

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 216.093 van 27 oktober 2011
in de zaak A. 197.940/XII-6378**

In zake: 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 GEMEENTE LAARNE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Willy Van der Gucht
kantoor houdend te 9000 Gent
Voskenslaan 34-36
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 13 oktober 2010, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Laarne van 29 juli 2010 waarbij de opdracht renovatie schoolhuis Kalken, fase 3 aanbouw, binnenafwerkingen en technieken, wordt toegewezen aan de nv B&R Bouw en Renovatie en van de weigeringsbeslissing de opdracht toe te wijzen aan de nv Bouwbedrijf VMG – De Cock.

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.

Verwerende partij heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 27 september 2011.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Filip Geerts, die loco advocaat Jan Temmerman verschijnt voor verzoekende partij en advocaat Franky De Mil, die loco advocaat Willy Van Der Gucht verschijnt voor 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 de renovatie van het schoolhuis te Kalken, fase 3 aanbouw, binnenaafwerkingen en technieken.

3.2. De offertes worden op 26 mei 2010 geopend; er zijn vijf offertes ingediend.

3.3. De raadgevend architect deelt in een brief van 17 juni 2010 aan verwerende partij mee dat uit het nazicht van de laagste bieding, gegeven door de nv B&R Bouw en Renovatie, een abnormaal lage prijs blijkt voor het artikel 07.01.32 (veranda in staalschrijnwerk) waarvoor een prijs van 13.850,00 euro gegeven wordt, dit is 42 % lager dan het gemiddelde (24.069,25 euro) van de

middelste biedingen en 52 % onder de raming. Hij stelt voor een prijsverantwoording te vragen.

Ook ten aanzien van de tweede laagste bieding, gegeven door verzoekende partij, wordt een vraag tot prijsverantwoording voorgesteld; voor de post schilderwerken geeft verzoekende partij een prijs van 11.723,08 euro, dit is 40 % onder het gemiddelde.

3.4. Verwerende partij vraagt prijsverantwoording aan de nv B&R Bouw en Renovatie met brief van 23 juni 2010.

3.5. De nv B&R Bouw en Renovatie antwoordt met brief van 6 juli 2010 als volgt:

“Bij aanbidding hadden wij geen prijs van de toeleverancier; deze kon de offerte wegens tijdsgebrek niet opmaken.

De prijs werd door ons opgemaakt op basis van onze jaren ervaring *a rato* van $\pm 500\text{€}/\text{m}^2$. Dit moet ons zeker toelaten dit te realiseren. Zelfs al blijkt nadien dat deze post met een verlies is, dan nog nemen we deze ten laste van onze aanbesteding.

De gemiddelde prijs welke vrij hoog is, is ook niet echt een referentie gezien we slechts met 3 bidders waren; de hoogste en laagste bidder weg geeft een gemiddelde van slechts 1 andere bieding.

Besluit:

We bevestigen onze werken conform lastenboek en plannen uit te voeren en verwijzen dan ook naar een vorige samenwerking (verbouwen en uitbreiden bibliotheek) waar wij ook alles tot een goed einde brachten.”

3.6. De raadgevend architect stelt op 20 juli 2010 het gunningsverslag op. Wat de gegeven prijsverantwoording betreft merkt hij op:

“De door B&R gegeven uitleg laat niet toe om op basis van de door hem objectief verschaft gegevens na te gaan of de prijs verantwoord is. De verbintenis om de werken bestek-conform en, wat de te verantwoorden post betreft, zelfs met verlies uit te voeren is geen verantwoording die aan de voorwaarden van de wet beantwoordt. Hetzelfde geldt voor het verwijzen naar het feit dat het gemiddelde werd beïnvloed door het feit dat slechts drie bidders aan de inschrijving hebben deelgenomen. Dit is een verkeerde inschatting vermits in werkelijkheid vijf inschrijvers hebben deelgenomen. De prijsverantwoording moet betrekking hebben op de eigen prijs en er moet met objectieve gegevens zoals opgave van kostprijs van lonen, materialen, algemene kosten enz. worden aangetoond

dat de prijs marktconform is. De enige verantwoording bestaat erin dat B&R beweert dat rekening werd gehouden met een prijs van circa 500,00 euro per m² en dit ‘op basis van een jarenlange ervaring’. Bij nazicht blijkt dat zelfs geen prijs werd gegeven van circa 500,00 euro per m². De eenheidsprijs bedraagt 442,00 euro per m².”

De raadgevend architect besluit als volgt:

“Het bestuur moet de uiteindelijke beslissing nemen inzake het al dan niet aanvaarden van de verantwoording gegeven door Bouw & Renovatie. Indien het bestuur de verantwoording aanvaardt, dan dient de firma Bouw en Renovatie nv als laagste regelmatige bieder te worden beschouwd. Het bedrag van toewijzing, rekeninghoudend met de opmerkingen volgens dit verslag, bedraagt: 250.526,32€ + 52.610,53€ (21% btw) = 303.136,85 €
Indien het bestuur van oordeel is dat de verantwoording niet beantwoordt aan de wettelijke voorwaarden, dan dient VMG De Cock met een bedrag van 257.564,20 € excl. btw als laagste regelmatige inschrijver te worden beschouwd.”

3.7. Op 29 juli 2010 beslist het college de opdracht te gunnen aan nv B&R Bouw en Renovatie met de volgende motivering:

“Gelet op het verslag van nazicht van de offertes van 20 juli 2010 opgesteld door de ontwerper, Lieven Hanselaer, [...] te 9270 Laarne;
Overwegende dat uit het verslag is gebleken dat de offertes van Detrac en KWR niet conform zijn, en derhalve als onregelmatig te dienen beschouwd;
Overwegende dat de offerte van Bouw en Renovatie 10,5 % onder het gemiddelde ligt;
Overwegende dat conform het KB van 8 januari 1996 (artikel 110, §4, lid 1) er enkel sprake is van een eventueel abnormaal karakter van de offerte waarvan het bedrag minstens 15% onder het gemiddeld bedrag van de door de gegadigden ingediende offerte ligt;
Overwegende dat de ontwerper voorstelt om, rekening houdende met het voorgaande, deze opdracht te gunnen aan de laagste regelmatige bieder, zijnde Bouw en Renovatie, [...] te 8930 Rekkem tegen het nagerekende inschrijvingsbedrag van € 250.343,54 excl. btw.”

3.8. Bij brief van 2 augustus 2010 deelt verwerende partij aan verzoekende partij mee dat zij besliste de opdracht toe te wijzen aan de nv B&R Bouw en Renovatie.

3.9. Bij brief van 5 augustus 2010 vraagt verzoekende partij aan verwerende partij om mededeling van het gunningsverslag.

3.10. Bij brief van 17 augustus 2010 deelt verwerende partij een kopie mee van de gunningsbeslissing en bij brief van 30 augustus 2010 het gunningsverslag.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

Uiteenzetting van de exceptie

4. In haar laatste memorie voert verwerende partij een exceptie van gebrek aan belang aan. Idealiter, zo stelt zij, bestaat het belang van een verzoekende partij erin opnieuw een kans te maken om de opdracht toegewezen te krijgen en die zelf uit te voeren.

In de eerste plaats wijst zij erop dat verzoekende partij geen kans meer maakt om de opdracht uit te voeren. De aannemingsovereenkomst met de nv B&R Bouw en Renovatie is reeds tot stand gekomen.

In de tweede plaats merkt zij op dat de offerte van verzoekende partij niet regelmatig is “wegens het ontbreken van het [door het bestek] vereiste bewijs van deskundigheid voor het uitvoeren van metalen schrijnwerk”.

In de derde plaats is de offerte van verzoekende partij onregelmatig “ingevolge de abnormaal lage prijs die zij heeft gegeven voor de uit te voeren schilderwerken” zoals door de raadgevend architect is vastgesteld.

Ten slotte merkt zij op dat het verzoek tot vernietiging van de tweede bestreden beslissing, namelijk de weigeringsbeslissing verzoekende partij aan te wijzen als de laagste regelmatige inschrijver, “in ieder geval onontvankelijk [is], aangezien, zelfs indien de door de verzoekende partij opgeworpen middelen gegrond zouden zijn, *quod non*, het geenszins vaststaat dat de offerte van de verzoekende partij de laagst regelmatige zou [zijn] geweest

zonder de door de verzoekende partij aangevoerde schending van bepaalde rechtsregels”.

Beoordeling

5.1. Het enkele feit dat het natuurlijke doel van het beroep, namelijk de opdracht zelf toegewezen te krijgen, onbereikbaar is geworden, heeft niet noodzakelijk tot gevolg dat een verzoekende partij elk rechtstreeks belang bij zijn beroep verliest. Het beroep strekt immers tot de nietigverklaring van een toewijzingsbeslissing, afsplitsbare bestuurshandeling, waardoor verzoekende partij is voorbijgegaan. Verzoekende partij ontleent aan dat voorbijgaan een gekwalificeerd moreel belang dat gediend wordt en, spijs de uitvoering van de opdracht, gediend blijft door een nietigverklaring van de toewijzing.

5.2. Een verwerende partij mag zich in beginsel niet voor het eerst in de procedure voor de Raad van State op de onregelmatigheid van de offerte van een verzoekende partij beroepen als deze niet in de bestreden beslissing werd opgemerkt. In deze zaak moet worden vastgesteld dat noch in het gunningsverslag, noch in de gunningsbeslissing enige beslissing wordt voorgesteld of genomen aangaande een eventuele onregelmatigheid van de offerte van verzoekende partij. Het feit dat in een brief van de raadgevend architect aan verwerende partij wordt opgemerkt dat aan verzoekende partij prijsverantwoording gevraagd kan worden, zonder dat uit het administratief dossier blijkt dat dit het geval is geweest, laat staan dat dergelijk antwoord beoordeeld zou zijn geweest, doet niets van die vaststelling af.

5.3. Wat het beroep tegen de weigeringsbeslissing betreft merkt de Raad van State op dat in zoverre verzoekende partij zou menen dat bij een eventuele nietigverklaring hiervan van de weeromstuit voor het bestuur de rechtsplicht zou volgen om het geweigerde alsnog te geven – in dit geval de gunning – hij deze opvatting in haar algemeenheid niet bijvalt. Wat de overheid na de nietigverklaring van de weigeringsbeslissing op grond van het arrest inhoudelijk al dan niet moet doen, of niet meer mag doen, hangt af van het vernietigingsmotief, met andere woorden van het gegrond bevonden middel.

5.4. De exceptie wordt verworpen.

V. Onderzoek van het tweede middel

Standpunt van de partijen

6. Verzoekende partij betoogt dat de bestreden beslissing de beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid de materiële motiveringsplicht, heeft geschonden.

De motivering in de bestreden beslissing aangaande de geldigheid van de offerte van de nv B&R Bouw en Renovatie is volgens verzoekende partij noch in feite juist, noch in rechte draagkrachtig.

In de eerste plaats merkt verzoekende partij op dat de overweging van verwerende partij dat er slechts sprake is van een abnormaal karakter van een offerte als het bedrag ervan minstens 15 % onder het gemiddeld bedrag van de door de gegadigden ingediende offerte ligt, geval voorzien in artikel 110, § 4, eerste lid, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, niet correct is. Het regelmatigheidsonderzoek inzake prijzen wordt aldus beperkt tot deze wetsbepaling en aldus wordt artikel 110, §§ 2 en 3, van dit koninklijk besluit uit het oog verloren. Verwerende partij heeft trouwens om een prijsverantwoording gevraagd voor een bepaalde post en dit dus buiten de *casus* van de totaalprijs, geïsoleerd in artikel 110, § 4, om.

Voorts voert verzoekende partij aan dat de overweging in de bestreden beslissing dat de ontwerper in zijn gunningsverslag zou hebben voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de laagste regelmatige bidder, dit is de nv B&R Bouw en Renovatie, onjuist is, minstens dat het een ongenueanceerde weergave is van hetgeen de ontwerper werkelijk heeft geadviseerd. De ontwerper heeft immers duidelijk te kennen gegeven dat het antwoord inzake prijsverantwoording van de nv B&R Bouw en Renovatie niet toelaat om na te gaan of de prijs verantwoord was; voorts heeft de ontwerper nadrukkelijk laten

gelden dat het aan de verwerende partij toekwam om een beslissing te nemen inzake deze verantwoording en dat enkel in het geval zij deze verantwoording aanvaardde, zij de nv B&R Bouw en Renovatie als laagste regelmatige inschrijver kon aanzien. Verwerende partij heeft deze verantwoording echter helemaal onbesproken gelaten.

7.1. Verwerende partij merkt op dat haar ten onrechte wordt verweten dat ze geen onderzoek heeft gevoerd in het kader van artikel 110, §§ 2 en 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996. Haar kan dus niet verweten worden dat ze het prijsonderzoek zou hebben beperkt tot het geval vervat in artikel 110, § 4.

Voorts wijst ze erop dat verwerende partij met haar verwijzing naar het voorstel van de ontwerper impliciet aangenomen heeft dat ze de prijsverantwoording van de nv B&R Bouw en Renovatie als afdoende heeft beschouwd. De ontwerper had wel degelijk geadviseerd te gunnen aan de nv B&R Bouw en Renovatie.

7.2. In haar laatste memorie merkt verwerende partij op dat verzoekende partij zich niet kan beklagen dat de motieven van de regelmatig-verklaring van de nv B&R Bouw en Renovatie haar niet werden ter kennis gebracht omdat ze, als onregelmatige inschrijver, enkel kan eisen dat de motieven van haar eigen onregelmatigverklaring haar ter kennis worden gebracht.

Beoordeling

8. In het gunningsverslag stelt de raadgevend architect dat verwerende partij de prijsverantwoording van de nv B&R Bouw en Renovatie moet beoordelen; zelf adviseert hij deze verantwoording niet te aanvaarden. Het is slechts in de mate dat verwerende partij deze verantwoording aanvaardbaar acht dat de ontwerper de nv B&R Bouw en Renovatie vooropstelt als de laagste regelmatige inschrijver.

In de gunningsbeslissing verwijst verwerende partij naar dit verslag. Voorts overweegt verwerende partij dat er enkel sprake is van een eventueel abnormaal karakter van een offerte “wanneer het bedrag minstens 15 % onder het gemiddeld bedrag van de door de gegadigden ingediende offerte ligt” hierbij uitdrukkelijke verwijzend naar de *casus* voorzien in artikel 110, § 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996. Alsdan overweegt verwerende partij gelet op wat de ontwerper voorstelt de opdracht te gunnen aan de nv B&R Bouw en Renovatie.

9. Verwerende partij verwerpt in de bestreden beslissing de stelling van de raadgevend architect dat de offerte van de nv B&R Bouw en Renovatie moet worden verworpen omdat deze geen aanvaardbare prijsverantwoording geeft voor het abnormaal karakter van post 07.01.32. Expliciet overweegt verwerende partij immers dat er “enkel” sprake is van een eventueel abnormaal karakter van de offerte in het geval vervat in artikel 110, § 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996.

Deze opvatting is verkeerd.

De *casus* van artikel 110, § 4, die handelt over de totaalprijs van een offerte, voorziet in een verplicht onderzoek naar abnormale prijzen doch is niet het enige geval dat kan leiden tot een onregelmatigverklaring wegens abnormale prijzen. Het facultatief prijsonderzoek, voorzien in artikel 110, §§ 2 en 3, dat zowel eenheidsprijzen als totale prijzen betreft, kan evenzeer leiden tot de onregelmatigverklaring van een offerte.

In voorliggende zaak was een facultatief prijsonderzoek, inbegrepen een prijsverantwoording, gevoerd en diende verwerende partij hierover inhoudelijk standpunt in te nemen. De motivering van verwerende partij waarbij zij impliciet doch zeker de opvatting huldigt dat dit onderzoek niet kan leiden tot een vaststelling van onregelmatigheid wegens abnormale prijsvorming, is dan ook niet correct. De verwerende partij had de voormelde prijsverantwoording moeten onderzoeken alvorens de beslissing te nemen om de gekozen inschrijver de opdracht te gunnen.

10. Wat de opmerking van verwerende partij in haar laatste memorie betreft volstaat het erop te wijzen dat verzoekende partij geen gebrek in de kennisgeving van de bestreden beslissing aanvoert.

11. Het middel is gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Laarne van 29 juli 2010 waarbij de opdracht renovatie schoolhuis Kalken, fase 3 aanbouw, binnenafwerkingen en technieken, wordt toegewezen aan de nv B&R Bouw en Renovatie en de weigeringsbeslissing de opdracht toe te wijzen aan de nv Bouwbedrijf VMG – De Cock.

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 27 oktober 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