

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 228.379 van 16 september 2014
in de zaak A. 213.413/XII-7736**

In zake: de NV ASWEBO
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Christophe Lenders en Joris Wouters
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 27
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Kris Wauters
kantoor houdend te 1170 Brussel
Terhulpssteenweg 187
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV DECKX ALGEMENE ONDERNEMINGEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Carlos De Wolf
kantoor houdend te 9680 Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 14 augustus 2014, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van het Vlaams Gewest, Agentschap Wegen en Verkeer, dd. 10 juli 2014, zoals gevoegd bij het schrijven dd. 30 juli 2014 van het Vlaams Gewest, Agentschap Wegen en Verkeer, waarbij wordt beslist [de nv Aswebo] voor de opdracht voorwerp van het bestek nr. 1M3D8E/14/01 (X10/A13/97) ‘E313:

vervangen asfaltverharding zone Geel-West en Geel-Oost’, niet te selecteren en de genoemde opdracht te gunnen aan Deckx NV voor een bedrag van 1.945.172,86 EUR (incl. BTW) en niet aan [de nv Aswebol]”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 28 augustus 2014 heeft de nv Deckx Algemene Ondernemingen gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 9 september 2014, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Joris Wouters, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Kris Wauters, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Carlos De Wolf, die verschijnt voor de verzoekende partij tot tussenkomst, zijn gehoord.

Eerste auditeur Luc Vermeire 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, via het Agentschap Wegen en Verkeer, Afdeling Wegen en Verkeer Antwerpen, een open aanbesteding uit voor een opdracht van werken met als voorwerp “E313: vervanging asfaltverharding zone Geel-West en Geel-Oost”.

3.2. De opdracht wordt op 14 maart 2014 aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen.

3.3. Op de opdracht is het bestek 1M3D8E/14/01 van toepassing.

3.4. De opening van de offertes vindt plaats op 24 april 2014. Er worden zeven offertes ingediend. De verzoekende partij stelt de laagste prijs voor, de nv Deckx Algemene Ondernemingen (hierna ook: de nv Deckx) de tweede laagste.

3.5. Met een blijkbaar aangetekende brief van 30 april 2014 en verwijzend naar artikel 21, § 3, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ vraagt de verwerende partij de verzoekende partij zo mogelijk per kerende en uiterlijk binnen een termijn van 12 kalenderdagen haar eenheidsprijzen voor post 3 “Affrezen van de asfaltverharding volgens 4-1.1.2.2., diepte H=6 cm, toplaag”, post 4 “Affrezen van de asfaltverharding volgens 4-1.1.2.2., diepte H=6 cm, onderlaag”, en post 37 “Profielerlaag, type APO-A, granulaat 0/20, dikte E=6 à 8 cm” te verantwoorden.

3.6. Met een blijkbaar aangetekende brief van 9 mei 2014 deelt de verzoekende partij een prijsverantwoording mee.

3.7. Bij brief van 16 mei 2014 vraagt de verwerende partij, “krachtens omzendbrief MOW 2010/1 d.d. 21/12/2010 [...] (vermoeden van abnormale prijzen)” het advies van de dienst Algemene Technische Ondersteuning (ATO) over de laagste prijs geboden door de verzoekende partij. In deze brief wordt onder meer vermeld dat deze offerte 0,84 % hoger ligt dan de raming en 9,44 % lager dan het gemiddelde zoals bepaald in het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’.

In een niet gedateerde nota aan het afdelingshoofd van ATO vermeldt de projectingenieur Wegen en Verkeer Antwerpen dat bij prijsnazicht de totale inschrijvingsprijs van de verzoekende partij als realistisch werd beoordeeld.

3.8. In een advies van 28 mei 2014 besluit ATO echter dat de verzoekende partij er niet in geslaagd is om het vermoeden van abnormale lage prijzen te weerleggen en adviseert om de offerte van de verzoekende partij te weren en de opdracht te gunnen aan de tweede laagste inschrijver, de nv Deckx, aangezien de offerte van deze laatste geen significante vermoedelijk abnormale prijzen bevat.

3.9. Een gunningsverslag wordt vervolgens opgesteld door de verantwoordelijke ambtenaar.

Dit verslag vermeldt onder “Besluit over selectie” dat de offertes van de nv Belasco en de nv Grizaco niet worden geselecteerd omdat “geen referenties [werden] toegevoegd” en dat de verzoekende partij evenmin werd geselecteerd omdat “na studie” van de prijsverantwoording voor de posten 3, 4 en 37 “de prijzen niet aanvaard [kunnen] worden”.

In het “Algemeen besluit over de beoordeling van de offertes” wordt vastgesteld dat “alle inschrijvers voldoen aan de kwalitatieve selectiecriteria (erkenning, RSZ-bijdragen, BTW, niet-faillissement, technische bekwaamheid)”, dat “alle offertes [...] regelmatig [zijn], met uitzondering van Grizaco nv, Belasco nv en Aswebo nv” en wordt voorgesteld “de werken toe te wijzen aan de laagste regelmatige inschrijver, namelijk Deckx nv, voor een bedrag van 1.945.172,82 € incl. btw, 1.607.580,88 € excl. btw”.

3.10. Op 10 juli 2014 neemt de administrateur-generaal de beslissing om de opdracht te gunnen aan de nv Deckx, opgenomen onderaan het gunningsverslag.

De beslissing luidt:

“Gelet op de motieven uit het onderzoek en de beoordeling zoals hierboven omstandig beschreven wordt de opdracht voor werken gegund aan Deckx nv voor een bedrag van 1.607.580,88 (BTW excl.) of voor een bedrag van 1.945.172,86 (BTW incl.)”.

3.11. Met een blijkbaar aangetekende brief van 30 juli 2014 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat zij “niet [is] geselecteerd”. Voor de “motieven voor uw niet-selectie” wordt verwezen naar een bijgevoegd “uittreksel van de gemotiveerde gunningsbeslissing”, in feite het volledige gunningsverslag met de gemotiveerde gunningsbeslissing.

3.12. Bij e-mail van 4 augustus 2014 deelt de verzoekende partij mee kennis te hebben genomen van de brief van 30 juli 2014 waarin de verwerende partij meldt dat “wij ‘niet geselecteerd’ zijn” en vraagt zij per kerende de motivering voor “het niet aanvaarden van onze prijsverantwoording” mee te delen.

3.13. Bij e-mail van 5 augustus 2014 geeft de verantwoordelijke ambtenaar “bijkomende toelichting [...] omtrent de beslissingsgronden en het gevoerde prijsonderzoek”. Deze motivering houdt een vrijwel letterlijke overname in van het hiervoor voormeld advies van ATO en luidt:

“1. Identificatie vermoedelijk abnormale prijzen

1.1. Offertebedrag

Het offertebedrag van de laagste inschrijver ligt 9,44% onder het gemiddelde cf. art. 99, § 2 Van het K.B. van 15.07.2011. Bijgevolg zijn er geen offertes belast met een wettelijk vermoeden van abnormaliteit.

1.2. Eenheidsprijzen en totale prijzen

Betreffende vermoedelijk abnormale eenheidsprijzen en totale prijzen van Aswebo nv kan worden vastgesteld dat de eenheidsprijzen van een aantal bestekposten sterk afwijken van de gemiddelde eenheidsprijzen. Op 30.04.2014 werd prijsverantwoording gevraagd aan Aswebo nv voor de eenheidsprijzen van de posten 3, 4 en 37. Het gecumuleerd lijntotaal van deze posten bedraagt 26%.

Hieromtrent kan worden vastgesteld dat de gevraagde posten voldoende zijn voor het verdere onderzoek van de regelmatigheid van de offerte.

Wij stellen bij de 2de laagste inschrijver, Deckx nv, vast dat er geen aanwijzingen zijn van abnormale prijzen bij de eenheidsprijzen van bestekposten met een significant aandeel in de opdracht. Bijgevolg dient er geen prijsverantwoording te worden gevraagd.

2. Beoordeling van de ontvangen prijsverantwoording

We doen volgende vaststellingen m.b.t. de verantwoording van de gevraagde eenheidsprijzen van Aswebo nv:

- Voor het aanleggen van de profileerlaag wordt er een ploeg van 6 arbeiders, drie walsen en een finisher ingeschakeld, waarbij 3.050,00 EUR aangerekend wordt voor een totale duur van 11 uur.

Uit de onderstaande tabel blijkt dat, uitgaande van de minimumlonen in de bouwsector op datum van aanbesteding, de totale kost van de ploeg

arbeiders tijdens normale werkuren 2.426,60 EUR bedraagt (220,60 EUR/uur x 11 uur). Verder valt op te merken dat er een toeslag voor weekendwerk van toepassing is op de bovenvermelde uurlonen cf. art. 76 van het bestek. Deze bedraagt 50% boven op het uurloon voor zaterdagen en 100% voor zondagen (gemiddeld 75%), wat neerkomt op een totale arbeidskost van 4.246,66 EUR.

[...]

Het uurtarief voor het inzetten van de vier tuigen, namelijk 3 walsen en een finisher, kan op basis van CMK-2003 berekeningen bepaald worden op 206,60 EUR/uur, wat neerkomt op een totale materieelkosten van 2.272,60 EUR (Zie onderstaande tabel).

[...]

Wij zijn ons ervan bewust dat CMK-tarieven over het algemeen niet marktconform zijn en eerder de maximumtarieven inhouden, desalniettemin wordt hiermee het onrealistische karakter van de eenheidsprijs mede gestaafd.

- Het voordeel van de recuperatiewaarde van de materialen wordt dubbel aangerekend: zowel in posten 3 en 4 (waarde van freesmaterialen), als in post 37 onder de vorm van een recyclagepercentage van 50% op grondstoffen.

- Er wordt een tarief voor de inzet van een oplichter incl. bestuurder toegepast van 69,00 EUR/uur. Dit is onrealistisch laag: het minimumloon voor een geschoolde arbeider, 1^o graad, bedraagt 56,30 EUR incl. 112,46% verzekeringen en sociale lasten en een gemiddelde toeslag voor weekendwerk van 75%. Hierdoor bedraagt de vergoeding voor de oplichter 12,70 EUR/uur: dit is te weinig om de kosten voor brandstofverbruik (42,68 EUR voor een trekker met een vermogen van 225 kW, volgens CMK-2003 berekeningsmethode), afschrijving en onderhoud te dekken.

- Er wordt melding gemaakt van een toeslag voor algemene kosten en winst van 17,8%. Dit percentage is courant gangbaar en verklaart dus evenmin het grote prijsverschil.

3. Conclusie

Gelet op de bovenvermelde elementen besluiten we dat de laagste inschrijver, Aswebo nv, er niet in geslaagd is om het vermoeden van abnormaal lage prijzen te weerleggen, en wordt deze inschrijver geweerd voor deze opdracht.

Aangezien de offerte van de 2de laagste inschrijver, Deckx nv, geen significante vermoedelijk abnormaal lage prijzen bevat, kan de opdracht aan deze inschrijver gegund worden voor een offertebedrag van 1.945.172,87 EUR (incl. BTW)."

3.14. Met een blijkbaar aangetekende brief van 1 augustus 2014 en verwijzend naar artikel 102 van het voormelde koninklijk besluit van 15 juli 2011 deelt de verwerende partij aan de nv Deckx mede dat haar offerte werd goedgekeurd.

3.15. Met een blijkbaar aangetekend, via e-mail en telefax verzonden brief van 8 augustus 2014 betoogt de verzoekende partij via haar raadsman dat de gunningsbeslissing van 10 juli 2014 om een aantal redenen – die worden hernomen in de middelen in het verzoekschrift – kennelijk onwettig is en stelt zij de verwerende partij in gebreke om de gunningsbeslissing in te trekken en om een nieuwe beslissing te nemen tot gunning van de opdracht aan haar. Tegelijk vraagt de verzoekende partij om intussen de opdracht met de nv Deckx niet te sluiten en haar het voorgaande “per kerende” te bevestigen.

3.16. Bij telefax van 12 augustus 2014 meldt de verwerende partij aan de verzoekende partij dat er geen wachttermijn van toepassing is gezien “het bedrag onder de helft van de Europese drempel ligt” en dat de opdracht met de nv Deckx reeds gesloten is op 1 augustus 2014.

IV. Tussenkost

4. De nv Deckx Algemene Ondernemingen heeft op 28 augustus 2014 een verzoekschrift tot tussenkost ingediend.

Zij blijkt evenwel, na hiertoe te zijn uitgenodigd door de griffie van de Raad van State, het rolrecht verbonden aan haar tussenkost niet te hebben betaald, hetgeen ter terechtzitting door haar niet wordt betwist. Overeenkomstig artikel 71, vierde lid, van het algemeen procedurereglement dient deze proceshandeling aldus als niet verricht te worden beschouwd. Hieruit volgt dat de nv Deckx Algemene Ondernemingen wordt geacht niet te zijn tussengekomen in het geding.

V. Het voorwerp van het beroep

Stellingen van de partijen

5. De verzoekende partij vraagt in het verzoekschrift de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de voormelde beslissing van het Vlaams Gewest, Agentschap Wegen en Verkeer van 10 juli

2014, om haar “niet te selecteren”, de genoemde opdracht te gunnen aan de nv Deckx, en niet aan haarzelf.

6. De verwerende partij werpt op dat de vordering tot schorsing, voor zover deze is gericht tegen de beslissing van de verwerende partij om de verzoekende partij niet te selecteren, zonder voorwerp is, aangezien dergelijke beslissing *materialiter* niet bestaat.

Beoordeling

7. De verwerende partij merkt terecht op dat de administrateur-generaal niet uitdrukkelijk besliste de verzoekende partij niet te selecteren maar tegelijk dient dan te worden vastgesteld dat hij evenmin uitdrukkelijk besliste haar offerte onregelmatig te verklaren. De enige uitdrukkelijke beslissing van de administrateur-generaal is de beslissing de opdracht te gunnen aan de nv Deckx.

8. In de huidige stand van het geding wordt aangenomen dat de “niet-selectie” van de verzoekende partij in het gunningsverslag en zoals meegedeeld in de brief van 30 juli 2014 een verschrijving is nu de bijhorende motivering duidelijk het prijsonderzoek betreft en de offerte van de verzoekende partij in wezen onregelmatig werd bevonden wegens abnormale prijzen, zoals eerder trouwens ook door ATO geadviseerd.

9. Dit is ook wat werd beslist volgens de verwerende partij in haar nota. Uit de middelen van de verzoekende partij zelf, ook het eerste middel dat haar “niet-selectie” betreft, blijkt dat ook zij zulks begrepen heeft.

10. Hoewel de verzoekende partij in de omschrijving van het voorwerp van de vordering in haar verzoekschrift niet uitdrukkelijk verwijst naar de beslissing haar offerte onregelmatig te verklaren maar naar haar “niet-selectie”, lijkt zij hiermee louter de omschrijving te hernemen van de inhoud van de inzake haar offerte genomen verwarrende beslissing zoals deze door de verwerende partij verkeerdelijk werd vermeld in de kennisgeving van 30 juli 2014.

11. De vordering wordt, in de omstandigheden van deze zaak, dan ook geacht te zijn gericht tegen de beslissing van 10 juli 2014 om de offerte van de verzoekende partij als onregelmatig te weren en om die opdracht te gunnen aan de nv Deckx.

De exceptie wordt bijgevolg verworpen wegens gebrek aan voorwerp.

VI. De schorsingsvoorwaarden

12. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

13. Te dezen is evenwel ook 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 toepassing.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissing in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

Overeenkomstig artikel 15, tweede lid, echter wordt de vordering tot schorsing voor de Raad van State uitsluitend ingesteld volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Overeenkomstig artikel 31 gelden deze bepalingen ook voor opdrachten die de drempelbedragen voor Europese bekendmaking niet bereiken.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of minstens één ernstig middel wordt aangevoerd, dan wel een klaarblijkelijke

onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissing kunnen verantwoorden.

VII. Onderzoek van de middelen

Eerste middel

Uiteenzetting

14. De verzoekende partij voert in een eerste middel de schending aan van artikel 24 van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’, van artikel 58, § 1, van het koninklijk besluit van 15 juli 2006 ‘Plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’, van artikel 4, 8°, en artikel 5, 6°, 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 de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel, doordat de verwerende partij besloot tot de niet selectie van de verzoekende partij met als enig motief het niet aanvaarden van de prijsverantwoording, terwijl de prijsverantwoording kadert in het regelmatigheidsonderzoek en geen betrekking heeft op de geschiktheid van de inschrijvers en de verzoekende partij voldoet aan alle selectievereisten zoals ook blijkt uit de bestreden beslissing, zodat verwerende partij gehouden is tot selectie van de verzoekende partij.

Beoordeling

15. Hiervoor werd reeds vastgesteld dat niet lijkt te zijn beslist de verzoekende partij niet te selecteren maar wel om haar offerte als onregelmatig te weren en dat de vordering wordt geacht te zijn gericht tegen die onregelmatigverklaring. Het uitgangspunt van het middel dat de verzoekende partij niet werd geselecteerd faalt bijgevolg. Deze vaststelling volstaat om het middel als niet ernstig te verwerpen.

Tweede middel

Uiteenzetting

16. De verzoekende partij voert in een tweede en laatste middel de schending aan van:

“artikel 24 van de Wet van 15 juni 2006 betreffende de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten, [...] van de artikelen 21 en 95 van het Koninklijk Besluit van 15 juli 2011 plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren; [...] artikel 4 en artikel 5, 8° 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; [...] de artikelen 2 en 3 van de Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen; [...] de algemene beginselen van behoorlijk bestuur waaronder de verplichting tot motivering van bestuurshandelingen, het gelijkheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel;

Doordat de verwerende partij met schrijven van 30 april 2014 om een prijsverantwoording verzocht overeenkomstig artikel 21 § 3 van het in het middel genoemde Koninklijk Besluit en daarmee te kennen gaf dat de prijzen die door de verzoekende partij geboden waren in de offerte voor wat betreft de eenheidsprijzen van de posten 3, 4 en 37 abnormaal zijn; Dat de bestreden beslissing niet motiveert waarom de desbetreffende eenheidsprijzen van de genoemde posten als abnormaal bevonden worden en een prijsverantwoording kan worden gevraagd;

En doordat de verwerende partij in de bestreden beslissing motiveerde dat de door de verzoekende partij ingediende prijsverantwoording niet kan worden aanvaard met de motivering; ‘Na studie hiervan kunnen de prijzen niet aanvaard worden’;

En doordat de verwerende partij met e-mail van 5 augustus 2014 stelde dat het vermoeden van abnormaliteit voor de desbetreffende éénheidsprijzen niet was weerlegd; Dat uit deze motivering niet blijkt dat de prijsverantwoording behoorlijk is onderzocht; Dat een motivering is meegedeeld waarbij de prijsverantwoording wordt verworpen steunend op veronderstellingen aangaande een uitvoeringsmethodiek die door de verzoekende partij niet is gehanteerd en die niet is vermeld noch in het bestek, noch in de offerte en noch in de prijsverantwoording;

Terwijl, eerste onderdeel, de verwerende partij gehouden is te motiveren waarom zij beslist tot abnormale eenheidsprijzen en het vragen van een prijsverantwoording; Dat de verwerende partij beschikt over een ruime discretionaire bevoegdheid tot het vestigen van een vermoeden van abnormale prijzen doch dit beperkt dient te worden door de beginselen van behoorlijk bestuur waaronder het zorgvuldigheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en het gelijkheidsbeginsel; Dat het louter verschil in

éénheidsprijzen geen afdoende motivering is; Dat dit alleszins zo is wanneer het prijsniveau naar aanleiding van eerdere opdrachten normaal en regelmatig is bevonden;

En terwijl, tweede onderdeel, de verwerende partij in haar beslissing tot het onregelmatig verklaren van de offerte gehouden is op gemotiveerde en afdoende wijze te motiveren waarom een ingediende prijsverantwoording niet kan worden aanvaard; Dat een motief dat de prijzen niet aanvaard worden geen (afdoend) motief is;

En terwijl, derde onderdeel, de verwerende partij een prijsverantwoording slechts na zorgvuldig onderzoek op basis van bewezen feiten kan afwijzen; Dat zij dit niet kan op grond van ‘veronderstellingen’ die geen steun vinden hetzij in het bestek, hetzij in de offerte, hetzij in de prijsverantwoording; Dat overeenkomstig artikel 21 § 3 van het in het middel genoemde Koninklijk Besluit en het zorgvuldigheidsbeginsel de verwerende partij gehouden was de verzoekende partij te herbevragen anders dan te besluiten tot het verwerpen van de prijsverantwoording”.

Beoordeling

17. Artikel 24 van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ bepaalt dat, indien de aanbestedende overheid beslist de opdracht te plaatsen bij aanbesteding, deze dient te worden gegund aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte heeft ingediend.

Overeenkomstig artikel 21, § 1, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’, onderwerpt de aanbestedende overheid de ingediende offertes aan een prijsonderzoek.

Artikel 21, § 3, van hetzelfde besluit, bepaalt voorts dat wanneer de aanbestedende overheid bij het prijsonderzoek vaststelt dat in een offerte een prijs wordt geboden die abnormaal laag of abnormaal hoog lijkt in verhouding tot de uit te voeren prestaties en alvorens de offerte om die reden te weren, zij de inschrijver in kwestie om een schriftelijke verantwoording over de samenstelling van de prijs in kwestie dient te vragen. Deze verantwoording houdt “met name verband met

1° de doelmatigheid van het bouwproces, van het productieproces van de producten of van de dienstverlening;

2° de gekozen technische oplossingen of de uitzonderlijk gunstige omstandigheden waarvan de inschrijver kan profiteren bij de uitvoering van de werken, de levering van de producten of het verlenen van de diensten;

3° de originaliteit van de door de inschrijver aangeboden werken, producten of diensten;

4° de naleving van de bepalingen inzake arbeidsbescherming en arbeidsvoorwaarden die gelden op de plaats waar de prestaties worden uitgevoerd;

5° de eventuele ontvangst van rechtmatig toegekende overheidssteun door de inschrijver.”

De aanbestedende overheid onderzoekt vervolgens de ontvangen verantwoording en herbevecht indien nodig de inschrijver.

Overeenkomstig artikel 95, §§ 3 en 4, van voormeld koninklijk besluit is een offerte op materieel vlak substantieel onregelmatig als ze afwijkt van de bepalingen van dit besluit of van de opdrachtdocumenten “betreffende met name de prijzen, termijnen en technische specificaties, in de mate die bepalingen essentieel zijn”, of “in geval van een abnormale prijs als bedoeld in de artikelen 21 en 99” en is een substantieel onregelmatige offerte nietig.

In de mate dat door de verzoekende partij wordt aangevoerd dat voormelde artikelen 21 en 95 werden geschonden en door de verwerende partij werden toegepast met schending van de materiële motiveringsplicht, het gelijkheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel, dient te worden aangenomen dat de aanbestedende overheid over een grote beoordelingsvrijheid beschikt om de in het kader van artikel 21 gegeven prijsverantwoordingen al dan niet te aanvaarden, dat de Raad van State zich bij dergelijke beoordeling niet in de plaats mag stellen van het bestuur, dat hij desgevraagd wel mag nagaan of de betrokken motieven in rechte ter verantwoording van de bestreden beslissing in aanmerking mogen worden genomen, wat onder meer vereist dat ze naar behoren zijn bewezen, dat een inschrijver zich niet mag beperken tot vaagheden en algemeenheden, dat de in hetzelfde artikel 21, § 3, opgesomde objectieve factoren niet limitatief zijn en dat ten slotte het onderzoek moet gebeuren met inachtneming van de zorgvuldigheidsverplichting.

Een inschrijver die een verzoek tot prijsverantwoording ontvangt overeenkomstig voormelde bepalingen, moet weten dat dit een ernstige aangelegenheid is en hij dient zich ervan bewust te zijn dat hij zijn prijzen concreet en onderbouwd dient te verantwoorden aangezien hij het risico loopt dat zijn offerte onregelmatig wordt verklaard. Deze prijsverantwoording dient te kunnen worden betrokken op één of meerdere objectieve verklarende factoren, zoals degene die exemplatief worden opgesomd in het hiervoor aangehaalde artikel 21, § 3.

18. De bestreden beslissing moet, teneinde te voldoen aan de formelemotiveringsverplichting die de verzoekende partij afleidt uit de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen; die motivering moet afdoende zijn teneinde de belanghebbende in staat te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt.

Luidens artikel 5, 8°, 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’ bevat de in artikel 4 bedoelde gemotiveerde beslissing, naargelang de procedure en het soort beslissing, “de namen van de inschrijvers van wie de offerte onregelmatig is bevonden en de juridische en feitelijke motieven voor hun wering. Deze motieven hebben met name betrekking op het abnormale karakter van de prijzen en, in voorkomend geval, op het bevinden van de niet gelijkwaardigheid van de voorgestelde oplossingen aan de technische specificaties of het niet voldoen aan de vastgestelde prestatie-eisen of functionele eisen”. Artikel 8, § 1, 2°, van voormelde wet bepaalt voorts dat de aanbestedende instantie, onmiddellijk na het nemen van de gemotiveerde gunningsbeslissing, aan elke inschrijver van wie de offerte onregelmatig is bevonden kennisgeving doet van de motieven voor de wering, in de vorm van een uittreksel van de gemotiveerde beslissing.

Eerste onderdeel

19. In het eerste onderdeel wordt in essentie aangevoerd dat de bestreden beslissing geen enkel motief bevat waaruit kan worden afgeleid waarom werd beslist tot de abnormaliteit van de eenheidsprijzen voor posten 3, 4 en 37 en dat het loutere feit, vermeld in de e-mail van 5 augustus 2014, dat deze prijzen sterk afwijken van de gemiddelde eenheidsprijzen in dit geval niet kan gelden als een afdoend of rechtens aanvaardbaar motief nu het prijsniveau voor post 37 hetzelfde is als datgene voor dezelfde post in eerdere opdrachten van de verwerende partij zonder dat werd gesteld dat dit abnormaal was en dat een prijsverantwoording werd gevraagd.

De verwerende partij gaat er vanuit dat deze grief de vraag tot prijsverantwoording betreft.

20. Onverminderd het bepaalde in artikel 99, § 2, van het voornoemde koninklijk besluit van 15 juli 2011 inzake totaalprijzen, beschikt de aanbestedende overheid over een grote beoordelingsvrijheid om in het kader van een prijsonderzoek prijzen al dan niet vermoedelijk abnormaal te bevinden en een prijsverantwoording te vragen. De Raad van State mag zich, gesteld voor de toetsing van dergelijke beoordeling, niet in de plaats stellen van het bestuur maar hij mag desgevraagd wel nagaan of de betrokken motieven in rechte ter verantwoording van de bedoelde beslissing in aanmerking mogen worden genomen hetgeen onder meer vereist dat ze naar behoren zijn bewezen. Indien de overheid de offerte niet afwijst omwille van abnormale prijzen, is een bevraging van de inschrijver volgens artikel 21, § 3, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 niet vereist. Er is wel een plicht voor een aanbestedende overheid, die met naleving van het zorgvuldigheidsbeginsel wil handelen, om de regelmatigheid van een offerte na te gaan en één van de elementen van regelmatigheid is dat de offerte geen abnormale prijzen bevat.

21. Te dezen blijkt uit het dossier dat de verwerende partij heeft beslist om een prijsverantwoording te vragen voor de eenheidsprijzen van de verzoekende partij voor de posten 3, 4 en 37 omdat deze “sterk afwijken van de gemiddelde eenheidsprijzen” en omdat het gaat om posten die een belangrijk

aandeel binnen de totale inschrijvingsprijs vertegenwoordigen, meer bepaald gecumuleerd volgens ATO 26 %.

De verzoekende partij betwist deze vaststellingen als dusdanig niet formeel en toont niet *prima facie* aan dat de beslissing van de verwerende partij om in dat licht deze eenheidsprijzen als blijkbaar abnormaal te beschouwen en hiervoor een prijsverantwoording te vragen de grenzen van de ter zake aan de verwerende partij toekomende beoordelingsvrijheid te buiten gaat.

Haar argument dat reeds naar aanleiding van eerdere opdrachten voor dezelfde posten in dezelfde opdrachten van de verwerende partij een vergelijkbare prijs door de verzoekende partij zou zijn voorgesteld en zonder meer door de verwerende partij aanvaard, volstaat daartoe *prima facie* niet.

In de eerste plaats wordt daarbij door de verzoekende partij enkel ingegaan op post 37 maar niet op de posten 3 en 4.

Een aanbestedende overheid dient bij de beoordeling van offertes voor een bepaalde overheidsopdracht de offertes steeds *in concreto* te beoordelen. Bijgevolg kan op het eerste gezicht niet worden ingezien hoe een aanbestedende overheid aldus een rechtmatige verwachting zou kunnen wekken bij een inschrijver die bij een andere overheidsopdracht een opdracht gegund kreeg, om bij een gelijkaardige opdracht opnieuw op dezelfde wijze te worden beoordeeld binnen het raam van het prijsonderzoek. In die zin lijkt dan ook niet nuttig te kunnen worden verwezen naar het rechtszekerheids- of vertrouwensbeginsel om eenzelfde gunstige beoordeling te vragen als bij een andere opdracht, waarbij niet noodzakelijk door een inschrijver dezelfde offerte is ingediend.

Bijgevolg lijkt in dit kader de schending van het vertrouwensbeginsel, in die zin dat de verzoekende partij erop mocht vertrouwen dat haar prijs opnieuw zou worden aanvaard, door de verzoekende partij niet op deugdelijke wijze te kunnen worden ingeroepen. Dit geldt ook in de mate dat zij aanvoert dat zij ongelijk wordt behandeld doordat haar prijs voor post 37 thans niet wordt aanvaard. Ten slotte blijkt zelfs voor die post 37 niet aangetoond dat in de

ingeroepen andere opdrachten de afwijking van de gemiddelde prijzen even groot was. Daarmee worden geen gegevens voorgelegd.

Ook het argument van de verzoekende partij dat de verwerende partij geen rekening heeft gehouden met het beperkte verschil tussen de totale inschrijvingsprijs van de verzoekende partij en van de gekozen inschrijver, toont niet *prima facie* aan dat de beslissing van de verwerende partij om deze eenheidsprijzen als blijkbaar abnormaal te beschouwen en hiervoor een prijsverantwoording te vragen de grenzen van de ter zake aan de verwerende partij toekomende grote beoordelingsvrijheid te buiten gaat. Te dezen gaat het immers om eenheidsprijzen en niet om de totaalprijs, die voor de verzoekende partij trouwens niet abnormaal wordt bevonden.

Het argument ten slotte dat diende te worden onderzocht of de verschillen in de geboden eenheidsprijzen eventueel te wijten zijn aan het feit dat bepaalde inschrijvers al dan niet een clustering of samenvoeging van welbepaalde werken hebben doorgevoerd, of nog dat andere inschrijvers bepaalde abnormale (hoge) prijzen hebben geboden waardoor grotere verschillen ontstaan tussen welbepaalde eenheidsprijzen, overtuigt *prima facie* evenmin. Het gemiddelde lijkt inderdaad berekend op basis van alle prijzen maar dan lijkt een eventuele hoge prijs voor deze posten mede gecompenseerd door lage prijzen en de zelfs uiteindelijk abnormaal laag bevonden prijs van de verzoekende partij. Op grond van de vertrouwelijke prijstabellen zijn er evenmin *prima facie* aanwijzingen voor clustering.

22. In de mate dat in dit middelonderdeel ook de schending van de formelemotiveringsplicht zou worden bedoeld blijkt dit niet voldoende duidelijk uit het verzoekschrift. Minstens kan worden vastgesteld dat in de e-mail van 5 augustus 2014, en dus vóór het indienen van het verzoekschrift, de betrokken motieven aan de verzoekende partij werden meegedeeld. De verzoekende partij toont op het eerste gezicht ook niet aan dat zij op grond van de meegedeelde motieven niet in staat was terdege te oordelen of het zin had zich tegen die motieven te verweren met de middelen die het recht haar ter beschikking stelt en om dienaangaande in haar verzoekschrift eventueel een middel te formuleren.

In het tweede onderdeel betoogt de verzoekende partij weliswaar dat niet blijkt dat het onderzoek waarnaar de inhoud van deze e-mail refereert en de motieven die erin zijn opgenomen, zich door de verwerende partij zijn eigen gemaakt en zulks heeft plaatsgevonden voordat op 10 juli 2014 de gunningsbeslissing werd genomen.

Zelfs indien deze grief ook betrokken wordt op het eerste middelonderdeel, kan worden vastgesteld dat deze motieven ook zijn opgenomen in het advies van ATO, dat dateert van 28 mei 2014, en in een weliswaar niet gedateerde notitie van de verantwoordelijke ambtenaar aan het afdelingshoofd van ATO, waarvan lijkt te kunnen worden aangenomen dat die dateert van voordien. Voorts kan worden aangenomen dat de studie waarnaar het gunningsverslag verwijst om de verantwoording niet aan te nemen dit advies betreft en dus ook deze twee motieven, terwijl de beslissing van de administrateur-generaal om de offerte te gunnen aan de nv Deckx en dus impliciet om eerst de offerte van de verzoekende partij te weren steunt op dit verslag en dus ook op die motieven.

23. Deze vaststellingen volstaan om het eerste middelonderdeel niet ernstig te bevinden.

Tweede onderdeel

24.1. In dit tweede onderdeel wordt in essentie aangevoerd dat de verwerende partij in de gunningsbeslissing de redenen niet uiteenzet waarom de geboden prijs abnormaal is en de prijsverantwoording van de verzoekende partij niet wordt aanvaard, maar pas in een e-mail van 5 augustus 2014, op vraag van de verzoekende partij en nadat de opdracht reeds werd gesloten, bijkomende toelichting geeft terwijl uit niets blijkt dat het onderzoek waarnaar deze e-mail verwijst is gevoerd en dat de erin opgenomen motieven door de verwerende partij zich eigen zijn gemaakt voor het nemen van de bestreden beslissing.

24.2. Het door de bestreden beslissing bijgevalen gunningsverslag motiveert de niet-selectie van de verzoekende partij – zoals vastgesteld is de onregelmatigverklaring van haar offerte bedoeld – met de overweging dat de

verzoekende partij werd gevraagd haar prijzen voor de posten 3, 4 en 37 te detailleren en dat “na studie hiervan” de prijzen niet aanvaard kunnen worden.

Uit het dossier blijkt voorts dat ATO op 28 mei 2014 in het reeds geciteerde advies besloot dat om een aantal redenen, de verzoekende partij er niet in was geslaagd het vermoeden van abnormale lage prijzen te weerleggen en adviseerde om deze inschrijver te weren, en dat de eerder reeds geciteerde “bijkomende toelichting” bij de beslissing, op 5 augustus 2014 door de verantwoordelijke ambtenaar aan de verzoekende partij meegedeeld, in wezen het advies van ATO herneemt.

Aldus blijkt voldoende dat dit prijsonderzoek is gebeurd vooraleer de bestreden beslissing werd genomen en dat voormeld advies en deze motieven de “studie” zijn waarnaar in het gunningsverslag wordt verwezen dat in de bestreden beslissing wordt bijgevalen en dus ook de motieven waarom de offerte van de verzoekende partij wegens abnormale prijzen als onregelmatig is geweerd.

Tevens kan worden vastgesteld dat de verzoekende partij van deze motieven kennis kreeg, weliswaar na de kennisgeving van de bestreden beslissing, maar ruim vóór het indienen van het verzoekschrift.

De verzoekende partij toont ook in dit onderdeel op het eerste gezicht niet aan dat zij op grond van deze meegedeelde motivering niet in staat was terdege te oordelen of het zin had zich tegen die motieven te verweren met de middelen die het recht haar ter beschikking stelt. Integendeel poogt zij deze motieven in het derde onderdeel van dit middel op een uitvoerige en gedetailleerde wijze te weerleggen.

Aldus lijkt voldaan aan de formelemotiveringsplicht, minstens aan de *ratio legis* ervan.

Het tegendeel volgt zo lijkt niet uit het feit dat zij deze motieven heeft moeten opvragen noch uit het feit dat deze motieven werden meegedeeld

nadat de opdracht reeds was gesloten. De verzoekende partij ontkent trouwens niet dat geen wachttermijn toepasselijk is.

25. Het tweede onderdeel is niet ernstig.

Derde onderdeel

26. In dit onderdeel betwist de verzoekende partij de motieven voor de niet-aanvaarding van de prijsverantwoording gegeven bij e-mail van 5 augustus 2014. In de eerste plaats argumenteert zij dat niet alle elementen naar voren gebracht in de prijsverantwoording werden onderzocht. Vervolgens bekritiseert zij inhoudelijk de gegeven motieven nu deze zouden uitgaan van verkeerde veronderstellingen.

27. Zoals reeds vastgesteld dient te worden aangenomen dat de aanbestedende overheid over een grote beoordelingsvrijheid beschikt om de in het kader van artikel 21 gegeven prijsverantwoordingen al dan niet te aanvaarden.

28.1. Wat betreft de grief dat niet alle elementen naar voren gebracht in de prijsverantwoording werden onderzocht, betoogt de verzoekende partij daartoe dat de verwerende partij in de beoordeling geen rekening heeft gehouden met de “zeer gunstige gelegen eigen asfaltcentrale in Lummen”. Dit zou volgens het verzoekschrift, als voordeel hebben “de afvoer van freesmaterialen tezamen met de retour van grondstoffen voor aanleg te kunnen organiseren”.

Alhoewel erkend moet worden dat dit punt niet uitdrukkelijk lijkt te zijn besproken in het advies van ATO of in de door de verwerende partij bij e-mail van 5 augustus 2014 meegedeelde “bijkomende toelichting”, dient tegelijk te worden vastgesteld dat in de prijsverantwoording enkel wordt gesteld “Verder beschikken wij over een asfaltcentrale met een capaciteit van 300 ton/uur te Lummen die zeer gunstig is gelegen” zonder dat concreet wordt aangegeven wat het voordeel hiervan zou zijn. Zo wordt niet uitdrukkelijk vermeld dat dit tot voordeel heeft dat de afvoer en de retour samen georganiseerd kunnen worden. De verwerende partij merkt terecht op dat enkel voor wat betreft post 37 wordt vermeld “vervoer (opliggers) - in retour met freeswerken”. Daargelaten de vraag of

dit al aangeeft dat aanvoer en afvoer samen georganiseerd worden, blijkt in ieder geval niet uit de verantwoording tot welk prijsvoordeel dit leidt. De verzoekende partij lijkt minstens niet benadeeld door het feit dat zulks niet uitdrukkelijk werd beoordeeld.

28.2. Dit geldt ook voor het argument in het verzoekschrift dat niet wordt ingegaan op de organisatie van afvoer en aanvoer in retour.

28.3. In de mate dat de verzoekende partij betoogt dat de verwerende partij ook het bestaan van het eigenlijke voordeel van de recuperatie van grondstoffen op de prijszetting niet beoordeelt, lijkt dit wel degelijk in de beoordeling betrokken nu in het advies van ATO en de voormelde bijkomende toelichting waarop de bestreden beslissing steunt, wordt vermeld:

“Het voordeel van de recuperatiewaarde van de materialen wordt dubbel aangerekend: zowel in posten 3 en 4 (waarde van freesmaterialen), als in post 37 onder de vorm van een recyclagepercentage van 50% op grondstoffen”.

28.4. De verzoekende partij stelt terecht vast dat in de beoordeling niet wordt ingegaan op de bijgevoegde twee offertes van onderaannemers. Deze offertes betreffen posten 3 en 4 en de meest voordelige offerte blijkt in de verantwoording te zijn ingecalculeerd.

Een inschrijver kan echter zich ter verantwoording van zijn prijs niet beperken tot een verwijzing naar de prijs van een onderaannemer, vermeerderd met een winstmarge, maar moet in dat geval ook de prijs van de onderaannemer verantwoorden.

Te dezen worden de prijzen van de onderaannemers in de prijsverantwoording noch in hun bij de verantwoording gevoegde offertes zelf nader verantwoord. Aldus lijkt de verzoekende partij minstens niet benadeeld door het feit dat hieromtrent geen uitdrukkelijke beoordeling werd gegeven.

28.5. Tevens benadrukt de verzoekende partij in haar verzoekschrift dat zij “als gespecialiseerd aannemer omtrent het voorwerp van de opdracht een

uitgebreide ervaring beschikt en de geboden prijzen steunend op ondervinding voor gelijke opdrachten kan waarborgen”.

De verwerende partij meent dat hiermee verwezen wordt naar de volgende passage in de prijsverantwoording “Wij verzekeren u dat onze prijs gebaseerd is op een zeer grondige voorstudie en vooral op de ondervinding van onze werfleiding bij de uitvoering van een dergelijke opdracht”, dat de verzoekende partij aldus nergens in de verantwoording stelt dat zij een uitgebreide ervaring heeft met soortgelijke werken maar dit pas voor het eerst in haar verzoekschrift aanmerkt, dat dit bovendien een algemeenheid vormt die niet in aanmerking kan worden genomen voor prijsverantwoording en dat geen documentatie wordt bijgevoegd. Voorts kan de verwerende partij naar eigen zeggen “niet inzien hoe zij uit de loutere vermelding van ‘ondervinding van onze werfleiding bij de uitvoering van een dergelijke opdracht’ zonder enige staving, moet afleiden dat de eenheidsprijzen niet langer als abnormaal moeten worden beschouwd”. Het is volgens haar logisch dat een inschrijver op een overheidsopdracht ondervindingen heeft met soortelijke opdrachten. Een onderneming zal dan ook logischerwijze enkel inschrijven op een overheidsopdracht die valt binnen het maatschappelijk doel van de onderneming en haar technische bekwaamheid, maar dit wordt getoetst in de selectiefase en de verzoekende partij werd geselecteerd. De verzoekende partij geeft zelf op geen enkele wijze in haar prijsverantwoording aan hoe dit element het abnormaal karakter van de prijzen kan rechtvaardigen en het vormt, volgens de verwerende partij, dan ook geen rechtvaardigingselement.

Met de verwerende partij lijkt te kunnen worden aangenomen dat de geciteerde vermelding te algemeen is en, zonder concretisering van de wijze waarop zulks de prijzen verantwoordt, aldus geen relevant element is. Minstens lijkt in die omstandigheden de verzoekende partij niet benadeeld doordat een en ander niet uitdrukkelijk werd beoordeeld.

28.6. De grief dat bepaalde gegevens uit de prijsverantwoording niet werden beoordeeld kan dan ook niet tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de onregelmatigverklaring van de offerte van de verzoekende partij leiden.

29. Blijft dan de grief of bepaalde “veronderstellingen” in de beoordeling feitelijk onjuist zijn zoals de verzoekende partij meent.

29.1. Inzake de beoordeling van haar prijsverantwoording voor post 37 voert de verzoekende partij daartoe aan dat de verwerende partij daarbij uitgaat van een ploegsamenstelling die niet overeenkomt met de ploegsamenstelling zoals voorzien in haar offerte en dat de zaterdag- en zondagstoelagen waarvan de verwerende partij uitgaat geenszins van toepassing zijn nu het frezen gelijktijdig zal geschieden met het leggen van de asfaltprofileerlaag “in retour met freeswerken”, en de werken van post 37 dus zullen worden uitgevoerd op vrijdagnacht waardoor enkel een nachttoeslag van 25% geldt en niet de door de verwerende partij veronderstelde weekendtoeslag (gemiddeld 75 %).

In de huidige stand van het geding kan worden vastgesteld dat de verzoekende partij in de offerte geen ploegsamenstelling geeft en in de prijsverantwoording enkel stelt te zullen werken met 6 arbeiders, 3 walsen, 1 finisher en daarvoor een prijs geeft voor 11u en een rendement op 11u. Er wordt in de prijsverantwoording niet nader aangegeven hoe deze ploeg is samengesteld. Uit het verzoekschrift blijkt thans dat de specifieke samenstelling van haar ploeg en het feit dat het frezen gelijktijdig met het leggen van de asfaltprofileerlaag geschiedt, bepalend zouden zijn voor deze prijs.

Gezien van de verzoekende partij verwacht mocht worden dat zij in een prijsverantwoording gedetailleerd te werk gaat en indien het laag karakter van een eenheidsprijs te wijten is aan de bijzondere samenstelling van een team, dat zij die samenstelling en niet enkel het aantal teamleden, in de verantwoording opneemt. Pas in het verzoekschrift echter specificeert de verzoekende partij de in te zetten personeelsprofielen, alsook dat de kostprijs van de projectleider en de werfleider vervat zijn in “de toeslag algemene kosten winst”. Bovendien stelt de verzoekende partij in haar verzoekschrift dat er eigenlijk slechts 5 arbeiders tegelijkertijd zullen worden ingezet. Dit zou volgens de verzoekende partij de prijs rechtvaardigen. Nu deze rechtvaardiging pas voor het eerst in het verzoekschrift wordt gegeven, kon de verwerende partij hiermee bij het nemen van de bestreden beslissing echter geen rekening houden.

Evenmin werd in de prijsverantwoording vermeld dat er geen sprake is van zaterdag- en zondagtoeslagen, terwijl het bestek (blz. 4) uitdrukkelijk erin voorziet dat de werkzaamheden tijdens het weekend worden uitgevoerd: “Uitvoeringstermijn: 4 weekends (vrijdagavond - maandagochtend) Uitvoeringstermijn: Augustus - september 2014”.

De verantwoording vermeldt weliswaar “vervoer (opliggers) – in retour met freeswerken”, maar er wordt niet aangetoond hoe hieruit volgt dat niet op zaterdag en zondag wordt gewerkt.

29.2. Inzake de beoordeling van post 37 voert de verzoekende partij in dit kader vervolgens aan dat de verwerende partij er ten onrechte van uitgaat dat er effectief 3 walsen zullen worden ingezet – blijkbaar zullen volgens de verzoekende partij tijdens de uitvoering slechts 2 walsen worden ingezet, waarbij de 3e als reserve fungeert.

In de huidige stand van het geding volstaat de vaststelling dat de verzoekende partij in de prijsverantwoording dit onderscheid zelf niet maakt en zonder meer spreekt van “3 walsen”. Dat er slechts 2 worden ingezet en 1 als reserve fungeert wordt bijgevolg pas in het verzoekschrift gesteld en de verwerende partij kon hiermee dan ook geen rekening houden bij het opstellen van de bestreden beslissing. Nu dit blijkbaar mede bepalend is om haar prijs te verantwoorden, had de verzoekende partij dit moeten opnemen in haar prijsverantwoording.

29.3. De verzoekende partij betwist voorts de toepassing van de “CMK-tarieven” betreffende machines in de prijscalculatie van de verwerende partij voor post 37 omdat deze niet marktconform zouden zijn.

Vastgesteld wordt dat ATO in zijn advies en de verwerende partij in haar motivering zelf opmerken:

“Wij zijn ons ervan bewust dat CMK-tarieven over het algemeen niet marktconform zijn en eerder de maximumtarieven inhouden, desalniettemin wordt hiermee het onrealistisch karakter van de eenheidsprijs mede gestaafd.”

Mede in het licht van het grote verschil tussen de berekende en voorgestelde prijs toont de verzoekende partij echter niet *prima facie* aan waarom dit tot gevolg heeft dat haar prijs ten onrechte niet werd aanvaard, nu zij geenszins aannemelijk maakt waarom haar tarieven, die trouwens niet worden vermeld, wel marktconform zijn noch concreet aangeeft welke prijs in de calculatie had moeten worden gebruikt.

29.4. Ten slotte stelt de verzoekende partij inzake post 37 dat “er rekening [wordt] gehouden met een inzet van 8u werken via de machines per dag. Uit ervaring weet de verzoekende partij dat in een tijdsbestek van 11 uur per dag, de machines zelf slechts 8u effectief werken”.

Opnieuw kan worden vastgesteld dat de verzoekende partij zelf in de prijsverantwoording dit onderscheid niet maakt en zonder meer spreekt van “11u”. De verwerende partij kan dan ook bezwaarlijk verweten worden de 11 uur als uitgangspunt te hebben genomen. Indien dit verschil zo bepalend was als in het verzoekschrift wordt aangevoerd, had de verzoekende partij dit moeten opnemen in haar prijsverantwoording.

29.5. Vervolgens betoogt de verzoekende partij dat de verwerende partij ten onrechte heeft geoordeeld dat zij de recuperatiewaarde “dubbel in min in rekening” bracht, namelijk eerst in posten 3 en 4 en daarna in post 37.

Uit de prijsverantwoording lijkt het dat bij posten 3 en 4 de waarde van freesmateriaal – de verwijderde asfaltlaag - in mindering wordt gebracht, terwijl bij post 37 bij de prijs grondstoffen APO-A wordt vermeld “(met een recyclage percentage van 50 %)”.

In de huidige stand van het geding blijkt *prima facie* dat hiermee inderdaad dit freesmaterieel tweemaal in mindering werd gebracht.

29.6. Inzake de beoordeling van de kostprijs van de opligger, inclusief bestuurder, gaat de verwerende partij in de beoordeling uit van een geschoolde

arbeider 1e graad. De verzoekende partij betoogt dat dit geen geschoolde arbeider uit de bouwnijverheid dient te zijn, maar dat dit ook “kan” gebeuren door een chauffeur uit de transportsector voor wie lagere tarieven gelden en waardoor de toeslag van 112,46 % aan sociale verzekeringen en lasten niet van toepassing is en evenmin de toeslag voor weekendwerk nu in die sector geen toeslag voor nacht- of zaterdagwerk geldt.

Met de verwerende partij kan in de huidige stand van het geding worden vastgesteld dat de verzoekende partij hier enkel betoogt dat dit “kan” gebeuren, dus in de voorwaardelijke wijs, zonder aan te tonen dat zij effectief een chauffeur uit de transportsector inzet. Dit wordt evenmin in de prijsverantwoording zelf vermeld. Indien dit verschil zo bepalend was als in het verzoekschrift wordt aangevoerd, had de verzoekende partij dit moeten opnemen in haar prijsverantwoording.

Voorts blijkt uit haar parafrasering van de collectieve arbeidsvoorwaarden in de transportsector dat daar ook een zondagtoeslag geldt en onder bepaalde voorwaarden een nachttoeslag.

29.7. Rekening houdend met de meegedeelde prijsverantwoording is aldus evenmin aangetoond dat de verwerende partij deze ten onrechte niet heeft aanvaard.

Mocht bedoeld zijn dat de verwerende partij, in plaats van deze prijsverantwoording te verwerpen en de offerte te weren, de verzoekende partij had moeten herbevragen, bepaalt artikel 21, § 3, van het voormelde koninklijk besluit van 15 juli 2011 inderdaad dat de aanbestedende dienst de inschrijver “indien nodig” herbevecht. Daargelaten de vraag of hiermee een aanvulling van de gevraagde prijsverantwoording is bedoeld dan wel een prijsverantwoording voor andere posten, blijkt in ieder geval niet *prima facie* dat, ook als het mogelijk was, het bestuur te dezen verplicht was aan de verzoekende partij bijkomende toelichting te vragen in het licht van de beweerdte foutieve veronderstellingen in haar beoordeling. In de mate dat deze elementen bepalend lijken voor haar prijs voor posten 3, 4 en 37, kon, integendeel, zo lijkt, van een zorgvuldig inschrijver

verwacht worden dat hij deze gedetailleerd opneemt in de prijsverantwoording, hetgeen zoals hiervoor is vastgesteld te dezen niet is gebeurd.

30. Bijgevolg is het derde onderdeel evenmin ernstig.

31. De voorgaande vaststellingen lijken op het eerste gezicht te volstaan om te oordelen dat de verwerende partij de in het tweede middel ingeroepen bepalingen en beginselen niet lijkt te hebben geschonden door de prijsverantwoording van de verzoekende partij niet te aanvaarden. Aldus is niet *prima facie* aangetoond dat de offerte van de verzoekende partij ten onrechte werd geweerd en bijgevolg evenmin dat, door te gunnen aan de nv Deckx, en niet aan de verzoekende partij, artikel 24 van de wet van 15 juni 2006 werd geschonden.

32. Het middel is niet ernstig.

33. Geen van de middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

VIII. Kosten

34. De verzoekende partij vraagt dat de verwerende partij zou worden veroordeeld tot betaling van de kosten van het geding, daarin inbegrepen een rechtsplegingsvergoeding ten bedrage van 700 euro. De verwerende partij stelt de omgekeerde vraag.

35. Overeenkomstig artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan de afdeling bestuursrechtspraak een rechtsplegingsvergoeding toekennen, die een forfaitaire tegemoetkoming is in de kosten en honoraria van de advocaat van de in het gelijk gestelde partij.

Artikel 67 van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’, is krachtens artikel 4 van het koninklijk besluit van 28 maart 2014 ‘betreffende de rechtsplegingsvergoeding bedoeld in artikel 30/1 van de

gecoördineerde wetten op de Raad van State van 12 januari 1973' toepasselijk op de procedures in het administratief kort geding zoals de onderhavige.

Dit artikel 67 bepaalt:

“§ 1. Het basisbedrag van de rechtsplegingvergoeding bedraagt 700 euro, het minimumbedrag 140 euro en het maximumbedrag 1.400 euro.

In afwijking van het voorgaande lid bedraagt het maximumbedrag 2.800 euro voor de geschillen betreffende de regelgeving inzake de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten”.

36. Er is aldus grond om met toepassing van voornoemde bepalingen aan de verwerende partij het gevorderde basisbedrag van 700 euro toe te kennen, nu zij door de verwerping van de vordering tot schorsing als in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Deckx Algemene Ondernemingen tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt verworpen.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 16 september 2014, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Bram Van Thillo,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Bram Van Thillo

Dierk Verbiest