

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 225.429 van 12 november 2013
in de zaak A. 197.807/XII-6361**

In zake: de BVBA NATUUR-& GROENBEDRIJF HEYLEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Thomas Bienstman
kantoor houdend te 9000 Gent
Vlaanderenstraat 78
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Steven Ronse en Sofie Logie
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
President Kennedypark 6/24
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de BVBA MARC VERHOEVE
met maatschappelijke zetel te 9230 Wetteren
Gaverstraatje 13

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 27 september 2010, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing van onbekende datum van het Agentschap voor Natuur en Bos waarbij de opdracht met besteknummer ANB/VB/RH/2010/6 met titel ‘Aanleg en verbeteren van grind- en andere halfverharde wegen in ANB-domeinen in het Hageland’ werd gegund aan Verhoeve Marc BVBA, en niet werd gegund aan [de bvba Natuur-& Groenbedrijf Heylen]”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 209.780 van 16 december 2010 is de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen verworpen.

De verzoekende partij heeft een verzoekschrift tot voortzetting van de rechtspleging ingediend.

De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

De tussenkomende partij heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 10 mei 2011.

Auditeur Inge Vos heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij en de verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 24 september 2013.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat An-Sofie Van Brusselt, die loco advocaat Thomas Bienstman verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Melissa Verplancke, die loco advocaat Sofie Logie 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. Het Agentschap voor Natuur en Bos, opgericht als intern verzelfstandigd agentschap van de Vlaamse overheid, schrijft een overheidsopdracht voor de aanneming van werken uit voor de aanleg en het verbeteren van grind- en andere halfverharde wegen in ANB- domeinen in het Hageland.

De waarde van de opdracht wordt geraamd op 82.697,45 euro, btw inbegrepen. De gekozen gunningswijze is de openbare aanbesteding.

3.2. Uit het proces-verbaal van de opening van de inschrijvingen van 20 mei 2010 blijkt dat vijf inschrijvers, waaronder de verzoekende partij en bvba Verhoeve Marc, een offerte indienen. De verzoekende partij heeft de laagste offerte ten bedrage van 54.941,86 euro ingediend.

3.3. De aanbestedende overheid vraagt aan de laagste twee inschrijvers om een prijsverantwoording voor zowel de totale inschrijvingsprijs als voor een aantal eenheidsprijzen. Beiden geven een verantwoording.

3.4. De aanbestedende overheid verwerpt de prijsverantwoordingen en verklaart hun offertes onregelmatig. Er worden uiteindelijk slechts twee offertes regelmatig verklaard, namelijk de offerte van de bvba Marc Verhoeve en die van de nv Quintelier Gebr.

De opdracht wordt gegund aan de bvba Verhoeve Marc als laagste regelmatige inschrijver.

3.5. Met een aangetekend schrijven van 29 juli 2010 wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat haar offerte niet werd “uitgekozen” en dat de reden hiervoor is dat haar prijsverantwoording niet kon worden aanvaard “wegens het niet verantwoorden van post 4 en het onvolledig verantwoorden van

de posten 8 en 9”.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4. De verwerende partij voert als exceptie aan dat er geen bewijs van rechtsgeldige ondertekening van het verzoekschrift tot nietigverklaring voorligt.

Ter terechtzitting doet zij afstand van deze exceptie nu uit de door de verzoekende partij bijgebrachte stukken de ongegrondheid van deze exceptie blijkt.

V. Onderzoek van de middelen

Vooraf

5. De Raad van State merkt op dat een inschrijver van wie de offerte onregelmatig is verklaard, zoals te dezen de offerte van de verzoekende partij, in beginsel geen belang heeft om de toewijzing van een overheidsopdracht aan een concurrerende inschrijver aan te vechten tenzij uit de middelen blijkt dat zijn offerte ten onrechte onregelmatig werd verklaard of dat de opdracht aan geen enkele inschrijver rechtsgeldig mocht worden toegewezen.

De middelen zullen mede in dit licht worden beoordeeld.

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6. De verzoekende partij voert in haar verzoekschrift de schending aan van de formele- en materiële-motiveringsplicht als beginsel van behoorlijk bestuur en van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’.

In essentie merkt zij op dat er weliswaar “een” doch geen “afdoende” motivering voorligt om de door de verzoekende partij verstrekte prijsverantwoording te weigeren en de opdracht niet te gunnen aan de verzoekende partij.

Zij merkt op dat de verantwoording van de prijzen van posten 4, 8 en 9 gebeurde door verwijzing naar haar specialiteit en ervaring en de beschikking over specifieke materialen, en dat bovendien ook de verwijzing naar gelijke opdrachten waarbij dezelfde prijzen werden gehanteerd, weldegelijk een afdoende prijsverantwoording is.

7. De verzoekende partij stelt dat, aangezien de verwerende partij nergens heeft toegelicht hoe zij de prijsverantwoording wenste te zien ingevuld, zij dus zelf mocht kiezen hoe zij haar prijsverantwoording opstelde. Zij wijst erop dat ook in artikel 110 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 er slechts sprake is van "de nodige schriftelijke verantwoordingen". De posten 4, 8 en 9 waren voldoende specifiek verantwoord en het was niet vereist dat zij haar specifieke verantwoording ook woordelijk aan elk van de posten koppelde.

Zij merkt voorts op dat zij wel degelijk concreet uiteengezet heeft in haar prijsverantwoording om welke machines het ging en hoe deze machines leidden tot een rendementsverhoging. Zij betwist dat er sprake zou zijn van een *a posteriori* motivering aangezien de verwerende partij zelf erkent dat nergens werd toegelicht hoe zij de prijsverantwoording wenste ingevuld te zien.

In de mate dat een gebrek aan cijfermatige verantwoording wordt aangeklaagd, merkt zij op dat het cijfermatige verschil zit in de door de machines uitgespaarde handenarbeid. Dat zij geen concreet getal heeft genoemd belet volgens haar niet dat de verantwoording diende te worden aanvaard.

Tenslotte is volgens haar het argument van de verwerende partij dat niet wordt bewezen dat andere inschrijvers niet over hetzelfde materiaal beschikken, niet relevant. Zij wijst erop dat zij dit trouwens niet kan bewijzen.

8. In haar laatste memorie vraagt de verzoekende partij dat de Raad van State de vertrouwelijkheid van de stukken onderzoekt, eventueel met aanstelling van een deskundige hiervoor, en dat er bijzondere aandacht wordt gegeven aan de al dan niet abnormale prijzen van al de andere inschrijvers.

Beoordeling

9. De vraag naar het onderzoek van de vertrouwelijkheid van bepaalde stukken uit het administratief dossier dient te worden afgewezen.

De verwerende partij heeft bij het indienen van het administratief dossier gevraagd om de offertes en de prijsverantwoording vertrouwelijk te behandelen omdat ze bedrijfsgevoelige informatie zouden bevatten; de verzoekende partij heeft in haar inleidend verzoekschrift niet gevraagd inzage te krijgen in de offertes en de eventuele prijsverantwoordingen van de andere deelnemers; evenmin heeft zij in haar memorie van wederantwoord de vraag tot vertrouwelijke behandeling van de verwerende partij betwist.

Haar vraag is dan ook laattijdig; een procespartij dient op een diligente wijze mee te werken aan de procesvoering; de handelwijze van de verzoekende partij is te dezen niet zo.

10. Evenzo moet de vraag van de verzoekende partij om binnen dit middel een doorgedreven onderzoek te voeren naar de prijsvorming bij de andere deelnemers worden afgewezen. Deze vraag van de verzoekende partij betreft immers een substantiële uitbreiding van haar middel; procesmatig is de vraag niet tijdig.

11. Bij aangetekend schrijven van 20 mei 2010 vraagt de verwerende partij aan de verzoekende partij om een prijsverantwoording:

“Geachte,
Ingevolge artikel 110 van het K.B. van 8.01.1996, betreffende overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken verzoek ik u mij binnen de

12 kalenderdagen een verantwoording voor de totale inschrijvingsprijs over te maken.

Bovendien gelieve U overeenkomstig hetzelfde artikel van hetzelfde K.B. de eenheidsprijzen van de posten 4, 8 en 9 binnen dezelfde termijn te verantwoorden.

(...)"

Bij aangetekend schrijven van 31 mei 2010 geeft de verzoekende partij volgende prijsverantwoording:

"(...)

Het aanleggen en onderhouden van park-, bos- en natuurgebieden is onze hoofdactiviteit. Het spreekt voor zich dat in die hoedanigheid we ook vaak dreven en paden dienen (her) aan te leggen.

We beschikken hiertoe over een reeks specifieke machines zoals uit bijgevoegd fotomateriaal mag blijken.

We beschikken over een eigen trilwals met 2,5 ton eigengewicht.

Verder beschikken we over een mini tractor met hydraulisch gestuurd kilverbord. M.b.v. deze mini-tractor kunnen we toplagen van verharding perfect bolrond leggen en met een grote nauwkeurigheidsgraad in het gewenst profiel brengen. Dit kilverbord hebben we op maat laten maken om ons van dienst te kunnen zijn bij de aanleg van dreven en paden in groengebieden.

De gangbare kilverborden die achter tractor of bulldozer kunnen worden ingezet hebben meestal een te grote werkbreedte om nuttig te zijn bij de meestal smallere en minder rechte paden en dreven in groengebieden. Veel handwerk is dan nog nodig om een bevredigend eindresultaat te bekomen. Bij het door ons ingezette kilverbordje valt dit handwerk nagenoeg volledig weg. Het spreekt voor zich dat we hierdoor enig concurrentieel voordeel bekomen hebben.

We voegen u in bijlage graag een inschrijvingsbiljet van een opdracht die we voor ANB hebben uitgevoerd in het kasteelpark Ravenhof te Stabroek. De post 4.3. uit dit bestek correspondeert met de post 8 uit uw dossier. In beide gevallen dient een toplaag met porfiersteenslag te worden aangebracht.

U zal merken dat ongeveer dezelfde eenheidsprijs werd aangehouden. U kan ook ten allen tijde de leidend ambtenaar van deze opdracht, dhr. [X] polsen naar zijn tevredenheid over de door ons uitgevoerde opdracht.

Momenteel hebben we ook dolomietwegen aangelegd voor ANB te Houtem en Weerde. De door ons aangewende éénheidsprijzen zijn vergelijkbaar met post nr. 9 uit dit dossier.

U kan ook hier leidend ambtenaar [Y] polsen of deze werken tot tevredenheid van het bestuur werden uitgevoerd.

(...)"

Het gunningsverslag, waarop de bestreden gunningsbeslissing steunt, vermeldt:

“(…)

Er werd prijsverantwoording gevraagd aan de firma Heylen BVBA voor de totale inschrijvingsprijs alsook voor de posten 2, 4, 8 en 9 welke samen meer dan 60 % van de aanneming uitmaken.

3.5.1.1. De firma Heylen BVBA diende op 31/05/2010 een prijsverantwoording in waaruit blijkt dat:

De totale inschrijvingsprijs wordt verantwoord op basis van:

- aanleggen en onderhouden van park- bos- en natuurwegen behoort tot de hoofdactiviteit
- een specifiek, modern en aangepast machinepark.

Deze verantwoording is aanvaardbaar.

De prijs voor post 4 wordt niet verantwoord. Voor deze post is het dus onmogelijk na te gaan wat de elementen zijn die in rekening werden gebracht en of de inschrijvingsprijs aldus realistisch is samengesteld.

Voor wat betreft de inschrijvingsprijs voor post 8 verwijst de firma Heylen BVBA naar een bestek uitgevoerd voor de provinciale afdeling Antwerpen van het ANB.

Het dient opgemerkt dat in de prijs van een aanneming steeds rekening gehouden dient te worden met de plaatselijke omstandigheden zoals bereikbaarheid, toegankelijkheid, transportkosten, enz. Twee bestekken die precies dezelfde werken omvatten kunnen door de terreinomstandigheden toch in een andere uitvoeringsprijs resulteren.

Het doel van de prijsverantwoording is dan ook om zicht te krijgen op de elementen van de eenheidsprijs om zeker te zijn dat met alle essentiële elementen van het bestek in voldoende mate rekening werd gehouden.

Gelet op het feit dat er voor het bestek waarnaar de firma Heylen BVBA verwijst geen prijsverantwoording diende te worden ingediend geeft de aanbestedende overheid nog steeds geen zicht in de samenstelling van de eenheidsprijs voor deze post ondanks navraag binnen het Agentschap. Deze wijze van verantwoording bestaat dus enkel in het herhalen van een eenheidsprijs weliswaar van een andere opdracht.

Er is in deze dus geen enkel basis waarop objectief kan geconcludeerd worden dat het in deze een realistische en bovenal geen abnormale prijs is voor wat deze opdracht betreft.

Het feit dat opdrachten in het verleden op conforme wijze werden uitgevoerd biedt geen absolute garanties voor toekomstige opdrachten in functie van het onderzoek naar abnormale prijzen en kan dus ook bezwaarlijk in aanmerking genomen worden als verantwoording. De prijsverantwoording dient zich niet uit te spreken over de capaciteiten van de inschrijver maar over het al dan niet realistisch karakter van zijn eenheidsprijzen waarbij referenties geen afdoende garantie bieden.

Voor wat betreft de inschrijvingsprijs voor post 9 van deze opdracht verwijst de firma Heylen BVBA naar een bestek uitgevoerd voor de eigen provinciale afdeling Vlaams-Brabant.

Uit nazicht van onze dossiers, op basis van de gegevens verstrekt door de inschrijver blijkt dat het bestek waarnaar de inschrijver verwijst gegund werd aan de firma Van Raak L. BVBA uit Weelde welke een eenheidsprijs van 15,70 euro (excl. BTW) aanrekende voor de betreffende post in dat bestek wat bovendien een aanzienlijk verschil is met de door Heylen BVBA aangerekende 9 euro (excl. BTW), zijnde een verschil van 42 %, voor de huidige opdracht.

Gelet op het feit dat de aanbestedende overheid door middel van het vragen van een prijsverantwoording van specifieke posten inzicht wil krijgen in de berekeningswijze die de aannemer heeft toegepast om zijn betreffende eenheidsprijs te berekenen en dat de elementen zoals aantal manuren, kostprijs per man uur in te zetten machines, transportkosten, materiaalprijzen, enz. die hiertoe kunnen dienen hier volledig ontbreken;

De prijsverantwoording zoals ingediend door de firma Heylen BVBA is onvolledig omwille van het niet verantwoorden van post 4 en de onvolledige verantwoording van de posten 8 en 9. Hierdoor dient deze prijsverantwoording als onaanvaardbaar te worden beschouwd.”

In de bestreden gunningsbeslissing wordt vervolgens opgemerkt dat “gelet op het aanvullend prijsonderzoek waaruit blijkt dat er slechts een onvolledige en daardoor onaanvaardbare verantwoording kon worden gegeven voor de opgegeven prijzen, de inschrijvingen van de firma’s Heylen BVBA en Green Road NV niet kunnen worden weerhouden”.

12. Wat de aangevoerde schending van de formele-motiveringsplicht betreft toont de verzoekende partij niet aan waarom zij niet in de mogelijkheid was om, op grond van de bestreden beslissing en het bijhorende gunningsverslag, waarvan zij in ieder geval kennis kreeg vóór het indienen van het verzoekschrift, de bestreden beslissing met kennis van zaken te betwisten. Het tegendeel blijkt zelfs uit het verzoekschrift waarin zij deze beoordeling en motieven omstandig inhoudelijk betwist. Er blijkt dan ook dat aan het doel van de formele-motiveringsplicht is voldaan.

13.1. In het kader van het nazicht van blijkbaar abnormale prijzen zoals bepaald in artikel 110, §§ 3 en 4, koninklijk besluit van 8 januari 1996, beschikt een aanbestedende overheid over een grote beoordelingsvrijheid om

gegeven prijsverantwoordingen al dan niet te aanvaarden. 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. Een inschrijver moet weten dat een verzoek tot prijsonderzoek een ernstige aangelegenheid is en mag zich niet beperken tot vaagheden en algemeenheden; hij moet zijn prijzen concreet en onderbouwd verantwoorden en objectief verklarende factoren opgeven.

13.2. Uit de bestreden gunningsbeslissing en het gunningsverslag blijkt dat de verwerende partij de offerte van de verzoekende partij onregelmatig heeft verklaard wegens het niet verantwoorden van de opgegeven eenheidsprijs voor post 4 en de onvolledige verantwoording van de eenheidsprijzen voor de posten 8 en 9.

Hoewel de door de verzoekende partij opgegeven verantwoording voor de totaalprijs, zijnde haar ervaring en specifiek machinepark, mogelijks tevens een verantwoording zouden kunnen zijn voor de volgens de verwerende partij schijnbaar abnormaal lage eenheidsprijzen voor de posten 4, 8 en 9, dient te worden vastgesteld dat de verzoekende partij in haar prijsverantwoording voormelde verantwoordingen alvast niet expliciet betreft op de eenheidsprijzen waarvoor eveneens verantwoording werd gevraagd. Bovendien ontbreekt dienaangaande elke cijfermatige verantwoording. De opmerking van de verzoekende partij dat zij beschikt “over een reeks specifieke machines” wordt slechts gestaafd door een zestal foto’s, doch nergens concreet uitgewerkt ten aanzien de schijnbaar abnormale eenheidsprijzen. Terecht stelt de verwerende partij dan ook dat geen inzicht wordt gegeven in de berekeningswijze die de aannemer heeft toegepast om zijn betreffende eenheidsprijs te berekenen en dat de elementen zoals aantal manuren, kostprijs per man uur in te zetten machines, transportkosten, materiaalprijzen, enzovoort, die hiertoe kunnen dienen volledig ontbreken in de prijsverantwoording.

13.3. Ten slotte dient te worden vastgesteld dat de loutere verwijzing naar gelijkaardige opdrachten waarbij dezelfde prijzen werden gehanteerd geen

afdoende prijsverantwoording is, te meer wanneer niet blijkt dat de opgegeven eenheidsprijzen in het kader van die andere opdrachten effectief werden onderzocht en verantwoord. Het betreft als dusdanig ook geen verantwoording die kan worden betrokken op een objectieve verklarende factor.

13.4. Gelet op deze overwegingen mag dan ook worden besloten dat niet wordt aangetoond dat de verwerende partij door op grond van voormelde motivering te besluiten tot onregelmatigverklaring van de offerte van de verzoekende partij, niet voldaan heeft aan de materiële motiveringsverplichting.

14. Het middel is niet gegrond.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

15. De verzoekende partij voert de schending aan van het zorgvuldigheidsbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur en het gelijkheidsbeginsel vervat in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

Zij wijst erop dat er een niet te miskennen kloof was tussen de inschrijvingsbedragen van de offertes van de verzoekende partij, nv Green Road en bvba Verhoeve Marc enerzijds, en de offertes van de twee andere inschrijvers anderzijds. Zij erkent dat de verwerende partij weliswaar niet verplicht was om op grond van artikel 110, § 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 een prijsverantwoording te vragen aan de gekozen inschrijver, bvba Marc Verhoeve, doch stelt dat de verwerende partij door dergelijke prijsverantwoording niet te vragen wel de zorgvuldigheidsplicht heeft geschonden. Het gaat volgens de verzoekende partij niet op dat enkel aan haar en nv Green Road een prijsverantwoording werd gevraagd, terwijl bvba Marc Verhoeve, die een offerte heeft ingediend in dezelfde prijsklasse en die slechts nipt onder de wettelijke 15 % afwijking viel, niet om een verantwoording werd verzocht. Volgens de verzoekende partij werden nv Green Road en zichzelf ongelijk behandeld ten opzichte van de gekozen inschrijver, hoewel zij een gelijkaardige offerte hebben ingediend.

Beoordeling

16. Uit de beoordeling van het eerste middel is gebleken dat de offerte van de verzoekende partij terecht onregelmatig werd verklaard. Dienvolgens moet de verzoekende partij aantonen dat aan geen enkele inschrijver de opdracht mocht worden gegund. Daar voorliggend middel er enkel kan toe leiden vast te stellen dat de offerte van de bvba Marc Verhoeve onregelmatig was terwijl de offerte van de nv Quintelier Gebr. hier niet in het geding is, is het besluit dat de verzoekende partij geen belang heeft bij haar middel dat niet ontvankelijk is.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing en het beroep tot nietigverklaring, begroot op 350 euro.

De tussenkommende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 12 november 2013, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Geert Debersaques,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest