

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 241.707 van 31 mei 2018
in de zaak A. 225.193/XII-8549**

In zake: de NV SWINNEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Christiaan Lesaffer
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
Meir 22-24/2
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE ZAVENTEM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Steven Van Garsse en Simon Verhoeven
kantoor houdend te 2600 Antwerpen
Prins Boudewijnlaan 18
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV NELIS BOUWONDERNEMING
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Joris Wouters
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 27
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 14 mei 2018, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[d]e beslissing [...] van de gemeente Zaventem van 23 april 2018 [...] tot [gunning] van een opdracht van werken (‘bouwen van een jeugd ontmoetingscentrum’), bij nv Nelis en niet bij [de nv Swinnen].

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 23 mei 2018 heeft de nv Nelis Bouwonderneming gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 29 mei 2018, om 14.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Christiaan Lesaffer, die verschijnt voor de verzoevende partij, advocaat Simon Verhoeven, die in eigen naam en *loco* advocaat Steven Van Garsse verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Joris Wouters, die verschijnt voor de tussenkomende 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. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht werken uit met als voorwerp “nieuwbouw jongerenontmoetingscentrum”. De opdracht heeft betrekking op de ruwbouw, de afwerking en de pilootaanneming van een op te richten jongerenontmoetingscentrum.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 25 oktober 2017. Het betreft een openbare procedure met als

enig gunningscriterium de prijs. De raming bedraagt 590.954,78 euro, btw niet inbegrepen.

3.2. De opening van de offertes is voorzien op 5 december 2017.

Volgende inschrijvers dienen een offerte, btw niet inbegrepen, in:

- 1) de nv Nelis Bouwonderneming voor 601.977,57 euro;
- 2) de nv Swinnen voor 649.982,73 euro;
- 3) de nv DSV voor 899.534,48 euro;
- 4) de bvba Vandezande voor 719.797,13 euro en
- 5) de nv Postelmans-Frederix voor 834.402,76 euro.

3.3. Bij het onderzoek naar de regelmatigheid van de offertes stelt de verwerende partij met toepassing van artikel 36 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017) vast dat het offertebedrag van de laagste bieder, de nv Nelis Bouwonderneming minstens 15 % lager is dan de gemiddelde totaalprijs en verzoekt deze inschrijver om een verantwoording.

Deze inschrijver dient een prijsverantwoording in. Deze verantwoording bevat tevens een detailkostprijsberekening per post.

3.4. Na onderzoek van de verstrekte prijsverantwoording verzoekt de verwerende partij om een bijkomende prijsverantwoording aan de nv Nelis Bouwonderneming, die ze bezorgt.

3.5. Op 7 februari 2018 wordt een gunningsverslag opgesteld waarbij de prijsverantwoording wordt aanvaard en waarin wordt voorgesteld om de opdracht te gunnen aan “de laagst regelmatige inschrijver”, namelijk de nv Nelis Bouwonderneming.

Op grond van dit gunningsverslag beslist de verwerende partij op 12 februari 2018 de opdracht aan de nv Nelis Bouwonderneming te gunnen.

3.6. Op 6 maart 2018 dient de verzoekende partij bij de Raad van State een verzoekschrift tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in tegen de gunningsbeslissing van 12 februari 2018.

Naar aanleiding van het verzoekschrift beslist de verwerende partij de aangevochten gunningsbeslissing op 12 maart 2018 in te trekken.

Met arrest van 20 maart 2018, nr. 241.042, verwerpt de Raad de vordering gelet op de intrekking van de gunningsbeslissing.

3.7. De verwerende partij onderzoekt de offertes opnieuw en vraagt op 20 maart 2018 aan de nv Nelis Bouwonderneming om een aanvullende prijsverantwoording inzake de eerbiediging van de verplichtingen inzake het sociaal, arbeids- en milieurecht.

Deze inschrijver dient op 30 maart 2018 een verantwoording in.

3.8. Op 23 april 2018 wordt een nieuw gunningsverslag opgesteld.

Inzake het onderzoek naar de eventueel abnormale totaalprijs van de nv Nelis Bouwonderneming wordt vermeld:

“D.1.3 Nazicht abnormale prijzen

grenswaarde onderzoek abnormaal karakter (15%)

<4 offertes	niet van toepassing
>4 en < 7 offertes	uitsluiting van laagst en hoogste offerte
>7 offertes	uitsluiting van laagste en (totaal/4(+1))
hoogste offerte	

gezien het aantal offertes = 5 wordt de offerte van NELIS en DSV uitgesloten

gemiddelde cfr hierboven	€ 733.587,91
grenswaarde	€ 623.532,73

aantal inschrijvingen onder kritische grens:	1
offerte NELIS Bouwondernemingen nv	€ 602.083,21

raming oktober 2017
afwijking tov raming

€ 590.954.78
101,88%

Aangezien de totaalprijs van de firma NELIS onder de kritische grens ligt, dient aan firma NELIS verplicht een prijsverantwoording gevraagd te worden voor de geboden totaalprijs. Wel wordt opgemerkt dat het gemiddelde vertekend is nu de totaalprijzen van de inschrijvers DSV, VANDEZANDE en POSTELMANS FREDERIX substantieel hoger liggen dan de totaalprijzen van NELIS (en SWINNEN), terwijl de totaalprijs van NELIS de raming van de opdracht benadert.

Er werd op 21/12/2017 prijsverantwoording gevraagd aan NELIS voor wat betreft de totaalprijs.

Op 09/01/2018 werd door NELIS een prijsverantwoording bezorgd. De prijsverantwoording bevat een kostberekening op niveau van de posten. Hieruit kan op zich worden afgeleid dat de aangeboden prijzen en dus de totaalprijs aanvaardbaar zijn. Verder wordt in de prijsverantwoording toegelicht dat NELIS een familiaal bedrijf betreft uit twee broers waarvan 1 broer als meewerkend vennoot die constant de werf opvolgt waardoor hogere rendementen kunnen worden gehaald en het werk vlugger kan worden uitgevoerd. Verder verwijst NELIS in zijn prijsverantwoording naar het feit dat steeds gewerkt wordt met dezelfde onderaannemers waardoor betere aankooprijzen worden verkregen en dat NELIS verschillende werven in de regio heeft waardoor het makkelijker is om deze werken uit te voeren en nutteloze verplaatsingen (met bijhorende kosten) kunnen worden vermeden.

Op 24/01/2018 werd aan NELIS gevraagd om de in de prijsverantwoording aangehaalde elementen meer te verduidelijken.

Op 31/01/2018 verschaft NELIS een aanvullende prijsverantwoording. NELIS licht daarin de familiale structuur van de firma verder toe.

De kostenstructuur is lager dan bij andere (middelgrote of grote aannemingsbedrijven) omdat het gaat om een bedrijf uit 2 zaakvoerders (broers). Eén broer houdt zich bezig met de administratie, calculatie, boekhouding en planning, enz, terwijl de andere broer de technische kant van het bedrijf voor zijn rekening neemt. Deze bezoekt dagelijks alle werven en stuurt bij indien nodig. De zaakvoerders worden intern bijgestaan door 2 bachelors bouw, burgerlijk ingenieur bouwkunde en enkele ploegbazen.

NELIS werkt altijd met dezelfde leveranciers en/of onderaannemers waardoor een vertrouwensrelatie is kunnen ontstaan. NELIS toont aan dat zij inderdaad nog andere werven heeft lopen in de buurt.

Op 20/03/2018 werd aan NELIS gevraagd om een schriftelijke verantwoording te bezorgen inzake de eerbiediging van de verplichtingen in de domeinen van het sociaal, arbeids- en milieurecht, met inbegrip van de verplichtingen van toepassing op het vlak van welzijn, lonen en sociale

zekerheid (conform art. 36, § 2, vierde lid KB plaatsing overheidsopdrachten dd. 18/04/2017).

Op 30/03/2018 bezorgt NELIS de gevraagde verantwoording. NELIS bevestigt haar verplichtingen in de vermelde domeinen strikt na te komen en deze te eerbiedigen. Zij verwijst daarbij naar het volgende:

- Naleving RSZ-bijdragen (a.h.v. RSZ-atteest dd. 01/03/2018)
- Respecteren van de loonbarema's voor haar werknemers zoals opgelegd door het toepasselijke Paritair Comité (a.h.v. verklaring van het Sociaal Secretariaat Dienstbetoon dd. 30/03/2018)
- Respecteren van de correcte (uur)lonen in overeenstemming met de toepasselijke lonen in de sector (a.h.v. de individuele rekeningen inzake de werknemers van NELIS voor 2017 en het 1ste kwartaal van 2018)
- Er zijn bij NELIS geen grote groepen van werknemers aangenomen of vertrokken (wat zou kunnen wijzen op sociale dumping/fraude) (a.h.v. sociale balans 2017). Hieruit volgt dat het daadwerkelijk aantal gepresteerde uren per VTE (aantal daadwerkelijke gepresteerde uren/gemiddeld aantal werknemers) een correcte en normale omvang heeft. Hetzelfde geldt voor de berekening waarbij de personeelskosten gedeeld worden door het gemiddeld aantal werknemers (waaruit blijkt dat in een correct brutoloon is voorzien).

Verder stelt NELIS dat zij erop toeziet dat haar onderaannemers ook deze verplichtingen [naleven]. NELIS voegt een voorbeeld van (standaard)-onderaannemingsovereenkomst van NELIS waarin uitdrukkelijk bedongen is dat de onderaannemer deze verplichtingen moet naleven (verplichtingen om alle wettelijke, reglementaire of conventionele bepalingen inzake algemene arbeidsvoorwaarden, fiscaliteit en sociale zekerheid na te leven ten aanzien van zijn personeel en te doen naleven door eventuele (sub)onderaannemers; verbod om illegaal verblijvende onderdanen uit derde landen te werk te stellen; verplichting om het correcte loon uit te betalen (ook t.a.v. (sub)onderaannemers); voldoen aan verplichtingen inzake RSZ en zelf geen beroep doen op een onderaannemer die schulden hebben bij de RSZ (allemaal op straffe van beëindiging van de onderaannemingsovereenkomst).

Ten slotte verklaart NELIS de vigerende milieuregelgeving na te leven. Concreet voor deze opdracht doet NELIS beroep op de firma nv De Meuter uit Ternat, erkende afbraakwerker en marktleider in grond- en afbraakwerken voor wie milieu één van de prioriteiten is (a.h.v. de offerte van NV De Meuter).

Op basis van de ontvangen prijsverantwoordingen en de daarbij gevoegde documenten en het onderzoek daarvan wordt vastgesteld dat de totaalprijs van NELIS niet abnormaal laag is. De gegeven verantwoordingen door NELIS kunnen worden bijgetreden. Vastgesteld wordt dat de werf relatief eenvoudig is en dat NELIS, als kleiner bedrijf, inderdaad een beperkte(re) personeelsstructuur heeft en daarmee ook een lage(re) kostenstructuur met een zeer beperkte overhead. Voor dit type van project is echter ook niet

meer nodig. Vastgesteld wordt dat de andere inschrijvers erkenningen hebben in veel hogere klassen en een veel hogere draagkracht hebben en een daarmee gepaard gaande structuur, infrastructuur en expertise. Vastgesteld kan worden dat die bedrijven allen ook veel hogere prijzen aanbieden. NELIS heeft inderdaad in de buurt andere werven lopen zodat synergiën (vb. inzake inzet en verplaatsing materieel) mogelijk zijn. De bedrijvigheid van NELIS maakt ook aannemelijk dat hij goede kortingen kan bedingen op de aankoop van materialen en bij zijn onderaannemers.

Wat betreft de stukken die zijn overgemaakt in het kader van de verantwoording omtrent het naleven van de verplichtingen die van toepassing zijn op vlak van milieu-, sociaal en arbeidsrecht zijn deze documenten geanalyseerd door de financieel beheerder van de gemeente. Deze documenten bieden naar het oordeel van de aanbestedende overheid een voldoende beeld van die situatie om in te schatten of NELIS overeenkomstig artikel 7, eerste lid van de wet overheidsopdrachten dd. 17/06/16 zijn verplichtingen naleeft op het vlak van milieu-, sociaal en arbeidsrecht.

Analyse van deze documenten en de in dat verband gegeven verantwoording bracht geen bijzonderheden naar boven die erop zouden kunnen wijzen dat NELIS deze verplichtingen niet zou naleven. Er zijn geen aanwijzingen dat de prijzen van NELIS te relateren zouden zijn aan de niet-naleving van sociale, milieu of aanverwante regels. Het tegendeel blijkt door de overige verantwoordingen gegeven in het onderzoek naar de totaalprijs van NELIS.

NELIS biedt een scherpe prijs, die de raming benadert en die de beperkte moeilijkheidsgraad reflecteert en zijn daarmee samenhangende lage kostenstructuur (familiaal karakter), efficiënte aanpak en minimale overhead. Ook is NELIS reeds naburig werkzaam wat ook kostenvoordelen kan genereren. Er zijn na studie van alle stukken geen aanwijzingen dat de prijszetting veroorzaakt zou zijn door inbreuken op milieu-, sociaal of arbeidsrecht.

BESLUIT: de prijsverantwoordingen van NELIS worden aanvaard. De totaalprijs van NELIS is niet abnormaal laag.”

Inzake het onderzoek van de eenheidsprijzen is vermeld:

“Wat betreft het prijsonderzoek inzake de eenheidsprijzen van NELIS kan worden vastgesteld dat men op basis van een loutere vergelijking van de eenheidsprijzen van NELIS met de gemiddelde eenheidsprijs moeilijk kan beoordelen of er al dan niet sprake is van een abnormaal lage of hoge eenheidsprijs bij NELIS. Dit komt omdat de prijzen van de twee hoogste inschrijvers het gemiddelde vertekenen (de totaalprijzen van deze inschrijvers overschrijden de raming ook ruimschoots). Als men echter de

eenheidsprijzen van NELIS vergelijkt met die van SWINNEN, de tweede laagste inschrijver (met een vergelijkbare totaalprijs dewelke, net zoals die van NELIS, de raming benadert), kan worden vastgesteld dat deze twee inschrijvers vergelijkbaar inschrijven. Op basis van het onderzoek van de eenheidsprijzen van NELIS, onder meer via een vergelijking met die van SWINNEN, kan worden vastgesteld dat de eenheidsprijzen van NELIS niet abnormaal zijn.”

Inzake de “aanpassingen in meer en min” wordt bij de offerte van de nv Nelis Bouwonderneming onder meer vermeld:

“11.72 BRONBEMALING

De post 11.72 ‘Bronbemaling is uitgedrukt in enerzijds [...] installatiekosten (als FH — GP) en anderzijds een dagprijs tegen een vermoedelijke hoeveelheid van 50 dagen. NELIS heeft in toepassing van art. 79, § 2 KB plaatsing overheidsopdrachten dd. 18/04/17 een nota gevoegd bij zijn offerte waarbij hij in wezen stelt de vermoedelijke hoeveelheid van de post 11.72 ‘Bronbemaling’ aan te passen naar 0. De inschrijver vermeldt daarbij ‘Volgens ons is er geen bronbemaling nodig. Daarom wijzigen wij de post naar ‘Te verrekenen Som’. De bedoeling van NELIS is dus in wezen hetzelfde als een ‘VH’, nl. dat de werkelijk uitgevoerde hoeveelheid wordt aangerekend en betaald. In de meetstaat bij de offerte van NELIS is evenwel conform, de opgegeven meetcode en eenheidsprijs en een totaalprijs opgegeven, zowel voor de installatiekosten als de dagprijs.

hoeveelheid vooropgesteld door opdrachtgever	50,00 dagen
hoeveelheid vooropgesteld door inschrijver	TVS

antwoord:

De bronbemaling dient voorzien te worden. Indien er geen bronbemaling dient voorzien te worden zal dit worden verrekend tijdens het verloop der werken op basis van de prijzen opgegeven voor deze post in de offerte. De in de nota van NELIS voorgestelde aanpassing wordt niet aanvaard en de in de meetstaat bij de offerte opgegeven eenheids- en totaalprijzen voor deze post worden behouden.

De voorziene hvh blijft behouden	50,00 dagen”
----------------------------------	--------------

3.9. Op 23 april 2018 gunt de verwerende partij de opdracht aan de nv Nelis Bouwonderneming voor het nagerekende bedrag van 613.933,21 euro, btw niet inbegrepen.

IV. Tussenkoms

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

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, 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 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 voert de schending aan van het gelijkheidsbeginsel, van artikel 83 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’, van artikel 76, § 1 en 3, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, van de formele-, minstens materiële motiveringsplicht zoals bedoeld in artikel 4, 8°, van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’ en van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de formele motivering van de bestuurshandelingen’.

De verzoekende partij meent dat de bestreden beslissing deze bepalingen en beginselen schendt “door de offerte van nv Nelis als regelmatig te beschouwen, terwijl deze substantieel onregelmatig is aangezien deze offerte niet beantwoordt aan het voorwerp van de opdracht omdat deze inschrijver van mening was dat bepaalde posten niet hoefden gerealiseerd te worden en deze posten niet meegenomen werden in de totaalprijs van Nelis”. Zij vervolgt: “In de mate dat deze handelswijze als de indiening van een (vrije) variant wordt aanzien, schendt de bestreden beslissing punt 4 van deel 2 van de administratieve bepalingen van het bestek dat varianten verbiedt.”

In de toelichting bij het middel wijst de verzoekende partij op de passage in het gunningsverslag inzake post 11.72 ‘Bronbemaling’. Zij leidt hieruit af dat de tussenkomen partij van oordeel was dat er geen bronbemaling nodig was. “De gemeente Zaventem was echter van oordeel dat bronbemaling wel nodig was, en dus een minimale eis is, en behield deze posten als uit te voeren. Het bedrag van de offerte van Nelis werd echter niet aangepast door de blijkbaar door haar wel opgegeven eenheidsprijs te vermenigvuldigen met de VH (50 dagen). De

offerte van Nelis is dus kunstmatig verlaagd door de prijs van deze post niet op te nemen in het totaalbedrag.” “Het indienen van een offerte waarin bepaalde posten – hier 11.72 bronbemaling – niet zijn verwerkt in de totaalprijs van Nelis, leidt tot een substantiële onregelmatigheid van die offerte. Immers verhindert dit de beoordeling van de offerte van nv Nelis of de vergelijking ervan met de andere offertes (mede i.v.m. het prijsonderzoek), wat ook het gelijkheidsbeginsel schendt.” Alleszins beantwoordt de offerte van de tussenkomende partij niet aan de minimale eisen van het bestek. Indien de handelwijze van de tussenkomende partij mag worden aanzien “als de indiening van een (vrije) variant”, zo besluit de verzoekende partij, schendt de bestreden beslissing het bestek dat varianten verbiedt.

Beoordeling

7. In het gunningsverslag wordt vermeld dat de in de meetstaat bij de offerte van de gekozen inschrijver opgegeven meetcode werd behouden en dat een eenheids- en een totaalprijs voor de post 11.72 ‘bronbemaling’ werd opgegeven zowel voor de installatiekost als de dagprijs.

In de samenvattende meetstaat bij de offerte van de gekozen inschrijver, die de Raad van State bij zijn beoordeling mag betrekken, is de post 11.72 inderdaad ingevuld, zowel wat de installatiekosten als de dagprijs betreft. De lezing van die offerte, waaronder de samenvattende meetstaat en het offerte-formulier, bevestigen dat de bedragen voor die post deel uitmaken van de totaalprijs, waarbij de dagprijs werd vermenigvuldigd met de door de opdrachtnemer vooropgestelde factor 50 dagen.

Het middel mist bijgevolg feitelijke grondslag en is dienvolgens niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

8.1. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 84 van de voornoemde wet van 17 juni 2016, van artikel 35 en 36 koninklijk besluit plaatsing 2017, van de formele-, minstens materiële motiveringsplicht zoals bedoeld in artikel 4, 8°, van de voornoemde wet van 17 juni 2013, van de artikelen 2 en 3 van de voornoemde wet van 29 juli 1991 en van het zorgvuldigheidsbeginsel.

De verzoekende partij meent dat de bestreden beslissing deze bepalingen en beginselen schendt door:

“- Eerste middelonderdeel, niet afdoende te motiveren waarom het wettelijk vermoeden van abnormaliteit van de totaalprijs van nv Nelis weerlegd kon worden in het licht van de gevraagde en verkregen prijsverantwoordingen, en,
- Tweede middelonderdeel, niet afdoende te motiveren waarom de eenheidsprijzen van nv Nelis normaal zijn.”

8.2. In de toelichting bij het eerste middelonderdeel wijst de verzoekende partij erop dat de verwerende partij gelet op de “zgn. 15%-regel” heeft vastgesteld dat de offerte van de tussenkomende partij als abnormaal diende te worden beschouwd en dat zij daarom aan de tussenkomende partij een prijsverantwoording en bijkomende uitleg heeft gevraagd. Na de schorsingsprocedure tegen de eerste, ingetrokken gunningsbeslissing heeft de verwerende partij opnieuw een prijsverantwoording gevraagd aan de tussenkomende partij.

Uit het tweede gunningsverslag blijkt echter dat de prijsverantwoording van de tussenkomende partij niet voldoende concreet onderbouwd is.

Deze prijsverantwoording die de verwerende partij aanvaardt, steunt op de volgende elementen:

“- Familiaal karakter van de onderneming met een beperkte personeelskost;
- Een eenvoudig werk;

- Lagere klasse van erkenning dan de andere inschrijvers;
- Tegelijkertijd actief op werven in de omgeving.”

“De[ze] deelmotieven zijn niet afdoende gemotiveerd, noch op zich genomen noch samengelezen.”

Wat het eerste element betreft, merkt de verzoekende partij op dat “sneller werken” dat zou voortvloeien uit het familiaal karakter van de onderneming, niets met de prijs van doen heeft. Terecht, zo stelt de verzoekende partij, heeft de verwerende partij in de eerste gunningsbeslissing “[d]e vage uitleg over de onderaannemers” niet als een dienstig motief aanzien.

Dat de structuur van de tussenkomen de partij de kosten zou drukken wordt in de bestreden beslissing “zonder concrete motivering” beaamt. De twee broers-vennoten dienen overigens ook op enige wijze te worden vergoed voor hun prestaties.

Wat de lagere erkenning als aannemer betreft, wordt er volgens de verzoekende partij niet aangetoond dat er een verband is met een lagere kostenstructuur. Het niveau van erkenning “heeft [volgens de verzoekende partij] *in se* niets te maken met de kostenstructuur van een onderneming of de prijzen en winstmarges die ze aanrekent”.

Wat het tegelijkertijd actief zijn op nabije werken betreft, merkt de verzoekende partij op dat niet is aangetoond dat er een gelijktijdige uitvoering van nabije werken is of dat het om vergelijkbare werken gaat. De werf in Ukkel is niet vergelijkbaar want aanzienlijker, wat volgens de verzoekende partij trouwens de vraag stelt of de tussenkomen de partij wel meerdere werken gelijktijdig kan opvolgen als “kleine familiale onderneming met beperkte personeelskost”.

Dat het een eenvoudig werk is “waarvoor een kleinere onderneming als Nelis met een beperkt personeelsbestand volstaat”, is evenmin een dienstig motief. Dit motief houdt immers verband met de technische draagkracht.

Ten slotte, in de mate dat er gewezen wordt op het werk van onderaannemers, wijst de verzoekende partij erop dat er geen enkel concreet motief is aangebracht in verband met de “normaliteit van de prijzen die deze onderaannemers aanrekenen”. De zogenaamde “vertrouwensrelatie” zegt niets over de prijzen.

8.3. In de toelichting bij het tweede middelonderdeel richt de verzoekende partij haar pijlen op de beoordeling van de eenheidsprijzen van de tussenkomenende partij.

Dat de eenheidsprijzen van de tussenkomenende partij in vergelijking met die van de verzoekende partij “normaal zouden zijn” zoals opgemerkt in het gunningsverslag, is een nietszeggend motief temeer omdat de offerte van de tussenkomenende partij de enige is met een vermoeden van abnormaliteit van de totaalprijs en er een “aanzienlijk verschil van 48 149,73 €” is tussen de offerte van de verzoekende partij en die van de tussenkomenende partij. Er wordt voorts geen enkel concreet motief vermeld met betrekking tot het eigenlijk onderzoek van de diverse eenheidsprijzen van de tussenkomenende partij.

Beoordeling

Eerste middelonderdeel

9. Op de eerste plaats lijkt bij de beoordeling het feit te moeten worden betrokken dat alle biedingen de raming overstijgen, weze het dat de drie hoogste deze raming en de prijzen van de gekozen inschrijver en van de verzoekende partij zeer ruim overschrijden. De prijs van de verzoekende partij is ongeveer acht procent hoger dan die van de gekozen inschrijver, die van de andere drie inschrijvers van ongeveer 19, over 38 tot 49 procent.

10. Een aanbestedende overheid beschikt bij het voeren van een prijsonderzoek door de bank genomen over een grote beslissingsruimte.

De verwerende partij beschikt aldus over een dergelijke ruimte bij het aanvaarden van de prijsverantwoording van de tussenkomen de partij.

De Raad van State mag zich bij een dergelijke beoordeling niet in de plaats stellen van de verwerende partij, hij mag wel desgevraagd nagaan of de motieven, op grond waarvan de bestreden beslissing tot het besluit komt dat er geen sprake is van abnormale prijzen, in aanmerking mogen worden genomen wat onder meer vereist dat ze naar behoren zijn bewezen. Ook niet-cijfermatige gegevens kunnen een prijsverantwoording uitmaken, des te meer indien een prijsverantwoording werd gevraagd voor de totaalprijs.

11.1. De verwerende partij heeft een aantal elementen uit de prijsverantwoordingen van de tussenkomen de partij, aanvaard. De verzoekende partij lijkt te moeten aantonen dat de verwerende partij hiermee de perken van de redelijkheid en van een zorgvuldige beoordeling is te buiten gegaan.

Hierin slaagt zij op het eerste gezicht niet om volgende redenen.

11.2. Bij de eerste prijsverantwoording heeft de tussenkomen de partij een kostenberekening gevoegd op het niveau van de posten. Dit element dat de verzoekende partij onvernoemd laat, mocht de verwerende partij positief meenemen in haar eindbeoordeling van de verantwoording aangezien zij hierbij opmerkt dat “de aangeboden prijzen en dus de totaalprijs aanvaardbaar zijn”.

11.3. Wat het element kostenefficiëntie wegens de familiale structuur betreft, wordt in het gunningsverslag opgemerkt dat één broer als meewerkend vennoot constant de werken opvolgt en dit hogere rendementen geeft en vlugger werk en dat één broer de planning en administratie opvolgt, wat ook als positief ervaren wordt. Dergelijke vaststellingen lijken plausibel in de context van een kleine onderneming en de argumentatie van de verzoekende partij dat een nadere motivering nodig was, lijkt niet moeten worden bijgeval len. Dat opvattingen over kostenefficiëntie bij grote ondernemingen wegens schaalvoordelen evenzeer aannemelijk zijn, lijkt de beoordeling van de verwerende partij niet teniet te moeten doen.

11.4. Wat het element inzake de lagere erkenning als aannemer betreft, lijkt de verzoekende partij bij haar kritiek op de relatie tussen een lagere erkenning en een dito kostenstructuur, het gegeven te negeren dat in het gunningsverslag ook wordt overwogen dat de gekozen inschrijver in mededinging treedt met inschrijvers met erkenningen in hogere klassen, die bijgevolg “een veel hogere draagkracht hebben en een daarmee gepaard gaande structuur, infrastructuur en expertise [en] [v]astgesteld kan worden dat die bedrijven allen ook veel hogere prijzen aanbieden”.

Het laatste gegeven maakt dat de appreciatie ruimer is dan hetgeen eraan door de verzoekende partij wordt toegeschreven.

Hierbij dringt eenzelfde redenering zich op wat de relatie betreft tussen de eenvoudigheid van de opdracht en de kleinschaligheid van de gekozen inschrijver die zich hiervoor heeft aangeboden. De visie die de verzoekende partij verdedigt, dat “er geen logisch of noodzakelijk verband tussen prijzen/kosten en de structuur van een bedrijf” bestaat, maakt zij niet aannemelijk.

11.5. Wat het element inzake de gelijktijdige uitvoering van werven in de buurt betreft, heeft de tussenkommende partij in haar tweede prijsverantwoording nadere uitleg gegeven omtrent deze werven. De verzoekende partij lijkt hier niet afdoende aan te tonen dat die omstandigheid niet door de verwerende partij mocht worden beschouwd als een kostenverlagende synergie met overeenkomstig gevolg voor de totaalprijs. Dat de verzoekende partij zich afvraagt of de tussenkommende partij wel in staat is om verscheidene werven tegelijkertijd op te volgen, lijkt geen afdoende onderschraagde kritiek.

11.6. Dat de bestreden beslissing “geen enkel concreet motief over de normaliteit van de prijzen die deze onderaannemers aanrekenen” bevat, lijkt te zijn ondervangen in het gunningsverslag waarin wordt vermeld dat “[d]e bedrijvigheid van Nelis [...] ook aannemelijk [maakt] dat hij goede kortingen kan bedingen op de aankoop van materialen en bij zijn onderaannemers”. Overigens maakt de verzoekende partij niet met de vereiste *prima facie* ernst aannemelijk dat het doorgaans werken met dezelfde onderaannemers niet tot betere prijzen kan leiden met een gunstig effect op de totaalprijs als gevolg.

‡DBFSOFGBC-BDDJEJV‡

11.7. Al de voornoemde elementen samen genomen lijken voldoende om als aanbestedende overheid te mogen besluiten dat de prijsverantwoording aanvaardbaar is en er geen abnormale totaalprijs is.

Tweede middelonderdeel

12. Uit het administratief dossier blijkt dat de verwerende partij een postenprijsoverzicht en een postenprijzenvergelijking tussen de offertes van de verzoekende partij en de tussenkommende partij heeft opgesteld en beoordeeld.

In het gunningsverslag wordt het resultaat van deze beoordeling weergegeven.

De verzoekende partij maakt, gelet op het voornoemde, niet met de vereiste *prima facie* ernst aannemelijk dat door in de gegeven omstandigheden geen abnormaliteit in de eenheidsprijzen van de gekozen inschrijver te hebben vastgesteld, de verwerende partij haar ruime beslissingsruimte om al dan niet een procedure in te zetten waarbij op zoek wordt gegaan naar de aanwezigheid van abnormale prijzen of de wijze waarop, is te buiten gegaan.

Conclusie bij het middel

13. Het middel is niet ernstig.

VII. Besluit

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

De kosten bestaan uit het rolrecht, de bijdrage overeenkomstig artikel 5, § 1, van de wet van 19 maart 2017 ‘tot oprichting van een Begrotingsfonds voor de juridische tweedelijsbijstand’ en de door de verwerende partij gevraagde rechtsplegingsvergoeding, worden ten laste van de verzoekende partij gelegd.

‡DBFSOFGBC-BDDJEJV‡

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Nelis Bouwonderneming tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 20 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 31 mei 2018, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Pierre Barra