

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 233.834 van 16 februari 2016
in de zaak A. 214.239/XII-7771**

In zake: de BVBA AANNEMINGEN NORRÉ-BEHAEGEL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jo Goethals
kantoor houdend te 8800 Roeselare
Kwadestraat 151 B/41
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Kris Wauters
kantoor houdend te 1170 Watermaal-Bosvoorde
Terhulpsessesteenweg 187
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 29 december 2014, strekt tot de nietigverklaring van “de [beslissing] van het [Vlaamse Gewest], Agentschap Wegen en Verkeer [van] 24 september 2014 waarbij werd beslist de overheidsopdracht met betrekking tot het Onderhoud van de autosnelwegen in de provincie Vlaams Brabant A wegen West bestek 1M3D8F/13/16 [...] wegens een abnormale prijs, niet te gunnen aan [de bvba Aannemingen Norré-Behaegel] die de laagste inschrijver was, maar wel aan Deckx Algemene Ondernemingen Dessel NV”.

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 Ann Eylenbosch 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 12 januari 2016.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat David D'Hooghe, die loco advocaat Jo Goethals verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Kris Wauters, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Ann Eylenbosch heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3. In het arrest nr. 229.566 van 16 december 2014 waarbij op vordering van de verzoekende partij de gunningsbeslissing van 24 september 2014 in haar tenuitvoerlegging wordt geschorst, worden de feiten als volgt weergegeven:

“3.1. In 2013 schrijft de verwerende partij via het Agentschap Wegen en Verkeer, afdeling Vlaams-Brabant, een openbare aanbesteding uit voor een opdracht van werken, in de aankondiging genoemd ‘Onderhoud van de autosnelwegen in de provincie Vlaams-Brabant’.

De opdracht bestaat uit twee percelen: perceel 1 wordt in het bestek aangemerkt als ‘A-wegen West’; perceel 2 wordt in het bestek aangemerkt als ‘A-wegen Oost’. In de voorliggende zaak gaat het om perceel 1.

De geraamde waarde van de opdracht blijkt niet uit het dossier.

De opdracht is onderworpen aan het bijzonder bestek nr. 1M3D8F/13/16.

Het bestek bepaalt onder ‘Algemene Informatie’ onder meer dat het contract wordt gesloten voor de duur van één jaar met het recht voor de aanbestedende overheid dit maximaal driemaal te verlengen voor telkens een periode van maximum één jaar en dat de aanbestedende overheid zich ertoe verbindt werken te bestellen voor een bedrag van 500.000 euro per jaar, btw inbegrepen, met een minimum van 450.000 euro en een maximum van 550.000 euro.

Artikel 113 ‘Rangschikking bij aanbesteding’ van deel I, hoofdstuk I, 2, van het bestek bepaalt:

‘De eenheidsprijzen van de verschillende posten der prijslijsten worden door de aanbestedende overheid opgelegd. Het geheel van de eenheidsprijzen mag bij de inschrijving vermeerderd of verminderd worden met éénzelfde aanpassingscoëfficiënt, door de aannemer te bepalen. Elke andere manier van handelen en de wijziging van de opgelegde eenheidsprijzen maakt de inschrijving ongeldig.

De rangschikking der inschrijvers zal gebeuren op basis van de door iedere aannemer aangeboden procentuele korting of verhoging.’

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 24 april 2013.

3.2. De opening van de offertes vindt plaats op 6 juni 2013.

Er worden voor perceel 1 tien offertes ingediend. De verzoekende partij stelt met -72,60% de hoogste korting voor. De nv Deckx Algemene Ondernemingen stelt met -55,00% de vierde hoogste korting voor.

3.3. Met een aangetekende brief van 12 juli 2013 vraagt de verwerende partij aan de verzoekende partij om prijsverantwoording in het kader van een onderzoek naar abnormale prijzen:

‘[...]

Overeenkomstig art. 110, §3 van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten verzoek ik u zo mogelijk per kerende en uiterlijk binnen een termijn van 12 kalenderdagen uw totaal offertebedrag te verantwoorden.

Die verantwoording mag enkel gebaseerd zijn op objectieve factoren.’

Ook aan de nv Deckx Algemene Ondernemingen en nog twee andere inschrijvers wordt een prijsverantwoording gevraagd.

3.4. Met een aangetekend schrijven van 6 augustus 2013 antwoordt de verzoekende partij wat volgt:

‘Betreft: Verantwoording van het ingediende kortingspercentage

Besteksnummer: 1M3D8F/13/16

Werk: Onderhoud van de autosnelwegen in de provincie Vlaams-Brabant (percelen 1 en 2)

Wij verwijzen naar uw aangetekende brieven van 12 juli 2013, waarin u ons verzoekt om uiterlijk binnen de 12 kalenderdagen het door ons gehanteerde kortingspercentage te verantwoorden. Wegens sluiting van de onderneming tijdens het bouwverlof regio Oostende tussen maandag 15 juli tot en met vrijdag 2 augustus konden deze echter pas vandaag worden beantwoord, waarvoor onze verontschuldiging. Wij pleegden hierover reeds telefonisch overleg met de heer Gerrit Vanheys, die ons bevestigde dat de verantwoording na het bouwverlof mocht worden overgemaakt.

De door ons ingediende kortingspercentages – respectievelijk 72,60 en 71,60 – zijn niet abnormaal om volgende redenen:

Vooreerst stellen wij vast dat de standaardprijzen van het in rubriek vermelde bestek merkkelijk hoger liggen dan de in Oost- en West-Vlaanderen gehanteerde prijzen bij dergelijke stockopdrachten (zie bijlagen 1 en 2). In dit verband merken wij op dat de lage kortingen die door de hoogste inschrijvers worden aangeboden uiteindelijk resulteren in prijzen die nog steeds hoger liggen dan de in Oost- en West-Vlaanderen geldende standaardprijzen.

Zo worden door ons in Oost- en West-Vlaanderen kortingen ingediend van bijvoorbeeld 16% (Aalst), 26% (Diksmuide) of 28% (Kortrijk) op de aldaar gehanteerde standaardprijzen, dewelke

uiteindelijk resulteren in prijzen die (omwille van het afstandsverschil en het drukke verkeer richting Vlaams Brabant) zelfs lager zijn dan bij onderhavige aanbesteding, zonder dat deze door het bestuur als abnormaal werden aangemerkt.

Verder moet worden vastgesteld dat het door ons gehanteerde kortingspercentage niet eens zo ver afwijkt van andere ingediende inschrijvingen. Het verschil met de tweede laagste inschrijver bedraagt niet eens 5%, terwijl diverse inschrijvers kortingen van meer dan 50% hebben aangeboden.

De door ons toegekende korting voor deze opdracht is gebaseerd op onze jarenlange ervaring met soortgelijke opdrachten in verschillende districten verspreid over het Vlaamse land. Getuige daarvan onze lange samenwerking met de districten van AWW Loppem, Diksmuide, Pittem, Gentbrugge, Aalst, Vilvoorde, ... en gemeenten als Middelkerke, Diest, Scherpenheuvel-Zichem, Gistel, Dilbeek, Brakel, Overijse... waar telkens over jaren wordt samengewerkt tot algehele tevredenheid van zowel bestuur als aannemer.

In dit verband moet trouwens worden benadrukt dat de onderhoudswerken aan de autosnelwegen in de provincie Vlaams Brabant (voorwerp van onderhavige aanbesteding) gedurende de laatste drie jaar *de facto* reeds (nagenoeg volledig) door onze firma werden uitgevoerd in onderaanneming van de nv ABOG, tegen prijzen die volledig in de lijn liggen van onze huidige inschrijving. Ter illustratie voegen wij als bijlage 3 enkele facturen van dergelijke in onderaanneming uitgevoerde werken.

Zo werd door ABOG voor 2012 een korting toegestaan van 67,65% op de borderelprijzen en werd door ons nog een supplementaire korting toegestaan op de door ABOG ingediende prijs, waarbij wij evenmin aanspraak maakten op prijsherziening.

Het feit dat wij reeds meerdere jaren actief zijn in het uitvoeren van dergelijke opdrachten stelt ons in staat onze rendementen, werfororganisaties, uitvoeringsmethoden, ... steeds te verbeteren en verder te optimaliseren, waardoor wij ook onze prijzen laag kunnen houden, hetgeen essentieel is bij aanbestedingen.

Zo beschikken wij over een ruim en modern machinepark dat volledig is afgestemd op het uitvoeren van dergelijke opdrachten. Doordat enkele machines recent [zijn] afgeschreven kan eveneens bespaard worden op de vaste kosten waardoor onze prijzen gelinkt aan deze machines kunnen dalen. Daarnaast beschikken wij ook over ervaren en geschoold personeel, met een optimale mix aan ervaring en instroom. Naast uitvoerend en leidinggevend personeel met tientallen jaren ervaring is ook het personeel met een

geringere anciënniteit intussen volledig ingewerkt en vertrouwd met de door hen uit te voeren taken.

De opdrachten zijn ons [op] dermate wijze bekend dat de uitvoering ervan geschiedt als een geoliede machine waarbij iedereen zijn taken kent zodat de taakverdeling als een automatisme verloopt. Alle voornoemde factoren samen resulteren in grotere efficiëntie en kennis van uitvoering. Als kleinere onderneming slagen wij er tevens in onze overheadkosten tot een minimum te beperken.

Door deze hoge graad van specialisatie worden alle werken, eventuele markeringswerken niet te na gesproken, in eigen beheer uitgevoerd hetgeen resulteert in het voordeel dat eventuele meerkosten verbonden aan het werken met onderaannemers (betaling van hun AKW, extra organisatie, ...) nagenoeg onbestaande zijn. Realistisch gezien komt dit over het algemeen overeen met ongeveer 10 percent van de inschrijvingsprijs.

Verder wensen wij er op te wijzen dat wij beschikken over nabijgelegen ploegen in Aalst en Oosterzele, zodat snelle interventies mogelijk zijn tegen lagere kosten. Ook de grondstoffen, nodig voor de uitvoering van deze opdrachten, worden aangetrokken bij nabijgelegen leveranciers waarmee wij lopende contracten hebben. Hierdoor kan [worden] bespaard op transportkosten, hetgeen mogelijks resulteert in enkele procenten verschil in vergelijking met andere inschrijvers.

Alle voormelde redenen stellen ons in staat om concurrentiëler in te schrijven dan andere inschrijvers.'

3.5. Op 19 december 2013 beslist de administrateur-generaal van het Agentschap Wegen en Verkeer om de opdracht voor perceel 1 te gunnen aan de nv Deckx Algemene Ondernemingen.

Met een verzoekschrift van 21 februari 2014 vraagt de verzoekende partij de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van deze beslissing, zaak gekend onder het rolnummer A. 211.725/XII-7607.

Op 4 maart 2014 trekt de verwerende partij de beslissing van 19 december 2013 in.

Met een arrest nr. 226.802 van 18 maart 2014 heeft de Raad vastgesteld dat de vordering zonder voorwerp is geworden, minstens dat de verzoekende partij haar belang bij de vordering heeft verloren.

3.6. Op 27 augustus 2014 wordt een nieuw gunningsverslag opgemaakt.

In het kader van het regelmatigheidsonderzoek wordt met betrekking tot de offerte van de verzoekende partij gesteld:

‘Er werd prijsverantwoording gevraagd aan BVBA Norré-Behaegel, Abog NV, Viabuild en Deckx Alg. Ond. NV. [...]

De prijsverantwoordingen van BVBA Norré-Behaegel, Abog NV en Viabuild zijn niet gebaseerd op objectieve factoren. Ze verwijzen enkel naar reeds uitgevoerde projecten, ten gevolge waarvan ze het vermoeden van abnormale prijzen niet kunnen weerleggen en ze als onregelmatig worden beschouwd.

De prijsverantwoording van BVBA Norré-Behaegel werd tijdig ingediend, doch wordt niet aanvaard. De door BVBA Norré-Behaegel ingediende prijsverantwoording bevat geen objectieve berekening van het in de offerte vermelde kortingspercentage.

De ingediende prijsverantwoording bestaat hoofdzakelijk uit verwijzing naar ingediende offertes in andere provincies. Hierbij wordt niet nader ingegaan op mogelijke verschillen in besteksvoorwaarden, noch wordt rekening gehouden met de totaal verschillende geografische ligging wat eveneens een prijsimpact kan hebben, zoals bijvoorbeeld: aard en toestand van het wegennet, verkeersintensiteit en afstand standplaats aannemer tot werf. BVBA Norré-Behaegel brengt niet de concrete gegevens van deze opdracht(en), waarnaar wordt verwezen, bij. De aanbestedende overheid kan niet nagaan of de offertes waarnaar verwezen wordt inderdaad een goede vergelijkingsbasis vormen voor de offerte van voorliggende opdracht.

Naast verwijzingen naar andere opdrachten bestaat de prijsverantwoording van BVBA Norré-Behaegel uit enkele algemeenheden inzake de afschrijvingen en werken in eigen beheer. Deze worden echter niet in detail becijferd waardoor de aanbestedende overheid de beweringen niet kan nakijken. BVBA Norré-Behaegel voegt geen enkel stuk bij haar prijsverantwoording, om haar beweringen concreet te staven. Bovendien legt BVBA Norré-Behaegel niet concreet uit in welke mate dit de prijs van de offerte voor huidige opdracht heeft beïnvloed.

Ten slotte legt BVBA Norré-Behaegel ook niet concreet met cijfergegevens en stukken uit op welke wijze haar organisatie van de onderneming en haar specialisatie kan leiden tot de (abnormaal) lage prijzen en in welke mate zij hierin verschilt van andere gespecialiseerde en georganiseerde aannemers, gekwalificeerd voor de uitvoering van de opdracht.

Omwille van hogervermelde redenen bevat de prijsverantwoording van BVBA Norré-Behaegel onvoldoende gedetailleerde elementen om het wettelijk vermoeden van abnormaal lage prijzen te

weerleggen. De aanwezigheid van abnormale prijzen heeft betrekking op een essentieel element van de overheidsopdracht, *in casu* gegund op grond van de aanbestedingsprocedure. Bovendien vertekent een abnormale prijs in een offerte de mededinging, algemene doelstelling van de wetgeving overheidsopdrachten. Ook dienen door de aanwezigheid van een offerte met een abnormale prijs twee ongelijke situaties vergeleken te worden, namelijk een ‘abnormale’ offerte met ‘normale’ offertes. Dit strijdt met het beginsel van de gelijke behandeling. Ten slotte legt BVBA Norré-Behaegel niet concreet uit hoe zij met de geboden prijzen op een correcte en efficiënte wijze de opdracht kan uitvoeren. Hierdoor kan, bij uitvoering door BVBA Norré-Behaegel, de continuïteit van de openbare dienst in het gedrang komen.

De inschrijving van BVBA Norré-Behaegel wordt dan ook als onregelmatig beschouwd.’

Met betrekking tot de offerte van de nv Deckx Algemene Ondernemingen valt in het gunningsverslag te lezen wat volgt:

‘De prijsverantwoording van Deckx Alg. Ond. NV geeft een gedetailleerde prijsberekening weer gebaseerd op objectieve factoren. Het vermoeden van abnormale prijzen wordt hierdoor weerlegd.’

Het algemeen besluit van het gunningsverslag luidt:

‘Er werd prijsverantwoording gevraagd aan BVBA Norré-Behaegel, Abog NV, Viabuild en Deckx Alg. Ond. NV.

De prijsverantwoording van Deckx Alg. Ond. NV werd tijdig ingediend en aanvaard. De prijsverantwoordingen van BVBA Norré-Behaegel, Abog NV en Viabuild werden niet aanvaard vermits ze geen objectieve berekening bevatten van het inschrijvingspercentage en aldus het vermoeden van abnormaal lage prijzen niet weerleggen. De inschrijvingen van BVBA Norré-Behaegel, Abog NV en Viabuild worden hierdoor als onregelmatig beschouwd.

Het laagste regelmatige aanbod gaat uit van Deckx Alg. Ond. NV voor een korting van -55%.

Er wordt voorgesteld de offerte toe te wijzen aan Deckx Alg. Ond. NV.’

3.7. Op 24 september 2014 beslist de administrateur-generaal van het Agentschap Wegen en Verkeer om de opdracht voor perceel 1 te gunnen aan de nv Deckx Algemene Ondernemingen voor een bedrag van 450.000 euro btw inbegrepen.

3.8. Met een aangetekend schrijven van 31 oktober 2014 wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat haar offerte onregelmatig is bevonden en wordt geweerd. De gemotiveerde gunningsbeslissing van 24 september 2014 met het gunningsverslag van 27 augustus 2014 zijn bijgevoegd.

3.9. De verzoekende partij verklaart tot op de terechtzitting, in onderaanneming voor de nv ABOG, de onderhoudswerkzaamheden van perceel 1 uit te voeren.”

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4.1. De verwerende partij werpt op dat het beroep in zoverre het is gericht tegen de impliciete beslissing de opdracht niet aan de verzoekende partij te gunnen, niet ontvankelijk is omdat niet blijkt dat de opdracht aan haar moet worden gegund.

4.2. De exceptie hangt samen met de grond van de zaak.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

5.1. 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’, artikel 110, §§ 2 en 3 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aannemingen van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken’, artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, van “het principe *patere legem*” samengenomen met het bestek 1M3D8F/13/16 en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, meer in het bijzonder het gelijkheids-, mededingings-, zorgvuldigheids- en materieel motiveringsbeginsel.

De verzoekende partij voert aan dat de onwettigheid van de “voorbeslissing” om haar prijs als blijkbaar abnormaal te beschouwen de wettigheid van de uiteindelijke en thans bestreden eindbeslissing vitieert.

Noch uit de vraag om prijsverantwoording van 12 juli 2013, noch uit het dossier valt af te leiden waarom enkel aan de vier “goedkoopste” inschrijvers om een prijsverantwoording is verzocht. Artikel 110, § 3, van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 gaat niet uit van een vermoeden van abnormaliteit, in tegenstelling tot artikel 110, § 4. Aangezien bij stockaanbestedingen zowel de totale prijs als de eenheidsprijzen vastliggen, kan niet impliciet toepassing worden gemaakt van artikel 110, § 4.

In haar schrijven van 12 juli 2013 vraagt de verwerende partij expliciet om verantwoording van het totaal offertebedrag en dus niet van het “geheel der eenheidsprijzen”. Nochtans bepaalt de verwerende partij de totale prijs en niet de inschrijver. De totale prijs kan dus onmogelijk “blijkbaar abnormaal” zijn. Het gaat volgens de verzoekende partij voorts niet op om een offerte als onregelmatig te beschouwen op grond van het abnormaal karakter van andere prijzen dan degene waarvoor een rechtvaardiging is gevraagd.

Ten slotte kan volgens de verzoekende partij geen verantwoording worden gevraagd gegrond op “objectieve factoren”. Immers, naar aanleiding van de wijziging van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 is de vermelding dat de overheid verantwoordingen mag aannemen die gegrond zijn op “objectieve factoren” opgeheven en wel om expliciet aan te geven dat de lijst niet limitatief is. Sedertdien kunnen, volgens de verzoekende partij, desgevallend ook subjectieve factoren in rekening worden genomen.

5.2. In de memorie van wederantwoord merkt de verzoekende partij nog op dat de bestreden beslissing formeel moet zijn gemotiveerd. Noch uit de bestreden beslissing, noch uit het dossier blijkt waarom de vier “goedkoopste” als “abnormaal goedkoop” werden beschouwd in plaats van dat de vier “duurste” “abnormaal duur” werden beschouwd. De verwijzing door de verwerende partij naar haar vertrouwelijk stuk 20 is niet ter zake. Het gaat om een *post factum* motivering die bovendien strijdt met de expliciete verwijzing in de vraag om

verantwoording naar artikel 110, § 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996. Er kan geen impliciete toepassing worden gemaakt van artikel 110, § 4, van hetzelfde besluit.

Beoordeling

6.1. De aanbestedende overheid beschikt over een ruime discretionaire bevoegdheid om al dan niet een procedure op te starten inzake abnormale prijzen. De Raad van State kan zich bij dergelijke beoordeling niet in de plaats stellen van het bestuur, maar hij mag desgevraagd wel nagaan of de betrokken motieven in rechte ter verantwoording van de bestreden beslissing in aanmerking mogen worden genomen hetgeen onder meer vereist dat ze naar behoren zijn bewezen. Indien de overheid de offerte niet afwijst omwille van abnormale prijzen, is een bevraging van de inschrijver volgens artikel 110, § 3, van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 niet vereist.

6.2. In de mate dat in het middel wordt betoogd dat de verwerende partij in haar vraag tot prijsverantwoording niet uitdrukkelijk heeft aangegeven waarom een prijsverantwoording is gevraagd, toont de verzoekende partij hier niet aan dat het schijnbaar abnormaal verklaren van een prijs aanleiding geeft tot een formele motivering; overigens heeft de verzoekende partij na de opening van de offertes de kans gekregen een prijsverantwoording te geven. Voorts moet worden vastgesteld dat de verzoekende partij in haar antwoord op deze vraag tot prijsverantwoording niet heeft opgemerkt dat deze vraag te vaag zou zijn geformuleerd om de gevraagde prijsverantwoording te kunnen verstrekken zodat de verzoekende partij geen benadeling bewijst. Overigens bevat artikel 110, §§ 3 en 4, van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 geen bepalingen omtrent de informatie die bij een vraag tot prijsverantwoording moet worden meegedeeld.

6.3. De keuze in hoofde van de verwerende partij om een prijsverantwoording te vragen, is evenwel ook onderworpen aan de materiële motiveringsplicht. Uit het administratief dossier blijkt dat de keuze om een prijsverantwoording te vragen aan de betrokken vier inschrijvers, is

ingegeven door het gegeven dat hun offertes een korting aanboden die meer dan 15 procent onder het gemiddelde van de geboden totaalprijzen lag.

De verzoekende partij toont niet aan dat zij belang heeft bij de vraag of de verwerende partij hier al dan niet toepassing maakt van artikel 110, § 4, van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 is; het gaat in dat geval immers om een plicht in hoofde van de aanbestedende overheid en de verzoekende partij toont niet aan dat zij hier door de verwerende partij is benadeeld. Te dezen lijkt het slechts om een door de verwerende partij gekozen grens te gaan in het kader van haar discretionaire bevoegdheid op grond waarvan zij in het concrete dossier heeft beslist een prijsonderzoek te voeren.

In het kader van een open aanbesteding, waar de prijs het enige gunningscriterium uitmaakt, laat het zich overigens zeer begrijpen dat de aanbestedende overheid het regelmatigheidsonderzoek toespitst op de “goedkoopste” inschrijvers. Zulks vergt te dezen in het dossier geen bijkomende bevestiging.

6.4. Ten slotte, in zoverre de verzoekende partij aanklaagt dat de vraag om prijsverantwoording enkel objectieve rechtvaardigingsgronden toestaat, toont de verzoekende partij evenmin haar belang bij dit middelonderdeel aan. Nog aangenomen dat het niet-limitatief karakter van de rechtvaardigingsgronden opgesomd in voormeld artikel 110, § 3, toelaat andere dan die gronden als verantwoording te geven, toont de verzoekende partij niet *in concreto* aan welke verantwoordingen in die zin zij heeft of had willen geven in haar prijsverantwoording.

6.5. Het middel wordt verworpen.

B. Tweede en derde middel

Standpunt van de partijen

7.1. In haar tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 15 van de voormelde wet van 24 december 1993, van artikel 110,

§§ 2, 3 en 4, van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996, van de artikelen 2 en 3 van de voormelde wet van 29 juli 1991 en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, meer in het bijzonder het gelijkheids-, mededingings- en zorgvuldigheidsbeginsel.

Hier betoogt de verzoekende partij dat, mocht het eerste middel niet gegrond zijn en dus de “voorbeslissingen” wel wettig zijn, de bestreden beslissing formeel niet correct is gemotiveerd en dit op twee gronden.

In een eerste middelonderdeel, zo stelt zij, spoort de motivering waarom de gekozen inschrijver wel normale prijzen zou aanwenden, niet met wat de artikelen 2 en 3 van de voormelde wet van 29 juli 1991 voorschrijven. Deze motivering zou zich volgens de verzoekende partij beperken tot gemeenplaatsen.

In een tweede middelonderdeel acht de verzoekende partij de motivering waarom zij zou falen in haar bewijs dat haar prijzen niet abnormaal zijn, niet correct. In het bijzonder verwijst de verzoekende partij daarbij naar de overweging in het bestreden besluit dat zij haar prijs enkel zou verantwoorden op grond van werken in andere provincies; daarmee laat de verwerende partij een belangrijk deel van de verantwoording buiten beschouwing, namelijk dat de verzoekende partij zorgde voor de uitvoering van de werken, voorwerp van onderhavige aanbesteding, gedurende de laatste drie jaar en dit in onderaanneming van de nv ABOG, tegen prijzen die in de lijn liggen van de voorliggende inschrijving.

7.2. In haar derde middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 15 van de voormelde wet van 24 december 1993, van artikel 110, §§ 2 en 3, van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het gelijkheids-, mededingings-, materieelmotiverings-, redelijkheids- en zorgvuldigheidsbeginsel.

Zelfs indien uw Raad zou overwegen dat de beslissing “formeel” gezien correct zou zijn gemotiveerd, acht de verzoekende partij deze motivering materieel niet afdoende. Het is volgens de verzoekende partij immers

zo dat essentiële motieven niet kenbaar zijn, bovendien feitelijk onjuist zijn en evenmin rechtens de bestreden beslissing kunnen dragen en verantwoorden.

Wat de prijzen van de nv Deckx Algemene Ondernemingen en haar eigen prijzen betreft, herhaalt de verzoekende partij vooreerst haar betoog onder het tweede middel.

Voorts benadrukt de verzoekende partij onder dit middel dat de zogenaamde berekende verantwoording van de nv Deckx Algemene Ondernemingen enkel betrekking kan hebben op een fictief scenario om twee redenen. In de eerste plaats maakt de techniek van de stockaanbesteding het volgens de verzoekende partij onmogelijk om op elk van de 572 posten een berekende verantwoording naar voren te brengen met betrekking tot het kortingspercentage. Het valt immers niet te voorspellen welke posten wanneer, tegen welke hoeveelheid, waar en hoe zullen worden toegepast. Ten tweede maakt de nv Deckx Algemene Ondernemingen geen onderscheid naar gelang de plaats waar de werven zich bevinden in vergelijking met haar uitvalsbasis en wordt voor de beide percelen eenzelfde korting aangeboden.

Ten slotte betwist de verzoekende partij de beoordeling dat haar prijsverantwoording niet zou zijn gesteund op objectieve factoren. In het bijzonder wijst zij opnieuw op de verwijzing in haar verantwoording naar haar ervaring voor deze opdracht, die zij al bijna vier jaar zo goed als volledig uitvoert in onderaanneming en dit tegen dezelfde prijs. De verzoekende partij stoffeert haar betoog aan de hand van stukken die de prijsevolutie van 2009 tot 2013-2014 moeten aantonen alsook de financiële gezondheid van haar bedrijf, zoals weerspiegeld in haar selectie door de verwerende partij. Dat zij al vier jaar het prijsniveau kan halen en nog economisch geschikt wordt bevonden, bewijst volgens de verzoekende partij dat haar organisatie kan leiden tot de voorgestelde prijzen. Door facturen aan de nv ABOG, hoofdaannemer, bij de verantwoording te voegen, meent de verzoekende partij de marge zelfs cijfermatig te hebben toegelicht.

8.1. In haar memorie van antwoord betwist de verwerende partij het belang van de verzoekende partij bij het eerste onderdeel van het tweede middel.

Er zijn nog andere regelmatig bevonden offertes en de verzoekende partij toont niet aan dat haar offerte regelmatig is. Ten gronde meent de verwerende partij dat de verwijzing naar de door de gekozen inschrijver overgemaakte gedetailleerde prijsberekening volstaat ter voldoening aan de formelemotiveringsplicht.

Ook wat het tweede middelonderdeel van het tweede middel betreft, stelt de verwerende partij het belang van de verzoekende partij in vraag, daar waar zij slechts één van de onderdelen van de bestreden beslissing om de offerte te weren, bekritiseert. Zelfs indien uw Raad deze kritiek zou aanvaarden, blijven nog altijd de andere onderdelen, die elk apart het onregelmatig verklaren van de offerte van de verzoekende partij verantwoorden, overeind. Ten gronde staat, volgens haar, de gegeven motivering in verhouding tot de gegeven prijsverantwoording en is ze afdoende. De verzoekende partij is op de hoogte van de determinerende motieven door kennisname van het gunningsverslag. Daar waar de verzoekende partij opmerkt dat niet zou worden ingegaan op het prijsverantwoordingselement “onderhoud snelwegen Vlaams-Brabant in onderaanneming van ABOG”, betrof het volgens de verwerende partij een terloopse opmerking in de prijsverantwoording. Betrokken element kan overigens niet worden aangezien als een prijsverantwoording in de zin van “artikel 21, §3 van het KB Plaatsing 2011”. “Verzoekende partij geeft immers op geen enkele wijze aan hoe verwerende partij kon vaststellen dat de eerdere opdrachten waarnaar werd verwezen een goede vergelijkingsbasis zijn. Noch bij de prijsverantwoording, noch bij het inleidende verzoekschrift werden concrete bewijselementen voorgelegd die dergelijke vergelijking zouden kunnen mogelijk maken. Echter, geen enkele overheidsopdracht is precies dezelfde. Ook inzake de aanleg en het herstel van wegen heeft elke omgeving zijn eigenheden, wat een invloed kan hebben op de prijs. [...] Het gegeven dat het dezelfde posten zou betreffen, en dus eenzelfde opdracht en dat deze eveneens uitging van dezelfde aanbestedende overheid, volstaat niet. Het argument betreffende de eerdere uitgevoerde overheidsopdrachten is dus niet relevant gezien deze het abnormaal karakter niet kan rechtvaardigen.”

Indien, zo vervolgt de verwerende partij, de Raad zou oordelen dat er toch een schending voorligt van de formelemotiveringsplicht, moet volgens haar worden vastgesteld dat er geen sprake is van belangenschade aangezien de

verzoekende partij bij een eerdere procedure voor uw Raad uitdrukkelijk kennis heeft kunnen nemen van de motieven, welke trouwens zijn opgenomen in het arrest nr. 299.566 van 16 december 2014 als zijnde *a posteriori* motieven. Onderhavige situatie is quasi identiek aan de situatie die heeft geleid tot het arrest nr. 54.050 van 28 juni 1995.

8.2. Wat het derde middel betreft, geniet de vaststelling dat de prijs van de gekozen inschrijver verantwoord is, volgens de verwerende partij, het vermoeden van wettigheid. De verzoekende partij toont volgens haar niet aan dat deze vaststelling niet strookt met de werkelijkheid of dat deze beslissing kennelijk onredelijk is.

De argumenten van de verzoekende partij in haar prijsverantwoording zijn niet cijfermatig onderbouwd of geconcretiseerd. De verwerende partij stelt niet te begrijpen hoe de ervaring opgedaan bij de uitvoering van een opdracht, kan aantonen dat deze opdracht een goede vergelijkingsbasis is. Elke overheidsopdracht is in beginsel uniek, ook bij de aanleg of het herstel van wegen. “Daarbij komt dat de drie facturen gevoegd door verzoekende partij bij de prijsverantwoording en dit in het kader van het prijsverantwoordingselement ‘onderhoud autosnelwegen Vlaams-Brabant onderaanneming Abog’ niet aantonen dat verzoekende partij effectief reeds 3 jaar onderhoudswerkzaamheden uitvoert, noch tonen deze aan dat deze onderaanneming gebeurde tegen prijzen welke in lijn liggen met de prijzen waarmee verzoekende partij voor huidige opdracht heeft ingeschreven. Bovendien toont verzoekende partij in haar verzoekschrift trouwens aan dat de prijzen van verzoekende partij abnormaal zijn doordat zij stelt dat het prijsniveau sedert 2009 niet gestegen is. Dit kan uiteraard niet gelet op de normale stijging van de loonkosten en de materiaalkosten. Bovendien verwijst stuk 5 enkel naar overheidsopdrachten uitgeschreven door gemeenten en brengt stuk 4 niets bij over het aantal overheidsopdrachten uitgeschreven door verwerende partij. Daarbij komt dat het aantal overheidsopdrachten niet gedaald of stabiel gebleven is sedert 2009, maar integendeel gestegen is. Ten slotte weze het opgemerkt dat [de] eerste factuur (dd. 4 september 2012) niet eens vermeldt over welke werkzaamheden het gaat – het kan evengoed gaan over andere werkzaamheden in

onderaanneming of andere uitvoeringswerken. De twee andere facturen tonen niets concreet aan betreffende de prijzen.”

9.1. Wat het tweede middel, eerste onderdeel, betreft, repliceert de verzoekende partij in haar memorie van wederantwoord dat de regelmatigheid van de overige offertes niet is onderzocht.

Met betrekking tot het tweede onderdeel ervan betwist de verzoekende partij het “overtollig” karakter van het prijsverantwoordingselement aangaande de onderhoudswerken in onderaanneming van ABOG. De redenering van de verwerende partij omtrent de afwezigheid van belangenschade bestempelt de verzoekende partij als “bizar”. De motivering moet aan de bestreden beslissing voorafgaan. De raadsman is niet bevoegd om in een procedurestuk de motieven van het bestuur te verantwoorden. Bovendien kan een *post factum* motivering niet als motief gelden.

9.2. Wat het derde middel betreft beperkt de verzoekende partij zich in haar memorie van wederantwoord tot het volharden in haar verzoekschrift.

10.1. In haar laatste memorie merkt de verwerende partij, wat het tweede middel betreft, op dat de voormelde wet van 29 juli 1991 niet van toepassing is aangezien er voor de overheidsopdrachten in een bijzondere wet is voorzien, namelijk de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’. Zij wijst er ook nogmaals op dat de verzoekende partij nalaat kritiek te geven op de uitdrukkelijke motieven die de wering kunnen schragen. Voorts meent zij dat de verzoekende partij alle motieven voor de wering kent aangezien zij deze te weten kwam in de schorsingsprocedure. Overigens, zo merkt de verwerende partij op, heeft de verzoekende partij geen schade geleden aangezien zij het annulatieberoep met kennis van zaken, na kennisname van de nota van de verwerende partij in de schorsingsprocedure, kon instellen, in elk geval toont de verzoekende partij het tegendeel niet aan. Ten slotte beklemtoont zij dat alle motieven wel degelijk bestonden op het ogenblik van het nemen van de beslissing doch dat ze niet

allemaal waren uitgeschreven, “enkel de belangrijkste motieven” werden in de bestreden beslissing vermeld.

10.2. Wat het derde middel betreft verwijst de verwerende partij naar haar memorie van antwoord en haar uiteenzetting in de laatste memorie bij het tweede middel.

Beoordeling

11. Het hiervoor aangehaalde schorsingsarrest nr. 229.566 van 16 december 2014 bevat de volgende hier relevante overwegingen:

“In essentie betoogt de verzoekende partij dat de verwerende partij bij haar beoordeling voorbij is gegaan aan een belangrijk verantwoordingselement namelijk de volgende passage uit haar prijsverantwoording:

‘In dit verband moet trouwens worden benadrukt dat de onderhoudswerken aan de autosnelwegen in de provincie Vlaams Brabant (voorwerp van onderhavige aanbesteding) gedurende de laatste drie jaar de facto reeds (nagenoeg volledig) door onze firma werden uitgevoerd in onderaanneming van de nv ABOG, tegen prijzen die volledig in de lijn liggen van onze huidige inschrijving. Ter illustratie voegen wij als bijlage 3 enkele facturen van dergelijke in onderaanneming uitgevoerde werken.

Zo werd door ABOG voor 2012 een korting toegestaan van 67,65% op de borderelprijzen en werd door ons nog een supplementaire korting toegestaan op de door ABOG ingediende prijs, waarbij wij evenmin aanspraak maakten op prijssherziening.’

De verzoekende partij lijkt belang te hebben bij haar kritiek. Het kwestieuze verantwoordingselement lijkt op het eerste gezicht niet irrelevant bij het prijzenonderzoek inzake het eerste perceel aangezien de verantwoording betrekking heeft op onderhoud autosnelwegen Vlaams-Brabant West.

Op het eerste gezicht lijkt, wat de grond van de zaak betreft, het gunningsverslag noch de gunningsbeslissing expliciet en concreet aandacht te besteden aan voormeld verantwoordingselement.

In het gunningsverslag lijken enkel volgende twee passages enigszins bij de problematiek te kunnen worden betrokken:

‘De prijsverantwoordingen van BVBA Norré-Behaegel, Abog NV en Viabuild zijn niet gebaseerd op objectieve factoren. Ze verwijzen enkel naar reeds uitgevoerde projecten, ten gevolge waarvan ze het vermoeden van abnormale prijzen niet kunnen weerleggen en ze als onregelmatig worden beschouwd.’

en

‘De ingediende prijsverantwoording bestaat hoofdzakelijk uit verwijzing naar ingediende offertes in andere provincies. Hierbij wordt niet nader ingegaan op mogelijke verschillen in besteksvoorwaarden, noch wordt rekening gehouden met de totaal verschillende geografische ligging wat eveneens een prijsimpact kan hebben, zoals bijvoorbeeld: aard en toestand van het wegennet, verkeersintensiteit en afstand standplaats aannemer tot werf. BVBA Norré-Behaegel brengt niet de concrete gegevens van deze opdracht(en), waarnaar wordt verwezen, bij. De aanbestedende overheid kan niet nagaan of de offertes waarnaar verwezen wordt inderdaad een goede vergelijkingsbasis vormen voor de offerte van voorliggende opdracht.’

Ten aanzien van het aangebrachte verantwoordingselement dat betrekking heeft op een concrete opdracht, namelijk onderhoud autosnelwegen Vlaams-Brabant West – opdracht die de verwerende partij al te goed lijkt te moeten kennen – en waarover de verzoekende partij stelt dat zij relevante stukken heeft bijgebracht namelijk facturen door haar opgesteld als onderaannemer, lijkt de repliek in het gunningsverslag niet pertinent noch proportioneel. De aanbestedende overheid lijkt zich dus niet concreet en expliciet te hebben uitgesproken over de waarde die zij hecht aan de verklaringen van de verzoekende partij in haar prijsverantwoording omtrent de uitvoering in onderaanneming in het verleden van perceel 1 van de voorliggende opdracht.

Uit die vaststelling mag worden afgeleid dat de verwerende partij het prijsonderzoek wat de offerte van de verzoekende partij betreft onzorgvuldig heeft gevoerd.

Waar de verwerende partij in haar nota thans opmerkt dat geen enkele overheidsopdracht precies dezelfde is, dat elke omgeving haar eigenheid heeft, dat de verzoekende partij op geen enkele wijze aantoonde dat de opdrachten waarnaar zij in haar prijsverantwoording verwijst, identiek zouden zijn aan de voorliggende opdracht en dat de verzoekende partij zelf geen kandidaat was voor de vorige opdracht en de prijs van de alsdan gekozen inschrijver voor wie de verzoekende partij werken in onderaanneming uitvoert, feit dat de verwerende partij niet lijkt te betwisten, ook onderhevig was aan een prijzenonderzoek, lijken dit stuk voor stuk, voor zover al relevant, a posteriori motieven die niet in het gunningsverslag zijn opgenomen en waaromtrent de verzoekende partij geen verweer kon voeren.

In die mate lijkt er in elk geval een schending van de formelemotiveringsplicht voorhanden.”

De Raad ziet geen redenen om dit standpunt niet meer bij te vallen en wijst voorts op het volgende.

12. Uit de door de verzoekende partij opgegeven prijsverantwoording blijkt op generlei wijze dat het element betrokken op de onderhoudswerken aan de autosnelwegen in Vlaams-Brabant een terloopse of zijdelingse bemerking zou betreffen. Feit is dan ook dat dit element niet werd beoordeeld zodat ook de schending van de zorgvuldigheidsplicht vaststaat.

13. De verwerende partij toont voorts niet aan dat wat de wering van de offerte van de verzoekende partij betreft, de voormelde wet van 17 juni 2013 een ruimere motivering vereist dan de formelemotiveringswet, minstens mag hier uit de formulering van het middel zoals door de verzoekende partij aangebracht, worden aangenomen dat de verzoekende partij zich hoe dan ook beroept op het feit dat de motieven van de onregelmatigheid wegens abnormale prijzen uitdrukkelijk in de bestreden beslissing moeten worden opgenomen.

14. Wat het door de verwerende partij gecontesteerde belang van de verzoekende partij betreft bij het aanvoeren van de schending van de formelemotiveringsplicht, moet worden opgemerkt dat de motieven, waarop de verwerende partij zich beroept, werden aangevoerd in de memorie van antwoord die dateert van na de bestreden beslissing. Deze motieven zijn niet terug te vinden in de stukken van het administratief dossier die ter inzage waren voor de verzoekende partij. Het normdoel van de formelemotiveringsplicht kan niet worden bereikt door een *post factum* motivering – hier een motivering waarvan de verwerende partij niet aantoont dat ze in overweging werd genomen bij de bestreden beslissing – op het gevaar af de formelemotiveringsplicht volledig uit te hollen. De schending van de formelemotiveringsplicht is aangetoond.

15. Voor zover de verzoekende partij ook nog de motieven van het bestreden besluit ter aanvaarding van de prijsverantwoording van de gekozen

inschrijver bekritiseert, is een onderzoek van de standpunten van beide partijen voorbarig. De verwerende partij zal immers de regelmatigheid van de offerte van de verzoekende partij opnieuw dienen te beoordelen in het licht van de hier vastgestelde onregelmatigheden.

16. De middelen zijn in de aangegeven mate gegrond.

C. Vierde middel

Uiteenzetting van het middel

17. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 15 van de voormelde wet van 24 december 1993, artikel 110, §§2 en 3, van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996, van het “principe *patere legem*” samengenomen met het bestek 1M3D8F/13/16 en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur “meer in het bijzonder het gelijkheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel”.

Hier vergelijkt de verzoekende partij de huidige problematiek met de situatie van de nv ABOG, voor wie zij perceel 1 in onderaanneming heeft uitgevoerd, en die in 2009 ook een prijsverantwoording moest geven. Die prijsverantwoording, die de verzoekende partij bij haar verzoekschrift voegt, verwijst naar de uitvoering van andere gelijkaardige werken, verantwoording die indertijd door de verwerende partij werd aanvaard. Volgens de verzoekende partij is hier het gelijkheidsbeginsel geschonden. Het betreft immers dezelfde opdracht, met dezelfde prijzen in het kader van een versoepelde wetgeving. De situatie is dus volgens de verzoekende partij vergelijkbaar. Daar komt bij dat de verzoekende partij zich anders dan de nv ABOG niet heeft vergenoegd met een verwijzing naar andere projecten maar bij de verantwoording facturen heeft gevoegd.

18. In haar memorie van wederantwoord repliceert de verzoekende partij op het verweer dat het perceel, het bestek en de wegen wel degelijk identiek zijn. Het komt aan de verwerende partij toe het middel te weerleggen.

Beoordeling

19. Zoals blijkt uit de beoordeling van het tweede en derde middel is de grief van de verzoekende partij ontleend aan een schending van de formelemotiveringsverplichting en de zorgvuldigheidsplicht gegrond voor wat betreft de wijze waarop haar prijsverantwoording is beoordeeld.

De Raad van State vermag niet vooruit te lopen op de nieuwe beoordeling die de verwerende partij zal dienen te maken van de regelmatigheid van de offerte van de verzoekende partij met in acht name van deze vaststelling. Alleszins reikt het gelijkheidsbeginsel niet zover dat aan de overheid elke beoordelingsbevoegdheid ter zake wordt onttrokken om de redenen aangebracht door de verzoekende partij.

Het middel is niet gegrond.

D. Wat de impliciete weigeringsbeslissing betreft

20. Uit de beoordeling van de middelen valt af te leiden dat de gunningsbeslissing met de onregelmatigverklaring van de offerte van de verzoekende partij moet worden vernietigd. Daaruit volgt de vaststelling dat haar offerte ten onrechte niet nader op haar regelmatigheid werd onderzocht. Bijgevolg staat dan ook niet vast dat de opdracht werd gegund aan de laagste regelmatige inschrijver maar tevens ook niet dat de opdracht aan de verzoekende partij moet worden gegund.

E. Wat de vraag tot opheffing van de vertrouwelijkheid betreft

21. In haar laatste memorie pas vraagt de verzoekende partij de opheffing van de vertrouwelijkheid van de “stukken van het administratief dossier”.

De Raad gaat niet in op dit verzoek. De verzoekende partij toont niet aan welk belang zij bij de opheffing van de niet nader gespecificeerde

stukken heeft in het licht van de in het auditorsverslag en door de Raad gegrond bevonden middelen.

VI. Kosten

22. Er is te dezen 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’, de verzoekende partij de door haar in haar laatste memorie gevraagde rechtsplegingsvergoeding van 700 euro toe te kennen, nu zij als in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van het Vlaamse Gewest, Agentschap Wegen en Verkeer van 24 september 2014 waarbij de overheidsopdracht met betrekking tot het Onderhoud van de autosnelwegen in de provincie Vlaams-Brabant A wegen West bestek 1M3D8F/13/16 wordt gegund aan de nv Deckx Algemene Ondernemingen.

2. De Raad van State verwerpt het beroep voor het overige.

3. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing en het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht 400 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verzoekende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 16 februari 2016, 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