

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 228.309 van 9 september 2014
in de zaak A. 208.143/XII-7283**

In zake: de NV HEYRMAN-DE ROECK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Ivan Reyns
kantoor houdend te 9120 Beveren-Waas
Grote Baan 68
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de NV VAN PUBLIEK RECHT WATERWEGEN
EN ZEEKANAAL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Christophe Lenders en Joris Wouters
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 27
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 5 maart 2013, strekt tot de nietigverklaring van “de gunningsbeslissing d.d. 21 december 2012 uitgevaardigd door de nv [van publiek recht] Waterwegen en Zeekanaal [...] aangaande het uitbaggeren van de IJzer waarbij, verwijzend naar het gunningsverslag d.d. 20 december 2012 [...]:

- de offerte ingediend door [de nv Heyrman-De Roeck] als onregelmatig werd beschouwd wegens beweerdelijke abnormale lage prijzen;
- en ‘de opdracht betreffende ‘IJzer. Baggeren’ wordt gegund aan de laagste regelmatige inschrijver De Roeck nv voor een bedrag van 449.725,00 euro (excl. btw)’”.

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 27 mei 2014.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Patrick Devers, die verschijnt voor de verzoekende partijen, advocaat Mattias Verbruggen, die loco advocaat Christophe Lenders verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens 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 verwerende partij schrijft een openbare aanbesteding uit voor een opdracht van werken, “IJzer. Baggerwerken”.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 26 oktober 2012.

De raming van de opdracht bedraagt 470.817,50 euro, btw niet inbegrepen.

3.2. Op 3 december 2012 worden de offertes geopend. Er blijken zes inschrijvers een offerte te hebben ingediend aan volgende bedragen, btw niet inbegrepen:

- nv Herbosch-Kiere	396.278,00 euro,
- nv Heyrman-De Roeck	439.925,00 euro,
- nv De Roeck	449.725,00 euro,
- nv Ghent Dredging	475.117,32 euro,
- nv West Construct	526.912,41 euro,
- nv Kalis	530.600,00 euro.

3.3. Met een aangetekende brief van 11 december 2012 vraagt de verwerende partij een prijsverantwoording aan de verzoekende partij voor bepaalde eenheidsprijzen:

“Gelieve ons met toepassing van art. 110 par. 3 van het KB van 08/01/1996, zo spoedig mogelijk een gedetailleerde verantwoording over te maken voor de eenheidsprijs van de volgende posten:

- post 15: aan- en afvoer materieel;
- post 18: baggeren zone 2 (Fintele sluis);
- post 19: baggeren zone 3 (afwaarts Fintele)
- post 22: bergen van baggerspecie.”

3.4. De verzoekende partij stuurt met een aangetekende brief van 18 december 2012 een prijsverantwoording aan de verwerende partij.

3.5. Uit het administratief dossier blijkt dat de verwerende partij vervolgens op 19 december 2012 het dossier aan de afdeling Algemene Technische Ondersteuning (hierna: ‘ATO’) van het Departement Mobiliteit en Openbare Werken van het Vlaamse Gewest stuurt voor advies. Het begeleidend schrijven bij deze adviesaanvraag luidt wat de offerte van de verzoekende partij betreft:

“Bij nazicht van de prijzen blijkt dat posten onder paragraaf 3 Baggerwerken een groot aandeel van de totale offerteprijs uitmaken. Bij nazicht van de posten onder deze paragraaf blijkt zeer lage eenheidsprijzen aangetroffen worden bij

* [...]

* Heyrman-De Roeck nv voor de posten 15, 18, 19 en 22. De posten maken resp. 7,09%, 3,71%, 18,84% en 19,86% uit van totaal bij gemiddelde offerte.

[...]

Heyrman-De Roeck nv werd om een detail prijsverantwoording gevraagd voor de posten 15, 18, 19 en 22.

Deze prijsverantwoording werd tijdig ingediend.

[...]

Door Heyrman-De Roeck nv werd in zijn prijsverantwoording verdere verduidelijking gegeven van de uitvoeringswijze voor de onderwaterberging.

In zijn detailprijsverantwoording voor de post 15 kan gesteld worden dat alle elementen die te maken hebben met mobilisatie/demobilisatie, inclusief montage van trechter/diffusor/scherm mee. Ook de opgegeven vaartijd is in rede aanvaardbaar.

Bepaalde eenheidsprijzen zijn laag zijn doch er kan niet besloten worden dat het gaat om een abnormaal lage eenheidsprijs voor deze totaalpost.

Voor wat betreft de post 18 Baggeren zone 2 wordt een prijsopbouw weergegeven uitgaande van dag/uurprijzen voor materieel en personeel. Het opgegeven rendement is aanvaardbaar. Alle elementen zijn in de prijs inbegrepen. Ook hier dient gesteld dat bepaalde eenheidsprijzen laag zijn doch kan niet besloten dat het gaat om een abnormaal lage eenheidsprijs voor deze totaalpost.

Voor wat betreft de post 19 Baggeren Zone 3 wordt een prijsopbouw zoals in post 18 weergegeven, enkel een hoger rendement kan gehaald. Dit rendement is echter aanvaardbaar. Er kan niet besloten worden dat de inschrijver voor deze post een abnormaal lage eenheidsprijs heeft weergegeven.

Voor wat betreft de post 22 - Bergen wordt de prijsopbouw weergegeven uitgaande van dag/uurprijzen voor materieel en personeel. Er dient opgemerkt dat er twee typfouten werden gemaakt doch de kostprijs /dag alsook de kostprijs/rendement is juist berekend. Het opgegeven rendement is aanvaardbaar (cfr. slechts geringe hoeveelheid specie die via posten 17 en 18 wordt aangevoerd).

Er kan nog worden opgemerkt dat de inschrijver niet steeds dezelfde marge hanteert voor AKW (tss 20-28%).

Gelet op hoger genoemde elementen kan besloten dat de prijsverantwoording van Heyrman-De Roeck in rede aanvaardbaar is.”

3.6. Op 20 december 2012 verleent ATO het gevraagde advies aan de verwerende partij. Dit advies luidt wat de offerte van de verzoekende partij betreft:

“1. Identificatie van de vermoedelijk abnormale prijzen
[...]

1.2 Eenheids- en totale prijzen

ATO identificeert voor de volgende inschrijvers een aantal eenheidsprijzen die als vermoedelijk abnormaal laag kunnen worden geïdentificeerd:

- [...]
- nv Heyrman-De Roeck: 13, 14, 15, 18, 19 en 22. Deze maken samen 52,2% van de opdracht uit;
- [...]

2. Beoordeling van de vragen om prijsverantwoording

Uw afdeling verzocht de laagste 2 inschrijvers om prijsverantwoording:

- [...]
- NV Heyrman-De Roeck: voor de eenheidsprijzen van posten 15, 18, 19 en 22.

Niettegenstaande onder §1.2. nog een aantal bijkomende eenheidsprijzen als vermoedelijk abnormaal worden geïdentificeerd, is het volgens ATO weinig zinvol om nog bijkomende prijsverantwoording te vragen, gelet op het relatief kleine belang van de betreffende posten in het geheel van de opdracht.

3. Beoordeling van de aangeleverde prijsverantwoording
[...]

3.2. NV Heyrman-De Roeck

ATO formuleert volgende opmerkingen:

- De inschrijver hanteert toeslagen voor AKW die variëren tussen 20 en 28%. Dit is in strijd met art. 96 §4 van het KB dd. 08.01.1996. Bovendien zijn deze tarieven significant hoger dan wat als courant gangbaar wordt beschouwd, wat niet lijkt te stroken met de relatief lage eenheidsprijzen.

- ATO schat een aantal gehanteerde tarieven voor de inzet van materieel als onrealistisch laag in. Meer specifiek betreft het de dieplader-oplegger (incl. bestuurder), de standaard oplegger (incl. bestuurder) en de baggerkraan (incl. bestuurder). Bovendien worden de tarieven niet gestaafd.

4. Conclusie

Op basis van bovenstaande argumenten besluit ATO dat:

- [...]

- nv Heyrman-De Roeck er niet in geslaagd is om het vermoeden van abnormaal lage eenheidsprijzen te weerleggen.

ATO besluit dat beide inschrijvers geweerd dienen te worden voor deze opdracht.

Op basis van de bevindingen onder §1 adviseert ATO om de opdracht te gunnen aan De Roeck nv, voor een offertebedrag van 449.725,00 EUR (excl. btw)."

3.7. Op 20 december 2012 wordt een gunningsverslag opgesteld.
Dit verslag luidt onder meer:

"4. Prijsonderzoek

[...]

Bij nazicht van de prijzen blijkt dat posten onder paragraaf 3 'Baggerwerken' een groot aandeel van de totale offerteprijs uitmaken.

Bij nazicht van de posten onder deze paragraaf blijkt zeer lage eenheidsprijzen aangetroffen worden bij

[...]

* Heyrman-De Roeck nv voor de posten 15, 18, 19 en 22. De posten maken resp. 7,09%, 3,71%, 18,84% en 19,86% uit van totaal bij gemiddelde offerte. Voor deze posten werd een prijsverantwoording gevraagd.

Bij de overige inschrijvers worden geen zeer lage eenheidsprijzen aangetroffen.

Bij aangetekend schrijven dd. 11/12/2012 werden de twee hoger genoemde inschrijvers om prijsverantwoording gevraagd met name

[...]

Heyrman-De Roeck werd om een detail prijsverantwoording gevraagd voor de posten 15, 18, 19 en 22.

Deze prijsverantwoordingen werden tijdig ingediend.

[...]

Door Heyrman-De Roeck nv werd in zijn prijsverantwoording verdere verduidelijking gegeven van de uitvoeringswijze voor de onderwaterberging.

In zijn detailprijsverantwoording voor de post 15 kan gesteld worden dat alle elementen die te maken hebben met mobilisatie/demobilisatie, inclusief bevestiging van trechter/diffusor/scherm gegeven worden. Ook de opgegeven vaartijd is in rede aanvaardbaar. Bepaalde eenheidsprijzen zijn laag doch er kan niet besloten worden dat het gaat om een abnormaal lage eenheidsprijs voor deze totaalpost.

Voor wat betreft de post 18 Baggeren zone 2 wordt een prijsopbouw weergegeven uitgaande van dag/uurprijzen voor materieel en personeel. Het opgegeven rendement is aanvaardbaar. Alle elementen zijn in de prijs inbegrepen. Ook hier dient gesteld dat bepaalde eenheidsprijzen laag zijn doch kan niet besloten dat het gaat om een abnormaal lage eenheidsprijs voor deze totaalpost.

Voor wat betreft de post 19 Baggeren Zone 3 wordt een prijsopbouw zoals in post 18 weergegeven, enkel een hoger rendement kan gehaald. Dit rendement is echter aanvaardbaar. Er kan niet besloten worden dat de inschrijver voor deze post een abnormaal lage eenheidsprijs heeft weergegeven.

Voor wat betreft de post 22 - Bergen wordt de prijsopbouw weergegeven uitgaande van dag/uurprijzen voor materieel en personeel. Er dient opgemerkt dat er twee typfouten werden gemaakt doch de kostprijs /dag alsook de kostprijs/rendement is juist berekend. Het opgegeven rendement is aanvaardbaar (cfr. slechts geringe hoeveelheid specie die via posten 17 en 18 wordt aangevoerd).

Er kan nog worden opgemerkt dat de inschrijver niet steeds dezelfde marge hanteert voor AKW (tss 20-28%).

Gelet op hoger genoemde elementen kan besloten dat de prijsverantwoording van Heyrman-De Roeck in rede aanvaardbaar is.

Het dossier werd aan ATO voorgelegd voor advies.

In haar advies dd. 20 december 2012 stelt ATO dat:

- [...]

- Heyrman-De Roeck nv er niet in geslaagd is om het vermoeden van abnormaal lage eenheidsprijzen te weerleggen. Hiervoor wordt in het bijzonder verwezen naar het feit dat deze inschrijver AKW hanteert tussen 20-28%, wat in strijd is met art. 94 §4 van het KB dd 8/1/1996. Bovendien zijn deze tarieven hoger dan wat als courant gangbaar wordt

beschouwd, wat niet lijkt te stroken met de relatief lage eenheidsprijzen. Bovendien schat ATO een aantal gehanteerde tarieven voor de inzet van materieel als onrealistisch laag in.

De aanbestedende overheid wenst het advies van ATO te volgen.

Rekening houdende met het advies van ATO oordeelt de aanbestedende overheid dat de offertes van Herbosch-Kiere nv en Heyrman-De Roeck nv als onregelmatig dienen beoordeeld en dus worden geweerd.”

Vervolgens wordt voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de inschrijver met de laagste regelmatige offerte, de nv De Roeck.

3.8. Op 21 december 2012 beslist de verwerende partij vervolgens om, “gelet op het gunningsverslag van 20/12/2012, dat als bijlage bij deze beslissing is gevoegd en er integraal deel van uitmaakt”, de opdracht te gunnen aan de laagste regelmatige inschrijver, de nv De Roeck, voor een bedrag van 449.725,00 euro, btw niet inbegrepen.

Dit is de bestreden beslissing.

IV. Vertrouwelijkheid

Standpunten van de partijen

4.1. In de memorie van antwoord vraagt de verwerende partij om de stukken 5, 6, 7, 8 en 9, dit zijn de offertes van de inschrijvers, 11, dit is de prijzenanalyse, 14, dit is de prijsverantwoording Herbosch-Kiere, 16, dit is het schrijven van de verwerende partij aan ATO van 19 december 2012, en 17, dit is het advies van ATO van 20 december 2012, van het administratief dossier vertrouwelijk te behandelen en er dus geen inzage van te verlenen aan de verzoekende partij, “gelet op het feit dat deze mogelijks bedrijfsgeheimen [...] bevat”.

4.2. In de memorie van wederantwoord betoogt de verzoekende partij dat de betrokken stukken haar wel ter inzage moeten worden gegeven, nu de vertrouwelijkheid ervan niet, minstens onvolledig, gemotiveerd is. Bovendien

is er geen enkele reden om deze stukken vertrouwelijk te behandelen, aldus de verzoekende partij: de opdracht is gegund en toegewezen zodat niet kan worden heraanbesteed, aldus heeft de verzoekende partij geen voordeel en de overige inschrijvers geen nadeel door de openbaarmaking van de stukken.

Wat de stukken 11, 16 en 17 betreft wijst de verzoekende partij erop dat de vraag om vertrouwelijke behandeling onterecht is in zoverre de stukken betrekking hebben op de offerte van de verzoekende partij zelf. Het feit dat de verwerende partij van stukken 16 en 17 een niet-vertrouwelijke versie met onleesbaarmakingen bij het administratief dossier heeft gevoegd volstaat niet want het is onduidelijk of de onleesbaar gemaakte gegevens betrekking hebben op de verzoekende partij of op andere inschrijvers.

4.3. In haar laatste memorie –nadat in het auditoraatsverslag werd voorgesteld om de vertrouwelijke behandeling te aanvaarden en de stukken niet ter inzage te geven– betoogt de verzoekende partij dat de vertrouwelijkheid wel degelijk moet worden gelicht. Zij dringt in het bijzonder aan wat betreft de stukken 6, 11, 16 en 17.

Beoordeling

5.1. Het komt aan de Raad van State toe om de vertrouwelijkheid van bepaalde stukken in het administratief dossier te beoordelen door, in elk geval, de vereisten van een eerlijk proces af te wegen tegenover deze gebonden aan het zakengeheim.

5.2. 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. De verwerende partij verwijst uitdrukkelijk naar het feit dat de betrokken stukken zakengeheimen kunnen bevatten om de vertrouwelijke behandeling ervan te motiveren.

5.3.1. In de eerste plaats dient te worden vastgesteld dat de verzoekende partij in haar laatste memorie inhoudelijk niet langer aandringt op

het lichten van de vertrouwelijkheid ten aanzien van de stukken 5, 7, 8, 9 en 14. Er mag dan ook worden aangenomen dat zij zich heeft neergelegd bij het voor haar niet ter inzage zijn van deze stukken.

5.3.2. Voorts doet het feit dat de opdracht is gegund op zich de afweging niet op bepalende wijze doorslaan naar het vrijgeven van de vertrouwelijke stukken. De verzoekende partij beperkt zich tot het louter poneren dat het lichten van de vertrouwelijkheid de overige inschrijvers geen schade meer kan berokkenen, opvatting die de Raad van State niet zonder meer kan delen, nu de als vertrouwelijk aangemerkte stukken gegevens bevatten die kennelijk onder het zakengeheim van de overige inschrijvers vallen.

5.4. Wat stuk 6, dit is de offerte van de nv De Roeck, en stuk 11, dit is de prijzenanalyse, betreft dient te worden vastgesteld dat de verzoekende partij, hoewel zij vraagt om het vertrouwelijk karakter van deze stukken te lichten, niet in het minst *in concreto* uiteenzet hoe de inzage in deze stukken haar tot nut kan zijn bij het aanbrengen van grieven en rechtsmiddelen tegen de bestreden beslissing. De verzoekende partij voert evenmin aan dat –laat staan hoe– het niet ter inzage zijn van deze stukken haar recht op een eerlijk proces miskent, bijvoorbeeld door het haar onmogelijk te maken om bepaalde middelen te doen gelden.

5.5. Wat betreft de stukken 16 en 17 blijkt de verwerende partij een versie van deze stukken 16*bis* en 17*bis* bij het administratief dossier te hebben gevoegd, met onleesbaarmaking van de gegevens die betrekking hebben op de nv Herbosch-Kiere en diens offerte. Uit vergelijking van de vertrouwelijke en niet-vertrouwelijke versies blijkt dat de verwerende partij enkel gegevens met betrekking tot deze inschrijver onleesbaar heeft gemaakt en geen gegevens met betrekking tot de verzoekende partij of haar offerte. Aldus heeft de verzoekende partij kennis gekregen van de voor haar pertinente gegevens vervat in deze stukken. De verzoekende partij voert niet aan dat –en de Raad van State ziet niet zonder meer in hoe– de overige gegevens voor haar nuttig en dienstig kunnen zijn om haar recht op een eerlijk proces te waarborgen.

Het vertrouwelijk karakter van de betrokken stukken belet in elk geval niet dat de Raad van State daarop acht mag slaan en deze bij zijn beoordeling betrekken.

5.6. De conclusie is dan ook dat in voorliggend geval de Raad van State niet ingaat op de vraag tot opheffing van de vertrouwelijkheid.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6.1. De verzoekende partij voert de schending aan van 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’.

Zij voert aan dat de verwerende partij een prijsverantwoording heeft gevraagd voor de posten 15, 18, 19 en 22 van de offerte van de verzoekende partij en met betrekking tot deze posten reeds heeft besloten dat “de prijsverantwoording van Heyrman-De Roeck in rede aanvaardbaar is”. Aldus heeft het advies dat de verwerende partij aan ATO heeft gevraagd “noodzakelijkerwijs” betrekking op andere posten, waaromtrent de verwerende partij echter geen prijsverantwoording heeft gevraagd. Aldus is de offerte van de verzoekende partij geweerd wegens abnormaal lage prijzen met betrekking tot posten waaromtrent de verzoekende partij niet om prijsverantwoording werd verzocht.

6.2. In haar memorie van wederantwoord wijst de verzoekende partij erop dat in het advies van ATO ook de posten 13 en 14 als “vermoedelijk abnormaal laag” worden aangemerkt, hoewel voor deze posten nooit een prijsverantwoording werd gevraagd. De beslissing tot onregelmatigverklaring van de offerte van de verzoekende partij is dus gesteund op een advies waarbij de prijzen geboden door de verzoekende partij voor de posten 13 en 14 onregelmatig

werden bevonden, zonder dat echter om een prijsverantwoording werd verzocht. De verplichting om een prijsverantwoording te vragen alvorens een offerte af te wijzen is echter van substantiële aard.

Voorts wordt in het gunningsverslag verwezen naar het A(lgemene)K(osten)(en)W(inst)-percentage van de verzoekende partij; omtrent de ongelijke verdeling van de algemene en financiële kosten alsmede de winsten werd de verzoekende partij echter evenmin om prijsverantwoording gevraagd.

6.3. In haar laatste memorie benadrukt de verzoekende partij dat ATO in haar advies alle posten van de offerte van de verzoekende partij heeft onderzocht en besluit dat de offerte onregelmatig moet worden verklaard op grond van de abnormale prijzen voor de posten 13, 14, 15, 18, 19 en 22, terwijl voor de posten 13 en 14 nooit een prijsverantwoording werd gevraagd.

Beoordeling

7. Het middel zoals aangebracht in het verzoekschrift berust op een onjuist feitelijk uitgangspunt.

De verzoekende partij kan niet worden gevolgd in haar veronderstelling dat de verwerende partij reeds voor het advies van ATO in te winnen zou hebben beslist over de prijsverantwoording. Hoewel een eerste lezing van het gunningsverslag tot verwarring kan leiden, blijkt uit het dossier dat dit verslag in het door de verzoekende partij gelaakte gedeelte enkel woordelijk het begeleidend schrijven bij de adviesaanvraag aan ATO herneemt en niet verwijst naar enige voorafgaande beslissing.

In tegenstelling tot wat de verzoekende partij doet gelden in haar memorie van wederantwoord maakt de verwijzing in het advies van ATO naar de posten 13 en 14 geen grond tot onregelmatigverklaring van haar offerte uit. In dit advies wordt immers meteen opgemerkt dat een aanvullende prijsverantwoording met betrekking tot deze posten overbodig is. Naderhand komen deze posten niet meer ter sprake. Het advies tot onregelmatigverklaring

van ATO steunt niet op posten waarvoor geen prijsverantwoording werd gevraagd.

De grief die verzoekende partij pas voor het eerst in de memorie van wederantwoord ontwikkelt inzake het niet-vragen van een prijsverantwoording voor haar AKW-percentages is niet-ontvankelijk nu deze grief immers reeds in het verzoekschrift in het debat had kunnen worden gebracht.

Het middel wordt verworpen.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

8.1. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 110 van het voornoemd koninklijk besluit van 8 januari 1996, “minstens wegens onbevoegdheid”, zulks “doordat de nv Waterwegen en Zeekanaal het advies inwint van een derde, in de persoon van ‘ATO’ aangaande de regelmatigheid van de prijzen geboden door verzoekster, terwijl de nv Waterwegen en Zeekanaal reeds had beslist dat de prijsverantwoording ingediend door verzoekster in rede aanvaardbaar is”.

In de toelichting bij het middel merkt de verzoekende partij op dat niettegenstaande de verwerende partij haar bevoegdheid “volledig heeft uitgeoefend alsmede haar beslissingsmacht heeft uitgeput”, zij alsnog beslist advies te vragen aan ATO. De verwerende partij handelt in strijd met haar eigen bevoegdheid en beslissingsmacht door, nadat reeds een beslissing werd genomen, alsnog het advies in te winnen van een derde op grond waarvan zij haar eerdere beslissing herziet. Voorts wordt in artikel 110 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 nergens bepaald dat het advies van ATO moet worden ingewonnen. Er is ten slotte sprake van onbevoegdheid doordat de verwerende partij zich vergist aangaande de uitgestrektheid van haar bevoegdheid, de verwerende partij is niet verplicht het advies van een derde in te winnen.

8.2. In haar memorie van wederantwoord benadrukt de verzoekende partij dat uit het gunningsverslag blijkt dat de verwerende partij reeds had beslist over de prijsverantwoording van de verzoekende partij alvorens het advies van ATO te vragen. Door toch advies te vragen en terug te komen op de eerdere beslissing begaat de verwerende partij een “manifeste schending” van artikel 110 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996.

Beoordeling

9. De verzoekende partij steunt het middel in zijn geheel op de bij de beoordeling van het eerste middel reeds verworpen feitelijke veronderstelling dat de verwerende partij een beslissing inzake de prijsverantwoording zou hebben genomen vooraleer het advies van ATO in te winnen. In zoverre wordt dan ook verwezen naar de beoordeling van dat middel.

Voorts belet artikel 110, § 3, van het voornoemd koninklijk besluit van 8 januari 1996 niet dat het advies van ATO wordt ingewonnen; de verwerende partij mag zulks doen in het kader van een zorgvuldig onderzoek van de offertes. De verzoekende partij maakt niet *in concreto* aannemelijk dat te dezen het inwinnen van advies een bevoegdheidsoverschrijding zou uitmaken.

Het middel wordt verworpen.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

10.1. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 110 van het voornoemd koninklijk besluit van 8 januari 1996 en van het zorgvuldigheids- en redelijkheidsbeginsel.

In dit middel laakt zij in essentie het feit dat haar offerte onregelmatig werd verklaard wegens abnormaal lage prijzen terwijl nooit tot vergelijking werd verricht met de prijzen geboden door de gekozen inschrijver, de nv De Roeck. De verzoekende partij wijst erop dat het prijsverschil tussen

beide offertes 9.800 euro bedraagt, een procentueel verschil van 2,17%. Aan de nv de Roeck werd geen prijsverantwoording gevraagd en nergens in het gunningsverslag wordt toelichting verstrekt waarom de prijzen van de nv De Roeck regelmatig zouden zijn en die van de verzoekende partij niet. In redelijkheid kan niet worden verantwoord dat de prijzen van de nv De Roeck wel regelmatig zouden zijn en die van de verzoekende partij abnormaal laag.

10.2. In haar memorie van wederantwoord betwist de verzoekende partij het verweer uit de memorie van antwoord dat er wel degelijk een prijsanalyse heeft plaatsgevonden. Hiervan is niets terug te vinden in het gunningsverslag en de verzoekende partij krijgt hiervan geen inzage.

10.3. In haar laatste memorie doet de verzoekende partij gelden dat de nv De Roeck, in strijd met artikel 96, § 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, haar algemene onkosten en winst percentage ongelijk heeft verdeeld tussen de verschillende posten. De verwerende partij had, als zorgvuldig handelend bestuur, moeten nagaan hoe de nv De Roeck haar AKW-percentage heeft verdeeld, alvorens de prijzen van de verzoekende partij met die van deze inschrijver te vergelijken. De verwerende partij had aan de nv De Roeck een prijsverantwoording moeten vragen voor de verdeling van haar AKW-percentage.

Beoordeling

11. In de mate dat de verzoekende partij aanvoert dat er geen vergelijking van de prijzen van de diverse offertes zou hebben plaatsgevonden, blijkt de verwerende partij het tegendeel te betogen en blijkt het administratief dossier wel degelijk een stuk 11 ‘prijzenanalyse’ te bevatten. Dit stuk is een tabel waarin de eenheidsprijzen van de offertes worden vergeleken en geanalyseerd. In zoverre berust ook dit middel op een onjuiste feitelijke veronderstelling, aan welke vaststelling geen afbreuk wordt gedaan door de problematiek van het vertrouwelijke karakter van het betrokken stuk.

Voorts steunt het middel op de veronderstelling dat een gering verschil in totaalprijs tussen twee offertes *ipso facto* zou betekenen dat ook de eenheidsprijzen slechts geringe verschillen zullen vertonen. Deze kijkt op de zaak

wordt niet gedeeld door de Raad van State. Het bij elkaar liggen van de totale offerteprijzen belet niet dat bepaalde eenheidsprijzen sterk kunnen verschillen overheen diverse offertes en in deze zaak blijken de eenheidsprijzen in de offerte van de verzoekende partij voor de betrokken posten 15, 18, 19 en 22 aanmerkelijk –soms tot meer dan de helft– lager dan deze van de overige inschrijvers en de nv De Roeck, ondanks het eerder beperkte verschil in totale offerteprijs met deze laatste. Aldus blijkt niet dat het niet redelijk verantwoord was om aan de verzoekende partij voor deze posten een prijsverantwoording te vragen.

De voor het eerst in de laatste memorie aangebrachte grief dat de verwerende partij aan de nv De Roeck een prijsverantwoording voor diens AKW-percentage had moeten vragen is niet ontvankelijk want niet tijdig in het debat gebracht.

Het middel wordt verworpen.

D. Vierde middel

Uiteenzetting van het middel

12.1. De verzoekende partij voert de schending aan van “de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, artikel 65/1 e.v. van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten [en] het algemeen beginsel van de motiveringsplicht”. Zij acht deze rechtsnormen geschonden “doordat de nv Waterwegen en Zeekanaal haar beslissing om de offerte van verzoekster als onregelmatig te beschouwen niet afdoende motiveert en verwijst naar een verslag van ‘ATO’ dat niet is bijgevoegd, terwijl voormelde wetsbepalingen voorschrijven dat de beslissing afdoende moet zijn gemotiveerd en deze motieven in de beslissing zelf moeten zijn opgenomen”.

In de toelichting bij het middel benadrukt de verzoekende partij –na verwijzing naar de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991– dat het

advies van ATO niet werd bijgebracht en er niet kan worden nagegaan of het advies van ATO wel afdoende is gemotiveerd. Er zijn te dezen tegenstrijdige adviezen in zoverre de verwerende partij zelf de prijsverantwoording van de verzoekende partij heeft aanvaard en ATO niet.

Voorts kan de motivering zoals vervat in het gunningsverslag niet als afdoende worden beschouwd: er wordt geenszins gemotiveerd waarom de offerte van de nv De Roeck wel regelmatig zou zijn en die van de verzoekende partij niet; de motivering van ATO zoals weergegeven in het gunningsverslag bevat een verwijzing naar het niet terzake doende artikel 94, § 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 en daarnaast wordt louter gesteld dat de prijzen gehanteerd voor de inzet van materieel zogezegd onrealistisch laag zouden zijn; de verwerende partij motiveert geenszins waarom het advies van ATO alsnog gevolgd wordt.

12.2. In haar memorie van wederantwoord benadrukt de verzoekende partij dat het advies van ATO niet volledig werd overgenomen in het gunningsverslag –zoals de verwerende partij had opgeworpen in de memorie van antwoord– en de motieven op grond waarvan ATO tot het besluit kwam dat de offerte van de verzoekende partij onregelmatig is niet in het gunningsverslag werden opgenomen. Door enkel het besluit van ATO over te nemen past de verwerende partij de theorie van de motivering door verwijzing toe, zonder dat aan alle voorwaarden is voldaan.

Beoordeling

13. Het middel is niet-ontvankelijk in zoverre de verzoekende partij zonder nadere aanduiding van geschonden geachte bepalingen de schending inroept van “artikel 65/1 e.v. van de wet van 24 december 1993”, welke verwijzing het volledige Boek II*bis*. ‘Motivering, informatie en rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’ van die wet betreft.

14. Het gunningsverslag dat aan de basis ligt van de bestreden beslissing getuigt niet altijd van een erg keurige redactie. Het woordelijk en

zonder enige duiding overnemen van de brief gevoegd bij de adviesaanvraag aan ATO is een eerder ongelukkig gegeven dat de leesbaarheid van dit verslag bezwaart. Deze vaststellingen leiden op zich echter niet tot een schending van de formele motiveringsplicht.

De decisieve motivering van de bestreden beslissing is te vinden in de volgende passage:

“In haar advies dd. 20 december 2012 stelt ATO dat:

- [...]

- Heyrman-De Roeck nv er niet in geslaagd is om het vermoeden van abnormaal lage eenheidsprijzen te weerleggen. Hiervoor wordt in het bijzonder verwezen naar het feit dat deze inschrijver AKW hanteert tussen 20-28%, wat in strijd is met art. 94 §4 van het KB dd 8/1/1996. Bovendien zijn deze tarieven hoger dan wat als courant gangbaar wordt beschouwd, wat niet lijkt te stroken met de relatief lage eenheidsprijzen. Bovendien schat ATO een aantal gehanteerde tarieven voor de inzet van materieel als onrealistisch laag in.

De aanbestedende overheid wenst het advies van ATO te volgen.

Rekening houdende met het advies van ATO oordeelt de aanbestedende overheid dat de offertes van Herbosch-Kiere nv en Heyrman-De Roeck nv als onregelmatig dienen beoordeeld en dus worden geweerd.”

Dit deel van het gunningsverslag is een bijna woordelijke herneming van de opmerkingen geformuleerd in het advies van ATO. Aldus was het bijvoegen van dit advies vanuit de formele motiveringsplicht niet noodzakelijk nu de casus van de motivering door loutere verwijzing –zoals de verzoekende partij betoogt– zich hier niet aandient.

De stelling van de verzoekende partij inzake de tegenstrijdige adviezen kan niet worden bijgevalen. Er blijkt immers enkel een advies van ATO voorhanden te zijn.

Voorts toont de verzoekende partij niet aan waarom de verwerende partij uitdrukkelijk diende te motiveren waarom zij de offerte van de nv De Roeck regelmatig beoordeelde. Er blijkt immers niet dat de verwerende partij zou hebben overwogen om de offerte van deze inschrijver onregelmatig te

verklaren of dat bepaalde elementen de regelmatigheid van deze offerte in het gedrang brachten. In de mate dat de verzoekende partij deze stelling steunt op het betoog bij het derde middel, kan worden verwezen naar de beoordeling van dat middel.

De verwijzing in het gunningsverslag naar artikel 94, § 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 wordt door de verwerende partij verklaard als een materiële misslag, bedoeld was artikel 96, § 4, zoals vermeld in het advies van ATO. Deze uitleg komt de Raad van State als aanvaardbaar voor, te meer nu de verzoekende partij niet in concreto uiteenzet hoe deze verschrijving haar zou hebben geschaad of belette rechtsmiddelen te doen gelden.

In zoverre de verzoekende partij de inhoud van de motivering lijkt te bekritisieren moet worden opgemerkt dat zij niet aangeeft waarom de conclusie van ATO onjuist is.

Het middel wordt verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende 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 9 september 2014, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Geert Debersaques,	kamervoorzitter,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest