

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 244.194 van 5 april 2019
in de zaak A. 224.498/XII-8508**

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

tegen:

de REGIE DER GEBOUWEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Luc Wynant en Alexei Loubkine
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 221
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 9 februari 2018, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van de Regie der Gebouwen van 18 oktober 2017 waarbij de overheidsopdracht “Huisvesting Regie der Gebouwen Hasselt in blok D” – bestek nr. 2017/710662/136A – wordt gegund aan de nv Reynders en niet aan de nv Swinnen.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Eerste auditeur Jozef Stevens heeft een 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 26 maart 2019.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Christiaan Lesaffer, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Alexei Loubkine, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Inge Vos 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 overheidopdracht voor werken “Huisvesting Regie der Gebouwen Hasselt in blok D” uit met een open procedure en een enig gunningscriterium, namelijk de prijs. Op 24 februari 2017 stelt de verwerende partij een raming op. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 23 maart 2017.

3.2. Op 26 april 2017 wordt een eerste terechtwijzend bericht bekendgemaakt waarbij een nieuwe meetstaat met drie bijkomende posten is opgenomen en wordt de initiële raming aangepast.

3.3. Zeven ondernemingen dienen een offerte in. De opening van de offertes heeft plaatsgevonden op 9 mei 2017. In het gunningsverslag worden zes ondernemingen gerangschikt als volgt:

Inschrijver	Bedrag btw niet inbegrepen	Bedrag btw inbegrepen
1. nv Reynders	492.538,39 euro	595.971,45 euro
2. nv Swinnen	574.477,08 euro	695.117,27 euro
3. nv Dillen	583.769,70 euro	706.361,34 euro
4. nv Schoofs	613.586,67 euro	742.439,87 euro
5. nv Building Group Jansen	636.014,03 euro	769.576,98 euro
6. nv Beddeleem	674.724,08 euro	816.416,39 euro

Inzake het prijsonderzoek wordt in het verslag vermeld:

“6.1.2 Prijsonderzoek

6.1.2.1 Beslissing om bepaalde prijzen als blijkbaar abnormaal te beschouwen

Bij nazicht van de prijzen zijn er geen prijzen die schijnbaar abnormaal lijken.

De gemiddelde prijs van de ingediende offertes, berekend volgens de voorschriften van het artikel 99, §2 K.B. Plaatsing, bedraagt 728.390,25 euro, inclusief btw.

De offerte van de nv Reynders (595.971,45 euro incl. btw) ligt lager dan het gemiddelde verminderd met 15%, d.w.z. 619.131,71 euro, inclusief btw.

Nochtans bedroeg de raming van de Leidend Ambtenaar 611.156,02 euro (incl. btw), en ligt de offerte van Reynders nv dus dicht bij deze raming.

De duurste offertes (Jansen en Beddeleem) voor de berekening van het gemiddelde liggen 23 en 31% boven het gemiddelde verminderd met 15%.

Er kan dan ook gesteld worden dat de offerte van de nv Reynders niet abnormaal laag is.”

3.4. Onder verwijzing naar het verslag gunt de verwerende partij op 18 oktober 2017 de opdracht aan de nv Reynders.

IV. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

4. De verzoekende partij voert de schending aan van “artikel 99, § 2, KB Plaatsing klassieke sectoren van 15 juli 2011 en de formele, minstens de materiële motiveringsplicht (artikel 4, 8°, van de wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheids-

opdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten, artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de formele motivering van bestuurshandelingen), samen gelezen met het zorgvuldigheidsbeginsel, doordat niet formeel, minstens niet materieel afdoende wordt gemotiveerd waarom de schijnbaar abnormaal lage totaalprijs van nv Reynders toch normaal is”.

In haar toelichting bij het middel merkt de verzoekende partij op dat de prijs het enige gunningscriterium is zodat het prijzenonderzoek cruciaal is. Zij wijst op de artikelen 21 en 99 van het koninklijk besluit ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ van 15 juli 2011 (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2011). Aangezien de totale offerteprijs van de nv Reynders meer dan 15 % lager was dan het gemiddelde, namelijk ongeveer 22 %, kleeft aan deze totaalprijs het “weerlegbaar wettelijk vermoeden van abnormaliteit”. De verwerende partij had aldus, zo vervolgt de verzoekende partij, de keuze tussen het vragen van een prijsverantwoording aan de nv Reynders, dan wel zelf motiveren dat er geen sprake was van een abnormale prijs, waarbij de verwerende partij voor het laatste opteerde. “Het enige formele en materiële motief dat de bestreden beslissing inroept, is dat de totaalprijs van nv Reynders in de buurt ligt van de raming van de leidend ambtenaar.” Al kan, zo erkent de verzoekende partij, een raming een “referentiepunt” zijn, dan nog moet het gaan om een realistische raming; de bestreden beslissing bevat volgens de verzoekende partij echter “geen enkele toelichting over de raming die toelaat na te gaan of deze zelf wel realistisch is”. Dat de raming zelf meer dan 15 % afwijkt van het gemiddelde van de ingediende offertes, zo vervolgt zij, “wijst er eerder op dat de raming zelf niet realistisch is”.

Zij besluit dat de “raming in kwestie [...] ook niet op voorhand [werd] bekend gemaakt zodat vandaag niet meer nagegaan kan worden of deze niet na de opening der offertes is opgesteld”.

5. In antwoord op de argumentatie van de verwerende partij dat er wel degelijk vooraf een zorgvuldige raming is gebeurd, merkt de verzoekende partij in haar memorie van antwoord op dat deze raming niet realistisch is; zes van de zeven inschrijvers boden een prijs die “aanzienlijk hoger was dan de raming”; voorts wordt de geboden prijs van de nv Reynders volgens artikel 99

van het koninklijk besluit plaatsing 2011 vermoed abnormaal te zijn; de ramingsprijs is volgens dit artikel al evenzeer abnormaal.

6. In haar laatste memorie merkt de verzoekende partij op dat het mogelijk is dat de raming zorgvuldig is gebeurd zoals in het auditorsverslag wordt vermeld, doch dat dit volgens haar niets zegt over het realistisch karakter ervan. Te dezen is het *prima facie* duidelijk dat de raming niet realistisch is. Zes van de zeven inschrijvers boden aanzienlijk boven de raming en er is het vermoeden van abnormaliteit van de prijs van de gekozen inschrijver. Voorts is de ramingsprijs meer dan 15 % lager dan het berekend totaal gemiddelde zodat deze raming moeilijk als normaal kan worden aangezien. Het is aan de aanbestedende overheid om de raming te verantwoorden wanneer zij ze wil laten gelden als referentie voor het bod van de gekozen inschrijver; de opmerking in het auditorsverslag dat zij geen kritiek uit op de raming die is opgenomen in het administratief dossier, is dan ook volgens haar naast de kwestie.

Beoordeling

7.1. Conform artikel 99 van het koninklijk besluit plaatsing 2011 gaat de aanbestedende overheid over tot het prijsonderzoek overeenkomstig artikel 21; als er bij een opdracht voor werken gegund bij aanbesteding minstens vier offertes door geselecteerde inschrijvers werden ingediend, wordt elke offerte waarvan het totale offertebedrag minstens vijftien percent ligt onder het gemiddelde bedrag van de door deze inschrijvers ingediende offertes, regelmatig of niet, beschouwd als een offerte waarvan het vermoedelijk abnormale totale offertebedrag noopt tot een onderzoek door de aanbestedende overheid; in het geval van een offerte waarvan het totale offertebedrag noopt tot een onderzoek, dient de aanbestedende overheid ofwel in de gunningsbeslissing te motiveren dat het totale offertebedrag geen abnormaal karakter vertoont, ofwel de inschrijver te verzoeken de nodige verantwoording te bezorgen.

7.2. Te dezen heeft de verwerende partij na te hebben vastgesteld dat de offerteprijs van de nv Reynders meer dan 15 % afweek van het berekende gemiddelde, geopteerd om zelf te motiveren waarom volgens haar het kwestieuze offertebedrag niet abnormaal was.

De verwerende partij heeft in die motivering verwezen naar de ramingsprijs van de leidend ambtenaar *ad* 611.156,02 euro en hierbij vastgesteld dat het bod van de nv Reynders *ad* 595.971,45 euro deze raming benaderde. Deze inschatting door de verwerende partij gaat de perken van de redelijkheid niet te buiten, en wordt overigens door de verzoekende partij niet betwist. Voorts verwijst de verwerende partij in haar motivering naar de prijzen van de duurste offertes van de nv Building Group Jansen *ad* 769.576,98 euro en de nv Beddeleem *ad* 816.416,39 euro die onderscheidenlijk 23 % en 31 % boven het gemiddelde vermindert met 15 % liggen, vaststelling die de verzoekende partij niet betwist en die impliceert dat de prijzen sterk uiteenlopend zijn.

Deze implicatie bekritiseert de verzoekende partij evenmin; integendeel, zij gaat ervan uit dat “het enige formele en materiële motief” die de verwerende partij inroept “is dat de totaalprijs van nv Reynders in de buurt ligt van de raming van de leidend ambtenaar”.

Al lijkt het motief van het feit van de uiteenlopende prijzen de bestreden beslissing niet uitsluitend te kunnen schragen, toch mag hier worden opgemerkt dat de verzoekende partij heeft nagelaten dit bijkomend motief in de bestreden beslissing te bekritisieren.

7.3. De verzoekende partij focust haar kritiek in haar verzoekschrift in essentie op het feit dat de kwestieuze raming volgens haar onrealistisch zou zijn te meer dat deze raming ook meer dan 15 % afwijkt van het voormelde gemiddelde.

De verzoekende partij laat na aan te tonen dat het feit dat er in de bestreden beslissing zelf “geen enkele toelichting over de raming [zou zijn] die toelaat na te gaan of deze zelf wel realistisch is”, zou strijden met de formelemotiveringsplicht. Voorts heeft zij de berekening van deze raming kunnen vinden in het administratief dossier en heeft zij aldus de kwaliteit ervan kunnen beoordelen.

Uit het administratief dossier – stuk 6 – blijkt dus dat de aanbestedende overheid een raming heeft opgesteld rekening houdend met het

eerste terechtwijzend bericht en dit vóór de opening van de offertes. Voorts valt de Raad de zienswijze van het auditorsverslag bij waarin wordt opgemerkt:

“Verweester stelt ter zake terecht (punt 6 memorie) dat de raming op een nauwkeurige en gedetailleerde wijze is opgesteld zodat er geen enkele reden is om eraan te twijfelen dat die raming niet realistisch zou zijn. Inderdaad, in stuk 6 is bij de eigenlijke raming een hele reeks documenten gevoegd waarop gesteund is om tot die raming te komen.”

De Raad doet dit des te meer nu de verzoekende partij nalaat deze berekeningswijze van stuk 6 te bekritisieren, zelfs niet in haar laatste memorie nadat zij daar in het auditorsverslag werd op gewezen; de Raad ziet zich also niet geroepen zelf deze berekeningswijze in vraag te stellen, zelfs niet nadat wordt vastgesteld dat zes van de zeven inschrijvers “aanzienlijk hoger [bieden] dan de raming” of dat de raming zelf meer dan 15 % afwijkt van het gemiddelde.

7.4. Het middel wordt verworpen.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

8. De verzoekende partij voert de schending aan van “artikel 21, § 1 en 3, KB Plaatsing klassieke sectoren van 15 juli 2011 en de formele, minstens de materiële motiveringsplicht (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, artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de formele motivering van bestuurshandelingen), samen gelezen met het zorgvuldigheidsbeginsel, doordat niet formeel, minstens niet materieel afdoende wordt gemotiveerd waarom de eenheidsprijzen van nv Reynders niet aan een prijsonderzoek werden onderworpen, minstens door niet formeel en materieel afdoende te motiveren waarom de eenheidsprijzen normaal zijn”.

In de toelichting bij het middel merkt de verzoekende partij op dat “[d]e bestreden beslissing [...] geen enkel formeel, laat staan materieel afdoend motief [bevat] m.b.t. het onderzoek van de eenheidsprijzen zodat redelijkerwijs kan aangenomen worden dat dergelijk onderzoek in werkelijkheid niet is uitgevoerd. Het gunningsverslag waar de bestreden beslissing op steunt, bevat geen enkele verwijzing naar een onderzoek van de eenheidsprijzen”. “Er wordt in de bestreden beslissing [zo vervolgt de verzoekende partij] enkel, zonder verdere motivering wat betreft de eenheidsprijzen, geponeerd dat deze normaal zijn: ‘Aangezien de prijzen van de offertes en de ingediende eenheidsprijzen normaal zijn.’ Dit is een nietszeggende stijlformule die niet kan gelden als een afdoend materieel motief.”

9. In haar memorie van wederantwoord merkt de verzoekende partij in de eerste plaats op dat zij wel belang heeft bij het middel, wat de verwerende partij betwist omdat de verzoekende partij zelf abnormale eenheidsprijzen zou hebben ingediend, aangezien de verwerende partij zich steunt op een vertrouwelijk stuk en zij wel degelijk een onderzoek naar de eenheidsprijzen heeft uitgevoerd.

Voorts, zo vervolgt zij, bevatten noch de bestreden beslissing noch het gunningsverslag – met uitzondering van een nietszeggende stijlformule – een formeel motief of een concrete aanwijzing in verband met een onderzoek naar de eenheidsprijzen. De verzoekende partij merkt op dat zij het door de verwerende partij beweerde onderzoek niet kan controleren aangezien het stuk waar de verwerende partij zich op steunt, vertrouwelijk is. Er ontbreekt een “materieel afdoende motief m.b.t. de eenheidsprijzen”.

10. In haar laatste memorie merkt de verzoekende partij op dat de verwerende partij en het auditoraatsverslag zich steunen op het vertrouwelijk stuk 8 om het middel te verwerpen. Aangezien de bestreden beslissing noch het gunningsverslag een concreet motief bevatten waarom de eenheidsprijzen normaal zouden zijn, is “de schending van de formele, minstens motiveringsplicht” aangetoond aangezien de verwerende partij de motieven geheim houdt en de verzoekende partij dus niet met kennis van zaken haar rechten heeft kunnen beoordelen en uitoefenen. “Verzoekende partij had dan ook

geen belang om eerder de lichte van de vertrouwelijkheid van dit stuk te vragen, nu deze keuze van verwerende partij m.b.t. de vertrouwelijkheid van haar stuk 8 leidt tot de gegrondheid van het middelonderdeel”. “Ondergeschikt vraagt verzoekende partij om de vertrouwelijkheid van stuk 8 te lichten en de debatten te heropenen zodat hierover wat betreft de materiële motiveringsplicht een tegensprekelijk debat gevoerd kan worden en er een aanvullend auditorsverslag opgesteld kan worden”.

Beoordeling

11. In het auditorsverslag wordt dit middel verworpen op grond van de volgende overwegingen, die de Raad van State bijvalt:

“Verweerder repliceert dat er wel degelijk een onderzoek van de eenheidsprijzen is gedaan en dat dit blijkt uit vertrouwelijk neergelegd stuk 8: de Raad van State kan dit stuk (met documenten) inzien en inderdaad vaststellen dat hetgeen verweerder stelt, juist is.

Het blijkt ook dat uit dat onderzoek geconcludeerd is dat alle inschrijvers afwijkende eenheidsprijzen hebben ingediend, zowel t.o.v. de raming als t.o.v. het gemiddelde, dat de oefening is gemaakt de relevante laagste en hoogste prijzen van de nv Reynders te vervangen door het gemiddelde en dat het resultaat daarvan was dat de rangschikking niet wijzigt.

Eveneens werd een motief vermeld voor de afwijkende eenheidsprijzen nl. dat de specifieke technieken door onderaannemers worden uitgevoerd en dat die prijzen zorgen voor afwijkingen maar dat de totaalprijzen aanvaardbaar zijn en dat uit het nazicht van de VH-posten afgeleid kan worden dat er niet gespeculeerd werd.

Verweerder heeft derhalve wel degelijk een onderzoek van de eenheidsprijzen gedaan en heeft discretionair geoordeeld dat de eenheidsprijzen normaal zijn : uit stuk 8 blijkt dat er materieel gemotiveerd is.”

De verzoekende partij merkt in haar laatste memorie op dat aangezien er niets dan een stijlformule inzake het nagaan van de eenheidsprijzen is opgenomen in de bestreden beslissing, de verwerende partij de formelemotiveringsplicht heeft geschonden. De verzoekende partij toont niet aan dat de verwerende partij verplicht was meer in de bestreden beslissing inzake prijsonderzoek te vermelden dan wat zij heeft gedaan te meer omdat zoals uit stuk 8 van het administratief dossier blijkt, zij na onderzoek geen abnormale prijzen heeft vastgesteld.

De verzoekende partij vraagt ondergeschikt in haar laatste memorie de opheffing van de vertrouwelijkheid van stuk 8.

De verzoekende partij heeft na kennisname van de memorie van antwoord kunnen vaststellen dat het stuk 8, dat de prijzenanalyse betreft, vertrouwelijk werd neergelegd. Zij heeft in haar memorie van wederantwoord niet de opheffing van de vertrouwelijkheid gevraagd. Voorts heeft de Raad van State kennis mogen nemen van dit stuk en hieruit mogen afleiden dat de prijsanalyse zorgvuldig werd gedaan.

In die omstandigheden wordt niet ingegaan op het verzoek tot opheffing van de vertrouwelijkheid.

Het middel wordt verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verworpt het beroep.

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 5 april 2019,
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

Sila Doms

Dierk Verbiest