

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 218.993 van 24 april 2012
in de zaak A. 197.060/XII-6256**

In zake: de NV ALGEMENE ONDERNEMINGEN HIMPE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Rik Honoré en Nele Vercruysse
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
President Kennedypark 4A
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD DEINZE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Paul Aerts
kantoor houdend te 9000 Gent
Coupure 5
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV BOUW & RENOVATIE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Filiep Desmet en Jan Vandenbraembussche
kantoor houdend te 8940 Wervik
Nieuwstraat 38
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 13 juli 2010, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing van 11.05.2010 van [de stad Deinze] waarbij de opdracht renovatie en uitbreiding van het Sportcomplex ‘De Palaestra’ te Deinze fase 01 werd gegund aan [de nv Bouw & Renovatie]”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

De nv Bouw & Renovatie heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 10 september 2010. De tussenkomende partij heeft een memorie ingediend.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij, de verwerende partij en de tussenkomende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 10 januari 2012.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Nele Vercruysse, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Barbara Naesens, die loco advocaat Paul Aerts verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Sandra Verhoye, die loco advocaat Jan Vandenbraembussche verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. De stad Deinze schrijft een overheidsopdracht uit voor de renovatie en uitbreiding van het sportcomplex “De Palaestra”, fase 1. Het betreft de uitbreiding van de zwembadvoorzieningen, uitbreiding van de nieuwe kleedkamers, nieuwe ontvangst en inkomhal en nieuwe kantoren gekoppeld aan inkomhal.

De gunningswijze is de openbare aanbesteding.

3.2. De opening van de inschrijvingen vindt plaats op 8 april 2010. Er zijn negen inschrijvingen.

3.3. Na nazicht zijn de prijzen de volgende:

1) de nv Algemene Onderneming Himpe	904.675,87 euro
2) de nv Bouwonderneming De Brabant Gebr.	990.790,63 euro
3) de nv Algemene Ondernemingen Robert Wyckaert	956.705,47 euro
4) de bvba Art Building Company	920.474,83 euro
5) de nv Serck	929.260,64 euro
6) de nv Bouw & Renovatie	755.387,04 euro
7) de nv Detrac	998.540,95 euro
8) de nv Alpas	1.053.595,44 euro
9) de bvba Van Thornaut	915.956,29 euro

3.4. Na de vergelijking met het gemiddelde offertebedrag (919.075,41 euro) wordt vastgesteld dat de prijs van de offerte van tussenkomende partij, die de laagste is, lager is dan 85 % van het gemiddelde.

3.5. De aanbestedende overheid vraagt op 15 april 2010 in het kader van een abnormaleprijzenonderzoek tussenkomende partij om een prijsverantwoording:

“Op 08/04/2010 ll. heeft u bij het college van burgemeester en schepenen een offerte ingediend voor bovengenoemde overheidsopdracht.

Bij nazicht van de offerte blijkt dat u met een inschrijvingsbedrag van, dit na rekenkundige vergelijking en aanpassing 755.387,04 euro excl. btw, meer dan 15 % afwijkt van het gemiddelde van de ingediende offertes. Om uw offerte te kunnen aanvaarden en om alle ingediende offertes correct te kunnen vergelijken vragen wij u, per kerend aangetekend schrijven, uw inschrijvingsprijs te motiveren. Rekening houdend met artikel 110, § 3 en § 4 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en de concessies voor openbare werken verzoeken wij u om een verantwoording te verstrekken binnen de 12 kalenderdagen.”

3.6. Met aangetekend schrijven van 28 april 2010 antwoordt tussenkomende partij:

“Aansluitend op Uw schrijven d.d. 15-04-2010 en ontvangen op 19-04-2010.
We hebben met zorg het dossier nogmaals overlopen en zien geen onmiddellijke foute inschatting.
Het inrichten van de werf is relatief laag, maar de post veiligheid is ook deel van de werfinrichting.
We werken met eigen materiaal en moeten bijgevolg niets inhuren.
Anderzijds schrokken we wel enigszins van de grote prijsverschillen tegenover onze collega's bij het aflezen der prijzen.
Gezien Uw vraag algemeen is kunnen we ook maar op deze wijze antwoorden.
Mocht het jullie duidelijk zijn wat we bij één of ander artikel een onuitvoerbare eenheidsprijs hebben ingeschreven wegens verkeerde interpretatie, gelieve ons hiervan dan alsnog te verwittigen.
We zien ook echt niet in waar we een foute inschatting zouden gemaakt hebben.
Tegenover het Stadsbestuur zal dan ook duidelijk zijn uit de recent gerealiseerde werken, dat onze werken kwalitatief en goed werden uitgevoerd.”

3.7. Het gunningsverslag stelt voor de opdracht toe te wijzen aan tussenkomende partij. Hierbij wordt overwogen:

“Na vergelijking met het gemiddelde offertebedrag stellen we vast dat het bestelbedrag lager is dan 85 % van gemiddelde G (K.B. 08/01/1996 art. 110 par 4).
Op 15/04/2010 (postdatum 16/04/2010) zijn we dan ook overgegaan tot het opvragen van verantwoording van ingediende offerte (kopie bijgevoegd).

Op 28/04/2010 hebben we prijsverantwoording van aannemer gekregen per aangetekend schrijven (kopie bijgevoegd).

De inschrijver meent geen foute inschatting gemaakt te hebben.

Naar onze mening is het perfect geldig om de aanbesteding toe te wijzen aan de laagst ingeschrevene.”

3.8. Op 11 mei 2010 keurt verwerende partij het gunningsverslag goed en beslist de opdracht te gunnen aan tussenkomende partij. Hierbij wordt overwogen:

“Overwegend dat de offerte van de firma nv B&R Bouw en Renovatie, Lauwestraat 71 te 8930 Rekkem meer dan 15% lager is dan het gemiddelde van de andere offertes zonder rekening te houden met de laagste en de hoogste inschrijving;

Overwegend dat op 15 april 2010 een prijsverantwoording werd gevraagd aan de betreffende firma;

Gelet op het antwoord op de prijsverantwoording d.d. 28 april 2010 waaruit blijkt dat er door de betrokken firma geen foute inschattingen werden gemaakt;

Overwegende dat de ontwerper voorstelt om, rekening houdende met het voorgaande, deze opdracht te gunnen aan de laagste regelmatige bidder, zijnde nv B&R Bouw en Renovatie, Lauwestraat 71 te 8930 Rekkem tegen het nagerekende inschrijvingsbedrag van € 755.387,04 excl. btw of € 914.018,32 incl. 21% btw.”

3.9. Bij brief van 19 mei 2010 wordt verzoekende partij in kennis gesteld van deze beslissing.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4.1. Verwerende partij, hierin bijgevalen door tussenkomende partij, voert een exceptie van “gebrek aan belang” aan.

Zij betoogt dat verzoekende partij enkel de gunningsbeslissing aanvecht en niet de impliciete weigeringsbeslissing haar de opdracht te gunnen. De raadsman van verzoekende partij heeft in een brief aan verwerende partij opgemerkt dat de vordering tot nietigverklaring enkel wordt ingesteld voor de “wettelijk voorziene schadevergoeding *a rato* van 10 %”. Het is dan ook duidelijk, aldus verwerende partij, dat verzoekende partij geen herstel *in natura*

wenst doch enkel een schadevergoeding. In wezen gaat het dus om een betwisting over een subjectief recht die tot de rechtsmacht van de gewone rechtbanken behoort.

4.2. Verzoekende partij wijst erop dat zij voor de Raad van State de nietigverklaring van de gunningsbeslissing nastreeft en niet een vordering tot schadevergoeding. Voorts verwijst zij naar rechtspraak van de Raad van State waaruit volgens haar blijkt dat zij wel degelijk over een belang beschikt.

5. Verzoekende partij vordert geen schadevergoeding, zij vordert de nietigverklaring van de beslissing tot toewijzing van de opdracht aan tussenkomende partij. De vernietiging van die beslissing, zijnde een afsplitsbare bestuurshandeling, behoort tot de rechtsmacht van de Raad van State.

Voorts ontleent verzoekende partij aan het voorbijgaan van haar offerte bij de toewijzing, een gekwalificeerd moreel belang dat gediend wordt en, spijs de overeenkomst en haar uitvoering, gediend blijft worden door een vernietiging van die toewijzing.

De exceptie wordt verworpen.

V. Onderzoek van het enig middel

Standpunt van de partijen

6. Verzoekende partij voert de schending aan van artikel 110 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 het gelijkheidsbeginsel en van het zorgvuldigheidsbeginsel.

Verzoekende partij meent dat verwerende partij ten onrechte de prijsverantwoording van tussenkomende partij heeft aanvaard; er is volgens verzoekende partij zelfs helemaal geen verantwoording gegeven.

Tussenkommende partij schrijft in haar prijsverantwoordingsbrief dat zij met zorg het dossier nogmaals heeft overlopen en dat zij geen onmiddellijke foute inschatting ziet. Dit is volgens verzoekende partij een subjectieve vaststelling maar geen controleerbare verantwoording.

Voorts merkt tussenkommende partij in deze brief op dat de post inzake het inrichten van de werf relatief laag is maar dat de post veiligheid ook deel is van de werfinrichting. Hiertegenover stelt verzoekende partij dat deze mededeling geen enkele verantwoording geeft voor een afwijking van meer dan 15 % van de gemiddelde totaalprijs; daarenboven is deze uitleg *in se* contradictorisch en bij gebrek aan gegevens niet controleerbaar. Ten slotte merkt tussenkommende partij in haar brief op dat “wij werken met eigen materiaal en moeten bijgevolg niks huren”. Ook voor dit laatste, aldus verzoekende partij, ontbreekt elk stuk of bijkomende informatie die toelaten deze mededeling op haar juistheid te controleren.

Er wordt dan ook, zo concludeert verzoekende partij, nergens uitgelegd hoe dergelijke lage prijzen werkbaar zijn.

Het feit dat verwerende partij de vraag tot verantwoording algemeen formuleert, betekent niet, zo vervolgt verzoekende partij, dat tussenkommende partij niet moet aantonen dat haar prijzen niet abnormaal zijn. Tussenkommende partij heeft geen enkele objectief controleerbare factor aangebracht. “Als het zou volstaan om wat algemene waarheden op te sommen, dan is de controle op de abnormale lage prijzen gewoon dode letter.”

Dat verwerende partij dergelijke verantwoording goedgekeurde toont volgens verzoekende partij aan dat zij geen ernstig onderzoek voerde; zij heeft door tekort te komen aan haar verplichting tot voorzichtigheid de gelijkheid tussen de inschrijvers verbroken. Verzoekende partij merkt ook op dat de prijs van tussenkommende partij die 20,25 % lager ligt dan de gemiddelde prijs, niet minder dan 27,80 % afwijkt van de raming terwijl het gemiddelde inschrijvingsbedrag nauwelijks 7,8 % onder deze raming ligt.

Verwerende partij “motiveert” haar beslissing tot aanvaarding van de verantwoording enkel stellende dat uit de prijsverantwoording blijkt dat er door de betrokken inschrijver geen foute inschattingen werden gemaakt. Uit niets blijkt echter, aldus verzoekende partij, dat verwerende partij deze schijnbaar lage prijs heeft onderzocht. Verwerende partij had de prijsverantwoording niet mogen aanvaarden en dienvolgens had zij de offerte van tussenkomende partij onregelmatig moeten verklaren.

7. Verwerende partij merkt op dat het grote verschil tussen de laagste inschrijver en de gemiddelde prijs volgt uit de post inrichting van de werf en werfonkosten; dit verschil wordt door tussenkomende partij verantwoord en verduidelijkt; het gaat om eigen materiaal zonder huur- en/of financieringskost waardoor flink kon worden bespaard.

Verwerende partij heeft de verantwoordelijkheid de verantwoording te beoordelen. Het nazicht en de beoordeling van de mogelijke abnormale prijzen heeft tot doel na te gaan of de opdracht door de toegewezen inschrijver op kwalitatieve wijze kan worden uitgevoerd. De door de inschrijver verduidelijkte besparing op bepaalde posten beïnvloedt geenszins een kwalitatieve uitvoering der werken, zo besluit verwerende partij.

8. Verzoekende partij merkt in haar memorie van wederantwoord op dat verwerende partij de prijsverantwoording foutief leest.

Wanneer tussenkomende partij in haar verantwoording schrijft dat het bedrag voor het inrichten van de werf relatief laag is maar de post veiligheid ook deel van de werfinrichting is, dan is deze uitleg contradictorisch; de post veiligheid die reglementair over alle posten van de inschrijving moet worden verdeeld is door tussenkomende partij bij de post inrichten werf geplaatst wat ertoe zou moeten leiden dat die post wordt verhoogd. Waar tussenkomende partij dan weer schrijft dat “we werken met eigen materiaal en moeten bijgevolg niets inhuren”, heeft dit niets te maken met de werfinrichting maar wel met de uitvoering van het werk. Deze bewering wordt trouwens door geen stuk gestaafd; er blijkt ook uit niets dat de andere inschrijvers wel met gehuurd materieel zouden werken, en zelfs mocht dit het geval zijn dan nog wordt niet aangetoond

dat gebruik van eigen materieel een besparing van meer dan 20 % met zich meebrengt.

Verzoekende partij besluit dat er dan ook geen aanvaardbare motieven in de prijsverantwoording waren.

9. Tussenkomen de partij beklemtoont dat de Raad van State slechts een marginale toetsing uitoefent ten aanzien van de beoordelingsbevoegdheid van de aanbestedende overheid over een prijsverantwoording.

Voorts merkt zij op dat “enkel wat de werfinrichting betreft, [er] moet toegegeven worden dat deze eerder aan de lage kant is, doch wellicht heeft de nv Bouw en Renovatie het één en ander anders verdeeld tussen de posten werfinrichting en veiligheid”.

10. In hun laatste memorie beklemtonen verwerende partij en tussenkomen de partij dat niet is aangetoond dat de werken niet op kwalitatieve wijze zouden kunnen worden uitgevoerd voor de geboden prijs.

Beoordeling

11.1. Artikel 110, § 3, eerste, tweede en derde lid, van het voornoemd koninklijk besluit van 8 januari 1996 luidt:

“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 vermoedelijk abnormale prijzen kan de aanbestedende overheid met name rekening houden met verantwoordingen gebaseerd 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.”

Artikel 110, § 4, van dit koninklijk besluit bepaalt:

“§ 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”.

11.2. In het kader van het nazicht van blijkbaar abnormaal lage prijzen beschikt de aanbestedende overheid over een ruime discretionaire bevoegdheid om de in het kader van voormeld artikel gegeven verantwoordingen al dan niet te aanvaarden. Dienvolgens komt het niet aan de Raad van State toe

om een eigen beoordeling in de plaats van deze van het bestuur te stellen, doch enkel om desgevraagd na te gaan of de betrokken motieven in rechte ter verantwoording van de bestreden beslissing in aanmerking mogen worden genomen, wat onder meer vereist dat ze naar behoren zijn bewezen, en dat daarbij de appreciaties van het bestuur de perken van de redelijkheid niet te buiten zijn gegaan.

Overeenkomstig artikel 110, § 4, dient de aanbestedende overheid de betrokken inschrijver om verantwoording te vragen.

Een inschrijver die een verzoek tot prijsverantwoording ontvangt overeenkomstig artikel 110, § 3, moet weten dat dit een ernstige aangelegenheid is en hij dient zich ervan bewust te zijn dat hij zijn prijzen concreet en onderbouwd dient te verantwoorden aangezien hij het risico loopt dat zijn offerte onregelmatig wordt verklaard.

12.1. De Raad van State wijst er in de eerste plaats op dat noch bij het administratief dossier, noch bij de stukken van tussenkomen partij, de offerte van tussenkomen partij is gevoegd zodat sommige beweringen van verwerende partij en tussenkomen partij niet verifieerbaar zijn.

12.2. Te dezen heeft verwerende partij aan tussenkomen partij een prijsverantwoording gevraagd wegens abnormale prijs voor het totaalbedrag.

Dit betekent niet dat zij niet concreet en onderbouwd dient te antwoorden; algemeenheden antwoorden door te verwijzen naar het feit dat zij het dossier nogmaals heeft overlopen en geen onmiddellijke foute inschatting ziet of dat het het stadsbestuur duidelijk zal zijn dat uit de recent gerealiseerde werken blijkt dat “onze werken kwalitatief en goed werden uitgevoerd”, is niet aanvaardbaar als verantwoording. Deze eenvoudige verklaringen kunnen immers niet de schijn van abnormaliteit wegnemen die hangt over de totale offerteprijs van tussenkomen partij en die er juist de aanleiding toe vormde om een prijsverantwoording te vragen.

12.3. De opmerking van tussenkomende partij in haar verantwoording dat “het inrichten van de werf [...] relatief laag [is], maar de post veiligheid [...] ook deel van de werfinrichting [is]”, komt de Raad van State als onbegrijpelijk voor en lijkt bovendien intern tegenstrijdig; tussenkomende partij geeft overigens inhoudelijk geen weerwerk wanneer verzoekende partij hierop wijst.

12.4. De opmerking van tussenkomende partij dat “we werken met eigen materiaal en moeten bijgevolg niets inhuren” is niet met stukken gestaafd noch concreet uitgewerkt ten aanzien van het forse prijsverschil. Deze kan dan ook niet worden aanvaard, anders dan als loutere bewering.

12.5. Het verweer ten slotte dat verzoekende partij niet aantoont dat de werken niet op kwalitatieve wijze zouden kunnen worden uitgevoerd is niet aanneembaar. Het is niet aan een verzoekende partij om in het kader van een abnormaleprijzenproblematiek aan te tonen dat de werken niet op kwalitatieve wijze kunnen worden uitgevoerd aan de betrokken prijzen.

12.6. De opgegeven prijsverantwoording mocht door verwerende partij dan ook niet worden beschouwd als een afdoende, concreet onderbouwde prijsverantwoording in de zin van het voormelde artikel 110, § 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996. Dienvolgens is deze bepaling geschonden.

Het middel is gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van 11 mei 2010 van het college van burgemeester en schepenen van de stad Deinze waarbij de opdracht voor de renovatie en uitbreiding van het Sportcomplex “De Palaestra”, fase 01, wordt gegund aan de nv Bouw & Renovatie.

2. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, 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 24 april 2012, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Geert Van Haegendoren,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest