

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 128.792 van 4 maart 2004
in de zaak A. 80.935/XII-1714.**

In zake : de NV VAN GORP'S MODERNE WEGENBOUW,
met zetel te Wijnegem,
Merksemsebaan 298

tegen :

de GEMEENTE SCHOTEN,
die woonplaats kiest bij
advocaat D. Erreygers,
kantoor houdende te Antwerpen,
Mechelsesteenweg 33.

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

Gezien het verzoekschrift dat de NV Van Gorp's Moderne Wegenbouw op 30 oktober 1998 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van “het besluit van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Schoten van 2.9.1998 waarbij werd besloten de riolerings- en wegeniswerken in de wijk Berkenrode en omgeving fase 1 : Sparrenlaan/Lariksdreef/Krombendreef/Botermelkdijk (deel) niet te gunnen aan verzoekster”;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op de beschikking van 22 oktober 2002 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 en aanvullende memories;

Gelet op de beschikking van 19 juni 2003 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 23 september 2003, op welke datum de zaak in voortzetting wordt uitgesteld tot de terechtzitting van 18 november 2003;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat G. Vekemans, die verschijnt voor de verzoekende partij, en van advocaat D. Erreygers, 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 schrijft een openbare aanbesteding uit voor de voormelde opdracht. De opening van de offertes vindt plaats op 30 maart 1998. Negen inschrijvers dienden een offerte in, waaronder de verzoekende partij met de laagste biding, namelijk 82.995.005 frank, BTW inbegrepen.

1.2. In zijn aanbestedingsverslag stelt het betrokken studiebureau vast dat de laagste offerte 36.91% boven de raming ligt en besluit :

“Gezien ons buro inzake het opstellen van ramingen in de loop der jaren een zekere autoriteit heeft verworven, gezien de raming der werken eveneens door de bevoegde overheden nagezien en goedgekeurd werd, gezien verschillende aannemers waaronder enkele plaatselijke het dossier wel aankochten doch geen offerte hebben ingediend kunnen we in eer en geweten besluiten dat de voorliggende aanbesteding niet volgens de wetten van vrije concurrentie verlopen is”.

1.3. Op 1 april 1998 gaat het college van burgemeester en schepenen ermee akkoord om de betrokken inschrijvers te verzoeken de nodige verantwoording over de ingediende prijzen voor te leggen.

Met brieven van 2 april 1998 wordt aldus een verantwoording gevraagd aan de negen inschrijvers.

De verzoekende partij geeft een uitvoerige verantwoording.

1.4. In een brief van 23 april 1998 stelt het voormelde studiebureau vast dat het “extreme verschil” tussen de raming en de laagste bieder enkel het nemen van grote winstmarges als oorzaak heeft en er mogelijk prijsbewimpeling heeft gespeeld. Geadviseerd wordt een heraanbesteding uit te schrijven.

1.5. Op 29 april 1998 beslist het college de ingediende offertes af te wijzen wegens onaanvaardbaar hoge prijzen, niet te gunnen en een nieuwe openbare aanbesteding uit te schrijven.

1.6. De opening van de offertes heeft plaats op 12 juni 1998. Acht inschrijvers dienen een offerte in waaronder de verzoekende partij met opnieuw de laagste inschrijving voor een bedrag van 79.972.715 frank, BTW inbegrepen.

In zijn aanbestedingsverslag stelt het studiebureau vast dat de laagste bieding ditmaal 31,92% boven de raming ligt.

1.7. Op 8 juli 1998 beslist het college een prijsverantwoording te vragen bij de inschrijvers.

De verzoekende partij dient een uitvoerige verantwoording in.

1.8. In een brief van 27 augustus 1998 stelt het studiebureau dat de laagste bieder “heel cynisch” plots de werflasten kan verminderen met 1,2 miljoen frank en “tevens het woord voorkennis bij andere aannemers durft te hanteren om algemene kost en winst van 15,8% tot 14,5% terug te brengen”. Voorts wordt herhaald wat in de voornoemde brief van 23 april 1998 is vermeld.

1.9. Het college beslist op 2 september 1998 opnieuw de ingediende offertes af te wijzen wegens onaanvaardbare prijzen, niet over te gaan tot gunning en een nieuwe openbare aanbesteding uit te schrijven. Dit is de bestreden beslissing.

1.10. De opening van de offertes voor de tweede heraanbesteding vindt plaats op 13 oktober 1998. Vier inschrijvers dienen een offerte in : de NV Kembo is de laagste met een bedrag van 81.906.491 frank, BTW inbegrepen. De verzoekende partij dient ditmaal geen offerte meer in.

In zijn aanbestedingsverslag stelt het voormelde studiebureau vast dat de laagste bieding 35,11% boven de raming ligt, dat het reeds de tweede heraanbesteding is, dat verder uitstel van de werken enkel een grotere prijsstijging tot gevolg zal hebben, aangezien de deelnemende aannemers “de mening van bestuur en ontwerper in verband met de onregelmatige prijsbieding duidelijk niet delen en besloten hebben dit op deze wijze passend te demonstreren”. Het bureau stelt voor “tot [zijn] ergernis” de werken toe te wijzen aan de NV Kembo.

Op 21 oktober 1998 beslist het college de werken toe te wijzen aan de NV Kembo;

2. Over het voorwerp van het beroep.

Overwegende dat de verzoekende partij in haar verzoekschrift de nietigverklaring vordert van de beslissing van 2 september 1998 van het college van burgemeester en schepenen van de verwerende partij; dat zij daarbij formeel, in het gevraagde dispositief zich ertoe beperkt de nietigverklaring van die beslissing te vorderen, in zoverre daarin de impliciete weigering is begrepen om de in het geding zijnde opdracht aan haar toe te wijzen; dat echter een verzoekende partij die enkel een impliciete weigering aanvecht, geacht moet worden in principe ook de uitdrukkelijke beslissingen aan te vechten waaruit die impliciete beslissing kan worden afgeleid, tenzij uit haar houding duidelijk het tegendeel blijkt; dat dit laatste te dezen niet het geval blijkt; dat integendeel uit de aangevoerde middelen moet worden afgeleid dat de verzoekende partij de beslissing van 2 september 1998 ook aanvecht in zoverre deze niet toewijst na de eerste heraanbesteding en daarbij een tweede heraanbesteding uitschrijft; dat aldus het voorwerp van het beroep ook de laatste twee beslissingen omvat;

3. Over de rechtsmacht van de Raad van State en de ontvankelijkheid van het beroep.

3.1. Overwegende dat de verwerende partij betoogt dat de bestreden beslissing, in zoverre daarbij wordt beslist niet tot gunning over te gaan, geen aanvechtbare beslissing is en de Raad van State daarom “onbevoegd” acht; dat die exceptie niet wordt aanvaard; dat een beslissing om niet toe te wijzen immers voor een inschrijver als de verzoekende partij, waarvan de inspanningen om een offerte in te dienen niet met een eindbeslissing worden gehonoreerd, grievend is en voor de

Raad van State kan worden bestreden aangezien zij daarbij de kans verliest op het uitvoeren van een opdracht;

3.2. Overwegende dat, in tegenstelling tot hetgeen de verwerende partij in een tweede exceptie aanvoert, het feit dat de verzoekende partij schadevergoeding wil vorderen of heeft gevorderd voor de gewone rechter, de Raad van State niet “onbevoegd” maakt om kennis te nemen van de vordering tot nietigverklaring van de beslissingen die aanleiding tot die schadevergoeding zouden moeten geven; dat de verzoekende partij op zijn minst een gekwalificeerd moreel belang heeft om de nietigverklaring te vorderen van beslissingen die verband houden met de toewijzing van een overheidsopdracht waarvoor zij inschreef; dat de exceptie niet wordt aanvaard;

3.3. Overwegende dat de Raad van State al evenmin, zoals de verwerende partij in een derde exceptie tegenwerpt, “onbevoegd” zou zijn omdat te dezen het werkelijk en rechtstreeks voorwerp van het beroep de erkenning van een “subjectief recht op de opdracht” zou zijn; dat de vordering immers, zoals ze hierboven in haar voorwerp door de Raad van State is verduidelijkt, niet kan worden herleid tot een vordering tot erkenning van een subjectief recht; dat de verzoekende partij voor de Raad van State immers geen schadevergoeding vordert en geen nietigverklaring van een overeenkomst, maar enkel de nietigverklaring van individuele bestuurshandelingen waardoor de verzoekende partij meent te zijn voorbijgegaan of gegriefd en aan dat voorbijgaan een gekwalificeerd moreel belang ontleent dat gediend wordt door de gevraagde nietigverklaring;

3.4. Overwegende dat de verwerende partij ten slotte in een laatste exceptie aan de verzoekende partij belang bij haar beroep ontzegt, omdat zij heeft verzuimd deel te nemen aan de tweede heraanbesteding;

Overwegende dat de verzoekende partij, door niet deel te nemen aan de tweede heraanbesteding, er in principe geen belang bij heeft om de nietigverklaring te vorderen van het stopzetten van de eerste heraanbesteding en van het uitschrijven van de tweede heraanbesteding aangezien de gevraagde nietigverklaring haar geen ander voordeel zou verschaffen dan de kans die de tweede heraanbesteding haar reeds bood, om deel te nemen aan die inschrijvingsprocedure, maar waarvan zij zonder geldige reden geen gebruik zou hebben gemaakt; dat echter de conclusie betreffende het belang anders zou kunnen luiden, ingeval tegen de beslissing om de

eerste heraanbesteding stop te zetten en om er een tweede uit te schrijven, de verzoekende partij een dermate zwaarwichtige grief zou aandragen, dat haar niet-deelname in rechte zou kunnen zijn verantwoord; dat daartoe haar middelen moeten worden onderzocht, een onderzoek dat het onderzoek van de exceptie dus moet voorafgaan; dat de door de verwerende partij aangehaalde rechtspraak niet kan worden betrokken op het voorliggende geding, aangezien die rechtspraak het geval betreft waarin de uitvoering van de opdracht door de verzoekende partij nog ten volle mogelijk was, terwijl te dezen reeds is gegund aan een derde;

4. Over de grond van de zaak.

4.1. Overwegende dat de verzoekende partij in een derde middel betoogt dat de bestreden beslissingen zijn aangetast door een motiveringsgebrek en schending inhouden van artikel 110, § 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies van openbare werken; dat zij daartoe stelt dat de in de voormelde paragraaf 3 gegeven verantwoordingen niet louter formeel zijn, dat te dezen het betrokken studiebureau de door de verzoekende partij gegeven verantwoordingen niet concreet heeft onderzocht, dat aldus dit bureau zich er onder meer toe beperkte te stellen dat de prijsverantwoording bepaald wordt door het niet controleerbare rendement, en zich steunt op de afwijking tussen raming en offerte maar niet concreet verantwoordt waarom de verzoekende partij abnormale prijzen zou hebben gehanteerd en dat het “ongeloofwaardig” is dat een ervaren studiebureau op dat rendement geen zicht zou hebben;

4.2. Overwegende dat de verwerende partij repliceert dat het de betrachting is van de verantwoording “na te gaan of de opgave van de eenheidsprijzen met deze van het vergelijkingspunt -de raming en offertes voor andere gelijkaardige werken- enige duidelijkheid verschaffen en het verschil tussen de bieding en de raming [te] verhelderen”, dat te dezen de verwerende partij diende vast te stellen dat in de verantwoording de prijzen bepaald werden door het rendement van onder meer de arbeiders, dat “verwerende partij dienaangaande [stelde] dat zij niet kan controleren of de arbeiders van verzoekster wel degelijk 'de facto' aan zulk rendement werken”, dat de prijzen van materialen en uurlonen nagegaan zijn, dat de herzieningscoëfficiënt nagenoeg ongewijzigd was gebleven, de werken geen bijzondere eisen stelden en de verwerende partij dan ook geen enkele reden zag om haar vergelijkingspunt als oorzaak van het prijsverschil te aanzien, dat het vermoeden

van abnormale prijzen nog werd versterkt doordat de verzoekende partij in vergelijking met haar eerste offerte de werflasten met 1,2 miljoen frank kon verminderen;

4.3. Overwegende dat de verzoekende partij in haar memorie van wederantwoord nog betoogt dat zij niet inziet op welk nuttig motief de uiteindelijke toewijzing aan inschrijver NV Kembo kan steunen, die twee maanden na haar een 1.933.784 frank hogere prijs niet moet verantwoorden; dat zij specificeert dat bij het onderzoek van haar prijsverantwoording inhoudelijk van geen enkele post van de offerte wordt aangetoond dat en waarom de aangeboden prijs niet correct zou zijn, dat de prijs van de verzoekende partij abnormaal werd bevonden in vergelijking met de raming van het studiebureau en bij NV Kembo geen sprake meer was van een dergelijke vergelijking;

4.4. Overwegende dat de verwerende partij in haar laatste memorie nog betoogt dat het ramingsbedrag wel degelijk als concreet vergelijkingspunt moet worden aanvaard, dat in het verslag bij de eerste aanbesteding de inschrijvingen zijn onderzocht “per concrete post” en dat teneinde geen subsidiëring te verliezen, bij de derde aanbesteding diende te worden toegewezen;

4.5. Overwegende dat de bestreden beslissing van het college van burgemeester en schepenen gesteund is op het verslag van het studiebureau Schillebeeckx waar het naar verwijst; dat het college aldus beslist niet toe te wijzen en de procedure te herbeginnen wegens onaanvaardbare prijzen, omwille van het feit dat de prijsverantwoording van de verzoekende partij voornamelijk wordt bepaald door het rendement, wat niet controleerbaar is, omdat de opgelegde termijnen als normaal kunnen worden beschouwd, omdat het studiebureau reeds een groot aantal ontwerpen heeft opgesteld met steeds een correcte raming, omdat de herzienings-coëfficiënten nagenoeg ongewijzigd zijn gebleven en omdat de hogere overheid, bij de controle van het dossier, geen enkele opmerking op de raming heeft geformuleerd;

Overwegende dat de verzoekende partij negentien bladzijden prijsverantwoording heeft bezorgd aan de verwerende partij; dat het studiebureau in zijn evaluatie van 27 augustus 1998 enkel één opmerking geeft betreffende een concrete post, namelijk hetgeen de verzoekende partij schrijft inzake de mogelijkheid om de werflasten met 1,2 miljoen frank te verminderen; dat daarbij het volgende wordt opgemerkt :

“Gezien de laagste bieder heel cynisch plots de werflasten met 1.2 mio kan verminderen en tevens het woord voorkennis bij andere aannemers durft te hanteren om algemene kost en winst van 15.8% tot 14.5% terug te brengen”;

dat voor het overige wordt opgemerkt hetgeen volgt :

“Gezien het feit dat de prijsverantwoording voornamelijk bepaald wordt door het rendement, iets wat uiteraard niet controleerbaar is.

Gezien de moeilijkheidsgraad en de opgelegde uitvoeringstermijn van het werk als normaal kunnen beschouwd worden.

Gezien het feit dat offertes in naburige gemeentes van dezelfde aannemers in vergelijkbare werken werden geconsulteerd waaruit extreme prijsverschillen tot 100% blijken.

Gezien de prijzen van materialen na consultatie van enkele leveranciers de laatste maanden nauwelijks gestegen zijn.

Gezien de uurlonen de laatste maanden eveneens nauwelijks gestegen zijn.

Gezien de 2 vorige punten bewezen worden door de herzieningscoëfficiënt die, als barometer van één en ander, nagenoeg ongewijzigd is gebleven.

Gezien de hogere overheid, bij controle van het dossier naar aanleiding van de subsidiëring, geen enkele opmerking op de raming heeft geformuleerd.

Gelet op de conclusie van het aanbestedingsverslag.

Gelet op latere aanbestedingen van ontwerpen van ons bureau die nagenoeg op de ramingsprijs werden aangenomen waaronder de Kruiningstraat waarbij de laagste bieding zelfs onder de raming lag.

Gelet op het feit dat voorafgaand aan de opening van de biedingen de rangschikking van de eerste drie bidders door ons aan de Technische Dienst werd medegedeeld.

Kunnen en durven wij besluiten dat het extreme verschil tussen de raming en de laagste bieder enkel het nemen van grote winstmarges als oorzaak heeft en in dit dossier prijsbewimpeling mogelijk heeft gespeeld”;

dat ook in het verslag van 27 augustus 1998 van de technische dienst aan het college geen concrete beoordeling van prijzen voorhanden is;

Overwegende dat uit hetgeen voorafgaat blijkt dat doorslaggevend gewicht is gegeven aan de raming als vergelijkingspunt om te besluiten tot abnormaal hoge prijzen van de verzoekende partij; dat deze raming vanzelfsprekend in dat verband in principe een aanvaardbaar vergelijkingspunt is; dat echter de volgehouden, sterk van die raming afwijkende, prijzen bij alle inschrijvers aan opeenvolgende procedures, ertoe had moeten leiden de raming zelf in een nader onderzoek te betrekken en zeker de door de inschrijvers geboden prijzen; dat zulks te dezen niet is gebeurd; dat de evaluatie zich tot algemeenheden heeft beperkt; dat zelfs de offertes in naburige gemeenten, waarvan sprake, niet aan het administratief dossier zijn toegevoegd noch berekeningen of concrete evaluaties waarin deze worden betrokken; dat voorts de verzoekende partij kan worden gevolgd waar zij het ongeloofwaardig acht dat een studiebureau geen rendementen zou kunnen controleren, als in een prijsverantwoording het aantal arbeiders, het aantal uren, het

materiaal en het materieel opgegeven worden en gekend zijn; dat aan deze vaststellingen kracht wordt bijgezet doordat niet meer naar de voormelde raming wordt verwezen bij de derde aanbestedingsprocedure; dat dienvolgens de offerte van de verzoekende partij niet op deugdelijke gemotiveerde wijze is afgewezen wegens abnormale prijzen; dat aldus de beslissing om de tweede aanbestedingsprocedure stop te zetten eveneens met een motiveringsgebrek is aangetast en evenzeer ten onrechte is beslist om een nieuwe procedure aan te vangen, waaraan de verzoekende partij aldus op verschoonbare wijze terecht niet deelnam zodat er geen grond is om haar om die reden belang te ontzeggen; dat het middel in zoverre gegrond is en leidt tot nietigverklaring van de bestreden beslissing van 2 september 1998 waarbij werd besloten af te zien van toewijzing en een nieuwe heraanbesteding in te richten;

Overwegende dat de vordering er tevens toe strekt de bestreden beslissing nietig te verklaren in zoverre zij de opdracht niet toewijst aan de verzoekende partij; dat echter te dezen ingevolge het gebrekkige onderzoek naar de prijzen het niet aan de Raad van State toekomt in de plaats van de verwerende partij een dergelijk onderzoek te verrichten; dat de vordering in zoverre moet worden verworpen,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Vernietigd wordt het besluit van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Schoten van 2 september 1998 waarbij wordt besloten de riolerings- en wegeniswerken in de wijk Berkenrode en omgeving fase 1 : Sparren-laan/Lariksdreef/Krombendreef/Botermelkdijk (deel) niet te gunnen en een nieuwe heraanbesteding uit te schrijven.

Artikel 2.

Het beroep wordt voor het overige verworpen.

Artikel 3.

De kosten van het beroep, bepaald op 173,53 euro, komen ten laste van de verwerende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op vier maart 2004, 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.