

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

**nr. 254.233 van 6 juli 2022
in de zaak A. 236.671/XII-9.229**

In zake: de NV VICTOR BUYCK STEEL CONSTRUCTION
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Neil Braeckevelt en Lene De Vlieger
kantoor houdend te 8000 Brugge
Ezelstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de NV INFRABEL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Nathanaëlle Kiekens, Linde Bevernaege en Margaux
De Greef
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 22 juni 2022, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de niet-ondertekende beslissing van NV Infrabel van ongekende datum waarbij de opdracht van werken ‘Spoorlijn 25N — Autoweg E19 - Gemeente Zemst - Herstelling brug KW3’ [...] wordt gegund aan [...] Almex Metaal en niet aan [de] verzoekende partij”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota en een administratief dossier ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 6 juli 2022, om 10 uur.

Staatsraad Pierre Lefranc heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Neil Braeckevelt en Lene De Vlieger, die verschijnen voor de verzoekende partij, en advocaten Nathanaëlle Kiekens en Linde Bevernaege, die verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Thomas Maes 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 “Spoorlijn 25N – Autoweg E19 Gemeente Zemst herstelling brug KW33”. De opdracht wordt geplaatst met een vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande oproep tot mededinging. Het enige gunningscriterium is de prijs.

De waarde van de opdracht wordt geraamd op 1.673.600,00 euro, btw niet inbegrepen.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt op 10 februari 2022 in het Bulletin der Aanbestedingen.

3.3. Twee inschrijvers dienen een offerte in aan volgende bedragen, btw niet inbegrepen:

- NV Almex Metaal 1.393.004,50 euro;
- NV Victor Buyck Steel Construction 3.149.958,97 euro.

3.4. Op 03 mei 2022 wordt een “interne nota” opgesteld over het prijsonderzoek. Er wordt besloten dat de prijzen van de laagste inschrijver als normaal kunnen worden beschouwd.

3.5. Op 03 juni 2022 beslist de verwerende partij om de opdracht te gunnen aan de NV Almex Metaal, dat is de bestreden beslissing. In de bestreden beslissing worden de inschrijvers allebei geselecteerd, hun offertes worden regelmatig bevonden. Wat het prijsonderzoek betreft wordt er het volgende vermeld:

“De offertes werden onderworpen aan een prijsonderzoek overeenkomstig artikel 43 van het KB van 18 juni 2017. Uit dit prijsonderzoek blijkt dat de prijzen als normaal en aanvaardbaar beschouwd kunnen worden.”

Vervolgens wordt er besloten:

“Na de analyse van de offertes werd er besloten om niet te onderhandelen gezien de reeds gunstige prijzen en gezien de aanbesteder zich in het bestek het recht heeft voorbehouden zonder onderhandeling over te gaan tot de toewijzing van de opdracht.

De economisch voordeligste regelmatige offerte met een bedrag van 1.393.004,50 EUR (zonder BTW), werd ingediend door ALMEX METAAL (Hoogstraten).”

3.6. Met een aangetekende brief van 07 juni 2022 geeft de verwerende partij kennis aan de verzoekende partij van de bestreden beslissing.

IV. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

4. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, gelezen in samenhang met artikelen 15 en 31 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: rechtsbeschermingswet), moet enkel worden onderzocht of in de voorliggende vordering in kort geding die is ingesteld volgens de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid wordt aangevoerd.

V. Onderzoek van het enig middel

Standpunt van de verzoekende partij

5. De verzoekende partij voert in het verzoekschrift in het enige middel de schending aan van de “artikelen 83 en 84 van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten” (hierna: Overheidsopdrachtenwet 2016), de “artikelen 41, 43 en 44 van het Koninklijk besluit plaatsing overheidsopdrachten in de speciale sectoren van 18 juni 2017” (hierna: KB Plaatsing Speciale Sectoren), “alook de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel en de (materiële en formele) motiveringsplicht (zoals die onder meer volgt uit artikelen 4 en 5, 8° van de rechtsbeschermingswet van 17 juni 2013 en artikelen 2 en 3 van de formele motiveringswet van 29 juli 1991)”.

5.1. In essentie voert de verzoekende partij aan dat er een doorgedreven prijsonderzoek had moeten worden uitgevoerd, gelet op het grote prijsverschil tussen de twee offertes. De prijs van de gekozen inschrijver wijkt 56% af van de prijs van de verzoekende partij. De verzoekende partij betoogt:

“Uit het gunningsverslag blijkt enkel dat er een prijsonderzoek zou zijn gevoerd en dat de prijzen normaal en aanvaardbaar worden beschouwd. In de gegeven omstandigheden is dergelijke motivering niet afdoende, gelet op de zeer substantiële prijsverschillen tussen de inschrijvers.

Klaarblijkelijk is er aan begunstigde Almex Metaal zelfs geen prijsverantwoording gevraagd (hiervan wordt alleszins toch geen gewag

gemaakt in het gunningsverslag), dus verzoekende partij heeft volledig het raden naar de vraag waarom verwerende partij deze prijzen dan wel normaal acht.

In elk geval zal [de] Raad zich ervan willen vergewissen dat in het administratief dossier zelf er wel degelijk een objectief, grondig en zorgvuldig prijsonderzoek is gebeurd en blijkt waarom er voor de prijzen van Almex Metaal zelfs geen prijsverantwoordingsprocedure is opgestart[.]”

5.2. De verzoekende partij wijst er op dat aan de uitvoering van de werken veel aspecten verbonden zijn die niet in aparte posten zijn opgenomen, maar wel moeten zijn opgenomen in de verschillende eenheidsprijzen; dat het bestek omvangrijke en gedetailleerde technische en veiligheidsvoorschriften bevat die de kostprijs van de opdracht sterk doen oplopen; op grond van de eigen ervaring van de verzoekende partij kunnen al die werken onmogelijk op een correcte, veilige en kwalitatief aanvaardbare wijze worden uitgevoerd tegen de prijs die door gekozen inschrijver wordt voorgesteld.

5.3. De verzoekende partij wijst er nog op dat er ook in een aantal verplichte opties moest worden voorzien. Ook de prijs van die opties moet mee worden opgenomen in het totaalbedrag dat met elkaar wordt vergeleken voor het identificeren van de beste offerte, zo benadrukt zij.

5.4. De verzoekende partij beklemtoont dat elke motivering waarom de prijzen van de gekozen inschrijver aanvaardbaar en klaarblijkelijk normaal worden geacht, volledig ontbreekt.

Beoordeling

6. Overeenkomstig artikel 83 Overheidsopdrachtenwet 2016, onderzoekt de aanbestedende overheid de regelmatigheid van de offertes. Artikel 84 van dezelfde wet bepaalt dat de aanbestedende overheid een prijzen- of kostenonderzoek uitvoert op de ingediende offertes.

7. Overeenkomstig artikel 41 KB Plaatsing Speciale Sectoren 2017, dient de aanbestedende overheid, na de verbetering van de offertes overeenkomstig artikel 42, over te gaan tot het prijs- of kostenonderzoek overeenkomstig artikel 43 en, in geval van vermoeden van abnormaal hoge of lage prijzen of kosten, over te gaan tot de in artikel 44 bedoelde prijzen- of kostenbevraging.

Artikel 43 KB Plaatsing Speciale Sectoren 2017, bepaalt dat de aanbestedende overheid de ingediende offertes aan een prijs- of kostenonderzoek onderwerpt. Artikel 44, § 1, vervolgt dat, indien uit het prijs- of kostenonderzoek overeenkomstig artikel 43 blijkt dat er prijzen of kosten worden aangeboden die abnormaal laag of hoog lijken, de aanbestedende overheid een bevraging van deze laatste uitvoert. Artikel 44 regelt vervolgens in detail het bijzonder onderzoek naar abnormale prijzen of kosten.

8. De regelgeving inzake overheidsopdrachten maakt aldus een onderscheid tussen enerzijds het algemeen prijs- of kostenonderzoek dat de aanbestedende overheid in elk geval dient te voeren (art. 43) en een bijzonder onderzoek naar abnormale prijzen (art. 44), dat in beginsel enkel dient te worden gevoerd wanneer uit het algemeen prijs- of kostenonderzoek is gebleken dat er prijzen of kosten worden aangeboden die abnormaal laag of hoog lijken.

Indien de aanbestedende overheid na het uitvoeren van het algemeen prijs- of kostenonderzoek besluit dat er geen posten zijn die als blijvend abnormaal laag of hoog moeten worden aangemerkt, is zij niet verplicht om vervolgens ook de procedure van het bijzonder abnormale prijzenonderzoek te volgen voor de betrokken prijzen.

9. De eerste veronderstelling van het enige middel lijkt dat er te dezen geen algemeen prijs- of kostenonderzoek werd uitgevoerd.

Een *prima facie* kennisname van het administratief dossier bevestigt dat, op het eerste gezicht, de verwerende partij te dezen wel degelijk het algemeen prijsonderzoek in de zin van artikel 43 KB Plaatsing Speciale Sectoren 2017, lijkt te hebben uitgevoerd. Bij het dossier is immers een interne nota betreffende het prijsonderzoek gevoegd (stuk A.6), waaruit reeds op het eerste gezicht blijkt dat de verwerende partij wel degelijk de prijzen heeft onderzocht, alsook het verschil met de raming in acht heeft genomen. Er blijkt alleszins niet dat de verwerende partij zomaar over het verschil in totaalprijs tussen de twee offertes is heengestapt, zonder daaraan de nodige verdere aandacht te besteden bij haar onderzoek. In zoverre het middel berust op de veronderstelling dat er geen algemeen prijsonderzoek werd uitgevoerd, lijkt het feitelijke grondslag te missen.

10. Waar de verzoekende partij aanvoert dat er een doorgedreven onderzoek had moeten worden uitgevoerd op de prijs van de gekozen inschrijver omdat deze 56% van de hare afwijkt, dient er in de eerste plaats te worden opgemerkt dat het niet aan een individuele inschrijver op een overheidsopdracht lijkt toe te komen om zijn eigen offerte te verheffen tot toetsingsmaatstaf waaraan de rechtsgeldigheid van de beslissingen van de aanbestedende overheid dient te worden afgemeten. De verzoekende partij heeft een offerte ingediend voor de opdracht, niet meer. Deze is (aanzienlijk) duurder dan deze van de gekozen inschrijver, maar dat maakt de offerte van de gekozen inschrijver daarom niet *ipso facto* abnormaal laag. Er is immers, in geval er slechts twee inschrijvers zijn, geen evident uitgangspunt voorhanden om de ene of de andere offerte als behept met een abnormale prijs te bestempelen. Er is op het eerste gezicht geen grond in de regelgeving overheidsopdrachten om, indien er slechts twee offertes worden ingediend met een aanzienlijk uit elkaar liggende totaalprijs, van de aanbestedende overheid te vereisen dat zij op de laagste van de twee sowieso een bijzonder onderzoek naar abnormale prijzen dient uit te voeren. In die specifieke situatie lijkt het in beginsel niet zo dat de laagste van de twee offertes *ipso facto* abnormaal laag is en het voorwerp dient uit te maken van een bijzonder onderzoek naar abnormale prijzen.

Daarnaast dient er te worden vastgesteld dat de totaalprijs van de gekozen inschrijver geheel in de lijn van de raming van de waarde van de opdracht lijkt te liggen.

Er lijken, anders dan de verzoekende partij beargumenteert ter zitting, op het eerste gezicht te dezen geen objectieve elementen voorhanden te zijn om de raming als geheel onrealistisch of onnuttig te verwerpen. Het feit dat de eigen offerte van de verzoekende partij aanzienlijk boven de raming ligt, maakt de raming daarom niet onrealistisch. De offerteprijs van een (misnoegde) niet-gekozen inschrijver is op zich immers geen maatstaf waaraan de wettigheid van de hele plaatsingsprocedure dient te worden afgemeten.

Dat de raming voortkomt uit een eerdere, meer eenvoudige versie van dezelfde opdracht, dewelke uiteindelijk niet werd geplaatst, maakt deze evenmin onnuttig. In dit verband wordt opgemerkt dat de deskundigheid van de aanbestedende overheid om tot een redelijk en zorgvuldig oordeel te komen bij het opstellen van de raming in beginsel mag worden verondersteld, wat *a fortiori* geldt voor een in de betrokken materie – spoorweginfrastructuur – gespecialiseerde instantie zoals Infrabel. De verwerende partij licht ter zitting toe hoe zij *in concreto* tot de raming is gekomen, welke werkwijze *prima facie*, niet onwettig, onzorgvuldig of onredelijk lijkt.

11. De motieven van de verwerende partij om de prijs van de gekozen inschrijver als normaal te beschouwen, afgezet tegen de aanzienlijk hogere prijs van de verzoekende partij, zijn opgenomen in de voornoemde interne nota. Deze luiden als volgt:

“Er werd vastgesteld dat de laagste inschrijving van Almex Metaal 55,78 % lager ligt dan de eerstvolgende, en enige andere, inschrijving van Victor Buyck Steel Construction.

Het grote prijsverschil is het gevolg van de prijsverschillen in diverse posten van de samenvattende opmeting, en manifesteert zich niet in een beperkt aantal posten.

Het prijsverschil is te wijten aan het speculatieve en opportunistische karakter van de offerte van Victor Buyck.

Victor Buyck is de oorspronkelijke constructeur van de brug, en kent de brug dus als geen ander.

Zij hadden aanvankelijk gehoopt op een onderhandse gunning, gezien de initiële dringendheid van de herstellingen en vermits zij de constructeur waren. Bij het verloop van deze aanbestedingsprocedure hebben zij hun strategische standpunt niet herzien.

Victor Buyck had vermoedelijk verwacht dat een andere staalconstructeur zou terugdeinzen voor de herstelling van een brug die door hen (Victor Buyck) gebouwd was. Ook waren de eisen in het bestek streng (EXC4, ...), waardoor sommige bedrijven zouden moeten afhaken. In dat geval zou Victor Buyck zijn slag kunnen slaan. Het uitgebreid gedocumenteerde bestek, de uitgebreide uitleg van de deskundige ingenieur tijdens de 2 overlegmomenten en de 2 plaatsbezoeken waarbij ook in de brug zelf werd gegaan, lieten Almex echter toe de aard van de werken ook perfect in te schatten. Victor Buyck had als constructeur van de brug dus geen concurrentieel voordeel.

De communicatie van Victor Buyck tijdens het overlegmoment en plaatsbezoek was gericht op het verdedigen en het aanvaardbaar maken bij de bouwdirectie van een zeer hoge prijs. Daarbij werd onder andere gewezen op de sterk gestegen staalprijzen omwille van de oorlog in Oekraïne, waardoor zij enkel nog dagprijzen van hun toeleveranciers zouden kunnen bekomen, of zelfs dat niet. Er dient echter opgemerkt te worden dat de kost voor het staal slechts een relatief klein bedrag van de totale aanneemsom vertegenwoordigt. De lassers van Oekraïense afkomst zouden niet beschikbaar zijn voor de opdracht, maar uiteraard dient er opgemerkt te worden dat niet alle lassers van Oekraïense afkomst zijn, en zij niet allen naar hun moederland willen terugkeren naar aanleiding van de oorlog. Dergelijke en soortgelijke argumenten zijn dus geen afdoende verklaring voor het prijsverschil.

Voor de specifieke werkomstandigheden zoals eerder beschreven werden afzonderlijke posten in de samenvattende opmeting voorzien. Deze werkomstandigheden werden ook door Almex ingecalculeerd. Slechts 1 voorbeeld daarvan zijn de stellingen. Voor deze stellingen was tijdens het plaatsbezoek een onderaannemer van Almex specifiek voor de stellingbouw aanwezig. Het is dus bijzonder onwaarschijnlijk dat deze stellingen door Almex vergeten of onderschat zouden zijn, wat het prijsverschil in dat geval zou verklaren.”

12. De verzoekende partij kan dus niet worden bijgetreden waar zij aanvoert dat elke motivering waarom de prijzen van de gekozen inschrijver aanvaardbaar en klaarblijkelijk normaal worden geacht, volledig ontbreekt. Die motivering lijkt wel degelijk deel uit te maken van het administratief dossier en dienvolgens aan de grondslag van de bestreden beslissing te liggen.

13. De verzoekende partij betwist het motief uit de voornoemde interne nota, dat de offerte van de verzoekende partij een speculatief en opportunistisch karakter zou hebben. Zij doet in essentie gelden dat dit motief totaal uit de lucht is gegrepen en dat haar prijszetting wel degelijk realistisch is.

De inschatting door de aanbestedende overheid dat de offerte van de verzoekende partij een speculatief en opportunistisch karakter zou hebben, betreft op het eerste gezicht een louter feitelijke beoordeling van die offerte door de aanbestedende overheid. Het komt in beginsel niet aan de Raad van State toe om zijn eigen visie op de beoordeling van de offertes in de plaats te stellen van deze van de aanbestedende overheid.

Het is evident dat de verzoekende partij het realistisch en geoorloofd karakter van haar eigen prijszetting wil verdedigen, maar hiermee brengt zij op het eerste gezicht, een louter meningsverschil tussen haarzelf en de aanbestedende overheid over een feitelijk element van de beoordeling van de offertes onder de aandacht van de Raad van State. Deze kritiek kan niet leiden tot de schorsing van de bestreden gunningsbeslissing.

Het komt niet aan de Raad van State toe – en al helemaal niet in het kader van een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid – om de vaststelling door de aanbestedende overheid dat een offerte een speculatief en opportunistisch karakter zou hebben, inhoudelijk te herdoen.

Er blijkt alleszins niet dat die motivering in de voornoemde interne nota op het eerste gezicht onwettig, onzorgvuldig of onredelijk zou zijn en dus niet zou kunnen worden ingepast in de aanzienlijke beoordelingsruimte waarover de aanbestedende overheid beschikt in het kader van het algemeen prijsonderzoek overeenkomstig artikel 43 KB Plaatsing Speciale Sectoren 2017. Die vaststelling kan volstaan in het kader van een beoordeling bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Overigens lijkt de verwerende partij niet ten onrechte op te merken ter zitting dat de offerte van de verzoekende partij niet onregelmatig werd verklaard wegens abnormaal hoge prijzen en niet werd geweerd uit de plaatsingsprocedure, zodat het belang van de verzoekende partij bij deze argumentatie op het eerste gezicht veeleer relatief lijkt.

14. Uit het voorgaande volgt dat er niet met de in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid vereiste *prima facie* ernst wordt aangetoond dat de verwerende partij er te dezen in elk denkbaar geval toe gehouden zou zijn geweest om de totaalprijs van de gekozen inschrijver sowieso als abnormaal laag aan te merken en ten aanzien van de gekozen inschrijver het bijzonder onderzoek naar abnormale prijzen op te starten.

In zoverre het middel uitgaat van het tegendeel, faalt het.

15. In zoverre er nog wordt aangevoerd dat ook de prijs van de verplichte opties moet worden betrokken in de prijsvergelijking, moet worden opgemerkt dat dit wel degelijk lijkt te zijn gebeurd. In die mate mist het middel op het eerste gezicht feitelijke grondslag.

16. Waar de verzoekende partij nog het feit inroept dat de gekozen inschrijver niet is tussengekomen in de procedure voor de Raad van State, blijkt er reeds op het eerste gezicht niet hoe dat een dienstig argument zou zijn om de wettigheid van de bestreden beslissing te beoordelen.

17. Geen van de kritieken die in het enige middel worden aangevoerd zijn ernstig gebleken. Het enige middel dient te worden verworpen als niet ernstig.

VI. Besluit

18. 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 verworpt 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 22 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van zes juli tweeduizend tweeëntwintig, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Pierre Lefranc,
bijgestaan door

Silvan De Clercq,

De griffier

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De voorzitter

Silvan De Clercq

Pierre Lefranc