

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 210.524 van 20 januari 2011
in de zaak A. 198.575/XII-6448**

In zake: de NV ACLAGRO
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Carlos De Wolf en Anthony Verheggen
kantoor houdend te Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Karel Van Hoorebeke en Rebecca Denys
kantoor houdend te Gent
Coupure Rechts 162
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 23 december 2010, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de gunningsbeslissing van verwerende partij d.d. 19 oktober 2010, waarvan verzoekende partij in kennis werd gesteld bij schrijven d.d. 8 december 2010, om de overheidsopdracht voor aanneming van werken, betreffende de N42 te Zottegem, herinrichting kruispunt met N454 (Langestraat) en aanleg rioleringen, niet te gunnen aan verzoekende partij, doch te gunnen aan de nv Wegenwerken De Moor”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 18 januari 2011, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Carlos De Wolf, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Rebecca Denys, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. Het Vlaamse Gewest schrijft bij wijze van openbare aanbesteding een overheidsopdracht voor de aanneming van werken uit met als voorwerp “N42 te Zottegem. Herinrichting kruispunt met N454 (Langestraat) en aanleg rioleringen”. De waarde van deze opdracht wordt geraamd op 2.630.574,75 euro.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 27 juli 2010 en is onderworpen aan de bepalingen van bestek met nr. 1M3D8H/10/16.

3.3. Uit het proces-verbaal van de opening van de inschrijvingen van 30 augustus 2010 blijkt dat zes inschrijvers een offerte indienen.

3.4. Na rekenkundig nazicht worden de offertes als volgt gerangschikt (bedragen btw inbegrepen):

De Moor Wegenwerken nv	2.742.794,182979 euro
Aclagro nv	2.744.482,541599 euro
Norré-Behaegel bvba	2.870.156,946234 euro
Aswebo nv	2.966.409,047038 euro
Stadsbader Flamand nv	3.160.785,57194 euro
Wegebo nv	3.265.004,913979 euro.

3.5. Vervolgens adviseert nv studiebureau Haeghebaert om voor een aantal posten een prijsverantwoording te vragen aan de laagste inschrijver, namelijk nv Wegenwerken De Moor aangezien deze “beduidend laag zijn en bepalend zijn op het totaalbedrag”.

3.6. Bij aangetekend schrijven van 20 september 2010 vraagt de aanbestedende overheid dan ook aan nv Wegenwerken De Moor een prijsverantwoording voor de volgende posten: 242, 275, 299, 303, 304, 306, 337, 338, 343, 346, 347, 406, 410, 411, 446, 447, 448, 449, 450, 454, 491, 498, 524, 539, 544, 562.

3.7. Met een aangetekend schrijven van 30 september 2010 bezorgt nv Wegenwerken De Moor haar prijsverantwoording aan verwerende partij.

3.8. Bij brief van 4 oktober 2010 deelt het studiebureau aan verwerende partij mee dat het zich akkoord kan verklaren met deze prijsverantwoording.

3.9. In het gunningsverslag wordt het rekenkundig nazicht van de offerte van nv Wegenwerken De Moor als volgt verantwoord:

“Er zijn geen aanduidingen die wijzen op abnormale en/of speculatieve eenheidsprijzen voor de posten van hoofdstuk 1 (deel rechtstreeks 100% ten laste van AWW). Voor de andere hoofdstukken (ontwerp studiebureau

Haegebaert) werd, op aanbeveling van de ontwerper, uitleg gevraagd over volgende posten:

242 275 299 303 304 306 337 338 343 346 347 406 410 444 446 447 448 449 450 454 491 498 524 539 544 562.

De verantwoording van De Moor werd ontvangen op 1/10/2010 en werd nagezien door het studiebureau Haegebaert dat zich akkoord verklaart met deze verantwoording (zie brief van 4/10/2010).

Ik stel dan ook voor de werken toe te wijzen aan De Moor Wegenwerken nv.”

Voorts wordt in het gunningsverslag het volgende opgemerkt omtrent het onderzoek naar abnormale prijzen:

“MOTIVERING VAN DE WIJZIGINGEN:

De sommen van de posten 2, 94, 95, 96, 98, 99, 100, 101, 137, 138, 148, 150, 157, 158, 159, 161, 180, 181, 182,

242, 244, 245, 246, 331, 441, 442, 443, 444, 447, 452, 453, 454, 544, 546 en 548 bevatten rekenfouten. De eenheidsprijs van post 411 in letters en cijfers verschilt. De eenheidsprijs in letters werd weerhouden. Het algemeen totaal van de offerte wordt hierdoor 2.742.794,18 euro in plaats van 2.756.545 euro. Door deze verbeteringen wijzigt de rangschikking van 3 naar 1.

(...)

Het verbeterd bedrag van de offerte wordt uiteindelijk 2.870.156,89 euro in plaats van 2.685.806,53 euro. De rangschikking wijzigt hierdoor van 1 naar 3.”

Voorgesteld wordt om de opdracht te gunnen aan nv Wegenwerken De Moor.

3.10. Vervolgens beslist verwerende partij op 19 oktober 2010 om, gelet op het gemotiveerde gunningsverslag, de opdracht te gunnen aan nv Wegenwerken De Moor.

3.11. Bij aangetekend schrijven van 8 december 2010 wordt aan verzoekende partij meegedeeld dat haar offerte niet werd gekozen en wordt haar een kopie overgemaakt van de gemotiveerde gunningsbeslissing.

3.12. Bij aangetekend schrijven van diezelfde dag wordt aan nv Wegenwerken De Moor meegedeeld dat haar offerte werd gekozen doch dat deze mededeling geen contractuele verbintenis doet ontstaan.

IV. De schorsingsvoorwaarden

4. Overeenkomstig 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.

5. De aankondiging van de kwestieuze opdracht werd echter bekendgemaakt na 24 februari 2010.

Dienvolgens is de wet van 23 december 2009 tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten te dezen van toepassing. De voornoemde wet van 23 december 2009 is immers in werking getreden op 25 februari 2010 krachtens artikel 76 van het koninklijk besluit van 10 februari 2010 tot wijziging van bepaalde koninklijke besluiten tot uitvoering van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten.

Overeenkomstig artikel 7 van de voornoemde wet van 23 december 2009 bepaalt de Koning de datum van haar inwerkingtreding en zijn enkel overheidsopdrachten die zijn bekendgemaakt vanaf die datum, zoals de in het geding zijnde opdracht, onderworpen aan de nieuwe wet.

Volgens het in de wet 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is aldus voor de schorsing van de thans bestreden beslissingen het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist.

Anderzijds verplicht artikel 65/15, tweede lid, verzoekende partij tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid. Overeenkomstig artikel 65/31 van de wet gelden voormelde bepalingen eveneens voor opdrachten die zoals de in het geding zijnde opdracht de Europese drempels niet bereiken.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de bestreden beslissingen kunnen verantwoorden.

V. Onderzoek van de middelen

Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6. Een eerste middel is genomen uit de schending van “artikel 15 van de Wet van 24 december 1993, [...] van artikel 110, §2 en §3, van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996; [...] van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, met name de zorgvuldigheidsplicht en de materiële motiveringsplicht”.

Verzoekende partij voert aan dat verwerende partij de opdracht in strijd met voormelde bepalingen en beginselen heeft toegewezen aan een inschrijver die een offerte heeft ingediend die kennelijk abnormale eenheidsprijzen bevat en die getuigen van een duidelijke speculatieve prijszetting.

Zij merkt op dat verwerende partij weliswaar een prijsonderzoek heeft gevoerd, doch daarbij onvoldoende zorgvuldigheid aan de dag heeft gelegd door onder meer geen, minstens onvoldoende, rekening te houden met de onderlinge verhouding tussen de eenheidsprijzen van diverse gelijkaardige posten van de offerte van nv Wegenwerken De Moor.

Ingevolge voormeld onzorgvuldig prijsonderzoek zou de bestreden beslissing getuigen van een interne tegenstrijdigheid die op geen enkele

wijze kan worden verantwoord nu verwerende partij meer bepaald het normaal karakter aanvaard van manifest uiteenlopende eenheidsprijzen voor posten die betrekking hebben op gelijkaardige werken.

Verzoekende partij betoogt daartoe in concreto dat verwerende partij slechts prijsverantwoording heeft gevraagd voor de posten 303, 304 en 306 en nagelaten heeft een prijsverantwoording te vragen voor post 305. Door vervolgens de prijsverantwoording en dus het normaal karakter van de opgegeven prijzen voor de posten 303, 304 en 306 te aanvaarden, komt volgens verzoekende partij het normaal karakter van de eenheidsprijs voor post 305 in het gedrang. Die post is immers abnormaal hoog in vergelijking met de andere, vergelijkbare posten betreffende de uitvoering van damwandbeschoeiing die alle betrekking hebben op een “meerprijs”, waarvan de inschrijvers niet zeker zijn dat deze posten zullen worden uitgevoerd. Uit het gunningsverslag zou ook nergens blijken dat verwerende partij rekening heeft gehouden met de verhouding tussen de eenheidsprijzen voor voormelde posten.

Daarnaast betwist verzoekende partij ook het beweerd normaal karakter van de opgegeven eenheidsprijzen voor de posten 303, 304 en 306, meer bepaald hun onevenredigheid ten overstaan van de dieptes waarop moet worden geheid. Volgens verzoekende partij heeft nv Wegenwerken De Moor er kennelijk op gespeculeerd dat de posten 303, 304 en 306 niet zullen moeten worden uitgevoerd en heeft ze een abnormale lage prijs opgegeven voor deze posten om haar totale inschrijvingsprijs fictief laag te houden. Die speculatieve prijszetting zou eveneens leiden tot substantiële onregelmatigheid van de offerte.

Het is volgens haar van tweeën één:

- ofwel heeft verwerende partij ten onrechte de prijsverantwoording voor de posten 303, 304 en 306 aanvaard, zodat hun initieel vermoed abnormaal karakter (gelet op het feit dat zij het voorwerp uitmaakten van een vraag tot prijsverantwoording) diende te worden bevestigd;
- ofwel kon het normaal karakter van de betreffende posten worden aanvaard, *quod certe non*, doch drong een bijkomend onderzoek zich op naar het abnormaal hoog karakter van de eenheidsprijs voor post 305 in verhouding met

de andere gelijkaardige posten 303, 304 en 306; verwerende partij heeft dit evenwel nagelaten.

7. Verwerende partij brengt hier in haar nota tegen in dat uit de prijsverantwoording van de nv Wegenwerken De Moor is gebleken dat haar offerte voor post 306 een materiële misslag bevatte – de aanvankelijk opgegeven 1.000 euro voor deze post diende eigenlijk 100 euro te zijn. Op basis van de onderlinge samenhang tussen de posten 303 tot en met 306 en de prijsverantwoording dient dan ook te worden besloten dat haar offerte voor post 305 evenzeer een materiële misslag bevat daar waar voor deze post 750 euro wordt opgegeven. Dit dient dan 75 euro te zijn. De prijsopgave is bijgevolg logisch en niet in tegenstrijd met zichzelf. Er is evenmin sprake van speculatieve prijzen.

Het gegeven op zich dat post 305 een post betreft waarbij de inschrijvers onzeker zijn of deze zal moeten worden uitgevoerd, toont niet aan dat er sprake is van een speculatieve prijszetting in hoofde van nv Wegenwerken De Moor.

Verwerende partij wijst er ten slotte nog op dat de prijsverantwoording van deze inschrijver steunt op objectieve elementen die door het studiebureau werden aanvaard.

Zij besluit dat, “gelet op de vastgestelde materiële misslag enerzijds en de aanvaardbare en identieke verantwoording voor de posten 303, 304 en 306 diende er geen bijkomende verantwoording te worden gevraagd voor post 305 zodat het prijsonderzoek met de nodige zorgvuldigheid werd uitgevoerd”.

Beoordeling

8.1. Artikel 110, §§ 2 en 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, luiden:

“§ 2. Onverminderd de nietigheid van elke offerte wegens afwijking van de essentiële besteksbepalingen zoals deze opgesomd in artikel 89, 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 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.

Bij het onderzoek van de vermoedelijk abnormale prijzen kan de aanbestedende overheid met name rekening houden met verantwoordingen gebaseerd op:

1° de doelmatigheid van het bouwproces, van het productieproces van de producten of van de dienstverlening;

2° de gekozen technische oplossingen en/of uitzonderlijk gunstige omstandigheden waarvan de inschrijver bij de uitvoering van de werken, de levering van de producten of het verlenen van de diensten kan profiteren;

3° de originaliteit van de door de inschrijver aangeboden werken, producten of diensten;

4° de naleving van de bepalingen inzake arbeidsbescherming en arbeidsvoorwaarden die gelden op de plaats waar de opdracht wordt uitgevoerd;

5° de eventuele ontvangst van rechtmatig toegekende overheidssteun door de inschrijver.

Wanneer het geraamde bedrag van de opdracht het bedrag voor de Europese bekendmaking bereikt en de aanbestedende overheid vaststelt dat een offerte abnormaal laag is doordat de inschrijver overheidssteun heeft ontvangen, kan de offerte alleen op uitsluitend die grond worden afgewezen indien de inschrijver desgevraagd niet binnen en door de aanbestedende overheid bepaalde voldoende lange termijn kan aantonen dat de betrokken steun rechtmatig is toegekend. Wanneer de aanbestedende overheid in een dergelijke situatie een offerte weert, stelt zij daarvan de Europese Commissie in kennis.”

8.2. Er dient te worden aangenomen 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 overeenkomstig artikel 110, §3, van het voornoemde koninklijk besluit van 8 januari 1996 , 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 in zijn verantwoording niet mag beperken tot vaagheden en algemeenheden en dat de in artikel 110, § 3, voornoemd opgesomde objectieve factoren niet limitatief zijn.

Tevens is, indien de overheid de offerte niet afwijst omwille van abnormale prijzen, een bevraging van de inschrijver volgens artikel 110, § 3, niet vereist, doch er is wel een plicht voor de aanbestedende overheid 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 ten slotte moet het onderzoek gebeuren met inachtnaam van de zorgvuldigheidsverplichting.

9. Aangezien de offerte van de nv Wegenwerken De Moor niet afgewezen werd op grond van abnormale prijzen, was de aanbestedende overheid te dezen niet verplicht om een prijsverantwoording te vragen op grond van het aangehaalde artikel 110, § 3. Wel is het een plicht voor de aanbestedende overheid om de regelmatigheid van een offerte na te gaan en één van de elementen van regelmatigheid is dat de offerte geen abnormale prijzen bevat, welk onderzoek moet gebeuren met inachtnaam van de zorgvuldigheidsverplichting.

10. Uit de offerte van de nv Wegenwerken De Moor blijkt dat zij in haar opmetingsstaat voor de litigieuze posten de volgende prijzen heeft opgegeven:

- post 303: 25 euro,
- post 304: 30 euro,
- post 305: 750 euro,
- post 306: 1000 euro.

Vervolgens blijkt dat verwerende partij wel degelijk een prijsonderzoek heeft gevoerd, zij het beperkt tot posten 303, 304 en 306 waarna nv Wegenwerken De Moor een prijsverantwoording heeft verstrekt voor voormelde posten. Voorts blijkt verwerende partij op basis van de prijsverantwoording verstrekt door de nv Wegenwerken De Moor het normaal karakter van de prijzen voor de posten 303, 304 en 306 te hebben aanvaard en wat betreft post 306 tevens te hebben aangenomen dat er sprake was van een kennelijk materiële fout nu de inschrijver beoogde een prijs van 100 euro op te geven voor deze post i.p.v. 1000 euro.

11. Op het eerste gezicht zou kunnen worden aangenomen dat verwerende partij de grenzen van een zorgvuldige beoordeling niet te buiten is gegaan door op grond van de prijsverantwoording waarin uitleg werd gegeven over de gebruikte methode en de wijze van kostprijsberekening, te besluiten dat er geen sprake was van abnormale prijzen voor de posten 303, 304 en 306 en door wat deze laatste post betreft de offerte te verbeteren op grond van kennelijk materiële fout met toepassing van artikel 111 van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996. De veronderstelling van verzoekende partij dat in voormelde prijsverantwoording wat betreft de litigieuze posten verwezen zou worden naar de offerte van een onderaannemer lijkt feitelijke grondslag te missen.

Tot dergelijk besluit lijkt echter enkel te kunnen worden gekomen indien men hierbij abstractie maakt van de op het eerste gezicht nochtans samenhangende post 305 waaromtrent geen prijsonderzoek werd gevoerd en welke post evenmin blijkt te zijn verbeterd op grond van artikel 111 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996.

Het getuigt op het eerste gezicht wel degelijk van onzorgvuldigheid in hoofde van de aanbestedende overheid dat zij gelet op de samenhang tussen de posten 303, 304, 305 en 306, welke samenhang door haar niet wordt betwist, vervolgens geen prijsonderzoek heeft gevoerd naar post 305, noch de bedoeling van de inschrijver is nagegaan wat betreft post 305 en de op het eerste gezicht daarmee vergelijkbare post 374 in de meetstaat.

12. Uit het verbeterde totaalbedrag voor hoofdstuk 5 in de samenvattende meetstaat van nv Wegenwerken De Moor blijkt echter dat, in tegenstelling tot wat verwerende partij in haar nota laat uitschijnen, de samenvattende meetstaat van de nv Wegenwerken De Moor op het eerste gezicht enkel verbeterd werd voor post 306 (100 euro in de plaats van 1000 euro) en niet voor post 305 waar het oorspronkelijke bedrag van 750 euro lijkt te zijn behouden. Evenmin werd het bedrag voor post 374 verbeterd.

Overigens is het opmerkelijk dat de inschrijver, hierover ondervraagd, spontaan wel zijn zogenaamde materiële vergissing in post 306 vermeldt in zijn prijsverantwoording, doch niets laat blijken over een eventuele materiële vergissing in post 305 of 374.

In die omstandigheden lijkt op het eerste gezicht niet zonder meer te kunnen worden aangenomen dat er sprake is van een kennelijk materiële fout in post 306, laat staan in post 305, waarover men vanwege de inschrijver geen informatie heeft.

13. Om voormelde redenen lijkt het prijsonderzoek te dezen niet gevoerd met de vereiste zorgvuldigheid en is het eerste middel ernstig.

14. Voorts is er geen reden om tevens te besluiten tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de impliciete weigeringsbeslissing de opdracht aan verzoekende partij te gunnen, nu de hiervoor vastgestelde schending enkel betrekking heeft op een schending van de zorgvuldigheidsverplichting in hoofde van de aanbestedende overheid, waarbij de uitkomst van een eventueel nieuw, ditmaal zorgvuldig, onderzoek bij voorbaat niet vast staat. Ter terechtzitting verduidelijkt verzoekende partij overigens uitdrukkelijk dat haar vraag tot schorsing van de impliciete weigeringsbeslissing enkel gerelateerd is aan de middelen in het kader waarvan de onregelmatigheid van de offerte van de gekozen inschrijver zou komen vast te staan.

BESLISSING

1. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 19 oktober 2010 van het Vlaamse Gewest om de overheidsopdracht van werken met als voorwerp “N42 te Zottegem. Herinrichting kruispunt met N454 (Langestraat) en aanleg rioleringen” toe te wijzen aan de nv Wegenwerken De Moor.

2. De vordering wordt voor het overige verworpen.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 20 januari 2011, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest