

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 219.739 van 14 juni 2012
in de zaak A. 192.779/XII-5831**

In zake: 1. de NV INTERPLANT
 2. de NV BRUFORT
 samen vormend een tijdelijke handelsvennootschap
 rechtsgeding hervat door de nv KRINKELS
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Cies Gysen
 kantoor houdend te 2800 Mechelen
 Antwerpsesteenweg 16-18
 bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

 het BRUSSELS HOOFDSTEDELIJK GEWEST
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaten David D’Hooghe en Leopold Schellekens
 kantoor houdend te 1000 Brussel
 Loksumstraat 25
 bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 30 juni 2009, strekt tot de
nietigverklaring van:

“- de beslissing dd. 27.04.2009 uitgaande van het Ministerie van
het Brussels Hoofdstedelijk Gewest [...] waarbij de offerte van [de thv nv
Interplant - nv Brufort] in het kader van de opdracht van bestellingen voor
Renovatie- en modernisatiewerken in de tunnels van het Brussels
Hoofdstedelijk Gewest niet wordt weerhouden;
- de gemotiveerde gunningsbeslissing dd. 27.04.2009 uitgaande
van het Ministerie van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest [...] waarbij
voorliggende overheidsopdracht wordt toegewezen aan S.A. Nutons”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 194.585 van 23 juni 2009 is de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen verworpen.

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

Eerste auditeur Luc Vermeire heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 17 april 2012.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Stéphanie Taelemans, die loco advocaat Cies Gysen verschijnt voor de verzoekende partijen, en advocaat Leopold Schellekens, die loco advocaat David D’Hooghe 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 in 2008 bij wege van openbare aanbesteding een overheidsopdracht uit voor “renovatie- en modernisatiewerken

in de tunnels van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest”. Op deze opdracht is het bestek nr. BMB/DGE-DBO/2008-0003 van toepassing.

De opdracht wordt op 27 september 2008 bekendgemaakt in het Europees Publicatieblad en op 26 september 2008 in het Bulletin der Aanbestedingen.

Verwerende partij raamt de werken op 4.258.180,00 euro, btw niet inbegrepen.

3.2. De opening van de inschrijvingen vindt plaats op 17 november 2008. Blijkens het proces-verbaal van de opening der inschrijvingen worden zes offertes ingediend, onder meer door verzoekende partijen en door de nv Nutons.

De offerte van verzoekende partijen -optredende als tijdelijke handelsvennootschap- is blijkens dit proces-verbaal en de rangschikking van de offertes zoals opgenomen in het gunningsverslag en in de bestreden toewijzingsbeslissing, de goedkoopste en wordt aldus vóór de offerte van de nv Nutons gerangschikt :

	Inschrijvers	Prijzen in euro btw inbegrepen
1.	thv Interplant-Brufort	3.773.704,44
2.	nv Nutons	4.588.219,38
3.	nv Verhaeren & co	4.749.505,07
4.	nv Kembo	4.755.433,10
5.	sa Danheux & Maroye	5.385.315,90
6.	thv Renotec-Smet F&C	5.475.615,67

3.3. In een nota aan de minister van 27 januari 2009, hierna het gunningsverslag genoemd, wordt eerst vastgesteld dat alle inschrijvers, na een onderzoek van de offertes aan de hand van de kwalitatieve selectiecriteria, werden geselecteerd. Op grond van een analyse van de offertes inzake de veiligheid en gezondheid in het kader van de reglementering inzake tijdelijke en mobiele werkplaatsen en het verslag van de veiligheids- en gezondheids-

coördinator wordt geconcludeerd dat alle inschrijvers de door het bestek opgelegde voorschriften respecteren.

Verwerende partij stelt vervolgens in het gunningsverslag vast dat het bedrag van de offerte van de goedkoopste inschrijver, de tijdelijke handelsvennootschap van huidige verzoekende partijen, meer dan 15% onder het gemiddelde bedrag van de door de inschrijvers ingediende offertes ligt, namelijk 22,51%.

3.4. Verwerende partij had voordien, in een aangetekende brief van 19 november 2008, verzoekende partijen verzocht om, 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, “de nodige verantwoordingen te verstrekken”, “daar het bedrag van [hun] offerte meer dan 15 % onder het gemiddelde bedrag van de door de gegadigden ingediende offertes ligt”.

In een aangetekende brief van 27 november 2008, blijkbaar ontvangen op 1 december 2008, gaven verzoekende partijen het volgende antwoord:

“We ontvingen in goede orde Uw bovenvermeld schrijven en hebben de eer U hierbij de gevraagde prijsverantwoording over te maken.

Op bovenvermeld project hebben de firma's Interplant NV en Brufort NV ingeschreven als Tijdelijke Vereniging om tenvolle de capaciteiten en competenties van beide bedrijven te benutten.

Zoals U weet, voert Interplant NV reeds 6 jaar de onderhouds- en modernisatiewerken in de Brusselse tunnels uit (bestek nr. B1/MPC/2005.0025) en dit tot grote voldoening van het bestuur. Gedurende deze lange periode werd een zeer groot expertise opgedaan en werden er speciale machines en technieken ontwikkeld, bijvoorbeeld om de tunnelpanelen te vervangen. De werfsignalisatie werd volledig op punt gezet en het nodige materieel en gereedschap werd aangekocht, specifiek gericht op deze werken. Dit alles heeft ertoe geleid dat we erin geslaagd zijn het rendement van de werken aanzienlijk te verhogen.

Brufort NV, van haar kant, kan er voor garant staan om het gespecialiseerd personeel van Interplant nv te ondersteunen en dit met personeel woonachtig in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest. Dit betekent een aanzienlijke besparing op dure verplaatsingskosten, in het bijzonder op het gebied van interventies. Op dit punt heeft Brufort NV reeds

genoegzaam haar bekwaamheid aangetoond in het kader van de onderhoudswerken op de Ring R0 en de autosnelwegen A12, E411 en E40.

Voor beide bedrijven geldt dat zij gedurende vele jaren dagdagelijks met meerdere ploegen werkzaam zijn in het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest. Zowel het uitvoerend als ondersteunend personeel van beide firma's kent de Brusselse regio zeer goed. Dit betekent dat wij zowel ons personeel als ons materieel optimaal kunnen benutten (dag en nacht) en erin slagen hierdoor de kosten zeer laag te houden. Aangezien deze activiteiten zich reeds meerdere jaren voordoen, heeft zowel Interplant NV als Brufort NV haar infrastructuur hierop afgestemd. We verwijzen hierbij naar de modern uitgeruste werkplaats op onze zetel te Londerzeel, op de talrijke stockageplaatsen in het Brusselse en op de (bestaande) werfinrichting te Anderlecht.

De opsomming van al deze factoren leidt ertoe dat de T.V. Interplant – Brufort erin geslaagd is de rendementen te verhogen en de kosten zeer laag te houden.

We zijn dan ook van mening dat wij er in geslaagd zijn om ons hierdoor te onderscheiden van de overige inschrijvers.

Bovendien is onze prijsofferte gebaseerd op de jarenlange ervaring die we hebben en op een grondige analyse van de nacalculatie van de werken gedurende de voorbije jaren. We hebben tijdens de opmaak van onze prijsofferte rekening gehouden met alle nodige factoren zoals aankooprijzen, afschrijvingstermijnen, onderhouds- en herstellingskosten, werfkosten, algemene kosten en winst.

Wij zijn er dan ook van overtuigd dat wij een correcte prijsofferte hebben aangeboden en dat wij in staat zijn de werken uit te voeren met inachtname van alle besteksbepalingen en tot voldoening van het bestuur”.

3.5. In het gunningsverslag wordt deze prijsverantwoording niet toereikend geacht omdat ze elementen bevat :

- die verzoekende partijen in niets onderscheiden van de andere inschrijvers (eigen signalisatie, werklieden die dichtbij het Brussels Gewest wonen, er werken of het Brussels Gewest goed kennen),
- die naast de kwestie zijn (rekening houden met alle nodige elementen in de berekening van de offerte),
- die volledig onvoldoende zijn om de globale inschrijvingsprijs te rechtvaardigen (oppuntstelling van een machine voor het wegnemen en herplaatsen van de bekledingspanelen type Leopold II, wat respectievelijk slechts 0,77 % en 0,96 % van het totaal van de offerte vertegenwoordigt).

Het gunningsverslag besluit dat het antwoord van verzoekende partijen bijgevolg onvoldoende elementen bevat die eigen zijn aan de opdracht om de verantwoording te kunnen aanvaarden zodat de offerte van verzoekende partijen dan ook als onregelmatig moet worden geweerd.

Vervolgens wordt in het gunningsverslag de offerte van de nv Nutons, de tweede laagste inschrijver, onderzocht en conform het bestek bevonden.

Er wordt voorgesteld de opdracht aan de nv Nutons toe te wijzen.

3.6. Op 27 april 2009 neemt de bevoegde minister van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, de volgende drie beslissingen:

- de “gemotiveerde beslissing van kwalitatieve selectie”, waarbij beslist wordt, alle zes inschrijvers, met het oog op het onderzoek van de offertes, te selecteren;
- de “gemotiveerde beslissing van verwerping” van de offerte van verzoekende partijen, waarbij beslist wordt hun offerte als onregelmatig te verwerpen;
- de “gemotiveerde beslissing van gunning”, waarbij wordt beslist de opdracht in kwestie toe te wijzen aan de nv Nutons.

3.7. Met een brief van 15 mei 2009 wordt aan verzoekende partijen meegedeeld dat hun offerte werd verworpen. Er wordt een kopie van de gemotiveerde beslissing van verwerping meegedeeld. Met een brief van 19 mei 2009 bezorgt verwerende partij aan verzoekende partijen een kopie van de “gemotiveerde beslissing van gunning”.

3.8. De nv Interplant fuseert met de nv Brufort en de nv Arbel tot de nv Krinkels.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4. Verwerende partij voert als exceptie van gebrek aan belang in hoofde van verzoekende partijen aan dat deze niet aantonen dat hun offerte niet

ten onrechte werd geweerd zodat zij niet beschikken over het rechtens vereiste belang om de gunningsbeslissing aan te vechten.

5. In hun enig middel betwisten verzoekende partijen de beslissing waarbij hun offerte onregelmatig is verklaard. De beslechting van de exceptie hangt dan ook samen met de grond van de zaak.

V. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

6. In een enig middel voeren verzoekende partijen de schending aan van artikel 15 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, 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, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurs-handelingen en van de beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht, en machts-overschrijding.

Zij formuleren hun middel als volgt:

“Doordat conform artikel 110, § 4, van het KB dd. 08.01.1996 door verweerster aan verzoekster - op zeer vage wijze - een prijsrechtvaardiging werd gevraagd voor de totale prijs van de offerte;

En doordat verweerster op basis van de door verzoekster (tijdig) overgemaakte prijsverantwoording heeft besloten dat de offerte van verzoekster wegens onregelmatigheid dient verworpen te worden;

En doordat deze beslissing vanwege verweerster gesteund is op de volgende motieven :

- de rechtvaardiging van verzoekster bevat elementen die haar niet onderscheiden van de andere inschrijvers;
- de rechtvaardiging van verzoekster bevat elementen die naast de kwestie zijn;
- de rechtvaardiging van verzoekster bevat elementen die ruim onvoldoende zijn om de globale prijs te rechtvaardigen;

Terwijl artikel 15 van de Overheidsopdrachtenwet dd. 24.12.1993 stelt dat, indien de bevoegde overheid beslist om de opdracht toe te wijzen, deze bij openbare aanbesteding dient toegewezen te worden aan de laagste regelmatige offerte;

En terwijl artikel 110, §4, van het KB dd. 08.01.1996 slechts toelaat dat een offerte als onregelmatig wordt geweerd indien de gevraagde prijsverantwoording op degelijke en grondige wijze werd onderzocht;

En terwijl het wettelijk wettelijk van de offerte van verzoekende partij als zijnde onregelmatig dient gesteund te zijn op in feite en in rechte juiste, afdoende en aanvaardbare motieven, dewelke tevens uitdrukkelijk moeten worden opgenomen in de bestreden beslissingen;

Zodat de eerste bestreden beslissing de bepalingen en beginselen ter hoogte van het middel heeft geschonden”.

Zij voeren in de eerste plaats aan dat de vraag om prijsverantwoording op zeer vage wijze is gesteld nu er geen bepaalde posten werden vermeld die als abnormaal worden beschouwd; de vraag tot prijsverantwoording betreft onmiskenbaar de totaalprijs van de offerte van verzoekende partijen. Dergelijke vraag druist volgens hen in tegen een richtlijnconforme interpretatie van artikel 110, § 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996. Zij beroepen zich hiervoor op het arrest Impresa Lombardini SpA, nr. C-285/99 en C-286/99 van 27 november 2001 van het Hof van Justitie. Ook wijzen zij erop dat de vergelijking van de raming met hun offerte aantoonde dat het probleem van de abnormale prijzen zich situeert bij bepaalde posten en eenheidsprijzen waarvoor zij nochtans een plausibele uitleg hadden gegeven; de aanbestedende overheid had specifieke vragen kunnen stellen.

Daarnaast merken zij op dat ondanks de hierna volgende objectieve elementen in hun prijsverantwoording die absoluut gesteund zijn op de particuliere eigenheid van de inschrijving en van de betrokken opdracht, de prijsverantwoording volkomen ten onrechte werd verworpen:

“- de NV Interplant, deelgenoot van de TV, voert reeds gedurende 2003 de bedoelde werken uit;

- ingevolge deze uitvoering gedurende zes jaar werd (gaandeweg) een grote expertise opgedaan en werden speciale machines en technieken ontwikkeld (bijvoorbeeld om tunnelpanelen te vervangen);

- er werd de voorbije jaren speciaal materieel en gereedschap aangekocht die specifiek gericht zijn op de uitvoering van deze werken - het rendement van de werken werd dan ook aanzienlijk verhoogd;

- het personeel van de NV Interplant is ondertussen gespecialiseerd in de uitvoering van deze werken;
- de NV Brufort heeft personeel dat woonachtig is te Brussel, hetgeen tot gevolg heeft dat de verplaatsingskosten kunnen worden beperkt, vooral ingeval van interventies;
- de Brusselse regio is door beide firma's zeer goed gekend, zodat het personeel en materieel optimaal kan worden benut, zowel overdag als gedurende de nacht;
- er is een werkplaats in Londerzeel, talrijke stockageplaatsen in het Brusselse en op de werfinrichting te Anderlecht”.

Er wordt, aldus verzoekende partijen, door verwerende partij geen rekening gehouden met het gegeven dat de nv Interplant de enige onderneming is die de betrokken onderhoudswerken ooit al heeft uitgevoerd zodat geen enkel ander bedrijf zo vertrouwd is met de specificiteit van de werken. Bovendien heeft de nv Interplant, door ervaring en expertise op te doen tijdens de uitvoering van de werken de afgelopen 6 jaar, ondertussen de nodige specifieke materialen aangeschaft teneinde de uitvoering te kunnen optimaliseren. Ook het personeel beschikt ondertussen over de nodige ervaring. De gekozen inschrijver nv Nutons heeft daarentegen enkel voor de eerste maal in 1996 ingestaan voor het “onderhoud van de kunstwerken” hetgeen niet kan worden vergeleken met de specifieke prestaties die worden verwacht in het kader van de voorliggende opdracht.

Vervolgens wordt in de toelichting uiteengezet waarom de argumentatie van verwerende partij om de prijsverantwoording van verzoekende partijen niet te aanvaarden, niet steunt op deugdelijke en correcte motieven en dus strijdig is met de materiële motiveringsplicht en geen blijk geeft van een degelijk onderzoek naar de verstrekte prijsverantwoording, zodat ook het zorgvuldigheidsbeginsel is geschonden.

In de eerste plaats wordt benadrukt dat de motivering ter zake geenszins blijk geeft van een ernstig onderzoek. Het onderzoek is immers volkomen foutief en onvolledig nu in de motivering niet alle elementen aan bod komen die verzoekende partijen opgaven in hun verantwoording. Ook klagen verzoekende partijen erover dat zij slechts 12 kalenderdagen hadden om een prijsverantwoording op te stellen.

De opgegeven motivering is om de volgende redenen bovendien inhoudelijk onjuist:

a) Het argument dat deze motieven “haar niet onderscheiden van de andere inschrijvers” gaat voorbij aan de volgende elementen:

“- afstand Londerzeel tot centrum Brussel is slechts 22 km (bv. Gembloux = zetel van sa Nutons: 44 km);

- nv Brufort heeft maar liefst 24 personeelsleden dewelke in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest wonen, niet ‘nabij’ zoals door verweester wordt beweerd. Dit is trouwens een belangrijke reden waarom verzoekster heeft ingeschreven in een tijdelijke vereniging met de nv Brufort. Er is immers een +potentieel aanzienlijk kostenvoordeel: het Brufort personeel is goedkoper per uur en heeft een lagere reisvergoeding, want een kortere reisweg;

- zes jaar ervaring, twee opeenvolgende contracten, uitstekende referenties. De nv Interplant is de eerste en enige aannemer die deze werf reeds heeft uitgevoerd. Geen enkele concurrent heeft dan ook de specifieke kennis en de ervaring. In deze periode heeft verzoekster personeel opgeleid en zich laten specialiseren in de onderhoudswerkzaamheden van de tunnels. Het is steeds nachtwerk en niet iedereen is bereid om jarenlang iedere nacht in doffe en kille tunnels te werken;

- speciaal ontwikkeld botskussen met container op gemonteerd waarin alle sanitaire voorzieningen aanwezig zijn om asbesthoudende tunnelpanelen te verwijderen of te plaatsen. Dit is een specifiek, uniek voor deze werf ontwikkeld product. In onze prijsrechtvaardiging refereert verzoekster hieraan vanuit het element ‘werfsignalisatie’, hetgeen verweester maar al te goed weet. De verplaatsingsmachine heeft een kosteneffect ten opzichte van ‘handmatige’ verplaatsing:

- het reduceert het aantal personeelsleden betrokken bij de vervanging panelen van 11 naar 6;
- het vervangt een vrachtwagen met de verplaatsingsmachine;
- het verplaatsingsmachine heeft een productievoordeel van ongeveer 12 panelen naar 19 panelen per nacht”.

b) Het motief dat bepaalde argumenten “naast de kwestie zijn” is volkomen onbegrijpelijk. Wellicht zijn er in de prijsverantwoording zaken vermeld die volgens verwerende partij minder relevant zijn, maar dit is geen argument om de prijsverantwoording af te wijzen nu er voldoende elementen zijn die wel ter zake doen.

c) Met het argument dat de opgegeven motieven “ruim onvoldoende zijn om de globale prijs te rechtvaardigen”, verwijst verwerende partij naar de machine om panelen type Leopold II af te breken en te herplaatsen, terwijl verzoekende partijen in de prijsverantwoording louter als voorbeeld hebben verwezen naar machines en technieken om de tunnelpanelen te vervangen en er uiteraard nog andere machines en technieken zijn ontwikkeld voor de uitvoering van deze opdracht. Verder werd nergens door verzoekende partijen melding gemaakt van een bepaald type van machine of techniek en is ook de berekening van verwerende partij vreemd. Verwerende partij verwijst met de vermelde 0,77 % en 0,96 % wellicht naar de posten 135 “zorgvuldig wegnemen van herbruikbare panelen type Leopold II” en 136 “terugplaatsen van herbruikbare panelen type Leopold II”, maar nog andere posten slaan eveneens op tunnelpanelen, namelijk de posten 102 (“zorgvuldig verwijderen van verschillende typen panelen zonder asbestverwerking plafond”), 103 (“zorgvuldig verwijderen van verschillende typen panelen zonder asbestverwerking wand”), 104 (“terugplaatsen van herbruikbare panelen”), 106 (“plaatsen brandvrije panelen voor tunnelbekleding volgens het B.A.1 als wandbekleding”), 107 (“plaatsen brandvrije panelen voor tunnelbekleding volgens het B.A.1 als plafondbekleding”) en 110 (“zorgvuldig verwijderen van verschillende typen met ± 25 % chrysolietasbest”), of voor alle voormelde posten samen een totaalbedrag van 609.000 euro, hetgeen significant is ten opzichte van de globale prijs zoals opgegeven door verzoekende partijen (ongeveer 20 %).

Verzoekende partijen herhalen in de toelichting ten slotte dat uit de vergelijking van de raming van de opdracht met de door hen ingediende offerte blijkt dat het probleem van de vermeende abnormale prijzen zich voornamelijk situeert rond de specifieke posten en eenheidsprijzen waarvoor zij nochtans een plausibele verklaring hadden gegeven, die trouwens bij het bestuur bekend was en waarvoor alleszins bijkomend een specifieke rechtvaardiging per post had kunnen worden gevraagd. Het feit dat verwerende partij heeft nagelaten een specifieke rechtvaardiging voor deze posten te vragen, toont reeds aan dat de offerte van verzoekende partijen op zeer onzorgvuldige wijze werd onderzocht.

Zij benadrukken in dit verband ook nog dat het onderzoek van de prijsverantwoording niet in één keer hoeft te gebeuren maar aanleiding moet

geven tot een contradictoir debat tussen de aanbestedende dienst en de inschrijver zoals benadrukt door het Gerecht van Eerste Aanleg in het arrest Belfass sprl van 21 mei 2008 (T-495/04) en dat verwerende partij niet eens de moeite heeft genomen om bijkomende informatie bij verzoekende partijen op te vragen.

Verwerende partij heeft aldus volgens verzoekende partijen de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel niet nageleefd. Indien verzoekende partijen niet ten onrechte waren geweerd, zouden zij de laagste regelmatige inschrijver zijn geweest. Bijgevolg had verwerende partij overeenkomstig artikel 15 van de voornoemde wet van 24 december 1993, de opdracht aan verzoekende partijen moeten toewijzen.

7. In hun memorie van wederantwoord merken verzoekende partijen op wat de vaagheid van het verzoek tot prijsverantwoording betreft dat zij toen zij de vraag naar prijsverantwoording hadden gekregen, contact hadden opgenomen met de directeur van verwerende partij die hen bevestigde dat er geen gedetailleerde prijsverantwoording van hen werd verwacht. Verzoekende partijen hebben dan ook een algemene, doch zeer relevante verantwoording gegeven. Uit de vergelijking tussen de raming van de posten en hun prijzen blijkt dat de prijsverantwoording betrekking heeft op specifieke posten doch dit werd nooit aan verzoekende partijen gemeld. Het overgrote deel van de zogenaamde abnormale prijzen wordt ingenomen door twaalf posten, voornamelijk betrekkelijk tunnelpanelen, en op die posten had de aanbestedende overheid haar vraag naar prijsverantwoording moeten richten.

Wat het gebrek aan een volledige, degelijke en afdoende motivering van de wering van de offerte van verzoekende partijen betreft, in het bijzonder het motief dat de elementen in hun verantwoording deze niet onderscheiden van de andere inschrijvers, merken zij aanvullend op dat zij de enige inschrijver zijn met zes jaar ervaring (2003-2009) wat betreft de renovatie van de Brusselse tunnels inzonderheid wat betreft de tunnelpanelen. De ervaring van de gekozen inschrijver de nv Nutons voor de periode 1995-2003 gaat niet over de renovatie van tunnelpanelen. Er is dus een duidelijk verschil in ervaring. Ook heeft de nv Interplant geïnvesteerd in de opleiding en specialisatie van haar personeel in functie van de werken, inzonderheid de bediening van de bijzondere

machines. Opnieuw worden de plaatsingsmachines en het botskussen in de aandacht geplaatst, machines waarvan zij stellen dat verwerende partij ze al te goed kent, doch hun rendement minimaliseert. Ook de grote stockageruimte in de nabijheid der werken, waarover verzoekende partijen beschikken, is een voordeel omdat de panelen daar worden gestapeld in afwachting van verwerking.

Wat het tweede motief betreft, namelijk dat de prijsverantwoording naast de kwestie is, is dit, aldus vervolgen verzoekende partijen, hoe dan ook geen element om de verantwoording volledig af te wijzen. Bovendien wijzen zij erop dat zij als enige inschrijver een nacalculatie konden doen omdat zij de vorige opdracht hadden uitgevoerd en hun specifieke machines bij die opdracht vrijwel afgeschreven waren. Verzoekende partijen vragen zich trouwens af hoe verwerende partij kan beweren, enerzijds, dat zij een verantwoording over de totaalprijs wenst en, anderzijds, dat verzoekende partijen een concrete prijsverantwoording moeten geven.

Wat het derde motief betreft, namelijk dat de door verzoekende partijen aangebrachte elementen ruim onvoldoende zijn om de globale prijs te rechtvaardigen, stellen verzoekende partijen vast dat verwerende partij in haar memorie van antwoord een onderbouwing onderzocht van de mogelijke prijsgevolgen van de plaatsingsmachine. Verwerende partij accepteert aldus dat deze machine voordelen heeft, doch zij beperkt dit tot de Leopold II tunnel niettegenstaande de machine evenzeer kan worden ingezet voor andere tunnels. Nochtans hebben verzoekende partijen nooit beweerd dat deze machine enkel voor die tunnel dienstig is; het gebruik ervan is trouwens nooit tot die tunnel beperkt gebleven.

Ten slotte wijzen verzoekende partijen erop dat zij hebben vernomen dat de prijsverantwoording van de laagste inschrijver voor een andere opdracht gelijkaardig was aan hun verantwoording en toch door verwerende partij werd aanvaard. Het gelijkheidsbeginsel is dan ook geschonden.

8. In hun laatste memorie beklemtonen verzoekende partijen dat een prijsverantwoording voor de totaalprijs vragen niet verenigbaar is met een juiste interpretatie van de Europese richtlijn die zou vereisen dat een

aanbestedende overheid verplicht melding moet maken van de specifieke elementen in de offerte van een inschrijver. Er wordt in de vraag tot prijsverantwoording trouwens enkel gewag gemaakt van het geven van de “nodige verantwoordingen” hetgeen niet verenigbaar is met de informatie- en transparantieplicht en met het contradictoir karakter van een prijzenonderzoek. De door verzoekende partijen gegeven “nodige verantwoordingen” werden afgewezen “zonder [hen] de kans te bieden om de gewenste specificeringen te geven”.

Wat de door verwerende partij opgegeven drie motieven betreft wijzen zij erop dat het feit dat zij in hun verzoekschrift en hun memorie van wederantwoord deze motieven inhoudelijk bekritisieren, geen afbreuk doet aan het feit dat ze als motivering niet voldoen aan de formele-motiveringsplicht en aan het zorgvuldigheidsbeginsel. Verzoekende partijen kunnen zich niet van de indruk ontdoen dat het regelmatigheidsonderzoek werd uitgevoerd nadat de bestreden beslissingen werden genomen. Alsdan benadrukken verzoekende partijen hun ervaring en expertise en besluiten zij dat de aanbestedende overheid, had zij deze elementen in aanmerking genomen, geenszins tot de onregelmatigheidsverklaring had besloten.

Beoordeling

9. Artikel 110, § 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 luidt in de versie hier van toepassing:

“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.

Tijdens het nazicht van blijkbaar abnormaal lage prijzen, kan de aanbestedende overheid motiveringen in aanmerking nemen die zijn gebaseerd op objectieve factoren steunend op de zuinigheid van het bouw of produktieprocédé of van de dienstverlening, of op de gekozen technische oplossingen, of op uitzonderlijke gunstige omstandigheden waarvan de inschrijver kan profiteren voor de uitvoering van de opdracht

of op de originaliteit van het produkt, het ontwerp of het werk dat de inschrijver aanbiedt”.

Artikel 110, § 4, eerste lid, van voornoemd koninklijk besluit luidt:

“In het geval van een overheidsopdracht voor aanneming van werken, gegund bij openbare of beperkte aanbesteding en voorzover 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.

[...].

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 rechtvaardiging binnen de opgelegde termijn, moet de aanbestedende overheid, in afwijking van § 2, de offerte als onregelmatig beschouwen en bijgevolg als van rechtswege nietig”.

De toepasselijkheid van de procedure van onderzoek naar abnormale prijzen wordt niet betwist.

10. In de eerste plaats voeren verzoekende partijen aan dat de vraag naar prijsverantwoording te vaag was.

Verzoekende partijen betwisten de wettigheid van artikel 110, § 4, van het voornoemd koninklijk besluit niet; deze bepaling handelt over de hypothese van de abnormale totaalprijs.

Verzoekende partijen hebben de kritiek van vaagheid niet geformuleerd in hun antwoord van 27 november 2008. Ook merken zij thans op

dat de vraag tot prijsverantwoording “onmiskenbaar de totaalprijs van de offerte” betreft.

Voorts wijzen zij erop dat uit een vergelijking van hun offerte met de raming blijkt dat het probleem van de zogenaamde abnormale prijzen vooral betrekking heeft op acht posten (verzoekschrift) dan wel twaalf posten (memorie van wederantwoord) die hetzij een substantieel deel van de totale prijs uitmaken, hetzij elk meer dan 2 % van de totale prijs bedragen. Aangezien verzoekende partijen beweren dat deze posten betrekking hebben op het verwijderen, leveren, terugplaatsen, vervangen en herstellen van de tunnelpanelen en vooral dat zij een bijzondere ervaring op dit punt kunnen voorleggen, ziet de Raad van State niet in dat verzoekende partijen niet concreet konden antwoorden alleen omdat in de vraag tot prijsverantwoording er niet gewezen wordt op die posten. Op te merken valt hier overigens dat van de 213 posten er slechts 22 gelijk of hoger waren dan de prijzen van de raming.

De verwijzing door verzoekende partijen naar het arrest *Impresa Lombardini SpA* van het Hof van Justitie kan evenmin overtuigen. De in dit arrest bekritiseerde regeling dat een inschrijver geweerd wordt wegens abnormale prijzen zonder de kans te krijgen na opening der offertes een verantwoording te geven is hier niet aan de orde. Verzoekende partijen hebben wel deze kans gekregen en te baat genomen. Verzoekende partijen tonen ook niet aan dat het Hof van Justitie uitsluit dat er prijsverantwoording voor de totaalprijs wordt gevraagd.

De in hun laatste memorie aangevoerde opmerking dat de brief van 19 november 2008 van verwerende partij niet verenigbaar is met de informatie- en transparantieplicht is evenmin aanvaardbaar. De brief van 19 november 2008 van verwerende partij vermeldt duidelijk dat de vraag naar “de nodige verantwoordingen” gesteld is “overeenkomstig artikel 110 § 4. – van het koninklijk besluit van 8 januari 1996” zodat verzoekende partijen niet kunnen beweren in het ongewisse te zijn geweest omtrent de ernst van de vraag. Dat zij van een directeur van verwerende partij informatie zouden hebben gekregen waaruit zij begrepen dat het slechts om een “formaliteit” zou gaan, wordt niet aangetoond, mocht dit verwerende partij al toerekenbaar en verwijtbaar zijn.

De kritiek dat de vraag tot prijsverantwoording te vaag was, wordt niet aanvaard.

11.1. In de mate dat verzoekende partijen verder aanvoeren dat verwerende partij de gegeven prijsverantwoording niet afdoende heeft onderzocht en dat de beslissing om die prijsverantwoording niet te aanvaarden en dus de prijs als abnormaal te beschouwen, niet steunt op in feite en in rechte juiste, afdoende en aanvaardbare motieven, merkt de Raad van State op dat de aanbestedende overheid over een grote beoordelingsvrijheid beschikt om de in het kader van artikel 110, § 4, gegeven prijsverantwoordingen al dan niet te aanvaarden, dat de Raad zich bij dergelijke beoordeling niet in de plaats mag stellen van het bestuur, dat hij desgevraagd wel mag 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, dat een inschrijver zich niet mag beperken tot vaagheden en algemeenheden en dat hij zich ervan bewust moet zijn dat de vraag naar prijsverantwoording een ernstige aangelegenheid is, dat de in hetzelfde artikel 110, § 3, opgesomde objectieve factoren niet limitatief zijn en dat ten slotte het onderzoek moet gebeuren met naleving van de zorgvuldigheidsverplichting.

De formele motivering van de bestreden beslissingen moet, teneinde te voldoen aan de formele-motiveringsverplichting 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.

11.2. In de “gemotiveerde beslissing van verwerping” van de offerte van verzoekende partijen waarbij wordt beslist hun offerte als onregelmatig te verwerpen, overweegt de aanbestedende overheid als volgt:

“Overwegende dat de offerte van de T.V. Interplant N.V. - Brufort N.V. 22,51% lager ligt dan het gemiddelde van de offertes berekend overeenkomstig Art. 110 §4 van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996 en dit duidelijk boven de grens ligt van 15% bepaald in dit besluit en dit dan ook een controle vereist van de eventuele regelmatigheid ; (Bijlage 7)

Overwegende dat de T.V. Interplant N.V. - Brufort N.V., in toepassing van Art. 110 § 4 van dit Koninklijk Besluit, een rechtvaardiging gevraagd werd voor het globale bedrag van de offerte;

Overwegende dat de rechtvaardiging van de T.V. Interplant N.V. - Brufort N.V. elementen omvat die :

- haar [in] niets onderscheiden van de andere inschrijvers (eigen signalisatie, werklieden die dichtbij het Brussels Gewest wonen, er werken of het Brussels Gewest goed kennen) ;
- naast de kwestie zijn (rekening houden met alle nodige elementen in de berekening van de offerte) ;
- ruim onvoldoende zijn om de globale prijs te rechtvaardigen (inzet van een machine voor het afbreken en herplaatsen van de platen type Leopold II, wat respectievelijk 0,77% en 0,96% van het totaal van de offerte vertegenwoordigt)”.

Verzoekende partijen tonen niet aan dat deze motivering hen niet in staat stelt zich ter zake in rechte te verweren; integendeel, zij betwisten deze motieven inhoudelijk omstandig. De schending van de formele-motiveringsverplichting is niet aangetoond.

11.3. Het feit dat verzoekende partijen door slechts te beschikken over twaalf kalenderdagen om hun verantwoording op te stellen, niet in staat zijn gesteld om deze op te stellen, is evenmin aanneembaar. Deze termijn stemt overeen met de minimale termijn opgenomen in artikel 110, § 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996. Zij tonen ook niet aan hoe deze termijn waarover zij geen opmerkingen gaven bij hun prijsverantwoording, hen concreet benadeelt.

11.4. De Raad van State stelt vast dat de aanbestedende overheid niet onzorgvuldig handelde om de prijsverantwoording in de brief van 27 november 2008 niet te aanvaarden door te oordelen dat deze elementen waarnaar in de bestreden beslissing wordt verwezen als “eigen signalisatie, werklieden die dichtbij het Brussels Gewest wonen, er werken of het Brussels Gewest goed kennen”, verzoekende partijen niet onderscheiden van de andere inschrijvers.

Het feit dat werknemers in, niet enkel “nabij”, het Brussels Hoofdstedelijk Gewest wonen toont niet aan dat dit had moeten leiden tot het aanvaarden van een prijsverantwoording.

Evenmin tonen verzoekende partijen concreet en onderbouwd het belang en dus het onderscheidend karakter aan van de specifieke ervaring inzake renovatie- en moderniseringswerken van tunnels, waarop zij zich beroepen, om een lagere totaalprijs te verantwoorden. De verdere concrete uitwerking van hun prijsverantwoording in hun verzoekschrift, memorie van wederantwoord en laatste memorie naar specifieke posten en cijfermatige berekening van kosten- en rendementsvoordelen kan dit mankement niet verhelpen. Op te merken valt trouwens dat de nv Nutons evenzeer een zekere ervaring heeft opgedaan toen zij instond voor het onderhoud, waaronder de vervanging van beschadigde panelen van de Brusselse tunnels in de periode 1995-2003, ervaring die hoe dan ook nuttig lijkt voor de in het geding gestelde opdracht. De door verzoekende partijen aangedragen ervaring lijkt trouwens beperkt te zijn tot de nv Interplant en niet tot de nv Brufort.

De besparing die verzoekende partijen beweren te doen op de verplaatsingskosten van het personeel van de nv Brufort, dat in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest zou wonen, wordt evenmin in hun prijsverantwoording cijfermatig onderbouwd. Evenzo de bewering dat zij erin slagen hun personeel en materieel optimaal te benutten of dat zij talrijke stockageplaatsen hebben in het Brusselse.

In de prijsverantwoording merken verzoekende partijen ook op dat zij beschikken over speciaal materieel en gereedschap, specifiek gericht op de uitvoering van de werken; ook dit aspect wordt daar niet concreet toegelicht tenzij met een vage verwijzing naar “speciale machines en technieken ontwikkeld, bijvoorbeeld om de tunnelpanelen te vervangen”. De verdere concrete uitwerking van die specificiteit in het verzoekschrift en hun nadere procedurestukken kan hun prijsverantwoording niet *post factum* goedmaken. Verwerende partij gaat trouwens in op deze bewering door het in de beslissing van verwerping te hebben over een machine bedoeld “voor het afbreken en herplaatsen van de platen type Leopold II, wat respectievelijk 0,77 % en 0,96 % van het totaal van de offerte vertegenwoordigt”. Voor zover verzoekende partijen hier beweren dat het slechts één voorbeeld zou zijn van hun arsenaal aan eigensoortige machines, moet worden vastgesteld dat deze bewering niet blijkt uit de prijsverantwoording. Voor zover verzoekende partijen menen dat deze machine zoals beschreven in hun

prijsverantwoording voor meer dan voormelde twee posten van toepassing is, merkt de Raad van State op dat zij pas in de memorie van wederantwoord betwisten dat deze machine enkel ontworpen werd voor de panelen in de Leopold II tunnel, hetgeen een niet tijdige argumentatie is en dus buiten beschouwing dient te worden gelaten. Zelfs mocht worden aangenomen dat deze machine ook nuttig inzetbaar is voor de andere tunnels, dan ook weer wordt vastgesteld dat in de prijsverantwoording een en ander niet concreet en cijfermatig wordt aangetoond. Hetzelfde moet worden opgemerkt inzake het zogenaamde botskussen waarop een container gemonteerd is met alle sanitaire voorzieningen om asbesthoudende tunnelpanelen te verwijderen; uit de prijsverantwoording kan niet worden afgeleid dat dit toestel moet worden begrepen onder de noemer “de werfsignalisatie werd volledig op punt gezet”. De omstandigheid dat, aldus verzoekende partijen, de aanbestedende overheid maar al te goed weet om welk specifiek materieel het zou gaan, wordt niet aangetoond en ontslaat verzoekende partijen hoe dan ook niet van hun plicht hun prijsverantwoording concreet en duidelijk op te stellen. Hierbij mocht verwerende partij dan ook concluderen dat de verwijzing naar de machine voor de panelen ruim onvoldoende is om de globale prijs te verantwoorden.

De stelling in de prijsverantwoording dat de offerte gebaseerd is op een grondige analyse en nacalculatie van de werken de voorbije jaren en dat “tijdens de opmaak rekening [is] gehouden met alle nodige factoren zoals aanloopkosten, afschrijvingstermijnen, onderhouds- en herstellingskosten, werfkosten, algemene kosten en winst” en waarover de aanbestedende overheid opmerkte dat deze gegevens “naast de kwestie zijn (rekening houden met alle nodige elementen in de berekening van de offerte)”, is door de aanbestedende overheid terecht niet aanvaard als prijsverantwoording. Het betreft inderdaad slechts algemeenheden en geen cijfermatig onderbouwde concrete gegevens die een aanvaardbaar antwoord moeten vormen op een vraag naar de verantwoording van de totale prijs.

11.5. Wat de kritiek betreft dat de aanbestedende overheid geen bijkomende informatie heeft gevraagd en dat deze handelwijze strijdt met het arrest Belfass sprl van het Gerecht van Eerste Aanleg van 21 mei 2008 (T-495/04), stelt de Raad van State vast dat verzoekende partijen in de mogelijkheid

zijn geweest een verantwoording te geven; zij tonen niet aan dat uit voornoemd arrest en evenmin het voornoemd arrest Impresa Lombardini SpA afgeleid mag worden dat een gevraagde prijsverantwoording pas mag worden verworpen nadat nogmaals bijkomende informatie is gevraagd.

11.6. Wat ten slotte de in de memorie van wederantwoord aangebrachte kritiek betreft dat de prijsverantwoording van de laagste inschrijver voor een andere opdracht gelijkaardig was aan die van verzoekende partijen en ze door verwerende partij werd aanvaard, hetgeen het gelijkheidsbeginsel zou schenden, tonen verzoekende partijen zulks niet concreet aan - noch de prijsverantwoording, noch de beslissing worden voorgelegd - zodat op deze loutere bewering niet verder dient te worden ingegaan.

12. Het enige middel wordt verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De nv Krinkels wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 350 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 14 juni 2012,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Lust,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Bram Van Thillo,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Bram Van Thillo

Dierk Verbiest