

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 109.140 van 10 juli 2002
in de zaak A. 69.770/XII-3227.**

In zake : de nv AQUA RENO,
 die woonplaats kiest bij
 advocaat G. Van Den Branden,
 kantoor houdende te Sint-Niklaas,
 Colmarstraat 2 a

tegen :

de STAD HERENTALS.

D E R A A D V A N S T A T E, XIIe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat de nv Aqua Reno op 9 juli 1996 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van “het besluit genomen door de Stad Herentals, [...] waarbij de restauratie- en aanpassingswerken stadhuis te Herentals -perceel 1- buitenrestauratie, na openbare aanbesteding van 12 december 1994, werden gegund aan Bouwbedrijf Borgmans [...]”;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op de beschikking van 18 september 2001 die de neerlegging ter griffie van het verslag en van het dossier gelast;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen en gezien de laatste memories;

Gelet op de beschikking van 21 februari 2002 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 30 april 2002;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat M. Boodts, die loco advocaat G. Van Den Branden verschijnt voor de verzoekende partij, en van advocaat J. De Lat, die verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

1. Over de gegevens van de zaak.

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

1.1. De verwerende partij doet een beroep op de procedure van de openbare aanbesteding voor de restauratie- en aanpassingswerken aan de buitenzijde van het stadhuis.

De opening van de offertes vindt plaats op 12 december 1994. Er blijken vier offertes te zijn ingediend, waaronder die van de verzoekende partij met een prijs van 15.289.446 fr., BTW inbegrepen; de tweede laagste is die van de nv Borghmans met 16.219.424 fr.

1.2. Met een brief van 13 december 1994 zendt de ontwerper zijn verslag inzake nazicht van de offertes aan de verwerende partij.

Daarin wordt gesteld hetgeen volgt :

“[...]”

6. Abnormale eenheidsprijzen

Voor Aqua Reno werden abnormale prijzen berekend volgens art. 25 van het KB van 22.04.1977.

Volgens bijgevoegde lijsten. De berekening gebeurde als volgt : van de 4 inschrijvingen werden de 2 uiterste weggelaten voor het berekenen van het gemiddelde. Dit gemiddelde werd vergeleken met de inschrijvingsprijs van Aqua Reno, de laagste bieder. Uit bijgevoegde tabel mag blijken hoeveel het percentage in meer en in min bedraagt t.o.v. het gemiddelde.

In 36 gevallen werden lagere eenheidsprijzen vastgesteld dan 15 % van het gemiddelde.

In 39 gevallen werden hogere eenheidsprijzen vastgesteld dan 10 % van het gemiddelde.

In enkele van de gevallen menen wij er vanuit te moeten gaan dat Aqua Reno geen prijs heeft kunnen vragen bij onderaannemers, wetende dat Aqua Reno het dossier 3 dagen voor de opening heeft opgehaald. De veronderstelling is afleesbaar uit het overzicht van de abnormaal hoge eenheidsprijzen.

7. Konklusie

De ontwerper adviseert het Bestuur derhalve in toepassing van art. 25 om de firma Aqua Reno een verantwoording te vragen. Bijgevoegd vindt het Bestuur een modelbrief voor het opvragen van de abnormale eenheidsprijzen. Dit schrijven moet aangetekend verstuurd worden.

De inschrijver moet binnen een termijn van 12 kalenderdagen antwoorden op deze vraag naar verantwoording.
[...]

1.3. Met een aangetekende brief van 13 december 1994 vraagt de verwerende partij de verzoekende partij “in het kader van artikel 25” van het koninklijk besluit van 22 april 1977 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, een verantwoording voor de “abnormaal lage eenheidsprijzen” die worden opgesomd en die “meer dan 15 % onder het afkappingspeil liggen, berekend overeenkomstig het k.b. van 19.08.1995”, alsook voor “de abnormaal hoge”, die “meer dan 10 % boven het afkappingspeil” liggen, berekend volgens hetzelfde besluit.

1.4. De inspecteur van de Kamer van het bouwbedrijf van het Waasland, geraadpleegd door de verzoekende partij, deelt in een brief van 19 december 1994 aan de verwerende partij mede dat naar zijn mening er in het besluit van “19 augustus 1985” geen gewag wordt gemaakt van een “afkappingspeil” voor eenheidsprijzen en dat de grens van 15 %, waarvan sprake in § 3, enkel betrekking heeft op de globale inschrijvingsprijs.

1.5. De ontwerper, hierover geraadpleegd door de verwerende partij, antwoordt met een brief van 21 december 1994 onder andere dat het gebruiken van een rekenkundige formulering voor abnormaal hoge of lage prijzen “zoals bepaald in het k.b. van 19 augustus 1995 geen eigen interpretatie is maar een objectieve richtlijn die gebruikt wordt door de overheid”. Hij stelt voor niet te reageren op de mededeling van voormelde kamer.

1.6. De verzoekende partij verstrekt met een brief van 22 december 1994 een verantwoording voor de “voornaamste” posten, mede onder verwijzing naar de brief van de voormelde kamer.

1.7. In een verslag van 26 december 1994 onderzoekt de ontwerper de gegeven verantwoording; geadviseerd wordt die als “onvoldoende” te beschouwen. Hij stelt dat de aangehaalde argumenten zeer duidelijk maken dat de prijzen inderdaad te laag zijn, dat het dossier “niet werd ingestudeerd” en dat er geen

degelijke prijzen werden opgevraagd bij onderaannemers. Voorts wordt de nadruk gelegd op de “barslechte referenties” die de verzoekende partij heeft verzameld, wat gebleken is uit talrijke gesprekken met collega's, andere aannemers en zelfs ambtenaren van het Bestuur van Monumenten : “spijtig genoeg”, zo wordt gesteld, kan dat laatste niet als hoofdargument gebruikt worden om de werken te ontzeggen maar het staat wel de motivatie om de verantwoording in al haar facetten af te keuren en te verwerpen. Voorgesteld wordt de opdracht toe te wijzen aan de nv Borgmans, tweede laagste bieder.

1.8. Het college van burgemeester en schepenen beslist op 30 december 1994 de opdracht toe te wijzen aan de laatstgenoemde vennootschap, verwijzende naar de gevraagde prijsverantwoording, het antwoord van de verzoekende partij en de verslagen van de ontwerper.

1.9. Met brieven van 25 januari 1995 wordt het dossier overgezonden aan het ministerie van de Vlaamse Gemeenschap en aan het provinciebestuur.

1.10. Met een brief van 13 maart 1995 deelt de gouverneur aan de verwerende partij mede het “niet opportuun” te achten het ongunstig advies van 28 februari 1995 van de provinciale bouwdienst te bekrachtigen door het collegebesluit van 30 december 1994 te schorsen te meer daar de Vlaamse subsidieverlenende minister nog zijn akkoord dient te betuigen met de toewijzing.

Het voormelde verslag van de provinciale bouwdienst vermeldt onder meer :

- “- De werkwijze inzake de prijsverantwoording geeft aanleiding tot volgende opmerkingen :
- de prijsverantwoording is gebaseerd op de oneigenlijke toepassing van artikel 25 § 3 van het koninklijk besluit van 22 april 1977, gewijzigd bij koninklijk besluit van 19 augustus 1985; bedoelde paragraaf slaat immers op het eventueel abnormaal karakter van de opgegeven totaalprijs en niet van de eenheidsprijzen; (de prijsverantwoording voor eenheidsprijzen dient in voorkomend geval gevraagd in toepassing van par. 2 van artikel 25);
 - de lineaire toepassing van de begrenzing van 15 % en 10 % om te bepalen of een eenheidsprijs abnormaal laag of abnormaal hoog is, is betwistbaar; bij de beoordeling van de eenheidsprijzen dient normaliter rekening gehouden te worden met de relatieve waarde van de posten t.o.v. de gehele opdracht, en de specificiteit van de werken.
 - Erop gelet dat het onderzoek van de eenheidsprijzen op basis van de hiervoor vermelde methode gebeurd is voor de laagste inschrijving maar niet voor de tweede laagste inschrijving, werd de gelijkheid van

- de inschrijvers niet gerespecteerd. Om deze reden kan de gunning bij collegebesluit van 30 december 1994 niet bijgetreden worden.
- In de gegeven omstandigheden is het voorbarig een voorstel tot aanpassing van de restauratiepremie te formuleren”.

1.11. Met brief van 30 maart 1995 zendt de verwerende partij de brief van 13 maart 1995 van de gouverneur aan de ontwerper.

1.12. Met brief, blijkens een datumstempel ontvangen op 16 mei 1995 door de verwerende partij, maar gedagtekend 13 december 1994, deelt de ontwerper mede dat, naar aanleiding van een telefonisch onderhoud met de provinciale bouwdienst, deze laatste er op aandringt eveneens voor de andere biedingen dan deze van de verzoekende partij een nazicht te doen voor abnormale hoge en lage eenheidsprijzen “teneinde een eerlijke basis te hebben voor de keuze van de aannemer”.

1.13. Met aangetekende brieven van 14 juni 1995 vraagt de verwerende partij dan prijsverantwoording aan de nv Borgmans en de nv Vlaminck : deze verstrekken een verantwoording met brieven van 26 juni 1995.

1.14. De ontwerper maakt op 11 augustus 1995 een “formeel” advies op betreffende de tweede en derde inschrijver : de verantwoording van de nv Borgmans wordt aanvaard, die van de nv Vlaminck niet.

1.15. De afdeling Gesubsidieerde Infrastructuur van de Vlaamse Gemeenschap stelt in een nota van 20 september 1995 hetgeen volgt :

“De in hoofding vermelde aanbesteding wordt ongunstig geadviseerd en wel op volgende redenen :

- De laagste inschrijving deze van de N.V. AQUA RENO uit Lokeren ten bedrage van 12.688.337 F (excl. BTW), wordt geweerd wegens abnormale eenheidsprijzen en na een onvoldoende prijsverantwoording volgens de ontwerper.
- Derhalve wordt voorgesteld de werken te gunnen aan de tweede laagste inschrijver, de N.V. BORGMANS uit Vosselaar.
- Op basis van het principe van gelijkheid der inschrijvers dient eveneens ten aanzien van de offerte van de N.V. BORGMANS het onderzoek naar de eventuele abnormaliteit van eenheidsprijzen te gebeuren. Gezien uit het dossier niet blijkt dat dergelijk onderzoek en beoordeling is gebeurd, is het niet mogelijk over deze toewijzing advies te geven.
- Essentieel betwistbaar is ook de manier waarop men de normale eenheidsprijs bepaalt (gemiddelde van de eenheidsprijzen van de 2de en 3de inschrijver) en hoe men bepaalt welke eenheidsprijs te laag of te hoog is (- 15 % en + 10 %). Hiervoor gebruikt de ontwerper regels die eigenlijk

gelden voor abnormale totaalprijzen. Hierbij komt men bovendien soms tot tegenstrijdigheden bijvoorbeeld posten waar de laagste inschrijver een eenheidsprijs heeft kleiner of gelijk aan de raming (welke toch ook belang heeft) en bij vergelijking met het gemiddelde gezegd wordt dat hij abnormaal hoog is. Het omgekeerde doet zich ook voor.

- Mijns inziens moet men de eenheidsprijzen vergelijken met een ruim gemiddelde dat tevens rekening houdt met de raming”.

1.16. In het kader van de subsidiëring beslist de bevoegde minister op 18 december 1995 de inschrijving van de nv Borgmans goed te keuren.

1.17. Met brief van 25 april 1996 wordt door de verwerende partij aan de nv Borgmans medegedeeld dat haar “de bestelling zal toevertrouwd worden”.

Bij brief van 23 mei 1996 wordt haar verzocht de werken aan te vatten op 1 juni 1996;

2. Over de ontvankelijkheid.

Overwegende dat de verzoekende partij betoogt dat zij pas “bij lezing van de Bouwkroniek van 10 mei 1996” kennis nam van de bestreden beslissing; dat de verwerende partij niet aanvoert en het administratief dossier er ook niet doet van blijken dat die beslissing haar eerder ter kennis zou zijn gebracht of dat zij er kennis van had of diende te hebben; dat dienvolgens het beroep, wat de termijn betreft, op 9 juli 1996 ontvankelijk is ingesteld;

3. Over de gegrondheid.

3.1. Overwegende dat de verzoekende partij, in een eerste, vierde en vijfde middel in haar inleidend verzoekschrift, verder ontwikkeld in haar memories, onder meer de schending aanvoert van respectievelijk artikel 12, § 1, van de wet van 14 juli 1976 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, van artikel 25, §§ 2 en 3, van het koninklijk besluit van 22 april 1977 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, en van het beginsel van de gelijke behandeling der inschrijvers; dat zij daarbij nader betoogt dat de opdracht niet aan de laagste regelmatige inschrijver is toevertrouwd, dat de wijze waarop haar prijsverantwoording is gevraagd neerkomt op een oneigenlijke toepassing van het voormelde artikel 25, § 3, dat de lineaire toepassing van een begrenzing van 15 % en 10 %, een rekentechniek is die weliswaar het eventueel abnormaal karakter van

de opgegeven totaalprijs moet aantonen maar niet mag dienen bij de beoordeling van eenheidsprijzen;

3.2. Overwegende dat de verwerende partij in haar memorie van antwoord vooreerst opwerpt, wat de “beweerde schendingen” van artikel 25, §§ 2 en 3 van het koninklijk besluit van 22 april 1977 betreft, dat de ingeroepen grieven geen middelen zouden zijn;

Overwegende dat dit standpunt niet kan worden onderschreven; dat de verzoekende partij immers, mede rekening gehouden met de gegevens waarover zij bij het instellen van haar beroep maar beschikte, de bedoelde rechtsmiddelen op voldoende duidelijke wijze reeds in haar verzoekschrift heeft verwoord;

3.3. Overwegende dat de verwerende partij in haar memories voorts het verloop van het onderzoek der inschrijvingen in herinnering brengt, stelt dat het verzoek om verantwoording precies aangeeft welke prijzen abnormaal hoog dan wel abnormaal laag werden bevonden, dat het bestuur kon oordelen over het al dan niet abnormaal karakter en over het weren van de inschrijving van de verzoekende partij ook al was de totaalprijs in zijn totaliteit niet abnormaal laag, dat te dezen de verzoekende partij niet eens geantwoord heeft op alle vragen van het bestuur, dat in de verslagen van de ontwerper grondig de rechtvaardigingen zijn onderzocht, dat na ontvangst van de verantwoording van de verzoekende partij, enkel nog rekening werd gehouden met belangrijke posten, meer bepaald enkele abnormale prijzen, hetgeen de hoofdreden uitmaakte voor het negatief advies van de ontwerper, waarop de bestreden beslissing is gesteund, dat na een “gelijkwaardige analyse van alle offertes” was gebleken dat enkel de laagste offerte van meet af aan zeer duidelijke fouten vertoonde in een aantal definieerbare posten;

Overwegende dat artikel 25 van het koninklijk besluit van 22 april 1977 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, zoals gewijzigd door het koninklijk besluit van 19 augustus 1985, bepaalt hetgeen volgt :

“§ 1 [...].

§ 2. Vooraleer het bestuur evenwel een inschrijving afwijst inzonderheid met verwijzing naar artikel 20, § 5, wegens haar blijkbaar abnormaal hoge of abnormaal lage eenheidsprijzen of totale prijzen, moet het de betrokken inschrijver per aangetekende brief verzoeken hierover, binnen een termijn van

12 kalenderdagen, de noodzakelijke verantwoordingen te verstrekken. Na onderzoek van de gegeven uitleg laat het bestuur de betrokken inschrijver weten welke prijzen nog als abnormaal worden beschouwd.

§ 3. Wanneer het daarenboven gaat om aanbestedingen voor werken waarvoor minsten vier inschrijvingen werden ingediend, wordt iedere inschrijving waarvan het bedrag vijftien % onder het gemiddelde van de bedragen der ingediende inschrijvingen ligt, ongeacht of zij regelmatig zijn of niet, aangezien als een inschrijving waarvoor het bestuur moet nagaan of het bedrag ervan eventueel abnormaal is.

Het in het eerste lid bedoelde gemiddelde wordt berekend als volgt :

a) [...]

b) wanneer het aantal inschrijvingen lager is dan zeven : door de laagste en de hoogste inschrijving uit te sluiten.

Nochtans moet het Bestuur, alvorens eventueel een inschrijving af te wijzen wegens het blijkbaar abnormale karakter van de prijs de inschrijver bij aangetekend schrijven uitnodigen binnen de twaalf kalenderdagen de noodzakelijke verantwoordingen te verstrekken. Die verantwoordingen mogen enkel steunen op één of meer gegevens die eigen zijn aan de inschrijving, de inschrijver of aan de opdracht. Indien na onderzoek van deze verantwoordingen, de prijs van de opdracht als abnormaal beschouwd blijft, moet het bestuur, in afwijking van § 1, de inschrijving als onregelmatig en niet bestaande beschouwen. Het bestuur licht hierover de betrokkene in”;

Overwegende dat paragraaf 2 van het aangehaalde artikel van toepassing is op zowel abnormale eenheidsprijzen als op abnormale totale prijzen; dat daarvoor de regeling geldt dat, indien een bestuur een inschrijving wil afwijzen op grond van dergelijke abnormaal hoge of abnormaal lage prijzen, het de verplichting heeft de betrokken inschrijver te verzoeken de noodzakelijke verantwoordingen te verstrekken en dat, na onderzoek van de gegeven uitleg, het bestuur de betrokken inschrijver moet laten weten welke prijzen nog als abnormaal worden beschouwd; dat voorts, bij aanbestedingen voor werken, paragraaf 3 het bestuur een verplichting tot onderzoek oplegt, indien er minstens vier inschrijvingen werden ingediend; dat alsdan iedere “inschrijving” waarvan het bedrag vijftien % onder het gemiddelde van de bedragen der ingediende inschrijvingen ligt, wordt aangezien als een inschrijving waarvoor het bestuur moet nagaan of het bedrag ervan eventueel abnormaal is; dat in dat geval er ook een verplichte rekenkundige regeling geldt om het voormelde gemiddelde te berekenen;

Overwegende dat te dezen de verwerende partij de werkwijze van de ontwerper tot de hare heeft gemaakt; dat deze daarbij de rekenregel van paragraaf 3, tweede lid, b., heeft toegepast en aldus eerst de laagste en de hoogste inschrijving heeft uitgesloten; dat voorts de eenheidsprijzen op hun abnormaal karakter zijn onderzocht; dat daarbij is gezocht naar eenheidsprijzen die minstens vijftien % hoger lagen dan de gemiddelde eenheidsprijzen van de twee

inschrijvingen die dienden om dat gemiddelde te berekenen en voorts naar eenheidsprijzen die minstens tien % lager lagen dan dat gemiddelde; dat uit de brief van 13 december 1994 van de ontwerper aan het college van burgemeester en schepenen duidelijk blijkt dat het zijn bedoeling was de laagste bidder, namelijk de verzoekende partij, om verantwoording te doen vragen, “naar zowel abnormale lage als abnormaal hoge eenheidsprijzen”; dat dienvolgens het bestuur, door daarop in te gaan, zich in de voorwaarden stelde van de voormelde paragraaf 2, nu er geenszins sprake was van de in paragraaf 3 bedoelde inschrijving waarvan het bedrag zich vijftien % onder het voormelde gemiddelde bevond; dat echter in de concrete vraag tot verantwoording bij brief van 13 december 1994 reeds sprake is van de voormelde vijftien % en tien % regels “berekend volgens het KB 19/08/1985”; dat de tekst van het betrokken artikel 25, zoals gewijzigd bij koninklijk besluit van 19 augustus 1985, echter -en dan nog enkel- van “vijftien %” gewag maakt in paragraaf 3; dat het gehele artikel 25 geen “tien %” regel kent; dat voorts in een brief van 21 december 1994 aan het college van burgemeester en schepenen, de ontwerper affirmeert dat “het gebruiken van een rekenkundige formulering voor abnormaal hoge of lage prijzen zoals bepaald in KB van 19/08/1985 geen eigen interpretatie is maar een objectieve richtlijn die gebruikt wordt door de overheid”; dat ten slotte nergens blijkt dat het bestuur de verzoekende partij heeft laten weten welke prijzen na onderzoek nog als abnormaal worden beschouwd;

Overwegende dat uit hetgeen voorafgaat volgt dat te dezen bij een onderzoek naar abnormaal hoge of abnormaal lage eenheidsprijzen, niet alleen niet alle bepalingen zijn nagekomen van het daarop toepasselijke meervermelde artikel 25, § 2, maar de bepalingen van artikel 25, § 3, zijn toegepast, zonder dat daarbij de voorwaarde om die paragraaf toe te passen, zelfs maar is onderzocht; dat de ontwerper zich tot die toepassing blijkbaar wel genoodzaakt zag maar deze paragraaf dan nog ten onrechte aanvulde met een daarin niet vervatte regel; dat het onderzoek naar abnormaal hoge of abnormaal lage eenheidsprijzen aldus niet naar behoren van rechte is uitgevoerd en niet overeenkomstig de bepalingen van artikel 25, §§ 2 en 3, van het voormelde koninklijk besluit van 22 april 1977; dat aldus niet vaststaat dat de verzoekende partij terecht is geweerd als onregelmatige inschrijver; dat dienvolgens de bestreden beslissing, doordat daarin de opdracht toch wordt toegewezen, en dit aan de tweede laagste inschrijver, na een dergelijk gebrekkig onderzoek, op onrechtmatige wijze is genomen; dat uit die vaststelling tevens voortvloeit dat niet vaststaat dat de opdracht is gegund aan de “laagste” regelmatige inschrijver, nu alvast bij de opening der inschrijvingen de verzoekende partij dat

was; 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 de schending van die bepaling is aangetoond; dat de middelen in de besproken mate gegrond zijn,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Vernietigd wordt de beslissing van 30 december 1994 van het college van burgemeester en schepenen van de stad Herentals, om de opdracht voor het uitvoeren van restauratiewerken aan de lakenhalle - lot 1C - te gunnen aan de n.v. Borgmans voor een bedrag van 16.173.731 frank.

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 tien juli 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.