

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

**nr. 220.472 van 22 augustus 2012
in de zaak A. 205.729/XII-7018**

In zake : de NV DESMET MACHINEBOUW ENGINEERING
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Eva Roels en Lieselot Declercq
kantoor houdend te 8530 Harelbeke
Kortrijksesteenweg 387
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

de NV VAN PUBLIEK RECHT WATERWEGEN EN
ZEEKANAAL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Christophe Lenders en Joris Wouters
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 27
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 25 juli 2012, strekt tot de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van “de gunningsbeslissing van de NV Waterwegen en Zeekanaal, zonder gekende datum, met betrekking tot het bijzonder bestek 1770 voor ‘Leveringen en werken voor het onderhoud en de herstelling aan de mechanische en oleohydraulische installaties van kunstwerken op het ambtsgebied van de afdeling Zeekanaal’, zoals bij aangetekende brief gedateerd op 12 juli 2012 door NV Waterwegen en Zeekanaal bij uittreksel aan verzoekster ter kennis gebracht”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

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

Staatsraad Carlo Adams heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Eva Roels, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Christophe Lenders, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos 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 verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit inzake “Leveringen en werken voor het onderhoud en de herstellingen aan de mechanische en oleohydraulische installaties van kunstwerken op het ambtsgebied van de afdeling Zeekanaal”. De opdracht wordt gekwalificeerd als een aanneming van diensten. Als gunningswijze wordt gekozen voor een openbare aanbesteding.

Na de bekendmaking van de opdracht, gevolgd door een rechtzettingsbericht waarmee enkele fouten worden gecorrigeerd, worden twee offertes ingediend, met name door de verzoekende partij en door de bvba Vandezande.

3.2. Met een aangetekend schrijven van 12 december 2011 vraagt de verwerende partij aan de verzoekende partij om haar binnen de 12 kalenderdagen een prijsverantwoording te bezorgen voor 78 eenheidsprijzen, met een duidelijke detailberekening per post op basis van het gebruikte materieel en materiaal, uurlonen en eventuele factuurleveringen.

De verzoekende partij bezorgt een prijsverantwoording met een e-mail van 19 december 2011.

3.3. Met een aangetekend schrijven van 1 juni 2012 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat zij op basis van die prijsverantwoording niet in staat is de prijzen der inschrijvers op een correcte manier te vergelijken en na te gaan of de ingediende prijzen marktconform zijn. De verwerende partij vraagt een aanvullende en gedetailleerde prijsverantwoording met betrekking tot een aantal posten en stelt daarbij 8 specifieke vragen.

Met een aangetekend schrijven van 8 juni 2012 verstrekt de verzoekende partij een tweede prijsverantwoording.

3.4. Vervolgens wordt een verslag van niet-plaatsing van de opdracht opgesteld aangezien geen regelmatige offertes werden ingediend. De offerte van de verzoekende partij wordt materieel onregelmatig bevonden op grond van de volgende motieven:

“Voor de posten 1 tot en met 17 neemt de aannemer zaken aan die niet overeenstemmen met de werkelijkheid (trillingsanalyse op toestel zelf aanwezig). Hierdoor wordt zijn prijs kunstmatig laag gehouden.

Voor de posten 1 tot en met 17 rekent hij voor uit te voeren zaken geen materiaal/materieel aan terwijl het onmogelijk is om dit zonder gebruik ervan uit te voeren (reinigen pompput + controleren uitlijning). Hierdoor wordt zijn prijs kunstmatig laag gehouden.

Voor de posten 1 tot en met 17 worden voor bepaalde taken de te presteren uren veel te laag ingeschat (controleren van de uitlijning, reinigen pompput). Hierdoor wordt zijn prijs kunstmatig laag gehouden.

Voor de posten 18 en 19 rekent de aannemer geen hoogtewerker aan terwijl de taken niet uitgevoerd kunnen worden zonder. Hierdoor wordt zijn prijs kunstmatig laag gehouden.

Conclusie:

De prijsverantwoordingen bevestigen het vermoeden dat de offerte van Desmet Engineering NV abnormaal laag is. De offerte is derhalve materieel onregelmatig op basis van art. 110 §2 KB van 8 januari 1996”.

Ook de offerte van de bvba Vandezande wordt substantieel onregelmatig bevonden.

3.5. Vermits de offertes van de beide inschrijvers onregelmatig worden bevonden, beslist de verwerende partij op 19 juni 2012 om de opdracht niet te gunnen. Met een aangetekend schrijven van 12 juli 2012 wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat haar offerte onregelmatig is bevonden en geweerd. De motieven voor de wering worden meegedeeld onder de vorm van een uittreksel van het verslag van niet-plaatsing.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

4. De verwerende partij werpt een exceptie van niet-ontvankelijkheid op omdat de vordering tegen een “gunningsbeslissing” is gericht terwijl er geen gunning is en het tot de discretionaire bevoegdheid van de overheid behoort om niet te gunnen wanneer daartoe redelijke motieven bestaan.

5. Er bestaat voorsnog geen noodzaak om over die exceptie uitspraak te doen. Dit zou enkel het geval zijn indien zou blijken dat de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de schorsing zijn vervuld, hetgeen, zoals hierna zal blijken, te dezen niet het geval is.

V. Onderzoek van de vordering

6. 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 vernietiging van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

Evenwel is 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 te dezen van toepassing.

Luidens het in de wet van 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is voor de schorsing van de thans bestreden beslissing het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist.

Anderzijds verplicht artikel 65/15, tweede lid, de 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 beslissing kunnen verantwoorden.

1. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

7.1. De verzoekende partij werpt in een eerste middel de schending van de artikelen 65/8, §1, en 65/11, eerste lid, van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten (hierna: Overheidsopdrachtenwet) op.

Zij voert aan dat de brief van de verwerende partij, waarmee zij in kennis werd gesteld van de bestreden beslissing, geen van de door artikel 65/8, § 1, tweede lid, van de voormelde wet verplichte vermeldingen bevat. Bovendien heeft de verwerende partij de bestreden beslissing niet per fax, noch per e-mail, noch bij wijze van enig ander elektronisch middel aan de verzoekende partij meegedeeld.

Beoordeling

7.2. Ter terechtzitting doet de verzoekende partij bij monde van haar raadsman afstand van het eerste middel, zodat dit niet hoeft te worden behandeld.

2. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

8.1. De verzoekende partij werpt in een tweede middel de schending op van de artikelen 15 en 65/8, §1, 2°, van de Overheidsopdrachtenwet, van artikel 110, §§2 en 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken (hierna: Overheidsopdrachtenbesluit), van artikel 67 van het bijzonder bestek, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen en van

de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Zij voert aan dat de verwerende partij het vereiste grondig onderzoek niet heeft uitgevoerd, minstens in de bestreden beslissing geen concreet, pertinent en juist element ter weerlegging van de door de verzoekende partij ingediende prijsverantwoording heeft aangehaald. Verder zouden de posten waarvoor de verantwoording niet voldoende werd geacht, slechts van gering belang zijn.

In concreto voert de verzoekende partij eerst aan dat de toelichting in haar tweede prijsverantwoording klaar en duidelijk was omdat deze gedetailleerde tabellen van de respectieve werkzaamheden met materiaalkosten, aantal werkuren en uurlonen bevatte en omdat hieruit volgens haar bleek dat de trillingsanalyse voor de verschillende bestekposten zou gebeuren door haar eigen mecaniciens met behulp van een trillingsanalysetoestel dat behoort tot de standaarduitrusting van de verzoekende partij, die immers verdeler is van de trillingsanalyseapparatuur van het merk SKF. Vervolgens merkt de verzoekende partij op dat zij voor een reeks posten uitsluitend klein materieel (meetlat, dompelpomp, hogedrukreiniger) nodig heeft en dat zij artikel 67 van het bijzonder bestek zou hebben geschonden indien zij deze materialen nogmaals afzonderlijk zou hebben aangerekend. De verzoekende partij stelt daarna dat de verwerende partij nergens in concreto uiteenzet op grond waarvan zij oordeelt dat welbepaalde taken niet binnen de door de verzoekende partij opgegeven tijd gepresteerd kunnen worden. Verder acht de verzoekende partij het motief betreffende het niet voorzien zijn van een hoogtewerker niet deugdelijk, enerzijds omdat noch uit het bestek, noch uit het verzoek tot prijsverantwoording blijkt dat een dergelijke hoogtewerker vereist zou zijn, anderzijds omdat voor dergelijke opdrachten volgens de verzoekende partij in de praktijk steeds een ladder wordt gebruikt. Ten slotte laat de verzoekende partij gelden dat haar offerte ten onrechte als onregelmatig is geweerd omdat de posten waarvoor de verantwoording niet afdoende werd

beschouwd slechts van gering belang zouden zijn vermits zij nauwelijks 7% van de totale door haar begrote aanbestedingsprijs zouden betreffen.

Beoordeling

8.2. Artikel 65/8, § 1, eerste lid, 2°, van de Overheidsopdrachtenwet bepaalt dat de aanbestedende instantie onmiddellijk na het nemen van de gunningsbeslissing aan elke inschrijver van wie de offerte onregelmatig is bevonden kennisgeving doet van de motieven voor de wering, in de vorm van een uittreksel van de gemotiveerde beslissing.

Deze bepaling is te dezen niet van toepassing vermits de verwerende partij geen gunningsbeslissing heeft genomen. Bovendien tast een eventueel gebrek in de kennisgeving van een beslissing niet de wettigheid van die beslissing zelf aan. Het tweede middel is in die mate niet ernstig.

8.3. De formele motiveringsplicht heeft tot doel dat de betrokkene in de hem aanbelangende beslissing de redenen kan terugvinden waarop die beslissing is gesteund, zodat hij met kennis van zaken kan nagaan of het zinvol is gebruik te maken van de rechtsmiddelen, waarover hij beschikt. De verzoekende partij toont op het eerste gezicht niet aan waarom zij niet in de mogelijkheid zou zijn om, op basis van het uittreksel van het verslag van niet-plaatsing dat haar werd meegedeeld, de beslissing met kennis van zaken te betwisten. Het tegendeel blijkt veeleer uit het verzoekschrift zelf waarin zij deze beoordeling en motieven ook inhoudelijk op omstandige wijze betwist. Alleen al om deze redenen lijkt de formele motiveringsplicht niet te zijn geschonden. In die mate is het tweede middel niet ernstig.

8.4.1. Overeenkomstig artikel 15 van de Overheidsopdrachtenwet dient de opdracht bij een openbare of beperkte aanbesteding te worden toegewezen aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte indiende. Artikel 110, §§2 en 3, van het Overheidsopdrachtenbesluit voorziet echter de mogelijkheid om offertes

als onregelmatig en derhalve als onbestaande te beschouwen, onder meer indien zij bestanddelen bevatten die niet met de werkelijkheid overeenstemmen en wegens hun blijkbaar abnormaal hoge of abnormaal lage eenheidsprijzen of totale prijzen. In het laatste geval verzoekt de aanbestedende overheid de betrokken inschrijver per aangetekende brief hierover de nodige schriftelijke verantwoordingen te verstrekken binnen een bepaalde termijn.

Bij het nazicht van blijkbaar abnormaal lage prijzen beschikt de aanbestedende overheid over een grote beoordelingsvrijheid om gegeven prijsverantwoordingen al dan niet te aanvaarden. Zij hoeft zich daarbij niet te beperken tot de in het voornoemde artikel opgesomde objectieve factoren, die immers niet limitatief zijn opgesomd. Wel dient zij de zorgvuldigheidsplicht in acht te nemen. De Raad van State mag zich in de uitoefening van zijn wettigheidscontrole niet in de plaats stellen van het bestuur. Hij mag 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.

Te dezen blijkt op het eerste gezicht dat de verwerende partij een uitgebreid prijsonderzoek heeft gevoerd. Zo heeft zij met een aangetekend schrijven van 12 december 2011 de verzoekende partij gevraagd om haar een prijsverantwoording te bezorgen voor 78 eenheidsprijzen, met per post een duidelijke detailberekening op basis van het gebruikte materieel en materiaal, uurlonen en eventuele factuurleveringen. Hoewel het de inschrijver toekomt zijn prijzen concreet en onderbouwd te verantwoorden wanneer het hem wordt gevraagd en de aanbestedende overheid niet verplicht lijkt te zijn daarna nogmaals nadere uitleg te vragen, heeft de verwerende partij op 1 juni 2012 een tweede maal een prijsverantwoording aan de verzoekende partij gevraagd, dit met betrekking tot welbepaalde posten en met een aantal specifieke vragen. Wat dat betreft kan de verwerende partij op het eerste gezicht zeker geen onzorgvuldigheid worden verweten.

8.4.2. Op het eerste gezicht lijkt de verzoekende partij in haar prijsverantwoording wat betreft het uitvoeren van de trillingsanalyse geen kostprijs voor het materiaal te vermelden, doch enkel een uurtarief voor de uitvoering door haar eigen mecaniciens. Overeenkomstig het bestek diende de kostprijs voor het gebruik van allerlei klein materieel, waaronder meetgereedschappen en meettoestellen, evenwel in de posten van de opmeting vervat te zijn. Anders dan de verzoekende partij voorhoudt, blijkt uit de prijsverantwoording nergens “dat de uitvoering zou gebeuren met behulp van een trillingsanalysetoestel dat behoort tot de standaarduitrusting van verzoekster, vermits zij verdeler is van de trillingsanalyseapparatuur van het merk SKF”. De verwerende partij kon bij het nemen van de bestreden beslissing dan ook geen rekening houden met die stelling. Voorts lijkt volgens het bestek wel degelijk een verslag van de trillingsanalyses te zijn vereist zodat de argumentatie van de verzoekende partij in haar prijsverantwoording op dit punt niet lijkt overeen te stemmen met de werkelijkheid.

Waar de verzoekende partij aanvoert dat de verwerende partij minstens om bijkomende informatie had moeten vragen, valt op te merken dat artikel 110 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 nergens lijkt voor te schrijven dat een aanbestedende overheid aan een inschrijver voor een welbepaalde post of posten een tweede maal een prijsverantwoording zou moeten vragen, laat staan een derde keer zoals te dezen het geval zou zijn. In het (eerste) verzoek tot prijsverantwoording had de verwerende partij met betrekking tot de betrokken posten reeds uitdrukkelijk opgemerkt dat de prijzen van de verzoekende partij abnormaal laag liggen in vergelijking met de kostprijs van dit onderhoud uitgevoerd door haar eigen personeel en gevraagd om dit toe te lichten. Bijkomend heeft de verwerende partij een gedetailleerde opsomming gevraagd van alle uit te voeren werkzaamheden, de berekening van hun kostprijs, evenals van de materialen die in de prijzen inbegrepen zijn.

Overeenkomstig artikel 67 van het bestek dient de kostprijs voor het gebruik van allerlei klein materieel inderdaad in de posten van de opmeting

te zijn vervat en als een last van de aanneming te worden beschouwd. Al mogen die kosten niet nogmaals afzonderlijk worden aangerekend, dit belet op het eerste gezicht niet dat uit de prijsverantwoording voor de eenheidsprijzen moet blijken dat de verzoekende partij bij het berekenen van haar eenheidsprijs rekening heeft gehouden met de kostprijs voor dit klein materieel.

Het komt in de eerste plaats aan de inschrijver die een verzoek tot prijsverantwoording overeenkomstig artikel 110, § 3, van het Overheidsopdrachtenbesluit ontvangt, toe om zijn prijzen concreet en onderbouwd te verantwoorden aangezien hij het risico loopt dat zijn offerte onregelmatig wordt verklaard. Op het eerste gezicht bevat de door de verzoekende partij verstrekte prijsverantwoording weliswaar de voormelde opsomming van prijsonderdelen, doch geen verdere verantwoording voor deze schijnbaar abnormaal lage eenheidsprijzen in de zin van artikel 110, § 3, derde lid, van het koninklijk besluit. Het standpunt van de verzoekende partij dat de door haar verschaft prijsverantwoording exact beantwoordde aan de vraagstelling van de verwerende partij lijkt op het eerste gezicht dan ook niet te kunnen worden aanvaard. Bovendien kon de verwerende partij ook wat dat betreft bij het nemen van de bestreden beslissing geen rekening houden met de uiteenzetting die de verzoekende partij voor het eerst geeft in haar verzoekschrift.

In haar nota repliceert de verwerende partij dat de rolbruggen waarvan sprake nagenoeg allemaal liggen op een hoogte van 4 meter tot 16 meter, waarbij het gebruik van een ladder geenszins te verantwoorden is. Zij wijst er terecht op dat volgens het VGP het gebruik van een ladder vermeden dient te worden en dat de verzoekende partij in haar eigen VGP vermeldt dat bij werken op hoogte de nodige voorzorgen genomen dienen te worden en gebruik dient te worden gemaakt van een hoogtewerker. Ten slotte merkt zij op dat het koninklijk besluit van 31 augustus 2005 betreffende het gebruik van arbeidsmiddelen voor tijdelijke werkzaamheden op hoogte bepaalt dat het gebruik van een ladder beperkt is tot werkzaamheden van korte duur, met gering risico en waar geen veiligere oplossingen mogelijk zijn. Wanneer een ladder bij wijze van uitzondering toch

wordt gebruikt als werkstation mag de hoogte tot het niveau waarop de ladder geplaatst is niet meer zijn dan 6 meter. Het gebruik van een ladder voor het onderhoud van de rolbruggen is volgens de verwerende partij te gevaarlijk en zou haar aansprakelijkheid in het gedrang kunnen brengen.

De verzoekende partij betwist niet dat zij voor de posten 18 en 19 geen hoogtewerker heeft verrekend in haar eenheidsprijzen. In het licht van de voorgaande elementen lijkt de beoordeling in de bestreden beslissing ook op dit punt de grenzen van een redelijke beoordeling niet te buiten te gaan.

Wat betreft de stelling van de verzoekende partij dat het slechts om posten van gering belang gaat, valt vooreerst op te merken dat artikel 110, § 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 geenszins lijkt voor te schrijven dat een aanbestedende overheid een offerte slechts zou kunnen afwijzen wegens abnormaal lage eenheidsprijzen indien het gaat om posten die het gering belang zouden overstijgen, laat staan dat een percentage van 7 % van de waarde van de opdracht als van gering belang zou moeten worden gekwalificeerd.

De verzoekende partij toont op het eerste gezicht niet aan dat de betrokken posten geen voldoende significant aandeel in de opdracht zouden vertegenwoordigen. Daartoe kan zij bezwaarlijk vertrekken van het percentage dat deze posten vertegenwoordigen in haar eigen offerteprijs, precies omdat de door haar opgegeven prijzen voor deze posten door de verwerende partij als abnormaal laag werden beschouwd. Bovendien vormen de posten 1 tot en met 19, die door de verwerende partij abnormaal werden bevonden, samen het volledige deel A.1 van de inventaris inzake het “algemeen onderhoud van mechanische installaties” en lijken zij aldus ook in het licht van de omschrijving van het voorwerp van de opdracht in het bestek een belangrijk deel van de opdracht te vertegenwoordigen.

Gelet op het voorgaande, toont de verzoekende partij op het eerste gezicht niet aan dat de verwerende partij de prijsverantwoording van de verzoekende partij niet aan een zorgvuldig onderzoek heeft onderworpen, noch dat

de beslissing tot verwerping van de prijsverantwoording en tot onregelmatig-verklaring van de offerte van de verzoekende partij niet op in feite en in rechte juiste en afdoende motieven lijkt te zijn gesteund. De bestreden beslissing lijkt dan ook geen schending in te houden van artikel 110, §§ 2 en 3, van het koninklijk besluit 8 januari 1996, noch van het zorgvuldigheidsbeginsel, noch van de materiële motiveringsplicht. Het tweede middel is ook in die mate niet ernstig.

VI. Besluit

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

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 22 augustus 2012, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Carlo Adams,	staatsraad, waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Tiny Temmerman,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Tiny Temmerman

Carlo Adams