

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

**nr. 231.932 van 13 juli 2015
in de zaak A. 216.240/XII-7905**

In zake: de NV LIMBURGSE BORINGEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Peter Bouts
kantoor houdend 3580 Beringen
Paalsesteenweg 81
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de CVBA INFRA
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Kathleen De hernois
kantoor houdend te 1831 Diegem
Berkenlaan 8 A
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV VERBRAEKEN INFRA
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Philip Brack
kantoor houdend te 1180 Brussel
Floridalaan 26
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 24 juni 2015, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[h]et besluit van de raad van bestuur van de cvba Infrac van 04.06.2015, n.a.v. de openbare aanbesteding gepubliceerd in het BDA d.d. 16/02/2015 onder het nummer 2015-503863 en in het PEG d.d. 19/02/2015 onder het nummer 2015/S 035-059059 m.b.t. ‘Huisaansluitingen riolering’ percelen 2,5,6,7, waarbij de offerte van [de nv Limburgse Boringen] voor de percelen 2,5,6,7 niet wordt weerhouden en

waarbij de opdracht wordt gegund aan Jackers en Zonen (perceel 2), Hegrola (perceel 5), Verbraeken Infra (perceel 6 en 7)”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 2 juli 2015 heeft de nv Verbraeken Construction (lees: nv Verbraeken Infra) gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 9 juli 2015, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Joris Gebruers, die loco advocaat Peter Bouts verschijnt voor de verzoekende partij, advocaten Kathleen De hernois en Ine Van Herck, die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaat Philip Brack, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos 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 cvba Infrax, die volgens de aankondiging optreedt in naam en voor rekening van Infrax Limburg, Infrax West, Inter-aqua, Inter-energa, Inter-media, Iveg, PBE en Riobra, schrijft een overheidsopdracht voor de

aanneming van werken uit voor het sluiten van raamovereenkomsten voor het maken van rioolaansluitingen.

De opdracht wordt gegund bij wijze van open aanbesteding en wordt op grond van de locatie onderverdeeld in zeven percelen.

De voorliggende vordering blijkt te zijn ingesteld betreffende de percelen 2, 5, 6 en 7 (West-Limburg, Antwerpen, Vlaams-Brabant Oost en Vlaams-Brabant West).

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 16 februari 2015 en het Publicatieblad van de Europese Unie op 19 februari 2015.

3.3. Er worden 24 offertes ingediend. De verzoekende partij dient enkel een offerte in voor de percelen 2, 5, 6 en 7 (West-Limburg, Antwerpen, Vlaams-Brabant Oost en Vlaams-Brabant West).

3.4. Met een aangetekend schrijven van 6 mei 2015 vraagt de verwerende partij aan de verzoekende partij wat de percelen 5, 6 en 7 betreft om een prijsverantwoording zowel van eenheidsprijzen als van de totale inschrijvingsprijs.

Dit schrijven luidt als volgt:

“[...]

Uit nazicht van uw offerte blijkt dat m.b.t.:

- perceel 5 (Antwerpen) alle eenheidsprijzen met uitzondering van de posten 1.2, 1.3, 2.2, 2.3, 10.2, 23.1, 23.2, 23.3, 23.4, 27 en de totale inschrijvingsprijs voor dit perceel een abnormaal karakter vertonen.
- perceel 6 (Vlaams-Brabant Oost) alle eenheidsprijzen met uitzondering van de posten 1.2, 1.3, 2.3, 3.2, 3.3, 10.2, 23.1, en de totale inschrijvingsprijs voor dit perceel een abnormaal laag karakter vertonen
- perceel 7 (Vlaams-Brabant West) alle eenheidsprijzen met uitzondering van de posten 3.2, 22.2.1, 22.2.3., 22.3.1, 22.3.2, 22.5, 22.6, 23.1, 27 en de totale inschrijvingsprijs voor dit perceel een abnormaal laag karakter vertonen;

Mogen wij u derhalve beleefd verzoeken in verband met uw prijszetting, conform artikel 99 van het KB d.d. 15/07/2011 betreffende de overheidsopdrachten, de nodige schriftelijke verantwoordingen te verstrekken binnen een termijn van 12 kalenderdagen na datum van deze brief. [...].”

3.5. Op 12 mei 2015 verstrekt de verzoekende partij een prijsverantwoording.

3.6. Op 4 juni 2015 beslist de verwerende partij om perceel 5 te gunnen aan nv Hegrola en de percelen 6 en 7 aan de nv Verbraeken Infra. Uit het gunningsverslag blijkt dat de offerte van de verzoekende partij met betrekking tot de voormelde percelen 5, 6 en 7 onregelmatig wordt bevonden wegens abnormale prijzen.

Dit wordt in het gunningsverslag gemotiveerd als volgt:

“4.3.2 Perceel 5

[...]

Er was een vermoeden van abnormaal lage prijzen bij de inschrijving van Limburgse Boringen. Het rekenkundig gemiddelde bedraagt 78.660,38 euro. Dit gemiddelde verminderd met 15% geeft 66.861,32 euro. Er werd een prijsverantwoording gevraagd voor nagenoeg alle opgegeven eenheidsprijzen. Een antwoord werd tijdig bezorgd. De gegeven verantwoording is echter niet aanvaardbaar. Het gegeven antwoord geeft geen gefundeerde verklaring, geen berekeningen of opgave hoe de prijzen zijn samengesteld.

4.3.3 Perceel 6

[...]

Er was een vermoeden van abnormaal lage prijzen bij de inschrijving van Limburgse Boringen. Het rekenkundig gemiddelde bedraagt 341.399,02 euro. Dit gemiddelde verminderd met 15% geeft 290.189,17 euro. Er werd een prijsverantwoording gevraagd voor nagenoeg alle opgegeven eenheidsprijzen. Een antwoord werd tijdig bezorgd. De gegeven verantwoording is echter niet aanvaardbaar. Het gegeven antwoord geeft geen gefundeerde verklaring, geen berekeningen of opgave hoe de prijzen zijn samengesteld.

4.3.4. Perceel 7

[...]

Er was een vermoeden van abnormaal lage prijzen bij de inschrijving van Limburgse Boringen. Het rekenkundig gemiddelde bedraagt 361.119,06 euro. Dit gemiddelde verminderd met 15% geeft 306.951,20 euro. Er werd een prijsverantwoording gevraagd voor nagenoeg alle opgegeven eenheidsprijzen. Een antwoord werd tijdig bezorgd. De gegeven verantwoording is echter niet aanvaardbaar. Het gegeven antwoord geeft geen gefundeerde verklaring, geen berekeningen of opgave hoe de prijzen zijn samengesteld.”

3.7. Met een aangetekend schrijven van 9 juni 2015 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat haar offerte voor de percelen 2, 5, 6 en 7 niet werd gekozen. Als bijlage wordt een uittreksel gevoegd van het gunningsverslag met betrekking tot voormelde percelen.

3.8. Op verzoek van de raadsman van de verzoekende partij van 24 juni 2015, bezorgt de verwerende partij het integrale gunningsverslag zoals goedgekeurd door de raad van bestuur, doch met weglating van de volgens haar vertrouwelijke gegevens.

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. Bijgevolg moet haar verzoek tot tussenkost worden ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

5.1. Het enige middel lijkt slechts grieven te bevatten tegen de onregelmatigverklaring van de offertes van de verzoekende partij wegens abnormale prijzen voor de percelen 5, 6 en 7 en de gunningsbeslissing met betrekking tot deze percelen. Er wordt door de verzoekende partij geen grief aangevoerd die betrekking heeft op de gunningsbeslissing wat perceel 2 van de opdracht betreft. Uit het verzoekschrift blijkt voorts dat de verzoekende partij in het begin ervan weliswaar de gunningsbeslissingen met betrekking tot de percelen 2, 5, 6 en 7 vermeldt als voorwerp van het beroep, doch dat zij *in fine* van haar verzoekschrift haar vordering lijkt te beperken tot de percelen 5, 6 en 7.

5.2. Het beroep is dan ook niet ontvankelijk in de mate dat het gericht is tegen de gunningsbeslissing van perceel 2.

VI. Schorsingsvoorwaarden

6.1. 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.

6.2. 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.

VII. Onderzoek van de middelen

Enige middel

Uiteenzetting van het middel

7. Het eerste en enige middel is genomen uit de schending van “de [artikelen] 21 en 99 van het K.B. Plaatsing van 15 juli 2011, het zorgvuldigheidsbeginsel en de [artikelen] 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen”.

Volgens de verzoekende partij in de toelichting bij het middel kan de repliek van de verwerende partij op haar prijsverantwoording op om het even welke prijsverantwoording worden toegepast. Zij merkt op dat zij in de motivering geen antwoord kan vinden waarom met de bezorgde prijsverantwoording geen rekening zou moeten worden gehouden. Van een zorgvuldig onderzoek is volgens haar dan ook geen sprake.

Uit de in het middel vermelde bepalingen vloeit in hoofde van de verwerende partij volgens de verzoekende partij ook een motiveringsplicht voort om “met pertinente motieven aan te tonen waarom de offerte na prijsverantwoording toch als onregelmatig wordt beschouwd”. Dergelijke motivering zou hier echter ontbreken.

Ten slotte is volgens de verzoekende partij ook het doel van de formelemotiveringsplicht hier niet bereikt aangezien nergens op afdoende wijze de feitelijke overwegingen worden vermeld die aan de beslissing ten grondslag liggen. De verzoekende partij is aldus niet bij machte om te oordelen of haar offerte terecht werd geweerd.

Beoordeling

8. Overeenkomstig artikel 21, § 1, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit Plaatsing) onderwerpt de aanbestedende overheid de ingediende offertes aan een prijsonderzoek. Artikel 21, § 3, bepaalt voorts dat 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, zij de inschrijver in kwestie om een prijsverantwoording dient te vragen.

Artikel 99, §§ 1 en 2, van het koninklijk besluit Plaatsing
luiden als volgt:

“§ 1. Na voorafgaand artikel 96 te hebben toegepast, gaat de aanbestedende overheid over tot het prijsonderzoek overeenkomstig artikel 21.

§ 2. Als er bij een opdracht voor werken gegund bij aanbesteding minstens vier offertes door geselecteerde inschrijvers werden ingediend, wordt elke offerte waarvan het totale offertebedrag minstens vijftien percent ligt onder het gemiddelde bedrag van de door deze inschrijvers ingediende offertes, regelmatig of niet, beschouwd als een offerte waarvan het vermoedelijk abnormale totale offertebedrag noopt tot een onderzoek door de aanbestedende overheid.

Het gemiddelde bedrag wordt als volgt berekend:

1° indien het aantal offertes gelijk is aan of groter is dan zeven, door zowel de laagste offerte uit te sluiten als de hoogste offertes die samen een vierde van het aantal ingediende offertes vormen. Indien dit aantal niet deelbaar is door vier, wordt het vierde naar de hogere eenheid afgerond;

2° indien het aantal offertes lager ligt dan zeven, door de laagste en de hoogste offerte uit te sluiten.

In geval van een offerte waarvan het totale offertebedrag noopt tot een onderzoek, zal de aanbestedende overheid:

1° ofwel in de gunningsbeslissing motiveren dat het totale offertebedrag geen abnormaal karakter vertoont;

2° ofwel de inschrijver verzoeken de nodige verantwoording, zoals bepaald in artikel 21, § 3, tweede tot vierde lid, te bezorgen. Indien na onderzoek van deze verantwoording blijkt dat het totale offertebedrag effectief abnormaal is of bij gebrek aan verantwoording binnen de opgelegde termijn, is de offerte onregelmatig.

De opdrachtdocumenten kunnen deze paragraaf toepasselijk maken bij offerteaanvraag en bij opdrachten voor leveringen of diensten.”

9. Het wordt niet betwist dat artikel 99, § 2, van het koninklijk besluit Plaatsing hier van toepassing is nu het gaat om een aanneming van werken die werd gegund bij open aanbesteding en waarbij voor de litigieuze percelen 5, 6 en 7 telkens minstens vier offertes werden ingediend, en aangezien het bedrag van de offerte van de nv Limburgse Boringen telkens minstens 15 % onder het gemiddelde offertebedrag ligt. De verwerende partij moest de offerte van de verzoekende partij voor de percelen 5, 6 en 7 dienvolgens beschouwen als een offerte waarvan het eventueel abnormale karakter van de prijs diende te worden nagezien.

Evenmin wordt de beslissing betwist om ter zake een prijsverantwoording te vragen.

10. De verwerende partij heeft de verzoekende partij voor de percelen 5, 6 en 7 met toepassing van artikel 21, § 3 en 99 van het koninklijk besluit Plaatsing, een prijsverantwoording gevraagd zowel voor de totaalprijs als voor een groot aantal eenheidsprijzen en de verzoekende partij heeft met een brief van 12 mei 2015 op de vraag tot prijsverantwoording geantwoord.

11. In de bestreden gunningsbeslissing wijst de verwerende partij er met betrekking tot de percelen 5, 6 en 7 vooreerst uitdrukkelijk op dat er een vermoeden was van abnormaal lage prijzen bij de inschrijving van de nv Limburgse Boringen. Daarbij worden telkens per perceel de inschrijvingsbedragen weergegeven, evenals het rekenkundig gemiddelde en het grensbedrag vanaf wanneer er sprake is van het wettelijk vermoeden overeenkomstig voormeld artikel 99, § 2.

Vervolgens wordt in de bestreden beslissing met betrekking tot de drie percelen het volgende opgemerkt:

“Er werd een prijsverantwoording gevraagd voor nagenoeg alle opgegeven eenheidsprijzen. Een antwoord werd tijdig bezorgd. De gegeven verantwoording is echter niet aanvaardbaar. Het gegeven antwoord geeft geen gefundeerde verklaring, geen berekeningen of opgave hoe de prijzen zijn samengesteld.”

12. Op het eerste gezicht dient te worden vastgesteld dat de prijsverantwoording, door de verzoekende partij als vertrouwelijk neergelegd maar zonder vermelding van vertrouwelijkheid door de verwerende partij aan het administratief dossier toegevoegd, slechts één bladzijde beslaat waarin op algemene en uiterst beknopte wijze voor de drie percelen gezamenlijk een zevental punten worden opgesomd als prijsverantwoording.

Elke concrete of cijfermatige berekening ontbreekt die aangeeft hoe de verzoekende partij tot haar eenheidsprijzen komt, die nochtans aanzienlijk blijken af te wijken van deze van de andere inschrijvers.

De verstrekte prijsverantwoording lijkt *prima facie* ook erg vaag en algemeen geformuleerd te zijn en niet nader te worden gestaafd aan de hand van stukken, hetgeen op het eerste gezicht in contrast staat met de omvang van de door de verwerende partij gevraagde prijsverantwoording die betrekking heeft op drie verschillende percelen en zowel op de totaalprijs als op een heel groot aantal eenheidsprijzen.

De verzoekende partij toont in haar prijsverantwoording alleszins niet aan hoe deze elementen haar concreet voordeel verschaffen in haar prijsvorming. Er worden ook geen cijfermatige gegevens bijgebracht die het voordeel aantonen.

De repliek in het gunningsverslag lijkt te dezen dan ook niet in tegenstrijd met het zorgvuldigheidsbeginsel in het licht van de door de verzoekende partij verstrekte prijsverantwoording, nu het gegeven antwoord geen gefundeerde verklaring geeft, noch berekeningen of opgave van de wijze waarop de prijzen zijn samengesteld.

13. De verzoekende partij voert voorts nog de schending aan van de formelemotiveringsplicht, doch doet dit vergeefs. Op het eerste gezicht moet immers worden opgemerkt dat uit de in de bestreden beslissing opgenomen motivering duidelijk blijkt waarom de verwerende partij de door de verzoekende

partij verstrekte prijsverantwoording niet heeft aanvaard voor de percelen 5, 6 en 7. De motivering lijkt in de concrete omstandigheden van de zaak ook afdoende gelet op, enerzijds, de beknoptheid van de prijsverantwoording van de verzoekende partij zelf en, anderzijds, de verplichting voor de aanbestedende overheid overeenkomstig artikel 10 van de voormelde wet van 17 juni 2013 aangezien de verzoekende partij er blijkbaar zelf van uitgaat dat de door haar verstrekte prijsverantwoording vertrouwelijke informatie bevat, nu zij daarvan de vertrouwelijke behandeling vraagt.

Het enige middel is niet ernstig.

VIII. Besluit

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

IX. Kosten

15. Er is grond om met toepassing van artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en artikel 67, § 1, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’ aan de verwerende partij de door haar gevraagde rechtsplegingsvergoeding van 700 euro toe te kennen, nu zij door de verwerping van de vordering tot schorsing als in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

BESLISSING

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

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op een rolrecht van 150 euro.

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

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Dierk Verbiest