

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 220.048 van 28 juni 2012
in de zaak A. 192.397/XII-5804**

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

tegen:

de GEMEENTE ASSE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bart Biesemans
kantoor houdend te 1080 Brussel
Schoonslaapsterstraat 29 bus 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 30 april 2009, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Asse dd. 23.2.2009 tot gunning, ingevolge openbare aanbesteding, van de aanneming inhoudende verbouwingswerken en moderniseringswerken van het Oud Gemeentehuis te Bekkerzeel, aan de nv PIT, alsook van de beslissing tot het niet weerhouden van de offerte van de [nv Bouwbedrijf VMG-De Cock] als de laagst regelmatige”.

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.

Auditeur Ines Martens heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 5 juni 2012.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Filip Geerts, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Ilse De Jongh, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Ines Martens 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 het verbouwen en moderniseren van het Oud Gemeentehuis te Bekkerzeel.

De waarde van de opdracht wordt geraamd op 675.352,97 euro btw niet inbegrepen.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 9 mei 2008.

3.2. Vijf inschrijvers dienen een offerte in voor de opdracht aan volgende bedragen btw niet inbegrepen:

- nv PIT Antwerpen	677.841,38 euro,
- nv Bouwbedrijf VMG-De Cock	770.000,02 euro,
- bvba Schepers-Vandebroeck	782.897,29 euro,
- nv Detrac	894.068,91 euro,
- bvba Collewaert	921.173,76 euro.

3.3. Met een schrijven van 28 oktober 2008 vraagt de intercommunale Haviland die het project voor verwerende partij begeleidt, de nv PIT Antwerpen om een prijsverantwoording:

“In opdracht van de gemeente Asse hebben wij uw offerte van 20 juni 2008 betreffende bovengenoemd project onderzocht op basis van blijkbaar abnormaal hoge of abnormaal lage eenheidsprijzen of totale prijs.

Daarom verzoek[en] wij u ons de nodige verantwoordingen te verstrekken voor uw totaalprijs. Uw totaalprijs bezit nl. een blijkbaar abnormaal laag karakter.

Wij verzoeken u, overeenkomstig artikel 110 §3 en §4 van het koninklijk besluit van 08 januari 1996 binnen een termijn van twaalf (12) kalenderdagen te rekenen vanaf de datum van verzending van de aangetekende brief, hierover de nodige verantwoordingen te verstrekken”.

3.4. Met een brief van 6 november 2008 antwoordt de nv PIT Antwerpen:

“Wij garanderen een correcte en stipte uitvoering conform de voorwaarden van het bestek. Wij zijn verschillende keren ter plaatse geweest om de situatie zeer goed in te schatten. De werken worden uitgevoerd conform lastenboek met toepassing zoals voorzien van de wettelijke prijsherziening. Wij hebben voldoende ervaring met het renoveren van gebouwen. In 1999 werd het begijnhof van Hoogstraten bekroond met de monumentenprijs, in 2001 de Gentse Vooruit en in 2003 de Academie van Antwerpen. In 2006 behaalden wij nog de ‘Kei van Bouwkroniek’ in de categorie ‘Algemene Bouwondernemingen’. Ook dit jaar vielen wij in de prijzen aangezien ‘de ruïen’ in Antwerpen de monumentenprijs van 2008 hebben behaald en wij ook hier de werkzaamheden hebben uitgevoerd. Bij al deze werken waren wij als hoofdaannemer betrokken. Verder stippen wij nogmaals aan dat wij volledig zijn uitgerust voor de uitvoering van dergelijke werken en dat veel van onze arbeiders restauratie opleidingen hebben gevolgd in het

ECR te Heusden Zolder, alsook de opleidingen renovatie in het VDAB te Schoten”.

3.5. Op 24 november 2008 stelt Haviland een gunningsverslag op.

Wat de kwalitatieve selectie van de inschrijvers betreft wordt ten aanzien van verzoekende partij (overigens ook ten aanzien van de nv PIT Antwerpen) opgemerkt dat zij zich voorlopig in één van de uitsluitingsgevallen bevindt, maar dat zij indien zij in aanmerking komt voor toewijzing van de opdracht, een attest van de griffie van de rechtbank van koophandel waaruit blijkt dat zij niet in staat van faillissement werd verklaard, en een getuigschrift van het ontvangkantoor van de belastingen waaruit blijkt dat zij geen directe belastingen, nalatigheidsintresten en vervolgingskosten schuldig blijft, moet voorleggen. De offerte van verzoekende partij wordt vervolgens verder onderzocht.

Wat het onderzoek naar de abnormaal lage totaalprijs van de offerte van de nv PIT Antwerpen betreft wordt in dit verslag vermeld:

“7.2.4. Individuele inschrijving <15% onder het gemiddelde van de niet-uitgesloten

Inschrijver: PIT Antwerpen nv [...]

Op 28 oktober 2008 werd PIT Antwerpen nv gevraagd [...] om uitleg betreffende haar blijkbaar abnormaal lage totaalprijs (15% onder gemiddelde van de niet-uitgesloten).

Op 06 november 2008 heeft Haviland antwoord gekregen van PIT Antwerpen nv (zie aangetekende brief van 06/11/2008 – kenmerk SB/vvo).

7.2.5. Besluit

De offerte van PIT Antwerpen nv wordt niet geweerd uit de rangschikking”.

Vervolgens wordt voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de nv PIT Antwerpen voor een bedrag van 686.241,57 euro. Verzoekende partij blijft tweede laagste gerangschikt met een totaalprijs van 787.547,14 euro.

3.6. Op 23 februari 2009 beslist het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Asse om het gunningsverslag van Haviland goed te keuren en de opdracht te gunnen aan de nv PIT Antwerpen.

3.7. Met een brief van 2 maart 2009 wordt verzoekende partij op de hoogte gebracht dat haar offerte als tweede werd gerangschikt en dat de opdracht werd gegund aan de laagst gerangschikte inschrijver, de nv PIT Antwerpen. Een kopie van het gunningsverslag is bijgevoegd.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4.1. Verwerende partij maakt in haar laatste memorie de opmerking in het auditorsverslag tot de hare dat verzoekende partij geen belang heeft bij de nietigverklaring van de impliciete beslissing om de opdracht niet aan haar te gunnen. In het gunningsverslag werd vastgesteld dat verzoekende partij zich voorlopig in één van de uitsluitingsgevallen inzake kwalitatieve selectie bevindt. Aldus blijkt niet dat zij door een eventuele nietigverklaring van de toewijzingsbeslissing sowieso als laagste regelmatige inschrijver wordt gerangschikt.

4.2. Uit de stukken die verzoekende partij bij haar laatste memorie heeft gevoegd blijkt dat zij zich ten tijde van de gunningsbeslissing niet in één van de voornoemde uitsluitingsgronden bevond. Aldus mankeert de exceptie feitelijke grondslag en kan verzoekende partij op die grond haar belang bij het beroep niet worden ontzegd.

V. Onderzoek van het enig middel aangevoerd in het verzoekschrift

Standpunt van de partijen

5.1. Verzoekende partij voert de schending aan 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.

Verzoekende partij betoogt dat de uiteenzetting in het schrijven van de nv PIT Antwerpen van 6 november 2008 “helemaal geen prijsverantwoording [is]”. Deze uiteenzetting laat in geen geval toe de vermoede abnormaliteit weg te nemen zodat de offerte als geldig zou kunnen worden beschouwd.

De garantie dat de uitvoering conform de voorwaarden van het bestek zal gebeuren zit bij iedere inschrijver besloten in het feit dat hij een offerte heeft ingediend. Ook het ter plaatse gaan vormt geen verantwoording voor de abnormaal lage totaalprijs: iedere zorgvuldige inschrijver gaat ter plaatse, zeker wanneer het verbouwingswerken betreft, vooraleer zijn offerte op te maken. Referenties en ervaring kunnen hoogstens relevant zijn voor de vraag of een inschrijver in aanmerking komt voor toewijzing, doch hebben niets te maken met de prijszetting en kunnen dus evenmin een prijsverantwoording vormen. Hetzelfde geldt voor de opleidingen die het personeel van een inschrijver al dan niet heeft genoten.

Indien een prijsverantwoording in werkelijkheid geen verantwoording vormt of ontoereikend is, moet de offerte van de betrokken inschrijver onregelmatig worden verklaard. Artikel 110, § 4, van het voornoemde koninklijk besluit legt het bestuur de verplichting op om zulke offerte als onregelmatig en bijgevolg van rechtswege nietig te beschouwen. Door de offerte van de nv PIT Antwerpen toch als geldig te behouden en de opdracht aan deze inschrijver toe te wijzen heeft verwerende partij dan ook dit artikel geschonden.

5.2. Verwerende partij repliceert door te wijzen op de ruime discretionaire bevoegdheid van een aanbestedende overheid om al dan niet een procedure in te zetten waarbij op zoek gegaan wordt naar de aanwezigheid van abnormale prijzen. De Raad van State mag zich hierbij niet in de plaats van het bestuur stellen.

In deze zaak nam verwerende partij terecht genoegen met de prijsverantwoording van de nv PIT Antwerpen gelet op de gegevens die haar ter beschikking stonden. In haar beslissing houdt verwerende partij immers rekening met het gunningsverslag van Haviland, waarin de offerte van de nv PIT

Antwerpen niet uit de rangschikking wordt geweerd en waaruit blijkt dat deze de laagste regelmatige offerte heeft ingediend voor de juist bevonden prijs van 686.241,57 euro btw niet inbegrepen. Verwerende partij mocht haar beslissing steunen op het advies van derden die terzake kennis en ervaring hebben, zoals hier het geval is.

Voorts blijkt nergens uit dat effectief abnormale prijzen werden gehanteerd. Alle offertes werden op dit punt uitvoerig onderzocht. Artikel 110, § 4, legt de aanbestedende overheid enkel een onderzoeksplicht op inzake het eventuele abnormale karakter van de prijs, doch dit betekent geenszins dat een offerte waarvan het bedrag minstens 15 % onder het gemiddelde bedrag van de ingediende offertes ligt ook effectief een abnormaal karakter heeft. Hier kon noch een onregelmatigheid, noch het abnormaal karakter van de offerte worden vastgesteld. Integendeel werd vastgesteld dat het aanbestedingsbedrag de raming overschrijdt met meer dan 10 %. Aldus is een correcte verantwoording gegeven die de aangevochten beslissing wel degelijk ondersteunt.

5.3. Verzoekende partij betoogt in haar memorie van wederantwoord dat verwerende partij over het hoofd ziet dat zodra de voorwaarden van artikel 110, § 4, zijn vervuld, zij niet meer over een volledige discretionaire bevoegdheid beschikt, maar er een gebonden bevoegdheid voorligt waarbij zij enkel nog kan kiezen om gebruik te maken van één van beide mogelijkheden bepaald in het laatste lid van artikel 110, § 4. Hier heeft verwerende partij ervoor gekozen om een prijsverantwoording te vragen, de tweede mogelijkheid. In dit verband bepaalt artikel 110, § 4, laatste lid, 2°, dat bij gebrek aan rechtvaardigingen binnen de opgelegde termijn de aanbestedende overheid de offerte als onregelmatig moet beschouwen. Het gaat opnieuw om een gebonden bevoegdheid.

De verwijzing van verwerende partij naar het gunningsverslag van Haviland is niet relevant. Dit maakt geen deel uit van het antwoord van de inschrijver op het verzoek om prijsverantwoording. In het gunningsverslag wordt overigens nergens vermeld wat verwerende partij zou hebben toegelaten om het antwoord van de nv PIT Antwerpen als deugdelijk, correct en toereikend te beschouwen. Uit niets blijkt dat de offerte van nv PIT Antwerpen uitvoerig werd

onderzocht, dit wordt trouwens tegengesproken door de stukken en deze bewering is dan ook niet dienend. Verwerende partij steunde haar beslissing niet op de raming, zoals zij thans beweert. Deze speelt hier dan ook geen enkele rol.

Het vermoeden van abnormale prijzen in haar offerte werd door de nv PIT Antwerpen niet weerlegd, zoals van haar werd verwacht. Verwerende partij mocht deze offerte dienvolgens niet als geldig beschouwen.

5.4. In haar laatste memorie wijst verwerende partij er nog op dat de nv PIT Antwerpen zich in haar prijsverantwoording niet heeft beperkt tot vaagheden en algemeenheden, maar concreet bevestigt dat zij een aantal voordelen heeft die samen genomen wel degelijk als een prijsverantwoording kunnen worden beschouwd: zij viel herhaaldelijk in de prijzen, heeft voldoende ervaring, is volledig uitgerust om de werken uit te voeren en heeft goed opgeleid personeel. Deze elementen aanwezig in het bedrijf zijn volgens verwerende partij zonder twijfel kostenbesparend en hebben een positieve invloed op de prijszetting. Aldus is er wel degelijk een concrete, duidelijke en afdoende verantwoording gegeven voor de lagere prijs. De verantwoording wordt gegrond op de eigenheid van de opdracht en van de inschrijving.

Voorts wijst verwerende partij er nog op dat de regelgeving nergens de vereiste stelt dat de door de inschrijver gegeven prijsverantwoording cijfermatig dient te zijn. Integendeel geeft artikel 110, § 3, van het voornoemde koninklijk besluit van 8 januari 1996 een exemplatieve opsomming van elementen die in aanmerking kunnen worden genomen, een louter mathematische verklaring is hieronder niet terug te vinden. Een cijfermatige verantwoording kon verwerende partij trouwens terugvinden in de oorspronkelijke inschrijving.

Verwerende partij dient bij het beoordelen van een prijsverantwoording rekening te houden met alle elementen van het dossier. Een belangrijk element hier is dat de offerte van de nv PIT Antwerpen als enige in de lijn ligt van de raming van de opdracht.

Ten slotte benadrukt verwerende partij nog dat de toepassing van artikel 110, § 4, geenszins met zich meebrengt dat de aanbestedende overheid

reeds op voorhand ervan moet uitgaan dat de prijs abnormaal laag is. Deze bepaling heeft enkel tot gevolg dat de betrokken offerte moet worden nagezien.

Beoordeling

6.1. Artikel 110, § 4, van het voornoemde koninklijk besluit van 8 januari 1996 luidt:

“§ 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.

[...]

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”.

6.2. Er wordt niet betwist dat dit artikel 110, § 4, hier van toepassing is doordat het bedrag van de offerte van de nv PIT Antwerpen minstens 15 % onder het gemiddelde offertebedrag ligt; dat verwerende partij deze offerte dienvolgens moest beschouwen als een offerte waarvan het eventueel abnormale karakter van de prijs diende te worden nagezien; dat verwerende partij ervoor heeft gekozen om de nv PIT Antwerpen een prijsverantwoording te vragen en dat deze inschrijver met een brief van 6 november 2008 op het verzoek om prijsverantwoording heeft geantwoord.

6.3. De aanbestedende overheid beschikt over een ruime discretionaire bevoegdheid om de in het kader van een onderzoek naar abnormale

prijzen 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 zorgvuldige beoordeling niet te buiten zijn gegaan.

6.4. In het gunningsverslag van 24 november 2008 wordt enkel vastgesteld dat de nv PIT Antwerpen op het verzoek om prijsverantwoording heeft geantwoord. Vervolgens wordt zonder meer besloten: “De offerte van PIT Antwerpen nv wordt niet geweerd uit de rangschikking”.

In de gunningsbeslissing van 23 februari 2009 maakt verwerende partij geen gewag van enig eigen onderzoek naar abnormale prijzen en verwijst zij enkel naar het op dit punt niet nader toegelichte gunningsverslag om vervolgens de opdracht te gunnen aan de nv PIT Antwerpen.

6.5. Deze handelwijze kan niet worden aanvaard van een zorgvuldig handelende aanbestedende overheid. Uit het dossier kan immers niet worden vastgesteld dat verwerende partij de prijsverantwoording van de nv PIT Antwerpen naar behoren heeft onderzocht of heeft laten onderzoeken, noch blijkt uit het dossier waarom verwerende partij heeft gemeend de gegeven prijsverantwoording te kunnen aanvaarden. De Raad van State ziet alleszins niet in hoe de prijsverantwoording van de nv PIT Antwerpen, die zoals verzoekende partij terecht opmerkt enkel algemeenheden blijkt te bevatten, die door deze inschrijver bovendien op generlei wijze *in concreto* op de huidige opdracht worden betrokken, zonder meer mocht worden aanvaard als afdoende. Feit is immers dat een niet gering verschil voorligt tussen het gemiddelde offertebedrag en de offerteprijs van de nv PIT Antwerpen (17,29 %) en dat het verschil tussen de offerteprijs van deze inschrijver en de tweede laagst gerangschikte inschrijver, huidige verzoekende partij, ongeveer honderdduizend euro bedraagt. Voor deze feiten gesteld mag van een zorgvuldige aanbestedende overheid worden verwacht dat zij een gedegen en concreet onderzoek voert of laat uitvoeren naar de prijsverantwoording, wat zij in deze zaak niet blijkt te hebben gedaan. Aldus

heeft verwerende partij artikel 110, § 4, dat dergelijk zorgvuldig onderzoek bij het nazicht van een abnormaal lage totaalprijs vereist, geschonden.

Met het betoog dat verwerende partij in de laatste memorie ontwikkelt inzake de prijsverantwoording van de nv PIT Antwerpen -dat overigens niet meer dan een affirmatie van de prijsverantwoording betreft- kan geen rekening worden gehouden. Elementen die zij thans aanbrengt nemen immers niet weg dat er tijdens de gunningsprocedure zelf geen deugdelijk onderzoek heeft plaatsgevonden naar de prijsverantwoording van de nv PIT Antwerpen.

Nu de prijsverantwoording van de nv PIT Antwerpen niet naar behoren werd onderzocht staat niet langer vast dat haar offerte als laagste regelmatige mocht worden beschouwd en aldus voor gunning van de opdracht in aanmerking kwam. Meteen staat niet langer vast dat de opdracht werd toegewezen aan de laagste regelmatige inschrijver.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Asse van 23 februari 2009 om de overheidsopdracht voor het verbouwen en moderniseren van het Oud Gemeentehuis te Bekkerzeel te gunnen aan de nv PIT Antwerpen alsook de daaruit blijkende beslissing om deze opdracht niet te gunnen aan de nv Bouwbedrijf VMG-De Cock.

2. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 28 juni 2012,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Geert Van Haegendoren,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Bram Van Thillo,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Bram Van Thillo

Dierk Verbiest