

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 221.474 van 22 november 2012
in de zaak A. 201.601/XII-6686**

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

tegen:

het AUTONOOM GEMEENTEBEDRIJF WETTEREN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Filip Mertens
kantoor houdend te 9000 Gent
Coupure 373
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 31 augustus 2011, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing van het Autonoom Gemeentebedrijf Wetteren van 8.7.2011 tot gunning, ingevolge openbare aanbesteding, van de aanneming inhoudende de renovatie van een buurthuis en tekenacademie Ten Ede, aan de nv Bouw & Renovatie, 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.

De nv Bouw & Renovatie heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 17 oktober 2011. 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 23 oktober 2012.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Filip Geerts, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Barbara Aerts, die loco advocaat Filip Mertens verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Hyunchae Yu, die loco advocaten Filiep Desmet en Jan Vandenbraembussche verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een met dit arrest gedeeltelijk 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 werken uit voor de “renovatie buurthuis & academie Wetteren Ten Ede”.

3.2. Er worden acht offertes ingediend. Volgens het aanbestedingsverslag van 19 mei 2011, met aanpassing van de bedragen na aanvaarde gewijzigde hoeveelheden, heeft tussenkomende partij de offerte met de laagste prijs *ad* 325.344,90 euro ingediend en verzoekende partij de offerte met de tweede laagste *ad* 335.610,61 euro.

In het aanbestedingsverslag wordt verder in verband met de offerte van tussenkomende partij het volgende overwogen:

“De totaalprijs kan ook niet als abnormaal laag beschouwd worden, rekening houdende met de overige inschrijvers, berekend volgens art. 110 van het KB 08-01-1996.

de ontwerper wijst wel op de prijszetting van het artikel ventilatie, waar zeer verschillende prijzen werden ingediend en de inschrijver wel zeer laag heeft op ingeschreven:

[...]

6. B&R	€ 3.950
--------	---------

[...]

gemiddelde (G)	€ 12.252,08
----------------	-------------

85 % van G	€ 10.414,27
------------	-------------

gezien ook nog 3 overige inschrijvers onder de 85 % van het gemiddelde G vallen zouden ook de overige inschrijvers om verantwoording moeten gevraagd worden.

de aanbestedende overheid kan om verantwoording vragen bij de betrokken inschrijver, maar zal dan ook de overige inschrijvers om verantwoording moeten vragen.

Indien de aanbestedende overheid zich kan verzoenen met bovenstaande, adviseert de ontwerper om de werken te gunnen aan B & R voor het bestelbedrag van € 325.344,90.”

3.3. Verwerende partij verzoekt met brieven van 8 juni 2011 alle inschrijvers, in toepassing van artikel 110, § 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: het

koninklijk besluit van 8 januari 1996), om een prijsverantwoording voor de post 68 ‘Ventilatie en Klimatisatie’, te staven met de nodige technische documentatie.

3.4. Tussenkomen de partij antwoordt met een brief van 20 juni 2011 als volgt:

“Voor het desbetreffende artikel 68.00 ventilatie en klimatisatie contacteerden we de firma Flanders Air Technic uit Kruishoutem. In bijlage laten we U dan ook de nodige technische documentatie geworden welke door hen werd bezorgd in functie van deze werken. We bevestigen dan ook dat artikel 68.00 geleverd en geplaatst kan worden conform lastenboek en plannen tegen de ingeschreven eenheidsprijs en dit volgens de regels der kunst.”

De bijlage gaat uit van de nv Flanders Air Technic (hierna: de nv FAT). Het betreft een prijsofferte voor het leveren van ventilatie-, luchtbehandelings-, warmterecuperatiematerialen en regelapparatuur met een beschrijving van de technische bijzonderheden, van toestel en montage-onderdelen en van de warmterecuperatiegroep Stork ComfoD. Het stuk is niet gedateerd noch bevat het prijzen.

3.5. In een verder aanbestedingsverslag van 28 juni 2011 “advies ontwerper na opvraag verantwoording art. 68.00 ventilatie” beperkt de raadgevend architect zich wat de gegeven prijsverantwoordingen van verzoekende partij en tussenkomen de partij betreft tot de opmerking dat zij een verantwoording hebben toegevoegd voor de uitvoering aan inschrijvingsprijs. Hij besluit dat de ontwerper “bijgevolg” het bestuur kan adviseren “om in te gaan op de inschrijving van de laagste bieder B&R voor het bestelbedrag van € 325.344,90 (excl. BTW)”.

3.6. Op 8 juli 2011 beslist het directiecomité van verwerende partij onder verwijzing naar het aanbestedingsverslag de opdracht toe te wijzen aan tussenkomen de partij:

“Overwegende dat 8 offertes werden ontvangen:
[...]

Overwegende dat de ontwerper voorstelt om, rekening houdende met het voorgaande, deze opdracht te gunnen aan de laagste regelmatige bieder,

zijnde nv B&R [...] tegen het nagerekende inschrijvingsbedrag van € 325.344,90 incl. btw (0% btw).”

IV. Onderzoek van het eerste middel

Standpunt van de partijen

4. Verzoekende partij voert 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’ (hierna: de wet van 24 december 1993) en van artikel 110, § 2 en § 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996.

Zij wijst erop dat een aanbestedende overheid in het kader van het regelmatigheidsonderzoek moet nagaan of de offertes abnormale prijzen bevatten en dat zij zo nodig een prijsverantwoording dient te vragen.

Wat de prijsverantwoording van tussenkomende partij betreft merkt zij op dat deze “geen werkelijke, laat staan afdoende prijsverantwoording” bevat. De offerte van de beweerde onderaannemer nv FAT bevat geen verantwoording inzake de prijs; voorts wordt niet alles wat in het bestek over dit artikel 68.00 wordt gevraagd, in deze offerte van de onderaannemer aangeboden; evenmin worden er prijzen vermeld op die offerte.

Er is echter meer, aldus verzoekende partij. Zij legt een kopie van de offerte van de nv FAT zoals bezorgd aan tussenkomende partij voor. Uit die kopie blijkt dat de offerte werd opgesteld op 20 juni 2011, dit is na de vraag tot prijsverantwoording, zodat tussenkomende partij blijkbaar niet over een offerte beschikte van de nv FAT bij het indienen van haar eigen offerte. Voorts is de prijs vermeld in de offerte van de nv FAT, zoals blijkt uit die kopie, 3.811,58 euro aan materialen en 1.120,00 euro aan plaatsing wat een totaalprijs geeft van 4.931,58 euro, ruim boven de prijs van tussenkomende partij zelf.

5. Verwerende partij wijst er in haar memorie van antwoord op dat het wettelijk niet noodzakelijk was een prijsverantwoording voor de post

68.00 te vragen. Voorts beschikt zij over een “zekere discretionaire bevoegdheid” bij het beoordelen van het abnormaal karakter van een prijsopgave en van de prijsverantwoording; tussenkomende partij heeft, aldus verwerende partij, een afdoende motivering gegeven in haar prijsverantwoording. Volgens verwerende partij is het trouwens zo dat het stellen van de vraag tot prijsverantwoording *sensu stricto* kan worden beschouwd als het voldoende voeren van een onderzoek naar een offerte. Ook wijst verwerende partij erop dat zij niet verplicht is een offerte van een onderaannemer tegen het licht te houden. Dat de offerte van de nv FAT pas werd opgesteld na de vraag tot prijsverantwoording betekent niet dat zij niet correct is. Ten slotte merkt zij op dat het prijsverschil tussen de offerte van de nv FAT en die van tussenkomende partij evenmin een grond is tot het weren van de offerte van tussenkomende partij; “het is immers niet verplicht om een verantwoording enkel post per post te beoordelen”.

6. Tussenkomende partij wijst erop dat zij bij haar prijsverantwoording heeft verwezen naar de technische toelichting van de nv FAT “om aan te tonen dat de uitvoering van dit onderdeel zeker zal uitgevoerd worden conform de vereisten van het lastenboek en conform de regels van de kunst”; het onderzoek naar abnormale prijzen heeft als doel na te gaan of de opdracht op kwalitatieve wijze kan worden uitgevoerd; dit is het geval wat blijkt uit deze technische toelichting. Verzoekende partij toont niet aan dat de offerte van tussenkomende partij niet realistisch is of dat de opdracht onmogelijk op een correcte wijze zal worden uitgevoerd. Opvallend is ook, aldus tussenkomende partij, dat de post 68.00 verwaarloosbaar klein is in het licht van de totale aannemingsprijs zodat het verwerende partij perfect mogelijk was om in alle soevereiniteit te beslissen dat de post geen beletsel was voor de gunning.

7. Verzoekende partij wijst er in haar memorie van wederantwoord op dat verwerende partij beslist had tot een prijsonderzoek wat post 68.00 betreft zodat zij thans niet kan betogen dat dit niet nodig was. Eenmaal om een prijsverantwoording gevraagd is een aanbestedende overheid verplicht de gegeven prijsverantwoording te beoordelen. Tevens wijst zij erop dat verwerende partij noch tussenkomende partij antwoorden op de vaststelling van verzoekende partij dat de offerte van de nv FAT technisch onvolledig was en geen prijzen bevatte; het is volgens verzoekende partij ook duidelijk dat tussenkomende partij

de offerte van de nv FAT slechts gedeeltelijk heeft doorgestuurd naar de aanbestedende overheid, hetgeen verwerende partij noch tussenkomende partij betwisten. Ten slotte benadrukt zij dat het onderzoek ging om een eenheidsprijs, niet om een totaalprijs.

8. Verwerende partij in haar laatste memorie, hierin bijgevalen door tussenkomende partij, wijst erop dat een inschrijver op basis van jarenlange samenwerking een onderaanneming kan begroten, vooraleer er daadwerkelijk een offerte wordt opgemaakt, doch dat het risico dan voor hem is. Ook benadrukt verwerende partij dat het prijsverschil tussen de offerte van verzoekende partij en die van tussenkomende partij, namelijk 10.265,71 euro, niet dermate is dat de post 68.00 waar het verschil tussen verzoekende partij en tussenkomende partij slechts 2.695,00 euro bedraagt, bepalend is voor de rangschikking.

9. Verzoekende partij wijst er in haar laatste memorie op dat de beweerde jarenlange samenwerking nergens uit blijkt mocht dit al een aanvaardbaar element zijn in het kader van een prijsverantwoording. Zij geeft ook aan dat het nazicht inzake abnormale prijzen verband houdt met de geldigheid van de offerte zodat een ongeldige offerte dient te worden geweerd en niet opgenomen mag worden in de rangschikking.

Wat de conclusie betreft in het auditorsverslag dat het beroep inzake de impliciete weigeringsbeslissing dient te worden verworpen omdat “[d]e verslaggever [...] in het dossier – noch van verweerster noch van verzoekster – niet het antwoord van verzoekster op het verzoek tot verantwoording van de door haar geboden prijs voor dezelfde post [heeft] gevonden zodat omtrent het al dan niet abnormaal karakter van verzoeksters prijs niets met zekerheid kan gesteld worden”, merkt zij het volgende op.

Verwerende partij heeft de prijsverantwoording van verzoekende partij aanvaard, ze werd ook door niemand aangevochten en nooit door verwerende partij ter discussie gesteld zodat ze definitief is. Verwerende partij mag de offerte van verzoekende partij dan ook niet meer ongeldig verklaren. Een nieuwe evaluatie maken van het antwoord van verzoekende partij op de vraag tot prijsverantwoording is dan ook niet aan de orde evenmin als de

geldigheid van die offerte. Aangezien de offerte van verzoekende partij als tweede laagste werd gerangschikt en de offerte van tussenkomende partij dient te worden geweerd, staat het vast dat de offerte van verzoekende partij in werkelijkheid de laagste regelmatige offerte is.

Beoordeling

10. Op aangeven van haar raadgevend architect in het aanbestedingsverslag van 19 mei 2011 is de aanbestedende overheid, die weliswaar over een ruime discretionaire bevoegdheid beschikt in het kader van het onderzoek naar abnormale prijzen, overgegaan tot het vragen van een prijsverantwoording onder meer aan verzoekende partij en tussenkomende partij. Dergelijke handelwijze, kaderend in artikel 110, § 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, vereist *ipso iure* dat de gegeven prijsverantwoordingen zorgvuldig worden onderzocht en dat hierover dan een beredeneerd standpunt wordt ingenomen.

In het tweede aanbestedingsverslag van 28 juni 2011 wordt over de prijsverantwoordingen van onder meer verzoekende partij en tussenkomende partij, enkel opgemerkt dat deze inschrijvers verantwoording hebben toegevoegd voor de uitvoering aan inschrijvingsprijs en dat de ontwerper “bijgevolg” het bestuur kan adviseren om in te gaan op de inschrijving van de laagste bieder, dit is tussenkomende partij.

In de bestreden beslissing van 8 juli 2011 wordt op geen ogenblik gewag gemaakt van enig eigen onderzoek of beoordeling van de prijsverantwoordingen door of in opdracht van verzoekende partij. Er wordt enkel overwogen dat er acht offertes werden ingediend en dat de ontwerper voorstelt de opdracht te gunnen aan de laagste regelmatige bieder wat verwerende partij dan ook doet.

11. Zulke handelwijze mag niet worden aanvaard van een zorgvuldig handelende aanbestedende overheid. Uit het dossier kan immers niet worden vastgesteld dat verwerende partij de prijsverantwoording van de tussen-

komende partij, noch van enige andere inschrijver, naar behoren heeft onderzocht of heeft laten onderzoeken. Om deze reden alleen reeds is het middel gegrond.

12. Nu de prijsverantwoordingen niet naar behoren werden onderzocht, staat niet langer vast dat de offerte van tussenkomende partij als laagste regelmatige mocht worden beschouwd, vereiste gesteld in voornoemd artikel 15 van de wet van 24 december 1993, 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.

13. Het artikel 110, § 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 en artikel 15 van de wet van 24 december 1993 zijn geschonden. Dit verantwoordt de vernietiging van de gunningsbeslissing en van de impliciete weigeringsbeslissing om de opdracht aan verzoekende partij te gunnen. Duidelijkheidshalve weze opgemerkt dat uit de vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing geenszins volgt dat, zoals verzoekende partij ten onrechte meent, de overheid van de weermotus verplicht zou zijn om de opdracht thans aan verzoekende partij te gunnen. Zoals steeds is het gevolg van de uitgesproken vernietiging te beoordelen in het licht van het vernietigingsmotief. Hieruit volgt dat de gunningsprocedure enkel kan worden hernomen mits rekening te houden met het vernietigingsmotief in welk geval verwerende partij een nieuwe rangschikking zal opstellen. Op geen enkel ogenblik heeft verwerende partij immers een beoordeling gemaakt of laten maken over de prijsverantwoordingen van de verschillende inschrijvers; in de bestreden beslissing heeft zij enkel de offerte van tussenkomende partij expliciet als regelmatig aangemerkt. Voorts is het niet de opdracht van de Raad van State de gunningsprocedure over te doen en dus als eerste zelf de prijsverantwoordingen te beoordelen.

14. Het middel is in de aangegeven mate gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van 8 juli 2011 van het Autonoom Gemeentebedrijf Wetteren tot gunning, ingevolge openbare aanbesteding, van de aanneming van werken, renovatie van een buurthuis en tekenacademie Ten Ede, aan de nv Bouw & Renovatie en de impliciete weigeringsbeslissing de opdracht 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.

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 22 november 2012, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Lust,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest