

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 225.615 van 26 november 2013
in de zaak A. 210.612/XII-7496**

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

tegen:

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

Tussenkommende partij:

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

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 31 oktober 2013, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van de West-Vlaamse Intercommunale (wvi genoemd) [...] dd. 9 oktober 2013 waarbij werd beslist de overheidsopdracht met betrekking tot de infrastructuurwerken van de Uitbreiding Ambachtelijke Zone (Ter Barne) te

Koekelare (openbare aanbesteding van 25 maart 2013 om 11.00) te gunnen aan de tweede laagste inschrijver zijnde Vanlerberghe bvba, en niet te gunnen aan [de bvba R.T.S.], die de laagste inschrijver was, wegens een abnormale eenheidsprijs”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 12 november 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 21 november 2013, om 10.30 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 advocaat Anthony Verheggen, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Luc Vermeire heeft een andersluidend 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 verwerende partij schrijft een openbare aanbesteding uit voor een aanneming van werken met als voorwerp “Koekelare – uitbreiding

ambachtelijke zone”. Het voorwerp van de opdracht is riolerings- en wegeniswerken.

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

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

3.3. 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 inschrijvers worden lage en/of hoge eenheidsprijzen vastgesteld.

Wat de offerte van de 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 voor 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.

“Rekening houdend met het voorgaande” stelt de ontwerper onder “Voorgestelde toewijzing” voor “de prijsverantwoording af te wachten alvorens de werken toe te wijzen”.

3.4. Met een aangetekende brief van 16 april 2013 vraagt de verwerende partij aan de verzoekende partij een prijsverantwoording voor de “abnormaal lage eenheidsprijzen” voor posten 65 en 156.

3.5. De verzoekende partij antwoordt met een aangetekende brief van 29 april 2013 en deelt een prijsverantwoording mee.

3.6. 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 Aannemingen Vanlerberghe als de laagste regelmatige inschrijver.

3.7. 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 de 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”.

3.8. De verwerende partij wint juridisch advies in bij haar raadsman.

3.9. Vervolgens beslist het directiecomité van de verwerende partij op 12 juni 2013 om de offerte van de verzoekende partij te weren wegens een abnormale eenheidsprijs voor post 156 en de opdracht te gunnen aan de “navolgende laagste inschrijver, zijnde Vanlerberghe bvba”.

3.10. In de zaak A. 209.839/XII-7436 vraagt de verzoekende partij vervolgens de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende

noodzakelijkheid van deze beslissing van 12 juni 2013 om de opdracht niet te gunnen aan de verzoekende partij maar wel aan de bvba Vanlerberghe.

Bij arrest nr. 224.580 van 9 september 2013 beveelt de Raad van State 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. De vordering tot schorsing wordt voor het overige verworpen.

3.11. Vervolgens beslist de verwerende partij op 9 oktober 2013 om de offerte van de verzoekende partij als onregelmatig af te wijzen wegens de abnormale eenheidsprijs voor post 156, om “de beslissing van de wvi van 12-06-2013 tot gunning van de opdracht ‘Koekelare – uitbreiding ambachtelijke zone’ aan de bvba Aannemingen Vanlerberghe” in te trekken en om die opdracht “te gunnen aan de bvba Aannemingen Vanlerberghe”.

Deze beslissing is als volgt gemotiveerd:

“Gelet op het besluit van de wvi van 12-06-2013 waarbij beslist werd om de opdracht te gunnen aan de bvba Aannemingen Vanlerberghe;
Gelet op de kennisgevingen, aangetekend verstuurd op 12-08-2013;
Gelet op het verzoekschrift houdende het verzoek tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van de wvi van 12-06-2013, uitgaande van de bvba RTS van 22-08-2013;
Gelet op het arrest van de Raad van State (nr. 224.580) van 09-09-2013, waarbij de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van de wvi van 12-06-2013 tot gunning van de overheidsopdracht ‘Koekelare – uitbreiding ambachtelijke zone’ aan de bvba aannemingen Vanlerberghe, werd bevolen;
Gelet op de overweging 10.4 van het arrest van de Raad van State (nr. 224.580) van 09-09-2013 die als volgt luidt: ‘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’;
Gelet op de overweging 10.5 van het arrest van de Raad van State (nr. 224.580) van 09-09-2013 waarin wordt gesteld dat het ernstig bevonden

middel geen rechtsgrond biedt tot het schorsen van de tenuitvoerlegging van de impliciete weigeringsbeslissing;

Dat derhalve aangenomen moet worden dat de impliciete weigeringsbeslissing in het besluit van de wvi van 12-06-2013, aangetekend ter kennis gebracht op 12-08-2013, niet geschorst werd en ten uitvoer kan gelegd worden;

Dat derhalve enkel de beslissing tot gunning aan de bvba Vanlerberghe in het besluit van de wvi van 12-06-2013, geschorst werd;

Overwegende dat de wvi de bij arrest van de Raad van State van 09-09-2013 de geschorste beslissing tot gunning aan de bvba Vanlerberghe moet intrekken teneinde o.m. een nietigverklaring op grond van het middel, dat tot schorsing heeft geleid, te vermijden;

Overwegende dat de wvi nuttig gevolg moet geven aan een schorsingsarrest van de Raad van State;

Dat de schorsing van de beslissing tot gunning aan de bvba Vanlerberghe van 12-06-2013 niet betekent dat deze beslissing uit de rechtsorde verdwijnt;

Dat de impliciete weigeringsbeslissing evenwel blijft bestaan aangezien deze niet geschorst werd, en evenmin nietig werd verklaard;

Gelet op de openbare aanbesteding voor 'Infrastructuurwerken van het bedrijventerrein Ambachtelijke Zone Uitbreiding Koekelare';

Gelet op de vaststelling dat het project 'Infrastructuurwerken van het bedrijventerrein Ambachtelijke Zone Uitbreiding Koekelare' door de schorsing van de gunningsbeslissing van 12-06-2013 niet kan worden aangevat;

Gelet op de vaststelling dat deze werken spoedig moeten starten omwille van de dringende nood aan vestigingsmogelijkheden voor bedrijven in Koekelare zoals dit afdoende blijkt uit de motivering horende bij het bestemmingsplan en de vele vestigingsaanvragen van bedrijven;

Dat de wvi derhalve de opdracht spoedig moet kunnen gunnen zodat de werken kunnen worden aangevat;

Overwegende dat de wvi derhalve een nieuwe beslissing tot gunning moet nemen;

Overwegende dat de ontwerper in zijn verslag van 08-04-2013 voorgesteld heeft om voor de posten 65 en 156 van de bvba RTS prijsverantwoording te vragen.

Overwegende dat de wvi aan de bvba RTS bij aangetekende brief van 16-04-2013 voor de posten 65 en 156 om prijsverantwoording heeft gevraagd.

Overwegende dat de ontwerper in zijn verslag van 17-05-2013 stelt dat de door de bvba RTS gegeven prijsverantwoording voor de post 65 aanvaard kan worden doch dat de door de bvba RTS gegeven prijsverantwoording voor de post 156 technisch en rekenkundig niet aanvaardbaar is;

Dat de ontwerper in dit verslag evenwel aangeeft dat gezien de beperkte omvang van deze post 156 deze toch aanvaard kan worden, mits aanvullend juridisch advies;

Dat de ontwerper in dit advies dus voorstelt om de werken – onder voorbehoud van aanvullend juridisch advies – toe te wijzen aan de bvba RTS.

Overwegende dat de wvi bij haar raadsman juridisch advies heeft ingewonnen;

Overwegende dat de wvi in het licht van dit advies het voorstel van de ontwerper niet kan volgen;

Overwegende immers dat de ontwerper voor post 156 prijsverantwoording heeft voorgesteld;

Dat de wvi voor post 156 ook prijsverantwoording heeft gevraagd;

Dat een inschrijver een verzoek tot prijsverantwoording ernstig moet nemen.

Overwegende dat de ontwerper in zijn verslag van 17-05-2013 klaar en duidelijk stelt dat de door de bvba RTS gegeven prijsverantwoording technisch en rekenkundig niet aanvaardbaar is;

Overwegende dat de Raad van State reeds bij arrest van 30-11-2009 (nr. 198.368) in het kader van een verzoek tot nietigverklaring heeft beslist dat de aanbestedende overheid in dergelijk geval niet tot een relatieve nietigheid kan beslissen. Het gering belang van de in vraag gestelde post niet kan betekenen dat de offerte – eens de gevraagde prijsverantwoording niet aanvaardbaar is – alsnog regelmatig zou worden bevonden;

Overwegende dat de Raad van State in het arrest van 30-11-2009 (nr. 198.368) letterlijk stelt: ‘dat krachtens hetzelfde artikel 110 §3, wanneer de eenheidsprijs voor een post abnormaal laag wordt geacht, nadat de verstrekte verantwoordingen niet konden worden aanvaard, de aanbestedende overheid de offerte als onregelmatig moet afwijzen’;

Overwegende dat derhalve deze interpretatie door de Raad van State van artikel 110 §3 van het Koninklijk Besluit van 08-01-1996, de wvi geen keuze heeft dan om de offerte van de bvba RTS als onregelmatig af te wijzen, aangezien de eenheidsprijs voor post 156 als abnormaal laag werd beschouwd en de door de bvba RTS gegeven prijsverantwoording niet kan worden aanvaard;

Overwegende dat ook de wetgever de voormelde juridische zienswijze van de Raad van State in het arrest van 30-11-2009 heeft overgenomen in de recent van kracht geworden nieuwe wetgeving, meer bepaald in artikel 95 van het KB Plaatsing klassieke sectoren van 15-07-2011 (zie verslag aan de Koning, BS 09-08-2011, blz. 44909);

Overwegende dat de offerte van de eerste laagste inschrijver derhalve als onregelmatig wordt afgewezen;

Dat de wvi derhalve geen rekening houdt met deze offerte bij de gunning van de opdracht;

Overwegende dat de wvi, gelet op het gunningscriterium, de opdracht moet toewijzen aan de navolgende gerangschikte regelmatige laagste inschrijver, zijnde de bvba Aannemingen Vanlerberghe;

Het directiecomité beslist om de beslissing van de wvi van 12-06-2013 tot gunning van de opdracht ‘Koekelare – uitbreiding ambachtelijke zone’ aan de bvba Aannemingen Vanlerberghe in te trekken;

Het directiecomité beslist vervolgens om de opdracht ‘Koekelare – uitbreiding ambachtelijke zone’ te gunnen aan de bvba Aannemingen Vanlerberghe”.

3.13. Met een aangetekende brief van 18 oktober 2013 deelt de verwerende partij deze beslissing mee aan de 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. 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, de 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 tweede middel

Standpunt van de partijen

6. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 15 van de wet van 24 december 1993, 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’ en van “[d]e algemene beginselen van behoorlijk bestuur meer in het bijzonder het gelijkheids-, mededingings-, zorgvuldigheids-, zuinigheids- en materiële motiveringsbeginsel”.

Zij betoogt onder meer dat haar offerte, ook al bevat ze een abnormale prijs, wat zij betwist in het tweede onderdeel van dit middel, ten onrechte onregelmatig werd verklaard.

De verzoekende partij benadrukt dat zij het standpunt van het juridisch advies, zoals overgenomen in de bestreden beslissing, en de aanvulling in dat besluit, dat “moest” worden geweerd, niet deelt. Zij verwijst in de eerste plaats naar rechtsleer en Nederlandstalige rechtspraak van de Raad van State waarbij zij in het bijzonder refereert naar het arrest nv WEGEBO, nr. 218.210 van 27 februari

2012. Hieruit leidt zij af dat een offerte niet onregelmatig moet worden verklaard, zelfs al bevat deze offerte een abnormale prijs, voor zover het aandeel van de “abnormale eenheidsprijs” gering is. Wanneer is vastgesteld dat een eenheidsprijs “niet met de werkelijkheid overeenstemt” en dus “abnormaal” is, “kan” de aanbestedende overheid ook blijkens artikel 110, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, de offerte als onregelmatig beschouwen. “Kan” mag niet als “moet, hetzij een verplichting” worden gelezen. Dit is ook enkel mogelijk als, overeenkomstig artikel 110, § 3, vooraf om verantwoording is gevraagd en zij vervolgt:

“Wanneer de overheid vermoedt dat er een abnormale eenheidsprijs wordt voorgesteld –van een zekerheid, laat staan een beslissing, is er nog geen sprake– dan is de overheid verplicht, wil ze uiteindelijk de mogelijkheid hebben de offerte onregelmatig [te] verklaren op grond van abnormale prijzen vooraf verantwoording te vragen.

3. Eerst wanneer de verantwoording binnen is zal binnen het kader van de niet limitatieve opsomming van elementen zoals uiteengezet in art. 110,§3 KB geoordeeld moet[en] worden of de prijs abnormaal is.

Is het antwoord ontkennend dat kan de offerte (op dit element) niet als onregelmatig worden beschouwd.

Is het antwoord bevestigend, en is dus vastgesteld dat een onderdeel van de offerte niet met de werkelijkheid overeenstemt (zie art. 110 KB) dan staat het aan de aanbestedende overheid vrij te beslissen of de offerte (in haar geheel) als onregelmatig moet worden beschouwd.

4. Zij is evenwel niet verplicht om tot de onregelmatigheid te beslissen. In het KB staat duidelijk te lezen kan de offerte onregelmatig verklaren. Dit wijst op een discretionaire bevoegdheid wat een bijzondere motiveringsverplichting met zich meebrengt.

Anders dan men wil doen geloven is er geen equatie tussen abnormaliteit en onregelmatigheid.

In wezen past de verwerende partij art. 110 §4 KB toe, dat hier niet van toepassing is, doch waar een vastgestelde abnormaliteit van de prijs de verplichting met zich meebrengt om de offerte als onregelmatig af te wijzen.”

De verzoekende partij betwist vervolgens de verwijzing in de bestreden beslissing naar artikel 95 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ en naar het Verslag aan de Koning bij dat besluit. Zij benadrukt dat het Verslag aan de Koning genuanceerd is

en niet uiteenzet dat het komend recht meteen ook de correcte interpretatie is van artikel 110, §§ 2 en 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 zoals te dezen van toepassing. Integendeel in het Verslag wordt opgemerkt dat deze “strengere benadering [...] evenwel [wordt] getemperd doordat overeenkomstig artikel 21 van dit ontwerp het voortaan, zelfs bij aanbesteding, mogelijk is de inschrijver over een prijs te ondervragen zonder de procedure van het onderzoek van abnormale prijzen op te starten”. Aldus geeft het Verslag aan de Koning toe dat het komend recht niet de “juiste interpretatie” is van de thans toepasselijke bepalingen. Men kan bijgevolg, aldus de verzoekende partij, niet zeggen dat, wanneer een offerte behept is met een abnormale prijs, dit ook in het “verleden” een absolute nietigheid met zich meebracht. Ook het feit dat dit komend recht niet met terugwerkende kracht is ingevoerd, wijst er volgens de verzoekende partij op dat de bepalingen zoals ze in de toekomst gelden niet van toepassing zijn in het verleden, dus in deze zaak.

Vervolgens voert zij aan dat de Franstalige rechtspraak waarop de nieuwe regeling steunt, berust op een aantal denkfouten. In de eerste plaats gaat deze interpretatie (“moet weren”) in tegen de letterlijke tekst van artikel 110, § 2, (“kan”). Tevens wordt in die rechtspraak ten onrechte gesteld dat door een offerte met een abnormale prijs niet te weren de gelijke behandeling wordt geschonden doordat een offerte met een abnormale prijs vergeleken wordt met regelmatige offertes. Aldus wordt ten onrechte de indruk gewekt dat elke offerte met een abnormale prijs per definitie onregelmatig is. Evenzeer ten onrechte wekt die rechtspraak de indruk dat een niet op abnormale prijzen gecontroleerde offerte geen abnormale prijzen zou bevatten en dus per definitie regelmatig zou zijn.

Zij besluit dit deel van het eerste onderdeel als volgt:

“Uit wat hierboven is uiteengezet kan dan ook niet anders dan besloten worden dat de verwerende partij, door de (laagste) offerte van de verzoekende partij als onregelmatig te beschouwen louter omwille van een abnormale eenheidsprijs, bewerende dat dit moest, art. 110,§2 (en §3) van het KB heeft geschonden. Art. 110,§2 KB laat immers de mogelijkheid de offerte [te] weren wegens abnormale eenheidsprijs zonder dat dit als een verplichting geldt.”

7. De verwerende partij schetst in dit verband op de eerste plaats de procedure van het abnormaal prijsonderzoek en citeert *in extenso* de redengeving in de bestreden beslissing. Zij wijst erop dat de verzoekende partij rechtspraak citeert die gebaseerd is op een “feitelijke constellatie” die anders is dan het voorliggend geval en dat de rechtsleer waarop de verzoekende partij zich beroept verouderd dan wel niet relevant is.

8. De tussenkomenende partij merkt op dat de bestreden beslissing overeenstemt “met de wil van de regelgever, zoals uiteengezet naar aanleiding van de nieuwe regelgeving inzake de gunning van overheidsopdrachten, inzonderheid de artikelen 21 en 95 van het koninklijk besluit plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren d.d. 15 juli 2011”. Deze nieuwe regeling moet worden geacht uiting te geven aan de huidige praktijk en principes inzake prijsonderzoek; immers in het Verslag aan de Koning wordt opgemerkt dat de keuze voor deze artikelen “is ingegeven door de wil om rekening te houden met de recente evolutie in de rechtspraak van de Raad van State”. Deze artikelen en toelichting bevestigen dat eenmaal een verantwoording voor een abnormaal geachte prijs niet wordt aanvaard de offerte behept is met absolute nietigheid. De omstandigheid dat in de nieuwe regelgeving er een “nieuwe” mogelijkheid is opgenomen om inlichtingen over de prijs aan een inschrijver te vragen zonder officieel over te gaan tot een vraag om prijsverantwoording voor een abnormaal geachte prijs, is hier niet relevant omdat ook reeds in het koninklijk besluit van 8 januari 1996 er die mogelijkheid was; artikel 88 voorziet immers in de mogelijkheid voor een aanbestedende overheid om inlichtingen aan de inschrijvers te vragen, ook bij aanbestedingen voor zover het bestek dit voorschrijft. Voorts weerlegt zij dat de Franstalige rechtspraak opgenomen in de bestreden beslissing denkfouten zou bevatten.

Beoordeling

9. Overeenkomstig artikel 15 van de wet van 24 december 1993 dient bij openbare of beperkte aanbesteding de opdracht te worden toegewezen aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte indiende.

1996 bepaalt:

“§ 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 gebaseerd 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.

Wanneer het geraamde bedrag van de opdracht het bedrag voor de Europese bekendmaking bereikt en de aanbestedende overheid vaststelt dat een offerte abnormaal laag is doordat de inschrijver overheidssteun heeft ontvangen, kan de offerte alleen op uitsluitend die grond worden afgewezen indien de inschrijver desgevraagd niet binnen en door de aanbestedende overheid bepaalde voldoende lange termijn kan aantonen dat de betrokken steun rechtmatig is toegekend. Wanneer de aanbestedende overheid in een dergelijke situatie een offerte weert, stelt zij daarvan de Europese Commissie in kennis”.

10. In de bestreden beslissing wordt de zienswijze aangekleefd dat wanneer de verantwoording voor een abnormaal geachte eenheidsprijs niet wordt

aanvaard, de offerte waartoe de post met die eenheidsprijs behoort, als onregelmatig moet worden verworpen en buiten beschouwing gelaten.

11. Deze zienswijze wordt niet bijgevalen. Artikel 110, § 3, voornoemd, voorziet niet in een substantiële nietigheid voor de offerte waarin een abnormale eenheidsprijs wordt vastgesteld; aldus moet een aanbestedende overheid een offerte met een abnormale prijs voor een bepaalde post niet in alle omstandigheden onregelmatig verklaren na het verwerpen van de prijsverantwoording.

De in de bestreden beslissing ter adstructie ingeroepen rechtspraak van de Raad van State, namelijk het arrest bvba SOGEPAR, nr. 198.368 van 30 november 2009, lijkt trouwens niet zo stringent als de verwerende partij laat uitschijnen; immers, *in fine* van dit arrest wordt een repliek gevoerd inzake de financiële impact van de kwestieuze post met de abnormale eenheidsprijs, hetgeen precies het betrekkelijke van de onregelmatigheid laat uitschijnen.

Evenmin overtuigt de verwijzing in de bestreden beslissing naar het hier niet van toepassing zijnde artikel 95 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 en het daaraan voorafgaand Verslag aan de Koning. Mocht het al zo zijn dat dit artikel de aanbestedende overheid zou verplichten een offerte in elk geval te weren bij het niet aanvaarden van een prijsverantwoording voor een bepaalde post, dan nog dient te worden opgemerkt dat deze nieuwe regelgeving gepaard lijkt te gaan met het nieuwe artikel 21 van dit koninklijk besluit waarbij een aanbestedende overheid een inschrijver kan bevragen over een prijs zonder de procedure van het onderzoek naar abnormale prijzen op te starten. Dat dit ook reeds onder vigueur van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 mogelijk zou zijn geweest leidt niet tot een andere opvatting omdat in dat geval, bij een aanbesteding, het bestek in deze mogelijkheid diende te voorzien, wat hier niet het geval lijkt. Het nieuwe artikel 95 *iuncto* artikel 21 lijken dan ook geen louter hernemen van vorige regelgeving.

Het middelonderdeel is in die mate ernstig en kan de schorsing van de tenuitvoerlegging van de gunningsbeslissing verantwoorden. De verzoekende partij heeft belang bij dit middelonderdeel aangezien het de verwerende partij ertoe kan aanzetten zich opnieuw uit te spreken over de regelmatigheid van de offerte van de verzoekende partij. Het lijkt echter geen rechtsgrond te bieden tot het schorsen van de tenuitvoerlegging van de impliciete weigeringsbeslissing om de opdracht te gunnen aan de verzoekende partij.

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 9 oktober 2013 waarbij de overheidsopdracht van aanneming van werken met betrekking tot de infrastructuurwerken van de Uitbreiding Ambachtelijke Zone (Ter Barne) te Koekelare wordt gegund aan de bvba 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 26 november 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