

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 253.627 van 2 mei 2022
in de zaak A. 235.933/XII-9199**

In zake: de NV BESIX INFRA
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Barteld Schutyser en Gauthier Vlassenbroeck
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 99
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jens Debièvre en Matthias Castelein
kantoor houdend te 1000 Brussel
Havenlaan 86c, 113b
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partijen:

1. de NV WILLEMEN INFRA
2. de NV DENYS,
samen vormend een tm
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bettina Poelemans
kantoor houdend te 9051 Gent
Kortrijksesteenweg 1144G
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 24 maart 2022, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van het Agentschap Wegen en Verkeer van 7 maart 2022, waarbij de opdracht voor de herinrichting van het kruispunt Singel – Grotesteenweg (N1) te Antwerpen

wordt gegund aan de tm Willemen Infra nv - Denys nv en de offerte van de nv Besix Infra onregelmatig wordt verklaard.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 4 april 2022 hebben de nv Willemen Infra en de nv Denys, samen vormend een tijdelijke maatschap, gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 19 april 2022.

Kamervoorzitter Paul Lemmens heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Barteld Schutyser, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaten Jens Debièvre en Matthias Castelein, die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaat Bettina Poelemans, die verschijnt voor de tussenkomende partijen, zijn gehoord.

Eerste auditeur Frederic Eggermont heeft een met dit arrest andersluidend 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. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht voor werken uit met als voorwerp de herinrichting van het kruispunt Singel - Grotesteenweg (N1) in Antwerpen.

Het betreft een occasionele gezamenlijke opdracht in de zin van artikel 48 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016). De werken worden deels uitgevoerd ten laste van het Vlaamse Gewest en deels voor de Stad Antwerpen, VVM-De Lijn en Water-link. Het Vlaamse Gewest, de verwerende partij, treedt op als aanbestedende overheid.

De verwerende partij kiest voor een openbare procedure.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt op 29 juli 2021 in het Bulletin der Aanbestedingen en op 3 augustus 2021 in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie met vijf navolgende wijzigingsberichten.

3.3. Vier kandidaten dienen een offerte in, waaronder de nv Besix Infra, dit is de verzoekende partij, en de tm Willemen Infra nv - Denys nv, dit zijn de tussenkomende partijen.

Na rekenkundig nazicht van de prijzen wordt, wat het totaalbedrag van de offertes betreft, de offerte van de verzoekende partij als tweede gerangschikt, en die van de tussenkomende partijen als derde.

3.4. Overeenkomstig artikel 35 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017) vraagt de verwerende partij op 5 oktober 2021 een eerste prijstoelichting aan de verzoekende partij. Die vraag heeft betrekking op 14 posten, waaronder post 910 ‘stopzetten persing, verleturen’.

De verzoekende partij antwoordt op 17 oktober 2021. Wat de post 910 betreft, verwijst zij naar de offerte van haar onderaannemer, die zij kan laten inzien. Zij merkt op dat deze onderaannemer eenzelfde tarief hanteert in al zijn offertes en dat het terug te vinden is in veel van haar eigen inschrijvingen.

De afdeling Algemene Technische Ondersteuning (hierna: ATO) van het Departement Mobiliteit en Openbare Werken geeft op 19 oktober 2021 advies over het door de verwerende partij uit te voeren algemene onderzoek naar de offertebedragen en de eenheidsprijzen.

Het advies volgend, stuurt de verwerende partij op 19 oktober 2021 een tweede vraag tot prijstoelichting aan de verzoekende partij. Die vraag heeft betrekking op zeven door ATO nader geselecteerde posten, waaronder post 873, die betrekking heeft op ‘rioleringsbuizen diameter di=800 mm, buizen van poreus beton, reeks 135’, en de reeds genoemde post 910.

De verzoekende partij antwoordt op 31 oktober 2021. Wat de post 873 betreft, die nog niet werd opgevraagd in de eerdere vraag tot prijstoelichting, deelt zij mee dat er een materiële vergissing gebeurd is doordat dezelfde eenheidsprijs werd gebruikt als die voor post 872 (‘rioleringsbuizen diameter di=800 mm buizen van gewapend beton, reeks 135’). Zij verklaart die vergissing doordat bij de calculatie, die werkt op een copy-paste systeem, bij ‘gelijkaardige’ posten de materialen niet werden aangepast. Zij verzoekt de verwerende partij conform artikel 34 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 deze materiële vergissing recht te zetten aan de hand van de marktprijzen of inschrijvingen van de andere aanbieders op deze opdracht. Zij geeft ook mee wat bij een correcte calculatie haar eenheidsprijs zou zijn [een kostprijs van 219,87 €/m, die verhoogd met de algemene kosten een verkoopprijs geeft van 267,32 €/m]. Wat post 910 betreft, deelt zij mee dat bij nazicht blijkt dat ook voor deze post een vergissing is gebeurd, meer bepaald een verkeerde overdracht van de offerte van haar onderaannemer voor de verleturen (in plaats van 975 €/u werd 1975 €/u overgenomen). Daardoor is een te hoge totale prijs voor deze post opgegeven (in plaats van 1.884,49 €/u werd 3039,50 €/u opgegeven). Zij verzoekt de verwerende partij deze post in haar voordeel te corrigeren en recht te zetten.

3.5. Met een e-mailbericht van 3 november 2021 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat bij opmaak van de vorige brief ten onrechte is vermeld dat het om een “prijstoelichting” gaat in plaats van een “prijsverantwoording”. Als bijlage wordt een gecorrigeerde brief gevoegd met vraag tot prijsverantwoording voor dezelfde zeven posten.

Met een e-mailbericht van dezelfde dag deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij ook nog mee dat gezien uit de prijstoelichting voor de posten 873 en 910 materiële fouten blijken die zullen gecorrigeerd worden, deze niet meer bijkomend verantwoord moeten worden.

Op 15 november 2021 antwoordt de verzoekende partij op het verzoek tot prijsverantwoording “voor de nog gevraagde posten”. Voor de posten 873 en 910 wordt geen prijsverantwoording meer gegeven.

3.6. Op 24 november 2021 verschaft ATO een nieuw advies, ditmaal over de prijsverantwoording van de verzoekende partij. Wat de vergissingen aangaande de posten 873 en 910 betreft, is ATO van mening dat ze niet kunnen worden gekwalificeerd als “materiële fout” in de zin van artikel 34 van het koninklijk besluit plaatsing 2017. Wat de verantwoording van de overige posten betreft, is ATO van mening dat er geen significante elementen aanwezig zijn die wijzen op een abnormale prijsvorming.

3.7. Op 2 december 2021 beslist de administrateur-generaal van het Agentschap Wegen en Verkeer om de offerte van de verzoekende partij onregelmatig te verklaren en om de opdracht te gunnen aan de tussenkomen de partij. Uit het bijgevoegde gunningsverslag van 2 december 2021 blijkt dat de argumentatie van de verzoekende partij aangaande de “materiele fouten” bij de posten 873 en 910 niet wordt bijgeval len zodat besloten wordt dat het vermoeden van een abnormale prijs ten aanzien van deze posten niet weerlegd wordt. Het verslag en de beslissing worden met een schrijven van 7 januari 2022 ter kennis gebracht van de verzoekende partij.

3.8. Na protest van de verzoekende partij tegen die beslissing bij brief van 14 januari 2022, vraagt de verwerende partij ATO om een bijkomend advies.

Op 19 januari 2022 geeft ATO een telefonisch advies. Gelet op het feit dat voor de twee kwestieuze posten geen prijsverantwoording werd gevraagd, adviseert ATO voor deze posten alsnog een prijsverantwoording te vragen, omdat dit een noodzakelijke stap is in een bijzonder prijzen- en kostenonderzoek.

Op 20 januari 2022 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat het verzoek van deze laatste om de gunningsbeslissing in te trekken, intern werd besproken. Er wordt aangekondigd dat de offerte van de

verzoekende partij opnieuw zal worden onderzocht en de gunningsbeslissing ingetrokken.

3.9. Op 31 januari 2022 vraagt de verwerende partij aan de verzoekende partij om een prijsverantwoording voor de posten 873 en 910. De verzoekende partij antwoordt op 11 februari 2022 (voetnoten niet hernomen):

“Hierbij vindt u ons antwoord op uw verzoek. Wij hernemen in dat verband ook kort een aantal relevante elementen uit de procedure.

1. Het verloop van de plaatsingsprocedure

[...]

2. De posten zijn aangetast door twee zuiver materiële fouten

Zoals in het antwoord van 31 oktober 2021 op de vraag om prijstoelichting aangegeven, zijn post 873 en post 910 elk aangetast door een zuiver materiële fout. De werkelijke bedoeling van BESIX Infra blijkt duidelijk. Hierna wordt voor de duidelijkheid opnieuw uiteengezet waarom er sprake is van zuiver materiële fouten.

a. Post 873

Post 873 bevat een klaarblijkelijke zuiver materiële fout: de prijs uit post 872 werd immers foutief in post 873 overgenomen. Het herhalen van de prijs van de vorige post is duidelijk een vergissing bij het opstellen van de offerte. De persoon die belast was met de indiening van de offerte heeft dezelfde prijs overgenomen, terwijl post 872 en 873 verschillend zijn (poreuze en niet-poreuze-buizen).

De vergissing is begrijpelijk omwille van de gelijkaardige benaming van beide posten: post 872 betreft ‘gewapende riolering diameter 800’, post 873 betreft ‘poreuze riolering diameter 800’. In dat verband heeft de Raad van State reeds geoordeeld dat een zuiver materiële fout aannemelijk was wanneer twee posten een gelijkaardige benaming hebben.

U zal uit de offertes van de andere inschrijvers hebben kunnen afleiden dat voor beide posten verschillende prijzen golden. Poreuze en niet-poreuze buizen vertonen immers verschillende eigenschappen die het productieproces en, bijgevolg, de prijs van de buizen beïnvloeden.

Aangezien een grote aanbesteder als AWW zowel niet-poreuze buizen als poreuze buizen bestelt, bent u bovendien als aanbesteder van deze marktprijzen op de hoogte.

Ter staving vindt u als bijlage de relevante bladzijden aangaande de levering van buizen van het raamcontract met de leverancier van betonbuizen van BESIX Infra, de firma T. (bijlage 1).

Hieronder vindt u voor de goede orde de onderverdeling van post 873, die u ook kan vinden in bijlage 3 [er volgt een tabel met alle prijselementen voor post 873, zoals gevoegd bij de offerte].

Zowel uw globale analyse van de offerte van BESIX Infra, als uw analyse van de prijzen van de andere inschrijvers als uw analyse van de marktprijzen laat u toe om de werkelijke bedoeling van BESIX Infra te achterhalen.

b. Post 910

Ook post 910 is door een zuiver materiële fout aangetast. De persoon die belast was met de indiening van de offerte heeft immers de prijs van de onderaannemer voor de verleturen (stopzetting persing), die een deel van de prijs voor post 910 betreft, verkeerd overgeschreven. De onderaannemer voorzag 975 EUR/u. In het calculatieprogramma van BESIX Infra werd 1.975 EUR/u overgenomen. Reeds in haar brief van 31 oktober 2021 heeft BESIX Infra u de mogelijkheid aangeboden om de offerte van de onderaannemer (V.), waaruit de verschrijving heel duidelijk blijkt, te raadplegen. U vindt deze prijs op blz. 3/4 onder de paragraaf 'Stilstand Tarief'. Deze offerte wordt u gemakshalve als bijlage bij deze brief bezorgd (bijlage 2). U zult zien dat deze in tempore non suspecto opgesteld werd.

Omdat aan die prijs van de onderaannemer ook nog de prijs van de verleturen voor BESIX Infra toe te voegen is, moet de globale eenheidsprijs (kostprijs) voor post 910 1.823,70 EUR/u zijn, en niet de bij vergissing ingediende 3.039,50 EUR/u.

Dit blijkt ook uit de hieronder opgenomen calculatie, die u ook kan vinden in bijlage 3 [er volgt een tabel met alle prijselementen voor post 910, zoals gevoegd bij de offerte; voor de offerte van de onderaannemer is een kostprijs van 1975 €/u opgegeven].

Opnieuw zal u de aldus bekomen prijs met de offertes van de andere inschrijvers en met de marktprijzen kunnen vergelijken om de werkelijke bedoeling van de inschrijver na te gaan. Dergelijke fout (waarbij per ongeluk aan de prijs van de onderaannemer een extra duizendtal wordt toegevoegd) is te vergelijken met andere door de Raad van State erkende zuiver materiële fouten zoals het verkeerd plaatsen van een komma. Dergelijke fouten zijn door de Raad van State reeds eerder als klassieke voorbeelden van een zuiver materiële vergissing beschouwd.

c. Besluit

Beide posten maken dus het voorwerp van een zuiver materiële fout uit. De werkelijke bedoeling van BESIX Infra is eenvoudig te achterhalen aan de hand van een globale analyse van haar offerte, de offerte van de andere inschrijvers en de marktprijzen.

BESIX Infra begrijpt dat AWV van oordeel zou zijn dat het bestaan van zuiver materiële fouten niet aangetoond is of dat de werkelijke bedoeling van BESIX Infra niet te achterhalen zou zijn. Een verbetering van de twee posten zou volgens AWV dus tot gevolg hebben dat BESIX Infra haar offerte zou wijzigen.

BESIX Infra begrijpt dit standpunt niet, en evenmin waarom het eerdere standpunt, ingenomen in een e-mail van AWV van 3 november 2021, gewijzigd werd. BESIX Infra wenst er overigens voor de goede orde op te wijzen dat zij haar prijzen niet heeft gewijzigd, maar gehandeld heeft op een wijze die de beoordelingsvrijheid van AWV volledig onverlet laat. In de e-mail van BESIX Infra van 30 oktober 2021, waarin BESIX Infra reageert op het prijsonderzoek ex artikel 35 KB Plaatsing, heeft BESIX Infra AWV enkel uitgenodigd om voor post 873 de materiële vergissing recht te zetten. Voor de post 910 is in dezelfde zin voorgesteld de post ‘in uw voordeel te corrigeren en recht te zetten’. AWV behield dus zijn integrale beoordelingsvrijheid om de prijzen te verbeteren naar eigen bevindingen of, daarentegen, de opgegeven eenheidsprijzen van toepassing te achten.

BESIX Infra meent bovendien dat AWV de opgegeven prijzen van toepassing kan achten, omdat BESIX Infra de minprijs voor de poreuze buizen (post 873) binnen haar marge kan opvangen zodat de buizen niet met verlies worden verkocht. Daarnaast zal, voor zover AWV die prijs niet naar eigen bevindingen wenst te verbeteren, de meerprijs voor de verleturen (post 910) evenmin voor de uitvoering van de opdracht een probleem vormen.

Het besluit dat, in het geval AWV de prijzen niet naar eigen bevindingen wenst te verbeteren, AWV de opgegeven eenheidsprijzen van toepassing kan achten, dringt zich met des te meer kracht op nu er in hoofde van BESIX Infra kennelijk geen speculatief inzicht is:

- Beide posten betreffen zeer beperkte bedragen, zeker in verhouding tot het totaalbedrag van de offerte. Het Verslag aan de Koning bij het KB Plaatsing stelt dat dit zeer relevant is om de wijze te bepalen waarop de aanbestedende overheid zijn beoordelingsvrijheid zal uitoefenen: ‘De aanbestedende overheid zal dit bijgevolg beoordelen in functie van de eigenheden van het dossier en niet op basis van vooraf bepaalde criteria. De aanbestedende overheid zal bijvoorbeeld logischerwijze de opgegeven eenheidsprijzen bekrachtigen, indien

het een fout in een verwaarloosbare post betreft. Het zal waarschijnlijk anders gesteld zijn wanneer het een belangrijke post betreft.’

- De posten vormen in het ene geval een onderschatting en in het andere geval een overschatting van de prijzen, die elkaar rekenkundig dus zo goed als neutraliseren.
- De zuiver materiële fouten hebben om dezelfde redenen ook geen impact op de rangschikking.
- De plaatsingsprocedure heeft niet als enige gunningscriterium het criterium prijs. Hieruit blijkt opnieuw het ontbreken van elk speculatief inzicht in hoofde van BESIX Infra. BESIX Infra kon niet op voorhand weten wat de impact van de zuiver materiële fouten op de rangschikking zou zijn en wat de invloed op de uitkomst van de plaatsingsprocedure zou zijn.

BESIX Infra wijst er, tenslotte en voor de goede orde, nog op dat deze handelswijze de enige interpretatie is die overeenstemt met de juridische verplichting van AWW om, overeenkomstig artikel 81 Overheidsopdrachtenwet, de opdracht aan de economisch meest voordelige offerte toe te wijzen.

3. Geen abnormale prijzen

Om dezelfde redenen als in de conclusie sub 1 uiteengezet, zijn de prijzen voor de posten 873 en 910 geen abnormale prijzen. Zoals de Raad van State in talloze arresten heeft uiteengezet, worden met een prijsonderzoek twee doelstellingen nagestreefd:

- De eerste doelstelling bestaat erin ‘de betrouwbaarheid van de offerte en de al dan niet mogelijk correcte uitvoering van de opdracht tegen de voorgestelde prijs’ na te gaan. ‘Er mag worden aangenomen dat abnormale lage prijzen, prijzen zijn waarmee een inschrijver een lager prijsvoorstel doet dan wat economisch voor hem en voor de markt mogelijk.’
- De tweede doelstelling bestaat erin de gelijkheid van de inschrijvers en een gezonde mededinging te garanderen.

In het licht van de toelichting onder punt 2 (waarin uitgelegd wordt hoe beide prijzen tot stand zijn gekomen) blijkt dat geen van deze twee doelstellingen in het gedrang gebracht wordt:

- Zoals BESIX Infra heeft aangetoond hebben de prijzen voor post 873 en voor post 910 betrekking op slechts zeer beperkte bedragen.
- Aan de hand van de als bijlage toegevoegde verklaring van de bedrijfsrevisor blijkt dat BESIX Infra, indien AWW de initiële prijs voor post 873 toepasselijk zou achten, de prijs voor deze post probleemloos binnen haar marge kan opvangen (bijlage 4).

- Post 910 is een post waarvan AWW, op basis van haar ervaring, kan beoordelen dat de kans dat verleturen zich voordoen en bijgevolg de post besteld zal worden, zeer klein is. Indien die kans zich alsnog zou voordoen, is de globale prijsimpact daarvan eveneens verwaarloosbaar.

Het besluit is dan ook dat de gegeven prijzen voor de posten 873 en 910, ook in de hypothese dat AWW die prijzen toepasselijk zou achten, normale prijzen zijn.

4. Hoe dan ook zijn de twee posten verwaarloosbare posten

BESIX Infra meent bovendien dat, zelfs indien AWW zou oordelen dat de posten abnormaal laag of hoog zijn, dit nog steeds niet rechtvaardigt dat de offerte van BESIX Infra nietig zou worden verklaard. Beide posten moeten immers als verwaarloosbare posten in de zin van artikel 36, § 3 KB Plaatsing beschouwd worden.

De bedragen zijn verwaarloosbaar:

- Post 873 vertegenwoordigt 0,34 % van het totaalbedrag van de offerte.
- Post 910 vertegenwoordigt 0,68 % van het totaalbedrag van de offerte.
- Nog los van het feit dat zij elkaar met het oog op de rangschikking minstens gedeeltelijk neutraliseren, vertegenwoordigen beide posten samen nauwelijks 1,02 % van het totaalbedrag van de offerte. Dit bedrag is dus zeer gering ten opzichte van het totaalbedrag van de offerte. Zelfs samengenomen zijn beide posten een verwaarloosbare post.

Beide posten zijn dus, zowel afzonderlijk als samengenomen, verwaarloosbare posten.

5. Besluit

BESIX Infra heeft hierboven aangetoond dat de posten aangetast zijn door zuiver materiële fouten en dat het hoe dan ook verwaarloosbare posten zijn. Aldus verzoekt BESIX Infra u:

- in hoofdorde de verbetering van de zuiver materiële fouten door te voeren door ofwel de prijzen te verbeteren naar eigen bevindingen, ofwel de opgegeven prijzen van toepassing te achten, en
- in ondergeschikte orde de voor de posten opgegeven prijzen normale prijzen te achten, minstens de posten als verwaarloosbare posten te beschouwen.”

3.10. Op 17 februari 2022 geeft ATO een derde schriftelijk advies aan de verwerende partij. Na de noodzaak te bevestigen om op grond van artikel 36 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 een prijsverantwoording te vragen,

onderzoekt ATO of er voor de posten 873 en 910 sprake kan zijn van “materiële fouten” in de zin van artikel 34 van dat besluit. Op grond van een analyse van de rechtspraak van de Raad van State, die volgens ATO uitgaat van een “strikte interpretatie” van dat begrip, blijft ATO bij zijn eerdere geformuleerde standpunt dat de gemaakte fouten bij de posten 873 en 910 niet als een “materiële fout” gekwalificeerd kunnen worden.

3.11. Op 7 maart 2022 trekt de administrateur-generaal van het Agentschap Wegen en Verkeer zijn initiële gunningsbeslissing van 2 december 2021 in. Dezelfde dag neemt hij een nieuwe gunningsbeslissing, waarbij de offerte van de verzoekende partij opnieuw onregelmatig wordt bevonden en de opdracht opnieuw wordt gegund aan de tussenkomende partijen.

Het gunningsverslag van 23 februari 2022 wordt als bijlage bij deze beslissing gevoegd. Uit dat gunningsverslag blijkt dat de verwerende partij bij haar beoordeling blijft dat de aangevoerde fouten bij de voornoemde posten geen zuiver materiële fouten betreffen. De motivering ervan, opgenomen onder punt 4.8, Prijsonderzoek, luidt:

“Er werd een prijsonderzoek uitgevoerd.

[...]

Voor het onderzoek van de eenheids- en totale prijzen werden alle posten groter dan 0,15% in beschouwing genomen. Als drempelwaarde voor de afwijking werd 25 à 30% voor lage en 50% voor hoge prijzen gehanteerd. Als maatstaven werd voornamelijk rekening gehouden met de gemiddelde prijzen, aangevuld met de ramingsprijzen en historische data uit MEDIAAN.

In het kader van artikel 35 KB Plaatsing werden de ingediende offertes aan een prijs-of kostenonderzoek onderworpen en aan alle inschrijvers in eerste instantie een prijsverduidelijking gevraagd.

Conform voorgaande werkwijze werden volgende posten geselecteerd ter toelichting:

[...]

Daarnaast werd er een bijkomende prijsverantwoording aan Besix Infra NV gevraagd voor de posten die nog niet op voldoende wijze cijfermatig werden onderbouwd. Het betreft posten 13, 15, 246, 335, 873, 910 en 1045. De prijsverantwoording werd tijdig ingediend. Voor posten 13, 15, 246,

335 en 1045 leidde deze verantwoording tot de conclusie dat er geen significante elementen aanwezig zijn die wijzen op abnormale prijsvorming voor deze posten.

Inschrijver Besix Infra NV gaf aan twee materiële fouten te hebben gemaakt bij posten 873 en 910. Voor post 873 zou de materiaalkost verkeerdelijk overgenomen zijn van de voorgaande post 872. Voor post 910 geeft Besix Infra eveneens te kennen zich bij de berekening te hebben vergist door onderaannemingskosten van 1.975 EUR/u in rekening te hebben gebracht, in plaats van 975 EUR/U.

Wij zijn van mening dat inschrijver Besix Infra NV een fout in zijn offerte meldt die niet het gevolg is van een simpele rekenfout of materiële vergissing. Deze fouten kunnen mogelijks wel verschrijvingen zijn bij het overbrengen van cijfergegevens of het invullen van de offerte, maar er kan niet gesteld worden dat over deze fouten nauwelijks discussie mogelijk is en met een eenvoudige precisering, zoals bijvoorbeeld het verwisselen van een cijfer, kan worden rechtgezet. Bovendien blijkt dat voor deze twee fouten of de verbetering in functie van de werkelijke bedoeling ook geen enkel aanknopingspunt terug te vinden is in de offerte. Een zuiver materiële fout is immers een verschrijving of vergissing begaan bij de materiële verrichting die gepaard gaat met het opstellen van de offerte, zoals het uitschrijven, invullen of overbrengen van cijfergegevens. Bij rekenfouten is er een fout begaan bij de rekenkundige bewerking. Zowel materiële fouten als rekenfouten zijn fouten waaromtrent er nauwelijks discussie mogelijk is en die met een eenvoudige precisering kan worden rechtgezet. Materiële vergissingen dienen ook eenvoudig vaststelbaar te zijn en zonder al te veel moeite mogelijk moeten zijn om de werkelijke bedoeling van de inschrijver na te gaan.

Gelet op bovenstaande lijkt dit ons geen verschrijving te zijn bij het overbrengen van cijfergegevens of het invullen van de offerte. Bovendien lijkt het ook geen fout waarover er nauwelijks discussie zou kunnen bestaan en die dan eenvoudig te verbeteren is. Het gaat immers om een vermeende vergissing in een onderdeel van de prijssamenstelling die enkel aan het licht is gekomen na het prijsonderzoek en het vragen van de prijstoelichting en prijsverantwoording. De inschrijver stelt aldus een wijziging aan de offerte voor. Hiermee kan niet akkoord worden gegaan daar de wijziging niet aanvaard en de offerte niet gecorrigeerd mag worden. Een wijziging van de offerte is, na opening van de offertes, i.k.v. een openbare procedure, immers niet toegelaten gelet op de gelijkheid der inschrijvers en mededinging.

Deze vergissingen betreffen geen verschrijvingen bij het overbrengen van cijfergegevens of het invullen van de offerte, maar vergissingen in de prijsopbouw, die aan het licht zijn gekomen na het vragen van een prijstoelichting. Bovendien zijn het ook geen fouten waarover nauwelijks discussie zou kunnen bestaan. Er wordt daarom ook besloten dat het niet

over materiële fouten kan gaan waardoor de offerte van BESIX Infra NV als substantieel onregelmatig wordt beschouwd.

Daarnaast werd er een bijkomende prijsverantwoording aan Besix Infra NV gevraagd voor de posten die nog niet op voldoende wijze cijfermatig werden onderbouwd. Het betreft posten 13, 15, 246, 335 en 1045. Deze verantwoording leidde wel tot de conclusie dat er geen significante elementen aanwezig zijn die wijzen op abnormale prijsvorming voor deze posten.
[...]"

Op 9 maart 2022 wordt aan de verzoekende partij kennis gegeven van deze beslissingen.

3.12 De verzoekende partij schrijft op 22 maart 2022 nogmaals een brief aan de verwerende partij waarbij zij opnieuw haar bezwaren uit over deze beoordeling.

IV. Tussenkomen

4. De nv Willemen Infra en de nv Denys, samen vormend een tijdelijke maatschap, blijken voordeel te halen uit de bestreden beslissing en hebben er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet hun verzoek tot tussenkomen worden ingewilligd.

V. Vertrouwelijkheid van de stukken

5. De verzoekende partij vraagt bij e-mailbericht van 15 april 2022 dat de adviezen van ATO, die als vertrouwelijke stukken zijn neergelegd door de verwerende partij, als niet-vertrouwelijke stukken worden bezorgd aan de partijen. Tevens vraagt de verzoekende partij dat de adviesaanvraag aan de inspectie van Financiën en het advies zelf worden toegevoegd aan het administratief dossier.

6. Inzake de adviezen van ATO kan het volgende worden opgemerkt.

Zoals hiervoor reeds vermeld, concludeert het advies van 19 oktober 2021 dat voor bepaalde posten, waaronder die waarop het geding betrekking heeft, een prijsverantwoording moet worden gevraagd. In het advies van 24 november 2021 aanvaardt ATO niet dat de vergissingen die door de verzoekende partij worden gemeld voor de posten 873 en 910 als “zuiver materiële fouten” in de zin van artikel 34 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 gekwalificeerd kunnen worden. ATO aanvaardt wel de prijsverantwoording voor de overige posten. In het advies van 17 februari 2022 herhaalt ATO dat er voor de posten 873 en 910 een prijsverantwoording gevraagd moet worden en dat er geen sprake kan zijn van een “materiële fout” voor die posten.

De Raad van State stelt vooreerst vast dat in de nota van de verwerende partij letterlijk en uitvoerig is geciteerd uit de twee laatste adviezen, met name wat betreft het onderzoek van de vraag of er sprake is van “materiële fouten” voor de posten 873 en 910. Deze fragmenten geven, naar het voorlopig oordeel van de Raad, ruimschoots inzicht in de motieven van ATO waarom deze adviseert om géén materiële fout te aanvaarden.

Voorts is de vertrouwelijkheid van de betrokken stukken in de eerste plaats ingegeven door de bescherming van bedrijfsgevoelige informatie van de verzoekende partij wegens de aanwezigheid van concurrenten in het geding gelet op de tussenkomst van de gekozen inschrijvers. Immers, minstens de eerste twee adviezen bevatten bedrijfsgevoelige informatie met betrekking tot het prijzenonderzoek van de overige posten, die niet relevant is voor deze zaak.

7. Het advies van de inspectie van Financiën, in feite een visum van 7 maart 2022 op een “verzoek tot goedkeuring/vastlegging” van 24 februari 2022, is vóór de terechtzitting door de verwerende partij als vertrouwelijk stuk aan het administratief dossier toegevoegd.

In een e-mail van 16 april 2022 hebben de raadslieden van de verwerende partij de inhoud van dit stuk omschreven als volgt: “[Het betreft] slechts één pagina [...] met een financiële verdeling tussen AWV en de medefinancierende partijen voor het inschrijvingsbedrag van TM Willemen

Infra-Denys en met louter het ‘akkoord’ van het ‘visum Inspectie van Financiën’, digitaal ondertekend door de heer V. op 7 maart 2022 om 14u01”.

De Raad van State, die het stuk heeft kunnen inzien, bevestigt de waarachtigheid van deze omschrijving. In de huidige stand van het geding ziet hij niet in wat dit stuk voor de oplossing van het voorliggende geschil zou kunnen bijbrengen.

8. Gelet op het voorgaande, is er geen reden om in de huidige stand van het geding in te gaan op het verzoek tot opheffing van de vertrouwelijkheid van de voormelde stukken.

VI. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

9. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, gelezen in samenhang met de artikelen 15 en 31 van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’, 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 het enig middel

Standpunt van de partijen

10. In een enig middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 34 en 36 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder de materiële motiveringsplicht, het redelijkheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel, en van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’.

10.1. In een eerste onderdeel doet zij gelden dat de verwerende partij zonder een deugdelijk en concreet onderzoek tot het besluit is gekomen dat de prijzen voor de posten 873 en 910 niet met zuiver materiële fouten behept zijn. Minstens wordt in de bestreden beslissing een dergelijk onderzoek niet tot uitdrukking gebracht en bevat deze alleen stijlformules waaruit de verzoekende partij niet kan afleiden op welke grondslag de verwerende partij tot haar besluit is gekomen.

In haar toelichting bij dit onderdeel benadrukt de verzoekende partij nog, onder meer, dat zich te dezen een verstrengde motiveringsplicht aan de verwerende partij opdrong, omdat deze inzake het aanvaarden van zuiver materiële fouten over een grote beoordelingsvrijheid beschikt en omdat zij eerder (in de e-mail van 3 november 2021) het bestaan van materiële fouten had erkend en zij had laten weten dat zij die materiële fouten zou verbeteren maar zij dan later op dat standpunt is teruggekomen. Volgens de verzoekende partij komt de motivering voorts neer op een cirkelredenering, omdat de verwerende partij alleen maar de definitie van een “materiële vergissing” aanhaalt zonder toe te lichten waarom er in dit geval geen sprake is van een dergelijke vergissing; minstens vindt de redenering geen grondslag in een concreet onderzoek van het administratief dossier. De motivering is ook inherent tegenstrijdig nu, enerzijds, in de overwegingen wel wordt gesteld dat er “mogelijks” verschrijvingen zijn gebeurd bij het overbrengen van cijfergegevens of het invullen van de offerte, maar anderzijds, in de conclusie wordt gesteld dat er geen dergelijke verschrijving lijkt te zijn. Ten slotte voert de verzoekende partij aan dat een zuiver materiële fout ook in het kader van het algemeen prijsonderzoek (artikel 35 van het koninklijk besluit plaatsing 2017) of het bijzonder prijsonderzoek (artikel 36) ontdekt en verbeterd mag worden.

10.2. In een tweede onderdeel voert de verzoekende partij aan dat, hoewel de verwerende partij erkent haar werkelijke bedoeling te moeten nagaan, zij nagelaten heeft een grondig onderzoek daarnaar te voeren “via een globale analyse van de offerte en door deze te vergelijken met de andere offertes en met de marktprijzen”. Tevens heeft de verwerende partij nagelaten concreet rekening te houden met de door de verzoekende partij in haar brief van 11 februari 2022 gegeven toelichting. De verzoekende partij benadrukt dat uit de bestreden

beslissing op geen enkele wijze blijkt dat de verwerende partij aan die concrete argumentatie en toelichting aandacht heeft besteed en waarom zij van mening is dat die toelichting haar niet toelaat de werkelijke bedoeling van de inschrijver te achterhalen. “De gevolgde redenering is, bijvoorbeeld, voor de posten 873 en 910 dezelfde”, terwijl het duidelijk gaat om twee verschillende materiële vergissingen, die in het ene geval hebben geleid tot een te lage prijs en in het andere geval tot een te hoge prijs.

10.3. In een derde onderdeel voert de verzoekende partij aan dat de verwerende partij geoordeeld heeft dat zij haar offerte gewijzigd zou hebben, terwijl dit een feitelijk onjuist motief is. De verzoekende partij voert aan dat zij in haar brief van 11 februari 2022 immers uitdrukkelijk heeft laten weten dat zij haar offerte niet wijzigde maar integendeel uitdrukkelijk gestand deed. In die brief voerde de verzoekende partij aan dat zij informatie aanreikte op basis waarvan de verwerende partij, binnen haar beoordelingsvrijheid, tot verbetering van de offerte zou kunnen overgaan. Voor het geval de verwerende partij die toelichting niet aanvaardbaar achtte, beklemtoonde de verzoekende partij evenwel dat zij haar offerte handhaafde. Zij legde uit dat zij de gevolgen daarvan binnen haar marge kon opvangen aangezien het slechts om een vergissing met een zeer beperkte impact ging. Zij legde zelfs een verklaring over van haar bedrijfsrevisor die toeliet dat standpunt te onderbouwen. De verwerende partij mocht haar offerte aldus niet onregelmatig verklaren op grond dat er van een wijziging van de offerte sprake zou zijn.

10.4. In een vierde onderdeel voert zij aan dat het in de omstandigheden van de zaak niet duidelijk is waarom, indien de door haar gegeven toelichting dat het gaat om materiële vergissingen niet aanvaardbaar zou zijn, die vaststelling automatisch of *ipso facto* tot de onregelmatigheid van haar offerte zou moeten leiden. Terwijl de verwerende partij tot een concrete analyse van de weerslag van die vaststelling op de regelmatigheid van haar offerte was gehouden, heeft zij automatisch en zonder bijkomende redengeving tot onregelmatigheid besloten.

De verzoekende partij verwijst hierbij naar het verslag aan de Koning over de toepassing van artikel 34, § 2, derde lid, van het koninklijk besluit

plaatsing 2017, waarin gesteld wordt dat de beslissing om de offerte onregelmatig te verklaren “in functie van de eigenheden van het dossier” moet gebeuren en het al dan niet verwaarloosbaar karakter van de betrokken post daarbij een pertinent gegeven uitmaakt.

Een concreet onderzoek was des te meer geboden nu de verzoekende partij in haar brief van 11 februari 2022 gesignaleerd had dat de materiële vergissingen geen speculatief inzicht verraadden: beide posten betreffen zeer beperkte bedragen, zeker in verhouding tot het totaalbedrag van de offerte; de betrokken posten bevatten in het ene geval een onderschatting en in het andere geval een overschatting van de prijs, en rekenkundig neutraliseren die twee vergissingen elkaar zo goed als volledig; de totale impact van de twee posten komt neer op slechts 1% van het totaalbedrag van de offerte, en wanneer de ene post van de andere wordt afgetrokken, op slechts 0,35%; om die reden hebben de fouten ook geen impact op de rangschikking; er is ook nog een ander gunningscriterium dan de prijs, en de verzoekende partij kon op voorhand niet weten wat de impact van de twee fouten op de rangschikking zou zijn.

Ten slotte doet de verzoekende partij gelden dat zij in haar toelichting uitdrukkelijk erop heeft gewezen dat de posten waarop de toelichting betrekking heeft, zogenaamde verwaarloosbare posten zijn, in de zin van artikel 36, § 2, vijfde lid, en § 3, 1°, van het koninklijk besluit plaatsing 2017. Zij licht toe dat beide posten slechts ongeveer 1% van het totaalbedrag van de offerte vertegenwoordigen (post 873: 0,34%; post 910: 0,68%) en, zoals gezegd, wanneer de ene post van de andere wordt afgetrokken slechts 0,35%. Niettemin rept de verwerende partij in de bestreden beslissing met geen woord over het al dan niet verwaarloosbaar karakter van de posten waarvan sprake.

11. De verwerende partij gaat in haar nota uitvoerig in op het middel.

Wat specifiek het eerste onderdeel betreft, wijst de verwerende partij erop dat zij de offerte van de verzoekende partij heeft onderworpen aan een rekenkundig nazicht (artikel 34 van het koninklijk besluit plaatsing 2017), een algemeen prijsonderzoek met een verzoek om prijstoelichting (artikel 35) en een

bijzonder prijsonderzoek met prijsbevraging (artikel 36). Zij wijst ook op het feit dat zij in verband met de door de verzoekende partij gegeven prijstoelichting en prijsverantwoording het advies van ATO heeft gevraagd, en zij citeert uitvoerig uit diens adviezen van 24 november 2021 en 17 februari 2022. Volgens de verwerende partij blijken hieruit de motieven voor haar beslissing, en was er geen verplichting om in het gunningsverslag of de gunningsbeslissing bijzondere beschouwingen op te nemen in verband met het (algemeen) onderzoek naar abnormale prijzen en de opstart van de bevragingsprocedure.

Voor zoveel als nodig voert de verwerende partij nog aan dat het begrip “zuiver materiële fout” zeer strikt moet worden toegepast, omdat de mogelijkheid voor de aanbestedende overheid om in een dergelijk geval de offerte te verbeteren afwijkt van het principe dat offertes na neerlegging niet mogen worden gewijzigd. Te dezen is er allerm minst sprake van eenvoudig vaststelbare “vergissingen” waarover nauwelijks discussie mogelijk is, laat staan dat die met een eenvoudige precisering kunnen worden rechtgezet.

12. Ook de tussenkomende partijen gaan uitvoerig in op het middel.

Specifiek in verband met het eerste onderdeel voeren zij aan dat de verwerende partij terecht beslist dat er geen “zuiver materiële fouten” zijn, in de zin van artikel 34 van het koninklijk besluit plaatsing 2017. Volgens hen gaat het om fouten begaan bij de prijscalculatie, niet om verschrijvingen bij het overbrengen van cijfergegevens naar de offerte of het invullen ervan. Zij voeren ook aan dat het niet gaat om fouten die eenvoudig te verbeteren zijn, zoals bijvoorbeeld wel het geval zou zijn indien enkel een cijfer of een komma verwisseld zou moeten worden.

Beoordeling

Eerste onderdeel

13. Artikel 34 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 luidt:

“§ 1. De aanbestedende overheid verbetert de offertes in functie van de door haar of een inschrijver vastgestelde rekenfouten en zuiver materiële fouten in de opdrachtdocumenten.

§ 2. 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.

§ 3. Indien de aanbestedende overheid rechtstreeks fouten verbetert in de offertes, bewaart zij de oorspronkelijke versie van die offertes en ziet zij erop toe dat haar rechtzettingen duidelijk identificeerbaar zijn, terwijl ook de oorspronkelijke gegevens zichtbaar blijven”.

Op grond van deze bepalingen verbetert de aanbestedende overheid “rekenfouten en zuiver materiële fouten in de offertes”. Met een “zuiver materiële fout”, waarop de verzoekende partij zich beroept, wordt in principe een verschrijving of 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, vereist het begrip “zuiver materiële fout” een strikte interpretatie.

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

14. Weliswaar voorziet artikel 33 van het koninklijk besluit plaatsing 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 reglementsbeeping 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.

15. De regeling inzake de verbetering van rekenfouten en zuiver materiële fouten dient gelezen te worden in het licht van het recht van de Europese Unie inzake overheidsopdrachten.

Zo bepaalt artikel 18, lid 1, van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 ‘betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG” dat aanbestedende diensten ondernemers “op gelijke en niet-discriminerende wijze” behandelen en dat zij handelen “op een transparante en proportionele wijze”. Die bepaling is in het Belgisch recht omgezet in artikel 4, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016.

Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie blijkt dat de beginselen van gelijke behandeling en niet-discriminatie vereisen dat inschrijvers bij het opstellen van hun inschrijving dezelfde kansen krijgen, en dat

de transparantieplichting ten doel heeft te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen (zie o.m. HvJ, 7 april 2016, C-324/14, Partner Apelski Dariusz, punt 61; HvJ, 14 september 2017, C-223/16, Casertana Costruzioni, punt 34).

Bovendien verzetten de beginselen van gelijkheid en niet-discriminatie en de transparantieplichting zich “tegen elke onderhandeling tussen de aanbestedende dienst en een inschrijver in het kader van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht, hetgeen betekent dat een inschrijving na de indiening ervan in beginsel niet mag worden aangepast op initiatief van de aanbestedende dienst of van de inschrijver” (zie o.m. HvJ, 10 oktober 2013, C-336/12, Manova, punt 31; HvJ, 14 september 2017, C-223/16, Casertana Costruzioni, punt 35). Het Hof heeft evenwel gepreciseerd dat het beginsel van gelijke behandeling er niet aan in de weg staat dat de gegevens van een inschrijving gericht kunnen worden verbeterd of aangevuld, “met name omdat deze klaarblijkelijk een eenvoudige precisering behoeven of om kennelijke materiële fouten recht te zetten”, mits aan een aantal voorwaarden is voldaan (zie o.m. HvJ, 29 maart 2012, C-599/10, SAG ELV Slovensko e.a., punt 40; HvJ, 10 oktober 2013, C-336/12, Manova, punt 32; HvJ, 14 september 2017, C-223/16, Casertana Costruzioni, punt 36; HvJ, 28 februari 2018, C-523/16 en C-536/16, MA.T.I. SUD, punt 50).

Eén van die voorwaarden is dat de wijziging niet ertoe mag leiden dat de betrokken inschrijver in werkelijkheid een nieuwe inschrijving indient (zie o.m. HvJ, 29 maart 2012, C-599/10, SAG ELV Slovensko e.a., punt 40; HvJ, 10 oktober 2013, C-336/12, Manova, punt 36; HvJ, 14 september 2017, C-223/16, Casertana Costruzioni, punt 31; HvJ, 28 februari 2018, C-523/16 en C-536/16, MA.T.I. SUD, punt 52).

16. Uit het voorgaande volgt, naar het voorlopig oordeel van de Raad van State, dat het begrip “zuiver materiële fout in de offerte” weliswaar strikt moet worden geïnterpreteerd, maar dat de verschrijving of vergissing niet noodzakelijk moet blijken uit de offerte zelf. Essentieel lijkt dat de vergissing duidelijk tot gevolg heeft dat een resultaat in de offerte wordt bereikt dat in strijd is met het door de inschrijver beoogde resultaat.

Overeenkomstig artikel 34, § 2, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 dient, indien het bestaan van een zuiver materiële fout is vastgesteld, de aanbestedende overheid de fout in beginsel te verbeteren overeenkomstig “de werkelijke bedoeling” van de inschrijver. Ook 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.

Op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel dient de aanbestedende overheid zorgvuldig de gegevens te onderzoeken die door een inschrijver worden aangevoerd tot staving van zijn stelling dat zijn offerte is aangetast door een zuiver materiële fout. Voorshands gaat de Raad van State ervan uit dat een dergelijke fout niet noodzakelijk van die aard moet zijn dat zij zich reeds bij een eerste oogopslag opdringt. Het vereiste dat het bij een zuiver materiële fout moet gaan om een fout waaromtrent er nauwelijks discussie is, lijkt dan ook niet uit te sluiten dat de overheid pas na het onderzoek van de verstrekte toelichting vaststelt dat het gaat om een zodanige fout.

17. Te dezen heeft de verwerende partij, met toepassing van artikel 36 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, de verzoekende partij op 31 januari 2022 om een prijsverantwoording gevraagd voor de posten 873 en 910. In haar antwoord van 11 februari 2022 herhaalde de verzoekende partij dat die beide posten waren aangetast door een zuiver materiële fout, en legde zij uit waarin die fouten bestonden en wat haar werkelijke bedoeling was.

Met betrekking tot post 873 lichtte de verzoekende partij toe dat het bedrag voor de aankoop van een buis ten onrechte dezelfde is als die voor de aankoop van een buis in post 872. De persoon die was belast met het indienen van de offerte had per vergissing dezelfde materiaalkostprijs gehanteerd, terwijl het in beide posten ging om verschillende materialen (post 872: gewapende buis; post 873: poreuze buis). Gelet op de voor het overige gelijkaardige benaming van deze posten, was deze vergissing volgens de verzoekende partij begrijpelijk. Tot staving

van haar betoog verwees de verzoekende partij naar de prijslijst van haar vaste leverancier voor de levering van betonbuizen, opgesteld in tempore non suspecto. Rekening houdend met de overige elementen in post 873, bedroeg de “faalkost” op deze post 18.628,32 euro (meerprijs aankoop buis en rendementsverschil).

Met betrekking tot post 910 lichtte de verzoekende partij toe dat de persoon die belast was met het indienen van de offerte de prijs van de onderaannemer voor de verleturen (in geval van stopzetting van de persing) verkeerd had overgeschreven. De onderaannemer had een prijs voorgesteld van 975 euro/u, terwijl in het calculatieprogramma een prijs van 1.975 euro/u was ingevoerd. Tot staving van haar betoog verwees de verzoekende partij naar de offerte van haar onderaannemer, eveneens opgesteld in tempore non suspecto. Mede gelet op de overige elementen in post 910, was daardoor per vergissing een globale eenheidsprijs opgegeven van 3.039,50 euro/u, terwijl die prijs in werkelijkheid slechts 1.823,70 euro/u bedroeg.

De verzoekende partij voegde hieraan onder meer toe dat er in haren hoofde kennelijk geen speculatief oogmerk was. Dit bleek uit het feit dat het in de twee posten om beperkte bedragen ging, zeker in vergelijking met het totaalbedrag van de offerte; dat de posten in het ene geval een onderschatting en in het andere geval een overschatting van de prijs inhielden; dat de fouten geen impact hadden op de rangschikking; dat het criterium prijs niet het enige gunningscriterium was, zodat de verzoekende partij op voorhand ook niet kon weten wat de impact van de fouten op de rangschikking zou zijn.

18. In het gunningsverslag wordt in verband met de twee door de verzoekende partij aangehaalde fouten gesteld dat die “mogelijks wel verschrijvingen [kunnen] zijn bij het overbrengen van cijfergegevens of het invullen van de offerte”, maar niet fouten “[waarover] nauwelijks discussie mogelijk is en [die] met een eenvoudige precisering, zoals bijvoorbeeld het verwisselen van een cijfer, [kunnen] worden rechtgezet”.

Er wordt bovendien opgemerkt “dat voor deze twee fouten of de verbetering in functie van de werkelijke bedoeling ook geen enkel aanknopingspunt terug te vinden is in de offerte”. Het gaat volgens de verwerende

partij om “een vermeende vergissing in een onderdeel van de prijssamenstelling die enkel aan het licht is gekomen na het prijsonderzoek en het vragen van de prijstoelichting en prijsverantwoording”.

De verwerende partij is derhalve van oordeel dat het niet gaat om “materiële fouten” die voor verbetering in aanmerking komen.

19. Naar het voorlopig oordeel van de Raad van State lijkt, in de concrete omstandigheden van de zaak, een zodanig strikte interpretatie van het begrip “zuiver materiële fout”, en de beperkte toepassing die daarvan het gevolg is, het doel voorbij te schieten dat met het verbod van wijziging van de offerte wordt beoogd. De Raad houdt daarbij ook rekening met het doel dat, volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie, beoogd wordt met de beginselen van gelijkheid en niet-discriminatie en de transparantieverplichting, en met het feit dat volgens artikel 18, lid 1, van richtlijn 2014/24/EU en artikel 4, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 de aanbestedende diensten handelen op een proportionele wijze (zie overweging 15, hiervoor).

Te dezen heeft de interpretatie van het begrip “zuiver materiële fout” door de verwerende partij ertoe geleid dat zij zich niet uitspreekt over de waarachtigheid van de toelichting die door de verzoekende partij is gegeven tot staving van haar stelling dat er sprake is van materiële fouten, en in het bijzonder niet over de vraag of de verzoekende partij zich bij het opstellen van de offerte vergist heeft met het overnemen van gegevens uit de offertes van haar onderaannemers of leveranciers.

20. Gelet op het voorgaande besluit de Raad van State dat het eerste onderdeel van het middel in de hiervoor besproken mate ernstig is.

VIII. Besluit

21. Het ernstig bevinden van het eerste onderdeel volstaat om tot de schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing te besluiten. Het is niet nodig om de andere onderdelen te onderzoeken, die niet tot een ruimere schorsing kunnen leiden.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Willemen Infra en de nv Denys, samen vormend een tijdelijke maatschap, tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van het Agentschap Wegen en Verkeer van 7 maart 2022, waarbij de opdracht voor de herinrichting van het kruispunt Singel - Grotesteenweg (N1) te Antwerpen wordt gegund aan de tm Willemen Infra - Denys en de offerte van de nv Besix Infra onregelmatig wordt verklaard.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van twee mei tweeduizend tweeëntwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Paul Lemmens,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Paul Lemmens