

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 247.079 van 18 februari 2020
in de zaak A. 230.067/XII-8863**

In zake: de NV JAN DE NUL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Joost Bosquet
kantoor houdend te 2650 Edegem (Antwerpen)
Mechelsesteenweg 326
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Frank Judo en Nicolas Goethals
kantoor houdend te 1000 Brussel
Keizerslaan 3
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 27 januari 2020, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[d]e beslissing van de administrateur-generaal van het Agentschap Wegen en Verkeer van 11 december 2019 waarbij de overheidsopdracht voor aanneming van werken voor het herbouwen van de brug van de Lombeekstraat te Affligem gegund wordt aan [tm] nv Stadsbader – nv Victor Buyck Steel Construction”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 13 februari 2020, om 11.00 uur.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Gert Op de Beeck, die *loco* advocaat Joost Bosquet verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Frank Judo, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Ann Eylenbosch 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 het herbouwen van de brug over de E40 aan de Lombeekstraat te Affligem.

De opdracht wordt op 9 september 2019 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen.

De opdracht is onderworpen aan het bestek met referte 1M3D8F/19/1.

De opdracht wordt gegund via een openbare procedure met als enig gunningscriterium de prijs.

3.2. De opening van de offertes vindt plaats op 22 oktober 2019.

Vier inschrijvers dienen een offerte in: de nv Jan De Nul, dit is de verzoekende partij, de nv Willemen Infra, de tm nv Stadsbader – nv Victor Buyck Steel Construction en de bvba Ondernemingen Lievens.

3.3. Alle inschrijvers worden geselecteerd. Na selectie wordt de offerte van de verzoekende partij als eerste gerangschikt met een prijs van 1.943.409,80 euro, btw inbegrepen, vóór die van de tm nv Stadsbader – nv Victor Buyck Steel Construction, met een prijs van 1.945.924,37 euro, btw inbegrepen.

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

“Uit de vergelijking van de eenheidsprijzen van posten 93 en 104 enerzijds en uit de vergelijking van de eenheidsprijs van deze posten met de eenheidsprijzen hiervoor van de andere inschrijvers ontstaat het vermoeden van een materiële fout waarbij de eenheidsprijs van beide posten door de inschrijver werd omgewisseld. Dit blijkt ook uit de ingediende prijsverantwoording (zie punt 4.8 van voorliggend verslag). De eenheidsprijs van posten 93 en 104 wordt daarom door de aanbestedende overheid verbeterd naar respectievelijk € 57,75 excl btw en € 3.631,42 excl btw.”

Na het rekenkundig nazicht, in het kader waarvan de verwerende partij ook nog enkele (beperkte) rekenfouten verbetert, wordt de offerte van de verzoekende partij gerangschikt als tweede met een prijs van 1.966.288,99 euro, btw inbegrepen, na die van de tm nv Stadsbader – nv Victor Buyck Steel Construction met een prijs van 1.945.924,36 euro, btw inbegrepen.

3.4. Op 31 oktober 2019 wordt een prijsverantwoording voor bepaalde eenheidsprijzen gevraagd aan de verzoekende partij en aan de tm nv Stadsbader – nv Victor Buyck Steel Construction.

Bij de verzoekende partij worden de posten 20 en 104 bevestigd.

Bij de tm nv Stadsbader – nv Victor Buyck Steel Construction wordt de post 82 bevestigd.

Beide inschrijvers maken hun verantwoording tijdig over aan de aanbestedende overheid.

De verwerende partij beoordeelt de prijsverantwoording van de verzoekende partij in het gunningsverslag als volgt:

“Uit de ingediende prijsverantwoording voor post 20 blijkt dat de inschrijver voldoende materieel en personeel voorziet om het werk uit te voeren. Het opgegeven rendement lijkt eveneens aanvaardbaar. De ingediende prijsverantwoording voor post 20 vertoont dan ook een aanvaardbaar karakter.

Wat post 104 betreft, verwijst de inschrijver in zijn prijsverantwoording naar posten die niet relevant zijn voor post 104 maar wel voor post 93.

Dit bevestigt het vermoeden van de aanbestedende overheid dat de inschrijver de eenheidsprijs van de posten 93 en 104 heeft omgewisseld. Zie ook hogervermeld punt 4.7 van voorliggend verslag. De materiële vergissing van de inschrijver wordt door de aanbestedende overheid verbeterd. De ingediende prijsverantwoording is duidelijk berekend, en omvat alle nodige kostenelementen. De prijsverantwoording wordt tevens gestaafd door de offerte van de leverancier. De prijsverantwoording voor deze post vertoont een aanvaardbaar karakter en wordt met de nodige elementen gestaafd. Ze wordt dan ook aanvaard.”

Na onderzoek van de regelmatigheid van de offertes blijft de offerte van de verzoekende partij als tweede gerangschikt na die van de tm nv Stadsbader – nv Victor Buyck Steel Construction.

3.5. De verwerende partij beslist op 11 december 2019 om de opdracht te gunnen aan de tm nv Stadsbader – nv Victor Buyck Steel Construction.

Dit is de bestreden beslissing.

3.6. Per aangetekende brief en per e-mailbericht van 13 januari 2020 wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat haar offerte niet is gekozen. De gemotiveerde gunningsbeslissing is gevoegd in bijlage.

Nog op 13 januari 2020 wordt de overeenkomst gesloten met de tm nv Stadsbader – nv Victor Buyck Steel Construction.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

Standpunt van de verwerende partij

4.1. In haar nota doet de verwerende partij de volgende opmerkingen gelden:

“Onmiddellijke contractsluiting – Zoals aangehaald in het feitenrelaas, is de overeenkomst in het kader van deze opdracht reeds gesloten door de kennisgeving op 13 januari 2020 van de bestreden beslissing aan de laagste regelmatige inschrijver, overeenkomstig artikel 88 van het KB Plaatsing.

In casu stond niets in de weg aan een onmiddellijke contractsluiting. Het gaat immers om een overheidsopdracht voor werken die de Europese drempels niet bereikt. Evenmin bedraagt het bedrag van de goed te keuren offerte meer dan de helft van het vastgestelde bedrag voor de Europese bekendmaking. Hieruit volgt dat de verwerende partij, gelet op (onder meer) artikel 30 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 (hierna: ‘Wet Rechtsbescherming’), geen wachttermijn diende te respecteren en meteen kon overgaan tot de sluiting van de overeenkomst.

Het feit dat de overeenkomst reeds is gesloten leidt tot de onontvankelijkheid van de vordering, om meerdere redenen.

[...] Onbevoegdheid van uw Raad – Vooreerst is Uw Raad in dergelijke omstandigheden onbevoegd om kennis te nemen van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid. In dat verband verwijst Uw Raad naar artikel 30 van de Wet Rechtsbescherming:[...]

Bovendien heeft Uw Raad, meer in het algemeen, geen rechtsmacht om kennis te nemen van betwistingen die betrekking hebben op de rechten en verplichtingen uit een overeenkomst, gelet op de artikelen 144 en 145 van de Grondwet. Nochtans is dat precies wat Uw Raad zou doen door kennis te nemen van de vordering, aangezien deze onmiskenbaar verband houdt met een (reeds gesloten) overeenkomst.

Bijgevolg is Uw Raad niet bevoegd om kennis te nemen van de vordering.

[...] Geen belang – Het feit dat de overeenkomst reeds werd gesloten leidt bovendien ook nog in een ander opzicht tot de onontvankelijkheid van de vordering. In het overheidsopdrachtencontentieux strekt de schorsingsvordering er immers toe dat de niet-gekozen inschrijver de opdracht alsnog zou krijgen. Voor zover het is uitgesloten dat de niet-gekozen inschrijver hiertoe nog een kans maakt, doet hij niet blijken van het rechtens vereiste belang.

Welnu, de gevraagde schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing zou de verzoekende partij hoe dan ook niet de verhoopte nieuwe kans geven om alsnog zelf de opdracht toegewezen te krijgen. Een schorsing door Uw Raad van de bestreden beslissing zou immers niet de

schorsing van de reeds gesloten overeenkomst met zich meebrengen, vermits Uw Raad zoals gezegd geen mogelijkheid heeft om te raken aan een (reeds gesloten) overeenkomst. De schorsing van de bestreden beslissing kan de verzoekende partij dan ook niet het verhoopte voordeel opleveren, waardoor niet is voldaan aan de belangvereiste.”

Beoordeling

4.2. Artikel 30, § 2, van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’ (hierna: de rechtsbeschermingswet), dat bepaalt dat zodra de opdracht is gesloten, deze niet meer geschorst of onverbindend kan worden verklaard door de verhaalinstantie, welke die ook zij, betreft het sluiten van het contract voor de opdracht, hetgeen tot de rechtsmacht van de hoven en rechtbanken behoort. Die bepaling verzet er zich niet tegen dat de Raad de schorsing van de tenuitvoerlegging beveelt van de van de gesloten opdracht afsplitsbare gunningsbeslissing. Artikel 40 van de wet van 16 februari 2017 ‘tot wijziging van de wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ heeft het voormelde artikel 30 op dit punt niet gewijzigd.

In zoverre de verwerende partij betoogt dat de Raad van State, gelet op de reeds gesloten overeenkomst, “onbevoegd” zou zijn om kennis te nemen van de voorliggende vordering, wordt zij bijgevolg niet bijgevalen.

4.3. In zoverre de verwerende partij betoogt dat de sluiting van de overeenkomst het belang van de verzoekende partij bij de vordering zou doen verdwijnen, gaat zij eraan voorbij dat een verzoekende partij in het contentieux van de overheidsopdrachten bij de nietigverklaring van een gunningbeslissing, die een afsplitsbare bestuurshandeling uitmaakt, een gekwalificeerd moreel belang heeft dat zij ontleent aan het feit dat zij is voorbijgegaan door die beslissing. Dat belang wordt door de nietigverklaring van de gunningbeslissing gediend, spijs de sluiting en zelfs de uitvoering van de daaropvolgende overeenkomst. Ook bij de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van die gunningsbeslissing lijkt dat belang voldoende zeker, gelet op de ruime omschrijving van het belang bij de

nietigverklaring in artikel 14 van de rechtsbeschermingswet toegekend aan “elke persoon die een belang heeft of heeft gehad om een bepaalde opdracht of concessie te krijgen en die door de beweerde schending is of dreigt te worden benadeeld”. Krachtens artikel 15, eerste lid, van dezelfde wet kan de schorsing worden uitgesproken “[o]nder dezelfde voorwaarden” als die bedoeld in artikel 14, dus ook wat het belang betreft.

Deze beide artikelen zijn krachtens artikel 31 van dezelfde wet ook toepasselijk op de opdrachten die zoals de in het geding zijnde opdracht het Europese drempelbedrag niet bereiken. De Raad van State kan te dezen ook bezwaarlijk vooruitlopen op de gevolgen die de aanbestedende overheid zal hechten aan een schorsing indien deze wordt bevolen, ook wanneer de opdracht reeds werd gesloten. Probleemsituaties die na de schorsing zouden ontstaan, lijken te moeten worden toegeschreven aan de verwerende partij wegens haar eigen beslissing om de overeenkomst te sluiten.

Bijgevolg lijkt het belang van de verzoekende partij op het eerste gezicht niet nuttig te kunnen worden betwist op grond van het feit dat de opdracht is gesloten en wordt uitgevoerd.

V. Schorsingsvoorwaarden

5.1. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

5.2. Te dezen is evenwel ook de rechtsbeschermingswet van toepassing.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissing in aanwezigheid van een

ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

Overeenkomstig artikel 15, tweede lid, echter wordt de vordering tot schorsing voor de Raad van State uitsluitend ingesteld volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Overeenkomstig artikel 31 gelden deze bepalingen ook voor opdrachten die de drempelbedragen voor Europese bekendmaking niet bereiken.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of minstens één ernstig middel wordt aangevoerd, dan wel een klaarblijkelijke onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissing kunnen verantwoorden.

VI. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

6. De verzoekende partij voert de schending aan van de artikelen 33 en 34 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017) en van de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Zij acht deze bepalingen en beginselen geschonden:

“Doordat, verwerende partij in het gunningsverslag de eenheidsprijzen voor posten 104 en 93 in de offerte van verzoekende partij heeft gewisseld omdat het een zuiver materiële fout zou betreffen, en zo de prijszetting van de offerte van verzoekende partij heeft aangepast;

Terwijl, de kwalificatie van de zuivere materiële fout in het gunningsverslag wordt gemotiveerd met verwijzing naar een vergelijking van de betrokken eenheidsprijzen met de eenheidsprijzen van de andere inschrijvers en met verwijzing naar de prijsverantwoording van verzoekende partij voor post 104;

Terwijl, art. 33 KB Plaatsing bepaalt dat de aanbestedende overheid pas na de verbetering van de offertes overeenkomstig art. 34 KB Plaatsing

overgaat tot het prijs- of kostenonderzoek overeenkomstig art. 35 KB Plaatsing;

Terwijl, overeenkomstig art. 34, §2 KB Plaatsing de aanbestedende overheid de rekenfouten en zuiver materiële fouten in de offertes verbetert en de aanbestedende overheid hiertoe de werkelijke bedoeling nagaat van de inschrijver via een globale analyse van de offerte en door deze te vergelijken met de andere offertes en met de marktprijzen. Dat indien deze bedoeling na analyse niet voldoende duidelijk is, de aanbestedende overheid aan de inschrijver een termijn kan toekennen om de inhoud van de offerte te verduidelijken zonder deze te wijzigen;

Terwijl, met het begrip ‘zuiver materiële fout’ een verschrijving of vergissing wordt bedoeld, begaan bij de materiële verrichtingen bij het opstellen van een offerte zoals het uitschrijven, invullen en overbrengen van cijfergegevens, en die betrekking heeft op fouten waaromtrent nauwelijks discussie mogelijk is en die met een eenvoudige precisering kunnen worden rechtgezet;

Terwijl, verwerende partij enkel een prijsverantwoording heeft gevraagd voor post 104 en geen toelichting heeft gevraagd betreffende een mogelijke materiële fout noch een analyse heeft gemaakt van de uit de offerte af te leiden drijfveren van de inschrijver voor deze post, zodat de daadwerkelijke bedoeling van de inschrijver niet correct werd vastgesteld op grond van deugdelijke en aperte elementen uit de offerte zelf;

Terwijl, de finaliteit van een prijsverantwoording verschillend is van deze van het rekenkundig nazicht.

Terwijl, de eenheidsprijzen voor posten 104 en 93 niet gelijkend zijn en van een andere grootte orde;

Terwijl, de prijsverantwoording voor post 104 enkel elementen bevat dewelke relevant zijn voor post 104 en de uitvoeringsmethode waarvan sprake in de prijsverantwoording voor post 104 volledig verschillend is van deze voor post 93;

Terwijl, de materiële motiveringsplicht ertoe strekt dat de bestuurlijke besluitvorming teruggaat op een zorgvuldige feitenvinding die aanleiding geeft tot rechtens en in feite draagkrachtige motieven die in redelijkheid tot de gunning van de opdracht aanleiding konden geven.

Terwijl, met toepassing van het zorgvuldigheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur de aanbestedende overheid bij de beoordeling van de offertes steeds rekening dient te houden met alle relevante elementen.

Zodat, de bestreden beslissing door het wijzigen van de eenheidsprijzen voor posten 93 en 104 in de offerte van verzoekende partij de in het middel opgenomen wettelijke bepalingen en beginselen schendt.”

Volgens de verzoekende partij zou uit het gunningsverslag blijken dat de verwerende partij de materiële vergissing en het prijsonderzoek ten onrechte heeft vervlochten. De verwerende partij zou het onderscheid tussen een zuiver materiële fout en een schijnbaar abnormale prijs miskennen.

De verzoekende partij vervolgt dat, zelfs indien de eenheidsprijzen van de verzoekende partij voor de posten 93 en 104 van een andere grootteorde zijn dan deze van de andere inschrijvers, dan nog dit onvoldoende zou zijn om te oordelen dat het de bedoeling was van de inschrijver om beide eenheidsprijzen te wisselen. Het omwisselen ervan heeft immers een reële impact op de rangschikking. De twee eenheidsprijzen zijn bovendien van een compleet andere grootteorde en volgen elkaar niet op in de meetstaat.

De verzoekende partij gaat voorts in op haar prijsverantwoording. Zij vergelijkt de inhoud ervan met de plannen om te besluiten dat de verwerende partij onmogelijk heeft kunnen menen dat haar prijsverantwoording voor post 104 eigenlijk betrekking zou hebben op post 93. Zij voegt toe dat “[g]ezien de beide posten betrekking hebben op een voeg die dient te worden geïnstalleerd en de beide ook door dezelfde leverancier worden aangeleverd, [...] potentieel een onderlinge verhouding tussen de uitvoering van de beide posten [kan] bestaan die bij de leverancier - onderaannemer dient te worden nagegaan”.

De verzoekende partij besluit dat “[z]elfs in het onwaarschijnlijke geval verweerster meent dat er sprake zou zijn geweest van een materiële fout in de brief van de onderaannemer, quod non, [...] het slechts een gedeelte van de prijsposten 93 en 104 [betreft]. Namelijk enkel het gedeelte waarvoor de onderaannemer zou instaan. Op basis hiervan kon verweerster dan ook niet oordelen dat de totale eenheidsprijzen voor posten 93 en 104 zouden te dienen worden gewisseld. Hoogstens had de aanbestedende overheid de beide posten in het kader van een prijsonderzoek aan een prijsverantwoording kunnen onderwerpen zodat de onderlinge verhouding kon worden nagegaan”.

In dat licht stelt de verzoekende partij belang te hebben bij het middel. “Om een correcte verhouding tussen de posten 93 en 104 te kunnen beoordelen dient voor beide posten een deugdelijk onderzoek te worden verricht in het licht van het prijs- en kostenonderzoek”. “Op de resultaten van de heroverweging met gebeurlijk prijs- en kostenonderzoek kan Uw Raad niet vooruit lopen, temeer daar de gebeurlijke vaststelling van afwijkende eenheidsprijzen aan

verzoekende partij de gelegenheid dient te verschaffen om een prijsverantwoording te verstrekken”.

Beoordeling

7. De artikelen 33 en 34 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 luiden:

“Art. 33. Na de verbetering van de offertes overeenkomstig artikel 34, gaat de aanbestedende overheid over tot het prijs- of kostenonderzoek overeenkomstig artikel 35 en, in geval van vermoeden van abnormaal hoge of lage prijzen of kosten, gaat zij over tot de in artikel 36 bedoelde prijzen- of kostenbevraging.

Art. 34. § 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.”

8. Bij het beoordelen of er sprake is van een rekenfout of zuiver materiële fout in de zin van het voormelde artikel 34 heeft de aanbestedende overheid 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 zuiver

materiële 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 kan desgevraagd wel nagaan of de aanbestedende overheid bij deze beoordeling de perken van de zorgvuldige beoordeling niet te buiten is gegaan, en of de beslissing op aanvaardbare motieven is gesteund.

9. Met het begrip “materiële fout” wordt een verschrijving of vergissing bedoeld, begaan bij de materiële verrichtingen die gepaard gaan met het opstellen van een offerte zoals uitschrijven, invullen of overbrengen van cijfergegevens. Het betreft dus fouten waaromtrent in principe geen discussie is.

10. De verzoekende partij bemerkt terecht dat het rekenkundig nazicht niet mag worden verward met de prijscontrole. Het verbeteren van offertes gebeurt in beginsel vóór het prijsonderzoek.

Zulks lijkt evenwel niet weg te nemen dat het prijsonderzoek de bevestiging kan bieden van een in het kader van het rekenkundig nazicht vastgestelde materiële fout. De lezing van het gunningsverslag bevestigt op het eerste gezicht dat dit laatste te dezen het geval is.

11. De verwerende partij heeft een materiële fout vermoed na vergelijking van de eenheidsprijzen van de posten 93 en 104, enerzijds, en vergelijking van de eenheidsprijs van deze posten met de eenheidsprijzen hiervoor opgegeven door de andere inschrijvers, anderzijds. De prijsverantwoording heeft dit vermoeden bevestigd.

De verzoekende partij lijkt niet te betwisten dat een materiële fout mag worden afgeleid uit een globale lezing van haar offerte of uit de vergelijking met de andere inschrijvers.

Uit de tabel weergegeven in de nota van de verwerende partij, waarin de eenheidsprijzen van de posten 93 en 104 opgegeven door de verzoekende partij en door de overige inschrijvers (in grootteordes) worden weergegeven, blijkt inderdaad dat de prijsverschillen apert zijn, en blijkt vooral dat

de eenheidsprijzen opgegeven door de verzoekende partij, enerzijds, en alle overige inschrijvers, anderzijds, zich omgekeerd ten opzichte van elkaar verhouden. Hieruit kon op het eerste gezicht terecht het vermoeden worden afgeleid dat de verzoekende partij de eenheidsprijzen voor deze posten had omgewisseld. Dit lijkt des te meer te gelden nu de posten 93 en 104 beide betrekking hebben op de installatie van “voegen”, te weten een “uitzettingsvoeg” (post 93) en een “flexibele voegovergang op basis van polymeren” (post 104). De omstandigheid dat de posten elkaar niet opvolgen in de meetstaat neemt op het eerste gezicht het vastgestelde vermoeden niet weg.

Dit vermoeden, namelijk dat de verzoekende partij de eenheidsprijzen voor deze posten had omgewisseld, lijkt op het eerste gezicht te worden bevestigd door de voor de post 104 gegeven prijsverantwoording. De verwerende partij maakt op het eerste gezicht aannemelijk dat de “polymeer voegmassa”, waarvan sprake in de prijsverantwoording evenals in de brief van de onderaannemer waarnaar wordt verwezen, “volledig verschillend” is van het brugvoegsysteem in polymeren zoals omschreven in het Standaardbestek 260 H32-31; deze vermelding lijkt dan ook eerder te verwijzen naar een voegmassa volgens het Standaardbestek 250 H6-1, wat noodzakelijk lijkt te zijn voor de post 93.

De verzoekende partij slaagt er op het eerste gezicht niet in het tegendeel te bewijzen. De omstandigheid dat de vermoedelijke hoeveelheid die vermeld wordt in de offerte en de prijsverantwoording van de verzoekende partij overeenstemt met die vermeld in de meetstaat, is niet relevant, evenmin als de omstandigheid dat de eenheidsprijzen voor de beide posten vermeld in de offerte en de prijsverantwoording overeenstemmen met die in de brief van de leverancier-onderaannemer, als bijlage bij de prijsverantwoording. Uit het dossier mag op het eerste gezicht worden afgeleid dat het onderscheid tussen een (gespecialiseerde) “voegovergang op basis van polymeren” (post 104) en een uitzettingsvoeg op te vullen met (standaard) “voegvullingsmassa” (post 93) precies het kritieke punt is geweest.

12. De verzoekende partij verwijst naar de brief van de leverancier-onderaannemer voor de aan te leveren voegen bedoeld in de posten 93

en 104 en acht een mogelijke “verhouding” tussen de beide posten niet onbestaande, wat volgens haar de verwerende partij ertoe had moeten aanzetten “de beide posten in het kader van een prijsonderzoek aan een prijsverantwoording [te] onderwerpen, zodat de onderlinge verhouding kon worden nagegaan”.

De verwerende partij is wel degelijk overgegaan tot een vraag om prijsverantwoording in het kader van de post 104. Het blijkt niet dat de verzoekende partij van die gelegenheid heeft gebruikgemaakt om de prijs van de onderaannemer in de ene of andere zin te verantwoorden. Eens bevraagd, kon de verzoekende partij nochtans kennis nemen van het problematisch karakter van de voor de post 104 opgegeven prijs. Hoewel de prijs opgegeven door de onderaannemer daarin het grootste aandeel heeft, heeft de verzoekende partij, zoals zij in haar verzoekschrift bevestigt, deze zonder meer overgenomen in de eigen tabel betreffende de prijsverantwoording. Het blijkt niet dat de verzoekende partij op dat ogenblik de aanbestedende overheid attent heeft gemaakt op een bepaalde “verhouding” tussen de bevraagde post 104 en de post 93.

Doordat de verzoekende partij een en ander niet heeft uitgeklaard en tegelijk de offerte van de onderaannemer die zowel betrekking heeft op de post 93 als op de post 104, bij de prijsverantwoording heeft gevoegd, lijkt de verwerende partij terecht te hebben kunnen menen te beschikken over de nodige objectieve gegevens om het vermoeden van een materiële fout bevestigd te zien.

Overigens en anders dan de verzoekende partij dat lijkt te zien, heeft de verwerende partij de prijsverantwoording voor de post 104 niet als dusdanig aanvaard. De aanvaarding ervan kan niet anders worden begrepen dan te zijn gebeurd na de verbetering van de materiële fout, dat wil zeggen nadat de verwerende partij de eenheidsprijs “Polymeer voegmassa - zie Bijlage 1 - Brief Emotec nv” heeft verbeterd door die om te wisselen met die van de post 93.

13. Uit al het voorgaande volgt op het eerste gezicht dat de verzoekende partij niet aantoonde dat de bestreden beslissing niet afdoende zou zijn gemotiveerd of met schending van de artikelen 33 en 34 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 zou zijn genomen. Evenmin maakt de verzoekende partij aannemelijk dat de verwerende partij geen rekening zou hebben gehouden met alle

relevante elementen en had dienen aan te dringen op een prijsonderzoek, nu zij zelf heeft nagelaten ten gepaste tijde een en ander uit te klaren.

14. Het enig middel is niet ernstig.

VII. Besluit

15. Het enig middel is niet ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verworpt de vordering.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro, en een bijdrage van 20 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van achttien februari tweeduizend twintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Patricia De Somere,	staatsraad, waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Patricia De Somere