

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 230.239 van 19 februari 2015
in de zaak A. 211.664/XII-7597**

In zake: de NV ALGEMENE ONDERNEMINGEN TIBERGYN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Aniek Van de Velde
kantoor houdend te 8720 Wakken
Kasteeldreef 9
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

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

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 17 februari 2014, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van 27 november 2013 van het Vlaams Gewest, Agentschap Wegen en Verkeer, afdeling Wegen en Verkeer West-Vlaanderen inzake de openbare aanbesteding met betrekking tot de overheidsopdracht tot aanneming van werken A17 (E403) Roeselare (Oekene) – Herstelling van de schade aan de brug B51 (kmpt 37.665) na aanrijding, besteknummer 1M3D8J/12/52 – dossiernummer X30/A17/76), waarbij de opdracht wordt gegund aan de nv Aswebo, en van de impliciete weigeringsbeslissing om te gunnen aan de nv Algemene Ondernemingen Tibergyn.

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 20 januari 2015.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Aniek Van de Velde, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Sophie Bleux, die loco advocaat Kris Wauters 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 overheidsopdracht uit onder de vorm van een openbare aanbesteding voor de aanneming van werken “A17 (E403) Roeselare (Oekene) – Herstelling van de schade aan de brug B51 na aanrijding”. Op die opdracht is het bestek 1M3D8J/12/52 – dossier nr. X30/A17/76 van toepassing.

De opdracht wordt bekendgemaakt op 11 juni 2013 in het Bulletin der Aanbestedingen.

3.2. Op 22 augustus 2013 worden de offertes geopend. Vijf ondernemingen hebben een offerte ingediend. Alle inschrijvers worden geselecteerd.

De offerte van de bvba Norré-Behaegel is de laagste en die van de verzoekende partij de tweede laagste. Vastgesteld wordt echter dat totaalbedragen van deze offertes meer dan 15% afwijken van het gemiddelde van de ingediende offertes.

Uit het administratief dossier blijkt dat de verwerende partij op 6 september 2013 voor de eerste maal het dossier aan de afdeling Algemene Technische Ondersteuning (hierna: 'ATO') van het Departement Mobiliteit en Openbare Werken van het Vlaamse Gewest stuurt voor advies.

3.3. Bij brief van 23 september 2013 wordt aan de verzoekende partij gevraagd om binnen de 12 kalenderdagen, enerzijds, met toepassing van artikel 110, § 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 'betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken', het totaal offertebedrag te verantwoorden en, anderzijds, met toepassing van artikel 110, § 3, van hetzelfde besluit de eenheidsprijzen voor de posten 9, 26, 33, 42, 46 tot 48, 50, 59, 60 en 64 tot 69 te verantwoorden. De verzoekende partij wordt er op gewezen dat de verantwoording enkel gebaseerd mag zijn op objectieve factoren en concreet en onderbouwd dient te zijn met cijfermatige of becijferbare gegevens waardoor een degelijk prijsonderzoek mogelijk wordt gemaakt.

Ook aan de bvba Norré-Behaegel wordt een prijsverantwoording gevraagd voor een aantal individuele posten en voor het totaalbedrag.

3.4. De verzoekende partij antwoordt met een brief van 3 oktober 2013 op het verzoek om prijsverantwoording:

“A. Hierbij vindt u de gevraagde verantwoording

Deze is opgebouwd uit:

1. Prijzen posten KWS met onderaannemer + 5%
2. Andere posten met onderaannemer +10%
3. De andere posten zijn opgebouwd met een ploegje van 3 arbeiders met de nodige machines (compressor, kraan, trilnaald,...) Voor dergelijke ploeg rekenen wij een kostprijs van 150 euro per uur.

B. Wij kunnen onze scherpe bieding verantwoorden door het feit dat:

1. De werf gelegen is op 10 km van ons depot
2. Ons personeel vertrouwd is met dergelijke werken (Knokkebrug, Brug B19,...)
3. Wij voeren reeds verschillende jaren onderhoudswerken uit langs de A17 zodat onze arbeiders vertrouwd zijn met de situatie
4. n.v. Tibergyn, is een familiebedrijf waar de administratie en het toezicht door vader en zoon worden gedaan.

Al deze zaken geven ons een belangrijk concurrentievoordeel waardoor wij een scherpe maar toch rendabele bieding kunnen afgeven.”

Hierna volgt voor de gevraagde posten een opgave van de berekening ervan; voor de posten 9, 26, 42, 48 en 59 wordt uitgegaan van de prijs van de onderaannemer, voor de overige posten worden de verschillende prijscomponenten zoals kostprijs materiaal en arbeid opgegeven.

3.5. Uit het administratief dossier blijkt dat de verwerende partij vervolgens op 28 oktober 2013 een tweede maal het dossier aan ATO stuurt voor advies. Op 14 november 2013 brengt deze haar advies uit; het is negatief voor de door de bvba Norré-Bhaegel en de verzoekende partij verstrekte prijsverantwoordingen.

3.6. Op 27 november 2013 wordt een gunningverslag opgesteld. De offertes van de verzoekende partij en van de bvba Norré-Bhaegel worden onregelmatig verklaard. Vervolgens wordt een nieuwe rangschikking van de offertes opgesteld, waarbij de nv Aswebo de inschrijver is met de laagste offerte. Voorgesteld wordt de opdracht aan haar te gunnen voor een bedrag van 479.837,56 euro, btw niet inbegrepen.

Het verslag vermeldt aangaande de prijsverantwoording van de verzoekende partij voor de individuele posten:

“Er werd prijsverantwoording gevraagd op 23.9.2013 voor posten 9, 26, 33, 42, 46 tem 48, 50, 59, 60, 64 tem 69 en voor het totaal offertebedrag. Er werd geantwoord door Tibergyn op 07.10.2013. Dit werd nader onderzocht. Er werd vastgesteld dat:

- De eenheidsprijzen niet worden gestaafd d.m.v. offertes en recente facturen, maar gewoon gesteld.
- Het uurtarief voor arbeiders onder het minimum gemiddeld uurloon met sociale lasten en verzekering voor bedrijven tussen de 10 en 19 werknemers in de wegebouw ligt.

Overwegende derhalve de verantwoording, geen afdoende verantwoording van de schijnbaar abnormaal lage prijzen inhoudt; dient worden besloten tot afwijzing van de offerte.

De inschrijving van Tibergyn NV is bijgevolg onregelmatig.”

Voorts vermeldt het verslag aangaande de prijsverantwoording van de verzoekende partij voor de afwijkende totaalprijs:

“Aangezien de inschrijving meer dan 15% onder het gemiddelde bepaald volgens dit artikel ligt, werd de inschrijver de nodige rechtvaardigingen verzocht. In de gegeven summiere verantwoording, niet vergezeld van enig document ter staving, kan de aanbestedende overheid enkel de dichte ligging van het bedrijf en het familiale karakter daarvan als aannemelijke argumenten voor de afwijking t.o.v. het wettelijk gemiddelde terug vinden. Deze worden echter niet cijfermatig vertaald in een financieel verschil t.o.v. de andere inschrijvers.

Overwegende dat derhalve het vermoeden van abnormaliteit niet werd weerlegd, dient te worden besloten tot afwijzing van de offerte.”

3.7. Voormeld verslag bijvallend, beslist het afdelingshoofd van Wegen en Verkeer West-Vlaanderen op 27 november 2013 om de opdracht te gunnen aan de nv Aswebo.

IV. Vertrouwelijkheid

Standpunten van de partijen

4.1. In de memorie van antwoord vraagt de verwerende partij om de offertes van alle inschrijvers, de adviezen van ATO betreffende het abnormale karakter van de prijzen en de prijsverantwoordingen van de bvba Norré-Behaegel en de verzoekende partij van het administratief dossier vertrouwelijk te

behandelen gelet op het feit dat “deze stukken [...] commerciële gevoelige gegevens [bevatten] die best niet onthuld worden ten aanzien van de andere partijen”.

4.2. In de memorie van wederantwoord betoogt de verzoekende partij dat de betrokken stukken haar wel ter inzage moeten worden gegeven. De verwerende partij verwijst immers in haar memorie van antwoord naar de adviezen van ATO, zodat de opheffing van de vertrouwelijkheid vereist is teneinde haar rechten van verdediging te vrijwaren. De verzoekende partij is eveneens van oordeel dat de vertrouwelijkheid van de prijsverantwoording van de bvba Norré-Behaegel en van de offertes van de overige inschrijvers dient te worden opgeheven aangezien de beoordeling van die stukken tevens van belang is voor haar recht van verdediging inzake de problematiek van de abnormale prijzen.

4.3. In haar laatste memorie – nadat in het auditorsverslag werd geoordeeld dat het onderzoek van de zaak niet vereist dat er hieromtrent uitspraak wordt gedaan en dat niet wordt ingezien welk belang de verzoekende partij heeft bij de inzage van de offertes van de andere partijen en de prijsverantwoording van de bvba Norré-Behaegel, die immers ook niet is aanvaard – blijft de verzoekende partij erbij dat de vertrouwelijkheid wel degelijk moet worden gelicht. Zij dringt er in het bijzonder op aan wat betreft de adviezen van ATO, omdat de inzage ervan noodzakelijk is ter beoordeling van haar enige middel en opdat er standpunt kan worden genomen over deze stukken. De verwerende partij verwijst in de memorie van antwoord naar het advies van ATO aangaande haar prijsverantwoording, doch zij kan dit advies niet beoordelen noch kan zij nagaan of er inderdaad een concreet onderzoek is gebeurd van haar prijsverantwoording. Evenmin kan zij het verweer van de verwerende partij dat deze zich “bepaalde kritieken van ATO heeft [...] eigen gemaakt doch andere [...] niet [heeft] overgenomen of anders geformuleerd” noch het standpunt van de auditeur dat het advies van ATO niet ter discussie staat aangezien de beslissing gebaseerd is op de motieven uit het gunningsverslag die, enerzijds, overeenstemmen met de motieven uit het advies van ATO maar die, anderzijds, motieven uit het advies van ATO niet overnemen zodat het gunningsverslag een eigen motivering bevat, aftoetsen. Volgens haar is het gunningsverslag “kennelijk gestoeld op het advies

van ATO”, zodat zij, bij gebrek aan inzage, niet in kennis is van de motieven die ten grondslag liggen aan de finale gunningsbeslissing.

Ook blijft zij erbij dat het vertrouwelijk karakter van de prijsverantwoording van de bvba Norré-Behaegel en van de offertes van de overige inschrijvers moet worden opgeheven omdat de beoordeling ervan van belang is voor haar recht van verdediging inzake eveneens de prijzenproblematiek en ook inzake de gelijke behandeling van de inschrijvers.

Beoordeling

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

5.2. Te dezen kan worden vastgesteld dat de stukken waarvan de vertrouwelijke behandeling wordt gevraagd afzonderlijk zijn neergelegd, dat de vertrouwelijkheid ervan uitdrukkelijk is aangegeven en vermeld in de inventaris. De verwerende partij verwijst uitdrukkelijk naar het feit dat de betrokken stukken “commerciële gevoelige gegevens” kunnen bevatten om de vertrouwelijke behandeling ervan te motiveren.

5.3.1. In de eerste plaats dient te worden vastgesteld dat de verzoekende partij in haar laatste memorie er zich wat de stukken 19 tot 24, zijnde de prijsverantwoording van de bvba Norré-Behaegel en de offertes van de overige inschrijvers, er louter toe beperkt te herhalen dat de inzage ervan “van belang [is] voor het recht van verdediging van verzoekende partij inzake de problematiek van de abnormale prijzen en de gelijke behandeling van de inschrijvers”. Aldus zet zij niet in het minst *in concreto* uiteen hoe de inzage in deze stukken haar tot nut kan zijn bij het aanbrengen van grieven en rechtsmiddelen tegen de bestreden beslissing niettegenstaande in het auditoraatsverslag de verzoekende partij erop werd gewezen dat niet wordt ingezien wat het belang van de verzoekende partij bij de inzage zou kunnen zijn. Evenmin verduidelijkt zij waarom de inzage in deze stukken noodzakelijk is ter

beoordeling van haar enig middel, waarin zij de niet aanvaarding van haar eigen prijsverantwoording aanvecht.

5.3.2. Wat voorts het advies van ATO betreft inzake haar prijsverantwoording, gaat zij er verkeerd van uit dat de inzage ervan essentieel is om “de motieven [te kennen] die aan de grondslag liggen van de finale [...]gunningsbeslissing”. De Raad van State stelt, zoals in het auditoraatsverslag opgemerkt, vast dat het “gunningsverslag met gemotiveerde gunningsbeslissing” een eigen motivering bevat aangaande de beoordeling van de prijsverantwoording van de verzoekende partij. De verzoekende partij heeft dan ook geen belang bij de inzage van de motieven van ATO. Zij kent die immers al voor zover de verwerende partij deze heeft overgenomen in haar eigen motivering en de niet overgenomen motieven om haar prijsverantwoording niet te aanvaarden zijn voor haar niet relevant, nu de bestreden beslissing daarop niet is gestoeld. Aldus heeft de verzoekende partij kennis gekregen van de voor haar pertinente gegevens vevat in dat stuk. De verzoekende partij maakt dan ook niet aannemelijk waarom – en de Raad van State ziet niet zonder meer in hoe – de overige gegevens voor haar nuttig en dienstig kunnen zijn om haar recht op een eerlijk proces te waarborgen.

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

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

V. Ontvankelijkheid van het beroep

6.1. In de memorie van antwoord werpt de verwerende partij een exceptie van onontvankelijkheid van het beroep op in de mate dat de verzoekende partij de nietigverklaring vordert van de impliciete weigeringsbeslissing om de opdracht aan haar te gunnen. Volgens de verwerende partij maakt de verzoekende partij niet aannemelijk dat in alle hypothesen de opdracht aan haar diende te worden gegund.

6.2. De verzoekende partij repliceert dat in de mate dat de Raad van State oordeelt dat het regelmatigheidsonderzoek niet voldoet aan de wettelijke vereiste, haar offerte ten onrechte onregelmatig werd verklaard en zij in dat geval de laagste inschrijver was zodat de opdracht dan ook noodzakelijkerwijze aan haar moest worden toegekend. Minstens houdt die beoordeling verband met de beoordeling ten gronde.

6.3. Zoals in het auditoraatsverslag wordt vastgesteld hangt de exceptie samen met de grond van de zaak. De verwerende partij komt in de laatste memorie trouwens niet meer terug op deze exceptie.

VI. Onderzoek van het enige middel

Uiteenzetting van het middel

7. 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 het artikel 110, § 3 en § 4, van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, van de artikelen 4 en 5 van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ en van de beginselen van behoorlijke bestuur, “in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel, het zuinigheidsbeginsel en het materieel motiveringsbeginsel”.

In een eerste onderdeel betoogt de verzoekende partij dat zij de laagste regelmatige inschrijver was en dat de werken aan haar moesten worden gegund. De werken werden in strijd met artikel 15 van de voormelde wet van 24 december 1993 gegund aan de nv Aswebo.

In een tweede onderdeel stelt de verzoekende partij vast dat de verwerende partij heeft nagelaten om de door haar gegeven prijsverantwoording deugdelijk en zorgvuldig te onderzoeken en haar beslissing correct te motiveren.

Met betrekking tot de individuele posten, wordt in het gunningsverslag gesteld dat de eenheidsprijzen niet worden gestaafd en dat het uurtarief voor arbeiders onder het minimum gemiddeld uurloon ligt. Dit is niet correct. De verzoekende partij heeft in haar prijsverantwoording een gedetailleerde opgave gedaan van elke individuele post met verantwoording van de diverse eenheidsprijzen. Zij heeft aldus op duidelijke cijfermatige wijze een volledige cijfermatige verantwoording gegeven van de prijzen van alle gevraagde individuele posten, zijnde posten 9, 26, 33, 42, 46 tot 48, 50, 59, 60 en 64 tot 69. Deze is “voldoende uitgebreid en gestaafd” en bovendien mag minstens worden verwacht van een zorgvuldige aanbestedende overheid dat zij deze verantwoording zorgvuldig onderzoekt. Met betrekking tot het uurtarief kan volgens haar “al geenszins de redenering worden gevolgd”. De verzoekende partij gaf in haar prijsverantwoording duidelijk aan dat de prijs wordt verantwoord op grond van een ploeg van drie arbeiders met de nodige machines waarvoor een prijs van 150 euro per uur wordt gerekend. Dergelijke prijs ligt niet onder het minimumloon. Het uurtarief waarop de verwerende partij zich steunt om de weigering te motiveren is louter en alleen gegrond op post 33 en post 46, zijnde de posten met ‘supplementaire arbeiders’, die worden begroot aan een tarief van 30 euro per uur. Het standpunt met betrekking tot het uurtarief wordt dan ook ten onrechte veralgemeend naar alle posten en naar alle arbeid. De motivering dat dit uurloon onder het gemiddelde uurloon ligt, houdt bovendien geen rekening met de voordelen die ondernemingen genieten voor de tewerkstelling van bepaalde categorieën van werknemers en wordt dan ook in die zin ten onrechte veralgemeend. Bovendien, zoals blijkt uit het bestek ‘herstellen van geleiderails in het district 312 Kortrijk autosnelwegen’ met een prijzenborderel, hanteert de verwerende partij zelf het uurtarief van 30 euro per uur in bepaalde opdrachten. De verzoekende partij heeft ook reeds vroeger ingeschreven op openbare aanbestedingen van werken tegen een uurtarief van 30 euro per uur waar de verwerende partij geen enkel bezwaar zag in deze prijzen, deze heeft aanvaard en waarbij de werken werden gegund aan de verzoekende partij. De verwerende partij is zodoende geenszins rechtlijnig en

schenkt de rechtmatige verwachtingen die zij eerder heeft geschapen, temeer omdat de opdrachten uitgaan van dezelfde aanbestedende overheid en er geen redelijke verantwoording kan worden gegeven waarom het uurtarief bij de ene opdracht normaal is en bij de andere opdracht als abnormaal wordt beschouwd.

Met betrekking tot het prijsonderzoek van het totaalbedrag gaat het gunningsverslag voorts volledig voorbij aan de mededeling in de prijsverantwoording dat het personeel vertrouwd is met dergelijke werken (Knokkebrug, Brug B19,...) en dat de verzoekende partij reeds verschillende jaren onderhoudswerken uitvoert langs de A17 zodat haar arbeiders vertrouwd zijn met de situatie. Het betreft hier overigens geen loutere bewering, doch wordt gestaafd door verwijzing naar reële opdrachten. Al deze opdrachten gaan rechtstreeks uit van de verwerende partij, eveneens het agentschap wegen en verkeer West-Vlaanderen, zodoende dat zij hier zeker kennis van heeft. Het blijft voor de verzoekende partij een raadsel waarom de mededelingen omtrent de vertrouwdheid met de werken en de expliciete verwijzing naar werken uitgaande van de verwerende partij zelf niet substantieel werden verwerkt in het gunningsverslag en zelfs niet bij het onderzoek in aanmerking werden genomen. Eveneens niet cijfermatige gegevens kunnen immers een prijsverantwoording uitmaken.

In een derde onderdeel doet de verzoekende partij gelden dat het “kennelijk onredelijk” is dat de werken worden gegund aan een inschrijver waarbij deze 25% duurder worden. Dergelijke handelwijze druist rechtstreeks in tegen het zuinigheidsbeginsel.

In een vierde onderdeel ten slotte argumenteert de verzoekende partij nog dat de motieven niet worden vermeld in de beslissing zelf doch enkel in het gunningsverslag. Bovendien dateert de gunningsbeslissing van dezelfde datum als het gunningsverslag waardoor zodoende bezwaarlijk kan worden aangenomen dat dit grondig werd onderzocht om de motieven tot de hare te nemen. Het gedeelte in het gunningsverslag met betrekking tot de onregelmatigverklaring van de offerte van verzoekende partij is overigens heel beknopt. Het betreft een onpersoonlijke uiteenzetting die gemakkelijk kan worden veralgemeend naar de andere inschrijvers. Bovendien gaat de

gunningsbeslissing uit van het afdelingshoofd. Er wordt niet aangetoond dat de gunningsbeslissing uitgaat van de bevoegde instantie. De verwerende partij heeft zich dan ook beperkt tot een stijlclausule.

8. In de memorie van wederantwoord benadrukt de verzoekende partij met betrekking tot het tweede onderdeel nog dat de motivering dat het uurtarief voor arbeiders onder het minimum gemiddelde uurloon ligt rechtstreeks in strijd is met de stukken. Zij verwijst hierbij naar de meetstaat waarbij voor post 80 “ter beschikking stellen van arbeidskrachten voor de uitvoering van onvoorziene werken, volgens dienstbevel, alle graden...” in een tarief van 35 euro wordt voorzien. Ook bij de prijsverantwoording wordt meegedeeld dat “de andere posten zijn opgebouwd met een ploegje van 3 arbeiders met de nodige machines (compressor, kraan, trilnaad,...) voor dergelijke ploeg rekenen wij een kostprijs van 150 EUR/uur”. Dit wordt verder concreet verduidelijkt in de posten 33, 46, 47, 50, 60 onder de vermeldingen “Arbeid: bekisten, gieten en ontkisten”, “Arbeid bekisten en gieten”, “kostprijs ploeg aanbrengen” en “kostprijs vangrailploeg”. Deze prijzen stemmen ook overeen met de posten 81 en 82 waar in 50 euro wordt voorzien. Omtrent deze posten werd er geen prijsverantwoording gevraagd, zodoende dat er dan ook geen redelijke verantwoording is waarom deze voor de ene post leidt tot abnormale prijzen en voor de andere post niet.

Voorts is het bijgevoegde detail van de individuele posten méér dan louter een verwijzing naar de prijzen van een onderaannemer. De individuele posten worden uitgesplitst en gedetailleerd verantwoord:

“Bijvoorbeeld

voor post 9

Onderlaag van APO type APO-A, granulaat 0/20 dikte E = 6cm
à € 6,10/m²

kostprijs onderaannemer		€ 5,80/m ²
winst, veiligheid, OCW...	+ 5%	€ 0,29/m ²
		€ 6,09/m ² =6,10/m ²

post 33

Beton C35/45 - EE5 –La ter plaatse gestort beton dwarsdragers à 400 EUR/m³ wordt gedetailleerd uitgesplitst:

- Kostprijs beton	16,5 m ³ d 76/m ³	1254,00 EUR
- Arbeid: bekisten, gieten en ontkisten	16u à 150 EUR/u	2.400,00 EUR
- Supplementaire arbeiders	32 u à 30/u	960,00 EUR
- Stellingen, schoren,...	FF	1.500,00 EUR
- Winst, veiligheid, OCW	10%	611,40 EUR

6.725,40 EUR

Dit verdelen over 16,50 m³

407,60/m³=400€/m³.”

Voor de overige gevraagde posten werd ook dergelijk detail gegeven. De verzoekende partij stelt vast dat deze berekeningen niet werden ontmoet. Ze werden niet gecontroleerd. Ze worden niet vergeleken met ramingen, noch met de prijzen van de andere partijen.

Het feit dat de werf is gelegen op 10 km van het depot werd evenmin, minstens onvoldoende onderzocht. Voor het eerst in de memorie van antwoord wordt er verwezen naar de afstand als zijnde dat ook de gekozen inschrijver dit voordeel geniet, doch deze is volgens de stukken gevestigd te Drongen. Van dat voordeel werd in het gunningsverslag geen gewag gemaakt, er mag dan ook geen rekening mee worden gehouden.

Ook het familiaal karakter werd onvoldoende onderzocht terwijl uit de stukken het bestaan van de onderneming sinds de jaren ‘70 blijkt, alsook het diploma van de zoon van de gedelegeerd bestuurder inzake veiligheid voor operationeel leidinggevend, zijnde stukken waar de verwerende partij kennis van had genomen bij de inschrijving.

Inzake het vierde onderdeel, benadrukt de verzoekende partij nog dat indien de beslissing is gesteund op het gunningsverslag en het gunningsverslag gesteund is op de adviezen van ATO, men uiteraard dient kennis te hebben van al deze gegevens ter beoordeling van zijn rechten als inschrijver.

9. In de laatste memorie argumenteert de verzoekende partij nog dat wat de eenheidsprijzen betreft voorheen de winstmarge niet was gekend

zodoende dat het niet duidelijk was of de prijs van de onderaannemer mogelijk (te) laag was of de winstmarge te laag was. Met de door haar gegeven verantwoording met uitsplitsing kon de verwerende partij zich wel degelijk een beter beeld vormen van de prijszetting zodoende dat na zorgvuldig onderzoek zou zijn gebleken dat de verantwoording aannemelijk is. Wat het in de prijsverantwoording aangehaalde familiaal karakter van de onderneming betreft, stelt zij nog dat, gelet op de leeftijd en ervaring van de gedelegeerd bestuurder en zijn zoon, er geen twijfel over kan bestaan dat hierdoor belangrijke financiële middelen worden uitgespaard aan bijkomende werknemers, want uiteraard fungeren deze bijkomende werknemers in de overige ondernemingen naast de bestuurders van de vennootschap.

Beoordeling

10.1. In de eerste plaats mag worden vastgesteld dat, door zich in de motivering van de bestreden beslissing uitdrukkelijk aan te sluiten bij het gunningsverslag dat materialiter één geheel uitmaakt met de bestreden beslissing, de verwerende partij zich de motieven van dit verslag heeft eigen gemaakt. Zoals *sub* 5.3.2. vastgesteld draagt de kennisname van het advies van ATO niet bij tot de kennisname van die motieven. De verzoekende partij heeft ook kennis gekregen van die motieven, aangezien het gunningsverslag was gevoegd bij de kennisgeving van de bestreden beslissing.

10.2. Zowel het gunningsverslag als de gunningsbeslissing zijn ondertekend door het hoofd van de afdeling Wegen en Verkeer West-Vlaanderen. De verzoekende partij betwist zijn bevoegdheid daartoe. De verwerende partij weerlegt deze kritiek op uitgebreide wijze in haar memorie van antwoord in essentie om de volgende redenen. De verwerende partij verwijst naar het Besluit van 9 februari 2011 van het hoofd van het Agentschap Wegen en Verkeer van het Vlaams ministerie van Mobiliteit en Openbare Werken ‘tot subdelegatie van sommige beslissingsbevoegdheden aan personeelsleden van het agentschap’. Dit besluit is bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad op 14 maart 2011. Uit artikel 11 blijkt dat het gunnen en sluiten van een overheidsopdracht van deze categorie een specifieke gedelegeerde bevoegdheid vormt van een afdelingshoofd binnen het Agentschap Wegen en Verkeer.

De verzoekende partij betwist in de memorie van wederantwoord en de laatste memorie niet langer de bevoegdheid van het afdelingshoofd tot het nemen van de bestreden beslissing. In die omstandigheden ziet de Raad van State geen reden om het anders te zien dan de verwerende partij en valt het haar redenering bij.

10.3. De motieven tot afwijzing van de prijsverantwoording van de verzoekende partij werden hiervoor *sub* 3.6. geciteerd. De verzoekende partij toont niet aan dat deze motivering haar niet in staat stelt zich ter zake in rechte te verweren; integendeel, zij betwist in het tweede onderdeel deze motieven inhoudelijk omstandig. Met de verwerende partij mag dan ook worden vastgesteld dat die motivering voldoende duidelijk de determinerende motieven aan de verzoekende partij meedeelt waarom haar prijsverantwoording niet werd aanvaard. De schending van de formelemotiveringsverplichting is niet aangetoond.

10.4. Het loutere feit dat de gunningsbeslissing is genomen op dezelfde dag dat het gunningsverslag werd opgesteld noopt, gelet op het voorgaande, niet tot een ander standpunt, noch toont het enig onzorgvuldig handelen van de verwerende partij aan.

10.5. Het vierde onderdeel wordt dan ook in zijn geheel niet aangenomen.

11.1. Bij brief van 23 september 2013 heeft de verwerende partij de verzoekende partij verzocht om een prijsverantwoording voor haar totale prijs en voor een aantal individuele posten in het kader van het onderzoek naar abnormale prijzen. Een inschrijver die een verzoek tot prijsverantwoording ontvangt, moet weten dat dit een ernstige aangelegenheid is en dient er zich bewust van te zijn dat hij zijn prijzen concreet en onderbouwd dient te verantwoorden aangezien hij het risico loopt dat zijn offerte onregelmatig wordt verklaard.

De aanbestedende overheid beschikt bij het onderzoek van de door de inschrijver gegeven prijsverantwoording over een ruime discretionaire

bevoegdheid om deze al dan niet te aanvaarden en de Raad van State mag zich, gesteld voor de toetsing van dergelijke beoordeling, niet in de plaats stellen van het bestuur. Hij mag wel desgevraagd 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. Een inschrijver mag zich niet beperken tot vaagheden en algemeenheden.

11.2.1. De “motieven voor de wering” werden aan de verzoekende partij meegedeeld bij brief van 20 november 2013 en werden hiervoor *sub* 3.6. geciteerd.

11.2.2. Uit die motivering blijkt dat de prijsverantwoording voor de individuele posten 9, 26, 33, 42, 46 tot 48, 50, 59, 60, 64 tot 69, niet werd aanvaard omdat de eenheidsprijzen ervan niet worden gestaafd door middel van offertes en recente facturen, maar kortweg opgegeven en omdat het uurtarief voor arbeiders in de wegenbouw uit bedrijven met 10 tot 19 werknemers onder het minimum uurloon met sociale lasten en verzekering ligt.

Het meedelen van de winstmarge per post en de uitsplitsing van de kosten in materiaal en werkuren of de prijs voor een onderaannemer laat weliswaar toe een beter beeld te vormen van de prijszetting, zoals de verzoekende partij betoogt, doch spreekt de vaststelling niet tegen dat die prijzen of prijsonderdelen niet worden gestaafd, bijvoorbeeld met offertes of recente facturen uit gelijkaardige opdrachten. De verzoekende partij betwist nergens deze vaststelling in haar procedurestukken. Dit op zich verantwoordt al het niet aanvaarden van de verantwoording.

Wat het tweede motief betreft blijkt uit de vergelijking van het advies van ATO van 14 november 2013, waar de Raad van State acht mag op slaan, en de motivering in het gunningsverslag, dat dit een overgenomen motief betreft, doch dat het gunningsverslag niet de vermelding heeft overgenomen dat die kritiek inzake het uurtarief inderdaad betrekking heeft op het uurtarief voor “supplementaire arbeiders”. De kritiek dat dit motief ten onrechte een veralgemening zou betreffen stoelt dan ook op een verkeerd feitelijk uitgangspunt. Een gebrek in de kennisgeving tast echter op zich niet de

wettigheid van de beslissing zelf aan temeer de verzoekende partij er in haar verzoekschrift van moet blijken dat zij weet dat “het uurtarief waarop de verwerende partij zich louter en alleen baseert om de weigering te motiveren [...] gebaseerd [is] op post 33 en post 46, zijnde de posten met ‘supplementaire arbeiders’, die worden begroot [...] aan een tarief van 30 euro per uur”. De verwerende partij lijkt dan ook terecht aan te voeren dat het voor de verzoekende partij “sinds 23 september 2013 duidelijk [is] dat verwerende partij van oordeel was dat de posten 33 en 46 een abnormaal karakter leken te bezitten”. Met haar thans gegeven verantwoording dat geen rekening wordt gehouden met de voordelen die ondernemingen genieten voor de tewerkstelling van bepaalde categorieën van werknemers, mag geen rekening worden gehouden, nu zij daarvan geen melding heeft gemaakt in haar prijsverantwoording. Waar zij verwijst naar eerdere opdrachten, waarbij de verwerende partij wel een uurtarief zou hebben aanvaard van 30 euro per uur, dient te worden vastgesteld dat zij niet de repliek van de verwerende partij betwist dat de minimum uurtarieven geïndexeerd zijn en het dan ook normaal is dat de uurtarieven van 2013 niet meer die van 2011 zijn.

11.2.3. Ten overvloede mag met de verwerende partij in verband met de totaalprijs worden vastgesteld dat de verantwoording die door de verzoekende partij voor de abnormaal lage totaalprijs van haar offerte naar voren wordt gebracht “summier” is en niet nader gestaafd wordt aan de hand van stukken.

In essentie wordt die prijsverantwoording van de verzoekende partij niet aanvaard omdat de naar voren geschoven verantwoordingselementen met betrekking tot de dichte ligging van het bedrijf en het familiale karakter ervan, hoewel aannemelijk, niet cijfermatig worden vertaald in een financieel verschil ten opzichte van de andere inschrijvers. De verzoekende partij betwist op zich die vaststelling niet.

Wat het vertrouwd zijn met dergelijke werken en het familiaal karakter van het bedrijf betreft dient ook hier te worden opgemerkt dat wat het laatste betreft er geen cijfermatige gegevens zijn bijgebracht die het voordeel aantonen; voor de beide geldt voorts dat de verzoekende partij te dezen ook niet

aantoont dat deze gegevens voldoende relevantie bevatten voor een andere beoordeling van de prijsverantwoording dan deze die hier voorligt.

11.3. Uit het voorgaande volgt dat de verzoekende partij niet aantoont dat de verwerende partij onzorgvuldig is tewerk gegaan door de offerte van de verzoekende partij onregelmatig te verklaren wegens abnormale prijzen.

Het tweede onderdeel is ongegrond.

12. Uit het ongegrond bevinden van het tweede onderdeel volgt noodzakelijkerwijze het ongegrond zijn van het eerste onderdeel, waarin zij stelt dat haar offerte regelmatig was zodat de opdracht aan haar diende te worden toegewezen, en van het derde onderdeel, waarin zij de schending van het zuinigheidsbeginsel aankaart. Voor wat betreft deze laatste kritiek volstaat het op te merken dat de verzoekende partij niet aantoont hoe dit door haar aangevoerd beginsel van behoorlijk bestuur te dezen zou vermogen te leiden tot het niet toepassen van de betrokken regelgeving inzake het prijsonderzoek.

13. Het middel wordt verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verworpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 19 februari 2015, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Bram Van Thillo,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Bram Van Thillo

Dierk Verbiest