RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 231.900 van 9 juli 2015
in de zaak A. 207.110/XII-7152

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

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Frank Judo
kantoor houdend te 1000 Brussel
Keizerslaan 3
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 23 november 2012, strekt tot de nietigverklaring van "de gunningsbeslissing d.d. 5 september 2012 […] van het Departement Mobiliteit en Openbare Werken, afdeling Maritieme Toegang, namens het Vlaams Gewest […]" houdende "de gunning van een overheidsopdracht voor aanneming van werken betreffende het vernieuwen van wegenis Wondelgemkaai aan het kanaal Gent-Terneuzen aan [de nv Van Wellen]" en "de impliciete weigeringsbeslissing om de betreffende overheidsopdracht te gunnen aan [de nv Aclagro]".

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 229.595 van 18 december 2014 is het debat heropend.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een aanvullend 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 26 mei 2015.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Anthony Verheggen, die verschijnt voor de verzoekende partij, is 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 aanneming van werken uit met als voorwerp het vernieuwen van de wegenis Wondelgemkaai aan het kanaal Gent-Terneuzen. De gunningswijze is de openbare aanbesteding. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 2 april 2012.

3.2. Het toepasselijke bestek draagt als nummer 16EF/2011/37. De opening der offertes is bepaald op 16 mei 2012.

3.3. Er worden 13 offertes ingediend. De offerte van de nv Van Wellen is de laagste met een bedrag van 536.467,10 euro btw inbegrepen en die van de verzoekende partij de tweede laagste met een bedrag van 618.668,44 euro btw inbegrepen.

3.4. De verwerende partij verzoekt met een brief van 6 juni 2012 de nv Van Wellen in het kader van het onderzoek naar abnormale prijzen om een prijsverantwoording voor de totale offerteprijs en voor de posten 6, 7, 8, 17, 21, 24, 28 en 35.

De nv Van Wellen geeft aan de verwerende partij bij brief van 15 juni 2012 een prijsverantwoording.

Hierop vraagt de verwerende partij met een nota van 6 juli 2012 advies aan haar afdeling Algemene Technische Ondersteuning (hierna: ATO) die advies geeft met een nota van 17 juli 2012. In dit advies oordeelt ATO dat de gegeven prijsverantwoording niet voldoende is.

De verwerende partij vraagt hierop op 30 juli 2012 aan de nv Van Wellen de staving van de gehanteerde CMK-tarieven en met betrekking tot post 7 de staving van de eenheidsprijs van de onderaannemer voor de overname van de kasseistenen.

Met een brief van 7 augustus 2012 stuurt de nv Van Wellen de stavingsstukken toe waarop de verwerende partij deze aan ATO voorlegt voor advies.

Met een nota van 20 augustus 2012 geeft ATO het advies dat de stukken evenmin overtuigen en dat de offerte nietig dient te worden verklaard wegens abnormale prijzen.

3.5. Op 28 augustus 2012 wordt het aanbestedingsverslag opgesteld waarin wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de nv Van Wellen als de laagste regelmatige inschrijver.

3.6. Op 5 september 2012 beslist de verwerende partij de opdracht te gunnen aan de nv Van Wellen onder verwijzing naar het aanbestedingsverslag.

IV. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

4. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 15 van de wet van 24 december 1993 'betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten', van artikel 110, §§ 2, 3 en 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' en van de beginselen van behoorlijk bestuur, namelijk de zorgvuldigheidsplicht en de materiële-motiveringsplicht.

Zij acht deze bepalingen en beginselen geschonden:

> "Doordat de bestreden beslissing de opdracht gunt aan een inschrijver die een offerte heeft ingediend die is behept met een abnormale totaalprijs en abnormale eenheidsprijzen, waarvoor geen afdoende verantwoording werd verstrekt;
> Doordat zulks bovendien werd vastgesteld door de dienst Algemene Technische Ondersteuning in haar adviezen nopens de verstrekte

prijsverantwoording, doch verwerende partij deze adviezen naast zich heeft neergelegd, zij het:
- enkel wat betreft de eenheidsprijzen en niet wat betreft de totaalprijs van de offerte (eerste onderdeel); en
- op onzorgvuldig vastgestelde feiten en in rechte niet draagkrachtige motieven, meer bepaald overwegingen die ook door de rechtspraak van [de] Raad reeds herhaaldelijk zijn afgewezen als voldoende prijsverantwoording, o.m. het zich beroepen op een offerte van een onderaannemer, het refereren naar de uitvoering van andere, gelijkaardige opdrachten aan dezelfde prijzen, en het gering belang van de posten in het geheel bedrag van de uitvoering.
Terwijl artikel 15 van de Wet van 24 december 1993 en artikel 110, §§ 2, 3 en 4, van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996 vereisen dat een overheidsopdracht in mededinging gesteld bij wijze van aanbestedingsprocedure, wordt gegund aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte heeft ingediend en een element van die regelmatigheid is dat de offerte geen abnormale prijzen bevat;
Terwijl het abnormaal karakter van de prijzen zowel slaat op de eenheidsprijzen, als op de totaalprijzen;
Terwijl de aanbestedende overheid de plicht heeft een zorgvuldig prijsonderzoek te voeren, waarbij wordt nagegaan of de prijszetting berust op (economisch) verantwoordbare elementen; en
Terwijl een aanbestedende overheid die afwijkt van het verplicht advies van een ondersteunende dienst, waarvan wordt aangenomen dat deze over meer specialisatie en relevante expertise beschikt, daartoe over volledige en overtuigende argumenten dient te beschikken en haar beslissing ter zake zorgvuldig dient te overwegen."

In een eerste onderdeel voert de verzoekende partij aan dat de verwerende partij in de bestreden gunningsbeslissing niet vaststelt dat de totaalprijs van de gekozen inschrijver aanvaardbaar is, minstens dat zij nalaat de eerste beoordeling van ATO dat tevens onvoldoende verantwoording wordt gegeven voor "het offertebedrag", deugdelijk en afdoende te weerleggen. Noch uit de bestreden beslissing, noch uit het gunningsverslag, blijkt dat de verwerende partij de totaalprijs van de offerte van de gekozen inschrijver nader heeft onderzocht, na het eerste negatief advies van ATO.

Toegelicht wordt dat de verwerende partij, nadat zij een tweede prijsverantwoording had gevraagd doch enkel met betrekking tot bepaalde eenheidsprijzen, in het gunningsverslag niet meer terugkomt op het aspect van de totaalprijs van de offerte van de gekozen inschrijver, terwijl ATO in haar eerste

advies nochtans had gesteld dat onvoldoende verantwoording werd gegeven voor zowel “het offertebedrag” of met andere woorden de totaalprijs van de offerte, als de eenheidsprijzen. Terwijl de verwerende partij – zo vervolgt de verzoekende partij – weliswaar ten onrechte, zoals uit het hiernavolgend tweede middelonderdeel blijkt, de verantwoording voor de verschillende eenheidsprijzen als voldoende beschouwt, laat zij na om vast te stellen dat de voormelde eenheidsprijzen tevens het totale voordeel van de gekozen offerte of met andere woorden de totaalprijs ervan verklaren of verantwoorden. Integendeel overweegt de verwerende partij uitdrukkelijk dat, wat betreft de eenheidsprijzen van de posten waarvoor een substantiële afwijking – 40% – is vastgesteld ten opzichte van de CMK-tarieven, deze “eerder gering [zijn] zodat deze geen grote rol van betekenis hebben op de prijsvorming”. De verwerende partij geeft dus zelf aan dat een verantwoording voor de posten evenmin een afdoende verantwoording kan bieden voor de vastgestelde afwijking van de totaalprijs van de offerte.

In een tweede onderdeel betoogt de verzoekende partij dat de motieven waarop de verwerende partij zich beroept om de verantwoording van de eenheidsprijzen van de gekozen inschrijver te aanvaarden, alsook om het advies van ATO naast zich neer te leggen, niet volstaan met het oog op het aanvaarden van de abnormale prijzen en een deugdelijke en zorgvuldige motivering van de bestreden beslissing. ATO heeft de tweede prijsverantwoording voor de eenheidsprijzen niet aanvaard omdat “verwijzingen naar eenheidsprijzen uit een ander bestek van de afdeling Maritieme Toegang, een korting van 40% op de officiële CMK-tarieven en de weliswaar niet ondertekende offerte van de onderaannemer die de overnameprijs voor de kasseien” bevestigt, onvoldoende zijn om het abnormaal karakter van de eenheidsprijzen op te heffen.

Op de eerste plaats stelt de verzoekende partij vast dat de bestreden beslissing noch het gunningsverslag de ATO-kritiek met betrekking tot de verwijzingen naar een ander bestek weerleggen. Dit standpunt van ATO werd in de rechtspraak van de Raad van State herhaaldelijk bevestigd. De verwerende partij heeft nochtans op geen enkele wijze de terechte bedenkingen, en het daaruit

volgend negatief advies van ATO, weerlegd. Daaruit volgt dan ook dat de offerte van de gekozen inschrijver, wat betreft de betrokken posten waarop dit onderdeel van het prijsonderzoek slaat, behept is met abnormale eenheidsprijzen.

Ten tweede stelt de verzoekende partij vast dat de verwerende partij het advies van ATO waarin wordt vermeld dat het louter voorleggen van een offerte van de onderaannemer voor post 7, dit is een opgave van overname-prijs voor kasseien, onvoldoende is om die prijs te verantwoorden, naast zich neerlegt om reden dat de prijsopgave zou betekenen dat een aanzienlijk bedrag wordt betaald aan de overheid en zulks in de uitvoering ook kan worden afgedwongen. Dergelijke motivering betreft volgens de verzoekende partij evenwel geen in rechte aanvaardbaar motief, nu deze overweging geldt voor elke abnormale prijs. Elke inschrijver is immers gebonden door zijn offerte en kan zich niet beroepen op eventuele fouten of leemten in zijn prijsopgave. De verzoekende partij wijst tevens vanuit het oogpunt van de rechtszekerheid op het belang van de ondertekening van documenten.

Ten slotte stelt de verzoekende partij vast dat de verwerende partij het negatief advies van ATO nopens de posten die een korting van 40% bevatten ten opzichte van de CMK-tarieven, weerlegt door de overweging dat ze slechts een beperkt aandeel vertegenwoordigen en dus geen grote rol hebben op de prijsvorming. Deze motivering is volgens de verzoekende partij in rechte echter niet aanvaardbaar, nu abnormale prijzen, zowel totaalprijzen als eenheids-prijzen, een absolute onregelmatigheid betreffen, waarbij het aandeel ervan in de totale opdracht irrelevant is. Dit wordt uitdrukkelijk bevestigd in het verslag aan de Koning bij het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheids-opdrachten klassieke sectoren’, dat verwijst naar rechtspraak van de Raad van State.

Bovendien geldt dat, aangezien de verwerende partij vaststelt dat de korting van 40% een abnormale prijsopgave betreft, die niet wordt verantwoord, doch enkel wordt aanvaard op grond van het gering belang in de

totale opdracht, de offerte van de gekozen inschrijver behept is met een “absolute nietigheid” en deze offerte bijgevolg als onregelmatig uit de aanbestedingsprocedure diende te worden geweerd. Aangezien de verzoekende partij de tweede laagste regelmatige prijs heeft ingediend, diende de opdracht, in mededinging gesteld bij wijze van aanbesteding, aan haar te worden gegund, hetgeen de vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing rechtvaardigt.

5.1. In de memorie van wederantwoord betoogt de verzoekende partij ten aanzien van het eerste onderdeel inzake de verantwoording van de totaalprijs dat de toelichting die de verwerende partij naar voor brengt in haar memorie van antwoord, niet opgenomen is in de bestreden beslissing, noch enige grond vindt in het administratief dossier en dus een motivering *a posteriori* uitmaakt. De verwerende partij vat in de memorie van antwoord de algemene prijsverantwoording van de nv Van Wellen samen en geeft vervolgens aan waarom het negatief advies van ATO, nopens deze algemene prijsverantwoording van de totaalprijs, niet zou kunnen overtuigen. Deze toelichting is niet opgenomen in de bestreden beslissing noch vindt deze een weerslag in het administratief dossier. Volgens de verzoekende partij is de rechtspraak inzake de motivering *a posteriori* van toepassing op zowel de vereisten van de formelemotiveringsplicht als deze van de materiëlemotiveringsplicht. Aangezien de toelichting van de verwerende partij in de memorie van antwoord niet is opgenomen in de bestreden beslissing of in het administratief dossier, dient in het licht van voormelde rechtspraak te worden vastgesteld dat controle hierop onmogelijk is, wat volgens de verzoekende partij een schending uitmaakt van de materiëlemotiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel.

Bovendien – zo vervolgt de verzoekende partij – kunnen de motieven ook inhoudelijk niet overtuigen. De argumentatie van de verwerende partij dat niet is vereist dat de beschikking over een eigen asfaltcentrale en eigen breekwerven een uniek voordeel uitmaakt, is naast de kwestie. Het hanteren van het gemiddelde van de totaalprijzen houdt reeds rekening met het feit dat bepaalde inschrijvers over dit voordeel beschikken en andere niet. De totaalprijs

van de nv Van Wellen wijkt evenwel meer dan 15% af van dit gemiddelde. In dezelfde zin vormt de omstandigheid van de afwezigheid van de uitvoering van supplementaire grondwerken een voordeel dat voor alle inschrijvers opgaat, en dat niet enkel tot voordeel van de nv Van Wellen strekt, zoals door ATO wordt bevestigd in haar eerste advies. ATO voegt daar bovendien aan toe dat “dit niet [lijkt] te stroken met het consequent toepassen van een AKW-toeslag van 17% bij de verantwoording van de eenheidsprijzen, wat aanzien wordt als een gemiddeld tot hoog percentage”. Wat betreft de vergelijking met de tarieven toegepast voor de opdracht te Zeebrugge, verwijst de verzoekende partij naar haar uiteenzetting met betrekking tot het tweede onderdeel.

5.2. Met betrekking tot het tweede onderdeel merkt de verzoekende partij voorafgaand op dat zij voor het eerst via de memorie van antwoord kennis neemt van de individuele posten waarvoor de verwerende partij prijsverantwoording heeft gevraagd aan de gekozen inschrijver. Zij herneemt bij haar argumentatie de indeling per post zoals door de verwerende partij gehanteerd in de memorie van antwoord:

> - post 8: de verzoekende partij betwist de argumentatie van de verwerende partij dat het standpunt van ATO dat de opgegeven prijs overeenkwam met de eenheidsprijs uit de prijzendatabank van het standaardbestek 250, in haar tweede advies niet in vraag zou hebben gesteld. ATO heeft integendeel in haar tweede advies nog gewezen op een aantal openstaande elementen, zoals de kwestieuze post 8.
>
> - posten 24 en 35 – verwijzing naar prijzen uit een ander bestek: de verzoekende partij blijft erbij dat een vergelijking met prijzen uit een ander bestek, te dezen in het kader van een opdracht met referentie 16EF/2010/15, onaanvaardbaar is en dat dit wordt bevestigd in de rechtspraak van de Raad van State. Bovendien, zelfs indien dergelijke vergelijking aanvaardbaar zou moeten worden geacht, dan geldt nog dat de opdrachten of posten vergelijkbaar moeten zijn. Dit is te dezen geenszins het geval. Terwijl de posten 24 en 35 van de huidige opdracht posten zijn die sowieso moeten worden uitgevoerd, waarvan de eenheidsprijzen voor arbeiders en materiaal een onderdeel uitmaken, betreffen de posten 291 tot 295 van de andere opdracht posten die verband houden met bijkomende prestaties, posten die op zichzelf staan en niet als een onderdeel van een bepaald uit te voeren werk, en posten waarvoor een specifieke prijsberekeningsmethode wordt gehanteerd. Bovendien betreft

de naar verwezen overheidsopdracht een opdracht in een andere regio dan de huidige opdracht. De gekozen inschrijver verwijst zelf naar haar aanwezigheid in de Gentse regio als verklaring voor haar lage prijzen.

- posten 24 en 35 – korting van 40% ten opzichte van de CMK-tarieven: er blijkt niet dat het standpunt van ATO dat de korting van 40% ten opzichte van CMK-tarieven aanzienlijk is en geen verklaring wordt gegeven waarom deze realistisch is, wordt weerlegd. De bestreden beslissing verwijst enkel naar het geringe aandeel van die posten, wat echter indruist tegen de stukken van het dossier. De vergelijking met prijzen uit een andere opdracht betreft een motivering *a posteriori* en overigens is die opdracht niet vergelijkbaar.

- posten 24 en 35 – gering aandeel in verhouding tot de volledige opdracht: De verzoekende partij benadrukt voorts het substantieel karakter van abnormaal geachte eenheidsprijzen ongeacht het aandeel van die posten in het totaal van de opdracht. Bovendien is het aandeel van die posten wel degelijk voldoende groot, zoals wordt bevestigd in het eerste advies van ATO.

- post 7: de verzoekende partij betoogt dat de argumentatie van de verwerende partij dat de relatief hoge overnameprijs voor de kasseistenen wordt verklaard door het feit dat de overnemer een detailhandelaar is, niet alleen een *a posteriori* motivering betreft doch ook feitelijke grondslag mist. Uit de eigen website en de bedrijveninformatiesite blijkt immers dat de overnemer, de bvba Maris Natuursteen, ook groothandelaar is voor bedrijven in natuursteen. Zij herhaalt voorts dat het louter voorleggen van een offerte van een onderaannemer niet volstaat, ook niet voor een negatieve prijsopgave. De dienst ATO bevestigt deze visie. Daarbij merkt zij ook nog op dat een goede uitvoering hier wel van belang is, nu de gekozen inschrijver ten aanzien van de overnameprijs enkel de algemene kosten blijkt te hebben verrekend doch niet de kostprijs van de eigenlijke opbreekwerken.

6.1. In de aanvullende memorie die zij indient na kennisname van het integrale administratief dossier en in de laatste memorie na het tweede auditoraatsverslag handhaaft de verzoekende partij integraal haar eerste middel.

Zij verwijst, wat het eerste onderdeel betreft, nog naar het arrest nr. 225.671 van 3 december 2013 waarin de Raad van State de volgende elementen afwees als verantwoording voor een abnormale totaalprijs: het machinepark van de inschrijver, de korte afstand tot de werf en de samenwerking met

onderaannemers. Dit zijn precies de elementen die ook de gekozen inschrijver heeft ingeroepen en de verwerende partij als voldoende heeft beschouwd.

Voorts merkt zij nog op dat elke samenhang of verhoudingsgewijze toepassing van de AKW-toeslag zoek blijkt in de offerte en prijsverantwoording van de gekozen inschrijver. Voor het merendeel van de posten wordt een AKW-toeslag van 17% gehanteerd doch niet voor posten 7 met een AKW-toeslag van 10%, 8 en 28, elk zonder AKW-toeslag.

6.2. Wat het tweede onderdeel betreft, inzake de verantwoording van de eenheidsprijzen, voegt de verzoekende partij nog het volgende toe:

> - post 8 – verwijzing naar de eenheidsprijs uit de prijzendatabank van het standaardbestek 250: de prijsverantwoording geeft enkel een rekenkundige opdeling, doch geen enkele toelichting. De “bijkomende reden” die de verwerende partij nog aanhaalt dat gebruik kan worden gemaakt van een freesmachine, zodat na opbraak het baanbed reeds op correct niveau ligt, is niet van aard een concurrentieel voordeel te verklaren ten aanzien van de overige inschrijvers, aangezien het betrokken voordeel inherent is aan de opdracht en voor alle inschrijvers geldt. Bovendien wordt bij die post geen AKW-toeslag verrekend. De reden wordt nergens toegelicht en de verwerende partij heeft het verschil ook niet opgemerkt.
>
> - posten 21, 24, 28 en 35 – verwijzing naar de eenheidsprijzen gehanteerd in het kader van een andere opdracht: de argumentatie dat dergelijke verwijzing niet aanvaardbaar is geldt niet alleen voor de posten 24 en 35, maar uit de prijsverantwoording blijkt dat deze ook van toepassing is op de posten 21 en 28 van de meetstaat. De verzoekende partij verwijst nog naar het arrest nr. 225.429 van 12 november 2013 waarin de Raad van State opmerkt dat de “loutere verwijzing naar gelijkaardige opdrachten waarbij dezelfde prijzen werden gehanteerd geen afdoende prijsverantwoording is, te meer wanneer niet blijkt dat de opgegeven eenheidsprijzen in het kader van die andere opdrachten effectief werden onderzocht en verantwoord. Het betreft als dusdanig ook geen verantwoording die kan worden betrokken op een objectief verklarende factor.” Bovendien dateert de opdracht Zeebrugge van 7 december 2010, terwijl de huidige offerte werd ingediend op 15 mei 2012, anderhalf jaar later. Op geen enkel ogenblik blijkt de verwerende partij zich de vraag te hebben gesteld naar de actualiteitswaarde van de betrokken prijsgegevens. De loonkosten voor arbeidskrachten heeft over het verloop van anderhalf jaar ongetwijfeld een evolutie ondergaan. De verzoekende partij verwijst hieromtrent naar de

statistieken van de FOD Economie met betrekking tot de stijging van de loonkosten.

- posten 24 en 35 – korting van 40% ten opzichte van de CMK-tarieven: pas in de tweede bijkomende prijsverantwoording verschijnt de stelling van de korting van 40%, zonder enige nadere toelichting, terwijl in de eerste prijsverantwoording louter wordt gesteld dat de "ontbrekende posten" zouden gebaseerd zijn op "CMK". De verwijzing naar de opdracht beheerst door het bestek 16EF/2010/15 is betwistbaar nu de gekozen inschrijver in haar algemene prijsverantwoording enkel naar dat bestek verwijst wat de "regietarieven" betreft. Nergens wordt gesteld dat de CMK-tarieven eveneens bevestiging vinden in de betrokken opdracht.

- posten 24 en 35 **–** gering aandeel in verhouding tot de volledige opdracht: de verzoekende partij benadrukt dat alleszins de problematiek relevant blijft voor post 24 die wel degelijk een substantieel aandeel vertegenwoordigt in het totaal van de opdracht. Vastgesteld kan worden dat post 24 in de offerte van de gekozen inschrijver een aandeel vertegenwoordigt van circa 6% en in dat van de verzoekende partij een aandeel van circa 14%.

- post 7 – niet-ondertekende offerte van een onderaannemer: de verzoekende partij stelt nog vast dat de voorgelegde offerte gebrekkig is als bewijsstuk. De offerte vermeldt uitdrukkelijk dat de aangeboden prijs dateert van 15 mei 2012, datum van de offerte voorgelegd door de nv Aannemingen Van Wellen, en "1 maand geldig is" zodat op het ogenblik van de tweede prijsverantwoording dit aanbod bijna twee maanden vervallen was. Van enige door de verwerende partij beweerde verlenging werd geen bewijsstuk aangebracht. De verzoekende partij doet voorts afstand van haar opmerking dat in deze post niet de kost voor de eigenlijke opbraakwerken zou zijn verrekend, nu uit de offerte van de overnemer blijkt dat laatstgenoemde zelf zal instaan voor de opbraakwerken en het transport van de werf. Tenslotte stelt zij nog vast dat uit de prijsverantwoording blijkt dat voor post 7 slechts een AKW-toeslag van 10% werd in mindering gebracht, terwijl voor alle andere posten steeds 17% wordt toegepast.

7.1. In de laatste memorie na het derde auditoraatsverslag merkt de verzoekende partij nog met betrekking tot het eerste middelonderdeel op dat de eis tot het cijfermatig concretiseren van de prijsverantwoording voor de totaal-prijs voortvloeit uit de rechtspraak van de Raad van State zelf. De nv Van Wellen heeft eveneens nagelaten de door haar ingeroepen rechtvaardigingsgronden te concretiseren, zodat de prijsverantwoording ten onrechte werd aanvaard. Zij herhaalt dat de verwerende partij bovendien ten onrechte aanneemt dat die

gronden de gekozen inschrijver onderscheiden van de andere inschrijvers. Ook de verzoekende partij beschikt over een eigen breekcentrale, de werken zijn zelfs dichter gesitueerd bij haar bedrijfssite en de ingeroepen uitvoeringstechnische voordelen – rijden op koord en beperkte grondwerken – zijn eigen aan de omstandigheden van de opdracht, zodat ze voor alle inschrijvers gelden. De verzoekende partij benadrukt ten slotte dat het advies van ATO een verplicht in te winnen advies is.

7.2. Met betrekking tot het tweede middelonderdeel, namelijk over de verantwoording van de eenheidsprijzen, voert de verzoekende partij nog het volgende aan:

> - de posten 21 en 28: de verwerende partij heeft wel degelijk prijsverantwoording gevraagd voor de betrokken posten. Zij herhaalt dat de grondslagen waarop deze verantwoording werd aanvaard, niet kunnen overtuigen.
>
> - post 8: de verzoekende partij betwist dat het louter gegeven dat haar eigen prijsopgave voor post 8 lager uitvalt dan de prijsopgave van de nv Aannemingen Van Wellen impliceert dat zij het abnormaal laag karakter van de prijs van laatstgenoemde niet zou kunnen opwerpen. Niet alleen dienen de prijzen van post 7 en post 8 samen te worden beschouwd, tevens kan zij haar prijs voor post 8 wel degelijk verantwoorden “binnen de ondernemingsstructuur en opdrachtorganisatie van verzoekende partij”. Bovendien heeft haar eigen prijsopgave geen uitstaans met de vraag naar het aanvaarden van de prijsverantwoording van de nv aannemingen Van Wellen, die, zoals zij reeds eerder aangaf, niet volstaat.
>
> - posten 24 en 35: wat post 35 betreft, betwist de verzoekende partij het beperkte aandeel ervan gelet op zijn abnormaal laag karakter en benadrukt zij het feit dat de verwerende partij in de eerste plaats zelf het belang ervan heeft onderstreept door een prijsverantwoording te vragen. ATO bevestigt het belang van de post in de totale opdracht. Alleszins blijft haar kritiek met betrekking tot de vergelijking met een opdracht te Zeebrugge valabel wat betreft post 24. Zij herhaalt dat de betrokken vergelijking niet opgaat, zowel wat de uurlonen als het gebruik van het materieel betreft. De korting die de nv Aannemingen Van Wellen hierbij gaf op de CMK-tarieven werd nergens door haar verantwoord noch wordt ze in het administratief dossier verklaard.
>
> - post 7: de verzoekende partij betwist dat het feit dat de offerte van een onderaannemer resulteert in een negatieve prijs, in functie van de over te

nemen materialen, van aard is om de draagwijdte van de verantwoording te beperken. In de rechtspraak van de Raad van State nopens de verantwoording van eenheidsprijzen aan de hand van de offerte van een onderaannemer wordt geen onderscheid gemaakt tussen een positieve of een negatieve prijsopgave. Bovendien mag niet uit het oog worden verloren dat post 7 in de eerste plaats de uitvoering van werken betreft. Omtrent de wijze waarop de opbreekwerken zijn gepland, binnen welke termijn en met welk personeel en materieel wordt door de nv Aannemingen Van Wellen noch door haar onderaannemer enig inzicht verschaft. Ook de verrekende transportkosten worden op geen enkele wijze toegelicht. Deze gebreken worden ook door ATO bevestigd in haar tweede advies. Zij herhaalt dat voor deze post bovendien slechts een AKW-toeslag wordt verrekend van 10%, terwijl voor de andere posten doorgaans 17% wordt toegepast. De berekening ervan is bovendien foutief: 10% van 15,92 euro per m² is 1,59 en geen 1,45 zoals in de prijsverantwoording is vermeld.

Beoordeling

8.1. Overeenkomstig artikel 15 van de voormelde wet van 24 december 1993, dient bij openbare of beperkte aanbesteding de opdracht te worden toegewezen aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte indient.

Artikel 110, §§ 3 en 4, van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996, luidt:

"§ 3. Vooraleer de aanbestedende overheid evenwel een offerte afwijst, wegens haar blijkbaar abnormaal hoge of abnormaal lage eenheidsprijzen of totale prijzen, verzoekt zij de betrokken inschrijver per aangetekende brief hierover de nodige schriftelijke verantwoordingen te verstrekken binnen een termijn van twaalf kalenderdagen, tenzij de uitnodiging een langere termijn bepaalt.
Het is de inschrijver die het bewijs moet leveren van de verzending van die verantwoordingen.
Bij het onderzoek van de vermoedelijk abnormale prijzen kan de aanbestedende overheid met name rekening houden met verantwoordingen gebaseerd op :
1° de doelmatigheid van het bouwproces, van het productieproces van de producten of van de dienstverlening;
2° de gekozen technische oplossingen en/of uitzonderlijk gunstige omstandigheden waarvan de inschrijver bij de uitvoering van de werken, de levering van de producten of het verlenen van de diensten kan profiteren;

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 opdracht wordt uitgevoerd;
5° de eventuele ontvangst van rechtmatig toegekende overheidssteun door de inschrijver.
[…]
§ 4. In het geval van een overheidsopdracht voor aanneming van werken, gegund bij openbare of beperkte aanbesteding en voor zover minstens vier offertes werden ingediend, wordt bovendien elke offerte waarvan het bedrag minstens vijftien pct. onder het gemiddelde bedrag van de door gegadigden ingediende offertes ligt beschouwd als een offerte waarvan het eventueel abnormale karakter van de prijs moet nagezien worden door de aanbestedende overheid.
[…]
Voor een offerte waarbij het eventueel abnormaal karakter van het bedrag dient nagezien te worden in de zin van deze paragraaf, moet de aanbestedende overheid :
1° ofwel in de beslissing om de opdracht toe te wijzen, de verwerping van het bezwaar tegen het schijnbaar abnormale bedrag van de offerte formeel motiveren;
2° ofwel de inschrijver verzoeken de nodige rechtvaardigingen, zoals voorzien in § 3, te bezorgen. Indien na onderzoek van deze rechtvaardigingen blijkt dat het bedrag van de offerte abnormaal is of bij gebrek aan rechtvaardigingen binnen de opgelegde termijn, moet de aanbestedende overheid, in afwijking van § 2, de offerte als onregelmatig beschouwen en bijgevolg als van rechtswege nietig."

8.2. Indien voldaan is aan de voorwaarden gesteld in het eerste lid van artikel 110, § 4, heeft de aanbestedende overheid geen andere keuze dan het eventueel abnormale karakter na te zien van elke offerte waarvan het bedrag minstens 15% onder het gemiddelde bedrag van de door gegadigden ingediende offertes ligt.

8.3. Deze voorwaarden blijken in deze zaak te zijn vervuld wat betreft de offerte van de nv Van Wellen. In dat geval diende de verwerende partij, overeenkomstig het laatste lid van deze bepaling, ofwel in de beslissing om de opdracht toe te wijzen de verwerping van het bezwaar tegen het schijnbaar abnormale bedrag van de offerte formeel te motiveren, ofwel de inschrijver te verzoeken om de nodige rechtvaardigingen te bezorgen. Dit laatste is hier

gebeurd. 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 niet in de plaats stellen van het bestuur, maar hij mag, desgevraagd, wel nagaan of het bestuur niet onzorgvuldig heeft gehandeld.

9. Bij brief van 6 juni 2012 heeft de verwerende partij de nv Van Wellen verzocht om een prijsverantwoording voor haar totale prijs en voor een aantal individuele posten, namelijk de posten 6 tot 8, 17, 21, 24, 28 en 35.

Bij aangetekende brief van 15 juni 2012 verstrekt de nv Van Wellen een prijsverantwoording voor de gevraagde eenheidsprijzen en het totaalbedrag.

Die prijsverantwoording luidt in het “algemeen”:

> “Aannemingen Van Wellen is een volledig uitgerust wegenbouwbedrijf, met eigen productie asfalt en breekwerven. Gezien onze aanwezigheid in Gentse regio (Zelzate, J. F. Kennedylaan,…) gelijktijdig aan deze werf en onze eigen gecertificeerde site binnen de straat van 15 km met betrekking tot puin en menggranulaten zijn wij in staat goedkoop materiaal te leveren. Met onze eigen ploegen beton en asfalt, evenals onze eigen asfaltcentrale te Doel zijn wij in staat zeer concurrentiële prijzen aan te bieden.
> Wanneer we de meetstaat bekijken zien we dat de op te breken zone gelijke oppervlakte heeft als de nieuw aan te leggen baan (opbraak: post 7 + 8; fundering: post 15, 19, 20 en 22 en verharding: 6.675m2). Wanneer we de posten verder bekijken zien we dat de op te breken diktes (volgens de omschrijving en de code’s van genormaliseerde posten) van de posten 7 en 8, overeenkomstig zijn met de dikte van de nieuw aan te leggen fundering en verharding. Conform het bijzonder bestek zijn alle grondwerken buiten deze zone inbegrepen in de algemene kosten. Ons inziens zijn deze minimaal (enkel grondwerk voor lijnvormige elementen nodig). Ook omdat wij de gestabiliseerde fundering met de freesmachine willen opbreken, welke de mogelijkheid heeft op koord te rijden zal na de opbraak het baanbed reeds op correct niveau liggen. Op deze manier is binnen de zone van de aan te leggen weg geen grondwerk, noch afvoer nodig.

> Regietarieven beschreven in de verantwoording van de prijzen zijn overeenkomstig deze van ons lopende contract werken Zeebrugge (ook voor Maritieme Toegang), ontbrekende tarieven zijn gebaseerd op CMK."

Voorts wordt een prijsopbouw meegedeeld van elke post waarvoor een verantwoording werd gevraagd met onder meer de loonkosten, de kosten voor materieel (vrachtwagen), materiaal en AKW.

Vervolgens vraagt de verwerende partij bij brief van 6 juli 2012 advies aan ATO. Daarin deelt zij het volgende standpunt mee over gegeven prijsverantwoording:

> "De verantwoording van de vermoedelijk abnormale prijzen werd gegeven door de desbetreffende inschrijver. De aanbestedende afdeling is de mening toegedaan dat de verantwoording gegeven door de inschrijver kan aanvaard worden. Voor wat betreft post 7 van de samenvattende opmetingstaat zijnde het uitbreken van de bestrating van straatstenen heeft de laagste inschrijver geen verantwoording opgegeven voor de weliswaar hoge negatieve eenheidsprijs. De totaalprijs voor deze post heeft ook een grote invloed op het totale bedrag van de inschrijving. Door het feit dat het hier gaat om een groot voordeel voor de aanbestedende overheid wordt de eenheidsprijs voor post 7 niet verder in vraag gesteld."

Bij brief van 17 juli 2012 verstrekt ATO advies, dat voorafgaand aan de beoordeling van de gegeven prijsverantwoording, onder meer vaststelt dat de negatieve inschrijvingsprijs voor post 7 resulteert in een daling van het offertebedrag van 17,9% en de posten waarvoor verantwoording wordt gevraagd in totaal 22,88% van de opdracht vertegenwoordigen.

De beoordeling van ATO luidt:

> "2.1. Verantwoording voor het offertebedrag
> De inschrijver beroept zich op zijn eigen asfaltcentrale en breekwerven en de relatieve nabijheid van andere werven om het prijsverschil te verklaren. ATO is van oordeel dat dit het verschil t.o.v. een aantal inschrijvers kan verklaren, maar dat dit geen uniek voordeel is. De inschrijver laat bovendien na om dit voordeel te kwantificeren.
> Daarnaast wordt vastgesteld dat de inschrijver de afwezigheid van supplementaire grondwerken als belangrijk argument aanhaalt: hierdoor

zouden de algemene kosten laag blijven. Aangezien dit eigen is aan de opdracht geldt dit voordeel evenzeer voor de andere inschrijvers en kan dit het verschil opnieuw niet verklaren. Bovendien lijkt dit niet te stroken met het consequent toepassen van een AKW-toeslag van 17% bij de verantwoording van de eenheidsprijzen, wat aanzien wordt als een gemiddeld tot hoog percentage.
2.2. Verantwoording voor eenheids- en totale prijzen
Er wordt vastgesteld dat:

- er tarieven uit andere overheidsopdrachten, CMK-tarieven, prijzen van onderaannemers en leveranciers worden gebruikt, zonder dat hierbij enige staving wordt gevoegd;
- geen verantwoording wordt gegeven voor de negatieve prijs voor post 7;
- de toegepaste tarieven voor arbeid hoog zijn, wat moeilijk te rijmen is met het lage offertebedrag;
- de prijsverantwoording voor post 8 tot een absoluut minimum is beperkt."

Bij aangetekende brief van 30 juli 2012 vraagt de verwerende partij aan de nv Van Wellen nog de volgende, bijkomende stavingstukken: "algemeen: staving van de gehanteerde CMK-tarieven; m.b.t. post 7: staving van de eenheidsprijs OA m.b.t. overname van de kasseien".

Bij aangetekende brief van 7 augustus 2012 bezorgt de nv Van Wellen de "berekeningen CMK: op de eenheidsprijzen werd een korting van 40% gegeven" en een offerte van de bvba Maris Natuursteen van 15 mei 2012 ter "staving van de eenheidsprijs oa m.b.t. overname kasseien".

Deze stukken worden overgemaakt aan ATO, die daarover nog het volgende opmerkt bij brief van 20 augustus 2012:

"• een loutere verwijzing naar de eenheidsprijzen voor de posten nr. 291 tot en met 295 in de offerte van Aannemingen Van Wellen nv voor bestek nr. 16EF/2010/15 op zich geen bewijskracht heeft, mede gelet op het zeer geringe aandeel (nl. 0,4%) van deze posten in de volledige opdracht volgens bestek nr. 16EF/2010/15;
• de korting à rato van 40% die door Aannemingen Van Wellen nv wordt toegepast op de tarieven voor de inzet van materieel volgens de kostenschaal CMK-2003 aanzienlijk is; Er wordt door de inschrijver daarenboven geen verklaring gegeven waarom een dergelijke

vermindering realistisch zou zijn; Deze staving draagt bijgevolg weinig bij tot de weerlegging van het vermoeden van abnormale prijsvorming;
• de zeer hoge opbrengst, die in rekening wordt gebracht voor de recuperatie van de straatstenen, louter wordt toegelicht door een (ongetekende) offerte voor te leggen van Maris Natuursteen bvba; Mede gelet op het feit dat deze eenheidsprijs een zeer grote invloed heeft op het offertebedrag en de rangschikking van de offertes, meent ATO dat de voorliggende bewijsvoering onvoldoende is om het enorme verschil tussen de prijs van Aannemingen Van Wellen nv voor post nr. 7 à rato van [onleesbaar] EUR/m² enerzijds en uw raming (3,10 EUR/m²), de prijzendatabank (3,50 à 4,00 EUR/m²) en de eenheidsprijzen van de overige inschrijvers (gemiddeld 0,55 EUR/m² en minimum -4,96 EUR/m²) te verklaren."

In het aanbestedingsverslag van 28 augustus 2012 wordt over de offerte en de prijsverantwoording van de nv Van Wellen het volgende geoordeeld:

"De inschrijving van Van Wellen nv valt buiten de 15%-grens van het gemiddelde van de inschrijvingen volgens het KB van 08-01-1996. Er werd dan ook een algemene prijsverantwoording gevraagd voor de totale inschrijving en voor de voornaamste posten van de samenvattende opmetingstaat. De prijsverantwoording werd door Van Wellen nv binnen de voorziene termijn van 12 kalenderdagen opgestuurd.
In zijn prijsverantwoording heeft de firma Van Wellen nv een aanvaardbare uitleg geven voor de algemene prijsverantwoording en voor de meeste posten van de samenvattende opmetingstaat. Enkel voor post 7 over het uitbreken van de bestaande weg met straatstenen werd geen verantwoording opgegeven voor de weliswaar hoge negatieve eenheidsprijs. De totaalprijs voor deze post heeft ook een grote invloed op het totale bedrag van de inschrijving. Door het feit dat het hier gaat om een groot voordeel voor de aanbestedende overheid werd de eenheidsprijs voor post 7 niet verder in vraag gesteld.
Overeenkomstig de bepalingen van de omzendbrief MOW 2010/1 werd het dossier voor advies voorgelegd aan de afdeling Algemene Technische Ondersteuning.
Volgens het advies van ATO heeft de firma Van Wellen nv echter onvoldoende verantwoording gegeven voor het offertebedrag en voor de gebruikte tarieven en prijzen van de posten waarvan een verantwoording in detail werd gevraagd. Voornamelijk voor de negatieve prijs van post 7 werd er volgens ATO geen prijsverantwoording gegeven.
De afdeling Maritieme Toegang heeft vervolgens bijkomende verantwoordingsstukken opgevraagd bij de firma Van Wellen nv: de staving van de gehanteerde CMK-tarieven en met betrekking tot post 7

een staving van de eenheidsprijs van de onderaannemer voor de overname van de kasseistenen.
Ook deze opgevraagde documenten werden door de firma Van Wellen nv ingediend en vervolgens ook voor advies voorgelegd aan ATO.
In haar aanvullend advies deelt ATO mee dat er nog steeds onvoldoende verantwoording werd gegeven. Verwijzingen naar eenheidsprijzen uit […] een ander bestek van de afdeling Maritieme Toegang, een korting van 40% op de officiële CMK-tarieven en de weliswaar niet ondertekende offerte van de onderaannemer die de overnameprijs voor de kasseien bevestigt zijn nog steeds onvoldoende. ATO blijft bijgevolg bij haar standpunt dat de offerte vanwege de firma Van Wellen nv nietig dient te worden verklaard omwille van abnormale prijs.
De afdeling Maritieme Toegang is echter de mening toegedaan dat de firma Van Wellen voldoende verantwoording heeft gegeven voor de gehanteerde tarieven en acht de verantwoording van de firma Van Wellen voor de hoge negatieve prijs voor post 7 aanvaardbaar. Bovendien vindt de afdeling Maritieme Toegang het onverantwoord om een lage offerte te weren omdat er door de desbetreffende inschrijver een aanzienlijk bedrag wordt gegeven voor een welbepaalde post. De overheid dient er bovendien voor te zorgen dat bij aanbestedingen de werken kunnen worden uitgevoerd aan de laagste prijs.
Overigens verbindt Van Wellen zich in haar offerte om de voornoemde prijs van post 7 aan de aanbestedende overheid te betalen, wat in de uitvoering ook kan worden afgedwongen. Deze omstandigheid lijkt te verschillen van het betalen door de aanbestedende overheid van een abnormale (positieve) prijs voor een post. Deze post heeft trouwens in essentie niets te maken met een goede uitvoering van de werken.
Verder is het aandeel in de totale inschrijvingsprijs van de posten waarvoor verantwoording werd gevraagd van de CMK-tarieven eerder gering zodat deze geen grote rol van betekenis hebben op de prijsvorming.
Voormelde elementen in acht genomen meent de afdeling Maritieme Toegang dat in deze situatie een genuanceerd standpunt moet worden ingenomen, en er derhalve kan worden afgeweken van het advies van ATO."

De bestreden beslissing van 5 september 2012 verwijst naar dit verslag "dat bij deze beslissing is gevoegd en er integrerend deel van uitmaakt".

10. Te dezen klaagt de verzoekende partij in essentie over het feit dat de door de gekozen inschrijver gegeven prijsverantwoordingen niet voldoen als rechtvaardiging voor de schijnbaar abnormaal lage totaalprijs en de schijnbaar abnormale eenheidsprijzen waarvoor een verantwoording werd gevraagd. Zij meent dat het onderzoek van de prijsverantwoording niet grondig en gedetailleerd

is gebeurd en dat de beslissing niet is gegrond op afdoende draagkrachtige en deugdelijke motieven.

11. Op de eerste plaats moet worden opgemerkt dat de totaalprijs van de offerte van de nv Van Wellen 443.361,24 euro bedraagt en die van de verzoekende partij 511.296,23 euro, telkens btw niet-inbegrepen; dit is een verschil van 67.934,99 euro.

De nv Van Wellen heeft in haar verantwoording concrete elementen naar voor gebracht om de geboden totaalprijs te verantwoorden: een eigen asfaltcentrale, een eigen breekwerf, de gelijktijdige uitvoering van werken op een naburige werf in Zelzate, de wijze van geplande uitvoering, namelijk freesmachines die op koord rijden met concrete voordelen van dien en regietarieven die deels overeenkomen met een werk in uitvoering door de nv Van Wellen in Zeebrugge.

De aanbestedende overheid mocht op grond van die concrete elementen redelijkerwijze aannemen dat de nv Van Wellen een lagere totaalprijs heeft kunnen bieden aangezien het elementen zijn die deze inschrijver onderscheiden van andere inschrijvers, minstens toont de verzoekende partij het tegendeel niet aan. De afdeling Maritieme Toegang heeft die “algemene verantwoording” dan ook als aanvaardbaar kunnen aannemen – er is geen sprake van een motivering achteraf, zoals de verzoekende partij stelt, aangezien die concrete elementen in het dossier aanwezig zijn en door de verwerende partij in beschouwing werden genomen. De afdeling Maritieme Toegang was overigens niet verplicht het advies van ATO te weerleggen.

Overigens moet worden opgemerkt dat ATO erkent dat een eigen asfaltcentrale en breekwerf en de nabijheid van andere werven het verschil ten aanzien van een aantal inschrijvers kan verklaren. ATO verwijt de nv Van Wellen weliswaar dat zij het voordeel niet kwantificeert maar laat in het midden aan te geven hoe dergelijke kwantificering door een inschrijver mogelijk is.

Daarenboven, en vooral, mag ten slotte niet uit het oog worden verloren dat de totaalprijs van de nv Van Wellen in uiterst belangrijke mate is bepaald door de hoogte van de negatieve prijs voor post 7, namelijk -96.587,25 euro tegenover bijvoorbeeld -12.148,5 euro van de verzoekende partij, wat een verschil geeft van 84.438,75 euro; hieruit kan bijvoorbeeld worden afgeleid dat abstractie makend van dit verschil de totaalprijs van de offerte van de verzoekende partij ongeveer 16.503,76 euro hoger is dan die van de offerte van de nv Van Wellen. De vaststellingen van ATO dat doorgaans een AKW-toeslag wordt gehanteerd van 17% “wat aanzien wordt als een gemiddeld tot hoog percentage” en dat “de toegepaste tarieven voor arbeid hoog zijn, wat moeilijk te rijmen is met het lage offertebedrag”, bevestigen eigenlijk deze conclusie. In wezen staat of valt de laagste totaalprijs met post 7.

In dezelfde orde van gedachten moet ook worden opgemerkt dat gelet op de vaststellingen dat post 7, zoals in het aanbestedingsverslag wordt vermeld, “een grote invloed [heeft] op het totale bedrag van de inschrijving”, wat wordt bevestigd in het eerste advies van ATO – daling van de prijs met 17,9% – en dat “voornamelijk voor de negatieve prijs van post 7 […] er volgens ATO [in haar eerste advies] geen prijsverantwoording [werd] gegeven” – vaststellingen die niet worden betwist door de verzoekende partij –, het de verwerende partij niet kwalijk kan worden genomen dat zij haar onderzoek vervolgens voornamelijk heeft toegespitst op die post en daarvoor dan toch een bijkomende verantwoording heeft gevraagd.

De kritiek inzake de verantwoording van de totale prijs wordt niet aanvaard.

12.1. Wat de prijsverantwoording voor de diverse posten betreft moet worden opgemerkt dat de discussie zich in hoofdzaak ontspint betreffende de posten 7, 8, 24 en 35; wat de posten 21 en 28 betreft merkt ATO zelf immers op dat de keuze voor het vragen van een prijsverantwoording minder logisch is aangezien de gegeven prijs hoger is dan het gemiddelde.

12.2. Wat post 7 “Opbreken van bestrating” betreft heeft de nv Van Wellen een prijsofferte van de bvba Natuursteen Maris bijgebracht die dateert van 15 mei 2012, geldig is voor één maand vanaf offertedatum en werd verlengd tot november 2012. Die offerte – overnameprijs voor kasseien – weliswaar niet ondertekend, verwijst uitdrukkelijk naar de “aanbesteding Gent-Wondelgemkaai” en naar de specifieke hoeveelheid straatstenen, namelijk “6675 m²”, die zal worden overgenomen, waarvoor 15,92 euro per m² wordt aangeboden “inclusief uitbraak en inclusie[f] transport”.

De verwijzing door de verzoekende partij naar rechtspraak van de Raad van State inzake de niet-ondertekening van een offerte, betreft zoals zij zelf toegeeft een zaak “m.b.t. een offerte” waarbij wordt geoordeeld dat het gebrek aan ondertekening van het “inschrijvingsbiljet” de nietigheid van de offerte wegens substantiële onregelmatigheid tot gevolg heeft. Deze rechtspraak is dus niet dienend. De verzoekende partij weerlegt die vaststelling in haar latere stukken ook niet.

Ook haar verwijzingen naar “de inmiddels gevestigde rechtspraak” nopens de verantwoording van eenheidsprijzen aan de hand van de offerte van een onderaannemer, blijkt bij nader inzien niet onmiddellijk toepasbaar voor de voorliggende zaak. Die rechtspraak had geen betrekking op zaken waarbij tevens een verantwoording werd gevraagd voor posten met een negatieve prijsopgave. De verzoekende partij slaagt er niet in aan te tonen dat er eenzelfde logica mag worden toegepast voor posten met een positieve dan wel een negatieve prijsopgave.

Voorts zet de verzoekende partij niet nader uiteen waarom de toeslag van een “algemene kosten en winst” van slechts 10% voor deze post, terwijl voor de overige posten doorgaans één van 17% wordt gehanteerd, ondeugdelijk zou zijn. Gelet op de recuperatie van de straatstenen door een onderaannemer die tevens instaat voor de opbraak ervan – de eigenlijke

uitvoering van deze post – lijkt het niet onaanvaardbaar een lagere AKW-toeslag te hanteren.

12.3.1. Wat de andere postgewijze kritiek betreft moet er in de eerste plaats worden op gewezen dat de verzoekende partij niet kan worden gevolgd in haar opvatting dat het voornoemde artikel 110, § 3, zoals hier nog toepasselijk, voorziet in een onafwendbare substantiële nietigheid van een offerte waarin een abnormale eenheidsprijs wordt vastgesteld. Aldus moest een aanbestedende overheid een offerte met een abnormale prijs voor een bepaalde post niet in alle omstandigheden onregelmatig verklaren na het verwerpen van de prijsverantwoording. Zo mag worden aangenomen dat een offerte in beginsel niet onregelmatig diende te worden verklaard wanneer de post die abnormale prijzen bevat, maar van gering belang is. De verwijzing van de verzoekende partij naar de artikelen 21 en 95 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ waarbij de regelgeving zou zijn geëxpliciteerd dan wel gewijzigd, is niet aan de orde aangezien deze regelgeving hier nog niet van toepassing is.

Hiervoor werd reeds vastgesteld dat het lage totaalbedrag in significante mate wordt verklaard door de hoge overnameprijs die voor de op te breken straatstenen uit post 7 wordt aangeboden. Bij de beoordeling inzake de overige posten is deze vaststelling bepalend.

12.3.2. Wat post 8 “Opbreken van fundering” betreft heeft de nv Van Wellen een prijs opgegeven van 8.277,00 euro en de verzoekende partij een prijs van 6.675,00 euro. Het belang van de verzoekende partij bij kritiek wat die post betreft is dan ook hoogst betwijfelbaar. Voorts gaat het om een relatief gering bedrag zoals in het aanbestedingsverslag opgemerkt en toont de verzoekende partij niet aan dat deze post om een andere reden toch als substantieel moet worden beschouwd.

12.3.3. Wat de posten 24 “Rioleringsbuizen” en 35 “PVC-buizen” betreft geeft de nv Van Wellen een prijs op van respectievelijk 29.141,49 euro en 5.746,28 euro op.

Inzake post 35 gaat het om een zeer gering aandeel in de aanneming en toont de verzoekende partij niet aan dat deze post om een andere reden toch als substantieel moet worden beschouwd.

Wat de beide posten betreft wordt vastgesteld dat de nv Van Wellen met haar brief van 15 juni 2012 een gedetailleerde verantwoording heeft gegeven, met opgave van de inzet van het aantal arbeiders en het aantal kranen, met opgave van de VH voor de onderscheiden bestanddelen, met beschrijving van de post van aanleg en grondwerk, met de prijsuitwerking, zoals uurloon en aantal uren van arbeidskrachten, kost gebruik materieel met bediener, rendement en kost van aankoop buizen. De nv Van Wellen heeft in haar algemene prijs-verantwoording wat de regietarieven betreft gewezen op de verantwoording van de prijzen overeenkomstig deze van het lopend contract te Zeebrugge en volgens CMK-tarieven voor de ontbrekende tarieven. Op vraag van de verwerende partij naar de staving van de gehanteerde CMK-tarieven heeft de nv Van Wellen uitleg gegeven met haar brief van 7 augustus 2012.

De verzoekende partij heeft door de opheffing van de vertrouwelijkheid volledige inzage gekregen van al deze stukken. Er moet echter worden vastgesteld dat de verzoekende partij nalaat na die inzage zeer concreet bezwaar te maken over de door de nv Van Wellen gegeven verantwoording.

In die omstandigheden neemt de Raad van State aan dat de verzoekende partij er niet in slaagt de verantwoording van de nv Van Wellen voor die posten fundamenteel te ondergraven.

13. Het middel wordt verworpen.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

14. In de aanvullende memorie die de verzoekende partij indient na kennisname van het integrale administratief dossier, voert zij een bijkomend nieuw middel aan, waarin zij de schending aanvoert van artikel 15 van de voormelde wet van 24 december 1993, artikel 89, tweede lid, en artikel 94 van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996, doordat het inschrijvingsbiljet van de gekozen inschrijver enkel werd ondertekend door de directeur wegenbouw, terwijl laatstgenoemde op grond van de delegaties binnen die onderneming niet bevoegd was om alleen handelend de vennootschap te verbinden en er evenmin een specifieke volmacht aan de offerte lijkt te zijn toegevoegd. Uit de in het Belgisch Staatsblad gepubliceerde "delegatie van de maatschappelijke handtekening" blijkt dat voor de huidige opdracht de gezamenlijke handtekening van twee directeurs is vereist. De offerte moet bijgevolg als niet ondertekend worden beschouwd en substantieel onregelmatig.

Beoordeling

15. Nadat is gebleken dat het middel feitelijke grondslag mist, doet de verzoekende partij afstand van dit middel in haar laatste memorie na het derde auditoraatsverslag.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 9 juli 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**