

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 212.603 van 12 april 2011
in de zaak A. 173.417/XII-4784**

In zake: de NV BETONAC
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Carlos De Wolf en Jo Blockeel
kantoor houdend te 9680 Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Boudewijn Ronse
kantoor houdend te 1050 Brussel
Guillaume Macaulaan 33
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 29 mei 2006, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van de Vlaamse minister van Openbare Werken, Energie, Leefmilieu en Verkeer van 15 maart 2006 om de openbare aanbesteding betreffende “Autosnelweg A3 (E40) Brussel-Luik. Overlaging van het doorlopend gewapend beton met SMA (geluidswerend asfalt) - vak Bertem-Leuven en herstellen op- en afritten - bestek: 16DB/05/37” te gunnen aan de nv Aswebo en de inschrijving van de nv Betonac “af te wijzen wegens abnormale prijsvorming”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Adjunct-auditeur Inge Vos heeft een verslag opgesteld.

Verzoekende partij heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 15 maart 2011.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Carlos De Wolf, die verschijnt voor verzoekende partij en advocaat Boudewijn Ronse, die verschijnt voor 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 een openbare aanbesteding uit voor een opdracht van werken “Autosnelweg A3 (E40) vak Bertem - Leuven, Overlaging van het doorlopend gewapend beton en herstellen op - en afritten”, onderworpen aan de bepalingen van het bestek nr. 16DB/05/37.

De opdracht wordt bekendgemaakt op 26 augustus 2005 in het Bulletin der Aanbestedingen. Ze wordt door het bestuur geraamd op een bedrag van 4.175.008,26 euro.

3.2. De opening van de inschrijvingen vindt plaats op 29 september 2005. Zeven offertes worden ingediend. Uit het proces-verbaal van de opening van de inschrijvingen blijkt dat de nv Betonac de laagste offerte heeft ingediend met een bedrag van € 3.179.806,49. Tweede laagste is de nv Aswebo met een bedrag van € 3.375.009,28.

Na herberekening worden deze twee offertes, die de eerste twee plaatsen bezetten, als volgt gerangschikt:

1. nv Betonac	€ 3.179.806,49
2. nv Aswebo	€ 3.386.810,17.

3.3. Met een brief van 13 oktober 2005 vraagt verwerende partij overeenkomstig de artikelen 110, §§ 3 en 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, de twee laagste inschrijvers om een prijsverantwoording.

Aan de nv Betonac wordt een prijsverantwoording gevraagd voor post 01.11 - € 0,00, evenals voor het totale bedrag van de inschrijving aangezien dit bedrag meer dan 15 % onder het gemiddelde van de bedragen van de ingediende inschrijvingen ligt.

Aan de nv Aswebo wordt ook een prijsverantwoording gevraagd voor post 01.11 - € 1,55, evenals voor het totale bedrag van de inschrijving aangezien ook dit bedrag meer dan 15 % onder het gemiddelde van de bedragen van de ingediende inschrijvingen ligt.

De nv Betonac maakt haar prijsverantwoording over bij brief van 21 oktober 2005, de nv Aswebo bij brief van 24 oktober 2005.

3.4. Met een brief van 10 november 2005 vraagt verwerende partij vervolgens aan beide inschrijvers nog een prijsverantwoording voor de post 0.4.3: Toplaag SMA Type 2.

De nv Betonac maakt een tweede prijsverantwoording over bij brief van 23 november 2005, de nv Aswebo bij brief van 21 november 2005.

3.5. In haar advies van 7 december 2005 stelt de afdeling Algemene Technische Ondersteuning van het departement Leefmilieu en Infrastructuur van het ministerie van de Vlaamse Gemeenschap (hierna ATO) dat zij van mening is dat er gegronde redenen zijn om de laagste offerte ingediend door de nv Betonac af te wijzen wegens abnormale prijsvorming en dat de gunning aan de nv Aswebo gunstig kan worden geadviseerd.

Het advies luidt:

“De prijsverantwoordingen kunnen als volgt beoordeeld worden.

1. Voor post 01.11 (teerhoudend asfalt) wordt door beide inschrijvers een aanvaardbare verklaring gegeven.

2. Voor de post 04.03 (toplaag SMA) berekent Betonac de eenheidsprijs op basis van een rendement van 12.000m² per dag van 8 gepresteerde uren. Hiervoor wordt 1.100 ton KWS-mengsel vervaardigd.

De vermoedelijke hoeveelheid van de post 04.03, zijnde 316.000m², omvat enerzijds de overlaging op de autosnelweg voor 195.000m² en anderzijds de toplaag voor een 30-tal op- en afritten na affrezen van het asfalt.

Het aangenomen rendement kan voor de overlaging reeds als hoog beoordeeld worden. Voor de op- en afritten is dergelijk rendement irrealistisch. De uitvoering op locaties met een gemiddelde oppervlakte van slechts 4.000m² zal het rendement aanzienlijk doen dalen. Hierbij dient ook rekening gehouden met de niet-rendabele tijd om de machines van de ene locatie naar de andere locatie te verplaatsen. De besteksbeplanning dat de op- en afritten in twee fasen dienen hersteld zodat er steeds doorgang is, zal het rendement ook doen dalen.

Bovendien bevat de prijsvorming volgende onjuiste elementen die de kostprijs drukken:

- de aanrekening van amper 7% voor algemene kosten en winst, waar er gangbaar 17% aangenomen wordt volgens de omzendbrief OW 96/01. Met 5% voor winst en [financiering] gedurende de betalingstermijn van 60 dagen, blijft er amper 2% over voor algemene kosten en risico;
- het percentage voor uitvoering op de weekdays is $\frac{121.000m^2}{316.000m^2}$ of 38,3% i.p.v. 40%. Dit voor uitvoering op zaterdag en zondag verhoogt dan met 1,7%, hetgeen aanleiding geeft tot een meerkost;
- er wordt gerekend met een asfaltverbruik van $\frac{1.100ton}{12.000m^2}$ of 91,7 kg/m². Normaliter dient men 4cm x 23,5 kg/cm of 94 kg/m² te nemen;
- voor het transport neemt men 30 ton per opligger terwijl dit begrensd is tot 27 ton. De aangenomen prijs houdt geen rekening met de meerkost voor transport op zaterdag en zondag.

Samenvattend dient vastgesteld dat de prijsbepaling van Betonac onvoldoende rekening houdt met de juiste uitvoeringselementen en dat hierdoor een abnormale lage eenheidsprijs bekomen wordt.

3. De [prijsdetaillering] van Aswebo houdt rekening met de hoeveelheden die uit te voeren zijn op weekdays, op zaterdag of op zondag.

Er wordt rekening gehouden met het verschil tussen overlaging en de toplaag voor op- en afritten, waarvoor andere en logische rendementen in rekening gebracht worden. Dit vertaalt zich in 3 eenheidsprijzen waarvan het gemiddelde (4,65€/m², excl. AK&W) genomen wordt als eenheidsprijs voor de post 04.3. Als basis hiervoor worden de betrokken vermoedelijke hoeveelheden gehanteerd.

Voor het vervoer op zaterdag en zondag worden hogere kostprijzen aangenomen (5,50€/ton en 5,60€/ton t.o.v. 5,00€/ton).

Voor algemene kosten en winst wordt 12% aangenomen, hetgeen voor uitsluitend asfaltwerken nog aanneembaar is.

Als verbruik wordt 93 kg/m² genomen. Dit is iets te laag maar kan de economie van de aanneming niet in het gedrang brengen.

Samenvattend kan gesteld worden dat de prijsopbouw van Aswebo gebaseerd is op de reële uitvoeringsmodaliteiten van de aanneming. De prijsvorming is gesteund op realistische en aanvaardbare elementen.

4. Volgens verklaring van G. De Koker is de ramingsprijs, zijnde 4,94€/m², gebaseerd op goedgekeurde eenheidsprijs van de aanneming volgens het bestek 16DB/05/02, dat hoofdzakelijk de overlaging van de autosnelweg A2 omvat. De eenheidsprijs van de post 27 (toplaag SMA-C2, dikte 4 cm, vermoedelijke hoeveelheid van 150.000m²) bedraagt 4,49€/m². Wegens de meerkost voor de op- en afritten werd de prijs in dit bestek verhoogd tot 4,94 €/m² (+10%).

De aanneming voor de A2 werd aanbesteed in januari 2005. De prijsverhoging van de olieproducten zou resulteren in 15% verhoging in augustus 2005 (45 dagen vóór de aanbesteding van de huidige aanneming). De vergelijkbare eenheidsprijs bedraagt hiermede $4,94\text{€/m}^2 \times 1,15 = 5,68\text{€/m}^2$. De offerteprijs van Betonac bedraagt slechts 77,5% hiervan en voor Aswebo ligt hij op 91,7%.

3. Besluit

De afdeling ATO is van mening dat er gegronde redenen zijn om de laagste offerte, ingediend door de N.V. Betonac af te wijzen wegens abnormale prijsvorming volgens art. 110. De 2^{de} laagste offerte, ingediend door de N.V. Aswebo ten bedrage van 3.386.810,17€, kan voor gunning gunstig geadviseerd worden.”

3.6. Op 15 maart 2006 beslist de Vlaamse minister van Openbare Werken om de inschrijving van de nv Betonac “af te wijzen wegens abnormale prijsvorming” en de opdracht toe te wijzen aan de nv Aswebo. Deze beslissing luidt:

“Gemotiveerde gunningsbeslissing

Rangschikking na calculatie

1) nv Betonac	€ 3.179.806,49
2) nv Aswebo	€ 3.386.810,17
3) nv Verhaeren	€ 3.808.057,63
4) nv Wegebo	€ 4.556.608,86
5) tv Boucher-nv Grizaco	€ 4.851.340,24
6) nv Stadsbader-Flamand	€ 5.021.503,39
7) nv Heijmans Infra	€ 5.047.385,34

- Gelet op de vraag tot prijsverantwoording gericht aan de nv Betonac en de nv Aswebo dd. 13.10.05 en 10.11.05 betreffende het totale bedrag van hun offerte, en de inschrijvingsprijs van de post 01.11 en 04.03;
- Gelet op de verrechtvaardiging van de nv Betonac dd. 21.10.05 en 23.11.05 en van de nv Aswebo dd. 24.10.05 en 21.11.05;
- Gelet op het feit dat de prijsverantwoordingen als volgt dienen beoordeeld te worden:

1) Voor post 01.11 (teerhoudend asfalt) wordt door beide inschrijvers een aanvaardbare verklaring gegeven.

2) Voor de post 04.03 (toplaag SMA) berekent Betonac de eenheidsprijs op basis van een rendement van 12.000 m² per dag van 8 gepresterde uren. Hiervoor wordt 1.100 ton K.W.S.-mengsel vervaardigd.

De vermoedelijke hoeveelheid van de post 04.03, zijnde 316.000 m², omvat enerzijds de overlaging op de autosnelweg voor 195.000 m² en anderzijds de toplaag voor een 30-tal op- en afritten na affrezen van het asfalt.

Het aangenomen rendement kan voor de overlaging reeds als hoog beoordeeld worden.

Voor de op- en afritten is dergelijk rendement irrealistisch. De uitvoering op locaties met een gemiddelde oppervlakte van slechts 4.000 m² zal het rendement aanzienlijk doen dalen. Hierbij dient ook rekening gehouden met de niet-rendabele tijd om de machines van de ene locatie naar de andere locatie te verplaatsen. De besteksbepaling dat de op- en afritten in twee fasen dienen hersteld zodat er steeds doorgang is, zal het rendement ook doen dalen.

Bovendien bevat de prijsvorming volgende onjuiste elementen die de kostprijs drukken:

- de aanrekening van amper 7% voor algemene kosten en winst, waar er gangbaar 17% aangenomen wordt volgens de omzendbrief OW 96/01. Met 5% voor winst en [financiering] gedurende de betalingstermijn van 60 dagen, blijft er amper 2% over voor algemene kosten en risico's;

- het percentage voor uitvoering op de weekdays is $\frac{121.000m^2}{316.000m^2}$ of 38,3% i.p.v. 40%.

Dit voor uitvoering op zaterdag en zondag verhoogt dan met 1,7%, hetgeen aanleiding geeft tot een meerkost;

- er wordt gerekend met een asfaltverbruik van $\frac{1.100ton}{12.000m^2}$ of 91,7 kg/m². Normaliter dient men 4cm x 23,5 kg/cm of 94 kg/m² te nemen;

- voor het transport neemt men 30 ton per opligger terwijl dit begrensd is tot 27 ton. De aangenomen prijs houdt geen rekening met de meerkost voor transport op zaterdag en zondag.

Samenvattend dient vastgesteld dat de prijsbepaling van Betonac onvoldoende rekening houdt met de juiste uitvoeringselementen en dat hierdoor een abnormale lage eenheidsprijs bekomen wordt.

3. De [prijsdetaillering] van Aswebo houdt rekening met de hoeveelheden die uit te voeren zijn op weekdays, op zaterdag of op zondag.

Er wordt rekening gehouden met het verschil tussen overlaging en de toplaag voor op- en afritten, waarvoor andere en logische rendementen in rekening gebracht worden. Dit vertaalt zich in 3 eenheidsprijzen waarvan het gemiddelde (4,65€/m², excl. AK&W) genomen wordt als eenheidsprijs voor de post 04.3. Als basis hiervoor worden de betrokken vermoedelijke hoeveelheden gehanteerd.

Voor het vervoer op zaterdag en zondag worden hogere kostprijzen aangenomen.

Voor algemene kosten en winst wordt 12% aangenomen, hetgeen voor uitsluitend asfaltwerken nog aanneembaar is.

Als verbruik wordt 93 kg/m² genomen. Dit is iets te laag maar kan de economie van de aanneming niet in het gedrang brengen.

Samenvattend kan gesteld worden dat de prijsopbouw van Aswebo gebaseerd is op de reële uitvoeringsmodaliteiten van de aanneming. De prijsvorming is gesteund op realistische en aanvaardbare elementen.

Op basis van wat voorafgaat dient de inschrijving van de nv Betonac afgewezen te worden wegens haar abnormale prijsvorming volgens art. 110 van het KB dd. 8.1.1996.

Ik heb dan ook beslist de laagste regelmatige offerte, ingediend door de nv Aswebo ten bedrage van € 3.386.810,17 goed te keuren.”

Dit is de bestreden beslissing.

3.7. Bij aangetekend schrijven van 30 maart 2006 wordt aan de nv Betonac meegedeeld dat haar offerte onregelmatig werd verklaard om de redenen die opgenomen zijn in de gemotiveerde beslissing van 15 maart 2006. Een afschrift van deze beslissing wordt als bijlage bij het schrijven gevoegd.

3.8. Op 14 april 2006 wordt de nv Aswebo in kennis gesteld van de goedkeuring van haar inschrijving.

IV. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

4.1. In een eerste middel voert verzoekende partij de schending aan van artikel 110, § 3, van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder de materiële motiveringsplicht.

Verzoekende partij merkt op dat de beslissing om haar offerte onregelmatig te verklaren uitsluitend gesteund is op post 04.03 (toplaag SMA),

terwijl zij hieromtrent nochtans een zeer gedetailleerde en gestaafde prijsverantwoording heeft verstrekt. Volgens verzoekende partij is er sprake van een kennelijk gebrekkig prijsonderzoek vanwege verwerende partij. Zij wijst er ook op dat de discussie rond deze post van de meetstaat essentieel is voor het bepalen van de laagste inschrijvingsprijs.

Zij stelt in haar verzoekschrift in de eerste plaats vast dat de beweerde afwezigheid van toereikend rendement van haar offerte waarop de beslissing steunt, elke concrete cijfermatige motivering of onderbouwing mist. Daarnaast betwist zij de vermeende onjuiste elementen in haar kostprijsvorming en is zij van oordeel dat het standpunt van verwerende partij op geen enkele wijze wordt onderbouwd of gestaafd. Ten slotte merkt zij op dat de prijsverantwoording van de nv Aswebo door verwerende partij aanvaard wordt niettegenstaande verwerende partij soortgelijke vaststellingen doet als bij de offerte van verzoekende partij “doch hier aanneemt dat deze vaststellingen de economie van de aanneming niet in het gedrang zullen brengen”. Dit maakt een schending van het gelijkheidsbeginsel uit.

4.2. In haar memorie van wederantwoord merkt verzoekende partij op dat verwerende partij zich niet kan steunen op het ATO-verslag. Zij zet zeer uitvoerig en gedetailleerd uiteen, waarbij zij elk der motieven uit het ATO-verslag bespreekt, waarom dit verslag ten onrechte is uitgegaan van onjuistheden in de kostprijsberekening van verzoekende partij en van een verhoging van de ramingsprijs. Deze technische nota zou zijn gesteund op verkeerde feitelijke gegevens en zou niet of absoluut onvoldoende gemotiveerd zijn. Zo zouden op de ramingsprijs voor post 04.03, zijnde 4,94 euro/m², ten onrechte twee correcties zijn toegepast, namelijk een verhoging van 10 % wegens de meerkost voor de op- en afritten en een verhoging van 15 % wegens de prijsverhoging van de aardolieproducten in de periode januari 2005 - augustus 2005. De opmerkingen over de kostprijsberekening van verzoekende partij zouden onjuist zijn dan wel volstrekt marginaal en dus verkeerd ingeschat. Zo weerlegt zij het standpunt dat de omzendbrief OW/96/01 van toepassing zou zijn. Ook poogt zij aan te tonen

dat de opgave van 40 % in plaats van 38 % uitvoering op weekdays een uiterst marginaal effect heeft op de prijszetting. Het in de bestreden beslissing aangehaalde asphaltverbruik in de offerte van verzoekende partij *ad* 91,7 kg/m² in plaats van 94 kg/m² betreft, aldus verzoekende partij, voorts enkel het vervoer; nergens ook wordt 94 kg/m² als norm vermeld en voorts is het verschil totaal verwaarloosbaar voor de prijszetting. Verzoekende partij betoogt ook dat nergens bepaald wordt dat een dertigtonner slechts 27 ton zou mogen vervoeren, verschil dat ook trouwens totaal verwaarloosbaar is bij de prijszetting. Ten slotte weerspreekt verzoekende partij het motief in de bestreden beslissing dat zij geen rekening zou hebben gehouden met de meerkost voor transport op zaterdag en zondag; daartoe brengt zij een offerte bij van haar transporteur.

4.3. In haar laatste memorie stelt verzoekende partij op de eerste plaats dat het feit dat de vermeende motivering inzake het irrealistisch rendement gerelateerd is aan relevante besteksbepalingen niets afdoet van haar stelling dat deze op geen enkel motief of gegeven is gesteund. Ook benadrukt zij dat de stelling van verwerende partij zo algemeen is dat in wezen het organiseren van mededinging bij de prijszetting in vraag wordt gesteld.

Verzoekende partij meent dat de stelling in het auditoraatsverslag dat de verhoging van de ramingsprijzen zoals vooropgesteld in het ATO-verslag onder punt 4, niet werd overgenomen in de bestreden beslissing en dus irrelevant is, onjuist is; verwerende partij werd beïnvloed door deze redenering uit dit verslag.

Inzake het zogenaamde irrealistische rendement benadrukt verzoekende partij dat ze wel degelijk rekening heeft gehouden met de overlaging op de autosnelweg en de toplaag van de op- en afritten en dat het feit dat haar rendement hoger ligt dan dit van de nv Aswebo op zich geen abnormaliteit is nu dit van de nv Aswebo geen norm is.

De omzendbrief OW/96/01 is weliswaar in het bestek van toepassing verklaard doch uit het in deze omzendbrief omschreven toepassingsgebied moet worden afgeleid dat deze omzendbrief enkel van toepassing kan zijn op het ogenblik dat de opdracht is gegund en niet op het ogenblik van de prijszetting bij het opmaken van een offerte.

Verzoekende partij erkent weliswaar dat wat de berekening van de uitvoering op weekdays betreft het door haar gehanteerde percentage van 40 % te hoog is en slechts 38,3 % is doch wijst erop dat het een onbelangrijk element is bij de prijsvorming.

Wat het vervoer op zaterdag en zondag betreft heeft verwerende partij zonder meer aangenomen dat verzoekende partij in geen meerkost voor die dagen had voorzien hetgeen onjuist is en zulks zonder rechtens aanvaardbare motieven.

Wat de motieven betreft dat het asfaltverbruik onder de 94 kg/m² ligt en dus te laag, en dat een grotere hoeveelheid dan mogelijk inzake vervoer wordt voorzien, namelijk 30 ton in plaats van 27 ton, stelt verzoekende partij ten slotte vast dat in het auditorsverslag haar standpunt wordt bijgevalen.

Beoordeling

5. De Raad van State stelt vast dat verzoekende partij in haar verzoekschrift weliswaar de schending van de materiële-motiveringsplicht inroept doch haar toelichting in wezen beperkt houdt tot de stelling dat een aanbestedende overheid op een ernstige en deskundige wijze het prijsonderzoek dient uit te voeren en dat er hier sprake is van een kennelijk gebrekkig prijsonderzoek. Zowel inzake de zogenaamde afwezigheid van een toereikend rendement in hoofde van verzoekende partij als inzake vermeende onjuiste elementen in de kostprijsvorming van verzoekende partij stelt verzoekende partij

dat deze motieven in de bestreden beslissing “op geen enkele wijze worden onderbouwd of gestaafd”. Voorts voert zij aan dat verwerende partij bij de prijsrechtvaardiging van de nv Aswebo kennelijk niet dezelfde criteria of maatstaven heeft toegepast als bij haar offerte.

In de memorie van wederantwoord en in de laatste memorie daarentegen wordt er kritiek ten gronde geformuleerd op de motieven vervat in het ATO-verslag. Verzoekende partij handelt alsdan onder meer over onjuiste aannames inzake cijfers en percentages, een niet van toepassing zijnde omzendbrief en verkeerde conclusies tegengesproken door een bijgebracht stuk van een onderaannemer.

Het ATO-verslag werd, met uitzondering van het vierde item, namelijk de herziening van de ramingsprijs, volledig geïntegreerd in de bestreden beslissing. Verzoekende partij was dus in staat om haar inhoudelijke kritiek die zij voor het eerst formuleert in haar memorie van wederantwoord, ten gepaste tijde op te nemen in haar eerste procedurestuk, dit is het inleidend verzoekschrift.

Heeft weliswaar verzoekende partij formeel de schending van de materiële-motiveringsplicht aangevoerd in dit verzoekschrift, door dit alsdan in het geheel niet inhoudelijk uit te werken hypothekeert zij een evenwichtig procedureverloop door verwerende partij de kans te ontnemen ten gepaste tijde, dit is in de memorie van antwoord en voorafgaand aan het auditorsverslag, te repliceren op deze inhoudelijke kritiek.

De inhoudelijke kritiek in de memorie van wederantwoord is gesteund op overwegingen uit het ATO-verslag die evenwel reeds opgenomen zijn in de bestreden beslissing zelf. Aldus geeft verzoekende partij een nieuwe invulling aan het aangevoerde middel, die reeds in het inleidend verzoekschrift ontwikkeld had kunnen worden en om die reden onontvankelijk is.

Het eerste middel wordt dan ook besproken zoals het uit het verzoekschrift dient te worden begrepen.

6. Uit het administratief dossier blijkt op de eerste plaats dat verwerende partij aan verzoekende partij de kans heeft gegeven haar prijs voor post 04.03 te verantwoorden. Voorts blijkt dat verwerende partij met betrekking tot de prijsverantwoordingen een advies heeft gevraagd aan ATO die advies verstrekke op 7 december 2005 en uit welk advies de motieven werden overgenomen in de bestreden beslissing. Er mag worden van uitgegaan dat verwerende partij een beroep heeft gedaan op een bekwame en technisch onderlegde instantie om haar bij te staan in haar beoordeling. Zowel het advies als de bestreden beslissing bevatten voorts een concrete beoordeling van de prijsverantwoordingen die door verzoekende partij en de nv Aswebo werden verstrekt, evenals van het door hen gehanteerde rendement. De motivering is geenszins beperkt tot algemeenheden. Bovendien is de motivering duidelijk gerelateerd aan de relevante besteksbepalingen waarin op indicatieve wijze de af te frezen oppervlakte van de op- en afritten wordt opgenomen, waarin wordt bepaald dat het vervangen van de toplaag van de op- en afritten dient te gebeuren tijdens de week en dat dit in twee fasen dient te gebeuren zodat er steeds een doorgang gegarandeerd is. Het blijkt aldus niet dat verwerende partij een gebrekkig prijsonderzoek zou hebben gevoerd.

7. Voorts merkt de Raad van State op dat de bestreden beslissing weliswaar gesteund blijkt te zijn op het abnormaal karakter van de eenheidsprijs van verzoekende partij voor één post, namelijk de post 04.03 (toplaag SMA), doch dat deze post ongeveer de helft van het totale inschrijvingsbedrag uitmaakt, en derhalve van groot belang is voor de economie van de aanneming.

8.1. De opmerking onder punt 4 van het ATO-verslag dat de ramingsprijs dient te worden verhoogd, heeft de aanbestedende overheid niet overgenomen in de bestreden beslissing. Verzoekende partij toont voorts niet aan dat deze opmerking de bestreden beslissing beïnvloed heeft.

8.2. Ten overvloede stelt de Raad van State voorts vast dat uit de bestreden beslissing zelf blijkt dat verwerende partij om diverse redenen tot de conclusie gekomen is dat de eenheidsprijs die door verzoekende partij werd opgegeven irrealistisch is en gesteund op onjuiste elementen die de kostprijs zouden drukken. Zo zou de eenheidsprijs berekend zijn op basis van een te hoog rendement, zou amper 7 % voor algemene kosten en winst worden aangerekend (in plaats van de gangbare 17 % volgens omzendbrief OW 96/01), zou verzoekende partij in haar berekening het percentage voor uitvoering op de weekdays hebben afgerond naar 40 %, terwijl dit in werkelijkheid slechts 38,3 % bedraagt, zou er gerekend zijn met een asfaltverbruik van 91,7 kg/m² terwijl men “normaliter” 94 kg/m² dient te nemen en zou ten slotte voor het transport zijn uitgegaan van 30 ton per opligger terwijl dit begrensd is tot 27 ton, waarbij bovendien evenmin rekening wordt gehouden met de meerkost voor transport op zaterdag en zondag.

In haar verzoekschrift bekritiseert verzoekende partij deze motieven inhoudelijk niet.

De Raad van State neemt aan dat ze niet onjuist zijn en dat ze voldoende draagkrachtig de bestreden beslissing schragen.

9. Voor zover verzoekende partij de schending van het gelijkheidsbeginsel aanvoert, valt dit middel samen met het tweede middel.

Het eerste middel is onder dit voorbehoud niet gegrond.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

10.1. In haar memorie van wederantwoord voert verzoekende partij, na kennisname van het administratief dossier, inzonderheid de offerte van de

nv Aswebo en haar prijsverantwoording, een tweede middel aan, genomen uit de schending van artikel 110, § 3, van het meer vermelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het gelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel.

De schending van het gelijkheidsbeginsel werd initieel ook reeds opgeworpen in het verzoekschrift onder het eerste middel.

Verzoekende partij is in essentie van mening dat werd geoordeeld “met twee maten en twee gewichten” doordat de prijsverantwoordingen van verzoekende partij niet werden aanvaard, terwijl gelijkwaardige prijsverantwoordingen vanwege de nv Aswebo wel werden aanvaard, en dit zonder enige motivering of rechtvaardiging. Zij geeft hiervan verscheidene voorbeelden in haar memorie van wederantwoord.

Ten slotte wijst zij nog op een kennelijke contradictie die vervat zou zijn in de memorie van antwoord van verwerende partij. Enerzijds stelt verwerende partij dat zij als aanbestedende overheid niet verplicht is om in alle stadia van de procedure van het prijsonderzoek een tegensprekelijk debat te voeren en de betrokken inschrijver de mogelijkheid te geven om bij elke stap verweer te voeren. Anderzijds verwijst verwerende partij naar het arrest van het Hof van Justitie van 27 november 2001 waar precies het bestaan van een tegensprekelijk debat bij een dergelijk prijsonderzoek als een absolute vereiste wordt gesteld en dit meer bepaald op basis van de overweging dat de uitsluiting van de inschrijving op basis van abnormaal lage prijzen op deugdelijke motieven moet worden verantwoord, aangezien het in essentie een beperking inhoudt van de normale mededinging. Dit is volgens verzoekende partij bij uitstek het geval in de aanbestedingsprocedure waar de inschrijvingsprijs het enige gunningscriterium vormt.

10.2. In haar laatste memorie bekritiseert verzoekende partij de conclusie van het auditoraatsverslag dat het middel ongegrond is; zij besluit dat

de offerte van de nv Aswebo blijkbaar als een norm wordt aangezien waarbij de inschrijver die een betere prijszetting kan geven, afgedaan wordt als abnormaal.

Beoordeling

11. In de bestreden beslissing zelf wordt de prijsverantwoording van de nv Aswebo besproken en aanvaard. Voor zover het middel gestoeld is op deze beoordeling had het in het eerste procedurestuk van verzoekende partij moeten worden aangevoerd; in de mate dat verzoekende partij dit pas deed in haar memorie van wederantwoord is het niet tijdig. De bespreking van het middel wordt aldus beperkt tot hetgeen verzoekende partij in haar inleidend verzoekschrift heeft aangevoerd en tot hetgeen zij aanvoert in haar memorie van wederantwoord en dit laatste in de mate dat verzoekende partij de offerte en de prijsverantwoording van de nv Aswebo, stukken waarvan zij pas na overlegging van het administratief dossier kennis kon nemen, zelf bij haar kritiek betreft.

12. Bij de beoordeling van het eerste middel is niet gebleken dat de motieven om de offerte van verzoekende partij uit te sluiten wegens abnormale prijsvorming, onjuist zouden zijn. Alsdan rijst de vraag naar het belang van verzoekende partij bij het tweede middel. Voor zover de conclusie van dit middel zou zijn dat de nv Aswebo ook diende te worden uitgesloten, is er nog steeds het feit dat er in totaal zeven inschrijvers aan de gunningsprocedure hebben deelgenomen zodat vijf inschrijvers niet uitgesloten zijn. Uit het administratief dossier blijkt echter dat het prijzenonderzoek beperkt bleef tot de offertes van verzoekende partij en de nv Aswebo zodat verzoekende partij belang heeft bij het middel.

13. Vertrekkend van dezelfde vaststelling als in het vorige randnummer merkt de Raad van State ten aanzien van de in de bestreden beslissing opgenomen beoordeling van de prijsverantwoording van de nv Aswebo in de eerste plaats op dat de eenheidsprijs van de nv Aswebo voor de post 04.03 (toplaag SMA) 5,21 euro bedraagt, tegenover 4,4 euro voor verzoekende partij.

Voorts blijkt de prijsverantwoording van de nv Aswebo beoordeeld te zijn op grond van dezelfde criteria en maatstaven als de offerte van verzoekende partij.

In eerste instantie wordt ook hier het rendement beoordeeld dat om diverse redenen, die blijken te stroken met de prijsverantwoording van de Aswebo zoals neergelegd in het administratief dossier, hier wel realistisch wordt geacht. Het percentage voor algemene kosten en winst ligt hier op 12 % tegenover 7 % bij verzoekende partij. Voorts blijkt de prijsverantwoording van de nv Aswebo expliciet een onderscheid te maken wat betreft het vervoer gedurende de week, op zaterdag en zondag. De nv Aswebo blijkt trouwens in haar prijsverantwoording voor alle deelaspecten een onderscheid te maken naargelang het werk dient te worden uitgevoerd gedurende de week, op zaterdag of op zondag.

Ten slotte wordt ook hier het asfaltverbruik beoordeeld. Daarbij komt het niet onzorgvuldig voor dat een verbruik van 93 kg/m² wel wordt aangenomen.

14. Verwerende partij heeft in het kader van het prijzenonderzoek conform de geldende regelgeving ook verzoekende partij de kans geboden een prijsverantwoording te geven, kans die verzoekende partij te baat genomen heeft.

Gelet op het voorgaande is dan ook niet aangetoond dat verwerende partij het gelijkheidsbeginsel zou hebben geschonden.

15. Het tweede middel, voor zover ontvankelijk, is niet gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. Verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 12 april 2011, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Geert van Haegendoren,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest