RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 214.349 van 30 juni 2011
in de zaak A. 193.471/XII-5899

In zake: de NV BOUWBEDRIJF VMG-DE COCK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jan Temmerman
kantoor houdend te 9000 Gent
Sint-Martensstraat 16
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD GENT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Patrick Devers
kantoor houdend te 9000 Gent
Kouter 71-72
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 23 juli 2009, strekt tot de nietigverklaring van "de beslissing van het College van Burgemeester en Schepenen van de stad Gent dd. 20.5.2009 tot gunning, ingevolge openbare aanbesteding, van de aanneming inhoudende renovatie van de sportzaal van de Leopoldkazerne, aan de NV Wycor, alsook de beslissing tot het niet weerhouden van de offerte van [de nv Bouwbedrijf VMG-De Cock] als de laagst regelmatige".

II. Verloop van de rechtspleging

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 verwerende partij heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 24 mei 2011.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Filip Geerts, die loco advocaat Jan Temmerman verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Patrick Devers, 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 openbare aanbesteding uit voor een overheidsopdracht van werken voor de renovatie van de sportzaal van de Leopoldskazerne te Gent.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 16 februari 2009.

3.2. Er worden negen offertes ingediend, onder meer door verzoekende partij en de nv Wycor.

3.3. In het kader van het onderzoek naar abnormale eenheidsprijzen wordt op 15 april 2009 aan een aantal inschrijvers een prijsverantwoording gevraagd voor bepaalde posten van de meetstaat.

Wat de offerte van de nv Wycor betreft wordt aan deze inschrijver een prijsverantwoording gevraagd voor de post 03.06.32 “éénlaags/ hoogpolymere membranen – EPDM” waarvan de eenheidsprijs als “te laag” wordt beschouwd.

3.4. Op 22 april 2009 antwoordt de nv Wycor als volgt:

> “Wij […] bieden u hierbij de verantwoording voor de eenheidsprijs van artikel 03.06.32 éénlaags/hoogpolymere membranen – EPDM.
>
> Wycor is een gerenommeerd renovatie- en afwerkingsbedrijf dat ongeveer 200 ervaren en gespecialiseerde medewerkers telt en een jaaromzet realiseert van meer dan 30 miljoen euro. Wij beschikken over een zeer goed uitgebouwde structuur en infrastructuur.
>
> Teneinde de werken op een degelijke manier en met respect voor kwaliteit en timing te kunnen uitvoeren, hebben we een uitgebreid team van project- en werfleiding dat ondersteund wordt door een degelijke planningsdienst. Dit alles dient doorgerekend te worden in een directe werfkost.
>
> Voor de bepalingen van de verkoopprijs hebben wij ons gebaseerd op de prijs van onze onderaannemer waarmee wij reeds regelmatig samengewerkt hebben en die getuigt van een degelijke beroepsbekwaamheid. Bovendien kan hij een uitvoering verzekeren overeenkomstig de bepalingen van het bestek met respect voor de uitvoeringsplanning.
>
> De prijs van de onderaannemer werd verhoogd met een percentage voor de directe werfkosten, dewelke 6,39 % bedragen en volgende elementen bevatten:
> - kosten voor project- en werfleiding
> - kosten voor werfinrichting
> - kosten planningsdienst
> - verzekering burgerlijke aansprakelijkheid en alle risico’s bouw
>
> Bovenop dit nieuwe totaal wordt een toeslag gerekend van 8% voor algemene kosten en winst.
>
> Door toepassing van deze beide toeslagen bekomen we de definitieve offerteprijs.
>
> Hieronder vindt u het detail van de opbouw van artikel 03.06.32 éénlaags/hoogpolymere membranen - EPDM:

Basis eenheidsprijs	
Prijs onderaannemer	25,36 EUR
+ 6,39% directe werfkosten	26,98 EUR/m²
+ 8% algemene kosten en winst	29,14 EUR/m²

Variante eenheidsprijs	
Prijs onderaannemer	22,98 EUR
+ 6,39% directe werfkosten	24,45 EUR/m²
+ 8% algemene kosten en winst	26,41 EUR/m²

Als besluit kunnen we stellen dat wij met dit schrijven de betreffende eenheidsprijs voor artikel 03.06.32 bevestigen en dat bijgevolg onze aangeboden eenheidsprijs gehandhaafd blijft.

Hierbij garanderen wij u dat de werken in het kader van ons ISO 9002-kwaliteitssysteem op een kwalitatieve manier en in het kader van ons VCA**-veiligheidssysteem op een veilige manier zullen uitgevoerd worden".

3.5. Op 4 mei 2009 wordt een gunningsverslag opgesteld. Wat het onderzoek naar abnormale eenheidsprijzen betreft, wordt de prijsverantwoording van de nv Wycor voor post 03.06.32 als "aanvaardbaar" beschouwd.

Voorts wordt in het gunningsverslag opgemerkt dat ook aan de inschrijvers nv De Braekeleir en nv B&R voor bepaalde posten een prijsverantwoording werd gevraagd:

"NV De Braekeleir
- De verantwoording voor abnormaal lage eenheidsprijzen voor posten 00.03.99 en 03.05.14 is onvoldoende: de exacte samenstelling van de prijs kan niet afgeleid worden uit een loutere opgave van de prijzen van de onderaannemer of leverancier verhoogd met algemene onkosten, winst en risico (niet uitgesplitst).

NV B&R
- De verantwoording voor abnormaal lage eenheidsprijzen voor posten 00.03.99 en 03.05.14 is onvoldoende: de exacte samenstelling van de prijs kan niet afgeleid worden uit een loutere opgave van de prijzen van de onderaannemer of leverancier verhoogd met algemene onkosten, winst en risico (niet uitgesplitst).
[…]".

Vervolgens wordt een eindrangschikking van de offertes opgesteld. De nv Wycor heeft met 557.631,66 euro, btw inbegrepen, de laagste offerte ingediend en wordt als eerste gerangschikt. Er wordt dienvolgens voorgesteld om de opdracht toe te wijzen aan de nv Wycor.

3.6. Op 20 mei 2009 beslist het college van burgemeester en schepenen van de stad Gent om het gunningsverslag goed te keuren, de offertes van de nv De Braekeleir en de nv B&R te weren en de opdracht toe te wijzen aan de nv Wycor. Dit is de thans bestreden beslissing.

3.7. Met een schrijven van 3 juni 2009 wordt verzoekende partij op de hoogte gebracht dat haar offerte niet werd uitgekozen.

Met een brief van 5 juni 2009 vraagt verzoekende partij om een kopie van het gunningsverslag. Een afschrift van de beslissing van 20 mei 2009 en van het gunningsverslag worden haar toegestuurd met een schrijven van 10 juni 2009.

IV. Onderzoek van het middel

Standpunt van de partijen

4. In een enig middel roept verzoekende partij de schending in van "artikel 15 van de Wet van 24.12.1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en van artikel 110 §3 van het K.B. van 8.1.1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken".

Verzoekende partij voert aan dat de prijsverantwoording die door de nv Wycor werd verstrekt "helemaal geen prijsverantwoording" uitmaakt omdat deze de vermoede abnormaliteit niet wegneemt. Uit de rechtspraak van de Raad van State en uit de rechtsleer blijkt immers dat "de opgave van de prijs van een onderaannemer, verhoogd met een eigen winstmarge, geen verantwoording

vormt" en dat dit zelfs "gelijk te stellen is met een afwezigheid van verantwoording".

Evenmin kan uit "de 'verzekering dat de uitvoering overeenkomstig de bepalingen van het bestek zal gebeuren met respect voor de uitvoeringsplanning'", een prijsverantwoording worden geput. Het gaat immers om een verplichting van elke inschrijver die volgt uit het indienen van een offerte.

Verzoekende partij vervolgt haar betoog:

> "De wijze waarop de verwerende partij gehandeld heeft ten aanzien van de offerte van de NV Wycor klemt des te meer wanneer men vaststelt dat zij voor wat betreft de offerte van de NV De Braekeleir en de offerte van de NV B&R wél op correcte wijze gehandeld heeft, precies door een zelfde (minstens gelijkaardige) 'verantwoording' als ontoereikend te beschouwen. […]
>
> De verwerende partij heeft aldus duidelijk te kennen gegeven dat zij de geldende principes wel degelijk kent en weet dat een verwijzing naar (prijzen van) de onderaannemer verhoogd met een eigen winstmarge geen verantwoording vormt. Zij heeft deze principes echter niet consequent toegepast ten aanzien van de offerte van de NV Wycor".

Verzoekende partij besluit dat wanneer het opdrachtgevend bestuur om prijsverantwoording vraagt en het vervolgens een toelichting ontvangt die in werkelijkheid geen toereikende verantwoording vormt, dit aanleiding dient te geven tot het onregelmatig verklaren van de betrokken offerte. Door de offerte van de nv Wycor in de gegeven omstandigheden toch als geldig te beschouwen en, meer zelfs, de opdracht aan de nv Wycor toe te wijzen, heeft verwerende partij de in het middel aangehaalde bepalingen geschonden.

5. Verwerende partij wijst in de eerste plaats op het doel van het onderzoek naar abnormale prijzen, te weten "het aan het bestuur mogelijk te maken 'fantasieprijzen te weren die, in feite, het normale spel van de mededinging zouden vervalsen, een schadelijke invloed zouden hebben op de uitvoering van de aanneming of het zouden mogelijk maken met misbruik te

speculeren' […], of anders gezegd om na te gaan o[f] de aangeboden prijs kan overeenstemmen met de realiteit".

Volgens verwerende partij dient het "mechanisme waarbij het voor het bestuur wordt mogelijk gemaakt offertes als onregelmatig te bestempelen vanwege abnormale prijzen" als een "strikt uit te leggen" "uitzonderingsregime" te worden beschouwd en bovendien beschikt het bestuur "in elke fase van het prijsonderzoek" "over een zekere mate van beoordelingsvrijheid", met name "om aan de hand van de door de inschrijver gegeven toelichting uit te maken, (i) of er sprake is van een al dan niet abnormaal karakter van de prijzen en (ii) of het opportuun is om de offerte op die grond al dan niet te weren". Deze beoordelingsvrijheid wordt volgens verwerende partij enkel "door een gebonden bevoegdheid [vervangen] voor wat betreft de bijzondere regeling voor de aanbesteding van werken, zoals uitgewerkt in het artikel 110 §4 van het K.B. van 8 januari 1996", doch de schending van deze bepaling wordt niet in het middel aangevoerd. Het middel faalt derhalve in rechte, nu verzoekende partij deze verplichting tot het weren van de betrokken offerte ten onrechte leest in 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.

In de voorliggende zaak mocht verwerende partij dan ook, binnen haar beoordelingsvrijheid en "vanuit haar bekommernis na te gaan of het specifieke vermoedelijke abnormaal karakter van één welbepaalde eenheidsprijs (voor artikel 03.06.32) de economie van de uitvoering van de opdracht niet in gevaar bracht of aanleiding gaf tot een belangrijke prefinanciering", de door de nv Wycor verschafte prijsverantwoording als afdoende beschouwen.

Ten slotte wijst verwerende partij er nog op dat de betrokken eenheidsprijs "een eerder kleine afwijking vertoont" (29,12 euro voor de nv Wycor tegen 32 euro voor verzoekende partij); dat de nv Wycor blijkens de verstrekte verantwoording een beroep doet op een "uitzonderlijke gunstige omstandigheid voor de uitvoering van deze deelopdracht"; dat het totale prijsverschil voor het betrokken artikel 03.06.32 tussen de offerte van de nv Wycor en verzoekende partij (3.934,91 euro) "niet van aard was de

rangschikking tussen de inschrijvers te beïnvloeden" nu het totale verschil tussen beide offertes 7.624,52 euro bedroeg; dat "gezien tegenover de totale aanneming, de waarde van het hier aan de orde zijnde artikel, als eerder gering voorkomt" (minder dan 10 procent).

6. In de memorie van wederantwoord stelt verzoekende partij dat verwerende partij te dezen ten onrechte het antwoord van de nv Wycor als "een werkelijke, afdoende prijsverantwoording" heeft aanzien. Nader onderzoek leert immers dat geen enkel onderdeel van het antwoord dat de nv Wycor heeft verstrekt "ook maar enige vorm van verantwoording" uitmaakt, laat staan een afdoende verantwoording. Vervolgens gaat verzoekende partij nader in op vier onderdelen van het antwoord, waarbij zij telkens besluit dat het betrokken onderdeel de lage prijs niet kan verantwoorden.

Verzoekende partij wijst er ook op dat verwerende partij ten aanzien van twee andere offertes, deze van de nv De Braekeleir en de nv B&R, "in dezelfde omstandigheden wél [heeft] beslist tot ongeldigheid". Verwerende partij had consequent moeten zijn en ook de offerte van de nv Wycor als ongeldig moeten afwijzen.

7. In haar laatste memorie benadrukt verwerende partij dat aangezien verzoekende partij geen schending aanvoert van "de motiveringsplicht en evenmin van artikel 110, §4 van het Koninklijk besluit van 8 januari 1996" er te dezen voor haar "geen absolute verplichting" bestond om de offerte van de nv Wycor te weren, "zelfs wanneer de motivering van de door haar als mogelijk abnormaal beschouwde eenheidsprijs op een welbepaalde post niet geheel sluitend zou zijn". Het valt immers niet te ontkennen, aldus verwerende partij, "dat het prijsverschil, op het vlak van de bedoelde post 03.06.32, tussen de nv Wycor offerte en de offerte van de verzoekster, na aanpassing van de FH […] slechts € 3.934,91, excl. btw bedroeg, hetgeen onvoldoende is om de rangschikking van de inschrijvers te beïnvloeden (het verschil tussen de beide offertes € 7.624,52, excl. btw bedragende)".

Beoordeling

8.1. Artikel 15 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten (hierna: de wet van 24 december 1993) bepaalt dat, indien de aanbestedende overheid beslist de opdracht toe te wijzen, deze bij openbare of beperkte aanbesteding dient te worden toegewezen aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte indiende.

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 (hierna: het koninklijk besluit van 8 januari 1996), luidde in zijn op de voorliggende zaak toepasselijke versie als volgt:

> "Vooraleer de aanbestedende overheid evenwel een offerte afwijst, wegens haar blijkbaar abnormaal hoge of abnormaal lage eenheidsprijzen of totale prijzen, verzoekt zij de betrokken inschrijver per aangetekende brief hierover de nodige schriftelijke verantwoordingen te verstrekken binnen een termijn van twaalf kalenderdagen, tenzij de uitnodiging een langere termijn bepaalt.
>
> Het is de inschrijver die het bewijs moet leveren van de verzending van die verantwoordingen.
>
> 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".

8.2. In het kader van het nazicht van blijkbaar abnormaal lage prijzen zoals bepaald door het hiervoor aangehaalde artikel, beschikt de aanbestedende overheid over een ruime discretionaire bevoegdheid om de in het kader van dat artikel gegeven verantwoordingen al dan niet te aanvaarden. Dienvolgens komt het niet aan de Raad van State toe om een eigen beoordeling in de plaats van deze van het bestuur te stellen, doch enkel om na te gaan 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, en dat daarbij de appreciaties van het bestuur de perken van de redelijkheid niet te buiten zijn gegaan.

Overeenkomstig het voormelde artikel 110, §3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, dient de aanbestedende overheid slechts in het geval dat zij beoogt een offerte af te wijzen wegens haar blijkbaar abnormaal hoge of abnormaal lage eenheidsprijzen of totale prijzen de betrokken inschrijver om verantwoording te vragen.

Een inschrijver die een verzoek tot prijsverantwoording ontvangt overeenkomstig meervermeld artikel 110, § 3, moet 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.

8.3. Te dezen heeft verwerende partij op 15 april 2009 aan de nv Wycor een prijsverantwoording gevraagd voor de eenheidsprijs voor de post 03.06.32.

Na enkele algemeenheden betreffende haar ervaren medewerkers, het bedrag van haar jaaromzet en haar goed uitgebouwde infrastructuur deelt de nv Wycor in haar verantwoording de eenheidsprijs voor deze post zoals opgegeven door een -niet nader bepaalde- onderaannemer mee, door haar vermeerderd met “een percentage voor de directe werfkosten” en “een toeslag […] voor algemene kosten en winst”.

Dit antwoord op het verzoek om prijsverantwoording is in wezen een loutere bevestiging van de reeds in haar offerte opgegeven eenheidsprijs voor de betrokken post, uitgesplitst in drie kostenpercentages, doch zonder dat enige concrete verantwoording voor deze eenheidsprijs wordt verstrekt die kan worden betrokken op één of meerdere objectieve verklarende factoren, zoals die welke exemplatief worden opgesomd in het derde lid van het geschonden geachte artikel 110, § 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996.

Het opgeven van de prijs aangerekend door een onder-aannemer, vermeerderd met een aantal bijkomende kosten, kan niet zonder meer zoals verwerende partij hier doet, worden beschouwd als een afdoende prijsverantwoording, nu een dergelijke mededeling op zich nog steeds niet aangeeft welke concrete en objectieve factoren de als abnormaal beschouwde prijzen juist rechtvaardigen, dit wil zeggen de schijn van abnormaliteit die over de betrokken prijzen hangt, wegneemt.

De opgegeven prijsverantwoording mocht door verwerende partij niet worden beschouwd als een afdoende, concreet onderbouwde prijsverantwoording in de zin van het voormelde artikel 110, § 3. Dienvolgens is deze bepaling van het artikel niet correct toegepast en blijkt meteen niet dat de opdracht werd toegewezen aan de laagste regelmatige inschrijver, zodat ook artikel 15 van de wet van 24 december 1993 is geschonden.

8.4. Het feit dat het totaalbedrag van de post waarvoor een prijsverantwoording wordt gevraagd niet van aard is om de rangschikking tussen de inschrijvers te beïnvloeden, zoals verwerende partij te dezen opwerpt, leidt in beginsel niet tot een ander besluit, aangezien een offerte die als onregelmatig wordt beschouwd niet voor toewijzing van de opdracht in aanmerking komt en bijgevolg in principe niet in de rangschikking van de offertes mag worden betrokken.

8.5. Het middel is gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de stad Gent van 20 mei 2009 om de overheidsopdracht voor de renovatie van de sportzaal van de Leopoldkazerne toe te wijzen aan de nv Wycor, alsook de daaruit volgende beslissing om de offerte van de nv Bouwbedrijf VMG – De Cock niet als de laagste regelmatige aan te merken.

2. De verwerende 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 30 juni 2011, door de Raad van State, XII^{e} kamer, samengesteld uit:

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

bijgestaan door

Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Greta Scheveneels	**Dierk Verbiest**