

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 233.862 van 18 februari 2016
in de zaak A. 218.226/XII-8073**

In zake: de BVBA R.T.S. INFRA
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jo Goethals
kantoor houdend te 8800 Roeselare
Kwadestraat 151 B bus 41
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD NIEUWPOORT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Katia Bouve
kantoor houdend te 8420 De Haan
Mezenlaan 9
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partijen:

1. de BVBA DANIEL SERU EN ZONEN
2. de BVBA AANNEMINGEN VANLERBERGHE
samen vormend een tijdelijke handelsvennootschap
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Gitte Laenen
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 29 januari 2016, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van het College van Burgemeester en Schepenen van de Stad Nieuwpoort van 12 januari 2016 houdende de ‘gunning’ van de overheidsopdracht

‘Vernieuwen van de Franslaan tussen de Albert I laan en de Vlaanderenstraat (excl. Zone Sint Bernardusplein), miv de riolering’ aan de THV Seru - Vanlerberghe voor €4.048.828.58”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 8 februari 2016 hebben de bvba Daniel Seru en zonen en de bvba Aannemingen Vanlerberghe, samen vormend de thv Seru–Vanlerberghe, gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 16 februari 2016, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Jo Goethals, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Nick De Wint, die *loco* advocaat Katia Bouve verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Frederick Ongena, die *loco* advocaat Gitte Laenen verschijnt voor de tussenkomende partijen, zijn gehoord.

Adjunct-auditeur Thomas Maes, daartoe gemachtigd bij beslissing van 21 oktober 2015 van de adjunct-auditeur-generaal, heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. De stad Nieuwpoort schrijft een overheidsopdracht voor werken uit voor het “vernieuwen van de Franslaan tussen de Albert I-laan en de Vlaanderenstraat (excl. zone Sint-Bernardusplein), miv de riolering”. De opdracht wordt geraamd op 5.784.171,87 euro, btw inbegrepen. De gekozen gunningswijze is de open aanbesteding. De opdracht wordt aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen van 29 oktober 2015.

3.2. Op 11 december 2015 worden de offertes geopend. Zes inschrijvers blijken een offerte te hebben ingediend aan volgende bedragen, btw inbegrepen:

de thv Seru – Vanlerberghe	4.048.828,58 euro,
de bvba RTS Infra	4.697.106,95 euro,
de nv Verhelst Aannemingen	4.786.784,76 euro,
de nv Stadsbader	4.830.173,33 euro,
de nv Aswebo	4.842.025,32 euro,
de nv Aannemingen Penninck	4.892.166,75 euro.

Bij de offerte van de bvba RTS Infra –de verzoekende partij– wordt opgemerkt dat er een korting wordt gegeven van drie procent.

3.3. Het door de verwerende partij aangestelde studiebureau, de nv SCES, stelt op 18 december 2015 een gunningsverslag op.

Alle inschrijvers worden geselecteerd. Geen enkele offerte wordt onregelmatig bevonden. Vervolgens worden de rekenfouten verbeterd en wat de offerte van de verzoekende partij betreft, wordt de aangeboden korting van drie procent toegepast. Na rekenkundig nazicht worden de offertes opnieuw gerangschikt. De thv Seru-Vanlerberghe heeft met een bedrag van 4.048.828,58 euro, btw niet inbegrepen, nog steeds de laagste offerte. De offerte van de verzoekende partij is de tweede laagste met een bedrag van 4.559.193,90 euro, btw niet inbegrepen.

Vervolgens wordt een “financiële controle van de laagste offerte” uitgevoerd, dit is het abnormale prijzenonderzoek. Wat de totale offerteprijzen betreft, wordt het gemiddelde van de totaalprijzen berekend, rekening houdend met de offerteprijs van de bvba RTS Infra met korting. Er wordt besloten dat de laagste offerte, deze van de thv Seru-Vanlerberghe, minder dan 15% onder het berekende gemiddelde ligt, meer bepaald 14,84%, en dat het dus niet noodzakelijk is om een prijsverantwoording te vragen wat het totale inschrijvingsbedrag betreft.

Wat het onderzoek naar abnormale eenheidsprijzen betreft, wordt vastgesteld dat in de offerte van de verzoekende partij de posten 264 en 376 als abnormaal laag dienen te worden beschouwd en de posten 216 en 290 als abnormaal hoog. Wat de offerte van de thv Seru-Vanlerberghe betreft, wordt vastgesteld dat de eenheidsprijzen van de posten 132, 216, 290, 342, 344, 346 en 359 abnormaal laag zijn en dat er geen abnormaal hoge eenheidsprijzen in deze offerte zijn.

Ook bij de overige inschrijvers worden diverse posten als abnormaal hoog dan wel laag aangewezen.

Vervolgens wordt er in het gunningsverslag tot het volgende besluit gekomen:

“5.3. Besluit

Gezien de laagste inschrijving minder dan 15% afwijkt van de gemiddelde inschrijvingsprijs moet er geen prijsverantwoording gevraagd worden voor de totale inschrijvingsprijs.

Echter vertonen enkele ingeschreven eenheidsprijzen, zijnde posten 132, 216, 290, 342, 344, 346 en 359, een abnormale afwijking t.o.v. de gemiddelde inschrijvingsprijs. Voor deze posten adviseert het studiebureau om een prijsverantwoording aan te vragen.

Echter is het aan het opdrachtgevend bestuur om te beslissen of men voor bovenvermelde posten een prijsverantwoording zal vragen.

Indien er geen prijsverantwoording zou gevraagd worden dan kunnen de werken gegund worden aan de voordeligste laagste regelmatige inschrijver THV Seru – Vanlerberghe BVBA [...] voor een bedrag van € 4 048 828,58 excl. btw.”

3.4. Op 12 januari 2016 neemt het college van burgemeester en schepenen van de stad Nieuwpoort de thans bestreden gunningsbeslissing, die onder meer als volgt wordt gemotiveerd:

“Overwegende dat voor de kwalitatieve selectie verwezen wordt naar het aanbestedingsverslag dd. 28 december 2015 opgemaakt door het studie-bureau S.C.E.S. nv [...]; dat alle inschrijvers kwalitatief worden geselecteerd;

Overwegende dat voor het administratief onderzoek verwezen wordt naar het aanbestedingsverslag dd. 28 december 2015 opgemaakt door het studiebureau S.C.E.S. nv [...];

[...]

Overwegende dat voor het technisch onderzoek verwezen wordt naar het aanbestedingsverslag dd. 28 december 2015 opgemaakt door het studiebureau S.C.E.S. nv [...];

Overwegende dat het studiebureau meedeelt dat de laagste inschrijving van de THV Seru – Vanlerberghe BVBA minder dan 15% onder het gemiddelde ligt volgens art. 99 §2 van het KB 15-07-2011; dat de inschrijving bijgevolg geen abnormale afwijking t.o.v. het gemiddelde toont; dat het derhalve niet noodzakelijk is om een prijsverantwoording te vragen wat het totaal inschrijvingsbedrag [betreft];

Overwegende dat het studiebureau opmerkt dat de laagste inschrijving van de THV Seru – Vanlerberghe BVBA posten omvat met een schijnbaar abnormaal laag karakter, zijnde de posten 132, 216, 290, 342, 344, 346 en 359; dat het studiebureau adviseert om een prijsverantwoording voor deze posten te vragen; dat de beslissing tot het vragen van een prijsverantwoording een keuze is van het opdrachtgevend bestuur;

[...]

BESLUIT:

Art. 1. Het aanbestedingsverslag dd. 28 december 2015 opgemaakt door het studiebureau S.C.E.S. nv [...] goed te keuren.

Art. 2. De offerte dd. 10 december 2015 van de THV Seru – Vanlerberghe [...] goed te keuren.

Art. 3. De opdracht [...] te gunnen aan de laagste regelmatige inschrijver, nl. THV Seru – Vanlerberghe [...] voor een bedrag van € 4.048.828,58 (btw excl.).”

3.5. Met een op 15 januari 2016 aangetekend verzonden brief geeft de verwerende partij kennis aan de verzoekende partij van het feit dat de opdracht werd gegund aan de thv Seru-Vanlerberghe.

IV. Tussenkost

4. De bvba Daniel Seru en zonen en de bvba Aannemingen Vanlerberghe, samen vormend een tijdelijke handelsvennootschap, blijken voordeel te halen uit de bestreden beslissing en hebben er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet hun verzoek tot tussenkost worden ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

5. De verwerende partij betwist de ontvankelijkheid van de vordering en werpt daartoe twee excepties op.

In een eerste exceptie betoogt zij in essentie dat de offerte van de verzoekende partij evenzeer getroffen is door het vermoeden van abnormaliteit van diens prijzen en zij dus geen belang heeft bij de nietigverklaring van de gunningsbeslissing.

In een tweede exceptie voert de verwerende partij aan dat de door de verzoekende partij gelaakte abnormaal lage eenheidsprijzen in de offerte van de thv Seru-Vanlerberghe “géén enkel[e] invloed hebben op de uiteindelijke rangschikking van de offertes”. De verzoekende partij bestrijdt de bestreden beslissing, aldus de verwerende partij, zonder dat zij er ook maar enig voordeel kan uithalen.

Beoordeling

6. De eerste exceptie is in de huidige stand van het geding niet ernstig om reden dat moet worden vastgesteld dat noch in het gunningsverslag van het studiebureau, noch in de gunningsbeslissing zelf enige beslissing wordt voorgesteld of genomen aangaande een eventuele onregelmatigheid van de offerte van de verzoekende partij en het vragen van een prijsverantwoording. Een eventuele onregelmatigheid van de offerte van de verzoekende partij vertoont overigens geen aperte waarschijnlijkheid.

Wat betreft de tweede exceptie dient te worden vastgesteld dat deze samenvalt met het onderzoek naar de ernst van het derde middel en bij de beoordeling daarvan zal worden behandeld.

VI. Schorsingsvoorwaarden

7.1. 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.

7.2. 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 kunnen verantwoorden.

VII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

8. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 3, § 1, van de wet van 20 maart 1991 ‘houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken’ (hierna: de wet van 20 maart 1991), artikel 25 van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’, de artikelen 55 en 70 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit Plaatsing), de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, alsook van “het motiveringsbeginsel [...] en het zorgvuldigheidsbeginsel als beginselen van behoorlijk bestuur”.

Zij wijst erop dat de opdracht werd gegund aan een tijdelijke handelsvennootschap waarvan beide leden slechts een erkenning klasse 6C bezitten, terwijl voor de opdracht een erkenning van klasse 7 is vereist. De verwerende partij heeft volgens de verzoekende partij hierbij klaarblijkelijk toepassing gemaakt van artikel 11, § 2, van de wet van 20 maart 1991, naar luid waarvan een combinatie van aannemers met gelijke erkenning mag inschrijven voor werken van een klasse hoger. De verzoekende partij meent echter dat sedert de inwerkingtreding van de voormelde wet van 15 juni 2006 en het koninklijk besluit Plaatsing, een combinatie niet zomaar gebruik mag maken van artikel 11, § 2, van de wet van 20 maart 1991.

Ook merkt de verzoekende partij op dat onder de oude overheidsopdrachten-reglementering in artikel 93, § 1, tweede lid, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken’ de uitzondering van artikel 11, § 2, van de wet van 20 maart 1991 uitdrukkelijk van toepassing werd verklaard, terwijl dit niet het geval is in het nieuwe koninklijk besluit Plaatsing. Integendeel bepaalt artikel 66 van dit laatste

koninklijk besluit dat elke deelnemer individueel moet voldoen aan de selectiecriteria. Bovendien bepaalt artikel 70 van dit koninklijk besluit enkel dat er toepassing kan worden gemaakt van artikel 3, § 1, 2°, van de wet van 20 maart 1991. Er wordt niet verwezen naar artikel 11, § 2, van deze wet. De regelgever, die aandacht heeft gehad voor de vereiste erkenningen, heeft deze uitzondering dus niet mee opgenomen in de nieuwe reglementering.

De wet van 15 juni 2006 en het koninklijk besluit Plaatsing zijn op dit punt een *lex posterior* en *lex specialis*, aldus de verzoekende partij. Zij wijst er nog op dat het op deze opdracht toepasselijke bestek evenmin een opening heeft gelaten om artikel 11, § 2, van de wet van 20 maart 1991 toe te passen.

Beoordeling

9. Artikel 11, § 2, van de wet van 20 maart 1991 luidt:

“§ 2. De tijdelijke verenigingen waarvan ten minste twee deelgenoten erkend zijn in dezelfde klasse en categorie of ondercategorie of, overeenkomstig artikel 3, § 1, 2°, bewijzen aan de voorwaarden voor die erkenning te voldoen, worden geacht de vereiste erkenning te bezitten voor de uitvoering van de in de onmiddellijk hogere klasse ingedeelde werken van die categorie of ondercategorie.

De bepaling van het vorig lid vindt geen toepassing wanneer de deelgenoten van de tijdelijke vereniging slechts erkend zijn in de laagste klasse.”

Overeenkomstig artikel 2, eerste lid, van de wet van 20 maart 1991 zijn de bepalingen van deze wet “van toepassing op de overheidsopdrachten voor werken, zoals gedefinieerd in artikel 3, 2°, van de wet overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006, die worden geplaatst door de aanbestedende overheden en overheidsbedrijven zoals gedefinieerd in artikel 2, 1° en 2°, van dezelfde wet”.

Onder de bepalingen van de wet van 20 maart 1991, die aldus op grond van artikel 2, eerste lid, van deze wet in beginsel van toepassing zijn op de huidige opdracht, valt op het eerste gezicht ook de regeling vervat in voormeld artikel 11, § 2. Noch in de wet van 20 maart 1991 zelf, noch in de voormelde wet

van 15 juni 2006 lijkt op het eerste gezicht grond te kunnen worden gevonden waarom artikel 11, § 2, te dezen niet zou mogen worden toegepast. Minstens brengt de verzoekende partij geen wettelijke bepaling aan die op het eerste gezicht noopt tot een ander standpunt.

Het feit dat in de bepalingen van het koninklijk besluit Plaatsing niet expliciet wordt verwezen naar de bijzondere regeling inzake erkenning vervat in artikel 11, § 2, van de wet van 20 maart 1991, doet, zo lijkt het, geen afbreuk aan de algemene vantoepassingverklaring op de overheidsopdrachten voor werken in voormeld artikel 2 van deze wet.

Het middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

10. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 25 van de voormelde wet van 15 juni 2006, de artikelen 21, 95 en 99 van het koninklijk besluit Plaatsing, alsook van “de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, met name de zorgvuldigheidsplicht, alsook het materieel motiveringsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel”.

Zij wijst erop dat de verwerende partij in de bestreden beslissing het rekenkundig nazicht van het gunningsverslag heeft overgenomen. Om het vermoeden van abnormaliteit van de totaalprijs te bepalen, is echter alleen uitgegaan van de door de verzoekende partij geboden prijs met korting. Als echter de door de verzoekende partij geboden prijs zonder korting wordt in aanmerking genomen dan is de prijs van de gekozen inschrijver meer dan 15% lager dan het aldus berekende gemiddelde. Er is evenwel geen prijsverantwoording gevraagd. De verzoekende partij betoogt dat zij wettig een korting mocht aanbieden, ook al is de opdracht niet in percelen opgedeeld en is het aanbieden van een korting niet wettelijk geregeld. Met de korting mocht volgens de verzoekende partij echter enkel rekening worden gehouden als aan haar wordt gegund.

Beoordeling

11. Te dezen betreft het een opdracht met slechts één perceel. De verzoekende partij heeft, zoals zij ter terechtzitting bevestigt, slechts één prijs geboden, namelijk die met een korting. Zij maakt niet afdoende duidelijk waarom de aanbestedende overheid bij het prijsonderzoek met een andere dan deze prijs zou moeten rekening houden. Het lijkt haar overigens niet toegestaan hier meer dan één prijs te bieden. Dit volstaat om het middel als niet ernstig te beoordelen.

C. Derde middel

Standpunt van de partijen

12.1. De verzoekende partij voert de schending aan van de artikelen 2 en 3 van de voormelde wet van 29 juli 1991, artikel 25 van de voormelde wet van 15 juni 2006, artikel 29 *juncto* artikel 4, 8°, van de voormelde wet van 17 juni 2013, de artikelen 21 en 95 van het koninklijk besluit Plaatsing, alsook van “de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, met name de zorgvuldigheidsplicht en het ‘*patere legem*’ principe, alsook het materieel motiveringsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel”.

Zij doet in essentie gelden dat in de bestreden beslissing niet eens een begin van motivering kan worden gevonden waarom de verwerende partij, spijts de vaststelling van het studiebureau dat er sprake is van abnormale eenheidsprijzen, het toch niet nodig vindt om een prijsverantwoording te vragen.

De verzoekende partij erkent de discretionaire bevoegdheid van de verwerende partij ter zake op grond van artikel 21 van het koninklijk besluit Plaatsing, maar dit betekent niet, zo betoogt zij, dat wanneer er wordt vastgesteld dat er abnormale eenheidsprijzen zijn er geen prijsverantwoording moet worden gevraagd wanneer de opdracht wordt gegund. Deze redenering van de verwerende partij is in tegenstrijd met de *ratio legis* van het prijsonderzoek: vermijden dat economisch onverantwoorde offertes worden aanvaard. De overheid mag niet ongestraft blind blijven voor kennelijk abnormale prijzen door dan maar geen prijsverantwoording te vragen, zo betoogt de verzoekende partij.

De verzoekende partij verwijst naar rechtspraak waarin de Raad overwoog dat uit de bestreden beslissing of het administratief dossier moet blijken waarom aan een schijn van abnormale prijzen mag worden voorbijgegaan. Dit is te dezen evenzeer onduidelijk.

12.2. De verwerende partij merkt op dat artikel 21, § 3, van het koninklijk besluit Plaatsing geldt, naar luid waarvan zij enkel verplicht is een vraag tot prijsverantwoording te stellen wanneer zij van plan zou zijn geweest om de betrokken offerte als onregelmatig te beschouwen. De verzoekende partij miskent in het verzoekschrift dan ook, zo meent de verwerende partij, de letterlijke tekst van deze bepaling.

De verwerende partij erkent dat uit artikel 95 van het koninklijk besluit Plaatsing en het zorgvuldigheidsbeginsel volgt dat zij verplicht is de vermeende abnormale afwijking te onderzoeken. Zij wijst op haar discretionaire bevoegdheid om al dan niet een prijsverantwoording te vragen. Te dezen was zij niet van plan om de offerte te weren zodat er geen prijsverantwoording moest worden gevraagd. Door het louter van oordeel zijn dat er geen offerte diende te worden geweerd als onregelmatig, en aldus voor de betrokken posten geen prijsverantwoording diende te worden gegeven door de betrokken inschrijvers, heeft zij niet het zorgvuldigheidsbeginsel en andere algemene beginselen van behoorlijk bestuur geschonden, zo beklemtoont zij.

Vervolgens doet de verwerende partij gelden dat zijzelf een prijsanalyse heeft uitgevoerd waaruit blijkt dat de betrokken posten met schijnbaar abnormaal lage eenheidsprijzen geen invloed hebben op de rangschikking van de offertes en dus niet van aard waren om de gelijkheid onder de inschrijvers te schenden, zodat zij terecht mocht besluiten om geen prijsverantwoording te vragen. Vervolgens verwijst zij naar rechtspraak waarin de Raad volgens haar overwoog dat een aanbestedende overheid geen prijsverantwoording moet vragen wanneer de kwestieuze eenheidsprijzen een kleine impact hebben op de opdracht onder meer omdat zij zich situeren bij posten die slechts een fractie uitmaken van de totaalprijs. De principes van dit arrest moeten ook in huidige zaak worden toegepast, aldus de verwerende partij. Zij neemt drie rekentabellen op in haar nota om de geringe impact van de betrokken posten aan te tonen.

De verwerende partij besluit haar betoog als volgt:

“In functie van het advies van het studiebureau geformuleerd in het aanbestedingsverslag deed verwerende partij een bijkomend onderzoek naar de vermeende abnormaliteit van bepaalde eenheidsprijzen en de impact op het totaalbedrag van de offerte. De verwerende partij kwam hierbij tot het besluit dat er zich geen verzoek tot prijsverantwoording opdrong.

Gelet op hogervermelde is verwerende partij dan ook haar zorgvuldigheidsplicht nagekomen.

Het gelijkheidsbeginsel werd niet geschonden.

Verwerende partij besliste aldus om de opdracht toe te wijzen aan de laagste regelmatige inschrijver zodat voldaan is aan de formele motiveringsplicht.”

12.3. De tussenkomende partijen betogen eveneens dat het vragen van een prijsverantwoording in geen enkele wettelijke of reglementaire bepaling verplicht is wanneer een aanbestedende overheid een offerte van een inschrijver wenst te behouden. Het betoog van de verzoekende partij miskent volgens hen de letter en de geest van artikel 21, § 3, van het koninklijk besluit Plaatsing.

Voorts stellen zij dat uit de artikelen 21 en 95 van het koninklijk besluit Plaatsing volgt dat de aanbestedende overheid een concreet prijsonderzoek moet voeren. Uit het aanbestedingsverslag blijkt dat dit onderzoek wel degelijk gebeurd is. Enkel wanneer zij de inschrijver wil weren, moet de aanbestedende overheid een verantwoording vragen. Te dezen blijkt uit de gemotiveerde gunningsbeslissing dat de verwerende partij niet de intentie had om de offerte van de tussenkomende partijen te weren. Wel rustte op haar een verplichting tot het voeren van een prijsonderzoek, welke verplichting zij middels het aanbestedingsverslag ook heeft vervuld.

Beoordeling

13.1. De artikelen 2 en 3 van de voormelde wet van 29 juli 1991 verplichten de besturen hun bestuurshandelingen uitdrukkelijk te motiveren. Deze formelemotiveringsplicht houdt in dat in de beslissing zelf op een afdoende wijze de juridische en feitelijke overwegingen moeten worden vermeld die aan de beslissing ten grondslag liggen. Het belangrijkste doel van de formele

motiveringsverplichting is dat de verzoekende partij in de haar betreffende akte zelf de motieven moet kunnen aantreffen op grond waarvan ze werd genomen, zodat zij met kennis van zaken zou kunnen uitmaken of het gepast is de beslissing te bestrijden. Ook overeenkomstig het ingeroepen artikel 4, 8°, van de voormelde wet van 17 juni 2013 dient de aanbestedende overheid een gemotiveerde beslissing op te stellen wanneer zij de opdracht gunt, ongeacht de procedure.

Artikel 21 van het koninklijk besluit Plaatsing betreft het prijsonderzoek. Overeenkomstig artikel 21, § 1, verstrekken de inschrijvers tijdens de procedure alle nodige inlichtingen om het prijsonderzoek mogelijk te maken en overeenkomstig artikel 21, § 3, tweede lid, dient de aanbestedende overheid wanneer zij bij het prijsonderzoek vaststelt dat in een offerte een prijs wordt geboden die abnormaal laag of abnormaal hoog lijkt in verhouding tot de uit te voeren prestaties “en alvorens die offerte om die reden te weren”, de inschrijver te verzoeken om de nodige schriftelijke verantwoording over de samenstelling van de prijs te verstrekken. Krachtens artikel 95, § 3, van het koninklijk besluit Plaatsing is een offerte substantieel onregelmatig in geval van een abnormale prijs als bedoeld in artikel 21 wat tot de nietigheid van de offerte leidt.

De aanbestedende overheid beschikt bij het al dan niet opstarten van de procedure van blijkbaar abnormale prijzen in de zin van voornoemd artikel 21 over een ruime discretionaire bevoegdheid; de Raad van State mag zich in de uitoefening van zijn wettigheidscontrole niet in de plaats van die overheid stellen, doch mag desgevraagd wel nagaan onder meer of de beoordeling met de vereiste zorgvuldigheid is gebeurd en berust op voldoende veruitwendigde en draagkrachtige motieven. Indien de overheid de offerte niet afwijst omwille van abnormale prijzen, is een bevraging van de inschrijver volgens artikel 21, § 3, van het koninklijk besluit Plaatsing niet vereist. Er is wel een plicht voor een aanbestedende overheid, die met naleving van het zorgvuldigheidsbeginsel wil handelen, om de regelmatigheid van een offerte na te gaan en één van de elementen van regelmatigheid is dat de offerte geen abnormale prijzen bevat.

13.2. In de nota doet de verwerende partij thans gelden dat zij een bijkomend prijsonderzoek heeft uitgevoerd waaruit zou zijn gebleken dat de betrokken posten met schijnbaar abnormaal lage eenheidsprijzen geen invloed

hebben op de rangschikking van de offertes en dus niet van aard waren om de gelijkheid onder de inschrijvers te schenden, zodat zij terecht mocht besluiten om geen prijsverantwoording te vragen. Zij wijst op de geringe impact van de kwestieuze posten.

13.3. Wat de formelemotiveringsplicht betreft, dient te worden vastgesteld dat de bestreden beslissing in hoofdzaak gemotiveerd wordt door te verwijzen naar het gunningsverslag opgesteld door het studiebureau, de nv SCES. Hoewel in dit gunningsverslag uitdrukkelijk wordt vastgesteld dat de offerte van de gekozen inschrijver schijnbaar abnormale eenheidsprijzen bevat en het studiebureau vervolgens de verwerende partij expliciet adviseert om een prijsverantwoording te vragen, wordt op het eerste gezicht aan dit aspect in de formele motivering van de bestreden beslissing geen nadere aandacht besteed. Uit de bestreden beslissing blijkt niet waarom de verwerende partij van oordeel was dat er –spijts het advies van het door haarzelf aangestelde studiebureau– geen nood was om de eenheidsprijzen voor de betrokken posten niet als abnormaal aan te merken en geen prijsverantwoording te vragen aan de betrokken inschrijver.

Gelet op het voor het overige over de gehele lijn onvoorwaardelijk bijvallen van het gunningsverslag opgesteld door het studiebureau, was het te dezen, zo lijkt het, des te meer noodzakelijk dat de verwerende partij expliciet zou verduidelijken waarom zij over een dermate cruciale kwestie als het prijsonderzoek, de conclusies van het gunningsverslag dan weer juist niet bijvalt. Het staat de verwerende partij vanzelfsprekend vrij om de vaststellingen van het door haarzelf aangestelde studiebureau niet te volgen, maar alsdan moet zij een eigen appreciatie van het betrokken aspect van het onderzoek van de offertes in de plaats stellen. Dit blijkt te dezen *prima facie* niet uit de bestreden beslissing. De verwerende partij affirmeert enkel haar keuzevrijheid.

De formelemotiveringsplicht lijkt dan ook geschonden wat de schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing verantwoordt.

Ten overvloede, wat de materiëlemotiveringsplicht betreft, dient te worden vastgesteld dat de in de huidige procedure naar vorgebrachte eigen appreciatie van het bestuur, namelijk dat de kwestieuze posten slechts een geringe

prijsimpact hebben, op generlei wijze uit enig stuk van het administratief dossier lijkt te kunnen worden afgeleid. Met deze op het eerste gezicht *a posteriori* gegeven motivering mag de Raad van State evenwel geen rekening houden bij de beoordeling van de wettigheid van de aan de bestreden beslissing ten grondslag liggende motieven.

13.4. Wat de exceptie van gebrek aan belang bij de vordering betreft, die de verwerende partij aanvoert hierbij uiteenzettend dat het belang van de verzoekende partij wordt betwist nu de abnormale prijzen niet van aard zijn om de rangschikking van de offertes te wijzigen, wordt deze exceptie verworpen om de volgende reden.

Indien zou komen vast te staan dat de betrokken eenheidsprijzen in de offerte van de gekozen inschrijver een abnormaal karakter hebben, dient deze offerte overeenkomstig artikel 95, §§ 3 en 4, van het koninklijk besluit Plaatsing sowieso als substantieel onregelmatig en nietig te worden geweerd. De Raad mag niet vooruitlopen op de nieuwe beslissing die de verwerende partij zal dienen te nemen onder meer over de al dan niet abnormaliteit van de kwestieuze prijzen, het al dan niet vragen van een prijsverantwoording aan de betrokken inschrijver en de gevolgen daarvan.

13.5. Het middel is ernstig.

VIII. Besluit en kosten

14. Het derde middel is ernstig gebleken en verantwoordt de schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing. De kosten van de vordering worden in beraad gehouden.

BESLISSING

1. Het verzoek tot tussenkomst van de bvba Daniel Seru en zonen en de bvba Aannemingen Vanlerberghe, samen vormend een tijdelijke handelsvennootschap, wordt ingewilligd.

2. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 12 januari 2016 van de stad Nieuwpoort van houdende de gunning van de overheidsopdracht ‘Vernieuwen van de Franslaan tussen de Albert I-laan en de Vlaanderenstraat (excl. zone Sint-Bernardusplein), miv de riolering’ aan de tijdelijke handelsvennootschap Seru–Vanlerberghe.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 18 februari 2016, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Pierre Barra