RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 243.854 van 28 februari 2019
in de zaak A. 227.332/XII-8692

In zake: de NV HEYRMAN-DE ROECK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jos Timmermans
kantoor houdend te 9300 Aalst
Leo de Béthunelaan 46
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

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

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 1 februari 2019, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van 18 december 2018 waarbij de opdracht "Vernieuwen van de houten duinovergang en keerwand te Bredene" wordt gegund aan de nv Van Huele Gebroeders voor een bedrag van 311.089,09 euro.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 19 februari 2019, om 10.00 uur.

‡CICTNACFG-BDGGFAV‡

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Jos Timmermans, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Anthony Verheggen, 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 afdeling Kust van het agentschap Maritieme Dienstverlening & Kust van het Vlaamse Gewest schrijft een overheidsopdracht uit voor werken met betrekking tot het vernieuwen van de houten duinovergang en keerwand te Bredene.

De opdracht wordt bekend gemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 30 juli 2018.

De opdracht wordt geplaatst met een openbare procedure en de economisch meest voordelige offerte wordt vastgesteld op grond van de prijs.

3.2. De opening van de offertes vindt plaats op 12 september 2018 en er worden zeven offertes ingediend, waaronder de offerte van de verzoekende partij.

3.3. Er wordt een gunningsverslag opgesteld waarin de offerte van de nv Van Huele Gebroeders als enige regelmatige en als de economisch meest voordelige wordt beoordeeld. De offerte van de verzoekende partij wordt onregelmatig bevonden doordat haar prijsverantwoording niet wordt aanvaard.

‡CICTNACFG-BDGGFAV‡

3.4. Op 18 december 2018 beslist de Vlaamse minister van Mobiliteit, Openbare Werken, Vlaamse Rand, Toerisme en Dierenwelzijn om de opdracht te gunnen aan de nv Van Huele Gebroeders.

In deze beslissing wordt het gunningsverslag bijgevallen en het wordt tot integraal deel van de beslissing verklaard.

Dit is de bestreden beslissing.

3.5. Bij aangetekende brief van 17 januari 2019 wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat haar offerte onregelmatig is en worden haar de motieven voor de wering van haar offerte meegedeeld in het als bijlage gevoegde uittreksel van de gemotiveerde gunningsbeslissing.

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.

‡CICTNACFG-BDGGFAV‡

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.

V. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

5. De verzoekende partij voert in een enig middel de schending aan van de formelemotiveringsplicht zoals vervat in de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ (hierna: de formelemotiveringswet) en artikel 5, 9°, van 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’ (hierna: de wet van 17 juni 2013) en de “schending van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het zorgvuldigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel”.

De verzoekende partij betoogt in haar middel in essentie dat de motivering die in het gunningsverslag werd opgenomen omtrent de regelmatigheid van de offerte van de gekozen inschrijver en meer bepaald de aanvaarding van de door deze inschrijver gegeven prijsverantwoording geen afdoende formele motivering uitmaakt. Door de afwezigheid van afdoende formele motivering is de verzoekende partij ook niet in staat zich ervan te vergewissen of de verwerende partij de prijsverantwoording zorgvuldig heeft onderzocht en of hierbij eenzelfde gestrengheid aan de dag werd gelegd als bij de beoordeling van de prijsverantwoording van de verzoekende partij.

Beoordeling

6.1. Te dezen werd aan de verzoekende partij bij brief van 17 januari 2019 meegedeeld dat haar offerte als onregelmatig werd aangemerkt. De motieven voor die wering werden gevoegd bij deze brief met een uittreksel van het gunningsverslag. Dit uittreksel bevat de integrale weergave van de beoordeling van de offerte van de verzoekende partij.

Met betrekking tot het prijsonderzoek werd aan de verzoekende partij aangaande de offerte van de gekozen inschrijver slechts het besluit ervan meegedeeld:

> "Op basis van de prijsverantwoording verstrekt door Van Huele Gebroeders worden geen significante elementen vastgesteld die wijzen op een abnormale prijsvorming. De offerte van Van Huele Gebroeders wordt bijgevolg op prijstechnisch vlak als normaal beschouwd."

6.2. Uit het administratief dossier blijkt echter dat het integrale gunningsverslag een meer uitgebreide formele motivering bevat omtrent het laatstgenoemde prijzenonderzoek dan degene die werd opgenomen in het uittreksel dat aan de verzoekende partij werd meegedeeld.

Daaruit blijkt meer bepaald dat de gekozen inschrijver met de derde hoogste offerteprijs heeft ingeschreven, zoals de verzoekende partij ook zelf heeft kunnen vaststellen in het uittreksel uit de gemotiveerde gunningsbeslissing dat aan haar werd meegedeeld. De offerteprijs van deze inschrijver bedraagt ongeveer 100.000 euro meer dan de offerte van de verzoekende partij. Net zoals de prijsverantwoording die werd gegeven door de verzoekende partij, blijkt de prijsverantwoording die werd verstrekt door de gekozen inschrijver voorts te zijn onderzocht door ATO, waarvan de bevindingen in het gunningsverslag lijken te worden gevolgd. Zo wordt de toeslag algemene kosten en winst in deze offerte onderzocht, evenals de inzet van arbeidskrachten en materieel, de levering van materialen en wordt de prijsverantwoording voor de zes bevraagde posten onderzocht en besproken. Uit het gevoerde prijzenonderzoek lijkt te mogen worden afgeleid dat deze inschrijver voor de posten waarvoor een prijs-

‡CICTNACFG-BDGGFAV‡

verantwoording werd gevraagd, een vrij hoge prijs heeft geboden. Voor elk van de posten wordt aangegeven waarom de aanbestedende overheid deze eenheidsprijs aanvaardbaar acht. Bij de beoordeling van dit prijzenonderzoek dient bijgevolg ook rekening te worden gehouden met het feit dat het om een onderzoek naar abnormaal hoge prijzen lijkt te gaan, wat een wezenlijk ander onderzoek lijkt dan een onderzoek naar abnormaal lage prijzen, situatie die doorgaans aan de orde is bij juridische betwistingen die de gunning van overheidsopdrachten betreffen. De principes die gelden inzake een onderzoek naar abnormaal lage prijzen lijken aldus niet zonder meer te mogen worden getransponeerd naar een onderzoek naar abnormaal hoge prijzen. Bij een onderzoek naar abnormaal lage prijzen, zoals het geval lijkt te zijn voor de meeste van de onderzochte posten in de offerte van de verzoekende partij, is het immers de vraag of de aanbestedende overheid wel een behoorlijke uitvoering van de opdracht mag verwachten voor de geboden prijs en of het de betrokken inschrijver er niet om te doen is louter onder de prijs van zijn concurrenten te gaan en de opdracht slecht uit te voeren zodat een risico op een minder behoorlijke uitvoering ontstaat. Dit uitgangspunt lijkt niet te gelden bij een onderzoek naar abnormaal hoge prijzen. Daar lijkt veeleer de vraag aan de orde of de aanbestedende overheid voor een behoorlijke uitvoering van de opdracht niet aanzienlijk boven de marktprijs gaat betalen. Het lijkt dat daarbij in principe een soepelere houding van de aanbestedende overheid bij het aanvaarden van prijsverantwoordingen is toegestaan, te meer omdat de vraag naar de gelijkheid onder de inschrijvers dan minder klemt.

Het lijkt aldus niet aangetoond dat de bestreden beslissing niet afdoende formeel zou zijn gemotiveerd.

7.1. In zoverre de verzoekende partij in het middel ook nog de schending van kennisgevingsverplichtingen aanbrengt, lijkt het dat in beginsel gebreken in de kennisgeving de rechtmatigheid van een ter kennis gegeven beslissing niet aantasten. De formele motivering van een individuele beslissing dient immers te worden onderscheiden van de kennisgeving van die beslissing, met inbegrip van de formele motivering.

‡CICTNACFG-BDGGFAV‡

7.2. In ondergeschikte orde lijkt de verzoekende partij zich zelfs in elk geval ook niet te mogen beroepen op de door haar aangevoerde schending van artikel 5, 9°, van de wet van 17 juni 2013 om de volgende redenen.

Dit artikel luidt :

> "De in artikel 4 bedoelde gemotiveerde beslissing bevat, naargelang de plaatsingsprocedure en het soort beslissing:
> […]
> 8° de namen van de inschrijvers van wie de offerte onregelmatig is bevonden en de juridische en feitelijke motieven voor hun wering. Deze motieven hebben met name betrekking op het abnormale karakter van de prijzen en, in voorkomend geval, op het bevinden van de niet gelijkwaardigheid van de voorgestelde oplossingen aan de technische specificaties of het niet voldoen aan de vastgestelde prestatie-eisen of functionele eisen;
> 9° de namen van de gekozen inschrijver of de gekozen deelnemer of deelnemers bij de raamovereenkomst en van de deelnemers en inschrijvers van wie de regelmatige offerte niet werd gekozen en de juridische en feitelijke motieven, waaronder de kenmerken en relatieve voordelen van de gekozen offerte, voor de beslissingen die daarop betrekking hebben."

Artikel 8, § 1, eerste lid, van de voormelde wet, dat te dezen eveneens van toepassing is, bepaalt:

> "Onmiddellijk na het nemen van de gemotiveerde gunningsbeslissing deelt de aanbestedende instantie het volgende mee:
> 1° […]
> 2° aan elke inschrijver van wie de offerte onregelmatig of niet-conform is bevonden, de motieven voor de wering, in de vorm van een uittreksel van de gemotiveerde beslissing;
> 3° aan elke inschrijver van wie de offerte niet is gekozen en aan de gekozen inschrijver, de gemotiveerde beslissing."

Aldus moet worden vastgesteld dat artikel 8, § 1, eerste lid, in 2° en 3°, een onderscheid maakt. Enerzijds is er de kennisgeving van de gunnings-beslissing aan de inschrijver van wie de offerte onregelmatig is bevonden, zoals te dezen de verzoekende partij, aan wie, in de vorm van een uittreksel, de motieven ter kennis moeten worden gebracht die leiden tot de onregelmatigheid van zijn offerte, zonder dat de overige motieven die aan de grondslag liggen van de gunningsbeslissing ook ter kennis moeten worden gebracht. Anderzijds is er de

‡CICTNACFG-BDGGFAV‡

inschrijver van wie de offerte regelmatig is bevonden, maar van wie de offerte niet gekozen is, aan wie de gemotiveerde beslissing wel moet worden bezorgd. Een inschrijver zoals de verzoekende partij, waarvan de offerte onregelmatig werd bevonden, kan zich dus enkel op artikel 8, § 1, eerste lid, 2°, beroepen, maar niet op artikel 8, § 1, eerste lid, 3°, aangezien deze bepaling op hem niet van toepassing is.

In de mate dat de verzoekende partij in haar middel aanvoert dat artikel 5, 9°, van de wet van 17 juni 2013 werd geschonden, faalt het middel bijgevolg in rechte. Uit hetgeen hiervoor na randnummer 6.2. is vastgesteld, volgt dat te dezen geen schending van die bepaling is aangetoond.

7.3. Voorts, eveneens in ondergeschikte orde toont de verzoekende partij ook niet aan hoe te dezen de artikelen 2 en 3 van de formelemotiveringswet aan de verwerende partij een ruimere kennisgevingsverplichting zouden opleggen dan deze waarin wordt voorzien in het hiervoor aangehaalde artikel 8, § 1, eerste lid, van de wet van 17 juni 2013. Op het eerste gezicht toont de verzoekende partij niet aan op welke wijze die artikelen, die geen kennisgevingsverplichtingen opleggen en die ook als bepalingen van een algemene wet kunnen worden beschouwd, zouden moeten primeren boven de bijzondere kennisgevings-verplichtingen zoals die volgen uit de voormelde wet van 17 juni 2013. In die zin lijkt evenmin een schending van de voormelde artikelen 2 en 3 van de formelemotiveringswet te zijn aangetoond.

7.4. Vervolgens lijkt geen element in het dossier erop te wijzen dat de verzoekende partij voorafgaand aan het indienen van het inleidend verzoekschrift enig verzoek heeft gericht aan de verwerende partij om inzage te krijgen van de integrale gunningsbeslissing.

8. De verzoekende partij betwist voorts geenszins de motieven voor haar eigen onregelmatigverklaring, noch voert zij aan dat deze motieven haar niet in staat stelden de beslissing in rechte aan te vechten en inzonderheid te betwisten dat deze de beslissing om haar offerte onregelmatig te verklaren niet in rechte zouden kunnen dragen.

‡CICTNACFG-BDGGFAV‡

9. Daarnaast moet worden vastgesteld dat de verzoekende partij ter terechtzitting de vertrouwelijke behandeling van het integrale gunningsverslag niet betwist, zodat zij geen kritiek uit op het feit dat zij ook in het kader van de huidige verhaalprocedure geen inzage krijgt in de volledige formele motivering die is opgenomen in de bestreden beslissing.

10. Gelet op al deze gegevens, toont de verzoekende partij niet aan dat de in de bestreden gunningsbeslissing opgenomen motivering omtrent het prijzenonderzoek van de offerte van de gekozen inschrijver niet zou voldoen aan het vereiste van een afdoende formele motivering, noch dat de verwerende partij bij het prijzenonderzoek handelde met schending van de zorgvuldigheidsplicht of van het gelijkheidsbeginsel.

VI. Besluit

11. 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.

‡CICTNACFG-BDGGFAV‡

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 28 februari 2019, 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**

‡CICTNACFG-BDGGFAV‡