RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 246.090 van 14 november 2019
in de zaak A. 229.325/XII-8811

In zake: de NV GASTON DE GROOTE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Benjamin Herman
kantoor houdend te 8800 Roeselare
Ter Reigerie 9/10
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Karel Van Hoorebeke en Rebecca Denys
kantoor houdend te 9000 Gent
Coupure Rechts 162
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 11 oktober 2019, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "[d]e beslissing van 9 september 2019 uitgaande van het Vlaams Gewest, Agentschap Wegen & Verkeer, afdeling Wegen en Verkeer Antwerpen, ondertekend door de administrateur-generaal, ir. Tom Roelants, waarbij werd beslist om de overheidsopdracht voor aanneming van werken 'Leveren, aanbrengen en onderhouden van wegmarkeringen op de autosnelwegen in de afdeling Antwerpen' met als besteknummer 1M3D8E/19/12 te gunnen aan de BVBA Meirlaen Markeringen, voor een bedrag van € 759.951,50 excl. BTW of € 919.541,32 incl. BTW voor 1 onderhoudsjaar en € 3.039.806,00 excl. BTW of € 3.678.165,26 incl. BTW voor 4 onderhoudsjaren".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 5 november 2019, om 11.00 uur.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Benjamin Herman, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Rebecca Denys, die verschijnt voor de verwerende 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. Het agentschap Wegen en Verkeer van het Vlaamse Gewest plaatst een opdracht voor werken met als voorwerp: “Leveren, aanbrengen en onderhouden van wegmarkeringen op de autosnelwegen in de afdeling Antwerpen”.

De opdracht wordt geplaatst door middel van een openbare procedure. Het bestek nummer 1M3D8E/19/12 is op de opdracht van toepassing. Het betreft een raamovereenkomst, waarbij de duur van de opdracht wordt omschreven als volgt:

> “Duur van de aanneming
> De termijn voor het geven van dienstbevelen is vastgesteld op 1 jaar.

De aanbesteder behoudt zich evenwel het recht voor dit contract maximaal drie maal te verlengen voor telkens een periode van maximum één jaar. De totale duurtijd (incl. verlengingen) is beperkt tot maximaal 4 jaren."

3.2. De opdracht wordt gegund aan de economisch meest voordelige offerte rekening houdend met de beste prijs-kwaliteitsverhouding, op grond van de volgende gunningscriteria:
- Criterium 1: het offertebedrag (50 punten),
- Criterium 2: de kwaliteit van de aangeboden diensten/plan van aanpak (50 punten).

3.3. De opdracht wordt op 8 mei 2019 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen.

3.4. Er worden drie offertes ingediend waaronder één door de verzoekende partij.

3.5. Op 27 augustus 2019 wordt een gunningsverslag opgesteld. Er wordt vastgesteld dat alle inschrijvers voldoen aan de selectievoorwaarden en dat alle offertes regelmatig zijn. Na toetsing van de offertes aan de gunningscriteria worden de inschrijvers als volgt gerangschikt:
1. de bvba Meirlaen Markeringen: prijs 50/50, plan van aanpak 37/50, totaal: 87/100;
2. de nv Gaston De Groote: prijs 33,24/50, plan van aanpak 38,50/50, totaal: 71,74/100;
3. de nv Trafiroad: prijs 27,66/50, plan van aanpak 32,33/50, totaal: 60/100.

Er wordt voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de bvba Meirlaan Markeringen als de economisch meest voordelige en regelmatige offerte.

3.6. Op 9 september 2019 beslist het Vlaamse Gewest, agentschap Wegen en Verkeer, afdeling Wegen en Verkeer Antwerpen, gelet op de motieven uit het onderzoek en de beoordeling zoals omstandig beschreven in het eraan voorafgaande gunningsverslag, de opdracht te gunnen aan de bvba Meirlaen Markeringen voor een bedrag van € 759.951,50 excl. btw of € 919.541,32 incl. btw

voor 1 onderhoudsjaar en € 3.039.806,00 excl. btw of € 3.678.165,26 incl. btw voor 4 onderhoudsjaren.

Dit is de bestreden beslissing.

Met een ter post aangetekende brief van 27 september 2019 wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat haar offerte niet werd gekozen, samen met de gemotiveerde gunningsbeslissing.

IV. Rechtspleging

4. De verzoekende partij heeft met een brief van 31 oktober 2019 een “Aanvullende nota” ingediend. De Raad van State zal deze niet in het procedurereglement vervatte nota slechts in zijn beoordeling betrekken in zoverre ze de neerslag is van de mondelinge uiteenzetting ter terechtzitting.

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 het enig middel

Uiteenzetting van het middel

6.1. In een enig middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 83 en 84 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), de artikelen 33 tot en met 37 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), het bestek 1M3D8E/15/28, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, en van de materiëlemotiveringsplicht, het transparantie-, het gelijkheids-, het mededingings- en het zorgvuldigheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

> “Doordat de verwerende partij aangeeft dat alle offertes door het bestuur als regelmatig worden beschouwd en er geen sprake is van een abnormaal lage prijs in hoofde van Meirlaen Wegmarkeringen bvba, en doordat uit de finale rangschikking van de regelmatig bevonden offertes blijkt dat het verschil tussen de prijzen van de verzoekende partij en de gekozen inschrijver bijzonder groot zijn alsook het verschil tussen de prijs van de verzoekende partij en de raming en de prijs van de gekozen inschrijver ogenschijnlijk zonder enige vorm van prijsverantwoording door de aanbestedende overheid wordt aanvaard;
> Terwijl iedere aanbestedende overheid alle offertes van de inschrijvers moet onderwerpen aan een prijsonderzoek, ongeacht de gunningsprocedure, en tevens moet motiveren waarom zij van oordeel is

dat de opgegeven prijzen al dan niet als normaal kunnen worden beschouwd."

In de toelichting bij het middel betoogt de verzoekende partij dat naar alle waarschijnlijkheid geen prijsonderzoek werd gevoerd, minstens dat de beoordeling niet zorgvuldig gebeurde. Te dezen is het verschil tussen de prijs van de gekozen inschrijver en deze van de verzoekende partij bijzonder groot. Het feit dat tijdens het verplichte prijs- of kostenonderzoek in een offerte klaarblijkelijk abnormale eenheidsprijzen of kosten worden ontdekt, volstaat om de aanbestedende overheid te verplichten om voor deze eenheidsprijzen of kosten een prijsbevraging uit te voeren.

Voorts moet er volgens de verzoekende partij noodzakelijkerwijze een groot verschil zijn tussen de raming en de prijs van de gekozen inschrijver. Het bestek voorziet immers een klasse 5, hetgeen betekent dat de raming van de opdracht minstens 900.000 euro bedraagt, zodat het verschil tussen de raming en de prijs aldus 18,5 % bedraagt.

De verzoekende partij besluit dat, gelet op het voorgaande, er dus sprake is van een klaarblijkelijk abnormaal lage prijs en er bijgevolg een prijsbevraging diende te worden georganiseerd. Minstens heeft de aanbestedende overheid niet afdoende gemotiveerd waarom zij van oordeel was dat de opgegeven prijzen al dan niet als normaal kunnen worden beschouwd.

Beoordeling

6.2. Artikel 84 van de wet overheidsopdrachten 2016 bepaalt:

"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 33 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 bepaalt:

“Na de verbetering van de offertes overeenkomstig artikel 34, gaat de aanbestedende overheid over tot het prijs- of kostenonderzoek overeenkomstig artikel 35 en, in geval van vermoeden van abnormaal hoge of lage prijzen of kosten, gaat zij over tot de in artikel 36 bedoelde prijzen- of kostenbevraging.”

Artikel 35 van hetzelfde koninklijk besluit bepaalt:

“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.”

Artikel 36 van dit koninklijk besluit bepaalt voorts:

“§ 1. Indien uit het prijs- of kostenonderzoek overeenkomstig artikel 35 blijkt dat er prijzen of kosten worden aangeboden die abnormaal laag of hoog lijken, voert de aanbestedende overheid een bevraging van deze laatste uit. Wanneer gebruik wordt gemaakt van de mededingingsprocedure met onderhandeling, de vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking en de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking, wordt de bevraging uitgevoerd op de laatst ingediende offertes. Dit belet niet dat de aanbestedende overheid deze bevraging reeds kan verrichten in een vroeger stadium van de procedure.
§ 2. Bij de prijzen- of kostenbevraging verzoekt de aanbestedende overheid de inschrijver om de nodige schriftelijke verantwoording over de samenstelling van de abnormaal geachte prijs of kost te verstrekken binnen een termijn van twaalf dagen, tenzij de uitnodiging een langere termijn bepaalt. Wanneer echter gebruik wordt gemaakt van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking, kan de aanbestedende overheid, mits uitdrukkelijk gemotiveerde bepaling in de opdrachtdocumenten, in een kortere termijn voorzien.

De inschrijver draagt de bewijslast van de verzending van de verantwoording.

De verantwoording houdt met name verband met :

1° de doelmatigheid van het bouwproces, van het productieproces van de producten of van de dienstverlening;

2° de gekozen technische oplossingen of de uitzonderlijk gunstige omstandigheden waarvan de inschrijver kan profiteren bij de uitvoering van de werken, de levering van de producten of het verlenen van de diensten;

3° de originaliteit van de door de inschrijver aangeboden werken, producten of diensten;

4° de eventuele ontvangst van rechtmatig toegekende overheidssteun door de inschrijver.

In het kader van de in het eerste lid bedoelde prijzen- of kostenbevraging verzoekt de aanbestedende overheid de inschrijver om de schriftelijke verantwoordingen over te maken inzake de eerbiediging van de verplichtingen bedoeld in artikel 7, eerste lid, van de wet, die van toepassing zijn in de domeinen van het sociaal, arbeids- en milieurecht, met inbegrip van de verplichtingen die van toepassing zijn op het vlak van welzijn, lonen en sociale zekerheid.

De aanbestedende overheid is er echter niet toe gehouden om verantwoordingen te vragen voor prijzen voor verwaarloosbare posten.

Zo nodig ondervraagt de aanbestedende overheid de inschrijver opnieuw. Dit gebeurt schriftelijk. In dit geval kan de termijn van twaalf dagen worden ingekort.

§ 3. […]

§ 4. Als bij een opdracht voor werken of voor een opdracht voor diensten in een fraudegevoelige sector, geplaatst bij openbare of niet-openbare procedure de economisch meest voordelige offerte enkel geëvalueerd wordt op basis van de prijs, en voor zover minstens vier offertes in aanmerking genomen werden overeenkomstig de derde en vierde leden, voert de aanbestedende overheid een prijzen- of kostenbevraging uit overeenkomstig de paragrafen 2 en 3, voor elke offerte waarvan het totale offertebedrag minstens vijftien procent onder het gemiddelde bedrag van de door de inschrijvers ingediende offertes ligt. Hetzelfde geldt voor de opdrachten voor werken en voor de opdrachten voor diensten in een fraudegevoelige sector, geplaatst bij openbare of niet-openbare procedure wanneer de economisch meest voordelige offerte geëvalueerd wordt op basis van de beste prijs-kwaliteitsverhouding waarbij het prijscriterium ten minste vijftig procent uitmaakt van het totaal gewicht van de gunningscriteria. In dit laatste geval kan de aanbestedende overheid echter in de opdrachtdocumenten een hoger percentage voorzien dan vijftien procent.

[…].”

6.3. Een aanbestedende overheid beschikt in beginsel bij het voeren van een prijsonderzoek over een aanzienlijke beoordelingsruimte. Het komt aan de Raad van State niet toe om een eigen beoordeling in de plaats van deze van de aanbestedende overheid te stellen. De Raad van State mag desgevraagd wel 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 deze naar behoren zijn bewezen, en dat daarbij de appreciatie van de aanbestedende overheid de perken van een zorgvuldige

beoordeling niet te buiten is gegaan.

6.4. Het gunningsverslag vermeldt onder punt “4.8 Prijsonderzoek” dat een prijsonderzoek werd uitgevoerd en dat geen abnormale prijzen werden gedetecteerd.

Uit het administratief dossier blijkt voorts dat de aanbestedende overheid voor de betrokken opdracht een omstandig prijsonderzoek heeft gevoerd, waarbij een vergelijking werd gemaakt tussen de totaalprijzen en de eenheidsprijzen in de drie offertes, gekoppeld aan de ramingen van die prijzen. De raming is een aanvaardbaar vergelijkingspunt en een objectief gegeven, indien de raming van de opdracht min of meer realistisch is.

In de nota merkt de verwerende partij hieromtrent evenwel op:

> “De raming was opgemaakt op basis van de inschrijvingsprijzen van vorige vergelijkbare opdrachten voor de districten Puurs, Brecht, Vosselaar, Geel en Antwerpen. […] Dit waren opdrachten die zowel betrekking hadden op de gewestwegen, als op de autosnelweg die in dat desbetreffend district liep.
> Bij de opmaak van de raming werden de prijzen hoger ingeschat dan bij de eerdere opdrachten omdat deze enerzijds dateerden van enkele jaren geleden en men alzo een eventuele prijsindexering trachtte op te vangen en anderzijds vastgesteld werd dat de prijzen voor de markeringen in het district Antwerpen hoger lagen dan in andere districten vermoedelijk omwille van een hogere complexiteit van de snelwegen R1 en R2.”

Hierbij werd door de verwerende partij vastgesteld dat de gekozen inschrijver zich onder de raming bevond, terwijl de overige inschrijvers, waaronder de verzoekende partij, hierboven uitkwamen.

6.5. De verwerende partij blijkt dan voor de posten met een belang groter dan 5 %, de prijzen opgegeven door de bvba Meirlaen Markeringen te hebben onderzocht, zijnde de posten 1, 3, 4 en 5.

Wat de post 1 betreft, bleek de eenheidsprijs hoger te liggen dan de raming, hetgeen evenzeer bleek te gelden voor de eenheidsprijzen opgegeven door de twee overige inschrijvers. Voor de posten 3, 4 en 5, waarvoor de eenheidsprijs lager lag dan de raming en de door de overige inschrijvers geboden eenheidsprijzen, blijkt dat de verwerende partij deze eenheidsprijzen *in concreto* heeft afgetoetst aan de prijzen die werden geboden in eerdere vergelijkbare opdrachten. Ten slotte blijken de eenheidsprijzen door de verwerende partij ook te zijn vergeleken met de prijzen opgenomen in de MEDIAAN-prijzendatabank.

6.6. De bewering van de verzoekende partij dat geen prijsonderzoek werd verricht, lijkt dan ook feitelijke grondslag te missen.

6.7. Voorts blijkt de verwerende partij, om tot het besluit te komen dat geen abnormale prijzen werden gedetecteerd, te hebben gekeken naar de raming, die echter niet helemaal accuraat bleek, aangevuld met de prijzen aangeboden voor vorige vergelijkbare werken die reeds zijn uitgevoerd en de gegevens in de MEDIAAN-prijzendatabank, en waarmee de door de gekozen inschrijver geboden prijzen in overeenstemming bleken te zijn. Aldus heeft de aanbestedende overheid op het eerste gezicht met de nodige zorgvuldigheid gehandeld rekening houdende met de finaliteit van het prijsonderzoek, te weten de bescherming van de overheid zelf en vervolgens het vrijwaren van de concurrentie.

De verwerende partij lijkt in die omstandigheid terecht, binnen haar ruime beoordelingsbevoegdheid, tot het oordeel te mogen zijn gekomen dat er geen dreigende onuitvoerbaarheid bestond en dat zij niet zou worden geconfronteerd met een niet conforme uitvoering. Bijgevolg diende zij op het eerste gezicht niet over te gaan tot de fase opgenomen in artikel 36, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2017.

6.8. De verzoekende partij maakt, gelet op het voornoemde, op het eerste gezicht niet aannemelijk dat door in de gegeven omstandigheden geen abnormaliteit in de prijzen van de gekozen inschrijver te hebben vastgesteld, de

verwerende partij haar ruime beoordelingsbevoegdheid om al dan niet een bevraging in te zetten, is te buiten gegaan.

6.9. Gelet op voornoemde overwegingen lijkt enige bijkomende motivering dan degene opgenomen in het gunningsverslag, waaruit volgt dat de offerte van de gekozen inschrijver als regelmatig wordt beschouwd, niet vereist.

Enige schending van de in het middel ingeroepen bepalingen en beginselen is dan ook niet aangetoond.

6.10. Het middel is niet ernstig.

VII. Besluit

7. 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 veertien november tweeduizend negentien, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Johan Bovin,	staatsraad, waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Greta Scheveneels	**Johan Bovin**