

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 249.000 van 24 november 2020
in de zaak A. 227.119/XII-8673**

In zake: de NV HOOGMARTENS WEGENBOUW
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Chris Schijns
kantoor houdend te 3600 Genk
Grotestraat 122
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD BORGLOON
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 19 december 2018, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing van de Stad Borgloon d.d. 09.10.2018, waarbij de overheidsopdracht: ‘2018_CBS_01051 – Overheidsopdracht: buitengewoon onderhoud van verschillende wegen 2017-2018: aanstelling aannemer gunning - goedkeuring’ wordt gegund aan M. Kerkhofs Wegenbouw nv”.

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 Inge Vos 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 27 oktober 2020 om 11.30 uur.

Staatsraad Patricia De Somere zet de stand van de zaak uiteen.

Advocaat Chris Stijns, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Fabian Swennen, die *loco* advocaat Gitte Laenen 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 overheidsopdracht voor werken uit met als voorwerp het buitengewoon onderhoud van de wegen 2017-2018 in Borgloon.

Als plaatsingsprocedure wordt gekozen voor een openbare procedure. De opdracht wordt geraamd op 558.841 euro, btw inbegrepen.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 12 juli 2018.

3.3. Het bijzonder bestek “Onderhoud Wegen 17-18” vermeldt de prijs als enig gunningscriterium.

3.4. De offertes worden geopend op 30 augustus 2018. Zeven inschrijvers dienen een offerte in, waaronder de verzoekende partij.

3.5. Uit het aanbestedingsverslag blijkt dat de raming werd geactualiseerd naar 527.793,00 euro.

Het aanbestedingsverslag vermeldt de volgende rangschikking na rekenkundig nazicht:

-nv M. Kerkhofs Wegenbouw	448.403,08 euro
-nv Hoogmartens Wegenbouw	473.813,97 euro
-nv Norré-Behaegel	541.140,50 euro
-nv Willemen Infra	569.350,53 euro
-nv VBG	617.790,94 euro
-nv Eikenaar	635.991,28 euro
-nv Martens Wegenbouw	650.149,00 euro

Het aanbestedingsverslag beschrijft het uitgevoerde prijsonderzoek als volgt:

“4.3 Abnormale eenheidsprijzen

Bij de in aanmerking komende drie laagste inschrijvers werden geen abnormale eenheidsprijzen opgemerkt. Wel kunnen wij stellen dat enkele posten met zeer lage / hogere eenheidsprijzen werden ingeschreven:

M. Kerkhofs Wegenbouw n.v.

- lage eenheidsprijzen voor de posten: 1.11, 1.14, 1.18, 1.22, 1.23, 1.24, 1.27, 2.11, 3.6, 3.15, 3.16, (3.21: zie materiële fout), 4.18, 4.21, 10.3, 11.1, 11.14;

- hoge eenheidsprijzen voor de posten: 1.2, 1.25, 3.8, 5.6, (9.3: zie materiële fout).

Hoogmartens Wegenbouw n.v.

- lage eenheidsprijzen voor de posten: 1.3, 1.11, 1.27, 2.11, 3.6, 3.13, 3.14, 4.13, 4.27, 6.9, 9.2, 10.3, 11.8, 11.21;

- hoge eenheidsprijzen voor de posten: 1.21, 3.15, 3.16, 4.21, 11.3.;

Norré-Behaegel n.v.

- lage eenheidsprijzen voor de posten: 1.6, 1.19, 1.20, 1.22, 4.4, 4.5, 4.6;

- hoge eenheidsprijzen voor de posten: 1.3, 1.11, 1.18, 2.14, 3.7, 4.8, 4.22, 4.23, 11.8, 11.15, 11.21, 11.22, 11.23, 11.24, 11.15.

Algemeen kunnen we stellen dat de laagste inschrijver prijzen hanteert die substantieel onder het gemiddelde liggen, nl. 18,55%. Echter, de individuele verschillen tussen de inschrijvers onderling zijn beperkt.

De desbetreffende eenheidsprijzen kunnen, gezien de bovenstaande vaststellingen, als aanvaardbaar gezien worden.

4.4 Prijsverschil t.o.v. de raming

De offerte ingediend door inschrijver M. Kerkhofs Wegenbouw n.v. uit Meeuwen-Gruitrode bedraagt € 448.403,08 (incl. BTW) of 84,96 % t.o.v. de geactualiseerde raming.

(= 527.793,00).

4.5 Prijsverschil t.o.v. gemiddelde inschrijvingsprijs

De gemiddelde inschrijvingsprijs, gebaseerd op de inschrijvingen 2 t.e.m. 5, bedraagt: = €2.202.095,94 / 4 = € 550.523,99.

De inschrijvingsprijs van de laagste bieder bedraagt € 448.403,08 (incl. BTW) t.t.z. 81,45% van het gemiddelde.”

Er wordt voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de nv M. Kerkhofs Wegenbouw.

3.6. Op 9 oktober 2018 beslist het college van burgemeester en schepenen van de stad Borgloon om het verslag van nazicht goed te keuren en de opdracht overeenkomstig het verslag te gunnen aan de nv M. Kerkhofs Wegenbouw.

Dit is de bestreden beslissing.

IV. Onderzoek van de middelen

Enig middel, tweede onderdeel

Standpunt van de partijen

4. In een enig middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 4 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’, van de artikelen 33 tot 36, alsook artikel 77 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), van artikel 4, eerste lid, 8°, 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’, van de materiële motiveringsplicht en de artikelen 2 en 3 van de wet 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, van het ‘*patere legem quam ipse fecisti*’ beginsel en van de beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het zorgvuldigheids-, redelijkheids-, rechtszekerheids- en motiveringsbeginsel.

In een tweede onderdeel betoogt de verzoekende partij dat de aangehaalde bepalingen en beginselen zijn geschonden doordat de verwerende partij geen prijsverantwoording heeft gevraagd hoewel zij expliciet erkent dat “de laagste inschrijver prijzen hanteert die substantieel onder het gemiddelde liggen, nl. 18,55%”.

Zij licht toe dat, wat de eenheidsprijzen betreft, weliswaar wordt gemotiveerd dat er ‘geen echt abnormale eenheidsprijzen’ werden opgemerkt, doch dat deze motivering erg vaag en nietszeggend is. Deze motivering is geenszins conform het materiële motiveringsbeginsel: een eenheidsprijs is abnormaal ofwel niet, er bestaat geen tussenweg. Voorts vraagt de verzoekende partij aan de Raad van State te willen nagaan of er al dan niet sprake is van abnormale eenheidsprijzen.

Wat de totaalprijs betreft, wordt in het aanbestedingsverslag onder punten 4.3. en 4.5. een prijsverschil van 18,55% vastgesteld, en desondanks oordeelt de verwerende partij dat geen prijzen- of kostenbevraging noodzakelijk is. De motivering daartoe is wederom vaag en nietszeggend, een stijlformule. Gelet op artikel 36, § 4, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 dient de aanbestedende overheid een prijzen- of kostenbevraging uit te voeren voor elke offerte waarvan het totale offertebedrag minstens vijftien procent onder het gemiddelde bedrag van de door de inschrijvers ingediende offertes ligt. Het is volgens de verzoekende partij zeer vreemd dat de verwerende partij weliswaar tot de vaststelling komt dat er sprake is van een overschrijding van de 15%-regel,

doch dat zij weigert de wettelijke toepassing en gevolgen hiervan te hanteren. De verwerende partij had de wettelijke plicht om (minstens) de offerte van de laagste inschrijver te onderwerpen aan een prijsonderzoek. Hiermee wordt de gelijkheid onder de inschrijvers geschonden.

5. De verwerende partij betoogt in haar memorie van antwoord dat uit het administratief dossier blijkt dat er wel degelijk een prijsonderzoek werd gevoerd met toepassing van artikel 35 van het koninklijk besluit plaatsing 2017. Volgens haar heeft zij zich niet bezondigd aan het handhaven van stereotiepe formuleringen en toont de vergelijkende prijzentabel aan dat zij afdoende aandacht heeft besteed aan het onderzoeken van de opgegeven prijzen, zowel de totaalprijzen als de eenheidsprijzen. Tijdens het prijsonderzoek werd vastgesteld dat er voor diverse posten sterk uiteenlopende eenheidsprijzen werden opgegeven. In het verslag van nazicht wordt ook aangehaald dat de verzoekende partij – samen met inschrijver de nv Norré-Behaegel – zowel hoge als lage eenheidsprijzen heeft opgenomen in haar offerte. De vastgestelde discrepanties hebben een grote impact op het rekenkundig gemiddelde, hetgeen een vertekend beeld geeft, dat zich afspiegelt op de prijzen van de laagste inschrijver, de nv M. Kerkhofs Wegenbouw. Voor het leeuwendeel van de posten liggen de prijzen van gekozen inschrijver immers in lijn met de andere opgegeven prijzen. De lagere eenheidsprijzen van de nv M. Kerkhofs Wegenbouw blijken volgens haar marktconform. Voorts benadrukt de verwerende partij de zeer geringe overschrijding van de 15%-drempel. De opgegeven totaalprijs van de gekozen inschrijver wijkt slechts 15,04 % af van de raming en 18,55% van de gemiddelde inschrijvingsprijs.

6. In haar memorie van wederantwoord repliceert de verzoekende partij dat de opmerking dat de gekozen inschrijver ‘slechts’ 18,55% afwijkt van de gemiddelde inschrijvingsprijs volkomen irrelevant is. Op grond van artikel 36, § 4, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 is een aanbestedende overheid immers verplicht om een prijsbevraging conform artikel 36, § 2, uit te voeren wanneer het totale offertebedrag minstens 15% onder het gemiddelde bedrag van

de door de inschrijvers ingediende offertes ligt. Hieromtrent anders oordelen zou de voornoemde rechtsregel uithollen. Waar de verwerende partij stelt dat een prijsonderzoek is uitgevoerd met toepassing van artikel 35 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, verwijzend naar een vertrouwelijk stuk, verzoekt zij de Raad van State om dit na te willen gaan. Alleszins omvat artikel 35 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 volgens haar slechts het algemeen prijsonderzoek waaraan alle offertes moeten worden onderworpen. Indien uit dit algemeen prijsonderzoek blijkt dat er prijzen worden aangeboden die abnormaal laag lijken, zoals te dezen, is de aanbestedende overheid verplicht om een bevraging uit te voeren. Aldus moet op grond van artikel 36, § 2, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 aan de inschrijver de nodige schriftelijke verantwoording over de samenstelling van de abnormaal geachte prijs worden gevraagd. Vervolgens is de inschrijver verplicht om de gevraagde verantwoording te verstrekken binnen een termijn van twaalf dagen. Uit geen enkel element van de bestreden beslissing blijkt dat een dergelijke prijsbevraging is gebeurd. Aldus moet worden vastgesteld dat de bestreden beslissing minstens onvoldoende is gemotiveerd aangezien er geen melding wordt gemaakt van het prijsonderzoek in de zin van artikel 36, § 2, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 en de redenen waarom het totale offertebedrag geen abnormaal karakter vertoont (artikel 36, § 3, eerste lid, 3°, van het koninklijk besluit plaatsing 2017). Uit het voorgaande volgt volgens haar duidelijk dat artikel 36 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 werd geschonden.

7. In haar laatste memorie herhaalt de verwerende partij dat de vergelijkende prijzentabel, neergelegd als vertrouwelijk stuk, blijk geeft van een gedegen prijsonderzoek naar de opgegeven eenheids- en totaalprijzen. Het prijsonderzoek heeft als finaliteit het beschermen van de aanbestreden overheid tegen prijzen die tot uitvoeringsproblemen zouden kunnen leiden, en de verwerende partij stelt vast dat er zich tijdens de uitvoeringsfase van de opdracht geen noemenswaardige problemen hebben voorgedaan, hetgeen impliceert dat zij – daarbij beroep doend op een studiebureau als deskundige terzake – de prijzen van de gekozen inschrijver terecht als marktconform heeft beschouwd.

Beoordeling

8. Artikel 35 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 luidt:

“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 voormeld koninklijk besluit luidt:

“§ 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. [...]”

§ 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. [...].

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.

[...]

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. De aanbestedende overheid beoordeelt de ontvangen verantwoordingen en :

1° stelt ofwel vast dat het bedrag van een of meer niet-verwaarloosbare posten een abnormaal karakter vertoont en weert de offerte omwille van de substantiële onregelmatigheid waarmee deze behept is;

2° ofwel, stelt vast dat het totale offertebedrag een abnormaal karakter

vertoont en weert de offerte omwille van de substantiële onregelmatigheid waarmee deze behept is;

3° ofwel, motiveert in de gunningsbeslissing dat het totale offertebedrag geen abnormaal karakter vertoont.

[...]

In het kader van beoordeling kan de aanbestedende overheid ook rekening houden met inlichtingen die niet afkomstig zijn van de inschrijver. Deze gegevens worden voorgelegd aan de inschrijver teneinde hem de kans te geven hierop te reageren.

[...]

§ 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.

[...]

Het gemiddelde van de bedragen wordt als volgt berekend :

1° indien het aantal offertes gelijk is aan of groter dan zeven, door zowel de laagste offerte uit te sluiten als de hoogste offertes die samen een vierde van het aantal ingediende offertes vormen. Indien dit aantal niet deelbaar is door vier, wordt het vierde naar de hogere eenheid afgerond;

2° indien het aantal offertes lager ligt dan zeven, door de laagste en de hoogste offerte uit te sluiten.

De berekening van het gemiddelde van de bedragen is gebaseerd op alle offertes van de geselecteerde inschrijvers. Wat de openbare procedure betreft mag deze berekening eveneens gebeuren op basis van de offertes van de voorlopig geselecteerde inschrijvers overeenkomstig artikel 75.

In het kader van deze berekening kan de aanbestedende overheid echter beslissen om geen rekening te houden met de manifest onregelmatige offertes.

[...].”

9. De verzoekende partij betwist het gevoerde prijsonderzoek ten aanzien van de offerte van de gekozen inschrijver zowel wat de eenheidsprijzen als de totaalprijs betreft.

10. Overeenkomstig voormeld artikel 36, § 4, dient een aanbestedende overheid een prijzenbevraging, conform de paragrafen 2 en 3 van hetzelfde artikel, uit te voeren voor elke offerte waarvan het totale offertebedrag

minstens vijftien procent onder het gemiddelde bedrag ligt van de door de inschrijvers ingediende offertes.

De partijen betwisten niet dat voormeld artikel 36, § 4, van toepassing is, noch dat de offerte van de gekozen inschrijver meer dan 15 %, namelijk 18,55 %, onder het gemiddelde bedrag ligt.

Te dezen staat vast dat de verwerende partij de gekozen inschrijver niet om de nodige schriftelijke verantwoording over de samenstelling van de abnormaal geachte totaalprijs heeft verzocht. In het aanbestedingsverslag wordt enkel de gemiddelde inschrijvingsprijs berekend conform voormeld artikel 36, § 4, om vervolgens vast te stellen dat de inschrijvingsprijs van de laagste bieder 81,45 % van het gemiddelde bedraagt en dus 18,55 %, onder het gemiddelde bedrag ligt.

Hieraan blijkt echter niet het gevolg te zijn gegeven zoals verplicht voorgeschreven in artikel 36, § 4, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, namelijk een prijsbevraging met schriftelijke verantwoording, conform de paragrafen 2 en 3 van hetzelfde artikel, uit te voeren voor elke offerte waarvan het totale offertebedrag minstens vijftien procent onder het gemiddelde bedrag ligt van de door de inschrijvers ingediende offertes.

De omstandigheid dat uit het administratief dossier, in het bijzonder de vergelijkende prijzentabel, blijkt dat de verwerende partij wel een prijsonderzoek heeft gevoerd door de prijzen van de inschrijvers te vergelijken en te plaatsen naast de raming en het gemiddelde, volstaat dan ook niet in het licht van het voormelde artikel 36 van het koninklijk besluit plaatsing 2017. Ook de argumentatie van de verwerende partij in haar memorie van antwoord dat er slechts sprake zou zijn van een geringe overschrijding van de 15 % drempel is daarbij niet relevant. Een verwijzing naar een (geringe) afwijking van de raming, zoals de verwerende partij doet, kan evenmin een afwijking ten opzichte van het

wettelijk “gemiddelde bedrag van de door de inschrijvers ingediende offertes” verantwoorden.

De omstandigheid dat zich tijdens de uitvoeringsfase van de opdracht geen noemenswaardige problemen zouden hebben voorgedaan doet niets af aan voorgaande vaststelling dat de verwerende partij tijdens de gunningsfase van de opdracht heeft gehandeld in strijd met het voormelde artikel 36 van het koninklijk besluit plaatsing 2017. Hierbij mag ook worden bedacht dat, naast het behoeden van de aanbestedende overheid voor uitvoeringsproblemen, de gelijkheid onder de inschrijvers evenzeer een finaliteit is van het prijzenonderzoek.

11. In het licht van het voorgaande staat evenmin vast dat het prijsonderzoek naar eventuele abnormale eenheidsprijzen met de vereiste zorgvuldigheid is uitgevoerd.

In de motivering in het aanbestedingsverslag wordt ook wat het onderzoek van de eenheidsprijzen betreft, verwezen naar de afwijking van 18,55% van de totaalprijs ten opzichte van het berekend gemiddelde.

Daarbij is het, gelet op de vastgestelde afwijkingen wat de eenheidsprijzen betreft, minstens onzorgvuldig te besluiten tot het aanvaardbaar karakter van de eenheidsprijzen zonder dat eerst werd overgegaan tot de verplichte bevraging inzake de totaalprijs.

12. Het tweede onderdeel van het enig middel is gegrond. Deze vaststelling volstaat om de bestreden beslissing te vernietigen.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van de Stad Borgloon van 9 oktober 2018 waarbij de overheidsopdracht ‘buitengewoon onderhoud van verschillende wegen 2017-2018’ wordt gegund aan de nv M. Kerkhofs Wegenbouw.

2. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 20 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verzoekende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van vierentwintig november tweeduizend twintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Patricia De Somere,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest