

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 218.830 van 5 april 2012
in de zaak A. 203.940/XII-6872**

In zake: de NV SMET - F&C
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Koen Belmans
kantoor houdend te 2440 Geel
Possonsdries 7
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de NV WATERWEGEN EN ZEEKANAAL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Christophe Lenders
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 27
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partijen:

1. de NV FRANKI CONSTRUCT
2. MAX BÖGL INTERNATIONAL SE
samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap
THV FRANKI CONSTRUCT - MAX BÖGL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Dirk Van Heuven en Jonas Riemslogh
kantoor houdend te 2600 Antwerpen
Cogels Osylei 61
bij wie woonplaats wordt gekozen
3. de NV HERBOSCH-KIERE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Dirk De Keuster
kantoor houdend te 2970 Schilde
Eekhoornlaan 19
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 8 maart 2012, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:

- “- De beslissing van 19 december 2011 van de nv Waterwegen en Zeekanaal, goedgekeurd door Ingenieur [W.D.], waarbij de opdracht volgens bestek nr. 16EI/11/29 van openbare aanbesteding voor een aanneming van werken Scheldekaaien te Antwerpen. Uitvoeringsfase. Zeeschelde R.O. te Antwerpen. Kaaimuurstabilisatie Sint-Andries en Zuid. deel 1 voorgesteld wordt te gunnen aan thv Franki Construct - Max Bögl, te 2550 Kontich, Kartuizersweg 1 voor een bedrag van € 6.907.928,89 (excl. btw) als beweerde laagste regelmatige inschrijver en niet aan [de nv Smet - F&C] omdat haar offerte als materieel onregelmatig wordt beschouwd [...].
- De overheidsopdracht tot gunning van deze werken aan thv Franki Construct - Max Bögl, Kartuizersweg 1, 2550 Kontich, voor vermeld bedrag dd. 22 december 2011 [...]
- De impliciete beslissing van de nv Waterwegen en Zeekanaal om de voormelde opdracht niet aan [de nv Smet - F&C] te gunnen”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 21 maart 2012 hebben de nv Franki Construct en Max Bögl International SE, samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap thv Franki Construct - Max Bögl, gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

Met een verzoekschrift van 21 maart 2012 heeft de nv Herbosch-Kiere gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 29 maart 2012, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Koen Belmans, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Christophe Lenders, die verschijnt voor de verwerende partij, advocaat Dirk Van Heuven, die verschijnt voor de eerste en tweede tussenkomende partij, en advocaat Dirk De Keuster, die verschijnt voor de derde tussenkomende 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 “Scheldekaaien te Antwerpen. Uitvoeringsfase. Zeeschelde R.O. te Antwerpen. Kaaimuurstabilisatie Sint-Andries en Zuid. Deel 1”.

3.2. De aankondiging van de opdracht wordt op 14 oktober 2011 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en op 19 oktober 2011 in het Publicatieblad van de Europese Unie.

3.3. Het bijzonder bestek nr. 16EI/11/29 is op deze opdracht van toepassing.

Het voorwerp van de opdracht wordt daarin kort omschreven als volgt:

“het stabiliseren van de historische kaaimuur ter hoogte van Sint-Andries en Zuid, onderdeel van de Scheldekaaien te Antwerpen. De kaaimuurstabilisatie bestaat uit het uitvoeren van VHP-grouting en het plaatsen van grondankers. De exacte locatie wordt beschreven in de deelcontracten. De stabilisatie van de historische kaaimuur kadert in de heraanleg van de Scheldekaaien. Naast de kaaimuurstabilisatie maken

tevens de verhoging van de waterkering en de heraanleg van het openbaar domein onderdeel uit van de totale heraanleg”.

Ook het gunningsverslag vermeldt dat de kaaimuurstabilisatie bestaat uit het uitvoeren van VHP-grouting en het plaatsen van grondankers.

Deel III bevat een omstandige technische beschrijving van de opdracht.

3.4. Vier inschrijvers waaronder de nv Smet – F&C, de thv Franki Construct – Max Bögl en de nv Herbosch-Kiere dienen een offerte in.

3.5. Na nazicht van de rekenkundige bewerkingen en verbeteringen van de offertes, zijn de voorgestelde prijzen (zonder btw) volgens het gunningsverslag van 19 december 2011:

- de nv Smet – F&C	5.628.621,24 euro,
- de thv Franki Construct – Max Bögl	6.907.928,89 euro,
- de nv Herbosch-Kiere	8.285.736,00 euro,
- de thv Besix – Denys	8.422.405,69 euro.

3.6. In dat gunningsverslag worden alle inschrijvers geselecteerd.

In het kader van het onderzoek van de “materiële onregelmatigheid: Inhoudelijke conformiteit van de offertes met het bestek” wordt vastgesteld dat “de offertes [...] conform [zijn] aan de essentiële administratieve en technische bepalingen van het bestek”.

In het kader van het prijsonderzoek wordt echter vastgesteld dat de inschrijvingsprijs van de nv Smet – F&C meer dan 15 % afweek van de gemiddelde inschrijvingsprijs zoals berekend overeenkomstig 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, dat aan de nv Smet – F&C op 6 december 2011 een prijsverantwoording werd gevraagd, dat de nv Smet – F&C met een brief van 15 december 2011 een prijsverantwoording meedeelde, dat deze

prijsverantwoording op 16 december 2011 aan de Afdeling Technische Ondersteuning werd voorgelegd en dat ATO in het prijstechnisch advies van 19 december 2011 van mening was dat de verantwoording uiterst summier is en dat bijvoorbeeld staving van de kosten van materieel en materiaal ontbreekt.

Het gunningsverslag besluit dat alle offertes regelmatig zijn behalve deze van de nv Smet – F&C “wegens het abnormaal karakter van het offertebedrag” en stelt voor de opdracht te gunnen aan de thv Franki Construct - Max Bögl die dan na rekenkundig nazicht de laagste regelmatige offerte indiende.

3.7. De gedelegeerd bestuurder en de voorzitter van verwerende partij besluiten op 22 december 2011, met verwijzing naar het gunningsverslag van 19 december 2011 waarvan de motivering en het besluit geheel worden onderschreven en tot integraal deel van de gunningsbeslissing worden verklaard, om de opdracht te gunnen aan de thv Frank Construct – Max Bögl voor een bedrag van 6.907.928,89 euro.

3.8. Met een aangetekend verzonden brief van 23 december 2011 en blijkbaar ook met een telefaxbericht van diezelfde datum deelt verwerende partij aan de nv Smet –F&C mee dat haar offerte onregelmatig is bevonden en werd geweerd.

In die kennisgeving wordt melding gemaakt van artikel 65/8 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, en wordt een wachttermijn van 15 kalenderdagen gegeven om in voorkomend geval een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in te stellen.

3.9. Met een aangetekend schrijven van 3 januari 2012 – en volgens die brief ook bij e-mailbericht - deelt de raadsman van de nv Smet – F& C aan verwerende partij mee dat haar aangetekend, doch niet-gedateerd schrijven slechts bij toeval tijdens de winterbouwstop werd ontvangen, verzoekt zij te bevestigen dat de termijn van 15 kalenderdagen voor sluiting van de overeenkomst slechts zal ingaan op vanaf 4 januari 2012 en verzoekt zij alle eventuele nuttige en noodzakelijke documenten en stukken met het oog op de

vrijwaring van de rechten van verdediging van de nv Smet – F&C en haar recht op behoorlijke procesvoering per kerende te bezorgen.

Bij e-mailbericht van 3 januari 2012 antwoordt verwerende partij: “Wij kunnen meegeven dat we de wettelijke termijn respecteren, die op heden tevens nog niet verstreken is en welke gestart is de dag die volgt op de datum van verzending van de mededeling”.

3.10. In een aangetekende brief en e-mail van 5 januari 2012 erkent de nv Smet – F&C het belang van de prijsverantwoording en dat die gedetailleerd moet zijn, dat al het gevraagde conform de wetgeving in de prijsverantwoording werd opgegeven en dat zij verbaasd is dat verwerende partij tot het besluit kwam dat dit alles erg summier is. Zij wijst vervolgens op de inventieve oplossingen die zij uitwerkte en voorlegde voor de VHP grouting en de uitvoering van de grondankers. Een extra termijnverlenging en overleg wordt gevraagd.

3.11. Ook op 5 januari 2012 dient de nv Smet – F&C bij de Raad van State met een enig verzoekschrift een annulatieberoep en vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in met als voorwerp:

“- de beslissing van 19 december 2011 van de NV Waterwegen en Zeekanaal, goedgekeurd door Ingenieur [W.D.], waarbij de opdracht volgens bestek nr. 16/EI/11/29 van openbare aanbesteding voor een aanneming van werken Schelddekaaien te Antwerpen. Uitvoeringsfase. Zeeschelde R.O. te Antwerpen. Kaaimuurstabilisatie Sint-Andries en Zuid. Deel 1 voorgesteld wordt te gunnen aan THV Franki Construct - Max Bögl, te 2550 Kontich, Kartuizersweg 1 voor een bedrag van € 6.907.928,89 (excl. BTW) als beweerde laagste regelmatige inschrijver en niet aan [de nv Smet – F&C] omdat haar offerte als materieel onregelmatig wordt beschouwd [...].
- De overheidsopdracht tot gunning van deze werken aan THV Franki Construct - Max Bögl, Kartuizersweg 1, 2550 Kontich, voor vermeld bedrag dd. 22 december 2011 [...].
- De impliciete beslissing van de NV Waterwegen en Zeekanaal om de voormelde opdracht niet aan [de nv Smet – F&C] te gunnen”.

Dit is de zaak gekend onder rolnummer A. 203.145/XII-6793.

3.12. De Raad van State verwerpt in het arrest nr. 217.839 van 9 februari 2012 de voormelde door de nv Smet – F&C ingestelde vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in essentie omdat de gunningsbeslissing van 22 december 2011 - waarin de eerste en tweede bestreden beslissingen zijn verwoord en de derde bestreden beslissing is vervat, bij gebrek aan bekrachtiging door de raad van bestuur, nog niet uitvoerbaar was.

Op 8 februari 2012 bekrachtigt de raad van bestuur de op 22 december 2011 door de voorzitter van de raad van bestuur en de gedelegeerd bestuurder genomen gunningsbeslissing:

“De Raad:

- neemt kennis van de verslaggeving van het controlenazicht van de raad van bestuur:
- bekrachtigt de beslissing bij mandaat van de gedelegeerd bestuurder en de voorzitter betreffende:
 - gemotiveerde gunningsbeslissing inzake de opdracht voor een aanneming van werken Scheldekaaien te Antwerpen. Uitvoeringsfase. Zeeschelde R.O. te Antwerpen. Kaaimuurstabilisatie Sint-Andries en Zuid. Deel 1.
 - de goedkeuring van de laagste regelmatige offerte op naam van thv Franki Construct – Max Bögl voor een bedrag van 6.907.928,89 EUR zonder btw, aan te rekenen op de begroting 2011, ESR code 73.20.10”.

3.13. Met een aangetekende brief van 23 februari 2012 deelt verwerende partij aan de nv Smet – F&C, zoals reeds bij brief van 23 december 2011 was gebeurd, opnieuw mee dat haar offerte onregelmatig is bevonden en geweerd. Bijgevoegd is de gemotiveerde gunningsbeslissing van 22 december 2011 en het gunningsverslag.

Tegelijk wordt opnieuw aan de thv Franki Construct – Max Bögl, zoals reeds op 23 december 2011 was gebeurd, meegedeeld dat haar offerte werd gekozen, dat deze mededeling geen contractuele verbintenis doet ontstaan en dat een wachttermijn van 15 kalenderdagen in acht wordt genomen.

3.14. In antwoord op een vraag van de nv Smet – F&C bevestigt verwerende partij in een brief van 28 februari 2012 aan de nv Smet – F&C dat de

raad van bestuur op 8 februari 2012 de bij mandaat genomen gunningsbeslissing van 22 december 2011 heeft bekrachtigd. De beslissingsfiche over dit punt wordt meegedeeld. Ook de vraag aan ATO en het advies van ATO worden thans meegedeeld. Er wordt niet ingegaan op de vraag te bevestigen dat de wachttermijn van 15 dagen pas aanvangt na ontvangst van die stukken.

In een e-mailbericht van 1 maart 2012 wordt ook aan de nv Herbosch-Kiere de beslissingsfiche van de raad van bestuur van 8 februari 2012 meegedeeld.

3.15. Op 8 maart 2012 dient de nv Smet – F&C het voorliggende enige verzoekschrift in, met een annulatieberoep en een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

IV. Tussenkost

4.1. De verzoekende partij in tussenkost nv Herbosch-Kiere heeft eveneens een annulatieberoep en een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid ingesteld tegen de thans bestreden gunningsbeslissing (zaak gekend onder het rolnummer A. 203.900/XII-6868). Zij dreigt haar belang bij haar vordering te verliezen indien de voorliggende vordering van de nv Smet – F&C wordt aanvaard. Om die reden heeft zij er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet haar verzoek worden ingewilligd.

4.2. De verzoekende partijen in tussenkost nv Franki Construct en Max Bögl International SE, samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap thv Franki Construct - Max Bögl, blijken voordeel te halen uit de bestreden gunningsbeslissing en hebben er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet hun verzoek worden ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

5.1. Zowel verwerende partij als de eerste tussenkomende partijen betwisten de ontvankelijkheid van de vordering en werpen daartoe excepties op.

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

VI. De schorsingsvoorwaarden

6.1. 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.

6.2. 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 van 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.

VII. Onderzoek van het enige middel

Uiteenzetting

7. In een enig middel roept verzoekende partij “machtsoverschrijding” in wegens “schending van de artikelen 15, 65/4 - 65/5 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken leveringen en diensten, van de artikelen 110, §§ 3 en 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, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen en van het zorgvuldigheidsbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur, van de materiële motiveringsplicht wegens de ontstentenis van de rehtens vereiste feitelijke en juridische grondslag, de beginselen van en het recht op behoorlijke procesvoering en de omzendbrief MOW 2010/1 van de Vlaamse minister van Mobiliteit en Openbare Werken dd. 21 december 2010 betreffende Overheidsopdrachten, Prijstechnisch nazicht – Dossiers voor te leggen aan de afdeling Algemene Technische Ondersteuning en art. 14, 3° Openbaarheidsdecreet”.

Het middel wordt vervolgens overheen 10 bladzijden uitgewerkt in een nauwelijks of niet gestructureerd betoog, waarin feitelijke gegevens worden vermengd met rechtsschendingen en grieven, en dat ook niet steeds lijkt rekening te houden met de evolutie van het dossier sinds het eerste voornoemde verzoekschrift. De Raad van State zal zich in de huidige procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid dan ook beperken tot het bespreken van grieven die meteen duidelijk zijn.

Een eerste reeks grieven betreffen het prijsonderzoek en de motivering van de bestreden beslissing. In dat kader wordt in essentie het volgende betoogd:

- De vraag tot prijsverantwoording is onduidelijk. Er kan op geen enkele wijze uit worden afgeleid of de door verzoekende partij opgegeven prijzen

als abnormaal hoge of lage eenheidsprijzen worden beschouwd, zelfs niet dat de prijzen hoe dan ook als abnormaal worden beschouwd. Er kan ook niet uit worden afgeleid dat de totaalprijs als abnormaal (hoog of laag) wordt beschouwd en er wordt zelfs geen indicatie gegeven van het feit dat de totaalprijs minstens 15% lager zou zijn dan het gemiddelde bedrag van de inschrijvingen.

- In het gunningsverslag wordt de prijsverantwoording van verzoekende partij in het geheel niet verwerkt, wordt geen enkel antwoord gegeven op de uitgebreide technische verantwoordingen en toelichtingen aangaande het unieke en innoverende karakter van de voorgestelde methode, die overigens technisch werd aanvaard, en die uiteraard van aard is de prijs in vergelijking met de concurrentie te drukken en wordt in wezen niet meer gezegd dan dat de afdeling ATO van mening is dat de verantwoording “uiterst summier is. Bijvoorbeeld ontbreekt de staving van de kosten van materieel en materialen.” Deze motivering is niet alleen feitelijk en juridisch volstrekt ontoereikend en nietszeggend, doch bovendien feitelijk onjuist omdat verzoekende partij wel degelijk in haar verantwoording een uitvoerige staving van alle kosten, met inbegrip van deze van materieel en materiaal had bezorgd. Dit advies van ATO werd ook niet meegedeeld, de inhoud ervan kan bijgevolg niet worden nagegaan en zelfs het bestaan ervan wordt niet aangetoond.
- Minstens had de verwerende partij, rekening houdend met haar totaal onduidelijke, gebrekkige en ontoereikende vraagstelling gebruik moeten maken van de mogelijkheid die in de artikelen 110, §§ 3 en 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 geboden wordt tot bijkomende vraagstelling en verduidelijking.
- Verwerende partij heeft niet alle door de Omzendbrief MOW 2010/1 vereiste documenten en informatie overgemaakt aan ATO, maar slechts zowat 10% van de voorgeschreven documenten en informatiegegevens. ATO heeft op grond van dit verregaand onvolledig dossier geen weloverwogen en door de vereiste documenten en gegevens gedragen advies kunnen geven, waardoor meteen ook de bestreden beslissingen, die

hierop expliciet zijn gesteund, de ingeroepen bepalingen schenden. ATO heeft ook het dossier dat haar door verwerende partij voor prijstechnisch nazicht en advies werd bezorgd bij faxbericht en schrijven van donderdag 15 december 2011 om 15.00 uur, enkel kunnen controleren, bestuderen en erin kunnen adviseren vanaf vrijdag 16 december 2011 tot zondag 18 december 2011, en derhalve zowat gedurende 1 weekeinde. Binnen dit bijzonder korte tijdsbestek kon ATO materialiter onmogelijk een volgens de voorschriften van de Omzendbrief MOW 2010/1 bijzonder lijvig dossier, bestaande onder meer uit een bestek van 282 bladzijden, plans en bijlagen, een dossier van verzoekende partij met daarin een beschrijving van de gevolgde procedés en dergelijke van zowat 282 bladzijden, de prijsverantwoording van verzoekende partij van 18 bladzijden, de nota van de nv Waterwegen & Zeekanaal van 9 bladzijden en alle vergelijkende tabellen hebben ontvangen, bestudeerd en in een verslag verwerkt tenzij er kon worden geadviseerd aan de hand van zeer beknopte en onvolledige gegevens, zoals te dezen. Verwerende partij diende vervolgens tijdens de daarop volgende maandag 19 december 2011 haar eindverslag op te stellen, hetgeen op grond van een volledig dossier gewoonweg uitgesloten is. Het advies van ATO is derhalve overhaast en op grond van een volstrekt onvolledig dossier opgesteld, zodat ook de bestreden beslissingen die daarop expliciet zijn gesteund, onwettig zijn.

- De inhoud van het verslag van ATO zelf is geheel onjuist onder meer en niet in het minst voor wat de kritiek betreft die daarin wordt gegeven op de prijzen en de prijsverantwoording van verzoekende partij. Deze prijzen en prijsverantwoording zijn niet “summier” nu verzoekende partij haar prijzen heeft uitgesplitst in een 40-tal samenstellende prijsonderdelen, hetgeen een overvloed aan prijsinformatie uitmaakt.
- Verwerende partij vraagt voorts aan verzoekende partij prijsverantwoordingen voor posten die minder dan 1% van de totale aannemingssom bedragen en die, alhoewel zonder uitzondering door verzoekende partij volledig verantwoord, dan nog geen relevantie hebben voor het totale aanbestedingsbedrag en voor het feit dat de door verzoekende partij voorgestelde prijzen meer dan 15% lager zijn dan het

gemiddelde en daarom als abnormaal worden bestempeld. De enige posten die terzake wel relevant zijn inzake afwijking zijn de groutschermen en de ankers.

- Aangezien het bestek uitdrukkelijk vermeldt dat de inschrijver vrij is om deze groutschermen volgens eigen ontwerp uit te voeren, is elke prijsvergelijking voor de post per definitie irrelevant omdat elke aannemer volledig vrij is in de keuze van zijn eigen procedé en ontwerp en dus geen zinnige vergelijking mogelijk is. Bij gebrek aan objectieve vergelijkingselementen, maakt verwerende partij geheel ten onrechte wat de opgegeven prijs betreft voor de groutschermen van verzoekende partij een vergelijking met haar eigen raming. Deze raming is aan verzoekende partij niet bekend en bovendien geheel irrelevant want duidelijk niet de norm inzake de arbeidsintensiteit van een inschrijver met betrekking tot een bepaalde post (te dezen de groutschermen). Het uitvoeren van groutschermen is de kernactiviteit van verzoekende partij en de uniciteit van haar procedé en de voordelen uit hoofde van haar jarenlange ervaring heeft tot de lagere prijzen voor dit onderdeel geleid. Dit geldt ook voor het unieke procedé van de plaatsing van staafankers van op de kade, en derhalve zonder gebruik te moeten maken van vlottende en aan het tij onderhevige werkeilanden, waarvan de inzet veel tijdrovender is.
- Verwerende partij heeft volledig ten onrechte en op onwettige wijze het advies van ATO naast zich neergelegd om “de door U gesignaleerde kwesties m.b.t. de strengenankers en groutschermen verder uit te werken”. Hiervan is geen spoor te vinden in gunningsverslag.
- Het verslag van ATO gaat er ten onrechte vanuit dat verzoekende partij prijs zou hebben gegeven voor de uitvoering van zogenaamde “strengenankers” terwijl zij in haar offerte wel degelijk zogenaamde “staafankers” - een totaal verschillend concept en procedé - had voorgesteld.
- Het advies van ATO bevat een klaarblijkelijke technische vergissing en discrepantie in verband met het uitvoeren van de zogenaamde PUR-

kolommen, waar verzoekende partij geheel terecht 10,00 m/kolom in rekening heeft gebracht volgens het bestek, terwijl wel degelijk het aantal boormeters per kolom 18 bedraagt.

Voorts, verspreid tussen de voorgaande grieven, wordt door verzoekende partij bekritiseerd

- dat verwerende partij de thans bestreden beslissingen, “weliswaar in de periode van de eerste procedure”, bij niet-gedateerd schrijven tijdens een algemene sectoriële vakantieperiode aan verzoekende partij heeft bezorgd, hetgeen indruist tegen het zorgvuldigheidsbeginsel waaraan elke (aanbestedende) overheid dient te voldoen, temeer daar de wachtperiode verstreken had kunnen zijn bij terugkomst van de verantwoordelijken van verzoekende partij uit Kerstvakantie, en

- dat reeds in het kader van de eerste procedure, gericht tegen dezelfde bestreden beslissingen, geheel onterecht door de verwerende partij stukken als vertrouwelijk werden bestempeld, terwijl deze in het kader van huidige procedure op vraag van verzoekende partij wel worden overgelegd, zodat verwerende partij zich, in haar eigen belang, ten onrechte op het zogenaamd vertrouwelijk karakter van bepaalde nochtans voor de beoordeling van het geschil zeer belangrijke stukken is gaan baseren, om deze vervolgens in het kader van de tweede procedure dan toch vrij te geven, terwijl dezelfde stukken niet de ene keer als vertrouwelijk en dan de andere keer weer als niet-vertrouwelijk mogen worden bestempeld.

Beoordeling

Prijsonderzoek en motivering

8. Overeenkomstig artikel 15 van de voormelde wet van 24 december 1993 dient bij openbare of beperkte aanbesteding de opdracht te worden toegewezen aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte indiende.

Artikel 110, §§ 3 en 4, van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 bepaalt:

“§ 3. 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.

Bij het onderzoek van de vermoedelijke abnormale prijzen kan de aanbestedende overheid met name rekening houden met verantwoordingen gesteund op:

1° de doelmatigheid van het bouwproces, van het productieproces van de producten of van de dienstverlening;

2° de gekozen technische oplossingen en/of uitzonderlijk gunstige omstandigheden, waarvan de inschrijver bij de uitvoering van de werken, de levering van de producten of het verlenen van de diensten kan profiteren;

3° de originaliteit van de door de inschrijver aangeboden werken, producten of diensten;

4° de naleving van de bepalingen inzake arbeidsbescherming en arbeidsvoorwaarden die gelden op de plaats waar de opdracht wordt uitgevoerd;

5° de eventuele ontvangst van rechtmatig toegekende overheidssteun door de inschrijver”.

[...]”

§ 4. In het 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 vijftien pct. onder het gemiddelde bedrag van de door gegadigden ingediende offertes ligt beschouwd als een offerte waarvan het eventueel 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 aantal 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 abnormale 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”.

9. Partijen betwisten niet dat dit aangehaalde artikel 110 te dezen van toepassing is, nu het gaat om een aanneming van werken die werd gegund bij openbare aanbesteding en waarbij vier 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 moest worden nagezien.

Evenmin wordt de beslissing betwist om ter zake een prijsverantwoording te vragen maar wel de wijze waarop de prijsverantwoording werd gevraagd en de wijze waarop die verantwoording werd beoordeeld.

10. In het kader van het prijsonderzoek vroeg verwerende partij aan verzoekende partij om een:

“prijsverantwoording te laten geworden Dit betreft enerzijds een duidelijke algemene toelichting i.v.m. de wijze waarop de prijzen zijn opgebouwd en anderzijds een gedetailleerde prijsverantwoording op grond van de inzet van personeel, materieel, materiaal, technieken, algemene kosten en winsten van posten:

- b31.02.62(a/b) - In de grond gevormde groutschermen – typesnede 8 en 9
- b31.06.21(a/b) – Definitieve voorgespannen injectieankers met een blijvende bescherming van klasse P2
- b33.14.11 – Uitvoeren van PUR-kolommen t.p.v. voegen
- 45.13.21b – Het plaatsen van parement uit blauwe hardsteen
- b12.03.51 – Kernboringen ter controle van uitgevoerde injectie
- b15.03.21 – Het leveren van rekennota's detail- en werktekeningen en uitvoeringsplannen

- b12.03.53 – Kernboringen ter controle van uitgevoerde groutmassieven onder de kaaimuur
- b41.10.14 – Wapeningsstaal BE 500S voor verankering in metselwerk
- b45.16.11b – Het plaatsen van boordsteen uit blauwe harsteen
- b61.50.11 – Corrosiebescherming van wapeningsstaven voor verankering in metselwerk
- 79.06.01b – Plaatsen van wrijfhouten uit hout
- 45.13.21a – Het leveren van parement uit blauwe hardsteen
- b12.05.12 – Bepaling van het nat volumegewicht”.

Met een brief van 15 december 2011 deelt verzoekende partij een prijsverantwoording mee. Zij antwoordt eerst algemeen in een passage die verwerende partij ook zelf in de nota citeert:

“Wij wensen hierbij te bevestigen dat onze offerte gebaseerd is op de kostprijzen samengesteld uit loonkosten, interne en externe huurtarieven, offertes van derden en lopende contracten. Voor dit project is op alle posten een gemiddelde marge toegepast van 10% en dit voor algemene kosten, winst en risico.”

Vervolgens wordt voor de 15 specifieke posten een prijsverantwoording gegeven.

In een brief van 16 december 2011 vraagt verwerende partij een prijsadvies aan ATO, cel prijsadvies. In die brief bespreekt zij zelf al uitgebreid de meegedeelde prijsverantwoording.

In een advies van 19 december 2011 stelt ATO onder meer vast dat de meegedeelde verantwoording voor het offertebedrag “zeer beknopt is en gesteund op algemene elementen”, dat de kosten voor de inzet van materieel niet gestaafd worden door bijvoorbeeld CMK-berekeningen of offertes voor de huur, dat de kosten voor de te gebruiken materialen (onder andere cement en anker materiaal) ook niet worden gestaafd, dat de kosten voor slijtage en verbruik bijzonder summier worden toegelicht waarbij de prijsopbouw niet werd gedetailleerd of gestaafd en dat voor de werken die verzoekende partij door een onderaannemer laat uitvoeren enkel een offerte van deze onderaannemer wordt gevoegd zonder detaillering of staving van de betrokken prijsopbouw. ATO besluit dan ook onder meer:

“In de door Smet – F&C voorgelegde documenten is de verantwoording van de gevraagde posten zéér summier en ontbreekt de staving van de kosten het materieel en materiaal. Bijgevolg kan het vermoeden van abnormaliteit niet worden weerlegd”,

en adviseert de opdracht te gunnen aan de tweede laagste inschrijver thv Franki Construct – Max Bögl.

Deze elementen van het vertrouwelijk voorgelegd advies van ATO worden in de nota vermeld of geciteerd en de ingeroepen vertrouwelijkheid werd op die punten dan ook door verwerende partij zelf en op haar verantwoordelijkheid gelicht.

Het gunningsverslag van 19 december 2011, waarop de bestreden gunningsbeslissing steunt, stelt ter zake vast dat “Via de voorgelegde prijsverantwoording door Smet-F&C [...]de afdeling ATO van mening [is] dat de verantwoording uiterst summier is. Bijvoorbeeld ontbreekt de staving van de kosten van materieel en materialen” en besluit: “Er werd na onderzoek van de prijsverantwoordingen en in overeenstemming met het advies van ATO geoordeeld dat het wettelijk vermoeden van abnormaal offertebedrag niet expliciet en adequaat werd weerlegd. Het bedrag van de offerte van Smet-F&C is abnormaal. Conform artikel 110 §4 in fine moet de aanbestedende overheid de offerte als onregelmatig beschouwen en bijgevolg als van rechtswege nietig”.

11. In het kader van het nazicht van blijkbaar abnormaal lage prijzen zoals bepaald door het hiervoor aangehaalde artikel, 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 desgevraagd 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. Een inschrijver mag zich niet beperken tot vaagheden en algemeenheden.

De in voormeld artikel 110 opgesomde objectieve factoren, waarop een prijsverantwoording mag zijn gesteund, zijn niet limitatief. Het prijsonderzoek door de aanbestedende overheid moet voorts gebeuren met inachtneming van de zorgvuldigheidsverplichting.

De formele motivering van de bestreden gunningsbeslissing moet tevens, teneinde te voldoen aan de formele motiveringsplicht die verzoekende partij onder meer afleidt uit de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991, de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen; die motivering moet afdoende zijn teneinde de belanghebbende in staat te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt.

Luidens het eveneens geschonden geachte artikel 65/4, eerste lid, van de wet van 24 december 1993, stelt de aanbestedende instantie een gemotiveerde beslissing op, onder meer wanneer ze de opdracht gunt, ongeacht de procedure. Artikel 65/5, dat ook geschonden wordt geacht, bepaalt dat de in artikel 65/4 bedoelde gemotiveerde beslissing, naargelang de procedure en het soort beslissing, onder meer bevat “6° de namen van de inschrijvers van wie de offerte onregelmatig is bevonden en de juridische en feitelijke motieven voor hun wering. Deze motieven hebben met name betrekking op het abnormale karakter van de prijzen en, in voorkomend geval, op de beslissing dat de voorgestelde oplossingen niet gelijkwaardig zijn aan de technische specificaties of dat ze niet voldoen aan de vastgestelde prestatie- of functionele eisen”.

12. In de mate dat in het enige middel wordt betoogd dat verwerende partij in haar vraag tot prijsverantwoording niet heeft aangegeven of het gaat om abnormaal hoge dan wel om abnormaal lage eenheidsprijzen, zelfs niet dat de prijzen als abnormaal worden beschouwd, en evenmin of de totaalprijs als abnormaal hoog of abnormaal laag wordt beschouwd en zelfs geen indicatie wordt gegeven of de prijs meer dan 15 % afwijkt van het gemiddelde, lijkt deze grief vreemd aan schendingen van de formele-motiveringsverplichtingen waaraan de beslissing tot onregelmatigverklaring moet voldoen.

Voorts dient vastgesteld dat verzoekende partij in haar antwoord van 15 december 2011 op deze vraag tot prijsverantwoording, niet opmerkte dat deze vraag te vaag zou zijn geformuleerd om de gevraagde prijsverantwoording te kunnen verstrekken. Ook voor de Raad van State toont zij nog steeds niet aan hoe die wijze waarop de vraag tot prijsverantwoording werd geformuleerd haar belet zou hebben haar prijs afdoende te verantwoorden.

Ook kan worden vastgesteld dat het aangehaalde artikel 110, §§ 3 en 4, geen bepalingen bevat omtrent de informatie die bij een vraag tot prijsverantwoording moet worden meegedeeld.

De offerte van verzoekende partij werd echter niet geweerd wegens abnormale prijzen zonder dat zij na de opening van de offertes de kans kreeg een verantwoording te geven voor haar prijzen.

Door de verwijzing naar artikel 110, § 4, in de vraag tot prijsverantwoording kon verzoekende partij in elk geval impliciet maar zeker weten dat haar totaalprijs meer dan 15 % onder het gemiddelde laag en daarom diende te worden nagezien op zijn eventueel abnormale karakter.

13. In de mate dat in het middel aanstoot wordt genomen aan de niet afdoende motivering van het onregelmatig verklaren van de offerte van verzoekende partij, lijkt uit de bestreden beslissing, die dient te worden samengelezen met het gunningsverslag dat tegelijk aan verzoekende partij werd meegedeeld, te mogen worden afgeleid dat verwerende partij van oordeel was dat het wettelijk vermoeden van abnormaal offertebedrag niet adequaat werd weerlegd, in ieder geval omdat, zoals ook geadviseerd door ATO, de verantwoording uiterst summier was en bijvoorbeeld de staving van de kosten van materieel en materialen ontbrak.

Specifiek wat de totaalprijs betreft antwoordt verzoekende partij in feite enkel met de bevestiging dat haar offerte “gesteund is op de kostprijs samengesteld uit loonkosten, interne en externe huurtarieven, offertes van derden en lopende contracten. Voor dit project is een gemiddelde marge toegepast van 10% en dit voor algemene kosten, winst en risico“. Behoudens deze “gemiddelde

marge” van 10% wordt aldus geen enkel cijfermatig gegeven aangevoerd omtrent de totaalprijs.

In haar brief van 5 januari 2012 schrijft verzoekende partij trouwens zelf dat zij “inderdaad, in het kader van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996 artikel 110, §3 en §4, [zij] in dit geval een gedetailleerde prijsverantwoording [dient] te verschaffen, waarin niet alleen een algemene toelichting betreffende de opbouw van de prijzen en een gedetailleerde prijsverantwoording van inzet personeel, materieel, materiaal, technieken, algemene kosten en winsten van een aantal welomschreven posten dienen opgegeven, maar ook een toelichting of verklaring over de uitvoeringswijzen en haar originele of innovatieve aanpak, die mogelijks de verklaring vormen van de lage inschrijvingsprijzen”. Zij leek dus bij lezing van de motivering “uiterst summier” en geen “expliciete” en “adequate weerlegging” te moeten weten dat een loutere vermelding dat een kosten- en winstenpercentage van 10 % op de posten wordt berekend, geen afdoende verantwoording is die de abnormaliteit bedoeld in 110, § 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 weerlegt.

In het advies ter terechtzitting heeft het bevoegd lid van het auditoraat immers de prijsverantwoording in haar diverse posten besproken en voor het standpunt van verwerende partij gekozen dat de eenheidsprijzen voor materieel en materiaal niet werden gestaafd, ook niet voor de posten waarbij naar offertes van onderaannemers werd verwezen. In de huidige stand van de zaak en mede omdat verzoekende partij geen opmerkingen had bij het voornoemd advies, valt ook de Raad van State het standpunt van verwerende partij bij.

In de mate dat verzoekende partij in het middel nog verwijst naar de uitgebreide technische verantwoordingen en toelichtingen aangaande het unieke en innoverende concept van de voorgestelde methode en daargelaten de vraag of dit al afdoende was opgenomen in die verantwoording, hetgeen verwerende partij en tussenkomen partijen thv Franki Construct – Max Bögl overigens betwisten, toont verzoekende partij hiermee in ieder geval niet *prima facie* aan hoe uit die methode de in de verantwoording opgenomen eenheidsprijzen voor materieel en materiaal in die posten voortvloeien.

Er wordt dan ook niet *prima facie* aangetoond dat verwerende partij de grenzen van haar beoordelingsvrijheid te buiten is gegaan door vast te stellen dat de gegeven verantwoording wat betreft deze posten te summier was omdat de staving van de kosten van materieel en materialen ontbreekt en bijgevolg te concluderen dat het vermoeden van abnormale prijs niet adequaat werd weerlegd.

14. Verzoekende partij toont ook niet *prima facie* aan dat de betrokken posten geen voldoende significant aandeel in de opdracht vertegenwoordigen. Integendeel lijken zeker posten b31.02.62 (a/b), dat de in de grond gevormde groutschermen betreft, b33.14.11, dat de uitvoering van PUR kolommen betreft en b31.06.21 (a/b), betreffende de definitieve voorgespannen injectieankers, een centraal deel van de opdracht te vormen zoals alleen al lijkt te kunnen worden afgeleid uit de beschrijving van de opdracht in het gunningsverslag en hetgeen bevestigd wordt in de vertrouwelijk voorgelegde nota van 16 december 2011 met de vraag tot advies aan ATO. In haar brief van 5 januari 2012 erkent verzoekende partij trouwens zelf – en deze passage wordt door verwerende partij zelf in de nota geciteerd zodat de ingeroepen vertrouwelijkheid op dit punt door haar zelf en onder eigen verantwoordelijkheid werd gelicht: “De uitvoering van de VHP-grouting en het plaatsen van de grondankers zijn de hoofdactiviteiten van deze opdracht.”

15. Het opgegeven motief voor de onregelmatigverklaring lijkt voorts uitdrukkelijk en afdoende uit de bestreden beslissing samengenomen met het gunningsverslag te kunnen worden afgeleid en er blijkt niet *prima facie* waarom verzoekende partij niet in staat was om zich ter zake in rechte te verweren. Het tegendeel blijkt veeleer uit de brief van 5 januari 2012 van verzoekende partij aan verwerende partij waarin zij inhoudelijk kritiek uitte tegen de genomen beslissing en de motivering betwist dat de verantwoording te summier was om het vermoeden van abnormaliteit te weerleggen, alsook uit de kritiek die verzoekende partij in haar verzoekschrift uit.

16. Het feit dat het advies van ATO, waarop deze conclusie steunt en dat, zoals uit het vertrouwelijk dossier blijkt bestaat, initieel niet werd meegedeeld, leidt *prima facie* niet tot een andere conclusie. Niet alleen werd de inhoud van dat advies op dat punt opgenomen in het gunningsverslag en aldus

ook reeds in het kader van de eerste procedure aan verzoekende partij meegedeeld, maar bovendien werd na de tweede kennisgeving en vóór het indienen van voorliggend verzoekschrift dit advies volledig aan verzoekende partij meegedeeld.

17. Vastgesteld kan voorts worden dat dit ATO-advies een en ander nader motiveert. Verzoekende partij kende deze redenen voordat zij het voorliggende verzoekschrift indiende en betwist thans een aantal punten daarin. Hierop dient te dezen echter niet nader te worden ingegaan aangezien de bestreden beslissing afdoende lijkt te steunen op de eerder al besproken vaststelling dat de verantwoording te summier is doordat de staving van de kosten van materieel en materialen ontbreekt.

Dit geldt ook in de mate dat de wering van de offerte van verzoekende partij wegens abnormale prijzen voorts zou steunen op andere vaststellingen in het eigen prijsonderzoek door verwerende partij, stuk dat na de tweede kennisgeving maar vóór het indienen van het voorliggend verzoekschrift aan verzoekende partij werd meegedeeld.

18. In de mate dat verzoekende partij nog inroept dat verwerende partij voorbij is gegaan aan de specifieke en unieke techniek inzake VHP grouting en het plaatsen van grondankers die verzoekende partij zou hanteren en het gunstig prijsvoorstel verantwoorden, betoogt verwerende partij dat dit gegeven niet in de prijsverantwoording is opgenomen en dat geen rekening mag worden gehouden met verantwoordingen opgenomen in de brief van 5 januari 2012 en dus pas na de beslissing tot het weren van de offerte van verzoekende partij aangebracht, maar enkel met de elementen opgenomen in de prijsverantwoording zelf.

Op de vraag, of het betrokken gegeven al dan niet in de prijsverantwoording was opgenomen, dient in de huidige stand van het geding te dezen niet nader te worden ingegaan aangezien, zoals reeds gezegd, de bestreden beslissing afdoende lijkt te steunen op de eerder al besproken vaststelling dat de verantwoording te summier is doordat de staving van de kosten van materieel en materialen ontbreekt. Zelfs indien met de specifieke techniek rekening zou

worden gehouden, blijft, zoals reeds opgemerkt, de vaststelling dat in de verantwoording voor die posten verwezen wordt naar prijs van materieel en materialen zonder dat die prijzen nader gestaafd worden.

19. In de mate dat verzoekende partij voorts aanvoert dat verzoekende partij in ieder geval verduidelijkingen van of aanvullingen op de prijsverantwoording had kunnen vragen, lijkt artikel 110 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 nergens voor te schrijven dat een aanbestedende overheid aan een inschrijver voor een welbepaalde post of posten een tweede maal een prijsverantwoording zou moeten vragen. Zij toont dan ook niet *prima facie* aan dat de bestreden beslissing onwettig is doordat verwerende partij dit niet deed. Overigens toont verzoekende partij ook niet aan dat zij niet van het begin af een volledige prijsverantwoording kon geven.

20. In de mate dat verzoekende partij betoogt dat het prijsonderzoek onzorgvuldig gebeurde, wordt zij niet bijgevalen, nu kan worden vastgesteld dat verwerende partij de prijsverantwoording eerst zelf analyseerde en daarin concludeerde dat geen sluitende prijsverantwoording werd ingediend, het dossier voorlegde aan ATO dat vervolgens adviseert dat de prijsverantwoording van de gevraagde posten zeer summier is en dat de staving van de kosten van materieel en materieel ontbreekt zodat het vermoeden van abnormaliteit niet kan worden weerlegd, en dat zij dit advies ook volgt.

In de mate dat zij in verband met dit advies van ATO opwerpt dat verwerende partij niet alle in de omzendbrief MOW 2010/1 van de Vlaamse Minister van Mobiliteit en Openbare Werken van 21 december 2010 bepaalde stukken zou hebben bezorgd aan ATO, maar enkel de deltatabellen, toont verzoekende partij niet aan dat dit advies van ATO het determinerend motief was en dus ook niet dat, zelfs indien dit werd geformuleerd zonder dat alle in de omzendbrief vermelde stukken, werden overgelegd, de bestreden beslissing daarom onzorgvuldig is. Deze conclusie geldt ook in de mate dat in het middel de schending van die omzendbrief zelf wordt opgeworpen nog daargelaten het feit dat de vraag of die schending als middel mag worden opgeworpen een discussie zou vergen over het bindend en verordenend karakter van die omzendbrief, die verzoekende partij niet aangaat.

Uit het dossier blijkt voorts dat niet enkel de deltatabellen aan ATO werden overgemaakt, maar ook andere documenten zoals de eigen omstandige analyse van verwerende partij en de ingediende prijsverantwoording en, zo lijkt, ook het bestek en de offerte, minstens alle voor het prijstechnisch onderzoek relevante delen uit de offerte van verzoekende partij zoals bevestigd in een brief van 2 maart 2012.

Om dezelfde redenen wordt ook niet *prima facie* aangetoond dat de bestreden beslissing onzorgvuldig zou zijn want gesteund op een advies van ATO dat zou uitgaan van een onvolledig dossier.

In de mate dat verzoekende partij ook wijst op de korte tijdsperiode waarbinnen het dossier door ATO werd onderzocht, gaat zij eraan voorbij dat het snel afwerken van een opdracht niet noodzakelijk onverenigbaar is met de daarbij vereiste zorgvuldigheid. Zij vergeet voorts dat de bestreden beslissing ook steunt op een eigen onderzoek door verwerende partij en een eigen analyse van de offertes en prijzen en dat het onderzoek van ATO beperkt is tot het formuleren van een advies over de prijzen. In de mate dat zij stelt dat het gunningsverslag op één dag werd opgesteld, kan worden herhaald dat reeds voordien de offertes werden geanalyseerd.

Ook hiermee is niet aangetoond dat het prijsonderzoek onzorgvuldig is.

21. Verzoekende partij formuleert in het middel voorts inhoudelijke kritiek op het advies van ATO, meer bepaald inzake de beoordeling van de groutschermen, ankers en PUR-kolommen. Zij lijkt echter, zoals reeds vastgesteld, geen belang te hebben bij deze inhoudelijke kritieken nu de bestreden beslissing enkel lijkt te steunen op “te summier” karakter van de prijsverantwoording. In dat verband kan enkel worden vastgesteld dat het summiere karakter van de verantwoording het enige punt uit het advies is dat uitdrukkelijk in het gunningsverslag wordt vermeld. Verwerende partij stelde in de eigen analyse weliswaar ook vragen bij sommige van de andere punten, onder

meer over de grouting en het soort anker, maar achtte de offerte uiteindelijk technisch conform en niet onregelmatig wegens die andere punten.

22. In de mate dat verzoekende partij in het middel opwerpt dat verwerende partij prijsverantwoordingen vraagt voor posten die minder dan 1% van de totale aannemingssom bedragen en die dan nog geen relevantie hebben voor het totale aanbestedingsbedrag en voor het feit dat de door verzoekende partij voorgestelde prijzen meer dan 15% lager zijn dan het gemiddelde en daarom als abnormaal worden bestempeld, erkent zij zelf dat in ieder geval posten die ter zake wel relevant zijn qua afwijking de groutschermen en de ankers zijn.

Voorts toont zij niet aan waarom het bestuur de grenzen van een zorgvuldig onderzoek te buiten is gegaan door ook een verantwoording te vragen voor posten die volgens verzoekende partij minder dan 1 % van de totaalsom bedragen.

23. Gelet op het voorgaande lijkt het dat verzoekende partij niet heeft aangetoond dat de prijsverantwoording van verzoekende partij door verwerende partij niet aan een zorgvuldig onderzoek werd onderworpen en dat de beslissing tot verwerping van de prijsverantwoording en tot onregelmatig-verklaring van de offerte van verzoekende partij niet op in feite en in rechte juiste en afdoende motieven lijkt te zijn gesteund in de mate dat in die beslissing samen genomen met het tegelijk aan verzoekende partij meegedeelde gunningsverslag wordt vastgesteld dat de verantwoording zeer summier is en bijvoorbeeld de kosten van materieel en materialen niet worden gestaafd. De bestreden beslissingen lijken dan ook geen schending in te houden van artikel 110, §§ 3 en 4, van het koninklijk besluit 8 januari 1996, noch van het zorgvuldigheids-beginsel, noch van het materiële-motiveringsbeginsel. Er lijkt bijgevolg ook geen schending voorhanden van artikel 15 van de wet van 24 december 1993 nu niet is aangetoond dat niet is gegund aan de inschrijver met de laagste regelmatige offerte.

Zoals gezegd lijkt evenmin de formele-motiveringsverplichting geschonden minstens lijkt voldaan aan de *ratio legis* van die plicht nu

verzoekende partij niet aantoont waarom deze formele motivering haar niet in staat stelde terdege te oordelen of het zin had zich tegen de bestreden beslissingen op dat punt te verweren met de middelen die het recht haar ter beschikking stelt.

Kennisgeving in een vakantieperiode

24. In de mate dat verzoekende partij in het enige middel aanvoert dat verwerende partij onduidelijkheid heeft gecreëerd en in stand gehouden door haar beslissing eerst bij niet-gedateerd schrijven tijdens een algemene sectoriële vakantieperiode te doen toekomen, hetgeen indruist tegen het zorgvuldigheidsbeginsel waaraan elke aanbestedende overheid dient te voldoen en dat dit tot gevolg kon hebben dat de wachttermijn zou zijn verstreken voordat de verantwoordelijken van verzoekende partij terugkwamen uit kerstvakantie, betreft de grief het moment en de niet-dagtekening van de eerste kennisgeving van de bestreden beslissingen, kennisgeving die leidde tot de eerste procedure, en dus de wijze van kennisgeving. Een eventueel gebrek in de kennisgeving tast echter in beginsel en zoals te dezen de rechtmatigheid van de gunningsbeslissing zelf niet aan.

Het lijkt ook niet dat het niet dagtekenen van de eerste kennisgeving of de verzending ervan in die vakantieperiode, verzoekende partij belet heeft zich ter zake in rechte te verweren. Integendeel diende zij binnen de wachtperiode na die kennisgeving een eerste vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in. Krachtens artikel 65/11 van de wet van 24 december 1993 is voorts de datum van verzending bepalend voor het begin van de wachtperiode, datum die blijkt op de door verzoekende partij zelf voorgelegde enveloppe.

Voorts is sindsdien een nieuwe kennisgeving geschied van de bekrachtigde gunningsbeslissing, kennisgeving die is gedateerd, die niet is gebeurd binnen een dergelijke vakantieperiode en die leidde tot de huidige procedure.

Wijziging in het standpunt over het al dan niet vertrouwelijk karakter van bepaalde stukken

25. In de mate dat verzoekende partij aanstoot neemt aan het feit dat in de eerste procedure bepaalde stukken zoals de vraag tot advies aan ATO en het advies van ATO als vertrouwelijk werden beschouwd en thans niet meer, toont zij niet aan hoe die grief leidt tot de onwettigheid van de bestreden gunningsbeslissing.

26. Het enige middel is bijgevolg in zijn geheel niet ernstig.

VII. Besluit

27. Het enige middel is niet ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Franki Construct en Max Bögl International SE, samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap thv Franki Construct - Max Bögl, tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

Het verzoek van de nv Herbosch-Kiere tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De tussenkomende partijen worden verwezen in de kosten van de tussenkomsten, begroot op 375 euro, elk voor een derde.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 5 april 2012,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest