

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 156.297 van 14 maart 2006
in de zaak A. 170.517/XII-4656.**

In zake : 1. de NV BESIX,
 2. de NV DESIRE STADSBADER-FLAMAND,
 die woonplaats kiezen bij
 advocaat C. De Wolf,
 kantoor houdende te Maarkedal,
 Etikhovestraat 6

tegen :

het VLAAMSE GEWEST,
dat woonplaats kiest bij
advocaat K. Ronse,
kantoor houdende te 1050 Brussel,
Louizalaan 149, bus 20.

tussenkommende partijen :

1. de NV ASWEBO,
2. de NV DEPRET,
die woonplaats kiezen bij
advocaten J. Mertens en B. Poelemans,
kantoor houdende te Gent,
Bagattenstraat 124.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de NV Besix en de NV Desire Stadsbader-Flamand, samen vormende een tijdelijke handelsvennootschap, op 24 februari 2006 hebben ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing te vorderen van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van verwerende partij meegedeeld bij schrijven d.d. 14 februari 2006, ontvangen door verzoekende partij op 16 februari 2006 en met volgende inhoud :

‘Besluit

Gelet op de bovenvermelde elementen is de administratie Wegen en Verkeer van mening dat er gegronde elementen zijn om de laagste offerte af te wijzen wegens abnormale prijsvorming. Indien de THV Besix-Stadsbader-Flamand voor de posten 502, 503 en 506 normale prijzen had ingediend , zou deze offerte niet de laagste zijn. De 2^{de} laagste offerte, ingediend door de THV Aswebo-Depret ten bedrage van 18.244.837,10 €, wordt goedgekeurd.”;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 27 februari 2006 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 9 maart 2006, om 10.30 uur;

Gezien het op 6 maart 2006 ingediende verzoekschrift waarbij de NV Aswebo en de NV Depret vragen in het administratief kort geding te mogen tussenkomen; dat zij voordeel blijken te halen uit de bestreden beslissing en erbij belang hebben dat de vordering wordt afgewezen; dat hun verzoek dienvolgens moet worden ingewilligd;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat C. De Wolf, die verschijnt voor de verzoekende partijen, van advocaat K. Ronse, die verschijnt voor de verwerende partij, en van advocaat B. Poelemans, die verschijnt voor de tussenkomende partijen;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur E. Haesbrouck;

Gelet op de artikelen 17 en 18 en titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

Overwegende dat de tussenkomende partijen in een exceptie het belang van de verzoekende partijen betwist; dat er vooralsnog geen noodzaak bestaat om over die exceptie uitspraak te doen; dat een onderzoek van en een uitspraak daarover slechts noodzakelijk zou zijn indien zou blijken dat de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn wat, zoals hierna zal blijken, te dezen niet het geval is;

Overwegende dat krachtens artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid kan worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen;

Overwegende, wat de tweede voorwaarde betreft, dat de verzoekende partijen een eerste middel steunen op “schending van artikel 110, §3 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996; schending van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het zorgvuldigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel”; dat zij daartoe in een eerste onderdeel betogen dat hun wettigheidskritiek betrekking heeft op post 503 van het bestek, waaromtrent zij een prijsverantwoording hebben gegeven, dat die door de verwerende partij niet is aanvaard op grond van de “(onjuiste) veronderstelling dat de prijsvorming van verzoekende partij zou gebaseerd zijn op een levering die geenszins voldoet aan de technische eisen”, waarbij de verwerende partij zulks afleidt uit “informatie die zij blijikbaar heeft ingewonnen bij de vereniging van studiebureaus, genaamd TVT3, die als gedelegeerd bouwheer optreden voor het werk ‘tunnel Aalter N44’”; dat de verzoekende partijen daarbij doen gelden

- dat die vaststellingen vertrekken van een verkeerd uitgangspunt, nu de geluidsschermen die in het project tunnel Aalter zijn voorgesteld, fundamenteel verschillend zijn van de geluidsschermen die in de kwestieuze opdracht onder post 503 zijn bedoeld en
- dat de bevraging van een derde niet wettig mag worden betrokken in de besluitvorming;

dat de verzoekende partijen in een tweede onderdeel betogen dat de verwerende partij de verzoekende partijen aanwrijven dat deze geen offerte van leveranciers bij hun verantwoording hebben bijgevoegd terwijl een verwijzing naar de in dergelijke offerte van onderaannemers opgenomen prijzen volgens de rechtspraak van de Raad van State juist niet volstaat als verantwoording, en de verzoekende partijen dienvolgens een gedetailleerde prijsverantwoording hebben verstrekt waarin zij onder verwijzing naar bepaalde projecten wezen op een substantieel aankoop-voordeel dat zij ook afleiden uit de bij hun verzoekschrift tot schorsing wel bijgevoegde offerte van de leverancier van de bedoelde geluidsschermen; dat de verzoekende partijen ten slotte in een derde onderdeel stellen dat de verwerende partij ten onrechte heeft gemeend dat de noodzakelijke inzet van materieel door de verzoekende partijen over het hoofd is gezien bij de prijsopbouw omdat het hier slechts een zeer kleine fractie van de totale post betreft en bovendien uit de offerte van de leverancier blijkt dat deze met een h i j s t o e s t e l d e s c h e r m e n l e v e r t ;

Overwegende dat de in het geding zijnde opdracht volgens de procedure van de openbare aanbesteding is toegewezen en herinrichtingswerken betreft van kruispunten op de N31 te Brugge; dat bij brief van 24 november 2005 de

verwerende partij aan de verzoekende partijen die op die opdracht hadden ingeschreven een prijsverantwoording vroegen bij toepassing 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 voor openbare werken, betreffende de “eenheidsprijs of totale prijs van : posten 502, 503, 506, 513 en 518”; dat bij zending per drager van 5 december 2005 de gevraagde verantwoording aan de verwerende partij is bezorgd; dat daarin voor de posten 502, 503 en 506 een gedetailleerde prijsopbouw wordt gegeven waarbij telkens het element schermen/absorberende bekleding in de totale prijs belangrijk is (respectievelijk 110, 68 op 158,15; 61,41 op 104,83 en 57,88 op 88,36); dat voorts voor die drie posten samen wat de leveringen betreft wordt gesteld hetgeen volgt :

“Hierbij is te beschouwen dat de leveringen voor de posten 502, 503 en 506 steeds deel uitmaken van een globale aankoopcampagne over verschillende design & build tunnelprojecten die Besix, als partner van de THV Besix-Stadsbader Flamand momenteel in bestelling hebben (o.a. tunnelprojecten in Roermond - 2,4 km en Swalmen -1,0 km, de onderdoorgang A12- 0,4 km, de spooroverkapping te Barendrecht - 5 tunnelbuizen van 1,2 km in Nederland, een groot tunnelproject - 1,5 km in Dubai, tunnel Aalter N44) waarbij de aanwending van gelijkaardige materialen overwogen wordt. De schaalgrootte en toegang tot de internationale markt, die eigen is aan deze organisatie, biedt een substantieel aankoopvoordeel en zal dat ook bieden voor dit project ”;

dat de bestreden beslissing waarin die verantwoording niet wordt aanvaard, luidt als volgt :

“Gelet op de aanbesteding d.d. 22.11.2005 voor de N31 te Brugge. Herinrichting van de kruispunten met Koningin Astridlaan en Witte Molenstraat - kmpt. 1,90 en 3,60;

Gelet op de ingediende offertes zoals genotuleerd op het PV van opening der offertes tijdens de zitting van 22.11.2005;

Gelet op art. 15 van de wet van 24.12.1993 betreffende de overheidsopdrachten dient de bevoegde overheid bij openbare aanbesteding -indien ze toewijst- toe te wijzen aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte indiende :

De laagste regelmatige bieding, ingediend door de THV NV Aswebo - NV Depret uit Brugge wordt goedgekeurd.

De laagste bieding op naam van THV Besix - Stadsbader-Flamand uit Brussel wordt als onregelmatig beschouwd en wel om volgende reden.

Bij nazicht van de inschrijving is het vermoeden gerezen dat voor de posten 502, 503, en 506 (geluidswerende schermen) abnormale lage prijzen en voor de posten 513 en 518 (2 posten werfsignalisatie) abnormale hoge prijzen zijn opgegeven. Dit is gebleken uit vergelijking met de prijzen van de andere inschrijvers (zie tabel der prijzen).

In toepassing van art. 110 § 3 van het KB d.d. 08.01.96 (gewijzigd bij KB d.d. 25.03.99) werd aan de laagste bidder met brief d.d. 24.11.2005 gevraagd de prijzen voor bovengenoemde posten te verantwoorden. Daarop heeft de THV Besix-Stadsbader-Flamand geantwoord met hun brief 05.12.2005

(bijlage 1). Het nazicht van deze verantwoording levert de volgende conclusie op :

De verantwoording van de posten 513 en 518 (werfsignalisatie) kan worden aanvaard maar de verantwoording van de posten 502, 503 en 506 is helemaal niet aanvaardbaar en dit om volgende redenen :

1. De post 503 betreft het leveren en plaatsen van bi-absorberende geluidsschermen buiten de tunnelzone en vormt financieel de belangrijkste post van de aanneming. Hij vertegenwoordigt 11,9 % van de raming. De eenheidsprijzen zijn als volgt :
 - raming : 322,07 €/m²;
 - laagste offerte : 104,83 €/m²;
 - het gemiddelde van de andere offertes : 222,91 €/m²
2. De TV Besix-Stadsbader-Flamand neemt als leveringskost voor de panelen 61,41 €/m² aan zijnde amper 28% van hetgeen door het studiebureau bij het opmaken van de ramingsprijs op basis van de marktwaaarde bepaald werd. Een offerte van of verwijzing naar de leverancier wordt niet bijgevoegd. Aan het einde van de verantwoording voor de eenheidsprijzen van de geluidsschermen wordt vermeld :

‘Hierbij is te beschouwen dat de leveringen voor de posten 502, 503 en 506 steeds deel uitmaken van een globale aankoopcampagne over verschillende design&build tunnelprojecten die Besix als partner van de THV Besix-Stadsbader-Flamand momenteel in bestelling hebben (o.a. tunnelprojecten in Roermond - 2,4 km en Swalmen - 1,0 km, de onderdoorgang A12 - 0,4 km, de spooroverkapping te Barendrecht - 5 tunnelbuizen van 1,2 km in Nederland, een groot tunnelproject - 1,5 km in Dubaï, tunnel Aalter N44), waarbij de aanwending van gelijkaardige materialen overwogen wordt. De schaalgrootte en toegang tot de internationale markt, die eigen is aan deze organisatie, biedt een substantieel aankoopvoordeel en zal dat ook bieden voor dit project.’

Er worden evenwel geen technische gegevens verstrekt aangaande deze ‘gelijkaardige materialen’. Aangezien het werk ‘tunnel Aalter N44’ uitgevoerd wordt onder de leiding van TV3V, werden nadere inlichtingen opgevraagd i.v.m. de daar voorziene schermen. Er dient vastgesteld dat voor deze aanneming de schermen bestaan uit constructiebeton met een dikte van minimaal 8 cm en een absorberend beton van minimaal 7 cm. De schermen uit de huidige aanneming zijn totaal verschillend hiervan en bestaan uit verticaal naast elkaar geplaatste panelen uit aluminium en gevuld met glaswolmat, vastgehecht door ineenschuiving in regels, die vastgebouwd zijn op verticale steunen. De technische eisen waaraan de schermen dienen te voldoen zijn opgesteld in functie van de specifieke situatie van de wegenis. Deze eisen zijn duidelijk omschreven in het bestek. Er kan dus gesteld worden dat de prijsvorming van de TV Besix-Stadsbader-Flamand gebaseerd is op een levering die geenszins voldoet aan de opgelegde technische eisen. Dit resulteert in een abnormaal lage eenheidsprijs. Het betreft geen offerteaanvraag maar een openbare aanbesteding, waarbij de besteksvoorschriften dienen nageleefd.

3. Voor de plaatsingskosten wordt $28,19 \text{ €/m}^2 + 17\% \text{ AKW} = 32,98 \text{ €/m}^2$ in rekening gebracht. Hierbij werd overduidelijk de noodzakelijke inzet van materieel (hydraulische kraan of vrachtwagen met hefkraan) over het hoofd gezien, wat blijkt uit de verantwoording van THV Besix-Stadsbader-Flamand d.d. 05.12.2005. Deze fout betekent een tekort van $100 \text{ €/uur} \times 8 \text{ u/dag} \times 50 \text{ dagen} = 40.000 \text{ €}$: $5.748 \text{ m}^2 = 6,96 \text{ €/m}^2 + 17\% \text{ AKW} = 8,14 \text{ €/m}^2$ of 46.789 € over de voorziene hoeveelheid.
4. De bovenvermelde vaststellingen gelden evenzeer voor de posten 502 en 506, die resp. 1,5 % en 2,4 % in de raming vertegenwoordigen.

5. De prijs voor de post 503 van de tweede laagste offerte sluit aan bij het gemiddelde van de overige offertes berekend zonder de laagste offerte.

Besluit

Gelet op de bovenvermelde elementen is de administratie Wegen en Verkeer van mening dat er gegronde elementen zijn om de laagste offerte af te wijzen wegens abnormale prijsvorming. Indien de THV Besix-Stadsbader-Flamand voor de posten 502, 503 en 506 normale prijzen had ingediend zijn, zou deze offerte niet de laagste zijn. De 2de laagste offerte, ingediend door de THV Aswebo-Depret ten bedrage van 18.244.837,10 €, wordt goedgekeurd.”;

Overwegende dat de verzoekende partijen in hun middel nergens tegenspreken dat, zoals in de bestreden beslissing is gesteld, hun prijzen voor de posten 502, 503 en 506 in vergelijking met de prijzen van de andere inschrijvers laag waren; dat in de bestreden beslissing wordt opgemerkt dat de verzoekende partijen voor post 503, die 11,9 % van de raming vertegenwoordigt, een prijs van 104,83 euro/m² hanteerden terwijl de gemiddelde inschrijving 222,91 euro/m² bedroeg, dat de leveringskost voor de panelen 61,41 euro /m² beliep “zijnde amper 28 % van hetgeen door het studiebureau bij het opmaken van de ramingsprijs op basis van de marktwaarde bepaald werd” terwijl een offerte van of verwijzing naar de leverancier niet is bijgevoegd, dat geen technische gegevens verstrekt worden aangaande de “gelijkaardige materialen”, dat voor de plaatsing de noodzakelijke inzet van materieel (hydraulische kraan of vrachtwagen met hefkraan) over het hoofd werd gezien en ten slotte dat die vaststellingen ook gelden voor de posten 502 en 506, die respectievelijk 1,5 % en 2,4 % in de raming vertegenwoordigen;

Overwegende dat, afgewogen tegenover die motieven, de kritiek van de verzoekende partijen in hun eerste onderdeel een ondergeschikt motief lijkt te betreffen; dat de verzoekende partijen in hun verantwoording die verwijst naar een kostenvoordeel wegens één aankoopcampagne immers zelf geen onderscheid tussen soorten geluidswerende schermen hebben gemaakt of tussen de posten 502, 503 en 506; dat te dezen de verwerende partij dan juist bij gebrek aan nadere gegevens over de betrokken leveringen, ten overvloede zelf het initiatief heeft genomen om één van de opgegeven referentiewerken te onderzoeken en daarin een mogelijke verklaring van de gehanteerde abnormaal lage prijzen heeft gevonden; dat het verwijt dat zij zich daarin dan zou hebben vergist niet lijkt te mogen leiden tot het ondeugdelijk verklaren van de afwijzing zelf van de verantwoording; dat dezelfde conclusie lijkt te moeten gelden waar het de “bevraging” van TVT3 betreft; dat het eerste onderdeel van het middel dienvolgens niet ernstig is;

Overwegende, wat het tweede onderdeel betreft, dat in de huidige stand van de procedure niet blijkt om welke reden een offerte van een leverancier niet bij de prijsverantwoording mocht worden gevoegd; dat de verwerende partij alsdan niet lijkt te mogen worden verweten dat zij haar afwijzing steunde op onder meer het ontbreken van een dergelijk stuk en de prijs van de schermen enkel beoordeelde aan de hand van de gegevens die de prijsverantwoording verschaftte, namelijk een prijsopbouw en de aangehaalde verklaring betreffende de drie posten samen; dat het onderdeel niet ernstig is;

Overwegende, wat het derde onderdeel betreft, dat dit in essentie steunt op een offerte van de leverancier die niet bij de prijsverantwoording is medegedeeld; dat aan de verwerende partij dan ook niet lijkt te mogen worden verweten geen rekening te hebben gehouden met de erin vervatte gegevens waaruit overigens zou kunnen worden afgeleid dat de opgegeven prijzen inderdaad onvermijdelijk abnormaal laag overkwamen zonder nadere verklaring; dat ook dit onderdeel niet als ernstig wordt aanvaard;

Overwegende dat aldus geen schending lijkt te zijn aangetoond van het voornoemde artikel 110,§3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 noch van de in het middel geschonden geachte beginselen; dat het middel niet ernstig is;

Overwegende dat de verzoekende partijen in een tweede middel de schending inroepen van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, doordat betreffende de posten 502 en 506 de prijsverantwoording niet is aanvaard en de prijzen van die posten abnormaal laag zijn bevonden door te stellen dat “bovenvermelde vaststellingen eveneens gelden voor de posten 502 en 506, die resp. 1,5 % en 2,4 % in de raming vertegenwoordigen” terwijl zulks “vanuit feitelijk oogpunt volstrekt onjuist” is, nu die posten duidelijk te onderscheiden zijn van post 503;

Overwegende dat bij de bespreking van het eerste middel is gebleken dat de verzoekende partijen er niet in lijken te slagen de ondeugdelijkheid van de beslissing inzake het abnormaal karakter van de prijs voor post 503 aan te tonen; dat die post alleen al 11,9 % van de raming vertegenwoordigt; dat in de huidige stand van de procedure dienvolgens moet worden vastgesteld dat, zelfs al mocht het tweede middel ernstig zijn en de formele motiveringsverplichting betreffende de posten 502 en 506 geschonden, de verwerende partij reeds op grond

van het abnormaal karakter van de prijs van post 503 de betrokken offerte mocht afwijzen; dat de verzoekende partijen in elk geval het tegendeel niet aantonen; dat het tweede middel niet dienstig en dienvolgens niet ernstig is;

Overwegende dat niet is voldaan aan de tweede van de door artikel 17 gestelde voorwaarden die vervuld moeten zijn om de schorsing toe te wijzen,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van de NV Aswebo en de NV Depret in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

Artikel 2.

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt verworpen.

Artikel 3.

De kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, bepaald op 350 euro, komen ten laste van de verzoekende partijen, elk voor de helft.

De kosten van de tussenkomst in de schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, bepaald op 250 euro, komen ten laste van de tussenkomende partijen, elk voor de helft.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op
veertien maart 2006, door :

de H.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
Mevr.	S. DOMS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.