RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 232.958 van 19 november 2015
in de zaak A. 203.576/XII-6835

In zake: de NV BOUWBEDRIJF VMG-DE COCK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Filip Geerts
kantoor houdend te 9300 Aalst
Bauwensplaats 1 bus 10
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de REGIE DER GEBOUWEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Luc Wynant
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 221
bij wie woonplaats wordt gekozen
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Evelien De Both

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 22 maart 2012, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing van de Regie der Gebouwen van 1.12.2011 tot gunning, ingevolge openbare aanbesteding, van de aanneming inhoudende de herinrichting van de inkom en het ombouwen van de ambtswoning naar burelen van de gevangenis te Dendermonde, aan de nv Abotec, alsook van de beslissing tot het niet weerhouden van de offerte van de [nv Bouwbedrijf VMG–De Cock] als laagste regelmatige”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Eerste auditeur Luc Vermeire heeft een 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 20 oktober 2015.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Filip Geerts, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Evelien De Both, die loco advocaat Luc Wynant verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Luc Vermeire 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. In het arrest nr. 218.441 van 13 maart 2012, waarbij de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de bestreden gunningsbeslissing is verworpen, worden de feiten als volgt weergegeven:

“3.1. Verwerende partij schrijft een openbare aanbesteding uit voor een aanneming van werken, in de aankondiging genaamd “Dendermonde – Sint-Jacobstraat 26 – Gevangenis – Herinrichten inkom en ombouwen ambtswoning naar burelen”.

De geraamde waarde van de opdracht bedraagt 133.422,10 euro.

3.2. De aankondiging van de opdracht wordt op 29 augustus 2011 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen.

3.3. Het bijzonder bestek nr. 2011/410044/287A is op deze opdracht van toepassing.

3.4. De opening van de offertes vindt plaats op 6 oktober 2011. Er worden zeven offertes ingediend waaronder deze van verzoekende partij en van de nv Abotec.

3.5. In een brief van 1 december 2011 van het diensthoofd Vlaanderen Regio West aan de directeur-generaal operationele diensten – dit schrijven werd door verwerende partij aan verzoekende partij bezorgd als ‘aanbestedingsverslag’ – wordt de volgende rangschikking na controle van de rekenkundige bewerkingen opgenomen:

‘1.	nv Abotec:	150.237,25
2.	nv Bouwbedrijf VMG-De Cock:	169.400,00
3.	nv Bouwwerken De Ruyck:	173.681,74
4.	nv Ardicor:	178.009,32
5.	nv Bouwwerken De Raedt Ivan:	205.667,14
6.	bvba Veldeman Aannemingen:	209.496,80
7.	bvba Collewaert:	227.810,73’.

De nv Abotec is aldus met 150.237,25 euro de laagste inschrijver, vóór verzoekende partij met 169.400 euro.

Met toepassing van artikel 110, § 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, wordt vervolgens het gemiddelde van de aangeboden prijzen berekend, dit is 181.689,55 euro, en vastgesteld dat het grensbedrag waaronder het eventueel abnormaal karakter van de prijs moet worden nagezien 154.436,12 euro bedraagt. Er wordt opgemerkt dat dit grensbedrag door de laagste bieder, de nv Abotec, nipt niet werd behaald.

3.6. Met een blijkbaar aangetekend verzonden brief gedateerd op 11 oktober 2011 deelt verwerende partij aan de nv Abotec mee ‘dat [haar] inschrijving van 06/10/2010 ten bedrage van € 150.237,25 abnormaal laag is, volgens art. 110 § 3 en 4 van het K.B. van 8.1.1996, voor een uitvoering conform het lastenboek’. De nv Abotec wordt gevraagd binnen

12 kalenderdagen ‘een omstandige verantwoording te geven voor het totaalbedrag van [haar] offerte. Er kan enkel met een verantwoording rekening worden gehouden indien er objectieve factoren kunnen aangetoond worden die een becijferbaar kostenvoordeel met zich meebrengen’.

3.7. Met een brief van 20 oktober 2011 deelt de nv Abotec een verantwoording mee.

3.8. In de voormelde brief van 1 december 2011 worden deze verantwoording en de prijzen van de nv Abotec aanvaard.

3.9. Op 1 december 2011 wordt door het betrokken diensthoofd van verwerende partij een afzonderlijke gunningsbeslissing opgesteld en ondertekend. De voormelde rangschikking wordt hernomen en de keuze van de offerte van de nv Abotec als laagste regelmatige offerte wordt als volgt gemotiveerd:

> ‘Dat de offerte van de NV ABOTEC moet worden beschouwd als de laagste regelmatige offerte gelet op:
> - de aanvaarde prijsverantwoording omtrent de totaalprijs
> - het definitief weerhouden bedrag van de offerte t.b.v. 150.237,25 €
> - de conformiteit van de offerte met de essentiële bepalingen van het bestek,
> - het voldaan zijn aan de vormvereisten voor de offerte gesteld door titel VI van het K.B. van 8 januari 1996, het ontbreken van enig voorbehoud of van bestanddelen die niet met de werkelijkheid overeenkomen,
> - het voldoen door de aannemer aan de eisen gesteld voor de kwalitatieve selectie:
>   - het voldaan zijn aan de verplichtingen inzake R.S.Z.-bijdragen
>   - de erkenning in de categorie D klasse 2 onder nr.31.652.
>   - het nazicht in de database waaruit blijkt dat deze aannemer geen sociale schulden heeft’.

Dit is de bestreden beslissing.

3.10. Met een aangetekend schrijven van 25 januari 2012 deelt verwerende partij aan verzoekende partij mee dat de opdracht niet aan haar werd toegewezen.

Volgens [de memorie van antwoord] wordt ook op 25 januari 2012 aan de nv Abotec meegedeeld dat haar offerte werd gekozen en goedgekeurd, dat de uitvoering van de opdracht aan haar wordt toegewezen en dat de aanbestedende overheid tot de uitvoering overgaat.

3.11. In een blijkbaar aangetekend verzonden brief van 26 januari 2012 verwijst verzoekende partij naar de kennisgevingsbrief van 25 januari 2012, merkt zij op dat in de gunningsbeslissing van 1 december 2011 wordt verwezen naar een aanvaarde prijsverantwoording omtrent de totaalprijs maar dat deze prijsverantwoording ontbreekt en vraagt zij kopie mee te delen van de door de nv Abotec gegeven prijsverantwoording.

3.12. In een aangetekende brief van 7 februari 2012 antwoordt verwerende partij dat de prijsverantwoording van de nv Abotec omwille van het vertrouwelijk karakter ervan niet kan worden bezorgd. Wel wordt verzoekende partij een kopie van 'het aanbestedingsverslag' bezorgd - dit is de voormelde brief van 1 december 2011 – 'waarin u onze besluitvorming kan nagaan'."

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4. Wat het beroep tegen de impliciete weigeringsbeslissing betreft, dient, opdat dit ontvankelijk zou zijn, te worden nagegaan of de verzoekende partij een middel aanvoert dat, gelet op alle gegevens waarmee in het kader van het beroep moet worden rekening gehouden, tot de uitzonderlijke vaststelling leidt dat de verwerende partij geen andere keuze meer heeft dan de opdracht aan de verzoekende partij te gunnen. De ontvankelijkheid van het beroep hangt in die mate samen met de grond van de zaak.

V. Onderzoek van de middelen

5. De verzoekende partij voert drie middelen aan, die alle het prijsonderzoek betreffen. Hierna zullen de middelen samen worden beoordeeld.

A. Uiteenzetting van het eerste middel

6. De verzoekende partij betoogt in een eerste middel dat artikel 15 van de wet van 24 december 1993 'betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten' (hierna : de wet van 24 december 1993) en artikel 110, § 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' (hierna: koninklijk besluit van 8 januari 1996) zijn geschonden.

De verzoekende partij stelt dat het feit dat de verwerende partij op grond van artikel 110, § 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 – de offerteprijs van de gekozen inschrijver is 17,3% lager dan het gemiddelde – een prijsverantwoording vroeg, ontegensprekelijk aantoont dat er "naar inzichten van de verwerende partij geen (afdoende) elementen waren om de door de nv Abotec geboden prijs te aanvaarden zonder de inschrijver om een verantwoording te vragen".

Zij licht vervolgens toe dat in de brief van 1 december 2011 aan haar meegedeeld als het aanbestedingsverslag aangaande de problematiek van de abnormale prijzen, drie onderscheiden kwesties worden besproken. In punt B.1 wordt het eventuele abnormaal lage karakter van de totaalprijs van de nv Abotec in het licht van artikel 110, § 4, besproken en wordt die prijs als niet abnormaal laag aangezien. De overwegingen in voormeld aanbestedingsverslag in punt B.2 dat "de offerte van de nv Abotec dan ook niet als abnormaal hoog wordt aanzien ten opzichte van de door het bestuur te laag ingeschatte raming" en in punt B.3 dat de prijzen die de gekozen inschrijver bood voor de posten uitgedrukt in vermoedelijke hoeveelheden niet worden vermoed speculatieve eenheidsprijzen te zijn, hebben volgens de verzoekende partij geen betrekking op het verplichte onderzoek in het kader van voormeld artikel 110, § 4, en spelen in het kader van dat artikel dan ook geen rol. Overigens omvatten die posten die zijn uitgedrukt in vermoedelijke hoeveelheden minder dan 15% van het totale inschrijvingsbedrag van de nv Abotec, gaat het slechts om 35 van de in totaal 127 posten en volstaat "[d]e stelling dat de eenheidsprijzen die voor deze posten werden geboden geen speculatief karakter laten vermoeden (waarbij dient opgemerkt dat op geen enkele manier wordt verduidelijkt, laat staan aangetoond hoe tot deze besluitvorming werd gekomen), […] in geen geval om een vermoeden van abnormaliteit inzake de totaalprijs weg te nemen, nu op die manier méér dan 85% van de totaalprijs en méér dan 72% van de posten niet-onderzocht en onbesproken worden gelaten".

De verzoekende partij betoogt voorts dat het antwoord van de gekozen inschrijver in geen geval een deugdelijke, afdoende verantwoording was

voor de schijnbaar abnormaal lage totaalprijs. Noch een “herberekening” noch de mededeling dat een winstmarge van 15% en een “risicomarge” van 5% werd ingecalculeerd, verklaren “waarom de prijs dermate afwijkt van de prijzen van de andere inschrijvers en […] waarom hij toch als aanvaarbaar kan worden gekwalificeerd. Indien er werkelijk een winstmarge van 15% (wat ongewoon en eigenlijk onrealistisch hoog is) en ook nog eens een ‘risicomarge’ van 5% (bovenop de normale kostprijs) werd ingecalculeerd, dan betekent dit dat de eigenlijke kostprijs (materialen, uurlonen, vaste en variabele kosten...) die de nv Abotec zou hebben ingecalculeerd nog veel meer afwijkt van de prijzen van de andere inschrijvers. Eerder dan de abnormaal laag geachte prijs te verantwoorden, heeft de nv Abotec op deze manier het vermoeden van abnormaliteit nog versterkt.”

Het argument in het aanbestedingsverslag dat de inschrijvingsprijs van deze inschrijver ook maar nipt onder het grensbedrag komt, is niet correct aangezien de inschrijvingsprijs van de nv Abotec 17,3% afwijkt van het gemiddelde zoals berekend conform voormeld artikel 110, § 4, en dus 2,3% méér afwijkt dan toegelaten. Bovendien volstaat deze stelling sowieso niet om de offerte als geldig te beschouwen. De wettelijke drempel biedt immers geen speelruimte en dient te worden gerespecteerd. Het is een aanbestedende overheid bijgevolg niet toegelaten om, in geval van een grotere afwijking, te beslissen dergelijke offerte te aanvaarden zonder een concrete, afdoende en aanvaardbare motivering daaromtrent in de gunningsbeslissing en zonder een afdoende, deugdelijke verantwoording vanwege de inschrijver. De verwerende partij heeft voorts geen andere elementen aangehaald dan diegene die de nv Abotec in haar antwoord heeft vermeld, die zouden kunnen motiveren waarom die offerte, ondanks het wettelijk vermoeden van abnormale totaalprijs, toch als geldig werd aanvaard.

7. In de memorie van wederantwoord benadrukt de verzoekende partij dat uit het administratief dossier zeer duidelijk blijkt dat de verwerende partij “geen elementen/argumenten zag om de offerte van de nv Abotec als geldig te weerhouden zonder een prijsverantwoording te vragen”, dat zij aan de nv Abotec een prijsverantwoording heeft gevraagd, dat zij vervolgens van de nv Abotec een antwoord heeft gekregen dat helemaal geen prijsverantwoording

inhoudt en als zodanig gelijkgeschakeld moet worden met het ontbreken van een antwoord en dat zij “spijts het ontbreken van een afdoend antwoord toch heeft beslist om de offerte van de nv Abotec te weerhouden teneinde op die manier toch te kunnen genieten van de veel lagere prijs die deze inschrijver had geboden”. Inzake het argument dat het grensbedrag van artikel 110, § 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 maar nipt zou zijn overschreden, herhaalt zij dat dit niet alleen niet correct is maar ook niet volstaat om de offerte “als geldig te weerhouden”.

De verzoekende partij wijst er nog op dat de nv Abotec in de “zogezegde ‘verantwoording’” op geen enkele wijze aantoont dat zij “een winstmarge heeft ingecalculeerd van in totaal 20%”, al was het maar door een gedetailleerde opsplitsing van haar eenheidsprijzen, en dat een dergelijke winstmarge “volstrekt ongeloofwaardig is, want economisch onmogelijk. Winstpercentages van 10% vormen een maximum, wil men een concurrentiële offerte indienen en kans maken op toewijzing van de opdracht.” Zij herhaalt dat deze bewering van de nv Abotec bovendien het vermoeden van abnormaliteit van de prijs versterkt. Met de verklaring van de nv Abotec dat zij een “extreem hoge winstmarge” hanteert, wordt geen verklaring of verantwoording geboden voor het prijsniveau van materialen, uitvoeringskost en vaste en variabele kosten, dat eigenlijk nog lager ligt dan de aanbestedende overheid had kunnen vermoeden; “een zeer hoge winstmarge zou een verklaring kunnen vormen voor een abnormaal hoge prijs, niet voor een abnormaal lage prijs”. Het antwoord van de nv Abotec vormt aldus geen “omstandige verantwoording van het totaalbedrag” zoals gevraagd door de verwerende partij in haar brief van 11 oktober 2011. Niettegenstaande in dat verzoek wordt benadrukt dat “enkel met een verantwoording rekening kan worden gehouden indien er objectieve factoren kunnen aangetoond worden die een becijferbaar kostenvoordeel met zich meebrengen […] werden [er] geen objectieve factoren voorgebracht, verre van dat een becijferbaar kostenvoordeel wordt aangetoond”.

De verzoekende partij gaat ook in op de eigen raming van de verwerende partij en meent dat deze geen element vormt om te besluiten dat de door de nv Abotec gehanteerde prijzen niet abnormaal laag waren. Een raming die aanzienlijk lager is dan alle zeven inschrijvingsprijzen, inbegrepen degene die

ingevolge artikel 110, § 4, abnormaal laag wordt geacht, kan bezwaarlijk als een dienstig element of een betrouwbaar referentiepunt worden aangezien. Integendeel, zo vervolgt de verzoekende partij, is dit gegeven een ernstige aanwijzing dat de raming niet deugdelijk en correct werd opgemaakt en aan een nader onderzoek dient te worden onderworpen. Een raming kan in het kader van het nazicht naar abnormale prijzen evident slechts een dienstig element of een dienstige referentiebasis vormen wanneer het een deugdelijke en geactualiseerde raming betreft. De verwerende partij kwam zelf in het aanbestedingsverslag ook tot het besluit dat de raming wellicht niet betrouwbaar was en het is in dat licht "bedenkelijk" dat zij in de memorie van antwoord beweert dat zij de prijs van de nv Abotec als normaal mocht beschouwen op grond van die raming. De verwerende partij heeft de raming in het gunningsverslag ook niet gehanteerd als element om de prijs van de nv Abotec niet als abnormaal laag te beschouwen, maar wel om de prijs van de nv Abotec niet als abnormaal hoog te beschouwen.

Wat de eenheidsprijzen van de nv Abotec betreft, herhaalt de verzoekende partij dat in het aanbestedingsverslag inzake het eventueel speculatief karakter van prijzen enkel conclusies werden getrokken inzake posten die waren uitgedrukt in vermoedelijke hoeveelheden, maar dat die posten minder dan 15% van het totale inschrijvingsbedrag van de nv Abotec omvatten en slechts 35 van de in totaal 127 posten betreffen. Omtrent de posten uitgedrukt in forfaitaire hoeveelheden en tegen globale prijs, die méér dan 85% van het kostenplaatje vertegenwoordigen, werd blijkbaar geen onderzoek gedaan. De loutere stelling in de memorie van antwoord dat er geen abnormale eenheidsprijzen zouden zijn te vinden in de offerte van de nv Abotec volstaat niet en wordt trouwens tegengesproken door de gegevens die terug te vinden zijn in het administratief dossier. Reeds in het verzoekschrift tot nietigverklaring, zo vervolgt de verzoekende partij, werd in het tweede middel een overzicht gegeven van een heel aantal eenheidsprijzen van de nv Abotec die zeer sterk afwijken van de raming, het gemiddelde van de eenheidsprijzen van alle andere inschrijvers en van het gemiddelde zoals berekend conform het voormelde artikel 110, § 4. Het feit dat het totaalbedrag van de nv Abotec 17,3% lager was dan het gemiddelde zoals te berekenen op grond van het voormelde artikel 110, § 4, noopt overigens tot de conclusie dat er een heel aantal eenheidsprijzen moeten zijn die aanzienlijk lager zijn dan deze van de andere inschrijvers. Het is immers onmogelijk stuk

voor stuk normale, vergelijkbare eenheidsprijzen op te geven en toch uit te komen op een totaalbedrag dat aanzienlijk afwijkt van de totaalbedragen van de andere inschrijvers.

B. Uiteenzetting van het tweede middel

8. Een tweede middel put de verzoekende partij uit de schending van artikel 15 van de wet van 24 december 1993, samen met artikel 110, §§ 2 en 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996.

De verzoekende partij betoogt samengevat dat de verwerende partij in het kader van haar plicht om te onderzoeken of de ingediende offertes regelmatig zijn, ook dient na te gaan of de offertes geen abnormaal hoge of abnormaal lage eenheidsprijzen bevatten. Het aanbestedingsverslag vermeldt weliswaar dat een onderzoek zou zijn gedaan inzake de eenheidsprijzen doch het besluit is beperkt tot de posten die uitgedrukt waren in vermoedelijke hoeveelheden. Zij herhaalt dat die posten echter minder dan 15% van het totale inschrijvingsbedrag van de nv Abotec omvatten en slechts 35 van de in totaal 127 posten betreffen en dat niet wordt vermeld wat de bevindingen waren omtrent de posten uitgedrukt in forfaitaire hoeveelheden en tegen globale prijs, die méér dan 85% van het “kostenplaatje” vormen. Het valt volgens haar dan ook “ten zeerste te betwijfelen dat de verwerende partij een werkelijk onderzoek heeft gedaan m.b.t. de eenheidsprijzen”.

Vervolgens vergelijkt de verzoekende partij in een tabel voor 16 posten de prijs van de nv Abotec met de raming, de gemiddelde andere prijzen en het “gemiddelde cf. art. 110, § 4 K.B. 8.1.1996” en meent zij dat de verschillen tussen de prijzen van de nv Abotec, enerzijds, en de raming en de gemiddelden, anderzijds, dermate groot zijn dat zij de verwerende partij zouden zijn opgevallen indien zij werkelijk een nazicht inzake abnormale eenheidsprijzen had gedaan.

Concreet geeft de verzoekende partij het volgende voorbeeld:

> “Zo heeft de NV Abotec voor art. 14.04.33 A een prijs gegeven van 125 euro per stuk. Het gaat om de levering en plaatsing van een vlakke stortbadbak in kunststof. In het bestek werd voorgeschreven dat de thermostatische muurmengkraan uit [verchroomd] messing met een temperatuurbegrenzing alsook een sproeikop (model antivandalisme), eveneens uit [verchroomd] messing, inbegrepen moeten zijn in de prijs evenals het aansluiten van de afloopgarnituur, het plaatsen van de kraan en de douchekop en de afwerking van de zijden onderaan (stuk 10). Het kan niet ernstig worden betwijfeld dat dit alles onmogelijk kan gebeuren tegen een prijs van amper 125 euro.”

9. In de memorie van wederantwoord benadrukt de verzoekende partij dat de *ratio legis* van het onderzoek inzake abnormale prijzen niet alleen is gelegen in de bescherming van de belangen van de aanbestedende overheid, maar ook in de belangen van de andere inschrijvers en het algemeen belang. Indien de overheid een offerte met abnormaal lage prijzen “weerhoudt” en de opdracht toewijst aan degene die een dergelijke offerte heeft ingediend, dan loopt zij niet alleen het risico op een ondeugdelijke of onveilige uitvoering van de werken – met risico’s die zich niet alleen tot de aanbestedende overheid beperken – maar zou zij ook concurrentievervalsing ondersteunen. Als aan een aanbestedende overheid volledig de vrije hand zou worden gelaten en er, nog los van artikel 110, § 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, slechts een verplichting tot onderzoek inzake abnormale prijzen zou zijn wanneer de aanbestedende overheid de intentie heeft om de offerte te weren, dan zou de wetgeving inzake abnormale prijzen dode letter worden en haar doel missen en zou men de overige inschrijvers in de kou laten staan.

Voorts betwist de verzoekende partij dat het feit dat bepaalde eenheidsprijzen van een inschrijver, te dezen de nv Abotec, hoger zijn dan de eenheidsprijzen die één andere inschrijver, te dezen de verzoekende partij, voor die posten heeft geboden, toelaat te concluderen, zoals de verwerende partij in haar memorie van antwoord doet, dat geen van de eenheidsprijzen van de gekozen inschrijver – de nv Abotec – abnormaal zijn. Het kan in ieder geval niet de vaststelling tenietdoen dat een heel aantal eenheidsprijzen van de nv Abotec aanzienlijk afwijken van zowel de raming als van het gemiddelde van de prijzen van de andere inschrijvers. De verwerende partij gaat ook niet in op die afwijking, en betwist ook niet en voert geen argumentatie omtrent het feit dat zij

hooguit onderzoek heeft gedaan en een evaluatie heeft gemaakt inzake de posten die waren uitgedrukt in vermoedelijke hoeveelheden, terwijl deze posten slechts een fractie uitmaken van de volledige opdracht.

C. Uiteenzetting van het derde middel

10. In een derde en laatste middel voert de verzoekende partij de schending aan van "de beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid de formele motiveringsplicht, de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel", in wezen omdat de verwerende partij niet zorgvuldig zou hebben gehandeld door een antwoord van de nv Abotec als afdoende te aanvaarden terwijl dit antwoord geen enkele werkelijke verklaring biedt voor het lage prijsniveau. Aangezien de verwerende partij enkel de beslissing vermeldt, de aanvaarding van de zogenaamde "verantwoording", maar niet de overwegingen waarop die beslissing is gesteund, vormt dit een schending van de formele-, minstens de materiëlemotiveringsplicht.

11. In de memorie van wederantwoord benadrukt de verzoekende partij dat het antwoord van de nv Abotec "geen enkel element [bevat] dat kan verklaren, laat staan rechtvaardigen, waarom haar totaalprijs zo laag is ten opzichte van de andere inschrijvingsprijzen" en dat "de verwerende partij […] ook niet [verduidelijkt] hoe het antwoord het abnormale karakter kon verklaren/rechtvaardigen". Zij herhaalt dat de "informatie" waarover de verwerende partij beschikte en die er haar niet van weerhield om toch een vraag om prijsverantwoording te richten aan de nv Abotec, niet toeliet de offerte van de nv Abotec als geldig te "weerhouden". Anders dan de verwerende partij betoogt, blijkt uit het gunningsverslag en de bestreden beslissing dat er slechts één element was waarop zij zich heeft gesteund om te beslissen dat de totaalprijs van de nv Abotec niet abnormaal laag was en de offerte om die reden niet moest worden geweerd, namelijk het antwoord van de nv Abotec.

D. Laatste memorie

12. In de laatste memorie benadrukt de verzoekende partij aangaande de drie middelen samen nog het volgende:

- wanneer de voorwaarden vervat in artikel 110, § 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 zijn vervuld, wordt de plicht tot nader prijsonderzoek niet afhankelijk gesteld van het standpunt dat de aanbestedende overheid omtrent de schijnbaar abnormale prijs mocht hebben;
- gelet op de talrijke arresten die de Raad van State reeds heeft gewezen omtrent elementen die als “prijsverantwoording” werden ingeroepen, is het duidelijk dat het antwoord van de nv Abotec geen enkele verklaring vormt voor het prijsniveau en dus geen verantwoording vormt;
- het is aan de inschrijver die om prijsverantwoording wordt gevraagd om aan te geven welke de elementen zijn die een verklaring zouden vormen voor het aanzienlijke prijsverschil met de andere inschrijvers en om aan te tonen dat de elementen die hij ter verklaring inroept werkelijkheid zijn en van die aard en omvang dat zij effectief een verklaring (kunnen) vormen voor het concrete prijsverschil; het is niet aan de verzoekende partij om aan te tonen dat de prijzen van de nv Abotec abnormaal of speculatief waren;
- het staat voldoende vast dat het antwoord van de nv Abotec op de vraag om prijsverantwoording geen verklaring vormt voor het aanzienlijke prijsverschil zodat het in geen geval als een werkelijke, aangetoonde en afdoende prijsverantwoording mocht worden aanzien. Een winstmarge van 15% met daar bovenop ook nog eens een risicopercentage van 5% kan eenvoudigweg geen vermoedelijke abnormaal lage prijs verklaren;
- in het geval van een vraag om prijsverantwoording mag de aanbestedende overheid niet op grond van andere elementen dan degene die vervat zitten in het (ontoereikend) antwoord van de inschrijver, toch nog de offerte als geldig “weerhouden”; bovendien beschikte de verwerende partij te dezen niet over andere elementen;
- voor de aanvaarding van de prijsverantwoording kan geen steun worden gevonden in een onrealistische lage raming: enkel in het nazichtsverslag wordt verwezen naar de raming; de

inschrijvingsprijs van de nv Abotec week méér dan 15% af van het gemiddelde van de andere inschrijvers; alle offertes, met inbegrip van deze waaraan een vermoeden van abnormaliteit kleefde, weken zeer sterk af van de raming; de verwerende partij omschreef haar eigen raming (minstens voor een deel ervan) als “onderschat”;

- zeker 2/3de van de eenheidsprijzen van de nv Abotec weken minstens 20% (en gaande tot meer dan 500%) af van de geraamde eenheidsprijzen; minder dan 15% van de eenheidsprijzen van de nv Abotec zouden door de verwerende partij (volgens eigen bewering) zijn onderzocht; daarvan wijken maar liefst 66% meer dan 20% af van de geraamde eenheidsprijzen (met uitschieters tot 300%).

Beoordeling

13. De partijen betwisten niet dat artikel 110, § 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 hier nog van toepassing is, en dat de aanbestedende overheid de offerte van de gekozen inschrijver op grond van het voormelde artikel diende te beschouwen als een offerte waarvan het eventueel abnormale karakter van de prijs moest worden nagezien.

In dat geval diende de verwerende partij, overeenkomstig het laatste lid van deze bepaling, ofwel in de beslissing om de opdracht te gunnen 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.

Te dezen heeft de verwerende partij de nv Abotec om een prijsverantwoording gevraagd.

Met de verzoekende partij kan worden vastgesteld dat de bestreden beslissing enkel verwijst naar “de aanvaarde prijsverantwoording omtrent de totaalprijs”. In een brief van 1 december 2011 aan de verzoekende partij meegedeeld als het “aanbestedingsverslag”, en waarvan zij dus kennis heeft

gekregen, heeft de verwerende partij echter ook de volgende overwegingen gewijd aan het “onderzoek van de bekomen inschrijvingsprijzen”:

> “B. Onderzoek van de bekomen inschrijvingsprijzen
> B.1. In toepassing van artikel 110 § 4 van het KB van 8 januari 1996 werden de inschrijvingsprijzen vergeleken met het gemiddelde van de aangeboden prijzen. Na berekening bedraagt het gemiddelde: 181.689,55 €. Het grensbedrag waaronder een inschrijving als abnormaal laag dient aanzien te worden bedraagt 154.436,12 €.
> Dit grensbedrag werd door de laagste bieder, de nv Abotec, nipt overschreden. Er werd hen dan ook om verantwoording gevraagd omtrent het totaalbedrag van hun inschrijving.
>
> Onderzoek van de geboden verantwoording van de nv Abotec
> Door deze firma wordt in hun verantwoording verwezen naar een grondige herberekening van hun offerte.
> Er werd rekening gehouden met een normale winstmarge van 15%. Tevens werd rekening gehouden met de te verwachten moeilijkheden inzake uurregeling die zich kunnen voordoen om werken uit te voeren in een gevangenis en werd hiervoor als bijkomende marge een verhoging van 5% op de totaalprijs voorzien.
> Vermits de inschrijvingsprijs van deze firma ook maar nipt onder het grensbedrag komt, werd deze verantwoording door de leidend ambtenaar, dhr. Luc Verhoeven, als aanvaardbaar beschouwd.
> Gelet op de aanvaarde verantwoording omtrent de totaalprijs wordt deze inschrijving dan ook niet als abnormaal laag aanzien ten opzichte van het gemiddelde van de aangeboden prijzen.
>
> B.2. Deze werken werden geraamd op 133.422,10 €. Het verschil met de laagste offerte die in aanmerking komt om te worden goedgekeurd, nl. deze van de nv Abotec, bedraagt 12.6 % in meer. Alle 7 offertes zijn gevoelig hoger dan de raming wat laat vermoeden dat de raming werd onderschat.
> Na een vergelijking met de raming en de bekomen eenheidsprijzen blijkt de raming echter vrij correct te zijn. Enkel bij enkele schilder- en behangwerken en sommige posten van het binnenschrijnwerk werd de raming duidelijk te laag ingeschat.
> De offerte van de nv Abotec wordt dan ook niet als abnormaal hoog aanzien ten opzichte van de door het bestuur te laag ingeschatte raming.
>
> B.3. Na onderzoek van de bekomen eenheidsprijzen werden geen prijzen aangetroffen, voor posten uitgedrukt in V.H., die een speculatief karakter laten vermoeden.”

De bestreden beslissing steunt bijgevolg wel degelijk op een aantal formele motieven – de vraag of deze afdoende draagkrachtig zijn, wordt hierna besproken. De verzoekende partij toont hier dan ook niet concreet aan waarom zij niet in de mogelijkheid was om, op grond van de bestreden beslissing en het haar ook meegedeelde "aanbestedingsverslag", waarvan zij in ieder geval kennis kreeg vóór het indienen van het verzoekschrift, de gunningsbeslissing met kennis van zaken te betwisten zodat voldaan blijkt aan de formelemotiverings-plicht, minstens aan de *ratio legis* ervan. De verzoekende partij geeft trouwens in haar middelen ook inhoudelijke kritiek op die motivering en geeft aldus ervan blijk dat zij de motieven kende.

14. Onder "punt B.1" van het aanbestedingsverslag beoordeelt de verwerende partij met verwijzing naar de in de prijsverantwoording meegedeelde winstmarge van 15% – die als "normaal" wordt beschouwd – en een bijkomende verhoging van de totaalprijs met 5% – als compensatie voor "de te verwachten moeilijkheden inzake uurregeling die zich kunnen voordoen om werken uit te voeren in een gevangenis" – de verantwoording als aanvaardbaar, "ook" omdat de inschrijvingsprijs van de nv Abotec "maar nipt onder het grensbedrag komt".

Weliswaar vormen de toepassing van "een ruime winstmarge" en nog een bijkomende "risicomarge" niet onmiddellijk een verklaring voor een lage totaalprijs, en kan de toepassing ervan "ongewoon" worden genoemd, toch betekent dit niet op zich dat die marges ook "volstrekt ongeloofwaardig" of "onrealistisch hoog" zouden zijn. De verzoekende partij betwist in ieder geval niet de verklaring die wordt gegeven voor de toepassing van een "risicomarge". Overigens mag worden aangenomen dat de verwerende partij er bij dergelijke marges redelijkerwijze van uit mocht gaan dat deze minstens van aard zijn om de mogelijke risico's verbonden aan de te lage prijzen te beperken.

De vaststelling dat de totaalprijs "2,3 % méér afwijkt dan toegelaten" op grond van artikel 110, § 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 houdt voorts weliswaar in dat er "geen speelruimte is wat betreft het grensbedrag" en dat de offerte moest worden beschouwd als een offerte waarvan het abnormaal karakter van de prijs moest worden nagezien door de aanbestedende overheid, hetgeen te dezen ook is gebeurd, maar niet dat daarom

op zich die prijs abnormaal is noch dat de overheid niet mede in zijn beoordeling het gegeven zou mogen betrekken dat de inschrijvingsprijs maar nipt afwijkt van het overeenkomstig voormeld artikel berekende grensbedrag. Minstens toont de verzoekende partij niet aan dat de verwerende partij die prijsverantwoording niet als aanvaarbaar mocht beschouwen wanneer die beoordeling, zoals te dezen, ook steunt op andere motieven.

Te dezen wordt immers bij het kwestieuze onderzoek van de prijs op diverse gegevens gesteund. In het aanbestedingsverslag wordt in het onderdeel B.2 ook vermeld dat de totaalprijs van de offerte van de gekozen inschrijver, de nv Abotec, 12,6% hoger is dan de raming en onder punt B.3 dat, na onderzoek van de eenheidsprijzen, geen prijzen werden aangetroffen voor posten uitgedrukt in vermoedelijke hoeveelheden, die een speculatief karakter laten vermoeden. De verzoekende partij maakt niet aannemelijk dat deze motieven niet tevens relevant zijn in het kader van de beoordeling van de totaalprijs en de beweerde schending van voormeld artikel 110, § 4. Zij kan dus niet worden bijgevallen in haar opvatting dat de verwerende partij “geen enkel ander element [heeft] aangehaald dan degene die de nv Abotec in haar antwoord had vermeld”.

De verzoekende partij betwist echter tevens dat het “na de vraag om rechtvaardiging en wanneer geen werkelijke, afdoende werd bekomen, voor de aanbestedende overheid nog toegelaten zou zijn om toch nog zelf motieven aan te brengen die zouden toelaten de offerte alsnog als geldig te kwalificeren”. Tevens betwist zij dat de raming te dezen een dienstig vergelijkingspunt mocht zijn en dat het onderzoek naar de eenheidsprijzen op zorgvuldige wijze is geschied.

15. De verwerende partij heeft weliswaar een prijsverantwoording gevraagd, maar was daar wettelijk niet toe gehouden. Zij heeft dit, zoals blijkt uit de motivering, enkel gedaan op grond van de vaststelling dat de totaalprijs van de laagste bieder, de nv Abotec, meer dan 15% lager is dan het grensbedrag zoals berekend overeenkomstig artikel 110, § 4, en niet op grond van enige voorafgaande eigen overtuiging of conclusie dat “er geen elementen […] zijn om een totaalprijs waaraan een wettelijk vermoeden van abnormaliteit kleeft, te

aanvaarden zonder de inschrijver in kwestie om rechtvaardiging te vragen", zoals de verzoekende partij er lijkt van uit te gaan.

Voormeld artikel 110, § 4, verplicht de aanbestedende overheid niet om een prijsverantwoording te vragen, wanneer hij over voldoende elementen beschikt die hem toelaten te verantwoorden dat de aangeboden prijs niet abnormaal is. Een in dergelijk geval door het bestuur zelf gegeven rechtvaardiging is toegelaten. Bijgevolg kan niet worden aangenomen dat voormeld artikel 110, § 4, hem zou verbieden, om na "in eerste instantie" – los van elk voorafgaand onderzoek – een vraag tot prijsverantwoording te hebben gesteld, nog andere gegevens in zijn onderzoek naar het al dan niet normaal karakter van de totaalprijs te betrekken dan degene die door de betrokken inschrijver worden meegedeeld in de gevraagde verantwoording. Dat artikel verplicht de overheid, zoals de verzoekende partij terecht aanstipt, de offerte te weren wanneer na "onderzoek van de […] rechtvaardigingen" blijkt dat "het bedrag van de offerte abnormaal is", doch die bepaling belet hem niet bij dat onderzoek andere gegevens voortkomend uit eigen onderzoek te betrekken, ook al gebeurt dat onderzoek slechts na de vraag om prijsverantwoording.

Anders oordelen blijkt ook moeilijk verenigbaar met de *ratio legis* van het prijsonderzoek, waarbij de eerste finaliteit zoals de Raad van State reeds oordeelde in het arrest nr. 178.640 van 17 januari 2008, "de bescherming van de overheid zelf en vervolgens het vrijwaren van de concurrentie is", aangezien dit tot gevolg zou hebben dat een bestuur, ook al blijkt uit nader eigen onderzoek dat er geen abnormaal lage prijs is en dus geen risico van slechte uitvoering of vervalsing van de mededinging, toch verplicht is een offerte te weren en dus niet te gunnen aan de effectief laagste inschrijver enkel omdat deze een onvoldoende of ontoereikend antwoord gaf.

De rechtspraak waarnaar de verzoekende partij in haar verzoekschrift verwijst, leidt niet tot een andere conclusie. Zoals op omstandige wijze onderzocht in het auditoraatsverslag, kan uit die rechtspraak niet worden afgeleid dat, zoals de verzoekende partij poneert, een aanbestedende overheid, wanneer zij om een prijsverantwoording vraagt voor de totaalprijs in het kader van artikel 110, § 4, bij haar beoordeling van het al dan niet abnormaal karakter

van die prijs, enkel nog rekening zou mogen houden met de elementen zoals aangebracht in de verantwoording en eventueel niet ook met andere objectieve factoren.

Waar de verzoekende partij in de laatste memorie nog verwijst naar de arresten nr. 225.671 van 3 december 2013 en nr. 189.336 van 8 januari 2009, dient erop te worden gewezen dat in het eerst vermelde arrest de vraag of een eigen motivering van het bestuur mogelijk was niet diende te worden onderzocht nu er geen dergelijke andere motivering was en de aanbestedende overheid zich enkel had beperkt tot “een zo goed als woordelijk hernemen” van de door de Raad van State als onvoldoende beoordeelde elementen in de prijsverantwoording aangebracht. Wat het tweede arrest betreft, lag daaraan een vraag tot prijsverantwoording van bepaalde eenheidsprijzen met toepassing van artikel 110, § 3, ten grondslag, – en niet een vraag om prijsverantwoording op grond van het overeenkomstig artikel 110, § 4, berekende gemiddelde, de totaalprijs meer dan 15% afweek van dat gemiddelde – waarop niet werd geantwoord. Door de verzoekende partij werd dan ook aangeklaagd in het gegrond bevonden middel dat de verwerende partij “minstens […] conform artikel 110 § 3 [had] moeten motiveren waarom zij toch besliste om deze opdracht toe te wijzen aan de – abnormaal – laagste inschrijver”.

16. Wat voorts de kritiek van de verzoekende partij op de raming als dienstig vergelijkingspunt betreft – daargelaten de vraag of die kritiek, aangebracht in de memorie van wederantwoord, tijdig is – gaat zij er aan voorbij dat in het aanbestedingsverslag niet alleen wordt vermeld dat “alle offertes […] gevoelig hoger [liggen] dan de raming wat laat vermoeden dat de raming werd onderschat”, maar vervolgens ook dat “na een vergelijking met de raming en de bekomen eenheidsprijzen […] de raming echter vrij correct [blijkt] te zijn” en dat “enkel bij enkele schilder- en behangwerken en sommige posten van het binnenschrijnwerk […] de raming duidelijk te laag [werd] ingeschat”. De verzoekende partij laat opvallend na deze passage te citeren en toont ook niet concreet aan, ook al kende zij via stuk 7 van het administratief dossier zoals reeds ingediend in het administratief kort geding, reeds vóór het indienen van het verzoekschrift tot nietigverklaring de raming van alle eenheidsprijzen, waarom, in dat licht, de raming van het totaalbedrag niet dienstig zou zijn. In die

omstandigheden toont zij niet aan dat de raming geen aanvaardbaar en realistisch vergelijkingspunt mocht vormen.

De verwerende partij heeft te dezen aldus wel de eigen raming in rekening gebracht.

17. Uit de voorgelegde prijstabellen van de eerste vier inschrijvers blijkt voorts dat de eenheidsprijzen van deze inschrijvers vaak variëren en dat de eenheidsprijzen van de nv Abotec soms ook hoger zijn. De verzoekende partij die deze prijzen reeds kende bij het indienen van het verzoekschrift tot nietigverklaring, gaat in het tweede middel in haar verzoekschrift enkel in op 15 van deze prijzen. Aldus betwist zij in ieder geval niet concreet de andere eenheidsprijzen en in die omstandigheden toont het feit dat de posten met vermoedelijke hoeveelheden slechts een beperkt deel vormen van de opdracht, niet afdoende aan dat de verwerende partij uiteindelijk niet mocht oordelen dat de totaalprijs van de gekozen inschrijver niet abnormaal is, oordeel dat ook niet enkel op de vaststelling inzake die posten steunt.

Wanneer de verzoekende partij in haar tweede middel verwijst naar de lage prijzen van de gekozen inschrijver voor 15 posten in vergelijking met de raming en de gemiddelden, gaat zij eraan voorbij dat er ook omgekeerd “aanzienlijke” verschillen zijn wat trouwens blijkt uit haar eigen meer uitgebreid onderzoek naar de eenheidsprijzen in de laatste memorie. Zo verwijst de verwerende partij op haar beurt in haar memorie van antwoord naar een niet limitatieve lijst van 26 andere posten waarbij de prijzen van de verzoekende partij lager zijn dan die van de nv Abotec.

In de laatste memorie komt de verzoekende partij na “de eenheidsprijzen van de nv Abotec [te hebben afgezet] tegen de geraamde eenheidsprijzen” tot de vaststelling dat voor minstens 83 van 127 posten de nv Abotec een eenheidsprijs heeft geboden die “meer dan 20% afwijkt van de raming”.

Uit haar lijst blijkt echter dat 52 posten van die lijst van 83 posten een afwijking in plus betreffen, dus meer dan 20% hoger liggen dan de

raming, zodat deze posten op zich geen indicatie kunnen vormen voor abnormale lage eenheidsprijzen en bijgevolg ook niet voor een abnormaal lage totaalprijs. De verzoekende partij stelt voorts dat in die lijst 23 posten waren uitgedrukt in vermoedelijke hoeveelheden. Hierbij gaat zij er echter weer aan voorbij dat van die 23 posten de meerderheid ervan posten betreffen met een afwijking in plus ten opzichte van de raming. In het licht van het verplicht gevoerde onderzoek naar het eventueel abnormaal laag karakter van de totaalprijs van de nv Abotec kan niet worden aangenomen dat de verwerende partij de zorgvuldigheidsplicht zou hebben overschreden door te oordelen dat bij die posten geen prijzen, waarvan de overgrote meerderheid bij de nv Abotec hoger lagen dan de raming, werden aangetroffen die een “speculatief karakter” laten vermoeden.

Voorts concretiseert de verzoekende partij geenszins waarom die prijzen in dat licht door het bestuur enkel als abnormaal laag konden worden beschouwd.

Ook de algemene opmerkingen bij post 14.04.33A volstaan daartoe niet, alleen al omdat zij niet gestaafd zijn met stukken. Zelfs indien de prijs voor die ene post abnormaal laag zou zijn, toont de verzoekende partij in ieder geval niet concreet aan dat de verwerende partij dan in het kader van artikel 110 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, niet anders kon dan de offerte wegens een abnormaal lage prijs weren.

18. In de omstandigheden van deze zaak wordt dan ook niet aangetoond dat het prijsonderzoek onzorgvuldig was of dat de artikelen 110 §§ 2, 3 en 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 werden geschonden door de totaalprijs en de eenheidsprijzen van de nv Abotec als niet abnormaal te aanvaarden. Evenmin blijkt dat die beslissing niet kan steunen op voldoende draagkrachtige motieven. Bijgevolg is evenmin aangetoond dat de opdracht niet werd gegund aan de laagste regelmatige inschrijver zodat ook artikel 15 van de wet van 24 december 1993 niet blijkt te zijn geschonden.

19. De middelen worden verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 19 november 2015, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,

bijgestaan door

Silja Doms,	griffier.

De griffier **De voorzitter**

Silja Doms **Dierk Verbiest**