RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 232.113 van 8 september 2015
in de zaak A. 216.700/XII-7924

In zake: de NV VAN HUELE GEBROEDERS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Carlos De Wolf
kantoor houdend te 9680 Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen
en eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Charlotte De Wolf

tegen:

de VLAAMSE VERVOERMAATSCHAPPIJ – DE LIJN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Dirk Lindemans
kantoor houdend te 1000 Brussel
Keizerslaan 3
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 14 augustus 2015, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van de Vlaamse Vervoermaatschappij De Lijn waarbij de overheidsopdracht van aanneming van verbouwingswerken in het bestaande onderhoudscentrum voor de installatie van een nieuwe wieldraaibank te Oostende wordt gegund aan de bvba Sabbe Bedrijf voor een bedrag van 660.951,73 euro, btw niet inbegrepen.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 3 september 2015, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Carlos De Wolf en Charlotte De Wolf, die verschijnen voor de verzoekende partij, en advocaat Stijn Maeyaert, die loco advocaat Dirk Lindemans verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Ines Martens heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. Op 22 april 2015 beslist de Vlaamse Vervoersmaatschappij De Lijn een opdracht voor werken uit te schrijven voor infrastructuuraanpassingen in het onderhoudscentrum (hierna: OC) van De Lijn te Oostende met het oog op de plaatsing van een wieldraaibank (hierna: WDB).

De opdracht wordt gegund met een open aanbesteding.

De opdracht wordt geraamd op een bedrag van 634.143,84 euro, btw niet inbegrepen, en wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 23 april 2015.

De opdracht is onderworpen aan het bestek met nummer PG0886-90449.

3.2. Op 2 juni 2015 vindt de openingszitting plaats. Er worden drie offertes ingediend die, na rekenkundig nazicht, als volgt worden gerangschikt:

1. de bvba Sabbe Bedrijf 660.951,73 euro;

2. de nv Van Huele Gebroeders 993.935,31 euro;

3. de nv Algemene Bouwonderneming Boey Noël 1.080.216,23 euro.

3.3. In het kader van het prijzenonderzoek stuurt de aanbestedende overheid een vraag tot prijsverantwoording aan de drie inschrijvers.

Aan de bvba Sabbe Bedrijf schrijft de aanbestedende overheid op 9 juni 2015 het volgende:

> "In toepassing van artikel 21, §3 van het KB van 16 juli 2012 betreffende de plaatsing overheidsopdrachten speciale sectoren, verzoeken wij u – binnen een termijn van 12 kalenderdagen volgend op de verzendingsdatum van onderhavig schrijven – schriftelijk, een gemotiveerde prijsverantwoording te verstrekken voor onderstaande posten van uw offerte op hoger vermeld bestek:
>
> 1. A-030.2.7.8: Voerbuizen HDPE Diam 160
> 2. S-10.91: Beschoeiing bouwputten – grond- en waterkerend scherm met groutingpalen
> 3. S-11.13: Afbraak bestaande structuren
> 4. E-2.3: Leveren, plaatsen, aansluiten en indienststellen van het HVB OC tram."

Met een brief van 19 juni 2015 maakt de bvba Sabbe Bedrijf een prijsverantwoording over aan de aanbestedende overheid.

3.4. Er wordt een gunningsverslag opgemaakt, zo lijkt op 22 juni 2015. Daarin wordt onder meer het volgende overwogen:

> "6. Prijsverantwoording onregelmatige eenheidsprijs
> 6.1. Verantwoording Sabbe Bedrijf bvba
> De offerte van de firma Sabbe Bedrijf bvba ligt meer dan 15% onder het gemiddelde van de ingediende offertes. Bijgevolg beschouwen we deze offerte als een potentieel abnormale offerte. Wij hebben de firma Sabbe Bedrijf bvba om een prijsverantwoording gevraagd voor de meest afwijkende posten EN waarvan dit verschil een essentiële waarde vormt in absolute cijfers.
> Wij hebben ook een post genomen die essentieel duurder is dan de andere inschrijvers.

Art-post	omschrijving	Sabbe	Van Huele	Boey
A-030.2.7.8	[…]	24.457,79 €	56.011,35 €	51.512,33 €

S-10.91	[…]	5.525,21 €	43.028,86 €	51.924,46 €
S-11.13	[…]	15.336,86 €	109.154,67 €	111.061,82 €
E-2.3	[…]	49.000 €	24.062,50 €	28.956,00 €

6.1.1 Verantwoording Sabbe Bedrijf bvba:
Een prijsverantwoording werd gevraagd voor volgende posten:
o A-030.2.7.8: Voerbuizen HDPE Diam 160
o S-10.91: Beschoeiing bouwputten – grond- en waterkerend scherm met groutingpalen
o S-11.13: Afbraak bestaande structuren
o E-2.3: Leveren, plaatsen, aansluiten en indienststellen van het HVB OC tram

De verantwoording werd ontvangen op 22/06/2015 (zie bijlage) en is aanvaardbaar voor het bestuur.
De beoordelingscommissie is derhalve van oordeel dat Sabbe Bedrijf bvba een aanvaardbare inschrijvingsprijs heeft die niet als abnormaal laag kan worden beschouwd.
[…]
8. Besluit
Na analyse van de prijzen, geeft dit volgende eindrangschikking:
(bedragen exclusief BTW)

	Inschrijver	bedrag (excl. btw)
1	Sabbe Bedrijf bvba	€660.951,73
2	Van Huele Gebroeders nv	€993.935,31

Voorgesteld wordt om de Algemene aanneming van de verbouwingswerken in het bestaande OC voor de installatie van een nieuwe WDB te Oostende, …, toe te wijzen aan Sabbe Bedrijf bvba voor een bedrag van €660.951,73 exclusief BTW."

3.5. Blijkbaar keurt de verwerende partij dit gunningsverslag goed. Zij wijst de kennisgevingsbrief van 30 juli 2015 aan als de bestreden beslissing.

IV. Schorsingsvoorwaarden

4.1. 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.

4.2. 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.

Overeenkomstig artikel 31 gelden deze bepalingen ook voor opdrachten die de drempelbedragen voor Europese bekendmaking niet bereiken.

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.

V. Onderzoek van het eerste middel

Standpunt van de partijen

5. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 53, § 1, *juncto* artikel 24 van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’, artikel 21 *juncto* artikel 98, § 1, van het koninklijk besluit 16 juli 2012 ‘plaatsing overheidsopdrachten speciale sectoren’, artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ en van het zorgvuldigheidsbeginsel en betoogt als volgt:

> “Doordat Verwerende partij in toepassing van artikel 21 juncto artikel 98, §1 van het koninklijk besluit van 16 juli 2012 gehouden was tot een verplicht prijsonderzoek betreffende de offerte van Belanghebbende Partij;

Overwegende dat uit de bestreden beslissing blijkt dat, terecht, verwerende partij de offerte van belanghebbende partij in rechte heeft gekwalificeerd als ‘een potentieel abnormale offerte’;
Overwegende dat, niettegenstaande voormelde vaststelling, verwerende partij aan belanghebbende partij geen verzoek tot prijsverantwoording heeft overgemaakt wat betreft haar totale inschrijvingsprijs, maar haar verzoek tot prijsverantwoording heeft beperkt tot posten die cumulatief aan twee voorwaarden voldoen, m.n.
(i) de meest afwijkende posten; en
(ii) de posten waarvan dit verschil een essentiële waarde vormt in absolute cijfers.
Overwegende dat een derde post in de prijsverantwoording werd betrokken omdat die essentieel duurder was dan bij de andere inschrijvers;
Overwegende dat de Bestreden Beslissing zich ertoe beperkt te stellen dat de verantwoording van Belanghebbende Partij ‘aanvaardbaar is’ voor Verwerende Partij;
Overwegende dat Verwerende Partij bijgevolg, zonder enige motivering de door Belanghebbende Partij verstrekte verantwoording heeft aanvaard en zich er zonder meer in de Bestreden Beslissing heeft toe beperkt te stellen dat deze ‘aanvaardbaar’ is;
Terwijl, eerste onderdeel, in het kader van een verplicht prijsonderzoek in toepassing van artikel 21, juncto artikel 99, § 1 [lees: 98, § 1] van het Koninklijk Besluit van 16 juli 2012, waarbij, terecht, een aanbestedende overheid een totale inschrijvingsprijs als prima facie abnormaal kwalificeert, deze aanbestedende overheid ertoe gehouden is aan de betrokken inschrijver een prijsverantwoording te vragen voor de totale inschrijvingsprijs en zich niet kan beperken tot een prijsverantwoording die beperkt is tot een aantal eenheidsprijzen van deze offerte;
Terwijl, tweede onderdeel, in het kader van een verplicht prijsonderzoek in toepassing van artikel 21, juncto artikel 98, §1 van het Koninklijk Besluit van 16 juli 2012, Verwerende Partij in haar hoedanigheid van aanbestedende overheid overeenkomstig de formele motiveringsplicht ertoe gehouden is de niet-gekozen inschrijver, in casu Verzoekende Partij, in staat te stellen terdege te beoordelen of het zin heeft zich tegen de Bestreden Beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt, wat inhoudt dat Verzoekende Partij uit de meegedeelde motivering moet kunnen afleiden om welke redenen de prijsverantwoordingen die door Belanghebbende Partij werden verstrekt, in redelijkheid aan Verwerende Partij toelieten om binnen de haar toekomende discretionaire beoordelingsbevoegdheid de inschrijvingsprijs van Tussenkomende Partij alsnog als normaal te beschouwen;
Zodat bijgevolg de Bestreden Beslissing artikel 53, § 1, juncto artikel 24 van de Wet van 15 juni 2006 schendt, alsmede artikel 21, juncto artikel 98, §1 van het Koninklijk Besluit van 16 juli 2012, alsmede de formele motiveringsplicht die is opgenomen in de artikelen 2 en 3 van de Wet van 29 juli 1991 en het zorgvuldigheidsbeginsel.”

De verzoekende partij wijst er in haar toelichting op dat artikel 98, § 2, van het voormelde koninklijk besluit van 16 juli 2012 hier strikt genomen niet van toepassing is aangezien er niet minstens vier offertes werden ingediend maar dat de verwerende partij dit artikel naar analogie heeft toegepast door te oordelen dat de offerte van de firma Sabbe 15% onder het gemiddelde van de ingediende offertes ligt en bijgevolg beschouwd werd als een potentieel abnormale offerte.

In een eerste onderdeel voert de verzoekende partij aan dat gelet op de analoge toepassing van artikel 98, § 2, van het voormelde koninklijk besluit van 16 juli 2012, het verzoek tot prijsverantwoording niet voldeed aan de vereiste van een verzoek tot prijsverantwoording met betrekking tot een *prima facie* abnormaal laag totaal offertebedrag. De verwerende partij heeft immers geen verantwoording gevraagd voor dit totaal offertebedrag maar enkel voor vier individuele posten.

In een tweede onderdeel hekelt de verzoekende partij de motivering van de bestreden beslissing met betrekking tot het prijsonderzoek. Zij wijst er op dat de bestreden beslissing zich beperkt tot de overweging dat de prijsverantwoording “aanvaardbaar” is en dat deze prijsverantwoording niet bij het aan haar meegedeelde gunningsverslag werd gevoegd. Zij meent dan ook dat deze motivering haar niet in staat stelt de kwalitatieve en inhoudelijke beoordeling van het verplicht uitgevoerde prijsonderzoek op haar waarde te beoordelen. In de bestreden beslissing werden, zo vervolgt zij, geenszins de gegeven verantwoordingen opgenomen, noch werd in detail op de aangevoerde elementen ingegaan, laat staan dat werd nagegaan of deze elementen vanuit feitelijk oogpunt correct zijn en voldoen om het wettelijk vermoeden van abnormaliteit op te heffen. Nochtans moet de verzoekende partij op grond van de motivering opgenomen in de bestreden gunningsbeslissing de mogelijkheid hebben om in toepassing van het materiëlemotiveringsbeginsel te kunnen beoordelen of met de passende zorgvuldigheid de door de belanghebbende partij verstrekte verantwoordingen werden onderzocht, getoetst aan artikel 21, § 3, *juncto* artikel 98, § 1, van het voormelde koninklijk besluit van 16 juli 2012 en aansluitend op grond van die toetsing als aanvaardbaar werden gekwalificeerd.

6. De verwerende partij merkt op de eerste plaats op dat het middel een gebrek aan grondslag in rechte vertoont. Zij stelt dat de verzoekende partij er verkeerdelijk vanuit gaat dat artikel 98, § 2, van het voormelde koninklijk besluit van 16 juli 2012 van toepassing is. Dit artikel was het echter niet omdat er slechts drie offertes zijn ingediend terwijl de toepassing ervan minstens vier ingediende offertes veronderstelt.

Voorts betoogt zij dat het middel een gebrek aan feitelijke grondslag heeft. De verwerende partij heeft in haar verzoek tot prijsverantwoording aan de bvba Sabbe Bedrijf enkel prijsverantwoording gevraagd voor bepaalde individuele posten. De verwerende partij stelt dat zij nooit het totale offertebedrag van die inschrijver als *prima facie* laag heeft gekwalificeerd.

Subsidiair merkt de verwerende partij op dat artikel 4, eerste lid, 8°, *juncto* artikel 5, eerste lid, 8°, 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' enkel in een verplichting tot formele motivering voorziet indien de betrokken inschrijver wordt geweerd wat hier niet het geval is; de bvba Sabbe Bedrijf wordt niet geweerd. De toelichting dat de door deze inschrijver gegeven prijsverantwoording "aanvaardbaar" is, is hoe dan ook afdoende. Dit is niet anders in het licht van de voormelde wet van 29 juli 1991; hier moet de voormelde wet van 17 juni 2013 worden toegepast; overigens verplicht de wet van 29 juli 1991 evenmin tot een meer uitgebreide motivering dan die gegeven in het gunningsverslag.

Ten slotte merkt de verwerende partij op dat de verzoekende partij nergens in haar middel "duiding" geeft omtrent de ingeroepen schending van het zorgvuldigheidsbeginsel.

Beoordeling

7. Zoals de verzoekende partij in haar verzoekschrift zelf aangeeft, is artikel 98, § 2, van het voormelde koninklijk besluit van 16 juli 2012 hier niet uit zichzelf van toepassing. Het werd volgens de verzoekende partij bij analogie

toegepast. Voorts meent de verzoekende partij dat de verwerende partij met haar vraag tot prijsverantwoording gesteld aan de bvba Sabbe Bedrijf polste naar de totaalprijs.

Uit de bewoordingen van het gunningsverslag, waarvan de partijen lijken aan te nemen dat het de motivering vormt van de bestreden beslissing, lijkt het dat het de verzoekende partij niet ten kwade mag worden geduid dat zij meende dat er een problematiek van een abnormale totaalprijs was. Er is in dit verslag immers sprake van de 15% drempel eigen aan een dergelijke problematiek, waarbij de verwerende partij stelt dat “bijgevolg” het gaat om een potentieel abnormale offerte; alsdan stelt de verwerende partij in het verslag dat zij de bvba Sabbe Bedrijf om prijsverantwoording heeft gevraagd “voor de meest afwijkende posten EN waarvan dit verschil een essentiële waarde vormt in absolute cijfers”; het is zeer aannemelijk dat hieronder mag worden begrepen posten die een groot bedrag uitmaken in functie van de totaalprijs. Overigens merkt de verwerende partij in het verslag op dat zij “ook” verantwoording vraagt voor een post die essentieel duurder is dan bij de andere inschrijvers, frasering die eerder lijkt te verwijzen naar het feit dat de verwerende partij naast haar interesse voor de totaalprijs ook een individuele post in het vizier heeft.

Wanneer thans uit de in het administratief dossier bijgebrachte brief om prijsverantwoording van de verwerende partij aan de bvba Sabbe Bedrijf blijkt dat er schijnbaar geen sprake is van een vraag naar de totaalprijs maar dat het enkel zou gaan om individuele posten, mag met de verzoekende partij, die zulks aangeeft tijdens haar pleidooi, worden aangenomen dat haar kritiek inzake de formelemotiveringsplicht ook mag gelden ten aanzien van de handelwijze van de verwerende partij inzake die individuele posten. De verwerende partij lijkt immers zelf verantwoordelijk voor de verwarring bij de verzoekende partij wat betreft het precieze voorwerp van haar vraag tot prijsverantwoording.

8. De bestreden beslissing moet, teneinde te voldoen aan de formelemotiveringsplicht die de verzoekende partij afleidt uit de voormelde wet van 29 juli 1991, de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen; die motivering moet afdoende zijn teneinde de

belanghebbende in staat te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt.

Luidens artikel 5 van de voormelde wet van 17 juni 2013 bevat de in artikel 4 bedoelde gemotiveerde beslissing, naargelang de procedure en het soort beslissing, onder meer:

> "9° de namen van de gekozen inschrijver of de gekozen deelnemer of deelnemers bij de raamovereenkomst en van de deelnemers en inschrijvers van wie de regelmatige offerte niet werd gekozen en de juridische en feitelijke motieven, waaronder de kenmerken en relatieve voordelen van de gekozen offerte, voor de beslissingen die daarop betrekking hebben".

Zoals de Raad reeds overwoog in het arrest nv Mourik, nr. 227.056 van 7 april 2014 en het arrest nv Verkeer Signalisatie en Elektronica, nr. 230.263 van 20 februari 2015 mag worden aangenomen dat in de gunningsbeslissing de redenen worden opgegeven waarom een gekozen offerte na prijsonderzoek regelmatig wordt bevonden. In dat geval lijkt deze beoordeling immers deel uit te maken van "de kenmerken en relatieve voordelen van de gekozen offerte".

Te dezen is dit niet het geval. De loutere vermelding in het gunningsverslag dat de prijsverantwoording van de bvba Sabbe Bedrijf die overigens niet bij dit verslag is gevoegd, noch erin wordt geëxpliciteerd, en slechts als vertrouwelijk stuk in het administratief dossier is opgenomen, "aanvaardbaar" is, volstaat in elk geval niet als afdoende formele redengeving.

In de mate dat de verwerende partij mocht opmerken dat de voormelde wet van 29 juli 1991 waarop de verzoekende partij zich beroept, niet van toepassing is, volstaat het hier vast te stellen dat de verwerende partij nalaat voldoende duidelijk uiteen te zetten waarin de vereisten vervat in die wet zouden afwijken van die van de voormelde wet van 17 juni 2013.

Het middel is ernstig.

VI. Besluit

9. Het eerste middel is ernstig gebleken. De schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing dient dan ook te worden bevolen. De kosten worden in beraad gehouden.

BESLISSING

De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van de Vlaamse Vervoermaatschappij De Lijn waarbij de overheidsopdracht van aanneming van verbouwingswerken in het bestaande onderhoudscentrum voor de installatie van een nieuwe wieldraaibank te Oostende wordt gegund aan de bvba Sabbe Bedrijf voor een bedrag van 660.951,73 euro, btw niet inbegrepen.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 8 september 2015, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad, waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Bram Van Thillo,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Bram Van Thillo	**Pierre Barra**