RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 222.710 van 4 maart 2013
in de zaak A. 207.878/XII-7233

In zake: de BVBA VANDENBORRE-LAUWERS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Dirk Van Heuven en Jonas Riemslagh
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
President Kennedypark 6/24
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD LEUVEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bert Beelen
kantoor houdend te 3000 Leuven
Justus Lipsiusstraat 24
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 5 februari 2013, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van

> "1. de beslissing van de stad Leuven om de overheidsopdracht betreffende het 'Materiaal- en restauratietechnisch vooronderzoek van het gastenkwartier' met betrekking tot de Abdij Van Park te Heverlee [te] gunnen aan de inschrijver Johan Grootaers erfgoedexpertise comm.v., zoals eerst ter kennis gebracht van [de bvba Vandenborre-Lauwers] bij brief van 10 januari 2013 en, voor zover als nodig, het gunningsverslag van 14 december 2012, ter kennis gebracht van [de bvba Vandenborre-Lauwers] bij brief van 21 januari 2013
> 2. de (impliciete) beslissing van de stad Leuven om de overheidsopdracht betreffende het 'Materiaal- en restauratietechnisch vooronderzoek van het gastenkwartier' met betrekking tot de Abdij Van Park te Heverlee niet te gunnen aan [de bvba Vandenborre-Lauwers]".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 28 februari 2013, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Jonas Riemslagh, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Liesbeth Peeters, die loco advocaat Bert Beelen 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 stad Leuven schrijft een opdracht van diensten uit voor het materiaal- en restauratietechnisch vooronderzoek van het gastenkwartier van de Abdij van het Park. Als gunningsprocedure wordt gekozen voor een algemene offerteaanvraag.

Het doel van dit onderzoek is inzicht te krijgen in de historische, architecturale en typologische waarde van het Gastenkwartier en de toegepaste materialen en technieken teneinde voldoende achtergrond te hebben voor het opstellen van het restauratiedossier.

De opdracht wordt geraamd op 45.973,95 euro, btw inbegrepen.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 5 november 2012.

3.3. Drie inschrijvers dienen een offerte in, prijzen btw inbegrepen:

- Comm.V. Johan Grootaers Erfgoedexpertise 30.026,15 euro,
- bvba Vandenborre-Lauwers 59.925,25 euro,
- bvba HBS&C 63.958,39 euro.

3.4. Op 14 december 2012 wordt een verslag van nazicht van de offertes opgesteld.

De drie inschrijvers worden geselecteerd. Vervolgens wordt betreffende de "rekenkundige controle" het volgende opgemerkt:

> "Het rekenkundig nazicht is in bijlage bijgevoegd.
> De gedetailleerde prijsopgaven van de drie kandidaten werden gecontroleerd op rekenkundige fouten, gewijzigde hoeveelheden en abnormale prijzen.
> Er werden geen opmerkingen gegeven op de hoeveelheden, er werden geen leemtes of vergissingen gevonden."

De prijzen, btw inbegrepen, na rekenkundig nazicht zijn:

- Comm.V. Johan Grootaers Erfgoedexpertise 34.563,63 euro,
- bvba Vandenborre-Lauwers 62.601,77 euro,
- bvba HBS&C 72.229,86 euro.

De offertes van de drie inschrijvers worden "volledig en rekenkundig regelmatig" bevonden.

Vervolgens worden de offertes getoetst aan de gunningscriteria. Comm.V. Johan Grootaers Erfgoedexpertise krijgt 100/100 punten, verzoekende partij 76/100 punten en de bvba HBS&C 58/100 punten.

Voorgesteld wordt om de opdracht te gunnen aan Comm.V. Johan Grootaers Erfgoedexpertise.

3.5. Op 28 december 2012 beslist het college van burgemeester en schepenen van de stad Leuven om de opdracht te gunnen aan Comm.V. Johan Grootaers Erfgoedexpertise aan de prijs van 34.563,63 euro, btw inbegrepen.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

4.1.1. Verwerende partij betwist de ontvankelijkheid *ratione temporis* van het beroep en werpt daartoe een exceptie op.

4.1.2. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over deze exceptie uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak daarover zou alleen nodig zijn indien zou komen vast te staan dat de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, te dezen niet het geval is.

4.2. Ambtshalve stelt de Raad van State vast dat de vordering niet ontvankelijk is in de mate dat ze gericht is tegen het verslag van nazicht opgesteld door het studiebureau. Dergelijk verslag lijkt een louter voorbereidende handeling van de gunningsbeslissing.

V. De schorsingsvoorwaarden

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

5.2. Te dezen is evenwel 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’ van toepassing.

Luidens het door voornoemde wet van 23 december 2009 in de wet van 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is voor de schorsing van de thans bestreden beslissingen het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist.

Anderzijds verplicht artikel 65/15, tweede lid, verzoekende partij tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Overeenkomstig artikel 65/31 gelden deze bepalingen ook voor opdrachten die de drempel voor Europese bekendmaking niet bereiken.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de bestreden beslissingen kunnen verantwoorden.

VI. Onderzoek van het enige middel

Uiteenzetting

6. Het eerste middel is genomen uit de schending van artikel 55 van de Europese richtlijn 2004/18/EG van 31 maart 2004 ‘betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten’, artikel 16 van de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’, artikel 110, §§ 2 en 3, en artikel 115, lid 1, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessie voor openbare werken’, de beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële-motiveringsplicht en de

artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’.

Volgens verzoekende partij had verwerende partij de offerte van de gekozen inschrijver moeten weren wegens abnormale prijzen, minstens had zij deze prijzen nader moeten onderzoeken door een prijsverantwoording te vragen of in het gunningsverslag zelf uitdrukkelijk aan te geven waarom de schijnbaar abnormale prijzen alsnog werden aanvaard.

Zij wijst er daarbij op dat de offerte van de gekozen inschrijver immers een kennelijk abnormaal lage totaalprijs heeft aangezien het totaalbedrag minder dan de helft bedraagt van de totaalprijs van de overige inschrijvers. Daarnaast zou de offerte van de gekozen inschrijver verschillende abnormale eenheidsprijzen bevatten, meer bepaald de eenheidsprijzen voor deel B.1. “materiaaltechnisch onderzoek”, zowel samengenomen, als wat betreft afzonderlijke posten zoals post 1.6.2. “Laboratoriumonderzoek Mortelanalyse”.

Beoordeling

7. In het middel wordt onder meer een schending aangevoerd van artikel 55 van de voornoemde Europese richtlijn 2004/18/EG van 31 maart 2004. Verzoekende partij zet echter niet uiteen op welke wijze een dergelijke rechtstreekse schending van een richtlijnbepaling, waarvan niet wordt beweerd dat ze niet of niet volledig zou zijn omgezet door internrechtelijke regelgeving, het middel vermag te ondersteunen. Bovendien verliest zij uit het oog dat de opdracht het Europese drempelbedrag voor diensten niet overschrijdt.

8.1. Uit het administratief dossier blijkt dat de offerte van de gekozen inschrijver met een totaalprijs van 34.563,63 euro, btw inbegrepen, veel lager ligt dan de totaalprijs van de offertes van de overige twee inschrijvers, die respectievelijk 62.601,77 en 72.229,86 euro, btw inbegrepen, bedraagt.

8.2. Verzoekende partij wijst er op dat de Raad van State in bepaalde gevallen waarin er sprake was van een substantieel prijsverschil, heeft geoordeeld dat van een zorgvuldig handelende overheid mag worden verwacht dat zij dergelijk

verschil – waarover minstens een schijn van abnormaliteit hangt en dienvolgens een vermoeden van onregelmatigheid van de offerte – niet onopgemerkt en onbesproken laat en zorgvuldig onderzoekt.

8.3. Zoals verwerende partij echter op het eerste gezicht terecht opmerkt geeft de in het gunningsverslag opgenomen tabel met vergelijking van de prijzen een meer genuanceerd beeld van het grote prijsverschil:

"[…]

	Johan Grootaers comm v	Vandenborre-Lauwers bvba	HBS&C bvba
A. Voorbereidende werken	€ 3.750,00	€ 2.212,00	€ 6.835,93
B. Beschrijving van het uit te voeren onderzoek			
B.1. Materiaaltechnisch onderzoek	€ 11.564,98	€ 35.115,00	€ 27.142,24
B.2. Restauratietechnisch onderzoek	€ 3.550,00	€ 2.166,00	€ 12.502,75
B.3. Eindrapport & restauratie-& behandelingsvoorstel	€ 5.950,00	€ 10.032,00	€ 6.377,25
Totaal (excl.) btw	€ 28.564,98	€ 51.737,00	€ 59.694,10
Btw 21%	€ 5.998,65	€ 10.864,77	€ 12.535,76
Totaal (incl.) btw	€ 34.563,63	€ 62.601,77	€ 72.229,86

[…]".

Op het eerste gezicht blijkt uit de prijsvergelijking immers dat de offerte van de gekozen inschrijver beduidend goedkoper is dan die van de overige twee inschrijvers wat betreft 'B.1. Materiaaltechnisch onderzoek', doch niet wat betreft 'A. Voorbereidende werken', 'B.2. Restauratietechnisch onderzoek' en 'B.3. Eindrapport & restauratie- & behandelingsvoorstel'.

8.4. Voorts lijkt verzoekende partij vergeefs te verwijzen naar artikel 110, § 4, van het voornoemd koninklijk besluit van 8 januari 1996. Deze bepaling is immers niet van toepassing in dit geval omwille van feit dat de opdracht

diensten betreft en geen werken, dat er te dezen slechts drie inschrijvers waren en dat het niet om een aanbesteding gaat.

8.5. Verwerende partij wijst er ook op dat de totaalprijs van de gekozen inschrijver niet abnormaal laag voorkwam omdat de kostprijs op voorhand was geraamd op 45.973 euro. Op het eerste gezicht merkt verwerende partij terecht op dat de prijs in de offerte van de gekozen inschrijver dichter ligt bij de raming dan de prijzen van de overige twee inschrijvers. Bij de beoordeling van het abnormaal karakter van de prijzen lijkt de raming in beginsel een aanvaardbaar vergelijkingspunt en een objectief gegeven te vormen.

Bovendien blijkt dat verwerende partij weliswaar aan de gekozen inschrijver geen prijsverantwoording heeft gevraagd, doch dat dit niet wegneemt dat op basis van de stukken van het administratief dossier op het eerste gezicht dient te worden aangenomen dat zij – in tegenstelling tot wat verzoekende partij betoogt – wel degelijk een eigen prijsonderzoek heeft gevoerd. Er lijkt immers een vergelijking te zijn gemaakt met de raming en er blijkt een vergelijkende tabel te zijn opgesteld van alle eenheidsprijzen van de inschrijvers; in het verslag van nazicht wordt ook expliciet met verwijzing naar deze vergelijkende tabel inzake het rekenkundig nazicht opgemerkt dat de gedetailleerde prijsopgaven van de drie kandidaten werden onderzocht op abnormale prijzen.

Ten slotte blijkt op het eerste gezicht ook dat verwerende partij reeds zelf over bepaalde verduidelijkingen bij de prijzen beschikte gelet op de gedetailleerde conceptnota die door de gekozen inschrijver werd ingediend.

9.1. Wat de zogenaamde abnormale eenheidsprijzen voor deel ‘B.1. Materiaaltechnisch onderzoek’ betreft blijkt op het eerste gezicht dat de eenheidsprijzen voor de posten die deel uitmaken van deel B.1. zeer sterk lijken te schommelen tussen de drie inschrijvers. In geval van grote prijsdiversiteit wordt niet *prima facie* aangetoond dat men niet anders kon dan bepaalde prijzen als abnormaal te beschouwen.

9.2. Voorts maakt verzoekende partij voor haar argumentatie inzake beweerd abnormale eenheidsprijzen hier zonder meer toepassing van de techniek van de clustering van eenheidsprijzen zonder dat zij aangeeft waaruit blijkt dat hier de verantwoording van een eenheidsprijs aan de hand van een clustering met andere eenheidsprijzen moet worden beoordeeld.

De door verwerende partij aangebrachte argumentatie dat de prijs voor post 1.6.2. inzake de mortelanalyse geenszins abnormaal is aangezien uit de offerte blijkt dat de gekozen inschrijver zijn mortelanalyses laat uitvoeren door het Duits laboratorium Jaegers, waarvan verwerende partij weet dat deze goedkoper werkt dan de Belgische laboratoria, overtuigt in de huidige stand van het geding.

Bovendien wijst verwerende partij er op het eerste gezicht terecht op dat de prijs die verzoekende partij heeft geboden voor de posten 1.2 en 1.3 inzake het onderzoek van historische waardevolle sporen van het exterieur en het interieur dan weer beduidend hoger liggen dan de prijzen van de twee overige inschrijvers.

9.3. Wat verzoekende partij als evident abnormaal wil laten blijken, lijkt hier echter deel uit te maken van een veel meer gediversifieerd en genuanceerd palet van eenheidsprijzen.

10. In de huidige stand van het geding wordt dan ook niet met de vereiste *prima facie* ernst aangetoond dat verwerende partij de grenzen van een zorgvuldige beoordeling heeft overschreden door de door de gekozen inschrijver voorgestelde totaalprijs en de eenheidsprijzen voor deel B.1. niet als abnormaal te beschouwen en zonder verantwoording te vragen te aanvaarden.

11. In het licht van al het voorgaande kan op het eerste gezicht tevens worden aangenomen dat de vaststelling in het verslag van nazicht dat de gedetailleerde prijsopgaven van de drie kandidaten werden gecontroleerd op abnormale prijzen en dat de offertes regelmatig zijn een afdoende formele motivering uitmaakt.

12. Het middel is niet ernstig.

VII. Besluit

13. Het enige middel is niet 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 4 maart 2013, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad, waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Bram Van Thillo,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Bram Van Thillo	**Pierre Barra**