RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 230.188 van 13 februari 2015
in de zaak A. 214.777/XII-7805

In zake: de NV HERBOSCH-KIERE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Joost Bosquet en Wouter Moonen
kantoor houdend te 2600 Berchem
Roderveldlaan 5, bus 3
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de NV WATERWEGEN EN ZEEKANAAL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Karel Van Hoorebeke en Rebecca Denys
kantoor houdend te 9000 Gent
Coupure rechts 162
bij wie woonplaats wordt gekozen

Verzoekende partijen tot tussenkomst :

1. de NV GHENT DREDGING
2. de NV VAN WELLEN
samen vormend de THV GHENT-DREDGING – AANNEMING VAN WELLEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Peter Flamey, Gregory Verhelst en Astrid Lippens
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Jan Van Rijswijcklaan 16
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 21 januari 2015, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "[d]e beslissing van ongekende datum van Waterwegen en Zeekanaal N.V.,

Afdeling Zeeschelde waarbij de overheidsopdracht voor aanneming van werken betrekking hebbende op de bouw van een gecontroleerd overstromingsgebied Zennegat (fase 3) - besteknr. 16E1/14/30 - wordt gegund aan een derde inschrijver, en de offerte van Herbosch-Kiere als onregelmatig is geweerd".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 29 januari 2015 hebben de nv Ghent Dredging en de nv Van Wellen, samen vormend de thv Ghent-Dredging – Aanneming Van Wellen gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 5 februari 2015, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Joost Bosquet en Wouter Moonen, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaat Rebecca Denys, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaten Gregory Verhelst en Astrid Lippens, die verschijnen voor de verzoekende partijen tot tussenkomst, zijn gehoord.

Eerste auditeur Ann Eylenbosch heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3. De nv Waterwegen en Zeekanaal, afdeling Zeeschelde schrijft een opdracht uit voor de aanneming van werken met als voorwerp "Beneden – Dijle LO te Mechelen. Bouw van het gecontroleerd overstromingsgebied Zennegat fase 3 – Afwerking ringdijk, aanleg overloopdijk, wegeniswerken en afwerking".

De opdracht is onderworpen aan het bestek nr. 16EI/14/30.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 25 september 2014.

De opdracht wordt gegund volgens de procedure van de open aanbesteding.

3.2. De opening van de offertes vindt plaats op 4 november 2014.

Er worden zes offertes ingediend, onder meer door de verzoekende partij en de thv Ghent Dredging nv – Aannemingen Van Wellen. De verzoekende partij heeft de laagste prijs aangeboden; de thv Ghent Dredging nv – Aannemingen Van Wellen de tweede laagste.

3.3. Bij aangetekende brief van 7 november 2014, verzonden op 10 november 2014, richt de verwerende partij de volgende vraag om prijsverantwoording aan de verzoekende partij:

> "[…]
> Er rust een wettelijk vermoeden van abnormaal laag totaalbedrag op uw offerte voor onderhavige opdracht, conform art. 99 § 2 van het Koninklijk Besluit van 15 juli 2011 plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren (KB plaatsing).
> Uw eenheidsprijzen voor de posten:
> - 114: gebonden open bekleding, met gevezelde open steenasfalt: fase 1

- 115: gebonden open bekleding, met gevezelde open steenasfalt: fase 2

lijken abnormaal laag. Wij verzoeken u de nodige verantwoording over de samenstelling van deze eenheidsprijzen te verstrekken, zoals bepaald in artikel 21 § 3, tweede tot vierde lid van KB plaatsing.
Deze verantwoording dient duidelijke, volledige en ondubbelzinnige specificaties van het aangeboden materiaal te omvatten, zodat de conformiteit met de bestekseisen onderzocht kan worden. Deze eisen zijn beschreven in het standaardbestek 260 XIII-14.1 en de aanvullingen hierop in het bijzonder bestek. Wij wijzen in het bijzonder op volgende bepaling onder XIII-14.1.1.3: 'Enkel door een onafhankelijke instantie gecertificeerde GOSA mengsels worden aanvaard.' De conformiteit aan de bestekseisen kan bewezen worden d.m.v. een geldige technische fiche van COPRO, of een gelijkwaardig merk, waarop de toepassing volgens SB260 gecertificeerd wordt.
U beschikt hiertoe over een wettelijke termijn van 12 kalenderdagen."

3.4. Bij aangetekende brief van 21 november 2014 dient de verzoekende partij een prijsverantwoording in, "enerzijds ons totaalbedrag van onze offerte en anderzijds de eenheidsprijzen van de door U gevraagde posten".

3.5. De verwerende partij heeft vervolgens het dossier voor advies voorgelegd aan de afdeling ATO bij brief van 2 december 2014.

3.6. Bij brief van 12 december 2014 heeft de afdeling ATO haar advies geformuleerd en geconcludeerd dat:

> "Op basis van bovenstaande opmerkingen besluit ATO dat Herbosch-Kiere er niet in geslaagd is het zgn. 'wettelijk' vermoeden van abnormaliteit omtrent het offertebedrag te weerleggen, en adviseert het dan ook om deze inschrijver te weren voor deze opdracht".

3.7. Op 22 december 2014 wordt het gunningsverslag opgemaakt.

Het onderzoek naar de inschrijvers wordt besloten met de conclusie dat geen enkele inschrijver uitgesloten wordt of niet geselecteerd wordt.

Met betrekking tot het onderzoek van de prijsverantwoording van de verzoekende partij valt in het gunningsverslag het volgende te lezen:

> "3. Onderzoek van de prijsverantwoording van Herbosch-Kiere
>
> Herbosch-Kiere motiveert in haar prijsverantwoording het totaalbedrag van haar offerte en de eenheidsprijzen voor posten 114 en 115.
>
> 3.1 totale offertebedrag
>
> Herbosch-Kiere stelt dat zij het totaalbedrag van haar offerte uitzonderlijk laag heeft kunnen houden om volgende redenen:
> - De incorporatie van Herbosch-Kiere binnen de aannemingsgroep Eiffage laat hen toe een sterke onderhandelingspositie tegenover leveranciers en onderaannemers inneemt, waardoor zij voor deze aanneming een zeer interessante prijs heeft kunnen bedingen voor het leveren van gevezelde open steenasfalt. Daarom heeft zij een zeer concreet concurrentieel voordeel t.o.v. de courante marktprijs. De levering van dit open steenasfalt maakt in deze aanbesteding 33% uit van het totaalbedrag van de offerte. Herbosch-Kiere neemt op deze levering slechts een beperkte toeslag van 5% voor algemene kosten, risico en winst, zo blijkt uit de verantwoording van de eenheidsprijzen. De som van de totale prijzen van deze posten maakt 37% uit van het totale offertebedrag.
> - Voorts verwijst Herbosch-Kiere naar haar grote expertise en ervaring inzake het aanleggen van overstromingsgebieden en overloopdijken, waardoor zij hun werkmethode steeds verder hebben kunnen verfijnen en hoge rendementen kunnen halen.
> - Ze voert de werken uit met eigen materieel en personeel dat frequent ingezet wordt in dezelfde regio waardoor de aan- en afvoerkosten laag gehouden kunnen worden.
> - Ook de uitvoeringsstudies die nog dienen te gebeuren evenals het topografisch werk, meer specifiek de opmaak van een 3D-model voor de grondwerken, kan zij in eigen huis uitvoeren. Hiervoor beschikken zij over een studiedienst en topografische dienst.
>
> Voorts licht Herbosch-Kiere toe welke systematiek zij hanteren voor het opbouwen van offerteprijzen. Eerst wordt een zogenaamde technische kostprijs bepaald, waarin vervat zijn de loonkosten, de kosten voor levering en onderaannemingen, de materieelkosten, en waarbij bepaalde rendementen gehanteerd worden. De aldus bekomen kostprijs wordt verhoogd met een toeslag ter dekking van de algemene kosten, winst en risico. Deze toeslag is 10% voor dit werk voor onderaannemers, 17% voor leveringen en eigen werk en 7% voor stortvergoeding. Op posten 114 en 115 werd een toeslag van 5% gerekend (cfr. supra).

De afdeling ATO van het departement Mobiliteit en Openbare Werken, de door de Vlaamse overheid aangewezen instantie voor de beoordeling van de prijzen, werd op 02.12.2014 om advies gevraagd. Het advies van ATO werd ontvangen op 16.12.2014 en vermeldt het volgende :

"[…]
1.2.2. Onderzoek eenheidsprijzen en totale prijzen
[…]
Rekening houdend met het bovenvermelde en § 1, 1, 2 kunnen voor de drie laagste offertes volgende posten als vermoedelijk abnormaal of onaanvaardbaar gedetecteerd worden:

• voor de offerte van Herbosch-Kiere: posten 142, 103, 234, 235, 141 en 93 (=6,08% van de opdracht);

• voor de offerte van Ghent Dredging - Van Wellen aannemingen: posten 234 en 176 (= xxx % van de opdracht);

• voor de offerte van Stadsbader: posten 180, 32, 74, 71, 218, 176 en 181 (= xxx % van de opdracht),

Gelet op het bovenvermelde is ATO van mening dat er geen gegronde redenen zijn om de offertes van Herbosch-Kiere, Ghent Dredging en Stadsbader verder te onderzoeken in het kader van het onderzoek naar de regelmatigheid van de prijzen: het totale aandeel van de posten met significante afwijkingen bedraagt minder dan 10% en is aldus (cf. 1, 1, 2, B) onvoldoende groot om als substantieel te worden beoordeeld,

Desalniettemin werden door uw afdeling twee posten geselecteerd waarvoor aan de drie laagste inschrijvers prijsverantwoording werd gevraagd, Het betreft de posten 114 en 115, Aangezien dit volgens ATO, cf. het voorafgaande en § 1,1,2" niet nodig was, zullen de desbetreffende verantwoordingen niet verder onderzocht worden.

2. Beoordeling prijsverantwoordingen

[…]
2.2. Prijsverantwoording offertebedrag Herbosch-Kiere

Hieronder wordt een beoordeling gegeven van de aangehaalde argumenten ter verantwoording van het offertebedrag.

• 'De incorporatie van Herbosch-Kiere binnen de ondememingsgroep Eiffage laat ons toe een sterke onderhandelingspositie bij onderaannemer en leveranciers te bekomen. Zo heeft Herbosch-Kiere een zeer interessante prijs kunnen onderhandelen voor de levering van de gebonden open steenasfalt, waarmee zij een zeer concreet voordeel heeft t.o.v. de courante

marktprijs. De levering van deze open steenasfalt maakt in deze aanbesteding 33% uit van het totaalbedrag van de offerte'

Uit de detailberekening van de posten 114 en 115 blijkt dat Herbosch-Kiere hier geen uitzonderlijk prijs heeft bekomen: de bedongen prijs ligt nog steeds +/-20% boven de kostprijs vermeld door de tweede en derde laagste inschrijver en is ongeveer het gemiddelde van teruggevonden referentietarieven van 40 à 64 EUR/t. Louter doordat slechts een toeslag algemene kosten en winst van 5% wordt toegepast, liggen de verkoopprijzen op het zelfde niveau als deze van de tweede en derde laagste inschrijver.

• *'Herbosch-Kiere heeft de bijzondere expertise in huis wat betreft waterbouwwerken, meer in het bijzonder het aanleggen van dijken, overloopdijken en gecontroleerde overstromingsgebieden langs tijrivieren. Recentelijk heeft Herbosch-Kiere volgende gelijkaardige werken uitgevoerd...'*
'De ervaring opgedaan bij de uitvoering van deze gelijkaardige werken heeft ons in staat gesteld de werkmethode steeds verder te verfijnen en onze rendementen te verhogen.'
De inschrijver moet concrete elementen aanbrengen die controleerbaar zijn en die het vermoeden van abnormaliteit duidelijk weerleggen (cf. § 2.1.).
Argumenten zoals ruime ervaring, expertise e.d. kunnen in het kader van de kwalitatieve selectie misschien een rol spelen, maar zijn an sich doorgaans geen redenen die zeer lage prijzen kunnen rechtvaardigen. Door de kwalitatieve selectie, die voor werken meestal geschiedt aan de hand van de erkenning van aannemers, blijven immers enkel inschrijvers over die min of meer over dezelfde middelen beschikken en actief zijn in dezelfde sectoren. De bovenvermelde elementen zijn dus ook van toepassing op de andere inschrijvers.
Bovendien volstaat het verwijzen naar andere opdrachten niet als verantwoording wegens onvoldoende specifiek voor deze opdracht (cf. § 2.1.), het vermoeden van abnormale prijsvorming wordt hierdoor niet weerlegd.

• *'Wij kunnen de werken volledig met eigen materieel en personeel uitvoeren.*

Dat de werken worden uitgevoerd met hoofdzakelijk eigen materieel blijkt uit in de verantwoording van de posten 114 en 115 en het eerder lage maar aanvaardbare prijsniveau van de eenheidsprijzen voor materieel en personeel.
Concrete elementen omtrent de impact op de concurrentiepositie worden echter niet aangehaald. Maar, uit de verantwoordingen van de THV Ghent Dredging - Van Wellen en van Stadsbader blijkt dat ook zij de steenasfalt (= posten 114 en 115) zelf zullen plaatsen, en gezien de aard van de posten meer dan waarschijnlijk ook een groot deel van de andere posten zelf

zullen uitvoeren. Daarenboven zal Herbosch-Kiere wellicht niet zelf de top- en onderlagen van asfaltbeton plaatsen, terwijl dit hoogstwaarschijnlijk wel het geval is voor Van Wellen en Stadsbader.

• 'Materieel en personeel welk wij frequent inzetten in dezelfde regio waardoor wij onze aan- en afvoerkosten laag kunnen houden.'

Net zoals bij het voorafgaande argument worden geen concrete elementen aangeleverd die de invloed ervan op het offertebedrag aantonen. Bovendien kan opgemerkt worden dat een eventueel voordeel beperkt is:

- Rekening houdend met het aandeel mobiliteit en verplaatsingskosten in de uurlonen van +/- 4%, en het aandeel lonen in de contractuele prijsherzieningsformule van gemiddeld 28,5% zou een eventuele impact van het personeel slecht betrekking hebben op 1,1% van de opdracht (= 4% van 28,5%).

- Gezien de aard van de werken kan verondersteld worden dat de aan- en afvoer van het materieel beperkt blijft. Indien gerekend wordt met een inzet van een trekker met dieplader gedurende 20 werkdagen (= 10% van de contractuele uitvoeringstermijn) à rato van 145 EUR/u (incl. AKW, brandstof en chauffeur) en rekening houdend met een voordeel van +/-25% op de tijdsduur, zou dit een voordeel opleveren van amper 5.800 EUR of 0,27% op het offertebedrag.

• 'Ook de uitvoeringsstudies kunnen wij in eigen huis uitvoeren. Hiervoor beschikken wij over een studiedienst en topografische dienst van 3 industrieel ingenieurs, 2 burgerlijk ingenieurs, 1 CAD-tekenaar en 2 topografen.'

Het beschikken over eigen gekwalificeerd personeel, zoals opgesomd door Herbosch-Kiere, voor het opmaken van uitvoeringsstudies is niet exceptioneel voor opdrachtnemers die tot een klasse 6 behoren. Bovendien wordt op geen enkele wijze aangetoond wat dit werkelijk betekent voor het offertebedrag.

• 'De som van de totaalprijzen die cijfermatig worden verantwoord maken een zeer belangrijk deel uit van het totaalbedrag van onze offerte.'

Omtrent de verantwoording van de posten 114 en 115 dient vastgesteld te worden dat voor de levering van de materialen, dewelke 33% van de totale opdracht uitmaken, een toeslag algemene kosten en winst werd aangerekend van 5%. Het toepassen van 5% op de levering van de steenasfalt en 17% voor de overige leveringen en werken in eigen beheer is in strijd met de bepalingen van art. 15 van het K.B. van 15.07.2011 dat stelt dat 'al de algemene en financiële onkosten alsmede de winsten over de onderscheiden posten, in verhouding tot hun belangrijkheid moeten verdeeld worden'.

Daarnaast dient opgemerkt te worden dat dit percentage bijzonder laag is:

analyse van ATO, gebaseerd op documenten die door de inschrijvers bij hun offerte dienden gevoegd te worden ten behoeve van het prijsonderzoek, geven percentages voor algemene kosten en winst aan tussen 10 en 20%. Bovendien blijkt hieruit dat enkel en alleen al de algemene administratiekosten tussen 6,0 en 8,65% liggen, en dat deze dus reeds hoger liggen dan de door Herbosch-Kiere opgegeven 5%.

Rekening houdend met het bovenvermelde kan geconcludeerd worden dat de toeslag voor algemene kosten en winst van 5% voor 33% of 1/3 van de opdracht onrealistisch is.

Verder dient vastgesteld te worden dat Herbosch-Kiere een uurtarief van 40 EUR/u hanteert. Dit tarief ligt 4,4% boven het gemiddelde minimumloon, cf. omzendbrief nr. 544.779, voor een arbeider categorie II (= geoefende), III (= geschoolde 1ste graad) en IV (= geschoolde 2de graad), verhoogd met de sociale lasten en verzekeringen en 17% algemene kosten en winst, en is aldus aanvaardbaar.

Omtrent het voorgestelde materieel (hydraulische kraan) worden geen details gegeven. Het opgegeven tarief, stemt wel overeen met het tarief vermeld in post 46 voor een rupskraan van min. 100 kW incl. operator. Bovendien is de opgegeven kostprijs à rato van 85 EUR/u vergelijkbaar met referentietarieven van 80 à 115 EUR/u voor rupskranen met een vermogen tussen 100 en 130 kW.

De voorziene tijdsnormen worden door uw afdeling als realistisch ingeschat.

3. Conclusie

Op basis van bovenstaande opmerkingen besluit ATO dat Herbosch-Kiere er niet in geslaagd is het zgn. 'wettelijk' vermoeden van abnormaliteit omtrent het offertebedrag te weerleggen, en adviseert het dan ook om deze inschrijver te weren voor deze opdracht."

De aanbestedende overheid meent dat het advies van ATO – de door de Vlaamse Overheid aangewezen instantie voor de beoordeling van prijzen – te volgen is. De aanbestedende overheid maakt zich dit advies eigen en treedt het bij. Bijgevolg wordt de offerte van Herbosch-Kiere onregelmatig bevonden omwille van een abnormaal laag totaal offertebedrag, aangezien het wettelijk vermoeden niet weerlegd wordt door Herbosch-Kiere."

3.8. Bij besluit van 23 december 2014 beslist de verwerende partij de opdracht te gunnen aan de thv Ghent Dredging NV – Aannemingen Van Wellen.

Het gunningsverslag maakt integraal deel uit van deze bestreden beslissing.

3.9. Bij aangetekend schrijven van 6 januari 2015 wordt aan de verzoekende partij kennis gegeven van een uittreksel van de gemotiveerde gunningsbeslissing bevattende de motieven van de onregelmatigverklaring.

IV. Tussenkomst

4. Het verzoek tot tussenkomst is ingediend door de nv Ghent Dredging en de nv Van Wellen, samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap Ghent-Dredging – Aanneming Van Wellen, dit is de begunstigde inschrijver.

De nv Van Wellen blijkt evenwel, na hiertoe te zijn uitgenodigd door de griffie van de Raad van State, het rolrecht verbonden aan haar verzoek tot tussenkomst niet te hebben betaald. Overeenkomstig artikel 71, vierde lid, van het algemeen procedurereglement dient deze proceshandeling aldus als niet verricht te worden beschouwd. Hieruit volgt dat de nv Van Wellen wordt geacht niet te zijn tussengekomen in het geding.

De nv Ghent Dredging – die wel het rolrecht heeft betaald – is bijgevolg als enige vennoot van de tijdelijke handelsvennootschap in rechte opgetreden.

Als gekozen inschrijver beschikt enkel de tijdelijke handels-vennootschap over de vereiste hoedanigheid en het belang om tussen te komen in een schorsingsprocedure waarbij een andere kandidaat de gunningsbeslissing aanvecht. Een verzoek tot tussenkomst kan dus slechts ontvankelijk worden

ingediend door alle vennoten van de betrokken tijdelijke handelsvennootschap, zonder rechtspersoonlijkheid, samen geldig optredend. Dit is hier niet het geval.

5. Het verzoek tot tussenkomst is derhalve niet ontvankelijk.

V. Ontvankelijkheid van het beroep

6. De verwerende partij betwist de ontvankelijkheid van de vordering.

Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over ontvankelijkheidsexcepties uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak over die excepties zou alleen nodig zijn indien de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

VI. De schorsingsvoorwaarden

7.1. 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.

7.2. 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 beslissingen 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 beslissingen kunnen verantwoorden.

VII. Onderzoek van het enige middel

Uiteenzetting van het middel

8. Het middel wordt geput uit de schending van de artikelen 24 van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’, de formele motiveringsplicht zoals neergelegd in de artikelen 4 en 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’ en de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurs-handelingen’, evenals de materiële motiveringsplicht als beginsel van behoorlijk bestuur, artikel 99, § 2, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’, het zorgvuldigheidsbeginsel en het *patere legem*-beginsel als beginselen van behoorlijk bestuur en uit ontstentenis van de rechtens vereiste feitelijke en juridische grondslag.

De verzoekende partij acht deze bepalingen en beginselen geschonden:

> “Doordat, de bestreden beslissing de offerte van verzoekende partij als onregelmatig weert omwille van een abnormale totaalprijs, waarbij zij enerzijds vaststelt dat geen andere abnormale eenheidsprijzen kunnen worden vastgesteld dan de posten 114 en 115, en anderzijds de prijsverantwoording voor de posten 114 en 115 aanvaardt.
> Doordat, de bestreden beslissing de offerte van verzoekende partij als onregelmatig weert waarbij zij enerzijds het advies van ATO integraal bijtreedt en diens motieven tot de hare maakt, inclusief het irrealistisch karakter van de prijsverantwoording voor de posten 114 en 115, daar waar zij anderzijds de prijsverantwoording voor de posten 114 en 115 aanvaardt, en hun beslissend karakter voor de totaalprijs benadrukt.
> Terwijl, de formele motiveringsplicht ertoe strekt de feitelijke en juridische elementen waarop de administratieve rechtshandeling steunt in de beslissing zelf op te nemen, waarbij deze motieven afdoende en draagkrachtig dienen te zijn.
> Dat opdat een formele motivering afdoende zou zijn haar omvang in verhouding dient te staan tot de mate van discretionaire beoordelingsbevoegdheid die bij de aanbestedende dienst berust.
> Dat opdat de formele motivering draagkrachtig zou zijn, zij dient te berusten op motieven die door hun onderlinge samenhang in redelijkheid kunnen leiden tot de conclusie van de administratieve rechtshandeling, i.c. de onregelmatigheid van de offerte van verzoekende partij.
> Dat hierbij een intern tegenstrijdige motivering gelijk staat aan een gebrek aan motieven.
> Dat het zorgvuldigheidsbeginsel ertoe strekt dat de aanbestedende overheid de nodige adviezen inwint en deze naar behoren in haar besluitvoming betrekt, zodat zij met kennis van zaken kan oordelen.
> Dat de elementen die haar door een adviesinstantie worden aangereikt hierbij op een adequate wijze dienen te worden betrokken in de besluitvorming, dan wel uit de beslissing blijkt waarom deze elementen niet zouden worden bijgetreden, zonder dat hieromtrent dubbelzinnigheid wordt gecreëerd.
> Dat de bestreden beslissing door het bijtreden van het gunningsverslag op blz. 3 van dit verslag aangeeft dat ‘naast de eenheidsprijzen voor de posten 114 en 115, geen andere abnormale eenheidsprijzen konden worden ontwaard in de ingediende offertes’.
> Dat de bestreden beslissing onder de overname van de motieven op blz. 9 van het gunningsverslag oordeelt dat de eenheidsprijzen van verzoekende partij voor de posten 114 en 115 niet abnormaal laag zijn.
> Dat desalniettemin de door de bestreden beslissing bijgetreden motieven besluiten tot de onregelmatigheid van de offerte van verzoekende partij nu de prijsverantwoording niet van aard zou geweest zijn het vermoeden van abnormale prijszetting te weerleggen.

Dat hoewel de prijsposten 114 en 115 van de meetstaat een substantieel aandeel uitmaakten in de prijszetting, en de aanbestedende dienst de oorzaak van de totaalprijszetting zelf bij deze posten heeft gelegd, de bestreden beslissing het advies van ATO dat het tegengestelde inhield integraal meent bij te treden en de motieven ervan tot de hare meent te kunnen maken.
Dat op die manier uit de gehanteerde motieven op geen enkele wijze eenduidig blijkt waarom het wettelijk vermoeden van abnormale prijszetting in functie van de gedetailleerde prijsverantwoording niet werd weerlegd.
Dat de motieven die door de bestreden beslissing worden aangehaald in hun geheel niet teruggaan op zorgvuldige vaststellingen, die in redelijkheid aanleiding konden geven tot de bestreden beslissing.
Zodat, de bestreden beslissing die de offerte van verzoekende partij als onregelmatig weert, in functie van tegenstrijdige en dubbelzinnige motieven, de in het middel aangehaalde wettelijke bepalingen en beginselen schendt."

Beoordeling

9. Er wordt aangenomen dat met de aangehaalde uitvoerige argumentatie de verzoekende partij de essentie van het middel heeft willen schetsen. De Raad van State zal hierna niet ingaan op allerlei bijkomende uiteenzettingen die de verzoekende partij in haar toelichting bij het middel nog aanvoert en die niet kunnen worden ingepast in wat hiervoor is aangehaald als de essentie van het middel.

10. Te dezen heeft de verwerende partij aan de verzoekende partij medegedeeld zowel dat zij een wettelijk vermoeden van abnormaal laag totaalbedrag had vastgesteld, krachtens artikel 99, § 2, van het voormelde koninklijk besluit van 15 juli 2011, als dat twee eenheidsprijzen abnormaal laag leken. De verwerende partij verzocht daarbij de nodige verantwoording te geven betreffende de samenstelling van de eenheidsprijzen voor de posten 114 en 115.

11. Vervolgens heeft de verwerende partij aan de afdeling ATO advies gevraagd.

De verantwoording van de verzoekende partij wordt door ATO niet aanvaard ter weerlegging van het wettelijk vermoeden van abnormaliteit van het totale offertebedrag. ATO wordt daarin bijgevallen door de aanbestedende overheid. Er moet worden opgemerkt dat de verzoekende partij op de afwijzing van haar verantwoording geen kritiek heeft, behalve in zoverre de posten 114 en 115 aan de orde zijn.

12. In zoverre de verzoekende partij de aanvaarding, na verantwoording, door de aanbestedende overheid van de eenheidsprijzen voor de posten 114 en 115, samen gelezen met de vaststelling op bladzijde 3 van het gunningsverslag dat geen andere schijnbaar abnormale eenheidsprijzen worden ontwaard, strijdig bevindt met de conclusie dat het wettelijk vermoeden van abnormaliteit van de totale offerteprijs niet is weerlegd, kan het volgende worden opgemerkt.

In tegenstelling tot aanbestedingen van werken waarvoor vier of meer offertes werden ingediend en waarbij artikel 99, § 2, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 expliciet bepaalt hoe groot de afwijking van het totale offertebedrag ten opzichte van het gemiddelde inschrijvingsbedrag moet zijn om als vermoedelijk abnormaal te worden beschouwd, is dat niet het geval voor eenheidsprijzen. Een aanbestedende overheid mag andere criteria hanteren in verband met afwijkingen ten opzichte van referentieprijzen om eenheidsprijzen al dan niet aan een vraag om prijsverantwoording te onderwerpen dan wel om verantwoordingen al dan niet te aanvaarden.

13. Het niet beoordelen van de eenheidsprijzen als abnormaal, hetzij omwille van het niet detecteren ervan, hetzij wegens de aanvaarding ervan na gevraagde verantwoording lijkt hoe dan ook niet *ipso facto* met zich te brengen dat het wettelijk vermoeden van abnormaliteit van de totaalprijs, zijnde inderdaad de optelsom van de diverse eenheidsprijzen, niet anders kan worden aangezien dan als weerlegd. Het komt immers aan de inschrijver toe op een concrete en zorgvuldig onderbouwde wijze àlle prijsvoordelen uiteen te zetten waardoor hij meent zich te kunnen onderscheiden van de andere inschrijvers, wetende dat zijn totale prijs

meer dan 15% lager ligt dan de gemiddelde inschrijvingsprijs. Te dezen is zulks opgemerkt door de aanbestedende overheid en er mag niet worden aangenomen dat de vraag om twee eenheidsprijzen te verantwoorden, de verzoekende partij ontsloeg van de plicht ook de totaalprijs in haar verantwoording te betrekken. Zij heeft overigens een afzonderlijke verantwoording gegeven voor de totaalprijs.

14. Het lijkt elk geval te dezen niet dat het aan de aanbestedende overheid mag worden toegerekend ondubbelzinnig het lot van het wettelijk vermoeden van abnormaliteit van de totaalprijs te hebben verbonden aan dat van de eenheidsprijzen, door na de analyse van de verantwoording voor eenheidsprijzen bij posten 114 en 115 - in de bewoordingen van de verzoekende partij - aan deze prijzen een “beslissend karakter” voor de totaalprijs te hebben toegedicht, of door te hebben vastgesteld dat “geen andere abnormale eenheidsprijzen konden worden ontwaard in de ingediende offertes”.

Voorts lijkt de inhoud van de gegeven prijsverantwoording afkomstig van de verzoekende partij zelf, haar interpretatie juist niet te onderschrijven. Naast een analyse van de eenheidsprijzen voor de posten 114 en 115 geeft de verzoekende partij immers ook andere, niet op deze posten betrokken, elementen op, ter verantwoording van het totale offertebedrag.

Ten slotte is er de context dat ATO ook andere dan de posten 114 en 115 heeft gedetecteerd als schijnbaar abnormaal maar hun aandeel in de totale prijs als ontoereikend heeft beschouwd om aanleiding te kunnen geven tot een substantiële onregelmatigheid.

15. In essentie lijkt het dat te dezen discussies over de eenheids-prijzen in elk geval overbodig zijn, nu de bestreden beslissing zich steunt op de niet voldoende verantwoording voor een abnormaal laag geachte totaalprijs, waarbij zoals reeds opgemerkt, de verzoekende partij de afwijzing van haar verantwoor-dingen niet weerlegt of ter sprake brengt, buiten de context van eenheidsprijzen voor posten 114 en 115.

16. Uit hetgeen voorafgaat volgt dat de verzoekende partij derhalve niet met de vereiste *prima facie* ernst aannemelijk heeft gemaakt dat de beslissing om haar offerte niet regelmatig te bevinden, niet is gesteund op deugdelijke motieven of gevolg zou zijn van een onzorgvuldig onderzoek.

17. Aangenomen dat een interne tegenstrijdigheid in de motieven gelijk staat aan een gebrek aan motieven, kan in het licht van de voorgaanden die dergelijke tegenstrijdigheid niet aan het licht hebben gebracht, de verzoekende partij evenmin worden gevolgd in haar stelling dat zij de motieven om te besluiten tot het niet regelmatig bevinden van haar offerte, niet zou kennen, zodat een schending van de formelemotiveringsverplichting evenmin kan worden aangenomen.

Ten slotte heeft de verzoekende partij, gelet op hetgeen voorafgaat, op het eerste gezicht niet aangetoond dat de verwerende partij in strijd met artikel 24 van de wet van 15 juni 2006 de opdracht niet zou hebben gegund aan de inschrijver met de laagste regelmatige offerte.

18. Het enige middel is niet ernstig.

VIII. Besluit

19. Het enige middel is niet ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

IX. Rechtsplegingsvergoeding

20.1. De verwerende partij vraagt dat de verzoekende partij zou worden veroordeeld tot betaling van een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro.

20.2. Er is te dezen grond om met toepassing van artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en van 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’ het door de verwerende partij 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 tot tussenkomst van de thv Ghent Dredging-Aanneming Van Wellen wordt niet ingewilligd.

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.
De eerste belanghebbende partij, de nv Ghent Dredging, wordt verwezen in de kosten van de vordering tot tussenkomst, begroot op 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 13 februari 2015, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest, kamervoorzitter,
bijgestaan door
Silja Doms, griffier.

De griffier **De voorzitter**

Silja Doms **Dierk Verbiest**