RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 235.052 van 14 juni 2016
in de zaak A. 215.104/XII-7840

In zake: de NV TEVEAN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jan Seghers
kantoor houdend te 9000 Gent
Kouter 7 A 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de REGIE DER GEBOUWEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Patrick Van der Straten
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 120 bus 4
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 20 februari 2015, strekt tot de nietigverklaring van:

> "1. de beslissing van het bestuur van de Regie der Gebouwen, Dienst Vlaanderen Regio Oost, waarbij de offerte van [de nv Tevean] in het kader van de overheidsopdracht tot het vernieuwen van de brandcentrale - fase 1 zwakstroomdossier betreffende de hulpgevangenis aan de Maria-Theresiastraat 72 te 3000 Leuven onregelmatig en niet technisch conform werd bevonden;
> 2. alsmede de beslissing waarbij de [Regie der Gebouwen] de betreffende opdracht, waarvoor [de nv Tevean] een offerte heeft ingediend, aan een andere inschrijver, de NV Cofely Fabricom, gunt, en aldus de opdracht niet aan [de nv Tevean] wordt gegund."

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 Jos Stevens 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 7 juni 2016.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Paulien Tanghe, die loco advocaat Jan Seghers verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Patrick Van der Straten, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens 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 Regie der Gebouwen schrijft een overheidsopdracht met als voorwerp “vernieuwen van de brandcentrale, Fase 1 Zwakstroomdossier in de Hulpgevangenis, Maria-Theresiastraat 72 te 3000 Leuven” uit. De gunningswijze is de open aanbesteding.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 19 augustus 2014.

3.2. Blijkens het proces-verbaal van opening van de offertes van 26 september 2014 blijken er zes offertes te zijn ingediend. De drie laagste inschrijvers, met vermelding van hun inschrijvingsbedrag, btw inbegrepen, zijn:

1. de nv Corbeels Electro	114.627,83 euro,
2. de nv Tevean	116.216,87 euro,
3. de nv Cofely Fabricom	162.334,74 euro.

3.3. Met een brief van 10 oktober 2014 vraagt de verwerende partij aan de verzoekende partij een prijsverantwoording voor haar totale offertebedrag "aangezien het minstens 15% lager ligt dan het gemiddelde offertebedrag berekend volgens art. 99 § 2 [van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 'plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren']" en voor 14 posten waaronder post 1 'verwijderen bestaande detector' met toepassing van artikel 21, § 3, van het koninklijk besluit Plaatsing en dit laatste wegens een lage eenheidsprijs.

Met een brief van 23 oktober 2014 antwoordt de verzoekende partij; voor post 1 geeft zij als verantwoording op dat zij als eenheidsprijs 15 euro per te verwijderen bestaande detector aanrekent en meent zij dat er 4 detectoren per uur kunnen worden verwijderd.

3.4. Uit wat de verwerende partij als haar aanbestedingsverslag van 20 november 2014 bestempelt, blijkt dat wordt voorgesteld de goedkoopste offerte van inschrijver de nv Corbeels Electro te weren wegens niet-conformiteit aan de technische besteksvereisten. Voorts wordt wat de offerte van de nv Tevean betreft, het volgende opgemerkt:

> " ● NV TEVEAN :
> Deze inschrijver heeft een aantal blijkbaar abnormale lage en abnormale hoge eenheidsprijzen in zijn offerte. Daarom werd op 10.10.2014 een prijsverantwoording gevraagd voor de posten 1 +4 +5 +9 + 10 + 11 +16 +17 + 18 + 19 + 20 + 24 + 25 (abnormaal laag) en voor post 21 (abnormaal hoog). In zijn verantwoording dd. 23.10.2014 bevestigt de aannemer dat zijn eenheidsprijzen niet abnormaal laag of hoog zijn en detailleert hij deze eenheidsprijzen.

De eenheidsprijs voor post 1 : Verwijderen van bestaande detectoren (15€) wordt niet aanvaard. Het betreft hier ionische detectoren die op een speciale manier moeten verwijderd worden maar ook moeten vernietigd worden bij NIRAS [Nationale Instelling voor Radioactief Afval en Verrijkte Splijtstoffen]. De door NIRAS gehanteerde tarieven bedragen ongeveer 30€/stuk. De EP van de inschrijver bedraagt 50 % van deze prijs van NIRAS. De eenheidsprijs is dus abnormaal laag en kan niet aanvaard worden.
Daarenboven voegt de aannemer bij zijn prijsverantwoording technische documentatie toe. Uit deze documentatie/technische fiches blijkt dat hij voor post 14 : bekabeling voor sirenes een kabel type F2 voorziet. Het bijzonder bestek schrijft een kabel type Fr2 voor. De door de aannemer voorgestelde kabel heeft geen functiebehoud die vereist is voor de evacuatiesirenes. Bij gebruik van deze F2-kabel zal er geen goedkeuring verkregen worden door de brandcentrale – keuring die de aannemer moet laten uitvoeren door een erkend keuringsorganisme. De sectie van de voorgestelde kabel F2 is onvoldoende en dit zal een bijkomende reden zijn voor het niet bekomen van de goedkeuring van de brandcentrale.
Besluit : Gelet op hetgeen voorafgaat nl een abnormaal lage eenheidsprijs voor post 1 en het aanwenden van niet conform materiaal is de offerte van NV Tevean onregelmatig en wordt zij dus geweerd."

3.5. Op 3 december 2014 gunt de verwerende partij de opdracht aan de nv Cofely Fabricom als indiener van de laagste regelmatige offerte. Zij weert de offerte van de verzoekende partij, enerzijds, om reden van de abnormale eenheidsprijs voor post 1 en, anderzijds, omwille van de technische niet-conformiteit inzake post 14.

III. Onderzoek van het enige middel

Uiteenzetting van het middel

4.1. De verzoekende partij voert in haar verzoekschrift de schending aan van artikel 24 van de wet van 15 juni 2006 'overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten', van de artikelen 95, 99 en 21 van het koninklijk besluit van 21 juni 2012 'plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren' (hierna: het koninklijk besluit Plaatsing), van de artikelen 4, 8°, en 5, 8°, van de wet van 17 juni 2013 'betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten', van het *patere legem quam ipse*

fecisti-beginsel, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ samen met “het beginsel van behoorlijk bestuur luidens hetwelk overheidsbeslissingen op in feite juiste en in rechte pertinente motieven dienen te zijn gesteund” en van “het redelijkheids- en evenredigheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel; het gelijkheidsbeginsel”.

4.2. In een eerste middelonderdeel viseert de verzoekende partij de bestreden beslissing in de mate dat ze steunt op de abnormale eenheidsprijs voor post 1. Zij merkt op dat nergens uit bleek dat de betrokken ionische detectoren dienden te worden vernietigd bij NIRAS en dat zij bijgevolg een andere verwerker mocht contacteren. Zij stelt dat zij prijs heeft gegeven in achtnemende dat de “demontage en afvoer van de ionische rookmelders evenzeer kan gebeuren door de Nederlandse vennootschap B.V. Röntgen Technische Dienst, welke onder de handelsbenaming ‘Applus RTD’ evenzeer bevoegd is om in te staan voor de demontage en afvoer van ionische rookmelders, welke alsdan te Rotterdam worden verwerkt” en die daarvoor een eenheidsprijs van 10,75 euro per stuk aanrekent; hierbij legt zij een factuur van 4 augustus 2014 van die verwerker voor. Dit is dus geen verliespost voor de verzoekende partij en de prijs van 15 euro per stuk werd reeds voor andere werven door de verwerende partij aanvaard.

Voorts wijst de verzoekende partij op het feit dat post 1 van zeer gering belang is ten aanzien van de totale prijs maar de verwerende partij toch beslist de volledige offerte te weren.

Zij meent ook dat het gelijkheidsbeginsel is geschonden doordat de verwerende partij aan inschrijver de nv Cofely Fabricom ook een prijsverantwoording voor een tiental posten heeft gevraagd en de verwerende partij deze verantwoording heeft aanvaard.

Door te beslissen dat de verzoekende partij een abnormale eenheidsprijs hanteerde bij post 1 heeft de verwerende partij de ingeroepen rechtsregels en -beginselen geschonden.

4.3. In het tweede middelonderdeel betwist de verzoekende partij dat het materiaal dat zij voorstelt voor post 14 niet conform de technische besteksvereisten zou zijn.

5.1. In haar memorie van wederantwoord beklemtoont de verzoekende partij wat het eerste middelonderdeel betreft dat de verwerende partij niet had voorgeschreven dat er een beroep moest worden gedaan op NIRAS zodat zij een eigen onderaannemer mocht naar voor schuiven.

Zij meent ook dat door haar bij haar prijsverantwoording "wel degelijk een kopie [is] overgemaakt geworden over de afnameprijs van een rookmelder, meer bepaald van een bestelbon van 13 mei 2014 ten overstaan van Applus RTD stralingshygiëne met als omschrijving 'verwerking van ionisatiemelder met activiteit < 370 kBq' ten belope van € 10,75 per stuk".

Voorts wijst zij erop dat zij in haar prijsverantwoording heeft opgegeven "dat zij reeds eerder met een identieke prijszetting in meerdere overheidsgebouwen in opdracht van verwerende partij de electriciteitsinstallatie heeft hernieuwd". Zij wijst nu op een viertal werven van de verwerende partij waar zij een identieke prijs voor de post 'verwijderen bestaande detector' heeft geboden. De verzoekende partij stelt hiervoor geen prijsverantwoording te hebben moeten geven. Het betrof werven van de verwerende partij die aan haar werden gegund, zodat de verwerende partij goed op de hoogte moet worden geacht.

Ten slotte merkt de verzoekende partij op dat de verwerende partij niet betwist dat de kwestieuze post van gering belang is ten aanzien van de gehele aanneming maar dat zij meent dat dit gegeven irrelevant is. Ook hier valt de verzoekende partij de verwerende partij niet bij. Er mag volgens haar worden aangenomen dat een offerte in beginsel niet onregelmatig moet worden verklaard wanneer de post die abnormale prijzen bevat, van gering belang is.

5.2. Wat het tweede middelonderdeel betreft probeert de verzoekende partij aan de hand van technische bepalingen aan te tonen "dat verwerende partij ten onrechte in het gunningsverslag is komen te stellen dat de door verzoekende partij aangeboden kabel niet van het FR2 type zou zijn".

6. In haar laatste memorie beperkt de verzoekende partij zich ertoe te volharden "in haar middel en haar argumentatie zoals uiteengezet [in] haar verzoekschrift en memorie [van wederantwoord]".

Beoordeling

7. Overeenkomstig artikel 21, § 3, tweede lid, van het koninklijk besluit Plaatsing verzoekt een aanbestedende overheid, als zij bij het prijsonderzoek vaststelt dat in een offerte een prijs wordt geboden die abnormaal laag lijkt en alvorens die offerte om die reden te weren, de inschrijver in kwestie om de nodige schriftelijke verantwoording; de aanbestedende overheid onderzoekt de ontvangen verantwoording.

Overeenkomstig artikel 95, § 3, van hetzelfde besluit is een offerte op materieel vlak substantieel onregelmatig onder meer in geval van een abnormale prijs als bedoeld in artikel 21. In artikel 95, § 4, eerste lid, wordt gesteld dat een substantieel onregelmatige offerte nietig is.

8. De verwerende partij heeft met toepassing van artikel 21, § 3, van het koninklijk besluit Plaatsing een prijsverantwoording gevraagd aan de verzoekende partij onder meer voor post 1 wegens een abnormaal laag lijkende eenheidsprijs.

De verzoekende partij heeft hierop, specifiek wat post 1 betreft, als verantwoording meegedeeld dat zij als eenheidsprijs 15 euro per te verwijderen bestaande detector aanrekent en dat zij meent dat er 4 detectoren per uur kunnen worden verwijderd.

9. De verwerende partij heeft deze prijsverantwoording niet aanvaard en heeft de prijs van de verzoekende partij voor post 1 definitief als een abnormale prijs beoordeeld. Hieruit vloeit voort dat de verwerende partij met toepassing van artikel 95, § 4, eerste lid, van het koninklijk besluit Plaatsing verplicht was de offerte van de verzoekende partij te weren als nietig; op dat punt beschikte de verwerende partij niet over enige beoordelingsvrijheid zodat het argument van de verzoekende partij inzake de schending van het redelijkheids- of

evenredigheidsbeginsel door de verwerende partij bij het niet in acht nemen van het geringe financiële aandeel van de kwestieuze post in het geheel van de offerteprijs, alleen al om die reden niet kan worden aanvaard.

10. De verzoekende partij heeft een vraag tot prijsverantwoording gekregen. Dergelijke vraag tot prijsverantwoording is een ernstige aangelegenheid en een inschrijver op een overheidsopdracht moet weten dat hij het risico loopt dat zijn offerte onregelmatig wordt verklaard. Hij dient de prijs van de aangeduide posten concreet, onderbouwd en zo volledig mogelijk gestaafd te verantwoorden.

11. De verwerende partij heeft de prijsverantwoording van de verzoekende partij niet aanvaard en dit volgens het aanbestedingsverslag omdat het ionische detectoren betreft die op een speciale manier moeten worden verwijderd en moeten worden vernietigd bij NIRAS die voor de vernietiging alleen reeds 30 euro per stuk aanrekent terwijl de verzoekende partij voor alles 15 euro aanrekent.

Thans, in de procedure voor de Raad, merkt de verzoekende partij op dat zij wat de demontage en afvoer van de detectoren betreft een beroep kan doen op Applus RTD die slechts 10,75 euro per stuk aanrekent; hierbij brengt zij een factuur van die onderneming bij.

In de eerste plaats moet hierbij worden vastgesteld dat de verzoekende partij deze laatste gegevens niet heeft bijgebracht bij haar prijsverantwoording wat zij had kunnen en moeten doen, wil zij zich er voor de Raad van State nog nuttig op beroepen.

Voorts blijkt uit haar offerte dat zij uitdrukkelijk opmerkt “geen beroep te doen op externe firma’s”.

Dat de verzoekende partij bij haar prijsverantwoording een kopie over de afnameprijs van een rookmelder heeft gevoegd, meer bepaald van een bestelbon van 13 mei 2014 ten overstaan van Applus RTD, blijkt niet uit het administratief dossier en ook uit de stukken van de verzoekende partij zelf.

Hieruit moet worden afgeleid dat de verzoekende partij niet aantoont dat zij een ernstige prijsverantwoording heeft ingediend; ze bleek in elk geval niet onderbouwd en gestaafd met concrete gegevens. De thans door de verzoekende partij bijgebrachte concrete gegevens werden niet ten gepaste tijde aan de verwerende partij medegedeeld zodat de verzoekende partij de verwerende partij niet kan verwijten ze niet in de beoordeling van de prijsverantwoording te hebben betrokken.

In de mate dat de verzoekende partij opwerpt dat zij in haar prijsverantwoording heeft verwezen naar werven van de verwerende partij waar gelijkaardige werken zouden zijn uitgevoerd, gebeurde deze verwijzing op algemene wijze en niet concreet inzake bepaalde posten zodat het ook hier bij de gegeven verantwoording mangelt aan preciesheid.

In de mate dat de verzoekende partij opmerkt dat het gelijkheidsbeginsel zou zijn geschonden doordat de offerte van de gekozen inschrijver en de hare ongelijk werden beoordeeld, moet worden opgemerkt dat de gekozen inschrijver geen prijsverantwoording werd gevraagd voor de kwestieuze post, zodat de betrokken inschrijvers zich niet in een vergelijkbare situatie bevinden. De verzoekende partij laat overigens ook na concreet invulling te geven aan haar grief.

12. Het eerste middelonderdeel is ongegrond waaruit volgt dat de offerte van de verzoekende partij terecht nietig is verklaard.

In die omstandigheden heeft de verzoekende partij als onregelmatige inschrijver geen belang bij een gegrondverklaring van haar grief aangevoerd in het tweede middelonderdeel, aangezien niet blijkt dat bij een gegrondverklaring van dit middelonderdeel de opdracht aan geen enkele inschrijver mocht worden gegund. Het onderdeel is aldus onontvankelijk.

V. Rechtsplegingsvergoeding

13. 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 verwerende partij de door haar gevraagde basisrechtsplegingsvergoeding van 700 euro toe te kennen, nu zij door de verwerping van het beroep tot nietigverklaring als in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro en een rechtsplegings-vergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 14 juni 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**