

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 235.369 van 7 juli 2016
in de zaak A. 219.453/XII-8162**

In zake: de BVBA BALDEWIJNS & CO
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Philippe Van Wesemael
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 235
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

LIMBURG.NET
opdrachthoudende vereniging
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten K. Geelen, W. Moonen en Th. Christiaens
kantoor houdend te 3500 Hasselt
Gouverneur Roppesingel 131
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 9 juni 2016, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “het uittreksel uit de Raad van Bestuur van 23 maart 2016 van de Opdrachthoudende Vereniging Limburg.Net waarbij de overheidsopdracht voor de aanleg van een recyclagepark te Tessenderlo bij wege van openbare aanbesteding wordt gegund aan de NV Hermans & Co”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 28 juni 2016, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Yannick Ballon, die *loco* advocaat Philippe Van Wesemael verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Wouter Moonen, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Luc Vermeire heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een open aanbesteding uit voor een opdracht van werken, in de aankondiging genoemd “Aanleg recyclagepark: Infrastructuurwerken”.

3.2. De opdracht, met een geraamde waarde van 967.739,16 euro, btw niet inbegrepen, wordt op 11 december 2015 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen.

3.3. De opening van de offertes vindt plaats op 1 februari 2016 om 10u 30. Elf inschrijvers dienen een offerte in, waaronder de nv Hermans & Co voor 829.374,32 euro en de bvba Baldewyns voor 815.399,13 euro, bedragen telkens btw inbegrepen.

3.4. Met een niet gedateerde brief, blijkbaar van 16 februari 2016, deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat werd vastgesteld dat

er in haar inschrijvingsprijs “een aantal lage inschrijvingsprijzen terug te vinden zijn in vergelijking met de overige inschrijvers en de raming der werken” en wordt haar gevraagd om, ten einde de verwerende partij “te laten beoordelen of [haar] inschrijvingsprijs als abnormaal dient te worden beschouwd”, binnen 12 dagen een omstandiger verantwoording over te maken voor deze posten vermeld in bijlage. Het gaat blijkens deze bijlage, die verwijst naar een “lage inschrijvingsprijs, om de posten 124-137 “bouwen van een stalen afdak voor opstelling KGA met afsluitbare ruimte volgens 9-28” en post 36 “Verankeringsconstructies van cementbetonverharding volgens detailtekening”.

3.5. De verzoekende partij antwoordt met een blijkbaar aangetekend verzonden brief gedateerd 26 februari 2016:

“In antwoord op uw schrijven dd. 16.02.2016, met uw kenmerk RI_DD_160216_177, kunnen wij u het volgende bevestigen.

Aangaande posten 124 t.e.m. 137 vindt u in bijlage de offerte en communicatie van onze onderaannemer, Jacky Aegten. Deze aannemer heeft al verscheidene fietsenstallingen op containerparken geplaatst, echter spreekt hij van een totaalprijs. Wij hebben dan zelf deze totaalprijs verdeeld over de verschillende posten. Verder hebben wij rekening gehouden met een mondelinge korting van 7,5% die werd afgesproken bij uitvoering, dit dekt dan onze vaste kosten en winstmarge op deze posten.

Wat betreft post 36, verankeringsconstructies van cementbetonverharding volgens detailtekening.

In deze post hebben wij het grondwerk opgenomen voor het verdiepen van de funderingsbalken.

De beton zit vervat in post 35, ongewapende cementbetonverharding. De wapening zit vervat in post 115, wapening.”

Bijgevoegd is een e-mailbericht van 24 januari 2016 van de onderaannemer met zijn “beste prijs” voor het leveren en plaatsen van een KGA overkapping en zijn prijs voor de gegalvaniseerde buizen, een e-mailbericht van 25 januari 2016 van de verzoekende partij met een vraag tot verduidelijking en een e-mailbericht van dezelfde datum met het antwoord van de onderaannemer.

3.6. Met een blijkbaar aangetekend verzonden brief gedateerd 7 maart 2016 wordt ook aan de nv Hermans & Co meegedeeld dat werd vastgesteld

dat er in haar inschrijvingsprijs “een aantal lage inschrijvingsprijzen terug te vinden zijn in vergelijking met de overige inschrijvers en de raming der werken” en wordt haar gevraagd om, ten einde de verwerende partij “te laten beoordelen of [haar] inschrijvingsprijs als abnormaal dient te worden beschouwd”, binnen 12 dagen een omstandiger verantwoording over te maken voor deze posten vermeld in bijlage, namelijk voor posten 29 “fundering van schraal beton” en 9-20 “Grondverzet”.

3.7. Met een brief gedateerd 15 maart 2016 deelt de bv Hermans & Co een prijsverantwoording mee met bijgevoegd calculaties.

3.8. In een aanbestedingsverslag laatst aangepast op 15 maart 2016 wordt de prijsverantwoording van de verzoekende partij niet aanvaard voor post 36 en wordt voorgesteld haar offerte als onregelmatig te weren, hetgeen luidt als volgt:

“7.1.2. B.V.B.A Baldewijns

Aan de inschrijver B.V.B.A. Baldewijns werd, door het Bestuur, bij aangetekend schrijven een prijsverrechtvaardiging gevraagd (bijlage B).

De prijsverrechtvaardiging van de aannemer B.V.B.A Baldewijns (bijlage C) werd nagezien en de volgende conclusie kan getrokken worden.

Algemeen

Globaal gezien is de verantwoording zeer summier en weinig gedetailleerd. De opdeling in verschillende elementen rekening houdend met de volgens het bijzonder bestek uit te voeren werkzaamheden ontbreekt.

- Posten nummer 124 tot en met 137: het bouwen van de KGA-kluis:

Het valt op te merken dat de gedetailleerde offertes van de leveranciers/onderaannemers niet bijgevoegd zijn, zodat de voorgestelde prijzen voor de aankoop van materialen niet kunnen gecontroleerd worden. Verder geeft aannemer B.V.B.A Baldewijns aan dat er een mondelinge korting van 7,5% werd afgesproken bij de uitvoering. Hiervan is niets vermeld in de offerte van Aegten. Mocht dat zo zijn dan kunnen wij enkel concluderen dat het gehanteerde percentage lager ligt dan wat algemeen als gangbaar binnen de sector gehanteerd wordt (10-15%).

Conclusie:

Concreet kunnen wij voor deze posten stellen dat volgens Artikel 21§3 KB 15.07.2011 een loutere verwijzing naar een prijs van een onderaannemer, vermeerderd met de winstmarge niet volstaat als verantwoording. De inschrijver mag zich niet beperken tot vaagheden en algemeenheden. Uit onderling overleg met de opdrachtgever werd duidelijk dat het plaatsen van de KGA-k Luis wel mogelijk is voor de opgegeven prijs. Limburg.net heeft bovendien goede ervaringen met de onderaannemer die B.V.B.A Baldewijns kiest voor het plaatsen van de KGA-k Luis. Een schriftelijke bevestiging van de korting ontbreekt echter. De prijsverantwoording van B.V.B.A. Baldewijns wordt voor deze posten dan toch aanvaard.

- Post nummer 36: verankeringsconstructies:

Uit de verantwoording die aannemer B.V.B.A Baldewijns aanhaalt kunnen wij enkel vaststellen dat deze verantwoording vrij vaag en algemeen is. Wij kunnen enkel voor de eenheidsprijzen voor de posten 35 en 115 het volgende vaststellen:

Post nummer 35: inschrijvingsprijs B.V.B.A Baldewijns 29 €/m², gemiddelde prijs cfr Artikel 99§2 30,16 €/m².

Post nummer 115: inschrijvingsprijs B.V.B.A Baldewijns 1,20 €/kg, gemiddelde prijs cfr Artikel 99§2 1,20 €/kg.

Uit de bovenstaande vergelijking kunnen wij enkel vaststellen dat voor de post nummer 35 de inschrijvingsprijs van B.V.B.A Baldewijns heel dicht tegen de gemiddelde prijs aanligt. Voor post nummer 115 is de inschrijvingsprijs van B.V.B.A Baldewijns dezelfde als de gemiddelde inschrijvingsprijs. Wij kunnen enkel concluderen dat enerzijds B.V.B.A. Baldewijns door zijn aangehaalde redenering afwijkt van de besteksvoorwaarden. De aangehaalde verantwoording kan ook in vraag gesteld worden gezien de bovenstaande vergelijking. Bovendien speculeert de aannemer op het feit dat hij de vermoedelijke hoeveelheden voor de posten 35 en 115 kan aanpassen naar de werkelijk uitgevoerde hoeveelheden. Op die manier zou de aannemer wel extra vergoed worden voor bouwen van de verankeringsconstructies. Dit is oneerlijk ten opzichte van de andere aannemers die wel al de volledige prijs van de verankeringsconstructies in rekening gebracht hebben.

Conclusie:

Omdat de verantwoording niet onderbouwd is, vrij vaag en algemeen is, niet met cijfermatige gegevens verantwoord werd en omdat de aannemer bovendien speculatief inschrijft kunnen wij niet akkoord gaan met de verantwoording.

Algemene conclusie B.V.B.A Baldewijns:

Uit de bovenstaande evaluatie van de prijsverantwoording van B.V.B.A. Baldewijns moeten wij besluiten dat deze niet is opgemaakt overeenkomstig de gangbare richtlijnen en geplogenheden, en bovendien heel algemeen is, met weinig oog voor detail. Verder ontbreken in de verantwoording de offertes van leveranciers en werden geen cijfermatige gegevens als verantwoording bijgevoegd. Bovendien heeft de aannemer speculatief ingeschreven.

De prijsverantwoording van B.V.B.A. Baldewijns voor de lage inschrijvingsprijzen kan niet aanvaard worden, waardoor zijn inschrijving in aanmerking komt om als onregelmatig beschouwd te worden.

Indien de opdrachtgever de inschrijving van B.V.B.A. Baldewijns als onregelmatig beschouwt, is N.V. Hermans & Co de inschrijver die verder besproken wordt.”

De prijsverantwoording van de nv Hermans & Co wordt wel aanvaard.

3.9. In het verslag wordt nog vastgesteld dat, indien de opdrachtgever de offerte van de nv Baldewijns als onregelmatig beschouwt, de offerte van de nv Hermans & Co de laagste is. Na een gedetailleerde bespreking van de in deze offerte voorgestelde prijzen wordt uiteindelijk geconcludeerd dat de nv Hermans & Co als laagst gerangschikte regelmatige inschrijver kan “weerhouden” worden voor een bedrag van 829.374,32, btw “verlegd”.

3.10. Op 18 maart 2016 geeft het directiecomité van Limburg.Net:

“positief advies aan de raad van bestuur teneinde:

- 1) het verslag met ref. P005556 6AAN/VA001KGR-Infrastructuurwerken goed te keuren en adviseert de inschrijving te weerhouden van NV Hermans & Co, [...], tegen het bedrag van € 829.374,32 excl. Btw;
- 2) Goedkeuring aanvragen gunning bij OVAM.”

3.11. Op 23 maart 2016 besluit de raad van bestuur van Limburg.Net als volgt:

“4.1 Gunning recyclagepark Tessenderlo
-Infrastructuurwerken

Gelet op het besluit van het directiecomité van 1 juli 2015 waarbij het ontwerp-dossier voor de aanleg recyclagepark Tessenderlo werd goedgekeurd, opgemaakt door het studiebureau Technum uit Hasselt en waarvan de uitvoering geraamd werd op € 967.739,16 excl. btw.

Gelet op het uitschrijven van een openbare aanbesteding voor het bestek en de opening van de inschrijvingen op 1 februari 2016 waaruit blijkt dat onderstaande inschrijvers een offerte hebben ingediend:

[...]

Gelet op het verslag met ref. P.005556 6AAN/VA001KGR-infrastructuurwerken opgesteld door studiebureau Technum, dat integraal deel uitmaakt van huidige verslaggeving en waarbij de inschrijvingen werden beoordeeld en waaruit volgende waardering blijkt:

Aan bvba Baldewijns werd, bij aangetekend schrijven, een prijsrechtvaardiging gevraagd.

De prijsverantwoording van bvba Baldewijns voor de lage inschrijvingsprijzen kan niet aanvaard worden, waardoor zijn inschrijving in aanmerking komt om als onregelmatig beschouwd te worden.

Bovenstaande vaststelling in acht genomen dat de inschrijving van bvba Baldewijns als onregelmatig beschouwd wordt, kan onderstaande rangschikking voor de toewijzing bekomen worden:

[...]

Rekening houdend met het administratief en rekenkundig nazicht, kan inschrijver NV Hermans & Co uit Lanaken als laagst gerangschikte inschrijver weerhouden worden voor de opdracht 'Aanleg recyclagepark Tessenderlo Infrastructuurwerken' onder de in het bijzonder bestek P.005556 gestelde voorwaarden, tegen het bedrag van € 829.374,32 excl. btw.

BESLUIT

De vergadering geeft positief advies aan de raad van bestuur teneinde:

- 1) Het verslag met ref. P005556AAN/VA001KGR-Infrastructuurwerken goed te keuren en adviseert de inschrijving te weerhouden van NV Hermans & Co, Nijverheidslaan 16 te Lanaken, tegen het bedrag van € 829.374,32 excl. Btw;
- 2) Goedkeuring aanvragen gunning bij OVAM.”

Dit is de bestreden beslissing.

3.12. Met een brief gedateerd 25 mei 2016 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat de raad van bestuur in de vergadering van 23 maart 2016 de ingediende inschrijvingen onderzocht en besliste om de opdracht “toe te wijzen” aan de nv Hermans & Co. “In het kader van de motiveringsplicht van de bestuurshandelingen”, wordt “een uittreksel uit het gunningsverslag, dat integraal deel uitmaakt van de beraadslaging en de motivering van de door de Raad van Bestuur genomen beslissing”, bijgevoegd.

3.13. Met een e-mailbericht van 1 juni 2016 vraagt de raadsman van de verzoekende partij om in het kader van de regelgeving openbaarheid bestuur en de artikelen 8 e.v. 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’ (hierna: de wet van 17 juni 2013) per kerende de gemotiveerde gunningsbeslissing mee te delen alsook de bijlagen zoals vermeld in het gunningsverslag. Tevens wordt gewezen op de wachttermijn.

Met een e-mailbericht van 6 juni 2016 maakt de verwerende partij de “gemotiveerde gunningsbeslissing” over alsook de bijlagen maar niet de als vertrouwelijk beschouwde bijlage E.

Met een blijkbaar aangetekend verzonden brief gedateerd 6 juni 2016 en blijkbaar ook met een e-mailbericht van die datum, antwoordt de raadsman van de verzoekende partij dat het als gemotiveerde gunningsbeslissing meegedeelde “uittreksel van de Raad van Bestuur van 23 maart 2016” louter een advies bevat van de vergadering aan de raad van bestuur en vraagt zij nogmaals om in toepassing van artikel 8, § 1, eerste lid, van de wet van 17 juni 2013 kopie over te maken van de gemotiveerde gunningsbeslissing. Er wordt voorts op gewezen dat de termijnen bepaald in de artikelen 1 en 23, § 3, van de wet van 17 juni 2013 geen aanvang kunnen nemen zolang de verzoekende partij “niet in het bezit is van de gemotiveerde gunningsbeslissing”.

Met een niet-vertrouwelijk e-mailbericht van 7 juni 2016 antwoordt de raadsman van de verwerende partij dat, “zoals u zelf ook stelt, u reeds een uittreksel van de gemotiveerde gunningsbeslissing van de raad van bestuur van 23 maart 2016 heeft ontvangen”, dat de beslissing van de raad van bestuur van

23 maart 2016 “enkel een materiële vergissing [bevat] in de mate er wordt aangegeven dat een positief advies wordt verleend alwaar bedoeld wordt dat dit de beslissing zelf vormt” en dat de verzoekende partij “dan ook [beschikt] over de gunningsbeslissing zoals bedoeld in de wet van 17 juni 2013”. Tevens wordt opgemerkt dat de verzoekende partij overeenkomstig artikel 8, § 1, eerste lid, 2°, van die wet “slechts recht heeft op een uittreksel van een gemotiveerde gunningsbeslissing”, zodat de verzoekende partij alle informatie heeft gekregen waarop zij recht heeft.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4. De verwerende partij werpt twee excepties op van niet-ontvankelijkheid van de vordering. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over de door de verwerende partij opgeworpen ontvankelijkheidsexcepties uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak over die excepties zou alleen nodig zijn indien de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

V. Schorsingsvoorwaarden

5.1. 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.

5.2. 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.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6. De verzoekende partij formuleert dit middel als volgt:

“Eerste middel, genomen uit de schending van de artikelen 4, 8° en 8 §1, 2° van de Wet van 17 juli 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten, uit de schending van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen, en uit de schending van de materiële motiveringsplicht, het transparantie-, het gelijkheids- en het zorgvuldigheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur,

Doordat verwerende partij het uittreksel uit de vergadering van de Raad van Bestuur d.d. 23 maart 2016 beschouwt als een gemotiveerde gunningsbeslissing,

Terwijl dit uittreksel uit de vergadering van de Raad van Bestuur van 23 maart 2016 slechts een advies betreft waarbij wordt geadviseerd om het verslag met ref. P005556 6AAN/VA001KGR-Infrastructuur goed te keuren en de inschrijving van de NV HERMANS & CO, met zetel te Lanaken, Nijverheidslaan 16 tegen het bedrag van 829.374,32 EUR te weerhouden,

En terwijl dit uittreksel geen gemotiveerde gunningsbeslissing betreft zoals voorzien in de artikelen 4 en 5 van de Wet van 17 juli 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten”.

In de toelichting bij dit middel verwijst de verzoekende partij naar het verzoek van 1 juni 2016 om de gemotiveerde gunningsbeslissing te bezorgen en het in antwoord hierop ontvangen “uittreksel van de Raad van Bestuur van 23 maart 2016”, document dat blijkt het beschikkend gedeelte “enkel een advies van de vergadering aan de raad van bestuur [bevat]”. Dit document kan dan ook niet worden beschouwd als een gemotiveerde gunningsbeslissing en de verzoekende partij kan dan ook slechts vaststellen dat de verwerende partij geen formele toewijzingsbeslissing kan voorleggen waarbij de opdracht op een rechtsgeldige wijze wordt toegekend aan de nv Hermans & Co. Conform artikel 4, van de wet van 17 juni 2013 dient de aanbestedende instantie een gemotiveerde beslissing op te stellen wanneer ze een opdracht gunt, ongeacht de gekozen procedure en overeenkomstig artikel 8, § 1, 2°, van dezelfde wet dient onmiddellijk na het nemen van de gemotiveerde gunningsbeslissing kennis te worden gegeven van een uittreksel van deze beslissing aan elke inschrijver van wie de offerte onregelmatig is bevonden.

Te dezen blijkt een dergelijke gemotiveerde beslissing niet voorhanden te zijn, zodat de verzoekende partij niet rechtsgeldig kennis kan nemen van de motieven voor haar wering. Deze handelwijze is manifest in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel en het gebrek aan zorgvuldigheid staat vast doordat een advies wordt voorgesteld als een gemotiveerde gunningsbeslissing. Door dit alles heeft de verwerende partij evenzeer de bepalingen van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 zonder meer miskend.

Beoordeling

7. Het als “gemotiveerde gunningsbeslissing” meegedeelde “uittreksel van de Raad van Bestuur van 23 maart 2016” stelt zoals de verzoekende partij in het middel aanvoert formeel het volgende :

“De vergadering geeft positief advies aan de raad van bestuur teneinde:

1) Het verslag met ref. P0Q5556 6AAN/VAQ01KGR-Infrastructuurwerken goed te keuren en adviseert de inschrijving te weerhouden van NV Hermans & Co, Nijverheidslaan 16 te Lanaken, tegen het bedrag van € 829.374,32 excl. Btw;

2) Goedkeuring aanvragen gunning bij OVAM.”

Met de verwerende partij en zoals door de raadsman van deze laatste reeds met het voormelde e-mailbericht van 7 juni 2016, dus vóór het instellen van de vordering, aan de verzoekende partij werd meegedeeld, kan *prima facie* echter worden aangenomen dat de formulering “geeft advies” enkel een materiële verschrijving is en een niet bedoelde herneming van het advies van 18 maart 2016 van het directiecomité aan de raad van bestuur, en dat in werkelijkheid beslist werd het gunningsverslag goed te keuren en de opdracht te gunnen aan de nv Hermans & Co.

Aldus faalt het feitelijk uitgangspunt van het middel, dat geen gemotiveerde gunningsbeslissing werd opgesteld. Indien de redenering van de verzoekende partij gevolgd zou worden, zou dit trouwens, zoals opgemerkt in de nota, tot gevolg hebben dat de vordering voorbarig is en dus niet ontvankelijk want niet gericht tegen een aanvechtbare rechtshandeling.

Via het aldus goedgekeurde gunningsverslag maakte aldus de raad van bestuur zich de motieven van het gunningsverslag eigen en dus ook de motieven voor het weren van de offerte van de verzoekende partij, zoals opgenomen in het aan de verzoekende partij meegedeelde gunningsverslag. Aldus kende zij de motieven voor het weren van haar offerte.

8. Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

9. De verzoekende partij formuleert dit middel als volgt:

“Tweede middel, genomen uit de schending van artikel 21 van het Koninklijk Besluit plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren van 15 juli 2011 [...] uit de schending van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen, uit de schending van de artikelen 4, 8°, 5, 8) en 9° en 8 §1 van de Wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, uit de schending van het Europeesrechtelijk non-discriminatie- en transparantiebeginsel, uit de schending van de materiële motiveringsplicht, en uit de schending van het gelijkheids-, het zorgvuldigheids-, het vertrouwensbeginsel en het patere legem quam ipsi fecisti-beginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur,

Doordat verwerende partij aan verzoekster en de gekozen inschrijver een prijsverantwoording heeft gevraagd omwille van vermeende abnormaal lage eenheidsprijzen,

En doordat in het gunningsverslag wordt gesteld dat niet akkoord kan gegaan worden met de verantwoording van verzoekster,

Terwijl, eerste onderdeel, de aanbestedende overheid vooreerst met de nodige zorgvuldigheid moet handelen vooraleer prijzen als abnormaal te bestempelen,

En terwijl in casu noch in het schrijven dd. 16 februari 2016 van verwerende partij, noch in het gunningsverslag wordt verklaard waarom de eenheidsprijzen van verzoekster voor de aangehaalde posten als abnormaal moeten worden beschouwd,

En terwijl, tweede onderdeel, de aanbestedende overheid daarnaast de verplichting heeft om de gegeven prijsverantwoording zorgvuldig te onderzoeken,

En terwijl in casu verzoekster moet vaststellen dat de motivering in het gunningsverslag om haar prijsverantwoording te verwerpen niet afdoende en onredelijk is”.

10.1. In de toelichting bij het *eerste onderdeel* van het tweede middel benadrukt de verzoekende partij dat noch het schrijven van verwerende partij van

16 februari 2016, noch het gunningsverslag enige toelichting bevat waarom haar prijs voor de aangehaalde posten als abnormaal moet worden beschouwd. Er zijn dan ook geen elementen aanwezig die de vraag om prijsverantwoording ten opzichte van de verzoekende partij verantwoorden. Op bladzijde 3 van het gunningsverslag wordt enkel opgemerkt: “Er werden abnormale eenheidsprijzen opgemerkt bij de Inschrijving van bvba Baldewijns voor de volgende posten: 36,124-128 en 130-137”, maar de redenen waarom de eenheidsprijzen van de verzoekende partij voor bovenvermelde posten als abnormaal moeten worden beschouwd worden niet gegeven.

Dit doet de verwerende partij nochtans wél bij het prijsonderzoek van de offerte van de nv Hermans & Co. De verwerende partij schendt hierdoor vooreerst op een manifeste wijze het materiële motiveringsbeginsel en de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991.

Daarnaast mag van een normaal zorgvuldig handelende overheid worden verwacht dat zij op zijn minst de redenen opgeeft waarom een bepaalde eenheidsprijs als abnormaal moet worden beschouwd.

Er kan volgens de verzoekende partij dan ook enkel worden besloten dat er geen gegronde redenen voorhanden waren om aan de verzoekende partij een prijsverantwoording te vragen.

Bovendien kan de verzoekende partij naar eigen “zoals hierboven reeds aangehaald, nergens uit afleiden dat verwerende partij geen markante afwijkingen heeft vastgesteld die een nader onderzoek vereisten”.

De beslissing van de verwerende partij om een vermoeden van abnormale lage eenheidsprijzen te weerhouden is dan ook kennelijk onredelijk, onzorgvuldig genomen en niet gesteund op deugdelijke motieven.

10.2. Indien de Raad van State toch zou oordelen dat het verzoek om prijsverantwoording aan de verzoekende partij rechtmatig en gegrond was, betoogt de verzoekende partij in het *tweede onderdeel* dat haar prijsverantwoording voor post 36 ten onrechte niet werd aanvaard.

Zij heeft naar eigen zeggen in haar prijsverantwoording immers op afdoende wijze de eenheidsprijs voor post 36 verantwoord nu die kan worden verklaard doordat zij het beton mee heeft opgenomen in post 35: “ongewapende cementbetonverharding” terwijl de wapening zit vervat in post 115 “wapening” van haar offerte. Deze werkwijze werd door de Raad van State reeds eerder aanvaard. Aangezien ook niet cijfermatige gegevens een prijsverantwoording kunnen uitmaken, mag de aanbestedende overheid zich niet zomaar verschuilen achter het gebrek aan cijfermatige gegevens. De verwerende partij beperkt zich in het gunningsverslag tot de loutere vaststelling dat de prijsverantwoording “vrij vaag en algemeen” is, zonder de in de prijsverantwoording vermelde verantwoordingselementen nader te bespreken en te evalueren, zodat *in concreto* niet blijkt waarom deze elementen de schijn van abnormaliteit die over de betrokken posten hangt, niet zouden kunnen wegnemen. Dit blijkt evenmin uit andere stukken van het administratief dossier, zoals de vermeende toewijzingsbeslissing van 23 maart 2016. Nochtans bevat de verstrekte verantwoording een concrete, specifiek op de kwestieuze post betrokken verklaring, namelijk dat de verzoekende partij het beton mee heeft opgenomen in post 35: “ongewapende cementbetonverharding” en dat de wapening vervat zit in post 115 “wapening”.

In het gunningsverslag wordt voorts gesteld dat de prijsverantwoording zou afwijken van de besteksvoorwaarden, maar er wordt op geen enkele manier duidelijk gemaakt waarom en hoe dit dan wel het geval zou zijn, laat staan dat de verwerende partij specificeert of het hier al dan niet om een essentiële besteksbepaling gaat. Bovendien vermeldt het gunningsverslag bij de beoordeling van de prijsverantwoording van de gekozen inschrijver, de nv Hermans & Co, eveneens dat de prijsverantwoording afwijkt van de besteksvoorwaarden en leidde deze vaststelling aldaar niet tot de wering van de prijsverantwoording. Opnieuw is hiervoor geen enkele verklaring of motivering te vinden, noch in het gunningsverslag, noch in de overige stukken van het administratief dossier. De verwerende partij schendt op die manier tevens het gelijkheidsbeginsel.

In de mate dat de verwerende partij nog meent dat de verzoekende partij zou speculeren op het feit dat zij de vermoedelijke hoeveelheden voor de posten 35 en 115 kan aanpassen naar de werkelijk uitgevoerde hoeveelheden en op die manier extra vergoed zou worden voor het bouwen van verankeringsconstructies, “poneert” zij volgens de verzoekende partij “maar wat.” De verzoekende partij stelt niet in te zien op grond waarvan de prijsverantwoording een vorm van speculatie zou inhouden. Ook hierover is geen enkele verduidelijking of motivering terug te vinden, noch in het gunningsverslag, noch in de overige stukken van het administratief dossier.

De verwerende partij heeft in haar beoordeling van de prijsverantwoording van de verzoekende partij ook geen eigen motieven in aanmerking genomen die, samen met de motieven die resulteren uit de gegeven prijstoelichting, volgens de verwerende partij van aard zijn om de abnormaliteit van de aangeduide eenheidsprijzen van de offerte van de verzoekende partij vast te stellen.

Het staat volgens de verzoekende partij dan ook vast dat de in het gunningsverslag aangevoerde motieven voor de wering van haar offerte niet voldoende draagkrachtig zijn – schending materiële motiveringsplicht – en dat de verwerende partij één en ander onvoldoende heeft onderzocht en het prijsonderzoek onzorgvuldig heeft gevoerd – schending zorgvuldigheidsplicht. De verwerende partij heeft onterecht en op een niet correcte manier de onregelmatigheid van de offerte van de verzoekende partij bevestigd en geoordeeld dat deze offerte abnormale eenheidsprijzen bevat. De motieven van de verwerende partij om de eenheidsprijzen van de offerte van de verzoekende partij niet te aanvaarden en de onregelmatigheid van haar offerte te bevestigen, zijn niet deugdelijk en niet correct, en de motivering in het gunningsverslag is niet zorgvuldig en kennelijk onredelijk genomen.

Beoordeling

Eerste onderdeel

11. De verzoekende partij doet niet blijken van het vereiste belang bij dit middelonderdeel in de mate dat deze de posten 124 tot en met 137 zouden betreffen nu haar verantwoording ter zake werd aanvaard en haar offerte dus niet werd geweerd wegens eventuele abnormale prijzen voor deze posten.

12. In de mate dat het middelonderdeel post 36 betreft, vermeldt de voormelde brief van 16 februari 2016 met de vraag tot prijsverantwoording, dat werd vastgesteld dat er in haar inschrijvingsprijs “een aantal lage inschrijvingsprijzen zijn terug te vinden in vergelijking met de overige inschrijvers en de raming der werken” en dat voor deze posten waaronder post 36 wordt gevraagd binnen de 12 kalenderdagen een “omstandige verrechtvaardiging over te maken”, “om ons te laten beoordelen of uw inschrijvingsprijs als abnormaal dient te worden beschouwd”. In het gunningsverslag, dat door de bestreden beslissing wordt bijgevalen, wordt vervolgens gemotiveerd waarom de gegeven verantwoording voor post 36 niet wordt aanvaard en haar offerte wordt geweerd, waarmee bedoeld lijkt dat deze prijs abnormaal laag wordt geacht.

Aldus blijken de redenen waarom deze prijs niet werd aanvaard uit het door de bestreden beslissing bijgevalen gunningsverslag waarvan de verzoekende partij kennis had vóór het indienen van het verzoekschrift.

Tevens wordt vastgesteld dat de verzoekende partij deze motieven in het tweede onderdeel van dit middel inhoudelijk betwist.

Te dezen kan bijkomend in ieder geval worden vastgesteld dat de voormelde brief van 16 februari 2016 de vraag motiveert met verwijzing naar een vergelijking met de overige inschrijvers en de raming, en lijkt met de verwerende partij te kunnen worden aangenomen dat wanneer de verzoekende partij de prijs voor post 36 verklaart met verwijzing naar de opname van het beton in post 35 en wapening in post 115, de verzoekende partij die vraag niet anders

heeft begrepen dan dat zij diende te verantwoorden waarom zij een blijkbaar zeer lage prijs voor die post 36 voorstelde in haar offerte.

De verzoekende partij heeft blijkbaar ook nooit bij het ontvangen van de vraag tot prijsverantwoording of nog in de prijsverantwoording zelf aangevoerd dat de vraag onduidelijk was of dat zij onvoldoende informatie had om te antwoorden. Integendeel antwoordde zij zonder voorbehoud met een prijsverantwoording die volgens haar moest volstaan en volgens het tweede onderdeel nog steeds voldoende wordt geacht.

De grief dat nergens werd verklaard waarom de betrokken eenheidsprijzen van de verzoekende partij als abnormaal moeten worden beschouwd mist dus feitelijke grondslag.

13. In de mate dat wordt aangevoerd dat de verwerende partij bij het prijsonderzoek van de offerte van de nv Hermans & Co wel aangeeft waarom een prijsverantwoording werd gevraagd, leidt dit niet tot een andere conclusie en toont niet *prima facie* aan dat de verzoekende partij ongelijk werd behandeld aangezien er ook bij haar een motivering van de verantwoordingsvraag voorhanden is.

Tweede onderdeel

14. In het tweede onderdeel betoogt de verzoekende partij dat haar prijs voor post 36 “Verankeringsconstructies van cementbetonverharding volgens detailtekening” verantwoord is doordat zij het beton mee opnam in post 35 “ongewapende cementbetonverharding” terwijl de wapening zit vervat in post 115 “wapening” van haar offerte.

Te dezen kan enkel worden vastgesteld dat de verwerende partij de door de verzoekende partij bedoelde zogenoemde “clustering” niet heeft aanvaard en integendeel vaststelt dat de prijs voor posten 35 en 115 in de lijn liggen van of dezelfde zijn als de gemiddelde prijs, vergelijking waardoor volgens de verwerende partij de verantwoording in vraag kan worden gesteld. De verzoekende partij zelf heeft deze “clustering” met andere posten in de verantwoording ook niet nader toegelicht. Zoals ook in het gunningsverslag werd vastgesteld, ontbreekt elke

concrete en cijfermatige onderbouwing hoe deze ‘clustering’ leidde tot de prijs voor post 36. Evenmin gaat de verzoekende partij in op de beoordeling dat de prijs voor posten 35 en 115 in de lijn ligt van of dezelfde is als de gemiddelde prijs.

15. De verwerende partij oordeelt trouwens voorts dat de verzoekende partij aldus speculeert “op het feit dat [zij] de vermoedelijke hoeveelheden voor posten 35 en 115 kan aanpassen naar de werkelijk uitgevoerde hoeveelheden” en op die manier “extra vergoed [zou worden] voor bouwen van de verankeringsconstructies [...] [hetgeen] oneerlijk [is] ten opzichte van de andere inschrijvers die wel al de volledige prijs van de verankeringsconstructies in rekening gebracht hebben”.

De verzoekende partij betoogt ter zake dat de verwerende partij aldus “zo maar wat poneert” en stelt niet in te zien op grond waarvan de prijsverantwoording een vorm van speculatie zou inhouden. Aldus gaat zij, zo lijkt, voorbij aan de op haar rustende stelplicht. Het komt de verzoekende partij toe het tegendeel aan te tonen, namelijk dat deze beoordeling niet draagkrachtig is, maar dit doet zij in dit middelonderdeel niet of minstens niet voldoende concreet.

In de mate dat betreffende die speculatie zij nog betoogt dat hierover ook geen enkele verduidelijking of motivering is terug te vinden, noch in het gunningsverslag, noch in de overige stukken van het administratief dossier en hiermee de formele motivering niet afdoende wordt bevonden, lijkt het niet meteen duidelijk hoeveel verder de motivering terzake dan nog wel diende te gaan.

16. In het middelonderdeel betoogt de verzoekende partij ook dat, aangezien ook niet cijfermatige gegevens een prijsverantwoording kunnen uitmaken, de aanbestedende overheid zich niet zo maar kan verschuilen achter het gebrek aan cijfermatige gegevens en dat de verwerende partij zich in het gunningsverslag beperkt tot de loutere vaststelling dat de prijsverantwoording “vrij vaag en algemeen” is, zonder de in de prijsverantwoording vermelde verantwoordingselementen nader te bespreken.

Het feitelijk uitgangspunt van deze grief lijkt te falen nu de elementen in de verantwoording, de opname van beton in post 35 en de wapening

in post 115, wel degelijk worden beoordeeld. Evenmin lijkt aangetoond dat bij de beoordeling geen rekening mag worden gehouden met het ontbreken van cijfermatige gegevens noch dat de verwerende partij niet redelijkerwijze van oordeel kon zijn dat de verantwoording vrij vaag en algemeen is. In ieder geval is de motivering niet beperkt tot die vaststelling.

17. In de mate dat de verzoekende partij nog aanvoert dat op geen enkele manier wordt duidelijk gemaakt hoe en waarom de prijsverantwoording zou afwijken van de besteksvoorwaarden zoals vastgesteld in het gunningsverslag, noch dat en waarom het zou gaan om een essentiële besteksbeplanning, lijkt hiermee in feite opnieuw de voormelde “clustering” te zijn bedoeld die niet werd aanvaard, maar speculatief en niet onderbouwd geacht.

In ieder geval blijkt niet *prima facie* dat deze beoordeling een determinerend motief is voor de wering en dat deze al voldoende draagkrachtig kan steunen op het niet verantwoorden van de prijs voor post 36.

18. In de mate dat de verzoekende partij voorts stelt ongelijk te zijn behandeld nu ook bij de beoordeling van de prijsverantwoording van de gekozen inschrijver, de nv Hermans & Co werd opgemerkt dat de prijsverantwoording afwijkt van de besteksvoorwaarden terwijl dit niet leidde tot de wering van de prijsverantwoording, lijkt zij geen belang te hebben bij deze grief. Een inschrijver van wie de offerte onregelmatig is verklaard, heeft in principe immers geen belang om de toewijzing van een overheidsopdracht aan een concurrerende inschrijver aan te vechten tenzij uit de middelen blijkt dat zijn offerte ten onrechte onregelmatig werd verklaard of dat de opdracht aan geen enkele inschrijver rechtsgeldig mocht worden toegewezen. De beoordeling van de exceptie van gebrek aan belang hangt in dergelijk geval samen met de beoordeling van de gegrondheid van de middelen: het beroep is enkel ontvankelijk indien de verzoekende partij kan aantonen dat één van beide voormelde hypothesen zich voordoet. De verzoekende partij heeft te dezen niet *prima facie* aangetoond dat haar prijsverantwoording ten onrechte niet werd aanvaard en de betrokken grieven, indien al ernstig, lijken hoogstens tot gevolg te hebben dat misschien ook de offerte van de gekozen inschrijver had moeten worden geweerd maar niet dat de opdracht niet meer kon worden gegund, laat staan dat deze diende te worden gegund aan de verzoekende partij.

19. Wat de grief betreft dat de verwerende partij in haar beoordeling van de prijsverantwoording van de verzoekende partij ook geen eigen motieven in aanmerking heeft genomen om de abnormaliteit van de prijzen al dan niet vast te stellen, verduidelijkt de verzoekende partij niet aan welke motieven de verwerende partij aldus zou zijn voorbij gegaan, en lijkt deze grief niet voldoende onderbouwd om ernstig te worden bevonden.

20. Aldus is niet *prima facie* aangetoond dat de in het gunningsverslag aangevoerde motieven voor de wering van de offerte van de verzoekende partij niet voldoende draagkrachtig zijn noch dat de motieven van de verwerende partij om een eenheidsprijs uit de offerte van de verzoekende partij niet te aanvaarden en de onregelmatigheid van haar offerte te bevestigen, niet deugdelijk zijn en niet correct en evenmin dat de motivering in het gunningsverslag niet zorgvuldig is en de bestreden beslissing kennelijk onredelijk is, onzorgvuldig genomen of niet gesteund op deugdelijke motieven.

21. Het tweede middel is dan ook niet ernstig.

VII. Besluit en kosten

22. Geen van beide middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

23. 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’ aan de verwerende partij de door haar gevraagde rechtsplegingsvergoeding toe te kennen, nu zij door de verwerping van de vordering als de in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van zeven juli tweeduizend zestien, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,
bijgestaan door
Bart Tettelin,

kamervoorzitter,

griffier.

De griffier

De voorzitter

Bart Tettelin

Dierk Verbiest