met de feiten zoals ze voorliggen aan het eind van het prijsonderzoek van de offerte van de tussenkomende partij, na verbetering van de betrokken materiële fout. In die omstandigheden lijkt niet van de verwerende partij te kunnen worden gevraagd dit prijsonderzoek van de offerte van de tussenkomende partij nog nader te duiden.

21. De verzoekende partijen maken, gelet op deze vaststelling, op het eerste gezicht niet aannemelijk dat de aanbestedende overheid de in dit onderdeel aangevoerde bepalingen en beginselen zou hebben geschonden.

22. Het derde onderdeel is niet ernstig.

VII. Besluit

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

BESLISSING

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

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partijen worden, elk voor de helft, verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 400 euro, een bijdrage van 24 euro en een rechtsplegings-vergoeding van 770 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op negenentwintig januari tweeduizend vijftientig, door de Raad van State, XIVE kamer, samengesteld uit:

Patricia De Somere,
bijgestaan door

Johan Pas,

De griffier

Johan Pas

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De voorzitter

Patricia De Somere