

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 218.210 van 27 februari 2012
in de zaak A. 203.481/XII-6827**

In zake: de NV WEG EN BOUW (WEGEBO)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bettina Poelemans
kantoor houdend te 9051 Gent - Sint-Denijs-Westrem
MG Building II
Kortrijksesteenweg 1144 G
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de BELGISCHE STAAT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Bart Van Hyfte en Gauthier Eryvn
kantoor houdend te 1060 Brussel
Gulden Vlieslaan 77
bij wie woonplaats wordt gekozen

Verzoekende partij in tussenkomst:

de NV VERHAEREN & C°
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Dirk Van Heuven en Jonas Riemsgh
kantoor houdend te 2600 Antwerpen
Cogels Osylei 61
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 1 februari 2012, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van

“(i) de beslissing van Vice-Eerste Minister L. Onkelinx d.d. 13 december 2011, waarbij werd beslist om na het voeren van een openbare

aanbesteding de overheidsopdracht voor aanneming van werken ‘T.I.W./VII.4.3. Heraanleg van de Westelijke kleine ring op het grondgebied van de stad Brussel en de gemeente Sint-Jans-Molenbeek. Herinrichting van de Ninoofse Poort’ te gunnen aan de NV Verhaeren & C° voor een bedrag van 8.077.144,56 EURO (BTW incl.)
(ii) de daarmee samenhangende impliciete beslissing om de betreffende opdracht niet te gunnen aan de nv Wegebo”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 13 februari 2012 heeft de nv Verhaeren & C° gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 21 februari 2012, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Bettina Poelemans, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Bart Van Hyfte, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Dirk Van Heuven, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos 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. De Directie Vervoerinfrastructuur van de Belgische Staat schrijft een overheidsopdracht van werken uit met het oog op de heraanleg van de Westelijke kleine ring op het grondgebied van de stad Brussel en de gemeente Sint-Jans-Molenbeek en de herinrichting van de Ninoofse Poort.

De opdracht wordt gegund volgens de procedure van de openbare aanbesteding en geraamd op 10.499.541,77 euro, btw inbegrepen.

3.2. De opdracht wordt aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen en in het Publicatieblad van de Europese Unie van 26 oktober 2010.

3.3. De opening van de offertes vindt plaats op 14 december 2010 om 10 uur. Twee inschrijvers dienen een offerte in:

- nv Verhaeren & Co 8.087.176,34 euro, btw inbegrepen,
- nv Weg en Bouw 8.580.090,40 euro, btw inbegrepen.

3.4. Met een faxbericht en een aangetekend schrijven van 17 oktober 2011 vraagt verwerende partij de nv Verhaeren & Co overeenkomstig 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, om een prijsverantwoording van haar eenheidsprijzen voor de posten 30, 58, 61, 238, 240, 265, 274 en 324.

De nv Verhaeren & Co verstrekt een prijsverantwoording bij aangetekende brief van 28 oktober 2011. Zij voegt daarbij tevens een detail van de prijsopbouw per post en de offertes van haar leveranciers.

3.5. In het gunningsverslag van 13 december 2011 wordt, met verwijzing naar bijlage 5 bij dit verslag, die een prijsevaluatie is, voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de nv Verhaeren & Co.

In deze prijsevaluatie wordt in de eerste plaats vastgesteld dat aangezien er slechts twee geselecteerde offertes zijn, artikel 110, § 4, van het voornoemd koninklijk besluit van 8 januari 1996 niet van toepassing is.

Vervolgens wordt in de prijsevaluatie de prijsverantwoording verstrekt door de nv Verhaeren beoordeeld. Er wordt besloten dat de offerte “regulier” is en “weerhouden” mag worden.

3.6. Op 13 december 2011 beslist verwerende partij om de opdracht te gunnen aan de nv Verhaeren & Co als laagste regelmatige inschrijver. Dit is de eerste bestreden beslissing.

3.7. Met een faxbericht en een aangetekend schrijven van 17 januari 2012 wordt aan verzoekende partij meegedeeld dat “haar offerte geselecteerd en regelmatig verklaard werd doch niet weerhouden door het bestuur”. Als bijlage wordt tevens een kopie van de gunningsbeslissing gevoegd.

3.8. Met een e-mailbericht en een aangetekend schrijven van 27 januari 2012 bezorgt verwerende partij aan verzoekende partij op haar uitdrukkelijk verzoek nog een aantal bijkomende stukken betreffende de gunnings-procedure, waaronder de voormelde prijsevaluatie als bijlage 5 bij het gunningsverslag.

IV. Tussenkost

4. De nv Verhaeren & Co, verzoekende partij in tussenkost, blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet haar verzoek worden ingewilligd.

V. De schorsingsvoorwaarden

5.1. Overeenkomstig artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige

middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

5.2. Te dezen is evenwel de wet van 23 december 2009 tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, van toepassing.

Luidens het door voornoemde wet van 23 december 2009 in de wet 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is voor de schorsing van de thans bestreden beslissingen het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist.

Anderzijds verplicht artikel 65/15, tweede lid, verzoekende partij tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de bestreden beslissingen kunnen verantwoorden.

VI. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting

6.1. In een eerste en enig middel voert verzoekende partij de schending aan van artikel 15 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten van aanneming van werken, leveringen en diensten, van de artikelen 96, § 4, en 110, §§ 2 en 3, van het voornoemd koninklijk besluit van 8 januari 1996, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurs-handelingen, van de materiële-motiveringsplicht en van de algemene beginselen

van behoorlijk bestuur, namelijk het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel, het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* en het gelijkheidsbeginsel.

6.2. Verzoekende partij voert aan dat de door de gekozen inschrijver gegeven prijsverantwoordingen absoluut niet voldoen als rechtvaardiging voor de schijnbaar abnormaal hoge en lage eenheidsprijzen waarvoor een verantwoording werd gevraagd. Zij meent dat het onderzoek van de prijsverantwoording niet grondig en gedetailleerd is gebeurd en dat de beslissing niet gegrond is op afdoende draagkrachtige en deugdelijke motieven.

Vervolgens zet zij uitvoerig uiteen waarom de prijsverantwoording van de extreem lage eenheidsprijzen van de posten 58, 238 en 240, evenals de prijsverantwoording van de extreem hoge eenheidsprijzen van de posten 30, 61 en 234 niet mocht worden aanvaard. De concrete grieven worden uiteengezet bij de beoordeling.

Daarnaast zou er, aldus verzoekende partij, sprake zijn van een manifeste schending van artikel 96 van het voornoemd koninklijk besluit van 8 januari 1996 dat de inschrijvers verplicht hun algemene kosten en winst gelijkmatig te verdelen over alle onderscheiden posten en dus ook de prijsonderdelen ervan, in verhouding tot hun belangrijkheid. Uit de door tussenkomende partij verstrekte prijsverantwoording blijkt volgens verzoekende partij immers dat deze inschrijver systematisch in de eenheidsprijzen van bepaalde posten helemaal geen algemene kosten en winst inrekent, dan wel slechts algemene kosten en winst incalculeert op bepaalde prijsonderdelen ervan, te weten op de leveringsprijzen, doch niet op het in te zetten eigen personeel en materieel. Door geen enkel nader onderzoek te verrichten naar de wijze van aanrekening van algemene kosten en winst heeft verwerende partij naast artikel 96 ook het zorgvuldigheidsbeginsel geschonden, evenals artikel 110 van het voornoemd koninklijk besluit van 8 januari 1996.

6.3. Ten slotte voert verzoekende partij nog drie redenen aan waarom tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte van tussenkomende partij zou moeten worden besloten.

In de eerste plaats wijst zij erop dat in geval van abnormale eenheidsprijzen van essentiële posten de aanbestedende overheid gehouden is om tot substantiële onregelmatigheid te besluiten. Aangezien verwerende partij in haar intern beoordelingsverslag zelf als criterium een regel heeft vooropgesteld dat de eenheidsprijzen van de posten van de offerte groter dan 1 % moesten worden onderzocht op hun eventueel abnormaal laag karakter, heeft zij zelf aangegeven dat deze posten voor haar belangrijk en essentieel zijn. Verwerende partij diende ook de posten 239 en 241 tot 245 bij haar beoordeling van de regelmatigheid te betrekken gelet op de verwantschap met de wel onderzochte posten 238 en 240 en gelet op het feit dat ze samen meer dan 1 % van de prijs uitmaken en dat ze architecturaal zeer belangrijk zijn. Zo ook merkt verzoekende partij op dat de posten 56 en 57, nauw verwant met de wel onderzochte post 58, dienden te worden verantwoord.

In de tweede plaats zou blijken dat tussenkomende partij zich duidelijk bezondigt aan speculatie door abnormaal hoge eenheidsprijzen te bieden voor de post 324 – zoals door verwerende partij zelf wordt aanvaard – en de posten 30 en 61. Uit het interne beoordelingsverslag blijkt volgens verzoekende partij dat tussenkomende partij daarnaast ook voor diverse andere kleine posten tegen prijslijst en dus met kleine vermoedelijke hoeveelheden, zoals posten 3, 94, 178, 187 en 327, systematisch abnormaal hoge eenheidsprijzen heeft geboden die telkens het twee- tot zelfs driedubbele bedragen van de ramingsprijzen, terwijl de eenheidsprijzen van verzoekende partij telkens onder die ramingsprijzen liggen. Ook deze speculatie leidt volgens verzoekende partij tot substantiële onregelmatigheid van de offerte aangezien dit de mededinging vervalst en het gelijkheidsbeginsel schendt.

Ten derde wordt de mededinging volgens verzoekende partij tevens vervalst door systematisch geen dan wel slechts beperkt algemene kosten en winst aan te rekenen, wat eveneens een substantiële onregelmatigheid uitmaakt.

Beoordeling

7. In het kader van het nazicht van blijkbaar abnormaal hoge of lage prijzen zoals bepaald door artikel 110 van het voornoemd koninklijk besluit van

8 januari 1996 beschikt de aanbestedende overheid over een grote beoordelingsvrijheid om gegeven prijsverantwoordingen al dan niet te aanvaarden. De Raad van State mag zich bij een dergelijke beoordeling niet in de plaats stellen van het bestuur. Hij mag wel nagaan of de betrokken motieven in rechte ter verantwoording van de bestreden beslissing in aanmerking mogen worden genomen, wat onder meer vereist dat ze naar behoren zijn bewezen.

De in hetzelfde artikel opgesomde objectieve factoren, waarmee de aanbestedende overheid rekening mag houden bij haar onderzoek, zijn niet limitatief. Het prijsonderzoek door de aanbestedende overheid moet wel gebeuren met inachtneming van de zorgvuldigheidsverplichting.

8. Aangezien de offerte van tussenkommende partij niet werd afge-
wezen op grond van abnormale prijzen, was de aanbestedende overheid in dit geval niet verplicht om een prijsverantwoording te vragen op grond van voornoemd artikel 110, § 3. Dit neemt niet weg dat het wel een plicht voor de aanbestedende overheid is om de regelmatigheid van een offerte na te gaan en één van de elementen van regelmatigheid is dat de offerte geen abnormale prijzen bevat, welk onderzoek moet gebeuren met inachtneming van de zorgvuldigheidsverplichting.

9. De bestreden beslissing en het bijbehorende gunningsverslag met prijsevaluatie bevatten een uitgebreide motivering met betrekking tot het prijsonderzoek overeenkomstig voornoemd artikel 110, § 3, en de redenen waarom wordt aanvaard dat tussenkommende partij in de prijsverantwoording het vermoeden van abnormaliteit van haar prijzen had weerlegd, dan wel waarom er geen reden is om te oordelen dat de abnormaliteit van een bepaalde post dient te leiden tot de onregelmatigheid van de offerte.

10. Wat de beweerde schending van de formele motiveringsplicht betreft, toont verzoekende niet aan waarom zij niet in de mogelijkheid was om, op basis van de bestreden beslissing en de prijsevaluatie, waarvan zij in ieder geval kennis kreeg vóór het indienen van het verzoekschrift, de gunningsbeslissing met kennis van zaken te betwisten zodat voldaan lijkt aan de formele motiveringsplicht, minstens aan de *ratio legis* ervan.

11. Uit de prijsevaluatie blijkt dat verwerende partij zich voor de analyse van de prijzen overeenkomstig voornoemd artikel 110, § 3, gebaseerd heeft op onderstaande criteria:

“Criteria: abnormaal lage éénheidsprijzen

De eenheidsprijzen van de posten die: (1.) minstens 1% van de totale waarde van de opdracht uitmaken én (2.) minder dan 30% van de andere inschrijvingsprijs en de raming van het studiebureau bedragen, worden door de Directie met zorg nagezien.

Criteria: abnormaal hoge éénheidsprijzen

De eenheidsprijzen van de posten die meer dan 45% van de andere inschrijvingsprijs en de raming van het studiebureau bedragen, worden door de Directie met zorg nagezien.”

In het kader van de ruime discretionaire bevoegdheid waarover de aanbestedende overheid beschikt, lijkt de beslissing van verwerende partij om over te gaan tot het opvragen van een prijsverantwoording bij beide inschrijvers indien voormelde drempels worden overschreden, de perken van een zorgvuldige beoordeling niet te buiten te gaan. Hiermee lijkt verwerende partij geen absolute grens vast te stellen op basis waarvan zij besluit tot het abnormaal karakter van de prijzen; het lijkt slechts een gekozen grens te betreffen op basis waarvan zij in het concrete dossier beslist een prijsonderzoek te voeren.

12.1. Posten 238 en 240 van de meetstaat hebben betrekking op het leveren en plaatsen van houten banken, respectievelijk van banken uit architectonisch beton.

Met betrekking tot de schijnbaar abnormaal lage prijs voor deze posten geeft tussenkomende partij een prijsverantwoording waarin zij enerzijds een gedetailleerde prijsopbouw geeft voor beide posten en anderzijds de offertes voegt van haar leveranciers.

In de bestreden beslissing wordt opgemerkt dat de rechtvaardigingen voor de posten 238 en 240 aanvaardbaar zijn en dat de prijzen normaal lijken.

In de prijsevaluatie gevoegd bij het gunningsverslag wordt de prijsverantwoording als volgt beoordeeld:

“Post 238: Leveren en plaatsen van houten banken volgens het bijgevoegd artikel N4.1., inclusief het boren in de verharding, de grondwerken, de funderingen, de bevestigingen en alle bijkomende werkzaamheden. Met leuning. De lengte wordt gemeten in de as van de bank.

•Op basis van de detailberekening van de aannemer en de offertes van zijn leverancier, is de directie van mening dat deze eenheidsprijs voldoende gerechtvaardigd is.

Post 240: Leveren en plaatsen van banken uit architectonisch beton volgens het bijgevoegd artikel N.4.2. inclusief de grondwerken, funderingen, de bevestiging en alle bijkomende werkzaamheden. Type ‘recht’ (200x100x55 cm) & ‘gebogen’ De lengte wordt gemeten in de as van de bank.

•Op basis van de detailberekening van de aannemer en de offertes van zijn leverancier, is de directie van mening dat deze eenheidsprijs voldoende gerechtvaardigd is.”

12.2. Verzoekende partij merkt wat deze posten betreft in essentie op dat de leveringsprijzen voor de banken zeer laag zijn in vergelijking met de prijzen geboden door de ondernemingen waaraan zij prijs heeft gevraagd en dat het ongeloofwaardig is dat hetzelfde bedrijf zowel de houten banken als de banken in architectonisch beton zou kunnen leveren. Zij wijst er op dat in de offerte van de leverancier van tussenkomende partij de beschrijving van de banken ook helemaal niet is gespecificeerd en zelfs niet is bepaald om welk type banken het gaat. Bovendien zou de offerte slechts één dag geldig zijn. Daarnaast voert zij aan dat tussenkomende partij ten onrechte geen algemene kosten en winst aanrekent op de kosten van het in te zetten eigen personeel en eigen materieel, doch enkel op de leveringsprijzen.

12.3. Op het eerste gezicht lijkt van een aanbestedende overheid in het kader van het prijsonderzoek niet te kunnen worden verwacht dat zij nagaat of de leverancier van een inschrijver al dan niet in staat is om te leveren wat hij aanbiedt. Voorts blijkt op het eerste gezicht uit de offerte van de leverancier van tussenkomende partij wel degelijk over welk type banken het gaat aangezien wordt verwezen naar de artikelnummers en de hoeveelheden zoals vermeld in de

meetstaat. Daarnaast kan worden aanvaard dat de vermelding van de geldigheidsduur van de offerte, welke overeenstemt met de eigenlijk datum van de offerte, een materiële vergissing betreft temeer verzoekende partij in het kader van haar eigen prijsverantwoording een offerte van dezelfde onderneming bijbrengt zonder geldigheidsduur noch ondertekening.

Daarnaast lijkt verwerende partij er op het eerste gezicht niet te zijn toe gehouden om in de aanvaarding van de prijsverantwoording, naast de gegeven motieven, uitdrukkelijk ook de eenheidsprijzen geboden voor andere types van banken, posten 239 en 241 tot 245, te betrekken.

Voorts weerlegt tussenkomende partij de kritiek van verzoekende partij dat zij geen algemene kosten en winst op eigen personeel en eigen materieel zou hebben aangerekend als volgt in haar verzoekschrift tot tussenkomst:

“In de post 238 en 240 wordt een AKW aangerekend op de onderdelen ‘draadstangen’, ‘beton’ en ‘levering’ (van 15 % - 1,15) schijnbaar niet op de onderdelen ‘arbeiders’, ‘vrachtwagen’ en ‘kraan’. Bij deze drie laatste onderdelen wordt evenwel verwezen naar respectievelijke posten met eenheidsprijzen 1.41, 1.43 en 1.44, zijnde de generieke posten die aan deze onderdelen beantwoorden en waaromtrent niet om een prijsverantwoording werd gevraagd.

In de offerte van tussenkomende partij is, bijvoorbeeld, de eenheidsprijs voor een arbeider in regie voor heel de opdracht gelijk, zowel in de generieke post 1.41 als in de onderdelen van de andere posten. Vandaar dat om redenen van coherentie tussenkomende partij heeft kruisverwezen naar de post 1.41 bij de prijsverantwoording van de ‘technische’ posten 238 en 240.

Vanzelfsprekend is het onderdeel AKW reeds inbegrepen in post 1.41 en zodoende ook bij alle technische posten alwaar er een arbeidskost deel uitmaakt van de prijsopbouw.”

Aldus lijkt tussenkomende partij voor het eigen personeel en eigen materieel bij de posten 238 en 240 dus wel degelijk algemene kosten en winst te hebben aangerekend.

13.1. Post 58 heeft betrekking op de afvoer van de gronden van de werf in bepaalde zones die overeenstemmen met bepaalde stalen. Overeenkomstig het bestek kiest de aannemer de bestemming van de gronden in functie van de analyseresultaten van het staal in de betrokken zone. In de eenheidsprijs zijn inbegrepen al de kosten verbonden aan eventuele bijkomende analyses, opmaken van technische verslagen, storkosten en vergoedingen, zeven, behandeling- en definitieve verwijderingskosten.

Met betrekking tot de schijnbaar abnormaal lage prijs voor post 58 geeft tussenkomende partij volgende prijsverantwoording:

“Post 58. Afvoer van gronden.

Uit onze analyse van de stalen blijkt dat deze gronden als bouwstof kunnen aangewend worden. Wij hebben dan ook enkel het vervoer naar nabijgelegen werven in rekening gebracht.

[...]

Afvoer naar werven in de buurt: 1 u camion 15 ton of 8,65 m³

	aantal	uren	EP	AKW	Totaal
Vrachtwagen Post: 1.43	1	U	77,16	1	77,16

Prijs per m³: $77,16/8,65 = 8,91$.”

In de bestreden beslissing wordt voormelde prijsverantwoording als volgt beoordeeld:

“- voor post 58 : de inschrijver geeft aan dat hij de grond waarvan sprake is in de post zal hergebruiken op andere bouwerven die zich in de nabijheid van de ontgraving bevinden hetgeen hem toelaat van de kost van deze post te verminderen. Gesteld dat deze grond zou afgevoerd worden in Vlaanderen dan laat de van toepassing zijnde wetgeving een brede waaier aan gebruiksmogelijkheden zonder sanering toe. Alleen een bijkomende test moet uitgevoerd worden. Hoewel de kostprijs hiervan niet expliciet hernomen is in de rechtvaardiging van de aannemer kan de geringe kost ervan niet beschouwd worden als invloed hebbend op de eenheidsprijs van de post. Het Bestuur stelt ook vast dat de inschrijver behalve de transportkost geen algemene kosten en winst voor deze post heeft gerekend. Daarnaast stelt het Bestuur eveneens vast dat de aangegeven transportprijs voor deze post, te weten 75 €/u hoger is dan de prijs van post 43 betreffende de uurkost van een vrachtmagen van 15T. Zij concludeert hieruit dat de algemene kosten en winsten en waarschijnlijk ook de prijs van de uitvoering van een bijkomende test gedekt zijn door de prijs

genoteerd voor de rechtvaardiging van post 58. Bijgevolg is er geen reden om te oordelen dat de abnormaliteit van de post leidt tot onregelmatigheid van de offerte.”

13.2. Volgens verzoekende partij mocht de verantwoording voor deze post niet worden aanvaard omdat de gronden van post 58 enkel kunnen worden gebruikt als bouwstof op nabijgelegen werven in het Vlaamse Gewest, hieromtrent geen zekerheid bestaat nu eerst nog een schudproef dient te worden uitgevoerd en tussenkomende partij niet aangeeft om welke werven het zou gaan en nog minder dat een rechtstreekse afvoer naar andere werven mogelijk zal zijn. Er worden volgens haar enkel vervoerkosten en ten onrechte geen stort- of behandelingskosten aangerekend. Zij wijst erop dat de mogelijkheid om gronden op andere Vlaamse werven te hergebruiken geen uitzonderlijke omstandigheid betreft eigen aan deze inschrijver. Ten slotte werpt zij op dat tussenkomende partij geen kosten voor de uit te voeren schudtest, noch algemene kosten en winst voor deze post heeft ingecalculleerd.

13.3. In dit verband dient in de eerste plaats te worden opgemerkt dat de betrokken gronden, zo lijkt het, reeds het voorwerp hebben uitgemaakt van een milieuhygiënisch bodemonderzoek gevoegd als bijlage bij het bestek en dat het overeenkomstig het bestek aan de aannemer toekomt de bestemming van de gronden te kiezen in functie van de analyseresultaten van het staal in de betrokken zone. Op het eerste gezicht lijkt verwerende partij dan ook de perken van een zorgvuldige beoordeling niet te buiten te zijn gegaan door in het licht van de verklaring van tussenkomende partij een lagere kostprijs aan te nemen gelet op het onmiddellijk hergebruik op andere bouwerven in het Vlaamse Gewest. Deze verklaring lijkt *prima facie* verband te houden met de doelmatigheid van het bouwproces. In de door tussenkomende partij gekozen oplossing lijken kosten van tussentijds stapelen bovendien vermijdbaar. Op het eerste gezicht is het aanvaardbaar dat de prijsverantwoording wordt aangenomen zonder dat door de inschrijver nu reeds in zijn prijsverantwoording zou worden aangegeven over welke werven het gaat.

Wat het niet opnemen van de kost van een bijkomende schudtest betreft, wordt door verwerende partij in de bestreden beslissing uitdrukkelijk

opgemerkt dat “de geringe kost ervan niet [kan] beschouwd worden als invloed hebbend op de eenheidsprijs van de post”; *prima facie* gaat dit de perken van een zorgvuldige beoordeling niet te buiten.

Voorts was verwerende partij op het eerste gezicht er niet toe gehouden om ook de eenheidsprijzen voor de posten 56 en 57 bij haar beoordeling te betrekken nu hieromtrent geen prijsverantwoording werd gevraagd en hieruit *prima facie* geen grote anomalieën blijken.

Ten slotte lijkt de kritiek van verzoekende partij dat in de betrokken post geen algemene kosten en winst zouden zijn opgenomen op het eerste gezicht niet ernstig in het licht van voormelde verklaring van tussenkomende partij zoals hierboven weergegeven onder randnummer 12.3.

14.1. Wat de litigieuze posten 30 en 61 betreft gaf tussenkomende partij naast een gedetailleerde prijsopbouw nog volgende prijsverantwoording:

“Post 30. Afbraak van buisleidingen

Het betreft een beperkte hoeveelheid en bovendien is de ligging van deze buizen alsnog onbekend, zodat wij er van uitgaan dat deze verspreid kunnen liggen over de werf en het dus telkens punctuele opgravingen betreft.

[...]

Post 61. Uitgraving en verwijdering van slechte grond.

Enkel de uitgraving en het intern vervoer op de werf dienen in rekening gebracht te worden. Aanvullingen en afvoer van de gronden zijn, volgens de beschrijvende opmeting, voorzien in afzonderlijke posten.

De uitgravingen dienen te gebeuren op de plaatsen en op de dikte aangegeven door de leidend ambtenaar, en liggen verspreid over de werf Het rendement is dan ook hieraan aangepast.”

Uit de prijsevaluatie bij het gunningsverslag blijkt dat verwerende partij op basis van deze verantwoording van tussenkomende partij de schijnbaar abnormale hoge prijzen voor beide posten gerechtvaardigd acht:

“Post 30: Afbraak van de buisleidingen van alle aard, inclusief de nodige grondwerken in uitgraving en ophoging met gestabiliseerd zand, het verwijderen van alle afbraakmateriaal buiten het openbaar domein en alle

bijkomende werkzaamheden. Diameter = 30 of begrepen tussen 30 en 60 cm.

- De aannemer is er vanuit gegaan wegens de beperkte hoeveelheid en het niet bekend zijn van de ligging van de buizen dat het telkens gaat om punctuele opgravingen verspreid over de gehele werf waardoor het rendement laag is. Op basis van deze redenering en de gedetailleerde prijsberekening beschouwd de directie deze abnormale hoge prijs als gerechtvaardigd.

Post 61: Uitgraving voor de verwijdering van slechte grond en dit volgens de dikte op te geven door de Leidende Ambtenaar inclusief het laden, het vervoer, verwijderen van gronden buiten het openbaar domein, bemalingen en alle bijkomende werkzaamheden. De overeenkomstige aanvullingen zijn voorzien in de posten voor aanvulling. De afvoer van de gronden van de werf zijn voorzien in de posten voor afvoer volgens de zone overeenstemmend met het betreffende mengmonster.

- Uit de informatie die de aannemer ons verschaft heeft, blijkt dat het rendement voor deze werkzaamheden laag is omdat de uitgraving dient te gebeuren op de plaatsen en op de dikte aangegeven door de leidend ambtenaar en verspreidt liggen over de werf. Op basis van deze redenering en de gedetailleerde prijsberekening beschouwt de directie deze abnormaal hoge prijs als gerechtvaardigd.”

14.2. Inzake de kritiek van verzoekende partij dat in de betrokken post niet of slechts gedeeltelijk algemene kosten en winst zouden zijn opgenomen, dient op het eerste gezicht opnieuw te worden vastgesteld dat deze om voormelde redenen niet ernstig is.

Voorts lijkt verwerende partij met voormelde beoordeling, waarbij wordt rekening gehouden met het aangepaste rendement, de perken van een zorgvuldige beoordeling niet te buiten te zijn gegaan.

15.1. Inzake de schijnbaar abnormaal hoge prijs voor post 324 “leveren en plaatsen van mager beton ter aanvulling van de kaaimuur” verstrekt tussenkomende partij de volgende verantwoording:

“Post 324. leveren en plaatsen van mager beton.

Het betreft hier een kleine hoeveelheid te werk te stellen in moeilijke en gefaseerde omstandigheden.

Het rendement is bovendien beperkt aangezien de plaatsing hoofdzakelijk manueel moet gebeuren.”

Daarnaast geeft zij nog een gedetailleerde prijsopbouw.

In de bestreden beslissing wordt voormelde prijsverantwoording door verwerende partij als volgt beoordeeld:

“- voor post 324 : de rendementen aangegeven door de inschrijver zijn laag en de prijs blijft abnormaal hoog zonder concrete rechtvaardiging van de inschrijver. Echter, rekening houdend met de grootte van de post (5 m³, 0,04 % van het offertebedrag) en de omvang van de mogelijke variatie geraamd door het studiebureau (+ 5 m³) oordeelt het Bestuur dat er geen reden is dat de abnormaliteit van de post leidt tot onregelmatigheid van de offerte. Indien de hoeveelheden van de post zouden verdrievoudigen behoudt het Bestuur zich het recht om in toepassing van artikel 42 van de AAV de prijs van de post opnieuw te onderhandelen.”

15.2. Verzoekende partij werpt op dat geen enkel concreet bewijs voorligt dat de hoeveelheid van deze post slechts hoogstens zou verdubbelen en dat bij een eventuele herziening met toepassing van artikel 42, § 6, van de algemene aannemingsvoorwaarden het feit dat de initiële inschrijvingsprijs abnormaal hoog was niet in aanmerking zal komen.

15.3. De Raad van State merkt op dat voornoemd artikel 110, § 3, geen verplichting meebrengt om een offerte af te wijzen wegens een abnormaal hoge eenheidsprijs. De beslissing van de aanbestedende overheid om een offerte waarin een abnormale eenheidsprijs voorkomt toch te aanvaarden, dient evenwel op aanvaardbare motieven te zijn gesteund en binnen de grenzen van een zorgvuldige beoordeling te blijven. Zo mag worden aangenomen dat een offerte in beginsel niet onregelmatig dient te worden verklaard wanneer de post die abnormale prijzen bevat, maar van gering belang is.

Daarbij dient in de eerste plaats te worden vastgesteld dat verwerende partij, op grond van haar eigen richtlijnen, voor de bewuste post een prijsverantwoording heeft gevraagd niet omwille van de grootte van de post, doch wel, aangezien het een schijnbaar abnormaal hoge prijs betreft, omwille van de grote afwijking van de andere inschrijvingsprijs en raming.

Verzoekende partij toont op het eerste gezicht niet aan dat verwerende partij de grenzen van een zorgvuldige beoordeling te buiten is gegaan door op grond van voormelde overwegingen te oordelen dat de litigieuze post slechts een post van gering belang betreft die niet noopt tot onregelmatigverklaring van de offerte. De verwijzing naar artikel 42 van de algemene aannemingsvoorwaarden lijkt op het eerste gezicht een overtollig motief dat in de huidige stand van het geding niet dient te worden onderzocht.

16. Wat ten slotte de bewering van verzoekende partij betreft dat tussenkomende partij zou speculeren ten aanzien van diverse andere kleine posten tegen prijslijst, zoals posten 3, 94, 178, 187 en 327, valt op te merken dat verwerende partij deze op het eerste gezicht op zorgvuldige wijze lijkt te hebben onderzocht aangezien zij bij de prijsevaluatie voor de betrokken posten 3, 178, 187 en 327 telkens opmerkt dat de hoeveelheid werd gecontroleerd en aantoonde dat er geen speculatieve overwegingen kunnen hebben gespeeld bij de prijszetting. Ook bij post 94 merkt zij op dat het risico hiertoe beperkt is en dat de schijnbaar abnormale hoge prijs hoe dan ook slechts een kleine fractie is van de totaalprijs.

De kritiek van verzoekende partij lijkt in het licht van het voorgaande dan ook *prima facie* op dit punt niet ernstig.

17. Het enig middel is niet ernstig.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Verhaeren & C° tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 175 euro.
De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 27 februari 2012, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Pierre Barra