

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 243.217 van 13 december 2018
in de zaak A. 221.022/XII-8279**

In zake: de NV BOUWBEDRIJF VMG – DE COCK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Filip Geerts
kantoor houdend te 9300 Aalst
Bauwensplein 1 bus 10
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het OPENBAAR CENTRUM VOOR MAATSCHAPPELIJK
WELZIJN VAN DE STAD GENT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Elke Casteleyn
kantoor houdend te 9160 Lokeren
Antwerpse Steenweg 47
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 20 december 2016, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing van het OCMW Gent van 13 oktober 2016 tot gunning, ingevolge open aanbesteding, van de aanneming van werken inhoudende de bouw van het lokaal dienstencentrum De Mantel te Zwijnaarde aan de nv Algemene Ondernemingen Himpe, alsook van de beslissing tot het niet weerhouden van de offerte van de [nv Bouwbedrijf VMG - De Cock] als de laagst regelmatige en van de impliciete beslissing om de werken niet te gunnen aan de [nv Bouwbedrijf VMG - De Cock]”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 241.718 van 7 juni 2018 is het debat heropend en wordt het door de auditeur-generaal aangewezen lid van het auditoraat gelast met een aanvullend verslag.

Eerste auditeur Jozef Stevens heeft een aanvullend 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 27 november 2018.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Filip Geerts, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Kris Wauters, die loco advocaat Elke Casteleyn verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jozef Stevens heeft een met dit arrest andersluidend 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 werken, namelijk de nieuwbouw van het lokaal dienstencentrum De Mantel te Zwijnaarde.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 26 februari 2016.

De gunningswijze is de open aanbesteding.

3.2. De administratieve en technische bepalingen voor de opdracht zijn opgenomen in het bestek “Open aanbesteding voor Lokaal Dienstencentrum De Mantel Zwijnaarde: nieuwbouw”.

3.3. Er worden volgens het proces-verbaal van de opening van de offertes negen offertes ingediend. De nv Algemene Ondernemingen Himpe biedt de laagste offerte met een bedrag van 2.671.181,62 euro, btw niet inbegrepen, en de nv Bouwbedrijf VMG - De Cock de tweede laagste offerte met een bedrag van 2.675.000,00 euro, btw niet inbegrepen.

3.4. Op 12 mei 2016 wordt een gunningsverslag opgesteld waarbij wordt vastgesteld dat er geen abnormale totaalprijzen of eenheidsprijzen zijn. De rangschikkingsbedragen zijn 2.706.812,89 euro, btw niet inbegrepen, voor de nv Algemene Ondernemingen Himpe en 2.710.439,42 euro, btw niet inbegrepen, voor de verzoekende partij.

Er wordt voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de nv Algemene Ondernemingen Himpe, waartoe op 9 juni 2016 door de verwerende partij wordt beslist.

3.5. Nadat de verzoekende partij aan de verwerende partij een aantal opmerkingen inzake de gunning heeft overgemaakt en er een onderhoud tussen hen plaatsgrijpt, beslist de verwerende partij op 13 juli 2016 de gunningsbeslissing van 9 juni 2016 in te trekken en na nazicht van de eenheidsprijzen een nieuwe gunningsbeslissing te nemen. Als motivering wordt gewezen op de noodzaak “het onderzoek naar het al dan niet abnormale karakter van bepaalde eenheidsprijzen verder” uit te diepen.

3.6. Hierop voert de verwerende partij een prijsonderzoek ten aanzien van een aantal inschrijvers. Zij worden bij brieven van 17 augustus 2016

aangeschreven met een “verzoek om inlichtingen om prijsonderzoek mogelijk te maken (KB 15.07.2011, art. 21 § 1)”.

Ten aanzien van de offerte van de nv Algemene Ondernemingen Himpe spitst dit onderzoek zich onder meer toe op post 11.92.2. ‘Onderschoeiing – beton’ met de vraag hoe deze prijs is opgebouwd. De nv Algemene Ondernemingen Himpe antwoordt hierop met een brief van 24 augustus 2016.

3.7. Op 16 september 2016 wordt een nieuw gunningsverslag opgesteld.

Volgens dit verslag worden geen abnormale totale offerte-prijzen vastgesteld. Wat de eenheidsprijzen betreft, wordt vermeld:

“Alle eenheidsprijzen werden onderzocht. Voor het voeren van het prijsonderzoek werden inlichtingen gevraagd op basis van de volgende criteria:

- Indien het belang van een artikel minstens 1% van het offertebedrag bedraagt, EN die eenheidsprijs ligt meer dan 30% onder de gemiddelde eenheidsprijs,
- Indien het belang van een artikel minstens 1% van het offertebedrag bedraagt, EN die eenheidsprijs ligt meer dan 50% boven de gemiddelde eenheidsprijs.

In totaal waren er 12 eenheidsprijzen die aan een van beide gevallen voldeden. Daarom heeft OCMW Gent, in toepassing van artikel 21 § 1 van het KB van 15 juli 2011 plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren, bijkomende informatie omtrent de opbouw van die prijzen opgevraagd bij de betreffende inschrijvers.

De aangeleverde informatie biedt de nodige verduidelijking, zodat geen verzoek tot prijsverantwoording aan de orde is.”

Inzake de vraag gericht aan de nv Algemene Ondernemingen Himpe voor post 11.92.2. wordt opgemerkt:

“- 11.92.2. ‘Onderschoeiingen – beton’: belang: 1,16 %; afwijking tov gemiddelde: -37%:

De inschrijver legt een uitgebreid overzicht voor van de gerekende kosten voor deze post. De inschrijver benadrukt dat de specifieke bouwmethode (onderschoeiingsbreedte van 80 cm, hetgeen eerder veel is) de eenheidsprijs per m³ in hoge mate naar beneden toe beïnvloedt. Hij deelt ook mee dat de wapening voorzien is onder artikel 26.11, zoals expliciet vermeld

in de gedetailleerde meetstaat. Hij vermeldt ook dat hij de bouwzone vooraf bezocht heeft om zich een duidelijk beeld te kunnen vormen van situatie ter plaatse, en dat hij hierbij heeft kunnen vaststellen dat de zone van de onderschoeiingen vlot bereikbaar is voor vrachtwagens en kranen. Hij laat ook weten dat zij zelf over het nodige materieel beschikken voor dit soort werk. Deze feiten lijken ons aannemelijk, en verklaren de lagere eenheidsprijs.

- Conclusie voor Alg. Ondernemingen Himpe nv:

De opgegeven informatie biedt de nodige verduidelijking.”

De rangschikkingsbedragen zijn thans 2.699.574,38 euro, btw niet inbegrepen, voor de nv Algemene Ondernemingen Himpe en 2.709.966,75 euro, btw niet inbegrepen, voor de verzoekende partij.

3.8. Op 13 oktober 2016 gunt de verwerende partij de opdracht opnieuw aan de nv Algemene Ondernemingen Himpe.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

Standpunt van de partijen

4.1. De verwerende partij werpt op dat het beroep gericht tegen de impliciete beslissing de opdracht niet aan de verzoekende partij te gunnen, niet ontvankelijk is. Het staat voorts volgens de verwerende partij niet vast dat de offerte van de verzoekende partij voldoet aan de kwalitatieve selectiecriteria of dat deze regelmatig is. Ook zijn er eventueel nog wijzigingen mogelijk ten aanzien van het prijsonderzoek bij de offerte van de verzoekende partij zo het tweede onderdeel van het eerste middel gegrond wordt bevonden zodat niet zeker is dat deze offerte de laagste zal zijn.

4.2. De verzoekende partij wijst erop dat zij in het eerste gunningsverslag zonder opmerkingen werd geselecteerd en haar referenties werden aanvaard. In het tweede gunningsverslag wordt er opeens een voorbehoud geformuleerd. Hierbij plaatst de verzoekende partij “op zijn minst vraagtekens”.

De verzoekende partij weerlegt de opmerkingen van de verwerende partij omtrent haar nog nader te onderzoeken selectie. Minstens, zo

wijst zij erop, kan worden aanvaard dat na opening van de offertes eventuele ontbrekende informatie of documenten worden bijgebracht.

Ten slotte meent de verzoekende partij dat de verwerende partij onvoldoende aantoont dat haar offerte abnormale prijzen zou bevatten.

Beoordeling

4.3. De Raad stelt vast dat de verwerende partij in het gunningsverslag bij de bestreden beslissing geen definitief standpunt heeft ingenomen over de selectie van de verzoekende partij. De verzoekende partij heeft dit aspect van de bestreden beslissing ook niet aangevochten. In die omstandigheden dient in voorkomend geval de verwerende partij zo nodig alsnog een beslissing over deze selectie te treffen maar is er evenmin een beslissing die de verzoekende partij uitsluit, zodat zij thans belang heeft bij haar beroep. Hieruit vloeit wel voort dat het beroep, in de mate dat de verzoekende partij de impliciete weigering om haar de opdracht te gunnen zou vorderen, niet mag worden ingewilligd.

IV. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Standpunt van de partijen

5.1. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 24 van de wet van 15 juni 2006 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’ en van de artikelen 21, 95 en 99 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2011).

5.2. In een eerste onderdeel betoogt de verzoekende partij dat de aanbestedende overheid “een prijsverantwoording als afdoende [heeft] aanvaard terwijl er helemaal geen verklaring wordt geboden”.

Volgens de verzoekende partij heeft de verwerende partij “geen (minstens geen werkelijk en zorgvuldig) prijsonderzoek” gedaan. Dit is apert wat de eerste, ingetrokken gunningsbeslissing betreft. De verwerende partij heeft precies deze beslissing ingetrokken nadat de verzoekende partij “volgehouden kritiek” had geformuleerd, inzonderheid in verband met bepaalde posten.

Na deze intrekking heeft de verwerende partij “bijkomende inlichtingen” gevraagd bij zeven van de negen inschrijvers. Op grond van de criteria die zij daarbij hanteerde, heeft zij aan de gekozen inschrijver slechts inlichtingen gevraagd voor één bepaalde post, namelijk post 11.92.2. ‘onderschoeiingen-beton’. Volgens het tweede gunningsverslag lag de eenheidsprijs van deze inschrijver 37 % lager dan het gemiddelde.

Uit de door de gekozen inschrijver gegeven inlichtingen zoals weergegeven in het gunningsverslag, blijkt dat hij hierbij verwijst naar een “uitgebreid overzicht van de gerekende kosten voor deze post” naast vier elementen die de lage prijs zouden verklaren, namelijk een specifieke bouwmethode, de prijs van de bewapening die onder een andere post, namelijk post 26.11., figureert, een bezoek aan de bouwzone waaruit blijkt dat deze vlot bereikbaar is en het zelf beschikken over het nodige materieel.

Dit antwoord van de gekozen inschrijver is volgens de verzoekende partij “helemaal niet van aard om een verklaring te vormen voor het feit dat de eenheidsprijs zodanig afwijkt van de eenheidsprijzen van de andere inschrijvers”. De aangebrachte elementen geven hem geen bijzonder voordeel.

Het eerste element inzake de specifieke bouwmethode gaat over de onderschoeiingsbreedte. Als een breedte van 80 cm de eenheidsprijs zou verminderen, is dat een gegeven dat ook geldt voor de andere inschrijvers.

Het tweede element inzake het feit dat de prijs voor de bewapening niet inbegrepen is in de post 11.92.2. aangezien hierin is voorzien onder post 26.11., geldt voor elke inschrijver. De enige inschrijver die zich hier heeft vergist en dus een te hoge prijs met bewapening heeft geboden is de

inschrijver Braet. Overigens is de bewapening volgens het bestek opgenomen onder de posten 26.12.2. en 26.12.3, en niet 26.11.

Het derde element, namelijk het voorafgaand bezoek van de gekozen inschrijver aan de bouwplaats waaruit blijkt dat deze goed bereikbaar is, overtuigt volgens de verzoekende partij evenmin. Ook dit is immers voor elke inschrijver zo.

Het vierde element, namelijk het feit dat de gekozen inschrijver over het nodige materieel zou beschikken, is volgens de verzoekende partij evenzeer waardeloos. Voor de werken van de bewuste post zijn enkel een graafmachine, eventueel een kraan, planken en bekisting, en schoren nodig, materieel waar een onderneming, erkend in de hier vereiste klasse 6, normaal zelf over beschikt.

Ten slotte, wat het door de gekozen inschrijver aangebracht overzicht betreft van de gerekende kosten voor deze post, merkt de verzoekende partij op dat dit overzicht niet is opgenomen in het gunningsverslag. Voorts moet uit dit overzicht nog altijd blijken waarom de prijscomponenten van deze post voor de gekozen inschrijver zoveel lager kunnen zijn dan bij de andere inschrijvers.

De verzoekende partij stelt vast dat een eenheidsprijs van ongeveer 600 euro per m³ geen realistische, marktconforme prijszetting is. Hierbij wijst zij op een recent gunningsverslag voor een andere opdracht waaruit veel hogere prijzen blijken. Zij had voor die post eveneens 1.000 euro per m³ geboden.

De verzoekende partij concludeert dat de gekozen inschrijver een abnormale prijs heeft geboden. Zij wijst erop dat de prijs van de gekozen inschrijver voor vervalsing heeft gezorgd aangezien het verschil in de totaalprijs 10.392,37 euro is en de biedingen voor de kwestieuze post dit ruim overstijgen.

5.3. In een tweede onderdeel wijst de verzoekende partij erop dat er voor sommige eenheidsprijzen ten onrechte geen nader prijsonderzoek naar

abnormale lage prijzen is gevoerd. Er is een wettelijke plicht om alle prijzen te evalueren terwijl de verwerende partij dit slechts heeft gedaan voor de posten waarvan de prijzen minstens 1% van het totale offertebedrag uitmaken en die meer dan 30% lager zijn dan de gemiddelde eenheidsprijs voor die posten. Deze criteria zijn echter niet logisch en niet pertinent. De grens van 1% van het offertebedrag van een inschrijver leidt volgens de verzoekende partij tot absurde toestanden omdat op die manier een abnormaal lage prijs aan onderzoek kan ontsnappen “juist doordat hij zo laag is”. “Een eenheidsprijs [voor een bepaalde post] kan immers minder dan 1% van de totale prijs [bij een bepaalde inschrijver] bedragen enkel en alleen... omdat hij abnormaal laag is”, “terwijl het echter om een post gaat die bij de andere inschrijvers, die wel met een normale eenheidsprijs hebben ingeschreven, ruimschoots méér bedraagt dan 1%”. “Indien het al zou toegelaten zijn om een selectie te maken van de abnormale prijzen waarvoor men een nader prijsonderzoek zal voeren en indien daarbij als criterium een 1%-aandeel zou mogen worden gehanteerd, dan lijkt het evident dat die 1% alsdan op zijn minst berekend wordt op het gemiddelde van de eenheidsprijzen die niet abnormaal lijken [...]” “Eenheidsprijzen niet nader onderzoeken en er geen bijkomende inlichtingen of een verantwoording voor vragen omdat zij — precies door hun abnormaliteit — een te klein aandeel zouden hebben in de totaliteit, is niet gesteund op redelijke, logische overwegingen en strookt niet met de wettelijke plicht die bestaat in hoofde van de aanbestedende overheid.”

De verzoekende partij merkt voorts op dat zij de verwerende partij haar aandacht heeft gevestigd op de posten 57.39.51. ‘inbouwvaatwas’ en 57.39.71.2. ‘dampkap kookblok met compensatie’. De door de gekozen inschrijver opgegeven prijzen, respectievelijk 760 euro en 10.500 euro, daar waar de verzoekende partij 4.250 euro en 25.000 euro bood, zijn onrealistisch. De verwerende partij heeft ze niet onderzocht omdat ze niet voldeden aan haar criteria.

5.4. In het dispositief van haar verzoekschrift vraagt de verzoekende partij in hoofdorde de nietigverklaring van de bestreden beslissing; ondergeschikt verzoekt zij de Raad te bevelen dat de overzichtstabel met alle eenheidsprijzen van de verschillende inschrijvers, minstens hun meetstaten, alsook het antwoord

van de gekozen inschrijver met de inlichtingen, te laten toevoegen aan het administratief dossier en zo nodig de vertrouwelijkheid ervan te lichten.

6. In haar memorie van antwoord bevindt de verwerende partij het eerste onderdeel niet ernstig omdat de verzoekende partij redeneert vanuit de logica van een prijsverantwoording – artikel 21, § 3, koninklijk besluit plaatsing 2011 – die niet zou voldoen, terwijl het hier om een vraag om inlichtingen – artikel 21, § 1, van dit koninklijk besluit – gaat. Zij wijst erop dat een aanbestedende overheid een ruime discretionaire bevoegdheid heeft inzake het prijsonderzoek, ook wat de beoordeling van ingewonnen inlichtingen betreft. Op grond van de ingewonnen inlichtingen heeft de verwerende partij geoordeeld dat er geen vermoedelijke abnormale prijzen zijn en er dus geen noodzaak was een prijsverantwoording te vragen.

De door de gekozen inschrijver gegeven inlichtingen heeft de verwerende partij aldus aanvaard. De gekozen inschrijver mocht aannemen dat de kwestieuze post 11.92.2. 51,80 m³ was en dus een onderschoeiingsbreedte van 80cm besloeg zodat dit een lagere eenheidsprijs kon geven. Voorts wees hij terecht op het feit dat de wapening niet in de kwestieuze post is opgenomen, waar inschrijver Braet is vanuit gegaan. Ook wat het niet verplicht voorafgaand plaatsbezoek betreft, meent de verwerende partij dat de gekozen inschrijver hier een voordeel heeft tegenover inschrijvers die de plaats niet hebben bezocht. Het vierde element dat de gekozen inschrijver heeft aangebracht, namelijk dat hij beschikt over het benodigde materieel, mag ook in aanmerking worden genomen; uit de offerte van inschrijver Braet blijkt alvast dat deze kost bij die laatste hoog is; ook wijst de verwerende partij erop dat de verzoekende partij zelf in haar inlichtingen opmerkte, weze het bij een andere post, dat haar lage prijs het gevolg was van eigen materieel.

Inzake het tweede middelonderdeel wijst de verwerende partij erop dat uit de rechtspraak van de Raad van State blijkt dat “het nagaan van de (ab)normaliteit van een eenheidsprijs via een statistische methode wel degelijk [wordt] aanvaard”. De gehanteerde parameters zijn “geheel redelijk” en “hebben [...] louter tot doel om vast te stellen of er bijkomende inlichtingen dienen te worden gevraagd”. Dat de verwerende partij de 1% regel niet heeft toegepast op

de gemiddelde totaalprijs doch op de totaalprijs per inschrijver, hoort volgens de verwerende partij evenzeer tot haar “discretionaire bevoegdheid”.

Wat de posten 57.39.51. en 57.39.71.2. betreft, wijst de verwerende partij erop aan de hand van de door de inschrijvers geboden prijzen, dat deze zeer uiteenlopend zijn en dat de verzoekende partij hier eerder te hoge prijzen biedt.

7.1. In haar memorie van wederantwoord belemtoont de verzoekende partij, wat het eerste onderdeel betreft, dat de verwerende partij geen prijzenonderzoek heeft gedaan bij de eerste gunningsprocedure.

Voorts is het verweer dat er slechts inlichtingen werden gevraagd tijdens het prijzenonderzoek en geen prijsverantwoording, “al te simplistisch”. “Het is niet omdat de aanbestedende overheid (doelbewust) met nadruk verwijst naar een toepassing van art. 21 §1 van het K.B. Plaatsing dat er geen pertinente en afdoende verklaring zou moeten worden gegeven voor prijzen die zeer sterk afwijken.”

Ook moet, zo vervolgt de verzoekende partij, de beslissing om bepaalde sterk afwijkende eenheidsprijzen als niet-abnormaal te catalogeren, zijn gesteund op correcte, pertinente en draagkrachtige motieven. Dit is hier niet het geval.

Het eerste element inzake een specifieke bouwmethode, namelijk de onderschoeiingsbreedte, gaat niet op. De breedte is geen 80 cm, dit is geen realistische breedte. De verwerende partij is niet willen ingaan op de vraag van de verzoekende partij tot opmeting van de breedte tijdens de werken. Feit is dat de gekozen inschrijver hier een prijs heeft gegeven op grond van een breedte die onmogelijk kan, en aldus een manifest te lage prijs heeft geboden.

Het tweede element inzake de prijs van de wapening waarbij de verwerende partij lijkt te willen beweren dat de prijs van inschrijver Braet te hoog ligt omdat deze ten onrechte de wapening in die prijs heeft vervat, wordt niet

cijfermatig toegelicht door de verwerende partij zodat het een oncontroleerbare bewering is.

Wat het derde element betreft inzake het plaatsbezoek, wijst de verzoekende partij erop dat de gekozen inschrijver niet in een betere positie is dan de andere inschrijvers waarvan niet is aangetoond dat die geen plaatsbezoek zouden hebben gedaan. Overigens kan de situatie van bereikbaarheid perfect digitaal worden waargenomen via Google Maps.

Inzake het vierde element, namelijk het beschikken over het benodigde materieel, herhaalt de verzoekende partij dat de verwerende partij helemaal niet aantoont dat de gekozen inschrijver hier een voordeel geniet dat de andere inschrijvers niet hebben, noch cijfermatig aantoont wat dit voordeel is.

Ten slotte inzake de “elementen”, wat het zogenaamd uitgebreid overzicht van de gerekende kosten voor die post betreft, wijst de verzoekende partij erop dat de verwerende partij de inlichtingen van de gekozen inschrijver als vertrouwelijk heeft neergelegd. Zij vraagt de opheffing van de vertrouwelijkheid. Hoe dan ook, zo vervolgt de verzoekende partij, kan een opsomming van de kosten voor die post geen verklaring bieden voor het prijsniveau.

De verzoekende partij voert als nieuwe kritiek aan dat er “redenen [zijn] om te twifelen aan de objectiviteit van de ontwerper door wie de verwerende partij zich heeft laten bijstaan en leiden”. Er zou een “nauwe samenwerking” zijn tussen die ontwerper en de gekozen inschrijver waarbij de eerste in opdracht zou werken van de tweede.

De verzoekende partij concludeert bij dit onderdeel door nogmaals te wijzen op haar belang bij haar kritiek.

7.2. Wat het tweede middelonderdeel betreft, merkt de verzoekende partij op dat de verwerende partij nalaat de rechtsgrond aan te geven die haar zou toelaten het verplichte prijsonderzoek te beperken met criteria. Zo werden bijvoorbeeld slechts prijzen onderzocht die minimaal 27.000 à 30.000 euro

bedragen. Zo zijn er slechts voor 12 prijzen inlichtingen gevraagd op een totaal van 6.579. Hierbij merkt de verzoekende partij op dat er geen aanvaardbare reden is om prijzen van een lager bedrag dan 1% van het totale offertebedrag van een inschrijver niet te controleren. Zij herhaalt dat mocht de 1% grens al toelaatbaar zijn, dit dient te worden toegepast op de gemiddelde totale prijs en niet op de totaalprijs van de inschrijver individueel.

Wat de eenheidsprijzen betreft voor de posten 57.39.51. 'inbouwvaatwas' en 57.39.71.2. 'dampkap kookblok met compensatie', kan volgens de verzoekende partij niet worden volstaan met de repliek van de verwerende partij dat de prijzen voor die posten bijzonder uiteenlopend zijn. Integendeel, dat had moeten aanzetten tot doorgedreven onderzoek ten aanzien van alle inschrijvers.

7.3. Ondergeschikt vraagt de verzoekende partij de opheffing van de vertrouwelijke stukken in het administratief dossier, namelijk de eenheidsprijzen van alle offertes, aangezien in de huidige stand van de gunning en procedure, er geen sprake meer kan zijn van concurrentievervalsing. Minstens zou dit zo moeten zijn voor de eenheidsprijzen voor post 11.92.2. 'Onderschoeiing-beton'. Ook moet de verwerende partij, zo vervolgt de verzoekende partij, inzage geven in het antwoord met inlichtingen van de gekozen inschrijver.

8.1. Wat het eerste middelonderdeel betreft, wijst de verzoekende partij in haar laatste memorie er nogmaals op dat de onderschoeiingsbreedte niet vaststaand was, en dus geen 80cm, breedte waarop de gekozen inschrijver zich steunde om prijs te geven voor de kwestieuze post, "maar dat integendeel bij uitvoering nog diende onderzocht te worden welke breedte/dikte eigenlijk nodig was, hetgeen afhing van de dikte van de te onderschoeien muur". Er was voor die post een VH gegeven. De gekozen inschrijver heeft prijs gegeven op grond van 80 cm breedte terwijl dat onrealistisch is, zodat hij ten onrechte zijn prijs kan verantwoorden om reden van de hoeveelheid kubieke meter.

Voorts wijst de verzoekende partij, wat haar kritiek op de ontwerper betreft die zij in haar memorie van wederantwoord uitte, erop dat het

niet gebruikelijk is dat een inschrijver bij opmaak van een offerte eerst een onderzoek doet naar de ontwerper om na te gaan of er gevaar is voor bevoordeling.

8.2. Wat het tweede middelonderdeel betreft, benadrukt de verzoekende partij dat de discretionaire bevoegdheid van een aanbestedende overheid om criteria vast te leggen aan de hand waarvan zij de prijzen vaststelt die zij aan een prijsonderzoek zal onderwerpen, niet zo onbeperkt kan zijn dat “er gewoonweg geen of nauwelijks nog prijzen te onderzoeken zullen zijn (hetgeen zich in deze ook heeft voorgedaan), waardoor de aanbestedende overheid kan vermijden dat zij lagere offertes zal moeten weren omwille van abnormale prijzen”. De handelwijze van de aanbestedende overheid heeft te dezen ertoe geleid dat slechts voor 12 eenheidsprijzen op een totaal van 6.579 inlichtingen werden gevraagd. De verzoekende partij verwijst opnieuw naar het feit dat mocht de 1% grens worden gehanteerd, dit op de gemiddelde totaalprijzen dient te worden toegepast.

9. In haar laatste memorie benadrukt de verwerende partij, wat het eerste middelonderdeel betreft, dat de gekozen inschrijver er mocht vanuit gaan bij het redigeren van zijn offerte dat de onderschoeiingsbreedte 80 cm was zodat dit element zekerlijk in rekening mag worden gebracht om de lage prijs van die inschrijver te begrijpen.

Wat het nieuw middelonderdeel inzake de objectiviteit van haar ontwerper betreft, merkt de verwerende partij op dat deze kritiek kon worden aangevoerd in het inleidend verzoekschrift, wat niet is gebeurd.

Wat het tweede middelonderdeel betreft, wijst zij er onder meer op dat de verzoekende partij geen bepaling aanwijst die haar zou verplichten eerder het gemiddelde van de totale prijzen te hanteren bij het bepalen van de 1% grens dan de totaalprijs per inschrijver.

Beoordeling

10.1. Het eerste middelonderdeel wordt verworpen op grond van de volgende overwegingen.

De verzoekende partij bouwt haar kritiek in eerste instantie ten onrechte op vanuit het feit dat de verwerende partij een prijsverantwoording zou hebben gevraagd en die zou hebben aanvaard. Te dezen heeft de verwerende partij echter met toepassing van het artikel 21, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2011 inlichtingen gevraagd in het kader van haar prijsonderzoek.

De verwerende partij heeft de gekozen inschrijver om inlichtingen gevraagd over de door deze geboden post 11.92.2. 'onderschoeiingen-beton'. In de door de inschrijvers in te vullen meetstaat wordt vermeld dat het om een post type 'vermoedelijke hoeveelheid' gaat ten belope van 51,8 m³, een volume dat gesteund is op een op de plannen "niet geconfirmeerde" onderschoeiingsbreedte van 80 cm.

Uit de raming van de verwerende partij blijkt dat zij een prijs van 300 euro per m³ vooropstelde. De negen inschrijvers boden een prijs substantieel boven deze raming. Zonder de vertrouwelijkheid van het betrokken gedeelte van het administratief dossier al te zeer te lichten mag hier worden opgemerkt dat de door de gekozen inschrijver geboden prijs de door de verzoekende partij voor deze inschrijver ingeschatte prijs van 600 euro zeer sterk benadert. De verzoekende partij zelf heeft een prijs van 1.000 euro geboden. Van de zeven andere inschrijvers bieden er vier een prijs lager dan de verzoekende partij, één een prijs omzeggens die van de verzoekende partij en twee een hogere prijs dan de verzoekende partij. Van die laatste twee is die van inschrijver Braet enigszins onvergelijkbaar omdat hij een prijs bood wapening inbegrepen, wat het bestek niet vereiste.

De gekozen inschrijver heeft een aantal gegevens naar voor gebracht. De verzoekende partij toont niet aan dat deze inschrijver bij de redactie van zijn offerte er niet mocht vanuit gaan dat wat de plannen en de meetstaat vooropstelden, correct kon zijn, namelijk een vermoedelijke hoeveelheid van 51,8 m³. Ook de verzoekende partij lijkt overigens te erkennen dat deze hoeveelheid een rol kan spelen bij de eenheidsprijs. De verzoekende partij geeft hierbij aan dat haar prijs hoger ligt precies omdat zij een substantieel lager volume dan de opgegeven VH verwacht. Ook mag hierbij worden betrokken wat in het tussenarrest van 8 december 2017 werd overwogen, namelijk dat de

verzoekende partij geen beroep heeft gedaan op de mogelijkheid die artikel 83, § 2, 2°, van het koninklijk besluit plaatsing 2011 haar biedt en aldus niet heeft voorgesteld de vermoedelijke hoeveelheid te verbeteren door reductie, onthouding die een aanwijzing zou kunnen zijn dat ook de verzoekende partij niet zeker was van haar gelijk.

De voormelde gegevens zijn op zich een voldoende motief om de beslissing van de verwerende partij te schragen, waarbij de inlichtingen worden aanvaard. Aldus wordt dit middelonderdeel verworpen zodat niet nader moet worden ingegaan op elementen als een plaatsbezoek of het beschikken over het benodigde materieel.

De Raad van State gaat dan ook niet in op de vraag tot nadere opheffing van de vertrouwelijkheid aangezien dit niet nodig is voor de beoordeling van dit middelonderdeel.

10.2. Wat de kritiek van de verzoekende partij betreft aangaande een mogelijke vooringenomenheid van de ontwerper van de verwerende partij, moet het verweer worden bijgevalen. De verzoekende partij kon deze grief hebben aangevoerd in haar inleidend verzoekschrift; dat zij over de tussenkomst van de ontwerper, wiens gegevens als ontwerper in het bestek zijn vermeld, bij de indiening van haar offerte geen opmerkingen formuleerde omdat dit ongebruikelijk zou zijn, is irrelevant ten aanzien van de mogelijkheden daartoe die zij had bij de redactie van haar beroep.

10.3. Wat het tweede middelonderdeel betreft, wordt de verzoekende partij bijgevalen in haar kritiek op de criteria die de verwerende partij hanteerde bij het bepalen van de posten waarvoor zij inlichtingen vroeg, en dit in de volgende mate.

De verwerende partij heeft volgens het gunningsverslag de volgende criteria vooropgesteld bij het al dan niet vragen van inlichtingen aan de inschrijvers wat eventueel abnormaal lage prijzen betreft:

“Indien het belang van een artikel minstens 1% van het offertebedrag bedraagt, EN die eenheidsprijs ligt meer dan 30% onder de gemiddelde eenheidsprijs.”

Zoals de verwerende partij terecht opmerkt, beschikt een aanbestedende overheid over een grote beoordelingsruimte bij het prijsonderzoek en is het haar in beginsel aldus toegelaten criteria te hanteren waarbij zij screent op abnormaliteiten, teneinde op een praktische en efficiënte wijze haar werkzaamheden bij dit onderzoek te verrichten. Vereist is wel dat deze criteria zorgvuldig worden opgesteld, wat te dezen betekent dat zij de gelijke behandeling van de inschrijvers waarborgt en de nodige transparantie biedt.

Uit het vertrouwelijk stuk K van het administratief dossier blijkt dat de verwerende partij een 1 % regel heeft toegepast op de offertes, per inschrijver. Zoals de verzoekende partij opmerkt, heeft dat te dezen, er zijn negen offertes, als gevolg dat een eventueel abnormaal lage prijs, precies door dit kenmerk, onder de radar van detectie kan blijven, wat dus het omgekeerde effect heeft van wat de verwerende partij zegt te willen bereiken. Door een dergelijke werkwijze per offerte van elke inschrijver afzonderlijk te hanteren wordt tevens een verschillende drempel van 1 % toegepast, wat de gelijkheid beklemt en waaruit dus blijkt dat het criterium ook om die reden onzorgvuldig werd opgesteld en toegepast.

Er dient hier niet te worden ingegaan op de kritiek van de verzoekende partij wat de posten 57.39.51 en 57.39.71.2 betreft, aangezien de verzoekende partij niet aantoont dat de gegrondverklaring ervan leidt tot een ruimere vernietiging.

Evenmin wordt ingegaan op de vraag tot aanvulling van het administratief dossier en tot opheffing van de vertrouwelijkheid van bepaalde stukken. Deze aanvulling en opheffing zijn niet nodig gebleken voor de beoordeling van het onderdeel.

10.4. Conclusie is dat het tweede onderdeel in de aangegeven mate gegrond is en de nietigverklaring van de bestreden beslissing verantwoordt

aangezien het prijsonderzoek onzorgvuldig is gevoerd en dit ten aanzien van alle offertes. Het verantwoordt aldus niet de nietigverklaring van de impliciete beslissing de opdracht niet te gunnen aan de verzoekende partij.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

11.1. De verzoekende partij voert de schending aan van “de beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid de formele, minstens de materiële motiveringsplicht”.

Zij betoogt:

“De verwerende partij motiveert niet, minstens niet op een correcte, pertinente en draagkrachtige wijze, waarom de prijsverantwoording van de nv Algemene Ondernemingen Himpe als een aangetoonde, afdoende en deugdelijke verklaring voor de lage prijzen kon worden weerhouden. [...]

De verwerende partij geeft wel de elementen aan die de nv Algemene Ondernemingen Himpe als toelichting heeft verstrekt, maar motiveert niet hoe die elementen de abnormaal lage prijs van de nv Algemene Ondernemingen Himpe zouden verklaren. Het wordt nergens uitgelegd hoe de door de nv Algemene Ondernemingen Himpe opgegeven elementen zouden verantwoorden dat een substantieel lagere prijs kon worden geboden, die de andere inschrijvers niet konden bieden.

In het nazichtverslag is enkel de stijlclausule terug te vinden dat de opgevraagde informatie de nodige verduidelijking en voldoende toelichting biedt.”

Beoordeling

11.2. De verzoekende partij voert naast een schending van de formelemotiveringsplicht in wezen niets anders aan dan wat in haar eerste middel reeds is beslecht. Er is geen aanleiding tot een beoordeling van het middel die niet kan leiden tot een ruimere nietigverklaring dan die beslist bij het eerste middel.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van 13 oktober 2016 van het Openbaar Centrum voor Maatschappelijk Welzijn van de stad Gent waarbij de opdracht “Open aanbesteding voor Lokaal Dienstencentrum De Mantel Zwijnaarde: nieuwbouw” wordt gegund aan de nv Algemene Ondernemingen Himpe.

2. Het beroep wordt voor het overige verworpen.

3. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro en op een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro die verschuldigd is aan de verzoekende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 13 december 2018, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest