

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 214021 van 21 juni 2011
in de zaak A. 184.406/XII-5155**

In zake: de NV KOCH-OCKIER
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Claude Van Marcke
kantoor houdend te 8570 Anzegem
Kerkstraat 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD RONSE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Carlos De Wolf
kantoor houdend te 9680 Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 18 juli 2007, strekt tot de nietigverklaring van de “beslissing van het College van Burgemeester en Schepenen van de Stad Ronse dd. 7.5.2007 [...] tot het gunnen van de structurele onderhouds- en rioleringswerken in de Ninovestraat (N48), Savooistraat (N454), Veemarkt (rond punt) en Gebroeders Dopchiestraat aan de tijdelijke vereniging N.V. Devaere – NV Wegeniswerken Adie[l] Maes te Dentergem voor de som van 2.203.697,55 EUR”.

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 en verwerende partij hebben 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 Mathy De Puydt, die loco advocaat Claude Van Marcke verschijnt voor verzoekende partij, en advocaat Anthony Verheggen, die loco advocaat Carlos De Wolf verschijnt voor verwerende partij zijn 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. Verwerende partij schrijft een openbare aanbesteding uit voor “structurele onderhouds- en rioleringswerken Ninovestraat en rondpunt Veemarkt, vernieuwen verharding Savooistraat, wegen- en rioleringswerken Dopchiestraat en overwelving waterloop S.385 in Dopchiestraat” te Ronse.

De waarde van de opdracht wordt geraamd op 2.395.613,18 euro, btw inbegrepen.

De opdracht wordt aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen van 19 maart 2007.

3.2. Op 23 april 2007 stuurt verwerende partij een terechtwijzend bericht aan de kandidaat-inschrijvers:

“De uitgravingen zoals vermeld in de tabellen grondverzet, zijnde 1.925,242 m³, zijn te verwijderen volgens het technisch verslag.

De kostprijs voor de uitgravingen, conform het standaardbestek 250 versie 2.1 hoofdstuk IV 2.1.2.2., dienen begrepen te zijn in de post funderingen.

Er zullen geen supplementaire kosten in rekening kunnen gebracht worden.

Gelieve [...] onderaan bij uw offerte te vermelden dat met deze verduidelijking rekening werd gehouden”.

3.3. Op 27 april 2007 worden de offertes geopend. Drie ondernemingen blijken een offerte te hebben ingediend. Naast verzoekende partij gaat het om de nv Aannemingen Penninck en de tijdelijke handelsvennootschap nv Devaere - nv Wegeniswerken Adiel Maes (hierna: de thv Devaere-Maes).

In elk van de drie offertes wordt uitdrukkelijk vermeld dat rekening werd gehouden met het terechtwijzend bericht van 23 april 2007.

3.4. Er wordt een gedetailleerde vergelijkende tabel van de offerteprijzen opgesteld.

Vervolgens, op 2 mei 2007, stelt de stadsingenieur een verslag aan het schepencollege op:

“Onderwerp: structurele onderhouds- en rioleringswerken in de Ninovestraat en rondpunt Veemarkt (Gewestweg 48)

- Ontwerp goedgekeurd door de gemeenteraad: 18 december 2006

- Goedgekeurde raming: 2.395.613,18 euro BTW inclusief
waarvan 412.815,10 euro stadsaandeel

- Openbare aanbesteding: 27 april 2007 om 11.00 u

- Aantal ingediende offertes: 3

Ondergetekende, [...], stadsingenieur, verklaart de ingediende offertes te hebben onderzocht:

1. NV KOCH-OCKIER [...]

Aanbiedingssom: 2.653.442,04 euro BTW inclusief

Er zijn geen rekenkundige fouten vastgesteld.
De aannemer is erkend nr. 14.822 en geregistreerd nr. 05.05.11
Categorie C klasse 6
Het attest RSZ werd bij de aanbidding gevoegd.
Deze aanbidding wordt weerhouden.

2. NV AANNEMINGEN PENNINCK [...]

Aanbiddingssom: 2.803.412,57 euro BTW inclusief
Na verbetering van de afrondingsfouten:
Aanbiddingssom: 2.803.412,54 euro BTW inclusief
De aannemer is erkend nr. 5868 en geregistreerd nr. 05.00.93
Categorie C klasse 7
Het attest RSZ werd bij de aanbidding gevoegd.
Deze aanbidding wordt weerhouden.

3. TIJDELIJKE VERENIGING NV DEVAERE – NV WEGENIS-
WERKEN ADIEL MAES [...]

Aanbiddingssom: 2.196.471,62 euro BTW inclusief
Na verbetering van de rekenkundige fouten:
Aanbiddingssom: 2.203.697,55 euro BTW inclusief
NV Devaere
[...]
De aannemer is erkend nr. 15.388 en geregistreerd nr. 05.05.12
Categorie C klasse 5
Het attest RSZ van het vierde kwartaal 2006 werd niet bij de
aanbidding gevoegd en werd aangevraagd.
NV Wegeniswerken Adiel Maes
[...]
De aannemer is erkend nr. 828 en geregistreerd nr. 05.00.93
Categorie C klasse 6
Het attest RSZ van het vierde kwartaal 2006 werd bij de
aanbidding gevoegd.
Deze aanbidding wordt weerhouden na voorlegging van het attest
RSZ van het vierde kwartaal 2006 van NV Devaere.

Gezien wij slechts drie offertes hebben ontvangen kan de formule voor
het onderzoek naar eventueel abnormale prijzen niet worden toegepast.
Wij stellen evenwel vast dat de laagste regelmatige inschrijving slechts
8% lager is dan de raming.
Daarom wordt de laagste regelmatige inschrijving niet als abnormaal laag
beschouwd.

Rangschikking:

1. Tijdelijke Vereniging NV Devaere – NV Wegeniswerken Adiel Maes
[...]
2.203.697,55 euro, BTW inclusief

2. NV Koch-Ockier [...]
 2.653.442,04 euro, BTW inclusief
3. NV Aannemingen Penninck [...]
 2.803.412.54 euro, BTW inclusief

Wij stellen voor om de structurele onderhouds- en rioleringswerken in de Ninovestraat en rondpunt Veemarkt (Gewestweg 48) toe te wijzen aan de tijdelijke vereniging NV Devaere – NV Wegeniswerken Adiel Maes, [...]”.

3.5. Op 4 mei 2007 richt verzoekende partij een schrijven aan verwerende partij:

“Naar aanleiding van de in rand vermelde aanbesteding zijn wij er ten volle van overtuigd dat onze inschrijving ten bedrage van 2.653.422,04 euro dient weerhouden te worden als ‘laagste regelmatige inschrijving’.

Hierbij baseren wij ons op volgende vaststelling:

‘De laagste aanbieder met een inschrijvingsprijs van 2.196.471,62 euro en met een verschil van 456.971,- euro (17,2 %) tov onze inschrijving, bewijst hiermee ‘abnormaliteit inzake conformiteit met essentiële besteksbepalingen’.

Met ‘essentiële besteksbepalingen’ verwijzen wij naar:

1. het terechtwijzend bericht vanwege de aanbestedende overheid waarbij alle grondwerken en stortvergoedingen, ook deze van vervuilde gronden, dienen inbegrepen te zijn in de eenheidsprijs van de funderingen.
2. de bepalingen van het type-bestek 250 nieuwe versie 2.1, meer bepaald aangaande de traceerbaarheid van alle afgevoerde gronden volgens het ketenzorgsysteem en rekening houdend met de resultaten van het technisch verslag.
3. de voorziene beschoeiingen in damplanken en de daarbij horende nota welke wij ter verduidelijking bij onze inschrijving hebben gevoegd.

Deze essentiële en dus sterk prijsbepalende elementen dwingen ons tot dit schrijven. Immers, het prijsverschil wekt bij ons een vermoeden van abnormaal lage en misschien zelfs speculatieve prijszetting, waardoor prijsverantwoordingsvragen zich zullen opdringen”.

3.6. Op 7 mei 2007 beslist het college van burgemeester en schepenen om de opdracht toe te wijzen aan de thv Devaere-Maes:

“Gelet op de beslissing van de gemeenteraad dd° 18 december 2006 houdende goedkeuring van het ontwerp betreffende de structurele onderhouds- en rioleringswerken in de Ninovestraat (N48), Savooistraat (N454), Veemarkt (rondpunt) en Gebroeders Dopchiestraat en de raming ten bedrage van 2.395.613,18 euro, btw inbegrepen;

Gezien het proces-verbaal van opening van de aanbiedingen waartoe het College is overgegaan op 27 april 2007;

Overwegende dat na nazicht van de berekeningen en voorwaarden de hiernavolgende aanbiedingen kunnen worden weerhouden en gerangschikt als volgt:

<u>Naam van de inschrijvers</u>	<u>Woonplaats</u>	<u>Bedrag incl. btw</u>
1. tijdelijke vereniging nv Devaere - nv Wegenis- werken Adiel Maes	Dentergem	2.203.697,55 euro
2. nv Koch-Ockier	Anzegem- Tiegem	2.653.442,04 euro
3. nv Aannemingen Penninck	Roeselaere	2.803.412,54 euro

Gelet op het verslag nummer 102 van de heer Stadsingenieur;

BESLIST

- De structurele onderhouds- en rioleringswerken in de Ninovestraat (N48), Savooistraat (N454), Veemarkt (rondpunt) en Gebroeders Dopchiestraat te gunnen aan de tijdelijke vereniging nv Devaere - nv Wegeniswerken Adiel Maes [...].

- Vooraleer de opdracht toe te wijzen zal het dossier voor goedkeuring worden overgemaakt aan het agentschap Infrastructuur Wegen en Verkeer Oost-Vlaanderen”.

3.7. Met een schrijven van 8 mei 2007 bezorgt verwerende partij het dossier ter goedkeuring aan het agentschap Infrastructuur Wegen en Verkeer Oost-Vlaanderen.

3.8. Op 9 mei 2007 stuurt verzoekende partij opnieuw een brief aan verwerende partij:

“Zoals aangegeven in ons vorige schrijven vermoeden wij dat er in de inschrijving van de laagste aanbieder (TV Devaere Maes) abnormale of speculatieve prijzen zijn.

Wij denken vooral aan de posten met

Damplanken

Funderingen waar de stortkosten dienen inbegrepen te zijn

Rioolaansluitingen waar de stortkosten dienen inbegrepen te zijn

De vragen voor prijsverantwoording behoren tot uw bevoegdheid die discretionair is, doch geenszins willekeurig.

Rekening houdend met het beginsel van de gelijkheid van de inschrijvers en gelet op de door ons geformuleerde vermoedens vragen wij dan ook uw gemotiveerd standpunt hieromtrent”.

Bij deze brief zijn afschriften gevoegd van brieven van twee onderaannemers van verzoekende partij betreffende de door hun voorgestelde uitvoeringswijze van respectievelijk de damplanken en de verwerking van afgegraven grond, alsook een afschrift van twee adviezen van de raadsman van verzoekende partij.

3.9. Op 16 mei 2007 antwoordt het agentschap Infrastructuur Wegen en Verkeer Oost-Vlaanderen aan verwerende partij. Er wordt opgemerkt dat het gunningsverslag geen melding maakt van een onderzoek naar abnormale eenheidsprijzen van individuele posten. In dit verband wordt verwezen naar de brieven van verzoekende partij. Het agentschap vraagt verwerende partij om “de vraag van deze inschrijver te onderzoeken en het [...] aanbestedingsverslag volgens uw inzichten eventueel aan te vullen met het resultaat van het prijsonderzoek op postniveau”.

3.10. Met een schrijven van 22 mei 2007 dient verwerende partij verzoekende partij van antwoord:

“Vooreerst wensen wij te benadrukken dat de 3 ingediende offertes door onze technische dienst volledig en grondig werden nagezien en dat op basis van dit onderzoek geen abnormale en speculatieve prijzen werden

vastgesteld. Het onderzoek werd volledig conform artikel 110 van het KB van 8 januari 1996 uitgevoerd.

Met betrekking tot uw bezorgdheid omtrent de posten stortkosten en damplanken kunnen wij u het volgende meedelen:

- het inbegrepen zijn van de stortkosten werd per mail aan alle kandidaat-inschrijvers overgemaakt, de 3 inschrijvers hebben in hun offerte uitdrukkelijk verklaard (en ondertekend) dat bij de opmaak van hun offerte met deze aanvulling rekening werd gehouden, wat verdere verduidelijking dan ook overbodig maakt
- de post damplanken vertegenwoordigt bij de laagste inschrijver 9,3% van zijn globale offerte; deze post vertegenwoordigt in uw offerte 9,4% van uw globale offerte.

Tijdens het onderzoek van de offertes hebben wij de offerte van de laagste inschrijver vergeleken met onze raming, gebaseerd op gangbare marktprijzen, en vastgesteld dat deze slechts 8% lager dan de raming ligt. De laagste offerte werd aldus als regelmatig beschouwd en er werd aan de inschrijver geen schriftelijke verantwoording gevraagd.

Door het College van Burgemeester en Schepenen werd in zitting van 7 mei 2007 beslist om de werken toe te wijzen aan de tijdelijke vereniging nv Devaere - nv Wegeniswerken Adiel Maes”.

3.11. In een aangetekende brief van 4 juni 2007 betwist verzoekende partij nog de inhoud van het schrijven van 22 mei 2007 van verwerende partij.

3.12. Met een aangetekend schrijven van 2 juli 2007 vraagt de raadsman van verzoekende partij een kopie van de gunningsbeslissing van 7 mei 2007. Deze wordt hem door verwerende partij bezorgd met een brief van 6 juli 2007.

IV. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

4. In een eerste middel roept verzoekende partij de schending in van “de formele en materiële motiveringsplicht, opgelegd door de Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen”.

4.1. Wat de schending van de formele-motiveringsplicht betreft betoogt verzoekende partij dat de bestreden beslissing geen enkele motivering inhoudt en enkel berust op een stijlformule, die geen rekening houdt met de actuele gegevens of de opmerkingen van verzoekende partij. Verwerende partij heeft nagelaten om in de bestreden beslissing de feitelijke en juridische grondslag ervan aan te geven. Zo wordt er niet eens verwezen naar het schrijven van 4 mei 2007 van verzoekende partij.

4.2. Wat de schending van de materiële-motiveringsplicht betreft doet verzoekende partij gelden dat, zelfs indien wordt aangenomen dat de bestreden beslissing de juridische en feitelijke grondslagen vermeldt, deze geenszins afdoende zijn. De beslissing moet worden gemotiveerd rekening houdend met de specifieke gegevens van de zaak.

Een afdoende en deugdelijke motivering vereist dat de aangehaalde raming nog actueel is en daadwerkelijk een vergelijkingspunt vormt. Dit is volgens verzoekende partij niet het geval: de raming houdt geen rekening met het terechtwijzend bericht en is dus niet actueel. Ten tweede diende er naast de globale vergelijking te worden nagegaan of individuele posten geen abnormale kenmerken of speculatieve prijzen vertoonden. Verwerende partij heeft dit nagelaten.

Daarnaast vereist een afdoende motivering eveneens dat bezwaren of opmerkingen correct worden beantwoord. Verwerende partij heeft ook dit nagelaten: zij verwees zelfs niet naar het schrijven van verzoekende partij, terwijl de beslissing dateert van ná dit schrijven.

In het licht hiervan is het onvoldoende dat verwerende partij zich vergenoegt met een verwijzing naar de raming en de opsomming van de rangschikking van de inschrijvers. Verwerende partij dient aan te tonen dat zij de inschrijvingen volledig en grondig heeft nagekeken en dient de redenen aan te geven waarom zij heeft geoordeeld dat het bedrag van de inschrijving van de thv Devaere-Maes, hoewel laag, niet abnormaal was.

5.1. In de memorie van wederantwoord handhaaft verzoekende partij, wat de formele-motiveringsplicht betreft, de stelling dat de bestreden beslissing niet gemotiveerd werd.

5.2. Wat de materiële-motiveringsplicht betreft wijst verzoekende partij er op dat bij een openbare aanbesteding, zoals in dit geval, de opdracht aan de laagste regelmatige inschrijver dient toegewezen. Verwerende partij beperkt zich in de bestreden beslissing echter tot een vermelding van de rangschikking van de inschrijvers, zonder dat iets wordt vermeld over de regelmatigheid van de offertes. Zodoende werd de regelmatigheid niet beoordeeld voorafgaand aan de gunningsbeslissing.

In repliek op de stelling van verwerende partij dat contacten tussen de overheid en de inschrijvers na de opening van de offertes niet zijn toegelaten, wijst verzoekende partij er op dat er geen algemeen principe is dat zulk contact uitsluit. Het is wel degelijk toegelaten om opmerkingen, preciseringen of toelichtingen te verstrekken. Verzoekende partij heeft bovendien te goeder trouw gehandeld door voorafgaandelijk aan de beslissing te wijzen op fouten in de offerte van een andere inschrijver. Zij heeft de overheid de mogelijkheid gegeven om een correcte beslissing te nemen, eerder dan onmiddellijk een procedure op te starten. Verwerende partij heeft de opmerkingen van verzoekende partij echter “straal naast zich neergelegd”.

Voorts moet verwerende partij rekening houden met alle dienstige opmerkingen en moet zij de redenen geven waarom zij deze opmerkingen al dan niet volgt. De huidige beslissing is echter niet meer dan een stijlformule die niet toelaat vast te stellen of verwerende partij de opmerkingen heeft onderzocht.

6. In haar laatste memorie wijst verzoekende partij er nog op dat van een zorgvuldige overheid mag worden verwacht dat zij in de beslissing melding maakt dat zij de regelmatigheid heeft beoordeeld en wat haar oordeel hieromtrent is. Voor het overige herneemt zij de memorie van wederantwoord.

Beoordeling

7.1. In zoverre verzoekende partij in dit middel een schending van de formele-motiveringsplicht aanvoert, volstaat de vaststelling dat de bestreden beslissing die een aanbesteding betreft, wel degelijk de juridische en feitelijke motieven weergeeft die daaraan ten grondslag liggen, door opname van de rangschikking en de verwijzing naar het verslag van de stadsingenieur. In tegenstelling tot wat verzoekende partij voorhoudt is de bestreden beslissing aldus wel degelijk formeel gemotiveerd.

7.2. Wat de grief inzake de materiële-motiveringsplicht betreft blijkt uit het administratief dossier, in het bijzonder de vergelijkende tabel van de offerteprijzen en het verslag van de stadsingenieur, dat verwerende partij wel degelijk de offertes heeft onderzocht. In de voornoemde vergelijkende tabel worden de eenheidsprijzen van de drie offertes per post van de meetstaat naast elkaar en naast de raming geplaatst en wordt vervolgens per offerte, per post, de afwijking van de gemiddelde eenheidsprijs berekend. Verwerende partij heeft zich aldus niet vergenoegd met een enkele weergave van de rangschikking van de offertes en een verwijzing naar de raming. Uit het verslag van de stadsingenieur blijkt daarnaast dat de regelmatigheid van de offertes wel degelijk voorafgaand aan de gunning werd onderzocht. Uit deze beide documenten volgt dat de beslissing om de opdracht toe te wijzen aan de thv Devaere-Maes dan ook niet op een stijlformule berust.

Het feit dat verwerende partij in de bestreden beslissing niet verwijst naar de brief van verzoekende partij van 4 mei 2007 doet aan voorgaande vaststellingen geen afbreuk. Er wordt niet ingezien hoe dit schrijven – waarin uiteindelijk de ene inschrijver de offerte van de andere inschrijver in een slecht daglicht probeert te plaatsen – verwerende partij tot een ander besluit had moeten nopen dan datgene waartoe zij zelf reeds was gekomen op basis van haar onderzoek van de offertes. Dat verwerende partij dit schrijven niet in de bestreden beslissing heeft vermeld kan haar dan ook niet ten kwade worden geduid.

Het middel is niet gegrond.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

8. In het tweede middel voert verzoekende partij aan dat “verwerende partij [...] zich tevens schuldig [maakt] aan een schending van haar discretionaire bevoegdheid door het nemen van een willekeurige beslissing, machtsoverschrijding, schending van het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel, en het gelijkheidsbeginsel tussen de inschrijvers”.

Verzoekende partij verwijst naar artikel 110 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, uit welke bepaling zij enkele algemene principes inzake het onderzoek naar abnormale prijzen afleidt, onder meer dat het “tot de discretionaire bevoegdheid van de overheid [behoort] om te oordelen of zij al dan niet verantwoording van de abnormale prijzen zal vragen”. Verzoekende partij benadrukt dat een discretionaire bevoegdheid evenwel geen “willekeurige bevoegdheid” impliceert. Verzoekende partij had immers “expliciet gevraagd om de prijzen na te gaan, had [...] expliciet bepaalde posten naar voor geschoven die het abnormaal, zelfs speculatief karakter aantoonde, doch de Stad Ronse ging hier straal aan voorbij en vermeldde dit zelfs niet in haar beslissing”. Verzoekende partij verwijst in dit verband naar haar brieven aan verwerende partij.

Vervolgens gaat verzoekende partij nader in op twee aspecten van de opdracht.

Ten eerste wijst zij er op dat de ramingsprijs waar verwerende partij naar verwijst in de bestreden beslissing geen rekening houdt met het terechtwijzend bericht, dat bepaalt dat alle grondwerken en stortvergoedingen, ook deze van vervuilde gronden, in de eenheidsprijs van de funderingen moeten zijn inbegrepen. Dit zorgde voor aanzienlijke bijkomende kosten, waar verwerende partij geen rekening mee heeft gehouden. Verwerende partij heeft enkel gekeken of de verklaring conform het terechtwijzend bericht was

bijgevoegd, doch heeft niet nagekeken of de meerkost ook in de berekening was opgenomen. Deze kosten zijn volgens verzoekende partij “onverantwoordbaar door de [thv Devaere-Maes]”, “de prijs kan niet anders worden geïnterpreteerd dan dat de [thv Devaere-Maes] er van uitging dat de gronden niet vervuild waren en heeft hierop gespeculeerd bij het opstellen van de prijs”.

Ten tweede werpt verzoekende partij op dat verwerende partij een vergissing beging in het bestek door voor de damplanken het dubbele te vragen van wat nodig is voor de uitvoering. Verzoekende partij stelt dat zij rekening heeft gehouden met deze vergissing en een nota ter verantwoording heeft bijgevoegd. In haar offerte betekent de post inzake de damplanken “uiteindelijk 9,3 % van de globale inschrijving”. De thv Devaere-Maes heeft daarentegen een prijs opgegeven in overeenstemming met wat door verwerende partij werd vereist, dus het dubbele van hetgeen vereist voor de uitvoering. Wanneer men bij de thv Devaere-Maes de helft neemt, betekent de post inzake de damplanken “slechts 4,65% [...] van de globale inschrijving”. Deze inschrijver heeft aldus “duidelijk gespeculeerd dat de damplanken bij de uitvoering slechts gedeeltelijk zouden worden toegepast”. Verwerende partij heeft nagelaten een prijsverantwoording hieromtrent te vragen, “zelfs na expliciete vraag hiertoe”.

9. In de memorie van wederantwoord stelt verzoekende partij dat zij verwerende partij tot niets heeft verplicht door haar vermoeden inzake het abnormaal karakter van de betrokken prijzen in de offerte van de thv Devaere-Maes te kennen te geven. Het is verwerende partij die in alle redelijkheid moet beoordelen welk gevolg zij moet geven aan de opmerkingen van verzoekende partij.

De verwijzing door verwerende partij in de memorie van antwoord naar de vergelijkende tabel van de offerteprijzen volstaat niet om aan te tonen dat een onderzoek naar de individuele posten werd verricht. Deze tabel werd immers niet meegedeeld aan de inschrijvers. Ook uit het schrijven van 16 mei 2007 van het agentschap Infrastructuur Wegen en Verkeer Oost-Vlaanderen blijkt dat verwerende partij dergelijk onderzoek moest verrichten en rekening moest houden met de opmerkingen van verzoekende partij.

Doordat verwerende partij geen onderzoek naar abnormale prijzen heeft verricht, heeft zij niet opgemerkt dat de thv Devaere-Maes abnormale en zelfs speculatieve prijzen heeft opgegeven voor de stortkosten en de damplanken. Van een zorgvuldige overheid mag worden verwacht dat zij een grondige en correcte analyse van de offertes zal uitvoeren, rekening houdend met de opmerkingen van de inschrijvers en met actuele ramingen.

10. In haar laatste memorie benadrukt verzoekende partij dat verwerende partij bij de uitoefening van haar bevoegdheid de beginselen van proportionaliteit, zorgvuldigheid en *fair play* in aanmerking moet nemen.

In antwoord op het auditorsverslag waarin werd vastgesteld dat verzoekende partij zich in het verzoekschrift en de memorie van wederantwoord tot “een aantal algemeenheden” ter zake had beperkt, gaat zij zeer uitgebreid in op haar grieven betreffende de damplanken, de stortkosten en de raming als vergelijkingsbasis, in welk betoog zij thans voor het eerst berekeningen bijbrengt die haar stelling moeten ondersteunen.

Beoordeling

11. De aanbestedende overheid beschikt over een ruime discretionaire bevoegdheid om al dan niet een procedure in te zetten waarbij op zoek wordt gegaan naar de aanwezigheid van abnormale eenheidsprijzen of totaalprijzen. Indien de overheid de offerte niet afwijst omwille van abnormale prijzen, is een bevraging van de inschrijver volgens artikel 110, § 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, niet vereist, doch er bestaat wel een plicht voor de aanbestedende overheid om de regelmatigheid van een offerte na te gaan en één van de elementen van regelmatigheid is dat de offerte geen abnormale prijzen bevat. Dit onderzoek moet gebeuren met inachtnaam van de zorgvuldigheidsverplichting.

Verzoekende partij gaat er aldus aan voorbij dat, overeenkomstig artikel 110, § 3, het vragen van een prijsverantwoording slechts is vereist wanneer het bestuur zich voorneemt een offerte wegens abnormale

prijzen als onregelmatig af te wijzen. Er wordt niet aangetoond dat dit hier het geval was.

Zoals reeds vastgesteld bij de beoordeling van het eerste middel, blijkt uit het administratief dossier dat verzoekende partij de drie ingediende offertes post per post heeft onderzocht. Verwerende partij heeft klaarblijkelijk op basis van dit onderzoek geen redenen gezien om een prijsverantwoording te vragen aan de thv Devaere-Maes. Er dient in dit verband te worden opgemerkt dat uit de reeds vernoemde vergelijkende tabel blijkt dat ook de offerte van verzoekende partij en deze van de derde inschrijver, de nv Penninck, elk voor meerdere posten gevoelig afwijken van de gemiddelde eenheidsprijzen. In het licht hiervan is het dan ook niet onredelijk dat verzoekende partij over de afwijkende eenheidsprijzen heen is gestapt zonder voor alle betrokken posten een prijsverantwoording te vragen.

Het feit dat deze tabel niet aan de inschrijvers werd meegedeeld doet geen afbreuk aan de vaststelling dat verwerende partij de eenheidsprijzen van de offertes wel degelijk heeft onderzocht. Hetzelfde geldt voor het schrijven van 16 mei 2007 van het agentschap Infrastructuur Wegen en Verkeer Oost-Vlaanderen.

12. De stelling van verzoekende partij dat verwerende partij de raming niet bij haar beoordeling mocht betrekken aangezien deze raming geen rekening hield met het terechtwijzend bericht van 23 april 2007 inzake de uitgravingen, kan niet worden aanvaard. In de eerste plaats is het verzoekende partij zelf die in haar brief van 4 mei 2007 voor het eerst opwerpt dat dit bericht “sterk prijsbepalend” is aangezien er ook rekening moet worden gehouden met vervuilde gronden. Het terechtwijzend bericht zelf vermeldt echter enkel dat de uitgravingen dienen te gebeuren volgens het technisch verslag en dat de kostprijs voor de uitgravingen in de post funderingen dienen te zijn begrepen. Het technisch verslag waarnaar wordt verwezen werd opgesteld door een studiebureau voor grond- en milieuonderzoek en vermeldt in zijn besluit uitdrukkelijk dat (a) de begeleiding van een erkende bodemsaneringdeskundige niet noodzakelijk is bij de afgraving, (b) dat bijkomend milieuonderzoek evenmin

noodzakelijk zal zijn, en (c) dat er al evenmin aanwijzingen zijn dat er zal moeten worden overgegaan tot bodemsanering op het terrein van herkomst.

Verzoekende partij toont in haar verzoekschrift noch in haar memorie van wederantwoord aan dat dit technisch verslag aanleiding geeft tot de aanname dat het terechtwijzend bericht sterk prijsbepalend zou zijn, dermate dat de aanvankelijke raming niet langer zou gelden als referentiepunt.

Met de berekeningen die verzoekende partij maakt in de laatste memorie kan geen rekening worden gehouden nu zij deze reeds eerder, in de memorie van wederantwoord, in het debat had kunnen brengen zodanig dat de auditeur ze in zijn verslag kon betrekken en verwerende partij er in haar laatste memorie schriftelijk op kon reageren.

13. Wat de kritiek inzake de damplanken betreft, wordt in de eerste plaats vastgesteld dat de stelling van verzoekende partij dat in het bestek “het dubbele wordt gevraagd van wat nodig is voor de uitvoering” enkel berust op een bij haar offerte gevoegde nota. Deze nota luidt echter in zijn geheel als volgt:

“Nota

Voor wat betreft de damplanken RWA en DWA voorzien wij 2 rijen damplanken bij de plaatsing van de diepste leiding zijnde DWA. De damplanken worden ver genoeg van elkaar geplaatst zodat de RWA leiding binnen dezelfde beschoeiing wordt geplaatst”.

Er wordt niet ingezien hoe verwerende partij aan de hand van deze korte opmerking, zonder enige cijfermatige onderbouwing, diende te besluiten dat het bestek een vergissing bevatte en dat de inschrijvingsprijzen voor de damplanken bij elke inschrijver nader dienden te worden onderzocht.

Voorts geldt ook voor deze kritiek dat verzoekende partij heeft nagelaten om haar betoog tijdig te concretiseren. Met de alsnog in de laatste memorie bijgebrachte berekeningen kan evenmin rekening worden gehouden.

14. Het tweede middel is niet gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State verwierpt 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 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