

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 213.205 van 12 mei 2011
in de zaak A. 121.889/XII-3560**

In zake: de NV FRANS MAES
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Carlos De Wolf en Jozef Timmermans
kantoor houdend te 9680 Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de CV HAVILAND
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Michel Kiekens
kantoor houdend te 1082 Brussel
Dr. Schweitzerplein 18
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 12 juni 2002, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing van verwerende partij d.d. 28 maart 2002, [...], om de offerte van Frans Maes nv, ingediend op 24 januari 2002 met de verantwoording van de abnormaal lage prijzen d.d. 5 maart 2002, niet te aanvaarden, d.w.z. als onregelmatig af te wijzen”.

II. Verloop van de rechtspleging

Bij arrest nr. 107.438 van 6 juni 2002 is de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing verworpen.

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij en de verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 10 mei 2011;

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

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

Eerste auditeur Jos Stevens 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. Verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit onder de vorm van een openbare aanbesteding voor de “realisatie van de fase 1B van de verkaveling Kauter te Herne: aanleg van sportvelden”.

De opdracht wordt aangekondigd in het Bulletin der aanbestedingen van 23 november 2001.

3.2. De offertes worden geopend op 25 januari 2002. Tien ondernemingen hebben offertes ingediend ten belope van de volgende bedragen, btw niet inbegrepen:

- nv Frans Maes	250.933,27 euro,
- nv Wegrosport	301.061,60 euro,
- nv Lesuco	327.924,39 euro,
- nv Betasco	344.277,88 euro,
- bvba Tuinen Descamps	352.364,39 euro,
- bvba Groenservice	373.948,75 euro,
- nv Aannemingsbedrijf Roos	391.055,57 euro,
- nv P. Van Cauwelaert Contractors	421.658,79 euro,
- nv Interplant	428.255,00 euro,
- bvba Wegrio	596.655,30 euro.

3.3. Op 22 februari 2002 richt verwerende partij een aangetekend schrijven aan verzoekende partij:

“Naar aanleiding van Uw offerte van 24 januari 2002 van bovenvermeld project, wensen wij de nodige verantwoordingen te ontvangen voor de volgende posten van uw offerte die volgens ons bestuur abnormaal laag zijn.

- Post 2.7	Afschrapen dichte kruidige vegetatie.
- Post 2.12	Afgraving teelaarde met verwijdering.
- Post 2.25	Realisatie van menglaag type I.
- Post 2.26	Realisatie van menglaag type II.
- Post 2.27	Realisatie van de afwerkingslaag in zand.
- Post 4.3	Dolomietverharding - bovenlaag 0/5 dikte 3 cm.
- Post 4.4	Dolomietverharding - éénlaags 0/15 dikte 10 cm.
- Post 4.5	Dolomietverharding - onderlaag 5/15 dikte 7 cm.
- Post 7.6	Leveren en plaatsen van lage omheining rondom de sportvelden inclusief funderingen van de palen volgens IX - toegevoegd artikel 3.
- Post 7.7	Leveren en plaatsen van hoge vangnetten met palen inclusief funderingen van de palen volgens IX - toegevoegd artikel 7.

V.H. 1.750 m ² x 0,10 + 10% verdichting	192,5m ³ à € 29,80 = 5.736,50
Opspreiden en nivelleren	192,5m ³ à € 12,50 = 2.406,25
Verdichten met trilwals	1750m ² à € 0,37 = <u>647,50</u>
	€ 8.790,25
Algemene onkosten en winstmarge 17%	<u>1.494,34</u>
	€ 10.284,59

Omrekening naar m²: 10.284,59/1.750m² = 5,9/m²

Inschrijvingsprijs per m² € 1,5/m².”

Besluitend stelt verzoekende partij:

“Wij bevestigen eveneens dat de werken worden uitgevoerd volgens de regels der kunst en dat we als aannemer werken volgens de bepalingen van het typebestek 250.

Het [bijgevoegde] overzicht van de uitgevoerde sportvelden bewijst dat we vertrouwd zijn met de aanleg van voetbalvelden”.

Bij dit schrijven is nog een attest van nv Zandhandel Delvaza gevoegd betreffende het granulometrisch onderzoek van het zand dat door verzoekende partij wordt voorgesteld voor onder meer post 2.27.

3.5. Op 26 maart 2002 wordt een aanbestedingsverslag opgesteld. Er wordt een nazicht van de offertes uitgevoerd. Wat de offerte van verzoekende partij betreft worden de volgende vaststellingen gedaan:

“4. Rekenkundig nazicht

[...]

4.4. Frans Maes n.v.

Abnormale lage prijzen

[...]

Op 22 februari 2002 wordt er door een aangetekend schrijven verantwoording gevraagd voor zijn abnormaal lage prijzen. Op 9 maart 2002 heeft Haviland de prijsverantwoording van de NV Frans Maes ontvangen. Hieruit blijkt dat zijn prijzen niet kunnen aanvaard worden.

Ten gevolge van volgende punten wordt aannemer NV Frans Maes geweerd:

- Post 2.27.: In de realisatie van de afwerkingslaag in zand gebruikt hij zand, zoals in menglaag type I en menglaag type II, zonder dat er een mengeling (bijvoorbeeld turf of dergelijk bodemverbeteringsmiddel) is voorzien waardoor er onvoldoende organisch materiaal in deze afwerkingslaag is. De aannemer wijkt hier af van hetgeen is voorgeschreven.
- Post 9.4. en 9.6.: Voor het aanleggen van de grasmatten door bezaaiing zijn er 2 maaibeurten in zijn prijs niet voorzien wat niet conform de beschrijving is volgens het typebestek 250.
- Post 4.4.: Voor de dolomiet verharding was er in de beschrijving voorzien dat deze gestabiliseerd is door CaCl [calciumchloride], wat niet blijkt uit de vergelijking met post 4.5. waar er geen gestabiliseerde dolomiet wordt voorzien en de prijs duurder is.
- Voor de meeste posten waardat prijsverantwoording voor was gevraagd zoals zand en dolomiet, opgesplitst in aankoop-, transport-, stort- en verwerkingskosten, werd er geen detail door de aannemer gegeven”.

Vervolgens worden de totaalprijzen onderzocht. Het gemiddelde bedrag van de offertes blijkt 323.843,27 euro te bedragen. Er wordt een “afkapgrens volgens artikel 110 § 4” berekend van 275.266,78 euro. De offerte van verzoekende partij blijkt als enige onder dit grensbedrag te vallen:

“5. Nazicht abnormale totaalprijs

[...]

Besluit: Frans Maes n.v. is de laagste inschrijver maar dient verantwoording te geven aangezien hij met een bedrag (na rekenkundig nazicht) van 248.208,27 euro onder de grenswaarde van 275.266,785 zit wat betreft het totale bedrag. Verwijzend naar pagina 13/18 [de hiervoor aangehaalde vaststellingen onder het rekenkundig nazicht] blijkt zijn verantwoording aangaande zijn abnormale lage prijzen en de conformiteit met het bestek, onvoldoende te zijn waardoor Frans Maes wordt geweigerd.

Daardoor is Lesuco de laagste inschrijver conform het bestek”.

Het gunningsverslag besluit vervolgens dat “de firma Lesuco n.v. [...] de laagste regelmatige aanbieder [is] voor het uitvoeren van de werken” en “kan aangeduid worden als aanbestedingshouder voor de aanleg van

de sportvelden bij de verkaveling Kauter te Herne voor een bedrag van 280.451,41-euro (exclusief btw)”.

3.6. Op 28 maart 2002 neemt verwerende partij de beslissing om verzoekende partij te weren en wijst zij de opdracht toe aan de nv Lesuco. Deze beslissing herneemt omzeggens woordelijk de vaststellingen van het aanbestedingsverslag onder titel “4.4. Frans Maes n.v.” inzake de punten waarom de offerte van deze inschrijver wordt geweerd.

3.7. Met een aangetekend schrijven van 15 april 2002 wordt verzoekende partij ervan op de hoogte gebracht dat haar offerte werd geweerd. In dit schrijven worden eveneens de redenen uit het aanbestedingsverslag hernomen op grond waarvan daartoe werd beslist.

3.8. Verzoekende partij richt op 25 april 2002 aan de burgemeester van Herne een faxbericht met enkele opmerkingen bij de posten 2.27, 9.4, 9.5 en 4.4, en op 22 mei 2002 een aangetekend schrijven aan verwerende partij dat luidt:

“Naar aanleiding van uw schrijven van 15 april 2002, laten wij U weten niet akkoord te gaan met de basis waarop U ons weert als laagste bieder van bovenvermeld werk.

Post 2.27: U beweert dat wij een schrapping hebben aangebracht op het attest van de zandanalyse van onze leverancier. Wij hebben het attest van de leverancier ontvangen en als dusdanig zonder schrappingen doorgegeven. Het lastenboek vermeldt dat er 2 tot 5 % organisch materiaal in de afwerkingslaag moet zitten. Het bijzonder bestek maakt zelfs de opmerking dat er proeven worden uitgevoerd op kosten van de aannemer om dit percentage te controleren en dat er op kosten van de aannemer organisch materiaal moet worden toegevoegd als het resultaat niet voldoet. Bij het zand dat zou worden geleverd als afwerkinglaag en indien men er van uit gaat dat het zand 0,5 % organisch materiaal bevat, moet er nog 1,5 % organisch materiaal aangevoerd worden wat overeen komt met een kostprijs van € 745,00 + € 250,00 voor de verwerking Dit is volledig ten laste van ons als aannemer.

Post 9.4 en 9.5: Als aannemer van groenwerken weten wij uit ervaring dat alle bezaaiingen twee maal moeten gemaaid worden vooraleer er voorlopig kan opgeleverd worden. Dit is een kost van één eurocent/m², wat meegerekend zit in ons zaaiwerk.

Post 4.4: de dolomietverharding met CaCl is volgens de beschrijving € 0,9 duurder dan de dolomietverharding zonder CaCl. Wat betreft de aankoopprijs is deze wel goedkoper door het verschil in kaliber en hoeveelheid. Het dolomiet 5/15, geleverd op de werf, voor een hoeveelheid van ongeveer 13 m², is een onvolledige vracht, wat eveneens hogere transportkosten met zich meebrengt. Wanneer er bvb voor dolomiet 0/15 een prijs van € 29,80 vermeld wordt, dan is dit onze aankoopprijs geleverd op de werf.

De weigering van onze inschrijving en verantwoording verwondert ons ten zeerste en wij vermoeden dan ook dat het hier gaat om een moedwillige weigering”.

3.9. Met een aangetekende brief van 31 mei 2002 laat verwerende partij aan verzoekende partij weten dat zij bij haar standpunt blijft:

“De bijkomende verantwoordingen aangaande post 2.27, post 9.4., post 9.5. en post 4.4. dienden in uw brief van 5 maart 2002 te worden opgenomen en zijn dusdanig niet meer relevant.

Van een moedwillige weigering is absoluut geen sprake gezien uw bieding niet conform het bijzonder bestek en het standaardbestek 250 is”.

IV. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

4. In een enig middel roept verzoekende partij de schending in van “artikel 110, §2, §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”, “van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen”, en “van het gelijkheidsbeginsel”.

4.1. In het eerste onderdeel laakt verzoekende partij het “gebrekkig prijsonderzoek op grond van artikel 110 §3 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996”.

Verwerende partij heeft bij het onderzoek naar abnormale prijzen op grond van deze bepaling haar beoordelingsbevoegdheid niet correct – niet “overeenkomstig de algemene beginselen van behoorlijk bestuur” – uitgeoefend. Verzoekende partij brengt daartoe volgende argumenten aan, bij elk van de in de bestreden beslissing aangehaalde motieven om haar offerte te weren:

“(i) Post 2.27

Wat betreft post 2.27 stelt verwerende partij dat verzoekende partij zand zou gebruiken dat, qua samenstelling, afwijkt van hetgeen is voorgeschreven door het typebestek 250. Dit argument kan helemaal niet overtuigen om de offerte van verzoekende partij onregelmatig te verklaren. Immers, zoals duidelijk in de prijsverantwoording door verzoekende partij is gesteld, verbindt zij zich ertoe om de werken uit te voeren overeenkomstig het typebestek 250. Artikel 27, §2 van het bestek voorziet trouwens dat alle materialen, vermeld in het typebestek 250 voor wegenbouw, versie 2.0, en in het bijzonder bestek, onderhevig zijn aan een ‘voorafgaandelijke technische controle’. Indien tijdens deze controle zou blijken dat de aangeleverde materialen niet voldoen aan de bepalingen van het typebestek 250, zal de aannemer gehouden zijn om deze materialen door geschikte materialen te vervangen.

Het spreekt voor zich dat de algemene aannemingsvoorwaarden zoals opgenomen in bijlage bij het koninklijk besluit van 26 september 1996 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies van openbare werken daartoe de middelen tot optreden voorzien.

M.a.w., de motivering om het abnormaal laag karakter van de betreffende post te staven, is onjuist en bovendien in rechte niet aanvaardbaar.

(ii) Post 9.4 en 9.5

Wat betreft deze post kan een gelijkaardige opmerking worden geformuleerd als voor de voorgaande post: nu het typebestek 250 uitdrukkelijk voorziet dat twee maaibeurten moeten worden verricht, zal verzoekende partij deze twee maaibeurten trouwens ook uitvoeren. Verzoekende partij wenst trouwens op te merken dat nergens in de betreffende post of in haar offerte is gesteld dat slechts één maaibeurt zou zijn inbegrepen. Ook op dit punt kan enkel worden vastgesteld dat de motivering om de eenheidsprijs als abnormaal te beschouwen, in rechte en in feite onjuist is.

(iii) Post 4.4

Wat post 4.4 betreft, is de dolomietverharding met CaCl volgens de inschrijving van verzoekende partij 0,9 eurocent duurder dan de dolomietverharding zonder CaCl. Wat betreft de aankoop prijs van deze producten is er wel een prijsvoordeel door het verschil in het kaliber en de hoeveelheid die kan worden aangekocht. De dolomiet 5/15 is een hoeveelheid van ongeveer 13 m³, wat eveneens hogere transportkosten met zich meebrengt, geleverd op de werf.

M.a.w., ook op dit punt faalt de motivering van verwerende partij om de inschrijving van verzoekende partij te weren volledig, zowel in rechte als in feite.

(iv) Vermeend ontbreken van een detail m.b.t. de prijsverantwoording

Op basis van een analyse van de prijsverantwoording van verzoekende partij zal uw Raad vaststellen dat deze motivering als kennelijk onjuist moet worden aangemerkt. Immers, in het schrijven d.d. 5 maart 2002 heeft verzoekende partij op gedetailleerde wijze de inschrijvingsprijzen voor de onderscheiden posten toegelicht en gespecificeerd, zodat volkomen ten onrechte door verwerende partij wordt gesteld dat geen detail zou zijn gegeven”.

Verzoekende partij meent samenvattend dat de motivering opgenomen in de bestreden beslissing “kennelijk ontoereikend is” om te rechtvaardigen dat haar offerte als abnormaal dient te worden beschouwd. Het summier en beknopt karakter van deze motivering staat bovendien in schril contrast met de gedetailleerde toelichting die door verzoekende partij in haar schrijven van 5 maart 2002 werd gegeven.

Voorts wijst verzoekende partij in dit middelonderdeel nog op een “kennelijke” schending van het gelijkheidsbeginsel:

“Niet alleen is de motivering van verwerende partij op diverse punten onjuist, in rechte of in feite niet aanvaardbaar, ze is bovendien als kennelijk onredelijk te beschouwen nu zij het resultaat is van een manifest gebrekkig onderzoek. Zo zal uw Raad vaststellen dat bijv. elke vergelijking met andere inschrijvingsprijzen ontbreekt.

N.a.v. de schorsingsprocedure heeft verzoekende partij op de terechtzitting kennis kunnen nemen van het administratief dossier en m.n. het aanbestedingsverslag. Hierbij werd aangetoond dat, voor een aantal posten, bijv. de posten 4.5, 9.4 en 9.5 ook andere inschrijvers een vaak substantieel lagere eenheidsprijs hadden opgenomen in hun offerte.

Niettemin werden deze inschrijvers niet verzocht om een prijsverantwoording te verstrekken.

Verzoekende partij behoudt zich vanzelfsprekend het recht voor om dit argument verder uit te werken na een grondige studie van het administratief dossier (m.n. het aanbestedingsverslag), doch wenst hier, bij wijze van voorbeeld, post 9.4 en post 9.5 aan te halen. De post 9.4 wordt bij verzoekende partij als abnormaal laag aangemerkt, terwijl een inschrijvingsprijs van 25 eurocent per m² werd aangeboden. Uit het aanbestedingsverslag blijkt dat deze inschrijvingsprijs overeenstemt met de raming van verwerende partij. Bovendien hebben de andere inschrijvers volgende eenheidsprijzen voor deze post opgegeven:

- Van Cauwelaert: 12 eurocent
- Wegrosport: 10 eurocent
- Lesuco: 20 eurocent

Aan deze inschrijvers werd geen prijsverantwoording gevraagd.

Voor wat de post 9.5 betreft, was de ramingsprijs 17 eurocent, waarbij verzoekende partij een eenheidsprijs van 35 eurocent had opgenomen. Hier blijkt uit de vergelijkingstabel dat Van Cauwelaert 25 eurocent heeft aangeboden en Wegrosport 10 eurocent.

M.a.w., bij het uitvoeren van haar prijsonderzoek op basis van artikel 110, §3 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 heeft verzoekende partij niet enkel de betreffende wettelijke bepalingen geschonden, doch bovendien kennelijk het gelijkheidsbeginsel geschonden”.

4.2. In het tweede onderdeel stelt verzoekende partij dat er te dezen sprake is van een “schending van de wet bij het prijsonderzoek op grond van artikel 110, §4 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996”.

Zij wijst erop dat verwerende partij in het aangetekend schrijven van 22 februari 2002 enkel vraagt om “de nodige verantwoordingen te ontvangen voor de volgende posten van uw offerte die volgens ons bestuur abnormaal laag zijn”. Uit het aanbestedingsverslag blijkt echter dat in realiteit artikel 110, § 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, dat betrekking heeft op de abnormaal lage totaalprijs, de grondslag uitmaakt voor het gevoerde prijsonderzoek. Dit betekent concreet dat de inschrijving van verzoekende partij als onregelmatig wordt afgewezen op grond van een vermeende abnormaal lage totaalprijs -dus bij toepassing van artikel 110, § 4- terwijl verwerende partij

conform artikel 110, § 3, een prijsverantwoording had gevraagd. Het voorwerp van beide vormen van prijsonderzoek is volgens verzoekende partij fundamenteel verschillend. Volgens haar dient bijgevolg te worden vastgesteld “dat verwerende partij geen onderzoek van de totale inschrijvingsprijs heeft verricht en bijgevolg artikel 110 § 4 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 heeft geschonden”.

Bovendien kan niet worden aanvaard dat verwerende partij geen rekening heeft gehouden met de bijkomende toelichting die verzoekende partij in haar schrijven van 22 mei 2002 had verstrekt. Een aanbestedende overheid mag de inschrijvers immers meerdere malen om inlichtingen verzoeken.

De stelling dat verzoekende partij abnormaal lage prijzen zou hebben ingediend klemmt des te meer nu verzoekende partij aan de hand van haar referentielijst kan aantonen dat zij in het recente verleden identieke werken heeft uitgevoerd tot tevredenheid van diverse aanbestedende diensten, en dit tegen aannemingsprijzen die van dezelfde orde zijn als de inschrijvingsprijs die in haar offerte voor deze opdracht was opgenomen. Verzoekende partij betwist niet dat, wat het algemeen prijsniveau inzake aannemingswerken betreft, er mogelijk een aanzienlijk verschil is tussen het prijsniveau in de regio West-Vlaanderen en het prijsniveau in de regio van verwerende partij. Echter, verzoekende partij meent evenzeer dat een eerlijke en open mededinging binnen eenzelfde markt precies tot doel heeft om aanbestedende overheden in de mogelijkheid te stellen om bij een gunningsprocedure competitieve prijzen te bekomen en aldus een efficiënte besteding van de overheidsgelden te verzekeren.

4.3. In het derde onderdeel ten slotte voert verzoekende partij aan dat “artikel 110, §2 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 [werd geschonden] bij het onregelmatig verklaren van de offerte van verzoekende partij”.

Volgens verzoekende partij werd haar offerte, “strikt juridisch” beschouwd, verworpen wegens een vermeende technische niet-conformiteit. Echter, “ook al heeft de technische invulling van een offerte mogelijks een invloed op het prijsniveau, de specifieke bepalingen inzake abnormaal lage prijzen (*in casu* artikel 110, §3 van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996)

zijn in een dergelijk geval niet van toepassing”. Te dezen dient te worden vastgesteld dat, uitgaande van een prijsonderzoek naar het klaarblijkelijk abnormaal laag karakter van bepaalde eenheidsprijzen, verwerende partij een technische niet-conformiteit heeft vastgesteld in de offerte van verzoekende partij. Deze beoordeling klemmt volgens verzoekende partij evenwel vanuit een dubbel oogpunt:

- “(i) in haar prijsverantwoording heeft verzoekende partij uitdrukkelijk gesteld dat zij de bepalingen van het bestek, inclusief het typebestek 250 zou naleven; en
- (ii) verwerende partij heeft op geen enkele wijze dit ‘afgeleid vermoeden’ van technische niet-conformiteit van de offerte van verzoekende partij gewettigd en gestaafd, bijv. door de verwijzing naar de door andere inschrijvers opgegeven prijzen voor de betreffende posten”.

5. Verzoekende partij betwist in haar laatste memorie nog dat zij met haar reacties van 25 april 2002 en 22 mei 2002 een bijkomende prijsverantwoording heeft willen geven. Zij heeft enkel, naar eigen zeggen, “verwerende partij gewezen op de kennelijk foute conclusies en gevolgtrekkingen die werden gekoppeld aan de verstrekte prijsverantwoording en waarmee bijgevolg de beslissing d.d. 15 april 2002 behept was”.

Verzoekende partij verwijst ook naar rechtspraak van het Hof van Justitie in verband met het onregelmatig verklaren van inschrijvingen wegens *prima facie* abnormale prijzen. Volgens verzoekende partij benadrukt het Hof dat de uitsluiting wegens abnormaal lage prijzen slechts geoorloofd is na een “daadwerkelijke en grondige tegensprekelijke verificatieprocedure”, waarbij de betreffende inschrijver de mogelijkheid moet worden verleend om “zijn standpunt behoorlijk te verdedigen”. Te dezen, aldus verzoekende partij, “heeft verwerende partij verzoekende partij belet om zich behoorlijk te verdedigen (bij gebreke aan een juiste informatieverlening omtrent de rechtsgrond van de gevraagde prijsverantwoording) [en] [...] bovendien heeft verwerende partij de onjuiste gevolgtrekkingen afgeleid uit de prijsverantwoording”.

6. Vervolgens komt verzoekende partij terug op de prijsverantwoording voor post 2.27 en het daarbij betrokken

zandanalysecertificaat. Volgens verzoekende partij besluit verwerende partij meteen op zicht van dit attest dat verzoekende partij bij de uitvoering van de werken zou afwijken van het bestek. Dit is geenszins het geval. Immers, uit het bestek volgt dat het zand dat als grondstof wordt geleverd, eventueel, teneinde te voldoen aan de technische bepalingen van het bestek, nog een bewerking zal moeten ondergaan, “gedefinieerd als het verwerken van bodemverbeteringsmiddelen”.

Het standpunt van verwerende partij dat verzoekende partij zand zonder organisch materiaal heeft voorgesteld klemmt des te meer nu blijkt dat dit is gesteund op een vervalst zandanalysecertificaat. Verzoekende partij heeft namelijk contact opgenomen met Zandhandel Delvaza nv en in een verklaring van 29 juni 2005 bevestigt deze dat het attest dat door verwerende partij bij het administratief dossier werd gevoegd als stuk E12 “niet authentiek [is] (lees onbetwistbaar vervalst)”.

De problematiek van het zandanalysecertificaat is volgens verzoekende partij wezenlijk voor het beoordelen van de gegrondheid van het voorliggende beroep. Verzoekende partij vraagt de Raad van State dan ook om in dit verband, op grond van artikel 25, tweede lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, een getuigenverhoor te bevelen. Verzoekende partij verklaart bovendien “de bedoeling [te hebben] om een strafrechtelijke klacht wegens valsheid van geschrifte in te dienen bij de procureur des konings of de onderzoeksrechter”, indien verwerende partij volhardt in het gebruik van stuk E12 van het administratief dossier.

7. Ten slotte verwijst verzoekende partij, wat de ingeroepen schending van het gelijkheidsbeginsel betreft, nog naar een bij het administratief dossier gevoegd schrijven van 10 mei 2002 van verwerende partij aan het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Herne. In dit schrijven stelt verwerende partij dat zij “de firma Lesuco [heeft] aangeschreven om bijkomend prijs te geven tengevolge van de wijzigende hoeveelheden en bijkomende posten door de andere inplanting van de voetbalterreinen. Dit om de werken zo snel mogelijk te laten van start gaan. De gewijzigde situatie van inplanting van de

terreinen kan ook opgevangen worden door een heraanbesteding te organiseren, wat een vertraging van de werken met zich meebrengt”.

Volgens verzoekende partij werden aldus de omstandigheden van de opdracht essentieel gewijzigd. In dit geval is een heraanbesteding van de opdracht geen optie maar wel een verplichting. Te dezen dient dan ook te worden vastgesteld dat, voorafgaandelijk aan de toewijzing van de opdracht, door verwerende partij aan de gekozen inschrijver het recht werd verleend om eenzijdig zijn inschrijvingsprijs te wijzigen ingevolge gewijzigde omstandigheden. Er is bijgevolg volgens verzoekende partij “kennelijk sprake van een schending van het gelijkheidsbeginsel”.

Beoordeling

8.1. Artikel 110, §§ 3 en 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 luiden, ten tijde van het nemen van de bestreden beslissing:

“ § 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 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 produktieprocédé 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 produkt, 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 gegadigden ingediende offertes ligt beschouwd als een offerte waarvan het eventueel abnormale karakter van de prijs moet nagezien worden door de aanbestedende overheid.

Het in het eerste lid beschouwde gemiddelde wordt als volgt berekend :

1° indien het aantal offertes gelijk is aan of groter is dan zeven, met uitsluiting van de laagste offerte en - terzelfdertijd - onder de hoogste offertes van een deel dat een vierde van het geheel van de ingediende offertes vertegenwoordigt. Indien dit aantal niet deelbaar is door vier, wordt dat vierde deel naar de hogere eenheid afgerond;

2° indien het aantal offertes lager ligt dan zeven, met uitsluiting van de laagste en van de hoogste offerte.

Voor een offerte waarbij het eventueel abnormaal karakter van het bedrag dient nagezien te worden in de zin van deze paragraaf, moet de aanbestedende overheid :

1° ofwel in de beslissing om de opdracht toe te wijzen, de verwerping van het bezwaar tegen het schijnbaar abnormale bedrag van de offerte formeel motiveren;

2° ofwel de inschrijver verzoeken de nodige rechtvaardigingen, zoals voorzien in § 3, te bezorgen. Indien na onderzoek van deze rechtvaardigingen blijkt dat het bedrag van de offerte abnormaal is of bij gebrek aan rechtvaardigingen binnen de opgelegde termijn, moet de aanbestedende overheid, in afwijking van § 2, de offerte als onregelmatig beschouwen en bijgevolg als van rechtswege nietig”.

8.2. In het kader van het nazicht van blijkbaar abnormaal lage prijzen zoals bepaald door het hiervoor aangehaalde artikel, wordt aangenomen dat de aanbestedende overheid over een grote beoordelingsvrijheid beschikt om gegeven prijsverantwoordingen al dan niet te aanvaarden, dat de Raad van State zich bij dergelijke beoordeling niet in de plaats mag 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, wat onder meer vereist dat ze naar behoren zijn bewezen, dat een inschrijver zich niet mag beperken tot vaagheden en algemeenheden, dat de in hetzelfde artikel 110, § 3, opgesomde objectieve factoren niet limitatief zijn en dat ten slotte het onderzoek moet gebeuren met inachtneming van de zorgvuldigheidsverplichting.

9. De offerte van verzoekende partij werd door verwerende partij onregelmatig verklaard om een dubbele reden. In de eerste plaats heeft verwerende partij deze offerte geweerd omwille van de abnormaal lage prijzen

voor vier posten, welke abnormaliteit volgens verwerende partij uiteindelijk terug te voeren valt op de technische niet-conformiteit van de offerte wat deze posten betreft (post 2.27: geen of onvoldoende organisch materiaal in het gevraagde zand; post 9.4 en 9.5: geen twee maaibeurtten voor de grasmatten; post 4.4: het dolomiet is niet gestabiliseerd door CaCl). Daarnaast heeft verwerende partij vastgesteld dat voor de posten waarvoor prijsverantwoording werd gevraagd, verzoekende partij geen afdoende prijsverantwoording heeft gegeven aangezien deze niet de gevraagde mate van detaillering vertoonde.

10. Onbetwistbaar is aldus toepassing gemaakt van het aangehaalde artikel 110, in zijn derde paragraaf. Dat daarnaast ook is opgemerkt dat de prijs van de offerte van verzoekende partij, bij toepassing van de vierde paragraaf van dat artikel 110, onder de daarin bedoelde “afkappingsgrens” lag, doet aan die conclusie geef afbreuk en maakt de toepassing van de derde paragraaf niet onrechtmatig.

11. Er wordt voorts niet aangetoond, zelfs niet beweerd, dat de beide redenen om de offerte te weren -de technische niet-conformiteit van de offerte voor voormelde posten, dan wel de niet afdoende gedetailleerde verantwoording van de abnormale prijzen, ook voor de overige posten- niet elk op zich reeds zouden volstaan opdat verwerende partij de offerte van verzoekende partij als onregelmatig had kunnen weren.

12.1. Wat het voornoemde gebrek aan detaillering betreft, moet een inschrijver die een verzoek tot prijsverantwoording ontvangt weten dat dit een ernstige aangelegenheid is en dient hij 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. De inschrijver mag zich dus niet beperken tot vaagheden en algemeenheden.

12.2. Verzoekende partij heeft in haar schrijven van 5 maart 2002 slechts een uitsplitsing gegeven van de totaalprijs voor de betrokken posten, in voorkomend geval ook met vermelding van eenheidsprijzen, zoals hiervoor bij wijze van voorbeeld de verantwoording bij posten 2.27 en 4.4. is weergegeven. Daarbij wordt echter geen nadere onderbouwing of verantwoording van

eenheidsprijzen of totaalprijzen verstrekt, die eventueel zouden kunnen worden betrokken op één van de factoren opgesomd in het tweede lid van het geschonden geachte artikel 110, § 3.

Bij deze prijsverantwoording werd evenmin, voor welke post ook, voldoende rekening gehouden met de door verwerende partij uitdrukkelijk gevraagde detaillering in aankoop-, transport-, stort- en verwerkingskosten. Verzoekende partij heeft daarentegen eigen uitsplitsingen gehanteerd waarvan verwerende partij mocht aannemen dat deze niet voldeden aan de mate van detail die zij had gevraagd.

12.3. De loutere verwijzing, zoals te dezen, naar de prijzen van een leverancier of onderaannemer, vermeerderd met een winstmarge volstaat niet als prijsverantwoording. Het voorleggen van de offertes van leveranciers of onderaannemers, die de door het bestuur als abnormaal aangemerkte prijzen bevestigen, geeft op zich immers nog steeds niet aan welke concrete en objectieve factoren de abnormale prijzen juist rechtvaardigen, dit wil zeggen de schijn van abnormaliteit die over de betrokken prijzen hangt wegnemen.

12.4. De enkele bevestiging van verzoekende partij in het besluit van haar prijsverantwoording dat zij de werken zal uitvoeren “volgens de regels der kunst” en “volgens de bepalingen van het typebestek 250”, maakt evenmin een afdoende prijsverantwoording uit nu ook uit deze verklaring niet kan worden afgeleid welke concrete en objectieve factoren de abnormale prijzen rechtvaardigen.

12.5. De verwijzing naar de werken aan andere sportvelden die verzoekende partij in het verleden heeft uitgevoerd kan evenmin worden aanvaard als een prijsverantwoording. Het overzicht van uitgevoerde werken dat verzoekende partij bij haar schrijven van 5 februari 2002 voegde vermeldt, naast de opdrachtgever en de aard van de werken, immers enkel het totaalbedrag ervan en de datum van de voltooiing. Er kan niet worden ingezien hoe verwerende partij uit deze gegevens had kunnen afleiden dat de prijzen voor de betrokken posten niet langer als abnormaal dienden te worden beschouwd.

12.6. Met de bijkomende toelichting die verzoekende partij in haar fax van 25 april 2002 en schrijven van 22 mei 2002 alsnog verstrekte kon verwerende partij vanzelfsprekend geen rekening houden, nu deze toelichtingen pas na het nemen van de toewijzingsbeslissing werden gegeven en dit meer dan een maand na de kennisgeving van de bestreden beslissing.

12.7. Uit hetgeen voorafgaat blijkt dat verzoekende partij niet de prijsverantwoording heeft verstrekt zoals haar door verwerende partij werd gevraagd en van haar mocht worden verwacht. Verwerende partij heeft dan ook de bepalingen van het hiervoor aangehaalde artikel 110 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 niet geschonden, noch de formele-motiveringsverplichting vervat in de wet van 29 juli 1991, waar zij, met veruitwendigde motieven die verzoekende partij overigens kent want bestrijdt heeft beslist tot het abnormaal karakter van deze prijzen.

12.8. Ten slotte wordt niet ingezien hoe de gevolgde procedure, waarbij verzoekende partij de kans kreeg en nam om haar prijzen te verantwoorden, niet zou voldoen aan hetgeen het Hof van Justitie volgens verzoekende partij een “daadwerkelijke en grondige tegensprekelijke verificatieprocedure” noemde.

13. Het feit voorts dat enkel aan verzoekende partij een prijsverantwoording werd gevraagd maakt op zich geen schending van het gelijkheidsbeginsel uit. Er dient immers te worden vastgesteld dat enkel de offerte van verzoekende partij onder het door verwerende partij overeenkomstig artikel 110, § 4, berekende drempelbedrag lag, welke vaststelling door verzoekende partij als dusdanig niet wordt weersproken, en haar offerte, de laagste, in eerste instantie voor gunning van de opdracht in aanmerking kwam.

14. Uit wat voorafgaat volgt dat de offerte van verzoekende partij terecht als onregelmatig werd geweerd aangezien er voor dertien als abnormaal beschouwde posten geen afdoende prijsverantwoording werd gegeven. Uit wat hiervoor *sub* randnummer 11 reeds is vastgesteld, volgt daaruit dat de andere grieven van verzoekende partij, die betrekking hebben op de technische niet-conformiteit van de offerte voor de posten 2.27, 4.4, 9.4 en 9.5 niet te worden

onderzocht. Een eventueel gegrond bevinden van deze grieven laat die vaststelling immers onverlet.

De betwisting omtrent de authenticiteit van het zandanalyse-attest en de mogelijke valsheid van dat stuk waarop verzoekende partij in haar laatste memorie terugkomt, dient dan ook niet te worden onderzocht, nu deze kadert in een grief die niet dienstig is.

15. Het middel wordt verworpen.

Het beroep, in zoverre het al ontvankelijk is bij gebrek aan beroep tegen de toewijzingsbeslissing, is in elk geval ongegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De 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 mei 2011, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Lust,	staatsraad,
Geert Van Haegendoren,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest