

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 230.118 van 5 februari 2015
in de zaak A. 208.056/XII-7267**

In zake: de NV ACLAGRO
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Carlos De Wolf en Anthony Verheggen
kantoor houdend te 9680 Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de OPENBARE AFVALSTOFFENMAATSCHAPPIJ VOOR
HET VLAAMSE GEWEST (OVAM)
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 21 februari 2013, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing houdende de gunning van de opdracht voor aanneming van werken getiteld ‘Eerste fase ABSW: realisatie basisniveau SV 120904’ aan belanghebbende partij (Deme Environmental Contractors nv) voor een bedrag van 1.111.592 €, excl. btw en de impliciete weigeringsbeslissing om de betreffende overheidsopdracht te gunnen aan [de nv Aclagro]”.

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 25 november 2014.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Anthony Verheggen, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Simon Verhoeven, die loco advocaten Christophe Lenders en Joris Wouters 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, in de aankondiging genoemd “Eerste fase ABSW zinkfabriek Boom: realisatie basisniveau”.

De geraamde waarde van de opdracht bedraagt tussen 1.400.000 en 1.900.000 euro, btw niet inbegrepen.

3.2. De opdracht wordt op 28 september 2012 aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen.

3.3. Op deze opdracht is het bestek SV120904 van toepassing.

Het voorwerp van de opdracht wordt als volgt in het bestek omschreven:

“Het voorwerp van deze opdracht is uitvoering van ambtshalve bodemsaneringswerken; de realisatie van het basisniveau voor opbouw tot leeflaag of infrastructuur in het kader van herontwikkelingen.”

Het bestek verduidelijkt aangaande het enige gunningscriterium dat de totaalprijs inclusief btw is en inclusief alle milieuheffingen.

3.4. De opening van de offertes vindt plaats op 6 november 2012.

Zes inschrijvers, waaronder de verzoekende partij en de nv Deme Environmental Contractors, dienen een offerte in.

3.5. Op 13 november 2012 wordt een gunningsverslag opgesteld. Daarin wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de nv Deme Environmental Contractors voor een prijs van 1.111.592 euro, btw niet inbegrepen. De verzoekende partij wordt als tweede gerangschikt met een prijs van 1.206.135 euro.

3.6. De administrateur-generaal van de verwerende partij beslist op 18 december 2012 de opdracht te gunnen aan de nv Deme Environmental Contractors.

Met een ter post aangetekende brief en een e-mail van 24 december 2012 wordt deze beslissing aan de verzoekende partij medegedeeld. Een kopie van de gunningsbeslissing “waarvan het gunningsverslag integraal deel uitmaakt” wordt bijgevoegd.

3.7. Met een brief van 15 januari 2013 vraagt de verzoekende partij aanvullende informatie meer bepaald “met betrekking tot de vraag of OVAM een prijsonderzoek heeft gevoerd ten aanzien van de offerte van de gekozen inschrijver” aangezien “uit de gunningsbeslissing [...] niet [kan] worden afgeleid

waarom OVAM de regelmatigheid van de prijzen van de gekozen offerte heeft aanvaard, en of zij deze regelmatigheid überhaupt heeft onderzocht”.

De verwerende partij antwoordt met een ter post aangetekende brief van 23 januari 2013. Daarin deelt zij aan de verzoekende partij mede dat in de gunningsbeslissing en het gunningsverslag een expliciete verwijzing naar het uitgevoerde prijsonderzoek voor de beoordeling van de regelmatigheid van de prijzen weliswaar ontbreekt, doch dat dit berust op een materiële vergissing. Zij deelt voorts mee dat alle offertes, ook die van de gekozen inschrijver, wel degelijk werden onderzocht op de regelmatigheid van de prijzen en dat “op basis van dit onderzoek” het bedrag van de gekozen offerte “niet [diende] beschouwd te worden als een offerte waarvan het abnormaal karakter van de prijs moet nagezien worden door de aanbestedende overheid”.

De verzoekende partij repliceert met brief van 12 februari 2013 dat “noch het feit dat er wel degelijk een prijsonderzoek werd uitgevoerd en, *a fortiori*, het resultaat van dit prijsonderzoek, op grond waarvan werd aangenomen dat de offerte van de gekozen inschrijver geen abnormale prijzen bevat, [...] op enige wijze [worden] gestaafd of onderbouwd”. Zij verzoekt dan ook de verwerende partij “om, uiterlijk op 15 februari 2013, de aanvullende feitelijke gegevens voor te leggen die een controle toelaten, wat betreft de beweringen van de OVAM met name dat: een deugdelijk en zorgvuldig prijsonderzoek, in het kader van het regelmatigheidsonderzoek van de offertes, werd doorgevoerd; en dat, op basis van het voormeld prijsonderzoek, de OVAM op kennelijk redelijke wijze tot het besluit is gekomen dat de offerte van de gekozen inschrijver geen *prima facie* abnormale prijzen bevat”.

De verwerende partij antwoordt pas met een brief van 21 februari 2013, die door de verzoekende partij op 22 februari 2013 werd ontvangen, daags nadat zij een beroep tot nietigverklaring bij de Raad van State had ingesteld. In deze brief werd de gevraagde informatie geweigerd omwille van de vertrouwelijkheid van de eenheidsprijzen en werd ook medegedeeld dat de gekozen inschrijver geen toestemming geeft om zijn eenheidsprijzen vrij te geven.

IV. Omtrent het vertrouwelijk karakter van sommige stukken uit het administratief dossier

Standpunt van de partijen

4. Door de verwerende partij werden de offertes van de verschillende inschrijvers evenals de rekenbladen met betrekking tot het gevoerde prijsonderzoek als vertrouwelijk neergelegd.

Voorafgaand had de nv Deme Environmental Contractors (DEC) met een e-mail van 20 februari 2013 op de “vraag tot goedkeuring vrijgave eenheidsprijzen offerte” van de verwerende partij geantwoord: “DEC geeft geen toestemming om haar eenheidsprijzen vrij te geven. De offerte van DEC is en blijft vertrouwelijk.”, waarbij zij tevens verwijst naar artikel 65/10, § 1 van de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’ op grond waarvan zij stelt “conform” deze bepaling dat “in het raam van de informatieverplichting gegevens niet [mogen] worden meegedeeld als het openbaar maken ervan nadelig zou zijn voor de rechtmatige commerciële belangen van particuliere bedrijven of de eerlijke mededinging tussen bedrijven zou kunnen schaden”, en waarbij zij erop wijst dat “Concreet [...] het hier dus bijvoorbeeld [gaat] over de geboden eenheids- of totale prijzen voor de posten van de samenvattende opmeting of de inventaris”.

In de memorie van antwoord laat de verwerende partij met betrekking tot de als vertrouwelijk neergelegde stukken gelden dat deze stukken “onmiskenbaar gegevens [bevatten] waarvan de openbaarmaking de commerciële belangen of de eerlijke mededinging zou kunnen schaden. Al de inschrijvers zijn immers in dezelfde sector actief en nemen regelmatig deel aan gelijkaardige gunningsprocedures. Indien verzoekende partij thans in het kader van huidige procedure kennis zou krijgen van de eenheidsprijzen van hetzij de nv Deme Environmental Contractors (DEC) hetzij de andere inschrijvers, dan bestaat het risico dat zij haar eigen prijzen gaan aanpassen in functie van de prijzen van de andere inschrijvers waardoor de eerlijke mededinging ernstig wordt verstoord”. Deze vrees wordt volgens de verwerende partij tevens bevestigd door het e-

mailbericht van de nv Deme Environmental Contractors (DEC) waarin uitdrukkelijk wordt gesteld dat deze inschrijver geen toestemming geeft om de eenheidsprijzen vrij te geven. Zij merkt ten slotte op dat het vrijgeven van deze stukken niet relevant is aangezien de kritiek van de verzoekende partij in hoofdzaak bestaat uit de bewering dat geen prijsonderzoek zou zijn gevoerd door de verwerende partij en dat deze daardoor onzorgvuldig zou hebben gehandeld. De verzoekende partij heeft immers geen kritiek geuit op de door andere inschrijvers geboden prijzen, hoewel de totaalprijzen in het gunningsverslag werden vermeld.

5. In de memorie van wederantwoord repliceert de verzoekende partij dat het vrijgeven van de betrokken stukken wel relevant is aangezien zij alsdan nieuwe middelen kan aanvoeren gesteund op gegevens waarvan zij slechts kennis kreeg door inzage van deze stukken. Voorts stelt zij dat de argumenten van de verwerende partij niet opwegen tegen haar “rechten van verdediging”. Zij wijst erop dat het principe van de vertrouwelijkheid zoals vervat in artikel 65/10 van de wet van 24 december 1993 een restrictieve interpretatie behoeft, nu het in strijd komt met het beginsel van de organisatie van tegenspraak in rechte. De argumentatie van de verwerende partij vormt geen rechtvaardiging waarom zij geen kennis zou mogen nemen van de procentuele afwijking die ten opzichte van de gemiddelde eenheidsprijzen werd vastgesteld. Een passe-partout redengeving zoals te dezen gegeven volstaat hiertoe niet. Bij haar “weerlegging” van de repliek op het middel stelt de verzoekende partij voorts nog: “In de mate dat Uw Raad de door de Verwerende Partij ingeroepen vertrouwelijkheid zou bevestigen, vertrouwt Verzoekende Partij er op dat Uw Raad en het Auditoraat de betreffende stukken aan het nodige onderzoek zullen onderwerpen met het oog op de beoordeling van het middel, nu dit onderzoek door Verzoekende Partij niet zelf kan gebeuren.” In haar laatste memorie dringt de verzoekende partij aan op de opheffing van de vertrouwelijkheid, minstens van een deel van de stukken met betrekking tot de eenheidsprijzen.

6. In haar laatste memorie laat de verwerende partij nog gelden dat, mede gelet op de discretionaire beoordelingsbevoegdheid waarover zij beschikt, niet kan worden ingegaan op de vraag van de verzoekende partij. Het feit dat zij bij het doorlopen van het prijsonderzoek enkele overwegingen heeft

gemaakt om tot haar besluit te komen betekent niet dat de verzoekende partij gerechtigd is hiervan zonder meer inzage te krijgen. Zij verwijst nogmaals naar het uitdrukkelijk verzoek van de gekozen inschrijver om de eenheidsprijzen niet prijs te geven, en benadrukt dat hierdoor “het risico op verstoring van de eerlijke mededingen ernstig in het gedrang zou komen”. Ten slotte herhaalt zij dat het vrijgeven van de vertrouwelijke stukken niet relevant is in de huidige procedure.

Beoordeling

7. Artikel 65/26 van de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’, zoals van toepassing ten tijde van het nemen van de bestreden beslissing, luidde:

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

Het komt aldus aan de Raad van State toe om het aangevoerde vertrouwelijk karakter van de betrokken stukken van het administratief dossier te beoordelen en daarbij de vereisten van het eerlijk proces en die van het zakengeheim met elkaar af te wegen.

8. Door de verzoekende partij wordt niet betwist dat alle inschrijvers in dezelfde sector actief zijn en regelmatig deelnemen aan gelijkaardige gunningsprocedures. Het is dan ook niet denkbeeldig dat, zoals door de verwerende partij wordt aangevoerd, indien de verzoekende partij thans kennis zou krijgen van de geboden eenheidsprijzen, het risico bestaat dat zij haar eigen prijzen in functie hiervan zou kunnen aanpassen waardoor een eerlijke

mededinging ernstig zou worden verstoord. Immers, mits enige kennis van de sector waarin men meedingt, kan uit een vergelijking van de eenheidsprijzen en de totaalprijs de winstmarge van de concurrenten worden afgeleid en kan de door hen gehanteerde prijsstructuur worden nagegaan. Dit kan in toekomstige, soortgelijke opdrachten tot een concurrentieel nadeel leiden voor de partij wiens prijsopbouw en prijsstructuren worden vrijgegeven. Het feit dat de verzoekende partij haar eigen offerte als niet vertrouwelijk stuk heeft neergelegd doet aan deze vaststelling geen afbreuk.

De vraag van de verzoekende partij tot opheffing van de vertrouwelijkheid van minstens een deel van de door de verwerende partij als vertrouwelijk neergelegde stukken met betrekking tot de geboden eenheidsprijzen, wordt niet ingewilligd. Dit belet niet dat, gelet op de vereisten van een eerlijk proces, de Raad van State van deze stukken kennis kan nemen en deze in zijn beschouwingen kan betrekken, zoals te dezen ook blijkt uit de beoordeling van het enige middel.

V. Onderzoek van het enige middel

Uiteenzetting van het middel

9. In een enig middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 15 van de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’, van artikel 110, § 2, *juncto* artikel 89 en 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’ en van de beginselen van behoorlijk bestuur, onder andere de zorgvuldigheidsplicht en de materiële motiveringsplicht:

“doordat de bestreden beslissing en het gunningsverslag nergens aangeven dat verwerende partij een behoorlijk en zorgvuldig prijsonderzoek heeft gevoerd en dat, na herhaaldelijk verzoek daartoe zonder gevolg, verzoekende partij er dient van uit te gaan dat ook het administratief dossier geen documenten bevat waaruit blijkt dat dergelijk onderzoek werd gevoerd;

Terwijl de rechtspraak van uw Raad, in het licht van het zorgvuldigheidsbeginsel en het materieel motiveringsbeginsel, vereist dat de aanbestedende overheid, zelfs in de gevallen waarin geen vraag tot prijsverantwoording in de zin van artikel 110, § 3, van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996 wordt gesteld, er toch toe gehouden is de regelmatigheid van de prijzen zorgvuldig te onderzoeken; en dat minstens vereist is dat een spoor van dergelijk onderzoek terug te vinden is in het administratief dossier, zodat de niet-gekozen inschrijvers en uw Raad het gevoerde onderzoek (prima facie) kunnen beoordelen.

[...]

[en] Doordat bij gebrek aan deugdelijk en zorgvuldig prijsonderzoek niet langer met zekerheid vaststaat dat de opdracht werd gegund aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte heeft ingediend.”

Toegelicht wordt, samengevat, dat op grond van de ter kennis gebrachte stukken niet kan worden nagegaan of de verwerende partij een degelijk en zorgvuldig prijsonderzoek heeft gevoerd, terwijl nochtans in hoofde van een aanbestedende overheid steeds de plicht bestaat om de regelmatigheid van een offerte na te gaan en één van de elementen van regelmatigheid is dat de offerte geen abnormale prijzen bevat. Uit de rechtspraak van de Raad van State volgt dat het onderzoek moet gebeuren met inachtneming van de zorgvuldigheidsverplichting. De verzoekende partij verwijst meer bepaald naar de rechtspraak in verband met de motivering van punten bij de evaluatie van offertes in het kader van een offerteaanvraag en naar rechtspraak met betrekking tot de situatie waarin door de aanbestedende overheid een vraag tot prijsverantwoording werd gesteld. De verzoekende partij betoogt voorts dat ook in omstandigheden zoals te dezen, waarin geen vraag tot prijsverantwoording werd gesteld, op de aanbestedende overheid een verplichting tot zorgvuldigheid en tot materiële motivering rust, zoals blijkt uit het arrest nr. 219.751 van 14 juni 2012.

De verzoekende partij besluit dat aangezien ook te dezen, net zoals in het laatstgenoemde arrest werd vastgesteld, uit geen enkel stuk “de rechtens vereiste materiële grondslag blijkt die aan verwerende partij” toestaat om te besluiten dat de offerte van de laagste inschrijver zonder meer als regelmatig mocht worden beschouwd en verder in de gunningsprocedure mocht worden betrokken en evenmin blijkt dat de verwerende partij die offerte met de rechtens vereiste zorgvuldigheid heeft onderzocht, wat betreft de regelmatigheid

van de opgegeven eenheidsprijzen, de bestreden beslissing het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht schendt.

10. In de memorie van wederantwoord wijst de verzoekende partij er in de eerste plaats op dat zij niet bij machte is om vast te stellen of haar middel inderdaad vertrekt vanuit een feitelijk onjuist uitgangspunt, zoals de verwerende partij aanvoert in de memorie van antwoord, aangezien de stukken waarnaar de verwerende partij verwijst en toevoegt en die zouden moeten aantonen dat wel degelijk een prijsonderzoek is gevoerd, als vertrouwelijk worden neergelegd. Het komt aan de Raad van State toe om over de vraag tot vertrouwelijke behandeling te oordelen.

Voorts betoogt zij dat, voor zover kan worden bevestigd dat de verwerende partij daadwerkelijk het prijsonderzoek heeft gevoerd overeenkomstig de principes die zij naar voor schuift in de memorie van antwoord, dan nog het “hoogst onwaarschijnlijk” lijkt dat zich bij dat onderzoek geen “substantiële verschillen” manifesteerden, zoals de verwerende partij beweert. Zij voert daartoe volgende gegevens aan:

- “a) in vergelijking met de offerte van verzoekende partij
- het verschil tussen de totaalprijs van de nv Deme Environmental Contractors (EUR 1.111.592,00) en de totaalprijs van verzoekende partij (EUR 1.206.135,00) bedraagt EUR 94.543,00 of ca. 9%;
- de meetstaat voor onderhavige opdracht bestaat uit slechts 48 posten, waarvan 2 posten ‘SPM’ of ‘som pro memorie’, waarvan het bedrag door verwerende Partij zelf werd vastgelegd (voor een totaal van EUR 140.000,00). De inschrijvers dienden m.a.w. zelf 46 posten in te vullen;
- de nv Deme Environmental Contractors realiseert m.a.w. een totaal prijsverschil ten belope van EUR 94.543,00 over slechts 46 posten. dit komt neer op gemiddeld EUR 2.055,28 per post (EUR 94.453,00: 46 posten);
- echter, dergelijke gelijkmatige verdeling kan onmogelijk aan de orde zijn, nu (in de offerte van verzoekende partij) 19 posten een prijs hebben van minder dan EUR 1.000; en 31 posten een prijs hebben van minder dan EUR 5.000,00. De prijsverschillen binnen deze 31 posten zullen dus, naar alle waarschijnlijkheid, beperkt zijn, hetgeen impliceert dat de nv Deme Environmental Contractors het grootste aandeel van voormeld verschil van EUR 94.543,00 realiseert over slechts 15 posten;
- dat bij een zorgvuldig nazicht van de eenheidsprijzen hier geen substantiële verschillen worden vastgesteld, lijkt dan ook hoogst onwaarschijnlijk;

b) in vergelijking met de ‘gemiddelde offerte’

- het verschil tussen de totaalprijs van de nv Deme Environmental Contractors (EUR 1.111.592,00) en de gemiddelde totaalprijs (EUR 1.271.319,74) bedraagt EUR 159.727,74 of ca. 13%;
- de nv Deme Environmental Contractors realiseert m.a.w. een totaal prijsverschil ten belope van EUR 159.727,74 over slechts 46 posten. Dit komt neer op gemiddeld EUR 3.462,45 per post (EUR 159.727,74: 46 posten). Het grootste aandeel van voormeld verschil van EUR 159.727,74 wordt daarbij evenwel, naar alle waarschijnlijkheid, gerealiseerd over slechts 15 posten.”

Hierbij wijst zij erop dat deze kritiek een nieuwe, doch ontvankelijke, invulling betreft van haar middel, aangezien zij slechts voor het eerst met de memorie van antwoord werd ingelicht over de wijze waarop de verwerende partij een prijsonderzoek zou hebben gevoerd, over de principes en maatstaven die daarbij zouden zijn gehanteerd en over het feit dat dit prijsonderzoek betrekking zou hebben gehad zowel op de totaalprijzen als op de eenheidsprijzen.

11. In de laatste memorie benadrukt de verzoekende partij opnieuw dat, anders dan verwerende partij in haar memorie van antwoord stelt, er tijdens het nazicht van de eenheidsprijzen wel degelijk “een duidelijk verschil” blijkt te zijn vastgesteld bij de vergelijking van de eenheidsprijzen. Zij verwijst hierbij bijkomend naar het auditoraatsverslag waaruit zij “voor het eerst [verneemt]” dat uit het als vertrouwelijk neergelegd stuk 11d blijkt dat bij de posten “waar er een duidelijk verschil was tussen voormelde twee inschrijvers (4 posten) [de verwerende partij] een opmerking [heeft] geplaatst waarom volgens [haar] niet besloten diende te worden tot blijkbaar abnormale prijzen”. In de gegeven omstandigheden rustte op de verwerende partij wel degelijk de verplichting om in de bestreden beslissing of het gunningsverslag toelichting te verschaffen nopens het door haar gevoerde prijsonderzoek en de resultaten daarvan. Gelet op de verkeerde of misleidende informatieverlening en de vertrouwelijk gehouden informatie, kan moeilijk van haar worden verwacht dat zij zou weten om welke posten het zou gaan en dat zij betwisting kan voeren omtrent de motieven die zijn aangenomen om geen vraag tot prijsverantwoording te stellen en dit reeds in haar verzoekschrift. De loutere identificatie van deze posten en de eigen motieven van de verwerende partij kunnen geen informatie uitmaken die het zakengeheim en de

belangen van de gekozen inschrijver zouden schenden. Derhalve handhaaft de verzoekende partij haar vraag tot opheffing van de vertrouwelijkheid van minstens een deel van het administratief dossier en haar vraag om haar het recht te verlenen haar middel nader uit te werken of nieuwe middelen aan te voeren, inzonderheid wat betreft de vordering tot vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing om aan haar te gunnen.

Zij wijst er ten slotte nog op dat het gegeven dat er ook een prijsonderzoek naar de eenheidsprijzen zou zijn gevoerd haar niet bekend was op het ogenblik van het indienen van het verzoekschrift, laat staan dat zij kennis had van de modaliteiten en principes die bij dit onderzoek zouden zijn gehanteerd.

Beoordeling

12. Geen wettelijke of reglementaire bepaling legt aan de aanbestedende overheid de verplichting op om in de gunningsbeslissing of in het gunningsverslag dat aan de inschrijvers wordt betekend melding te maken van het feit dat een onderzoek naar abnormale prijzen in de offertes werd gevoerd.

De materiële motiveringsplicht vereist wel dat voor elke administratieve beslissing rechtens aanvaardbare motieven bestaan met een voldoende feitelijke grondslag en dat het werkelijk bestaande feiten betreft die door het bestuur met de nodige zorgvuldigheid worden vastgesteld. Zo hiervan al niet overtuigend blijkt wordt gegeven in het besluit zelf vereist de mogelijkheid tot controle hierop dat die grondslag blijkt uit het administratief dossier.

De aanbestedende overheid beschikt over een ruime discretionaire bevoegdheid om al dan niet een procedure in te zetten waarbij op zoek gegaan wordt naar de aanwezigheid van abnormale prijzen. De Raad van State mag zich bij 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 bestreden 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 110, § 3, van het koninklijk besluit van

8 januari 1996 zoals van toepassing ten tijde van het nemen van de bestreden beslissing niet vereist. Er is wel een plicht voor de zorgvuldig handelende overheid om de regelmatigheid van een offerte na te gaan en één van de elementen van regelmatigheid is dat de offerte geen abnormale prijzen bevat. Immers, opdat een offerte regelmatig zou zijn, is tevens vereist dat ze realistisch is, met andere woorden dat ze geen gegevens bevat die niet met de werkelijkheid overeenstemmen.

13. De offerte van de nv DEC werd niet afgewezen op grond van abnormale prijzen, zodat de aanbestedende overheid te dezen niet verplicht was om een prijsverantwoording te vragen op grond van voornoemd artikel 110, § 3. Zoals hiervoor gesteld neemt dit niet weg dat het een plicht voor de aanbestedende overheid is om de regelmatigheid van een offerte na te gaan, waarbij één van de elementen van regelmatigheid is dat de offerte geen abnormale prijzen bevat.

De totaalprijs werd geraamd tussen de 1.400.000 en 1.900.000 euro, btw niet inbegrepen. De gekozen inschrijver bood een totaalprijs aan van 1.111.592 euro, btw niet inbegrepen, de verzoekende partij een totaalprijs van 1.206.135 euro. Wat die totaalprijs betreft, toont de verzoekende partij niet aan dat deze met een afwijking van 14,3% ten opzichte van het gemiddelde en een procentueel verschil van ongeveer 9% tussen de prijs van de gekozen inschrijver en die van de verzoekende partij, door de aanbestedende overheid als abnormaal had moeten worden beschouwd.

Uit het door de verwerende partij vertrouwelijk neergelegde administratief dossier blijkt dat zij, zoals door haar gesteld, een prijsonderzoek heeft verricht, in de eerste plaats door overeenkomstig artikel 110, § 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 na te gaan of er geen offertes werden ingediend waarvan het bedrag minstens 15% onder het gemiddelde bedrag van de door de gegadigden ingediende offertes lag, hetgeen niet het geval bleek te zijn. Vervolgens blijkt zij aan de hand van de door de inschrijvers ingediende meetstaten de gemiddelde eenheidsprijs per post te hebben berekend, en een overzicht tot post 4.10 te hebben opgesteld waarbij zij de posten die meer dan 3% van de totale gemiddelde inschrijvingsprijs vertegenwoordigen als “substantiële

posten” heeft aangemerkt. Ten slotte blijkt de verwerende partij op grond van deze gegevens de eenheidsprijzen van de twee laagste offertes, zijnde deze van de verzoekende partij en deze van de nv DEC, te hebben vergeleken met de gemiddelde eenheidsprijzen en de gebeurlijke afwijking in % te hebben berekend tussen deze offertes en de gemiddelde eenheidsprijzen. Uit deze stukken blijkt dat beide offertes 11 posten bevatten waarvoor de eenheidsprijs lager ligt dan 50% van het gemiddelde, dat voor 4 ervan de verzoekende partij een lagere eenheidsprijs aanbiedt dan DEC en voor 4 ervan DEC een lagere eenheidsprijs aanbiedt dan de verzoekende partij. Bij deze laatste werd door de verwerende partij een opmerking geplaatst waarom volgens haar niet diende te worden besloten tot blijkbaar abnormale prijzen. Deze opmerkingen blijken niet ongegrond zodat het besluit van de verwerende partij: “Over geheel eenheidsprijzen geen substantiële verschillen tss twee laagste inschrijvers” aanvaardbaar blijkt.

14. Het middel is niet gegrond.

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 5 februari 2015, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest