

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 222.769 van 7 maart 2013
in de zaak A. 207.903/XII-7234**

In zake: de CVBA PROFIEL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bram Vandromme
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
Walle 113
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE MEISE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Ariane Van den Bergh
kantoor houdend te 1861 Meise
Berkenlaan 3
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de CVBA ORNAMENT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Stijn Verbist en Jeroen De Coninck
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
Graaf Van Hoornestraat 51
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 7 februari 2013, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van :

“1. de beslissing van de gemeente Meise van 29 december 2012 om de overheidsopdracht betreffende de pastorie van Meuzegem, fase II, Lot 2, ‘Conservatie en restauratie van de historische muur- en plafond-

schilderingen in vertrek 0.1, 0.2, 0.3 en 0.4 en de restauratie van het stucwerk van de schouwboezem in vertrek 0.1 & 0.3' te gunnen aan de inschrijver Ornement, zoals eerst ter kennis gebracht van [de cvba Profiel] bij brief van 8 januari 2013 en, voor zover als nodig, het gunningsverslag van 3 december 2012, ter kennis gebracht van [de cvba Profiel] bij brief van 23 januari 2013

2. de (impliciete) beslissing van de gemeente Meise van 29 december 2012 om [deze] overheidsopdracht [...] niet te gunnen aan [de cvba Profiel]”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 21 februari 2013 heeft de cvba Ornement gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 5 maart 2013, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Bram Vandromme, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Ariane Van Den Bergh, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Jeroen De Coninck, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederic Eggermont 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 overheidsopdracht uit voor de uitvoering van werken aan de “Pastorie Meuzegem - Fase 2: Interieurrestauratie - Lot 2: Conservatie en restauratie van de historische muur- en plafondschilderingen in vertrek 0.1, 0.2, 0.3 en 0.4 en de restauratie van het stucwerk van de schouwboezem in vertrek 0.1 en 0.3”. Als gunningswijze wordt gekozen voor de beperkte offerteaanvraag.

De uitgave voor de opdracht wordt geraamd op 106.602,04 euro, btw niet inbegrepen.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 24 mei 2012.

3.3. Bij beslissing van 15 oktober 2012 van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Meise worden vier kandidaten geselecteerd waaronder verzoekende partij en de cvba Ornament. Deze inschrijvers worden uitgenodigd om een offerte in te dienen.

3.4. In het bijzonder bestek wordt bepaald dat het bestuur de regelmatige offerte kiest die haar het voordeligst lijkt met inachtneming van de volgende gunningscriteria: (1) voorstel van aanpak – werkwijze (40 punten), (2) kwaliteit en duidelijkheid van de offerte (30 punten), (3) prijs (20 punten) en (4) uitvoeringstermijn (10 punten). Aangaande het gunningscriterium ‘prijs’ wordt in het bestek voorts het volgende bepaald:

“De laagste regelmatige offerte krijgt voor dit criterium 20 punten. De inschrijvers worden er opmerkzaam op gemaakt dat de wetgeving in verband met abnormale prijzen die meer dan 15% van de gemiddelde inschrijving bedragen van toepassing blijft.”

Het bijzonder bestek verbiedt het aanbieden van varianten.

3.5. De opening van de offertes vindt plaats op 26 november 2012.
Alle vier de kandidaten hebben een offerte ingediend.

3.6. In het verslag van nazicht van 3 december 2012 is aangaande het gunningscriterium 'prijs' het volgende te lezen:

“3. INGEDIENDE INSCHRIJVINGEN VOLGENS PRIJSOFFERTE

1. BEGGA VERMAELEN 2018 Antwerpen € 243.810,00 10

Stelt variante voor voor 03.12 Vertrek 0.4 (muurschilderingen)

€ - 011.400,00

Waarbij de muurschildering niet volledig wordt vrijgelegd maar wordt geconserveerd.

Stelt variante voor voor 03.22 Vertrek 0.3 (plafondschilderingen)

€ - 045.600,00

Stelt variante voor voor 03.23 Vertrek 0.2 (muurschilderingen)

Zij voorzien hier louter conservatie indien restauratie is er een meerprijs
€ 30, 00 per dm2.

Stelt variante voor voor 03.24 Vertrek 0.2 (plafondschilderingen)

€ - 029.400,00

Indien alle variantes worden aanvaard brengt dit de prijs op € 157.410,00

2. VIERING bvba 2500 Lier € 234.074,40 15

Spreekt van een variante voor kamer 0.2 maar geeft daar geen prijs voor op.

3. Cvba PROFIEL 8560 Wevelgem € 351.735,75 05

Zij spreken in hun offerte van mogelijke variantes met reductie van de prijs tot gevolg maar geven die prijs niet op.

4. ORNAMENT 2060 Antwerpen € 134.832,00 20

1. ORNAMENT 2060 Antwerpen € 134.832,00 20

2. VIERING bvba 2500 Lier € 234.074,40 15

3. BEGGA VERMAELEN 2018 Antwerpen € 243.810,00 10

4. Cvba PROFIEL 8560 Wevelgem € 351.735,75 05

Het bestek vermeldt dat varianten niet zijn toegelaten. Voor wat betreft de offerte van Begga Vermaelen kan dus geen rekening gehouden worden met die varianten bij de rangorde.

INGEDIENDE INSCHRIJVINGEN NA CORRECTIE LEEMTES EN/OF REKENFOUTEN

Geen leemtes of rekenfouten

NR.	NAAM en ADRES	BEDRAG EXCL. btw
1. ORNAMENT	2060 Antwerpen	€ 134.832,00 20
2. VIERING bvba	2500 Lier	€ 234.074,40 15
3. BEGGA VERMAELEN	2018 Antwerpen	€ 243.810,00 10
4. Cvba PROFIEL	8560 Wevelgem	€ 351.735,75 05.”

3.7. Uiteindelijk wordt in het gunningsverslag tot de volgende eindrangschikking gekomen:

“TOTAAL:		
1. ORNAMENT	2060 Antwerpen	100
3. Cvba PROFIEL	8560 Wevelgem	080
2. VIERING bvba	2500 Lier	072,5
3. BEGGA VERMAELEN	2018 Antwerpen	072,5.”

Er wordt dan ook voorgesteld de werken te gunnen aan de cvba Ornament voor een bedrag van 134.832,00, btw niet inbegrepen.

3.8. Met een op 5 december 2012 ter post aangetekende brief laat verwerende partij aan tussenkommende partij weten dat haar offerte met een inschrijvingsbedrag van 134.831,99 euro, btw niet inbegrepen, meer dan 15% afwijkt van het gemiddelde van de ingediende offertes. Verzoekende partij wordt dan ook verzocht om binnen 12 kalenderdagen de inschrijvingsprijs te motiveren.

3.9. Bij brief van 6 december 2012 vraagt de raadgevend architect voor de werken goedkeuring aan het college van burgemeester en schepenen voor een budgetverhoging. De werken werden oorspronkelijk geraamd op 106.602,04 euro btw niet inbegrepen, maar de laagste regelmatige offerte heeft een prijs van 134.832,00 euro, btw niet inbegrepen. Het verzoek wordt gemotiveerd als volgt:

“Tijdens de werken van fase I – ruwbouw werd ontdekt dat in de ‘schone’ kamer, dat is de kamer van de pastorie waar de muurschilderingen nog zo goed als compleet zijn, ook het plafond volledig is beschilderd in dezelfde kleuren als de muren.

In overleg met Onroerend Erfgoed is voorgesteld deze kamer als één geheel te restaureren en hier ook het plafond vrij te leggen. Dit is een zeer arbeidsintensieve job waarbij de schadelijke verflagen worden verwijderd tot op de originele laag en deze vervolgens wordt gerestaureerd.

Totaal onverwacht hebben we bovendien tijdens de ruwbouwwerken in een andere kamer achterin een ingebouwde kast prachtig geconserveerde schilderijen ontdekt waar de originele felle kleuren nog volledig zijn bewaard. Boven de deuren zijn cartouches met sierlijke opschriften teruggevonden. Deze zouden ook worden vrij gelegd.

Deze schilderijen waren nog niet gekend bij de opmaak van de raming wat de meer kost verklaart.”

3.10. Met een op 10 december 2012 ter post aangetekende brief, alsook per e-mail, bezorgt de cvba Ornament haar gedetailleerde prijsverantwoording, met inbegrip van volgende motivering:

“Bij opmaak van onze offerte werd rekening gehouden met de raming die nog binnen klasse 1 zou liggen. Er werd vanuit gegaan dat voor dit bedrag subsidies werden aangevraagd en het project dan ook budgettair alleen slaagkans zou hebben wanneer de offerteprijzen aansluiten bij de raming. Ook beschikt ons bedrijf enkel over een erkenning D23 en D24 in klasse 1 waardoor het voor ons nutteloos zou zijn geweest om boven de klasse te gaan aangezien geen uitzondering werd aangevraagd om te kunnen gunnen in een hogere klasse.

Er werd een variëteit uitgewerkt op het bestek die slechts licht afwijkt op het beoogde doel. Conservering van alle resterende schilderijen in alle vertrekken staat voorop en volledige restauratie van ruimte 0.3 (wanden, plafond en schouwboezem) en van schouwmantel in ruimte 0.1 worden conform het bestek uitgevoerd. De enige afwijking van het bestek bestaat in ruimte 0.2 waar wordt gerestaureerd voor zover er nog budgettaire marge is. Schilderingen die louter geconserveerd worden in vertrekken 0.1, 0.4 en dus mogelijks deels 0.2 worden wel volledig afgewerkt conform het bestek. Om maximale budgettaire efficiëntie te bereiken diende het plan van aanpak gewijzigd te worden. De details daarvan worden uitgewerkt in de eerder ingediende conceptnota, maar grosso modo komt het er op neer dat sterk wordt ingezet op een tweeledige onderzoeksperiode voorafgaand op de restauratie- en conserveringswerken. Er dient te worden gekeken welke zaken allemaal precies te verwachten zijn (aanwezigheid van waardevolle lagen en diagnose) en daarna dienen de maximale rendementen bepaald te worden.

Er werd in eer en geweten prijs gemaakt volgens deze aanpak en de eindprijs bleef binnen klasse 1. Onderstaande prijsverantwoording werd opgesteld volgens het nieuwe plan van aanpak en nadien herberekend volgens de posten van de actuele meetstaat (zoals vermeld in de ingediende conceptnota). De nummering uit het ingediende plan van aanpak werd

weerhouden in de berekening/prijsverantwoording. Post 3.30 ‘Stucwerkconservatie en –herstel’ werd wel berekend conform de meetstaat en bestek. Voor de posten vervat in 3.31 en 3.32 werden onze eenheidsprijzen gehanteerd. Als basisuurloon wordt 36€ gehanteerd.”

3.11. Het college van burgemeester en schepenen stelt op 10 december 2012 aan de gemeenteraad voor om de aangepaste raming voor de opdracht, zijnde 134.831,99 euro btw niet inbegrepen, goed te keuren.

3.12. De raadgevend architect laat per e-mail van 11 december 2012 na kennisname van de prijsverantwoording van de cvba Ornament aan verwerende partij het volgende weten:

“[I]k blijf mijn keuze voor Ornament na deze verantwoording nog steeds steunen.”

3.13. De gemeenteraad keurt op 20 december 2012 de aangepaste raming van 134.831,99 euro btw niet inbegrepen goed.

3.14. Bij beslissing van 29 december 2012 van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Meise wordt de opdracht gegund aan de cvba Ornament als “de economisch meest voordelige regelmatige [...] bidder”. Dit is de eerste bestreden beslissing.

3.16. Met een op vrijdag 11 januari ter post aangetekende brief wordt verzoekende partij op de hoogte gebracht van het feit van de bestreden beslissing.

Per fax verstuurd op 21 januari 2013 aan verwerende partij, vraagt verzoekende partij om een afschrift van het gunningsverslag te ontvangen.

Bij brief van 22 januari 2013, verstuurd op 23 januari 2013, en blijkbaar “als antwoord op uw email van 18 januari 2013” bezorgt verwerende partij een afschrift van het gunningsverslag aan verzoekende partij.

IV. Tussenkost

4. De verzoekende partij in tussenkost blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet haar verzoek worden ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

A. Belang

Uiteenzetting

5. Zowel verwerende partij als tussenkostende partij werpen op dat de overeenkomst tussen beiden reeds is ontstaan, waardoor een eventuele schorsing van de beslissing tot gunning van de opdracht niet de schorsing van de uitvoering van de overeenkomst tot gevolg kan hebben. De schorsing van de toewijzingsbeslissing kan het bestreden nadeel niet meer ongedaan maken, waardoor verzoekende partij niet beschikt over een actueel belang.

Beoordeling

6. Zoals hierna *sub* ‘VI. Schorsingsvoorwaarden’ opgemerkt, is er in de huidige procedure geen bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel vereist. Voorts beschikt verzoekende partij als gepasseerde inschrijver over een gekwalificeerd moreel belang bij de nietigverklaring van de gunningsbeslissing die een van de overeenkomst afsplitsbare bestuurshandeling is. Ook bij de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van die gunningsbeslissing lijkt dat belang voldoende, zeker gelet op de ruime omschrijving van het belang bij de nietigverklaring dat in artikel 65/14 van de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’ toegekend is aan “elke persoon die een belang heeft of heeft gehad om een bepaalde opdracht te bekomen en die door de beweerde

schending is of dreigt te worden benadeeld”. Krachtens artikel 65/15 geldt dat belang ook voor de schorsing. Deze beide artikelen zijn krachtens artikel 65/31 ook toepasselijk op de opdrachten die, zoals de in het geding zijnde opdracht, het Europese drempelbedrag niet bereiken. De Raad van State kan voor het overige bezwaarlijk vooruitlopen op de gevolgen die de aanbestedende overheid zal hechten aan een schorsing indien deze wordt bevolen, ook wanneer de opdracht al werd gesloten. Ten slotte moet worden opgemerkt dat artikel 65/30, derde lid, van de voornoemde wet van 24 december 1993 zich niet lijkt te richten tot de Raad van State.

De exceptie wordt verworpen.

B. Tijdigheid van de vordering

Uiteenzetting

7. Verwerende partij werpt op dat overeenkomstig artikel 65/23 van de voornoemde wet van 24 december 1993 verzoekende partij in kennis werd gesteld van het bestaan van de beslissing bij brief van 8 januari 2013. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid werd echter pas ingediend bij verzoekschrift dat door de griffie werd ontvangen op 11 februari 2013, waardoor de vordering niet tijdig is ingesteld.

Beoordeling

8.1. Verzoekende partij stelt dat zij met een brief van 8 januari 2013, die op 11 januari 2013 aangetekend werd opgestuurd, op de hoogte werd gebracht van het bestaan van de bestreden beslissing, maar dat bij die brief noch de effectieve gunningsbeslissing, noch het gunningsverslag, noch een uittreksel van die documenten was gevoegd. Pas toen zij op 21 januari 2013 het gunningsverslag opvroeg, werd dit op 23 januari 2013 opgestuurd, zonder dat evenwel de gunningsbeslissing zelf werd bezorgd.

Deze feitelijke beweringen worden door verwerende partij niet ontkend.

8.2. Luidens artikel 65/8, § 1, eerste lid, 3°, van de wet van 24 december 1993, doet de aanbestedende instantie, onmiddellijk na het nemen van de gunningsbeslissing, kennisgeving “aan elke inschrijver van wie de offerte niet is gekozen en aan de gekozen inschrijver, [van] de gemotiveerde beslissing”. Deze bepaling is door artikel 65/29 ook van toepassing op opdrachten die de Europese drempels niet bereiken.

8.3. Verwerende partij betwist niet dat zij de gemotiveerde gunningsbeslissing niet bij de kennisgevingsbrief van 8 januari 2013 heeft gevoegd, waardoor deze kennisgeving dan ook alleen al om die reden de beroepstermijn van 15 dagen niet lijkt te hebben doen aanvangen.

8.4. Aldus dient de exceptie te worden verworpen.

VI. De schorsingsvoorwaarden

9.1. 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.

9.2. 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.

Dit geldt ongeacht of de opdracht de Europese drempel bereikt of niet. Artikel 65/31 van de wet van 24 december 1993 maakt artikel 65/15 immers ook toepasselijk op opdrachten die de Europese drempel 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.

VII. Onderzoek van het enige middel

Standpunt van de partijen

10. In het enige middel voert verzoekende partij de schending aan van “artikel 55 van de richtlijn nr. 2004/18 van 31 maart 2004; artikel 16 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten; artikel 110, §§ 2-3-4 en artikel 115, lid 1 van het KB van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken; de beginselen van behoorlijk bestuur en in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht; artikel 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen”.

Verzoekende partij betoogt dat de offerte van tussenkomende partij niet enkel een abnormaal lage totaalprijs heeft op grond van artikel 110, § 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, maar dat ook zonder de toepassing van voormelde bepaling het een abnormaal lage prijs betreft. Verwerende partij is immers op grond van artikel 110, §§ 2 en 3, en de zorgvuldigheidsplicht verplicht over te gaan tot het onderzoek van de abnormaal lage totaalprijs.

Het leidt geen twijfel dat de totaalprijs van de begunstigde inschrijver reeds op het eerste gezicht een abnormaal laag karakter vertoont. In de eerste plaats wijkt diens offerte meer dan 15% af van het gemiddelde, wat in alle gevallen als een belangrijke waarschuwendrempel moet dienen voor een zorgvuldige aanbestedende overheid.

Verwerende partij had de plicht om de kennelijk abnormaal lage totaalprijs te onderzoeken, wat blijkens het gunningsverslag niet is gebeurd. Dat die prijs in de buurt lag van de raming doet aan voormelde vaststelling geen afbreuk, omdat (1) een raming een louter eenzijdig vermoeden is vanwege de aanbestedende instantie, (2) uit niets blijkt op welke concrete elementen de raming *in casu* was gesteund, (3) zelfs de abnormaal lage offerte van de begunstigde inschrijver 26,5% hoger lag dan de raming, (4) de raming kennelijk verkeerd was, hetgeen overvloedig is gebleken uit de ingediende offertes en (5) bij een discrepantie tussen de raming en het gemiddelde van de offertes steeds voorrang moet worden verleend aan het gemiddelde van de ingediende offertes aangezien dit gesteund is op een reëel marktaanbod.

De offerte van de begunstigde inschrijver had dan ook moeten worden geweerd wegens de abnormaal lage totaalprijs. Minstens had verwerende partij om een prijsverantwoording moeten vragen of zelf uitdrukkelijk moeten aangeven waarom de schijnbaar abnormale prijs toch werd aanvaard.

Verzoekende partij wijst ook nog op het gegeven dat het inschrijvingsbedrag van de begunstigde inschrijver 134.832 euro bedroeg, wat allicht geen toeval is, omdat hij slechts als een aannemer van klasse 1 is erkend en dat een erkenning van een hogere klasse is vereist voor opdrachten van 135.000 euro of meer. Een inschrijvingsprijs die (als enige) dermate dicht tegen het plafond van de erkenningsklasse aanschurkt, dient door een zorgvuldige aanbestedende instantie met bijzondere ernst te worden onderzocht.

Tevens wijst verzoekende partij op de problematiek van het onrechtmatige gebruik van het kunstenaarsstatuut in de restauratiesector.

Ten slotte merkt verzoekende partij in haar verzoekschrift “nu reeds” op dat de Raad van State meermaals heeft bevestigd dat de aanbestedende overheid bij het onderzoek van de schijnbaar abnormaal lage prijzen geen genoegen mag nemen met een summiere, oppervlakkige of vrijblijvende verantwoording van de prijs. “[De] gebeurlijke verantwoording van de abnormaal lage prijs moet dan ook berusten op zeer concrete, vaststaande en draagkrachtige argumenten.” Ter terechtzitting en na kennisname van het administratief dossier waaruit blijkt dat verwerende partij aan tussenkomende partij een prijsverantwoording vroeg en ook heeft gekregen, merkt verzoekende partij op dat de gegeven prijsverantwoording van tussenkomende partij niet aanvaardbaar is, minstens niet zorgvuldig onderzocht werd.

11. Verwerende partij werpt in haar nota het volgende op:

“Dat de eisende partij oordeelt dat de begunstigde inschrijver een kennelijk abnormale prijs totaalprijs heeft.

Dat de vraag wanneer een prijs ‘normaal’ dan wel ‘abnormaal’ is, niet in het algemeen beantwoord kan worden.

Dat dit voor iedere opdracht afzonderlijk aan de hand van het specifieke voorwerp van de opdracht moet worden vastgesteld (Concl. Adv. Gen. Colomer d.d. 05.06.2001 bij HvJ 27 november 2001, C-285/99 en C-286/99, Impresa Lombardini SpA).

Dat de door de overige inschrijvers geboden prijzen hiervoor een indicatie bieden (RvS 27 maart 2003, nr. 117.643 en RvS, 16 februari 2006, nr. 155.095)

Dat ook de mate van afwijking van de raming van de aanbestedende overheid als methode wordt gehanteerd (RvS, 21 maart 2002, nr. 105.003). Dat ontwerper [G.G.] de uitgave voor de opdracht ‘Pastorie Meuzegem – Fase 2: Interieurrestauratie – Lot 2: Conservatie en restauratie van de historische muur- en plafondschilderingen in vertrek 0.1, 0.2, 0.3 en 0.4 en de restauratie van het stucwerk van de schouwboezem in vertrek 0.1 en 0.3’ geraamd heeft op € 106.602,04 excl. btw of € 128.988,47 incl. 21% btw. Dat de cvba Ornament ingeschreven heeft voor een bedrag van € 134.832,00 excl. btw. Dat deze inschrijving de goedgekeurde raming (€ 106.602,04 excl. btw) met 26,48% overschreed.

Dat de eisende partij ten onrechte argumenteert dat geen vergelijking kan gemaakt worden met de voornoemde goedgekeurde raming, nu deze raming, naar oordeel van de eisende partij, ‘kennelijk verkeerd’ was en opgesteld werd op basis van een ‘eenzijdig vermoeden’. Dat deze argumentatie van de eisende partij onjuist is.

Dat verwerende partij verwijst naar het schrijven d.d. 06.12.2012 uitgaande van ontwerper [G.G.] waarbij een budgetverhoging wordt gevraagd om reden van meerkosten te wijten aan ‘Deze schilderijen waren nog niet gekend bij de opmaak van de raming wat de meerkost verklaart’.

Dat artikel 110, § 4, K.B. 8 januari 1996 een verplichting tot het vragen van een verantwoording aan de betrokken aannemer oplegt in geval van afwijzing van diens inschrijving wegens het abnormaal karakter van de prijs. Als de inschrijving niet wordt afgewezen, is het bestuur niet verplicht de aannemer uit te nodigen een verantwoording te verstrekken. Het bestuur heeft wel de verplichting zelf na te gaan of het bedrag van de inschrijving niet abnormaal laag is (R.v.St., 7 december 1993, nr. 45.175).

Dat verwerende partij bij schrijven d.d. 05.12.2012 gericht aan de cvba Ornament een prijsverantwoording heeft gevraagd, die door laatst genoemde werd gegeven bij schrijven d.d. 09.12.2012.

Dat, gezien het voorgaande, en in tegenstelling tot wat door de eisende partij wordt voorgehouden, het zorgvuldigheidsbeginsel helemaal niet werd geschonden”.

12. Tussenkomende partij verweert zich in haar verzoekschrift niet tegen het enige middel en beperkt zich tot de exceptie van gebrek aan actueel belang.

Ter terechtzitting merkt tussenkomende partij op dat het aan verzoekende partij procedureel niet toegestaan is kritiek te uiten op de prijsverantwoording en op de houding van verwerende partij hierover nu deze kritiek geen deel heeft uitgemaakt van het schriftelijk debat.

Beoordeling

13. Verzoekende partij heeft in haar inleidend verzoekschrift de problematiek van de abnormale prijzen aangebracht; zij stelt vast dat hierover niets vermeld wordt in het gunningsverslag wat haar doet vermoeden dat er geen prijsonderzoek is gebeurd; zij merkt op dat verwerende partij minstens op basis van de zorgvuldigheidsplicht de prijs van tussenkomende partij die *prima facie* erg afwijkt van de andere offertes, had moeten onderzoeken op abnormaliteit temeer dat deze prijs nauwelijks beneden de drempel is waarvoor tussenkomende partij als aannemer erkend is; zij merkt op dat een prijsverantwoording moet voldoen aan bepaalde vereisten en voegt daar ter terechtzitting aan toe dat de gegeven prijsverantwoording er niet aan voldoet minstens dat verwerende partij de verantwoording niet zorgvuldig onderzocht heeft.

De exceptie van tussenkomende partij dat de kritiek van verzoekende partij op de gegeven prijsverantwoording en op de houding van verwerende partij hiertegenover niet ontvankelijk is, kan niet worden aanvaard; verzoekende partij heeft wel degelijk deze kritiek, weze het embryonaal, in haar verzoekschrift aangebracht; aangezien in het gunningsverslag over de prijsverantwoording geen sprake was en dit pas voor verzoekende partij zichtbaar werd bij kennisname van het administratief dossier, kan het verzoekende partij niet worden verweten dit punt van haar kritiek onvoldoende substantieel in haar verzoekschrift en pas ter terechtzitting concreter te hebben uitgewerkt.

14. De aanbestedende overheid heeft de plicht om de regelmatigheid van een offerte na te gaan en één van de elementen van regelmatigheid is dat de offerte geen abnormale prijzen bevat, welk onderzoek moet gebeuren met in acht name van de door verzoekende partij aangehaalde zorgvuldigheidsverplichting. De aanbestedende overheid beschikt over een ruime discretionaire bevoegdheid om al dan niet een procedure te voeren inzake abnormale prijzen en de Raad van State mag zich, gesteld voor de toetsing van dergelijke beoordeling, niet in de plaats stellen van het bestuur maar hij mag desgevraagd wel nagaan of het bestuur niet

onzorgvuldig heeft gehandeld. Uit de door verzoekende partij ingeroepen schending van artikel 16 van de wet van 24 december 1993 en van artikel 115 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 volgt immers dat, indien de bevoegde overheid beslist om de opdracht via een beperkte offerteaanvraag toe te wijzen, deze dient te worden toegewezen aan de inschrijver die voordeligste regelmatige offerte heeft ingediend. Zo een aanbestedende overheid meent dat de prijs van een inschrijver op het eerste gezicht een abnormale prijs kan zijn en zij deze inschrijver om een prijsverantwoording vraagt, impliceert dit dat de gegeven prijsverantwoording op een zorgvuldige manier wordt onderzocht.

15. In voorliggend geval heeft verwerende partij een prijsverantwoording aan tussenkomende partij gevraagd en ook gekregen. Zij vatte deze procedure aan na het opstellen van het gunningsverslag van haar raadgevend architect.

De prijsverantwoording werd blijkbaar aan haar raadgevend architect overgemaakt. Het onderzoek van deze prijsverantwoording is, zoals het administratief dossier laat blijken, beperkt gebleven tot de e-mail van de raadgevend architect met het ene zinnetje: “[I]k blijf mijn keuze voor Ornament na deze verantwoording nog steeds steunen.”

Deze opvatting van de raadgevend architect lijkt niet spontaan als begrijpelijk en gerechtvaardigd over te komen; in de prijsverantwoording lijken immers elementen te worden vermeld die een nader onderzoek zouden kunnen wettigen; als dergelijke elementen kunnen worden aangehaald het feit dat tussenkomende partij zelf erkent geen hogere prijs te hebben kunnen bieden gelet op de beperktheid van haar erkenning en het feit dat zij erkent een variante, namelijk zo lijkt een beperkte uitvoering van de opdracht, te hebben voorgesteld niettegenstaande het bestek uitdrukkelijk varianten lijkt uit te sluiten.

In die omstandigheden dient te worden aangenomen dat het gevoerde prijsonderzoek onzorgvuldig lijkt te zijn gevoerd en is het enige middel in die mate ernstig.

Uit de bespreking van het middel mag echter niet worden afgeleid dat verwerende partij geen andere keuze zou hebben dan de opdracht aan verzoekende partij te gunnen zodat er geen reden is om de tenuitvoerlegging te schorsen van de impliciete weigering de opdracht aan verzoekende partij te gunnen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de cvba Ornament tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Meise van 29 december 2012 om de overheidsopdracht betreffende de pastorie van Meuzegem, fase II, Lot 2, ‘Conservatie en restauratie van de historische muur- en plafondschilderingen’ te gunnen aan de cvba Ornament.

3. De Raad van State verwerpt de vordering voor het overige.

4. 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 7 maart 2013,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Pierre Barra