

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 218.441 van 13 maart 2012
in de zaak A. 203.576/XII-6835**

In zake: de NV BOUWBEDRIJF VMG-DE COCK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Filip Geerts
kantoor houdend te 9320 Aalst-Erembodegem
Industrielaan 4
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de REGIE DER GEBOUWEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Luc Wynant
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 221
bij wie woonplaats wordt gekozen
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jozef Wynant

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 8 februari 2012, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van de Regie der Gebouwen [van] 1.12.2011 tot gunning, ingevolge openbare aanbesteding, van de aanneming inhoudende de herinrichting van de inkom en het ombouwen van de ambtswoning naar burelen van de gevangenis te Dendermonde, aan de nv Abotec”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 6 maart 2012, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Filip Geerts, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Evelien De Both, die loco advocaat Jozef Wynant verschijnt voor de 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 een aanneming van werken, in de aankondiging genaamd “Dendermonde – Sint-Jacobstraat 26 – Gevangenis – Herinrichten inkom en ombouwen ambtswoning naar burelen”.

De geraamde waarde van de opdracht bedraagt 133.422,10 euro.

3.2. De aankondiging van de opdracht wordt op 29 augustus 2011 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen.

3.3. Het bijzonder bestek nr. 2011/410044/287A is op deze opdracht van toepassing.

3.4. De opening van de offertes vindt plaats op 6 oktober 2011. Er worden zeven offertes ingediend waaronder deze van verzoekende partij en van de nv Abotec.

3.5. In een brief van 1 december 2011 van het diensthoofd Vlaanderen Regio West aan de directeur-generaal operationele diensten – dit schrijven werd door verwerende partij aan verzoekende partij bezorgd als “aanbestedingsverslag” – wordt de volgende rangschikking na controle van de rekenkundige bewerkingen opgenomen:

“1. nv Abotec:	150.237,25
2. nv Bouwbedrijf VMG-De Cock:	169.400,00
3. nv Bouwwerken De Ruyck:	173.681,74
4. nv Ardicor:	178.009,32
5. nv Bouwwerken De Raedt Ivan:	205.667,14
6. bvba Veldeman Aannemingen:	209.496,80
7. bvba Collewaert:	227.810,73”.

De nv Abotec is aldus met 150.237,25 euro de laagste inschrijver, vóór verzoekende partij met 169.400 euro.

Met toepassing van artikel 110, § 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, wordt vervolgens het gemiddelde van de aangeboden prijzen berekend, dit is 181.689,55 euro, en vastgesteld dat het grensbedrag waaronder het eventueel abnormaal karakter van de prijs moet worden nagezien 154.436,12 euro bedraagt. Er wordt opgemerkt dat dit grensbedrag door de laagste bieder, de nv Abotec, nipt niet werd behaald.

3.6. Met een blijkbaar aangetekend verzonden brief gedateerd op 11 oktober 2011 deelt verwerende partij aan de nv Abotec mee “dat [haar] inschrijving van 06/10/2010 ten bedrage van € 150.237,25 abnormaal laag is, volgens art. 110 § 3 en 4 van het K.B. van 8.1.1996, voor een uitvoering conform het lastenboek”. De nv Abotec wordt gevraagd binnen 12 kalenderdagen “een omstandige verantwoording te geven voor het totaalbedrag van [haar] offerte. Er kan enkel met een verantwoording rekening worden gehouden indien er objectieve factoren kunnen aangetoond worden die een becijferbaar kostenvoordeel met zich meebrengen”.

3.7. Met een brief van 20 oktober 2011 deelt de nv Abotec een verantwoording mee.

3.8. In de voormelde brief van 1 december 2011 worden deze verantwoording en de prijzen van de nv Abotec aanvaard.

3.9. Op 1 december 2011 wordt door het betrokken diensthoofd van verwerende partij een afzonderlijke gunningsbeslissing opgesteld en ondertekend. De voormelde rangschikking wordt hernomen en de keuze van de offerte van de nv Abotec als laagste regelmatige offerte wordt als volgt gemotiveerd:

“Dat de offerte van de NV ABOTEC moet worden beschouwd als de laagste regelmatige offerte gelet op:

- de aanvaarde prijsverantwoording omtrent de totaalprijs
- het definitief weerhouden bedrag van de offerte t.b.v. 150.237,25 €
- de conformiteit van de offerte met de essentiële bepalingen van het bestek,
- het voldaan zijn aan de vormvereisten voor de offerte gesteld door titel VI van het K.B. van 8 januari 1996, het ontbreken van enig voorbehoud of van bestanddelen die niet met de werkelijkheid overeenkomen,
- het voldoen door de aannemer aan de eisen gesteld voor de kwalitatieve selectie:
 - o het voldaan zijn aan de verplichtingen inzake R.S.Z.-bijdragen
 - o de erkenning in de categorie D klasse 2 onder nr.31.652.
 - o het nazicht in de database waaruit blijkt dat deze aannemer geen sociale schulden heeft”.

Dit is de bestreden beslissing.

3.10. Met een aangetekend schrijven van 25 januari 2012 deelt verwerende partij aan verzoekende partij mee dat de opdracht niet aan haar werd toegewezen.

Volgens de nota wordt ook op 25 januari 2012 aan de nv Abotec meegedeeld dat haar offerte werd gekozen en goedgekeurd, dat de uitvoering van de opdracht aan haar wordt toegewezen en dat de aanbestedende overheid tot de uitvoering overgaat.

3.11. In een blijkbaar aangetekend verzonden brief van 26 januari 2012 verwijst verzoekende partij naar de kennisgevingsbrief van 25 januari 2012, merkt zij op dat in de gunningsbeslissing van 1 december 2011 wordt verwezen naar een aanvaarde prijsverantwoording omtrent de totaalprijs maar dat deze prijsverantwoording ontbreekt en vraagt zij kopie mee te delen van de door de nv Abotec gegeven prijsverantwoording.

3.12. In een aangetekende brief van 7 februari 2012 antwoordt verwerende partij dat de prijsverantwoording van de nv Abotec omwille van het vertrouwelijk karakter ervan niet kan worden bezorgd. Wel wordt verzoekende partij een kopie van “het aanbestedingsverslag” bezorgd - dit is de voormelde brief van 1 december 2011 - “waarin u onze besluitvorming kan nagaan”.

3.13. Op 8 februari 2012 dient verzoekende partij een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

4.1. Verwerende partij betwist de ontvankelijkheid van de vordering en werpt daartoe een exceptie op.

4.2. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over deze exceptie uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak daarover zouden alleen nodig zijn indien de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zouden zijn, wat, zoals hierna zal blijken, te dezen niet het geval is.

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 de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting

6. In een eerste middel roept verzoekende partij de schending in van artikel 15 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, samen met artikel 110, § 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996

betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken.

Verzoekende partij stelt vast dat de offerteprijs van de gekozen inschrijver nv Abotec méér dan 15% lager is dan het gemiddelde zoals te berekenen op grond van artikel 110, § 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, hetgeen ook werd vastgesteld in het nazichtverslag; dat verwerende partij in de gunningsbeslissing geen formele motivering heeft opgenomen inzake de verwerping van het bezwaar tegen het schijnbaar abnormale bedrag maar ervoor koos om de nv Abotec de nodige rechtvaardigingen te vragen; en dat, wanneer de aanbestedende overheid om prijsverantwoording heeft gevraagd, het in navolging hiervan gegeven antwoord een daadwerkelijke verantwoording moet vormen én bovendien toereikend moet zijn en dat de offerte anders onregelmatig verklaard moet worden. Het antwoord van de nv Abotec, dat zij afleidt uit het aanbestedingsverslag, is volgens haar om de volgende redenen geen deugdelijke, afdoende verantwoording voor het schijnbaar abnormaal lage bedrag dat deze inschrijver had geboden:

“Noch een ‘herberekening’ noch de mededeling dat een winstmarge van 15% en een ‘risicomarge’ van 5% werd ingecalculeerd, vormt een verantwoording voor de lage prijs. De opdracht is voor iedere inschrijver dezelfde. Dat er een zeer ruime winstmarge werd ingecalculeerd en dat er daar bovenop nog een financiële speling werd voorzien om de gevolgen van eventuele moeilijke werkomstandigheden op te vangen, verklaart niet waarom de prijs dermate afwijkt van de prijzen van de andere inschrijvers en verantwoordt niet waarom hij toch als aanvaardbaar kan worden gekwalificeerd. Indien er werkelijk een winstmarge van 15% (wat ongewoon en eigenlijk onrealistisch hoog is) en ook nog eens een ‘risicomarge’ van 5% (bovenop de normale kostprijs) werd ingecalculeerd, dan betekent dit dat de eigenlijke kostprijs (materialen, uurlonen, vaste en variabele kosten...) die de nv Abotec zou hebben ingecalculeerd nog veel meer afwijkt van de prijzen van de andere inschrijvers. Eerder dan de abnormaal laag geachte prijs te verantwoorden, heeft de nv Abotec op deze manier het vermoeden van abnormaliteit nog versterkt”.

Beoordeling

7. Overeenkomstig het in het middel geschonden geachte artikel 15 van de wet van 24 december 1993 dient bij openbare of beperkte aanbesteding de

opdracht te worden toegewezen aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte heeft ingediend.

Het eveneens geschonden geachte artikel 110, § 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 bepaalt:

“§4. In geval van een overheidsopdracht voor aanneming van werken, gegund bij openbare of beperkte aanbesteding en voor zover minstens vier offertes werden ingediend, wordt bovendien elke offerte waarvan het bedrag minstens 15 pct. onder het gemiddelde bedrag van de door gegadigden ingediende offertes ligt, beschouwd als een offerte waarvan het abnormale karakter van de prijs moet nagezien worden door de aanbestedende overheid.

Het in het eerste lid beschouwde gemiddelde wordt als volgt berekend:

1° Indien het aantal offertes gelijk is aan of groter is dan zeven, met uitsluiting van de laagste offerte en – terzelfdertijd – onder de hoogste offertes van een deel dat een vierde van het geheel van de ingediende offertes vertegenwoordigt. Indien dit aandeel niet deelbaar is door vier, wordt dat vierde deel naar de hogere eenheid afgerond;

2° indien het aantal offertes lager ligt dan zeven, met uitsluiting van de laagste en van de hoogste offerte;

Voor een offerte waarbij het eventueel abnormaal karakter van het bedrag dient nagezien te worden in de zin van deze paragraaf, moet de aanbestedende overheid:

1° ofwel in de beslissing om de opdracht toe te wijzen, de verwerping van het bezwaar tegen het schijnbaar abnormaal bedrag van de offerte formeel motiveren;

2° ofwel de inschrijver verzoeken de nodige rechtvaardigingen, zoals voorzien in § 3, te bezorgen. Indien na onderzoek van deze rechtvaardigingen blijkt dat het bedrag van de offerte abnormaal is of bij gebrek aan rechtvaardigingen binnen de opgelegde termijn, moet de aanbestedende overheid, in afwijking van § 2, de offerte als onregelmatig beschouwen en bijgevolg als van rechtswege nietig”.

8. Partijen betwisten niet dat artikel 110, § 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 te dezen van toepassing is, nu het gaat om een aanneming van werken die werd gegund bij openbare aanbesteding en waarbij

zeven offertes werden ingediend, noch wordt betwist dat het bedrag van de offerte van verzoekende partij minstens 15 % onder het gemiddelde bedrag van de andere ingediende offertes ligt. De aanbestedende overheid diende de offerte van verzoekende partij aldus te beschouwen als een offerte waarvan het eventueel abnormale karakter van de prijs moet worden nagezien.

9. Verwerende partij heeft de nv Abotec in een brief van 11 oktober 2011 de bedoelde prijsverantwoording gevraagd.

In antwoord op dit verzoek om prijsverantwoording heeft de nv Abotec op 20 oktober 2011 het volgende aan verwerende partij geschreven:

“Gevolggend aan Uw schrijven van 11/10/2011 hebben wij het genoeg u mee te delen dat wij al de posten van dit bestek nog eens grondig herrekend hebben en komen tot het besluit dat onze prijzen met een normale winstmarge van 15% berekend zijn.

De totaalsom van onze aanneming werd zelfs nog verhoogd met 5% verdeeld over alle posten voor de eventuele moeilijkheidsgraad voor het aanpassen met de uurregeling van de gevangenis.

Wij zijn er dan ook van overtuigd dat de uit te voeren werken volledig conform volgens het lastenboek kunnen worden volgens onze inschrijvingsprijs”.

Verwerende partij heeft in de bestreden beslissing verwezen naar “de aanvaarde prijsverantwoording omtrent de totaalprijs”. Deze vaststelling lijkt te steunen op de beoordeling van deze verantwoording en de prijzen van de nv Abotec in de voormelde brief van 1 december 2011 – aan verzoekende partij ook meegedeeld als het “aanbestedingsverslag”:

“B. Onderzoek van de bekomen inschrijvingsprijzen

B.1. In toepassing van artikel 110 § 4 van het KB van 8 januari 1996 werden de inschrijvingsprijzen vergeleken met het gemiddelde van de aangeboden prijzen. Na berekening bedraagt het gemiddelde: 181.689,55 €. Het grensbedrag waaronder een inschrijving als abnormaal lang dient aanzien te worden bedraagt 154.436,12 €.

Dit grensbedrag werd door de laagste bieder, de nv Abotec nipt overschreden. Er werd hen dan ook om verantwoording gevraagd omtrent het totaalbedrag van hun inschrijving.

Onderzoek van de geboden verantwoording van de nv Abotec

Door deze firma wordt in hun verantwoording verwezen naar een grondige herberekening van hun offerte.

Er werd rekening gehouden met een normale winstmarge van 15%. Tevens werd rekening gehouden met de te verwachten moeilijkheden inzake uurregeling die zich kunnen voordoen om werken uit te voeren in een gevangenis en werd hiervoor als bijkomende marge een verhoging van 5% op de totaalprijs voorzien.

Vermits de inschrijvingsprijs van deze inschrijver ook maar nipt onder het grensbedrag komt, werd deze verantwoording door de leidend ambtenaar, dhr. Luc Verhoeven, als aanvaardbaar beschouwd.

Gelet op de aanvaarde verantwoording omtrent de totaalprijs wordt deze inschrijving dan ook niet als abnormaal laag aanzien ten opzichte van het gemiddelde van de aangeboden prijzen.

B.2. Deze werken werden geraamd op 133.422,10 €. Het verschil met de laagste offerte die in aanmerking komt om te worden goedgekeurd, nl. deze van de nv Abotec, bedraagt 12.6 % in meer. Alle 7 offertes zijn gevoelig hoger dan de raming wat laat vermoeden dat de raming werd onderschat.

Na een vergelijking met de raming en de bekomen eenheidsprijzen blijkt de raming echter vrij correct te zijn. Enkel bij enkele schilder- en behangwerken en sommige posten van het binnenschrijnwerk werd de raming duidelijk te laag ingeschat.

De offerte van de nv Abotec wordt dan ook niet als abnormaal hoog aanzien ten opzichte van de door het bestuur te laag ingeschatte raming.

B.3. Na onderzoek van de bekomen eenheidsprijzen werden geen prijzen aangetroffen, voor posten uitgedrukt in V.H., die een speculatief karakter laten vermoeden”.

10. Er wordt niet betwist dat verwerende partij het eventueel abnormaal karakter heeft nagezien, maar in essentie wordt aangevoerd dat zij de totaalprijs van de gekozen inschrijver niet had mogen aanvaarden nu de gevraagde verantwoording niet deugdelijk is.

Het antwoord op de vraag of de gegevens die nv Abotec in haar brief ter verantwoording aanbracht, als een afdoende, concreet onderbouwde prijsverantwoording in de zin van voornoemd artikel 110, §4, mochten worden beschouwd, lijkt te dezen op zichzelf niet beslissend te moeten zijn om de ernst van het middel te beoordelen.

11. Te dezen wordt immers bij het kwestieuze onderzoek van de prijs op diverse gegevens gesteund, onder meer dat de prijs van de gekozen inschrijver nv Abotec 150.237,25 euro bedraagt en aldus ruim boven de eigen raming (133.422,10 euro) van verwerende partij ligt en voorts met 4.198,87 euro slechts nipt onder het grensbedrag (154.436,12 euro) komt, berekend overeenkomstig artikel 110, § 4.

Uit de eerste vaststelling leidt verwerende partij af dat deze prijs toch niet als abnormaal hoog moet worden beschouwd, maar zulks na een opwaartse herevaluatie van de raming. Het tweede gegeven wordt als reden aangevoerd waarom de totaalprijs niet abnormaal laag wordt bevonden, zo lijkt het, samen met de meegedeelde verantwoording.

Ten slotte stelt verwerende partij ook nog vast dat de eenheidsprijzen voor de posten met vermoedelijke hoeveelheden niet speculatief lijken.

12. De aanvaarding van de totaalprijs van de offerte van de gekozen inschrijver nv Abotec lijkt te steunen op al deze elementen samen.

Verzoekende partij gaat in haar verzoekschrift niet in op het voormelde tweede en derde gegeven als dusdanig.

Zij steunt wel op het argument dat de toegepaste winst- en risicopercentages hoog zijn en dus de “eigenlijke” kostprijs des te meer afwijkend is van deze van de andere inschrijvers.

Zij toont echter niet aan dat dit kostendeel hoog is zoals zij zonder meer betoogt.

Verwerende partij heeft weliswaar een verantwoording gevraagd maar had, zo lijkt, ook in het kader van artikel 110, § 4, voor de offerte waarvan het eventueel abnormaal karakter van de prijs moet worden nagezien, het bezwaar

tegen het schijnbaar abnormale bedrag meteen met de formele motieven, zoals de hier gehanteerde, mogen verwerpen zonder een verantwoording te vragen.

In de vraag tot prijsverantwoording stelt zij weliswaar dat de totaalprijs van de nv Abotec abnormaal laag is, maar wel met de toevoeging “volgens art. 110, § 3 en 4”, zodat dit minder een eigen beoordeling lijkt dan een toepassing van de formule in artikel 110, § 4.

In de omstandigheden van de onderhavige zaak lijkt artikel 110, § 4, lijkt dan ook niet geschonden door de totaalprijs van de nv Abotec als niet-abnormaal te aanvaarden en meteen lijkt het niet dat de opdracht niet werd toegewezen aan de laagste regelmatige inschrijver zodat ook artikel 15 van de wet van 24 december 1993 niet lijkt geschonden.

13. Het eerste middel is dan ook niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting

14. In een tweede middel roept verzoekende partij de schending in van “de beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid de materiële motiveringsplicht” omdat nergens wordt verklaard, laat staan verantwoord, waarom de uitleg die de nv Abotec zou hebben gegeven, toelaat om het vermoeden van abnormaliteit dat aan haar totaalprijs kleeft, weg te nemen. Aangezien artikel 110, § 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 stipuleert dat de offerte als onregelmatig moet worden beschouwd wanneer blijkt dat het bedrag van de offerte abnormaal is of wanneer geen deugdelijke, afdoende rechtvaardigingen worden meegedeeld binnen de opgegeven termijn, dient de aanbestedende overheid naar behoren te motiveren waarom de opgegeven rechtvaardigingen naar haar inzichten volstaan om de offerte als geldig te behouden. Verwerende partij heeft nagelaten dit te doen.

Beoordeling

15. In dit middel wordt de schending ingeroepen van de materiële motiveringsplicht. Enkel die schending wordt op duidelijke wijze aangebracht.

De daartoe ingeroepen grief lijkt echter samen te vallen met de grieven in het eerste middel en is om dezelfde redenen niet ernstig.

16. Ook het tweede middel is niet ernstig.

VII. Besluit

17. Geen van beide middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 13 maart 2012,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest