

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 231.084 van 30 april 2015
in de zaak A. 215.455/XII-7854**

In zake: de NV DE CLERCQ AANNEMINGEN BOUW EN
WEGENWERKEN (afgekort DCA)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Christophe Lenders en Joris Wouters
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 27
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het AUTONOOM GEMEENTEBEDRIJF VOOR VASTGOED
EN STADPROJECTEN (AG VESPA)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D'Hooghe en Arne Carton
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij :

de BVBA VANGEEL WEGENBOUW
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat André Caeymaex
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Kielsevest 2-4
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 31 maart 2015, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van AG VESPA dd. 9 maart 2015 [...] waarbij wordt beslist de opdracht ‘Heraanleg openbaar domein Kattendijkdok - Oostkaai en August Michielstraat’

[...] te gunnen aan de bvba Vangeel Wegenbouw [...] voor een bedrag van 4.453.043,48 EUR (excl. BTW)”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 14 april 2015 heeft de bvba Vangeel Wegenbouw gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 21 april 2015, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Joris Wouters en Simon Verhoeven, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaten David D’Hooghe en Arne Carton, die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaat André Caeymaex, die verschijnt voor de tussenkomende partij, 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

3.1. De verwerende partij schrijft een open aanbesteding uit voor een opdracht van werken met als voorwerp de heraanleg van het openbaar domein aan de Kattendijkdok-Oostkaai en de August-Michiëlstraat te Antwerpen.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 12 november 2014, met terechtwijzend bericht op 10 december 2014 en in het Publicatieblad van de Europese Unie van 14 november 2014.

De waarde van de opdracht wordt geraamd op 5.840.102,97 euro, btw niet inbegrepen.

3.2. De opening van de offertes vindt plaats op 19 december 2014.

Zeven offertes worden ingediend, onder meer door de nv Viabuild, de tussenkomende partij en de verzoekende partij.

Na rekenkundig nazicht overeenkomstig artikel 96 van het koninklijk besluit 'plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren' (hierna: koninklijk besluit Plaatsing) wordt de offerte van de nv Viabuild als eerste gerangschikt, de offerte van de tussenkomende partij als tweede en de offerte van de verzoekende partij als derde.

3.3. Naar aanleiding van het prijsonderzoek wordt aan de volgende inschrijvers een prijsverantwoording gevraagd met betrekking tot de volgende items:

“Viabuild NV

- Totale inschrijvingsprijs, gezien de procentuele afwijking ten opzichte van de gemiddelde inschrijvingsprijs en de raming
- Schijnbaar abnormale eenheidsprijzen

Vangeel Wegenbouw BVBA

- Totale inschrijvingsprijs, gezien de procentuele afwijking ten opzichte van de raming
- Schijnbaar abnormale eenheidsprijzen

DCA NV

- Totale inschrijvingsprijs, gezien de procentuele afwijking ten opzichte van de raming
- Schijnbaar abnormale eenheidsprijzen

De verantwoording voor de laagste twee inschrijvers wordt gelijktijdig aangevraagd gezien het aanzienlijke verschil in de biedingen.

Het verzoek tot prijsverantwoording voor de derde laagste inschrijver wordt verzonden na eventuele wering van de twee laagste inschrijvingen”.

3.4. Bij aangetekende brief van 20 januari 2015 verzoekt de verwerende partij de nv Viabuild om een prijsverantwoording voor de totale inschrijvingsprijs en een aantal mogelijk abnormale eenheidsprijzen.

De nv Viabuild reageert niet binnen de termijn van 12 kalenderdagen. Overeenkomstig artikel 99 van het koninklijk besluit Plaatsing wordt de offerte van deze inschrijver onregelmatig verklaard.

3.5. Bij aangetekende brief van 20 januari 2015 verzoekt de verwerende partij de tussenkommende partij om een prijsverantwoording voor de totale inschrijvingsprijs en een aantal mogelijk abnormale eenheidsprijzen:

“Bij nazicht der verschillende inschrijvingen, in het kader van bovenvermelde aanneming van werken, blijkt dat in uw bieding (zijnde de tweede laagste inschrijving voor de werken) de posten opgenomen in bijlage beduidend lager liggen dan het gemiddelde der inschrijvingen.

Op basis van art. 21 § 3 van KB Plaatsing van 7 februari 2014, verzoeken wij u de noodzakelijke verantwoordingen te verstrekken m.b.t. de eenheidsprijzen alsook de nodige verantwoording m.b.t. de totale inschrijvingsprijs.

Deze verantwoording kan gebeuren aan de hand van materiaalkosten, plaatsingskosten, winstmarges, eventuele offertes onderaannemers, enz.

Om nodeloze vertragingen te vermijden, verzoeken wij u om een dringend en nauwkeurig antwoord, ten laatste binnen de twaalf kalenderdagen na ontvangst van deze brief.”

Uit het advies van Arcadis blijkt dat vooral de posten met betrekking tot het grondverzet van zowel wegenis als rioleringen met inbegrip van beschoeiingswerken en grondverbeteringswerken, de funderingen van de rioleringsbuizen, de rioleringsbuizen en de trottoirbanden van natuursteen, aangevuld met enkele individueel te verantwoorden posten, zullen worden geëvalueerd.

Bij aangetekende brief van 28 januari 2015 bezorgt de tussenkomende partij een “gedetailleerde prijsberekening van de gevraagde posten”:

“In alle aankooprijzen van de materialen, alsook in alle regietarieven, is een percentage van 10% ingerekend omwille van de vaste kosten en de winstmarge. Onze vaste kosten, alsook de winstmarge zitten dus reeds verrekend in de getoonde prijzen, alsook in de bekomen eenheidsprijs per post.

De totaalprijs van onze bieding is samengesteld uit de optelling van de totalen per post, welke een vermenigvuldiging is van de eenheidsprijzen met de hoeveelheden”.

Arcadis geeft de volgende opmerkingen bij de ingediende prijsverantwoording:

- “- geen offertes van aankoop materialen toegevoegd.
- geen offerte van afgifte gronden aan een GRC toegevoegd.
- geen detail van de onderaannemingskosten toegevoegd.
- de prijsverantwoording bevat enkel een opsplitsing van de posten in materieel en arbeidskosten. Er is geen duiding van de werkwijze of de beschreven rendementen toegevoegd.
- de opgegeven tarieven en prijzen omvatten meteen 10% winstmarge. Dit is geen correcte methodiek. Immers zouden de aankooprijzen van materialen en onderaannemers tenminste opgesplitst moeten zijn in de offerte en winstmarge.”

Arcadis adviseert een herbevraging van de tussenkomende partij.

Bij aangetekende brief van 13 februari 2015 verzoekt de verwerende partij de tussenkomende partij daarom nog de volgende gegevens te verstrekken:

- “- een algemene verduidelijking en argumentatie van de totale inschrijvingsprijs volgens artikel 21 § 3 van het KB Plaatsing – 7 februari 2014;
- een bijkomende verduidelijking bij de aangewende uitvoeringsmethode voor het verbeteren van gronden door het mengen van bindmiddel (post 55/57);
- een algemene verduidelijking van de uitvoeringswijze van de verdichting van gronden voor funderingen, aanvullingen, ophogingen en omhullingen (posten 53, 156 tem 164, 191, 277 tem 280 en 287 tem 289);

- een verduidelijking met betrekking tot de aankoopprijs natuursteenslag (posten 166- tem 170);
- een detaillering en staving van de onderaannemingskosten voor de posten 188 en 190;
- het aanleveren een technische fiche voor de natuursteen uit posten 293-300, die de conformiteit van dit materiaal met het bestek te bevestigt”.

Bij aangetekende brief van 17 februari 2015 beantwoordt de tusssekomende partij dit verzoek van de verwerende partij.

3.6. Na bespreking van deze bijkomende prijsverantwoording adviseert Arcadis op 5 maart 2015 het volgende:

“Er zijn nog onduidelijke elementen in de prijsverantwoording van Vangeel Wegenbouw bvba, die een algemeen karakter heeft.
De inschrijver geef[t] aan dat hij de voorgeschreven werken aan de specifieke eenheidsprijzen kan uitvoeren volgens de voorgeschreven besteksvoorwaarden.”

En voorts:

“De ingediende prijsverantwoording van Vangeel Wegenbouw bvba bevat nog een aantal onduidelijkheden. Met in het bijzonder de realisatie van de gesloten bouwput met waterdichte damwanden en onderwaterbeton en de verdichting van de gronden. Vangeel Wegenbouw bvba stelt wel dat zij volgens de voorgeschreven besteksvoorwaarden aanbieden.”

3.7. Het proces-verbaal van nazicht van de offertes van 5 maart 2015 wijdt volgende bespreking aan de prijsverantwoording van de tussenkomende partij:

“De ingediende prijsverantwoording duidt op de uitzonderlijke werkomstandigheden waarop de inschrijvers kunnen rekenen, zoals aangegeven in het aanbestedingsdossier.
De inschrijver geeft verduidelijking bij zijn algemene prijsopbouw en prijsopbouw voor elk van de bevraagde eenheidsprijzen en toont hierbij aan dat de voor de op de opgegeven totale inschrijvingsprijs een kwalitatief project gerealiseerd kan worden in veilige werkomstandigheden. Voor elke post wordt immers uiteengezet hoe de prijs er voor werd berekend en telkens wordt uitgegaan van een prijs voor aankoop van materiaal (bv bindmiddel) of afvoerkost (af te voeren gronden) die verifieerbaar is en

overeenkomt met de werkelijke prijs op de markt. Daarnaast wordt aangegeven op welke wijze eigen materieel en personeel zal worden ingezet, en tenslotte wordt een berekening van winstmarge meegegeven. Uit deze prijsopbouw blijkt voor elk van de bevroegde posten dat de inschrijver rekent op een hoog rendement van werken (bv. een hoog aantal kubieke meters grond afvoeren per uur). Deze rendementen zijn mogelijk voor een werf als deze indien optimaal kan gewerkt worden (bv. combinatie van afvoer/aanvoer) en worden door de inschrijver verklaard door de goede werkomstandigheden van deze specifieke werf, waarop in het bestek trouwens ook uitdrukkelijk de aandacht van de inschrijvers was getrokken. Ook de berekening van de winstmarge voor deze posten zoals opgegeven in de prijsverantwoording is voor zover beoordeeld kan worden door de aanbestedende overheid correct opgesteld.

Uit de verantwoording blijkt bijgevolg dat de inschrijver dit project op een economisch verantwoorde wijze kan realiseren en dat de ingediende prijzen voor de bevroegde posten van de meetstaat realistisch zijn.

De verantwoording van de schijnbaar abnormale eenheidsprijzen toont immers aan dat hoge rendementen kunnen behaald worden op basis van diverse optimale werkcombinaties bij de uitvoering van de werken gebaseerd op de gunstige werkomstandigheden voorzien in het bestek. Op basis van deze hoge, maar realistische rendementen en de garanties naar de kwaliteit van uitvoering kan geconcludeerd worden dat deze werken op een kwalitatieve en veilige wijze uitgevoerd kunnen worden. De in eerste instantie als schijnbaar abnormaal aangemerkte prijzen kunnen op basis van de meegedeelde prijsopbouw als normaal beschouwd worden.

Enkel voor volgende posten worden nog steeds afwijkingen vastgesteld die niet eenduidig verantwoord worden:

- voor de posten 53, 156-164, 191, 277-280 en 287-289 worden onregelmatigheden vastgesteld met betrekking tot de financiële positie van de noodzakelijke verdichtingen, de noodzakelijke verdichtingen worden voldoende beschreven om een kwalitatieve uitvoering te garanderen maar het is onduidelijk hoe de inschrijver hierop nog een winstmarge kan realiseren. Voor het bouwen van het ondergrondse pompstation werd een afdoende verantwoording aangeleverd, waarbij de noodzakelijke kwaliteitsvereisten gegarandeerd worden. Voor de posten 188 & 190 werd een volledige verantwoording ontvangen met een garantie voor een kwalitatieve en veilige uitvoering, maar zonder een financiële verantwoording voor de lage eenheidsprijs.

De hierboven beschreven eenheidsprijzen zijn dus nog steeds als laag en mogelijk abnormaal te beschouwen gezien de onduidelijke financiële argumentatie. Gezien de kwaliteit en veiligheid van de uitvoering evenwel afdoende beschreven zijn, en de elementen op zich slechts een zeer beperkte financiële impact hebben op de totale inschrijving (minder dan 1%) dient geconcludeerd te worden dat het een relatieve onregelmatigheid

betreft, die de economie en kwaliteit van het project niet schaden en die dus niet leiden tot het weren van de offerte.

[...]

De aangeleverde prijsverantwoording van de tweede laagste inschrijving is voldoende om te concluderen dat de inschrijving regelmatig is. Het bijkomend prijsonderzoek voor de derde laagste inschrijving wordt niet uitgevoerd”.

Voorgesteld wordt de opdracht te gunnen aan de tussenkomende partij, voor een bedrag van 4.453.043,48 euro, btw niet inbegrepen.

3.8. Bij besluit van 9 maart 2015 aanvaardt het directiecomité van de verwerende partij het proces-verbaal van nazicht van de offertes en maakt het tot het zijne en beslist het de werken te gunnen aan de tussenkomende partij:

“Vangeel Wegenbouw heeft binnen de voorziene termijn een prijsverantwoording opgemaakt. Bij nazicht door Arcadis Belgium bevatte deze nog onduidelijkheden. Op vrijdag 13 februari werd een schrijven opgemaakt voor verdere verduidelijking, met antwoord op dinsdag 17 februari 2015. Op basis van de volledige prijsverantwoording kan geconcludeerd worden dat, ongeacht enkele relatieve abnormale prijzen met een beperkt aandeel (< 1%), de inschrijver het project op een economisch verantwoorde en kwalitatieve wijze kan realiseren.”

Dit is de bestreden beslissing.

3.9. Bij aangetekende brief van 16 maart 2015 wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat haar offerte niet is gekozen.

Het proces-verbaal van nazicht van de offertes van 5 maart 2015 is bijgevoegd. De brief maakt melding van de beslissing van het directiecomité van de verwerende partij van 9 maart 2015 maar voegt deze niet bij.

Bij aangetekende brief van 16 maart 2015 wordt aan de tussenkomende partij meegedeeld dat haar offerte is gekozen en dat de wachttermijn van 15 kalenderdagen van toepassing is.

3.10. Bij aangetekende brief van 24 maart 2015 stelt de raadsman van de verzoekende partij de verwerende partij in gebreke en eist de intrekking van de gunningsbeslissing.

Op 30 maart 2015 delen de raadslieden van de verwerende partij mee dat niet zal worden ingegaan op het verzoek tot intrekking.

IV. Tussenkost

4. De verzoekende partij tot tussenkost blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet haar verzoek 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 beslissing in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

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

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of minstens één ernstig middel wordt aangevoerd, dan wel een klaarblijkelijke onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissing kan verantwoorden.

VI. Onderzoek van het enige middel

Uiteenzetting van het middel

6. De verzoekende partij voert in een enig middel de schending aan van artikel 24 van de wet ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ van 15 juni 2006, van artikel 95 *juncto* de artikelen 21, § 3, en 99, §§ 1 en 2, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, van de artikelen 4, 8°, en 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’ en van de “algemene beginselen van behoorlijk bestuur waaronder de materiële motiveringsplicht”.

De verzoekende partij acht deze bepalingen en beginselen geschonden:

“Doordat verwerende partij in het gunningsverslag dd. 5 maart 2015 op pagina 7 motiveert dat de bvba Vangeel Wegenbouw naar aanleiding van haar prijsverantwoording het vermoeden van abnormaliteit van de eenheidsprijzen voor de posten 53, 156-164, 188, 190, 191, 277-280 en 287-289 niet heeft weerlegd; dat verwerende partij vervolgens de offerte van de bvba Vangeel Wegenbouw alsnog heeft aanvaard als regelmatig en aan haar de opdracht heeft gegund; Terwijl de verwerende partij gehouden was om de offerte van de bvba Vangeel Wegenbouw te weren als substantieel onregelmatig nu verwerende partij had vastgesteld dat zij het vermoeden van abnormaliteit van de eenheidsprijzen voor de posten 53, 156-164, 188, 190, 191, 277-280 en 287-289 niet heeft weerlegd; Dat verwerende partij de opdracht derhalve niet mocht gunnen aan de bvba Vangeel Wegenbouw”.

Toegelicht wordt dat indien een aanbestedende overheid een prijsverantwoording vraagt overeenkomstig artikel 21, § 3, van het voormelde koninklijk besluit van 15 juli 2011 (hierna: koninklijk besluit Plaatsing) en vaststelt dat deze prijsverantwoording het vermoeden van abnormaliteit niet weerlegt, zij krachtens artikel 95, §§ 3 en 4, van hetzelfde besluit verplicht is de offerte te weren als “materieel onregelmatig”. Ter zake beschikt de aanbestedende overheid over geen discretionaire beoordelingsbevoegdheid, maar een gebonden bevoegdheid. Overwegingen dat het slechts om “geringe posten” zou gaan, dan wel andere overwegingen om de offerte alsnog als regelmatig of slechts als relatief onregelmatig te beschouwen, zijn irrelevant. Zulks is volgens de verzoekende partij recentelijk bevestigd in het arrest van de Raad van State nr. 230.345 van 26 februari 2015.

Om die redenen is volgens de verzoekende partij de motivering in het proces-verbaal van nazicht van de offertes van 5 maart 2015 om de offerte van de verzoekende partij tot tussenkomst alsnog te aanvaarden, foutief. Meer, de motivering is intern tegenstrijdig aangezien de verwerende partij eerst stelt dat het vermoeden van abnormaliteit inzake bepaalde posten niet is weerlegd, doch motiveert de offerte alsnog te aanvaarden aangezien het een “relatieve onregelmatigheid” zou betreffen.

7. De verwerende partij werpt in de eerste plaats tegen dat het enige middel berust op een foutief feitelijk uitgangspunt: zij beschouwt geen enkele eenheidsprijs van de verzoekende partij tot tussenkomst als abnormaal. Het motief dat zij voor een beperkt aantal posten waarvoor aanvankelijk een verantwoording was gevraagd, niet weet of er sprake is van normale eenheidsprijzen, gelet op de onduidelijke financiële verantwoording moet immers worden samen genomen met de vaststelling dat de prijsverantwoording van de tussenkomende partij op technisch en economisch vlak voldoet.

De verwijzingen door de verzoekende partij naar het verslag aan de Koning bij het koninklijk besluit van 7 februari 2014 – dat voormeld artikel 95 wijzigde - en het arrest nr. 230.345 van 26 februari 2015, overtuigen niet.

Het Verslag aan de Koning wijkt af van de meerderheidsstrekking in rechtspraak en rechtsleer. De visie dat wordt rekening gehouden met de recente evolutie in de rechtspraak van de Raad van State gaat uit van een foutieve lezing van beide in het Verslag vermelde Franstalige arresten. Aldus is volgens de verwerende partij geen gezag toe te kennen aan de betrokken passage van het verslag aan de Koning.

Het standpunt dat het arrest nr. 230.345 van 26 februari 2015 zou bevestigen dat aanbestedende overheden slechts over een gebonden bevoegdheid beschikken bij het al dan niet aanvaarden van abnormale eenheidsprijzen, wordt tegengesproken door de algemene overwegingen van het arrest. De bijzondere feitelijke context van dit arrest is voorts fundamenteel verschillend van deze van de in het geding zijnde opdracht.

8. Het betoog van de tussenkomende partij komt er in wezen op neer dat zij de nodige informatie en omstandige prijsverantwoording heeft verstrekt, die de aanbestedende overheid er volgens haar toe noopte om in het kader van haar discretionaire bevoegdheid haar offerte niet te weren.

Beoordeling

9. De artikelen 21 en 95 van het koninklijk besluit Plaatsing luiden:

“Art. 21. § 1. De aanbestedende overheid onderwerpt de ingediende offertes aan een prijsonderzoek. Op haar verzoek verstrekken de inschrijvers tijdens de procedure alle nodige inlichtingen om dit onderzoek mogelijk te maken.

§ 2. Wanneer de opdrachtdocumenten dat bepalen, kan de aanbestedende overheid personen aanwijzen voor het uitvoeren van alle verificaties van de boekhoudkundige stukken en alle onderzoeken ter plaatse, teneinde de juistheid na te gaan van de gegevens die in het raam van het prijsonderzoek zijn verstrekt.

De aanbestedende overheid mag de bij toepassing van dit artikel ingewonnen inlichtingen niet voor andere doeleinden gebruiken dan voor het prijsonderzoek.

§ 3. Behoudens andersluidende bepaling in de opdrachtdocumenten is deze paragraaf niet toepasselijk op de onderhandelingsprocedure.

Als de aanbestedende overheid bij het prijsonderzoek vaststelt dat in een offerte een prijs wordt geboden die abnormaal laag of abnormaal hoog lijkt

in verhouding tot de uit te voeren prestaties en alvorens die offerte om die reden te weren, verzoekt ze de inschrijver in kwestie per aangetekende brief om de nodige schriftelijke verantwoording over de samenstelling van de prijs in kwestie te verstrekken binnen een termijn van twaalf kalenderdagen, tenzij de uitnodiging een langere termijn bepaalt.

De inschrijver draagt de bewijslast van de verzending van de verantwoording.

De verantwoording houdt met name verband met :

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

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

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

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

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

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

[...]

.”

en

“Art. 95. § 1. De aanbestedende overheid gaat de regelmatigheid na van de offertes van de inschrijvers die aan de voorwaarden van het toegangsrecht en de kwalitatieve selectiecriteria voldoen. Ze onderzoekt de regelmatigheid, zowel op formeel als op materieel vlak.

§ 2. Op formeel vlak is een offerte substantieel onregelmatig als ze afwijkt van de vormvoorschriften van de artikelen 6, § 1, 51, § 2, 52, 54, § 2, 55, 80, 81, 82, 90 en 91 en van de opdrachtdocumenten, in de mate dat de vormvoorschriften van die artikelen of die documenten essentieel zijn.

Als een offerte daarentegen afwijkt van de overige vormvoorschriften van de in het eerste lid vermelde artikelen of van de opdrachtdocumenten, is ze aangetast door een niet-substantiële onregelmatigheid.

§ 3. Op materieel vlak is een offerte substantieel onregelmatig als ze afwijkt van de bepalingen van dit besluit of van de opdrachtdocumenten betreffende met name de prijzen, termijnen en technische specificaties, in de mate dat die bepalingen essentieel zijn, of in geval van een abnormale prijs als bedoeld in de artikelen 21 en 99.

Als een offerte daarentegen niet in overeenstemming is met de andere bepalingen van dit besluit, meer bepaald met hoofdstuk 1, afdelingen 7 tot 11, en met hoofdstuk 6, afdelingen 2 tot 4, of van de opdrachtdocumenten, of nog enig voorbehoud inhoudt of elementen bevat die niet met de

werkelijkheid overeenstemmen, is ze aangetast door een niet-substantiële onregelmatigheid.

§ 4. Een substantieel onregelmatige offerte is nietig.

In geval van een niet-substantiële onregelmatigheid kan de aanbestedende overheid de offerte nietig verklaren. Als de aanbestedende overheid een offerte niet nietig verklaart, dan wordt deze offerte geacht regelmatig te zijn.”

10. Overeenkomstig artikel 21, § 1, onderwerpt de aanbestedende overheid de ingediende offertes aan een prijsonderzoek. Artikel 21, § 3, bepaalt voorts dat wanneer de aanbestedende overheid bij het prijsonderzoek vaststelt dat in een offerte een prijs wordt geboden die abnormaal laag of abnormaal hoog lijkt in verhouding tot de uit te voeren prestaties en alvorens die offerte om die reden te weren, zij de inschrijver in kwestie om een prijsverantwoording dient te vragen. Artikel 95 bepaalt in §§ 1 en 3, onder meer dat de aanbestedende overheid de regelmatigheid van de offertes dient na te gaan en dat een offerte op materieel vlak substantieel onregelmatig is als ze afwijkt van de bepalingen van dit besluit of van de opdrachtdocumenten betreffende met name de prijzen, termijnen en technische specificaties, in de mate dat die bepalingen essentieel zijn, “of in geval van een abnormale prijs als bedoeld in de artikelen 21 en 99”. Een substantieel onregelmatige offerte is overeenkomstig artikel 95, § 4, nietig.

11. De verwerende partij merkt in de eerste plaats op dat het enige middel berust op een foutief feitelijk uitgangspunt en dat zij geen enkele eenheidsprijs van de tussenkommende partij als abnormaal beschouwt.

12. De vraag tot prijsverantwoording die per brief van 20 januari 2015 is gesteld vermeldt echter “Op basis van art. 21,§3, van KB Plaatsing [...] verzoeken we U de noodzakelijke verantwoordingen te verstrekken [...]”.

Het proces-verbaal van nazicht van de offertes stelt voorts inzake de posten 53, 156-164, 191, 277-280 en 287-289 “nog steeds afwijkingen vast[...] die niet eenduidig verantwoord worden” om te besluiten dat deze eenheidsprijzen “nog steeds als laag en mogelijk abnormaal te beschouwen [zijn] gezien de onduidelijke financiële argumentatie”. Dat de prijsverantwoording niet wordt aanvaard, blijkt voorts uit de zinsnede dat het een “onregelmatigheid” betreft, die weliswaar relatief wordt genoemd gelet op het afdoende beschreven zijn van de

kwaliteit en veiligheid van de uitvoering en de beperkte financiële impact van de betrokken eenheidsprijzen op de totale inschrijvingsprijs. Het standpunt van de verwerende partij dat het enige middel uitgaat van een foutieve premisse, kan aldus op het eerste gezicht niet worden gedeeld.

13. Uit de hiervoor aangehaalde bepalingen, samen genomen met het voormelde Verslag aan de Koning, volgt de conclusie dat, indien de aanbestedende overheid een prijs van een post als abnormaal beoordeelt, zij met toepassing van artikel 95, §§ 3 en 4, van het koninklijk besluit Plaatsing de offerte als substantieel onregelmatig moet beschouwen en bijgevolg als nietig.

In het voorliggende geval stapt de aanbestedende overheid over de door haar vastgestelde onregelmatigheid heen en zoekt daarvoor, zoals gezegd, steun in de afdoende beschrijving van de kwaliteit en veiligheid van de uitvoering en de beperkte financiële impact van de betrokken eenheidsprijzen op de totale inschrijvingsprijs. Er lijkt op het eerste gezicht echter geen beoordelingsvrijheid voor een aanbestedende overheid om, wanneer de abnormaliteit van de prijs van een post is vastgesteld, en met toepassing van artikel 21, §3, een prijsverantwoording gevraagd, tot iets anders te beslissen dan tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte.

14. Zonder te moeten ingaan op de vraag of de arresten waarnaar het verslag aan de Koning bij het koninklijk besluit Plaatsing verwijst, de standpunten van de meerderheidsrechtspraak en -rechtsleer op dat ogenblik vertolken, lijkt de Koning alleszins die arresten die als draagwijdte hebben dat elke abnormaal bevonden eenheidsprijs, ongeacht het relatief belang ervan, aanleiding geeft tot een substantiële onregelmatigheid, te hebben willen onderschrijven.

Wel lijkt het op het eerste gezicht niet helemaal uitgesloten dat er nog een beoordelingsvrijheid is bij het vaststellen van de abnormaliteit op zich, weze het initieel, dit lijkt bij het beslissen tot het vragen van een verantwoording wegens schijnbare abnormaliteit en waarvan niet principieel uit te sluiten valt dat deze op grond van in rechte aanvaardbare motieven mag worden heroverwogen, weze het bij het definitief vaststellen van de al dan niet abnormaliteit, waarbij naast

de prijsverantwoording andere in rechte aanvaardbare motieven lijken te mogen worden betrokken.

15. Door, enerzijds, de genoemde eenheidsprijzen als abnormaal te kwalificeren doch de offerte niet als substantieel onregelmatig te bestempelen, en anderzijds, een relatieve onregelmatigheid vast te stellen terwijl in het kader van het onderzoek op grond van artikel 21, § 3, naar normale of abnormale prijzen de offerte enkel regelmatig of substantieel onregelmatig lijkt te kunnen zijn, lijkt de verwerende partij artikel 21, § 3, en artikel 95, §§ 3 en 4, van het koninklijk besluit Plaatsing te hebben miskend, minstens een motivering te hebben opgegeven die als intern tegenstrijdig overkomt.

Het middel is ernstig.

16. De Raad van State wenst nog een aantal beschouwingen te wijden aan het uitvoerig verweer, dat echter niet tot een andere conclusie doet leiden dan dat het middel ernstig is.

Het ernstig karakter van het middel is hiervoor vastgesteld op grond van redeneringen die omzeggens meteen kunnen worden uiteengezet en aansluiten bij de tekst van een te dezen toepasselijk koninklijk besluit.

Het verweer daarentegen vergt nader onderzoek, omdat het rechtsvragen opwerpt waarvan het antwoord niet meteen kan worden gegeven. Het is aldus niet of in elk geval minder geschikt om binnen het raam van een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid te worden beoordeeld, zelfs al weze het voorlopig. De verweerelementen zijn te dezen dan ook niet van die aard dat zij de Raad van State ertoe zouden kunnen brengen om heen te stappen over een – weliswaar *prima facie* aangenomen maar dan toch rechtstreeks uit formele teksten afgeleide - rechtsschending en deze niet met een schorsing te sanctioneren. Daarmee is echter nog niets gezegd over hun eventuele ernst of gegrondheid.

17.1. Aldus betoogt de verwerende partij in de eerste plaats dat het vereiste dat beslissingen worden genomen door de instantie die ter zake bevoegd is, niet verdraagt dat de bevoegde instantie, voor wat de impact van de prijzen betreft,

gebonden is door een prealabele vraagstelling die uitgaat van een persoon die niet bevoegd is om gunningsbeslissingen te nemen. Het besluit is volgens de verwerende partij onvermijdelijk dat de prijsverantwoording is gevraagd door een instantie die geen beslissingsbevoegdheid had, zodat deze overeenkomstig artikel 159 van de Grondwet buiten toepassing moet worden verklaard, en er zodoende geen rechtsgeldige vraag tot prijsverantwoording is gebeurd. Bijgevolg is er ook geen reden om toepassing te maken van de sanctie die daar volgens de verzoekende partij als een automatisme aan is gekoppeld.

Dit verweer lijkt een – niet meteen te verstrekken - antwoord te veronderstellen op de vraag of het verzoek om prijsverantwoording het karakter heeft van een beslissing met onmiddellijke rechtsgevolgen.

17.2. In de tweede plaats doet de verwerende partij gelden dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur met zich meebrengen dat artikel 95 op die wijze moet worden geïnterpreteerd, dat het een discretionaire marge laat aan de aanbestedende overheid.

Ook hier wordt een niet vanzelfsprekend antwoord vereist op de vraag naar de verhouding tussen de voormelde beginselen en een rechtsnorm formeel verwoord in een koninklijk besluit.

17.3. Vervolgens betoogt de verwerende partij, zij het in ondergeschikte orde, dat indien artikel 95, § 3, van het koninklijk besluit Plaatsing niet op een andere wijze mag worden geïnterpreteerd dan in de zin dat de aanbestedende overheid verplicht is om, eenmaal prijsverantwoording gevraagd, de offerte te weren van zodra blijkt dat er een prijs in voorkomt die niet zonder meer als normaal kan worden beschouwd, de Raad van State wordt verzocht om artikel 95, § 3, – de zinsnede dat een offerte “op materieel vlak [...] substantieel onregelmatig [is]” indien deze een abnormale prijs omvat en dat “een substantieel onregelmatige offerte [...] nietig [is]” – buiten toepassing te verklaren met toepassing van artikel 159 van de Grondwet, op grond van strijdigheid met een “hogere Belgische norm (gelijkheids- en transparantiebeginsel; redelijkheids- en proportionaliteitsbeginsel) en Europese norm (gelijkheids- en transparantiebeginsel; art. 55 Richtlijn 2014/18/EG)”.

De vraag in hoeverre een richtlijnbe­paling correct werd omgezet in nationale regelgeving is echter dermate fundamenteel dat ze zich op het eerste gezicht niet leent tot een beoor­deling in het kader van een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, zelfs al dringt de verwerende partij niet aan op een “onvoorwaardelijke” beoor­deling inzake de verenigbaarheid van artikel 95 van het koninklijk besluit Plaatsing met het Europese rechtskader, maar verzoekt zij de Raad van State enkel om vast te stellen dat geen sprake kan zijn van een klaarblijkelijke onwettigheid in de zin van artikel 15 van de wet van 17 juni 2013 nu de door haar voorgestane interpretatie geheel in lijn zou zijn met de Europeesrechtelijke benadering.

17.4. In “uiterst ondergeschikte” orde vraagt de verwerende partij ten slotte de vordering voorlopig te verwerpen en in afwachting van verdere behandeling de volgende prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie:

“Zijn de beginselen van gelijkheid en non-discriminatie van de artikelen 20 en 21 van het Handvest van de Grondrechten van de EU, de regels inzake het vrij verkeer van goederen en diensten van artikel 28 e.v. van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie en artikel 55 van het [sic] richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen diensten, verenigbaar met een nationaalrechtelijke regeling inzake overheidsopdrachten op grond waarvan elke abnormale eenheidsprijs, ongeacht de absolute waarde en relatieve waarde in verhouding tot het geheel van de opdracht ervan, steeds verplicht moet leiden tot de onregelmatigverklaring van de offerte van de betrokken inschrijver, die hierdoor elke kans op het bekomen van de opdracht verliest?”

Het stellen van de betrokken prejudiciële vraag is niet inpasbaar in de door de wetgever opgelegde procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, waarin zelfs een beperkte termijn voor uitspraak is vervat, die met sancties gepaard gaat (artikel 8,2, 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 Raad van State is aldus niet gehouden tot de gevorderde prejudiciële vraagstelling.

VI. Kosten

18. Het is passend, gelet op de hierna ingewilligde vordering tot schorsing en het daaropvolgende nog noodzakelijke procesverloop, de kosten, gevorderde rechtsplegingsvergoedingen inbegrepen, in beraad te houden.

BESLISSING

1. Het verzoek van de bvba Vangeel Wegenbouw tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State beveelt de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van 9 maart 2015 van het Autonoom Gemeentebedrijf voor Vastgoed en Stadprojecten om de opdracht “Heraanleg openbaar domein Kattendijkdok- Oostkaai en August Michielstraat” te gunnen aan de bvba Vangeel Wegenbouw voor een bedrag van 4.453.043,48 euro, btw niet inbegrepen.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 30 april 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