

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 240.267 van 21 december 2017

in de zaak A. 223.847/XII-8469

In zake: de NV VAN HULLE PAUL GRONDWERKEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Koen Vande Walle
kantoor houdend te 8020 Oostkamp
Domein De Herten
Hertsbergsestraat 2-4
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD BRUGGE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Neil Braeckevelt en Evelien Vanhauter
kantoor houdend te 8000 Brugge
Ezelstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 23 november 2017, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van het college van Burgemeester en Schepenen van de Stad Brugge van 27.10.2017 houdende gunning van de overheidsopdracht ‘onderhoud van grachten en onbevaarbare waterlopen 2017-2018 SW’ aan de bvba De Lausnay, [...] zoals ter kennis gebracht aan [de nv Van Hulle Paul Grondwerken] per aangetekend schrijven van 09.11.2017”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 14 december 2017, om 11.00 uur.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Koen Vande Walle, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaten Neil Braeckevelt en Evelien Vanhauter, die verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Ann Eylenbosch heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor de aanneming van werken met als voorwerp “Onderhoud van grachten en onbevaarbare waterlopen 2017-2018 SW”.

3.2. De opdracht wordt gegund via een openbare procedure met als enig gunningscriterium “prijs”. De opdracht wordt geraamd op 113.722,75 euro, btw niet inbegrepen.

3.3. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 16 augustus 2017.

3.4. Het “Bijzonder bestek voor de overheidsopdracht voor werken met als voorwerp ‘onderhoud van grachten en onbevaarbare waterlopen 2017-2018 SW’” is van toepassing.

3.5. Uit het proces-verbaal van 21 september 2017 van opening van de offertes blijkt dat vijf offertes zijn ingediend:

- bvba De Lausnay: 108.488,89 euro
- nv Van Hulle Paul Grondwerken: 111.182,85 euro
- bvba Grond en Kraanwerken Martens Andre: 124.952,45 euro
- Quintelier: 125.432,05 euro
- AD Grondwerken: 128.154,95 euro

3.6. Op 25 september 2017 wordt het verslag van nazicht van de offertes opgesteld. Alle inschrijvers worden geselecteerd, en alle offertes worden regelmatig bevonden.

Aangaande het prijsonderzoek vermeldt het verslag van nazicht het volgende:

“Gezien de totale afwijking van de laagste regelmatige inschrijver ruim kleiner is dan 15% van het gemiddelde van de andere inschrijvers en de afwijking op de raming kleiner is dan 5% noopt dit dossier tot geen bijkomend onderzoek op abnormale prijzen.”

Voorgesteld wordt de opdracht te gunnen aan de bvba De Lausnay.

3.7. Op 27 oktober 2017 beslist het college van burgemeester en schepenen van de stad Brugge de opdracht voor het ruimen en reiten van de onbevaarbare waterlopen sector west 2017-2018 toe te wijzen aan de bvba De Lausnay voor het bedrag van 108.488,89 euro, btw niet inbegrepen.

Dit is de bestreden beslissing.

Aangaande het prijsonderzoek overweegt de bestreden beslissing het volgende:

“Gezien de totale afwijking van de laagste regelmatige inschrijver, firma De Lausnay, ruim kleiner is dan 15% van het gemiddelde van de andere inschrijvers en de afwijking op de raming kleiner is dan 5% noopt dit dossier tot geen bijkomend onderzoek op abnormale prijzen.

Er werden geen abnormale prijzen vastgesteld.”

3.8. Met een aangetekend schrijven van 9 november 2017 wordt de verzoekende partij ervan in kennis gesteld dat haar offerte niet is gekozen. Het gunningsverslag is gevoegd in bijlage.

3.9. Met een schrijven van 21 november 2017 verzoekt de raadsman van de verzoekende partij de verwerende partij om de overmaking van de volgende stukken:

- “• Het gedetailleerde prijzenonderzoek
- Het overzicht van alle éénheidsprijzen van de bidders
- Offerte van bvba De Lausnay.”

Met een schrijven van 24 november 2017 antwoordt de verwerende partij niet in te gaan op dit verzoek om redenen van vertrouwelijkheid.

IV. Schorsingsvoorwaarden

4.1. 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.

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

V. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

5.1. In een enig middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 33 en 35 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: het koninklijk besluit Plaatsing) en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, “met name de zorgvuldigheidsplicht alsook de motiveringsplicht en het gelijkheidsbeginsel”.

Samengevat voert de verzoekende partij aan dat de verwerende partij geen prijzenonderzoek heeft uitgevoerd. Zij betoogt dat de verwerende partij zich verschuilt achter de specifieke controleregel van artikel 36, § 4, van het koninklijk besluit Plaatsing aangaande de 15%-regel om het algemeen prijzenonderzoek zoals opgelegd krachtens de artikelen 33 en 35 van hetzelfde koninklijk besluit terzijde te schuiven.

De aanbestedende overheid heeft volgens de verzoekende partij een gebonden bevoegdheid na het vaststellen van abnormale eenheidsprijzen. Een eenheidsprijs die +/- 85 % afwijkt, is een abnormale prijs. In een parallelle procedure voor het onderhoud van grachten en onbevaarbare waterlopen 2017-2018 sector noord is terecht de opmerking gemaakt dat de prijs voor metselwerk van kopmuren die ongeveer 85 % onder de gemiddelde prijs ligt,

‡CBMRNCDCA-BDCBBCV‡

uitzonderlijk laag is en verantwoording vergt. In de procedure voor sector west zal deze eenheidsprijs voor post 34 niet anders zijn. Toch motiveert de verwerende partij niet waarom de afwijking niet abnormaal laag zou zijn en geen prijsverantwoording zou vergen.

De verzoekende partij vervolgt dat het metselen van kopmuren aan een eenheidsprijs die ongeveer 85 % lager ligt dan de gemiddelde prijs, niet realistisch is en dat tegen een normale prijs, de bvba De Lausnay niet langer als de meest gunstige geklasseerd zou zijn geweest, minstens zou er volgens de verzoekende partij geen verantwoording kunnen zijn gegeven voor deze prijs.

Beoordeling

5.2. De opdracht is bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 16 augustus 2017. De opdracht is derhalve onderworpen aan de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ en het koninklijk besluit Plaatsing.

Artikel 33 van het koninklijk besluit Plaatsing bepaalt:

“Na de verbetering van de offertes overeenkomstig artikel 34, gaat de aanbestedende overheid over tot het prijs- of kostenonderzoek overeenkomstig artikel 35 en, in geval van vermoeden van abnormaal hoge of lage prijzen of kosten, gaat zij over tot de in artikel 36 bedoelde prijzen- of kostenbevraging.”

Artikel 35 van hetzelfde koninklijk besluit bepaalt:

“De aanbestedende overheid onderwerpt de ingediende offertes aan een prijs- of kostenonderzoek. Daartoe kan de aanbestedende overheid, overeenkomstig artikel 84, tweede lid, van de wet, de inschrijvers verzoeken alle nodige inlichtingen te verstrekken.”

Artikel 36 van hetzelfde koninklijk besluit bepaalt:

“§ 1. Indien uit het prijs- of kostenonderzoek overeenkomstig artikel 35 blijkt dat er prijzen of kosten worden aangeboden die abnormaal laag of hoog lijken, voert de aanbestedende overheid een bevraging van deze laatste uit. [...]”

§ 2. Bij de prijzen- of kostenbevraging verzoekt de aanbestedende overheid de inschrijver om de nodige schriftelijke verantwoording over de samenstelling van de abnormaal geachte prijs of kost te verstrekken binnen een termijn van twaalf dagen, tenzij de uitnodiging een langere termijn bepaalt. [...]

De aanbestedende overheid is er echter niet toe gehouden om verantwoordingen te vragen voor prijzen voor verwaarloosbare posten.

[...]

§ 3. De aanbestedende overheid beoordeelt de ontvangen verantwoordingen en :

1° stelt ofwel vast dat het bedrag van een of meer niet-verwaarloosbare posten een abnormaal karakter vertoont en weert de offerte omwille van de substantiële onregelmatigheid waarmee deze behept is;

2° ofwel, stelt vast dat het totale offertebedrag een abnormaal karakter vertoont en weert de offerte omwille van de substantiële onregelmatigheid waarmee deze behept is;

3° ofwel, motiveert in de gunningsbeslissing dat het totale offertebedrag geen abnormaal karakter vertoont.

[...]

§ 4. Als bij een opdracht voor werken of voor een opdracht voor diensten in een fraudegevoelige sector, geplaatst bij openbare of niet-openbare procedure de economisch meest voordelige offerte enkel geëvalueerd wordt op basis van de prijs, en voor zover minstens vier offertes in aanmerking genomen werden overeenkomstig de derde en vierde leden, voert de aanbestedende overheid een prijzen- of kostenbevraging uit overeenkomstig de paragrafen 2 en 3, voor elke offerte waarvan het totale offertebedrag minstens vijftien procent onder het gemiddelde bedrag van de door de inschrijvers ingediende offertes ligt.

[...].”

5.3. Het verslag aan de Koning vermeldt bij de betrokken bepalingen het volgende:

“Art. 33. Dit artikel is een nieuwe bepaling die hoofdstuk 5 inleidt.

[...]

Art. 35. Dit artikel herneemt met een wijziging het artikel 21 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011. Het voorziet in een prijs- of kostenonderzoek, en laat de aanbestedende overheid toe de inschrijver te vragen alle nodige inlichtingen te verstrekken.

Art. 36. Dit artikel herneemt in een gewijzigde vorm de artikelen 21, § 3 en 99 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 en voorziet in de omzetting van artikel 69 van richtlijn 2014/24/EU maar verruimt het toepassingsgebied ervan. Het is van belang te onderstrepen dat deze bepaling zich niet beperkt tot de abnormaal lage prijzen of kosten, maar ook de abnormaal hoge prijzen of kosten omvat.

Volgens paragraaf 1, wanneer de aanbestedende overheid vaststelt dat een prijs of kost abnormaal laag of hoog lijkt tijdens het nazicht waarvan sprake in artikel 35, onderzoekt zij verder de betrokken prijs of kost. [...]

Paragraaf 2 voorziet dat de aanbestedende overheid de betrokken inschrijver tijdens het nazicht bedoeld in de eerste paragraaf, moet ondervragen en hem de gelegenheid moet bieden om een rechtvaardiging te geven van de samenstelling van zijn prijs of kost. De aanbestedende overheid moet de inschrijvers ondervragen over alle posten die abnormaal lijken onder voorbehoud van de uitzondering voorzien in het laatste lid (prijs van de verwaarloosbare posten). [...]

[...]

Bovendien bepaalt het vijfde lid van paragraaf 2 uitdrukkelijk dat de aanbestedende overheid niet verplicht is om formeel verantwoording te vragen voor prijzen voor verwaarloosbare posten. Er kan immers van worden uitgegaan dat deze geen invloed zullen hebben gezien hun verwaarloosbare aard. In het geval waarin de aanbestedende overheid ondanks alles toch zou overgaan tot bevraging van de prijzen voor verwaarloosbare posten, bij opdrachten bijvoorbeeld die meerdere abnormaal geachte prijzen in verwaarloosbare posten bevatten, en na onderzoek zou blijken dat de abnormaal bevonden prijzen van de verwaarloosbare posten heel beperkt in aantal zijn, kan de offerte toch nog beschouwd worden als zijnde regelmatig. Inderdaad is in de derde paragraaf verduidelijkt dat de offerte slechts geweerd wordt in twee hypothesen: omwille van het abnormaal karakter van het totale offertebedrag en/of vanwege een abnormaal karakter bij een of meerdere niet-verwaarloosbare posten.

Er werd geen gevolg gegeven worden aan de opmerking van de Raad van State om in het verslag aan de Koning praktijkvoorbeelden op te geven. Het al dan niet verwaarloosbare karakter van een bepaalde post moet altijd beoordeeld worden in het kader van de betrokken overheidsopdracht.”

Het advies 60.903/1 van de Raad van State, gegeven op 13 maart 2017 bevat de volgende opmerking:

“Aan de gemachtigde is gevraagd wat in artikel 36, § 2, vijfde lid, van het ontwerp, moet worden verstaan onder de woorden ‘verwaarloosbare posten’.

De gemachtigde antwoordde:

‘Het is onmogelijk een algemeen bruikbare definitie te geven van wat verwaarloosbaar is en wat niet. Het komt de aanbestedende overheid toe om de situatie te evalueren in functie van de betreffende opdracht.’

Het antwoord van de gemachtigde valt te begrijpen. Niettemin zou de ontworpen regeling aan toegankelijkheid winnen indien het begrip ‘verwaarloosbare posten’ aan de hand van een aantal voorbeelden in het verslag aan de Koning meer concreet zou kunnen worden gemaakt.”

5.4. De aanbestedende overheid beschikt dus in de gevallen waarin artikel 36, § 4, van het koninklijk besluit Plaatsing niet van toepassing is, bij het al dan niet opstarten van de procedure van blijkbaar abnormale prijzen over een ruime discretionaire bevoegdheid. De Raad van State mag zich in de uitoefening van zijn wettigheidscontrole niet in de plaats van die overheid stellen, doch mag desgevraagd wel nagaan onder meer of de beoordeling met de vereiste zorgvuldigheid is geschied en berust op voldoende veruitwendigde en draagkrachtige motieven. Een aanbestedende overheid, die met naleving van het zorgvuldigheidsbeginsel wil handelen, is er wel toe gehouden om de regelmatigheid van een offerte na te gaan en één van de elementen van regelmatigheid is dat de offerte geen abnormale prijzen bevat.

5.5. De verzoekende partij toont niet aan dat er een wettelijke of reglementaire bepaling aan de aanbestedende overheid de verplichting lijkt op te leggen om in de gunningsbeslissing of in het gunningsverslag dat aan de inschrijvers wordt betekend, bijzondere beschouwingen op te nemen omtrent het onderzoek naar abnormale prijzen en de opstart van de bevragsprocedure bepaald in artikel 36 van het koninklijk besluit Plaatsing. In zoverre de verzoekende partij een schending van de formelemotiveringsplicht inroept, kan het middel dan ook op het eerste gezicht niet worden aangenomen.

5.6. De materiële motiveringsplicht vereist wel dat voor elke administratieve beslissing rechtens aanvaardbare motieven bestaan met een voldoende feitelijke grondslag en dat het werkelijk bestaande feiten betreft die door het bestuur met de nodige zorgvuldigheid zijn vastgesteld. Zo hiervan al niet overtuigend blijkt wordt gegeven in het besluit zelf vereist de mogelijkheid tot controle hierop dat die grondslag blijkt uit het administratief dossier.

In zoverre de verzoekende partij in de eerste plaats betoogt dat de verwerende partij zich wat het prijzenonderzoek betreft, heeft beperkt tot de toets van de totaalprijs aan artikel 36, § 4, van het koninklijk besluit Plaatsing, lijkt zij niet te kunnen worden bijgevalen.

Uit het dossier blijkt op het eerste gezicht dat de verwerende partij een controle van de eenheidsprijzen heeft doorgevoerd. Een vertrouwelijk

‡CBMRNCDCA-BDCBBCV‡

neergelegde tabel – maar waarop Raad van State vermag acht te slaan – geeft voor elke post aan of er een afwijking is van méér dan 15 % van de gemiddelde eenheidsprijs. De resultaten van deze toets zijn weergegeven in een vertrouwelijk verslag van nazicht van de offertes van 25 september 2017. De verklaring van de verwerende partij dat vervolgens een toets is doorgevoerd naar het relatieve gewicht van de post binnen het geheel en dat niet wordt overgegaan tot bevraging van de inschrijving wanneer de post *qua* geraamde waarde kleiner is dan 5 % van de totale raming en de eenheidsprijs minder dan 5 % van de offerteprijs, vindt bevestiging in hetzelfde vertrouwelijk verslag van nazicht van de offertes en het dossier.

Hieruit lijkt te mogen worden afgeleid dat in tegenstelling tot wat de verzoekende partij opwerpt, de verwerende partij een prijsonderzoek heeft gevoerd.

5.7. In het geding is de eenheidsprijs voor de post 34 “Metselwerk van metselstenen volgens IX-4., metselwerk van volle bakstenen – bezet en een wanddikte = 300 mm”.

Het exacte percentage van afwijking van de eenheidsprijs van de gekozen inschrijver voor de post 34 ten opzichte van de gemiddelde eenheidsprijs is niet relevant. Te dezen volstaat dat de verwerende partij erkent dat de afwijking meer dan 15 % bedraagt.

Uit de vertrouwelijke tabel van eenheidsprijzen blijkt voorts dat de geraamde waarde van de post kleiner is dan 5 % van de totale raming en de eenheidsprijs kleiner dan 5 % van de offerteprijs.

5.8. De verzoekende partij blijkt in haar betoog voorbij te gaan aan de mogelijke impact van het relatieve gewicht van een post op de verplichting voor de aanbestedende overheid om formeel verantwoording te vragen wanneer prijzen worden aangeboden die abnormaal laag lijken.

De verzoekende partij gaat immers voorbij aan de bepalingen van artikel 36, § 2, vijfde lid, van het koninklijk besluit Plaatsing luidens welke de
‡CBMRNCDCA-BDCBBCV‡

aanbestedende overheid er niet toe is gehouden om verantwoordingen te vragen voor prijzen voor verwaarloosbare posten en van artikel 36, § 3, van hetzelfde koninklijk besluit luidens welk een offerte behept is met een substantiële onregelmatigheid indien het bedrag van een of meer “niet-verwaarloosbare” posten een abnormaal karakter vertoont.

5.9. Het staat aldus aan de verzoekende partij aan te tonen dat in functie van de betrokken opdracht de evaluatie van de verwerende partij van het verwaarloosbaar karakter van de post de grenzen van haar appreciatiebevoegdheid overschrijdt, hetgeen zij te dezen niet lijkt aan te tonen.

Noch de omstandigheid dat de vastgestelde afwijking het totale prijsverschil met de als tweede gerangschikte verzoekende partij zou overbruggen, noch de gedane beoordeling in een parallelle procedure voor het onderhoud van grachten en onbevaarbare waterlopen 2017-2018 sector noord, lijken aan die vaststelling afbreuk te doen. Het overbruggen van een prijsverschil betreft evenwel een vergelijking tussen offertes en refereert niet aan de prijsonderdelen van de opdracht zelf.

De verwerende partij wijst voorts op een aantal verschilpunten met de “parallelle” opdracht, namelijk het feit dat één van de twee aldaar vermelde posten niet is voorzien in de voorliggende opdracht en het feit dat metselwerken in de opdracht voor de sector noord zwaarder doorwegen (een vermoedelijke hoeveelheid van 16 m³ tegenover slechts 5 m³ in de voorliggende opdracht). De vergelijkbaarheid van de beide opdrachten is derhalve op het eerste gezicht niet aangetoond.

In zoverre de verzoekende partij ter terechtzitting nog opwerpt dat er een “discrepancie” bestaat tussen het verslag van nazicht van de offertes, waarin tot besluit van het regelmatigheidsonderzoek van de offertes wordt gesteld: “Gezien de totale afwijking van de laagste regelmatig inschrijver ruim kleiner is dan 15% van het gemiddelde van de andere inschrijvers en de afwijking op de raming kleiner is dan 5% noopt dit dossier tot geen bijkomend onderzoek op abnormale prijzen”, en de vaststelling in de gunningsbeslissing “Er werden geen abnormale prijzen vastgesteld”, dient te worden vastgesteld dat de verzoekende partij deze

‡CBMRNCDCA-BDCBBCV‡

kritiek reeds in het verzoekschrift had kunnen opwerpen, zodat deze laattijdig en derhalve niet ontvankelijk is. Bovendien blijkt dat het voormelde besluit uit het verslag van nazicht ook in de bestreden gunningsbeslissing is opgenomen.

Voor het overige blijft de verzoekende partij in gebreke aannemelijk te maken dat de beoordeling van de verwerende partij om de gekozen inschrijver te dezen niet te bevragen, getuigt van onzorgvuldigheid of de grenzen van haar appreciatiebevoegdheid overschrijdt. De ondeugdelijkheid van het motief dat “dit dossier tot geen bijkomend onderzoek op abnormale prijzen [noopt]” om te besluiten tot de regelmatigheid van de gekozen offerte, lijkt dan ook niet aangetoond.

5.10. Het enig middel is niet ernstig.

VI. Besluit

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

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 21 december 2017, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Johan Bovin,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Johan Bovin