RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 230.263 van 20 februari 2015
in de zaak A. 214.790/XII-7810

In zake: de NV VERKEER SIGNALISATIE EN ELEKTRONIKA (NV V.S.E.)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Virginie Monteyne-Jadoul, Kris Lemmens en Kristof Hectors
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
De Burburestraat 6-8 bus 5
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het BRUSSELS HOOFDSTEDELIJK GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Patrick Thiel, Valentine de Francquen en Youri Musschebroeck
kantoor houdend te 1170 Brussel
Terhulpsesteenweg 178
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de NV SIEMENS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Carlos De Wolf
kantoor houdend te 9680 Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Charlotte De Wolf

I. Voorwerp van de vordering

1. **De vordering, ingesteld op 22 januari 2015, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "de beslissing van 11 december 2014 van verwerende partij waarbij de opdracht van leveringen 'Verkeersregelaars voor seininstallaties met driekleurige verkeerslichten' aan NV Siemens wordt gegund en niet aan NV V.S.E.".**

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 3 februari 2015 heeft de nv Siemens gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 13 februari 2015, om 11.00 uur.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Kris Lemmens en Kristof Hectors, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaten Valentine de Francquen en Youri Musschebroeck, die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaten Carlos De Wolf en Charlotte De Wolf, die verschijnen voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Ines Martens 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. Het Brussels Hoofdstedelijk Gewest schrijft een overheidsopdracht uit voor het sluiten van een raamovereenkomst met als voorwerp: leveren, plaatsen en dienst stellen van verkeersregelaars voor de bediening van de driekleurige signalisatie op kruispunten die gelegen zijn op het grondgebied van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest. De opdracht wordt gegund met een open offerteaanvraag.

De opdracht wordt op 30 juni 2014 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en op 5 juli 2014 in het Supplement bij het Publicatieblad van de Europese Unie.

3.2. De opdracht is onderworpen aan het bijzonder bestek nr. BMB/DGE-DBO/2013.0521 "Brussels Hoofdstedelijk Gewest-Verkeersregelaars voor seininstallaties met driekleurige verkeerslichten".

Het voorwerp van de opdracht wordt onder meer als volgt beschreven in het bestek:

> "Onderhavige raamovereenkomst heeft als voorwerp het leveren, plaatsen in dienst stellen van verkeersregelaars voor de bediening van driekleurige signalisatie op kruispunten die gelegen zijn op het grondgebied van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest […]. Deze verkeersregelaars werken in autonome modus of zijn geïntegreerd in een gecentraliseerd beheers- en regelingssysteem van de driekleurige signalisatie dat bij het Brussels Hoofdstedelijk Gewest wordt aangewend.
> Deze raamovereenkomst zal, […], gesloten worden met één enkele deelnemer.
> Deze raamovereenkomst voorziet eveneens de eventuele aanpassingen aan de installaties, hun onderhoud (gratis) tijdens de waarborgperiode, evenals de eventuele tussenkomsten ingeval van panne of averij.
> De opdracht gegund in het kader van deze raamovereenkomst, betreft een bestellingsopdracht, waarbij de aanbestedende overheid verschillende bestelbons zal uitgeven.
> Iedere bestelling geplaatst in het kader van deze raamovereenkomst, zal overeenstemmen met een afzonderlijke opdracht welke onderworpen is aan de wetgeving overheidsopdrachten hieronder begrepen de AUR tenzij hiervan wordt afgeweken, alsook aan de bepalingen opgenomen in dit bestek. […]"

De raamovereenkomst wordt afgesloten voor een periode van drie jaar, verlengbaar tot maximaal vier jaar.

In het bestek wordt bepaald dat het geheel der bestelbons afgeleverd tijdens de raamovereenkomst ten minste gelijk is aan € 960.000 en maximaal gelijk aan € 2.820.000.

Met betrekking tot de prijsbepaling wordt in het bestek bepaald (bladzijde 43):

> " Art. 13, §1- Prijsbepaling – aard van de opdracht
> De opdracht is een gemengde overeenkomst bestaande uit:
> a. Een gedeelte volgens prijslijst voor de posten waarbij vermeld staat 'vermoedelijke hoeveelheid'
> b. Een gedeelte op grond van werkelijke uitgaven voor de posten waarbij vermeld staat: 'te verantwoorden som'".

En voorts (bladzijde 52):

> "Art. 83 § 1 - Inventaris
> De totale prijs wordt verkregen door de eenheidsprijzen, aangeduid door de inschrijver voor de verschillende posten, te vermenigvuldigen met de overeenstemmende hoeveelheden bepaald door de aanbestedende overheid.
> ZIE EVENEENS HET HOOFDSTUK I.II, PUNT 1.1. met betrekking tot de verschillende modules voor dewelke de inschrijver een eenheidsprijs moet opgeven voor de volledige kaart. Voor deze modules, om de prijsvergelijking te maken, worden de eenheidsprijzen teruggebracht tot een prijs per kanaal, wat toelaat los te staan van de capaciteiten in termen van beschikbaarheid van kanalen per kaart. Hiertoe voegt de inschrijver bij zijn offerte een tabel waarin voor elk van deze kaarten het aantal kanalen vermeld staan.
> De in de inventaris in te vullen eenheidsprijzen, dienen door de inschrijver te worden vastgesteld, onafhankelijk van de hoeveelheden die door de aanbestedende overheid in deze opmeting vastgesteld werden ter bepaling van het rangschikkingsbedrag van de inschrijvingen.
> Deze hoeveelheden zijn fictieve hoeveelheden, enkel bestemd voor de rangschikking van de offertes, en geven aan de aannemer geen enkel recht, noch wat het totaal bedrag van de bestelbons aangaat, noch wat de te bestellen hoeveelheden per post aangaat, noch wat betreft de verhoudingen van de hoeveelheden opgegeven voor iedere post van de inventaris.
> De eenheidsprijzen en de bekomen totale prijzen zijn zonder BTW".

Er wordt hier aldus verwezen naar wat bepaald wordt in het bestek onder hoofdstuk I, II, eerste deel, punt 1.1 (bladzijde 18):

> "Belangrijke opmerking voor wat de prijsvergelijking betreft:
> Voor de volgende modules:
> • sturingskaart voor de seinlichten;
> • kaart ingangen;
> • kaart uitgangen;
> • kaart voor niet-classificerende lusdetector;
> • kaart voor classificerende 8+1 lusdetector.
> geeft de inschrijver een eenheidsprijs op per kanaal".

Ten aanzien van de gunningscriteria wordt in het bestek bepaald (bladzijde 54):

> "De gunningscriteria voor de vergelijking van de offertes en het bepalen van de meest voordelige offerte zijn:
> 1. het inschrijvingsbedrag van de offerte (inclusief BTW);
> 2. de constructie van de verkeersregelaar;
> 3. detectieapparatuur en toebehoren;
> 4. de programmeringsoftware en de mogelijkheden van de verkeersregelaar;
> 5. de wijze waarop de verbinding van de verkeersregelaar met de verkeerslichtencentrale van het Bestuur tot stand wordt gebracht;
> 6. de kwaliteit van het projectbeheer en de dienst na verkoop + de kwaliteit van het onderhoud.
> De beoordeling van criteria 2, 3, 4, 5 en 6 zal gebeuren aan de hand van de informatie en documenten die de inschrijver op ondubbelzinnige wijze verstrekt bij zijn inschrijving of in een schriftelijke toelichting die hij verschaft op vraag van de aanbestedende overheid.
> De inschrijver geeft duidelijk aan welke bijkomende mogelijkheden, niet expliciet vereist door het bijzonder bestek, inbegrepen zijn in de inschrijvingsprijs en welke bijkomende mogelijkheden optioneel zijn, met vermelding van de kostprijs.
> Deze elementen zullen echter alleen in aanmerking worden genomen bij de beoordeling als hun aanwezigheid en goede werking aangetoond werden tijdens de demonstratie waarvan sprake in het artikel 81 hiervoor.
> A. De respectievelijke wegingparameters van elk van deze criteria zijn de volgende:

Criterium 1	30
Criterium 2	10
Criterium 3	8
Criterium 4	15
Criterium 5	30
Criterium 6	7

Met de volgende evaluatiecoëfficiënten

Uitstekend	1
Zeer goed	0,8
Goed	0,6
Onvoldoende	0,4
Slecht	0,2
Niet bestaand	0

Criterium 1: het bedrag van de offerte : 30 punten max.

De prijs van de offerte wordt verkregen door de eenheidsprijzen, aangeduid door de inschrijver voor de verschillende posten, te vermenigvuldigen met de overeenstemmende hoeveelheden bepaald door de aanbestedende overheid. De eenheidsprijzen en de totale prijzen zijn zonder BTW.
Het aantal punten dat toegekend wordt, wordt berekend aan de hand van de formule:
30 x LB / TB
Waarin:
LB = het rangschikkingsbedrag van de laagste regelmatige offerte, die in de mededinging is gebleven
TB = het rangschikkingsbedrag van de beschouwde offerte

Criterium 2: …
…"

3.3. De openingszitting vindt plaats op 16 september 2014. Er worden vier offertes ingediend.

1) THV Cofely Fabricom nv – Cross Zlln sa voor een bedrag van 2.255.400,04 EUR
2) Janssens nv voor een bedrag van 2.097.193,90 EUR
3) Verkeer Signalisatie & Elektronika (VSE) nv voor een bedrag van 1.848.730,12 EUR
4) Siemens nv voor een bedrag van 2.541.117,17 EUR

De bedragen zijn btw niet inbegrepen.

3.4. Met een ter post aangetekende brief van 14 oktober 2014 vraagt de aanbestedende overheid, met toepassing van artikel 21, § 3, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 'plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren'

(hierna: koninklijk besluit ‘plaatsing’) aan de gekozen inschrijver om een gedetailleerde verantwoording te geven van de eenheidsprijzen voor de posten A9, A18, A21 en B41.

Met een mail van 24 oktober 2014 bezorgt de nv Siemens een prijsverantwoording aan de aanbestedende overheid.

3.5. Er wordt een verslag van nazicht van de offertes opgesteld.

Met betrekking tot het onderzoek naar de materiële regelmatigheid van de offertes wordt geoordeeld:

> “Gelet op 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 zoals gewijzigd;
> Gelet op artikel 95 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 betreffende de plaatsing van overheidsopdrachten in de klassieke sectoren, zoals gewijzigd;
> Overwegende dat de aanbestedende overheid abnormaal hoge prijzen heeft vastgesteld voor de posten A9, 18, 21 en B41 van de inventaris;
> Overwegende dat overeenkomstig artikel 21,§3 van het voormelde koninklijk besluit van 15 juli 2011, de aanbestedende overheid Siemens nv op 14 oktober 2014 verzocht heeft om de nodige verantwoording te geven;
> Overwegende dat Siemens nv haar verantwoordingen via een schrijven van 24 oktober 2014 binnen de vereiste termijn heeft ingediend;
> Overwegende dat de gevraagde posten voldoende verantwoord worden;
> Overwegende dat uit de prijsverantwoording van Siemens nv gebleken is dat er een rekenfout is opgetreden in hun inventaris voor post A9;
> Overwegende dat de aanbestedende overheid deze fout heeft rechtgezet overeenkomstig artikel 97, §2 van het voormeld koninklijk besluit van 15 juli 2011;
> Overwegende dat na verbetering het totaalbedrag van de offerte 2.981.860,08 euro incl. BTW bedraagt in plaats van 3.074.751,78 euro incl. btw;
> Overwegende dat de eenheidsprijzen en het totale bedrag van de offertes van de 3 inschrijvers normaal en aanvaardbaar zijn;
> Overwegende dat de 3 offertes geen enkele andere materiële onregelmatigheid vertonen;
> Worden materieel regelmatig verklaard, de offertes van de inschrijvers:
> 1. Janssens nv
> 2. VSE nv
> 3. Siemens nv”

Vervolgens worden de regelmatig bevonden offertes getoetst aan de gunningscriteria wat leidt tot volgende rangschikking:

Inschrijvers	gunningscriteria						totaal
	1	2	3	4	5	6	
	/30	/10	/8	/15	/30	/7	/100
Janssens nv	26,45	6,0	6,4	9,0	30	4,2	82,05
VSE nv	30,00	6,0	6,4	9,0	30	4,2	85,60
Siemens nv	22,51	8,0	6,4	15,0	30	7,0	88,91

3.6. Op 11 december 2014 beslist de Brusselse minster van Mobiliteit en Openbare werken de opdracht te gunnen aan de nv Siemens voor een bedrag van 2.981.860,08 EUR btw inbegrepen.

Dit is de bestreden beslissing.

3.7. Bij faxbericht van 8 januari 2014 wordt de gunningsbeslissing meegedeeld aan de verzoekende partij.

IV. Tussenkomst

4. De nv Siemens blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet haar verzoek tot tussenkomst worden ingewilligd.

V. Schorsingsvoorwaarden

5.1. 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.

5.2. 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.

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.

VI. Onderzoek van het eerste en het tweede middel samen genomen

Uiteenzetting

6.1. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan “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 (Rechtsbeschermingswet), […] van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van [de] bestuurshandelingen […], alsook […] van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder de formele en materiële motiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel.

> Doordat de bestreden beslissing enerzijds vermeldt dat de aanbestedende overheid abnormaal hoge prijzen heeft vastgesteld voor de posten A18 en A21 en B41 van de inventaris overeenkomstig artikel 21, §3 KB Plaatsing, doch anderzijds zonder enige motivering affirmeert dat de prijzen voor de posten A18, A21 en B41 'voldoende verantwoord werden' door NV Siemens en doordat voor post A9 in de bestreden beslissing een rekenfout van nv Siemens werd aanvaard zonder enige motivering over de aard en de beoordeling van deze rekenfout."

In de toelichting bij het eerste middel voert de verzoekende partij aan dat uit 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' volgt dat ingeval een aanbestedende overheid abnormale prijzen of een rekenfout vaststelt, zij uitdrukkelijk moet motiveren waarom deze prijzen dan toch niet abnormaal blijken te zijn dan wel deze rekenfout aanvaard kan worden. Te dezen heeft de aanbestedende overheid vastgesteld dat de offerte van de tussenkomende partij abnormaal hoge prijzen bevatte voor de posten A9, A18, A21 en B41 waarover haar prijsverantwoording werd gevraagd overeenkomstig de procedurevoorschriften van artikel 21, § 3, van het koninklijk besluit 'plaatsing'. De bestreden beslissing stelt zonder nadere duiding dat de gevraagde posten voldoende werden verantwoord. Voor de posten A18, A21 en B41 wordt niet gemotiveerd waarom deze posten voldoende verantwoord werden. Wat betreft de post A9 wordt niet gemotiveerd welke rekenfout er zou voorliggen en waarom deze al dan niet kon worden aanvaard.

Aangezien de bestreden beslissing niet motiveert waarom de posten A18, A21 en B41 voldoende verantwoord werden noch wat de aard en beoordeling van de verbeterde rekenfout inhield, bevat de bestreden beslissing niet de feitelijke en juridische overwegingen die eraan ten grondslag liggen, zoals vereist door de artikelen 4 en 5 van de voormelde wet van 17 juni 2013. De verzoekende partij betoogt dat, aangezien zij volkomen in het ongewisse verkeert over de redenen waarom de prijzen voor de posten A9, A18, A21 en B41 voldoende werden verantwoord, zij niet in staat is om met kennis van zaken voor haar rechten op te komen, zodat ook de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen (hierna: de formelemotiveringswet) werden geschonden.

Ook de materiëlemotiveringsplicht wordt volgens de verzoekende partij geschonden doordat de aanbestedende overheid voor de vermelde posten vaststelt dat er abnormale prijzen zijn, maar niet aangeeft welke verantwoordingen aanvaard werden om deze abnormale prijzen te rechtvaardigen. Hierdoor blijkt ook niet dat de bestreden beslissing zorgvuldig werd voorbereid.

Onder verwijzing naar rechtspraak van de Raad van State stelt de verzoekende partij dat uit de motivering van de gunningsbeslissing moet blijken wat de vraag naar prijsverantwoording precies inhoudt, welke argumenten de gekozen inschrijver aanbrengt voor zijn schijnbaar abnormale prijzen en welke argumentatie de overheid gebruikt om het vermoeden van abnormaliteit dat aan de offerte kleeft, weg te nemen. Dit is te dezen niet het geval.

6.2. In een tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan "van artikel 4 en 5 van de Rechtsbeschermingswet, […] van de artikelen 21,§3 KB Plaatsing en 95, derde lid KB Plaatsing en […] van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder de materiële motiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwens-beginsel.

> Doordat de bestreden beslissing abnormaal hoge prijzen vaststelt voor posten A9, A18 en A21 en B41 van de inventaris van NV Siemens, doch geen afdoende motivering bevat waarom de posten toch verantwoord kunnen worden en geen abnormale prijzen zouden uitmaken;"

De verzoekende partij betoogt dat haar niet de mogelijkheid wordt geboden om na te gaan of de opgegeven prijsverantwoording de abnormale prijzen rechtvaardigen aangezien haar niet de nodige stukken konden worden overgemaakt.

Zij vraagt de Raad van State dat de prijsverantwoording van de tussenkomende partij als niet-vertrouwelijk zou worden beschouwd.

In de mate dat de prijsverantwoording vertrouwelijk zou dienen te blijven, verzoekt zij de Raad van State om na te gaan of de opgegeven

rechtvaardigingen van de abnormaal hoge prijzen van de posten A9, A18, A21 en B41 objectief gerechtvaardigd zijn in de zin van artikel 21, § 3, en artikel 95, derde lid, van het koninklijk besluit ‘plaatsing’.

Immers, indien de aanbestedende overheid besluit de uitzonderingsprocedure van artikel 21, § 3 van het koninklijk besluit ‘plaatsing’ toe te passen en er dus grond toe bestaat, moet zij volgens de verzoekende partij een en ander grondiger onderzoeken en motiveren in de gunningsbeslissing, zeker wanneer gegund wordt aan de inschrijver waarbij initieel abnormale prijzen werden vastgesteld.

Artikel 21, § 3 van het koninklijk besluit ‘plaatsing’ bepaalt immers dat de inschrijver, na vraagstelling van de aanbestedende overheid in verband met abnormale prijzen, een gedegen verantwoording moet bieden, gebaseerd op objectieve factoren.

Krachtens het thans geldende artikel 95, § 3, van het koninklijk besluit ‘plaatsing’ brengen abnormale niet-verantwoorde prijzen zonder meer de substantiële onregelmatigheid van de offerte met zich mee.

Van een aanbestedende overheid mag worden verwacht, zeker nu volgens de verzoekende partij blijkt dat de prijzen van de offertes aanzienlijk verschillen, dat een zorgvuldig en pertinent prijsonderzoek wordt gevoerd.

Tot slot merkt de verzoekende partij nog op dat de prijs van de tussenkomende partij, ook na reductie van de offerteprijs door de rekenfout, aanzienlijk hoger ligt dan de andere offertes, namelijk meer dan 15% zodat het prijsonderzoek met verhoogde waakzaamheid en zorgvuldigheid diende te gebeuren.

Beoordeling

6.3. In de bestreden beslissing wordt de door de verwerende partij gevraagde prijsverantwoording van de gekozen inschrijver als volgt aanvaard:

> “Overwegende dat de aanbestedende overheid abnormaal hoge prijzen heeft vastgesteld voor de posten A9, 18, 21 en B41 van de inventaris;
> Overwegende dat overeenkomstig artikel 21,§3 van het voormelde koninklijk besluit van 15 juli 2011, de aanbestedende overheid Siemens nv op 14 oktober 2014 verzocht heeft om de nodige verantwoording te geven;
> Overwegende dat Siemens nv haar verantwoordingen via een schrijven van 24 oktober 2014 binnen de vereiste termijn heeft ingediend;
> Overwegende dat de gevraagde posten voldoende verantwoord worden;
> Overwegende dat uit de prijsverantwoording van Siemens nv gebleken is dat er een rekenfout is opgetreden in hun inventaris voor post A9;
> Overwegende dat de aanbestedende overheid deze fout heeft rechtgezet overeenkomstig artikel 97, §2 van het voormeld koninklijk besluit van 15 juli 2011;
> Overwegende dat na verbetering het totaalbedrag van de offerte 2.981.860,08 euro incl. BTW bedraagt in plaats van 3.074.751,78 euro incl. btw;
> Overwegende dat de eenheidsprijzen en het totale bedrag van de offertes van de 3 inschrijvers normaal en aanvaardbaar zijn;”

Wat betreft de posten A18, A21 en B41 is de motivering in de bestreden beslissing beperkt tot de vaststelling dat “de gevraagde posten voldoende verantwoord worden”. Wat betreft de post A9 wordt geoordeeld dat uit de prijsverantwoording is gebleken dat er een “rekenfout” is opgetreden die door de aanbestedende overheid werd rechtgezet overeenkomstig artikel 97, § 2 van het koninklijk besluit ‘plaatsing’.

6.4. Op het eerste gezicht lijkt met de verzoekende partij te moeten worden vastgesteld dat in de bestreden beslissing met betrekking tot de posten A18, A21 en B41 op geen enkele wijze wordt aangegeven welke argumenten de gekozen inschrijver heeft aangebracht ter verantwoording voor de posten die door de aanbestedende overheid als schijnbaar abnormaal hoog werden beschouwd, noch waarom deze argumenten werden aanvaard om het vermoeden van abnormaliteit dat volgens de aanbestedende overheid aan deze posten kleefde, weg te nemen.

Aldus lijkt de gegeven motivering dan ook niet afdoende, aangezien de formelemotiveringsplicht die volgt uit de bepalingen van de artikelen 2 en 3 van de formelemotiveringswet, vereist dat een verzoekende partij in staat moet worden gesteld terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te

verweren met de middelen die het recht haar ter beschikking stelt, hetgeen inhoudt dat zij uit de meegedeelde motivering moet kunnen afleiden om welke redenen de gekozen offerte de voorkeur verdient boven de hare. Op het eerste gezicht lijkt deze vereiste ook in te houden dat wanneer de aanbestedende overheid van oordeel is dat er sprake is van schijnbaar abnormale prijzen in de offerte van de gekozen inschrijver en de bijzondere procedure opstart bepaald in artikel 21, §3, van het koninklijk besluit 'plaatsing' waarbij zij de gekozen inschrijver op grond van deze bepaling om een prijsverantwoording vraagt, zij vervolgens in de bestreden beslissing weergeeft welke argumenten ertoe hebben geleid dat de offerte alsnog regelmatig wordt bevonden. In dat geval lijkt deze beoordeling immers deel uit te maken van "de kenmerken en relatieve voordelen van de gekozen offerte" bedoeld in artikel 5, 9°, van de wet van 17 juni 2013 'betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten' De omstandige motivering die de verwerende partij thans in haar nota aanvoert kan dan ook geen afbreuk doen aan het gebrek aan motivering in de bestreden beslissing zelf met betrekking tot het prijsonderzoek ten aanzien van de posten A18, A21 en B41.

6.5. Wat betreft de prijs voor post A9 in de offerte van de gekozen inschrijver, wordt in de bestreden beslissing gemotiveerd dat er een rekenfout is opgetreden in de inventaris en dat deze fout werd rechtgezet conform artikel 97, § 2, van het koninklijk besluit 'plaatsing' waardoor het totaalbedrag van de offerte btw inbegrepen werd verlaagd van 3.074.751,78 euro naar 2.981.860,08 euro.

Zoals de verzoekende partij op het eerste gezicht terecht aanvoert, kan de in de bestreden beslissing opgenomen motivering om het door de verwerende partij zelf vastgestelde schijnbaar abnormaal hoge karakter van de eenheidsprijs voor post A9 weg te nemen, niet in rechte dragen voor zover daarin wordt verwezen naar de toepassing van artikel 97, § 2, van het koninklijk besluit 'plaatsing', nu dit artikel niet van toepassing is in het geval van een open offerteaanvraag.

Wat betreft het verweer dat van de verzoekende partij mocht worden verwacht dat zij uit de formulering van de bestreden beslissing kon

afleiden dat de aanbestedende overheid bedoelde te verwijzen naar artikel 96 van het voormelde koninklijk besluit kan het volgende worden opgemerkt.

Nog afgezien van de vraag of er inderdaad mag worden verwezen naar de aanwezigheid van een rekenfout om het abnormaal hoog karakter van een prijs weg te nemen, gelet op artikel 99 van het koninklijk besluit 'plaatsing', dat uitdrukkelijk bepaalt dat de aanbestedende overheid slechts overgaat tot het prijsonderzoek overeenkomstig artikel 21 na voorafgaand artikel 96 te hebben toegepast, lijkt er op het eerste gezicht geen sprake te zijn van een "rekenfout".

Bij het beoordelen of er sprake is van een "rekenfout" of een "zuiver materiële fout" in de zin van artikel 96 van het voormelde koninklijk besluit heeft de aanbestedende overheid weliswaar een beoordelingsvrijheid om uit te maken of in het licht van de omstandigheden het al dan niet aannemelijk is dat er sprake is van een "rekenfout", zoals te dezen aangenomen, en of al dan niet duidelijk is wat de werkelijke bedoeling van de inschrijver was bij het begaan van de fout. Het komt daarbij niet aan de Raad van State toe om een eigen beoordeling in de plaats van deze van het bestuur te stellen. Hij kan desgevraagd wel nagaan of de aanbestedende overheid bij deze beoordeling de perken van de zorgvuldigheid en redelijkheid niet te buiten is gegaan, en of de beslissing op aanvaardbare motieven is gesteund.

Bij een "rekenfout" lijkt te worden verondersteld dat de hoeveelheden en eenheidsprijzen correct zijn en dat de fout het gevolg is van de doorgevoerde rekenkundige bewerking. Te dezen lijkt uit de stukken van het dossier dat de eenheidsprijs opgegeven in de inventaris bij post A9 verkeerd bleek te zijn, zodat er geen sprake lijkt van een "rekenfout". In die zin faalt de motivering opgenomen in de bestreden beslissing op het eerste gezicht in feite.

Voor zover de aanbestedende overheid van oordeel zou zijn geweest dat uit de prijsverantwoording bleek dat de gekozen inschrijver bij het opgeven van zijn eenheidsprijs voor de betreffende post duidelijk een "zuiver materiële fout" zou hebben begaan waaromtrent nauwelijks discussie mogelijk is, lijkt met de verzoekende partij te moeten worden vastgesteld dat de aanbestedende

overheid te dezen dan het wegnemen van het schijnbaar abnormaal karakter van de betreffende prijs in ieder geval omstandiger had dienen te motiveren, gelet op hetgeen hiervoor reeds werd gesteld wat betreft de plicht tot uitdrukkelijke motivering die op de aanbestedende overheid rust wanneer ze de opdracht gunt aan een inschrijver waarvan ze bepaalde prijzen in de offerte eerst als schijnbaar abnormaal had aangemerkt. Het lijkt op het eerste gezicht dan ook niet te gaan om een "zuiver materiële fout", anders gezegd een verschrijving waaromtrent nauwelijks discussie mogelijk is.

6.6. Voor zover de verwerende partij in haar nota betoogt dat aan het doel van de formelemotiveringsplicht werd voldaan nu uit het derde middel zou blijken dat de verzoekende partij de motieven van de bestreden beslissing wel degelijk begrepen heeft, lijkt zij uit het oog te verliezen dat de kritiek die door de verzoekende partij wordt geuit in haar derde middel, op het eerste gezicht slechts betrekking heeft op de beoordeling van de rekenfout die zou zijn gemaakt in de opgave van post A9. Uit de formulering van het derde middel lijkt dan ook geenszins te kunnen worden afgeleid dat de verzoekende partij op de hoogte zou zijn van de achterliggende argumentatie die heeft geleid tot de aanvaarding van de prijsverantwoording voor de posten A18, A21 en B41.

Voorts stelt de verwerende partij ten onrechte in haar nota dat de verzoekende partij haar kansen op een succesvol beroep kon inschatten door uit haar eigen offerte af te leiden dat de posten A18, A21 en B 41 slechts 2,7% uitmaakten van het totaalbedrag van de opdracht. Nog afgezien van de vraag of de aanbestedende overheid dergelijk argument van "posten van gering belang" nog zou kunnen in overweging nemen om te besluiten tot de regelmatigheid van een offerte waarvoor ze de prijsverantwoording die werd gevraagd op grond van artikel 21, § 3 van het koninklijk besluit 'plaatsing', niet aanvaardt, gelet op de gewijzigde bepaling van artikel 95 van hetzelfde koninklijk besluit, lijkt er te dezen geen enkel aanknopingspunt in de stukken waarvan de verzoekende partij kennis had, om aan te nemen dat deze overweging in hoofde van de aanbestedende overheid zou kunnen hebben geleid tot het aanvaarden van de schijnbaar abnormale eenheidsprijzen. Deze overwegingen werden op geen enkele wijze veruitwendigd in de bestreden beslissing. Bovendien gaat de verwerende partij eraan voorbij dat de prijzen die de verzoekende partij zelf opgaf met betrekking tot

de betrokken posten geen aanwijzing lijken te geven voor de prijzen die de gekozen inschrijver voor deze posten zou hebben opgegeven, te meer daar de prijzen van de gekozen inschrijver door de aanbestedende overheid als schijnbaar abnormaal hoog werden beoordeeld.

6.7. De rechtspraak van de Raad van State waarnaar de verwerende partij verwijst om haar stelling te ondersteunen dat de inhoud van de prijsverantwoording niet steeds moet worden vrijgegeven en dat evenmin een verantwoording per post noodzakelijk is, heeft betrekking op andere feitelijke omstandigheden en doet dan ook niet anders besluiten.

Voor zover de verwerende partij voorts aanvoert dat zij meende bepaalde informatie niet te mogen vrijgeven omdat op die manier de vertrouwelijkheid van de gegeven prijsverantwoording in het gedrang zou komen, dient te worden vastgesteld dat de verwerende partij zich in de bestreden beslissing op geen enkele wijze beroept op de vertrouwelijkheid of het zakengeheim van de prijsverantwoording. Er blijkt ook niet dat de tussenkomende partij in haar prijsverantwoording zou hebben gewezen op de vertrouwelijkheid. Bovendien bevat de prijsverantwoording niet enkel cijfermatige gegevens maar ook een eerder omstandige uitleg in woorden waarvan de tussenkomende partij in haar verzoekschrift tot tussenkomst ook bevestigt dat deze uitleg in woorden niet valt onder het zakengeheim. Zij legt daartoe in het kader van huidige procedure de door haar ingediende prijsverantwoording neer als niet-vertrouwelijk stuk, met uitzondering van de erin opgenomen prijzen die onleesbaar werden gemaakt.

6.8. De tussenkomende partij van haar kant werpt in haar verzoekschrift tot tussenkomst op dat de verzoekende partij geen belang zou hebben bij haar eerste middel omdat de gekozen inschrijver als gevolg van zijn hoge eenheidsprijzen reeds gesanctioneerd wordt in het kader van de toetsing van het gunningscriterium prijs. De tussenkomende partij lijkt er daarbij ten onrechte aan voorbij te gaan dat de verzoekende partij in haar eerste twee middelen een schending aanvoert van de motiveringsplicht met betrekking tot de aanvaarding van de prijsverantwoording voor eenheidsprijzen die door de aanbestedende overheid als schijnbaar abnormale prijzen werden beschouwd. Het gegrond bevinden van de middelen zou ertoe kunnen leiden dat de beslissing tot het

wegnemen van het schijnbaar abnormaal karakter van de betrokken eenheidsprijzen niet gedragen worden door in rechte en in feite correcte motieven zodat het niet meer zeker is dat de offerte van de gekozen inschrijver terecht regelmatig werd bevonden. In die zin lijkt de verzoekende partij dan ook over het vereiste belang te beschikken bij haar middel.

6.9. Voor zover de tussenkomende partij voorts aanvoert dat het te dezen gaat om abnormaal hoge eenheidsprijzen waarbij een aanbestedende overheid, in tegenstelling tot het geval van abnormaal lage prijzen, er zou mee kunnen volstaan om, nadat zij de prijsverantwoording vanwege de betrokken inschrijver heeft ontvangen, vast te stellen dat de prestaties in de betreffende post zijn opgenomen, dat er geen sprake is van een verschuiving van bepaalde kosten naar de betreffende posten en dat de toelichting bijgevolg aanvaardbaar is, dient te worden vastgesteld dat zelfs deze motivering niet werd opgenomen in de bestreden beslissing. In ieder geval lijken deze argumenten eerder aan de orde bij de beoordeling van de aanvaardbaarheid van de prijsverantwoording. Overigens dient ook ten aanzien van schijnbaar abnormaal hoge eenheidsprijzen te moeten kunnen worden nagegaan of er een motief voorhanden is dat in rechte aanvaardbaar is om de prijzen normaal te bevinden. Voorts wordt in de artikelen 21, § 3, en 95 van het koninklijk besluit ‘plaatsing’ geen onderscheid gemaakt tussen abnormaal hoge en abnormaal lage prijzen.

De omstandige motivering die de verwerende partij nu aanvoert in haar nota kan de op het eerste gezicht in feite en in rechte gebrekkige motivering met betrekking tot de post A9 niet remediëren.

Tot slot dient te worden vastgesteld dat het daarbij niet gaat om een gebrek in de kennisgeving, dat de wettigheid van de gunningsbeslissing niet zou aantasten zoals de verwerende partij ten onrechte betoogt, maar om een gebrek in de motivering van de bestreden gunningsbeslissing zelf.

De bestreden beslissing lijkt ook de materiëlemotiveringsplicht te schenden nu de motieven met betrekking tot de beoordeling van de prijs voor de post A9 in de offerte van de gekozen inschrijver op het eerste gezicht zowel in rechte als in feite lijken te falen.

Uit het voorgaande dient te worden besloten dat de bestreden beslissing op het eerste gezicht niet afdoende werd gemotiveerd zoals vereist door 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 de artikelen 2 en 3 van de uitdrukkelijkemotiveringswet.

Het eerste en het tweede middel zijn in de aangegeven mate ernstig.

6.10. Er is geen reden tot het schorsen van de impliciete beslissing om de opdracht niet aan de verzoekende partij te gunnen nu zij niet aannemelijk maakt dat bijzondere omstandigheden voorliggen die de Raad van State ertoe zouden moeten doen besluiten om in de procedure tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing te bevelen van de tenuitvoerlegging van de impliciete weigeringsbeslissing om de opdracht aan de verzoekende partij te gunnen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Siemens tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 11 december 2014 van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest waarbij de opdracht van leveringen ‘Verkeersregelaars voor seininstallaties met driekleurige verkeerslichten’ aan NV Siemens wordt gegund.

3. De Raad van State verwerpt de vordering voor het overige.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 20 februari 2015, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Johan Bovin,	staatsraad, waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Silja Doms,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Silja Doms	**Johan Bovin**