

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 226.872 van 25 maart 2014
in de zaak A. 211.722/XII-7606**

In zake: 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

tegen:

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

Tussenkommende partij:

de NV DENYS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jos Mertens
kantoor houdend te 9051 Sint-Denijs-Westrem
MG Building II
Kortrijksesteenweg 1144 G
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 21 februari 2014, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van de Stad Gent van 23 januari 2014 houdende de onregelmatig-verklaring en wering van de offerte van 22 augustus 2013 van [de nv Monument

Vandekerckhove] en houdende de gunning van de overheidsopdracht ‘Gravensteen, Sint-Veerleplein 11, 9000 Gent: Fase 4: Restauratiewerken van de Omwalling - Deelfase 6’ aan de inschrijver nv Denys”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 7 maart 2014 heeft de nv Denys gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 18 maart 2014, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Eva Roels, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat John Devers, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Bettina Poelemans, die loco advocaat Jos Mertens verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. De stad Gent schrijft een overheidsopdracht van werken uit ‘Gravensteen: Fase 4: Restauratiewerken aan de omwalling – deelfase 6’. Er wordt gekozen voor de procedure van de openbare aanbesteding.

De opdracht wordt geraamd op 1.050.900,42 euro (btw niet inbegrepen).

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 11 juni 2013 en het Publicatieblad van de Europese Unie op 14 juni 2013.

3.3. Het bijzonder bestek BOU/2012/005-ID487 is van toepassing.

3.4. Uit het proces-verbaal van opening der offertes van 22 augustus 2013 blijkt dat drie offertes zijn ingediend, prijzen btw niet inbegrepen:

- Monument Vandekerckhove nv 789.926,57 euro,
- Denys nv 850.887,06 euro,
- Renotec nv 981.868,58 euro.

3.5. Vervolgens vraagt de verwerende partij met een aangetekend schrijven van 4 oktober 2013 de verzoekende partij als volgt om overeenkomstig artikel 110, § 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken’ een prijsverantwoording te verstrekken voor de posten 2.04.1, 3.02.1 en 6.01:

“Wil u ons binnen de 12 kalenderdagen een gedetailleerde verantwoording overmaken voor de eenheids- of totale prijzen van volgende posten in uw offerte (overeenkomstig artikel 110 § 3 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten):

- Art. 2.04.1 Injectiewerken – injectie (kantelen)
- Art. 3.02.1 Injectiewerken – injectie (loopvlak)
- Art. 6.01 Opstelling groutinstallatie

De ontwerper wijst ons op het volgende:

In de eenheidsprijs van de artikels 2.04.1 en 3.02.1 ‘injectiewerken – injectie’ moet volgens de bepalingen van het bestek begrepen zijn:

- de kostprijs voor de bepalingen van II 15 ‘elementen die in de prijs zijn inbegrepen (art. 25 § 1 AAV)’

- de prijs voor de bepalingen van Deel III technische bepalingen Hst 1 Werfororganisatie van art. 01.0 t.e.m. 01.08
- in geval van art. 2.04.1 het insnoeren v/d kantelen
- de prijs v/d onder art. 2.4.1 en 3.2.1 opgesomde werkzaamheden
- het voorbereiden v/d oppervlakken
- het nemen v/d nodige maatregelen om de uitstroom v/d injectiespecie te voorkomen
- het verwijderen en/of herstellen v/d vervuiling door uitstroom v/d injectiespecie
- het verwijderen v/d sporen v/d getroffen voorzorgsmaatregelen
- het herstellen v/h voegwerk (o.a. ter plaatste v/d boorpunten)
- de kostprijs v/d injectiespecie
- de reglementaire winstmarge en een normale verloning.”

3.6. Met een aangetekend schrijven van 4 oktober 2013 wordt ook aan de twee andere inschrijvers een vraag tot prijsverantwoording gericht van een aantal eenheidsprijzen.

3.7. De verzoekende partij bezorgt de verwerende partij een prijsverantwoording met een aangetekend schrijven van 15 oktober 2013.

De nv Denys antwoordt met een aangetekend schrijven van 16 oktober 2013, de nv Renotec met een niet-gedateerd schrijven, ontvangen door de verwerende partij op 17 oktober 2013.

3.8. Met een aangetekend schrijven van 22 oktober 2013 vraagt de verwerende partij de verzoekende partij nog om nadere toelichting bij de prijsverantwoording voor de reeds geviseerde posten 2.04.1 en 3.02.1.

3.9. Vervolgens verstrekt de verzoekende partij een tweede prijsverantwoording met een schrijven van 7 november 2013.

3.10. In het gunningsverslag van 29 november 2013 wordt de offerte van de verzoekende partij onregelmatig bevonden gelet op de abnormaal lage prijzen voor twee posten.

Het prijsonderzoek wordt in het gunningsverslag toegelicht als volgt:

“H. Onderzoek naar de regelmatigheid van de offertes en van de prijzen

Onderzoek van het totaal offertebedrag:

De laagste offerte bevindt zich 8% onder de tweede offerte en 24% onder de hoogste offerte. Ten opzichte van de raming bevindt de laagste offerte zich 33% onder de raming, de tweede offerte 24% onder de raming. De hoogste offerte bevindt zich 7% onder de raming.

Het is dus aangewezen om het eventueel abnormaal karakter van belangrijke posten te onderzoeken.

Onderzoek naar abnormaal karakter van eenheidsprijzen:

In onderstaande tabel krijgen worden volgende zaken opgenomen en vergeleken:

In de kolommen 1 tem 5 zijn de gegevens van het bestek/meetstaat aangevuld met de eenheidsprijzen en totalen van de raming.

In kolom 8 wordt 50% berekend op de eenheidsprijzen van de raming.

In kolom 9 tem 11 worden de eenheidsprijzen van de drie inschrijvers weergegeven, met aanduiding van de eenheidsprijzen die lager liggen dan 50% van de eenheidsprijzen van de raming.

[...]

Hieronder wordt in de tabel de belangrijkheid berekend van de posten met de lage eenheidsprijzen ten opzichte van de totalen van de offertes van de inschrijver: Vaststellingen: de twee eerste posten over de injectiewerken vertegenwoordigen 16% tot 25% van de totale offertes, en 32% van de raming. Die posten zijn dus niet onbelangrijk !

Gezien de belangrijkheid van de art. 2.04.1 Injectiewerken – injectie (kantelen) en 3.02.1 Injectiewerken – injectie (loopvlak) werd verantwoording gevraagd aan de nv Monument Vandekerckhove voor de eenheidsprijzen van deze posten en aan Renotec voor de post 3.02.1.

Bij de vraag naar verantwoording werd gewezen op het volgende:

In de eenheidsprijs van de artikels 2.04.1 en 3.02.1 ‘injectiewerken – injectie’ moet volgens de bepalingen van het bestek begrepen zijn:

- De kostprijs voor de bepalingen van II 15 ‘elementen die in de prijs zijn inbegrepen (art. 25 § 1 AAV)’
- De prijs voor de bepalingen van Deel III technische bepalingen Hst 1 Werforganisatie van art. 01.0 t.e.m. 01.08
- In geval van art. 2.04.1 het insnoeren v/d kantelen
- De prijs v/d onder art. 2.4.1 en en 3.2.1 opgesomde werkzaamheden
- Het voorbereiden v/d oppervlakken
- Het nemen v/d nodige maatregelen om de uitstroom v/d injectiespecie te voorkomen

- Het verwijderen en/of herstellen v/d vervuiling door uitstroom v/d injectiespecie
- Het verwijderen v/d sporen v/d getroffen voorzorgsmaatregelen
- Het herstellen v/h voegwerk (o.a. ter plaatste v/d boorpunten)
- De kostprijs v/d injectiespecie
- De reglementaire winstmarge en een normale verloning;

Er werd ook verantwoording gevraagd voor de overige in het grijs aangeduide eenheidsprijzen (zie bovenstaande tabel) aan de respectievelijke aannemers gezien deze onder de 50% ligt van de geraamde eenheidsprijs (art. 6.1 opstellen groutinstallatie, art. 4.01 reinigen metselwerk, art. 4.02 heropvoegen)

Beoordeling:
[...]

2. Besluit over de regelmatigheid van de offertes

De offerte van de laagste inschrijver Monument-Vandekerckhove nv bevat, na onderzoek en vraag om verantwoording, abnormale eenheidsprijzen voor art. 2.04.1 injectiewerken – injectie (kantelen) en art. 3.02.1 injectiewerken – injectie (loopvlak). De verantwoording van de aannemer inzake deze eenheidsprijzen kan niet aanvaard worden.

Deze offerte wordt derhalve onregelmatig bevonden.

De overige inschrijvingen zijn regelmatig.”

Voorgesteld wordt om de opdracht te gunnen aan de nv Denys, als inschrijver met de laagste regelmatige offerte.

3.11. Bij beslissing van 23 januari 2014 keurt het college van burgemeester en schepenen van de verwerende partij het gunningsverslag van 29 november 2013 goed en wordt de opdracht gegund aan de nv Denys.

Dit is de bestreden beslissing.

3.12. Met een aangetekende brief van 6 februari 2014 wordt de verzoekende partij van deze beslissing in kennis gesteld. Een kopie van de beslissing van het college van burgemeester en schepenen en van het gunningsverslag wordt gevoegd als bijlage bij dit schrijven.

3.13. Met een aangetekend schrijven, faxbericht en e-mailbericht van 17 februari 2014 vragen de raadslieden van de verzoekende partij de mededeling van de aangetekende brieven van 4 oktober 2013 aan de nv Denys en de nv Renotec, houdende het verzoek tot prijsverantwoording met betrekking tot hun offertes alsook de antwoorden daarop vanwege deze twee inschrijvers.

3.14. Met een e-mailbericht van 18 februari 2014 bezorgt de verwerende partij aan de raadslieden van de verzoekende partij een kopie van de aangetekende brieven aan de nv Denys en de nv Renotec. De prijsverantwoordingen van de inschrijvers zelf worden niet meegedeeld waarbij gewezen wordt op de “bescherming van rechtmatige commerciële belangen en de mogelijke verstoring van de verhoudingen tussen de onderscheiden inschrijvers bij het vrijgeven van deze informatie”.

IV. Tussenkoms

4. De verzoekende partij tot tussenkoms 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. Vertrouwelijkheid van de stukken

5.1.1. In haar nota vraagt de verwerende partij om vertrouwelijke behandeling van de offertes, de prijsverantwoordingen en het initieel prijsonderzoek inzake de belangrijke punten omdat de mededeling ervan een schending kan uitmaken van de commerciële belangen van de betrokken vennootschappen.

5.1.2. Ook de verzoekende partij vraagt om vertrouwelijke behandeling van haar offerte, evenals van haar calculatie van de injectiewerken bij twee andere opdrachten “gelet op de bedrijfsgevoelige informatie en de eventuele bedrijfsgeheimen” die deze stukken bevatten. De door haar verstrekte prijsverantwoordingen legt zij wel als niet vertrouwelijk stukken neer.

In het kader van haar middel betwist zij bovendien de weigering van de verwerende partij om haar de prijsverantwoordingen van de overige inschrijvers te verstrekken. Volgens haar gaat de argumentatie van de verwerende partij aangaande de vertrouwelijkheid niet op en is er sprake van een flagrante schending van het gelijkheidsbeginsel nu in het verslag van nazicht wel naar de door de verzoekende partij verstrekte prijsverantwoording wordt verwezen zodat ook de overige inschrijvers daarvan kennis hebben. Het gaat volgens haar dan ook niet op te weigeren de prijsverantwoordingen van de overige inschrijvers mee te delen die overigens deels betrekking hebben op dezelfde posten als diegene waarvoor de verzoekende partij prijsverantwoording heeft verstrekt. Bovendien is het ingevolge de weigering tot voorlegging van de verstrekte prijsverantwoordingen door de overige inschrijvers volgens de verzoekende partij voor haar en ook voor de Raad van State onmogelijk om vast te stellen of de verwerende partij deze prijsverantwoordingen naar behoren heeft onderzocht.

5.2. Artikel 65/26 van de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’, zoals nog van toepassing op de voorliggende opdracht, luidt als volgt:

“De verhaalinstantie moet de vertrouwelijkheid en het recht op eerbiediging van zakengeheimen waarborgen met betrekking tot de informatie die is vervat in door de betrokken partijen, in het bijzonder door de aanbestedende instantie die het volledige dossier dient over te leggen, aan haar overgelegde dossiers, ook al kan zijzelf van deze informatie kennis nemen en deze in haar beschouwing betrekken. Het komt deze instantie toe te oordelen in welke mate en op welke wijze de vertrouwelijkheid en het geheime karakter van deze informatie moet worden gewaarborgd, rekening houdend met de vereisten van een effectieve rechtsbescherming en van de eerbiediging van het recht van verweer van de procespartijen en met het vereiste dat de procedure op alle onderdelen het recht op een eerlijk proces eerbiedigt”.

5.3. In de huidige stand van het geding kan voormeld verzoek tot vertrouwelijke behandeling vanwege de verzoekende en de verwerende partij worden ingewilligd.

Te dezen kan worden vastgesteld dat de stukken waarvan de vertrouwelijke behandeling wordt gevraagd afzonderlijk zijn neergelegd, dat de vertrouwelijkheid ervan uitdrukkelijk is aangegeven en vermeld in de inventaris en dat de motieven voor die vraag worden weergegeven in het verzoekschrift, respectievelijk de nota.

5.4. Voorts lijkt de verzoekende partij het vertrouwelijk karakter van de offertes en de prijsvergelijking niet te betwisten, doch enkel van de door de overige inschrijvers verstrekte prijsverantwoordingen.

Wat de prijsverantwoordingen van de overige inschrijvers betreft, dient in de eerste plaats te worden vastgesteld dat deze uitsluitend relevant lijken voor de beoordeling van het middel in de mate dat daarin een schending van het gelijkheidsbeginsel wordt aangevoerd.

In de huidige stand van het geding wordt door de verzoekende partij voorts niet aangetoond dat deze prijsverantwoording geen vertrouwelijke informatie zouden bevatten, waarvan de openbaarmaking de rechtmatige commerciële belangen van de overige inschrijvers, alsook de eerlijke mededinging kan schaden.

De verzoekende partij lijkt overigens op het eerste gezicht niet zozeer het vertrouwelijk karakter van de prijsverantwoordingen te betwisten, doch wel het feit dat zij ongelijk behandeld zou zijn doordat de verwerende partij de gegevens uit haar prijsverantwoording wel heeft vermeld in het gunningsverslag, zodat de overige inschrijvers hiervan kennis hebben, terwijl haar de inhoud van hun prijsverantwoordingen wordt onzegd.

Door voor de Raad van State de vertrouwelijke behandeling te vragen van haar offerte, evenals van haar calculatie van de injectiewerken bij twee andere opdrachten “gelet op de bedrijfsgevoelige informatie”, bevestigt zij veeleer het vertrouwelijk karakter van de betrokken stukken, dan deze te ontkennen.

Het lijkt dan ook niet uit te sluiten dat deze prijsverantwoordingen vertrouwelijk kunnen zijn.

Daarenboven lijkt het hoe dan ook niet raadzaam om reeds in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid – en dus zonder diepgaand onderzoek – de vertrouwelijkheid te lichten, wegens de dreiging daardoor ingrijpende en niet omkeerbare gevolgen voor het zakengeheim van de betrokken inschrijvers te bewerkstelligen.

Bovendien verwijzen zowel de verwerende partij als de tussenkomenende partij in hun nota en verzoekschrift naar de inhoud van de betrokken prijsverantwoordingen. Het voorgaande heeft de verzoekende partij ook niet belet om hierover hoe dan ook reeds een middel op te werpen in haar verzoekschrift.

Aangezien te dezen de prijsverantwoordingen, waarvoor de vertrouwelijke behandeling wordt gevraagd, volledig werden meegedeeld aan de Raad van State, kan de Raad ten slotte zelf deze prijsverantwoordingen wel in zijn beoordeling betrekken.

In het kader van de onderhavige procedure tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid lijkt aldus niet aangetoond dat de betrokken stukken dermate als niet vertrouwelijk zijn aan te merken dat deze vanuit het oogpunt van een recht op eerlijk proces in dit stadium noodzakelijk dienen te worden meegedeeld.

VI. De schorsingsvoorwaarden

6.1. Overeenkomstig artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, in zijn te dezen nog toepasselijke versie, 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.

6.2. 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 beslissing het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist.

Anderzijds verplicht artikel 65/15, tweede lid, verzoekende partij tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de bestreden beslissing kunnen verantwoorden.

VII. Onderzoek van het enige middel

Uiteenzetting

7. De 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 voor aanneming 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 “het gelijkheidsbeginsel, zoals in de artikelen 10 en 11 van de Gecoördineerde Grondwet vervat”, en “het beginsel van behoorlijk bestuur; de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel”.

Hierna volgt een niet naar onderdelen of grieven nader gestructureerd betoog overheen veertien bladzijden, waarin de grieven niet telkens duidelijk in verband worden gebracht met de diverse geschonden geachte normen. De Raad van State zal in die omstandigheden slechts die grieven onderzoeken die meteen worden onderkend en die zich aldus lenen tot de snelle toetsing, zoals vereist en verwacht in een wettelijk opgelegde procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid zoals de huidige.

Beoordeling

Eerste onderdeel

7.1. Zoals de verwerende partij lijkt de Raad van State in het middel drie onderdelen te kunnen onderscheiden. In wat als een eerste middelonderdeel kan worden beschouwd, voert de verzoekende partij in essentie aan dat het initiële onderzoek naar het al dan niet abnormaal karakter van de prijzen niet zorgvuldig is gebeurd, dat het meer bepaald onduidelijk is welk referentiekader is gebruikt om de vijf “belangrijke posten” te kiezen en er daarvoor dus geen aanvaardbare motieven zijn.

7.2. De beslissing van de verwerende partij om naar aanleiding van de vastgestelde afwijking van de totaalbedragen van de offertes van de raming het eventueel abnormaal karakter van belangrijke posten te onderzoeken, schendt op het eerste gezicht de zorgvuldigheidsplicht niet en is niet zonder deugdelijk motief.

Bij de beoordeling van het abnormaal karakter van de prijzen is de raming waarop wordt gesteund immers in beginsel een aanvaardbaar vergelijkingspunt en een objectief gegeven. Bovendien valt op te merken dat de verzoekende partij de raming van de totaalprijs en litigieuze eenheidsprijzen als vergelijkingspunt ook niet lijkt te betwisten.

7.3. Voorts mist het standpunt van de verzoekende partij dat de verwerende partij haar onderzoek zou hebben beperkt tot het onderzoek van vijf vermeend belangrijke posten op het eerste gezicht feitelijke grondslag.

De argumentatie van de verwerende partij dat zij haar prijsonderzoek niet beperkt heeft tot de vijf zogenaamd belangrijke posten die worden opgesomd in het gunningsverslag, doch alle posten met een relatief belang van minstens 3% van de totale raming heeft onderzocht, vindt immers op het eerste gezicht bevestiging in het administratief dossier, meer bepaald in [het vertrouwelijke] stuk 23 “initieel prijsonderzoek belangrijke posten”.

Zo blijkt uit het administratief dossier op het eerste gezicht ook dat de andere ‘belangrijke’ post die de verzoekende partij in haar kritiek betreft, post 4.03.1 “restauratie Doornikse steen”, wel degelijk werd onderzocht, doch dat bij geen van de inschrijvers de eenheidsprijs voor deze post onder de 50% ligt van de geraamde eenheidsprijs.

7.4. Voorts lijkt de verwerende partij op het eerste gezicht niet onzorgvuldig te zijn te werk gegaan door dit prijsonderzoek te beperken tot de posten met een relatief belang van minstens 3% van de totale raming. Ook lijkt het gebrek aan vermelding van dit percentage in het verslag van nazicht op het eerste gezicht niet van aard om tot een schending van enige formelemotiveringsverplichting te besluiten.

7.5. Ten slotte blijkt uit het gunningsverslag duidelijk dat het prijsonderzoek van de verwerende partij er vervolgens in bestond de gegeven eenheidsprijs te vergelijken met de geraamde eenheidsprijs om vervolgens de eenheidsprijzen van de offertes die lager waren dan 50% van de geraamde eenheidsprijs als blijkbaar abnormaal te beschouwen en hieromtrent om een prijsverantwoording te verzoeken. Ook hier dient er op te worden gewezen dat de raming in beginsel een aanvaardbaar vergelijkingspunt en een objectief gegeven vormt. Daarnaast lijkt de aanbestedende overheid niet onzorgvuldig te hebben geoordeeld door te stellen dat een afwijking van 50% van de geraamde eenheidsprijs een schijnbaar abnormaal lage eenheidsprijs vormt. Ook valt op het eerste gezicht niet in te zien op grond van welke wettelijke of reglementaire bepaling of beginsel de verwerende partij ertoe gehouden zou zijn om dit percentage nader te motiveren. In de mate dat in het middel wordt betoogd dat de verwerende partij de drempel van 50% van de geraamde eenheidsprijs heeft toegepast zonder enige motivering ter zake, lijkt ook deze grief vreemd aan enige

formelemotiveringsverplichting waaraan de beslissing tot onregelmatigverklaring dient te voldoen.

7.6. Het eerste middelonderdeel is dan ook niet ernstig.

Tweede onderdeel

8.1. In wat als een tweede middelonderdeel kan worden beschouwd, stelt de verzoekende partij dat de verwerende partij ook in de tweede fase van het prijzenonderzoek, bij de beslissing omtrent het abnormaal karakter van de prijzen, het vereiste grondig onderzoek te dezen niet uitgevoerd heeft, minstens dat er “geen enkel concreet, pertinent en juist element ter weerlegging van de door haar verstrekte prijsverantwoordingen” wordt aangebracht.

8.2. Te dezen heeft de verwerende partij met een aangetekend schrijven van 4 oktober 2013 de verzoekende partij gevraagd om overeenkomstig artikel 110, § 3, van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 een prijsverantwoording te verstrekken voor de posten 2.04.1 ‘injectiewerken - injectie (kantelen)’, 3.02.1 “injectiewerken - injectie (loopvlak)” en 6.01 “opstelling groutinstallatie”.

De verzoekende partij bezorgde de verwerende partij een prijsverantwoording met een aangetekend schrijven van 15 oktober 2013.

Met een aangetekend schrijven van 22 oktober 2013 vroeg de verwerende partij de verzoekende partij als volgt om nadere toelichting bij de prijsverantwoording voor de reeds geviseerde posten 2.04.1 en 3.02.1:

“Met brief van 15/10/2013 werd door uw firma de gevraagde prijsverantwoording gegeven. De uitleg is voldoende duidelijk en juist, maar toch blijft er een vraag voor de artikelen 2.04.1 en 3.02.1: alles lijkt meegerekend te zijn in de eenheidsprijs maar nergens is de kostprijs voor de boringen voor de injecties vermeld.

Kan u hier zo spoedig mogelijk (en graag per kerende) de bijkomende uitleg bezorgen?”

Vervolgens verstrekte de verzoekende partij een tweede prijsverantwoording met een schrijven van 7 november 2013.

In het gunningsverslag van 29 november 2013 worden voormelde prijsverantwoordingen beoordeeld als volgt:

“Er werd op 4/10/2013 uitleg gevraagd aan Monument-Vandekerckhove voor de artikelen:

- 2.04.1 Injectiewerken – injectie kantelen
- 3.02.1 injectiewerken – injectie loopvlak
- 6.01 Opstellen groutinstallatie

Met brief van 15/10/2013 werd door de aannemer uitleg gegeven: toch blijft er een vraag voor de artikelen 2.04.1 en 3.02.1 i.v.m. de injecties: alles lijkt meegerekend te zijn in de eenheidsprijs, maar nergens is de kostprijs voor de boringen voor de injecties vermeld.

Het is aan te raden om hierover bijkomende uitleg te vragen aan de inschrijver.

Op 22/10/2012 werd per aangetekend schrijven bijkomende uitleg gevraagd aan Monument-Vandekerckhove.

Onderzoek ontwerper:

Wij hebben het antwoord van Monument-Vandekerckhove d; d? 30/10/2013 met ref G/JQ/E – 2013/2039 nagezien en hebben volgende opmerkingen:

- Wij twijfelen sterk aan de opgegeven boorsnelheden. 6 minuten per boring van de eerste 40 cm lijkt ons zeer kort. 8 minuten per lopende m voor het verder en dieper boren lijkt ons nog scherper.
- Het verder en dieper boren van is volgens de inschrijver begrepen in het eigenlijke injecteren. Hier klopt iets niet:

In de verantwoording van 15/10/2013 gaat men uit van een injectiehoeveelheid van 1500 l/dag, waarbij 3 man aanwezig is. Dit betekent 24 manuren voor 1500l. Kostenprijs: 24 manuren x 35€/uur = 840 €

Per liter betekent dit: 840 €: 1500 l = 0,56 €/liter

In de verantwoording van 30/10/2013 krijgen wij andere uitgangspunten:

1. Het verder boren van de gaten duurt 9 uur (met de bedenking dat dit volgens ons onderschat is). Kostprijs per liter wordt dan: $(9 \times 35)/1500 = 0,21 \text{ €/l}$
2. Bij het eigenlijke injecteren wordt er nu gesproken over 1500 l aan 100l/uur of 1500 l voor 15 uur

Maar bij het injecteren is er steeds drie man aanwezig (zie ook uitleg bij de eerste verantwoording). Dit zou betekenen dat wij er hier 45 manuren nodig zijn om 1500 l te injecteren.

Kostprijs per liter wordt dan: $(35 \text{ €} \times 45)/1500 \text{ l} = 1,05 \text{ €/l}$

Samen wordt dit dan $1,05 \text{ €/l} + 0,21 \text{ €/l} = 1,26 \text{ €/l}$

In de tweede verantwoording zou de literprijs dan stijgen met $1,26 \text{ €/l} - 0,56 \text{ €/l} = 0,70 \text{ €/l}$

De tweede verantwoording kan pas kloppen indien men uitgaat van een injectiesnelheid van 1500 l aan 100 l per uur en per man of 300 l per uur. Dit is ZEER VEEL, dit is onmogelijk te realiseren.

Daarenboven gaat de inschrijver uit van dezelfde injectiesnelheid bij art. 2.04.1 Injectie kantelen als bij art. 3.02.1 injectie loopvlak. Dit kan niet.

Besluit:

De eenheidsprijs voor de injecties bij de laagste inschrijver Monument Vandekerckhove is abnormaal laag.

Uit de gevraagde verantwoording blijkt dat onvoldoende rekening werd gehouden met de tijd nodig voor de boringen noodzakelijk bij de injecties. De gegeven verantwoording en de bijkomende uitleg van de aannemer omtrent de eenheidsprijs kan niet aanvaard worden: bij het uitgangspunt van de aannemer van een injectieverbruik van 1500 l per dag, 3 man, zijn er in de eerste verantwoording 24 manuren nodig voor het eigenlijk injecteren; in de tweede verantwoording slechts 15 manuren, vermits hiervan nu negen manuren worden afgenomen voor het boren van de injectie. Dit is niet realistisch, het gevolg is dat de snelheid van het boren en de injectiesnelheid niet aanvaardbaar zijn ! (zie hoger)

De aannemer heeft de tijd nodig voor de boringen in de voegen van de Doornikse steen dus ernstig onderschat bij de prijsbepaling. De boringen in de harde voegen van de Doornikse steen van het Gravensteen zijn zeer arbeidsintensief”.

8.3. In de mate dat in het middel aanstoot wordt genomen aan de motivering van het onregelmatig verklaren van de offerte van de verzoekende partij, valt op het eerste gezicht op te merken dat de motieven voor de onregelmatigverklaring uitdrukkelijk en afdoende uit de bestreden beslissing samengenomen met het gunningsverslag lijken te kunnen worden afgeleid en er niet prima facie blijkt waarom de verzoekende partij niet in staat was om zich ter zake in rechte te verweren. Het tegendeel blijkt veeleer uit het verzoekschrift zelf waarin de verzoekende partij uitvoerig inhoudelijk kritiek uit tegen deze motivering. Aldus lijkt de formelemotiveringsverplichting niet geschonden, minstens lijkt voldaan aan de *ratio legis* van die verplichting.

8.4. In de mate dat de verzoekende partij betoogt dat de eerste prijsverantwoording reeds ruimschoots afdoende was en moest worden aanvaard

door de verwerende partij, dient te worden vastgesteld dat het bestek onder post 2.4.1 “injectiewerken - injectie” onder meer de volgende bepaling bevat:

“Werkzaamheden: in de voegen of de scheur worden gaten geboord met een diameter van ongeveer 28 mm en diepte aangepast aan de dikte van het metselwerk. Afstand tussen de gaten is 30 cm. Daar worden de injectiemonden op aangesloten en wordt met het injecteren gestart”.

Voorts blijkt de verwerende partij er in haar eerste verzoek tot prijsverantwoording uitdrukkelijk op te hebben gewezen dat de opgegeven eenheidsprijs onder andere ‘de prijs v/d onder art. 2.4.1 en 3.2.1 opgesomde werkzaamheden’ diende te omvatten.

Op het eerste gezicht wordt in de eerste prijsverantwoording van de verzoekende partij in haar uiteenzetting van de concrete prijsopbouw post per post echter nergens een kostprijs vermeld voor voormelde ‘werkzaamheden’ inzake de boringen voor de injecties. Ook de argumentatie van de verzoekende partij dat de verwerende partij zeer goed wist en weet dat de prijs voor de boringen uiteraard besloten ligt in de prijs voor de eigenlijke injectiewerken zodat de tweede vraag tot prijsverantwoording overbodig was, kan op het eerste gezicht niet worden gevolgd. Deze argumentatie lijkt immers door de verzoekende partij zelf te worden tegengesproken in haar tweede prijsverantwoording en in het verzoekschrift, aangezien zij te kennen geeft dat de prijs voor de boringen deels vervat is in het voorbereiden van de oppervlakten, deels in het eigenlijke injecteren.

Aan de verwerende partij lijkt dan ook bezwaarlijk te kunnen worden verweten dat zij ter zake een tweede prijsverantwoording heeft gevraagd.

8.5. In de mate dat de verzoekende partij vervolgens opwerpt dat in het gunningsverslag ten onrechte wordt getwijfeld aan de door haar opgegeven boorsnelheden en injectiesnelheid en dat het niet aan de verwerende partij is om zich in de plaats te stellen van de inschrijver, die een gespecialiseerd en ervaren aannemer is in de restauratie van historische bouwwerken, valt op te merken dat het feit dat het in de eerste plaats aan de inschrijvers toekomt om op grond van de informatie in het bestek een concrete inschatting te maken en op grond hiervan hun

prijs te bepalen, niet lijkt te beletten dat de verwerende partij in het kader van het prijsonderzoek het al dan niet realistisch karakter ervan mag onderzoeken.

Op het eerste gezicht is de Raad van State voorts niet bij machte een technisch geschilpunt tussen de partijen inzake boor- en injectiesnelheden te beslechten, zonder deskundig advies ter zake, hetgeen in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid in principe niet is in te passen. Wel kan op het eerste gezicht worden vastgesteld dat de verwerende partij zich eveneens heeft laten bijstaan door een deskundig ontwerper en dat zij hierbij tevens steunt op haar ervaring in het kader van de eerdere fases van hetzelfde project tot restauratie van de omwalling van het Gravensteen en waarvan huidige opdracht de zesde fase betreft, waarbij sprake was van injecties in net dezelfde stenen als deze in het kader van huidige opdracht. De verwerende partij voegt aan haar nota ook een tabel, met bijhorende stavingsstukken, die het aantal injectiehoeveelheden per dag weergeven tijdens de tweede en vijfde fase van het totale project. Zij benadrukt bovendien dat deze cijfers betrekking hebben op de muurvlakken, terwijl het injecteren van de kantelen nog veel moeilijker zou zijn.

Aldus blijkt het standpunt van de verzoekende partij dat haar verantwoording louter mathematisch zou zijn uitgesloten, zonder deskundige beoordeling of onderliggend stuk in elk geval feitelijke grondslag te missen. Bovendien lijkt de ervaring van de verzoekende partij hoogstens betrekking te kunnen hebben op “gelijkaardige” stenen, terwijl de verwerende partij haar ervaring baseert op eerdere fases van hetzelfde project en dus dezelfde stenen en voegen.

In de mate dat de verzoekende partij nog twee calculaties voorlegt voor andere gelijkaardige projecten alwaar zij een gelijklopende prijs voor injectiewerken zou hebben opgegeven als in de huidige aanbesteding, valt op te merken dat niet blijkt dat de verzoekende partij deze calculaties had toegevoegd aan haar prijsverantwoordingen, zodat de verwerende partij bij het nemen van de bestreden beslissing hiermee geen rekening kon en moest houden. De loutere verwijzing naar gelijkaardige opdrachten waarbij dezelfde prijzen werden gehanteerd is overigens geen afdoende prijsverantwoording, te meer nu niet blijkt

dat de opgegeven eenheidsprijzen in het kader van die andere opdrachten effectief werden onderzocht en verantwoord.

8.6. In de mate dat de verzoekende partij het standpunt van de ontwerper betwist dat in de eerste en tweede prijsverantwoording andere uitgangspunten zijn gehanteerd, lijkt te moeten worden vastgesteld dat in het gunningsverslag uitdrukkelijk wordt opgemerkt dat “de tweede verantwoording pas kan kloppen indien men uitgaat van een injectiesnelheid van 1500 l aan 100 l per uur en per man of 300 l per uur”. In haar verzoekschrift bevestigt de verzoekende partij nogmaals deze gegevens. De conclusies van de verwerende partij inzake de boor- en injectiesnelheid lijken op het eerste gezicht wel degelijk te zijn gesteund op deze gegevens en niet op de alternatieve berekening van de ontwerper waarbij de 15 manuren nogmaals met drie zouden moeten worden vermenigvuldigd.

8.7. In de mate dat de verzoekende partij nog betoogt dat de opmerking van de verwerende partij dat het boren zeer arbeidsintensief is een “a posteriori beoordeling” betreft, dient op het eerste gezicht te worden vastgesteld dat het bestek uitdrukkelijk bepaalt dat de aannemer wordt verondersteld op de hoogte te zijn van de toestand van het metselwerk dat moet worden geïnjecteerd en dat indien uit deze toestand de noodzakelijkheid volgt bepaalde bijkomende werken uit te voeren om degelijk te kunnen injecteren, de aannemer hiermee dient rekening te houden bij zijn prijsofferte. Er valt op het eerste gezicht dan ook niet in te zien waarom voormelde motivering niet afdoende zou zijn. Waar de verzoekende partij voorts doet gelden dat zij “uit ervaring weet dat enkel de buitenzijde van de stenen massief zijn, maar dat de binnenzijde doorgaans bestaat uit ‘opvulsel’, bestaande uit gefragmenteerd afval”, dient op het eerste gezicht te worden vastgesteld dat zij dit in elk geval niet lijkt te hebben aangegeven in haar prijsverantwoordingen.

8.8. Met de verwerende partij dient ten slotte ook te worden vastgesteld dat het motief dat de verzoekende partij voor het injecteren van de kantelen en van de loopvlakken eenzelfde injectiesnelheid heeft opgegeven en dat dit niet mogelijk zou zijn, door de verzoekende partij niet lijkt te worden betwist.

8.9. Gelet op al het voorgaande lijkt het dat de verzoekende partij niet heeft aangetoond dat de prijsverantwoordingen van de verzoekende partij door de verwerende partij niet aan een zorgvuldig onderzoek werden onderworpen en dat de beslissing tot verwerping van de prijsverantwoordingen en tot onregelmatig-verklaring van de offerte van de verzoekende partij niet op in feite en in rechte juiste en afdoende motieven zou zijn gesteund.

Derde onderdeel

9.1. In wat als een derde middelonderdeel kan worden beschouwd, voert de verzoekende partij aan dat de beslissing van de verwerende partij aangaande de onregelmatigheid van haar inschrijving is aangetast door een fundamentele ongelijke behandeling van de inschrijvers.

9.2. Te dezen vermeldt het gunningsverslag het volgende inzake het onderzoek van de prijsverantwoordingen van de overige inschrijvers:

“Er werd op 4/10/2013 uitleg gevraagd aan nv Denys voor de artikelen:

- 4.01 Reinigen
- 6.01.opstellen groutmachine

Met brief van 16/10/2013 werd door de inschrijver uitleg gegeven. De uitleg is voldoende duidelijk en juist. Er zijn geen vragen meer.

Er werd op 04/10/2013 uitleg gevraagd aan Renotec nv voor de artikelen:

- 3.02.1 injectiewerken – injectie (loopvlek)
- 4.02. Heropvoegen

Met hun brief van 18/10/2013 geeft Renotec Nv uitleg. De uitleg is geen cijfermatig uitgewerkte uitleg en geeft geen verklaring voor de eenheidsprijzen.

Zij eindigen met de bevestiging dat zij de werken zullen uitvoeren conform het lastenboek, tegen de vermelde eenheidsprijzen en de vermelde totaalprijs van hun bieding”.

9.3. Uit het gunningsverslag lijkt aldus te mogen afgeleid dat dit onderdeel feitelijke grondslag mist in de mate dat wordt aangevoerd dat de verwerende partij de prijsverantwoording van nv Denys en nv Renotec niet zou hebben onderzocht of laten onderzoeken.

9.4. Wat de door nv Denys verstrekte prijsverantwoording betreft, wijst de verwerende partij erop in haar nota dat de nv Denys, in haar prijsverantwoording van 16 oktober 2013, voor beide posten, een gedetailleerde excel-sheet heeft bijgebracht waarin zij de eenheidsprijs volledig ontleedt. Daarbij treft men voor de post 4.01 een opdeling aan tussen ‘reiniging’ en ‘uithalen voegen’ met een nadere opdeling tussen personeel- en materiaalkost. De eenheidsprijzen van beide subposten vormen samen de kostprijs van de post, waarop dan een toeslag werfinstallatie en een winstmarge wordt gerekend. De tussenkommende partij voegt hieraan toe dat zij de eenheidsprijs voor de subpost 4.01.2 “uithalen van voegen” verantwoordde door te stellen: “Bij het plaatsbezoek was duidelijk dat een groot deel van de voegen reeds weg is, dit heeft als gevolg dat slechts een percentage (25%) van de eenheidsprijs voor het uithalen wordt meegeteld in de eenheidsprijs van deze post”. Zij merkt op dat vermits dit een voor iedereen materieel waarneembaar en objectief gegeven was, het kon en diende te worden aanvaard als uitleg.

Te dezen toont de verzoekende partij op het eerste gezicht dan ook niet aan dat de verwerende partij met schending van het gelijkheidsbeginsel zou hebben gehandeld, door de door de nv Denys verstrekte prijsverantwoording te aanvaarden.

9.5. Voorts vermeldt het gunningsverslag omtrent de door nv Denys verstrekte prijsverantwoording: “De uitleg is voldoende duidelijk en juist. Er zijn geen vragen meer”.

Te dezen lijkt dit te volstaan in het kader van een facultatief prijsonderzoek. Daarbij lijkt op het eerste gezicht ook rekening te kunnen worden gehouden met de verplichting van de aanbestedende overheid tot vertrouwelijke behandeling van bepaalde gegevens, evenals met het te dezen toepasselijke artikel 65/8, § 1, 2°, van de wet van 24 december 1993 dat aan de aanbestedende overheid slechts de verplichting oplegt om onmiddellijk na het nemen van de gunningsbeslissing aan de inschrijver wiens offerte onregelmatig is bevonden kennisgeving te doen van de motieven voor de wering, in de vorm van een uittreksel van de gemotiveerde beslissing.

9.6. Voorts heeft de verzoekende partij op het eerste gezicht geen belang bij dit onderdeel van het middel in de mate dat het betrekking heeft op de regelmatigverklaring van de offerte van de nv Renotec.

Een inschrijver van wie de offerte onregelmatig is verklaard, zoals te dezen de offerte van de verzoekende partij, heeft in beginsel immers geen belang 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. Uit de beoordeling van de voorgaande onderdelen van het middel is reeds gebleken dat de offerte van de verzoekende partij op het eerste gezicht terecht onregelmatig werd verklaard en dat op het eerste gezicht ook niet blijkt dat de offerte van de nv Denys ten onrechte regelmatig werd verklaard. Voorliggend onderdeel van het middel kan er dan ook niet toe leiden vast te stellen dat de opdracht aan geen enkele inschrijver mocht worden gegund.

9.7. Ten slotte merkt de verzoekende partij nog op dat zij de verwerende partij om kopie verzocht heeft van de door de overige inschrijvers verstrekte prijsverantwoordingen, doch dat de verwerende partij geen positief gevolg heeft gegeven aan haar verzoek onder motivering van de bescherming van de rechtmatige commerciële belangen en de mogelijke verstoring van de verhoudingen tussen de onderscheiden inschrijvers bij het vrijgeven van deze informatie. Zij stelt dat de argumentatie van de verwerende partij aangaande de vertrouwelijkheid niet opgaat en er sprake van een flagrante schending van het gelijkheidsbeginsel nu in het verslag van nazicht wel naar de door de verzoekende partij verstrekte prijsverantwoording wordt verwezen, zodat de overige inschrijvers hiervan kennis hebben.

Op het eerste gezicht dient te worden vastgesteld dat dit onderdeel van het middel - indien het ernstig zou bevonden worden - slechts een gebrek in de kennisgeving betreft en niet van aard lijkt om de wettigheid van de onregelmatigverklaring en van de gunningsbeslissing aan te tasten.

Voorts verliest de verzoekende partij uit het oog dat het feit dat wat de prijsverantwoordingen van de overige inschrijvers betreft om vertrouwelijke behandeling wordt gevraagd, niet belet dat de Raad van State van deze stukken kennis kan nemen en deze in zijn beoordeling kan betrekken.

9.8. Gelet op hetgeen voorafgaat lijkt de verzoekende partij in dit middel ook niet te hebben aangetoond dat de opdracht niet werd toegewezen aan de laagste regelmatige inschrijver, zodat er ook geen schending van artikel 15 van de voormelde wet van 24 december 1993 is aangetoond.

VIII. Besluit

10. Het enige middel is niet ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

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

2. De Raad van State verworpt 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 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 25 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