

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 226.596 van 3 maart 2014
in de zaak A. 211.575/XII-7579**

In zake: de NV B & R – BOUW & RENOVATIE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Ludo Ockier en Filip Rogge
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
Beneluxpark 3
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de PROVINCIE WEST-VLAANDEREN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bart Staelens
kantoor houdend te 8000 Brugge
Stockhouderskasteel
Gerard Davidstraat 46, bus 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV MONUMENT VANDEKERCKHOVE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Arnoud Declerck en Eva Roels
kantoor houdend te 8530 Harelbeke
Kortrijksesteenweg 387
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 4 februari 2014, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van

“- de beslissing van [de provincie West-Vlaanderen] van 16/01/2014 waarbij de offerte van de nv B & R – Bouw & Renovatie in het kader van de openbare

- aanbesteding betreffende ‘de renovatie gebouwen domeinhoeve Bergelen, lot ruwbouw/afwerking’ wordt geweerd;
- de beslissing van [de provincie West-Vlaanderen] waarbij de opdracht aldus niet aan de nv B & R – Bouw & Renovatie wordt toegewezen, doch er op 16/01/2014 wordt besloten tot gunning van de ‘werkenopdracht: renovatie gebouwen domeinhoeve Bergelen, lot ruwbouw/afwerking’ aan de nv Monument Vandekerckhove, [...] voor een gecorrigeerd bedrag van 1.471.850,92 euro excl. BTW, hetzij 1.780.939,61 euro incl. BTW”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 13 februari 2014 heeft de nv Monument Vandekerckhove gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 25 februari 2014, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Andy Pachtenbeke, die loco advocaat Ludo Ockier verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Samuel Mens, die loco advocaat Bart Staelens verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Arnaud Declerck, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Ann Eylenbosch 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 Provinciebestuur West-Vlaanderen schrijft een opdracht uit voor de aanneming van werken met als voorwerp de “renovatie gebouwen domeinhoeve Bergelen te Wevelgem, lot: ruwbouw en afwerking”. De opdracht wordt gegund volgens de procedure van de openbare aanbesteding.

De prijs voor de uitvoering van de opdracht wordt geraamd op 1.423.044,64 euro, btw niet inbegrepen.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 22 juni 2013.

De opdracht is onderworpen aan het bijzonder bestek met het projectnummer 2008/2454-04 en het dossiernummer 0216/2012/009/Geb22.

3.2. De opening van de offertes vindt plaats op 20 september 2013. Volgens het proces-verbaal van opening hebben zes inschrijvers een offerte ingediend aan de volgende bedragen, btw niet inbegrepen:

- de nv B & R – Bouw & Renovatie	1.452.999,64 euro,
- de nv Monument Vandekerckhove	1.472.882,62 euro,
- de nv Versluys Geert	1.501.076,14 euro,
- de nv Vandendorpe Arthur	1.505.970,98 euro,
- de nv Meuleman	1.530.082,32 euro,
- de nv Detrac	1.530.572,38 euro.

3.3. Met een aangetekend schrijven van 8 oktober 2013 vraagt de verwerende partij aan de verzoekende partij om prijsverantwoording:

“In toepassing van artikel 88 § 2 van het KB van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten wordt om prijsverantwoording gevraagd voor volgende posten: 11.10, 12.72.4, 31.23 betreffende bovenvermelde werken”.

3.4. Met een aangetekend schrijven van 18 oktober 2013 geeft de verzoekende partij een verantwoording voor elk van de drie betrokken posten. Het besluit luidt:

“Wij bevestigen hierbij dan nogmaals al deze werken te kunnen uitvoeren tegen deze eenheidsprijzen en conform het lastenboek”.

3.5. Op 6 december 2013 wordt het aanbestedingsverslag opgesteld.

Na het doorlopen van de administratieve en rekenkundige controle van de offertes worden bij het doorlopen van de financiële controles van de offertes opmerkingen geformuleerd omtrent de offerte van de verzoekende partij:

“6.2. Eenheidsprijzen

B & R

Tijdens het nazicht betreffende abnormale eenheidsprijzen en globale prijzen wordt vastgesteld dat in de offerte van B & R geen abnormale hoge eenheidsprijzen voorkomen.

Daarentegen komen wel abnormaal lage eenheidsprijzen voor bij enkele posten waarbij de som of zelfs één enkele post (art. 31.23) in die mate van belang is dat ze in staat zijn om de rangschikking te wijzigen:

- De prijs voor art. 11.10. ‘Werfinrichting’, € 11.340,00 – 2% = € 11.113,20 bedraagt, waar deze bij de andere inschrijvers gemiddeld € 29.913,00 bedraagt. De prijs van B & R bedraagt 37,15% van de gemiddelde inschrijvingsprijs van de overige inschrijvers.
- De prijs voor art. 12.72.4. ‘Diverse afbraakwerken gebouw 4’, € 7500,00 – 2% = € 7.350,00 bedraagt, waar deze bij de andere inschrijvers gemiddeld € 25.164,92 bedraagt. De prijs van B & R bedraagt 29,21% van de gemiddelde inschrijvingsprijs van de overige inschrijvers.
- De eenheidsprijs voor artikel 31.23. ‘Pannen in gebakken aarde’, € 17,13 – 2% = € 16,79 bedraagt, waar deze bij de andere inschrijvers gemiddeld € 39,82 bedraagt. Totaalprijs voor dit artikel bedraagt bij B & R € 19.765,57 tegenover € 46.888,98 als gemiddelde van de andere inschrijvers. De prijs van B & R bedraagt dus 42,15% van de gemiddelde inschrijvingsprijs van de overige inschrijvers.

Bij navraag aan een leverancier van dakpannen blijkt dat de eenheidsprijs voor de voorgeschreven dakpannen voor een particulier alleen al bij aankoop 23,07 €/m² bedraagt. Een aannemer kan hierop weliswaar korting krijgen maar niet in die aard dat dit én de aankoop én de plaatsing zou kunnen verantwoorden.

Ons inziens zijn dit substantiële prijsverschillen. Alvorens dit verslag verder te zetten werd door het bestuur prijsverantwoording opgevraagd. Het antwoord van de aannemer werd in bijlage toegevoegd.

Wij hebben de verantwoording nagelezen en afgetoetst aan de bepalingen waaraan een prijsverantwoording dient te voldoen. Dit zijn onze bevindingen:
[...]

Conclusie:

We wensen het bestuur er op te wijzen dat de prijsverantwoording niet aansluit bij wat het KB voor ogen houdt als verantwoording. We kunnen de prijzen daarom als blijvend abnormaal aanschouwen.

Voor de verdere opmaak van dit verslag houden we rekening met het feit dat de aannemer B & R wordt geweerd als zijnde een onregelmatige inschrijving.

Monument nv

Tijdens het nazicht m.b.t. abnormale eenheidsprijzen werden geen abnormaal lage en geen abnormaal hoge prijzen opgemerkt bij nv Monument”.

3.6. Op 16 januari 2014 beslist de deputatie van de provincie West-Vlaanderen de opdracht te gunnen aan de nv Monument Vandekerckhove voor een gecorrigeerd bedrag van 1.471.850,92 euro, btw niet inbegrepen, hetzij 1.780.939,61 euro, btw inbegrepen (art. 1), dat de offertes van de nv Geert Versluys, de nv Vandendorpe A., de nv Meuleman en de nv Detrac niet worden gekozen (art. 2), dat de offerte van de verzoekende partij wordt geweerd (art. 3) en dat bij de betekening toepassing wordt gemaakt van artikel 65/30 van de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’ inzake het toepasselijk maken van de wachttermijn door de aanbestedende overheid (art. 4).

Dit zijn de bestreden beslissingen.

3.7. Met een aangetekend schrijven van 20 januari 2014 wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat haar offerte wordt geweerd. Een uittreksel van de voormelde beslissing van 16 januari 2014 is bijgevoegd.

IV. Tussenkomst

4. De verzoekende partij tot tussenkomst 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, 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 enige middel

Uiteenzetting

6. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 15 van de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’, artikel 110, §§ 2 en 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’, de artikelen 65/4, 5°, 65/5, 6° en 65/8, 2°, van de voornoemde wet van 24 december 1993, het gelijkheidsbeginsel, zoals vervat in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet “en als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur”, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, “annex het beginsel van behoorlijk bestuur luidens hetwelk overheidsbeslissingen op in feite juiste en in rechte pertinente motieven dienen te zijn gesteund, het zorgvuldigheidsbeginsel, het transparantiebeginsel, het redelijkheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel”.

In een daaropvolgend niet nader gestructureerd betoog lijkt de verzoekende partij daartoe in essentie te doen gelden hetgeen volgt.

“De door de verwerende partij verleende motieven om tot een afwijzing van de prijsverantwoording van de verzoekende partij te komen, zijn [...] geenszins pertinent en draagkrachtig te noemen, noch kan worden gesteld dat de verwerende partij de prijsverantwoording met de nodige zorgvuldigheid, in functie van alle concrete gegevens van de zaak, heeft onderzocht”.

De verzoekende partij licht voorts toe dat zij het aanbestedingsverslag nooit heeft ontvangen. Evenmin werd in de aan haar meegedeelde beslissing enige beoordeling van de door haar verstrekte prijsverantwoording naar voren gebracht.

Voorafgaand aan de inhoudelijke bekritisering van de motieven uiteengezet in het aanbestedingsverslag, laat de verzoekende partij opmerken dat de verwerende partij bij de analyse van de opgegeven eenheidsprijzen niet verwijst naar de door haarzelf geraamde prijzen en enkel naar de prijzen van de overige inschrijvers, dat overeenkomstig artikel 110, § 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 haar offerte “noodzakelijkerwijs” als regelmatig diende te worden beschouwd omdat haar prijs maar 3,31 % lager lag dan het gemiddelde en dat geen van de drie betrokken posten op een totaal van ongeveer 650 posten in de meetstaat, meer dan 2% van de totaalprijs vertegenwoordigt.

Wat betreft de te rechtvaardigen posten, meent de verzoekende partij in de overtuiging te zijn geweest dat de prijsvorming als verantwoord kon worden aangemerkt, zelfs wanneer dit op eerdere bondige wijze is gebeurd. Het valt de verzoekende partij overigens op dat in strijd met het gelijkheidsbeginsel de offerte van de tweede meest voordelige inschrijver niet aan een gelijkwaardig minutieus onderzoek is onderworpen en blijkens het aanbestedingsverslag behept is met een abnormale lage eenheidsprijs wat betreft de koelceldeuren.

De verzoekende partij betwist voorts dat de door haar aangereikte prijsverantwoording vaag of algemeen zou zijn, maar stelt dat deze op objectieve wijze verwijst naar objectieve factoren die de opgegeven prijzen afdoende verantwoorden. Gespiegeld aan het bestek, de meetstaat en de verleende offerte, met erin vervatte prijsopdelingen, is haar prijsverantwoording concreet en onderbouwd. Zij verwijst naar uitzonderlijke omstandigheden, de zuinigheid van het uitvoeringsproces en de realiteit van de opgegeven prijzen via de onderaannemer. Door de prijsverantwoording toch te verwerpen, miskent de verwerende partij volgens de verzoekende partij de inhoud, de geest en de doelstellingen van artikel 110, § 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 en is ten onrechte besloten tot de onregelmatigheid van haar offerte.

De verzoekende partij vervolgt dat de motieven die de verwerende partij hanteert om haar prijsverantwoording af te wijzen, geenszins pertinent en draagkrachtig zijn en dat evenmin kan worden gesteld dat de verwerende partij de prijsverantwoording met de nodige zorgvuldigheid en in functie van alle concrete gegevens van de zaak, heeft onderzocht.

Teruggrijpend naar haar eerdere opmerking dat de prijzen van de drie betrokken posten geen 2% van de totale aannemingsprijs vertegenwoordigen en dit binnen een geheel van ongeveer 650 onderscheiden posten, noemt de verzoekende partij de genomen beslissing tot wering van haar offerte, “niet correct en minstens kennelijk onredelijk”. Het onderscheiden belang van de drie in het geding zijnde posten is immers dermate ondergeschikt aan de opgegeven totaalprijs dat zij onmogelijk verstorend kunnen werken naar de algemene economie van de overheidsopdracht, temeer omdat is vastgesteld dat de offerte van de verzoekende partij zich situeert boven de initiële raming en slechts 3,3% lager is dan de tweede voordeligste inschrijver.

Beoordeling

7.1. De formelemotiveringsplicht, afgeleid uit de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991, houdt in dat de bestreden beslissing de juridische en feitelijke overwegingen moet vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen. Die motivering moet afdoende zijn teneinde de belanghebbende in staat te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt.

Overeenkomstig artikel 65/4, eerste lid, 5°, van de voornoemde wet van 24 december 1993, stelt de aanbestedende instantie een gemotiveerde beslissing op “wanneer ze een opdracht gunt, ongeacht de procedure”. Artikel 65/5, 6°, van dezelfde wet bepaalt dat de in artikel 65/4 bedoelde gemotiveerde beslissing, naargelang van de procedure en het soort beslissing, onder meer bevat “de namen van de inschrijvers van wie de offerte onregelmatig is bevonden en de juridische en feitelijke motieven voor hun wering. Deze motieven hebben met name betrekking op het abnormale karakter van de prijzen en, in voorkomend geval, op de beslissing dat de voorgestelde oplossingen niet gelijkwaardig zijn aan de technische specificaties of dat ze niet voldoen aan de vastgestelde prestatie- of functionele eisen”.

Artikel 65/8, § 1, eerste lid, 2°, van dezelfde wet luidt voorts als volgt:

“§ 1. Onmiddellijk na het nemen van de gunningsbeslissing doet de aanbestedende instantie kennisgeving van:

[...]

2° aan elke inschrijver van wie de offerte onregelmatig is bevonden, de motieven voor de wering, in de vorm van een uittreksel van de gemotiveerde beslissing”.

Het betreft hier dus twee verschillende verplichtingen in hoofde van de verwerende partij namelijk, eensdeels, de verplichting om de gunningsbeslissing te motiveren zoals aan de verwerende partij opgelegd door de hiervoor aangehaalde artikelen 65/4 en 65/5 van de wet van 24 december 1993 en, anderdeels, de verplichting tot kennisgeving zoals voorgeschreven door artikel 65/8 van die wet.

7.2. Wat de laatste verplichting betreft, dient in de eerste plaats te worden vastgesteld dat een eventueel gebrek in de kennisgeving in beginsel de rechtmatigheid van de gunningsbeslissing zelf niet aantast.

Te dezen lijkt wat de verzoekende partij betreft, overigens effectief voldaan aan het kennisgevingsvereiste bedoeld in dit artikel 65/8, § 1, eerste lid, 2°, aangezien haar een uittreksel van de gemotiveerde beslissing werd meegedeeld met vermelding van het aanbestedingsverslag dat voorstelt haar offerte als onregelmatig en derhalve als nietig te beschouwen wegens het niet kunnen aanvaarden van de gevraagde prijsverantwoording.

Die motieven voor het niet kunnen aanvaarden van de gevraagde prijsverantwoording zijn op omstandige wijze opgenomen in het aanbestedingsverslag.

Het feit dat de verzoekende partij niet ook de motieven zoals opgenomen in het aanbestedingsverslag zouden zijn meegedeeld, lijkt niet weg te nemen dat de verzoekende partij vóór het indienen van het verzoekschrift kennis heeft kunnen nemen van bedoeld verslag met inbegrip van de aldaar

geëxpliciteerde motieven en niet aantoonde dat deze niet afdoende zijn. Het tegendeel blijkt veeleer uit de bijlagen bij het verzoekschrift bevattende onder meer het aanbestedingsverslag en het enig middel dat de er in opgenomen motieven inhoudelijk op omstandige wijze bekritiseert. Aldus lijkt alleszins voldaan aan de voormelde formelemotiveringsverplichtingen, minstens aan de *ratio legis* ervan, en lijkt de schending van de voormelde wetsbepalingen die daarop betrekking hebben niet aangetoond.

7.3. Wat de inhoudelijke grief van de verzoekende partij betreft, betreffende de wijze waarop de verwerende partij het onderzoek naar de schijnbaar abnormale prijzen heeft gevoerd, kan worden verwezen naar artikel 110, §§ 2 en 3 van het voornoemde koninklijk besluit van 8 januari 1996 dat 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 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.

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”.

De materiële motiveringsplicht vereist dat voor elke administratieve beslissing rechtens aanvaardbare motieven bestaan met een voldoende feitelijke grondslag en dat het werkelijk bestaande feiten betreft die door het bestuur met de nodige zorgvuldigheid worden vastgesteld. Zo hiervan al niet overtuigend blijkt wordt gegeven in het besluit zelf vereist de mogelijkheid tot controle hierop dat die grondslag blijkt uit het administratief dossier.

7.4. Te dezen heeft de verwerende partij een verantwoording gevraagd betreffende de eenheidsprijzen van drie posten, te weten de posten 11.10, 12.72.4 en 31.23, posten waaruit naar de mening van de verwerende partij substantiële prijsverschillen blijken en waarbij de som of zelfs één enkele post (art. 31.23) naar de mening van de verwerende partij in die mate van belang is dat ze in staat zijn om de rangschikking te wijzigen.

Bij het nazicht van blijkbaar abnormaal lage prijzen overeenkomstig voormeld artikel 110, § 3, heeft de aanbestedende overheid een ruime discretionaire bevoegdheid om de in het kader van dat artikel gegeven prijsverantwoordingen al dan niet te aanvaarden. Dienvolgens komt het niet aan de Raad van State toe zich bij dergelijke beoordeling in de plaats te 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 en dat daarbij de appreciatie van het bestuur de perken van de redelijkheid niet te buiten gaat. Dit vereist onder meer dat het onderzoek door de aanbestedende overheid moet gebeuren met inachtneming van de zorgvuldigheidsplicht.

Een inschrijver die zoals de verzoekende partij een verzoek tot prijsverantwoording ontvangt overeenkomstig voornoemd artikel 110, § 3, moet weten dat dit een ernstige aangelegenheid is en hij dient zich ervan bewust te zijn dat hij zijn prijzen concreet en onderbouwd dient te verantwoorden aangezien hij het risico loopt dat zijn offerte onregelmatig wordt verklaard. Een inschrijver mag zich derhalve niet beperken tot vaagheden en algemeenheden.

7.5. Naast de puntsgewijze kritiek formuleert de verzoekende partij eerst een aantal eerder algemene grieven.

7.6. In de eerste plaats valt het de verzoekende partij op dat de verwerende partij nergens verwijst naar haar raming. De verzoekende partij lijkt evenwel niet te betwisten dat de door de andere inschrijvers geboden prijzen als referentiekader mogen worden gehanteerd bij het bepalen van de posten waarvoor prijsverantwoording wordt gevraagd. In tegenstelling tot wat de verzoekende partij blijkbaar betoogt, lijkt de aanbestedende overheid daarbij evenwel niet verplicht het geraamde bedrag als eventuele correctiefactor te hanteren.

7.7. De verwijzing door de verzoekende partij naar de in artikel 110, § 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 vervatte bijzondere regeling inzake het prijzenonderzoek bij de aanbesteding van werken, lijkt voorts niet pertinent. De omstandigheid dat het totaalbedrag van de offerte van de verzoekende partij minder dan 15% onder het gemiddelde van de ingediende offertes lag, impliceert krachtens die bepaling enkel dat de verwerende partij niet verplicht was om prijsverantwoording te vragen. De gevolgtrekking van de verzoekende partij dat de offerte van de verzoekende partij om die reden als regelmatig had moeten worden beschouwd, is niet correct. De verwerende partij en de tussenkomenende partij doen dan ook met reden gelden dat in elk geval desondanks de algemene bepalingen van artikel 110, §§ 2 en 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 overeind blijven.

7.8. Laatstgenoemd artikel 110, § 3, lijkt voorts geenszins voor te schrijven dat een aanbestedende overheid een offerte slechts zou kunnen afwijzen omwille van abnormaal lage eenheidsprijzen indien het gaat om posten die een

bepaald aandeel in de meetstaat of een bepaald procentueel belang in de totaalprijs overstijgen.

7.9. Wat betreft de diverse te rechtvaardigen posten, gaf de verzoekende partij voor de post 11.10. “Werfinrichting” een prijs op van 11.113,20 euro. Gezien deze prijs 37,15% bedroeg van de gemiddelde inschrijvingsprijs van de overige inschrijvers werd prijsverantwoording gevraagd.

Volgend antwoord werd verstrekt door de verzoekende partij:

“Post 11.10

Wij hebben het voordeel te beschikken over eigen materiaal, toiletten, keten, werfhekkens enz. We dienen dit dus niet in te huren.

Gelet op het feit dat het materiaal reeds afgeschreven is, beperken we ons enkel tot de opstelkosten en gelet op de geringe verplaatsing, zijn deze ook beperkt”.

In het aanbestedingsverslag wordt hieromtrent het volgende overwogen:

“● Art. 11.10: Inrichten van de bouwplaats

De aannemer maakt geen enkele gedetailleerde prijsberekening op ter staving van de verantwoording. Het feit dat hij beschikt over eigen materiaal en dat het is afgeschreven blijft een vage en algemene opmerking en blijkt niet onderbouwd met bewijzen. Het biedt geen antwoord op de vraag naar prijsverantwoording. Het heeft weinig schijn van originaliteit t.o.v. andere aannemers in die zin dat deze wellicht ook dergelijke argumenten kunnen aanhalen en het verwijst ook niet naar uitzonderlijk gunstige omstandigheden waarvan de inschrijver kan profiteren bij de uitvoering van de werken. Zo is B & R niet de enige die een korte verplaatsing maakt. Ook nv Monument en nv Meuleman liggen vrij dicht bij de bouwplaats”.

Geen van de gegeven rechtvaardigingselementen wordt gestaafd aan de hand van boekhoudkundige gegevens of andere stukken. Het lijken aldus loutere affirmaties die de opgegeven prijs niet gedetailleerd verantwoorden. Het gegeven dat de verzoekende partij niet de enige zou zijn die dicht bij de bouwplaats ligt, lijkt voorts wel degelijk pertinent. Wanneer een inschrijver de geringe verplaatsing bijbrengt als bijzonder element ter verantwoording van de opgegeven

lage prijs, kan de aanbestedende overheid dergelijk element slechts terugkoppelen naar de in artikel 110, § 3, bedoelde “uitzonderlijk gunstige omstandigheden waarvan de inschrijver kan profiteren” als de inschrijver zich door dat gegeven daadwerkelijk onderscheidt van de andere inschrijvers, wat te dezen niet het geval lijkt.

Dat de opgegeven eenheidsprijs voldoende winstgevend is om, indien noodzakelijk, de werfinrichting te hernieuwen, zoals in het verzoekschrift wordt gesteld, is een verantwoording achteraf waarmee de aanbestedende overheid ten tijde van de besluitvorming geen rekening heeft kunnen houden.

7.10. Voor de post 12.72.4 “Diverse afbraakwerken gebouw 4” gaf de verzoekende partij een prijs op van 7.350,00 €. Gezien deze prijs 29,21% bedroeg van de gemiddelde inschrijvingsprijs van de overige inschrijvers werd prijsverantwoording gevraagd.

Volgend antwoord werd verstrekt door de verzoekende partij:

“Post 12.72.4

Betreffende de afbraak hebben we ons hier gesteund op de uitvoering in 214 uur aan 35 €/uur. Hier wordt gewerkt met een vakman die hiermee vertrouwd is.

Gelet op het zuiver steenpuin en pannenresten betreft, wordt voor de afvoer niets gerekend gezien deze hergebruikt worden voor tijdelijke verhardingen”.

In het aanbestedingsverslag wordt hieromtrent het volgende overwogen:

“● Art. 12.72.4: afbraak gebouw 4

De aannemer geeft een zeer summiere berekening op van het aantal te besteden uren (214 uren x 35€/u = € 7.490,00) zonder enige bijkomende gedetailleerde prijsberekening voor een artikel dat –dankzij de gedetailleerde beschrijving- toelaat om dit wel effectief te doen. Hij geeft bij deze geen argumenten aan waarom we de prijs als niet-abnormaal zouden kunnen beschouwen, m.a.w. het blijft vaag en algemeen. Zijn opmerking dat er met een vakman wordt gewerkt die vertrouwd is met deze werken sluit hier bij aan. Bovendien stelt de aannemer dat het artikel enkel zuiver steenpuin en pannenresten betreft die niet dienen te worden afgevoerd en zullen gebruikt worden om tijdelijke verhardingen aan te

leggen. Bij nazicht van de beschrijving van het desbetreffende artikel in het bestek blijkt dat er meer dan alleen maar stenen en pannen dienen te worden afgebroken. Buitenschrijnwerk, metalen profielen, zinken goten, ... dienen ook te worden afgebroken en verwijderd van de werf zoals in het bestek staat vermeld:

- Verwijderen van de ganse inboedel (incl. groen textiel tegen hellend dak in recreatieruimte,...),
- Verwijderen houten trap in recreatieruimte,
- Verwijderen houten vloerroostering met beplanking van het 1e verdiep in de recreatieruimte,
- Verwijderen wanden (traliewerk) van de paardenbox
- Uitbraak van alle (houten en aluminium) buitenschrijnwerk (incl. alle hang- en sluitwerk, glas, dorpels, luiken, omlijstingen, vensterbanken, gordijnbakken, PU resten, vastzettingsnagels, ...)
- Uitbraak van de houten balustrades op de verdieping ter hoogte van de stalling 3,
- Uitbraak metalen karrenwiel (incl. bovenliggende metalen ligger) in de voorgevel,
- Uitbraak metalen ligger boven de ramen in de voorgevel van de recreatieruimte,
- Uitbraak van de 2 scheidingswanden in leisteen in de stalling 4 (incl. voederbak, ...),
- Afbraak van de oude dakpannen (incl. pannen- en tengellatten, nagels, onderdak, velux, ...)
- Uitbraak van alle verrotte, door schimmel aangetaste houten dakkepers,
- Uitbraak van regenwaterafvoerbuizen op de gevels, hanggoten (incl. dragers, bevestigingshaken, ...), bovengrondse afvoerbuizen, ...
- Afbraak van de houten boordplanken (incl. zinken rand, ...). Er dient een stuk ter plaatse te blijven zodat de schrijnwerker dit kan gebruiken als voorbeeld voor de nieuwe,
- Uitbraak van de buitendeur tussen gebouw 3 en 4
- Afbraak van de houten resten van de overkapping aan de topgevel (kan wal aan inkom)

Bovendien dient in het artikel eveneens het herstel ter hoogte van de gemaakte openingen en stutwerken inbegrepen te zijn. De aannemer kan er voor eigen gemak voor opteren om tijdelijke verhardingen aan te leggen maar deze dienen dan ook uiteindelijk van de werf te worden verwijderd, wat op zich een dubbele kost is (aanleg + verwijdering) en geen verantwoording is voor een lagere prijs, wel integendeel. Zijn uitleg hieromtrent raakt kant noch wal en biedt geen antwoord op de vraag naar prijsverantwoording”.

Ook hier lijkt de aanbestedende overheid de gegeven prijsverantwoording met reden niet te aanvaarden. Blijkens het bestek lijkt deze post inderdaad heel wat meer te behelzen dan de zuivere afbraak van stenen en pannen. Ook de verzoekende partij zelf nuanceert in haar verzoekschrift door te spreken over een gebouw dat “in hoofdzaak uit oude bouwmaterialen bestaat en van enige inrichting ervan zo goed als geen sprake is”. De foto’s die zij in bijlage voegt bij haar verzoekschrift lijken deze nuance te bevestigen. In dat licht lijkt een algemene opgave van het aantal geraamde werkuren vermenigvuldigd met de kostprijs per uur, gecombineerd met een nogal voor de hand liggende verklaring dat een vakman met ervaring zal instaan voor de uitvoering van de afbraakwerken, de schijn van abnormaliteit die over de betrokken eenheidsprijs hangt, op het eerste gezicht inderdaad niet te kunnen wegnemen.

De stockage en hergebruik van zuiver steenpuin en pannenresten mag dan al verklaren waarom in zoverre geen afvoerkosten worden gerekend. Hetzelfde lijkt evenwel niet op te gaan voor bijvoorbeeld het aanwezige hout, metalen elementen en goten.

De verklaring in het verzoekschrift dat laatstgenoemde elementen te verwaarlozen zijn en voor het overgrote deel zullen worden gerecupeerd of te gelde gemaakt, heeft niet voorgelegen ten tijde van de besluitvorming en mag te dezen dan ook niet in aanmerking worden genomen.

7.11. Voor de post 31.23. “Pannen in gebakken aarde” gaf de verzoekende partij een prijs op van 16,79 euro per eenheid, hetzij een totaalprijs van 19.765,57 euro. Gezien deze prijs 42,15% bedroeg van de gemiddelde inschrijvingsprijs van de overige inschrijvers werd prijsverantwoording gevraagd.

De verzoekende partij heeft volgende verantwoording gegeven:

“Post 31.23

Betreffende het lot dakwerken kregen we van onze onderaannemer een totaalprijs van 85.000 € (het lot dakwerken omvat artikel 30.00 tot en met 32.80).

Wij hebben de prijzen individueel uitgesplitst en mogelijks zijn hier verschuivingen maar in ieder geval is het volledige lot dakwerken in zijn geheel tegen een normale prijs ingeschreven.

De onderaannemer krijgt ook het voordeel gebruik te mogen maken van onze torenkraan (kranen)”.

In het aanbestedingsverslag valt hieromtrent het volgende te lezen:

“● Post 31.23: Pannen in gebakken aarde

De aannemer verwijst ter verantwoording naar de totaalprijs van de onderaannemer voor de dakwerken en verklaart hierbij dat deze totale prijs van de dakwerken een normale prijs zou moeten vertegenwoordigen.

We stellen vast dat de totaalprijs van de dakwerken (art. 30.00 t.e.m. 32.80) van B & R, € 87.737,96 bedraagt; Het gemiddelde van de totaalprijzen van de dakwerken van de overige inschrijvers bedraagt € 116.014,01. De totale prijs van de dakwerken van B & R bedraagt dus 75,62% van de gemiddelde inschrijvingsprijs van de overige inschrijvers of 24,38% minder dan de overige inschrijvers.

T.o.v. de totaalprijs van de dakwerken blijkt het artikel 31.23 –gemiddeld gezien van alle inschrijvers- een aandeel van 38,02% uit te maken. Mijn inziens duiden deze zaken op de belangrijkheid van het artikel t.o.v. het geheel en kunnen we stellen dat we bijgevolg –door de blijvend abnormale lage prijs- moeten vrezen voor een niet-kwalitatieve en niet-besteksconforme uitvoering ervan.

Er wordt bovendien opnieuw geen enkele prijsberekening of cijfermatige verantwoording gegeven voor dit artikel 31.23 en blijft de aannemer vaag en algemeen in zijn verantwoording. De loutere mededeling van de prijzen van een onderaannemer geven op zich niet aan welke concrete factoren de abnormale prijzen zouden kunnen rechtvaardigen.

De argumentatie waarbij de onderaannemer gebruik kan maken van de torenkraan blijft vaag en algemeen en blijkt niet cijfermatig onderbouwd”.

De omstandigheid dat de totaalprijs van de posten 30.00 tot en met 32.80 niet abnormaal laag zou lijken, lijkt de aanbestedende overheid niet te beletten een post die een substantieel aandeel vertegenwoordigt binnen die totaalprijs toch aan een vraag om prijsverantwoording te onderwerpen. Niet ten onrechte immers kan een overheid omwille van een abnormaal lage prijs voor een essentieel onderdeel van het geheel vrezen voor een niet kwalitatieve en besteksconforme uitvoering van het geheel.

Gevraagd naar prijsverantwoording voor dergelijk substantieel onderdeel van het geheel, lijkt een inschrijver voorts niet te kunnen volstaan met de loutere verwijzing naar de totaalprijs van een onderaannemer. Nog los van de

toevoeging dat mogelijks verschuivingen zijn opgetreden naar aanleiding van het individueel uitsplitsen der prijzen, lijkt een dergelijke verwijzing de door het bestuur als abnormaal aangemerkte prijzen louter te bevestigen zonder aan te geven welke concrete en objectieve factoren de abnormale prijzen rechtvaardigen.

De invloed van het gebruik door de onderaannemer van de torenkraan/kranen van de verzoekende partij op de prijszetting wordt al evenmin cijfermatig geconcretiseerd, zodat ook voor deze post de gegeven verantwoording opnieuw de vereiste pertinente in concreto aan de opdracht gerelateerde onderbouwing lijkt te ontberen om de schijn van abnormaliteit te kunnen wegnemen.

Ten onrechte en nog daargelaten de vraag of het type pan waarvan de verzoekende partij is uitgegaan besteksconform is, lijkt de verzoekende partij in haar verzoekschrift alsnog de inhoud van de post 31.23 en de daarop betrokken gevraagde verantwoording in haar verzoekschrift te reduceren tot de kostprijs van het materiaal. In haar poging om met een prijsbevraging bij een leverancier alsnog aan te tonen dat de geboden eenheidsprijs realistisch is, lijkt de verzoekende partij immers de door het bestek mede voorgeschreven plaatsing niet te betrekken.

7.12. Haar prijsverantwoording sluit de verzoekende partij af met de bevestiging “al deze werken te kunnen uitvoeren tegen deze eenheidsprijzen en conform het lastenboek”.

Dergelijke bevestiging doet geen afbreuk aan al wat voorafgaat. Ook uit deze verklaring lijkt immers niet te kunnen worden afgeleid welke concrete en objectieve factoren de abnormale prijzen rechtvaardigen.

7.13. Dat de behandeling van de offertes van de verzoekende partij en van de gekozen inschrijver in strijd met het gelijkheidsbeginsel zou zijn gebeurd en dat de offerte van de laatste niet aan een gelijkwaardig onderzoek zou zijn onderworpen, wordt niet met de *prima facie* vereiste ernst aannemelijk gemaakt. De verzoekende partij poneert weliswaar dat wat betreft de koelceldeuren, de offerte van de gekozen inschrijver behept is met abnormaal lage eenheidsprijzen,

doch lijkt niet in concreto aan te tonen dat het prijsverschil dienaangaande met de gemiddelde eenheidsprijzen van eenzelfde grootteorde is als de posten waarvoor de verzoekende partij om verantwoording is gevraagd.

7.14. Om deze redenen wordt in de huidige stand van het geding ook niet met de vereiste *prima facie* ernst aangetoond dat de bestreden beslissing niet wordt gedragen door pertinente motieven of niet zou zijn genomen na een zorgvuldig onderzoek van het dossier of dat verwerende partij buiten de perken van de redelijkheid is getreden.

Nu de verzoekende partij niet lijkt te hebben aangetoond dat haar offerte ten onrechte is geweerd, lijkt evenmin aangetoond dat de opdracht niet is gegund aan de laagste regelmatige inschrijving zoals vereist door artikel 15 van de wet van 24 december 1993.

VII. Besluit

8. Het enige middel is in geen van zijn onderdelen ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Monument Vandekerckhove tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 175 euro.

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 3 maart 2014,
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