RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 242.707 van 18 oktober 2018
in de zaak A. 226.274/XII-8623

In zake: de BVBA DEWOFIRE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Elke Casteleyn
kantoor houdend te 9160 Lokeren
Antwerpse Steenweg 47
bij wie woonplaats wordt gekozen
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Sofie Logie

tegen:

de STAD ANTWERPEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Gitte Laenen
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 26 september 2018, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "de beslissing van 7 september 2018 van het college van burgemeester en schepenen van [de stad Antwerpen] om de gunning goed te keuren voor het afsluiten van een raamovereenkomst voor het leveren en plaatsen, hervullen, herstellen en herkeuren van brandblusmiddelen, op basis van het bestek GAC_2018_00278, aan Sicli sa, […] en niet aan [de bvba Dewofire]".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 9 oktober 2018, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Elke Casteleyn, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Gitte Laenen, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Ines Martens 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 het leveren en plaatsen, hervullen, herstellen en herkeuren van brandblusmiddelen door middel van een raamovereenkomst voor 2019 tot en met 2022.

Als gunningsprocedure wordt gekozen voor een vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking waarbij de prijs het enig gunningscriterium is.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt op 4 juni 2018 in het Bulletin der Aanbestedingen.

3.3. Volgens het verslag van nazicht van 28 augustus 2018 worden er vier offertes ingediend, waaronder een laattijdig ingediende offerte (Smeba) en een niet-elektronisch ingediende offerte (Saval). Aldus worden enkel de verzoekende partij bvba Dewofire en de gekozen inschrijver nv Sicli geselecteerd en hun offertes onderzocht.

3.4. Wat het prijsonderzoek betreft, wordt vastgesteld:

> "De aanbestedende overheid onderwierp de offertes aan een prijsonderzoek.
> De prijzen van de ingediende offertes werden nagekeken en er werden geen onregelmatigheden vastgesteld inzake de eenheidsprijzen en totale offerteprijzen."

3.5. De finale rangschikking is, btw niet inbegrepen:

- de nv Sicli – 102.334,45 euro,
- de bvba Dewofire – 143.978,00 euro.

3.6. In navolging van dit voorstel uit het gunningsverslag wordt met de bestreden beslissing van het college van burgemeester en schepenen op 7 september 2018 de opdracht gegund aan de nv Sicli.

3.7. Deze beslissing met als bijlage het gunningsverslag wordt aan de inschrijvers ter kennis gebracht bij aangetekende brief en e-mailbericht, beide verzonden op 11 september 2018.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

4. De verwerende partij werpt een exceptie van onontvankelijkheid op van de vordering op grond van een gebrek aan het vereiste belang in hoofde van de verzoekende partij.

Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over de door de verwerende partij opgeworpen ontvankelijkheidsexceptie uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak over die exceptie zou alleen nodig zijn indien de

grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

V. Schorsingsvoorwaarden

5.1. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

5.2. Te dezen is evenwel ook de voormelde wet van 17 juni 2013 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 het enig middel

Standpunt van de partijen

6. De verzoekende partij voert in het verzoekschrift in een enig middel de schending aan van:

> "- De artikelen 81 §1 en §2, 1°, 83 en 84 van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten
> - Artikel 35 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren […]
> - Het zorgvuldigheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht als beginselen van behoorlijk bestuur
> - Het *patere legem quam ipse fecisti*-beginsel;
> - De formele motiveringsplicht vervat in de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen
>
> Doordat, duidelijk blijkt dat de verwerende partij, niettegenstaande de méér dan substantieel lagere offerteprijs van Sicli sa, geen zorgvuldig prijsonderzoek uitvoerde;
> Minstens wordt niet gemotiveerd waarom een dergelijk aanzienlijk prijsverschil toch aanvaard wordt door verwerende partij;
> Doordat, de in het verslag van nazicht opgenomen motivering een loutere stijlformule is;
> Dat verwerende partij er toch toe gehouden is de regelmatigheid van de prijzen zorgvuldig te onderzoeken; en dat minstens vereist is dat een spoor van dergelijk onderzoek terug te vinden is in het administratief dossier, zodat de niet-gekozen inschrijvers en uw Raad het gevoerde onderzoek (prima facie) kunnen beoordelen;
> Doordat, bij gebrek aan deugdelijk en zorgvuldig prijsonderzoek niet langer met zekerheid vaststaat dat de opdracht werd gegund aan de inschrijver die de economisch meest voordelige regelmatige offerte heeft ingediend.
> Terwijl, op grond van de artikelen 83 en 84 van de wet van 17 juni 2016, artikel 35 van het KB van 18 april 2017 en het zorgvuldigheidsbeginsel ook bij de vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking de aanbestedende overheid een zorgvuldig prijsonderzoek mag en moet voeren, te meer in het geval zij geconfronteerd wordt met een manifest substantieel lage prijs. Dat deze verplichting ook geldt in het geval waarin geen vraag tot prijsverantwoording in de zin van artikel 36 § 4 van het KB van 18 april 2017 vereist is. Dat deze motivering moet opgenomen zijn en zich niet mag beperken tot een loutere stijlformule, bij gebreke waaraan de materiële motiveringsplicht geschonden is.
> Terwijl, artikel 81 §1 en §2, 1° van de wet van 17 juni 2016 vereist dat de opdracht gegund wordt aan de economisch meest voordelige inschrijver, zijnde in casu deze met de laagste regelmatige prijs; dat zulks ook voortvloeit uit het patere legem beginsel (verwerende partij is gehouden haar bestek met

de prijs als enige gunningscriterium te eerbiedigen). Dat niet vaststaat dat de genomen gunningsbeslissing hieraan voldoet en om deze reden geschorst moet worden."

7. De verzoekende partij betoogt nader dat het prijsverschil tussen haar offerte en de finale offerte van de gekozen inschrijver, de enige twee offertes die als regelmatig werden beschouwd, 41.643,55 euro bedraagt zodat de offerte van de gekozen inschrijver 29 % goedkoper is dan haar offerte. Een dergelijk groot prijsverschil kan de aanbestedende overheid niet onopgemerkt en onbesproken laten en dient zorgvuldig te worden onderzocht. Uit de bestreden beslissing blijkt niet dat een dergelijk onderzoek werd uitgevoerd. Dit blijkt ook niet uit andere stukken waarvan de verzoekende partij kennis heeft.

Indien uit het administratief dossier zou blijken dat er een vraag tot prijsverantwoording werd gesteld, dan moet hiervan melding worden gemaakt in het gunningsverslag en de gunningsbeslissing, met opgave van de motivering waarom de verwerende partij meende dat zij de verantwoording mocht aanvaarden. De loutere vermelding dat de offertes werden nagezien en dat ze administratief conform de vereisten vermeld in het bestek zijn, volstaat niet als de rechtens vereiste materiële grondslag om offertes regelmatig te beschouwen. De verwerende partij zou te dezen in ieder geval ook niet kunnen verwijzen naar het gegeven dat er verschillende posten zijn die de lagere totaalprijs van de gekozen inschrijver verklaren. Het kan zijn dat de aanzienlijk lagere totale prijs van een inschrijver te wijten is aan de enorme hoeveelheid posten waarvoor de betrokken inschrijver telkens per post een iets lagere eenheidsprijs opgaf waardoor dit gecombineerd een aanzienlijk lagere totale inschrijvingsprijs oplevert. Dit is te dezen echter niet het geval aangezien er slechts 20 posten zijn. Deze beperkte hoeveelheid posten kan onmogelijk het grote prijsverschil verklaren van 41.643,55 euro, btw niet inbegrepen.

De verzoekende partij is van oordeel dat het onmogelijk is om zonder verlies of zonder prijsafspraken of zonder afbreuk te doen aan de besteksvereisten een dermate lage prijs te bieden als de gekozen inschrijver. De verzoekende partij heeft een sterk vermoeden dat de gekozen inschrijver gebruikte brandblusapparaten opnieuw laat keuren en als zogezegd nieuwe terug aanbiedt.

De vraag van de verzoekende partij naar het zorgvuldig prijsonderzoek zou ook terecht zijn, gelet op een persbericht dat door de Belgische Mededingingsautoriteit op 4 juni 2018 werd verspreid en waaruit zou blijken dat er in de sector van de brandbeveiliging een huiszoeking werd verricht in het kader van een onderzoek naar prijsafspraken. In dergelijke omstandigheden komt het des te meer toe aan de verwerende partij om een deugdelijk prijsonderzoek te voeren.

Bijgevolg staat niet vast dat de opdracht werd gegund aan de economisch meest voordelige offerte zoals vereist door artikel 81 van de wet van 17 juni 2016 'inzake overheidsopdrachten' (hierna: wet overheidsopdrachten 2016).

Beoordeling

8. Artikel 84 van de wet overheidsopdrachten 2016 luidt:

> "De aanbestedende overheid voert een prijzen- of kostenonderzoek uit op de ingediende offertes, overeenkomstig de door de Koning te bepalen nadere regels. De Koning kan in uitzonderingen voorzien op het prijzen- of kostenonderzoek voor de door Hem te bepalen opdrachten.
> Op haar verzoek verstrekken de inschrijvers tijdens de plaatsingsprocedure alle nodige inlichtingen om dit onderzoek mogelijk te maken."

Artikel 35 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 'plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren' luidt:

> "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."

De verwerende partij beschikt bij het betrokken onderzoek als aanbestedende overheid over een aanzienlijke beoordelingsruimte om al dan niet een procedure in te zetten waarbij de aanwezigheid van abnormale prijzen nader wordt onderzocht.

Te dezen wordt in het gunningsverslag, dat integraal als bijlage is gevoegd bij de bestreden gunningsbeslissing, met betrekking tot het prijsonderzoek van de offertes vermeld:

> "Prijsonderzoek
> De aanbestedende overheid onderwierp de offertes aan een prijsonderzoek.
> De prijzen van de ingediende offertes werden nagekeken en er werden geen onregelmatigheden vastgesteld inzake de eenheidsprijzen en totale offerteprijzen."

Op het eerste gezicht blijkt aldus uit het gunningsverslag dat een prijsonderzoek werd gevoerd overeenkomstig artikel 84 van de wet overheidsopdrachten 2016. Dit blijkt bovendien ook uit de vertrouwelijke stukken van het administratief dossier, die de Raad van State bij zijn onderzoek mag betrekken, en de daarin als stuk 8 aangebrachte vergelijkende prijzentabel, waarbij de prijzen per post van de vier ingediende offertes naast elkaar werden gelegd.

Indien, zoals te dezen, de aanbestedende overheid bij het prijsonderzoek oordeelt dat er geen schijnbaar abnormale prijzen zijn, toont de verzoekende partij op het eerste gezicht niet aan dat de aanbestedende overheid te dezen met betrekking tot dit prijsonderzoek een ruimere motivering diende op te nemen in de bestreden gunningsbeslissing dan wel in het gunningsverslag. Gelet op die vaststelling lijkt enige bijkomende motivering dan die opgenomen in het gunningsverslag – "De prijzen van de ingediende offertes werden nagekeken en er werden geen onregelmatigheden vastgesteld inzake de eenheidsprijzen en totale offerteprijzen" –, alvast niet vereist.

Het lijkt dan ook niet dat de formelemotiveringsplicht die de verzoekende partij afleidt uit de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 'betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen' werd geschonden doordat de bestreden beslissing te dezen over het prijsonderzoek geen andere informatie bevat dan wat in het gunningsverslag wordt vermeld.

9. De vraag die hier voorts dan lijkt te rijzen, is of het gevoerde onderzoek deugdelijk is en de verwerende partij mocht oordelen dat de prijzen niet abnormaal zijn.

Daarbij dient in de eerste plaats te worden herhaald dat de aanbestedende overheid, zeker bij een onderhandelingsprocedure, over een aanzienlijke beoordelingsruimte beschikt inzake de beoordeling van abnormale prijzen.

Uit de gegevens van de zaak blijkt dat het prijsverschil tussen de offerte van de verzoekende partij en die van de gekozen inschrijver 29 % bedraagt. Uit de vertrouwelijke stukken van het administratief dossier, die de Raad van State bij zijn onderzoek mag betrekken, blijkt dat op onbekende datum een raming werd opgesteld. Op het eerste gezicht valt daarbij onmiddellijk op dat alle ingediende prijzen van de verschillende offertes beduidend lager liggen dan de raming, zodat de referentiewaarde van de raming te dezen beperkt lijkt. De verwerende partij verwijst overigens noch in de gunningsbeslissing noch in de huidige procedure in haar nota naar de raming in het kader van het gevoerde prijsonderzoek. Voorts blijkt uit de vergelijkende prijstabel, het als vertrouwelijk neergelegd stuk 8, dat slechts voor vier van de twintig posten in de inventaris de prijs van de offerte van de gekozen inschrijver enigszins afwijkend is van de drie andere ingediende offertes namelijk voor de post nummer 4 “Leveren en plaatsen van Water Mist Blusser 6 liter”, voor post nummer 5 “Leveren en plaatsen van poederbluswagen ABC 50 kg”, voor post nummer 6 “Leveren en plaatsen van brandblusdeken” en voor post nummer 7 “Leveren en plaatsen van brandblushaspel- Muurhaspel met axiale voeding”.

De verwerende partij stelt in haar nota dat er geen indicaties waren om aan te nemen dat het ging om schijnbaar abnormale prijzen in de offerte van de gekozen inschrijver.

Hierbij valt op te merken dat voor drie van deze vier posten, namelijk de posten nummers 4, 5 en 7 de vier aangeboden eenheidsprijzen sterk uit elkaar lijken te liggen. De verschillen in de prijzen voor de posten 1 tot 7 zijn volgens de verwerende partij te wijten aan de verschillen tussen de aangeboden toestellen waarbij de verzoekende partij meer geavanceerde, krachtigere en dus ook duurdere toestellen heeft aangeboden. Die affirmatie wordt ter terechtzitting niet echt betwist en zeker niet weerlegd door de verzoekende partij.

Voorts wijst de verwerende partij erop dat de gekozen inschrijver niet alleen verdeler maar ook fabrikant van brandblustoestellen is en één van de marktleiders in België op dit vlak, terwijl de verzoekende partij daarentegen brandblusapparaten importeert zodat zij logischerwijze minder manoeuvreerruimte heeft op haar aankoopprijzen. De verwerende partij wijst er voorts in haar nota op het eerste gezicht terecht op dat de verzoekende partij in vergelijking met de drie andere inschrijvers eerder hoge prijzen lijkt te hebben opgegeven voor de posten 13 tot en met 16 met betrekking tot het keuren en herkeuren van de brandblusapparaten en als enige een voorrijdkost aanrekent, wat ook zijn invloed heeft op de totaalprijs van haar offerte.

De verzoekende partij lijkt, gelet op deze gegevens, niet met de vereiste ernst aannemelijk te maken dat de verwerende partij door in de gegeven omstandigheden geen abnormaliteit van de totaalprijs van de gekozen inschrijver te hebben vastgesteld, de beslissingsruimte waarover zij beschikt in het kader van een prijsonderzoek in een onderhandelingsprocedure te buiten is gegaan door schending van de in het middel aangegeven beginselen.

10. Het gegeven dat het Auditoraat van de Belgische Mededingingsautoriteit een huiszoeking zou hebben uitgevoerd in de sector van de brandbeveiliging in het kader van een onderzoek naar restrictieve mededingingspraktijken lijkt aan deze vaststelling niets af te doen. De verzoekende partij zet op geen enkele wijze uiteen wat het concrete verband is tussen het betrokken persbericht en het onderzoek van de offerte van de gekozen inschrijver door de verwerende partij in de huidige zaak.

11. De verzoekende partij betoogt in haar verzoekschrift voorts dat het onmogelijk is om zonder verlies of zonder prijsafspraken of zonder afbreuk te doen aan de besteksvereisten een dermate lage prijs te aan te bieden, zonder dat zij deze bewering nader concretiseert. Ook deze argumentatie lijkt bijgevolg niet van die aard om tot een ander besluit te moeten leiden.

VII. Besluit

12. 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, een bijdrage van 20 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 18 oktober 2018, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest, kamervoorzitter,
bijgestaan door
Greta Scheveneels, griffier.

De griffier **De voorzitter**

Greta Scheveneels **Dierk Verbiest**