

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 105.003 van 21 maart 2002
in de zaak A. 59.913/XII-2279.**

In zake : de NV BOUWBEDRIJF VMG-DE COCK,
die woonplaats kiest bij
advocaat J. TEMMERMAN,
kantoor houdende te GENT,
Sint-Martensstraat 16

tegen :

het OPENBAAR CENTRUM VOOR MAATSCHAPPELIJK
WELZIJN VAN DE STAD ANTWERPEN.

DE RAAD VAN STATE, XIIe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat de NV Bouwbedrijf VMG-De Cock op 16 september 1994 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van “de beslissing van het Openbaar Centrum voor Maatschappelijk Werk van de stad Antwerpen van 15 juli 1994 tot afwijzing van de inschrijving van [verzoekende partij] op de openbare aanbesteding m.b.t. het R.V.T. Sint-Bartholomeus bij toepassing van art. 25, § 2 van het K.B. van 22.4.1977 en van de beslissing van ongekende datum tot toewijzing van de opdracht aan Saenen”;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgemaakt door auditeur J. Stevens;

Gelet op de beschikking van 27 oktober 1999 die de neerlegging ter griffie van het verslag en van het dossier gelast;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen;

Gelet op de beschikking van 11 januari 2002 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 5 februari 2002;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat J. Temmerman, die verschijnt voor de verzoekende partij en van advocaat K. Van Bellingen, die loco advocaat M. Stolk verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op titel VI, hoofdstuk II, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State;

1. Over de gegevens van de zaak.

Overwegende dat de gegevens van de zaak kunnen worden samengevat als volgt :

1.1. De verwerende partij schrijft een openbare aanbesteding uit voor de uitbreiding van het R.V.T. Sint-Bartholomeus te Merksem, 1e fase, wat betreft perceel 2- afwerking.

1.2. Bij de opening van de inschrijvingen op 14 juni 1994 blijken er zes offertes te zijn ingediend.

De verzoekende partij heeft de laagste regelmatige inschrijving, ten belope van 37.600.000 frank, de BVBA Bouwonderneming Saenen met 42.151.180 frank de tweede laagste, telkens gerekend zonder BTW.

1.3. Blijkens het proces-verbaal van nazicht der inschrijvingen door de architect van 6 juli 1994 worden die bedragen na een aanpassing ingevolge gewijzigde hoeveelheden vastgelegd op respectievelijk 38.594.717 en 43.128.259 frank.

1.4. Bij brief van 30 juni 1994 vraagt de verwerende partij, verwijzende naar artikel 25 van het koninklijk besluit van 22 april 1977 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, de verzoekende partij verantwoording te verstrekken voor de artikelen A61.6. en A95.

1.5. Bij brief van 4 juli 1994 geeft de verzoekende partij een verantwoording voor elk betrokken onderdeel van die artikelen door daarbij aan te geven hoe de prijs ervan is opgebouwd. Zij concludeert dat de bedoelde prijzen

volgens haar “absoluut normaal” zijn en dat op eenvoudig verzoek prijzen van leveranciers of onderaannemers kunnen worden verstrekt. Zij verwijst ook naar een met haar gevoerd gesprek van 28 juni 1994 in de kantoren van de verwerende partij.

1.6. In het voormelde proces-verbaal van 6 juli 1994 besluit de architect dat wat de inschrijvingsprijs van de verzoekende partij voor post A61.6.21 [vloeren in blauwe hardsteen] betreft, de opgegeven gemiddelde eenheidsprijs van 2450 frank /m² voor het materiaal “duidelijk te laag” is; betreffende post A95.1.1. [vloeren in blauwe hardsteen-buiten] stelt hij dat ook hier de eenheidsprijs voor het materiaal te laag is en bovendien de toeslag voor verzaging onvoldoende, gelet op de moeilijkheidsgraad voor de plaatsing van de vloer, zodat de opgegeven inschrijvingsprijs van 4.855 frank/m² “als abnormaal [dient te worden] beschouwd”.

1.7. In zitting van 12 juli 1994 besluit het bijzonder comité voor aankopen, werken en eigendommen dat de inschrijving van de verzoekende partij als onregelmatig dient te worden aangemerkt en wordt voorgesteld de opdracht toe te wijzen aan de BVBA Bouwonderneming Saenen als laagste regelmatige inschrijver.

Dat voorstel steunt onder meer op de volgende vaststellingen :

“Na rekenkundig nazicht bezorgde architect Schoonbaert ons zijn verslag voor toewijzing. Het ramingsbedrag was vastgesteld op 39.317.801 F + B.T.W. Rekening houdend met de terechte opmerking van de inschrijvers diende de ramingspost van de marmer-resinetegels berekend op 293,30 m² i.p.v. 99,21 m².

Dit verhoogt het ramingsbedrag tot 40.125.215 F + B.T.W.

De laagste inschrijver VMG-De Cock (38.594.717 F) diende verantwoording af te leggen in verband met abnormale prijzen vloeren in blauwe hardsteen.

	<u>Art. 61.6.21</u>	<u>Art. 95.1.1</u>	<u>Totaal</u>
VMG-De Cock	824.131 F	873.900 F	1.698.031 F
Saenen	1.438.483 F	2.455.200 F	<u>3.893.683 F</u>
Floré	1.481.295 F	2.601.000 F	- 2.195.652 F
Roegiers	1.665.386 F	2.520.000 F	
Wyckaert	1.558.999 F	2.506.860 F	
Goedleven	1.207.941 F	2.250.000 F	
raming door architect	1.015.715 F	1.022.400 F	2.038.115 F

De architect verwerpt de argumentatie van de firma VMG-De Cock en adviseert deze firma te weren om hogervermelde abnormale prijzen.
[...].”

1.8. Op 15 juli 1994 neemt de Raad van de verwerende partij de bestreden beslissingen : de inschrijving van de verzoekende partij wordt als onregelmatig verworpen en de opdracht wordt gegund aan de BVBA Bouwonderneming Saenen tegen de prijs van 43.128.259 frank meer de BTW.

In de motivering wordt betreffende de verzoekende partij gesteld hetgeen volgt :

“Aangezien de firma VMG-De Cock, St-Niklaas, [voor] twee belangrijke posten, nl. blauwe arduin (art. 61.6.2 en 95.1.1) abnormale prijzen heeft ingediend die, gelet op art. 25 par. 2 van het K.B. van 22-04-77 gewijzigd door het K.B. van 19-8-85 door het bestuur kunnen geweigerd worden”;

1.9. Met een brief van 18 juli 1994 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mede dat haar inschrijving is afgewezen wegens de

“vermelde abnormaal lage eenheidsprijzen voor :
art A61.6.21 -vloeren in blauwe hardsteen (214,06 m²)
gemiddelde prijs materiaal : 2.450 F/m²
art. A95.1.1.- vloeren in blauwe hardsteen buiten (180 m²)
prijs : 4.855 F/m²”;

2. Over de gegrondheid.

2.1. Overwegende dat de verzoekende partij in haar inleidend verzoekschrift in een tweede middel onder meer aanvoert dat de eerste bestreden beslissing schending inhoudt van artikel 25, § 2, van het koninklijk besluit van 22 april 1977 betreffende de overheidsofsdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten; dat zij daarbij vooreerst uitvoerig poogt te weerleggen dat abnormaal lage prijzen geboden zijn en betoogt dat men in het duister tast omtrent de wijze waarop de verwerende partij haar beoordelingsbevoegdheid terzake heeft uitgeoefend; dat zij stelt ervan uit te gaan dat de bestreden beslissing niet tot stand gekomen is op een zorgvuldige en objectieve wijze en dat zij zich het recht voorbehoudt om na kennisname van het administratief dossier het middel nader uit te werken of nieuwe middelen aan te voeren;

2.2. Overwegende dat de verwerende partij in haar memorie van antwoord op dit middel enkel repliceert wat post 95.1.1. betreft; dat zij daarbij verwijst naar de discrepantie tussen de prijs van blauwe hardsteen gegeven door de verzoekende partij enerzijds en de andere biedende inschrijvers anderzijds en voorts de opgegeven toeslag van 1000 frank /m² onvoldoende acht aangezien geen verzaging uit standaardtegels kan worden verricht en de plaatsing van de vloer zelfs een bijzondere moeilijkheidsgraad inhoudt;

2.3. Overwegende dat de verzoekende partij in haar memorie van wederantwoord in het kader van dit middel onder meer betoogt hetgeen volgt :

“1. Geen aanvaardbare verantwoording voor het doorvoeren van een onderzoek naar abnormaal lage prijzen ten aanzien van de verzoekster

Zoals het proces-verbaal van nazicht der inschrijvingen (stuk 5 administratief dossier) zelf vermeldt, lag het bedrag van de inschrijving van de verzoekster niet 15 % onder het gemiddelde van de bedragen van de andere in aanmerking komende inschrijvingen.

Derhalve werd niet bij toepassing van art. 25, § 3, maar bij toepassing van art. 25, § 2, om verantwoording gevraagd.

De aanleiding daartoe was klaarblijkelijk, zoals blijkt uit de memorie van antwoord voor de verweerder (p. 8) en het verslag aan het 'Bijzonder Comité voor aankopen, werken en eigendommen' (p. 1) een vergelijking van de door de verzoekster opgegeven prijs met de prijzen opgegeven door de andere inschrijvers.

Er wordt evenwel geen vergelijking gemaakt met het door de architect geraamde bedrag !

Dit is frappant, aangezien verder nergens blijkt dat de raming door de architect aangepast werd.

Een vergelijking van de prijzen van de verzoekster met de raming door de architect, en niet met de prijzen gegeven door de andere inschrijvers, lag dan ook voor de hand :

- Het totale inschrijvingsbedrag van de verzoekster bedroeg na correctie, 38.594.717 F. (proces-verbaal van nazicht der inschrijvingen, stuk 5 administratief dossier, p. 3).

De geraamde prijs bedroeg, na doorvoering van dezelfde correctie, 40.125.215 F (proces-verbaal van nazicht der inschrijvingen, stuk 5 administratief dossier, p. 5).

Het totale inschrijvingsbedrag bedraagt derhalve 96 % van het geraamde bedrag.

Dit is geenszins een abnormale afwijking naar beneden toe, zodat de vraag rijst wat bij de verweerder aanleiding gegeven heeft tot een onderzoek naar beweerd abnormaal lage prijzen.

- Voor artikel A61.6.21. gaf de verzoekster een totale prijs van 824.131 F. op, dit is 81 % van het door de architect geraamde bedrag.

De B.V.B.A. Bouwonderneming Saenen gaf een totale prijs van 1.438.483 F. op, dit is 142 % van het door de architect geraamde bedrag. De door de verzoekster opgegeven prijs wijkt derhalve, naar beneden toe, in mindere mate af dan de prijs gegeven door de B.V.B.A. Bouwonderneming Saenen.

Opnieuw blijkt geen abnormale afwijking naar beneden toe.

- Voor artikel A.95.1.1. gaf de verzoekster een totale prijs van 873.900 F. op, dit is 85 % van het door de architect geraamde bedrag.

De B.V.B.A. Bouwonderneming Saenen gaf een totale prijs van 2.455.200 F. op, dit is 240 % van het door de architect geraamde bedrag. De door de verzoekster opgegeven prijs wijkt derhalve opnieuw, naar beneden toe, in mindere mate af dan de prijs gegeven door de B.V.B.A. Bouwonderneming Saenen.

Van enige abnormale afwijking naar beneden toe kan geen sprake zijn.

- Voor beide artikels samen belooft de door de verzoekster opgegeven prijs 83 % van het door de architect geraamde bedrag.

De totale prijs opgegeven door de B.V.B.A. Bouwonderneming Saenen bedraagt 191 % van het door de architect geraamde bedrag.

Uit het gebrek aan enige verantwoording voor het doorgevoerde onderzoek naar de abnormaliteit van de prijzen van de verzoekster, dient reeds afgeleid te

worden dat de beslissing van de verweerster niet gesteund is op aanvaardbare motieven.

2. Geen verantwoording door de afwezigheid van een onderzoek van de prijzen opgegeven door de B.V.B.A. Bouwonderneming Saenen

a. Uit het hierboven onder punt 1 vermelde, blijkt reeds dat de prijzen van de B.V.B.A. Bouwonderneming Saenen opmerkelijk afwijken van de raming door de architect, inzonderheid voor artikel A95.1.1.

Terwijl de afwijking naar beneden toe voor de verzoekster binnen een redelijke grens voor beide artikels blijft, is dit niet het geval voor de prijzen opgegeven door de B.V.B.A. Bouwonderneming Saenen.

Uit het administratief dossier blijkt niet waarom geen verantwoording gevraagd werd aan deze inschrijver.

Bij het onderzoek naar het al dan niet abnormale karakter van de prijzen werden klaarblijkelijk niet alle inschrijvers volgens dezelfde maatstaven beoordeeld, wat de rechtmatigheid van de genomen beslissing in het gedrang brengt [...]”;

2.4. Overwegende dat het middel van de verzoekende partij zoals het ook verder is ontwikkeld na kennisname van het administratief dossier, inhoudt dat volgens haar het onderzoek naar het abnormaal karakter van de prijzen niet zorgvuldig is gebeurd, de beslissing betreffende die prijzen niet deugdelijk is gemotiveerd en is genomen met schending van het gelijkheidsbeginsel; dat de verwerende partij geen verweer biedt tegen deze nadere ontwikkeling van het middel bij gebrek aan een laatste memorie en zich ook ter terechtzitting beperkt tot een verwijzing naar de geschreven stukken;

Overwegende dat het krachtens artikel 25, § 2, van het meervermelde koninklijk besluit van 22 april 1977 aan het bestuur is toegestaan, mits daarbij een bepaalde werkwijze gevolgd wordt, een inschrijving af te wijzen wegens haar “blijkbaar abnormaal hoge of abnormaal lage” eenheidsprijzen of totale prijzen; dat het daarmee gepaard gaande onderzoek echter bij alle inschrijvers volgens dezelfde maatstaven dient te gebeuren en de daaropvolgende beslissing op deugdelijke motieven moet steunen; dat te dezen de door de verzoekende partij geboden prijzen voor de posten A61.6.21. en A95.1.1. op het eerste gezicht in vergelijking met de prijzen daarvoor geboden door de andere inschrijvers, laag zijn; dat zij evenwel, in vergelijking met de prijzen voor die posten in de raming van de architect, niet zeer laag zijn maar de prijzen van de andere inschrijvers zeer hoog; dat zulks door de verzoekende partij cijfermatig is aangetoond; dat nergens uit de voorgelegde stukken blijkt dat de prijsraming van de architect voor de betrokken posten en zoals deze blijkt uit het voorstel van het bijzonder comité, zou zijn gewijzigd; dat indien de prijzen van de raming, van de verzoekende partij en van de gekozen inschrijver naast elkaar worden gesteld, het volgende beeld naar voor komt :

- A61.6.21. : 1.015.715 frank

824.131 frank (= 191.584 frank lager)

1.438.483 frank (= 422.768 frank hoger)

- A95.1.1. : 1.022.400 frank

873.900 frank (= 148.500 frank lager)

2.455.200 frank (= 1.432.800 frank hoger);

dat meteen opvalt dat de mate waarin de prijzen van de verzoekende partij lager zijn dan deze van de raming, veel geringer is dan de mate waarin de prijzen van de tweede laagste inschrijver die raming te boven gaan; dat in het dossier geen motief is te vinden waarom in die omstandigheden aan de verzoekende partij wel om verantwoording is gevraagd en aan de gekozen inschrijver niet; dat aldus de Raad van State niet kan nagaan of voor het ogenschijnlijk normaal bevinden van de hoge prijzen een motief voorhanden is dat in rechte aanvaardbaar is of om welk dergelijk motief die inschrijver met hoge prijzen niet om enige verantwoording is gevraagd; dat aldus de beslissing om de verzoekende partij te weren niet naar behoren van recht is gemotiveerd; dat ook blijkt dat de verzoekende partij niet met dezelfde maatstaven is behandeld als de andere inschrijvers, nu op haar de procedure van de verantwoording van prijzen is toegepast en op de andere inschrijvers niet; dat het middel in zoverre gegrond is; dat de eerste bestreden beslissing op onrechtmatige wijze is genomen;

2.5. Overwegende dat is gebleken dat de beslissing waarbij de verzoekende partij is geweerd, niet rechtmatig is; dat dienvolgens ook de tweede bestreden beslissing, om de tweede laagste inschrijver de opdracht te gunnen, gevitieerd is, aangezien aldus niet vaststaat dat hij de laagste regelmatige inschrijver is; dat zulks bij aanbestedingen om de opdracht te gunnen vereist is door artikel 12, § 1, eerste lid, van de wet van 14 juli 1976 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten; dat dienvolgens ook het middel dat de verzoekende partij richt tegen die beslissing, en waarin zij een schending van dat artikel aanvoert, gegrond is,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Vernietigd worden de beslissingen van de raad van het OCMW van de stad Antwerpen van 15 juli 1994 tot verwerping van de inschrijving van de NV Bouwbedrijf VMG-De Cock op de openbare aanbesteding voor de aanneming van werken aan het R.V.T. Sint-Bartholomeus en tot toewijzing van de opdracht aan de BVBA Bouwonderneming Saenen.

Artikel 2.

De kosten van het beroep, bepaald op 99,16 euro, komen ten laste van de verwerende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op eenentwintig maart 2002, door de XIIe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
	J. LUST,	staatsraad,
	G. VAN HAEGENDOREN,	staatsraad,
Mevr.	S. DOMS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.