

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 193.437 van 19 mei 2009
in de zaak A. 192.331/XII-5799.**

In zake : de NV ANTWERPSE BOUWWERKEN,
die woonplaats kiest bij
advocaat D. De Keuster,
kantoor houdende te Antwerpen,
Lange Lozanastraat 270

tegen :

het AUTONOOM GEMEENTEBEDRIJF STADSPLANNING
ANTWERPEN,
dat woonplaats kiest bij
advocaat B. Schutyser,
kantoor houdende te 1050 Brussel,
Louizalaan 106.

tussenkomen de partij :

de NV CORDEEL,
die woonplaats kiest bij
advocaat L. De Wolf,
kantoor houdende te Strombeek-Bever,
Oude Mechelsestraat 165.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de nv Antwerpse Bouwwerken op 24 april 2009 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing van de tenuitvoerlegging te vorderen van “de beslissing van de raad van bestuur van de verwerende partij dd. 3 april 2009 tot toewijzing van de overheidsopdracht RVB094A05 Park Spoor Noord. WDT Loods voor lot nummer 1, (sloop-, ruwbouwwerken water- en winddicht, technieken en afwerking) aan de NV Cordeel Zetel Temse en de impliciete beslissing tot niet-toewijzing aan de verzoekende partij”;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 27 april 2009 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 14 mei 2009, om 10.00 uur;

Gezien het op 6 mei 2009 ingediende verzoekschrift waarbij de nv Cordeel 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 advocaat D. De Keuster, die verschijnt voor verzoekende partij, van advocaat B. Schutyser, die verschijnt voor verwerende partij, en van advocaat L. De Wolf, die verschijnt voor tussenkomende partij;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur I. Vos;

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. Het autonoom gemeentebedrijf Stadsplanning Antwerpen, verwerende partij, schrijft een opdracht van werken uit, onder de vorm van een openbare aanbesteding, met als benaming “renovatie van WDT-loods en nieuwbouw sporthal”. De opdracht betreft deels de renovatie van een oude loods, deels de nieuwbouw van een sportzaal met bijhorende horeca en kantoren. De opdracht is onderverdeeld in 2 percelen. Het eerste perceel betreft “sloop-, ruwbouwwerken, water-en winddicht, technieken en afwerking”. Het tweede perceel heeft betrekking op dak- en gevelelementen uit composiet- en sandwichpanelen. De voorliggende procedure heeft uitsluitend betrekking op perceel 1.

2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en het Publicatieblad van de Europese Unie op 16 oktober 2008.

3. In verband met de prijsbepaling vermeldt het toepasselijke bestek voor perceel 1 dat de opdracht wordt beschouwd als een gemengde opdracht: “werken tegen globale prijs en werken tegen prijslijst, dit laatste enkel voor werken die onmogelijk op voorhand kunnen worden ingeschat en waarvan de hoeveelheden in de opmetingsstaat als vermoedelijk zijn aangeduid. Alle hoeveelheden in de meetstaten zijn forfaitair, tenzij uitdrukkelijk anders vermeld”. De werken volgens prijslijst maken een minderheid uit van de posten van de opmetingsstaat.

4. De opening van de inschrijvingen vindt plaats op 10 december 2008. Tien aannemers blijken een offerte te hebben ingediend.

Na administratief en gedetailleerd rekenkundig nazicht, inbegrepen de voorgestelde verbeteringen aan de hoeveelheden van de opmetingsstaat en het invullen van de leemten, ziet de rangschikking er uit als volgt :

1. Antwerpse Bouwwerken nv	7.965.668,80 EUR
2. Cordeel Zetel Temse nv	8.498.725,82 EUR
3. Van Laere nv	8.595.172,99 EUR
4. Willemen General Contractor nv	9.096.626,53 EUR
5. HEIJMANS nv	9.271.191,75 EUR
6. IBO nv	9.473.548,30 EUR
7. CEI-De Meyer nv	9.613.947,78 EUR
8. DCA nv	9.662.083,34 EUR
9. Vooruitzicht nv	9.741.132,80 EUR
10. ABEB (CFE nv)	10.133.066,46 EUR

5. Vervolgens wordt vastgesteld dat de totaalbedragen van de inschrijvingen alle boven de grens van 15 % liggen, zodat er geen reden is om op grond van artikel 110, § 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, een prijsverantwoording te vragen.

6. Bij brief van 13 januari 2009 wordt aan verzoekende partij op grond van artikel 110, § 3, van het voornoemde koninklijk besluit van 8 januari 1996 gevraagd om de inschrijvingsprijzen voor een aantal posten te verantwoorden en wordt gevraagd om het veiligheidsplan terug te bezorgen. Bij brief van 23 januari 2009 wordt door verzoekende partij een prijsverantwoording bezorgd. Deze prijsverantwoording bevat - na een algemene toelichting over de totstandkoming van

de eenheidsprijzen als som van de directe productiekostprijs, de indirecte kosten (werfkosten), de algemene kosten (zetelkosten) en de marge (risico en winstdekking) - slechts een overzicht van de prijsopbouw voor de eenheidsprijzen waarvoor een verantwoording werd gevraagd (onder meer opsplitsing van eenheidsprijs in aandeel directe kosten, indirecte kosten, plaatsingskost).

7. Bij brief van 13 januari 2009 wordt ook aan de nv Cordeel gevraagd om het veiligheidsplan terug te bezorgen, welke brief door de nv Cordeel wordt beantwoord op 19 januari 2009.

8. Vervolgens richt verwerende partij tevens een vraag tot prijsverantwoording aan de vier volgende laagste inschrijvers, die allen eveneens een prijsverantwoording verstrekken.

9. Bij brief van 13 maart 2009 wordt aan verzoekende partij gevraagd om verlenging van de gestanddoeningstermijn met dertig dagen, welke vraag wordt bevestigd bij brief van 23 maart 2009.

10. In het verslag van nazicht van de inschrijvingen van 1 april 2009, opgesteld door Verdickt & Verdict architecten, wordt de prijsverantwoording die door verzoekende partij werd verstrekt voor vier posten niet aanvaard, wat als volgt wordt gemotiveerd :

“Deel architectuur

[...]

- Art. J14.10a530 - Brandvertragende verf op staalconstructies - Rf ½ uur
Rekening houdende met de opgegeven plaatsingskost van 30.072,00 EUR voor het uitvoeren van de handelingen (drie !) zoals beschreven in het lastenboek (aanbrengen van een primerlaag op de voorbehandelde ondergrond / aanbrengen van een brandwerende verf met variabele laagdikte berekend volgens profielfactor of massiviteit van de te behouden stalen spanten, kolommen en liggers / afwerken met een dekkende laag topcoating dewelke het opschuimend vermogen van de brandwerende verf niet verhindert) enerzijds, anderzijds uitgaande van een uurloon van 40,00 EUR/uur en het gegeven dat de plaatsingskost van één handeling bij benadering 10.024,00 EUR (één derde van de plaatsingskost) bedraagt, beschikt de inschrijver over ongeveer 251 werkuren om één handeling uit te voeren. Er dienen per handeling 91 spanten, 28 kolommen en meer dan 400 lopende meter stalen liggers (oppervlakte +/- 7.500 vierkante meter) te worden behandeld. In de veronderstelling dat 2 arbeiders (spuiter + hulp) maximum 125 vierkante meter per dag kunnen behandelen (m.a.w. 62,5 vierkante meter/ dag/man) zou dit werk reeds 120 mandagen voor één laag in beslag nemen. Of 360 mandagen voor drie lagen, uitgaande van een uurloon van 40,00 EUR/uur (360 mandagen X 8 uur/dag X 40,00 EUR/uur) zou de plaatsingskost 115.200,00 EUR bedragen. Daarenboven dient men nog af te plakken stellingen wordende plaatsen, op te kuisen e.d. Uit

het voorgaande blijkt dat de ingeschatte arbeidskost door de inschrijver onrealistisch is.

Rekening houdende met de opgegeven materiaalkost van 25.833,53 EUR voor het aanbrengen van drie lagen zoals beschreven in het lastenboek (aanbrengen van een primerlaag op de voorbehandelde ondergrond / aanbrengen van een brandwerende verf met variabele laagdikte berekend volgens profielfactor of massiviteit van de te behouden stalen spanten, kolommen en liggers / afwerken met een dekkende laag topcoating dewelke het opschuimend vermogen van de brandwerende verf niet verhindert) enerzijds, anderzijds uitgaande van een te behandelen oppervlak van +/- 7.500 vierkante meter / verbruik van +/- 1,5 kg verf per vierkante meter / prijs verf +/- 7,00 EUR/kg geeft dit een materiaalkost voor de brandwerende verf van 78.750,00 EUR. Uit voorgaande blijkt dat de ingeschatte materiaalkost door de inschrijver onrealistisch is en is het duidelijk dat met de opgegeven materiaalkost geen kwalitatieve producten kunnen aangeleverd worden.

Rekening houdend met de omvang van het werk (alle stalen spanten, kolommen, liggers dewelke deel uitmaken van de bestaande te behouden staalstructuur), merendeel uit te voeren op hoogte en het verticale materieel- en materiaaltransport is dit met de door de inschrijver opgegeven plaatsings- en materiaalkost niet uitvoerbaar volgens de regels van goed vakmanschap. Daarenboven ligt het door de inschrijver opgegeven totaalbedrag voor deze post 77 % lager dan het berekende gemiddelde totaalbedrag. Bijgevolg wordt de vooropgestelde abnormale eenheidsprijs en de daaraan gekoppelde verantwoording niet aanvaard.

[...]

Deel stabiliteit verbouwing

- Art. 03.06.18.1 - S 235

De gevraagde prijsverantwoording beperkt zich tot een rekenkundige opsplitsing van de opgegeven eenheidsprijs. Wij zijn van oordeel dat de opgegeven eenheidsprijs niet marktconform is. Daarenboven ligt de opgegeven eenheidsprijs 77% lager dan het berekende gemiddelde. Bijgevolg wordt de vooropgestelde abnormale eenheidsprijs en de daaraan gekoppelde verantwoording niet aanvaard.

[...]

Deel stabiliteit nieuwbouw

- Art. 03.06.14.C - Staalkabels S 1260

De gevraagde prijsverantwoording beperkt zich tot een rekenkundige opsplitsing van de opgegeven eenheidsprijs. Wij zijn van oordeel dat de opgegeven eenheidsprijs niet marktconform is. Daarenboven ligt de opgegeven eenheidsprijs 71 % lager dan het berekende gemiddelde. Bijgevolg wordt de voorgestelde abnormale eenheidsprijs en de daaraan gekoppelde verantwoording niet aanvaard.

[...]

- Art. 03.14.11.B - Spanten

De gevraagde prijsverantwoording beperkt zich tot een rekenkundige opsplitsing van de opgegeven eenheidsprijs. Wij zijn van oordeel dat de opgegeven eenheidsprijs niet marktconform is. Daarenboven ligt de opgegeven eenheidsprijs 222 % hoger dan het berekende gemiddelde. Bijgevolg wordt de voorgestelde abnormale eenheidsprijs en de daaraan gekoppelde verantwoording niet aanvaard.

[...]

De prijsverantwoording voor de post J14.10a530 'Brandvertragend verf op staalconstructies' werd, zoals hierboven is uiteengezet niet aanvaard. Het gaat om een zeer belangrijke afwijking (77 %) voor een belangrijke post met een waarde van ca 5 % van de opdracht. De omstandigheid dat voor die post omwille van de hierboven aangegeven redenen geen afdoende prijsverantwoording werd gegeven rechtvaardigt reeds, op zich genomen, dat de offerte van de

NV Antwerpse Bouwwerken wordt geweerd. Dit geldt des te meer nu ook voor een aantal andere, soms relatief grote posten (de post S235 en de posten stabiliteit nieuwbouw waarvoor prijsverantwoording werd gevraagd), geen overtuigende prijsverantwoording kon worden gegeven. Het besluit is dan ook dat die inschrijver wegens het hanteren van abnormaal lage prijzen moet worden geweerd”.

Vervolgens wordt geadviseerd om de werken toe te wijzen aan de tweede laagst gerangschikte inschrijver, Cordeel Zetel Temse nv.

11. Op 3 april 2009 beslist de Raad van Bestuur van verwerende partij om de werken betreffende perceel 1 op grond van het gunningsverslag opgemaakt door Verdickt & Verdickt architecten en het advies van AG Vespa te gunnen aan Cordeel Zetel Temse nv tegen de som van 8.376.283,41 euro, btw niet inbegrepen. In de beslissing wordt tevens de volgende motivering uit het advies van AG Vespa opgenomen :

“Voor lot 1, alle werken exclusief dakwerken, werden 10 inschrijvingen ontvangen. De laagste bieding was afkomstig van de firma Antwerpse Bouwwerken. Gezien verschillende eenheidsprijzen abnormaal grote afwijkingen vertoonden ten opzichte van de gemiddelde inschrijvingsbedragen, werd een onderzoek gevoerd naar de eenheidsprijzen van de vijf laagst gerangschikte inschrijvingen. AB werd bij aangetekend schrijven dd. 12/01/2009 uitgenodigd de nodige inlichtingen te verschaffen. Cordeel, Van Laere, Willemen en Heijmans werden aangeschreven per aangetekend schrijven dd. 13/03/2009. De verantwoordingen van de prijzen werden beantwoord binnen de 12 kalenderdagen. Alleen het antwoord van Heijmans werd ontvangen buiten de wettelijk voorziene termijn van 12 kalenderdagen. Het antwoord dat AB bezorgde aan AG Vespa bij aangetekend schrijven van 23/01/2009 was onvoldoende overtuigend en kon het abnormale karakter van de prijzen niet weerleggen. Uit de analyse in het gunningsrapport blijkt dat de onderzochte en abnormaal bevonden prijzen een kwalitatieve uitvoering in het gedrang brengen. De prijzen van Cordeel, Van Laere en Willemen konden voldoende verantwoord worden. Verdickt & Verdickt architecten adviseren bijgevolg de inschrijving van AB te weren. De inschrijving van de tweede gerangschikte aannemer Cordeel wordt regelmatig bevonden”.

12. Bij brief van 10 april 2009 wordt door verwerende partij aan verzoekende partij meegedeeld dat haar offerte werd geweerd om reden van abnormaal lage eenheidsprijzen en omdat er geen overtuigende prijsverantwoording kon worden gegeven. Tevens wordt een wachtperiode van 15 dagen aangekondigd.

De ontvankelijkheid

13. Verwerende partij werpt een exceptie van gebrek aan belang op.

Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om die exceptie te onderzoeken en er uitspraak over te doen, nu, zoals hierna zal blijken, niet voldaan is aan de vereisten om de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de bestreden beslissingen toe te staan.

Vertrouwelijkheid stukken

14. Verwerende partij heeft een aantal stukken van het administratief dossier, namelijk de prijsverantwoordingen, als vertrouwelijk aangemerkt. Bij brief van 7 mei 2009 wordt dit door verzoekende partij betwist. Volgens haar behoort het tot de wezenskenmerken van een openbare aanbesteding dat de prijzen van de ingediende offertes publiek zijn, maakt een prijsverantwoording deel uit van de prijs en is ze geen commerciële know-how. Bovendien worden de prijsverantwoordingen als bijlage bij het gunningsverslag gevoegd en maken zij deel uit van de motieven van de bestreden beslissing. Het recht op rechtsbescherming impliceert volgens verzoekende partij dat zij kennis moet kunnen nemen van alle motieven en ook kennis moet kunnen nemen van de prijsverantwoordingen van de andere inschrijvers om te kunnen nagaan of zij op dezelfde wijze is behandeld.

15. Zoals de Raad van State reeds stelde (arrest 24 juni 2008, nr. 184.598, Siemens), komt het overeenkomstig de rechtspraak van het Hof van Justitie en het Grondwettelijk Hof aan de Raad van State toe om het vertrouwelijk karakter van de betrokken stukken te beoordelen en daarbij de vereisten van het eerlijk proces en die van het zakengeheim tegen elkaar af te wegen.

Op het eerste gezicht valt op te merken dat zowel artikel 139 van het voornoemde koninklijk besluit van 8 januari 1996 als de parlementaire voorbereiding bij artikel 11 van de nieuwe - nog niet van kracht zijnde - wet van 15 juni 2006 overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten van werken, leveringen en diensten, (*Parl. St. Kamer* 2005-06, nr. 51-2237/1, 29), verwijzen naar prijzen als vertrouwelijke aspecten van de offertes zodat de stelling van verzoekende partij dat alle prijzen openbaar zijn in haar algemeenheid in elk geval niet lijkt op te gaan.

Zoals de Raad van State reeds stelde in zijn arrest van 9 april 2009, nr. 192.274, Verheyen Graphics, lijkt het voorts niet raadzaam reeds in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid en dus zonder diepgaand onderzoek de vertrouwelijkheid te doen lichten, wegens de dreiging daardoor ingrijpende en niet

omkeerbare gevolgen voor het zakengeheim van de betrokken inschrijvers te bewerkstelligen.

16. Te dezen stelt zich in elk geval geen probleem voor wat betreft de prijsverantwoording van verzoekende partij aangezien deze door verzoekende partij zelf als niet vertrouwelijk stuk werd neergelegd. Bovendien is ter zitting gebleken dat verzoekster tot tussenkomst vrijwillig haar prijsverantwoording heeft meegedeeld aan verzoekende partij.

Voor wat betreft de prijsverantwoordingen van de overige inschrijvers, dient in de eerste plaats te worden vastgesteld dat deze uitsluitend relevant zouden kunnen lijken voor de beoordeling van het middel in de mate daarin een schending van het gelijkheidsbeginsel wordt aangevoerd. Bovendien lijken deze prijsverantwoordingen uitvoerig te zijn toegelicht en beoordeeld in het verslag van nazicht op grond waarvan verzoekende partij haar grieven in het kader van de huidige procedure reeds heeft kunnen uiten en onderbouwen.

In het kader van de onderhavige procedure tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid lijkt aldus niet aangetoond dat de betrokken stukken manifest als niet vertrouwelijk zijn aan te merken en deze vanuit het oogpunt van een recht op eerlijk proces in dit stadium noodzakelijk dienen te worden meegedeeld.

Bijgevolg blijven de door verwerende partij als vertrouwelijk aangemerkte stukken, met uitzondering van de prijsverantwoording verstrekt door verzoekende partij, in de huidige stand van het geding niet ter inzage, wat de Raad van State niettemin niet belet van deze informatie kennis te nemen en deze in zijn beschouwingen te betrekken.

De grondvoorwaarden voor de schorsing

17. 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.

Het middel

18. Wat de tweede van de in het voornoemde artikel 17 gestelde voorwaarden betreft, voert verzoekende partij in een *enig middel* de schending aan van “artikel 110, § 3 van het K.B. van 8 januari 1996, het gelijkheids- en non discriminatiebeginsel verwoord in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, de formele motiveringsplicht zoals bepaald in de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen én als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur; de materiële motiveringsplicht als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur en het redelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur”.

Het middel is opgesplitst in drie onderdelen.

18.1. In het eerste onderdeel voert verzoekende partij aan dat haar prijzen niet abnormaal zijn en dat de beslissing om haar prijzen als abnormaal te beschouwen het gelijkheidsbeginsel en de materiële en formele motiveringsplicht schendt.

Zij wijst er daarbij op dat hoewel artikel 110, § 4, van het voornoemde koninklijk besluit van 8 januari 1996, te dezen van toepassing was en geen aanleiding heeft gegeven tot onregelmatigheid van de offerte van verzoekende partij, verwerende partij deze offerte niettemin als onregelmatig heeft afgewezen omdat enkele eenheidsprijzen van de offerte strijdig zouden zijn met artikel 110, § 3, van ditzelfde koninklijk besluit.

De weigering van een offerte wegens abnormale prijzen betreft volgens verzoekende partij een legaliteitsbeslissing en geen opportuniteitsoordeel, zodat de Raad van State over de “volheid van bevoegdheid” zou beschikken. De inbreuken zijn te dezen echter zo manifest dat zij ook bij een beperkt toezicht zouden moeten worden gesanctioneerd.

Verzoekende partij zet daarbij uiteen dat de regeling met betrekking tot abnormale prijzen is ingesteld met drievoudig doel (te lage offertes zouden kunnen leiden tot een gebrek aan kwalitatieve uitvoering, de gelijkheid van de inschrijvers zou kunnen worden geschonden, speculatie is mogelijk). Te dezen wordt echter slechts op algemene wijze gesteld dat de kwalitatieve uitvoering in gevaar is, terwijl het een opdracht betreft tegen een globale prijs en de totaalprijs niet onregelmatig

is. Bovendien wordt nergens een verwijzing gemaakt naar speculatieve prijzen en/of de schending van het gelijkheidsbeginsel.

Ook is de aanbestedende overheid verplicht om dezelfde houding aan te nemen ten aanzien van alle inschrijvers. Te dezen zou de uitvoerige motivering inzake de post brandvertragende verf op staalconstructies met betrekking tot de offerte van verzoekende partij in schrill contrast staan met de laconieke motivering bij de andere artikels en de hulp die de aanbestedende overheid zou bieden aan de andere inschrijvers Cordeel en Van Laere en “pour besoin de la cause” zijn toegevoegd.

Verzoekende partij wijst er bovendien op dat haar prijsverantwoording in de lijn lag van wat werd gevraagd, namelijk een prijsopbouw en dat zij ook de geldigheidsduur van haar offerte heeft verlengd, wat zij niet zou hebben gedaan in geval van niet-realistische prijs. Het is volgens haar ook opvallend dat verwerende partij aan verzoekende partij geen tweede keer een prijsverantwoording heeft gevraagd voor dit artikel.

Een afwijzing wegens abnormale eenheidsprijzen van enkele artikels zou ook niet relevant zijn indien het een opdracht tegen globale prijs betreft zoals in onderhavig geval en er zich geen probleem stelt met de totale prijs.

Voorts zou verwerende partij in strijd met de rechtspraak van de Raad van State geen gebruik maken van eigen ramingen voor de beoordeling van de eenheidsprijzen, doch enkel van het gemiddelde van de inschrijvingsprijzen.

Ook zou verwerende partij allesbehalve consequent zijn in haar beoordeling van de verantwoordingen voor de abnormale prijzen. Zo zouden allerlei percentages inzake afwijking van de gemiddelde eenheidsprijs soms worden aanvaard, soms niet, zonder dat er één duidelijke lijn te bespeuren valt. Voorts zouden de verdachte posten uit de offertes van Cordeel en Van Laere in volume belangrijker zijn en in absolute cijfers samen meer afwijken van de gemiddelde prijzen dan deze uit de offerte van verzoekende partij.

Ten slotte licht verzoekende partij aan de hand van een aantal voorbeelden toe dat verwerende partij ook andere maatstaven zou gebruiken bij de beoordeling van de prijsverantwoordingen vanwege Cordeel en Van Laere.

18.2. In het tweede onderdeel werpt verzoekende partij op dat de onregelmatigheid wegens abnormale prijzen een relatieve onregelmatigheid betreft en geen substantiële onregelmatigheid, wat impliceert dat de aanbestedende overheid over deugdelijke motieven moet beschikken om een offerte te weigeren én derhalve niet enkel moet motiveren dat er sprake is van abnormale prijzen, doch ook de noodzaak van de weigering van de offerte moet aantonen.

De bestreden beslissing zou op dit punt in gebreke blijven aangezien enkel het “passe-partout argument” wordt gebruikt dat de onderzochte en abnormaal bevonden prijzen een kwalitatieve uitvoering in het gedrang brengen, doch nergens de noodzaak tot uitsluiting wordt toegelicht.

Volgens verzoekende partij volstaat dergelijke standaardmotivering niet, te meer omdat er een verhoogde formele motiveringsplicht geldt in onderhavig geval aangezien het een opdracht tegen globale prijs betreft waarbij de aannemer het risico van een vergissing draagt, aangezien reeds de bijzondere en strengere regeling geldt van artikel 110, § 4, van het voornoemde koninklijk besluit van 8 januari 1996, die te dezen geen probleem oplevert, aangezien de algemene regeling van 110, § 3, van ditzelfde koninklijk besluit enkel zin zou hebben bij een opdracht voor globale prijs om na te gaan of er sprake is van “frontloading” en/of van bepaalde speculaties; en aangezien verzoekende partij een gereputeerde onderneming is.

Ook de materiële motiveringsplicht zou zijn geschonden. Het argument dat verzoekende partij geen kwaliteitsvol werk zou kunnen leveren, zou niet correct zijn. Zij wijst er daarbij nogmaals op dat het een opdracht tegen globale prijs betreft en dat indien de opdrachtnemer bepaalde eenheidsprijzen te laag zou hebben ingeschat, de opdrachtnemer hiervoor het risico draagt en niet de aanbestedende overheid. Bovendien zou het bij elke opdracht normaal zijn dat er zich tijdens de uitvoering lichte verschuivingen voordoen tussen verschillende artikels van de meetstaat, het zogenaamde “bluts met de buil”- principe. Zij wijst erop dat het een prijscalculatie van meer dan duizend artikelen betrof en dat er ook een algemeen artikel “algemene kosten, risico en winst” was toegevoegd als bufferartikel.

Er bestaan volgens verzoekende partij geen deugdelijke motieven om haar offerte als onregelmatig te weren indien zij abnormale eenheidsprijzen zou hebben ingediend voor enkele artikelen op een totaal van meer dan duizend, indien de opdracht een totaalprijs vooropstelt en indien deze totaalprijs voldoet aan de specifieke regeling inzake abnormale prijzen voor totaalprijzen.

18.3. In een derde onderdeel stelt verzoekende partij dat de sanctie van de nietigheid in elk geval onredelijk is en niet in verhouding staat tot de gebeurlijke onregelmatigheid. Voorts wijst zij erop dat de sanctie 400.000 euro belastinggeld doet verliezen.

Bespreking van het middel

19. In het eerste onderdeel van haar enig middel voert verzoekende partij in essentie aan dat haar prijzen niet abnormaal zijn en dat de beslissing om haar prijzen als abnormaal te beschouwen het gelijkheidsbeginsel en de materiële en formele motiveringsplicht schendt.

Artikel 110, § 3, van het voornoemde koninklijk besluit van 8 januari 1996 luidt als volgt :

“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 uitzonderlijke 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”.

Aangenomen dient te worden dat de aanbestedende overheid over een ruime discretionaire bevoegdheid beschikt om al dan niet een procedure in te zetten waarbij op zoek gegaan wordt naar de aanwezigheid van abnormale prijzen, dat de Raad van State zich bij dergelijke beoordeling niet in de plaats kan stellen van het bestuur, dat hij 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 bewezen, dat een inschrijver zich niet mag beperken tot vaagheden en algemeenheden, dat de in artikel 110, § 3, voornoemd opgesomde objectieve factoren niet limitatief zijn, dat indien de overheid de offerte niet afwijst omwille van abnormale prijzen, een bevraging van de inschrijver volgens artikel 110, § 3, niet vereist is, dat er wel een plicht voor de aanbestedende overheid is om de regelmatigheid van een offerte na te gaan en één van de elementen van regelmatigheid is dat de offerte geen abnormale prijzen bevat

en dat ten slotte het onderzoek moet gebeuren met inachtnahme van de zorgvuldigheidsverplichting.

Te dezen blijkt dat bij brief van 13 januari 2009 aan verzoekende partij op grond van het reeds genoemde artikel 110, § 3, werd gevraagd om de inschrijvingsprijzen voor een aantal posten te verantwoorden, en dat verzoekende partij bij brief van 23 januari 2009 een prijsverantwoording heeft overgemaakt.

Vervolgens wordt in het hiervoor aangehaalde verslag van nazicht van de inschrijvingen van 1 april 2009 de prijsverantwoording die door verzoekende partij werd verstrekt voor vier posten niet aanvaard en worden de motieven hiervoor toegelicht.

In de bestreden beslissing van 3 april 2009 wordt nog gesteld dat het antwoord dat verzoekende partij aan AG Vespa bezorgde bij aangetekend schrijven van 23 januari 2009 onvoldoende overtuigend was en het abnormale karakter van de prijzen niet kon weerleggen. Tevens werd opgemerkt dat uit de analyse in het gunningsrapport lijkt dat de onderzochte en abnormaal bevonden prijzen een kwalitatieve uitvoering in het gedrang brengen.

Aldus lijkt aan de formele motiveringsplicht te zijn voldaan. Aangezien verzoekende partij in haar verzoekschrift uitgebreid kritiek levert op de motieven lijkt in elk geval aan de doelstelling van de formele motiveringsplichting te zijn voldaan.

Voorts sluiten de prijsonderzoeken in de artikelen 110, § 3, en 110, § 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 elkaar niet uit. Zoals blijkt uit de tekst van artikel 110, § 3, van dit koninklijk besluit is deze bepaling immers van toepassing zowel op abnormale eenheidsprijzen als op abnormale totale prijzen. Artikel 110, § 3, laat het aanbestedend bestuur toe om inschrijvers over bepaalde abnormale eenheidsprijzen te ondervragen, zelfs wanneer de totale prijs van de offerte niet abnormaal is. Daarbij wordt in geen uitzondering voorzien voor opdrachten tegen globale prijs. Bovendien betreft huidige opdracht geen zuivere opdracht tegen globale prijs, maar omvat zij tevens werken tegen prijslijst.

Voorts lijkt deze bepaling nergens voor te schrijven dat een aanbestedende overheid aan een inschrijver voor een welbepaalde post een tweede maal een prijsverantwoording zou moeten vragen. Evenmin lijkt deze bepaling uit

te sluiten dat verwerende partij bij de beoordeling van de eenheidsprijzen gebruik maakt van het gemiddelde van de inschrijvingsprijzen, te meer daar artikel 110, § 4, van ditzelfde koninklijk besluit zelf uitgaat van het gemiddelde van de inschrijvingen. Bovendien blijken te dezen tien inschrijvers een offerte te hebben ingediend, zodat aangenomen lijkt te kunnen worden dat het gemiddelde van de door deze inschrijvers geboden prijzen een indicatie vormt voor wat als normale prijs dient te worden beschouwd.

Verzoekende partij wijst er nog op dat haar prijsverantwoording in de lijn lag van wat gevraagd werd, namelijk een prijsopbouw. In de brief van 13 januari 2009 wordt echter ook uitdrukkelijk gevraagd om overeenkomstig artikel 110, § 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, de inschrijvingsprijzen van een aantal artikelen te verantwoorden. Een inschrijver die een verzoek tot prijsverantwoording ontvangt overeenkomstig artikel 110, § 3, van dit koninklijk besluit, moet weten dat dit een ernstige aangelegenheid is en hij dient zich ervan bewust te zijn dat hij zijn prijzen concreet en onderbouwd dient te verantwoorden aangezien hij het risico loopt dat zijn offerte onregelmatig wordt verklaard. In het licht van de beperkte prijsverantwoording door verzoekende partij lijkt haar kritiek aangaande de beweerde laconieke motivering voor drie posten in hoofde van verwerende partij niet te kunnen worden aanvaard.

Verder lijkt uit het feit dat verzoekende partij haar offerte op vraag van verwerende partij heeft verlengd niet te kunnen worden afgeleid dat haar prijzen wel degelijk realistisch zouden zijn, noch dat de verwerende partij de regelmatigheid van deze offerte zou hebben erkend.

Inzake de beweerde ongelijke behandeling valt op te merken dat de verwerende partij haar onderzoek heeft gestart op grond van het verschil tussen, eensdeels, een aantal eenheidsprijzen van de verzoekende partij en, anderdeels, de gemiddelde prijzen van de andere inschrijvers, wat geen gegevens lijken die niet in de betrokken beoordeling mogen worden ingepast.

Voorts lijkt verzoekende partij in tegenstelling tot andere inschrijvers in haar prijsverantwoording voor de post inzake de brandvertragende verf niet te verwijzen naar een onderaannemer, wat haar verantwoording essentieel lijkt te doen verschillen.

Dat de verdachte posten uit de offertes van Cordeel en Van Laere in volume belangrijker zijn en in absolute cijfers samen meer zouden afwijken van de gemiddelde prijzen dan de offerte van verzoekende partij lijkt niet relevant. Deze benadering houdt immers geen rekening met de prijsverantwoordingen die werden verstrekt door de inschrijvers, noch met de beoordeling ervan door de aanbestedende overheid.

Verzoekende partij wijst voorts nog op twee beweerde substantiële onregelmatigheden in de offerte van Cordeel en licht aan de hand van een aantal voorbeelden toe dat verwerende partij andere maatstaven zou gebruiken bij de beoordeling van de prijsverantwoordingen vanwege Cordeel en Van Laere. Deze elementen lijken er echter hoogstens toe te kunnen leiden dat de offertes van deze inschrijvers eveneens hadden moeten worden geweerd. Aangezien zij geen invloed lijken te hebben op de onregelmatigheid van de offerte van verzoekende partij en deze ook de regelmatigheid van de offertes van de overige inschrijvers dan Cordeel en Van Laere niet betwist, lijkt zij geen belang te hebben bij dit gedeelte van het eerste onderdeel van het middel. Op grond van de stukken van het dossier en in het licht van de concrete weerleggingen in de nota van de verwerende partij, lijkt in elk geval niet op het eerste zicht te kunnen worden afgeleid dat er sprake zou zijn van een ongelijke behandeling tussen verzoekende partij en de nv Cordeel Zetel Temse aan wie de opdracht uiteindelijk werd toegewezen.

Het eerste onderdeel is niet ernstig.

20. In het tweede onderdeel werpt verzoekende partij op dat de onregelmatigheid wegens abnormale prijzen een relatieve onregelmatigheid betreft en geen substantiële onregelmatigheid, wat impliceert dat de aanbestedende overheid over deugdelijke motieven moet beschikken om een offerte te weigeren én derhalve niet enkel moet motiveren dat er sprake is van abnormale prijzen doch ook de noodzaak van de weigering van de offerte moet aantonen.

In het verslag van nazicht wordt hierover het volgende opgemerkt :

“De prijsverantwoording voor de post J14.10a530 'Brandvertragend verf op staalconstructies' werd, zoals hierboven is uiteengezet niet aanvaard. Het gaat om een zeer belangrijke afwijking (77 %) voor een belangrijke post met een waarde van ca 5 % van de opdracht. De omstandigheid dat voor die post omwille van de hierboven aangegeven redenen geen afdoende prijsverantwoording werd gegeven rechtvaardigt reeds, op zich genomen, dat de offerte van de NV Antwerpse Bouwwerken wordt geweerd. Dit geldt des te meer nu ook voor een aantal andere, soms relatief grote posten (de post S235 en de posten

stabiliteit nieuwbouw waarvoor prijsverantwoording werd gevraagd), geen overtuigende prijsverantwoording kon worden gegeven. Het besluit is dan ook dat die inschrijver wegens het hanteren van abnormaal lage prijzen moet worden geweerd”.

In de bestreden beslissing wordt bovendien het volgende gesteld :

“Het antwoord dat AB bezorgde aan AG Vespa bij aangetekend schrijven van 23/01/2009 was onvoldoende overtuigend en kon het abnormale karakter van de prijzen niet weerleggen. Uit de analyse in het gunningsrapport blijkt dat de onderzochte en abnormaal bevonden prijzen een kwalitatieve uitvoering in het gedrang brengen”.

Bijgevolg dient te worden vastgesteld dat verwerende partij wel degelijk eerst heeft vastgesteld dat de prijzen van verzoekende partij voor vier posten abnormaal waren en vervolgens een beslissing heeft genomen of deze onregelmatigheid van die aard was om de offerte van de verzoekende partij uit te sluiten en deze beslissing ook heeft gemotiveerd. Voor wat betreft de beweerde schending van de formele motiveringsplicht mist dit onderdeel feitelijke grondslag.

Het argument van verzoekende partij dat te dezen een verhoogde formele motiveringsplicht zou gelden, kan niet worden aangenomen. De vereiste gelijke behandeling van de inschrijvers lijkt niet toe te staan dat een “gereputeerde onderneming” als verzoekende partij hier anders zou moeten worden behandeld. De overige elementen die verzoekende partij in dit verband aanbrengt, werden reeds beoordeeld bij het eerste onderdeel van het eerste middel.

Op het eerste gezicht dient voorts te worden vastgesteld dat de aangehaalde motivering - mede in het licht van de motivering in het verslag van nazicht aangaande het abnormaal karakter van de prijzen en de summiere verantwoording die verzoekende partij zelf heeft geboden in haar prijsverantwoording onder de vorm van een prijsopbouw - geenszins met een standaardmotivering kan worden gelijkgesteld en haar beoordeling de grenzen van de redelijkheid niet te buiten lijkt te gaan.

Het tweede onderdeel is niet ernstig.

21. In een derde onderdeel stelt verzoekende partij nog dat de sanctie van de nietigheid in elk geval onredelijk is en niet in verhouding staat tot de gebeurlijke onregelmatigheid.

Er lijkt evenwel te moeten worden aangenomen dat ook in geval van beperkte impact van de abnormale eenheidsprijzen op de totale prijs, de aanbestedende overheid tot onregelmatigheid van de offerte kan besluiten. Bovendien blijkt de offerte te dezen te zijn geweerd op grond van vier abnormale eenheidsprijzen waarvan één prijs reeds ongeveer 5 % van de opdracht uitmaakt.

Indien de redenering van verzoekende partij omtrent het verlies aan belastinggeld zou worden gevolgd, zou de regeling omtrent de abnormale prijzen zinledig zijn.

Voorts valt niet in te zien waarom de sanctie onredelijk zou zijn in het licht van de reputatie van verzoekende partij. Zij heeft net als de andere inschrijvers de kans gekregen om haar prijzen te verantwoorden.

Voor het overige volstaat het te verwijzen naar hetgeen reeds werd gesteld betreffende het eerste en tweede onderdeel.

Ook het derde onderdeel is niet ernstig.

22 Nu het enige middel in zijn geheel niet ernstig is bevonden, is niet voldaan aan de tweede van de in het voormelde artikel 17 gestelde voorwaarden, die vervuld moeten zijn om de schorsing toe te wijzen. Deze vaststelling volstaat om de vordering tot schorsing te verwerpen.

OM DIE REDENEN BESLIST DE RAAD VAN STATE :

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van de nv Cordeel 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 175 euro, komen ten laste van de verzoekende partij.

De kosten van de tussenkomst, bepaald op 125 euro, komen ten laste van de tussenkomende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op negentien mei 2009, door :

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

kamervoorzitter,
griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.