

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 234.820 van 24 mei 2016
in de zaak A. 219.088/XII-8134**

In zake: 1. de NV FRANKI CONSTRUCT
2. de BVBA ALMEX METAAL
samen vormend de THV FRANKI CONSTRUCT NV- ALMEX
METAAL BVBA
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jos Timmermans
kantoor houdend te 9000 Gent
Recollettenlei 9
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de NV INFRABEL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D’Hooghe, Leopold Schellekens en Jannick
Poets
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV BESIX
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Christophe Lenders en Joris Wouters
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 27
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, elektronisch ingesteld op 26 april 2016, strekt “in het kader van de open aanbesteding tot gunning van de overheidsopdracht voor werken ‘Project TR 207306: Vervangen onderbrugging Blankenbergse Steenweg’ tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging

van “[d]e beslissing d.d. 11 april 2016 van Verwerende Partij om de opdracht te gunnen aan Besix voor een bedrag van 4.983.656,00 (exclusief BTW)”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 9 mei 2016 heeft de nv Besix gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 17 mei 2016, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Jos Timmermans, die verschijnt voor de verzoekende partijen, advocaten Leopold Schellekens en Jannick Poets, die *loco* advocaat David D’Hooghe verschijnen voor de verwerende partij, en advocaat Christophe Lenders, die verschijnt voor de tussenkomende 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

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor werken met als voorwerp “Project TR 207306: Vervangen onderbrugging Blankenbergse Steenweg”.

3.2. De opdracht wordt gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen van 7 januari 2016 en in het Publicatieblad van de Europese Unie van 12 januari 2016.

3.3. Het bijzonder bestek met referentie TR 207306 is van toepassing.

Het bestek omschrijft het voorwerp van de opdracht als volgt:

“De opdracht omvat de uitvoering van de werken zoals ze bepaald zijn door de opdrachtdocumenten.

De huidige opdracht kadert in het totaalproject voor de aanleg van een bijkomend derde spoor tussen Brugge en de vertakking Dudzele ten behoeve van de capaciteitsuitbreiding van de spoorlijn Gent-Zeebrugge.

Binnen deze opdracht dient de bestaande vierendeelbrug over de Blankenbergse Steenweg vervangen te worden door een nieuwe boogbrug. De werken daartoe bestaan hoofdzakelijk uit:

- alle werken burgerlijke bouwkunde voor de bouw van de nieuwe brug en de afbraak van de oude brug;
- spooruitrustingswerken nodig voor de vervanging en verhoging van het brugdek.

Daarnaast wordt aansluitend een gedeelte bedding aangelegd voor een derde spoor, inclusief geluidsschermen en funderingsmassieven voor bovenleidingspalen”.

3.4. De opdracht wordt gegund volgens de procedure van de open aanbesteding.

3.5. De opening van de offertes vindt plaats op 23 februari 2016.

Vijf inschrijvers blijken een offerte te hebben ingediend:

#	Inschrijvers	Bedrag van de offerte
1	Besix (Brussel)	4.983.656,00 euro
2	THV Franki Construct – Almex Metaal (Kontich)	5.691.366,48 euro
3	THV BAM Contractors – Aelterman (Brussel)	6.100.000,00 euro
4	THV Artes Depret – Victor Buyck Steel Construction (Zeebrugge)	6.659.357,67 euro
5	THV Smet F&C – Persyn (Dessel)	7.374.278,54 euro

Na verbetering van de rekenfouten blijft de rangschikking ongewijzigd.

3.6. Alle inschrijvers worden geselecteerd.

3.7. De offerte van de nv BESIX blijkt 18,97% onder het wettelijk gemiddelde van de inschrijvingsbedragen te liggen, berekend zoals bepaald in artikel 98, § 2, tweede lid, 2° van het koninklijk besluit van 16 juli 2012 ‘plaatsing overheidsopdrachten speciale sectoren’.

Met een brief gedateerd 26 februari 2016 vraagt de verwerende partij aan de nv BESIX om, overeenkomstig artikel 21, § 3, van het voormelde koninklijk besluit van 16 juli 2012 een verantwoording te bezorgen van het eventueel abnormaal karakter van de prijs van de offerte. Ook wordt gevraagd de verantwoording “voor de prijs van het geheel van de posten onder de titels 4.KW.10.5.1 ‘Constructie in het werkhuis van de stalen bovenbouw van de brug’ en 4.KW.10.5.3 ‘Plaatsen van de afgewerkte stalen bovenbouw op de onderbouw’” te bezorgen.

Bij brief van 10 maart 2016 zendt de nv BESIX haar prijsverantwoording toe aan de verwerende partij.

Op 15 en 17 maart 2016 bezorgt de nv BESIX aan de verwerende partij bijkomende informatie inzake de loonkost van de staalarbeiders die zullen worden ingezet door de onderaannemer EMESA.

3.8. Op 11 april 2016 beslist de verwerende partij de opdracht te gunnen aan de nv BESIX.

De gemotiveerde gunningsbeslissing bevat de volgende motieven omtrent het prijsonderzoek en de beoordeling van de prijsverantwoording:

- “2. Onderzoek en regelmatigheid van de offertes
- 2.1. Prijsonderzoek (overeenkomstig art. 21§3 en 98§2)

De laagste offerte met een bedrag van 4 983 656,00 € exclusief BTW, werd ingediend door de inschrijver BESIX (Brussel).

De offerte ligt 18,97% onder het wettelijk gemiddelde van de inschrijvingsbedragen, berekend zoals voorzien in artikel 98, §2, tweede lid, 2° van het Koninklijk Besluit plaatsing overheidsopdrachten speciale sectoren van 16 juli 2012. Overeenkomstig artikel 21§3 van hetzelfde Koninklijk Besluit werd op 26 februari 2016 aan de firma BESIX (Brussel) gevraagd een rechtvaardiging te bezorgen over het eventueel abnormaal laag karakter van de totale prijs. Tevens werd hen gevraagd de verantwoording voor de prijs van het geheel van de posten onder de titels 4.KW.10.5.1 ‘Constructie in het werkhuis van de stalen bovenbouw van de brug’ en 4.KW.10.5.3 ‘Plaatsen van de afgewerkte stalen bovenbouw op de onderbouw’ te bezorgen.

De inschrijver BESIX heeft met zijn schrijven van 10 maart 2016 bevestigd dat zijn totale inschrijving in overeenstemming is met de bepalingen van het bestek, marktconform is en economisch verantwoord.

Volgende elementen worden door BESIX aangehaald als verantwoording voor het verschil met de overige inschrijvers:

- In tegenstelling tot zijn concurrenten die stuk voor stuk Tijdelijke Handelsverenigingen zijn (waardoor er mogelijks dubbeltellingen bestaan), heeft BESIX in eigen naam ingediend
- In tegenstelling tot sommige van zijn concurrenten kan BESIX beroep doen op een intern studiebureau en op een eigen wapeningscentrale wat als voordeel heeft dat er geen dubbele ‘algemene kosten en winst’ gerekend wordt
- BESIX is de enige die voor de paalfunderingen beroep doet op een interne speler (Franki Foundations Belgium, deel uitmakend van de BESIX Group), waardoor voor dit complex onderdeel betere voorwaarden kunnen bekomen worden en dubbele ‘algemene kosten en winst’ vermeden wordt
- BESIX kan beschikken over een uitgebreid materieelpark, op basis van zeer concurrentiële huurtarieven zodat de uitvoering niet kan gehinderd worden door het niet ter beschikking zijn van voldoende en/of juist materieel
- Als entiteit binnen de BESIX Group kan BESIX NV mee genieten van de kwantumkortingen bij leveranciers en onderaannemers die van toepassing zijn binnen de gehele BESIX Group
- Voor het ter beschikking stellen van arbeiders zal BESIX gebruik maken van de arbeiders van West Construct NV, dat deel uitmaakt van de BESIX Group, wiens arbeiders en werfleiders afkomstig zijn uit de regio, met als gevolg dat het woon-werk verkeer van de arbeiders en werfleiders tot een minimum kan beperkt worden
- Voor dit project heeft BESIX besloten om voor het onderdeel stalen brug een exclusieve overeenkomst af te sluiten met EMESA,

specialist in het bouwen van stalen bruggen. BESIX werkt voor verschillende projecten zowel in uitvoering als in aanbesteding samen met dit gerenommeerd bedrijf en heeft er een goede relatie mee opgebouwd. BESIX werkt met EMESA samen op de internationale en Europese markt

- Het type van werken is, zowel inhoudelijk als naar omvang, het type van werken waarvoor BESIX zich specifiek heeft georganiseerd, zowel wat betreft arbeiders, bedienden, materieel en bedrijfsstructuur. Hierdoor kunnen de werken op een zeer efficiënte manier uitgevoerd worden

Uit het onderzoek van de verschillende ontvangen offertes, alsook van de bijkomende inlichtingen, verstrekt met het schrijven van BESIX van 10 maart 2016, blijkt het volgende:

- Er worden geen algemene of specifieke tendensen in de prijzen vastgesteld die zouden kunnen wijzen op speculatieve bedoelingen, varianten of uitvoeringswijzen, die afwijken van de technische en kwaliteitsvereisten opgelegd in het bestek
- Het verschil (-18,97%) met het wettelijk gemiddelde van de andere inschrijvers situeert zich voor 97% in hoofdstuk 4 ‘Kunstwerken’, dat 88% van het gemiddelde van de inschrijvingsbedragen vertegenwoordigt
- De ingediende prijzen van hoofdstuk 4 voor de bovenbouw van de brug (posten onder hoofding 4.KW.10.5, die 59% van het gemiddelde van de inschrijvingsbedragen vertegenwoordigen), zijn zeer concurrerend. Deze posten (4.KW.10.5), die 87% van het verschil tussen de prijs ingediend door de laagste inschrijver en het gemiddelde van de andere inschrijvingen vertegenwoordigen, werden beschouwd als belangrijk in het blijkbaar abnormaal karakter van de offerte. Uit de analyse van de offertes en op basis van de geleverde rechtvaardigingen, blijkt dat de bedragen van de posten 4.KW.10.5.1.1 (levering staal in het werkhuis bestaande uit vlakke en gekromde platen en profielstaal met materiaalkwaliteit zoals aangeduid in de opdrachtdocumenten) en 4.KW.10.5.1.2 (stalen onderdelen vervaardigd uit vlakke en gekromd platen en profielstaal met materiaalkwaliteit zoals aangeduid in de opdrachten) het belangrijkste zijn in het verschil tussen de prijs ingediend door de laagste inschrijver en het gemiddelde van de andere inschrijvers (63% van het verschil):
 - deze bedragen zijn het gevolg van een exclusieve overeenkomst voor dit project van BESIX met een grote Spaanse onderaannemer EMESA, specialist in het bouwen van stalen bruggen;
 - de ingediende eenheidsprijzen voor beide posten zijn laag ten opzichte van het gemiddelde van de andere inschrijvingen, echter:

- voor post 4.KW.10.5.1.1 is de ingediende prijs benaderend terug te vinden als eenheidsprijs bij andere inschrijvers: [...]
- voor post 4.KW.10.5.1.2 is de ingediende prijs benaderend terug te vinden als eenheidsprijs bij één andere inschrijver: [...]
- bij vergelijking van de verschillende detailberekeningen voor de post 4.KW.10.5.1.2 blijkt dat de eenheidsprijs voor deze post telkens voor meer dan 85% bestaat uit arbeidskost, dewelke in Spanje aanzienlijk lager is dan in België (17€/h in Spanje ten opzichte van 51€/h in België)
- De ingediende prijzen voor de uitvoering van de boorpalen, posten onder hoofding 4.KW.10.3.1 zijn zeer concurrerend. Uit de analyse van de offertes en op basis van de geleverde rechtvaardigingen, blijkt dat, zoals hierboven al aangehaald, BESIX NV voor het uitvoeren van de paalfunderingen beroep doet op Franki Foundations Belgium, deel uitmakend van de BESIX Group, wat goedkopere prijzen oplevert
- De personeelskost van de eigen arbeiders van BESIX NV (34€/h) is merkkelijk lager dan de personeelskost van de overige inschrijvers (40€/h tot 51€/h). Toch is deze lagere personeelskost echter aanvaardbaar volgens PC 124 en gegevens Eurostat, terwijl de prijzen van de overige inschrijvers eerder als gemiddeld tot zeer hoog worden beschouwd. BESIX verklaart de lagere personeelskost door personeel in te zetten dat afkomstig is uit de regio, waardoor het woon-werk verkeer tot een minimum kan beperkt worden.

De inschrijver heeft aanvaardbare verantwoordingen bezorgd om het bezwaar van het eventueel abnormaal karakter van zijn offerte weg te werken.

Bijgevolg worden de prijzen, gegeven door de inschrijver, aanvaardbaar geacht.”

3.9. Bij brief van 11 april 2016 worden de verzoekende partijen ervan in kennis gesteld dat hun offerte niet is gekozen. De gemotiveerde gunningsbeslissing is gevoegd in bijlage.

IV. Tussenkoms

4. De nv Besix blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet haar verzoek tot tussenkoms worden ingewilligd.

V. Schorsingsvoorwaarden

5. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

6. Te dezen is evenwel ook de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ van toepassing.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissing in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

Overeenkomstig artikel 15, tweede lid, echter wordt de vordering tot schorsing voor de Raad van State uitsluitend ingesteld volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of minstens één ernstig middel wordt aangevoerd, dan wel een klaarblijkelijke onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissing kunnen verantwoorden.

VI. Onderzoek van het enige middel

Uiteenzetting van het middel

7. Een enig middel is afgeleid uit de schending van het “materieel motiveringsbeginsel, [...] het zorgvuldigheidsbeginsel” en “de formele motiveringsplicht zoals vervat in de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering” en “artikel 5, 9° van de wet van 17 juni 2013”.

De verzoekende partijen achten deze bepalingen en beginselen geschonden:

“Doordat, eerste onderdeel, verwerende partij de prijsverantwoording van Besix aanvaardde in het licht van de in diens hoofde vastgestelde schijnbare abnormale totale offerteprijs;

Terwijl, verwerende partij vaststelt dat voor post 4.KW10.5.1.2 de factor arbeidskost doorslaggevend is (85%) en bovendien de door Besix in rekening genomen arbeidskost kennelijk en substantieel laag is: ‘17€/h in Spanje ten opzichte van 51€/h in België’;

Terwijl, verwerende partij dit gegeven en bij uitbreiding de prijsverantwoording van Besix voor diens schijnbaar abnormale totale offerteprijs aanvaardde, op grond van het enkel motief dat de arbeidskost in Spanje aanzienlijk lager is dan in België;

Terwijl, een beweerdelijke arbeidskost van 17 EUR per uur bij elke normale, redelijke en zorgvuldige overheid volgende vragen moet doen rijzen:

1. Is deze arbeidskost juist/in overeenstemming met de werkelijkheid?
2. Past deze arbeidskost in een bedrijfsvoering die de eerlijke mededinging respecteert en geen risico inhoudt voor de belangen van de aanbestedende overheid?;

Terwijl, er vooreerst dient te worden vastgesteld dat waar verwerende partij stelt dat de arbeidskost in Spanje aanzienlijk lager is dan in België, zij hieromtrent naar geen enkele bron of document verwijst waaruit dit blijkt, laat staan waaruit blijkt dat, als de arbeidskost in Spanje al belangrijk lager zou zijn dan in België, dit een verschil zou zijn van 17 EUR t.o.v. 51 EUR (1/3!);

Terwijl, de analyse van verzoekende partij aantoonde dat zeer sterke twijfel moet bestaan over de waarachtigheid van de door Besix opgegeven arbeidskost van 17 EUR (zie punt 1. onder randnummer 4.2.2);

Terwijl, de door Besix in diens prijsverantwoording opgegeven arbeidskost van 17 EUR evenmin kan passen in een bedrijfsvoering die de eerlijke mededinging respecteert en geen risico inhoudt voor de belangen van de aanbestedende overheid;

Terwijl, op basis van de jaarrekeningen 2012, 2013 en 2014, die verzoekende partij uit de database van GRAYDON kon downloaden en bij onderhavig verzoekschrift voegt, moet worden vastgesteld worden dat de betrokken onderaannemer jaar na jaar substantiële verliezen opstapelt (zie punt 2. onder randnummer 4.2.2);

Terwijl, de betrokken onderaannemer kennelijk een bedrijfsvoering heeft waarbij met – op voorhand gekend en ingecalculeerd – verlies prijs wordt geboden en opdrachten worden uitgevoerd; de arbeidskost van 17 EUR hiervan het sprekend voorbeeld is;

Terwijl, een dergelijke bedrijfsvoering en prijsbieding onmiskenbaar de eerlijke mededinging in het gedrang brengen;

Terwijl, door het feit dat de onderaannemer die een belangrijk, zelfs substantieel onderdeel van de opdracht – zowel vanuit financieel als technisch oogpunt – moet uitvoeren, dit met verlies zal doen, onmiskenbaar een ernstig risico bestaat op problemen en discussies tijdens de uitvoering; dit ingaat tegen de belangen van verwerende Partij als aanbestedende overheid;

Terwijl, Verwerende Partij aan dit alles kennelijk is voorbijgegaan.

Terwijl, elk bestuur dat beoogt zorgvuldig te handelen de kwestieuze arbeidskost van 17 EUR niet voetstoots zou aannemen en hieromtrent verder onderzoek zou verrichten en de betrokken inschrijver nader zou bevragen;

Terwijl, verwerende Partij de kwestieuze arbeidskost van 17 EUR zonder meer voor waar in haar motivering heeft opgenomen, doch met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid moet worden aangenomen dat dergelijke arbeidskost niet met de werkelijkheid overeenstemt.

Doordat, tweede onderdeel, verwerende partij de prijsverantwoording van Besix aanvaardde in het licht van de in diens hoofde vastgestelde schijnbare abnormale eenheids- en globale prijzen van de posten van de delen 4.KW10.5.1 en 4.KW10.5.3;

Terwijl, niettegenstaande verwerende partij, overeenkomstig artikel 21, § 3, van het Koninklijk Besluit plaatsing overheidsopdrachten speciale sectoren van 16 juli 2012 (hierna het “Koninklijk Besluit van 16 juli 2012”), Besix om een prijsverantwoording verzocht voor de prijzen van de posten van de delen 4.KW10.5.1 en 4.KW10.5.3 en zij deze prijzen derhalve als schijnbaar abnormaal beschouwde, de bestreden beslissing enkel een ‘motivering’ omtrent de prijsverantwoording van Besix voor de prijzen van de posten 4.KW10.5.1.1 en 4.KW10.5.1.2 verstrekt; over de overige schijnbaar abnormale eenheids- en globale prijzen van de posten van de delen 4.KW10.5.1 en 4.KW10.5.3 de ‘motivering’ derhalve met geen woord;

Terwijl, om aan de formele motiveringsplicht te voldoen, de aanbestedende overheid moet duiden welke argumenten de betrokken inschrijver aanbracht voor zijn schijnbaar abnormale prijzen en waarom de in de prijsverantwoording aangehaalde argumenten door haar als aanvaardbaar worden beschouwd om het vermoeden van abnormaliteit dat aan deze prijzen kleeft, weg te nemen (RvS, nr. 226.519, van 24 februari 2014 en RvS, nr. 227.056, van 7 april 2014);

Terwijl, wat betreft de posten 4.KW10.5.1.1 en 4.KW10.5.1.2, waarbij de bestreden beslissing wel een ‘motivering’ omtrent het aanvaarden van de prijsverantwoording van Besix verstrekt, moet worden vastgesteld dat deze motivering geenszins de toets aan het materieel motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel doorstaat. Verzoekende partij verwijst desbetreffend naar de kritieken en bewijsvoering opgenomen in het eerste onderdeel van het middel;

Doordat, ondergeschikt, derde onderdeel, verwerende partij Besix niet verzocht om een prijsverantwoording voor de posten 4.KW10.5.1.1 en 4.KW10.5.1.2;

Terwijl, zonder verder onderzoek en nadere bevraging van Besix, verwerende partij onmogelijk kon besluiten dat diens eenheidsprijzen voor de posten 4.KW10.5.1.1 en 4.KW10.5.1.2 als normaal konden worden beschouwd; dit in ieder geval manifest moet worden uitgesloten voor post 4.KW10.5.1.2 (voor 85% bestaande uit een arbeidskost van 17 EUR); Verzoekende partij verwijst ten bewijze van het desbetreffend onzorgvuldig handelen van verwerende partij naar de kritieken, analyse en bewijsvoering opgenomen in het eerste onderdeel van het middel;”

Eerste onderdeel

8. In een eerste onderdeel bekritisieren de verzoekende partijen de deugdelijkheid van het gevoerde prijsonderzoek en, in essentie, de beoordeling

door de verwerende partij van de prijsverantwoording van de nv BESIX in zoverre deze de arbeidskost van haar Spaanse onderaannemer betreft.

9. Het lijkt niet te worden betwist dat het belangrijkste deel – 63% volgens het gunningsverslag van het vastgestelde verschil van 18,97% tussen de totaalprijs ingediend door de nv BESIX en het gemiddelde van de andere inschrijvers, te herleiden is tot de bedragen van de posten 4.KW.10.5.1.1 en 4.KW.10.5.1.2.

10. De verwerende partij bevestigt voorts dat de ingediende eenheidsprijzen voor de beide posten laag zijn ten opzichte van het gemiddelde van de andere inschrijvingen.

Dat bezwaar wordt volgens de verwerende partij evenwel weggewerkt om twee redenen.

11. Ten eerste vindt de verwerende partij de voor de beide posten ingediende eenheidsprijzen bij minstens één andere inschrijver “benaderend” terug als eenheidsprijzen.

De term “benaderen” is volgens van Dale, Groot Woordenboek van de Nederlandse taal, in wiskundige zin “door berekening een waarde vinden die de werkelijke waarde nabijkomt”. Te dezen lijkt het aldus dat de term “benaderend” kan worden begrepen als “dicht bij de andere waarde liggend”.

Uit de vergelijkende tabel van de eenheidsprijzen, waarop de Raad van State ondanks het vertrouwelijk karakter ervan, vermag acht te slaan en in zijn beoordeling te betrekken, blijkt dat voor de post 4.KW.10.5.1.1 het minimumverschil 0,01 bedraagt en het maximumverschil 0,39. Voor de post 4.KW.10.5.1.2 bedraagt het verschil met de eenheidsprijs van één andere inschrijver 0,03.

Het gegeven dat bij minstens één andere inschrijver de door de nv BESIX ingediende eenheidsprijzen “benaderend” zijn terug te vinden als eenheidsprijs lijkt overigens niet zonder relevantie, nu aldus minstens één andere

‡CEFQNEADB-BCFCAFV‡

inschrijver heeft gemeend in staat te zijn de opdracht te kunnen uitvoeren tegen eenheidsprijzen die de eenheidsprijzen van de nv BESIX benaderen.

12. Ten tweede stelt de verwerende partij vast dat voor de post 4.KW.10.5.1.2 uit de vergelijking van de verschillende detailberekeningen blijkt dat de eenheidsprijs voor meer dan 85% bestaat uit arbeidskost en dat deze in Spanje merkkelijk lager is dan in België. De verwerende partij preciseert dat de arbeidskost in Spanje 17 euro/uur bedraagt ten opzichte van 51 euro/uur in België.

13. Een onderzoek van de jaarrekeningen over de jaren 2012, 2013 en 2014 van de Spaanse onderaannemer EMESA toont volgens de verzoekende partijen aan dat de opgegeven arbeidskost van 17 euro/uur met een “aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid” niet in overeenstemming is met de werkelijkheid, dat de onderaannemer een bedrijfsvoering heeft waarbij jaar na jaar substantiële verliezen worden opgestapeld en met op voorhand gekende en ingecalculeerde verliezen prijs wordt geboden en opdrachten worden uitgevoerd. Dergelijke bedrijfsvoering en prijsbieding, zo menen de verzoekende partijen, brengen onmiskenbaar de eerlijke mededinging in het gedrang. Door het uurtarief van 17 euro “zonder meer” voor waar te aanvaarden heeft de verwerende partij volgens de verzoekende partijen niet als een zorgvuldig bestuur gehandeld en de materiële motiveringsplicht geschonden.

De verzoekende partijen klagen dus in essentie aan dat een minimaal onderzoek de verwerende partij in staat had gesteld deze gegevens te achterhalen en haar had moeten aansporen tot een meer diepgaand onderzoek.

14. Uit het administratief dossier en zoals nader toegelicht in de nota en het verzoekschrift tot tussenkomst, blijkt echter dat de verwerende partij omtrent de opgegeven arbeidskost van 17 euro/uur wel degelijk heeft gecommuniceerd met de nv BESIX.

Samengevat heeft de nv BESIX op vraag van de verwerende partij bij e-mailberichten van 15 en 17 maart 2016 bijkomende berekeningen, links en documenten aan de verwerende partij verstrekt ter verantwoording van deze arbeidskost, waaronder de brongegevens van Eurostat inzake de lonen en

‡CEFAQNEADB-BCFCAFV‡

loonkosten in de landen van de Europese Unie, de samenstelling van de lonen opgenomen in het Spaanse “Boletín Oficial del Estado” en de collectieve arbeidsovereenkomst gepubliceerd in het “Boletín Oficial Da Provincia Da Coruña” van 29 april 2014, geldend in die provincie waarin de onderaannemer EMESA is gevestigd, dit alles samen met een toelichtende berekening vanwege EMESA inzake de lonen van haar staalarbeiders.

15. Het lijkt niet dat in de huidige stand van de procedure de concrete detailberekeningen die de beide verwerende partijen integraal aanbrengen in hun procedurestukken, moeten worden weergegeven. Alleszins lijkt daaruit te mogen worden afgeleid dat de vermelding in de bestreden beslissing dat de arbeidskost in Spanje beduidend lager is dan in België, een objectief gegeven is dat steun vindt in officiële documenten.

De eigen conclusies die de verzoekende partijen trekken uit de jaarrekeningen van de onderaannemer EMESA vertonen van hun kant aldus niet de vereiste graad van ernst om de concreet opgegeven arbeidskost van 17 euro/uur met een “aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid” toch niet in overeenstemming te achten met de werkelijkheid.

De verzoekende partijen lijken immers in hun berekeningen uit te gaan van veronderstellingen en zij steunen op gegevens – het gemiddeld aantal gepresteerde uren per jaar - die niet noodzakelijk ook van toepassing zijn in de provincie waar EMESA is gevestigd.

Voorts lijken zij de financiële situatie van EMESA in de boekhoudjaren 2012-2014 een relevantie toe te dichten die op het eerste gezicht niet onmiddellijk bepalend lijkt in het kader van het prijsonderzoek, maar veeleer op het niveau van het onderzoek naar de geschiktheid van de inschrijver. Geen van de in het middel als geschonden ingeroepen bepalingen en beginselen lijken zich te verzetten tegen de aanvaarding van een prijsverantwoording die verwijst naar een – marktconform bevonden – arbeidskost van een onderaannemer die gedurende een aantal jaren een negatief bedrijfsresultaat zou hebben gehad.

De kritiek dat de verwerende partij niet zorgvuldig zou hebben gehandeld en zich “zonder meer” zou hebben verlaten op de door de nv BESIX opgegeven arbeidskost van haar onderaannemer, kan in het licht van het voorgaande dan ook niet worden gedeeld. Evenmin kan met de vereiste *prima facie* vereiste ernst op het eerste gezicht worden aangenomen dat de bestreden beslissing door het aanvaarden van de betrokken arbeidskost de verplichting tot het geven van een rechtmatige materiële motivering zou hebben geschonden.

Het eerste onderdeel is niet ernstig.

Tweede onderdeel

16. In een tweede onderdeel klagen de verzoekende partijen aan dat de bestreden beslissing met geen woord zou reppen over de subposten van de posten 4.KW.10.5.1 en 4.KW.10.5.3, andere dan de posten 4.KW10.5.1.1 en 4.KW10.5.1.2 en dit terwijl de verwerende partij prijsverantwoording had gevraagd voor de totaliteit van de posten 4.KW10.5.1 en 4.KW10.5.3. Bijgevolg zou de formelemotiveringsplicht zijn geschonden.

Ook dit onderdeel is niet ernstig en dit om de volgende redenen.

17. De bestreden beslissing moet, teneinde te voldoen aan de formelemotiveringsplicht die de verzoekende partijen onder meer afleiden uit de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen; die motivering moet afdoende zijn teneinde de belanghebbende in staat te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt.

Luidens het eveneens als geschonden ingeroepen artikel 5, 9°, van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ bevat de in artikel 4 bedoelde gemotiveerde beslissing, naargelang de procedure en het soort beslissing, onder meer “de namen van de gekozen inschrijver of de gekozen deelnemer of deelnemers bij de

‡CEFQNEADB-BCFCAFV‡

raamovereenkomst en van de deelnemers en inschrijvers van wie de regelmatige offerte niet werd gekozen en de juridische en feitelijke motieven, waaronder de kenmerken en relatieve voordelen van de gekozen offerte, voor de beslissingen die daarop betrekking hebben”.

18. De bestreden beslissing bevat een weergave van de argumenten die de nv BESIX heeft aangebracht ter verantwoording van haar schijnbaar abnormale prijzen.

Tevens geeft de bestreden beslissing de redenen weer waarom de verwerende partij die argumenten als aanvaardbaar heeft aangezien om het vermoeden van abnormaliteit dat aan de prijzen kleeft, weg te nemen.

De verzoekende partijen lijken die motieven ten onrechte te verenigen tot de motieven die enkel de subposten 4.KW10.5.1.1 en 4.KW10.5.1.2 aanbelangen. De bestreden beslissing bevat bijkomende motieven betrokken onder meer op de prijzen van hoofdstuk 4, die algemeen als “zeer concurrerend” worden omschreven en op de personeelskost van de eigen arbeiders van de nv BESIX, die als merkelijk lager worden omschreven dan de personeelskost van de overige inschrijvers doch als aanvaardbaar volgens paritair comité PC 124 en Eurostat en die wordt verklaard door de inzet van personeel afkomstig uit de regio.

Het valt op dat de verzoekende partijen deze bijkomende motieven niet bij het middelonderdeel betrekken, maar zulks pas doen ter terechtzitting, aldaar dus laattijdig, laat staan dat zij aannemelijk maken dat deze motieven niet of op niet deugdelijke wijze kunnen worden betrokken op de andere posten onder 4.KW.10.5.1. en 4.KW.10.5.3.

De loutere omstandigheid dat de motivering niet is uitgesplitst per subpost van de posten 4.KW.10.5.1 en 4.KW.10.5.3 lijkt niet onverenigbaar met de vraag om prijsverantwoording voor “het geheel van de posten onder de titel 4.KW.10.5.1 ‘Constructie in het werkhuis van de stalen bovenbouw van de brug’ en 4.KW.10.5.3. ‘Plaatsen van de afgewerkte stalen bovenbouw op de onderbouw’”.

De verzoekende partijen tonen aldus niet met de vereiste *prima facie* vereiste ernst aan dat de formelemotiveringsplicht zou zijn geschonden, vervat in de geschonden geachte bepalingen.

19. In zoverre de verzoekende partijen opnieuw aanvoeren dat de motivering omtrent het aanvaarden van de prijsverantwoording van de nv BESIX voor de posten 4.KW10.5.1.1 en 4.KW10.5.1.2, de toets aan de materiëlemotiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel niet doorstaat, wordt verwezen naar de bespreking onder het eerste onderdeel.

Het tweede onderdeel is niet ernstig.

Derde onderdeel

20. In een derde onderdeel argumenteren de verzoekende partijen in ondergeschikte orde, namelijk indien de bestreden beslissing niet zou inhouden dat aan de nv BESIX om prijsverantwoording is gevraagd voor alle subposten van de posten.KW.10.5.1 en 4.KW.10.5.3, dat de verwerende partij onzorgvuldig is geweest door geen prijsverantwoording te vragen voor de posten 4.KW.10.5.1.1 en 4.KW.10.5.1.2. De verzoekende partijen verwijzen daartoe voor het overige naar hun betoog onder het eerste onderdeel.

21. Dit derde onderdeel mist feitelijke grondslag.

Aan de nv BESIX is immers wel degelijk prijsverantwoording gevraagd voor het “het geheel van de posten onder de titel 4.KW.10.5.1 ‘Constructie in het werkhuis van de stalen bovenbouw van de brug’ en 4.KW.10.5.3. ‘Plaatsen van de afgewerkte stalen bovenbouw op de onderbouw’”. De posten 4.KW.10.5.1.1 en 4.KW.10.5.1.2 zijn subposten van de posten 4.KW.10.5.1.

Uit de vertrouwelijk neergelegde prijsverantwoording, waarop de Raad vermag acht te slaan en in zijn beoordeling betrekken, blijkt dat de nv BESIX voor de betrokken subposten 4.KW.10.5.1.1 en 4.KW.10.5.1.2 ook prijsverantwoording heeft gegeven.

‡CEFQNEADB-BCFCAFV‡

22. Voor het overige wordt verwezen naar de bespreking van het eerste onderdeel.

Het derde onderdeel is niet ernstig.

Aanstelling deskundige

23. De verzoekende partijen vragen de aanstelling van een deskundige voor het geval de Raad van State van oordeel zou zijn dat hun analyse omtrent de waarachtigheid van de opgegeven arbeidskost van 17 euro/uur, de verlieslatende bedrijfsvoering van de betrokken onderaannemer en het aanbieden en uitvoeren van werken met verlies, bevestiging vereist door een onafhankelijke deskundige. De verzoekende partijen stellen *nominatim* deskundigen voor en maken zich sterk dat de werkzaamheden van de deskundigen zich laten inpassen in de contraintes van de schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Beoordeling

24. De essentiële grief die heeft voorgelegen naar aanleiding van de discussie over de opgegeven arbeidskost, betrof de zorgvuldigheid waarmee de aanbestedende overheid de gegeven prijsverantwoording heeft onderzocht.

Anders dan wat de verzoekende partijen doen gelden, is bij de bespreking van het eerste onderdeel vastgesteld dat de verwerende partij zich niet zonder meer heeft verlaten op de beweringen van de tussenkomende partij en haar onderaannemer doch een nader onderzoek heeft gevoerd naar de waarachtigheid van de opgegeven arbeidskost.

Het is die vaststelling die heeft toegelaten te besluiten dat de verwerende partij op het eerste gezicht geen onzorgvuldigheid kan worden verweten. Het valt aldus *prima facie* niet in te zien welke meerwaarde een deskundigenonderzoek kan betekenen binnen de grenzen van het middel zoals omschreven door de verzoekende partijen zelf. Dergelijk onderzoek lijkt niet

noodzakelijk aangezien de Raad zonder dat onderzoek niet blijkt te zijn verhinderd zijn rechtmatigheidsonderzoek te voeren.

De vordering tot aanstelling van een deskundige moet aldus worden afgewezen.

VII. Besluit en kosten

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

26. Er is te dezen grond om met toepassing van artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en van 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’ door de verwerende partij de door haar gevraagde basisrechtsplegingsvergoeding van 700 euro toe te kennen, nu zij de door de verwerping van de vordering tot schorsing als de in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Besix tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partijen worden verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 400 euro, elk voor de helft en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 24 mei 2016,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest