

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 222.983 van 26 maart 2013
in de zaak A. 208.051/XII-7265**

In zake: de NV SECURITAS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bob Martens
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 106
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD GENT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Patrick Devers
kantoor houdend te 9000 Gent
Kouter 71-72
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 21 februari 2013, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing dd. 31 januari 2013 van het college van burgemeester en schepenen van [de stad Gent] om de overheidsopdracht voor het uitvoeren van diensten ‘Uitvoeren van parkeercontroles’ aan de inschrijver G4S Secure Solutions nv te gunnen en om de opdracht aldus niet aan [de nv Securitas] te gunnen”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 19 maart 2013, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Bob Martens, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat John Devers, 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 stad Gent schrijft in september 2012 een overheidsopdracht uit voor de aanneming van diensten voor de controle op het naleven van de reglementen op het straatparkeren.

De opdracht wordt geraamd op 2.133.096 euro (btw niet inbegrepen) per jaar.

Er wordt gekozen voor een procedure van algemene offerteaanvraag.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 4 oktober 2012.

3.3. Het bestek vermeldt vier gunningscriteria:

- prijs (300 punten),

- praktische organisatie van de controleopdracht waarin vervat de technische ondersteunende systemen (350 punten),
- de kwaliteit van het in deze opdracht in te schakelen bewakingspersoneel en van de opvolging van dit personeel (250 punten),
- de wijze waarop en de frequentie waarmee het bewakingspersoneel zal worden gecontroleerd (100 punten).

Deze gunningscriteria worden in het bestek nog nader onderverdeeld in sub(sub)gunningscriteria, waaraan telkens eveneens een wegingscoëfficiënt wordt toegekend.

Wat het prijscriterium betreft wordt bepaald dat de laagste inschrijver het maximum van 300 punten ontvangt, de overige inschrijvers een fractie daarvan, via de in het bestek vermelde formule. Dit criterium wordt vervolgens nader toegelicht.

3.4. Bij e-mailbericht van 17 oktober 2012 bevestigt verzoekende partij een eerder onderhoud waarbij zij aan verwerende partij meldde dat de bij het bestek gevoegde ‘inventaris’ niet toeliet de zaterdagpremie zoals voorzien in CAO PC 317 in rekening te brengen nu in deze ‘inventaris’ geen onderscheid werd gemaakt tussen prestaties tijdens de week en prestaties op zaterdag.

3.5. Naar aanleiding van deze opmerking wordt het inschrijvingsbiljet gevoegd bij het bijzonder bestek aangepast en een terechtwijzend bericht bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen. Bij e-mailbericht van 18 oktober 2012 bezorgt verwerende partij het gecorrigeerde inschrijvingsbiljet ook rechtstreeks aan verzoekende partij.

3.6. Daarnaast worden door verzoekende partij nog een aantal vragen gesteld over het bestek bij e-mailbericht van 11 oktober 2012 en twee e-mailberichten van 5 november 2012.

3.7. Op 22 november 2012 vindt de opening van de offertes plaats. Er zijn drie offertes ingediend:

- de nv G4S Secure Solutions,

- de nv Securitas,
- de thv bvba Optimal Parking Control & Seris Security.

3.8. In het gunningsverslag van 17 januari 2013 worden de offertes van de drie inschrijvers regelmatig bevonden. Specifiek wat de regelmatigheid van de prijzen betreft wordt opgemerkt dat de offertes maximaal 10% afwijken van de raming van het bestek, zodat niet de indruk wordt gewekt dat er sprake is van onregelmatige prijzen.

Vervolgens worden de offertes getoetst aan de gunningscriteria, wat leidt tot de volgende eindrangschikking:

Nr.	Inschrijver	Prijs (300)	Praktische organisatie (350)	Personeel (250)	Controle (100)	Totaal (1000)
1	G4S Secure Solutions nv	300	276	209	80	865
2	Securitas nv	251	282	204	85	822
3	THV OPC/Seris	282	263	196	75	816

De offerte van de nv G4S Secure Solutions wordt bijgevolg gerangschikt als meest voordelige regelmatige offerte.

3.9. Bij beslissing van 31 januari 2013 keurt het college van burgemeester en schepenen van de stad Gent het gunningsverslag goed en beslist het om de opdracht te gunnen aan de nv G4S Secure Solutions.

3.10. Bij aangetekend schrijven van 11 februari 2013 wordt aan verzoekende partij meegedeeld dat haar offerte niet werd gekozen en wordt haar een kopie bezorgd van de beslissing van 31 januari 2013 van het college van burgemeester en schepenen van de stad Gent, met inbegrip van het gunningsverslag.

IV. Regelmatigheid van de rechtspleging

4.1. In een schrijven van 18 maart 2013 en dus van daags vóór de terechtzitting brengt verzoekende partij, samen met twee bijgevoegde stukken nog een argumentatie in het debat, waarin zij in essentie aanvoert dat het gegeven dat de gekozen inschrijver blijkbaar ingeschreven heeft met een lager uurloon dan de verzoekende partij een schending uitmaakt van de CAO van 29 november 2012. Zij wijst erop dat dergelijke inbreuk ook strafrechtelijk wordt beteugeld.

4.2. Deze nieuwe argumentatie die zelfs als een nieuw middel lijkt te kunnen worden aangemerkt, is niet toelaatbaar in de onderhavige procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid. Ze is immers aangebracht in een geschrift dat niet in de procedureregeling is geregeld en niet door de Raad van State is gevraagd en voorts de dag vóór de terechtzitting aan de voormelde andere partijen in het geding en het auditoraat ter kennis gebracht, zodat deze geen reële kans meer hadden tot een geschreven antwoord of onderbouwd advies, hetgeen alvast het evenwicht tussen de gedingpartijen verstoort. Het blijkt bovendien dat verwerende partij kennis heeft van de nota sinds 13 maart 2013 en dat de gekozen inschrijver als belanghebbende van deze bijkomende argumentatie geen kennis heeft kunnen nemen en dus ook geen verweer heeft kunnen voeren. Het schrijven en de stukken worden dienvolgens uit het debat geweerd.

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 beslissing 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.

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.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting

6.0. Het eerste middel wordt door verzoekende partij zelf als volgt aangebracht:

“7.1.1. Samenvatting van het eerste middel

25. Het eerste middel wordt afgeleid uit een schending van artikel 16 van de Overheidsopdrachtenwet, 110, §2 van het Koninklijk Besluit betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken dd. 8 januari 1996 [...] juncto artikel 89 van het K.B. dd. 8 januari 1996, de Wet van 10 april 1990 tot regeling van de private en bijzondere veiligheid, de CAO van 15 maart 2012 - Arbeidsduur en humanisering van de arbeid, het zorgvuldigheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel, het ‘patere legem quam ipse fecisti’ -beginsel en het Bestek voor de Opdracht.

7.1.2. Uiteenzetting van het eerste middel

Doordat, verwerende partij ten onrechte de offerte van de inschrijver G4S als regelmatig — en aldus in overeenstemming met het Bestek — aanmerkt in (de motivering van) de bestreden gunningsbeslissing dd. 31 januari 2013 nu deze offerte een prijsvoorstel bevat dat niet in overeenstemming is met de voorschriften van het Bestek daar niet alle kosten voor de uitvoering van de dienstverlening in het prijsvoorstel zijn begrepen;

Terwijl, artikel 1.7.1 van het Bestek voorschrijft dat de inschrijvers ‘alle’ kosten voor de uitvoering van de dienstverlening, inclusief de voorbereiding van de uitvoering van de dienstverlening, in hun prijsvoorstel dienden te verrekenen;

En terwijl, artikel 110, §2 van het K.B. dd. 8 januari 1996 juncto artikel 89 van het K.B. dd. 8 januari 1996 voorschrijft dat een offerte die afwijkt van de bestekbepalingen met betrekking tot de prijs, als een nietige offerte moet worden aangemerkt (die derhalve niet voor de gunning van de overheidsopdracht in aanmerking komt);

En terwijl, verwerende partij op grond van het patere legem quam ipse fecisti-beginsel gehouden is om het kader en de spelregels die zij zelf vaststelt, inclusief de voorgeschreven inhoud van de prijsvoorstellen, na te leven en aldus minstens diende te verifiëren of de inschrijvers alle kosten voor de uitvoering van de dienstverlening - en dus ook de voorbereiding van deze dienstverlening die buiten de effectieve controle-uren en briefing valt - in hun prijsvoorstel hebben opgenomen;

En terwijl, het zorgvuldigheidsbeginsel vereist dat verwerende partij ook in het kader van een algemene offerteaanvraag de prijsvoorstellen onderzoekt, waaronder de conformiteit van deze prijsvoorstellen met het Bestek en dat op grond van de beoordeling van de ingediende offertes (zoals weer te geven in de bestreden gunningsbeslissing dd. 31 januari 2013) voor de inschrijvers moet vaststaan dat de bestekbepalingen door de aanbestedende overheid werden nageleefd;

En terwijl, verwerende partij op grond van artikel 16 van de Overheidsopdrachtenwet de Opdracht uitsluitend kan toewijzen aan de voordeligste regelmatige offerte;

Zodat, de in dit middel aangehaalde wetsbepalingen en rechtsbeginselen zijn geschonden”.

Vervolgens ontwikkelt verzoekende partij een “toelichting bij het eerste middel” overheen 13 bladzijden.

Beoordeling

6.1. Te dezen wordt het gunningscriterium “prijs” in het bestek toegelicht als volgt:

“1.7.1. de prijs

De dienstverlener wordt geacht zowel in zijn eenheidsprijzen als in zijn globale prijzen alle kosten en heffingen die op de diensten wegen te hebben inbegrepen, ook voor wat betreft de kosten die verband houden met de voorbereiding van de opdracht. Daarnaast zijn eveneens inbegrepen in de prijzen: alle kosten met betrekking tot vervoerskosten, huisvestingskosten, communicatiemedium die door de inschrijver worden voorgesteld, zoals o.a. telefoonkosten, verbindingskosten, informaticakosten, systeem voor plaatsbepaling,...(deze opsomming is niet-limitatief)”.

Daarnaast bevatten de algemene administratieve bepalingen van het bestek ook hetgeen volgt:

“1.8. Prijsbepaling

De prijs van de opdracht wordt bepaald volgens prijslijst (‘P.L’. of ‘V.H’.-vermoedelijke hoeveelheid), alleen de eenheidsprijzen van de prestaties zijn forfaitair.

De prijzen worden in de offerte in euro opgegeven. De inschrijver mag de opgegeven bedragen tot op de eurocent afronden.

De inschrijvers moeten voor het gunnen van de opdracht alle inlichtingen verstrekken om de aanbestedende overheid in staat te stellen de aangeboden prijzen te onderzoeken.

In geval van tegenstrijdigheid tussen de verschillende bestanddelen van onderhavig bijzonder bestek, zowel wat de beschrijvende bepalingen als wat de hoeveelheden (forfaitaire of vermoedelijke) betreft, houdt de inschrijver zich aan volgende dalende volgorde van belang:

- administratieve bepalingen;
- technische bepalingen;
- beschrijvende of omstandige inventaris;
- samenvattende inventaris”.

Het bestek bepaalt voorts dat de dienstverlener bij zijn offerte onder meer dient toe te voegen “een schriftelijke verduidelijking van de prijs-zetting aan de hand van het indexmodel dat aangereikt wordt door de BVBO (bijlage G)”.

Deel 3 “technische bepalingen van het Bestek” bepaalt voorts:

“3.4. Uurroosters en aantal in te zetten parkeerwachters

De taak van de parkeerwachters beperkt zich in hoofdzaak tot het verrichten van controles op straat.

Uitgangspunt:

De inschrijver garandeert een effectieve controle ter plaatse van 8 uur per parkeerwachter gedurende de gereguleerde uren van de dag, afhankelijk van de te controleren zone en het daar geldend parkeerregime. Een dagelijkse briefing door de direct leidinggevende van de parkeerwachters aan de parkeerwachters van 15 minuten, wordt bijkomend door de aanbestedende overheid betaald.

De inschrijver meldt in zijn offerte hoe hij door een efficiënte planning dit realiseert.

Het Mobiliteitsbedrijf betaalt de totaliteit van de effectieve controle-uren (vanaf het aankomen in de te controleren zone tot het verlaten van deze zone) en de briefing, hetzij 8u15min per parkeerwachter per dag. De inschrijver stelt een systeem voor aan de hand waarvan de effectieve controletijd kan worden gecontroleerd.

Uitzonderlijk kunnen extra prestaties gevraagd worden ‘s nachts of op zon/feestdagen. Standaard wordt hierbij al meegegeven dat voor de parkeercontroles tijdens de Gentse Feesten de volledige feestweek (incl. 21 juli) 24u/24 gecontroleerd wordt, in een continu drieploegensysteem.

[...]

Het organiseren van de planning van het team en van het bij ziekte vervangen van parkeerwachters gebeurt niet tijdens de door het Mobiliteitsbedrijf betaalde prestatietijd. M.a.w. het Mobiliteitsbedrijf betaalt niet in uurtarief voor deze prestaties, deze dienen vervat te zijn in de via het uurtarief van de parkeerwachters verrekenende overhead”.

6.2. Artikel 1.7.1, dat door verzoekende partij geschonden wordt geacht, bepaalt dat in de eenheidsprijzen die door de inschrijvers worden opgegeven alle kosten en heffingen moeten zijn begrepen. Zoals verwerende partij in haar nota uiteenzet lijkt dit te impliceren dat bijvoorbeeld de eenheidsprijs voor

één basisuurloon voor dagprestaties tijdens de week niet alleen het eigenlijke loon zal omvatten voor een uur werk door een parkeerwachter maar tegelijk ook alle andere mogelijke kosten dient te bevatten. Ook in de technische bepalingen van het bestek wordt er meermaals op gewezen dat bepaalde prestaties vervat dienen te zijn “in de via het uurtarief van de parkeerwachters verrekende overhead” (zie onder meer punt 3.4. van het bestek in fine wat betreft het organiseren van de planning van het team en van het bij ziekte vervangen van parkeerwachters; punt 3.5. van het bestek wat betreft de kosten voor het leveren en het onderhoud van de fietsen en punt 3.9. van het bestek wat betreft de prestaties inzake de bewaking van de balie).

Op bladzijde 22 en 23 van het bestek, onder de hoofding ‘Uurroosters en aantal in te zetten parkeerwachters’ worden slechts de standaard en extra prestaties omschreven die verwerende partij van de parkeerwachters verwacht en de uren die dienovereenkomstig worden betaald. Daarbij schrijft verwerende partij voor dat de inschrijver een effectieve controle dient te garanderen van 8 uur per parkeerwachter per dag, alsook dat bijkomend een dagelijkse briefing van 15 minuten door de aanbestedende overheid wordt betaald.

Verwerende partij lijkt dan ook terecht op te merken dat de 8u15min die de aanbestedende overheid aangeeft in standaardregime te betalen, de betaling betreft van deze uren op basis van de eenheidsprijs, in welke laatste overeenkomstig artikel 1.7.1. van het bestek naast het eigenlijke loon alle bijkomende kosten zijn geïntegreerd.

Deze lezing wordt op het eerste gezicht ook bevestigd door voormelde bepaling in fine van punt 3.4. ‘Uurroosters en aantal in te zetten parkeerwachters’ van de technische bepalingen van het bestek: “Het organiseren van de planning van het team en van het bij ziekte vervangen van parkeerwachters gebeurt niet tijdens de door het Mobiliteitsbedrijf betaalde prestatietijd. M.a.w. het Mobiliteitsbedrijf betaalt niet in uurtarief voor deze prestaties, deze dienen vervat te zijn in de via het uurtarief van de parkeerwachters verrekende overhead”. Ook uit deze bepaling blijkt op het eerste gezicht dat een onderscheid dient gemaakt te worden tussen enerzijds, de betaling in uurtarief voor welbepaalde prestaties en,

anderzijds, prestaties en kosten die inbegrepen dienen te zijn in de via het uurtarief van de parkeerwachters verrekenende overhead.

6.3. Voorts lijkt het niet dat de offerte van de gekozen inschrijver een prijsvoorstel bevat dat afwijkt van voormeld artikel 1.7.1. van het bestek of strijdig zou zijn met de wet van 10 april 1990 ‘tot regeling van de private en bijzondere veiligheid’ of de CAO van 15 maart 2012 en dat verwerende partij de offerte van de gekozen inschrijver om die reden had moeten onregelmatig verklaren. De ter ondersteuning van die stelling pas bij brief van 18 maart 2013 aan de Raad van State gezonden stukken worden uit het debat gehouden.

Voorts dient erop te worden gewezen dat het bestek uitdrukkelijk erin voorzag dat de dienstverlener bij zijn offerte onder meer een bijlage G diende toe te voegen met een schriftelijke verduidelijking van de prijszetting.

Ook de gekozen inschrijver blijkt dergelijke bijlage G, met schriftelijke verduidelijking van de prijszetting aan zijn offerte te hebben toegevoegd.

In deze bijlage is er sprake van een opdeling in verschillende componenten van de basisuurprijs waarmee wordt ingeschreven, waarbij ook wordt verduidelijkt welke kosten de diverse rubrieken omvatten. Daarbij geeft de gekozen inschrijver tevens zijn winstmarge op.

Voorts wordt in de bijlage uitdrukkelijk opgemerkt dat om de kostprijs te bekomen “er rekening wordt gehouden met bovenstaand kostenmodel, gebonden aan de wettelijke bepalingen, alsook met de directe kosten eigen aan de opdracht bij het IVA Mobiliteitsbedrijf [...]”. Ook deze additionele kosten eigen aan de opdracht worden in de bijlage uitdrukkelijk opgesomd.

Daarnaast blijkt op het eerste gezicht in de offerte van de gekozen inschrijver tevens rekening te zijn gehouden met een “vergoeding voor standby en niet-factureerbare uren”.

Ook het standpunt van verzoekende partij dat het prijsverschil tussen de prijsvoorstellen van de gekozen inschrijver en verzoekende partij enkel door een schending van artikel 1.7.1. van het bestek kan worden verklaard, lijkt op het eerste gezicht feitelijke grondslag te missen.

6.4. In de mate dat verzoekende partij in haar verzoekschrift tevens haar bijkomende kosten uiteenzet en aangeeft dat deze kosten als dusdanig niet het belangrijke prijsverschil tussen haar offerte en die van de gekozen inschrijver kunnen verklaren, volstaat het te verwijzen naar de beoordeling van het tweede middel, dat betrekking heeft op beweerd abnormaal lage eenheidsprijzen.

6.5. Het eerste middel is niet ernstig, aangezien de essentiële grief niet lijkt te steunen op een correcte feitelijke grondslag.

B. Tweede middel

Uiteenzetting

7. Het tweede middel wordt door verzoekende partij zelf samengevat als volgt:

“7.2.1. Samenvatting van het tweede middel

Het tweede middel wordt afgeleid uit een schending van artikel 65/5, 7° van de Overheidsopdrachtenwet, artikel 110, §2 van het K.B. dd. 8 januari 1996, het zorgvuldigheidsbeginsel, het patere legem quam ipse fecisti-beginsel en de materiële motiveringsplicht van verwerende partij;

Doordat, verwerende partij nalaat de prijsvoorstellen van de inschrijvers verder te onderzoeken en dit onderzoek in het gunningsverslag weer te geven;

En doordat, verwerende partij het regelmatig karakter van de ingediende prijsvoorstellen manifest ontoereikend en foutief motiveert door te verwijzen naar een maximale afwijking van 10% van het ramingsbedrag;

Terwijl, er tussen de prijsvoorstellen van de weerhouden inschrijver, G4S, en verzoekende partij een prijsverschil van maar liefst 19,56% vast te stellen is;

En terwijl, verwerende partij op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel gehouden is tot een grondig en zorgvuldig onderzoek van de geformuleerde prijsvoorstellen; En terwijl een aanbestedende overheid verplicht is om de regelmatigheid van de ingediende offertes na te gaan en dat één van de elementen van deze regelmatigheid is dat de offerte geen abnormale prijzen bevat;

En terwijl, het onderzoek en de beoordeling van de ingediende offertes (inclusief prijsvoorstellen) door een aanbestedende overheid moet steunen op motieven die feitelijk juist of in rechte aanvaardbaar zijn;

Zodat, de in dit middel aangehaalde rechtsbeginselen zijn geschonden”.

Beoordeling

8.1. Artikel 110, §§ 2 en 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 luiden als volgt:

“§ 2 Onverminderd de nietigheid van elke offerte wegens afwijking van de essentiële besteksbepalingen zoals deze opgesomd in artikel 89, kan de aanbestedende overheid offertes als onregelmatig en derhalve als onbestaande beschouwen, indien zij niet overeenstemmen met de bepalingen van deze titel, enig voorbehoud inhouden, of bestanddelen bevatten die niet met de werkelijkheid overeenstemmen.

§ 3 Vooraleer de aanbestedende overheid evenwel een offerte afwijst, wegens haar blijkbaar abnormaal hoge of abnormaal lage eenheidsprijzen of totale prijzen, verzoekt zij de betrokken inschrijver per aangetekende brief hierover de nodige schriftelijke verantwoordingen te verstrekken binnen een termijn van twaalf kalenderdagen, tenzij de uitnodiging een langere termijn bepaalt.

Het is de inschrijver die het bewijs moet leveren van de verzending van die verantwoordingen.

Bij het onderzoek van de vermoedelijk abnormale prijzen kan de aanbestedende overheid met name rekening houden met verantwoordingen gesteund op:

1° de doelmatigheid van het bouwproces, van het productieproces van de producten of van de dienstverlening;

2° de gekozen technische oplossingen en/of uitzonderlijk gunstige omstandigheden waarvan de inschrijver bij de uitvoering van de werken, de levering van de producten of het verlenen van de diensten kan profiteren;

3° de originaliteit van de door de inschrijver aangeboden werken, producten of diensten;

4° de naleving van de bepalingen inzake arbeidsbescherming en arbeidsvoorwaarden die gelden op de plaats waar de opdracht wordt uitgevoerd;

5° de eventuele ontvangst van rechtmatig toegekende overheidssteun door de inschrijver”.

In het kader van het nazicht van blijkbaar abnormaal lage prijzen zoals bepaald door het aangehaalde artikel 110, § 3, beschikt de aanbestedende overheid over een grote beoordelingsvrijheid om al dan niet een onderzoek naar abnormale prijzen te starten en een prijsverantwoording te vragen. De Raad van State mag zich bij een dergelijke beoordeling niet in de plaats stellen van het bestuur. Hij mag desgevraagd 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.

8.2. Aangezien de offerte van de gekozen inschrijver niet werd afgewezen op grond van abnormale prijzen, was de aanbestedende overheid in dit geval niet verplicht om een prijsverantwoording te vragen op grond van artikel 110, § 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996. Dit neemt niet weg dat het wel een plicht voor de aanbestedende overheid is 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 inachtnaam van de zorgvuldigheidsverplichting.

8.3. In het gunningsverslag van 17 januari 2013 worden de offertes van de drie inschrijvers regelmatig bevonden. Specifiek wat de regelmatigheid van de prijzen betreft wordt opgemerkt dat de offertes maximaal 10% afwijken van de raming van het bestek, zodat niet de indruk wordt gewekt dat er sprake is van onregelmatige prijzen.

8.4. Uit het administratief dossier blijkt dat de inschrijvers een offerte hebben ingediend tegen de volgende inschrijvingsbedragen, btw niet inbegrepen:

- | | |
|------------------------------|--------------------|
| - de nv G4S Secure Solutions | 1.919.164,75 euro, |
| - de nv Securitas | 2.294.591,69 euro, |
| - de thv OPC/Seris | 2.041.204,94 euro. |

Voorts blijkt dat de opdracht geraamd was op 2.133.096 euro (btw niet inbegrepen).

8.5. Daarbij dient in de eerste plaats met verzoekende en verwerende partij te worden vastgesteld dat de offerte van de gekozen inschrijver 10,03% afwijkt van de raming. Op het eerste gezicht lijkt verwerende partij, door de afronding tot 10% de grenzen van een redelijke beoordeling echter niet te buiten te zijn gegaan.

8.6. Voorts vormt, bij de beoordeling van het abnormaal karakter van de prijzen de raming in beginsel een aanvaardbaar vergelijkingspunt en een objectief gegeven.

8.7. Het lijkt niet dat het zorgvuldigheidsbeginsel vereist dat ingeval, zoals te dezen, geen van de prijsvoorstellen, afgerond, meer dan 10% van de raming blijkt af te wijken, de aanbestedende overheid daarnaast ook een vergelijking zou moeten maken met het bedrag van de duurste offerte. Bovendien wijst verwerende partij er op het eerste gezicht terecht op dat het prijsverschil tussen de offerte van de gekozen inschrijver en de offerte van verzoekende partij niet 19,56% bedraagt, doch wel 16,36%.

Indien er al een bijkomende vergelijking zou worden gemaakt, lijkt het overigens – mede naar analogie met de bijzondere regeling vervat in artikel 110, § 4, van het voormelde koninklijk besluit die te dezen weliswaar niet van toepassing is - veeleer gebruikelijk en relevant dat vergeleken wordt met de gemiddelde prijs van de offertes, in de plaats van enkel de prijs van de duurste offerte in de vergelijking te betrekken zoals verzoekende partij betoogt. Verwerende partij lijkt er in haar nota terecht op te wijzen dat de afwijking van de inschrijvingsprijs van de gekozen inschrijver ten opzichte van de gemiddelde prijs slechts 7,9% bedraagt.

8.8. Voorts blijkt op het eerste gezicht ook dat verwerende partij op grond van de ingediende offertes zelf reeds over verduidelijkingen bij de prijzen beschikte gelet op het feit dat het bestek er uitdrukkelijk in voorzag dat de

dienstverlener bij zijn offerte onder meer als bijlage G een schriftelijke verduidelijking van de prijszetting diende toe te voegen.

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

8.10. Ten slotte voert verzoekende partij tevens een schending aan van artikel 65/5, 7°, van de wet van 24 december 1993 overeenkomstig welke bepaling de gemotiveerde beslissing de namen van de gekozen inschrijver en van de inschrijvers van wie de regelmatige offerte niet gekozen werd en de juridische en feitelijke motieven, waaronder de kenmerken en relatieve voordelen van de gekozen offerte, dient te bevatten.

In het licht van al het voorgaande kan op het eerste gezicht worden aangenomen dat de vaststelling in het gunningsverslag dat de offertes maximaal 10% afwijken van de raming van het bestek, zodat niet de indruk wordt gewekt dat er sprake is van onregelmatige prijzen en dat de offertes regelmatig zijn, een afdoende formele motivering betreft in het licht van artikel 65/5, 7°, van de wet van 24 december 1993. Op het eerste gezicht lijkt een dergelijke motivering te volstaan in het kader van een facultatief prijsonderzoek - waarbij meer bepaald de onderzochte offertes niet worden uitgesloten van de opdracht.

8.11. Het tweede middel is niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting

9. Verzoekende partij betoogt:

“Het derde middel wordt afgeleid uit een schending van artikel 98 van het K.B. dd. 8 januari 1996 en het zorgvuldigheidsbeginsel;

Doordat, verwerende partij heeft nagelaten te antwoorden op de relevante vragen van verzoekende partij in toepassing van artikel 98 van het K.B. dd. 8 januari 1996 die tijdig aan verwerende partij werden gesteld;

Terwijl, verwerende partij op grond van artikel 98 van het KB. dd. 8 januari 1996 met betrekking tot de vragen of opmerkingen die door de inschrijvers in toepassing van dat artikel 98 worden gesteld, moet oordelen of een rechtzetting van het Bestek of een verdaging van de opening van de offertes (lees: de indieningsdatum) vereist is;

En terwijl, het zorgvuldigheidsbeginsel vereist dat verwerende partij de vragen en opmerkingen die in toepassing van artikel 98 van het K.B. dd. 8 januari 1996 door de inschrijvers worden geformuleerd, grondig onderzoekt; En terwijl het zorgvuldigheidsbeginsel tevens vereist dat verwerende partij de relevante en tijdig geformuleerde opmerkingen en vragen beantwoordt en dit minstens door een aanpassing of verdere verduidelijking van het Bestek;

Zodat, de in dit middel aangehaalde wetsbepalingen en rechtsbeginselen zijn geschonden”.

Beoordeling

10.1. Artikel 98 van het in het middel vermelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 luidt:

“Indien de inschrijver in het bestek of in de aanvullende documenten van de opdracht zodanige vergissingen of leemten vaststelt dat het hem onmogelijk is een prijs te berekenen, of dat de vergelijking van de offertes niet meer opgaat, geeft hij daarvan onverwijld, althans ten minste tien dagen vóór de dag van de opening van de offertes, schriftelijk kennis aan de aanbestedende overheid, behoudens zo de inkorting van de termijn voor het indienen van de offertes niet toelaat deze voorwaarde na te leven.

De aanbestedende overheid oordeelt of het, wegens de belangrijkheid van de vergissingen of de leemten, verantwoord is de zitting van de opening van de offertes te verdagen en een rechtzetting te publiceren”.

10.2. Uit het administratief dossier en de stukken neergelegd door verzoekende partij blijkt dat door verzoekende partij een aantal vragen werden gesteld over het bestek bij e-mailbericht van 11 oktober 2012 en twee e-mailberichten van 5 november 2012.

10.3. Voorts blijkt uit het administratief dossier dat, in tegenstelling tot wat verzoekende partij betoogt, het eerste e-mailbericht van 11 oktober 2012 door verwerende partij onmiddellijk schriftelijk blijkt te zijn beantwoord bij e-mailbericht van diezelfde dag (stuk 15 van het administratief dossier). Dit onderdeel van het middel, dat de Raad van State op zijn minst bevreemdend overkomt, lijkt dan ook feitelijke grondslag te missen.

10.4. In haar nota stelt verwerende partij bovendien formeel dat ook de vragen die door verzoekende partij werden gesteld in haar beide e-mailberichten van 5 november 2012 werden besproken in een telefonisch onderhoud tussen J. W., projectverantwoordelijke binnen verwerende partij, en J. V., sales manager bij verzoekende partij. Zij merkt echter op dat aangezien dit gesprek plaatsvond na het telefonisch contacteren door laatstgenoemde J.V. van eerstgenoemde J.W., kort na de verzending van voormelde e-mails, en tijdens dit gesprek antwoord werd verschaft aan J.V., tot zijn genoegdoening, geen afzonderlijk schriftelijk antwoord werd geformuleerd.

Dat dit telefonisch onderhoud heeft plaatsgevonden wordt door verzoekende partij ter terechtzitting als dusdanig niet betwist.

10.5. Op het eerste gezicht toont verzoekende partij bovendien niet aan dat artikel 98 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 of het zorgvuldigheidsbeginsel tot een – schriftelijke - beantwoording van haar vragen noopte.

10.6. Hoe dan ook valt op te merken dat vooraleer verwerende partij het tweede lid van voormeld artikel 98, zou mogen toepassen, in de eerste plaats voldaan lijkt te moeten zijn aan de voorwaarden gesteld in het eerste lid van deze bepaling.

Er wordt niet betwist dat de vragen ten minste tien dagen vóór de dag van de opening van de offertes ter kennis werden gebracht aan verwerende partij.

Op het eerste gezicht lijken voormelde e-mailberichten - voor zover al mocht worden aangenomen dat dit schriftelijke kennisgevingen zijn in de zin van artikel 98 - inhoudelijk echter niet als kennisgevingen in de zin van deze bepaling te moeten worden beschouwd nu verzoekende partij in deze berichten aan verwerende partij slechts een aantal “vragen” stelt omtrent een aantal besteksbepalingen. Er wordt immers niet gesteld dat het onmogelijk is om een prijs te berekenen, noch dat de vergelijking van de offertes niet meer zou opgaan. Ten slotte wordt er nergens verwezen naar artikel 98 van het koninklijk besluit, noch verzocht om de opening van de offertes uit te stellen of om een rechtzetting te publiceren. Het lijkt dan ook veeleer een verzoek tot nadere inlichtingen over het bestek te betreffen in de zin van artikel 59, tweede lid, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, van welke bepaling echter geen schending wordt ingeroepen.

10.7. Ten overvloede lijkt het administratief dossier aan te tonen dat verwerende partij daarentegen wel is ingegaan op uitdrukkelijke vraag van verzoekende partij bij e-mailbericht van 17 oktober 2012 om de inventaris aan te passen en dienaangaande een rechtzettingsbericht heeft gepubliceerd.

10.8. Ook het derde middel is niet ernstig.

VII. Besluit

11. 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. 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 26 maart 2013,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest