

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 237.351 van 14 februari 2017
in de zaak A. 215.804/XII-7878**

In zake: de NV WEG EN BOUW (WEGEBO)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Philippe Van Wesemael
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 235
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Carlos De Wolf en Anthony Verheggen
kantoor houdend te 9680 Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 26 juni 2015, strekt tot de nietigverklaring van “het besluit dd. 3 april 2015 van de administrateur-generaal van het Agentschap Wegen en Verkeer, afdeling Oost-Vlaanderen, waarbij de opdracht voor ‘Kennedylaan-Gent; R4-Oost: Omvorming primaire wegen I en II; knooppunt 8’ gegund wordt aan de thv Aswebo nv – Franki Construct nv voor een bedrag van 9.618.473,44 (btw excl.)”.

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.

Auditeur Frederic Eggermont 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 29 november 2016.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Philippe Van Wesemael, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Charlotte De Wolf, die *loco* advocaat Anthony Verheggen verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederic Eggermont 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. Het agentschap Wegen en Verkeer, afdeling Oost-Vlaanderen, schrijft een open aanbesteding voor de uitvoering van werken uit met als voorwerp ‘Kennedylaan – Gent. R4-Oost: omvorming tot primaire wegen I en II. Knooppunt 8’.

De opdracht wordt beheerst door het bijzonder bestek met nr. 1M3D8H/14/25-F02.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 6 augustus 2014 en in het Supplement bij het Publicatieblad van de Europese Unie van 8 augustus 2014.

3.2. De opening van de offertes vindt plaats op 29 september 2014. Er worden negen offertes ingediend, waaronder deze van de verzoekende partij en van de thv nv Aswebo – nv Franki Construct.

3.3. De verwerende partij vraagt aan de thv nv Aswebo – nv Franki Construct bij brief van 6 oktober 2014 een prijsverantwoording voor het totale offertebedrag en dit met toepassing van artikel 99, § 2, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’.

Bij brief van 10 oktober 2014 geeft de thv nv Aswebo – nv Franki Construct de volgende verantwoording:

“Hierbij kunnen wij melden dat wij de prijzen van onze offerte van 29 oktober 2014 nagekeken hebben op hun correctheid. Bij deze controle hebben wij geen onregelmatigheden vastgesteld, wij bevestigen dan ook uitdrukkelijk achter onze inschrijvprijzen te staan.

Wij kunnen u verzekeren dat onze prijs is gebaseerd op een zeer grondige voorstudie en een bezoek ter plaatse door werfleiders met de nodige beroepsbekwaamheid en voldoende ondervinding bij dergelijke werken.

Om onze eenheidsverkoopprijzen te bepalen wordt voor elke post of groep van samenhangende posten van de meetstaat een analyse gemaakt van de directe kostprijs. Op basis van ervaring met gelijkaardige uitgevoerde werken, offertes van onderaannemers en leveranciers opgemaakt voor dit werk, eerdere offertes, uitgebreid voorbereidend studiewerk van onze studiediensten,... wordt aldus de technische kostprijs samengesteld.

De som van al de posten vormt de totale technische kostprijs van het werk. Om tot de totale verkoopprijs te komen, wordt deze prijs nog verhoogd met een percentage voor algemene kosten, winst en risico.

Wij willen opmerken dat wij over een asfaltcentrale, betoncentrale en een breekinstallatie beschikken, gelegen op de Singel te Gent op minder dan 5 km rijafstand.

Momenteel is dezelfde thv nv Aswebo – Franki Construct nv het complex Schansakker aan het realiseren (dit binnen een straal van 3 km). Tevens voert Aswebo de wegeniswerken uit voor de werf Collector J. Kennedy-laan te Gent (thv Persyn – Aswebo).

Door de synergie die ontstaat tussen die verschillende werven kan kostenbesparend gewerkt worden.

Tevens beschikken wij over gespecialiseerd eigen personeel en up-to-date materieel voor het efficiënt uitvoeren van de werken.

Wij bevestigen hierbij formeel dat wij alle voorziene werken tegen de door ons ingediende eenheidsprijzen volgens de voorschriften van het BLK en de regels van de kunst kunnen en zullen uitvoeren.”

3.4. Op 30 oktober 2014 beslist de verwerende partij op grond van het eerste gunningsverslag de opdracht te gunnen aan de thv nv Aswebo – nv Franki Construct.

Tegen deze beslissing wordt een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid ingesteld, waarna de verwerende partij op 29 januari 2015 de beslissing intrekt. Bij arrest nr. 230.269 van 24 februari 2015 wordt de vordering bijgevolg verworpen.

3.5. In het tweede gunningsverslag, van 10 maart 2015, wordt inzake het prijsonderzoek vermeld:

“4.4.1 Totaalprijzen

Op het ogenblik van opening van de offertes bleek dat het inschrijvingsbedrag van de laagste inschrijver schommelde rond het wettelijk gemiddelde van 15%. Er werd daarom meteen een algemene prijsverantwoording gevraagd aan de thv Aswebo-Franki Construct.

Door de aanpassingen offertes aan de hand van de nota's gewijzigde hoeveelheden bedraagt de afwijking van de totaalprijs van de offerte van de thv Aswebo-Franki Construct slechts 14,7%.

Derhalve is artikel 99, § 2 van het KB van 15/7/2011 niet van toepassing en was de vraag naar prijsverantwoording wettelijk niet nodig. De laagste inschrijving voldoet aan het wettelijk gemiddelde en is niet behept met (een vermoeden van) substantiële onregelmatigheid.

De aanbestedende overheid heeft de van de thv Aswebo-Franki Construct ontvangen prijsverantwoording, vanuit zorgvuldigheidsoogpunt, onderzocht.

In de ontvangen prijsverantwoording voor de opgegeven totaalprijs worden door de thv Aswebo nv - Franki Construct nv twee specifieke argumenten aangehaald die onderscheidend zijn ten opzichte van de andere inschrijvers:

1. De thv beschikt over een eigen asfaltcentrale, betoncentrale en recyclageinstallatie, die (bovendien) op minder dan 5 km rijafstand van de werfzone gelegen zijn.

De aanbestedende overheid kan aldus rekening houden met volgende kostenbesparende elementen :

- a. Tijdens de opbraakwerken kan alle beton-, asfalt- en mengpuin naar de nabijgelegen recyclage-eenheid worden gebracht, waar ze herwerkt worden tot herbruikbare Copro-gekeurde puin-granulaten. Dit levert goedkope prijzen voor opbraakwerken.
 - b. Aswebo is Benor-gecertificeerd voor de productie van meerdere hydraulisch gebonden recyclingmaterialen die in de aanneming zullen gebruikt worden (zandcement, steenslag-fundering type IA en IIA, schraal beton). Zij zijn voor de levering van deze producten dus niet afhankelijk van externe leveranciers, wat een prijsvoordeel betekent.
 - c. Aswebo beschikt over een eigen asfaltcentrale en betoncentrale. De posten met betrekking tot asfalt en beton vormen een belangrijk aandeel in de aanneming en doordat de thv hiervoor niet afhankelijk is van externe leveranciers, betekent dit een prijsvoordeel.
 - d. Alle bovenvermelde installaties voor recyclage en productie liggen bovendien op een zeer korte afstand van de werfzone (minder dan 5 km). Dat betekent ontegensprekelijk lagere transportkosten (brandstofverbruik, uurloon chauffeur, ...). Doordat alle installaties bij elkaar liggen en in de onmiddellijke nabijheid van de werfzone, is het bovendien makkelijker en voordeliger om aan- en afvoertransporten te combineren.
2. De thv voert momenteel en de komende tijd gelijkaardige werken uit in de onmiddellijke omgeving. Het betreft gelijkaardige werken van zowel burgerlijke bouwkunde als wegenis- en rioleringswerken. Voor de thv betekent dit drie grote werven die binnen een straal van 5 km gelegen zijn, wat een flexibele inzet van zowel ploegen als materieel betekent met een minimum aan transportkosten. De aanbestedende overheid is van mening dat dit eveneens een prijsvoordeel oplevert.

De verantwoording wordt aanvaard en de regelmatigheid van de offerte bevestigd.

Zoals aangegeven geldt geen vermoeden van onregelmatigheid, nu de offerte valt binnen de grenzen van artikel 99, § 2 KB van 15/7/2011 en de inschrijver heeft aangetoond over een aantal prijs-economische voordelen te beschikken, op grond waarvan de aanbestedende overheid kan afleiden dat deze bij de uitvoering kunnen gerealiseerd worden en hem onderscheiden van de overige inschrijvers.”

Er wordt voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de laagste regelmatige inschrijver, dit is thv nv Aswebo – nv Franki Construct.

3.6. De verwerende partij beslist op 3 april 2015 om de opdracht te gunnen aan de thv nv Aswebo – nv Franki Construct. Dit is de bestreden beslissing.

3.7. De verzoekende partij dient een vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van deze beslissing in. Bij arrest nr. 231.498 van 9 juni 2015 wordt deze vordering verworpen.

IV. Onderzoek van het enig middel

Standpunt van de partijen

4. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 24 van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ (hierna: wet van 15 juni 2006), van de artikelen 21, 95 en 99 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit Plaatsing), van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, van de artikelen 4, 8°, en 5, 8° en 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’, van het Europeesrechtelijk non-discriminatie- en transparantiebeginsel, van de materiële motiveringsplicht, van het gelijkheids-, het zorgvuldigheids-, het vertrouwens- en het *patere legem quam ipsi fecisti*-beginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur, en van de omzendbrief 2010/1 van de Vlaamse minister bevoegd voor Mobiliteit en Openbare werken van 21 december 2010 [hierna: de omzendbrief 2010/1].

De verzoekende partij acht voormelde bepalingen en beginselen geschonden:

“Doordat verwerende partij in toepassing van de artikelen 21 en 99 § 1 van het KB Plaatsing gehouden was tot een prijsonderzoek van de ingediende offertes,

En doordat verwerende partij oordeelt dat de totale offerteprijs van de thv Aswebo-Franki Construct een abnormaal karakter vertoont en dat bijgevolg een prijsverantwoording aan de thv Aswebo-Franki Construct werd gevraagd,

En doordat verwerende partij in de gemotiveerde gunningsbeslissing met gunningsverslag m.b.t. de door de thv Aswebo-Franki Construct gegeven verantwoording stelt dat ‘de verantwoording werd aanvaard’ zonder deze verantwoording zelf in concreto te toetsen en dat evenmin het advies van ATO werd ingewonnen,

Terwijl de tekst van de door de thv Aswebo-Franki Construct gegeven verantwoording geenszins voldoet aan een concrete prijsverantwoording op basis van de criteria die vooropgesteld worden in artikel 21 van het KB Plaatsing,

Zodat moet worden vastgesteld dat verwerende partij ten onrechte de offerte van de thv Aswebo-Franki Construct als regelmatig heeft beschouwd.”

De verzoekende partij betoogt in het bijzonder dat het antwoord van de thv nv Aswebo – nv Franki Construct met algemeenheden die niet *in concreto* worden toegelicht, gestaafd of becijferd, niet als een afdoende verantwoording kan worden beschouwd, terwijl bovendien uit de motieven van het gunningsverslag niet blijkt dat de verwerende partij een gedegen en concreet onderzoek heeft gevoerd of laten uitvoeren naar de prijsverantwoording.

Toegelicht wordt dat artikel 99, § 2, van het koninklijk besluit Plaatsing geenszins impliceert dat afwijkingen lager dan 15% geen abnormaal karakter kunnen vertonen. Zoals bevestigd in rechtspraak van de Raad van State maakt volgens de verzoekende partij het loutere feit dat de afwijking van de gemiddelde prijs minder dan 15% bedraagt, de prijs niet per se normaal en de offerte niet per se regelmatig. De verwerende partij mag zich dan ook niet verschuilen achter het feit dat zij hiertoe wettelijk niet verplicht zou zijn. Gelet op artikel 21, § 3, koninklijk besluit Plaatsing kan het aangetekend schrijven van 6 oktober 2014 niet anders worden beschouwd dan een verzoek tot prijsverantwoording en niet louter als een verzoek tot inlichting. Gezien zij om een prijsverantwoording heeft gevraagd en de verwerende partij derhalve een vermoeden had dat de offerte van de thv nv Aswebo – nv Franki Construct gesteund is op abnormale prijzen, dient zij ook terdege te onderzoeken of de prijsverantwoording afdoende is. Overeenkomstig artikel 21, § 3, van het

koninklijk besluit Plaatsing dient de aanbestedende overheid de ontvangen verantwoording te onderwerpen aan een ernstig onderzoek. Uit de argumentatie ter aanvaarding blijkt allerm minst dat de verwerende partij de verantwoording concreet heeft nagegaan. De verwerende partij beperkt zich integendeel tot het verdedigen van de door haar initieel abnormaal bevonden totale prijs van de thv nv Aswebo – nv Franki Construct. Tal van de door verwerende partij aangehaalde argumenten, zoals de Benor-certificering en de Copro-keuring, zijn niet terug te vinden in de prijsverantwoording van de thv nv Aswebo – nv Franki Construct én zijn evenmin een verantwoording voor het abnormale karakter van de totaalprijs. Het bijzonder bestek en het standaardbestek 250 wegebouw schrijven altijd Benor- of Copro-gekeurde materialen voor waardoor elke inschrijver deze materialen dient te leveren.

De verwerende partij beperkt zich voorts tot de loutere bevestiging van de argumenten zonder na te gaan of de posten die betrekking hebben op de asfaltcentrale, betoncentrale en recyclage-installatie het lage niveau van de totaalprijs mede hebben gedetermineerd, doordat de gekozen inschrijver voor deze posten een significant lagere prijs biedt. Zoals de Raad van State reeds heeft geoordeeld, kan “de aanbestedende overheid, wanneer een verantwoording wordt gegeven die onder meer gebaseerd is op de ligging van haar asfaltcentrale, of het in eigendom hebben van een eigen betoncentrale, [...] op het eerste gezicht niet op een andere wijze de prijsverantwoording voor de totaalprijs [...] controleren dan deze te toetsen aan de respectievelijke posten”. De thv nv Aswebo – nv Franki Construct geeft niet aan op welke eenheidsprijzen de prijsverantwoording rechtstreeks betrekking heeft.

Op grond van nazicht van haar eigen offerte stelt de verzoekende partij vast dat de posten gerelateerd aan de betoncentrale en de recyclage-installatie nagenoeg 20% van de totale prijs vertegenwoordigen. Hieruit blijkt dat deze onmogelijk een prijsverschil van 14,7% ten opzichte van de gemiddelde prijs van de ingediende offertes kan verantwoorden. Deze vaststelling is overigens vanzelfsprekend, gezien de nabijheid van dergelijke

installaties geen concurrentieel voordeel biedt, doordat de meeste inschrijvers voor dergelijke werken eigen mobiele breek- en betoncentrales op de werf plaatsen. Het door de verwerende partij aangehaalde concurrentiële voordeel van de nabijheid van een eigen asfaltcentrale op 5 km is dan ook manifest onjuist. Voorts beschikken ook de andere inschrijvers over Benor-gecertificeerde gebonden recyclingmaterialen alsmede eigen asfalt- en betoncentrales en voeren zij in de nabijheid langlopende werken uit. De verzoekende partij betwist bovendien dat voor deze posten een substantieel lagere prijs zou worden aangerekend, aangezien de leveranciers van granulaten voor de asfaltcentrale van de nv Aswebo hogere transportkosten zullen aanrekenen voor de aanvoer vanuit de steengroeves naar haar site te Gent. Zijzelf kan daarentegen een beroep doen op de asfaltcentrales van de groep Colas Belgium waartoe zij behoort. De asfaltcentrale gelegen te Doornik ligt in de onmiddellijke nabijheid van diverse steengroeves, waardoor de grondstoffen met een beperkte transportkost worden geleverd, hetgeen de hogere transportkost van de asfaltcentrale tot de werf compenseert.

De verzoekende partij meent ook dat het argument dat de thv nv Aswebo – nv Franki Construct voor meerdere hydraulisch gebonden recyclingmaterialen een prijsvoordeel heeft, doordat zij niet afhankelijk is van externe leveranciers, niet kan worden bijgevalen. Ingevolge de economische crisis en het beperkte aantal overheidsopdrachten in de wegenbouw kampen alle leveranciers met een enorme overstock van gerecycleerd puin.

De verzoekende partij wijst er ook nog op dat de Raad van State meermaals dergelijke vage en algemene verantwoordingen voor een totale prijs waarbij werd gewezen op eigen asfalt-, beton- en breekcentrales in de nabijheid en bijgevolg lagere transportkosten, uitdrukkelijk van de hand heeft gewezen. Onder andere verwijst zij naar een *casus* waarbij de Raad de kritiek van een verzoekende partij op de wering van haar offerte wegens het hanteren van abnormale prijzen verwerpt en oordeelt dat uit de prijsverantwoording onder

meer niet blijkt tot welk prijsvoordeel het beschikken over een eigen, zeer gunstig gelegen asfaltcentrale leidt.

Ook aangaande de verwijzing naar de andere werven in het Gentse waarop de thv nv Aswebo – nv Franki Construct werkt, wordt niet duidelijk gemaakt hoe dit *in concreto* een reële impact heeft op de gehanteerde prijzen. Bovendien wordt geen enkele duiding verstrekt over de duurtijd van de twee naastgelegen werven, de mogelijke synergie die zou kunnen ontstaan en de manier waarop dit de kostprijs drukt. De verzoekende partij leidt uit eigen opzoekingen af dat de twee in de verantwoording genoemde werven nauwelijks of geen voordeel zullen opleveren, omdat ze ofwel al afgelopen zijn ofwel aflopend. Trouwens ook zichzelf, net zoals dit waarschijnlijk het geval is voor de overige inschrijvers, voert werken uit in de directe omgeving: zo verwijst zij naar het project ‘Kouter-Brabant’, dat aan de verzoekende partij werd toegewezen en dat nog loopt tot de zomer van 2017 en naar drie andere werven in het Gentse. De verwerende partij lijkt alvast niet te zijn nagegaan of ook de andere inschrijvers werken in de onmiddellijke nabijheid uitvoeren.

Ten slotte meent de verzoekende partij dat de verwerende partij overeenkomstig de omzendbrief 2010/1 het dossier ter advies had moeten voorleggen aan de afdeling Algemene Technische Ondersteuning (hierna: ATO). De omzendbrief stelt immers uitdrukkelijk dat dossiers aangaande gunnings-procedures ter advies “moeten” worden voorgelegd, meer in het bijzonder aanbestedingen en offerteaanvragen waarbij de aanbestedende overheid een ernstig vermoeden heeft van abnormale prijzen. Ongeacht de rechtskracht van de omzendbrief 2010/1, schendt de verwerende partij door geen advies te vragen aan ATO, het *patere legem quam ipse fecisti*-beginsel evenals het zorgvuldigheids-beginsel.

5. De verwerende partij stelt in haar memorie van antwoord dat niet wordt toegelicht waaruit de schending van het “Europeesrechtelijk non-discriminatie- en transparantiebeginsel” alsook het “gelijkheids- en vertrouwensbeginsel” zou bestaan.

Zij betwist bovendien dat zij niet zou hebben voldaan aan de formelemotiveringsplicht. De motieven die aan de grondslag liggen van de bestreden beslissing, worden toegelicht in het gunningsverslag, dat samen met de bestreden beslissing ter kennis is gebracht van de verzoekende partij. Bovendien heeft de verwerende partij ook gunstig gevolg gegeven aan de vraag van de verzoekende partij om kennis te krijgen van de eigenlijke prijsverantwoording van de thv nv Aswebo – nv Franki Construct.

Zij benadrukt voorts dat er te dezen geen sprake is van een prijsonderzoek op grond van artikel 99, § 2, van het koninklijk besluit Plaatsing. Het onderzoek van de totaalprijs van de offerte van de gekozen inschrijver vond plaats binnen het kader en de kriglijnen van artikel 21, § 1, van het koninklijk besluit Plaatsing. Het schrijven van 6 oktober 2014 dient aldus te worden beschouwd als een vraag tot prijstoelichting en niet tot prijsverantwoording, waarbij bovendien enkel de totaalprijs tot nader onderzoek noopte. De feitelijke context van onderhavig dossier verschilt dan ook wezenlijk van de door de verzoekende partij ingeroepen rechtspraak. Zo meent de verwerende partij dat de herhaaldelijke verwijzing van de verzoekende partij naar bepaalde rechtspraak van de Raad niet opgaat omdat het daar gaat om een onderzoek op grond van artikel 110, § 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 – het huidige artikel 99, § 2, van het koninklijk besluit Plaatsing.

De verwerende partij meent bovendien dat voormelde rechtspraak dient te worden genuanceerd aangezien de Raad van State ook oordeelde dat de verwerende partij redelijkerwijze mocht aannemen dat gelet op de beschikking over een eigen asfaltcentrale en breekwerf en de nabijheid van andere werven, de gekozen inschrijver een lagere totaalprijs heeft kunnen bieden

aangezien het concrete elementen zijn die deze inschrijver onderscheiden van andere inschrijvers. De verzoekende partij blijft te dezen, net zoals in voormelde zaak, in gebreke om dit concreet te weerleggen. De handelwijze die de verwerende partij *in casu* heeft gevolgd, stemt bovendien geheel overeen met deze die de Raad van State reeds eerder heeft aanvaard.

De verwerende partij benadrukt dat zij ook in de voorliggende zaak – overigens binnen de soepelere context van het prijsonderzoek op grond van artikel 21, § 1, van het koninklijk besluit Plaatsing – de verkregen inlichtingen van de thv nv Aswebo – nv Franki Construct heeft onderzocht, dat zij met een aantal van deze inlichtingen geen rekening heeft gehouden en dat zij een aantal van de door de thv aangevoerde elementen heeft aanvaard als afdoende ter verklaring van het prijsverschil, namelijk de aanwezigheid van een eigen asfalt- en betoncentrale en recyclage-installatie op minder dan 5 km van de werfzone, en de synergie die kan worden gehaald uit gelijkaardige werken in de onmiddellijke nabijheid van de opdracht.

Wat het eerste hoofdmotief betreft, toont de verzoekende partij niet aan dat zijzelf over een eigen asfalt-, beton- en breekcentrale beschikt binnen een afstand van 5 km van de werf. Ook de argumentatie van de verzoekende partij met betrekking tot de toepassing door de meeste andere inschrijvers van mobiele breek- en betoncentrales op de werf en de eventuele voordelen gesteund op de dichte ligging bij steengroeves ontbeert ieder bewijs.

Wat het tweede hoofdmotief aangaande de synergie met werven in de onmiddellijke omgeving betreft, betoogt de verwerende partij dat zij bijzonder goed bekend is met beide projecten, die zich eveneens binnen een straal van 5 km bevinden van de werfzone, alle op of in de nabijheid van de R4. Bij de werf ‘Collector J. Kennedylaan’ te Gent gaat het wel degelijk om gelijkaardige (wegenis)werken, die door de nv Aswebo worden uitgevoerd. De einddatum voor de realisatie van de werf ‘Schansakker’ betreft “eind 2016” en niet de zomer van 2015, zoals de verzoekende partij beweert. Het project ‘Kouter-Brabant’ waarop

de verzoekende partij zich in haar verzoekschrift beroept als zijnde “in de directe omgeving”, betreft daarentegen een opdracht in het historische en zeer moeilijk bereikbare centrum van Gent. Ook de andere projecten waar de verzoekende partij naar verwijst, missen gelijkenis met de voorliggende opdracht en de projecten waarop de thv nv Aswebo – nv Franki Construct zich beroept. Zo betreft het project ‘Eurostation Hellende Tuin’ geenszins een vergelijkbaar voorwerp en de waarde van deze opdracht bedraagt slechts 380.000,00 euro. In welke mate de projecten ‘Carrefour’ of ‘Evergem Brielken’ vergelijkbaar zouden zijn, is voor de verwerende partij bij gebrek aan nadere informatie of stukken in het verzoekschrift niet duidelijk.

Ten slotte meent de verwerende partij dat de omzendbrief 2010/1 – indien de verzoekende partij zich hierop dienstig zou kunnen beroepen vanuit het zorgvuldigheidsbeginsel of het *patere legem quam ipse fecisti*-beginsel – niet van toepassing is op onderhavig dossier. De omzendbrief handelt in artikel 2.1.1, d), over “abnormale prijzen” – een meervoud – waarbij dan ook wordt verwezen naar eenheidsprijzen en niet naar de totaalprijs. Bovendien, voor zover de omzendbrief al dienstig zou kunnen worden ingeroepen en de door de verzoekende partij geviseerde bepaling 2.1.1, e), van toepassing zou zijn op onderhavig dossier, geldt, zoals in het gunningsverslag aangegeven, dat de vraag om prijsverantwoording berustte op een materiële vergissing, nu na rekenkundig nazicht bleek dat de afwijking ten aanzien van het gemiddelde, berekend conform artikel 99, § 2, van het koninklijk besluit Plaatsing, minder dan 15% bedroeg. Ook in die optiek bestond dus voor de verwerende partij geen verplichting om advies in te winnen bij de dienst ATO.

6. In haar memorie van wederantwoord repliceert de verzoekende partij dat, zelfs indien het prijsonderzoek niet zou kaderen in artikel 99, § 2, van het koninklijk besluit Plaatsing, toch moet worden vastgesteld dat de verwerende partij in het kader van de zorgvuldigheidsplicht een prijsverantwoordingsvraag heeft gericht aan de thv nv Aswebo – nv Franki Construct. Ook in dat geval dient de aanbestedende overheid de gegeven prijsverantwoording zorgvuldig te

onderzoeken, en daarover een inhoudelijk standpunt in te nemen dat gesteund is op draagkrachtige motieven. De rechtspraak die door de verwerende partij wordt aangehaald, kan op voorliggende zaak niet zomaar worden toegepast. In die zaak betrof het een prijsverantwoording voor de totale prijs én een aantal eenheidsprijzen en gaf ATO in tegenstelling tot de huidige zaak wél advies omtrent de abnormaliteit van de eenheidsprijzen en de totaalprijs.

Zij verduidelijkt voorts waarom het oordeel inzake de synergie met werven in de onmiddellijke omgeving onredelijk is. Zo blijft zij erbij dat de thv nv Aswebo – nv Franki Construct uit deze beweerde synergie geen voordeel zal kunnen halen; uit informatie blijkt immers dat de werf ‘Schansakker’ afgelopen is en de verwerende partij niet betwist dat de tweede werf ‘Collector J. Kennedylaan’ ook in 2015 eindigt.

Voorts benadrukt zij met bijkomende verwijzing naar een parlementaire vraag van 14 juli 2015 met betrekking tot de toepasselijke omzendbrief, dat “entiteiten [...] die ressorteren onder het Ministerie MOW, met name het Departement MOW, het Agentschap Wegen en Verkeer (AWV) en het Agentschap Maritieme Dienstverlening en Kust (MDK)” wel degelijk verplicht zijn om advies in te winnen van ATO. Voorts viseert de verwerende partij verkeerdelijk artikel 2.1.1, e), van de omzendbrief terwijl de verzoekende partij artikel 2.1.1, d), van toepassing acht. Uit laatstgenoemde bepaling kan niet worden afgeleid dat zij niet verplicht zou zijn om een advies in te winnen van ATO bij een vermoeden van abnormaliteit van de totale prijs, maar enkel bij een vermoeden van abnormaliteit van de eenheidsprijzen, zoals de verwerende partij beweert. Het vermoeden van abnormaliteit van de prijzen werd door de verwerende partij uitdrukkelijk onderschreven, daar zij zelf van mening was, ongeacht de niet bereikte drempel van 15%, een prijsverantwoording te moeten vragen. Het behoorde derhalve een normaal zorgvuldige aanbestedende overheid om het advies van ATO in te winnen en hiermee desgevallend rekening te houden in haar besluitvorming.

7. In de laatste memorie benadrukt de verzoekende partij nog dat de loutere nabijheid van de centrales van de gekozen inschrijver op zich niet het grote prijsverschil kan verklaren. Ook zij beschikt als onderdeel van Colas Belgium eveneens over eigen asfalt- en betoncentrales, waarvan er zich ook in de nabijheid van de werf bevinden. Bovendien, herhaalt zij, plaatsen de overige inschrijvers mobiele breek- en betoncentrales op de werf zelf. Ook zij beschikt over een mobiele breekinstallatie op de werf.

De aanbestedende overheid lijkt er voorts in haar prijsbeoordeling van uit te gaan dat de gekozen inschrijver “gedurende de gehele opdracht kan profiteren van omliggende werven”, hetgeen een prijsvoordeel zou opleveren. Uit de door haar aangehaalde omstandigheden, die de verwerende partij had moeten onderzoeken, blijkt echter dat dit niet het geval is.

Ten slotte blijft zij erbij dat een zorgvuldige aanbestedende overheid het dossier toch ter advies dient voor te leggen aan ATO.

8. In haar laatste memorie repliceert de verwerende partij op haar beurt nog dat de verzoekende partij voor het eerst in de procedure argumenteert dat zij er zou van uitgegaan zijn dat de synergie zou gelden “gedurende de gehele opdracht”. Voor zover die nieuwe argumentatie ontvankelijk zou zijn, mist zij volgens de verwerende partij alleszins feitelijke grondslag. In de bestreden beslissing, zoals door de verzoekende partij overigens geciteerd in de laatste memorie, wordt nergens bevestigd dat rekening is gehouden met een synergie gedurende de gehele duurtijd van de opdracht.

Beoordeling

9. Met de verwerende partij mag worden vastgesteld dat de verzoekende partij niet aangeeft hoe het Europeesrechtelijke non-discriminatie- en transparantiebeginsel zou zijn geschonden. In die mate is het middel dan ook onontvankelijk.

10. Overeenkomstig artikel 24 van de wet van 15 juni 2006 dient bij een aanbesteding de opdracht te worden gegund aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte indient.

Artikel 21, §§ 1 en 3, van het koninklijk besluit Plaatsing, luidt:

“§ 1. De aanbestedende overheid onderwerpt de ingediende offertes aan een prijsonderzoek. Op haar verzoek verstrekken de inschrijvers tijdens de procedure alle nodige inlichtingen om dit onderzoek mogelijk te maken.

§ 2. [...]

§ 3. Behoudens andersluidende bepaling in de opdrachtdocumenten is deze paragraaf niet toepasselijk op de onderhandelingsprocedure.

Als de aanbestedende overheid bij het prijsonderzoek vaststelt dat in een offerte een prijs wordt geboden die abnormaal laag of abnormaal hoog lijkt in verhouding tot de uit te voeren prestaties en alvorens die offerte om die reden te weren, verzoekt ze de inschrijver in kwestie per aangetekende brief om de nodige schriftelijke verantwoording over de samenstelling van de prijs in kwestie te verstrekken binnen een termijn van twaalf kalenderdagen, tenzij de uitnodiging een langere termijn bepaalt.

De inschrijver draagt de bewijslast van de verzending van de verantwoording.

De verantwoording houdt met name verband met:

1° de doelmatigheid van het bouwproces, van het productieproces van de producten of van de dienstverlening;

2° de gekozen technische oplossingen of de uitzonderlijk gunstige omstandigheden waarvan de inschrijver kan profiteren bij de uitvoering van de werken, de levering van de producten of het verlenen van de diensten;

3° de originaliteit van de door de inschrijver aangeboden werken, producten of diensten;

4° de naleving van de bepalingen inzake arbeidsbescherming en arbeidsvoorwaarden die gelden op de plaats waar de prestaties worden uitgevoerd;

5° de eventuele ontvangst van rechtmatig toegekende overheidssteun door de inschrijver.

De aanbestedende overheid onderzoekt de ontvangen verantwoording en herbeveeft indien nodig de inschrijver.

[...].”

Overeenkomstig artikel 95 van het voormelde koninklijk besluit is een offerte materieel onregelmatig en derhalve nietig in geval van onder meer een abnormale prijs als bedoeld in artikel 99.

In artikel 99, §§ 1 en 2, van het voormelde koninklijk besluit wordt voorts het volgende bepaald:

“§ 1. Na voorafgaand artikel 96 te hebben toegepast, gaat de aanbestedende overheid over tot het prijsonderzoek overeenkomstig artikel 21.

§ 2. Als er bij een opdracht voor werken gegund bij aanbesteding minstens vier offertes door geselecteerde inschrijvers werden ingediend, wordt elke offerte waarvan het totale offertebedrag minstens vijftien percent ligt onder het gemiddelde bedrag van de door deze inschrijvers ingediende offertes, regelmatig of niet, beschouwd als een offerte waarvan het vermoedelijk abnormale totale offertebedrag noopt tot een onderzoek door de aanbestedende overheid.

Het gemiddelde bedrag wordt als volgt berekend:

1° indien het aantal offertes gelijk is aan of groter is dan zeven, door zowel de laagste offerte uit te sluiten als de hoogste offertes die samen een vierde van het aantal ingediende offertes vormen. Indien dit aantal niet deelbaar is door vier, wordt het vierde naar de hogere eenheid afgerond;

2° indien het aantal offertes lager ligt dan zeven, door de laagste en de hoogste offerte uit te sluiten.

In geval van een offerte waarvan het totale offertebedrag noopt tot een onderzoek, zal de aanbestedende overheid:

1° ofwel in de gunningsbeslissing motiveren dat het totale offertebedrag geen abnormaal karakter vertoont;

2° ofwel de inschrijver verzoeken de nodige verantwoording, zoals bepaald in artikel 21, § 3, tweede tot vierde lid, te bezorgen. Indien na onderzoek van deze verantwoording blijkt dat het totale offertebedrag effectief abnormaal is of bij gebrek aan verantwoording binnen de opgelegde termijn, is de offerte onregelmatig.

De opdrachtdocumenten kunnen deze paragraaf toepasselijk maken bij offerteaanvraag en bij opdrachten voor leveringen of diensten.”

11. De verwerende partij heeft de thv nv Aswebo – nv Franki Construct bij brief van 6 oktober 2014 om een prijsverantwoording verzocht met toepassing van artikel 99, § 2, van het koninklijk besluit Plaatsing. Deze vraag tot prijsverantwoording moet echter als ingetrokken worden beschouwd samen met de eerste gunningsbeslissing van 30 oktober 2014.

De verwerende partij stelt voorts dat het voormelde artikel 99, § 2, te dezen niet van toepassing was – wat de verzoekende partij ook niet betwist – en dat de oorspronkelijk gestelde vraag om prijsverantwoording een

vergissing betrof. Hoewel het gaat om een aanneming van werken die werd gegund bij open aanbesteding en waarbij minstens vier offertes werden ingediend, bleek immers na rekenkundig nazicht op grond van artikel 96 dat het bedrag van de offerte van de gekozen inschrijver niet langer minstens 15% onder het gemiddelde bedrag van de andere ingediende offertes ligt – bij de opening van de offertes was dit wel het geval.

De omstandigheid dat de offerte van de thv nv Aswebo – nv Franki Construct niet langer in het geval verkeert van het voormelde artikel 99, § 2, impliceert dat de verwerende partij niet langer krachtens die bepaling verplicht was om ofwel een prijsverantwoording te vragen ofwel in de gunningsbeslissing te motiveren dat het totale offertebedrag geen abnormaal karakter vertoont. Uit het gegeven dat het voormelde artikel 99, § 2, niet van toepassing is, volgt echter niet dat de offerte van gekozen inschrijver om die reden als regelmatig had moeten worden beschouwd. De verzoekende partij doet met reden gelden dat in elk geval de algemene bepalingen van artikel 99, § 1, en artikel 21, § 1, van het koninklijk besluit Plaatsing overeind blijven. Op de aanbestedende overheid rust de plicht de regelmatigheid van een offerte na te gaan en één van de elementen van regelmatigheid is dat de offerte geen abnormale prijzen bevat, welk onderzoek moet gebeuren met inachtnaam van de zorgvuldigheidsverplichting. De verwerende partij heeft trouwens “vanuit zorgvuldigheidsoogpunt” de door de thv nv Aswebo – nv Franki Construct ontvangen prijsverantwoording, ook nog na de intrekking van de eerste gunningsbeslissing, onderzocht. De voormelde prijsverantwoording valt daarom echter niet te beschouwen als één gesteld in het kader van artikel 21, § 3, van het koninklijk besluit Plaatsing dat de aanbestedende overheid verplicht om wanneer zij bij haar prijsonderzoek vaststelt dat in een offerte een vermoedelijk abnormaal lage of hoge prijs wordt geboden, een prijsverantwoording te vragen alvorens zij die offerte om die reden weert. Te dezen heeft de verwerende partij enkel gehandeld in de veronderstelling dat artikel 99, § 2, van het koninklijk besluit Plaatsing van toepassing was, wat achteraf niet het geval bleek te zijn, en is zij ook bij haar prijsonderzoek niet tot dergelijke bevinding gekomen. De gegeven verantwoording heeft door de intrekking en de vaststelling van de niet-toepasselijkheid van het voormelde artikel 99, § 2, het statuut gekregen van een

inlichting buiten een formele vraag tot prijsverantwoording om. Gemakshalve wordt hierna de term prijsverantwoording verder gebruikt.

De vaststelling dat de totaalprijs van de offerte van de gekozen inschrijver ten opzichte van het gemiddelde van de inschrijvingsprijzen “slechts” 14,7% bedraagt en de overheid dus niet op grond van artikel 99, § 2, van het koninklijk besluit Plaatsing verplicht was om een prijsverantwoording te vragen, maakt niet dat daarom die prijs op zich normaal is. Weliswaar mag de overheid mede in haar beoordeling het gegeven betrekken dat de inschrijvingsprijs, weliswaar nipt, niet afwijkt van het overeenkomstig voormeld artikel berekende grensbedrag, zeker wanneer die beoordeling, zoals te dezen, ook en zelfs in hoofdzaak steunt op andere motieven.

12. Wat de aangevoerde schending betreft van artikel 2 en 3 van de voormelde wet van 29 juli 1991, moet de bestreden beslissing de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die daaraan ten grondslag liggen. De 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.

Voorts dient de aanbestedende overheid op grond van het geschonden geachte artikel 4, 8°, van de voormelde wet van 17 juni 2013 een gemotiveerde beslissing op te stellen wanneer zij de opdracht gunt. Op grond van het eveneens geschonden geacht artikel 5, 9°, van dezelfde wet bevat deze beslissing onder meer de juridische en feitelijke motieven die er aan ten grondslag liggen.

De verwerende partij aanvaardt de prijsverantwoording van de gekozen inschrijver op grond van de overwegingen in het gunningsverslag, hiervoor weergegeven onder randnummer 3.5.

Bijgevolg kan worden vastgesteld dat de bestreden beslissing, waarin wordt verwezen naar het voormelde gunningsverslag, een motivering bevat voor de aanvaarding van de prijsverantwoording. De verzoekende partij

toont niet aan waarom deze formele motivering haar niet in staat stelde terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de bestreden beslissing te verweren met de middelen die het recht haar ter beschikking stelt. Het tegendeel blijkt veeleer uit het verzoekschrift waarin zij op uitvoerige wijze de motieven van de bestreden beslissing op inhoudelijke wijze betwist. Er lijkt dan ook alleen al om deze reden voldaan aan de formelemotiveringsplicht.

13. De aanbestedende overheid beschikt voorts over een grote beoordelingsvrijheid om in het kader van een prijsonderzoek prijzen al dan niet vermoedelijk abnormaal te bevinden, inlichtingen of een prijsverantwoording te vragen en die te beoordelen. De Raad van State mag zich, gesteld voor de toetsing van dergelijke beoordeling, niet in de plaats stellen van het bestuur maar hij mag desgevraagd wel nagaan of de betrokken motieven in rechte ter verantwoording van de bedoelde beslissing in aanmerking mogen worden genomen hetgeen onder meer vereist dat ze naar behoren zijn bewezen. Er is wel een plicht voor een aanbestedende overheid, die met naleving van het zorgvuldigheidsbeginsel wil handelen, om de regelmatigheid van een offerte na te gaan en één van de elementen van regelmatigheid is dat de offerte geen abnormale prijzen bevat. Hierbij mag niet uit het oog worden verloren dat een discretionaire beoordelingsbevoegdheid precies betekent dat er een zekere marge bestaat binnen dewelke meerdere beslissingen mogelijk zijn, mits een voldoende zorgvuldig onderzoek en een afdoende motivering. Binnen die kriglijnen zijn meerdere beslissingen mogelijk, die alle wettig zijn; een minder of meer strenge beoordeling dan in andere gelijkaardige zaken, die mogelijks als onredelijk of onbillijk kan worden ervaren door een verzoekende partij, maakt op zich geen onzorgvuldige beoordeling uit.

Ook niet cijfermatige gegevens kunnen een prijsverantwoording uitmaken, te meer omdat in dit geval initieel een prijsverantwoording werd gevraagd voor de totaalprijs.

De verzoekende partij kan de verwerende partij voorts bezwaarlijk verwijten ook motieven te hanteren die resulteren uit eigen

onderzoek, ter aanvulling van degene die zij afleidt uit het onderzoek van de eerdere prijsverantwoording. Het is geenszins in strijd met de ingeroepen bepalingen en beginselen dat de verwerende partij ook andere gegevens voortkomend uit zo'n onderzoek betreft, ook al gebeurt dat onderzoek eventueel slechts na een vraag om inlichtingen of prijsverantwoording. De Raad van State ziet niet in waarom de aanbestedende overheid bij haar beoordeling van het al dan niet abnormale karakter van de prijs, enkel nog rekening zou mogen houden met de elementen zoals aangebracht in de inlichtingen of verantwoording en eventueel niet ook met andere objectieve factoren.

Uit het gunningsverslag blijkt dat de verwerende partij de totale offerteprijs van de thv nv Aswebo – nv Franki Construct en de prijsverantwoording van deze inschrijver wel degelijk concreet heeft onderzocht.

De gegeven prijsverantwoording wordt geenszins louter hernomen, doch de verwerende partij haalt hieruit bepaalde motieven die, samen met de motieven die resulteren uit haar eigen onderzoek, volgens haar van aard zijn om de totale prijs van de offerte van de thv te aanvaarden.

14. De verwerende partij heeft zich bij haar motivering gesteund op twee doorslaggevende motieven, namelijk de aanwezigheid van een eigen asfalt- en betoncentrale én een eigen breek- en recyclage-installatie, alle op minder dan 5 km van de werfzone, en de synergie die kan worden gehaald uit gelijkaardige werken die de gekozen inschrijver in de onmiddellijke nabijheid, ook op minder dan 5 km van de werf, op dat moment uitvoerde.

14.1. Wat het motief van de aanwezigheid van een eigen asfalt- en betoncentrale en recyclage-installatie betreft, wordt de beoordeling daarvan door de aanbestedende overheid door de Raad aanvaard om de volgende redenen.

14.1.1. De verzoekende partij betwist het prijsvoordeel van de nabijgelegen eigen breek- en recyclage-installatie op de Singel te Gent van de nv Aswebo. Zij wijst erop dat ook zij en de andere inschrijvers over een mobiele breekinstallatie op de werf beschikken. Zij beweert echter niet dat zij of de andere

inschrijvers, zoals dit wel het geval is voor de gekozen inschrijver, ook kunnen instaan, op een nabijgelegen recyclage-installatie, voor recyclage van het puin tot herbruikbare puingranulaten en daarvoor Copro-gekeurd zijn. Zij toont ook niet aan dat de installatie van een mobiele breekinstallatie op de werf goedkoper is dan het transport naar de vaste site van de nv Aswebo te Gent op minder dan 5 km afstand van de werf, waar het puin dus ook herwerkt wordt tot Copro-gekeurde puingranulaten, zoals word vastgesteld in het gunningsverslag.

14.1.2. De verzoekende partij argumenteert voorts dat ook zij over een eigen asfalt- en betoncentrale beschikt, maar hoewel zij in de laatste memorie beweert dat die ook in de nabijheid van de werf liggen, verwijst zij in de memorie van wederantwoord enkel naar de Colas asfaltcentrale gelegen te Doornik waarover zij, via haar zusterbedrijven in de groep Colas Belgium, evenzeer zou kunnen beschikken. Zelfs indien het voorgaande mag worden aangenomen en evenzeer haar argumentatie dat, gelet op de onmiddellijke nabijheid van diverse steengroeves bij die centrale, de onmiddellijke beschikbaarheid van de grondstoffen de hogere transportkosten zou compenseren, dan nog, toont zij daarmee niet aan dat de nabijheid van de eigen asfaltcentrale van de gekozen inschrijver op minder dan 5 km afstand van de werf, geen element kan zijn dat als kostenverlagend mocht worden betrokken bij de beoordeling van zijn prijsverantwoording. Overigens gaat zij eraan voorbij dat de verwerende partij er ook op wijst dat de gekozen inschrijver zelf ook instaat voor de productie van “herbruikbare Copro-gekeurde puingranulaten” en “meerdere hydraulisch gebonden recyclingmaterialen die in de aanneming zullen gebruikt worden (zandcement, steenslagfundering type IA en IIA en schraal beton)”. Hij is, aldus de verwerende partij, voor de levering van deze producten niet afhankelijk van externe leveranciers. De kritiek van de verzoekende partij dat het bijzonder bestek en het standaardbestek 250 wegebouw altijd Benor- of Copro-gekeurde materialen voorschrijven, mist relevantie. De verwerende partij doelt immers niet op het feit dat de gekozen inschrijver de voormelde Benor- of Copro-gekeurde materialen in de aanneming zal gebruiken, zoals inderdaad voorgeschreven door het bestek, maar dat zij deze zelf kan produceren en daarvoor over de nodige keuringen en certificeringen beschikt. De gekozen inschrijver blijkt dus niet een beroep te moeten doen op externe “leveranciers van granulaten” die hem “hogere transportkosten zullen aanrekenen”, zoals de verzoekende partij beweert.

14.1.3. Te dezen stelt de verwerende partij onder meer vast dat “[d]e posten met betrekking tot asfalt en beton [...] een belangrijk aandeel [vormen] in de aanneming”. Aldus kan de verzoekende partij niet worden bijgevalen in de stelling dat de verwerende partij niet zou hebben nagegaan of de gegeven prijsverantwoording die onder meer gesteund is op de nabijheid van een eigen asfalt- en betoncentrale, mocht worden betrokken op posten die een significant aandeel vertegenwoordigen in de totale prijs zodat ze het lage niveau van die prijs mede kunnen verklaren. Te dezen stelt de overheid immers vast dat “[d]e posten met betrekking tot asfalt en beton [...] een belangrijk aandeel [vormen] in de aanneming”, wat door de verzoekende partij niet wordt tegengesproken. De verzoekende partij stelt immers zelf vast dat “de posten gerelateerd aan de betoncentrale en de recyclageinstallatie nagenoeg 20% van de totale prijs vertegenwoordigen”, waarbij zij dan nog blijkbaar geen rekening heeft gehouden met de posten met betrekking tot de asfaltcentrale.

14.1.4. Hier moet ook worden opgemerkt dat de verzoekende partij zelf vaststelt dat de verwerende partij in het gunningsverslag ook verwijst naar andere elementen die niet in de prijsverantwoording werden aangebracht, en die, zoals reeds op gewezen, juist blijken geven van een eigen onderzoek van de aanbestedende overheid. Uit de motivering in het gunningsverslag blijkt dat de verwerende partij zelf heeft onderzocht tot welke “kostenbesparende elementen” de in de prijsverantwoording verstrekte argumentatie, dat er een asfaltcentrale, betoncentrale en een breekinstallatie ter beschikking zijn, gelegen op de Singel te Gent op minder dan 5 km rijafstand, aanleiding geven.

14.2. Wat het motief van de synergie met andere werken betreft, toont de verzoekende partij onvoldoende de ondeugdelijkheid aan van de beoordeling door de aanbestedende overheid.

De omstandigheid immers dat volgens de verzoekende partij binnen de door hen voorgestelde uitvoeringstermijn van “ruim anderhalf kalenderjaar” de gekozen inschrijver slechts tot in de zomer van 2015 de synergie geniet met de werf van het complex ‘Schansakker’ en slechts tot eind 2015 de

synergie met de werf ‘Collector John Kennedylaan’ waar de nv Aswebo de wegeniswerken uitvoerde, toont niet aan dat de verwerende partij de in het middel ingeroepen bepalingen en beginselen heeft geschonden door – slechts mede – op grond van een op het ogenblik van de bestreden beslissing bestaande synergie van de betrokken werken de prijsverantwoording te aanvaarden. Hiermee wordt enige tijdelijke synergie alvast niet tegengesproken. In tegenstelling tot wat de verzoekende partij nog aanvoert in de laatste memorie, blijkt uit het gunningsverslag niet dat de verwerende partij er zou zijn van uitgegaan dat de synergie zou gelden “gedurende de gehele opdracht”.

Deze werven betroffen, zoals de verwerende partij na eigen onderzoek heeft vastgesteld, minstens gedeeltelijk wegeniswerken en zeer gelijkaardige werken als de werken van de voorliggende opdracht. De verwerende partij heeft ook na eigen onderzoek de prijsvoordelen vastgesteld.

Het loutere gegeven dat de verzoekende partij ook werven in de omgeving van Gent zou hebben, waarvan zij echter de gelijkaardigheid niet aantoonst *qua* voorwerp en omvang, toont niet aan dat de bestreden beslissing daarom onzorgvuldig is.

15. Ongeacht het antwoord op de vraag naar het statuut en de rechtskracht van de omzendbrief 2010/1 en de mogelijkheid voor de verzoekende partij om er zich op te beroepen, moet inzake deze grief van de verzoekende partij het volgende worden opgemerkt.

De verzoekende partij verwijt hier de verwerende partij dat zij het dossier niet ter advies aan ATO heeft voorgelegd, doch zij gaat er ten onrechte van uit dat de “verwerende partij ernstige en concrete vermoedens had van abnormale prijs”.

Zoals reeds opgemerkt, heeft de verwerende partij een prijsverantwoording gevraagd in het kader van de eerste gunningsbeslissing, nadien ingetrokken, waarbij zij er toen, en later bleek foutief, van uitging dat de

gekozen inschrijver een prijs aanbod die meer dan 15% afweek van het wettelijk berekende gemiddelde. In het gunningsverslag wordt uitdrukkelijk vastgesteld dat geen vermoeden van onregelmatigheid geldt, omdat het grenspercentage van artikel 99, § 2, van het koninklijk besluit Plaatsing niet wordt overschreden. De verzoekende partij kan dus uit het enkele feit dat aanvankelijk een prijsverantwoording voor de totaalprijs werd gevraagd, niet afleiden dat de verwerende partij ernstige vermoedens had van “abnormale prijzen”. Zij toont evenmin aan dat deze ernstige vermoedens had moeten hebben. De verzoekende partij toont dan ook niet aan dat zich het geval gevisieerd door artikel 2.1.1, d), van de kwestieuze omzendbrief voordeed, namelijk dat de aanbestedende afdeling “ernstige en concrete vermoedens [had] van abnormale prijzen”.

16. Het middel is ongegrond.

V. Kosten

17. Er is grond om te dezen het door de verwerende partij gevorderde basisbedrag van 700 euro als rechtsplegingsvergoeding 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 rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 14 februari 2017, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Dierk Verbiest