

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 247.663 van 28 mei 2020
in de zaak A. 223.705/XII-8458**

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 AUTONOOM GEMEENTEBEDRIJF STEDELIJK
ONDERWIJS ANTWERPEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Gitte Laenen
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 6 november 2017, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing van 26 juli 2017 [van het Autonoom Gemeentebedrijf Stedelijk Onderwijs Antwerpen] tot gunning, ingevolge open aanbesteding, van de aanneming van werken inhoudende de renovatie van een schoolgebouw en omgevingsaanleg te 2060 Antwerpen, Encora Van Aerdtstraat 63 aan de nv Dillen Bouwteam”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 244.712 van 6 juni 2019 heeft de Raad van State het debat heropend en het auditoraat belast met een aanvullend onderzoek.

Auditeur Thomas Maes heeft een aanvullend verslag opgesteld.

De verwerende partij en de verzoekende partij hebben een laatste memorie ingediend.

Er is toepassing gemaakt van het koninklijk besluit nr. 12 van 21 april 2020 ‘met betrekking tot de verlenging van de termijnen van de rechtspleging voor de Raad van State en de schriftelijke behandeling van de zaken’.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Ann Eylenbosch heeft een met dit arrest eensluidend schriftelijk advies gegeven, dat de partijen met een e-mailbericht ter kennis werd gebracht.

Het debat is gesloten op 15 mei 2020.

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 voor werken uit met als voorwerp de renovatie van een schoolgebouw en omgevingswerken. De plaatsingsprocedure is de open aanbesteding.

3.2. Er worden vijf offertes ingediend. De nv Dillen Bouwteam dient de laagste offerte in met een prijs van 1.081.481,82 euro, btw niet inbegrepen, en de verzoekende partij de tweede laagste offerte met een prijs van 1.115.000,00 euro, btw niet inbegrepen.

3.3. Er wordt een nazichtsverslag opgesteld waarbij de offerte van de nv Dillen Bouwteam als de laagste regelmatige offerte wordt aangewezen.

Inzake het prijsonderzoek is in dit verslag, zoals meegedeeld aan de verzoekende partij, het volgende vermeld:

“Nazicht abnormale eenheidsprijzen en totale offerteprijzen:
Berekening abnormale totale offerteprijzen (excl. btw)
De prijs van elke offerte wordt vergeleken met de gemiddelde offerteprijs.
Berekening gemiddelde Offerteprijs op basis van:
Laagste Offerteprijs NIET meegerekend
Hoogste Offerteprijs NIET meegerekend
Maximale afwijking : 15,00%
Enkel abnormaal LAGE prijzen
Er werden geen abnormale totale offerteprijzen vastgesteld.”

3.4. Op 26 juli 2017 beslist de verwerende partij om de opdracht te gunnen aan de nv Dillen Bouwteam.

IV. Tussengeschied

4.1. Bij arrest nr. 244.712 van 6 juni 2019 heeft de Raad van State het debat heropend en het auditoraat belast met een aanvullend onderzoek “naar de ontvankelijkheid en gegrondheid van de zaak waarbij een onderbouwde conclusie zal moeten worden genomen over de vraag of de zaak al dan niet met de [van valsheid betichte] stukken kan worden opgelost”.

4.2.1. In zijn aanvullend verslag komt de auditeur tot de conclusie dat de betrokken vertrouwelijke stukken 9 tot 12 *post factum* zijn opgesteld – zoals overigens zelf door de verwerende partij wordt erkend in haar brief van 7 november 2018 aan de auditeur – en niet in aanmerking kunnen worden genomen ter ondersteuning van de voordien reeds genomen beslissing.

4.2.2. De Raad van State valt deze conclusie bij en oordeelt dat de van valsheid betichte stukken geen invloed hebben op de beoordeling van het

enig middel. Overeenkomstig artikel 51, vierde lid, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 'tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State' wordt er in dat geval geen rekening gehouden met de betrokken stukken.

Er is dan ook geen reden om de procedure in de onderhavige zaak op te schorten om de uitslag van het strafrechtelijk onderzoek af te wachten.

V. Vertrouwelijkheid van de stukken

5.1. In haar verzoekschrift vraagt de verzoekende partij, in ondergeschikte orde, "[i]ndien de verwerende partij volhoudt dat zij werkelijk een prijsonderzoek heeft gedaan, inzonderheid ook wat de eenheidsprijzen betreft", om inzage te krijgen in de offertes van de verschillende inschrijvers zodat de eenheidsprijzen kunnen worden onderzocht en tegenover elkaar afgezet. Minstens dient de verwerende partij inzage te geven in de eenheidsprijzen voor de elf belangrijkste posten van de opdracht naar gewicht. Indien zou worden geoordeeld dat geen enkele eenheidsprijs mag worden vrijgegeven, dient de verwerende partij dan op zijn minst mee te delen hoeveel de gemiddelde prijs van elk van de posten van de opdracht bedraagt en op te geven hoe de eenheidsprijzen van iedere inschrijver zich procentueel verhouden ten opzichte van deze gemiddelden.

5.2. De verwerende partij doet gelden dat zij wel degelijk een prijsonderzoek heeft verricht, en verwijst in dit verband naar de vertrouwelijke stukken 9 tot 12 van het administratief dossier. Zij verzet zich tegen het verlenen van inzage ervan aan de verzoekende partij en steunt zich daarbij in essentie op het commercieel gevoelig karakter van de eenheidsprijzen. Wel geeft de verwerende partij de eenheidsprijzen vrij van de gekozen inschrijver voor de elf belangrijkste posten van de opdracht naar gewicht, zoals de verzoekende partij had gevraagd in het verzoekschrift.

5.3. In haar memorie van wederantwoord volhardt de verzoekende partij in haar vraag om de verwerende partij te bevelen een overzicht te geven van alle eenheidsprijzen die door alle inschrijvers werden opgegeven, minstens zou moeten worden meegedeeld hoeveel de gemiddelde prijs van elk van de posten van de opdracht bedraagt en hoe de eenheidsprijzen van iedere inschrijver zich procentueel verhouden ten opzichte van deze gemiddelden.

Daarnaast herhaalt zij uitvoerig haar vraag tot opheffing van de (beweerde) vertrouwelijkheid en tot inzage in de nodige documenten en cijfers. Zij verwijst daarbij naar rechtspraak waaruit blijkt dat eenheidsprijzen niet *per se* als vertrouwelijk zijn te kwalificeren. De verwerende partij toont volgens haar niet aan dat de gekozen inschrijver zelf zich verzet tegen de mededeling van haar eenheidsprijzen, noch dat de vrijgave van de informatie de andere aannemers zou kunnen schaden of benadelen.

5.4. In haar laatste memorie licht de verwerende partij toe dat een algemeen prijsonderzoek werd uitgevoerd met verwijzing naar nieuwe vertrouwelijke stukken 13 tot 16. De verzoekende partij antwoordt in haar laatste memorie dat zij, gelet op het strafdossier, intussen kennis heeft kunnen nemen van de vertrouwelijke stukken 9 tot 12 en aldus van de eenheidsprijzen, zodat helemaal niet valt in te zien waarom de nieuwe stukken nog als vertrouwelijk zouden moeten worden beschouwd.

Beoordeling

5.5. Op de vraag tot een vergelijking van de eenheidsprijzen van de elf belangrijkste posten van de andere inschrijvers met die van de verzoekende partij, is de verwerende partij ingegaan.

De resterende vraag tot opheffing van de vertrouwelijkheid van bepaalde (overige) stukken uit het administratief dossier valt samen met het onderzoek van het enig middel.

VI. Onderzoek van het enig middel

Standpunt van de partijen

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

In een eerste onderdeel betoogt de verzoekende partij dat noch uit het gunningsverslag, noch uit de gunningsbeslissing, noch uit enig ander document, blijkt dat er daadwerkelijk een prijsonderzoek is gebeurd, al zeker niet wat de eenheidsprijzen betreft. Er is enkel de bewering van de verwerende partij, in antwoord op het bezwaar van de verzoekende partij daaromtrent, dat het prijsonderzoek ook betrekking zou hebben gehad op de eenheidsprijzen en dat de abnormale eenheidsprijzen in de diverse offertes dermate beperkt waren in aantal en belang tegenover de totale offerteprijs dat er geen sprake zou zijn geweest van een onregelmatigheid. Die bewering wordt echter door niets ondersteund. In het gunningsverslag worden enkel de totaalprijzen behandeld maar wordt met geen woord gerept over de eenheidsprijzen. Er is niets terug te vinden van de beweringen die de verwerende partij later in briefwisseling zou doen. Een louter post-factumbewering van de aanbestedende overheid volstaat niet om voor waar aan te nemen dat de wettelijke verplichting inzake het prijsonderzoek daadwerkelijk werd nageleefd. Er staat aldus niet vast dat de offerte van de gekozen inschrijver geen abnormale prijzen bevatte en een geldige offerte was, zodat het derhalve ook niet vaststaat dat de opdracht op rechtsgeldige wijze werd gegund.

In een tweede onderdeel betoogt de verzoekende partij dat het niet controleerbaar is of het beweerd onderzoek van de eenheidsprijzen, indien

al werkelijk uitgevoerd, op behoorlijke wijze is gebeurd en de offerte van de gekozen inschrijver terecht als geldig in aanmerking werd genomen door de verwerende partij, zonder dat aan de inschrijver enige prijsverantwoording werd gevraagd. Gelet op de weigering van de verwerende partij om de nodige informatie mee te delen, is het niet mogelijk om te weten hoe de eenheidsprijzen van alle inschrijvers zich ten opzichte van elkaar verhouden en kan geen evaluatie worden gemaakt van de beslissing van de verwerende partij.

7. In haar memorie van antwoord beantwoordt de verwerende partij beide middelonderdelen samen. Zij benadrukt de ruime discretionaire bevoegdheid van de aanbestedende overheid in het kader van het onderzoek van de eenheidsprijzen. Zij doet gelden dat zij hier wel degelijk een prijsonderzoek heeft verricht, en verwijst in dit verband naar de stukken 8 tot 12 van het administratief dossier die zij als vertrouwelijk neerlegt. Het onderzoek behelsde vooreerst het aanbrengen van verbeteringen en het toepassen van de leemteformule in de verscheidene offertes (vertrouwelijk stuk 8), wat zijn neerslag heeft gevonden in het gunningsverslag (stuk 5 en vertrouwelijk stuk 7).

Hierna verrichte de verwerende partij het effectieve prijsonderzoek. Uit het gunningsverslag (stuk 5 en vertrouwelijk stuk 7) en uit de vertrouwelijke stukken 9 tot 12 blijkt dat de verwerende partij nazicht heeft verricht inzake de totaalprijzen én inzake de eenheidsprijzen van de ingediende offertes, en dat zij daarbij zorgvuldig te werk ging. Gelet op het vertrouwelijk karakter van de eenheidsprijzen werd dit prijsonderzoek echter niet expliciet opgenomen in het gunningsverslag, noch in de gunningsbeslissing. De verwerende partij wijst erop dat geen wettelijke of reglementaire bepaling haar de verplichting oplegt om in de gunningsbeslissing of in het gunningsverslag dat aan de inschrijvers wordt betekend, melding te maken van het feit dat een onderzoek naar abnormale prijzen in de offertes werd gevoerd. Het volstaat dat zulks blijkt uit het administratief dossier, wat *in casu* het geval is, zo benadrukt de verwerende partij die daarbij verwijst naar de vertrouwelijke stukken 9 tot 12. Zij betoogt dat zij geen verzoek tot prijsverantwoording heeft gericht aan één der

inschrijvers aangezien alle eenheidsprijzen als normaal werden beschouwd. Vervolgens licht de verwerende partij uitvoerig de methode toe die werd gebruikt om tot de beoordeling van de eenheidsprijzen over te gaan, zoals die blijkt uit de vertrouwelijke stukken. Ten slotte wijst de verwerende partij erop dat het normdoel van het verplicht prijsonderzoek werd behaald, aangezien werd nagegaan of de verplichtingen uit het bestek kunnen worden uitgevoerd voor de opgegeven prijs en de prijszetting geen buitensporige last vormt voor de aanbestedende overheid. Onder een kopje “Vrijgave van de verzochte eenheidsprijzen” geeft de verwerende partij alsdan toelichting bij het onderzoek van de eenheidsprijzen van de gekozen inschrijver voor deze elf posten, zoals gevraagd door de verzoekende partij. Zij betoogt dat slechts vier posten een afwijking van meer dan 25 % vertonen ten opzichte van het gemiddelde van de eenheidsprijzen, waarvan drie posten niet kunnen worden beschouwd als verwaarloosbaar (dit is niet meer dan 2 % van het totale offertebedrag), maar waaromtrent zij tot het besluit kwam dat de prijzen niet abnormaal laag zijn aangezien zij op inhoudelijke wijze en mede gelet op de aard van de posten verantwoord worden, zoals de ontwerper dienaangaande stelt in zijn advies (vertrouwelijk stuk 12).

8. In haar laatste memorie na het aanvullend verslag volhardt de verwerende partij in haar stelling dat wel degelijk een onderzoek naar zowel de eenheids- als de totaalprijzen heeft plaatsgevonden, doch dit onderzoek zou “op ongelukkige wijze geformuleerd / veruitwendigd [zijn] in de gemotiveerde gunningsbeslissing”.

Zij licht toe, met verwijzing naar nieuwe vertrouwelijke stukken 13 tot 16, dat het algemeen prijsonderzoek werd uitgevoerd aan de hand van de informaticatoepassing “3P” waarbij de prijzen van de inschrijvers, na toepassing van de leemteformule, automatisch met elkaar worden vergeleken. Met toepassing van het afwijkingspercentage voor de totaalprijzen, door haar vastgelegd op 15 %, werden geen abnormale totaalprijzen vastgesteld. Bij de toepassing “nazicht abnormale eenheidsprijzen” verscheen er echter geen “pop-

up melding” zoals dat bij de totaalprijzen het geval was, aangezien er sprake was van enkele schijnbaar abnormale eenheidsprijzen, die op een nieuw tabblad werden weergegeven. Gelet op het vertrouwelijk karakter van de eenheidsprijzen werd dit prijsonderzoek niet automatisch opgenomen in het gunningsverslag noch in de gunningsbeslissing. Om de bevindingen “in de gele zone van 3P” te krijgen, diende de verwerende partij nog een bijkomende handeling te stellen, namelijk op de knop “Toevoegen aan verslag van nazicht” te drukken, maar die “materiële handeling” heeft zij niet verricht omdat zij uitging van een automatische opname zoals dit gebeurde met het nazicht van de totaalprijzen. Aldus bewijst dit, volgens de verwerende partij, dat een onderzoek naar de eenheidsprijzen wel degelijk is verricht maar gewoonweg niet werd opgenomen in het verslag. Ten slotte herhaalt de verwerende partij dat het normdoel van het verplichte prijsonderzoek wel degelijk is bereikt.

Beoordeling

9. Artikel 24 van de wet overheidsopdrachten 2006 bepaalt dat, indien de aanbestedende overheid beslist de opdracht te plaatsen bij aanbesteding, de opdracht dient te worden gegund aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte heeft ingediend.

Overeenkomstig artikel 21, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2011 onderwerpt de aanbestedende overheid de ingediende offertes aan een prijsonderzoek. Artikel 21, § 3, bepaalt voorts dat wanneer de aanbestedende overheid bij het prijsonderzoek vaststelt dat in een offerte een prijs wordt geboden die abnormaal lijkt in verhouding tot de uit te voeren prestaties en alvorens die offerte om die reden te weren, zij de inschrijver in kwestie om een prijsverantwoording dient te vragen.

Artikel 95 van het koninklijk besluit plaatsing 2011 bepaalt in zijn paragrafen 1 en 2 onder meer dat de aanbestedende overheid de regelmatigheid van de offertes dient na te gaan en dat een offerte op materieel

vlak substantieel onregelmatig is als ze afwijkt van de bepalingen van dit besluit of van de opdrachtdocumenten betreffende met name de prijzen, termijnen en technische specificaties, in de mate dat die bepalingen essentieel zijn, of in geval van een abnormale prijs als bedoeld in de artikelen 21 en 99. Een substantieel onregelmatige offerte is overeenkomstig artikel 95, § 4, nietig.

Onverminderd artikel 99, § 2, van het koninklijk besluit plaatsing 2011 inzake totaalprijzen beschikt de aanbestedende overheid over een ruime beoordelingsruimte om in het kader van een prijsonderzoek bepaalde prijzen al dan niet vermoedelijk abnormaal te bevinden en een prijsverantwoording te vragen. De Raad van State mag zich, gesteld voor de toetsing van dergelijke beoordeling, niet in de plaats stellen van het bestuur maar mag desgevraagd wel nagaan of de beoordeling met de vereiste zorgvuldigheid is gebeurd en berust op voldoende veruitwendigde en draagkrachtige motieven.

Er is wel de plicht voor een aanbestedende overheid, die met naleving van het zorgvuldigheidsbeginsel wil handelen, om de regelmatigheid van een offerte na te gaan en één van de elementen van de regelmatigheid is dat de offerte geen abnormale prijzen bevat. Wanneer een aanbestedende overheid een voorgestelde prijs niet abnormaal acht, rust op haar geen formelemotiveringsplicht omtrent dit gevoerde prijsonderzoek in het gunningsverslag of de bestreden beslissing. Uit het administratief dossier dient wel te blijken dat de aanbestedende overheid een concreet onderzoek van de prijzen heeft verricht, onder meer dat zij de prijzen van elke offerte op zorgvuldige en gelijke wijze heeft geanalyseerd en nagekeken. De motieven op grond waarvan zij alsdan van oordeel is dat de aangeboden prijzen niet abnormaal zijn, dienen uit de stukken van het dossier te blijken zodat deze aan de voormelde toetsing door de Raad van State kunnen worden onderworpen.

10. Dergelijk zorgvuldig onderzoek ontbreekt te dezen niettegenstaande, zoals de verwerende partij zelf stelt in haar memorie van antwoord, de eenheidsprijzen van de gekozen inschrijver voor vier posten meer

dan 25 % afwijken van de gemiddelde eenheidsprijzen, en waarbij drie posten niet kunnen worden beschouwd als verwaarloosbaar.

Uit het gunningsverslag blijkt dat betreffende de normaliteit van de eenheidsprijzen wordt vermeld: “Enkel abnormaal LAGE prijzen”, zonder meer. Uit het administratief dossier blijkt niet dat, geplaatst voor die vaststelling, de verwerende partij dienvolgens een nader prijsonderzoek heeft gevoerd. Zoals gesteld *sub* 4.2.1 en toegegeven door de verwerende partij zijn de vertrouwelijke stukken 9 tot 12, zijnde drie tabellen en een advies van de ontwerper, *post factum* opgesteld, en kunnen ze dus niet in aanmerking worden genomen om te besluiten dat de verwerende partij te dezen wel een onderzoek van de eenheidsprijzen zou hebben verricht, voorafgaand aan het nemen van de gunningsbeslissing.

Ook de nieuwe argumentatie in de laatste memorie en de daarbij bijgebrachte nieuwe stukken 13 tot 16 nopen niet tot een ander oordeel. De Raad van State mag in beginsel geen rekening houden met argumenten die de verwerende partij reeds zinvol had kunnen aanbrengen in haar memorie van antwoord, aangezien deze nieuwe argumentatie en stukken hierdoor immers werden onttrokken aan het schriftelijk onderzoek van de zaak door het auditoraat.

Bovendien wordt vastgesteld dat dit geautomatiseerd “nazicht abnormale eenheidsprijzen” de vaststelling in het gunningsverslag alleen maar bevestigt dat er abnormaal lage eenheidsprijzen zijn, en dit voor posten die een belangrijk aandeel hebben in de totale offerte. Er blijkt echter niet dat de verwerende partij deze eenheidsprijzen alsdan nader heeft onderzocht, noch voert zij aan waarom zij dit heeft nagelaten en desgevallend toch geen prijsverantwoording heeft gevraagd.

De verwerende partij toont bijgevolg niet aan dat zij te dezen, voorafgaand aan het nemen van de gunningsbeslissing, de op haar rustende plicht om de eenheidsprijzen aan een zorgvuldig onderzoek te onderwerpen, zoals wordt vereist door artikel 21, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2011, heeft nageleefd. De enkele omstandigheid dat de totaalprijs van de offerte van de

gekozen inschrijver de raming van de waarde van de opdracht benadert, toont op zich nog niet aan dat deze in staat is ook voor de betrokken posten de opdracht op kwalitatieve wijze uit te voeren, noch dat de mededinging door de schijnbaar abnormaal lage prijzen niet zou zijn verstoord, en dat bijgevolg het normdoel van het verplichte prijsonderzoek zou zijn behaald.

11. Het middel is in de besproken mate gegrond. Deze vaststelling volstaat om de bestreden beslissing te vernietigen.

Er is dan ook geen reden om in te gaan op de in ondergeschikte orde gestelde vragen van de verzoekende partij tot het opheffen van de vertrouwelijkheid van stukken of tot het aanstellen van een deskundige wat het onderzoek van een bepaalde post betreft.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van 26 juli 2017 van het Autonoom Gemeentebedrijf Stedelijk Onderwijs Antwerpen tot gunning van de opdracht voor werken inhoudende de renovatie van een schoolgebouw en omgevingsaanleg aan de nv Dillen Bouwteam.

2. De kennisgeving van dit arrest aan de partijen gebeurt met een e-mailbericht.

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

Dit arrest is uitgesproken op achtentwintig mei tweeduizend twintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Patricia De Somere,	staatsraad,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Dierk Verbiest