

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 224.580 van 9 september 2013

in de zaak A. 209.839/XII-7436

In zake: de BVBA R.T.S.
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jo Goethals
kantoor houdend te 8800 Roeselare
Kwadestraat 151B/41
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de WEST-VLAAMSE INTERCOMMUNALE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Antoon Lust
kantoor houdend te 8310 Assebroek-Brugge
Baron Ruzettelaan 27
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomen partij:

de BVBA AANNEMINGEN VANLERBERGHE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Carlos De Wolf en Anthony Verheggen
kantoor houdend te 9680 Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 22 augustus 2013, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van de West-Vlaamse Intercommunale [...] dd. 12 juni 2013 waarbij werd beslist de overheidsopdracht met betrekking tot de infrastructuurwerken van de Uitbreiding Ambachtelijke Zone (Ter Barne) te Koekelare [...] niet te gunnen aan [de bvba R.T.S.], die de laagste inschrijver was, wegens een abnormale

eenheidsprijs, maar wel aan de navolgende laagste inschrijver zijnde Vanlerberghe bvba”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 30 augustus 2013 heeft de bvba Aannemingen Vanlerberghe gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

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

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Jo Goethals, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Dirk Peeters, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaten Carlos De Wolf en Jo Blockeel, die verschijnen voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Luc Vermeire 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, de West-Vlaamse Intercommunale (hierna ook: WVI), schrijft een openbare aanbesteding uit voor een aanneming van werken met als voorwerp “Koekelare – uitbreiding ambachtelijke zone”.

De opdracht wordt geraamd op 1.215.545,36 euro, btw en proefkosten inbegrepen, en 1.015.372,93, btw en proefkosten niet inbegrepen, en op 12 februari 2013 aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen.

3.2. Op deze opdracht is het bijzonder bestek “Uitbreiding Ambachtelijke zone” R/001586 nr. 8801 van toepassing. Het voorwerp van de opdracht is riolerings- en wegeniswerken.

3.3 De opening van de offertes vindt plaats op 25 maart 2013. Er blijken negen offertes ingediend. Verzoekende partij heeft de offerte met de laagste prijs ingediend: 996.452,78 euro, btw inbegrepen. De bvba Vanlerberghe heeft de offerte met de tweede laagste prijs ingediend: 1.038.312,61 euro, btw inbegrepen.

3.4. In een eerste aanbestedingsverslag van 8 april 2013 onderzoekt de ontwerper de totale inschrijvingsprijs in het licht van artikel 110, § 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken’; hij besluit dat de offerte met de laagste inschrijvingsprijs een regelmatige inschrijving is.

Vervolgens onderzoekt hij de eenheidsprijzen. Bij verschillende offertes worden lage en/of hoge eenheidsprijzen vastgesteld. Wat de offerte van verzoekende partij betreft besluit de ontwerper dat de eenheidsprijzen voor onder meer post 65 ‘Algemeen droog grondverzet, bestaande gracht te profileren, traject R1-R2’ en post 156 ‘Grondwerk aanleg nutsleidingen, - graven sleuf (incl. grondverzet), binnen de grenzen van de projectzone, volgens 4- 10’, als abnormaal kunnen worden beschouwd en stelt hij voor om voor deze posten een prijsverantwoording te vragen alvorens de opdracht te gunnen.

3.5. Met een aangetekende brief van 16 april 2013 vraagt verwerende partij aan verzoekende partij een prijsverantwoording voor de posten 65 en 156.

3.6. Verzoekende partij antwoordt met een aangetekende brief van 29 april 2013 en deelt een prijsverantwoording mee.

3.7. In een nieuw aanbestedingsverslag van 15 mei 2013 wordt de prijsverantwoording onderzocht. De verantwoording voor post 65 wordt aanvaard maar deze voor post 156 niet. Er wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de bvba Vanlerberghe.

3.8. Op 17 mei 2013 wordt vervolgens nog een nieuw aanbestedingsverslag opgesteld. In dit derde verslag adviseert de ontwerper “onder voorbehoud van aanvullend juridisch advies” om de opdracht toch aan verzoekende partij te gunnen. De prijsverantwoording voor post 156 blijft “technisch en rekenkundig niet aanvaardbaar”, maar “gezien de beperkte omvang van deze post kan deze aanvaard worden, mits aanvullend juridisch advies”.

3.9. Verwerende partij wint juridisch advies in bij haar raadsman.

3.10. Vervolgens beslist het directiecomité van verwerende partij op 12 juni 2013 om de opdracht te gunnen aan de bvba Vanlerberghe en de offerte van verzoekende partij te weren wegens een abnormale eenheidsprijs voor post 156. Dit is de bestreden beslissing, die als volgt wordt gemotiveerd:

“Gelet op de inhoud van het eerste verslag van de ontwerper, Studiebureau Jonckheere bvba, dd. 08-04-2013, inzake de noodzaak tot prijsverantwoording van de inschrijving van aannemer RTS bvba uit Zedelgem;

Gelet op de inhoud van het verslag van de veiligheidscoördinator Feys bvba dd. 18-04-2013;

Gelet de inhoud van het tweede aanbestedingsverslag van de ontwerper dd. 15-05-2013; waarin de prijsverantwoording van RTS niet aanvaard wordt en voorstel tot gunning aan Vanlerberghe onder voorbehoud van het advies van de verzekering van de ontwerper;

Gelet de inhoud van het derde aanbestedingsverslag van de ontwerper dd. 17-05-2013, waarin de prijsverantwoording van RTS voor het studiebureau technisch en rekenkundig niet aanvaard wordt, maar gezien de beperkte omvang toch kan aanvaard worden, mits aanvullend juridisch advies;

Gelet op de inhoud van het juridisch advies van de raadsman van WVI, Meester Peeters van het kantoor Lust & Partners, waarin wordt gesteld dat uit het verslag van het studiebureau duidelijk blijkt dat de gegeven verantwoording voor post 156 niet aanvaard kan worden enerzijds en dat anderzijds de aanbestedende overheid ook niet zomaar kan aannemen dat de door zijn gevraagde rechtvaardiging van een aantal posten en eenheidsprijzen, thans of a posteriori niet meer relevant zou zijn gelet op het geringe belang in de geheelheid van de totale aannemingssom; dat de

aanbestedende overheid eens een rechtvaardiging gevraagd, deze ook dient te beoordelen en na te zien of ze al of niet aanvaard kan worden en er vervolgens ook de logische gevolgen dient te verbinden aan het resultaat van haar onderzoek.

Gelet bovendien op het gegeven dat het aanbestedingsverslag vermeldt dat: ‘Alle overige hoge en lage eenheidsprijzen zijn niet van die aard dat deze een abnormaal karakter hebben. Er wordt hiervoor ook geen prijsverantwoording gevraagd’.

Het directiecomité beslist de opdracht te gunnen aan de navolgende laagste inschrijver, zijnde Vanlerberghe bvba.”

3.11. Met een aangetekende brief van 12 augustus 2013 deelt verwerende partij de gunningsbeslissing mee aan verzoekende partij. Er wordt vermeld dat een wachttermijn van 15 dagen in acht zal worden genomen.

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 wordt haar verzoek ingewilligd.

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’ nog 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 eerste onderdeel van het enige middel

Standpunt van de partijen

6. 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’, van artikel 110, §§ 2 en 3 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aannemingen van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken’, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ en van de “[d]e algemene beginselen van behoorlijk bestuur meer in het bijzonder het gelijkheids-, mededingings-, zorgvuldigheids-, zuinigheids- en motiveringsbeginsel”.

In het eerste middelonderdeel voert verzoekende partij aan dat verwerende partij in de bestreden beslissing ten onrechte overweegt dat, nu zij de gevraagde prijsverantwoording voor post 156 niet heeft aanvaard, zij niet anders kan beslissen dan om de offerte van verzoekende partij te weren. Verzoekende

partij wijst erop dat de rechtspraak van de Raad van State toelaat dat een offerte niet onregelmatig wordt verklaard, zelfs al bevat deze offerte een abnormale eenheidsprijs, in zoverre het aandeel van de “abnormale eenheidsprijs” gering is.

Vervolgens betoogt zij dat verwerende partij minstens de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 en het algemeen motiveringsbeginsel heeft geschonden. In deze geldt, zoals ten andere ook expliciet in het juridisch advies is opgenomen, immers een bijzondere motiveringsverplichting, nu de uiteindelijke beslissing afwijkt van het laatste aanbestedingsverslag. “In de bestreden beslissing staat niet te lezen waarom, ondanks het geringe aandeel van de post met abnormale prijs in de totaalprijs de offerte van verzoekende partij als onregelmatig werd geweerd”, en de motivering als zou verwerende partij verplicht geweest zijn de offerte als onregelmatig te beschouwen omdat een post na verantwoording als abnormaal werd beschouwd, kan niet als een deugdelijk motief gelden nu deze motivering niet naar recht is verantwoord. Een motivering moet immers zowel in rechte als in feite draagkrachtig zijn.

Ten slotte betoogt zij nog dat het “überhaupt niet mogelijk [was] de offerte van verzoekende partij als onregelmatig te bestempelen”. Zij verwijst hierbij naar het geringe belang van post 156 in het totaal van de opdracht. Haar eenheidsprijs van 2,05 euro voor deze post gaf een totaalprijs voor deze post van 1.640 euro en dit maakt 0,016% van de totale aannemingssom en de opdracht is voor deze post gegund voor een bedrag van 8.480 euro, hetgeen overeenkomt met een eenheidsprijs van 10,6 euro en een totaal aandeel in de toegewezen opdracht van 0,8%. Een dergelijk aandeel in de totaalprijs moet niet als een vervalsing van de mededinging of een aantasting van de economie van de opdracht worden beschouwd. Verzoekende partij besluit dat, zelfs al heeft verwerende partij ter zake een discretionaire bevoegdheid, er geen enkel redelijk argument voorhanden is waarom haar offerte als onregelmatig zou moeten worden beschouwd, zelfs al neemt men aan dat de post 156 een abnormale prijs bevat.

7. Verwerende partij werpt in de eerste plaats op dat het middel niet ontvankelijk is omdat het enerzijds niet handelt over de bestreden beslissing zelf maar enkel over het juridisch advies en anderzijds omdat het niet concretiseert

waarin de bestreden beslissing zelf de geschonden geachte bepalingen of beginselen zou schenden.

Verzoekende partij betoogt, zo vervolgt verwerende partij, dat haar offerte, zelfs al bevatte zij abnormale prijzen, niet onregelmatig “moest” worden verklaard, terwijl uit de bestreden beslissing geenszins blijkt – ook niet uit het deel van het advies in die beslissing – dat deze noodzakelijk geschraagd is op de overweging dat de offerte onregelmatig “moest” worden verklaard.

8. Tussenkomende partij meent dat het middel onontvankelijk is in de mate dat tegelijk de schending van de formele en de materiële motiveringsplicht wordt ingeroepen; verzoekende partij zou de motieven kennen.

Zij betwist voorts het standpunt van verzoekende partij dat de aanbestedende overheid niet verplicht was om de offerte van verzoekende partij te weren wegens abnormale prijzen. Zij verwijst hierbij naar bepaalde rechtspraak van de Raad van State en de principes van het nieuwe koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’, waaruit volgens haar volgt dat verwerende partij wel degelijk niet anders kon dan de offerte van verzoekende partij weren nu zij de prijsverantwoording niet had aanvaard.

Beoordeling

9.1. Verzoekende partij betreft het juridisch advies in haar middel daar waar de bestreden beslissing zelf dit advies als bepalend aanhaalt. Het middel is wel degelijk gericht tegen de bestreden beslissing.

9.2. Verzoekende partij mag zich te dezen beroepen op de schending van de formele en materiële motiveringsplicht nu, zoals hierna zal blijken, de in de bestreden beslissing opgenomen redengeving ter terechtzitting fundamenteel lijkt te worden gewijzigd.

10.1. Verwerende partij blijkt te dezen toepassing te hebben gemaakt van artikel 110, § 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, dit is de procedure inzake de abnormale eenheidsprijzen.

10.2. Verzoekende partij lijkt de motivering van de bestreden beslissing zo te hebben begrepen als dat verwerende partij van oordeel was dat, nu zij verzoekende partij om een prijsverantwoording voor post 156 heeft gevraagd en zij deze prijsverantwoording in navolging van de ontwerper niet heeft aanvaard, zij niet anders kon dan de offerte van verzoekende partij te weren. Dit lijkt, gelet op haar argumentatie, ook de manier te zijn waarop tussenkomende partij de motieven van de bestreden beslissing heeft begrepen. Deze lezing lijkt ook het meeste aan te sluiten bij het juridisch advies waarnaar in de bestreden beslissing verwezen wordt en ook de Raad van State begrijpt deze motivering in die zin.

10.3. Ter zitting verklaart de raadsman van verwerende partij echter dat de motivering van de bestreden beslissing niet in die zin moet worden begrepen; verwerende partij zou van mening zijn geweest, gebruik makend van haar discretionaire bevoegdheid, dat de betrokken post 156 niet van gering belang was en dat de offerte van verzoekende partij daarom moest worden geweerd omwille van de abnormale eenheidsprijs voor deze post.

10.4. In dat licht dient, in de huidige stand van het geding, te worden vastgesteld dat de bestreden beslissing aldus blijkt te steunen op een ander motief dan dat geformaliseerd in de beslissing zelf en bijgevolg niet afdoende lijkt gemotiveerd.

10.5. Deze vaststelling volstaat om het enige middel ernstig te bevinden en de bestreden gunningsbeslissing in haar tenuitvoerlegging te schorsen. Het middel zoals ernstig bevonden, biedt echter geen rechtsgrond tot het schorsen van de tenuitvoerlegging van de impliciete weigeringsbeslissing.

BESLISSING

1. Het verzoek van de bvba Aannemingen Vanlerberghe 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 de West-Vlaamse

Intercommunale van 12 juni 2013 tot gunning van de overheidsopdracht “Koekelare – uitbreiding ambachtelijke zone” aan de bvba Aannemingen Vanlerberghe.

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 9 september 2013, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Pierre Barra