

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 176.504 van 8 november 2007
in de zaak A. 185.466/XII-5242.**

In zake : de NV HEIJMANS BOUW,
die woonplaats kiest bij
advocaten P. Flamey en J. Bosquet,
kantoor houdende te Antwerpen,
Jan Van Rijswijcklaan 16

tegen :

de STAD GENK,
die woonplaats kiest bij
advocaten D. D’Hooghe en L. Schellekens,
kantoor houdende te 1000 Brussel,
Loksumstraat 25.

tussenkomen partij :

de NV HOUBEN,
die woonplaats kiest bij
advocaat C. De Wolf,
kantoor houdende te Maarkedal,
Etikhovestraat 6.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de NV Heijmans Bouw op 12 oktober 2007 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing te vorderen van “het Besluit van het College van Burgemeester en Schepenen van de Stad Genk dd. 26 september 2007 waarbij het aanbestedingsverslag werd bestendigd en zodoende werd beslist de offerte van de N.V. Heijmans Bouw, ingediend binnen de openbare aanbesteding ‘Cultuurinfrastructuur Mijnsite Winterslag’ (openbare aanbesteding 2007/S 65-079041), betreffende de realisatie van infrastructuur voor Toerisme, Bedrijvigheid en Cultuur (C-Mine), betreffende het perceel 1 niet te weerhouden en wordt beslist de opdracht toe te kennen aan de N.V. Bouwbedrijf Houben”;

Gelet op de beschikking van 15 oktober 2007 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 25 oktober 2007, om 10.00 uur;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gezien het op 22 oktober 2007 ingediende verzoekschrift waarbij de NV Houben vraagt in het administratief kort geding te mogen tussenkomen; dat zij voordeel blijkt te halen uit de bestreden beslissing en erbij belang heeft dat de vordering wordt afgewezen; dat haar verzoek dienvolgens moet worden ingewilligd;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaten P. Flamey en J. Bosquet, die verschijnen voor de verzoekende partij, van advocaat L. Schellekens, die loco advocaten D. D’Hooghe en L. Schellekens verschijnt voor de verwerende partij, en van advocaat C. De Wolf, die verschijnt voor de tussenkomende partij;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur P. Barra;

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,

OVERWEEGT WAT VOLGT :

De gegevens van de zaak

1. De in het geding zijnde overheidsopdracht betreft een aanneming van werken die gegund wordt volgens de procedure van de openbare aanbesteding.

De opdracht wordt beheerst door het bestek Genk nr. 2007/51/2237/P01.

Het voorwerp van de opdracht, perceel 1, wordt daarin als volgt omschreven :

“de werken, leveringen, het vervoer, de arbeidskrachten en alle middelen, nodig voor de uitvoering van volgende werken : nieuwbouw, infrastructuur, sanitair en riolering en restauratie en pilotage van de afwerking voor infrastructuur voor Cultuur en Bedrijvigheid op de mijnsite Winterslag”.

De opdracht kadert in het realiseren van een Cultuurcentrum met nieuwbouw van twee theaterzalen, een bezoekerscentrum en een designcentrum.

Er wordt in een verplicht plaatsbezoek voorzien.

De ontwerper van de opdracht is de BVBA 51N4E.

2. In een brief van 25 mei 2007 stelt de verzoekende partij een aantal vragen aan ontwerper BVBA 51N4E, onder meer :

“Is er een technisch verslag van de uit te graven gronden beschikbaar? Deze info hebben we nodig om de prijzen voor de reiniging en stortkosten van de af te voeren grond te bepalen. De prijs van bv. biologische reiniging kan veel verschillen naargelang de precieze stoffen die in de grond voorkomen”.

3. Op 6 juni 2007 antwoordt BVBA 51N4E als volgt :

“Er hebben verschillende onderzoeken plaats gevonden op het terrein. Een copij daarvan zal als bijkomende informatie naar alle aannemers verstuurd worden”.

4. Op 7 juni 2007 stuurt de BVBA 51N4E aan al de kandidaat-inschrijvers onder meer een technisch verslag van bodemanalyse (“rapportage 4 machinale boringen op de terreinen van de mijn van Winterslag te Genk”) door de NV Lisec en daaromtrent een terechtwijzend bericht van 8 juni 2007 waarin wordt gesteld “De aan de aannemers verzonden documenten zijn rekening houdend met de locatie van de boringen, als richtinggevend te beschouwen voor de samenstelling van de gronden”.

5. Op 14 juni 2007 stelt de verzoekende partij nogmaals een vraag aan de BVBA 51N4E :

“Art 02 Grondwerken

Op 07/06/2007 ontvingen wij een technische verslag betreffende het grondverzet. Hieruit blijkt dat de grond waarschijnlijk aan code 311 voldoet.

Wijzig de meetstaat hierdoor? Meer bepaald art 02.00.02/C3 afvoeren en verwerken van uitgegraven bodem naar een stortplaats - klasse III : VH 18.719,71 m³.

Deze grond kan waarschijnlijk allemaal herbruikt worden op andere werven van de grondwerkers, het zou dan ook logischer zijn deze hoeveelheid in te in art. 02.00.02/A afvoer naar bestemming voor herbruik.

Het invullen van deze grote hoeveelheid bij stortklasse III zal een vertekend beeld geven bij de vergelijking van offertes”.

Hierop antwoordt de BVBA 51N4E als volgt :

“Wij hebben uw vragen van gisteren goed ontvangen.
In het administratief lastenboek is echter het volgende opgenomen :
‘Alle vragen betreffende de opdracht moeten schriftelijk gesteld worden
minimum 10 dagen vóór het indienen van de offerte.’
(art. 90 § 1 en 2 en art. 94 p. 28/29)
Volgens dit artikel kunnen de aannemers op dit moment geen vragen meer
stellen”.

6. Er worden vier offertes ingediend waaronder deze van de verzoekende partij voor een bedrag van 14.957.950,45 euro en deze van NV Bouwbedrijf Houben voor een bedrag van 13.937.339,65 euro. De NV Bouwbedrijf Houben heeft daarbij de laagste prijs geboden, de verzoekende partij de tweede laagste.

7. Het aanbestedingsverslag wordt door de BVBA 51N4E opgesteld op 17 september 2007.

Bij het nazicht van de offertes wordt na rekenkundig nazicht de volgende rangschikking bepaald :

Naam	offertebedrag excl. BTW
NV Bouwbedrijf Houben	14.075.788,22 euro
THV Van Laere - Vandereyt	16.077.324,86 euro
NV Heijmans Bouw	15.158.718,27 euro
THV Democo-Strabag-Denys	17.405.611,63 euro

Na “Opmerkingen, wijziging van hoeveelheden en leemten” wordt deze rangschikking :

Naam	offertebedrag excl. BTW
NV Bouwbedrijf Houben	14.487.398,65 euro
THV Van Laere - Vandereyt	16.604.455,30 euro
NV Heijmans Bouw	15.503.130,98 euro
THV Democo-Strabag-Denys	17.500.283,76 euro

Tenslotte grijpt de “analyse van de prijzen plaats” waarbij onder meer het volgende vermeld wordt :

“Van de 3 best gerangschikte inschrijvers werden de eenheids- en totaalprijzen gecontroleerd op hun normaal/abnormaal karakter. De berekening gebeurt op basis van de bedragen uit de gunningstabel.

BASIS

Gemiddelde G (o.b.v. 2 ^e t/m 3 ^e laagste):	15.680.117,51
85 % van Gemiddelde G :	13.328.099,88

5.1. Nazicht totaalprijzen

5.1.1. Bouwbedrijf Houben	14.145.544,31
Het totaalbedrag is hoger dan 85 % van het gemiddelde G.	
Het totaalbedrag wordt als normaal beschouwd.	

5.1.2. Heijmans Bouw	15.231.251,67
Het totaalbedrag is hoger dan 85 % van het gemiddelde G.	
Het totaalbedrag wordt als normaal beschouwd.	

[...]

5.2. Nazicht eenheidsprijzen

De eenheidsprijzen van de drie best gerangschikte inschrijvers werden nagekeken.

Daarbij werden enkel die eenheidsprijzen die van substantieel belang zijn voor de offerte [worden] in beschouwing genomen.

Hierbij werd aangenomen dat enkel die artikels waar de afwijking van het totaalbedrag voor de post groter of gelijk is dan 1 % van het inschrijvingsbedrag van substantieel belang zijn.

Procentuele afwijkingen lager dan 70 % en hoger dan 130 % ten opzichte van de gemiddelde eenheidsprijs werden onderzocht op hun abnormaal karakter.

5.2.1. Bouwbedrijf Houben

02.01 Perceel 1-Pilootaanname	SOG	
1,00	140.290,92	25,00% -431.878 140.290,92

Analyse :

De pilootaanname omvat voornamelijk administratieve en organisatorische taken.

De kostprijs is dus voornamelijk afhankelijk van het aantal voorziene manschappen, hun loonkost en de interne werking van de inschrijver.

De werkdruk kan door de inschrijvers zeer verschillend ingeschat worden, dus dergelijke afwijkingen worden niet als abnormaal beschouwd.

Daarom wordt deze eenheidsprijs als normaal en marktconform beschouwd.

02.00.02/C3 Afvoeren en verwerken van uitgegraven bodem naar een stortplaats	
- klasse III VH m ³	18.719,71 10,31 29,00% -476.229 193.000,21

Analyse :

De eenheidsprijzen voor onderhavig artikel liggen bij de verschillende inschrijvers ver uit elkaar.

Dit is waarschijnlijk te wijten aan het ontbreken van een technisch verslag. Daarom wordt deze eenheidsprijs als normaal en marktconform beschouwd.

07.07.61/A1 Type 14-Elektrisch bediende rolschermen uit gemoffeld staal FH
m² 1.197,65 419,78 -143.443 502.749,52

Analyse :

De afwijking wordt niet lager dan 70%.

Daarom wordt deze eenheidsprijs als normaal en marktconform beschouwd.

Conclusie :

Er werden geen abnormale eenheidsprijzen vastgesteld voor Bouwbedrijf Houben.

5.2.2. Heijmans Bouw

Er werden geen abnormale eenheidsprijzen vastgesteld.

02.00.02/C3 Afvoeren en verwerken van uitgegraven bodem naar een stortplaats
- klasse III VH m³ 18.719,71 26,43 -174.468 494.761,94

Analyse :

De eenheidsprijzen voor onderhavig artikel liggen bij de verschillende inschrijvers ver uit elkaar.

Dit is waarschijnlijk te wijten aan het ontbreken van een technisch verslag.

De afwijking is niet lager dan 70%.

Daarom wordt deze eenheidsprijs als normaal en marktconform beschouwd.

Conclusie :

er werden geen abnormale eenheidsprijzen vastgesteld voor Heijmans Bouw”.

Ten slotte volgt een overzicht van de inschrijvers “op basis van de correcte hoeveelheden” :

Naam	offertebedrag excl. BTW
NV Bouwbedrijf Houben	14.145.544,31 euro
THV Van Laere - Vandereyt	16.128.983,35 euro
NV Heijmans Bouw	15.231.251,67 euro
THV Democo-Strabag-Denys	17.452.463,86 euro

Voorgesteld wordt de opdracht toe te wijzen aan NV Bouwbedrijf Houben voor een bedrag van 14.145.544,31 euro.

8. Op 26 september 2007 beslist het college van burgemeester en schepenen van de verwerende partij de opdracht “C-Mine, infrastructuur voor Toerisme, bedrijvigheid en Cultuur”, perceel 1, te “gunnen” aan het bouwbedrijf Houben NV voor het bedrag van 14.145.544,31 euro + 2.970.564,31 euro (BTW) = 17.116.108,62 euro.

In de motivering wordt verwezen naar het voormelde verslag van 17 september 2007.

Met een brief van 28 september 2007 wordt de verzoekende partij in kennis gesteld van het feit dat beslist werd haar offerte “niet te weerhouden”; als bijlage wordt een kopie van het aanbestedingsverslag meegegeven. Er wordt in die brief verwezen naar artikel 21bis van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, en naar een wachtperiode voor de betekening van de toewijzingsbeslissing van 10 dagen vanaf 4 oktober 2007 om “eventueel een beroep aan te tekenen bij het bevoegd rechtscollege”.

De grondvoorwaarden voor de schorsing

9. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid 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.

10.1. Wat de eerste en de derde in het voormelde artikel 17 gestelde voorwaarden betreft, beroept de verzoekende partij zich inzake het nadeel op de mogelijkheid om zelf de in het geding zijnde opdracht te kunnen uitvoeren, die zij door de gevraagde schorsing wil vrijwaren. Zij verwijst daarbij ook naar het feit dat de opdracht een belangrijke referentie zou zijn en naar de grote financiële waarde ervan. Voorts motiveert zij haar keuze voor de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid door te verwijzen naar het risico, dat de bestreden toewijzingsbeslissing aan de gekozen inschrijver zou worden betekend en aldus een overeenkomst tot stand zou komen, en naar artikel 21bis van de voornoemde wet van 24 december 1993.

Betreffende de eerste en derde voorwaarde geven de verwerende en de tussenkomende partijen geen opmerkingen.

10.2. Door de betekening van de bestreden toewijzingsbeslissing zou tussen de verwerende en de tussenkomende partij inderdaad een overeenkomst tot stand komen tengevolge waarvan, in de lijn van de rechtspraak van de Raad van State, arrest nr. 87.983 van 15 juni 2000 van de algemene vergadering van de afdeling administratie, een gewone vordering tot schorsing naar alle waarschijnlijkheid zou worden afgewezen. Het bestaan van die overeenkomst zou de betrachting van de verzoekende partij om zelf de opdracht nog uit te voeren, ernstig bemoeilijken en zou een mogelijk herstel in natura verder af brengen. Aldus moet worden aanvaard dat de verzoekende partij door de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing, het rechtens vereiste moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan ondergaan mede gelet op de aard en de waarde van de in het geding zijnde opdracht, onderworpen aan bekendmaking in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen.

Voorts, wegens de dreigende betekening die onder verwijzing naar een wachttermijn van tien dagen en artikel 21bis van de meervermelde wet van 24 december 1993, door de verwerende partij in haar brief van 28 september 2007 wordt aangekondigd, wordt te dezen aanvaard dat de verzoekende partij een beroep deed op de procedure tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

11.1. De verzoekende partij voert in een enig middel de schending aan van artikel 15 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, 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, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, van het materiële motiveringsbeginsel en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur met in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel, het *patere legem* - beginsel, evenals van het “Europees beginsel van de gelijke behandeling der inschrijvers”.

Zij betoogt daartoe dat het voornoemde artikel 15 stelt dat de opdracht toegewezen wordt aan de inschrijver met de laagste regelmatige offerte; te dezen wordt de NV Houben als dusdanig aangewezen “ondanks aperte afwijkingen van bepaalde eenheidsprijzen ten aanzien van de gemiddelde eenheidsprijs voor de

desbetreffende posten op de samenvattende meetstaat”. In het verslag wordt immers vermeld dat enkel de eenheidsposten die 1% of meer uitmaakten van het geheel werden onderzocht, waardoor werd aangegeven dat deze posten essentieel waren. Voorts vermeldt het verslag welke posten voor eenheidsprijzen als abnormaal worden beschouwd namelijk die met een afwijking van 30% of meer.

In het verslag wordt wat de offerte Houben betreft de abnormaliteit gecontroleerd van de eenheidsprijzen pilootopdracht en grondwerken.

Inzake de pilootopdracht hanteerde Houben een prijs die voor 24,52% afweek van de gemiddelde opgegeven prijs; inzake de afvoer van grond naar een klasse III stortplaats een prijs met 28,84% afwijking.

De verwerende partij had hier een rechtvaardiging moeten voor vragen; ze heeft dit nagelaten; zonder enig concreet onderzoek heeft ze zich beperkt tot stijlformules.

Artikel 110, §3, bevat wel geen absolute verplichting tot afwijzing maar een prijsverschil van 25% in eenheidsprijzen voor die twee posten had de verwerende partij als zorgvuldig bestuur ertoe moeten aanzetten verantwoording te vragen.

Aldus wordt wat betreft de eenheidsprijs voor de post van de pilootaanneming bij de inschrijving Houben verwezen naar de inschatting van de werkdruk en de loonkost. Dit zijn op zich elementen waarmee de andere inschrijvers evenzeer rekening dienden te houden, en hiermee kan geenszins het relatieve belang kan worden aangetoond van afwijkingen van een grootteorde van 25%. De voornoemde elementen zijn niet eigen aan de inschrijver, inschrijving of specificiteit van de opdracht die in rechte de abnormaliteit van de prijs kunnen ontcrachten.

Voorts wordt bij het onderzoek naar de eenheidsprijs voor de grondwerken en het grondverzet verwezen naar het feit dat de prijzen bij alle inschrijvers uiteen liepen. Aan de hand van de vergelijkende meetstaat bij het aanbestedingsverslag blijkt echter dat enkel de inschrijving Houben op dergelijke aperte wijze afwijkt van de gemiddelde eenheidsprijs. Bovendien wordt verwezen naar het vermeend niet voor handen zijn van een technisch verslag, terwijl dit aan alle inschrijvers bij afzonderlijk schrijven van 7 juni 2007 werd meegedeeld. Ten slotte blijkt de abnormaliteit van de eenheidsprijs grondwerken ook uit het feit dat

de post afvoer van grond naar een klasse III stortplaats een eenheidsprijs wordt opgegeven die lager is dan deze voor afvoer van grond voor hergebruik terwijl die grond helemaal niet moet worden gestort. Dit is praktisch onmogelijk.

11.2. De verwerende partij wijst er in de eerste plaats op dat geen inschrijver abnormaal was inzake totaalprijs - abnormaal zoals begrepen in artikel 110, § 4, 1/. Met de 1%-regel en de 30%-regel inzake eenheidsprijzen wordt niet aangegeven welke prijzen abnormaal zijn doch wel welke prijzen aan een bijkomend prijsonderzoek worden onderworpen.

Post 02.01 betreft de prestaties inzake pilootaanname; hiervoor diende een forfaitaire prijs opgegeven te worden die het geheel van de prestaties in deze post moet dekken .

Er zijn drie posten voor de afvoer van bodem naar erkende stortplaatsen :

- post 02.00.02/C1: afvoeren en verwijderen bodem naar stortplaats klasse I (zwaarste klasse)
- post 02.00.02/C2: afvoeren en verwijderen bodem naar stortplaats klasse II (midden-klasse)
- post 02.00.02/C3: afvoeren en verwijderen bodem naar stortplaats klasse III (minst zware klasse).

Voor deze posten werd een vermoedelijke hoeveelheid voorzien op de meetstaat; voor C1 en C2 "1", voor C3 18.719,71 m³; dit laatste is aanneembaar aangezien alles er op wijst dat enkel gronden zullen moeten worden afgevoerd naar een klasse III stortplaats.

Het technisch verslag Lisec is daarbij slechts een richtinggevend document - zie het terechtwijzend bericht van 8 juni 2007- dat geen repercussies kon hebben op de vermoedelijke hoeveelheden.

Uit het aanbestedingsverslag blijkt duidelijk dat de prijzen voor de betrokken posten pilootaanname en grondafvoer onderzocht werden en om welke reden ze als normaal werden aanvaard. De verzoekende partij toont ook niet aan dat de prijzen van NV Houben abnormaal zouden zijn. Voor die posten zijn prijsverschillen gebruikelijk.

T.a.v. de onderdelen van de meetstaat waarvan de kwestieuze prijzen deel uitmaken dient te worden vastgesteld dat de prijzen opgegeven door de NV Houben helemaal niet abnormaal afwijken van de raming.

Voor het grondverzet van post C3 wijst de verwerende partij er op dat prijsverschillen voor een dergelijke post doorgaans te wijten zijn aan specifieke omstandigheden eigen aan de inschrijver zoals bijvoorbeeld het beschikken over een eigen stortplaats. Voor die post wijkt de verzoekende partij trouwens zelf meer dan 30% af van het gemiddelde.

De elementen vervat in artikel 110, § 3, zijn niet pertinent; die elementen zijn maar van toepassing als er abnormale prijzen worden vastgesteld hetgeen te dezen niet het geval is. Omdat er geen sprake is van abnormale prijzen diende er ook geen prijsverantwoording te worden gevraagd aangezien zulks slechts verplicht is indien de overheid een inschrijver wil weren om reden van abnormale prijzen.

De verwijzing door de verzoekende partij naar het zorgvuldigheidsbeginsel gaat niet op : omdat grote prijsverschillen voor de twee kwestieuze posten gebruikelijk zijn, zoals hiervoor is vastgesteld, is er hier niet a priori sprake van abnormaliteit; in die context getuigt het niet van onzorgvuldigheid om geen bijkomende prijsverantwoording te hebben gevraagd.

Het verslag Lisec is geen technisch verslag sensu stricto; het rapporteert enkel het resultaat van steekproeven en is vrij algemeen opgesteld; dit verslag werd slechts als bijkomende informatie gegeven, zonder dat dit verslag determinerend kon zijn voor de beoordeling van de grondsamenstelling en voor de bepaling van de prijzen.

11.3. De tussenkomende partij merkt in de eerste plaats op dat er geen schending is van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen; de twee aangehaalde posten bevatten een motivering.

Wat de schending van de wetgeving overheidsopdrachten betreft meer bepaald de voornoemde artikelen 15 en 110, § 3, is die er evenmin; de verwerende partij heeft nooit de offerte van tussenkomende partij als abnormaal willen onregelmatig verklaren zodat artikel 110, § 3, niet van toepassing is; evenmin is dan ook sprake van een schending van artikel 15.

Wat de schending van het zorgvuldigheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en het *patere-legem* -beginsel betreft, rijst de vraag in hoeverre de verwerende partij als zorgvuldig bestuur verplicht was een prijsverantwoording te organiseren. Hier beschikte de verwerende partij over een ruime discretionaire bevoegdheid en heeft de Raad slechts een marginale toetsingsbevoegdheid.

Inzake de post pilootaanbesteding gaat de verwerende partij er terecht van uit dat uitgaande van de interne organisatiestructuur de aan de uitvoering verbonden kosten op een verschillende wijze kunnen worden ingeschat door de inschrijvers bijvoorbeeld in functie van het aantal onderaannemers dat deze inschrijver bij de uitvoering van de werken zal inschakelen.

Inzake de post afvoeren en verwerken van de uitgegraven bodem naar een stortplaats klasse III : de technische informatie zoals opgenomen in het bestek bepaalt dat de uit te graven bodem niet ernstig vervuild is zodat wordt voorzien dat de integrale af te graven hoeveelheid naar een stortplaats klasse III wordt afgevoerd. De tussenkomen partij stelt dat ze een geschikte bestemming heeft gezocht tegen een competitieve prijs. De gegeven prijs is normaal en marktconform en wijkt voor het globale grondverzet niet fundamenteel af van de raming.

Ten slotte benadrukt de tussenkomen partij dat de verzoekende partij nalaat toe te lichten waarom de door de tussenkomen partij opgegeven eenheidsprijzen als abnormaal laag zouden moeten worden aangemerkt.

11.4.1. De verwerende partij heeft zelf een definitie gegeven van wat ze als substantiële posten ziet en welke niet. Het meervermelde verslag vermeldt immers :

“De eenheidsprijzen van de drie best gerangschikte inschrijvers werden nagekeken.
Daarbij werden enkel die eenheidsprijzen die van substantieel belang zijn voor de offerte [worden] in beschouwing genomen.
Hierbij werd aangenomen dat enkel die artikels waar de afwijking van het totaalbedrag voor de post groter of gelijk is dan 1 % van het inschrijvingsbedrag van substantieel belang zijn.
Procentuele afwijkingen lager dan 70 % en hoger dan 130 % ten opzichte van de gemiddelde eenheidsprijs werden onderzocht op hun abnormaal karakter”.

11.4.2. Hieruit lijkt te moeten worden afgeleid dat posten van 1% of meer van het inschrijvingsbedrag substantieel zijn; voorts dat afwijkingen van 30 % of meer t.a.v. de gemiddelde eenheidsprijs aanleiding geven tot onderzoek naar eventuele abnormaliteit, niet dat prijsafwijkingen van 30% of meer, meteen abnormaal zijn.

11.4.3. 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 luidt als volgt :

“§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 schriftelijke verantwoordingen te verstrekken binnen een termijn van twaalf kalenderdagen, tenzij de uitnodiging een langere termijn bepaalt. Het is de inschrijver die het bewijs moet leveren van de verzending van die verantwoordingen.

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 product, het ontwerp of het werk dat de inschrijver aanbiedt”

10.4.4. Het aangehaalde artikel 110, § 3, schrijft in letterlijke lezing voor dat de aanbestedende overheid enkel indien ze zinnens is een offerte af te wijzen wegens haar blijkbaar abnormaal hoge of abnormaal lage eenheidsprijzen, verantwoordingen dient te vragen aan de betrokken inschrijver. Te dezen is de gekozen offerte Houben niet afgewezen. Artikel 15 van de voormelde wet van 24 december 1993 wet schrijft echter voor dat een inschrijver die de opdracht toegewezen wordt regelmatig dient te zijn. Zulks lijkt in te houden dat zijn offerte geen abnormale prijzen bevat. Voorts rust op de aanbestedende overheid, bij het nemen van haar beslissing of zij al dan niet de abnormaliteit van prijzen onderzoekt, en bij dat onderzoek zelf, een zorgvuldigheidplicht, naast een verplichting om de regels die zij zichzelf daarbij heeft opgelegd na te leven en dient zij de formele en materiële motiveringsverplichtingen na te komen.

Te dezen is bij de “analyse van de prijzen”, meer bepaald de eenheidsprijzen, in het gunningsverslag de werkregel gesteld dat die prijzen bij de drie best geklasseerde inschrijvers werden nagekeken, maar wat de eenheidsprijzen betreft enkel de prijzen die “van substantieel belang zijn voor de offerte”, meer bepaald deze bij “artikels waar de afwijking van het totaalbedrag voor de post groter of gelijk is dan 1 % van het inschrijvingsbedrag” en waarbij het “procentuele

afwijkingen lager dan 70 % en hoger dan 130 % ten opzichte van de gemiddelde eenheidsprijs” betrof.

11.4.5. Aan de hand van de voornoemde werkregel is een onderzoek naar al dan niet abnormale eenheidsprijzen verricht waarbij twee posten van de tussenkomende partij tegen het licht werden gehouden.

Deze twee posten zijn samengeteld kleiner dan het verschil tussen de prijs van de verzoekende partij en die van de tussenkomende partij doch een onderzoek naar abnormale prijzen kan leiden tot onregelmatigverklaring van een inschrijving zodat de verzoekende partij belang heeft bij het middel.

11.4.6. Bij de post pilootaanname lijkt te zijn vastgesteld dat de prijs van de tussenkomende partij slechts 25% bedraagt van de gemiddelde eenheidsprijs.

De verwerende partij meende dat deze prijs niet abnormaal was -en dat de tussenkomende partij dan ook geen uitleg diende te worden gevraagd- op grond van de volgende redengeving :

“Analyse:

De pilootaanname omvat voornamelijk administratieve en organisatorische taken.

De kostprijs is dus voornamelijk afhankelijk van het aantal voorziene manschappen, hun loonkost en de interne werking van de inschrijver.

De werkdruk kan door de inschrijvers zeer verschillend ingeschat worden, dus dergelijke afwijkingen worden niet als abnormaal beschouwd.

Daarom wordt deze eenheidsprijs als normaal en marktconform beschouwd”.

Zonder deskundig onderzoek lijkt het de Raad van State niet mogelijk de hierop te betrekken grieven van de verzoekende partij aan te nemen. Dergelijk onderzoek is niet inpasbaar in de huidige procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid. Het middel kan dan ook in dit onderdeel niet ernstig worden bevonden.

11.4.7. De post grondverzet afvoer naar erkende stortplaats klasse III werd nader onderzocht omdat de prijs van de tussenkomende partij hier slechts 29% zou bedragen van de gemiddelde eenheidsprijs.

De verwerende partij meende dat deze prijs niet abnormaal was en dat de tussenkomende partij geen uitleg diende te geven op basis van volgende redengeving :

“Analyse :

De eenheidsprijzen voor onderhavig artikel liggen bij de verschillende inschrijvers ver uit elkaar.

Dit is waarschijnlijk te wijten aan het ontbreken van een technisch verslag.

Daarom wordt deze eenheidsprijs als normaal en marktconform beschouwd”.

De vermoedelijke hoeveelheid af te voeren grond klasse III wordt op de samenvattende opmeting gevoegd bij het bestek aangeduid als 18.719,71 m³.

De verwijzing naar het ontbreken van een technisch verslag komt onduidelijk over : in het administratief dossier was wel degelijk sprake van een technisch verslag dat trouwens bij terechtwijzend bericht van 8 juni 2007 aan alle kandidaat-inschrijvers werd bezorgd. In de brief van 6 juni 2007 wordt eveneens op affirmatieve wijze geantwoord op de vraag “is er een technisch verslag ?” met “er hebben verschillende onderzoeken plaats gevonden op *het* terrein. Een copij daarvan zal [...]verstuurd worden”.

Nu voor het eerst, in de nota gaat de verwerende partij dit technisch verslag eigenlijk in zijn essentie betwisten : het zou geen technisch verslag zijn en in wezen een volstrekt onbelangrijk document.

Dit lijkt in tegenspraak met elementen in het administratief dossier. De verzoekende partij had aangedrongen op een herziening van het aantal m³ door de voorziene 18.719,71 m³ klasse III stortplaats te reduceren ten voordele van de post 02.00.02/A “grondverzet - afvoer/naar bestemming voor gebruik”.

De eenvoudige bewering dat het prijsverschil ligt aan het ontbreken van een technisch verslag lijkt te dezen al te summier en te hypothetisch - en misschien zelfs onjuist nu de tussenkommende partij zich juist op dit verslag beroept om haar prijs te verantwoorden in haar tussenkomst (blz. 14)- om te stellen dat de verwerende partij hier geen plicht had, vanuit het zorgvuldigheidsbeginsel, om de tussenkommende partij te bevragen. Zulks klemmt deze te meer nu de nota van de verwerende partij eigenlijk vooral gewaagt van factoren als het kunnen beschikken over een eigen stortplaats terwijl dit volstrekt hypothetisch is en trouwens door de tussenkommende partij niet wordt bevestigd, ook niet ter terechtzitting. De tussenkommende partij heeft het in zeer algemene bewoordingen over het feit dat ze een zeer competitieve prijs heeft kunnen verkrijgen. In het licht van een eventuele verschuiving van de post klasse III naar de post afvoer voor gebruik, leek het dan zeker nuttig voor de verwerende partij om de ernst van de bewering van de

tussenkomende partij na te gaan. De tussenkomende partij reageert in haar verzoekschrift ook niet op de opmerking van de verzoekende partij dat het vreemd is dat bij de tussenkomende partij de prijs voor de afvoer naar een stort goedkoper is dan de prijs voor afvoer voor gebruik. Overigens zijn motieven die aangedragen worden na het nemen van de bestreden beslissing in beginsel irrelevant aangezien niet aangetoond wordt dat ze aan de bestreden beslissing ten grondslag liggen.

Aldus lijkt ook het feit dat de prijs van de tussenkomende partij eigenlijk niet zo veel afwijkt van de raming niet zo relevant nu de verwerende partij voor een mogelijk onderzoek naar abnormale prijzen dit gegeven niet in rekening bracht.

Dat de verzoekende partij niet zou aantonen dat de door de tussenkomende partij opgegeven prijzen abnormaal zijn, doet niets af van de vaststelling dat de verwerende partij haar verantwoording voor het niet abnormaal vinden van de prijs grondverzet bij de tussenkomende partij erg twijfelachtig lijkt te motiveren.

Het feit ten slotte dat de prijs die de verzoekende partij zelf opgegeven heeft voor de post grondverzet ook aanleiding gaf tot onderzoek, doet geen afbreuk aan het belang bij het middel : in de mate dat de offerte van de tussenkomende partij een nader onderzoek of betere motivering vereist, kan dit ook gelden voor de offerte van de verzoekende partij. De uitslag van dit bijkomend onderzoek of de betere motivering impliceert voor de verzoekende partij net zomin als voor de tussenkomende partij dat ze meteen ook een onregelmatige offerte zouden hebben ingediend.

11.4.8. Uit hetgeen voorafgaat lijkt te moeten worden afgeleid dat bij het nemen van de bestreden beslissing een zorgvuldig handelende aanbestedende overheid op het punt van de post grondverzet de procedure van voormeld artikel 110, §3, had moeten volgen en om een verantwoording had moeten vragen betreffende de eenheidsprijzen hetgeen is verzuimd. Aldus is bij het nemen van de bestreden toewijzingsbeslissing niet gehandeld overeenkomstig het zorgvuldigheidsbeginsel en de meervermelde artikelen 110, §3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 en artikel 15 van de wet van 24 december 1993. Aldus lijkt ook de materiële motiveringsverplichting geschonden doordat het aanbestedingsdossier geen pertinente redenen lijkt te bevatten die de conclusie van het verslag betreffende de post grondverzet naar erkende stortplaats klasse III wettigen namelijk dat de

eenheidsprijzen van de gekozen inschrijver Houben marktconform en normaal zijn. Het middel is in zoverre ernstig.

12. Uit hetgeen voorafgaat volgt dat is voldaan aan de voorwaarden gesteld in artikel 17, §§1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, die vervuld moeten zijn wil een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden toegewezen,

**OM DIE REDENEN
BESLIST DE RAAD VAN STATE :**

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van de NV Houben in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

Artikel 2.

Bevolen wordt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van het besluit van het college van burgemeester en Schepenen van de Stad Genk van 26 september 2007 waarbij werd beslist de offerte van de N.V. Heijmans Bouw, betreffende de realisatie van infrastructuur voor Toerisme, Bedrijvigheid en Cultuur (C-Mine), perceel 1, niet in aanmerking te nemen en werd beslist de opdracht toe te wijzen aan de NV Houben.

Artikel 3.

De uitspraak over de bijdrage in de betaling van de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt uitgesteld.

De kosten van de tussenkomst in de schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, bepaald op 125 euro, komen ten laste van de tussenkomende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op
acht november 2007, door :

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

kamervoorzitter,
griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.