RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 214.020 van 21 juni 2011
in de zaak A. 185.812/XII-5268

In zake: de NV DE VRIESE RAF
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Dirk Van Heuven
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
President Kennedypark 6/24
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 6 november 2007, strekt tot de nietigverklaring van

> "- Het besluit van het Vlaams[e] Gewest *s.d.* houdende de toewijzing van een overheidsopdracht 'N44 te Maldegem. Saneringswerken brug in de N44 over de N9' (bestek nummer 16DD/07/13) aan de nv Tibergyn Alg. Ond. en waarbij de laagste offerte van [de nv De Vriese Raf] voor bovenvermelde opdracht als niet regelmatig wordt beschouwd
> - het impliciete besluit om deze opdracht niet te gunnen aan [de nv De Vriese Raf]".

II. Verloop van de rechtspleging

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

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een verslag opgesteld.

Verzoekende partij heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 26 april 2011.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Karl-Jan Vandormael, die loco advocaat Dirk Van Heuven verschijnt voor verzoekende partij is gehoord.

Eerste auditeur Luc Vermeire 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 aanneming van werken met als opdracht de herstelling van de brug in de N44 over de N9 te Maldegem in beide rijrichtingen. Het bestek met kenmerk 16DD/07/13 is van toepassing.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 21 maart 2007.

3.2. Er worden zeven offertes ingediend. Verzoekende partij heeft de laagste offerte ingediend voor een bedrag van 883.620,77 euro, btw inbegrepen. De nv Tibergyn Alg. Ond. is de tweede laagste voor een bedrag van 921.918,12 euro, btw inbegrepen.

3.3. Met een brief van 25 mei 2007 vraagt verwerende partij, afdeling Wegen en Verkeer Oost-Vlaanderen, aan verzoekende partij een prijsverantwoording in het kader van artikel 110, § 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, voor 39 posten op een totaal van 143 posten, die "eerder laag" (21 posten) dan wel "eerder hoog" (18 posten) worden bevonden.

3.4. Met een brief van 5 juni 2007 geeft verzoekende partij haar prijsverantwoording.

Wat betreft de "eerder lage" posten 29 (offerte: € 14.500), 44 (offerte: € 12.000) en 90 (offerte: € 8.704) en de "eerder hoge" post 79 (offerte: € 9.750 namelijk 6,5 are x €1.500 per are) geeft zij de volgende verantwoording:

> "Post 29: fundering van schraal beton dikte 25 cm: 1450 m²: 1450 x 0.25 = 362.5 m³ x kostprijs voor het maken van dit product € 30/m³ = €10875 + Kostprijs van transport= 362.5 x 2 (soortgelijk gewicht) x €4/ton = € 2900 + € 10875 = € 13775 + winstmarge. Eigen productie ter plaatse op de werf met de Wirtgen KMA 1500. Deze kan worden ingezet voor het aanmaken van ternair zand, zandcement en schraal beton. De productie ter plaatse geeft ook betere garanties naar vlugge verwerking toe en dus kwaliteit.
>
> Post 44: Veiligheidsstootbanden
> Volgens prijsopgave € 22.85 per stuk (1,2 m) geleverd op de werf. Bij leverancier VOR/Roeselare + winstmarge. Stockvoorraden laten ons toe de prijs te drukken.
>
> Post 90: Ongewapende cementbetonverharding, zonder luchtbelvormer, met WK= 60 MPa, dikte 23 cm
> Eigen productie, Kostprijs = €68/m³ + €4 transport + winstmarge, in totaliteit 82 m³
> 82 m³ x 72 = € 5904
> Plaatsen analoog aan post 75 = € 1744
> + winstmarge 10 % en afronding naar beneden
>
> Post 69/79: Aanleg van grasmatten door bezaaiing: Als bijlage doorgegeven prijsopgave van onderaannemer: 'Graszodenkwekerij Latrez-Declercq' te Ardooie Koolskamp 1,5/m². Zij rekenen aan 1400 per are".

3.5. Met een brief van 9 juli 2007 vraagt de afdeling Wegen en Verkeer Oost-Vlaanderen advies aan de afdeling Algemene Technische Ondersteuning (ATO).

In bijlage bevindt zich een verslag van ir. P. De Winne van de afdeling Wegen en Verkeer Oost-Vlaanderen waarbij inzake de vier voornoemde posten het volgende wordt opgemerkt:

> "Post 29 en post 75
> De aannemer komt hier aanzetten met twee verschillende argumentaties voor post 29 en 75.
> Zie ook de uitleg over het transport. Bij post 29 is dat 4 €/ton en bij post 75 is dat 4 €/m³.
> Schraal beton met een dikte 25 cm van post 29 kost evenveel als schraal beton met een dikte 20 cm van post 75. Hoe is dat mogelijk?
> De aannemer heeft voor beide 10€/m² ingeschreven, terwijl er toch 20% meer materiaal in zit.
> Opmerkelijk is ook dat post 88, schraal beton met een dikte van 20cm, dan weer 16€ kost.
> Een aanvaardbare eenheidsprijs voor 20 cm is ongeveer 14€ en voor 25cm ongeveer 16€.
> Deze drie posten tonen geen eenvormige prijsvormingsstructuur voor hetzelfde materiaal.
>
> Post 44
> In het bestek is gevraagd te voldoen aan de nieuwe EN en aan het bijgevoegd artikel (Stepprofiel, stuklengte 6m). De stuklengte in zijn verantwoording spreekt van 1,2 meter. Dit is in strijd met de besteksvoorwaarden. Zijn inschrijvingsprijs is absoluut te laag. Voor 25 euro per lopende meter kan men onmogelijk een betonnen veiligheidsstootband plaatsen welke voldoet aan de nieuwe Europese regelgeving, en dat is expliciet gevraagd ! Een normale inschrijvingsprijs zou ongeveer 125 à 150 euro/m moeten zijn. Dat betekent toch een verschil van zo'n 45000 tot 60000 euro t.o.v. een regelmatige inschrijvingsprijs. Dit is m.a.w. beslissend voor de aanbesteding.
>
> Post 90. De aannemer schrijft in zijn verantwoording dat er een analoge plaatsing als bij post 75 zal gebeuren. Dat is pertinent fout. Post 75 is een schraal beton fundering. Hier gaat het over een beton verharding uitgevoerd in platen (met inzagen van voegen, voegvulling, enz…). Daarbovenop neemt hij voor de plaatsing dan ook nog dezelfde kost, nl. 1744 €, voor 2 verschillende hoeveelheden (verschil is bijna 100%).
>
> Post 69 en 79. Dit is een prijs die 10 keer te hoog is in vergelijking met de andere inschrijvers. Niettegenstaande dit van relatief laag belang is, wijst

dit toch op enige onregelmatigheid. De offerte van zijn onderaannemer is niet gedateerd en daar heb ik alle twijfels bij".

3.6. ATO adviseert met een brief van 20 juli 2007 aan de afdeling Wegen en Verkeer Oost-Vlaanderen de offerte van verzoekende partij af te wijzen wegens abnormale prijsvorming en de opdracht toe te wijzen aan de tweede laagste offerte van de nv Tibergyn Alg. Ond. voor een bedrag van 921.918,12 euro.

Inzake de vier voornoemde posten merkt ATO het volgende op:

"a) Post 29: fundering van schraal beton, dikte 25 cm (10,00 €/m²). Er wordt een bedrag aangenomen voor de productie en transport van het beton. De plaatsingskosten werden vergeten, hetgeen de afwijking t.o.v. de overige offerteprijzen (tussen 14,55€ en 18,00 €/m²) verklaart;

b) Post 44: geprefabriceerde betonnen veiligheidsstootbanden.
De beoordeling van P. De Winne kan bijgetreden worden. De eenheidsprijs is gebaseerd op stootbanden met een lengte van 1,20m, hetgeen niet aanvaardbaar is als permanente beveiliging. Deze niet-conforme aanname resulteert in een afwijkende prijsvorming in min van ongeveer 50.000€.

c) Post 90: cementbetonverharding.
Voor de plaatsingskosten kan het standpunt van P. De Winne bevestigd worden. Tevens is de leveringkost (68€/m³) voor dergelijk kwaliteitsbeton ontoereikend.

d) Post 79: aanleg van grasmatten door bezaaiing.
Bovenop de beoordeling van P. De Winne dient vermeld dat de 2 eerste werkzaamheden uit de offerte van de onderaannemer, nl. de grond bewerken na zuiveringen met de kraan en het nivelleren en egaliseren van de toplaag, eerder thuishoren onder de posten 68 en 74 (afdekking met teelaarde).
De statistische prijs voor 2006 bedraagt 156,87€ per are en wijkt enorm af van de offerteprijs (1.500€/are)".

3.7. Bij beslissing van 21 augustus 2007 wordt de opdracht toegewezen aan de nv Tibergyn Alg. Ond. voor een bedrag van 921.918,12 euro.

3.8. Verzoekende partij ontvangt vanwege verwerende partij een "voorstel en verantwoording" over de toewijzing en de onregelmatigverklaring.

Hierin wordt vermeld dat de afdeling Wegen en Verkeer Oost-Vlaanderen voor een aantal posten een verantwoording vroeg aan verzoekende partij en aan de nv Tibergyn Alg. Ond. en dat na ontvangst van de verantwoordingen deze afdeling tot het volgende besloot ten aanzien van de offerte van verzoekende partij:

> "De afwijkingen van vooral de abnormaal hoge prijzen van deze inschrijver, ten opzichte van het gemiddelde van de rest van de inschrijvers is dikwijls zeer hoog.
> Deze afwijkingen, samen met het groot aantal abnormale prijzen, bewijst misschien, ondanks alle prijsverantwoordingen van de aannemer, nog meest van al het abnormaal (en soms speculatieve) karakter van de inschrijving.
> Daarbovenop kan over het algemeen gesteld worden dat de aannemer voor zijn te lage prijzen dikwijls verantwoordingen geeft zonder rekening te houden met materieelkosten (bandenkraan, vrachtwagen, enz…) en dat hij voor de te hoge prijzen deze kosten te pas en onpas erbij haalt in zijn verantwoording.
> De prijsverantwoording van de laagste inschrijver is ontoereikend en kan geenszins de abnormale lage en hoge inschrijvingsprijzen van een aantal posten verklaren. Deze offerte moet dan ook als onregelmatig beschouwd worden overeenkomstig art. 110§3 van het K.B. van 8/1/1996".

Ten aanzien van de offerte van de nv Tibergyn Alg. Ond. besloot de afdeling tot het volgende:

> "De verantwoording van deze inschrijver is gesteund op offertes van onderaannemers waarop niets op te merken is. Deze verantwoording is zonder meer aanvaardbaar. Er zijn dan ook geen aanduidingen die wijzen op abnormale en/of speculatieve eenheidsprijzen voor de belangrijkste posten van deze inschrijving".

In dit document wordt ook vermeld dat het advies van ATO werd ingewonnen en er wordt vervolgd:

> "[ATO] is van oordeel dat er inderdaad gegronde redenen zijn om de laagste offerte af te wijzen op basis van art. 110§3 van het K.B. 8/1/1996 wegens abnormale prijsvorming.
> ATO steunt zich hiervoor op de verantwoording van de afdeling Wegen en Verkeer Oost-Vlaanderen (zie boven). Voor de 4 belangrijkste posten van de offerte (posten 24, 44, 90 en 79) maakte ATO een eigen analyse :

Post 29: er werd geen rekening gehouden met de plaatsingskosten, hetgeen de afwijking t.o.v. de overige offerteprijzen (tussen 14,56€ en 18,00€/m²) verklaart;

Post 44: de eenheidsprijs is gebaseerd op stootbanden met een lengte van 1,20 m, hetgeen niet aanvaardbaar is als permanente beveiliging. Deze niet-conforme aanname resulteert in een afwijkende prijsvorming in min van ongeveer 50.000€;

Post 90: naast de terechte opmerkingen van de afdeling WOV is ook de leveringskost voor dergelijk kwaliteitsbeton ontoereikend;

Post 79: bovenop de beoordeling van de afdeling WOV dient vermeld dat de eerste twee werkzaamheden uit de offerte van de onderaannemer, nl. de grond bewerken na zuiveringen met de kraan en het nivelleren en egaliseren van de toplaag, eerder thuishoren onder de posten 68 en 74 (afdekken met teelaarde).
De statistische prijs voor 2006 bedraagt 156,87€ per are en wijkt enorm af van de offerteprijs.

Aanvullend onderzocht de afdeling ATO ook de prijsverantwoording van de 2de gerangschikte inschrijver en besluit dat deze offerte als normaal beoordeeld kan worden conform de analyse gemaakt door de afdeling WOV (zie boven)".

IV. Onderzoek van de middelen

Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

4. Verzoekende partij voert de schending aan van artikel 110, § 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 en van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen.

In een eerste onderdeel betoogt verzoekende partij dat de aanbestedende overheid bij het prijzenonderzoek zich er niet mocht toe beperken te stellen dat de prijsverantwoording van verzoekende partij ontoereikend is en dat het dus ging om abnormale prijzen, temeer omdat de totaalprijs van de offerte

van verzoekende partij percentueel slechts weinig afweek van het gemiddelde van de inschrijvingen namelijk 7,65 % en van de tweede laagste inschrijver; bovendien is er sprake van een zeer ruime overschrijding van de raming namelijk 52 % en gaat het, volgens het ATO-verslag, om relatief kleine bedragen.

Voorts merkt zij op dat het gunningsverslag dat zij ontving, verschilt van het verslag dat zich bevindt in het administratief dossier. Dit laatste zou in tegenstelling met dit dat verzoekende partij ontving, een motivering post per post bevatten.

In een tweede onderdeel beklemtoont verzoekende partij dat in de bestreden beslissing verwezen wordt naar de verslagen van ATO en van de afdeling Wegen en Verkeer Oost-Vlaanderen; deze adviezen waren niet gevoegd bij de beslissing noch werden die erin toegelicht.

Zij benadrukt dat in het gunningsverslag dat zij ontving, er geen enkel citaat uit de voornoemde verslagen is opgenomen.

In een derde onderdeel merkt verzoekende partij op dat in de bestreden beslissing verwezen wordt naar het advies van ATO doch dat dit advies niet uitdrukkelijk bijgevallen wordt. Wat rest aan motivering in deze beslissing is een aantal algemeenheden die niet kunnen worden toegewezen aan bepaalde posten. Bovendien is dit advies niet eensluidend met het gunningsverslag dat verzoekende partij ontving.

In een vierde onderdeel stelt verzoekende partij vast dat in het advies van ATO, zoals samengevat in de bestreden beslissing, en voor zover het er deel van uitmaakt, er slechts vier posten worden onderzocht, niet alle posten waar de afdeling Wegen en Verkeer Oost-Vlaanderen moeilijkheden in onderkende. Van deze vier posten zijn er drie te laag en één te hoog terwijl in de bestreden beslissing er op wordt gewezen dat de offerte wordt geweerd onder meer om abnormaal hoge prijzen (meervoud).

Voorts merkt zij op dat de motivering voor die vier posten niet overtuigt.

Wat post 29 betreft wordt verzoekende partij verweten geen rekening te hebben gehouden met plaatsingskosten doch in de prijsverantwoording wordt opgemerkt dat de productie ter plaatse geschiedt zodat er geen bijkomende plaatsingskosten zijn.

Wat post 44 betreft wordt verzoekende partij verweten dat zij in stootbanden met een lente van 1,20 m voorziet. In het bestek is geen sprake van een lengte waaraan deze banden moeten voldoen. In de bestreden beslissing wordt niet verantwoord waarom er sprake zou zijn van een "niet-conforme aanname". Voorts merkt zij op dat haar offerte is verworpen wegens abnormale prijzen, niet wegens technische niet-conformiteit. Vraag is ook, aldus verzoekende partij, waarom verwerende partij niet overging tot verbetering.

Wat post 90 betreft wordt er in de bestreden beslissing verwezen naar het advies van de afdeling Wegen en Verkeer Oost-Vlaanderen zonder dat dit mee is betekend. De opmerking dat de "leveringskost voor kwaliteitsbeton ontoereikend" is wordt niet gemotiveerd.

Wat post 79 betreft merkt verzoekende partij opnieuw op dat de verwijzing naar het advies van de afdeling Wegen en Verkeer Oost-Vlaanderen onvoldoende is nu dit advies niet mee betekend werd. Voorts is de overweging dat twee werkzaamheden van de onderaannemer eerder thuishoren onder posten 68 en 74, voor verzoekende partij een raadsel daar dit geenszins doet blijken van abnormale prijzen. Ten slotte is de loutere verwijzing naar een statistische prijs onwerkdadig; er wordt geen toelichting gegeven hoe deze prijs berekend wordt en bij deze prijs wordt geen rekening gehouden met de specifieke omstandigheden waarin de opdracht moet worden uitgevoerd.

Ten slotte zou er geen eenduidige zienswijze zijn tussen ATO en de afdeling Wegen en Verkeer bijvoorbeeld wat post 29 betreft.

In een vijfde onderdeel, voor het eerst aangevoerd in de memorie van wederantwoord, wijst verzoekende partij er op dat zij een ander gunningsverslag/gunningsbeslissing gekregen heeft dan wat er zich in het

administratief dossier bevindt. Aldus is er sprake van een schending van het vertrouwensbeginsel en van de formele motiveringsplicht.

5. In haar laatste memorie benadrukt verzoekende partij in de eerste plaats dat de motivering vervat is in een verslag dat niet aan haar werd bezorgd op het moment van de kennisgeving van de gunningsbeslissing. Zij wijst op de verschillen tussen het door haar ontvangen gunningsverslag en dit waarop verwerende partij zich beroept in haar memorie van antwoord, wat kennelijk zou strijden met de motiveringsverplichting.

Er is in het gunningsverslag dat verzoekende partij ontving, weliswaar sprake van een verantwoording van de afdeling Wegen en Verkeer "doch uit niets blijkt dat dit een afzonderlijk document betreft" en verzoekende partij mocht ervan uitgaan dat deze verantwoording op het eerste blad van dit verslag was weergegeven. Er mag verzoekende partij niet worden verweten dat zij deze verantwoording niet van verwerende partij opgevraagd heeft nu zij niet kon weten dat ze bestond. Bovendien gaat het hier om meer dan een gebrek aan kennisgeving doch is er sprake van een schending van de motiveringsplicht.

Voorts merkt verzoekende partij op dat de gegeven motivering niet afdoende is; bij de beoordeling van de vier posten 29, 44, 90 en 79 mogen de verslagen van ATO en de afdeling Wegen en Verkeer niet worden betrokken. De motivering zoals opgenomen in het gunningsverslag dat verzoekende partij ontving, is niet juist, minstens niet volledig.

Wat post 29 betreft stelt zij dat de plaatsingskost wel degelijk begrepen is in de prijsofferte voor die post.

Wat post 44 betreft merkt zij op dat in het gunningsverslag niet verwezen wordt naar een besteksbepaling inzake de lengte van de stootbanden; voorts zou verwerende partij niet aantonen dat stootbanden met een lengte van 6 meter 50.000 euro meer zouden kosten.

Wat de post 90 betreft beklemtoont verzoekende partij dat zij in haar memorie van wederantwoord niet diende te reageren op het standpunt van de

afdeling Wegen en Verkeer; het was haar onbekend bij de indiening van haar beroep. Toch antwoordt verzoekende partij thans op het standpunt van deze afdeling en weerlegt dit door erop te wijzen dat het zeer aanvaardbaar is dat de posten 75 en 90 niettegenstaande verschillen in hoeveelheid toch een zelfde plaatsingskost geven.

Wat de post 79 betreft wijst verzoekende partij er op dat haar geen prijsverantwoording werd gevraagd voor de posten 68 en 74. Voorts ontkent verzoekende partij niet dat een aanbestedende overheid een statistische prijs kan hanteren doch meent zij dat dit enkel kan als het duidelijk is dat zo'n prijs betrekking heeft op dezelfde prestaties en omstandigheden wat hier niet kan worden gecontroleerd.

Ten slotte benadrukt verzoekende partij dat er hier geen sprake kan zijn van een gevaar voor een slechte uitvoering; de totale offerteprijs van verzoekende partij ligt veel hoger dan de raming. De aangehaalde posten vertegenwoordigen een minimale waarde ten aanzien van de totale waarde. Verwerende partij kon ook verduidelijking gevraagd hebben aan verzoekende partij.

Beoordeling

6. Het middel wordt hierna beoordeeld zonder de indeling van het middel zoals aangebracht in het inleidend verzoekschrift te volgen; verzoekende partij heeft deze indeling trouwens zelf verlaten in haar laatste memorie.

7. Artikel 110, § 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 voorziet in een algemeen regime inzake de verantwoording van abnormale prijzen.

Het bevat de algemene regeling, van toepassing op overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, zowel gegund bij aanbesteding als bij offerteaanvraag, waarbij de aanbestedende overheid over een discretionaire bevoegdheid beschikt om al dan niet een

prijsonderzoek in te stellen naar prijzen die zij abnormaal hoog dan wel abnormaal laag acht.

Een inschrijver die een verzoek tot prijsverantwoording ontvangt voor bepaalde posten van zijn offerte, moet in elk geval weten dat dit een ernstige aangelegenheid is en hij dient zich ervan bewust te zijn dat hij zijn prijzen concreet en onderbouwd dient te verantwoorden aangezien hij het risico loopt dat zijn offerte onregelmatig wordt verklaard.

8. Bij het gunningsverslag van ir. P. De Winne zijn twee tabellen gevoegd, één met de prijzen van de posten die eerder laag zijn en één met de prijzen die eerder hoog zijn, in vergelijking met die van de andere inschrijvers.

Wat de vier bewuste posten die uiteindelijk door de aanbestedende overheid, op aangeven van ATO, aangegrepen zijn om de offerte van verzoekende partij als onregelmatig aan te merken, betreft, leidde dit tot volgende conclusie: de door verzoekende partij opgegeven prijs voor de post 29 namelijk 14.500 euro staat tegenover een gemiddelde van de prijzen van de zeven inschrijvers van 22.214 euro, voor de post 44 12.000 euro tegenover 59.856 euro, voor de post 90 8.704 euro tegenover 12.913,20 euro en voor de post 79 9.750 euro tegenover 2.145 euro.

Hieruit blijkt dat verwerende partij niet onzorgvuldig handelde door minstens voor deze posten – verwerende partij vroeg aan verzoekende partij in totaal voor 39 posten een prijsverantwoording en de afwijkingen van het gemiddelde blijken in die gevallen allemaal evenzeer substantieel – een prijsverantwoording te vragen. Dat de totale prijs van de offerte van verzoekende partij slechts 7,65 % afwijkt van het gemiddelde, dan wel dat er sprake is van een ruime overschrijding van de raming, is niet relevant.

9. Uit het administratief dossier blijkt dat ir. De Winne van de afdeling Wegen en Verkeer een verslag heeft opgemaakt waarin de prijsverantwoording van verzoekende partij wordt besproken en wordt geconcludeerd dat deze verantwoording in het merendeel van de 38 gevallen niet aanneembaar is.

Dit verslag werd overgemaakt aan ATO voor standpuntbepaling. Deze afdeling beperkte haar onderzoek tot de vier kwestieuze posten om reden dat elk van deze posten hoger is dan 1 % van het inschrijvingsbedrag. ATO concludeerde tot de onregelmatigheid van de offerte van verzoekende partij wegens abnormale prijzen bij die vier posten. Bij de motivering van die onregelmatigverklaring geeft ATO telkens een eigen motivering en verwijst zij bij drie van deze posten ook naar het standpunt van het verslag van ir. De Winne.

In de bestreden beslissing wordt gewezen op "het gemotiveerde gunningsverslag". In de concrete omstandigheden van de zaak wordt aangenomen dat de aanbestedende overheid dit verslag als motief heeft overgenomen in haar beslissing.

In het gunningsverslag, zoals het werd overgemaakt aan verzoekende partij, wordt de conclusie van ATO wat de vier posten betreft omzeggens woordelijk herhaald zodat verzoekende partij niet kan voorhouden dat zij onwetend was van het verslag van ATO. Deze conclusie van ATO gaf verzoekende partij al een duidelijk inzicht in de beweegredenen van de onregelmatigverklaring.

In deze conclusies wordt, wat twee posten, namelijk 90 en 79, betreft, als ten overvloede, verwezen naar het standpunt voor die posten van ir. De Winne van de afdeling Wegen en Verkeer. Weliswaar wordt bij één van die posten verwezen naar "de analyse door de afdeling WOV (zie boven)" doch hieruit kon verzoekende partij onmogelijk afleiden dat deze analyse volledig zou zijn opgenomen in dit verslag. Integendeel, precies gelet op de specificiteit van de analyse per post, diende verzoekende partij te beseffen dat, nu dergelijke analyse per post niet was opgenomen in het gunningsverslag zoals haar overgemaakt, in dat verslag slechts een synthese van deze analyse was vermeld. Verzoekende partij diende hieruit af te leiden dat de analyse van ir. P. De Winne afzonderlijk bestond.

Mocht al kunnen worden aangenomen dat de eigen redengeving van ATO met betrekking tot die twee posten niet volstaat, dan nog dient te worden vastgesteld dat verzoekende partij nagelaten heeft het extensieve verslag van ir. P. De Winne bij verwerende partij op te vragen. In de concrete omstandigheden van de zaak kon verzoekende partij met voldoende kennis van zaken haar beroep indienen.

Het verslag van ir. De Winne van de afdeling Wegen en Verkeer zoals bezorgd aan ATO, en het verslag ATO zijn voorbereidende verslagen ten aanzien van het gunningsverslag dat aan verzoekende partij werd bezorgd. De opwerping van verzoekende partij dat er diverse en verschillende verslagen zijn dan wel dat er na het gunningsverslag zoals het haar werd medegedeeld andere verslagen werden opgemaakt, mist feitelijke grond.

10. Wat de kritiek van verzoekende partij op de beoordeling van de posten 29, 44, 90 en 79 betreft wordt het volgende opgemerkt.

10.1. In het inleidend verzoekschrift en in de memorie van wederantwoord merkt verzoekende partij op dat wat post 29 (schraal beton) betreft er eigenlijk geen plaatsingskost is omdat de beton ter plaatse wordt aangemaakt. In haar laatste memorie daarentegen stelt verzoekende partij dat de plaatsingskost wel degelijk in de opgegeven prijs begrepen is. Ze spreekt zodoende zelf het middel tegen.

Hoe dan ook toont verzoekende partij niet aan dat de productie van beton ter plaatse een plaatsingskost uitsluit.

10.2. Wat de post 44 betreft werd in het verslag van ir. De Winne vermeld dat de door verzoekende partij opgegeven prijs die was voor stootbanden met een lengte van 1,20 m, wat strijdig is met het bestek en dat aldus de opgegeven prijs veel te laag is; ATO nam deze kritiek over en stelt dat stootbanden met een lengte van 1,20 m niet aanvaardbaar zijn en dat deze niet-conformiteit resulteert in een afwijkende prijsvorming in min van ongeveer 50.000 euro.

In het bestek wordt beschreven dat de stootbanden een lengte moeten hebben van 6000 mm zodat terecht wordt aangenomen dat de door verzoekende partij voorgestelde lengte van 1,2 m niet bestekconform is. Verwerende partij kon hier uit afleiden dat deze besteksafwijking leidt tot een afwijkende prijsvorming. Verzoekende partij toont niet concreet aan dat het door verwerende partij veronderstelde bedrag van 50.000 euro onjuist is; uit de voormelde tabel met te lage prijzen valt dergelijk verschil overigens af te leiden.

10.3. Wat de post 90 betreft onderschrijft ATO de beoordeling van ir. De Winne dat er een prijsabnormaliteit is in vergelijking met post 75; voorts stelt ATO zelf dat de leveringskost voor dergelijk kwaliteitsbeton ontoereikend is.

In haar inleidend verzoekschrift en in haar memorie van wederantwoord bekritiseert verzoekende partij inhoudelijk de ene noch de andere opmerking. Zij stelt enkel dat de opmerking dat de "leveringskost voor kwaliteitsbeton ontoereikend" is, niet wordt gemotiveerd.

Pas in haar laatste memorie gaat verzoekende partij in op de opmerking van ir. De Winne. Zij gaat inhoudelijk opnieuw niet in op de op zichzelf staande opmerking van ATO.

In die omstandigheden wordt vastgesteld dat verzoekende partij nagelaten heeft op een ontvankelijke manier, dit is in haar inleidend verzoekschrift, minstens na kennisname van het administratief dossier in haar memorie van wederantwoord, haar middelonderdeel te ontwikkelen.

10.4. Wat post 79 betreft verwijst ATO op de eerste plaats naar de opmerking van ir. De Winne die stelt dat de door verzoekende partij opgegeven prijs tienmaal hoger is dan die van de andere inschrijvers en dat de prijs van de onderaannemer niet gedagtekend is. Verzoekende partij geeft in haar memorie van wederantwoord geen kritiek op dit motief niettegenstaande zij kennis kreeg van het verslag van ir. De Winne middels het administratief dossier.

ATO brengt bovendien zelf twee motieven aan om de prijs voor deze post als abnormaal af te doen.

In een tweede motief wordt opgemerkt dat de door verzoekende partij opgegeven prijs (1.500 euro per are) enorm afwijkt van de statistische prijs (156,87 euro per are).

Verzoekende partij meent dat de berekening van die statistische prijs had dienen te worden voorgelegd temeer omdat niet aangetoond is dat deze prijs rekening houdt met de specificiteit van de opdracht.

De gemiddelde eenheidsprijs per are opgegeven in de offertes van de inschrijvers, verzoekende partij niet inbegrepen, bedraagt 135,55 euro. De statistische prijs ligt in die lijn. Verzoekende partij wees in haar prijsverantwoording enkel naar de prijs van de onderaannemer. Niets wijst erop dat verwerende partij onzorgvuldig tewerk is gegaan bij het afwijzen van de opgegeven verantwoording.

In een eerste motief wordt door ATO opgemerkt dat uit de offerte van de onderaannemer blijkt dat twee werkzaamheden in de prijs voor die post zijn geslopen niettegenstaande ze thuishoren bij twee andere posten, namelijk 68 en 74.

Verzoekende partij merkt op dat voor posten 68 en 74 geen verantwoording werd gevraagd.

Dit motief is echter een overtollig motief zodat de eventuele onwettigheid ervan niet tot de nietigverklaring kan leiden.

11. Geen enkele van de aangevoerde grieven kan worden aanvaard. Het eerste middel wordt verworpen.

Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

12. Verzoekende partij voert de schending aan van artikel 110, § 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 en van het gelijkheidsbeginsel.

In een eerste onderdeel wijst verzoekende partij er op dat in het haar toegestuurde gunningsverslag omtrent de prijsverantwoording gegeven door de onderneming nv Tibergyn Alg. Ond. het volgende wordt vermeld:

> "De verantwoording van deze inschrijver is gesteund op offertes van onderaannemers waarop niets op te merken is. Deze verantwoording is zonder meer aanvaardbaar. Er zijn dan ook geen aanduidingen die wijzen op abnormale en/of speculatieve eenheidsprijzen voor de belangrijkste posten van deze inschrijving".

De enkele verwijzing naar de prijs van de onderaannemers is onvoldoende als prijsverantwoording. Bovendien wordt bij de prijsverantwoording van verzoekende partij door verwerende partij wel een controle gedaan van de prijzen van de onderaannemers.

In een tweede onderdeel stelt verzoekende partij dat haar offerte heel wat minder afwijkt van die van nv Tibergyn Alg. Ond. dan van de ramingsprijs en dat gelet op die omstandigheden verwerende partij "niet, minstens niet zo licht als *in casu*" vermocht te besluiten tot de abnormaliteit van de prijzen van verzoekende partij "temeer waar de totaalprijs nauwelijks afwijkt van de gemiddelde totaalprijzen". Verzoekende partij vraagt zich af "op basis van welke maatstaven verwerende partij beslist voor welke posten en wie een prijsverantwoording dient te geven". Verzoekende partij geeft een aantal voorbeelden waaruit volgens haar blijkt dat verwerende partij een prijsverantwoording vroeg aan haar en niet aan nv Tibergyn Alg. Ond. niettegenstaande de prijzen van deze laatste meer afweken van gemiddelden.

In een derde onderdeel klaagt verzoekende partij aan dat verwerende partij het aanzienlijke verschil tussen haar raming en de offerteprijzen niet afdoende motiveert. Aldus zou zij niet strenger mogen zijn voor de prijsverantwoording van verzoekende partij

In een vierde onderdeel merkt verzoekende partij op dat offertes van andere aannemers voor andere opdrachten "minder gemakkelijk worden geweerd dan de offerte van verzoekster". De offerte van verzoekende partij week slechts 7,65 % af van de gemiddelde prijs. Zij haalt twee voorbeelden aan van ruimere afwijkingspercentages waarbij er geen onderzoek of onregelmatigverklaring volgde.

13. Verzoekende partij wijst er in haar laatste memorie op dat zij met dit middel niet wil aantonen dat de offerte van de nv Tibergyn Alg. Ond. onregelmatig diende te worden verklaard doch dat zij ongelijk behandeld werd; zij meent aldus wel degelijk belang te hebben bij het middel niettegenstaande zij niet alle offertes bij haar kritiek betrekt.

Beoordeling

14.1. Wat het eerste en tweede onderdeel betreft wordt er in de eerste plaats gewezen op de vaststelling bij de beoordeling van het eerste middel dat verwerende partij niet onzorgvuldig handelde door een prijsverantwoording te vragen bij die vier posten die aanleiding gaven tot de onregelmatigverklaring van de offerte van verzoekende partij. Dat de totale prijs van de offerte van verzoekende partij slechts 7,65 % afwijkt van het gemiddelde dan wel dat er sprake is van een ruime overschrijding van de raming, is niet relevant.

14.2. Verzoekende partij werd gevraagd een prijsverantwoording te geven voor 39 posten; de nv Tibergyn Alg. Ond. werd een prijsverantwoording gevraagd voor drie posten.

De nv Tibergyn Alg. Ond. gaf de volgende verantwoording:

"Post 26: Opbreken brugdekvoegen v/h type Maurer

De firma Emotec biedt mij een prijs van 566,70 euro per m voor het opbreken van de oude voeg en het wapenen en betonneren van de nieuwe voeg. Omdat post 26 in feite enkel het opbreken voorziet en het inbetonneren en wapenen van de nieuwe voeg in post 52 moet zitten, heb ik deze zelf omgerekend.

Namelijk post 26 opgesplitst in 300 euro voor het opbreken (ongeveer de helft) en het saldo namelijk 266,70 euro heb ik bij post 52 geteld (namelijk 421,60 € + 266,70 € = 688,30 € → 690 €)

Posten 26 en 52 moeten in feite samen gezien worden. De prijs van Emotec voor beide posten is 988,30 euro – onze prijs is 990 euro per m. De winst halen wij uit de omzetkorting van 10 à 20 % die ons op het einde van het jaar door Emotec wordt toegestaan.

Post 53: Voegbanden type rubber breedte = 500 mm voor opvullen langsvoeg tussen de 2 bruggen
Zie offerte Kortrijkse Bouwmaatschappij ten bedrage van 231 € per m
Onkosten en winst ± 8 % → 250 € per m

Post 120: Reinigen v/d betonnen constructie
Zie offerte Verhelle ten bedrage van 14.000 euro
Onkosten en winst ± 7 % → 15.000 €"

In het ATO verslag wordt over deze verantwoording als volgt geoordeeld:

"a) Post 26: opbreken van brugdekvoegen.
Deze post vormt inderdaad 1 geheel met de post 52 (nieuwe waterdichte brugdekvoegen). Er wordt een offerte voorgelegd van Emotec, waarin de eenheidsprijs voor beide posten samen 566,70€/m + 421,60€/m = 988,30€/m bedraagt. De offerteprijzen van Tibergyn bedraagt samen 300€/m + 690€/m = 990€/m.
Als vergelijking kunnen de inschrijvingsprijs van de overige offertes vermeld worden:

- biljet 1: 650€ + 460€ = 1111€/m;
- biljet 3: 582€ + 455,90€ = 1037,90€/m;
- biljet 4: 266,87€ + 788,12€ = 1054,99€/m;
- biljet 5: 438€ + 827€ = 1265€/m;
- biljet 6: 623,70€ + 463,76€ = 1087,47€/m;
- biljet 7: 612,22€ + 455,47€ = 1067,69€/m;

Hieruit blijkt dat al deze offerteprijzen op een identiek prijsniveau ligt en dat de eenheidsprijs voor post 26 uit de offerte Tibergyn niet abnormaal is.

b) Post 53: voegbanden type rubber, breedte 500 mm.
De offerte Tibergyn geeft voor deze post 250€/m, terwijl het gemiddelde 428,08€/m bedraagt.
Vijf van de 6 overige offertes bevatten voor deze post een eenheidsprijs die op hetzelfde niveau ligt als de offerteprijs van post 52. Deze laatste betreft dwarse uitzettingsvoegen van het brugdek en zijn totaal anders van constructie dan de voegbanden voor het opvullen van de langsvoeg tussen de 2 bruggen (post 53). Deze 5 inschrijvers hebben een foutieve inschatting gemaakt.
Het biljet 5 geeft een nog lagere offerteprijs (143€/m).
De firma Tybergyn legt een offerte van de onderaannemer KBM voor, die verhoogd wordt met ± 8 % voor onkosten en winst. De verantwoording kan als logisch en aanvaardbaar beoordeeld worden.

c) Post 120: reinigen van de betonnen constructie (15.000€).
De offerteprijs wordt verantwoord met een offerte van de onderaannemer Verhelle, waarop ± 7% voor onkosten en winst toegepast wordt.
De uitvoering van deze post omvat hoofdzakelijk manuren + materieel en geen levering van materialen. Bij dergelijke werkzaamheden spelen rendement en organisatie een belangrijke rol, zodat een afwijkende eenheidsprijs niet noodzakelijk duidt op een abnormale prijsvorming.
De raming van het bestuur bedroeg maar 5000€.
Bovendien is het een post tegen globale prijs, hetgeen eventuele meerkosten in verrekening uitsluit".

Uit het voorgaande volgt niet dat de aanbestedende overheid zich, wat de prijsverantwoording van de nv Tibergyn Alg. Ond. betreft, beperkt heeft tot het klakkeloos voor waar aannemen van de offertes van de onderaannemers. Verzoekende partij laat trouwens na in haar memorie van wederantwoord kritiek op de stellingname van ATO uit te brengen.

15. In het auditoraatsverslag wordt opgemerkt dat de kritiek in het derde onderdeel dat er geen afdoende motivering voorligt aangaande het verschil tussen de raming en de offerteprijzen, niet als een ontvankelijk middel kan worden aangemerkt. Verzoekende partij laat na dit te weerspreken in haar laatste memorie. De Raad van State valt het auditoraatsverslag bij. Het middelonderdeel is niet ontvankelijk.

16. Verzoekende partij poogt met het vierde middelonderdeel een ongelijke behandeling aan te tonen zonder in te gaan op de vergelijkbaarheid

tussen de verschillende opdrachten. Aldus is het onvoldoende concreet uitgewerkt en dienvolgens onontvankelijk.

17. Het tweede middel wordt verworpen.

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 21 juni 2011, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Lust,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,

bijgestaan door

Frank Bontinck,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Frank Bontinck	**Dierk Verbiest**