RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 226.988 van 1 april 2014
in de zaak A. 207.846/XII-7230

In zake: de NV AANNEMINGSBEDRIJF L. JANSSENS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat André Caeymaex
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Kielsevest 2-4
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het GEMEENSCHAPSONDERWIJS
vertegenwoordigd door Scholengroep 1 Antwerpen
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Marc Stommels
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
Amerikalei 220 bus 14
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 1 februari 2013, strekt tot de nietigverklaring van "de gunningsbeslissing van GO! Onderwijs van de Vlaamse Gemeenschap, Scholengroep Antwerpen 1 d.d. 4 december 2012, waarmee de opdracht 'aanleg van een schoolterrein – basisschool K'Do Zuid (bestek 2012/033)' wordt toegewezen aan Mihali Wegenbouw bvba".

II. Verloop van de rechtspleging

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

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 21 januari 2014.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat André Caeymaex, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Jan Fransen, die loco advocaat Marc Stommels verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een met dit arrest 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 overheidsopdracht, aanneming van werken, uit bij wijze van openbare aanbesteding. Het betreft de aanleg van een schoolterrein. De opdracht wordt aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen van 5 november 2012.

De werken worden door de verwerende partij geraamd op 218.821,50 euro, btw niet inbegrepen, of 264.774,02 euro, btw inbegrepen.

3.2. Op 22 november 2012 worden de offertes geopend.

In het aanbestedingsverslag wordt de volgende rangschikking van de regelmatige inschrijvers opgesteld:

	Inschrijver	Inschrijvingsbedrag btw inbegrepen
1.	Bvba Mihali Wegenbouw	305.739,56 euro
2.	Aannemingsbedrijf L. Janssens	347.583,70 euro
[…]	[…]	[…]

Bij het onderzoek naar abnormale prijzen wordt, wat de laagste inschrijver betreft, de bvba Mihali Wegenbouw, het volgende opgemerkt:

> "Het inschrijvingsbedrag van de laagste inschrijver ligt 18% onder het gemiddelde inschrijvingsbedrag, berekend overeenkomstig artikel 110 § 4 KB.
> Na nazicht van de verschillende offertes blijkt dat de aannemers allemaal hebben ingeschreven [met] eenheidsprijzen die ruim boven de gebruikelijke marktprijzen liggen.
> Mogelijk is dit te verklaren door de korte inschrijvingstermijn en de korte uitvoeringstermijn die opgelegd is en noodzakelijk bij dit dossier. De laagste bieding zit +/- 18% onder het gemiddelde inschrijvingsbedrag, maar lijkt ons zeker aanvaardbaar aangezien ook deze prijs nog boven de ramingsprijs uitkomt.
> De laagste bieding blijft behouden."

Er wordt besloten:

> "Gelet op wat voorafgaat stellen wij voor de opdracht toe te wijzen aan de firma Mihali Wegenbouw bvba voor een bedrag van 305.739,56 euro (bedrag incl. btw)."

3.3. Op 4 december 2012 beslist de verwerende partij de opdracht te gunnen aan de bvba Mihali Wegenbouw voor een bedrag van 305.739,56 euro btw inbegrepen; hierbij wordt het aanbestedingsverslag onderschreven.

IV. Onderzoek van het eerste middel

Standpunt van de partijen

4. 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, § 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', van het *patere legem quam ipse fecisti* beginsel, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 'betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen', van het gelijkheids-beginsel, van het materiëlemotiveringsbeginsel, van het redelijkheidsbeginsel en van het zorgvuldigheidsbeginsel.

De verzoekende partij verwijt de verwerende partij dat zij de beslissing heeft genomen "zonder dat een onderzoek werd gevoerd naar de (ab)normaliteit van de prijs opgegeven door bvba Mihali Wegenbouw" en dat zij "beslist heeft dat bvba Mihali Wegenbouw de laagst regelmatige offerte indiende". Zij vervolgt dat artikel 110, § 4, van het voornoemd koninklijk besluit van 8 januari 1996 van toepassing is waardoor de totale prijs van de offerte van de bvba Mihali Wegenbouw als abnormaal moet worden beschouwd. De verwerende partij had deze offerte onregelmatig moeten verklaren, minstens had zij een verantwoording moeten vragen voor de schijnbaar abnormale totaalprijs. De reden waarom de verwerende partij geen verantwoording aan de bvba Mihali Wegenbouw heeft gevraagd is niet afdoend.

In haar toelichting bij het middel merkt zij op dat de offerteprijs van de bvba Mihali Wegenbouw 18% onder het gemiddelde inschrijvingsbedrag ligt, berekend overeenkomstig voormeld artikel 110, § 4. Een zorgvuldig onderzoek was dan ook passend. Zij merkt voorts op dat het bestuur niet mag voorbijgaan aan een belangrijke afwijking van de raming door de offertes en in

zo'n geval minstens moet nagaan of deze afwijking te wijten is aan een onrealistische raming dan wel aan abnormale offerteprijzen; een loutere verwijzing naar de eigen raming strookt in die context niet met het zorgvuldigheidsbeginsel. De enige motivering in de bestreden beslissing is een verwijzing naar die ramingsprijs "zonder dat blijkt hoe deze raming werd samengesteld en zonder dat enige toelichting dienaangaande wordt verstrekt". De verzoekende partij benadrukt dat uit de ingediende offertes blijkt dat de raming onrealistisch laag is en dat de samenstelling ervan haar onbekend is. "Nu geen prijsonderzoek werd gevoerd staat bovendien niet vast dat de opdracht werd toegewezen aan de laagst regelmatige inschrijver."

5. De verwerende partij merkt op dat luidens artikel 110, §§ 3 en 4, van het voormeld koninklijk besluit van 8 januari 1996 het nazicht van het eventueel abnormale karakter van de totale offerteprijs niet noodzakelijk aanleiding moet geven tot het vragen van een prijsverantwoording; "de overheid kan volstaan met het verwerpen van het bezwaar dat het om een abnormale prijs kan gaan en dient deze verwerping formeel te motiveren". Dit is hier gebeurd, zo gaat de verwerende partij voort: "De motivering is in essentie dat er gebruik werd gemaakt van een raming die vooraf werd opgesteld, waar de laagste inschrijver nog ruim boven zit. Bovendien wordt vastgesteld dat gebruik wordt gemaakt van 'eenheidsprijzen die ruim boven de gebruikelijke marktprijzen liggen'. De verwerende partij heeft dan ook duidelijk aangegeven dat de prijsverschillen niet moeten gezocht worden in de werkelijke marktwaarde van het project op zich, maar in de manier waarop de aannemers een snelle realisatie hebben doorgerekend in de prijs." Zij benadrukt dat zij naast de ramingsprijs ook twee andere elementen in rekening heeft gebracht, namelijk de korte inschrijvingstermijn en de korte uitvoeringstermijn.

Voorts weigert de verwerende partij inzage aan de verzoekende partij in het detail van de raming; het gaat, zo stelt de verwerende partij, om een document waarvan de verzoekende partij geen recht van inzage heeft en dat de verwerende partij vertrouwelijk in het administratief dossier neerlegt. De

verwerende partij motiveert de vertrouwelijkheid door erop te wijzen dat “het de partijen betrokken bij de huidige procedure een inzicht verschaft in de manier waarop deze aanbesteding, maar ook andere aanbestedingen voor gelijklopende werkzaamheden, van bij de aanvang geschat worden”.

6. De verzoekende partij merkt in haar memorie van wederantwoord op dat zij de vertrouwelijkheid van de raming niet aanvaardt; het hypothekeert de kansen op een eerlijk proces.

Voorts merkt zij op dat het aanbestedingsverslag met het zogenaamde prijsonderzoek dateert van 4 december 2012 terwijl, volgens de stukken van het administratief dossier, het bevel toen al was gegeven aan de bvba Mihali Wegenbouw om de werken aan te vangen aangezien de aanvang van de werken op 3 december 2012 is gesitueerd.

7. In haar laatste memorie merkt de verzoekende partij onder meer op dat de beweerde korte inschrijvingstermijn en uitvoeringstermijn, elementen waarop de verwerende partij zich beroept om de offerte van de bvba Mihali Wegenbouw regelmatig te achten, voor alle inschrijvers gelden.

Beoordeling

8. Op grond van artikel 15 van de hier nog toepasselijke wet van 24 december 1993 dient bij een openbare aanbesteding de opdracht te worden toegewezen aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte indiende.

Artikel 110, § 3, van het hier nog toepasselijke koninklijk besluit van 8 januari 1996 bepaalt:

> § 4. In het geval van een overheidsopdracht voor aanneming van werken, gegund bij openbare of beperkte aanbesteding en voor zover minstens vier offertes werden ingediend, wordt bovendien elke offerte waarvan het bedrag minstens vijftien pct. onder het gemiddelde bedrag van de door gegadigden ingediende offertes ligt beschouwd als een offerte waarvan

het eventueel abnormale karakter van de prijs moet nagezien worden door de aanbestedende overheid.
Het in het eerste lid beschouwde gemiddelde wordt als volgt berekend:
1° indien het aantal offertes gelijk is aan of groter is dan zeven, met uitsluiting van de laagste offerte en – terzelfdertijd – onder de hoogste offertes van een deel dat een vierde van het geheel van de ingediende offertes vertegenwoordigt. Indien dit aantal niet deelbaar is door vier, wordt dat vierde deel naar de hogere eenheid afgerond;
2° indien het aantal offertes lager ligt dan zeven, met uitsluiting van de laagste en van de hoogste offerte.
Voor een offerte waarbij het eventueel abnormaal karakter van het bedrag dient nagezien te worden in de zin van deze paragraaf, moet de aanbestedende overheid:
1° ofwel in de beslissing om de opdracht toe te wijzen, de verwerping van het bezwaar tegen het schijnbaar abnormale bedrag van de offerte formeel motiveren;
2° ofwel de inschrijver verzoeken de nodige rechtvaardigingen, zoals voorzien in § 3, te bezorgen. Indien na onderzoek van deze rechtvaardigingen blijkt dat het bedrag van de offerte abnormaal is of bij gebrek aan rechtvaardigingen binnen de opgelegde termijn, moet de aanbestedende overheid, in afwijking van § 2, de offerte als onregelmatig beschouwen en bijgevolg als van rechtswege nietig."

9. Dit artikel 110, § 4, is hier van toepassing nu het gaat om een aanneming van werken die werd gegund bij openbare aanbesteding en waarbij meer dan vier offertes werden ingediend. Het bedrag van de offerte van de gekozen inschrijver ligt minstens 15% onder het gemiddelde bedrag van de overige ingediende offertes. De aanbestedende overheid diende de offerte van de gekozen inschrijver aldus te beschouwen als een offerte waarvan het eventueel abnormale karakter van de prijs moet worden nagezien en waaromtrent zij een prijsonderzoek dient te voeren. Zij beschikt daaromtrent niet over een discretionaire bevoegdheid.

Aldus neemt de Raad van State aan dat de aanbestedende overheid enerzijds wel verplicht was een prijsonderzoek te voeren maar anderzijds over een discretionaire bevoegdheid beschikte om daartoe al dan niet een prijsverantwoording te vragen aan de betrokken inschrijver. De Raad van State kan zich bij dergelijke beoordeling niet in de plaats stellen van het bestuur, maar hij mag desgevraagd wel nagaan of de betrokken motieven op grond

waarvan de bestreden beslissing tot het besluit komt dat er geen sprake is van abnormale prijzen, in aanmerking mogen worden genomen hetgeen onder meer vereist dat die motieven naar behoren zijn bewezen, en dat ze op afdoende wijze het vermoeden van abnormaliteit van de prijzen kunnen weerleggen.

10. Er worden door de verwerende partij in het aanbestedingsverslag ogenschijnlijk meerdere motieven opgegeven om de totale prijs van de offerte van de bvba Mihali Wegenbouw niet abnormaal te achten. Alle inschrijvers zouden hebben ingeschreven ruim boven de gebruikelijke marktprijzen, "mogelijk" te verklaren door de korte inschrijvingstermijn en de korte uitvoeringstermijn; de bieding van de bvba Mihali Wegenbouw zit +/- 18% onder het gemiddelde inschrijvingsbedrag "maar lijkt ons zeker aanvaardbaar aangezien ook deze prijs nog boven de ramingsprijs uitkomt".

De korte termijnen zijn echter voor alle inschrijvers van toepassing en kunnen aldus niet zonder meer in aanmerking worden genomen als onderscheidend element tussen de bvba Mihali Wegenbouw en de overige inschrijvers. Dat alle inschrijvers voorts "ruim boven de gebruikelijke marktprijzen" hebben ingeschreven is in de eerste plaats niet meer dan een referentie aan de eigen raming van de verwerende partij. De verwerende partij stelt met deze opmerking eigenlijk niets anders dan dat alle inschrijvers aanzienlijk boven de raming hebben inschreven en zij besluit dan maar dat de prijs van de bvba Mihali Wegenbouw aanvaardbaar is omdat ook deze prijs boven het ramingsbedrag ligt. De enige concrete motivering die uit dit alles kan worden gepuurd is aldus het feit dat de prijs van de bvba Mihali Wegenbouw boven de raming ligt, zoals alle overige offertes, en dus niet abnormaal is.

Zoals de Raad van State reeds overwoog in het arrest bvba Vandenborre-Lauwers, nr. 222.710 van 4 maart 2013, kan bij de beoordeling van het abnormaal karakter van de prijzen de raming in beginsel een aanvaardbaar vergelijkingspunt en een objectief gegeven vormen. De verzoekende partij wijst er echter terecht op dat dit slechts geldt in de mate dat de raming van de opdracht

een realistisch karakter heeft. De raming bedraagt 264.774,02 euro, btw inbegrepen. De gemiddelde prijs van alle inschrijvers samen bedraagt 364.789,54 euro, btw inbegrepen, dit is bijna 38% hoger dan de ramingsprijs. Stellen dat de inschrijvers een ruime prijs hebben opgegeven omdat zij met voormelde korte termijnen werden geconfronteerd, is in wezen toegeven dat de raming niet deugdelijk is, met die termijnen geen rekening houdt en dus irrealistisch is. Hier komt bovenop dat de verwerende partij weigert inzage te geven aan de verzoekende partij in de detailprijzen niettegenstaande zijzelf impliciet beweert dat de raming gebaseerd is op marktprijzen. Aldus blijkt niet dat de raming door de verwerende partij in aanmerking mocht worden genomen als grond om de offerteprijs van de gekozen inschrijver niet abnormaal te achten en hem dienvolgens geen prijsverantwoording te vragen.

In die omstandigheden is de motivering in het aanbestedingsverslag om de totaalprijs van de bvba Mihali Wegenbouw niet abnormaal te achten en haar geen prijsverantwoording te vragen, niet deugdelijk. Bijgevolg is het voormelde artikel 110, § 4, geschonden.

Aldus staat niet langer vast dat de opdracht werd gegund aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte had ingediend. De bestreden gunningsbeslissing dient dan ook te worden nietigverklaard.

Het middel is in de aangegeven mate gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van GO! Onderwijs van de Vlaamse Gemeenschap, Scholengroep Antwerpen 1 van 4 december 2012 waarbij de opdracht 'aanleg van een schoolterrein – basisschool K'Do Zuid (bestek 2012/033)' wordt toegewezen aan de bvba Mihali Wegenbouw.

2. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 1 april 2014, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Geert Debersaques,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,

bijgestaan door

Frank Bontinck,	griffier.

De griffier **De voorzitter**

Frank Bontinck **Dierk Verbiest**