

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 195.531 van 11 augustus 2009
in de zaak A. 193.505/XII-5904.**

In zake : DÉSIRÉ STADSBADER FLAMAND nv,
die woonplaats kiest bij
advocaat C. De Wolf,
kantoor houdende te MAARKEDAL,
Etikhovestraat 6

tegen :

INFRABEL, nv van publiek recht,
die woonplaats kiest bij
advocaten D. D'Hooghe en L. Schellekens,
kantoor houdende te 1000 BRUSSEL,
Loksumstraat 25.

tussenkommende partij :

DENYS nv,
die woonplaats kiest bij
advocaten J. Mertens en B. Poelemans,
kantoor houdende te SINT-DENIJS-WESTREM,
Kortrijksesteenweg 1144 G.

DE Wnd. VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER,

Gezien het verzoekschrift dat Désiré Stadsbader Flamand nv op 27 juli 2009 heeft ingediend waarin bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing wordt gevorderd van de tenuitvoerlegging van de beslissing van 9 juli 2009 van de nv van publiek recht Infrabel waarbij de opdracht voor de uitvoering van aannemingswerken betreffende het Gewestelijk ExpresNet Lijn 50A - gemeente Ternat - Burgerlijke Bouwkunde - wordt toegewezen aan de nv Denys en van de impliciete beslissing waarbij haar offerte niet wordt gekozen;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 28 juli 2009 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 11 augustus 2009, om 10.30 uur;

Gehoord het verslag van staatsraad G. van Haegendoren;

Gehoord de opmerkingen van advocaat C. De Wolf, die verschijnt voor de verzoekende partij, van advocaat L. De Vuyst, die loco advocaat L. Schellekens verschijnt voor de verwerende partij en van advocaat B. Poelemans, die verschijnt voor de tussenkomende partij;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur I. Vos;

Gelet op de artikelen 17 en 18 en titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973,

WIJST NA BERAAD HET VOLGENDE ARREST :

Procedure

1. Met een verzoekschrift van 4 augustus 2009 heeft de nv Denys gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen. Er is reden om dit verzoek in te willigen.

De feitelijke gegevens van de zaak

2.1. De verweerster heeft een overheidsopdracht van werken uitgeschreven, onder de vorm van een aanbesteding, betreffende het Gewestelijk ExpresNet Lijn 50A - gemeente Ternat - Burgerlijke Bouwkunde.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 29 januari 2009 en 13 maart 2009, evenals in het Publicatieblad van de Europese Unie op 30 januari 2009 en 14 maart 2009. In de aankondiging wordt meegedeeld dat het een niet-openbare procedure betreft, waarbij de aanbestedende overheid beoogt om vijf ondernemingen te selecteren die vervolgens een offerte mogen indienen.

De opdracht wordt doorverweerster omschreven als een opdracht inzake de nutssectoren, waarop behalve de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, tevens het koninklijk besluit van 10 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de

sectoren water, energie, vervoer en postdiensten van toepassing is. Daarnaast is de opdracht ook onderworpen aan de bepalingen van bestek TR 106306.

2.2. De opening van de offertes vindt plaats op 8 april 2009. Er worden acht offertes ingediend waaronder die van verzoekster voor een bedrag van 41.871.707,10 euro en van tussenkomende partij voor een bedrag van 41.478.064,72 euro.

Naar aanleiding van het onderzoek van de offertes wordt vastgesteld dat tussenkomende partij geen prijs heeft opgegeven voor post 4.STM.12.5.3.4. De aanbestedende overheid heeft vervolgens toepassing gemaakt van artikel 100, § 2 en § 4, van het koninklijk besluit van 10 januari 1996, en het bedrag van de offerte van tussenkomende partij voor wat betreft deze post verhoogd met 21.805 euro. Daarnaast heeft zij ook de hoeveelheden van verschillende posten aangepast met toepassing van artikel 100, § 1, van het koninklijk besluit van 10 januari 1996. Ingevolge deze aanpassingen wordt het gecorrigeerde bedrag van de offerte van tussenkomende partij vastgesteld op 41.515.661,01 euro.

Op 12 mei 2009 vraagt verweerder aan tussenkomende partij tevens een prijsverantwoording voor de post 1.2.1.1 - studie werfinrichting, gezien de prijsverantwoording volgens verweerder niet aan de beschrijving van de post beantwoordt en de blijkbaar abnormaal hoge prijs van deze post.

In haar prijsverantwoording van 20 mei 2009 stelt tussenkomende partij hierover het volgende:

“Uit de inhoud van uw schrijven kunnen wij concluderen dat we de beschrijving van de post 1.2.1.1 - studie werfinrichting niet correct hebben geïnterpreteerd. Waarschijnlijk dient deze post enkel de kosten voor de studie van de te voorziene werfinrichting te bevatten en niet de werfinrichting zelf. De prijs van deze post dient dan ook € 1.307,13 te zijn (gelijkaardig aan posten 1.2.1.3). Het verschil tussen het opgenomen bedrag van de aanbidding (€ 885.760,37) en het nieuwe bedrag (€ 1.307,13) bedraagt € 884.453,24. Dit laatste bedrag heeft betrekking op de werfinrichting zelf en, als daarvoor geen bijzondere post in het bestek is voorzien, dienen deze kosten gelijkmatig te worden gespreid over alle posten van de meetstaat. Alle eenheidsprijzen dienen bijgevolg verhoogd te worden met $\frac{€ 884.453,24}{€ 41.478.064,72} \times 100 = 2,13234\%$, zodat het totale bedrag van de aanbidding ongewijzigd blijft”.

In het gunningsverslag van 25 juni 2009 wordt vastgesteld dat na verbetering van de rekenfouten de laagste offerte met een bedrag van 41.515.661,01 euro zonder btw werd ingediend door tussenkomende partij. Tevens wordt voormelde

prijsverantwoording vanwege tussenkomende partij aanvaard met de volgende motivering:

“Voor wat de ‘post 1.2.1.1 - Studie werfinrichting’ betreft, heeft de NV Denys de beschrijving van de post niet correct geïnterpreteerd en heeft in deze post de kosten van de studie van de te voorziene werfinrichting alsook de werfinrichting zelf voorzien. De prijs van deze post dient dan ook 1 307,13 € te zijn (gelijkaardig aan posten 1.2.1.3). Het verschil tussen het opgenomen bedrag van de aanbidding (885 760,37 €) en het nieuwe bedrag (1 307,13 €) bedraagt 884 453,24€. Dit laatste bedrag heeft betrekking op de werfinrichting zelf en aangezien er daarvoor geen bijzondere post in het bestek is voorzien, dienen deze kosten gelijkmatig te worden gespreid over alle posten van de meetstaat”.

In het gunningsverslag wordt nog opgemerkt dat het verschil tussen deze offerte en de raming - 12,28 % bedraagt en voornamelijk te wijten is aan de grote concurrentie en de huidige economische situatie.

Voorgesteld wordt om de opdracht toe te wijzen aan tussenkomende partij.

2.3. Op 9 juli 2009 keurt de raad van bestuur van Infrabel het gunningsverslag goed en wordt de opdracht toegewezen aan tussenkomende partij.

Bij aangetekend schrijven van 13 juli 2009 wordt aan verzoekster meegedeeld dat haar offerte niet werd gekozen en dat overeenkomstig artikel 41sexies van de wet van 24 december 1993 een wachttermijn van vijftien kalenderdagen gerespecteerd zal worden.

De ontvankelijkheid van de vordering

3. Verzoekster vecht niet alleen de toewijzingsbeslissing aan, doch ook de impliciete beslissing tot niet-toewijzing. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over de ontvankelijkheid van die vordering uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak over die desnoods ambtshalve op te werpen exceptie zou alleen nodig zijn indien zou komen vast te staan dat de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

De schorsingsvoorwaarden

4. Luidens artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de vernietiging van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

Beoordeling van de aangevoerde middelen

5. In het inleidend verzoekschrift worden twee middelen aangevoerd.

Uiteenzetting van het eerste middel

6. Het eerste middel is genomen uit de schending van de artikelen 99 en 98, § 2 en § 3, van het koninklijk besluit van 10 januari 1996, van het Europees beginsel van de gelijkheid der aannemers, van de materiële motiveringsplicht en van het zorgvuldigheidsbeginsel.

Het middel is opgesplitst in vier onderdelen.

In het *eerste onderdeel* voert verzoekster aan dat de bestreden beslissing geen enkele informatie bevat over de verbeteringen die blijkbaar aan de offerte van tussenkomende partij werden aangebracht naar aanleiding van een “ontbrekende prijs”. Aangezien op geen enkele wijze in de bestreden beslissing wordt toegelicht over welke ontbrekende prijs het gaat, op grond van welke bepaling deze prijs werd aangepast, of hoe deze rechtzetting de uiteindelijke inschrijvingsprijs van tussenkomende partij heeft beïnvloed, schendt de bestreden beslissing volgens verzoekster de materiële motiveringsplicht.

In het *tweede onderdeel* werpt verzoekster op dat de bestreden beslissing artikel 99 van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 schendt in de mate waarin de correctie wordt toegestaan van een kennelijk materiële fout die het gevolg is van een foutieve interpretatie van de beschrijving van de post nr. 1.2.1.1 - “studie werfinrichting”. Zij wijst erop dat de Raad van State “in een arrest van 7 mei 1976 (nr. 17.605) [heeft] aangegeven dat een kennelijk materiële fout niet in toepassing van artikel 99 van het Koninklijk Besluit van 10 januari 1996 kan worden rechtgezet wanneer deze fout het gevolg is van een foute interpretatie van de meetstaat”.

In een *derde onderdeel* stelt verzoekster dat verweerster bovendien met betrekking tot voormelde post een rechtzetting doorvoert naar aanleiding van de door tussenkomende partij verstrekte prijsverantwoording, die bovendien geen steun vindt in de bepalingen van het bestek.

De kennelijk materiële fout wordt door verweerster rechtgezet door enerzijds zelf een nieuw bedrag in te voegen dat als “normaal” wordt beschouwd (met name 1.307,13 euro) en vervolgens het saldo, dat blijkbaar betrekking heeft op de werfinrichting zelf, gelijkmatig te spreiden over alle andere posten van de meetstaat aangezien er voor werfinrichting geen bijzondere post voorzien zou zijn.

Deze motivering kan volgens verzoekster niet overtuigen aangezien op geen enkele wijze wordt toegelicht hoe deze uitsplitsing over alle andere posten van de meetstaat wordt verricht.

Bovendien bevat de bij het bestek gevoegde meetstaat onder hoofdstuk 1, de diverse werkzaamheden inzake werfinrichting, met de bijbehorende door de inschrijvers op te geven forfaitaire posten. Aangezien er voor werfinrichting dus wel degelijk bijzondere posten in het bestek opgenomen zijn faalt de motivering volgens verzoekster dus ook vanuit feitelijk oogpunt. Ook kan volgens haar in die omstandigheden in redelijkheid niet worden beweerd dat de post “studie werfinrichting” ook de eigenlijke uitvoering van de betreffende posten zal omvatten. Tevens wijst verzoekster op de aanvulling bij artikel 78 van het koninklijk besluit van 10 januari 1996, met name randnummer 7 zoals opgenomen in het bestek en stelt zij vast dat op geen enkele wijze wordt verwezen naar de verplichtende detailberekening inzake algemene onkosten en winst, die op basis van voormelde bepaling van het bestek verplicht opgenomen diende te worden in de offerte en waarbij één van de elementen is “studiekosten niet inbegrepen in de samenvattende meetstaat”. Om die redenen schendt de bestreden beslissing volgens verzoekster de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel.

In een *vierde onderdeel* voert verzoekster nog aan dat de bestreden beslissing de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel schendt wat betreft het gevoerde prijsonderzoek aangezien in de bestreden beslissing met betrekking tot de offerte van tussenkomende partij voor het overige louter wordt opgemerkt dat “de prijzen aannemelijk zijn”. Zij merkt op dat dergelijke vaststelling, zeker in het kader van dergelijke belangrijke opdracht van ruim 40 miljoen euro, niet getuigt van een deugdelijk prijsonderzoek en dat zij op basis daarvan onmogelijk kan

nagaan of alle in het kader van de offerte opgenomen eenheidsprijzen als “regelmatig” kunnen worden aanvaard. Deze wettigheidskritiek is volgens verzoekster des te gewichtiger aangezien verweerster blijkbaar het niet onbelangrijke bedrag van 884.453,24 euro eigenmachtig gelijkmatig gespreid heeft over alle posten van de meetstaat, zonder dat evenwel blijkt op welke wijze deze gelijkmatige spreiding werd verricht.

Beoordeling

7. In het gunningsverslag wordt vermeld dat het bedrag van de offerte van tussenkomende partij, na verbetering van de rekenfouten, inzonderheid naar aanleiding van de aanpassing van hoeveelheden en een ontbrekende prijs, werd gebracht op 41.515.661,01 euro.

Uit het neergelegde administratief dossier blijkt verder dat tussenkomende partij geen prijs heeft opgegeven voor post 4.STM.12.5.3.4. Tevens blijkt uit het administratief dossier dat de aanbestedende overheid - blijkbaar met toepassing van artikel 100, § 2 en § 4, van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 - het bedrag van de offerte van tussenkomende partij voor wat betreft deze post verhoogd heeft met 21.805 euro.

Artikel 100, § 4, van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 bepaalt dat wanneer een inschrijver voor een willekeurige post van de samenvattende opmetingsstaat noch een eenheidsprijs, noch een forfaitaire prijs heeft vermeld, de offerte hetzij als onregelmatig mag worden verworpen, hetzij behouden blijft door er de bepalingen en de berekeningsformule vervat in artikel 100, § 2, op toe te passen.

Daarnaast blijkt uit het administratief dossier dat verweerster ook de hoeveelheden van verschillende posten, die nominatief worden opgesomd, heeft aangepast, dit blijkbaar met toepassing van artikel 100, § 1, van het koninklijk besluit van 10 januari 1996. Tevens blijkt dat ingevolge deze aanpassingen het gecorrigeerde bedrag van de offerte van tussenkomende partij werd vastgesteld op 41.515.661,01 euro.

Uit de stukken 5, 10 en 11 van het administratief dossier blijkt vooralsnog op voldoende wijze hoe de prijs werd gecorrigeerd, zodat er geen sprake kan zijn van een schending van de materiële motiveringsplicht.

Aldus lijkt de bestreden beslissing op dit punt gesteund te zijn op deugdelijke motieven. Het eerste onderdeel is niet ernstig.

8.1. Artikel 99, eerste tot derde lid, van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 waarvan de schending in het tweede middelonderdeel wordt aangevoerd, luidt :

“Alvorens de aannemer aan te wijzen, verbetert de aanbestedende overheid de rekenfouten en de kennelijk materiële fouten in de offertes, zonder dat zij voor niet ontdekte fouten aansprakelijk is.

Voor het verbeteren van die fouten gaat de aanbestedende overheid de werkelijke bedoeling van de inschrijver na met alle middelen, onder meer door een onderzoek van de offerte, een vergelijking van de prijzen met die van de overige inschrijvers en met de gangbare prijzen.

Indien de bedoeling niet duidelijk is, kan de aanbestedende overheid, hetzij beslissen dat de geboden eenheidsprijzen geldig zijn, hetzij de twijfelachtig bevonden offerte als onregelmatig verwerpen”.

8.2. Het argument van verweerster dat verzoekster geen belang zou hebben bij dit onderdeel aangezien de aanbestedende overheid overeenkomstig artikel 99, derde lid, van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 eveneens kan beslissen dat de geboden eenheidsprijzen geldig zijn, lijkt op het eerste gezicht niet op te gaan wanneer de aanbestedende overheid om een prijsverantwoording heeft gevraagd zoals *in casu* in het kader van het onderzoek naar abnormale prijzen.

Dit neemt niet weg dat de aanbestedende overheid op het eerste gezicht terecht toepassing mocht maken van het aangehaalde artikel 99.

Prima facie is deze bepaling, anders dan hetgeen het geval was in de oudere reglementering en de daarop gesteunde rechtspraak waarnaar verzoekster verwijst, niet alleen van toepassing op rekenfouten, maar tevens op de kennelijk materiële fouten in de offertes. In het licht van de huidige toepasselijke reglementering wordt, in de huidige stand van het geding, het standpunt van verzoekster dat materiële vergissingen niet zouden mogen worden gecorrigeerd wanneer zij het gevolg zijn van een verkeerde interpretatie van het bestek, niet gevolgd.

Dat er sprake is van een kennelijk materiële fout kan op het eerste gezicht worden afgeleid uit een vergelijking met de raming en het gemiddelde van de inschrijvingsbedragen. Uit het dossier blijkt dat tussenkomende partij voor de betrokken post een prijs heeft ingediend van 885.760,37 euro, terwijl de raming voor

deze post 2.500 euro bedroeg en de gemiddelde inschrijvingsprijs 2.492,77 euro. Bovendien maakt de titel 1.2.1 die zich net boven de omschrijving van de litigieuze post 1.2.1.1 bevindt melding van studie werfinstallatie en organisatie, zodat het *prima facie* niet onredelijk voorkomt dat dit tot verwarring heeft geleid.

Verder blijkt de bedoeling van de inschrijver in de voorliggende zaak duidelijk reeds uit de bij de offerte toegevoegde prijsdetaillering en bovendien ook uit de later door de inschrijver verstrekte prijsverantwoording. Het lijkt voorts aanvaardbaar, zoals de Raad van State reeds overwoog in zijn arrest nv Sogiaf e.a., nr. 169.271, van 22 maart 2007, dat de werkelijke bedoeling van de inschrijver ook kan blijken uit een toelichting die door de aanbestedende overheid wordt gevraagd. Ook heeft de aanpassing niet tot gevolg gehad dat het totaalbedrag van de inschrijving werd aangepast, noch dat de rangschikking van de inschrijvers werd gewijzigd.

Het tweede onderdeel van het eerste middel is in het licht van hetgeen voorafgaat niet ernstig.

8.3. Anders dan verzoekster in het derde middelonderdeel doet uitschijnen, blijkt dat de besproken fout in elk geval niet door verweerster zonder meer rechtgezet werd. Dit blijkt gebeurd te zijn op basis van de reeds bij de offerte van tussenkomende partij toegevoegde prijsdetaillering, de door de inschrijver verstrekte prijsverantwoording en de verwijzing door tussenkomende partij naar het in de offerte opgegeven bedrag voor een vergelijkbare post. Ook wordt in de prijsverantwoording uitdrukkelijk aangegeven hoe de rechtzetting doorgevoerd dient te worden. Tussenkomende partij geeft aan dat het resterende bedrag betrekking heeft op de werfinrichting zelf en, in geval daarvoor in geen bijzondere post in het bestek is voorzien, deze kosten gelijkmatig dienen te worden gespreid over alle posten van de meetstaat. In dat geval dienen alle eenheidsprijzen volgens haar verhoogd te worden met $\text{€ } 884.453,24 / \text{€ } 41.478.064,72 * 100 = 2,13234 \%$, zodat het totale bedrag van de aanbidding ongewijzigd blijft. De verweerster heeft voor deze laatste oplossing gekozen.

Daarbij dient vooreerst te worden opgemerkt dat verzoekster in haar verzoekschrift niet aantoonde welk belang zij heeft om de specifieke wijze te betwisten waarop de materiële vergissing werd rechtgezet. Het totaalbedrag van de inschrijving is hierdoor immers niet gewijzigd.

Bovendien blijkt uit het dossier op het eerste gezicht dat er wel degelijk een prijsonderzoek met betrekking tot alle prijzen werd gevoerd. Zelfs indien een gedeelte van het resterende bedrag bij de bestaande posten in hoofdstuk 1 van de meetstaat had moeten worden opgenomen, blijkt op het eerste gezicht niet dat dit de rangschikking van de inschrijvers zou beïnvloeden, dan wel dat hierdoor de offerte van tussenkomende partij onregelmatig zou zijn.

Verder is het inderdaad zo dat de meetstaat specifieke posten omvat inzake werfinrichting. Deze posten lijken evenwel uitsluitend betrekking te hebben op werfinstallaties (zie 1.1 meetstaat). De verzoekster lijkt er in haar offerte ten andere zelf van uit te gaan dat de meetstaat niet alle werfkosten omvat aangezien zij hiervoor eveneens een percentage opneemt bij haar algemene onkosten.

Ten slotte lijkt de offerte van tussenkomende partij op het eerste gezicht ook de in het bestek gevraagde detailleringen te bevatten zowel wat betreft de litigieuze post zelf als wat betreft de algemene onkosten.

Het derde onderdeel is niet ontvankelijk bij gebrek aan belang en is dus niet ernstig.

8.4. Wat dan nog het vierde middelonderdeel betreft, lijkt uit het dossier niet te volgen dat de aanbestedende overheid verplicht was om een prijsverantwoording te vragen overeenkomstig artikel 98, § 4, van het koninklijk besluit van 10 januari 1996. Bovendien blijkt uit de stukken van het administratief dossier dat de aanbestedende overheid wel degelijk een gedetailleerd prijsonderzoek heeft gevoerd. Zo leert stuk 11 van het administratief dossier dat de aanbestedende overheid de prijzen van de inschrijvers voor alle posten met elkaar en met de raming heeft vergeleken.

Bovendien heeft zij met betrekking tot de post nr. 1.2.1.1 - “studie werfinrichting” een prijsverantwoording gevraagd en heeft zij deze op gemotiveerde wijze aanvaard in het gunningsverslag.

Verder wordt er in het gunningsverslag ook op gewezen dat de offerte van tussenkomende partij 2,98 % onder het gemiddelde van de inschrijvingsbedragen ligt en dat het verschil tussen de offerte en de raming -12,28 % bedraagt wat voornamelijk te wijten zou zijn aan de grote concurrentie en de huidige economische situatie.

Ook hier lijkt dus geen sprake te zijn van een schending van de materiële motiveringsplicht of van het zorgvuldigheidsbeginsel.

Ook het vierde middelonderdeel is niet ernstig.

Uiteenzetting van het tweede middel

9. Een tweede middel is genomen uit de schending van de artikelen 84, § 4, en 98, § 3, van het koninklijk besluit van 10 januari 1996.

Verzoekster wijst erop dat artikel 84, § 4, beoogt om *front loading* te bestrijden, dit betekent het misbruiken bij het manipuleren van posten en het voorkomen dat aannemers prijzen van werken die eerst moeten worden uitgevoerd, buitensporig opdrijven om zich zo, onder het mom van normale verrekeningen, betalingsfaciliteiten te verschaffen. Verzoekster voert aan dat er *in casu* sprake is van *front loading* aangezien tussenkomende partij, niettegenstaande een toch *prima facie* zeer duidelijke bepaling in de samenvattende meetstaat, namelijk post 1.2.1.1 getiteld “studie werfinrichting” en de aanwezigheid van een specifiek hoofdstuk 1 inzake de eigenlijke werfinrichting, toch klaarblijkelijk de kosten van de eigenlijke werfinrichtingswerken heeft opgenomen bij haar studiekosten. Volgens verzoekster gaat het hier om een bewuste poging om bepaalde kosten vroeger betaald te krijgen dan normaal gerechtvaardigd is op basis van de uitvoering van de werken, zodat de offerte om deze reden als substantieel onregelmatig verworpen diende te worden.

Beoordeling

10.1. Artikel 84, § 4, van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 bepaalt dat de eenheidsprijzen en de totale prijzen voor iedere post van de samenvattende opmetingsstaat moeten worden opgegeven met inachtneming van de betrekkelijke waarde van die post ten opzichte van het totale bedrag van de offerte. Al de algemene en financiële onkosten alsmede de winsten moeten over de onderscheiden posten, in verhouding tot hun belangrijkheid, worden verdeeld.

Artikel 98, § 3, van voormeld besluit heeft betrekking op het prijsonderzoek in geval van blijkbaar abnormaal hoge of abnormaal lage eenheidsprijzen of totale prijzen.

10.2. De stukken van het dossier overtuigen de Raad van State er op het eerste gezicht niet van dat het bewust de bedoeling zou zijn geweest van tussenkomende partij om zich te bezondigen aan *front loading*. De detaillering van de eenheidsprijs voor de litigieuze post die reeds was bijgevoegd bij de offerte geeft aan dat de opgegeven prijs overeenstemt met een aantal concrete prestaties. Ook merkt tussenkomende partij in haar prijsverantwoording op dat zij de litigieuze post blijkbaar niet correct heeft geïnterpreteerd en stelt zij dat, als daarvoor geen bijzondere post is voorzien in het bestek, het resterende bedrag gelijkmatig dient de worden gespreid over alle posten van de meetstaat, wat *prima facie* overeenstemt met hetgeen voorgeschreven wordt in artikel 84, § 4, van het koninklijk besluit van 10 januari 1996.

Ook het tweede middel is niet ernstig.

“Aanvullend middel”

11. Op de terechtzitting legt verzoekster een aanvullende memorie neer, waarin zij een aanvullend middel aanvoert, geput uit de schending van de bepalingen van artikel 30 van het koninklijk besluit van 25 januari 2001 betreffende de tijdelijke of mobiele bouwplaatsen, van de daarop betrekking hebbende omzendbrief en van de formele-motiveringswet. Zij argumenteert het middel slechts te hebben kunnen aanvoeren na kennisneming, afgelopen vrijdag, van het administratief dossier en dat zij het middel dat zij bestempelt als van openbare orde thans en in deze vorm nog mag aanbrengen. Haar wettigheidskritiek heeft betrekking op de vaststelling dat verweerster nog een prijsverantwoording zou hebben gevraagd en dat tussenkomende partij dan de offerte met niet minder dan 81 bladzijden veiligheids- en gezondheidsplan zou hebben aangevuld. Verzoekster merkt nog op deze memorie daags voor de zitting, weze het 's avonds, aan verweerster en tussenkomende partij bezorgd te hebben.

Beoordeling

12. De toepassing van de schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid verstoort het normale verloop van de rechtspleging voor de Raad van State op ernstige wijze, beperkt de mogelijkheden tot onderzoek van de zaak tot een strikt minimum en brengt de uitoefening van de rechten van de verdediging van de verwerende en de eventueel tussenkomende partij aanzienlijk in het gedrang.

Dat de uiterst dringende noodzakelijkheid wordt aangevoerd, doet er voorts geen afbreuk aan dat de procedure krachtens artikel 22, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State schriftelijk verloopt. Aldus moet luidens artikel 16, § 2, 5/, van het koninklijk besluit van 5 december 1991 tot bepaling van de rechtspleging in kort geding voor de Raad van State, de akte zelf waarbij de vordering tot schorsing wordt ingesteld een uiteenzetting van de feiten en de middelen bevatten die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen rechtvaardigen.

De procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid is te dezen voorts reeds op die wijze door de Raad van State zelf geregeld, dat de verwerende en de tussenkomende partij toch over enige tijd beschikten om schriftelijk verweer te voeren en het bevoegde lid van het auditoraat om kennis te nemen van de zaak.

Het “aanvullende middel” is echter aangebracht in een nergens in de procedureregeling voorziene memorie en de dag vóór de terechtzitting aan de andere partijen in het geding en pas op de terechtzetting zelf aan het auditoraat ter kennis gebracht, zodat deze geen reële kans meer hadden tot een geschreven antwoord of onderbouwd advies, hetgeen het evenwicht tussen de gedingpartijen en het principieel tegensprekelijk karakter van de debatten verstoort.

De vraag of het middel de openbare orde raakt, en eventueel in een gewone procedure aangevoerd mag worden buiten de verjaringstermijn, is niet relevant en behoeft te dezen geen antwoord.

Het hiervoor geschetst karakter van de rechtspleging in geval van uiterst dringende noodzakelijkheid brengt mee dat de uiteenzetting der middelen niet mag worden aangevuld met latere geschriften zodat het middel, op de wijze waarop het te dezen is aangebracht, niet ontvankelijk is.

Maar er is nog meer. In het gunningsverslag is reeds te lezen dat aan tussenkomende partij niet alleen gevraagd werd de nodige rechtvaardigingen te bezorgen omtrent de ingediende prijs van de post nr. 1.2.1.1 - “studie werfinrichting”, maar ook gegevens te bezorgen over “de informatie om aan te tonen hoe de werken in alle veiligheid zullen uitgevoerd worden, rekening houdende met de te verwachten risico’s op de verschillende specifieke werfzones” en over “de overeenkomstig artikel 30, 2/, van het Koninklijk Besluit van 25 januari 2001 gevraagde limitatieve lijst met ingevulde bedragen”. Mét verweerster en tussenkomende partij moet worden

vastgesteld dat verzoekster reeds in staat moest worden geacht het middel met een minimale invulling in het inleidend verzoekschrift te formuleren. De premisse van verzoekster, dat zij pas na inzage van het administratief dossier op deze problematiek is uitgekomen, wordt aldus niet aangenomen.

13. Geen van de aangevoerde middelen is ernstig. Er is bijgevolg niet voldaan aan ten minste één van de voorwaarden gesteld in artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State die vervuld moeten zijn wil een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden toegewezen.

OM DIE REDENEN
BESLUIT DE RAAD VAN STATE :

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van de nv Denys in de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt ingewilligd.

Artikel 2.

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt verworpen.

Artikel 3.

De kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, bepaald op 175 euro, komen ten laste van de verzoekende partij.

De kosten van de tussenkomst in de schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, bepaald op 125 euro, komen ten laste van de tussenkomende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op elf
augustus 2009, door :

de H. G. VAN HAEGENDOREN, wnd. kamervoorzitter, staatsraad,
Mevr. T. TEMMERMAN, griffier.

De griffier,

De voorzitter,

T. TEMMERMAN.

G. VAN HAEGENDOREN.