

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 195.587 van 20 augustus 2009
in de zaak A. 94.303/XII-2724.**

In zake : 1. de NV CEI CONSTRUCT, thans de NV CEI-DE MEYER,
 2. de NV ONDERNEMINGEN LOUIS DE WAELE,
 3. de NV BESIX,
 samen vormend de tijdelijke vereniging
 CEI CONSTRUCT-L. DE WAELE-BESIX,
 die woonplaats kiezen bij
 advocaten J.-J. van Raemdonck en D. Lagasse,
 kantoor houdende te Brussel,
 Ter Hulpsesteenweg 187,

tegen :

de NMBS-HOLDING, naamloze vennootschap van publiek recht,
die woonplaats kiest bij
advocaten D. D'Hooghe en L. Schellekens,
kantoor houdende te Brussel,
Loksumstraat 25,

tussenkommende partij :

de AG HOCHTIEF, vennootschap naar Duits recht,
die woonplaats kiest bij
advocaten F. Goffin en M. Lebbe,
kantoor houdende te Brussel,
Louizalaan 81.

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

Gezien het verzoekschrift dat de nv CEI Construct, thans de nv CEI-De Meyer, de nv Ondernemingen Louis De Waele en de nv Besix, samen vormend de tijdelijke vereniging CEI Construct-L. De Waele-Besix, op 4 augustus 2000 hebben ingediend om de nietigverklaring te vorderen van “de beslissing van de Raad van Bestuur van de Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen, genomen op een onbekende datum, waarbij de overheidsopdracht voor de aanneming van werken van de hogesnelheidslijn Brussel - Köln, infrastructuurwerken en kunstwerken voor de doortocht van Nossegem (project nr 3313, bestek nr TR99/003) werd toegewezen aan de Hochtief AG Belgium en waarbij bijgevolg de inschrijving van verzoeksters werd verworpen”;

Gezien het verzoekschrift tot tussenkomst van 20 december 2000;

Gelet op de beschikking van 16 januari 2001 die de tussenkomst van de AG Hochtief toelaat;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door auditeur P. Barra;

Gelet op de beschikking van 8 juni 2006 die de neerlegging ter griffie van het verslag en van het dossier gelast;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen en gezien de laatste memories;

Gelet op de beschikking van 9 februari 2009 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 10 maart 2009;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat J. Ghysels, die loco advocaat J.-J. Van Raemdonck verschijnt voor verzoekende partijen, van advocaat L. Schellekens, die loco advocaat D. D’Hooghe verschijnt voor verwerende partij, en van advocaat E. Goossenaerts, die verschijnt voor tussenkomende partij;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur I. Vos;

Gelet op 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. Verwerende partij schrijft in het kader van de aanleg van een hogesnelheidstreinverbinding tussen Brussel en Keulen een openbare aanbesteding uit voor “infrastructuurwerken en kunstwerken voor de doortocht van Nossegem”.

De opdracht zou volgens partijen op 13 oktober 1999 zijn gepubliceerd in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen en op 8 oktober 1999 in het Bulletin der Aanbestedingen.

Artikel 78, §2, van het eerste deel van het bestek luidt onder meer als volgt :

“De inschrijver dient de volgende bescheiden bij zijn offerte te voegen :

1. Een uitvoeringsplanning van de werken [...].
2. De onderdetails van de forfaitaire en eenheidsprijzen, opgesteld op basis van:
 - de kosten voor het materieel, de ateliers, de ploegen;
 - de kosten van de materialen;
 - de beoogde rendementen;

en dit voor de posten waarvan het totaal 2.000.000 BEF (twee miljoen BEF) overtreft.

[...]

De verantwoordingen moeten een omstandige omschrijving omvatten van alle uit te voeren werken en de te leveren materialen. Een gewone opsomming van een procentuele verdeling volstaat niet.

3. De inschrijver moet in een document het systeem van ‘Quality Assurance’ waarover hij beschikt beschrijven alsook een lijst leveren van de werven waar dit systeem werd aangewend.

[...]

De NMBS kan elke offerte, waarbij deze bescheiden niet gevoegd werden, nietig en waardeloos verklaren”.

De kostprijs van de werken wordt geraamd op 747.792.126 BEF.

2. Volgens het aanbestedingsverslag worden op 25 november 1999 de inschrijvingen geopend. Negen inschrijvers hebben een offerte ingediend. Na verbetering van de rekenfouten worden de offertes als volgt gerangschikt :

- | | |
|------------------------------------|-------------------|
| 1. Hochtief AG Belgium | 524.629.487 frank |
| 2. TV CEI Construct-De Waele-Besix | 641.709.000 frank |
| 3. Franki Construct nv | 657.537.264 frank |

4. TV Antwerpse Bouwwerken nv & Maurice Delens nv	675.544.071 frank
5. TV Cordeel-Aertssen	680.906.089 frank
6. TV Campenon Bernard SGE-BPC-ABEB	699.842.069 frank
7. TV MBG nv - Strukton De Meyer nv	717.806.335 frank
8. TV Moens - WEGEBO	750.555.164 frank
9. TV Van Laere nv - Bouygues Belgium nv	757.554.905 frank.

De inschrijvingsprijs van tussenkomende partij, berekend zoals voorgeschreven in artikel 98, § 4, van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten, ligt meer dan 15% lager - namelijk 21,83% - dan het gemiddelde van de inschrijvingsbedragen.

Op 21 december 1999 richt verwerende partij het volgende schrijven aan tussenkomende partij :

“Het onderzoek van uw offerte [...] geeft aanleiding tot volgende vragen.

De bij de offerte gevoegde detaillering van de prijzen van de posten die 2.000.000 BEF overschrijden beantwoordt niet aan de vereisten opgenomen in artikel 78 § 2 van het eerste deel van het bestek :

- de kostendetailering van het materieel ontbreekt;
- er is geen opgave van de beoogde rendementen, prestaties, materiaal-verbruik, enz.;
- de onderverdeling van de werfkosten naar de diverse rubrieken [...] ontbreekt;
- de andere kosten [...] voor onderaannemingswerken ontbreken.

Tevens verzoeken wij u ons in het bijzonder het percentage Algemene Onkosten te specificeren.

Wij wensen overeenkomstig art. 98 § 3 en § 4 van het Koninklijk Besluit van 10.01.1996 uw verantwoording te ontvangen betreffende uw, blijkbaar abnormale, inschrijvingsprijzen voor de posten, opgenomen in de overzichtstabellen toegevoegd aan deze brief”.

Tussenkomende partij antwoordt met een brief van 13 januari 2000.

Met een schrijven van 25 februari 2000 vraagt verwerende partij aan tussenkomende partij “verdere detaillering van het aangegeven percentage algemene onkosten, risico en winst” en “verdere detaillering en verantwoording (op basis van art. 78 § 2 van het bestek) aangaande de posten van hoofdstukken 8 en 22: leveranciers, offerten, rendementen van plaatsing, enz. in vergelijking met de technische en kwaliteitsvereisten opgenomen in het bestek”.

3. Verzoekende partijen richten op 2 maart 2000 een brief aan verwerende partij. Deze luidt onder meer als volgt :

“Wij hebben vernomen dat aan uw raad van bestuur zou worden voorgesteld de inschrijving van Hochtief nv voor bovenvermeld project goed te keuren.

Onze tijdelijke vereniging was voor deze inschrijving tweede geklasseerd op 9 deelnemende groepen.

Het verschil tussen onze inschrijving en deze van Hochtief nv bedraagt 22,33% terwijl het gemiddelde van de 2^{de} tot de 9^{de} inschrijving 33% hoger ligt dan Hochtief.

We bevinden ons dus in het geval voorzien in [artikel 98] van het K.B. van [10 januari 1996] in verband met abnormaal lage eenheidsprijzen en abnormaal lage inschrijvingsprijzen.

[...]

Rekening houdend met wat voorafgaat en met het principe van ‘Openbaarheid van Bestuur’ vragen wij U ons uw analyse van de offerte van Hochtief te willen overmaken.

Tevens vragen wij U aan ondergetekende leden van het directiecomité van onze tijdelijke vereniging een onderhoud te willen verlenen om hierover samen met u van gedachten te wisselen”.

Met een schrijven van ongekennde datum antwoordt verwerende partij als volgt op deze brief :

“Hierbij kan ik u mededelen dat de Raad van Bestuur tot op heden geen enkele beslissing heeft genomen m.b.t. de rechtvaardiging van de prijs ingediend door de NV Hochtief noch m.b.t. het gunnen van de opdracht.

Op het ogenblik dat de gemotiveerde gunningsbeslissing zal genomen worden, kan elke inschrijver, in toepassing van artikel 111 van het K.B. van 10/1/1996, [...], hiervan een copie opvragen.

In afwachting hiervan is het aan de NMBS wettelijk gezien niet toegelaten aan een inschrijver documenten over te maken m.b.t. de analyse van de prijzen en nog minder een onderhoud aan te gaan over de al dan niet regelmatigheid van de inschrijving van een andere kandidaat”.

4. Bij brief van 7 maart 2000 antwoordt tussenkomende partij op het schrijven van verwerende partij van 25 februari 2000 inzake de nadere detaillering en verantwoording van haar offerte.

Met een schrijven van 29 maart 2000 vraagt verwerende partij aan tussenkomende partij om “zonder enige aanvraag tot schadevergoeding noch prijswijziging, de geldigheidsduur van uw offerte te verlengen tot 31/05/2000”. Tussenkomende partij gaat akkoord bij brief van 3 april 2000.

5. Op 28 april 2000 wordt een aanbestedingsverslag opgemaakt. Dit verslag luidt onder meer als volgt :

“Overeenkomstig artikel 98 §3 en §4 van het KB dd. 10.01.1996 werd een rechtvaardiging gevraagd van de blijkbaar abnormale inschrijvingsprijzen. Hochtief AG Belgium heeft de gevraagde rechtvaardigingen gegeven en deze rechtvaardigingen zijn aanvaardbaar. Duidelijk blijkt dat de door Hochtief AG Belgium ingediende offerte in grote mate kan steunen op inzet van know-how, materieel en omkadering van gespecialiseerde diensten en ondernemingen beschikbaar binnen de Hochtief-groep.

Er werden anderzijds aan Hochtief AG Belgium verdere detailleringen van de prijzen van de posten die 2.000.000 BEF overschrijden gevraagd daar de bij de offerte gevoegde detaillering niet beantwoordde aan de vereisten vervat in artikel 78 § 2 van het eerste deel van het bestek. [...] Tevens werd gevraagd in het bijzonder het percentage algemene onkosten te specificeren.

De vraag tot detaillering betrof geen essentiële bepaling(en) van het bestek, zodat - zelfs na de verstrekte detaillering - een eventuele afwijking daarvan geen weerslag kan hebben op de gelijkheid van de inschrijvers noch op de rangschikking.

Deze posten werden verder in detail uitgesplitst volgens de vereisten van artikel 78 § 2 van het eerste deel van het bestek en de bijkomende inlichtingen omtrent het percentage algemene onkosten werden verstrekt.

Als bijlage vindt u het onderzoek van de antwoorden van Hochtief AG Belgium [...].

Het verschil tussen de offerte en de raming bedraagt - 29,84%. Dit verschil is met name te rechtvaardigen door het hoge niveau van de raming in de huidige context van concurrentie voor dit soort opdrachten en door de intentie van de Duitse groep om zich te begeven op de Belgische markt van de hogesnelheidslijn.

De offerte is regelmatig, voldoet aan de bepalingen van het bestek en de prijzen zijn aannemelijk.

[...]

De CCE Strategie en Ontwikkeling - Beheer van Grote Projecten stelt voor de infrastructuurwerken en kunstwerken voor de doortocht Nossegem, noodzakelijk in het kader van de verwezenlijking van de oosttak van het HST-project op te dragen aan de firma Hochtief AG Belgium, die de laagste regelmatige offerte heeft ingediend in het raam van een openbare aanbestedingsprocedure, voor een verbeterd bedrag van 524.629.487 BEF (zonder BTW)”.

6. In de bijlage waarnaar in het aanbestedingsverslag wordt verwezen, worden de antwoorden van tussenkomende partij als volgt onderzocht en besproken :

“1. Detaillering van de posten die 2.000.000 Bef overschrijden :

De posten worden verder uitgesplitst volgens de vereisten die in art 78§2 van het 1ste deel van het bestek voorgeschreven worden :

- * De kostendetaillering van het materieel wordt vermeld;
- * De beoogde rendementen, prestaties, materiaalverbruik, onderaannemingen, enz worden opgegeven;
- * De toepassing van het percentage algemene onkosten, risico en winst en de algemene werfonkosten worden nader omschreven.

2. Percentage algemene onkosten, risico en winst :

Het voorgestelde percentage 11.34% is laag te noemen in vergelijking met de percentages die in andere aanbestedingen courant naar voor komen (17% en meer).

Bij vergelijking met de andere inschrijvingen stelt men vast dat de percentages variëren tussen 11 en 19%.

Bovendien zijn er ook reeds aanbestedingen met percentages van dezelfde grootte-orde aan de laagste inschrijver toegewezen, zo bijvoorbeeld project 3311 - Machelen (Diegem). Dit betreft een werf langs L36 in het deelvak Diegem-Herent, die qua uitvoeringsomstandigheden, termijnen, technische en kwaliteitsvereisten zeer vergelijkbaar zijn met deze van het project 3313 - Nossegem.

De bijkomende inlichtingen die gegeven worden, geven aan dat de algemene kosten deels terug te vinden zijn in het percentage 7% geventileerd over alle posten, deels in post 1.1.1. - ‘Inrichting van de bouwwerf’. De resterende 4.34% wordt verantwoord door centrale kosten, financiële en studiekosten, taksen en belastingen, risico en winst. Deze precisering is gesteund op boekhoudkundige gegevens.

3. Onderzoek van de inschrijvingsprijzen volgens art 98 § 3 van het KB dd 10.01.96:

Het verschil (21,83%) met het gemiddelde van de andere inschrijvingen vindt men in vrijwel alle hoofdstukken terug, meer uitgesproken in de hoofdstukken 8 en 22 respectievelijk ‘Hydraulische werken’ en ‘Kabels en kabelsleuven’.

Er worden geen algemene of specifieke tendensen in de prijzen vastgesteld die wijzen op speculatieve bedoelingen, varianten of uitvoeringswijzen, die afwijken van de technische en kwaliteitsvereisten opgelegd in de aanbestedings-documenten; het verschil spreidt zich in meerdere of mindere mate uit over alle segmenten van de inschrijving.

Hierna volgt in detail de bespreking van de belangrijkste hoofdstukken van de offerte Hochtief die samen ca. 80,6% van de totale inschrijvingssom vertegenwoordigen.

3.1. Grondwerken :

De voorgestelde prijs [...] is zeer concurrentieel. De aangegeven rendementen, transportkosten, e.d. zijn aanvaardbaar; zij leiden tot prijzen die vergelijkbaar zijn met het gemiddelde [...] (maar afwijken tov de raming). Het verschil komt voornamelijk van post 2.6.50.1.2 (hoeveelheid 150.000m³). De rechtvaardiging gaat uit van een basis-kostprijsberekening zoals hierboven met afzetmogelijkheden van de grond binnen een straal van gemiddeld 15km, wat leidt tot een zeer concurrerende prijs voor deze post. Deze afzetmogelijkheden (stortplaatsen, plaatsen van hergebruik, ...) zijn door de inschrijver zelf ter beschikking te stellen.

3.2. Kunstwerken :

Dit onderdeel (Hoofstuk 9) bedraagt in totaal 312.4 Mio BEF dwz ca 60% van de totale inschrijvingssom en komt tussen voor ongeveer de helft van het totale verschil met het gemiddelde.

Belangrijke onderdelen hierin zijn de posten wapeningsstaal en secansboorpalen.

a. Voor het wapeningsstaal geeft Hochtief een zeer concurrentiële prijs. De inschrijvingsprijzen zijn aanvaardbaar omwille van de organisatie van de onderneming binnen de eigen groep en economische omstandigheden : Hochtief AG voert werken uit in Duitsland voor de HSL die haar dochteronderneming Hochtief Belgium in staat stelt beroep te doen op voordelige basisprijzen. De bekomen inlichtingen tonen aan dat zij daar bovenop rekening heeft gehouden met de bijkomende posten voor transport, proeven, plaatsingssupplementen eigen aan de specifieke uitvoering van het project 3313 te Nossegem.

b. Voor de secansboorpalen steunt Hochtief zijn offerte op eigen uitvoering in samenwerking met de 100% Hochtief-dochteronderneming Brückner Grundbau. Dit voordeel laat haar toe meer interessante prijzen op te geven dan deze die thans gelden op de Belgische markt, die op dit punt gesatureerd lijkt te zijn. De gehanteerde rendementen en daaruit voortvloeiende eenheidsprijzen zijn vergelijkbaar met andere reeds goedgekeurde inschrijvingen voor gelijkaardige HSL-werken.

Andere elementen van de verantwoording ondersteunen de aanvaardbaarheid van de inschrijvingsprijzen.

De verwijzing naar andere HSL-projecten betreft werven langs L36 in het deelvak Diegem-Herent, die zeer vergelijkbaar zijn qua uitvoerings-omstandigheden, termijnen, technische en kwaliteitsvereisten met deze van het project 3313 - Nossegem.

Het is duidelijk dat de door Hochtief ingeschreven prijzen alhoewel laag, concreet steunen op beschikbare middelen zowel wat betreft gespecialiseerd materieel als personeel binnen de eigen groep.

3.3. Hydraulische werken; kabelsleuven :

Het totale bedrag van deze hoofdstukken bedraagt slechts ca 6% van de totale inschrijvingssom

De bijkomende inlichtingen ontvangen van Hochtief geven een verantwoording voor prijzen en rendementen uitgaande van calculatie op basis van inzet van

materieel, bekistingen en ervaring vanuit een in prefab-betonelementen gespecialiseerde dochteronderneming van de Hochtief-groep met name Hochtief Fertigteilbau met het oog op prefabricatie in een beschikbaar atelier in de omgeving van de werf. Bovendien is het benodigde kraanwerk op de werf voorzien in de post 1.1.1.

Besluit : De prijsofferte wordt in zijn belangrijke onderdelen op een aanvaardbare manier verantwoord. Duidelijk blijkt dat de door Hochtief AG Belgium ingediende offerte in grote mate steunt op know-how, materieel en omkadering van gespecialiseerde diensten en ondernemingen beschikbaar binnen de Hochtief-groep”.

7. Op 28 april 2000 beslist de raad van bestuur van verwerende partij om de opdracht toe te wijzen aan tussenkomende partij.

Met een brief van 4 mei 2000 wordt tussenkomende partij op de hoogte gebracht van deze beslissing. Met een schrijven van diezelfde dag worden verzoekende partijen in kennis gesteld van het feit dat hun offerte niet werd aanvaard en dat de werken werden toegewezen aan tussenkomende partij.

Met een brief van 13 juni 2000 vragen verzoekende partijen, onder verwijzing naar artikel 111 van het voornoemd koninklijk besluit van 10 januari 1996, de gemotiveerde toewijzingsbeslissing op bij verwerende partij. Bij brief van 26 juni 2000 wordt hun een afschrift gezonden “van het door de Raad van Bestuur van de NMBS goedgekeurd verslag, waarin de gemotiveerde toewijzingsbeslissing te vinden is”.

De ontvankelijkheid van het beroep

8. Anticiperend op een mogelijke exceptie van niet-ontvankelijkheid wegens laattijdigheid van hun beroep, voeren verzoekende partijen reeds in hun inleidend verzoekschrift aan dat noch de kennisgeving van de bestreden beslissing van 4 mei 2000, noch de mededeling van de bestreden beslissing van 26 juni 2000, in tegenstrijd met het vereiste van artikel 19, tweede lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, melding maakten van de beroepsmogelijkheid bij de Raad van State en dat het beroep dienvolgens tijdig werd ingesteld. Verzoekende partijen merken voorts op dat de bijlage bij de brief van 26 juni 2000 geen “formele beslissing van toewijzing” bevatte. Verwerende partij noemt in haar laatste memorie het beroep niet ontvankelijk want laattijdig, onder verwijzing naar het feit dat verzoekende partijen de gemotiveerde toewijzingsbeslissing niet binnen een redelijke termijn hebben opgevraagd.

Ten tijde van de bestreden beslissing luidde het voormelde artikel 19, tweede lid, als volgt :

“de verjaringstermijnen voor de beroepen bedoeld in artikel 14, § 1, nemen alleen een aanvang op voorwaarde dat de betekening door de administratieve overheid van de akte of van de beslissing met individuele strekking het bestaan van die beroepen alsmede de in acht te nemen vormvoorschriften en termijnen vermeldt”.

Gelezen in het licht van het arrest van de algemene vergadering van de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 19 juli 2004, nr. 134.024, Lecocq, waarbij de aangehaalde bepaling als een regel van openbare orde werd aangemerkt, moet uit die bepaling worden afgeleid dat te dezen bij gebrek aan de vereiste vermeldingen in de kennisgevingen, de termijn om het beroep in te stellen geen aanvang nam. Het feit dat verzoekende partijen vijf weken hebben gewacht -hetgeen langer is dan een redelijke termijn van vijftien dagen- om de gemotiveerde toewijzingsbeslissing op te vragen kan in die omstandigheden geen afbreuk doen aan die vaststelling. Het annulatieberoep werd tijdig ingesteld.

De gegrondheid van het beroep

9. Verzoekende partijen voeren in een *enig middel* de schending aan van “het artikel 15 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, van artikel 98, §§ 3 en 4 van het KB van 10 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en telecommunicatie, van het algemeen beginsel van behoorlijk bestuur en in het bijzonder van de verplichting precies en omzichtig de werkelijkheid van de voorgehouden feiten en rechtvaardigingen te onderzoeken en te beoordelen, van het beginsel van de gelijkheid van de inschrijvers, gebrek aan doeltreffende, adequate en wettelijk toelaatbare motieven en machtsoverschrijding”.

Zij betogen daartoe dat verwerende partij “door de abnormaal lage prijs van de offerte van Hochtief AG Belgium als gerechtvaardigd te aanvaarden, [...] noch de prijs van de offerte van Hochtief AG Belgium, noch de toelichtingen die deze laatste heeft aangebracht, naar behoren heeft onderzocht” en dat verwerende partij “een manifeste beoordelingsfout heeft begaan en, in elk geval, een beslissing heeft genomen die niet is gesteund op motieven die in feite juist, doeltreffend en wettelijk aanvaardbaar zijn”. Verzoekende partijen onderbouwen deze stelling als volgt :

“Hochtief AG Belgium heeft het abnormaal laag bedrag van haar offerte blijkbaar willen rechtvaardigen, enerzijds, door het aanvoeren van de intentie van de groep Hochtief, waarvan zij deel uitmaakt, om zich op de Belgische markt van de hogesnelheidslijnen te begeven, en, anderzijds, door zich te beroepen op haar integratie in de groep Hochtief wat haar zou toelaten ondermeer toeleveringen te bekomen aan concurrentiele prijzen.

Vooreerst is de wil van een concurrent om zich te begeven op een bepaalde markt geen technisch doeltreffend element in de zin van artikel 98, § 3 van het voornoemde KB van 10 januari 1996.

Het invoeren van deze intentie wijst er, wel integendeel, op dat het bedrag van de offerte werd bepaald in functie van een louter speculatieve bedoeling.

[...]

Vervolgens bevestigen de elementen van ‘technische rechtvaardiging’, voorgedragen door Hochtief AG Belgium - die in feite geen technische objectieve rechtvaardiging is - en weerhouden door de tegenpartij, het vermoeden dat de offerte van Hochtief AG Belgium louter op speculatie is gesteund :

- de integratie van een onderneming in een groep is zeker geen doorslaggevende factor voor het bekomen van concurrentiële prijzen voor leveringen uitgevoerd binnen deze groep, behoudens indien men aanvaardt dat deze niet beantwoorden aan een economische realiteit. [...]

- het beschikken over know-how inzake de bouw van hogesnelheidslijnen en de beschikbaarheid van gespecialiseerd personeel zijn uiteraard geen exclusiviteit van Hochtief AG Belgium. [...];

- luidens artikel 98 §§ 2 en 7 van het genoemde KB van 10 januari 1996, enerzijds en het artikel 78 § 2 van het bijzonder bestek, anderzijds, was het verstrekken van subdetails en rechtvaardigen van de prijzen een essentiële verplichting van de inschrijvers (op straf van mogelijke nietigheid). Hochtief AG Belgium heeft die verplichting niet nageleefd; toch stelt het verslag dat ‘de vraag tot detaillering geen essentiële bepaling van het bestek betrof’, wat dus in rechtstreekse tegenstelling staat met de duidelijke bepalingen van het bestek;

- de beschikbaarheid van afzetmogelijkheden van de grond binnen een straal van gemiddeld 15 km is een loutere bewering en werd blijkbaar niet gecontroleerd. Wel is het duidelijk dat deze afzetmogelijkheden niet exclusief ter beschikking staan van één enkele aannemer;

- het bedrag van de algemene kosten is een loutere bewering die door niets wordt gerechtvaardigd;

- de aankoop van wapeningsstaal tegen zeer concurrentiele prijzen wordt evenmin gerechtvaardigd en wordt niet ondersteund door enige referentie naar de toegepaste prijzen noch naar de marktprijzen;

- het feit dat de Belgische markt zou ‘gesatureerd’ zijn wat betreft secansboorpalen is, vanuit economisch oogpunt, geen bepalend element voor de prijs van die leveringen en is bijgevolg niet van aard om te gelden als rechtvaardiging voor de bewering dat de prijzen bekomen binnen de groep Hochtief a contrario gunstiger zouden zijn.

Tenslotte en meer in het algemeen, wordt het verschil tussen het bedrag van de offerte van Hochtief AG Belgium en deze van haar concurrenten slechts bij middel van algemene beschouwingen - gelijk te stellen met een stijlclausule (integratie van de ondernemingen in de groep Hochtief en haar bedoeling om zich op de Belgische markt te begeven) - gerechtvaardigd door Hochtief AG Belgium en door tegenpartij, terwijl dit bedrag diende te worden gerechtvaardigd, eventueel in vergelijking met de offertes van andere inschrijvers, op basis van economische en technische eigenschappen van de opdracht en van de offerte van Hochtief AG Belgium.

Aldus blijkt niet dat er enig economisch of technisch verschil is te onderkennen tussen Hochtief AG Belgium en haar concurrenten”.

In hun memorie van wederantwoord hernemen verzoekende partijen de voorgaande argumenten. Zij voeren voorts nog aan dat verwerende partij in haar verslag blijft steken in algemene bewoordingen en niet gecontroleerd heeft of de beweringen inzake integratie in de groep tussenkomende partij effectief toeliet bepaalde bijzondere economische, technische of industriële factoren te genieten. Verwerende partij heeft een rechtvaardiging gevonden in de intentie van de Duitse groep zich te begeven op de Belgische markt - dit bewijst dat de prijzen van tussenkomende partijen op louter speculatie zijn gesteund. Het argument van een sterke concurrentie op de markt van de hogesnelheidslijnen om een veel lagere prijs te rechtvaardigen wordt door de feiten zelf tegengesproken - precies door de vele HSL-werven is de concurrentie in deze sector sterk herleid. Er is door verwerende partij geen reëel onderzoek van de rechtvaardigingen verricht.

In hun laatste memorie voegen verzoekende partijen hier nog aan toe dat verwerende partij “genoegen heeft genomen met loutere beweringen die niet werden geschraagd door controleerbare objectieve gegevens” en dat verwerende partij “dan ook niet [had] mogen besluiten dat de verantwoording gegeven door tussenkomende partij aanvaardbaar was en de lage prijzen normaal waren”. Voorts bekritisieren verzoekende partijen nog de verantwoording van de algemene kosten en de prijsverantwoording van de hydraulische werken en het aanleggen van kabelsleuven, de prijsverantwoording van het kwaliteitsbeeld, de kunstwerken en de grondwerken, waarbij telkens voor de betrokken posten door verzoekende partijen een eigen berekening wordt gemaakt die dan vergeleken wordt met de offerte van tussenkomende partij.

13.1. Op het ogenblik dat de bestreden beslissing werd genomen, luidde artikel 98 van het voornoemde koninklijk besluit van 10 januari 1996 onder meer als volgt :

“[...]

§ 2. Onverminderd de nietigheid van elke offerte wegens afwijking van de essentiële besteksbepalingen zoals deze opgesomd in artikel 77, kan de aanbestedende overheid offertes als onregelmatig en derhalve als onbestaande beschouwen, indien zij niet overeenstemmen met de bepalingen van deze titel, enig voorbehoud inhouden, of bestanddelen bevatten die niet met de werkelijkheid overeenstemmen.

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

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

§ 4. In het geval van een overheidsopdracht voor aanneming van werken, gegund bij openbare of beperkte aanbesteding en voor zover minstens vier offertes werden ingediend, wordt bovendien elke offerte waarvan het bedrag minstens vijftien pct. onder het gemiddelde bedrag van de door de gegadigden ingediende offertes ligt, beschouwd als een offerte waarvan het eventueel abnormale karakter van de prijs moet nagezien worden door de aanbestedende overheid.

[...]”.

In het kader van het nazicht van blijkbaar abnormaal lage prijzen zoals bepaald door het hiervoor aangehaalde artikel, beschikt de aanbestedende overheid over een ruime discretionaire bevoegdheid om de in het kader van dat artikel gegeven verantwoordingen al dan niet te aanvaarden. Dienvolgens komt het niet aan de Raad van State toe om een eigen beoordeling in de plaats van deze van het bestuur te stellen, doch enkel om na te gaan of de betrokken motieven in rechte ter verantwoording van de bestreden beslissing in aanmerking mogen worden genomen, wat onder meer vereist dat ze naar behoren zijn bewezen, en dat daarbij de appreciaties van het bestuur de perken van de redelijkheid niet te buiten zijn gegaan.

13.2. Het feit dat tussenkomende partij deel uitmaakt van een grote buitenlandse ondernemingsgroep die zich op de Belgische markt van de hogesnelheidslijnen wil begeven, en dat zij dienvolgens voordelen kan genieten die

voortkomen uit de nauwe samenwerking met haar moederbedrijf en de andere ondernemingen binnen dezelfde groep, is, in tegenstelling tot wat verzoekende partijen betogen, wel degelijk een objectief gegeven om lagere prijzen te verantwoorden en vormt geenszins louter op zich een bewijs van speculatie.

13.3. Wat betreft het verstrekken van subdetails en het rechtvaardigen van de prijzen als essentiële verplichting van de inschrijvers krachtens artikel 78, § 2, van het bestek, blijkt uit de stukken van het administratief dossier dat tussenkomende partij haar prijzen wel degelijk heeft gerechtvaardigd en de gevraagde subdetails heeft verstrekt, zodat bedoelde besteksbepaling niet geschonden is.

13.4. Wat betreft de overigens laattijdige kritiek van verzoekende partijen in laatste memorie op de verantwoording van de algemene kosten, de verantwoording van de prijs van de hydraulische werken en het aanleggen van kabelsleuven, de prijsverantwoording van het kwaliteitsbeeld, de kunstwerken en de grondwerken, geeft verwerende partij in haar laatste memorie bij elke post een gedetailleerd verweer op de kritiek van verzoekende partijen. Aan de hiervoor onder randnummer 6 aangehaalde beoordeling wordt aldus door de kritiek van verzoekende partijen geen afbreuk gedaan. Die beoordeling is inpasbaar in het aangehaalde artikel 98 want ze betreft wel degelijk “objectieve factoren steunend op de zuinigheid van het bouw- en productieprocédé of van de dienstverlening of op de gekozen technische oplossing, of op uitzonderlijk gunstige omstandigheden waarvan de inschrijver kan profiteren”.

Zoals blijkt uit het hiervoor aangehaalde aanbestedingsverslag en zijn bijlage, heeft verwerende partij de door tussenkomende partij verstrekte gegevens in detail onderzocht en beoordeeld. Op grond van dit onderzoek heeft verwerende partij op uitvoerig gemotiveerde wijze beslist dat de prijsverantwoording aanvaardbaar was. Zoals ook reeds hiervoor na de randnummers 13.2 en 13.3 is vastgesteld, is aldus niet aangetoond dat het voormelde artikel 98 is geschonden, noch de motiveringsverplichting of het gelijkheidsbeginsel, zoals ten onrechte aangenomen in het middel. De verwijzing naar de schending van “het algemeen beginsel van behoorlijk bestuur” en “machtsoverschrijding” maken bij gebrek aan nadere verduidelijking geen ontvankelijke invulling uit van het middel.

Het middel wordt in zijn geheel niet aanvaard.

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

Artikel 1.

Het beroep wordt verworpen.

Artikel 2.

De kosten van het beroep tot nietigverklaring, bepaald op 520,59 euro, komen ten laste van verzoekende partijen, elk voor een derde.

De kosten van de tussenkomst, bepaald op 123,95 euro, komen ten laste van tussenkomende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op twintig augustus 2009, 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.