

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 156.751 van 23 maart 2006
in de zaak A. 75.439/XII-205.**

In zake : de NV DESIRE STADSBADER-FLAMAND,
die woonplaats kiest bij
advocaat A. Declerck,
kantoor houdende te Harelbeke,
Kortrijksesteenweg 387

tegen :

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

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

Gezien het verzoekschrift dat de NV Desire Stadsbader-Flamand op 22 augustus 1997 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van :

- “- de beslissing d.d. 25.06.1997 dat de prijzen van de post 7 van de offerte van verzoekster d.d. 19.12.1996 m.b.t. de openbare aanbesteding d.d. 19.12.1996 ‘R1. Ring rond Antwerpen - Structureel onderhoud - Bestek C/95.E39’ als abnormaal worden beschouwd;
- de beslissing d.d. 25.06.1997 om geen gevolg te geven aan de offerte d.d. 19.12.1996 van verzoekster met betrekking tot de openbare aanbesteding d.d. 19.12.1996 ‘R1. Ring rond Antwerpen - Structureel onderhoud - Bestek C/95.E39’;
- de beslissing van ongekende datum om de opdracht ‘R1. Ring rond Antwerpen - Structureel onderhoud - Bestek C/95.E39’ niet te gunnen aan verzoekster;
- de beslissing van ongekende datum om de opdracht ‘R1. Ring rond Antwerpen - Structureel onderhoud - Bestek C/95.E39’ aan een derde te gunnen.”;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op de beschikking van 15 januari 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 het verzoek tot voortzetting van de procedure van de verzoekende partij;

Gelet op de beschikking van 24 oktober 2005 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 6 december 2005;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat H. Stevens, die loco advocaat A. Declerck verschijnt voor de verzoekende partij, en van advocaat N. De Splenter, die loco advocaat K. Ronse 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. De gegevens van de zaak.

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

1.1. De verwerende partij schrijft een openbare aanbesteding uit voor de voormelde opdracht. Zeven offertes worden ingediend : de offerte van de verzoekende partij is de laagste met een bedrag van 42.909.700 frank (BTW inbegrepen) : NV Aannemingen Van Wellen volgt met 47.958.296 frank.

1.2. Met een brief van 7 januari 1997 vraagt de verwerende partij de verzoekende partij, ingevolge artikel 25, § 2, van het koninklijk besluit van 22 april 1997 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, “een prijsverantwoording te willen geven voor de eenheidsprijzen van de posten 7 en 8”.

1.3. Bij brief van 20 januari 1997 verstrekt de verzoekende partij een verantwoording.

1.4. Die verantwoording wordt onderzocht in een ambtelijke nota van 11 februari 1997. Post 7, die ongeveer 38% van het inschrijvingsbedrag bedraagt, wordt van groot belang geacht voor de economie van de aanneming, post 8 daarentegen wordt van geen belang geacht aangezien deze slechts 0,05% van het inschrijvingsbedrag vertegenwoordigt.

Volgende bemerkingen worden geformuleerd bij de verantwoording voor post 7 (bitumineuze verharding SMA) :

“- het hoofdelement, de fabricatiekost voor de SMA, wordt niet gedetailleerd en kan derhalve niet beoordeeld worden.

- het uurloon (1250 f/uur) ligt beneden het officiële uurloon voor de aard van het werk (asfaltwerken + nachtwerk).

- er worden blijkbaar geen algemene kosten en winst in rekening gebracht.

- de rendementen zijn erg hoog ingeschat en zijn vermoedelijk niet te realiseren, rekening houdend met de plaats van de werken en met de voorziene uitvoering op 12 verspreide zones van gemiddeld ± 8000 m² oppervlakte.

De signalisatiekost, die een last van de aanneming vormt, betekent een niet te verwaarlozen element van de eenheidsprijzen. In de verstrekte verrechtvaardiging is hiervoor niets voorzien. Er zijn geen aanduidingen dat deze kost in de overige inschrijvingsprijzen vervat zijn.”.

Samenvattend wordt geconcludeerd dat er gegronde redenen zijn om de offerte van de verzoekende partij als abnormaal laag te beoordelen.

1.5. Met een nota van 13 maart 1997 wordt aan de bevoegde minister gevraagd de offerte van de tweede laagste inschrijver, NV Aannemingen Van Wellen, goed te keuren.

1.6. Na een bespreking met de inspecteur-generaal van Financiën op 24 april 1997, worden met een ambtelijke nota van 28 april 1997 aanvullende elementen op het voormelde advies van 11 februari 1997 gegeven die, volgens de steller van de nota, wijzen op het abnormaal karakter van de offerte van de verzoekende partij.

In die nota wordt, samengevat, gesteld :

a) de totale fabricatiekost voor SMA bedraagt 1282 frank/ton, hetgeen de door de verzoekende partij vermelde prijs van 1300 frank/ton benadert;

b) de berekening van het vervoer gebeurt aan identiek dezelfde prijs als deze van onderaannemer Van Gaeveren;

c) Verwerken KWS

- de huurtarieven liggen ver onder het CMK-tarief, dat voor de spreidmachine Vogele ongeveer 3500 frank/uur bedraagt (tgo 1400) en voor een wals 2000 frank (tgo 600 frank)

- het officiële uurloon bedraagt 1245,79 frank, wat netto ongeveer overeenstemt met het aangerekende uurloon (1250 frank)

d) er wordt gerekend met een volumieke massa van 2,3 ton/m³ daar waar deze 2,38 ton/m³ bedraagt; er dient tenminste gerekend aan 2,4 ton/m³ gelet op de kleine verliezen tijdens de verwerking

e) samenvattend, de verantwoording houdt geen rekening met algemene werfkosten, onkosten en winst, zoals : signalisatie, uurloon werfleiding, verplaatsingskosten personeel, bureel- en administratieve kosten, financieringskosten, winst. Deze kunnen op minimum 15% geraamd worden (=21,7 fr./m²) : de inschrijver zal de post met een aanzienlijk verlies dienen uit te voeren.

In de nota wordt ook melding gemaakt van de prijs voor post 4, die bij de verzoekende partij een afwijking vertoont ten opzichte van de overige inschrijvers: gezien de mogelijk verschillende spreiding van de algemene werfkosten over de posten (vooral signalisatie) wordt een vergelijking gemaakt van de prijzen van de posten 7 en 4 samen, hetgeen 77 % van de totale kostprijs van de aanneming vertegenwoordigt : het resultaat is een aanzienlijke afwijking in min van de verzoekende partij ten opzichte van de andere inschrijvers.

1.7. Met een nota van 2 mei 1997 wordt het dossier terug aan het visum van de inspectie van financiën voorgelegd, met voormeld aanvullend advies, alsmede met voorbeelden van eenheidsprijzen voor de aanleg van 4 cm SMA (splitmastiekasfalt) van de verzoekende partij in drie andere aanbestedingen.

Op 6 mei 1997 gaat de inspectie akkoord met het voorstel.

1.8. Op 30 juni 1997 wordt aan de NV Aannemingen Van Wellen de kennisgeving van de goedkeuring van haar offerte gezonden.

1.9. Bij brief van 25 juni 1997 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mede dat overeenkomstig artikel 25, § 2, van het voormelde koninklijk besluit geen gevolg werd gegeven aan haar offerte en dat de prijs van post 7 als abnormaal beschouwd blijft;

2. De gegrondheid van het beroep.

2.1. Overwegende dat de verzoekende partij in het inleidend verzoekschrift als “middelen tot nietigverklaring” aanvoert hetgeen volgt :

“Schending van art. 12, §1 Wet van 14 juli 1976 betreffende de overheidsopdrachten van aanneming van werken, leveringen en diensten, art. 20, §5 en art. 25, §1 en §2 van het KB van 22 april 1977 betreffende de overheidsopdrachten, artikel 2 en 3 van de Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen, de materiële motiefplicht, en voor zoveel als nodig de beginselen van behoorlijk bestuur.

2.1 de beslissing dd. 25.06.97 dat de prijzen van de post 7 van de offerte van verzoekster dd. 19.12.96 met betrekking tot de openbare aanbesteding dd. 19.12.96 ‘R1. Ring rond Antwerpen - Structureel onderhoud - Bestek C/95.E39’ als abnormaal worden beschouwd

2.1.1 De tweeledige verplichting van het bestuur, voorafgaandelijk aan de mogelijkheid om te beslissen een inschrijving af te wijzen wegens abnormale prijzen, enerzijds de verplichting om een verzoek aan de inschrijver te richten om verantwoording te verstrekken, anderzijds de verplichting om na onderzoek mee te delen welke prijzen nog als abnormaal worden beschouwd (art. 25, §2 van het KB van 20 april 1977), is substantieel [...]

Verweerster heeft art. 25, §2 van het KB van 20 april 1977 geschonden, namelijk door verzoekster als inschrijver per aangetekend schrijven te verzoeken binnen een termijn van twaalf kalenderdagen de nodige verantwoording te verstrekken zonder daarbij te vermelden of het ging om abnormaal hoge of abnormaal lage prijzen [...]

De beslissing dd. 25.06.97 en de daarop gesteunde beslissingen dienen nietig te worden verklaard wegens schending van dit substantieel vormvoorschrift.

2.1.2 De beslissing van het bestuur dd. 25.06.97 om bepaalde prijzen in het licht van de door de inschrijver gegeven verantwoording als abnormaal te beschouwen is een bestuurshandeling in de zin van art. 1 van de Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen [...].

Een dergelijke beslissing dient ‘uitdrukkelijk’ gemotiveerd te worden (art.2). De motivering moet in de akte juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de beslissing ten grondslag hebben gelegen (art. 3). Op het bestuur rust dus een formele motiveringsplicht [...]. Deze formele motiveringsplicht is een substantieel vormvoorschrift waarvan de niet-naleving de illegaliteit van de bestuurshandeling tot gevolg heeft en op grond waarvan deze beslissing dient te worden vernietigd [...].

Uit de beslissing blijkt niet om welke redenen het bestuur de prijzen van post 7 als abnormaal heeft beschouwd. De beslissing is niet gemotiveerd en dient bijgevolg te worden vernietigd wegens schending van een tweede

substantieel vormvoorschrift, namelijk art. 2 en 3 van de Wet van 29 juli 1991.

- 2.1.3 Bovendien is verweerster ook gehouden door een materiële motiveringsplicht. De motieven van de bestreden beslissing moeten kenbaar zijn en moeten bijgevolg steun vinden in de stukken die het bestuur ter voorbereiding van haar beslissing heeft opgesteld of op basis waarvan zij haar beslissing heeft genomen [...].

Dit klemmt in casu des te meer, nu verzoekster bij aangetekende brief dd. 20.01.97 onder meer de post 7 van haar inschrijving op omstandige en sluitende wijze heeft gerechtvaardigd, en deze verantwoording niet op redelijke gronden kan worden afgewezen.

Onder voorbehoud van inzage van het administratief dossier na neerlegging ter griffie door verweerster blijkt niet dat deze beslissing materieel gemotiveerd is of in het administratief dossier steun vindt. De bestreden beslissing is door machtsoverschrijding aangetast en moet worden vernietigd.

- 2.1.4 Onder voorbehoud van inzage in het administratief dossier na neerlegging ter griffie door verweerster, en mochten hierin bepaalde motieven terug te vinden zijn die aan de grondslag hebben gelegen van de bestreden beslissing, zal de juistheid en de pertinentie van de beslissing moeten onderzocht worden. Bovendien zal moeten blijken of de beslissing al dan niet op een zorgvuldige en objectieve wijze tot stand is gekomen en in overeenstemming is met het beginsel van de gelijkheid der inschrijvers, het verbod van willekeur en het redelijkheidsbeginsel.

- 2.2 de beslissing dd. 25.06.97 om geen gevolg te geven aan de offerte van verzoekster dd. 19.12.96 met betrekking tot de openbare aanbesteding dd. 19.12.96 'R1. Ring rond Antwerpen - Structureel onderhoud - Bestek C/95.E39'

- 2.2.1 Gezien de beslissing met betrekking tot het abnormaal karakter van de prijzen van post 7 onwettig is en dient te worden vernietigd, geldt hetzelfde voor de daarop gesteunde beslissing om geen gevolg te geven aan de inschrijving of deze inschrijving af te wijzen. Er waren geen abnormale prijzen en verweerster kon dan ook niet beslissen tot de onregelmatigheid van de inschrijving. Zij heeft artikel 20, §5 en 25, §2 van het KB van 22.04.1977 betreffende de overheidsopdrachten geschonden.

De beslissing dient te worden vernietigd wegens schending van dit substantieel vormvoorschrift, minstens wegens machtsoverschrijding.

- 2.2.2 De beslissing dd. 25.06.97 om aan de inschrijving van verzoekster geen gevolg te geven en deze inschrijving als onregelmatig te beschouwen werd in strijd met art. 2 en 3 van Wet van 29 juli 1991 evenmin formeel gemotiveerd en dient eveneens op grond van de schending van dit substantieel vormvoorschrift te worden vernietigd.

- 2.2.3 Onder voorbehoud van inzage in het administratief dossier na neerlegging ter griffie door verweerster blijkt evenmin dat deze beslissing in het administratief dossier steun vindt of materieel gemotiveerd werd. De beslissing is door machtsoverschrijding aangetast.

- 2.2.4 Onder voorbehoud van inzage in het administratief dossier na neerlegging ter griffie door verweerster, en mochten hierin bepaalde motieven terug te vinden zijn die aan de grondslag hebben gelegen van de bestreden beslissing, zal de juistheid en de pertinentie van de beslissing moeten onderzocht worden. Bovendien zal moeten blijken of de beslissing al dan niet op een zorgvuldige en objectieve wijze tot stand is gekomen en in overeenstemming is met het beginsel van de gelijkheid der inschrijvers, het verbod van willekeur en het redelijkheidsbeginsel.

- 2.3 de beslissing van ongekende datum om de opdracht 'R1. Ring rond Antwerpen - Structureel onderhoud - Bestek C/95.E39' niet te gunnen aan verzoekster
- 2.3.1 Aangezien de prijzen van de post 7 van de inschrijving niet abnormaal waren en de inschrijving bijgevolg niet als onregelmatig kon worden afgewezen, was verzoekster de laagste regelmatige inschrijver en heeft verweerster art. 12, §1 van de Wet van 14 juli 1976 betreffende de overheidsopdrachten van aanneming van werken, leveringen en diensten geschonden door de opdracht niet aan verzoekster te gunnen. De beslissing is door machtsoverschrijding aangetast en dient te worden vernietigd.
- 2.3.2 Ook de beslissing om de opdracht niet aan verzoekster te gunnen werd in strijd met art. 2 en 3 van Wet van 29 juli 1991 evenmin formeel gemotiveerd en dient op grond van dit substantieel vormvoorschrift te worden vernietigd.
- 2.4. de beslissing van ongekende datum om de opdracht 'R1. Ring rond Antwerpen - Structureel onderhoud - Bestek C/95.E39' te gunnen aan een derde
- 2.4.1 Nu de beslissing om de voormelde opdracht niet aan verzoekster te gunnen onwettig is, geldt hetzelfde voor de beslissing waarbij de opdracht werd gegund aan een derde.
- 2.4.2 Onder voorbehoud van inzage in het administratief dossier na neerlegging ervan ter griffie blijkt evenmin dat deze beslissing formeel gemotiveerd is, namelijk dat deze beslissing vermeldt waarom de laagste en voordeligste inschrijving van verzoekster als onregelmatig werd beschouwd [...]. Ook de beslissing om de opdracht niet aan verzoekster te gunnen werd in strijd met art. 2 en 3 van Wet van 29 juli 1991 evenmin formeel gemotiveerd en dient op grond van dit substantieel vormvoorschrift te worden vernietigd.”;

2.2. Overwegende dat de verzoekende partij in haar memorie van wederantwoord, betreffende de eerste bestreden beslissing een “nieuw middel tot nietigverklaring” aanvoert en zulks als volgt :

“Niet alleen wanneer het bestuur bepaalde eenheidsprijzen als abnormaal beschouwd moet een verzoek om rechtvaardiging worden gedaan, maar ook wanneer de verhouding tussen verschillende posten als blijkbaar abnormaal zou voorkomen [...]

Enkel de prijzen waaromtrent rechtvaardiging werd gevraagd kunnen de beslissing met betrekking tot het abnormaal karakter van de inschrijving rechtvaardigen [...]

In het aanvullende advies wordt het abnormaal karakter van de prijzen voor de post 7 mede verantwoord door een vergelijking te maken en de verhouding te berekenen met de prijzen van de post 4.

Er werd aan de verzoekende partij nooit enige rechtvaardiging gevraagd met betrekking tot de prijzen van de post 4 (art. 25, §2 van het KB van 22.04.1977)!

De beslissing van het bestuur is nochtans duidelijk mede op deze vergelijking gesteund zodat hierdoor nog een substantiële vormvereiste werd geschonden.

Verzoekster kon hiervan pas kennis krijgen na neerlegging van de memorie van antwoord door de verwerende partij. Zij kon het bijgevolg niet doen gelden in haar verzoekschrift zodat dit middel ontvankelijk is [...] gegrond.”;

dat zij voorts betoogt :

- “- Zoals reeds vermeld, wordt het beweerd abnormaal karakter van de prijzen voor de post 7 mede verantwoord door een vergelijking met de prijzen van de post 4, waarover aan verzoekster nooit enige rechtvaardiging gevraagd werd. [...]
- Het advies dd. 01.02.97, waarop de bestreden beslissing onder meer gesteund zou zijn, is foutief en tegenstrijdig met het advies dd. 25.04.97 :
 - De prijs van het hoofdbestanddeel (SMA-C2) zou niet kunnen beoordeeld worden;
Blijkens het advies dd. 25.04.97 kan dit blijkbaar wel. De prijs van 1.300 BEF/ton wordt bovendien als normaal beschouwd en maakt 86% uit van de totale prijs van 1.500 BEF/ton!
 - Het uurloon zou beneden het officiële uurloon liggen;
In het advies dd. 25.04.97 wordt geoordeeld dat het uurloon overeenstemt met het officiële uurloon.
 - Zonder enige motivering wordt geoordeeld dat de rendementen ‘vermoedelijk’ niet realiseerbaar zouden zijn;
Dit vermoeden is nergens op gesteund. Een dergelijke uitspraak is louter willekeurig.
 - Er wordt beweerd dat de post 7 ongeveer 38% van het inschrijvingsbedrag uitmaakt;
Dit is niet relevant. Uit het advies dd. 25.04.97 zal blijken dat de prijs voor nagenoeg alle bestanddelen van de post 7 als normaal beschouwd wordt. Het is dus slechts een fractie van de prijs van een post die 38% vertegenwoordigt die abnormaal zou zijn -Quod Non-.
- In het advies dd. 25.04.97 wordt geoordeeld :
 - dat de prijs voor het hoofdbestanddeel (SMA-C2) normaal is;
Verzoekster merkt op dat de prijs 18 BEF/ton lager is dan de door het bestuur geraamde fabricatiekost.
 - dat de transportkosten normaal zijn, vergeleken met een andere inschrijver;
 - de huurtarieven worden vergeleken met een door niemand toegepast CMK-tarief;
CMK-tarieven worden slechts gehanteerd bij de opmaak van verrekningen die betrekking hebben op korte termijnen en worden dan aangerekend volgens de werkelijke werktijden.
De prijs van verzoekster wordt terecht gegeven op basis van interne ‘huur’tarieven waarbij rekening gehouden wordt met afschrijvingen, gebruiksduur van de machine (tussen 9.000 en 12.000 werkuren), onderhoudskosten, olieverbbruik enz.
Bovendien bedraagt de prijs voor de machines slecht 29% van de prijs voor de verwerking die op zijn beurt slechts 9% bedraagt van de totale prijs van 1.500 BEF/ton. De huurtarieven vertegenwoordigen dus nog geen 3% van de prijs per ton.
 - dat het uurloon normaal is;
Verzoekster merkt op dat het uurloon bijna 55 BEF/uur lager is dan het opgegeven officiële uurloon.
 - bij de omrekening van ton naar m²[sic] stelt men een verschil vast van amper 4%, zonder te vergelijken met de andere inschrijvers;
Hoe dan ook is soortelijk gewicht van de SMA lager dan dat van de onderlagen.
Bovendien dient geen verlies aan materiaal bij freeswerken in rekening te worden gebracht omdat het uitgefreesde volume steeds identiek is aan het volume van de teruggeplaatste asfalt. De moderne freesmachines tasten de bestaande asfaltverharding af en de diepte

wordt elektronisch geregeld, waarbij de gemiddelde freesdikte en de dikte van het asfalt binnen de toelaatbare toleranties valt.

De verwerende partij houdt met al deze technische factoren geen rekening.

- de brief dd. 20.01.97 van de verzoekende partij bepaalt uitdrukkelijk dat kosten en winst in de prijzen zijn inbegrepen;
 - Op grond van een ‘mogelijke verschillende spreiding van de algemene werfkosten’, onder meer over de post 4, wordt een vergelijking met de prijzen van de post vier gemaakt waardoor de verzoekende partij nooit enige rechtvaardiging heeft kunnen geven. Dit is een flagrante miskenning van art. 25, §2 van het KB van 22.04.1977.
 - Zoals reeds vermeld hanteert verzoekster een hogere fabricatiekost voor de SMA (1.300 BEF/ton i.p.v. de door het bestuur begrote 1.282 BEF/ton) en een hoger uurloon (1.250 BEF/u i.p.v. het officiële uurloon van 1.245,79/BEF/u.).

Dit is het geval omdat in de berekende kostprijs en uurloon de algemene onkosten inbegrepen zijn, zoals meegedeeld door verzoekster.

Niettemin oordeelt het bestuur willekeurig en zonder enige motivatie dat deze algemene kosten nergens terug te vinden zijn en wordt gesuggereerd dat daarvoor een bedrag van 21,70 BEF/m² bij de post 7 zou moeten bijgeteld worden.
 - Er werd bij de begroting van post 1 ook rekening gehouden met de algemene kosten. Over deze post werd nooit uitleg gevraagd !

De bewering dat er geen algemene kosten in de prijzen begrepen zijn is nergens op gesteund.

De conclusie is dat voor de elementaire bestanddelen van de post 7 een normale prijs gegeven werd, dat er een miniem verschil is met betrekking tot de zogenaamde te lage huurkosten die verzoekster boekhoudkundig perfect kan verantwoorden en dat de verwerende partij op basis van tegenstrijdige adviezen een puur arbitraire schatting maakt van de algemene kosten, zonder enige vergelijking met de andere offertes maar wel met vergelijking van de prijzen voor de post 4 die verzoekster in strijd met het KB niet heeft kunnen verantwoorden”;

2.3.1. Overwegende, wat het middel betreft dat in het inleidend verzoekschrift is aangevoerd -de verzoekende partij maakt ten onrechte gewag van “middelen”- dat in de eerste plaats de beslissing om de eenheidsprijs voor post 7 als abnormaal te beschouwen, moet worden onderzocht;

Overwegende dat krachtens artikel 25, §2, van het voormelde koninklijk besluit van 22 april 1977, het bestuur, vooraleer een inschrijving af te wijzen “wegens haar blijkbaar abnormaal hoge of abnormaal lage eenheidsprijzen” de betrokken inschrijver moet verzoeken, per aangetekende brief, hierover de noodzakelijke verantwoordingen te verstrekken en na onderzoek van de gegeven uitleg de betrokken inschrijver laten weten welke prijzen nog als abnormaal worden beschouwd;

Overwegende dat te dezen bij aangetekend schrijven van 7 januari 1997, onder verwijzing naar het voormelde artikel 25, §2, de verzoekende partij werd gevraagd prijsverantwoording te geven voor de eenheidsprijzen van de posten 7 en 8; dat de betrokken bepaling niet voorschrijft daarbij uitdrukkelijk gewag te maken hetzij van “hoge” hetzij van “lage” abnormale prijzen; dat voorts de gegeven uitleg is onderzocht en aan de verzoekende partij bij aangetekende brief van 25 juni 1997 is medegedeeld dat de prijs van post 7 nog als abnormaal te beschouwen blijft en “geen gevolg werd gegeven aan [haar offerte]”; dat aldus gehandeld is zonder schending van het meervermelde artikel 25, §2;

Overwegende voorts, wat de verplichting tot motiveren betreft, dat in het dossier ambtelijke nota's van 11 februari 1997, 28 april 1997 en 2 mei 1997 voorhanden zijn waaruit kan worden afgeleid om welke redenen de eenheidsprijs van post 7 als abnormaal diende te worden beschouwd; dat onder punt 2.1.4. van haar memorie van wederantwoord de verzoekende partij na kennisname van het administratief dossier echter inhoudelijk kritiek uit op de motieven, zoals die blijken uit de voormelde nota's; dat zij aldus geacht moet worden de nietigverklaring niet meer na te streven op grond van vermeende tekorten in de formele motivering;

Overwegende, wat dan de materiële motivering betreft, dat vooreerst moet worden vastgesteld dat aan de prijskwestie drie nota's zijn gewijd en er over vergaderd werd met de inspecteur-generaal van financiën; dat geen definitie voorhanden is van wat een blijkbaar abnormale lage prijs is; dat de Raad van State zijn oordeel daaromtrent niet in de plaats mag stellen van dat van de overheid die bij de invulling van het begrip over beoordelingsvrijheid beschikt; dat de Raad wel mag nagaan of de betrokken motieven in rechte ter verantwoording van de bestreden beslissing in aanmerking mogen worden genomen hetgeen onder meer vereist dat ze naar behoren zijn verwezen;

Overwegende dat te dezen de verwerende partij haar onderzoek heeft gestart op grond van het verschil tussen, eensdeels, de prijs van de verzoekende partij en, anderdeels, haar eigen raming en de prijzen van de andere inschrijvers; dat dit objectieve gegevens zijn; dat hetzelfde geldt voor het feit dat post 7 ongeveer 38% van het inschrijvingsbedrag bedraagt en derhalve van groot belang is voor de economie van de aanneming; dat, in tegenstelling tot hetgeen de verzoekende partij beweert, het tweede advies een aanvulling en nuancering is van het eerste advies en daarmee niet tegenstrijdig is; dat immers in het eerste advies wordt gesteld dat de

fabricatiekost voor de SMA door de verzoekende partij in haar uitleg niet gedetailleerd wordt en derhalve niet beoordeeld kan worden; dat in het tweede advies de verwerende partij zelf, op basis van eigen gegevens, de “normale” fabricatiekost voor de SMA detailleert; dat zulks niet tegenstrijdig is; dat de verwerende partij alsdan vaststelt dat de door de verzoekende partij geboden prijs die berekende fabricatiekost benadert; dat in het tweede advies wordt gesteld dat de berekening van het vervoer door de verzoekende partij gebeurt aan identiek dezelfde prijs als die van de onderaannemer van de verzoekende partij; dat de verwerende partij aldus concludeert dat de verzoekende partij daar geen algemene kosten en winst aan toevoegt; dat de vervoerskosten enkel “normaal” zijn omdat de verwerende partij niet vergelijkt met een andere inschrijver maar met de prijs van de eigen onderaannemer Van Gaeveren van de verzoekende partij; dat het daarentegen volgens de beoordeling van de verwerende partij juist niet “normaal” is dat er met een identieke prijs gerekend wordt;

Overwegende dat de verzoekende partij wel terecht opmerkt dat de verwerende partij in haar tweede advies tot de conclusie komt dat het officiële uurloon netto ongeveer overeenstemt met het door de verzoekende partij aangerekende uurloon terwijl in het eerste advies geoordeeld is dat het uurloon beneden dat officiële uurloon lag; dat voorts wat de huurtarieven betreft inzake het verwerken van KWS, de verzoekende partij de verwijzing door verwerende partij naar het CMK-tarief betwist en eveneens de opmerking van de verwerende partij inzake de kleine verliezen aan materiaal tijdens de verwerking maar niet de opmerking dat gerekend dient te worden aan 2,4 ton/m³ in plaats van aan 2,3 ton/m³; dat evenwel, daargelaten deze kritiek door de verzoekende partij, in heel de betwisting de samenvattende opmerking van de verwerende partij overeind blijft dat de door de verzoekende partij gegeven uitleg geen rekening houdt met enige vorm van algemene werfkosten, onkosten en winst en belangrijke signalisatiekosten; dat de verzoekende partij daarbij wel betoogt dat bij de begroting van post 1 ook rekening gehouden werd met de algemene kosten; dat zulks echter strijdig is met artikel 20, §5, van het voormelde koninklijk besluit van 22 april 1977, waarin bepaald is dat al de algemene kosten en financiële onkosten alsmede de winsten inzonderheid over de onderscheiden posten, in verhouding tot hun belangrijkheid, moeten worden verdeeld; dat aldus die kosten en winsten niet vervat kunnen zijn in het verschil tussen, eensdeels, het door de verzoekende partij aangerekende uurloon en de door haar aangerekende fabricagekost voor de SMA en, anderdeels, de door verwerende partij begrote tarieven ter zake, dit gelet op het relatief kleine verschil;

Overwegende dat ten slotte, hoewel gerelativeerd door de verwerende partij zelf, ook de nota van 2 mei 1997 van belang is, waar voor drie aanbestedingen ingediende eenheidsprijzen zijn weergegeven voor het aanleggen van 4 cm SMA, waarbij de verzoekende partij prijzen heeft gegeven van respectievelijk 218 (nachtwerk), 154 (dagwerk), 193 (dagwerk) en waar een prijs van een andere inschrijver van 136 voor dagwerk als abnormaal is afgewezen, terwijl te dezen de prijs van de verzoekende partij 138 is;

Overwegende dat uit hetgeen voorafgaat blijkt dat niet is aangetoond dat aan de materiële motiveringsplicht niet is voldaan, meer bepaald dat de bestreden beslissing niet zou steunen op motieven waarvan het bestaan niet naar behoren is bewezen en die in rechte niet ter verantwoording van die beslissing in aanmerking mogen worden genomen; dat die conclusie niet enkel de eerste bestreden beslissing betreft, maar eveneens de daarin vervatte of daarop steunende andere bestreden beslissingen; dat het middel derhalve niet gegrond is;

2.3.2. Overwegende dat onder punt 2.1.0 van haar memorie van wederantwoord de verzoekende partij een nieuw middel aanvoert, stellende dat nooit enige verantwoording is gevraagd omtrent post 4, terwijl in de aanvullende nota van 28 april 1997 het abnormale karakter van de prijs voor post 7 mede verantwoord wordt door een vergelijking met de prijzen van die post 4;

Overwegende dat in de voormelde nota inderdaad melding wordt gemaakt van de prijs voor post 4 doch de verwerende partij de offerte van de verzoekende partij niet heeft afgewezen wegens blijkbaar abnormale prijs voor post 4; dat in die nota de mogelijkheid is nagegaan dat de algemene werfkosten, voornamelijk signalisatie, door de verzoekende partij begrepen waren in post 4, gelet op de mogelijke verschillende spreiding door de inschrijvers van die kosten, hetgeen de verwerende partij tot het resultaat bracht dat dit onmogelijk kon gedaan zijn door de verzoekende partij gelet op de aanzienlijke afwijking in min van de prijs van de verzoekende partij voor die post 4, op zichzelf, en gecombineerd met post 7, ten opzichte van de prijs van de andere inschrijvers; dat het nieuwe middel dus niet gegrond is,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het beroep wordt verworpen.

Artikel 2.

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

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op drieëntwintig maart 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.