

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 155.095 van 16 februari 2006
in de zaak A. 119.059/XII-3513.**

In zake : de NV BETONAC,
die woonplaats kiest bij
advocaat C. De Wolf,
kantoor houdende te Maarkedal,
Etikhovestraat 6

tegen :

het VLAAMSE GEWEST,
dat woonplaats kiest bij
advocaat S. Butenaerts,
kantoor houdende te 1080 Brussel,
Leopold II laan 180.

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

Gezien het verzoekschrift dat de NV Betonac op 2 april 2002 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van de beslissing van het ministerie van de Vlaamse Gemeenschap om de werken, ingevolge openbare aanbesteding van 14 november 2001 volgens bestek nr. 16DC/01/41, betreffende het aanleggen van een geluidsarmere overlaging op de betonnen rijweg van de R71 te Hasselt ter hoogte van de woonwijk Runkst te gunnen aan de NV Aswebo en van “de impliciete afwijzingsbeslissing van verwerende partij waarbij de opdracht niet wordt gegund aan verzoekende partij”;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op de beschikking van 24 mei 2005 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 9 september 2005 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 18 oktober 2005;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat C. De Wolf, die verschijnt voor de verzoekende partij, en van advocaat S. Butenaerts, die verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het andersluidend 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;

De gegevens van de zaak.

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

De verwerende partij schrijft een openbare aanbesteding uit voor de voormelde opdracht. De opening van de offertes is gesteld op 14 november 2001. Zes offertes blijken ingediend. De offerte van de NV Aswebo is de laagste met 38.353.731 frank, die van de verzoekende partij tweede laagste met 41.199.192 frank.

In een ambtelijke analyse van de offertes van 21 november 2001 wordt onder andere vastgesteld :

“Het aannemingscontract heeft betrekking op een overlaging in asfalt over 1,9 km maar gelijktijdig voorziet post 39 een topografische opmeting van de volledige ringweg, met name 10 km en dus buiten de grenzen van het aannemingscontract voor werken. [...]

Er zijn 6 inschrijvers; 5 onder hen hebben post 39 juist geïnterpreteerd en schrijven in voor een bedrag dat overeenkomt met de marktwaarde van dergelijke dienstverlening, ongeveer 60000 euro. De laagste inschrijver heeft de post echter anders geïnterpreteerd en schrijft in voor 3500 euro.

[...]

In het theoretische geval dat post 39 zou kunnen geschrapt worden bij alle inschrijvers, merken we dat de rangschikking van de inschrijvers helemaal dezelfde blijft en dat de laagste inschrijver de laagste blijft.

[...]

Wanneer bij de laagste inschrijver voor post 39 het gemiddelde van alle andere inschrijvers voor deze post wordt ingevuld (met weglating van aswebo

uit dit gemiddelde [...]), blijft de rangschikking van de inschrijvers weer ongewijzigd.

[...]

Ondanks het feit dat 5 van de 6 inschrijvers een juiste interpretatie maken van de inhoud van post 39, komt de leidend ambtenaar tot de conclusie dat er een mogelijkheid tot verkeerde interpretatie is geslopen in de beschrijving. Er wordt namelijk steeds gesproken over de volledige R71, zonder dat ergens de exacte kilometerpunten worden meegedeeld. Het is bijgevolg mogelijk dat een inschrijver de term 'volledig' heeft geïnterpreteerd als 'over de hele breedte maar wel binnen de zone van de werken'.

Dit is volgens ons de minimale interpretatie die kan gegeven worden aan de inhoud van de tekst over de topografische opmeting en dit zou er dan op neerkomen dat de aannemer een volledige opmeting aanlevert voor een deel van de overlagingswerken, zijnde 1,9 km.

[...]

Ook in deze interpretatie blijft de laagste inschrijver duidelijk de laagste.

[...]

Interpretatie van deze tabel leert dat de eenheidsprijs van Aswebo voor de opmeting laag is. Er moet namelijk mee rekening gehouden worden dat in deze post 39 volgens het lastenboek ook de opmetingen zitten die voor de uitvoering van de overlaging noodzakelijk zijn, zoals een exacte opmeting van alle voegen tussen de betonplaten.

Als we bijgevolg abstractie maken van de uitgestrektheid van de opmeting (10 km of 1,9 km) blijkt uit deze tabel dat aannemer Aswebo mogelijk een vergissing heeft gemaakt in het waarderen van de post 39.

[...]

Er kan uitleg gevraagd worden aan de inschrijver. Dit houdt echter het grote risico in dat de inschrijver afziet van zijn inschrijving, maar ondertussen wel contact zoekt als onderaannemer bij de volgende inschrijvers. De voorgaande analyses geven volgens ons voldoende argumenten voor de opdrachtgevende overheid om een beslissing te treffen zonder uitleg te vragen.

[...]

Besluit

De opdrachtgevende overheid wenst de offerte van de nv Aswebo voor te stellen als laagste regelmatige inschrijver.

[...]

Voor de inhoudelijke interpretatie van post 39 zal de opdrachtgevende overheid nauwlettend toezien dat de aannemer zeker het gedeelte uitvoert waarover geen discussie bestaat, met name een volledige topografische opmeting over de zone van de overlagingswerken.

[...]”.

In een brief van 4 december 2001 van het Departement Leefmilieu en Infrastructuur naar de Administratie Wegen en Verkeer wordt onder andere gesteld :

“In toepassing van artikel 110 § 3 kan het bestuur steeds de verschillende eenheidsprijzen nazien op abnormale hoge of lage prijzen.

Deze mogelijkheid dringt zich echter enkel op, indien vastgesteld wordt dat de afwijking tussen de verschillende offertes van die aard is dat de rangschikking hierdoor wordt beïnvloed en als dusdanig de economie van de aanneming verstoord.

In dit dossier blijkt dat voor de totaalprijs van post 39 'Topografische opmeting' de inschrijving Aswebo sterk afwijkt van de overige inschrijvingen (3500 euro tegenover gemiddeld 60000 euro), hetgeen een vergissing of interpretatiefout kan laten veronderstellen.

Deze eventuele vergissing heeft evenwel geen invloed op de rangschikking, zoals blijkt uit de analyse van uw afdeling, zodat deze inschrijving geen absolute onregelmatigheid bevat”.

Bij brief van 4 februari 2002 wordt aan de NV Aswebo medegedeeld dat haar offerte werd goedgekeurd.

Bij brief van dezelfde datum wordt aan de verzoekende partij medegedeeld dat de opdracht toegewezen werd aan de NV Aswebo.

Met een brief van 7 februari 2002 vraagt de verzoekende partij de gemotiveerde beslissing, die haar wordt medegedeeld bij brief van 15 februari 2002.

In die beslissing wordt onder meer gezegd :

“Het bestuur is enkel verplicht een offerte te controleren op zijn eventuele abnormale totaalbedrag indien deze 15% onder het bovenvermeld gemiddelde ligt, hetgeen in onderhavig dossier niet het geval is.

Bij toepassing van artikel 110 §3 kan het bestuur steeds de verschillende eenheidsprijzen nazien op abnormale hoge of lage prijzen.

Deze mogelijkheid dringt zich enkel op indien vastgesteld wordt dat de afwijking tussen de verschillende offertes van die aard is dat de rangschikking hierdoor wordt beïnvloed als dusdanig de economie van de aanneming verstoord wordt.

Analyse van de eenheidsprijzen heeft uitgewezen dat de laagste inschrijving geen absolute onregelmatigheid bevat”;

De gegrondheid van het beroep.

2.1. Overwegende dat de verzoekende partij in een tweede middel de schending aanvoert van onder meer artikel 110, § 3 , van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, en van het zorgvuldigheidsbeginsel; dat zij daarbij nader betoogt dat zij voor post 39 een prijs van 54.512,60 euro opgaf, en de gekozen inschrijver een daarvan extreem afwijkende lagere prijs van 3.818,00 euro bood, dat aldus de verwerende partij principieel de verplichting had om aan de gekozen inschrijver een rechtvaardiging te vragen voor die post waarvoor een kennelijk abnormaal lage prijs werd geboden, dat zij zulks heeft nagelaten en dus zonder zorgvuldigheid de offertes heeft onderzocht, dat zij genoeg heeft genomen in de motivering van de bestreden beslissing met een stijlclausule zonder enige toelichting die niet als deugdelijke motivering kan worden aangemerkt om substantiële prijsverschillen te rechtvaardigen;

2.2. Overwegende dat de verwerende partij in haar memories betreffende dit middel tegenwerpt dat zij wel degelijk een onderzoek heeft ingesteld naar de ingediende prijzen, hetgeen blijkt uit het administratief dossier, dat niet alleen de controle van de inschrijvingsprijzen overeenkomstig artikel 110, § 3, van het voormelde koninklijk besluit werd uitgevoerd, waaronder een “grondige analyse” van post 39, maar dat daarenboven advies werd gevraagd van een gespecialiseerde dienst van het Vlaamse Gewest;

2.3.1. Overwegende dat artikel 110 van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 in zijn toepasselijke versie luidt als volgt :

“[...]§ 2. Onverminderd de nietigheid van elke offerte wegens afwijking van de essentiële besteksbepalingen zoals deze opgesomd in artikel 89, kan de aanbestedende overheid offertes als onregelmatig en derhalve als onbestaande beschouwen, indien zij niet overeenstemmen met de bepalingen van deze titel, enig voorbehoud inhouden, of bestanddelen bevatten die niet met de werkelijkheid overeenstemmen.

§ 3. Vooraleer de aanbestedende overheid evenwel een offerte afwijst, wegens haar blijkbaar abnormaal hoge of abnormaal lage eenheidsprijzen of totale prijzen, verzoekt zij de betrokken inschrijver per aangetekende brief hierover de nodige verantwoordingen te verstrekken binnen een termijn van twaalf kalenderdagen tenzij de uitnodiging een langere termijn toestaat.

Tijdens het nazicht van blijkbaar abnormaal lage prijzen, kan de aanbestedende overheid motiveringen in aanmerking nemen die zijn gebaseerd op objectieve factoren steunend op de zuinigheid van het bouw- of productieprocédé of van de dienstverlening, of op de gekozen technische oplossingen, of op uitzonderlijk gunstige omstandigheden waarvan de inschrijver kan profiteren voor de uitvoering van de opdracht of op de originaliteit van het produkt, het ontwerp of het werk dat de inschrijver aanbiedt [...]”;

Overwegende dat te dezen, zoals hiervoor is beschreven, bij de analyse van de offertes is vastgesteld dat de “laagste inschrijver de post [39] echter anders [heeft] geïnterpreteerd” en dat zijn eenheidsprijs, “sterk afwijkt van de overige inschrijvingen (3500 euro tegenover gemiddeld 60000 euro) hetgeen een vergissing of interpretatiefout kan laten veronderstellen”; dat, in plaats van te overwegen de offerte af te wijzen wegens abnormaal lage eenheidsprijzen en dienvolgens met toepassing van artikel 110, § 3, verantwoording te vragen aan de betrokken inschrijver, de verwerende partij, zoals blijkt uit de aangehaalde vaststellingen in de voornoemde analyse, zelf een aantal mogelijke verklaringen heeft gezocht voor de betrokken lage eenheidsprijs, en simulaties maakte zoals schrapping van post 39 of vervangen van de post door de gemiddelde prijs van de andere inschrijvers; dat, hoewel de aangehaalde bepalingen geen verplichting meebrengen om een offerte af te wijzen wegens een abnormaal lage eenheidsprijs, het prijsverschil te dezen echter

van die grootte-orde was dat een zorgvuldig handelend bestuur de procedure van voormeld artikel 110, § 3, had moeten volgen en om een verantwoording had moeten vragen hetgeen te dezen is verzuimd; dat aldus bij het nemen van de bestreden toewijzingsbeslissing aan de NV Aswebo niet is gehandeld overeenkomstig het zorgvuldigheidsbeginsel en het meervermelde artikel 110, § 3; dat het tweede middel gegrond is wat die beslissing betreft;

2.3.2. Overwegende dat het gegrond bevinden van dit tweede middel er niet toe leidt dat meteen ook de impliciete beslissing om de opdracht niet aan de verzoekende partij toe te wijzen, dient te worden nietigverklaard; dat bij het gegrond bevinden van het tweede middel immers enkel de rechtsplicht wordt vastgesteld om een verantwoording te vragen aan de NV Aswebo betreffende haar offerte maar niet om die offerte ook meteen als niet regelmatig af te wijzen;

3. Overwegende, wat het eerste middel betreft, dat dit enkel nog dient te worden onderzocht in verband met de impliciete weigering de opdracht aan de verzoekende partij toe te wijzen; dat het middel ertoe strekt de onregelmatigheid van de offerte van NV Aswebo te doen aannemen en zulks op grond van de beweerde onmogelijkheid om de vereiste prestaties voor de inschrijvingsprijs uit te voeren; dat die onmogelijkheid in de eerste plaats beoordeeld had moet worden door het bestuur, nadat het zoals bij de bespreking van het tweede middel vastgesteld, de NV Aswebo om een nadere verantwoording betreffende haar offerte had gevraagd; dat het de Raad van State niet toekomt daarop vooruit te lopen door het eerste middel gegrond te bevinden en specifiek op die grond niet alleen de toewijzing aan de NV Aswebo nietig te verklaren maar bovendien ook de impliciete weigering om de opdracht aan de verzoekende partij te gunnen; dat het eerste middel niet wordt aanvaard,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Vernietigd wordt de beslissing van het ministerie van de Vlaamse Gemeenschap om de werken, ingevolge openbare aanbesteding van 14 november 2001 volgens bestek nr. 16DC/01/41, betreffende het aanleggen van een geluids-armere overlaging op de betonnen rijweg van de R71 te Hasselt ter hoogte van de woonwijk Runkst te gunnen aan de NV Aswebo.

Artikel 2.

Het beroep wordt voor het overige verworpen.

Artikel 3.

De kosten van het beroep, bepaald op 175 euro, komen ten laste van de verwerende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op zestien februari 2006, 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.