

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK
VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

nr. 228.205 van 19 augustus 2014
in de zaak A. 213.243/XII-7724

In zake: de NV HYE
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaten Peter Flamey en Gregory Verhelst
 kantoor houdend te 2018 Antwerpen
 Jan Van Rijswijcklaan 16
 bij wie woonplaats wordt gekozen

 tegen:

 het VLAAMSE GEWEST
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Frank Judo
 kantoor houdend te 1000 Brussel
 Keizerslaan 3
 bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 30 juli 2014, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van het Departement Mobiliteit en Openbare Werken van het Vlaamse Gewest van 15 juli 2014 waarbij de offerte van de N.V. Hye als onregelmatig werd uitgesloten wegens abnormale prijzen en waarbij werd beslist om de overheidsopdracht voor aanneming van werken voor onderhoud en dringende interventies op de domeingoederen van het Vlaamse Gewest in de regio Waaslandhaven (Bestek nr. 16EF/2013/30) toe te wijzen aan de N.V. Soga”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 18 augustus 2014, om 11.00 uur.

Kamervoorzitter Geert Van Haegendoren heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Peter Flamey en Bert Van Weerdts en technisch directeur Tom T'joens, die verschijnen voor de verzoekende partij en advocaat Frank Judo, die verschijnt voor de verwerende 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. De afdeling Maritieme Toegang van het departement Mobiliteit en Openbare Werken van het Vlaamse Gewest schrijft een opdracht uit voor de aanneming van werken met als doel onderhoudswerken en dringende interventies in de haven van Antwerpen, op het domeingoed in beheer van het Vlaamse Gewest. De opdracht is onderworpen aan het bijzonder bestek nr. 16EF/2013/30; ze wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 16 januari 2014.

De opdracht wordt gegund volgens de procedure van de algemene offerteaanvraag.

Het bestek (pagina 22) verklaart artikel 99, § 2, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: KB Plaatting) “van toepassing op deze aanneming”.

3.2. De opening van de offertes vindt plaats op 25 februari 2014.

Zeven inschrijvers, waaronder de verzoekende partij, hebben een offerte ingediend.

3.3. Met een aangetekend schrijven van 24 april 2014 vraagt de verwerende partij aan de verzoekende partij om de volgende prijsverantwoording:

“Overeenkomstig de bepalingen van art. 21§3 van het KB Plaatting van 15.07.2011 betreffende de overheidsopdrachten voor aannemingen van werken, leveringen en diensten, en na advies van ATO verzoek ik u binnen een termijn van 12 kalenderdagen een prijsverantwoording te geven voor:

- Het geheel van het offertebedrag
- De eenheidsprijzen en totale prijzen van de posten 1, 2, 17, 19, 27, 28, 29, 36 en 37
- Het verminderingspercentage van -41% voor hoofdstuk B.”

Met een aangetekend schrijven van 6 mei 2014 antwoordt de verzoekende partij wat volgt:

“Wat betreft de verantwoording voor het geheel van het offertebedrag verwijzen wij naar de bijlagen en het plan van aanpak toegevoegd bij onze originele inschrijving waaruit blijkt dat wij een uitgebreide ervaring hebben met soortgelijke werken, getuige daarvan eveneens de Getuigschriften van goede uitvoering. Deze onderhoudswerken voeren wij reeds ononderbroken uit vanaf 2003 zodat wij hierin een zeer ruime expertise hebben kunnen opbouwen.

Bovendien is onze firma dicht bij de locaties van de uit te voeren werken gelegen, en zijn ook onze werknemers van de betrokken ploegen in de buurt woonachtig.

Als toelichting van het verminderingspercentage van -41% voor hoofdstuk B verwijzen wij naar onze inschrijving op besteknr. 16EF/2009/22, aanbesteding 9/11/2009, de vorige fase van de betrokken werken, waar wij toen een verminderingspercentage van -40% hadden opgegeven. Wij hebben deze werken vlekkeloos uitgevoerd, en hebben inmiddels onze expertise nog aangescherpt zodat wij de betrokken werken aan deze tarieven kunnen uitvoeren.”

Voor de specifieke prijsposten wordt een afzonderlijke bijlage gevoegd waarin per prijspost een rekenkundige opsplitsing wordt gegeven van de samenstelling van de opgegeven prijs, gevolgd door offertes van onderaannemers.

3.4. Op 19 mei 2014 adviseert de afdeling Algemene Technische Ondersteuning (ATO) van de verwerende partij de offerte van de verzoekende partij te weren.

3.5. Op 2 juni 2014 rapporteert de beoordelingscommissie. Meer bepaald over de verzoekende partij formuleert de commissie de volgende opmerking in het kader van de financiële controle van de offertes:

“In toepassing van artikel 99 §2 van het K.B. plaatsing van 15.07.2011, werd berekend dat het grensbedrag, met name het wettelijk bepaald gemiddelde van de in aanmerking te nemen (771.931,64 €) verminderd met 15%, 656.141,90 € (inclusief BTW) bedraagt

De inschrijver Hye N.V. ligt onder dit bedrag, en is aldus belast met een wettelijk vermoeden van onregelmatigheid.

In toepassing van omzendbrief OW 2000/3 werd het dossier voor advies voorgelegd aan de afdeling Algemene Technische Ondersteuning (ATO). Op basis van art. 21 §3 van het K.B. Plaatsing van 15.07.2011 werd ervoor gekozen om de afwijking zelf te verklaren (1M2B6M-2-2420). ATO bracht schriftelijk advies uit op 17.04.2014 in de brief met kenmerk T3-16EF201330-NO-14365-2014, waarin geadviseerd werd om voor de laagste offerte een prijsverantwoording te vragen voor het offertebedrag, de posten 1, 29, 27, 37, 19, 28, 2, 36 en 17 en het verminderingpercentage van -41% voor hoofdstuk B. Het advies is als bijlage toegevoegd.

Het antwoord van de inschrijver Hye N.V. op de vragen werd binnen de 12 dagen aan het bestuur bezorg[d] en werd per e-mail voor advies voorgelegd aan de afdeling ATO. ATO bracht schriftelijk advies uit op 19.05.2014 in de brief met kenmerk T3-16EF201330-NO-14473-2014, waarin geadviseerd wordt om de offerte ingediend door Hye N.V. af te wijzen wegens abnormale prijsvorming. De voornaamste redenen zijn:

- De prijsverantwoording van het offertebedrag is niet concreet
- De invloed van de verplaatsingskosten is beperkt, terwijl de inschrijver dit als argument aanhaalt voor zijn lage inschrijvingsprijs
- De prijsverantwoording van zijn verminderingpercentage is nihil
- Het percentage algemene kosten en winst (AK&W) wordt niet gedetailleerd

Het advies is als bijlage toegevoegd.

Bijgevolg wordt de offerte van de inschrijver Hye N.V. afgewezen wegens abnormale prijsvorming.”

Op basis van de in het bestek vermelde gunningscriteria stelt de beoordelingscommissie voor de opdracht toe te wijzen aan de nv Soga.

3.6. Op 15 juli 2014 beslist de verwerende partij de opdracht te gunnen aan de nv Soga. Zij noteert in de considerans van de beslissing onder meer het volgende:

“Gelet op het onderzoek naar de geschiktheid van de inschrijvers op basis van de vastgestelde uitsluiting- en selectiecriteria, en de evaluatie van de regelmatig bevonden offertes op grond van de vastgestelde gunningscriteria door de daartoe aangestelde beoordelingscommissie;

Gelet op het rapport van de beoordelingscommissie van dd. 02/06/2014 dat als bijlage bij deze beslissing is gevoegd en er integrerend deel van uitmaakt;

[...]

Gelet op het feit dat ATO op 19.05.2014 definitief schriftelijk advies uitbracht inzake het weren van de offerte van Hye NV.;

Gelet op het feit dat, de beoordelingscommissie tot de bevinding komt dat de meest voordelige regelmatige offerte werd ingediend door Soga NV.”

Met een aangetekend schrijven van 15 juli 2014 wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat haar offerte onregelmatig is bevonden en wordt geweerd.

De gunningsbeslissing van 15 juli 2014 is bijgevoegd, het rapport van de beoordelingscommissie en het advies van ATO niet.

Met een e-mailbericht van 17 juli 2014 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij een link mee vanwaar het rapport van de beoordelingscommissie kan worden afgehaald.

Met een e-mailbericht van 28 juli 2014 wordt de link nogmaals meegedeeld.

IV. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

4. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, gelezen in samenhang met het te dezen toepasselijk artikel 15 van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’, moet enkel worden onderzocht of in de voorliggende vordering tot schorsing die is ingesteld volgens de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid wordt aangevoerd.

V. Onderzoek van het enige middel

Uiteenzetting van het middel

5. Een enig middel is geput uit de schending “van art. 25 van de Wet van 15 juni 2006 overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten; van de artikelen 4 en 5 van de Wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten; van art. 21 iuncto art. 95 en iuncto art. 99 van het K.B. Plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren van 15 juli 2011; van de artikelen 2 en 3 van de Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen; van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid de materiële motiveringsplicht, het zorgvuldigheids- en het redelijkheidsbeginsel; en wegens ontstentenis van de vereiste juridische en feitelijke grondslag”, omdat “uit de bestreden beslissing [...] niet blijkt op grond van welke motieven de offerte van verzoekende partij als onregelmatig zou moeten worden geweerd, aangezien niet blijkt dat de verstrekte prijsverantwoording met de nodige ernst en zorgvuldigheid [is] onderzocht”.

De verzoekende partij licht toe dat de gunningsbeslissing van 15 juli 2014 haar offerte weert als onregelmatig onder verwijzing naar een rapport van de beoordelingscommissie van 2 juni 2014 en een advies van ATO van 19 mei 2014. Bij de beoordeling van de formelemotiveringsplicht mag volgens haar evenwel geen rekening worden gehouden met dit laatste advies van ATO aangezien zij er geen kennis van heeft gekregen en dan ook onwetend is omtrent de inhoud ervan. Dit betekent dat “op geen enkele wijze rekening mag worden gehouden met stukken of elementen die niet aan verzoekende partij werden meegedeeld en waarvan zij geen kennis heeft, in het bijzonder het advies van ATO dd. 19 mei 2014”.

De verwerende partij beperkt zich voor het overige volgens de verzoekende partij tot enkele stijlformules om de gegeven prijsverantwoording af te wijzen, namelijk dat de prijsverantwoording beknopt en algemeen zou zijn. De in de prijsverantwoording vermelde concrete verantwoordingselementen worden niet nader besproken en geëvalueerd.

Aldus blijkt volgens de verzoekende partij niet dat de aanbestedende overheid is tegemoet gekomen aan de op haar rustende bijzondere motiveringsverplichting wanneer zij een offerte onregelmatig verklaart. Evenmin blijkt dat de verwerende partij de gegeven verantwoording voor de prijsposten en het verminderingspercentage met de nodige ernst en zorgvuldigheid en in redelijkheid heeft onderzocht.

De verzoekende partij betoogt:

“Dat voor de specifieke prijsposten van hoofdstuk A een afzonderlijke bijlage werd bezorgd waarin per prijspost een rekenkundige uitsplitsing werd gegeven van de concrete samenstelling van de opgegeven prijs; Dat hierbij telkens een concreet aangegeven percentage inzake de algemene kosten, winsten en risico werd opgelijst; Dat ter ondersteuning van deze prijsgegevens wordt verwezen naar de offertes van onderaannemers die tevens werden gevoegd (zie stuk 6);

Dat verzoekende partij voor de verantwoording van het opgegeven verminderingspercentage verwijst naar het gelijkaardige verminderingspercentage dat werd opgegeven tijdens de vorige

overheidsopdracht aangaande dezelfde werken (Bestek nr. 16EF/2009/22); Dat deze overheidsopdracht toen werd gegund door de verwerende partij aan de verzoekende partij; Dat verzoekende partij aanhaalt dat de uitvoering van deze opdracht met hetzelfde voorwerp vlekkeloos is verlopen; Dat zulks blijkt uit de getuigschriften van goede uitvoering die bij haar offerte werden gevoegd (zie stuk 4); Dat hieruit dus bleek dat de uitvoering met een quasi-gelijk verminderingspercentage perfect werd uitgevoerd, hetgeen bewijst dat het opgegeven verminderingspercentage marktconform is en op geen enkele wijze zou verhinderen dat de werken niet optimaal zouden worden uitgevoerd of dat een meerprijs zou worden gevraagd tijdens de uitvoering van de werken;

Dat verzoekende partij voor haar offerteprijs tevens verwees naar de bijlagen gevoegd bij haar offerte en het plan van aanpak waaruit blijkt dat zij een uitgebreide ervaring hebben met soortgelijke werken; Dat verzoekende partij dezelfde werken als de werken die het voorwerp uitmaken van de opdracht reeds uitvoert sinds 2003; Dat zij op grond van deze jarenlange ervaring aldus de vereiste expertise in huis hadden om de exacte prijs te bepalen voor de uitvoering van de werken;

Dat verzoekende partij erop wijst dat haar onderneming en haar werknemers dicht in de buurt van de Waaslandhaven zijn gevestigd; Dat zulks een relevant element is bij de beoordeling van een opgegeven prijs (zie R.v.St., 13 augustus 2013, N.V. Terra, nr. 224.473; R.v.St., 3 maart 2014, N.V. B & E – Bouw & Renovatie, nr. 226.596), aangezien de overige inschrijvers niet over dit voordeel beschikken.”

De verzoekende partij stelt dat niet kan worden ingezien waarom in het licht van de omstandig verstrekte prijsverantwoording deze als “niet concreet” of zelfs “nihil” zou kunnen worden aangemerkt; zij had immers haar prijsverantwoording op concrete, feitelijke en rekenkundige elementen gesteund. Evenmin kan worden ingezien waarom de omstandigheid dat de situering bij de Waaslandhaven van de verzoekende partij en haar werknemers slechts een beperkte invloed zou hebben; het merendeel van de overige inschrijvers zijn immers veel verder gesitueerd van de Waaslandhaven, hetgeen onvermijdelijk een grote meerkost inzake vervoer en werkuren met zich meebrengt.

Beoordeling

6. Het middel wordt met de verwerende partij begrepen als zijnde in essentie gesteund op een schending van de formelemotiveringsplicht.

Voorts lijken de beide partijen het er finaal over eens dat in het kader van de beoordeling van de formelemotiveringsplicht geen rekening mag worden gehouden met het advies van ATO van 19 mei 2014: de verzoekende partij argumenteert zulks om reden dat zij vóór het instellen van de voorliggende vordering geen kennis heeft gekregen van bedoeld stuk; de verwerende partij komt tot hetzelfde besluit om reden dat bedoeld advies niet zou behoren tot de motieven van de bestreden beslissing.

Hieruit volgt *prima facie* dat enkel de motieven ter beoordeling voorliggen die zijn terug te vinden in het bestreden besluit zelf, waarvan het rapport van de beoordelingscommissie van 2 juni 2014 integrerend deel uitmaakt en waarvan de verzoekende partij niet betwist er integraal kennis van te hebben kunnen nemen vóór de indiening van haar verzoekschrift en dat zij als bijlage eraan toevoegt.

7.1. In het kader van het nazicht van blijkbaar abnormaal lage prijzen, beschikt de overheid over een grote beoordelingsvrijheid om gegeven prijsverantwoordingen al dan niet te aanvaarden. De Raad van State mag zich bij een dergelijke beoordeling niet in de plaats stellen van het bestuur. Hij mag desgevraagd wel nagaan of de betrokken motieven in rechte ter verantwoording van de bestreden beslissing in aanmerking mogen worden genomen.

Zoals de Raad van State bij herhaling in herinnering brengt, moet een inschrijver die zoals de verzoekende partij wordt geconfronteerd met een verzoek tot prijsverantwoording er zich van bewust zijn dat dit een ernstige aangelegenheid is en dat hij zijn prijzen concreet en onderbouwd dient te verantwoorden op het risico af zijn offerte onregelmatig te horen verklaren.

7.2. De verzoekende partij moest dan ook weten, zo lijkt, dat de vraag om verantwoording van de totale offerteprijs in combinatie met het toepasselijk maken door de opdrachtdocumenten op de aanneming van artikel 99, § 2, van het KB Plaatsing er op kan wijzen dat de offerte is belast met een wettelijk vermoeden

van onregelmatigheid. Zij mag zich dan ook niet beperken tot vaagheden en algemeenheden en moet haar verantwoording betrekken op één of meerdere objectief verklarende factoren, zoals die welke exemplarisch worden opgesomd in artikel 21, § 3, KB Plaatsing.

7.3. In haar brief van 6 mei 2014 rechtvaardigt de verzoekende partij haar totale offerteprijs als volgt:

“Wat betreft de verantwoording voor het geheel van het offertebedrag verwijzen wij naar de bijlagen en het plan van aanpak toegevoegd bij onze originele inschrijving waaruit blijkt dat wij een uitgebreide ervaring hebben met soortgelijke werken, getuige daarvan eveneens de Getuigschriften van goede uitvoering. Deze onderhoudswerken voeren wij reeds ononderbroken uit vanaf 2003 zodat wij hierin een zeer ruime expertise hebben kunnen opbouwen.

Bovendien is onze firma dicht bij de locaties van de uit te voeren werken gelegen, en zijn ook onze werknemers van de betrokken ploegen in de buurt woonachtig.”

8.1. In het rapport van de beoordelingscommissie wijst de verwerende partij er vooreerst op dat de offerte is belast met een wettelijk vermoeden van onregelmatigheid aangezien de totaalprijs ervan ligt onder het grensbedrag, berekend met toepassing van artikel 99, § 2, van het KB Plaatsing en zij verwerpt vervolgens de verantwoording van dit totaalbedrag als niet concreet en slechts beperkt beïnvloed door de verplaatsingskosten.

De verzoekende partij heeft als verantwoording voor het totaalbedrag enkel herinnerd aan haar ruime expertise en ervaring in deze onderhoudswerken en gewezen op de gunstige invloed van de geringe verplaatsingskosten. Zij verklaart thans weliswaar niet te kunnen inzien waarom die verantwoording zou kunnen worden aangemerkt als “niet concreet” doch laat elke poging na, uitgezonderd het element van de verplaatsingskosten, om in het inleidend verzoekschrift te proberen aan te tonen aan welke concrete verantwoordingselementen de aanbestedende overheid dan wel zou zijn voorbijgegaan. Op het eerste gezicht ontbreekt elke cijfermatige of anderszins controleerbare vertaling van de ingeroepen expertise en ervaring naar de geboden

totaalprijs en wel in die zin dat die inzicht zou bieden in de gegeven afwijking ten opzichte van de overige inschrijvers. In die omstandigheden lijkt het motief dat de enkele verwijzing naar haar jarenlange expertise als verantwoording om de totaalprijs te bepalen “niet concreet” is, hoewel summier, niet ontoereikend in het licht van de formelemotiveringsplicht.

Dat ook het motief aangaande de beperkte invloed van de verplaatsingskosten op het totaalbedrag in het licht van de formelemotiveringsplicht afdoende lijkt, moge verder blijken uit het inhoudelijk verweer dat de verzoekende partij dienaangaande in haar verzoekschrift voert en waarmee zij haar betoog verlegt naar de controle van de materiëlemotiveringsplicht en het redelijkheidsbeginsel.

8.2. De besproken schending van de formelemotiveringsplicht is niet ernstig.

9.1. De verzoekende partij voert met betrekking tot de materiëlemotiveringsplicht en de zorgvuldigheidsplicht in het kader van haar verantwoording van de totaalprijs voorts slechts aan dat de verplaatsingskosten een relevant element zijn bij de beoordeling van een opgegeven prijs en dat het merendeel van de overige inschrijvers niet over dit voordeel beschikken, wat een grote meerkost inzake vervoer en werkuren met zich brengt.

Vooreerst lijkt de verwerende partij de stelling dat de verplaatsingskosten een relevant element zijn bij de beoordeling van een opgegeven prijs, als dusdanig niet tegen te spreken. Wel wordt die invloed in de voorliggende zaak “beperkt” genoemd. Het is een omschrijving die de verzoekende partij niet bijvalt, maar opvallend nalaat cijfermatig tegen te spreken. Aldus zij vastgesteld dat de verzoekende partij de invloed van de verplaatsingskosten noch in de verantwoording zelf, noch in haar verzoekschrift, op concrete en verifieerbare wijze terugkoppelt naar de totaalprijs. Bovendien lijkt uit de gegevens van het dossier te mogen worden afgeleid dat ook de gekozen

inschrijver beschikt over dit voordeel en dat de verzoekende partij een beroep zal doen op onderaannemers.

9.2. De verzoekende partij toont in de gegeven omstandigheden dan ook niet met de *prima facie* vereiste ernst aan dat het motief aangaande de verplaatsingskosten niet deugdelijk zou zijn of door het bestuur onzorgvuldig zou zijn vastgesteld.

10. Aangezien artikel 95, § 3, *juncto* artikel 99 van het KB Plaatsing het niet wegnemen door de verzoekende partij van de wettelijk vermoede abnormaliteit van de totaalprijs sanctioneert met de nietigheid van de offerte, ontbreekt het de verzoekende partij op het eerste gezicht aan een voldoende belang bij de rest van haar betoog, betrokken op de motieven aangaande het verminderingspercentage en de prijzen voor de posten 1, 2, 17, 19, 27, 28, 29, 36 en 37 van hoofdstuk A van het bestek.

11. Aangezien de overige in het middel aangevoerde artikelen en beginselen lijken te zijn gestoeld op dezelfde argumenten en het verzoekschrift geen middel bevat dat de procedure in haar geheel zou kunnen vitiëren, volstaat de vaststelling dat de motieven om de verantwoording van het totale offertebedrag te verwerpen voorshands overeind blijven, om de vordering te verwerpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 200 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van negentien augustus 2014, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Geert Van Haegendoren,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Geert Van Haegendoren