

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 260.207 van 21 juni 2024
in de zaak A. 234.497/XII-9132**

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 :

de STAD GENT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Patrick Devers en John Devers
kantoor houdend te 9000 Gent
Kouter 71-72
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 8 september 2021, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de stad Gent van 8 juli 2021 om de opdracht [van werken met als voorwerp] de renovatie van een refter in het Instituut Bert Carlier, gelegen te Gent, Oudenaardsesteenweg 74, te gunnen aan de nv Mevaco Bouwbedrijf, alsook van de beslissing om de offerte van de [nv Bouwbedrijf VMG-De Cock] als niet-regelmatig te beschouwen en de impliciete beslissing om de opdracht niet te gunnen aan de [nv Bouwbedrijf VMG-De Cock].”

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.

Adjunct-auditeur Lennard Michaux heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij heeft een laatste memorie ingediend. De verwerende partij heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 16 april 2024.

Staatsraad Inge Vos heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Filip Geerts, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat John Devers, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Adjunct-auditeur Lennard Michaux, daartoe gemachtigd bij besluit van de auditeur-generaal van 28 februari 2024, 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 stad Gent schrijft een overheidsopdracht uit van werken met als voorwerp ‘Instituut Bert Carlier: renovatie refter’.

Als plaatsingsprocedure wordt gekozen voor een openbare procedure.

De opdracht wordt op 22 oktober 2020 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen.

3.2. In het op de opdracht toepasselijk bijzonder bestek wordt het voorwerp van de opdracht als volgt omschreven:

“Instituut Bert Carlier: renovatie refter, meer bepaald:

- Sloop van bijgebouw,
- Renovatie van de buitenschil (dak, buitenschrijnwerk, gevelrenovatie, vloer gelijkvloers voorzien van isolatie),
- Renovatie van het bestaand gebouw volgens de hedendaagse behoeften van de school, en volgens de voorschriften van de brandweer en de richtlijnen van toegankelijkheid (onder meer het voorzien van een refter met bedieningsruimte, van een vergaderruimte, van gescheiden sanitair, van trappen en liftinstallatie,...),
- Uitbreiding met fietsstalling,
- Vernieuwen van de technische uitrustingen (HVAC, elektriciteit, sanitair, brand- en inbraakbeveiliging),
- Vernieuwen van de riolering,
- Heraanleg van directe buitenomgeving.

De opdracht wordt verder omschreven onder punt III. Technische bepalingen.”

3.3. Zes inschrijvers dienen een offerte in, waaronder de verzoekende partij.

3.4. Op 31 maart 2021 richt de verwerende partij een verzoek tot prijsverantwoording aan de verzoekende partij, dat luidt als volgt:

“Op 19 januari 2021 heeft u bij ons bestuur een offerte ingediend voor bovengenoemde opdracht.

Om Uw offerte te kunnen aanvaarden en om alle ingediende offertes correct te kunnen vergelijken vragen wij u, per kerende mail, uw eenheidsprijs van onderstaande posten toe te lichten en te motiveren:

Art. 40.11. profielen / hout— gebeitst |FH|m2 - EHP = 387,00 EUR

Rekening houdende met artikel 36 van het KB van 18 april 2017 betreffende de plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren verzoeken wij u om een verantwoording te verstrekken binnen de 12 kalenderdagen.”

Dit verzoek tot prijsverantwoording wordt door de verzoekende partij met een schrijven van 2 april 2021 als volgt beantwoord:

“Wij hebben onze prijszetting i.v.m. art. 40.11, profielen / hout – gebeitst, naar aanleiding van uw schrijven nog eens accuraat nagezien en zijn van mening dat de door ons opgegeven eenheidsprijs van 387 € /m² geen

abnormaal karakter heeft.

De eenheidsprijs is als volgt samengesteld:

-	materiaalkost	145 € /m ²
-	productkost	150 € /m ²
-	montagekost	55 € / m ²
-	winst, risico en alg. kosten	<u>37 € / m²</u>

Totaal: 387 € / m²

VMG-De Cock beschikt over een eigen schrijnwerkerij, welke uiteraard een toe te rekenen supplementaire winstmarge op een onderaannemer uitsluit. Dit aspect is niet onbelangrijk.

Ten andere beschikt onze schrijnwerkerij afdeling over zeer bekwaam en efficiënt personeel met een lange staat van dienst en bijhorende know-how, alsook een modern machinepark. VMG-De Cock beschikt hieromtrent over een erkenning 6D5 (zie bijlage).

Dit alles is te aanzien als een gunstige omstandigheid waarvan VMG-De Cock kan profiteren.

Onze besluitvorming is dan ook dat de prijscalculatie correct en marktconform is gebeurd en er van enig abnormaal karakter geen sprake is. Bij de berekening van de prijzen werd terdege rekening gehouden met de aankoop prijs der beschreven materialen, de prijs van de leveringen, de handelingen, verwerkingen en plaatsing ervan en de toeslag i.v.m. technische en administratieve opvolging. Wij bevestigen dan ook onze prijszetting.

Mocht u desalniettemin van mening zijn dat de samenstelling van onze prijszetting m.b.t. artikel 40.11 toch nog nader toegelicht dient te worden, waarbij wij dan aannemen dat u over bijzondere elementen beschikt die tot deze conclusie zouden kunnen leiden, dan zal u ons hiervan tijdig op de hoogte willen brengen.”

3.5. Een verslag van nazicht van de offertes wordt opgesteld op 14 juni 2021.

Het verslag van nazicht vermeldt na nazicht en verbetering van de offertes de volgende gecorrigeerde prijzen (btw inbegrepen) als rangschikkingsbedragen:

A. nv	1.616.659,41 euro
Maatschap B.-T.	1.646.230,28 euro
VMG De Cock nv	1.405.202,76 euro
Mevaco Bouwbedrijf nv	1.483.302,11 euro
P. nv	1.592.491,53 euro
V.C. bvba	1.487.005,03 euro

Vervolgens wordt de regelmatigheid van de offertes beoordeeld. Wat het prijsonderzoek betreft, bevat het verslag van nazicht de volgende

algemene toelichting bij de wijze van berekening van de abnormale totaalprijzen en eenheidsprijzen:

“Bij het onderzoek naar de regelmatigheid van de prijzen, wordt volgende berekening gebruikt:

- Berekening abnormale totaalprijzen

De prijs van elke offerte wordt vergeleken met de gemiddelde offerteprijs. Berekening van de gemiddelde offerteprijs op basis van: laagste en hoogste offerteprijs niet meegerekend.

De totaalprijzen worden vergeleken met 85% van het gemiddelde.

De prijzen van alle inschrijvers vallen boven de grens van 85% en worden daarom als normaal beschouwd.

- Berekening abnormale eenheidsprijzen (EHP)

De berekening van de abnormale eenheidsprijzen gebeurt als volgt: het gewicht van de ramingseenheidsprijzen worden bekeken ten opzichte van het totaalbedrag van de raming.

Op basis hiervan worden enkel posten onderzocht waarvan het gewicht van de raming meer dan 2% van de totale raming bedraagt.

Posten met een afwijking van 40% in min en 100% in meer ten opzichte van de gemiddelde eenheidsprijs van alle aannemers worden onderzocht.”

Het verslag van nazicht bevat een tabel ‘Analyse regelmatigheidsonderzoek’ die inzake het vereiste van ‘Regelmatige prijzen’ ten aanzien van de offerte van de verzoekende partij de vermelding “NOK” (niet ok) bevat. Deze vermelding wordt als volgt toegelicht: “Art. 40.11 profielen / hout - gebeitst /FH/m². Opgegeven prijs ligt op 41,42% onder het gemiddelde.”

De offerte van de verzoekende partij wordt in het verslag van nazicht als niet-regelmatig beschouwd, wat als volgt wordt verantwoord:

“VMG De Cock nv:

De totaalprijs wordt als niet-abnormaal beschouwd.

Er dient verantwoording gevraagd te worden voor enkele eenheidsprijzen.

Op 31/03/2021 werd per mail een prijsverantwoording gevraagd voor Artikel/ 40.11. profielen / hout-gebeitst /FH/ m².

Op (...) 2/04/2021 werd een prijsverantwoording ontvangen. In die verantwoording wordt een opdeling gemaakt waaruit de eenheidsprijs is samengesteld.

Voor materiaalkost wordt 145 euro/m² gerekend. Hierin worden volgens het technische bestek volgende ‘Pro Memorie’ artikels gerekend naast ‘40.11 Profielen/hout gebeitst/FH/m²:

- 40.51 Hang- en sluitwerk - scharnieren en Paumellen /PM/
- 40.52 Hang- en sluitwerk - sloten /PM/
- 40.53 Hang- en sluitwerk — raamkrukken /PM/

- 40.54 Hang- en sluitwerk — deurkrukken /PM/
- 41.55.a Veiligheidsbeglazing— isolerend/ gelaagd - Type a: dubbel gelaagd /PM/
- 41.55.b Veiligheidsbeglazing— isolerend/ gelaagd - Type b: enkel gelaagd en zonwerend /PM/
- 41.55.c Veiligheidsbeglazing— isolerend/gelaagd –Type c: enkel gelaagd /PM/

De eenheidsprijs is [onzes] inziens niet marktconform voor de dekking van al de bovenstaande artikels.

Het vermoeden is dat in de prijs, 145 euro/m², enkel de houten profielen zijn gerekend. Vervolgens is de montageprijs [onzes] inziens erg laag omdat dit gaat om de plaatsing van 146,9 m² aan ramen en dit inclusief voor kranen, nodig om de plaatsing van deze ramen mogelijk te maken.

De aannemer kaart aan dat zij over een eigen schrijnwerker beschikken, waardoor ze winstmarge kunnen drukken. Echter weegt de verantwoording niet op tegen het feit dat de eenheidsprijs van de aannemer meer dan 40% lager zit dan [al de] andere inschrijvers.

Deze prijs wordt daarom als abnormaal beschouwd en maakt dat de offerte als niet-regelmatig wordt beschouwd.”

Voorgesteld wordt om de opdracht te gunnen aan de nv Mevaco Bouwbedrijf als inschrijver met de economisch meest voordelige regelmatige offerte op basis van prijs.

3.6. Op 8 juli 2021 beslist het college van burgemeester en schepenen van de Stad Gent om het verslag van nazicht goed te keuren en de opdracht te gunnen aan de nv Mevaco Bouwbedrijf.

Dit is de bestreden beslissing.

3.7. Met een e-mailbericht van 25 augustus 2021 wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat de opdracht aan een andere inschrijver werd gegund en dat haar offerte substantieel onregelmatig werd verklaard. Als bijlage wordt een kopie gevoegd van de gunningsbeslissing en het verslag van nazicht.

3.8. Met een aangetekend schrijven van 30 augustus 2021 deelt de verzoekende partij aan de verwerende partij de redenen mee waarom zij niet akkoord kan gaan met de substantieel onregelmatigverklaring van haar offerte en vraagt zij om de gunningsbeslissing in te trekken.

Met een aangetekend schrijven van 3 september 2021 beantwoordt de verwerende partij het voormeld schrijven met de mededeling dat de gunning volgens haar correct verlopen is en dat de door de verzoekende partij aangebrachte redenen niet van aard zijn om haar van standpunt te doen veranderen.

IV. Rechtspleging

4.1. De verzoekende partij vraagt in haar memorie van wederantwoord om de verwerende partij te bevelen de integrale gedetailleerde raming neer te leggen, en dus om het administratief dossier in die zin te vervolledigen.

4.2. De Raad van State stelt vast dat de gedetailleerde raming waarop de verzoekende partij doelt reeds opgenomen is in de prijsvergelijkingstabel, welk stuk deel uitmaakt van de vertrouwelijke stukken van het administratief dossier, die de Raad van State bij zijn onderzoek mag betrekken. Er is dan ook geen aanleiding om alsnog een aanvulling van dat dossier te bevelen.

V. Vertrouwelijkheid van bepaalde stukken

5.1. De verzoekende partij vraagt in haar memorie van wederantwoord om de vertrouwelijkheid op te heffen van de offertes van de andere inschrijvers en van de prijsvergelijkingstabel, minstens wat het gedeelte betreft waarin de eenheidsprijzen voor de post 40.11 terug te vinden zijn.

Zij betoogt dat er geen geldige reden is om bepaalde prijzen, opgegeven in het kader van een niet-uitzonderlijke aanneming van werken die reeds gegund is en waarvan de opdracht in uitvoering is, thans nog als vertrouwelijk te beschouwen, te meer wanneer slechts de eenheidsprijzen voor één post worden vrijgegeven. Ook heeft de verwerende partij geen eigen belang om zich te verzetten tegen de opheffing van de vertrouwelijkheid van stukken die niet van haar afkomstig zijn. In hoofde van de aanbestedende overheid bestaat volgens de verzoekende partij geen wettelijke, noch morele verplichting om in het kader

van een gerechtelijke procedure de belangen van derden, zoals de andere inschrijvers, te beschermen.

5.2. Artikel 26 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) luidt als volgt:

“De verhaalinstantie moet de vertrouwelijkheid en het recht op eerbiediging van zakengeheimen waarborgen met betrekking tot de informatie die is vervat in door de betrokken partijen, in het bijzonder door de aanbestedende instantie die het volledige dossier dient over te leggen, aan haar overgelegde dossiers, ook al kan zijzelf van deze informatie kennis nemen en deze in haar beschouwing betrekken. Het komt deze instantie toe te oordelen in welke mate en op welke wijze de vertrouwelijkheid en het geheime karakter van deze informatie moeten worden gewaarborgd, rekening houdend met de vereisten van een effectieve rechtsbescherming en van de eerbiediging van het recht van verweer van de procespartijen en met het vereiste dat de procedure op alle onderdelen het recht op een eerlijk proces eerbiedigt.”

Op grond van die bepaling dient de Raad van State, als de ter zake bevoegde verhaalinstantie, de maatregelen te nemen die noodzakelijk zijn om, enerzijds, de vertrouwelijkheid van bepaalde commerciële gegevens en zakengeheimen te waarborgen, en anderzijds, het recht van de partijen op een effectieve rechtsbescherming en op een eerlijk proces te waarborgen, in het bijzonder door te voorzien in een voldoende mate van tegenspraak.

Het lichten van de vertrouwelijkheid van een stuk dat vertrouwelijke informatie of zakengeheimen bevat, is slechts mogelijk indien zulks noodzakelijk is om het recht op een eerlijk proces te waarborgen. Wat meer in het bijzonder een daartoe strekkend verzoek uitgaande van een verzoekende partij betreft, betekent dit dat deze partij aannemelijk moet maken dat zij zonder kennisneming van het vertrouwelijk stuk niet over voldoende gegevens beschikt om haar middelen te formuleren.

5.3. Te dezen blijkt de verzoekende partij niet te zijn gehinderd, bij het aanvoeren van middelen tegen de bestreden gunningsbeslissing, door het feit

dat de integrale offerte van de overige inschrijvers en de prijsvergelijkingstabel vertrouwelijk zijn gebleven. Zij heeft integendeel in het eerste middel kunnen aanvoeren dat volgens haar het prijsonderzoek onzorgvuldig is gebeurd, wat zij afdoende heeft kunnen onderbouwen. Er blijkt ook niet hoe de niet-inzage van de exacte offerteprijzen van de andere inschrijvers te dezen een effectieve rechtsbescherming aan de verzoekende partij zou ontzeggen, noch hoe de niet-inzage afbreuk zou doen aan haar recht op een eerlijk proces.

Ook wordt in herinnering gebracht dat, indien de vertrouwelijkheid van bepaalde commerciële gegevens of zakengeheimen gehandhaafd blijft, de Raad van State in elk geval van de betrokken stukken kennis kan nemen en deze in zijn beschouwingen kan betrekken. Hij kan aldus de juistheid nagaan van de veronderstellingen waarop de grieven van de verzoekende partij steunen, en verifiëren of de door de aanbestedende overheid gegeven redenen, ter verantwoording van de wettigheid van de bestreden beslissing, steun vinden in de vertrouwelijke stukken van het dossier.

De vraag tot het lichten van de vertrouwelijkheid wordt dus niet ingewilligd.

VI. Ontvankelijkheid – impliciete weigeringsbeslissing

6.1. De verzoekende partij vraagt, behalve de nietigverklaring van de beslissing om haar offerte als niet-regelmatig te beschouwen en van de beslissing om de opdracht aan een andere inschrijver te gunnen, ook de nietigverklaring van “de impliciete beslissing om de opdracht niet te gunnen aan de verzoekster”.

In haar laatste memorie handhaaft de verzoekende partij haar vordering ook wat de impliciete weigeringsbeslissing betreft.

6.2 Een verzoekende partij die de nietigverklaring vraagt van een impliciete weigeringsbeslissing, moet aantonen dat er uitzonderlijke omstandigheden zijn die wijzen op een rechtsplicht om de opdracht aan haar te gunnen. Er moeten elementen worden bijgebracht die tot de uitzonderlijke vaststelling kunnen

leiden dat de verwerende partij geen andere keuze meer heeft dan de opdracht aan de verzoekende partij te gunnen.

De verzoekende partij voert twee middelen aan waarin in essentie de volgende onwettigheden worden aangevoerd: het prijsonderzoek werd onzorgvuldig gevoerd (eerste middel), en er wordt niet afdoende gemotiveerd waarom de offerte van de verzoekende partij als niet-regelmatig werd beschouwd (tweede middel).

Geen van deze aangevoerde onwettigheden, indien gegrond, houdt in dat de verwerende partij te dezen na een eventuele nietigverklaring geen andere keuze meer heeft dan de opdracht aan de verzoekende partij te gunnen.

6.3. Het beroep is niet ontvankelijk in de mate dat het gericht is tegen de voornoemde impliciete weigeringsbeslissing.

VII. Onderzoek van de middelen

A. Uiteenzetting van de middelen

7. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 35 en 36, § 2, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017) en van het zorgvuldigheidsbeginsel.

Het middel bestaat uit twee onderdelen.

7.1. In het eerste onderdeel betoogt de verzoekende partij dat de beslissing om haar offerte als onregelmatig te beschouwen, enkel berust op veronderstellingen en vermoedens die niet alleen onjuist zijn, maar die ook door geen enkel objectief element worden ondersteund.

Daarbij merkt de verzoekende partij op dat de exacte identiteit van de opsteller van het gunningsverslag onbekend is. Zij stelt aldus de “kwalificaties” en “technische onderlegdheid” van deze opsteller in vraag.

Zij zet vervolgens uiteen dat de besluitvorming omtrent de regelmatigheid van haar offerte gebaseerd blijkt te zijn op niets anders dan eigen inzichten van de verwerende partij, vermoedens en veronderstellingen, zonder dat deze vermoedens en veronderstellingen op enigerlei wijze werden geverifieerd of gestaafd.

De verzoekende partij haalt in dit verband meerdere elementen aan.

Ten eerste zou het vermoeden van de verwerende partij dat in de materiaalkost van 145 euro/m² “enkel de houten profielen zijn gerekend”, niet correct zijn. De verzoekende partij benadrukt dat deze prijs wel degelijk betrekking heeft op de aankoop van het (onbewerkte) hout, de aankoop van het glas en de aankoop van het beslag. De prijs zou echter zo laag zijn doordat de verzoekende partij de houten kaders in een eigen schrijnwerkerij produceert. Ze haalt hierbij diverse offertes van leveranciers aan, die moeten aantonen dat deze prijs wel degelijk (i) meer omvat dan enkel houten profielen, en (ii) niet is vastgesteld “met de natte vinger”. Volgens haar heeft de verwerende partij deze materiaalkost niet gelezen in samenhang met de eveneens in haar prijsverantwoording vermelde productiekost van 150 euro/m², die bij haar, in tegenstelling tot andere inschrijvers, ook de fabricage van de houten kaders omvat doordat zij die kaders zelf produceert.

De verzoekende partij wijst er bovendien op dat de kostprijs bij andere kandidaten vanzelfsprekend hoger lag aangezien “een fabrikant-leverancier, naast zijn eigen materiaalkosten, fabricagekosten en algemene kosten, ook een eigen winstmarge zal incalculeren. Bovenop die kostprijs komt dan nog de winstmarge van de inschrijver zelf”.

Volgens de verzoekende partij was het bovendien noodzakelijk dat de verwerende partij, om een werkelijke inschatting te kunnen doen van de door haar opgegeven kostprijs, ook de eenheidsprijzen van de andere inschrijvers opvroeg. Zij merkt op dat dit niet is gebeurd, en dat er ook “geen (andere) objectieve elementen [zijn] terug te vinden die de veronderstellingen van de verwerende partij zouden onderbouwen”.

Ten tweede zou ook de bemerking van de verwerende partij dat de montageprijs opgegeven door de verzoekende partij voor de plaatsing van 146,9 m² aan ramen erg laag is, gebaseerd zijn “op flagrant onjuiste en ook irrelevante opvattingen”. De verzoekende partij heeft een prijs per vierkante meter opgegeven, zodat de grootte van de oppervlakte in kwestie niet relevant is. Daarnaast merkt de verzoekende partij op dat in het verslag van nazicht ten onrechte wordt verwezen naar “de kosten voor kranen”. De verzoekende partij zet hierbij het plaatsingsproces van een raam summier uiteen, waarbij zij opmerkt dat kranen hiervoor niet noodzakelijk zijn omdat het glas ter plaatse in de kaders wordt geplaatst via een liftarm met zuignappen die zich bevindt op de vrachtwagens van iedere leverancier van dergelijke beglazing. Ook doet zij opnieuw gelden dat een vergelijking met de montageprijs van andere inschrijvers ontbreekt.

De verzoekende partij meent, ten derde, dat de vaststelling dat haar eenheidsprijs sterkt afwijkt van de eenheidsprijs van andere inschrijvers niet volstaat om te kunnen concluderen dat het bij haar om een abnormale eenheidsprijs zou gaan. Volgens haar zou de eenheidsprijs in kwestie mogelijk verschillende elementen bevatten in de verschillende offertes. De andere inschrijvers zouden namelijk de prijs voor het beitsen verkeerdelijk in deze post kunnen hebben opgenomen waardoor deze hoger uitkomt, terwijl de prijs voor het beitsen afzonderlijk onder post 81.51.a diende te worden opgegeven.

Ten vierde, wijst de verzoekende partij erop dat het niet duidelijk is wat de andere eenheidsprijzen zijn, op basis waarvan het gemiddelde werd berekend. Zij stelt zich hierbij de vraag of de andere prijzen dicht bij elkaar lagen, dan wel of ze net zeer uiteenlopend waren.

Ten slotte wijst de verzoekende partij erop dat zij 34 opmerkingen heeft doorgegeven aan de verwerende partij betreffende onjuiste forfaitaire hoeveelheden in de opdrachtdocumenten, waarvan er 27 geheel of gedeeltelijk werden aanvaard. Dit is volgens de verzoekende partij duidelijk meer dan wat andere inschrijvers hebben doorgegeven, wat zou aantonen dat zij het dossier zeer grondig heeft bestudeerd, en dat de andere inschrijvers “kennelijk minder moeite hebben gedaan om hun offerte op te maken”. Deze vaststelling laat volgens de verzoekende partij nog minder toe om aan te nemen dat de andere inschrijvers wel een normale, zorgvuldige prijscalculatie zouden hebben gedaan en zichzelf niet.

7.2. In het tweede onderdeel voert de verzoekende partij aan dat de verwerende partij heeft nagelaten om haar veronderstellingen en vermoedens te verifiëren.

Zij verwijst daarbij naar de mogelijkheid geboden door artikel 36, § 2, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 om de inschrijver zo nodig opnieuw te ondervragen. Zowel in het licht van het zorgvuldigheidsbeginsel als gelet op de door de voormelde bepaling uitdrukkelijk aan de aanbestedende overheid geboden mogelijkheid, had de verwerende partij haar zogenaamde inzichten en eigen veronderstellingen en vermoedens moeten verifiëren alvorens er conclusies aan te verbinden.

De verzoekende partij stelt dat zij ervan uitging dat haar prijsverantwoording “voldoende informatie bevatte en afdoende was om een persoon die over de nodige (technische) kennis van zaken beschikte, aan te tonen dat de eenheidsprijs geen abnormaal karakter had”. Bovendien wijst zij erop dat zij reeds in haar prijsverantwoording had aangegeven dat zij bereid was om verdere toelichting te verschaffen.

Zij komt dan ook tot het besluit dat in de gegeven omstandigheden de redelijkheid en de zorgvuldigheid vereisten dat door de verwerende partij een bijkomende bevraging werd gedaan.

8. In een tweede middel voert de verzoekende partij een schending aan van de materiële motiveringsplicht. Zij betoogt dat de verwerende partij zich heeft bediend van veronderstellingen en vermoedens, zonder te verduidelijken waarop deze gebaseerd zijn en zonder deze aan te tonen. De verwerende partij zou haar beslissing dan ook gemotiveerd hebben aan de hand van overwegingen die feitelijk onjuist zijn, zoals de verwijzing naar kosten voor de plaatsing van een kraan, en die irrelevant en derhalve niet pertinent zijn.

9. Subsidiair vraagt de verzoekende partij om “een gerechtsdeskundige aan te stellen met als opdracht om te onderzoeken of de eenheidsprijs die de verzoekster heeft opgegeven voor de post 40.11 als een normale, marktconforme prijs kan worden bestempeld, daarbij rekening houdend met wat in de opdrachtdocumenten werd gevraagd en rekening houdend met alle kosten die in de prijs moesten worden ingecalculeerd, en om hierover een gemotiveerd advies te geven”.

10. In haar memorie van wederantwoord betoogt de verzoekende partij, wat het eerste onderdeel van het eerste middel betreft, dat de verwerende partij in haar memorie van antwoord heel wat zaken uit de prijsverantwoording over het hoofd ziet.

Zo is het volgens de verzoekende partij niet correct te stellen dat er, naast het vermelden van een eigen schrijnwerkerij, geen enkel ander element wordt aangevoerd ter verantwoording van de geboden eenheidsprijs. Zij wijst erop dat zij in de prijsverantwoording wel degelijk een prijsdetaillering heeft gegeven door opsplitsing van de verschillende kostenonderdelen, hetgeen een evaluatie mogelijk maakte. Bovendien werd in de prijsverantwoording niet louter verwezen naar de eigen schrijnwerkerij, maar werd ook aangegeven dat er personeel in de schrijnwerkerij werkt met een zeer lange staat van dienst en bijhorende knowhow, dat het machinepark modern is, en dat zij dienaangaande beschikt over een erkenning 6D5.

Volgens de verzoekende partij klopt het ook niet dat de verstrekte prijsverantwoording geen inzicht geeft in de concrete samenstelling van de eenheidsprijs en niet toelaat na te gaan of de kosten redelijk werden ingeschat. Zij zou namelijk een gedetailleerde samenstelling van de prijs hebben gegeven, waardoor de opsteller van het verslag van nazicht had kunnen nagaan of de verschillende deelprijzen marktconform waren.

De verzoekende partij betwist ook dat het motief om haar prijsverantwoording niet te aanvaarden beperkt zou zijn tot de overweging dat het hebben van een eigen schrijnwerkerij niet opweegt tegen het feit dat haar eenheidsprijs meer dan 40 % lager ligt dan die van de andere inschrijvers. Volgens de verzoekende partij wordt in het verslag van nazicht immers ook de door haar opgegeven prijsdetaillering besproken en geëvalueerd, waarna wordt besloten dat de prijzen van bepaalde kostenonderdelen volgens de eigen inzichten van de opsteller van het verslag van nazicht niet marktconform zouden zijn. Zij stelt ook vast dat er in de memorie van antwoord omtrent deze punten “geen tegenspraak of betwisting” is, waaruit volgens haar besloten dient te worden dat de verwerende partij erkent dat deze overwegingen en conclusies niet dienstig zijn om de beslissing te onderbouwen.

Bovendien moet volgens de verzoekende partij ook de vraag worden gesteld waarom zowel in het nazichtverslag als in de memorie van antwoord met geen woord wordt gerept over de prijs die werd geraamd voor de post 40.11. Zij vraagt dat de gedetailleerde raming zou worden voorgelegd, zodat op die manier kan worden nagaan welke prijs voor de betrokken post werd geraamd.

11. Wat het tweede onderdeel van het eerste middel betreft, merkt de verzoekende partij nog bijkomend op dat zij in het verleden al meermaals een aanneming van werken heeft uitgevoerd in opdracht van de verwerende partij, waarbij de plaatsing van houten schrijnwerk eveneens een onderdeel van de opdracht uitmaakte, en waarbij de verwerende partij noch vragen had bij de prijszetting, noch opmerkingen had omtrent de kwaliteit van de uitvoering. Tegenover het feit dat een bijkomende bevraging geen verplichting vormt in

ECLI:BE:RVSCE:2024:ARR.260.207 XII-9132-15/25

hoofde van de aanbestedende overheid, staan volgens de verzoekende partij het redelijkheids- en zorgvuldigheidsbeginsel, die juist aan de orde zijn wanneer er geen welbepaalde verplichting voorligt.

12. In de memorie van wederantwoord voert de verzoekende partij geen nieuwe elementen aan wat betreft het tweede middel, maar beperkt zij zich tot het hernemen van de argumentatie vervat in haar verzoekschrift.

13. In haar laatste memorie gaat de verzoekende partij nog uitvoerig in op haar eerste middel.

Zij benadrukt dat bij de beoordeling van het middel enkel rekening kan worden gehouden met elementen die door de verwerende partij in de motivering van de bestreden beslissing in overweging werden genomen.

Het opsplitsen van de eenheidsprijs in zijn bestanddelen betreft een zeer gebruikelijk methode en komt volgens haar voldoende tegemoet aan de vraag tot “toelichting” en “motivering” van de prijs. In het andere geval rijst volgens de verzoekende partij immers de vraag tot waar de prijsverantwoording dan wel dient te gaan.

Volgens de verzoekende partij volstond het ook om expliciet te wijzen op de invloed van een eigen schrijnwerkerij op de prijszetting. Het is logisch en algemeen geweten dat wanneer men een beroep doet op een onderaannemer, deze niet alleen een eigen winstmarge zal aanrekenen, maar ook een aandeel in zijn vaste kosten, wat uiteraard kostenverhogend werkt. Dit gegeven moet volgens haar niet specifiek ten aanzien van een aanbestedende overheid, bijgestaan door een architect, worden onderbouwd. Het is voor haar een raadsel hoe zij verder concreet zou kunnen aantonen wat exact de impact van dit voordeel zou zijn op de prijszetting.

Zij wijst er ook op dat de verwerende partij haar nog maar enkele jaren geleden, in het kader van de gunning van een opdracht van werken inhoudende de renovatie van een schoolgebouw, om een prijsverantwoording heeft

gevraagd inzake houten ramen, waarbij de verzoekende partij in haar antwoord eveneens gewezen heeft op haar eigen schrijnwerkerij zonder verdere prijsdetaillering. De offerte van de verzoekende partij werd toen niet onregelmatig verklaard, en de opdracht werd zelfs aan haar gegund.

Waar de verzoekende partij in haar prijsverantwoording wijst op een modern, geavanceerd machinepark en op ervaren, gekwalificeerd personeel, meent zij tevens dat redelijkerwijze moet worden aangenomen dat deze gegevens een gunstige invloed zouden (kunnen) hebben op de prijszetting, zonder dat dit nog op één of andere wijze cijfermatig bewezen hoeft te worden. Zo niet, dient volgens haar geconcretiseerd te worden op welke manier het bewijs door de inschrijver kan worden geleverd opdat dit element effectief als een prijsbepalende factor in aanmerking kan worden genomen.

Volgens de verzoekende partij wordt in het verslag van nazicht geen rekening gehouden met het feit dat een verschil van 15% à 20% tussen eenheidsprijzen helemaal niet ongewoon is en in de praktijk zelfs vaak voorkomt. Bovenop het gebruikelijke prijsverschil moet volgens haar rekening worden gehouden met de besparing die wordt verkregen door eigen fabricage en plaatsing (en dus door te werken zonder onderaannemer) en die ook gemakkelijk 15% à 20% kan bedragen.

Alleen al het element dat zij beschikt over een eigen schrijnwerkerij, en dat is niet het enige element dat zij heeft aangebracht, biedt volgens de verzoekende partij een verklaring om het verschil met het gemiddelde terug te brengen tot een verschil dat in de praktijk heel normaal is. De verwerende partij lijkt volgens haar ook ten onrechte te redeneren dat de verzoekende partij een verklaring had moeten geven voor het volledige verschil van 40%.

De verzoekende partij benadrukt dat wanneer de inschrijver aangeeft hoeveel het aandeel van het materiaal (zonder beperking) in de prijs bedraagt, de aanbesteder mag en moet ervan uitgaan dat dit dan effectief betrekking heeft op al het materiaal, en dat de aanbesteder, indien hij daar toch nog zou aan twijfelen, eerst een en ander bij de inschrijver dient te verifiëren, in plaats

van zijn veronderstelling of vermoeden zonder meer als een vaststaand gegeven te beschouwen en zijn beslissing daarop te steunen.

Ten slotte doet zij nog gelden dat, als zij in het kader van de voorliggende procedure concrete elementen naar voren heeft gebracht, die niets te maken hebben met het bijkomend onderbouwen van haar prijzen, noch met het geven van een bijkomende prijsverantwoording, maar enkel met het weerleggen van de verkeerde veronderstellingen en vermoedens in het verslag van nazicht.

14. Wat het tweede middel betreft, verduidelijkt de verzoekende partij in haar laatste memorie dat zij geen schending van de formele motiveringsplicht heeft ingeroepen. Zij verwijst naar haar uiteenzetting met betrekking tot het eerste middel en benadrukt, wat de vermelding van de eigen schrijnwerkerij in haar prijsverantwoording betreft, dat wat evident en alom geweten is, niet geëxpliciteerd noch bewezen dient te worden.

De conclusie blijft volgens de verzoekende partij dat de motieven die de verwerende partij heeft gebruikt om haar offerte onregelmatig te verklaren, louter eigen veronderstellingen en vermoedens betreffen, die op niets gebaseerd zijn, die ook manifest onjuist zijn en die nooit bij de verzoekende partij werden afgetoetst.

B. Beoordeling

Eerste middel, eerste onderdeel, en tweede middel

15. Het door de verzoekende partij ingeroepen artikel 36 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 regelt het onderzoek door de aanbestedende overheid naar abnormaal lage of hoge prijzen of kosten in de offertes, nadat eerst een algemeen prijzenonderzoek werd uitgevoerd op grond van artikel 35 van het voormelde koninklijk besluit.

Bij de beoordeling van de door een inschrijver gegeven prijsverantwoording beschikt de aanbestedende overheid in beginsel over een

beoordelingsruimte. Het komt de Raad van State niet toe om zijn eigen beoordeling in de plaats te stellen van die van de aanbestedende overheid. In de uitoefening van het hem opgedragen rechtmatigheidstoezicht kan de Raad van State desgevraagd wel nagaan of de beoordeling door de overheid berust op voldoende veruitwendigde en in feite en in rechte draagkrachtige motieven, of die motieven na een zorgvuldig onderzoek van het dossier tot stand zijn gekomen, en of de overheid binnen de perken van haar beoordelingsruimte is gebleven.

16. Uit het administratief dossier blijkt dat de verwerende partij een prijsverantwoording vroeg omdat werd vastgesteld dat de door de verzoekende partij opgegeven eenheidsprijs voor post 40.11, profielen/hout – gebeitst / FH/ m², 41,42 % lager was dan de gemiddelde offerteprijs.

In dit verband moet eraan worden herinnerd dat een vraag tot prijsverantwoording een ernstige aangelegenheid is en dat een om prijsverantwoording gevraagde inschrijver dient te weten dat hij het risico loopt dat zijn offerte onregelmatig wordt verklaard. Hij mag zich niet beperken tot vaagheden en algemeenheden, maar dient zijn vermoedelijk abnormaal lage totaal- of eenheidsprijzen specifiek, concreet onderbouwd en zo volledig mogelijk gestaafd te verantwoorden. Bij een prijsverantwoording ligt de bewijslast op de betrokken inschrijver. Het staat aan die inschrijver om op een concrete en onderbouwde wijze het vermoeden van abnormaliteit van de prijs te weerleggen.

In de beknopte prijsverantwoording die de verzoekende partij op 2 april 2021 heeft verstrekt, geeft zij aan dat “de prijscalculatie correct en marktconform is gebeurd en [dat] er van enig abnormaal karakter geen sprake is”. Weliswaar splitst zij de eenheidsprijs van de betrokken post op in verschillende onderdelen (materiaalkost, productiekost, montagekost, en winst, risico en algemene kosten). Zij onderbouwt of staft die onderdelen echter niet aan de hand van stukken. Daarnaast geeft de verzoekende partij in haar prijsverantwoording aan te beschikken “over een eigen schrijnwerkerij, welke uiteraard een toe te rekenen supplementaire winstmarge op een onderaannemer uitsluit”, met bekwaam en efficiënt personeel, een modern machinepark en een erkenning 6D5.

Als bijlage bij die beknopte prijsverantwoording voegt zij enkel een getuigschrift van erkenning.

17. Voor zover de verzoekende partij in haar verzoekschrift betoogt dat de exacte identiteit van de opsteller van het verslag van nazicht onbekend is en aldus de “kwalificaties” en “technische onderlegdheid” van deze opsteller in vraag stelt, stelt de Raad van State vast dat het verslag van nazicht uitgaat van “FM Onderwijs” en dus van het Departement Facility Management Onderwijs van de Stad Gent. De verwerende partij mag aldus geacht worden te beschikken over de deskundigheid om de door de verzoekende partij verstrekte prijsverantwoording te beoordelen.

18. Voor zover de verzoekende partij betoogt dat de beslissing om haar offerte als onregelmatig te beschouwen, enkel berust op veronderstellingen en vermoedens die niet alleen onjuist zouden zijn maar die ook door geen enkel objectief element zouden worden ondersteund, kan zij niet worden bijgevalen.

Zoals de verwerende partij terecht opmerkt, is het doorslaggevend motief in het verslag van nazicht om de offerte van de verzoekende partij onregelmatig te verklaren het feit dat deze weliswaar aankaart over een eigen schrijnwerkerij te beschikken, waardoor ze haar winstmarge kan drukken, maar dat haar prijsverantwoording niet opweegt tegen het feit dat de door haar opgegeven eenheidsprijs voor de betrokken post meer dan 40 % lager ligt dan de gemiddelde eenheidsprijs.

De verzoekende partij blijft in gebreke het ondeugdelijk karakter aan te tonen van deze overweging, te meer daar zij zelf in haar prijsverantwoording heeft nagelaten om dit voordeel te concretiseren in het licht van de betrokken opdracht, behoudens een abstracte verwijzing naar het vermijden van een winstmarge die aangerekend zou worden door een onderaannemer.

19. Waar de verzoekende partij stelt dat meerdere elementen verkeerd zouden zijn aangenomen door de verwerende partij, gaat zij eraan voorbij dat de bewijslast bij een prijsverantwoording op de betrokken inschrijver ligt.

Wat de materiaalkost betreft, gaat de verwerende partij, bij gebrek aan nadere onderbouwing door de verzoekende partij, niet enkel uit van een vermoeden dat onder deze prijs enkel de houten profielen zijn gerekend. Zij verwijst in de eerste plaats naar hetgeen de betrokken post luidens het bestek omvat. Het gaat de grenzen van een zorgvuldige beoordeling niet te buiten dat de verwerende partij de door de verzoekende partij in haar prijsverantwoording opgegeven materiaalkost afzet tegenover alle ‘Pro Memorie’ artikels die volgens de technische bepalingen van het bestek onder deze post moeten worden gerekend.

De verzoekende partij voegt diverse offertes van leveranciers bij haar verzoekschrift om aan te tonen dat haar prijszetting wel degelijk gebaseerd is op normale, marktconforme prijzen die werden verkregen van reguliere fabrikanten of leveranciers. Deze offertes waren echter niet gevoegd bij haar prijsverantwoording. Nochtans tonen deze offertes aan dat de verzoekende partij wel degelijk in staat was om haar prijsverantwoording meer concreet te onderbouwen. Zij heeft echter nagelaten dit te doen.

Hetzelfde geldt wat de argumentatie van de verzoekende partij dat de materiaalkost dient te worden samengelezen met de eveneens in haar prijsverantwoording vermelde productiekost van 150 euro/m² betreft, omdat deze kost bij haar, in tegenstelling tot de andere inschrijvers, ook de fabricage van de houten kaders zou omvatten. Ook deze meer concrete verantwoording blijkt niet te zijn verstrekt in het kader van de gevraagde prijsverantwoording.

Nu de verzoekende partij in haar prijsverantwoording geen nadere informatie heeft verschaft over de betrokken montagekost, kan het de verwerende partij voorts niet ten kwade worden geduid dat zij zelf naar een verklaring heeft gezocht. Daargelaten de vraag of de montage al dan niet het gebruik van “kranen” vereist, stelt de Raad vast dat de verzoekende partij zelf aangeeft dat het glas slechts in de kaders kan worden geplaatst via een liftarm met zuignappen, die zich bevindt op de vrachtwagens van de betrokken leveranciers.

20. Voorts blijkt de verwerende partij wel degelijk de eenheidsprijzen van de overige inschrijvers evenals de ramingsprijs voor de betrokken post

bij haar prijsonderzoek te hebben betrokken. Dit blijkt uit de vertrouwelijke stukken van het administratief dossier, die de Raad van State bij zijn onderzoek mag betrekken. Zo bevatten die stukken een vergelijkende prijzentabel met daarin onder meer de eenheidsprijzen van de inschrijvers en de geraamde prijzen. Uit de vergelijkende tabel blijkt overigens dat de eenheidsprijs van de verzoekende partij voor post 40.11 niet alleen 41,42 % afweek van de gemiddelde eenheidsprijs, maar ook op substantiële wijze van de geraamde prijs.

21. In zoverre de verzoekende partij er nog op wijst dat zij in vergelijking met de andere inschrijvers meer opmerkingen met betrekking tot onjuiste forfaitaire hoeveelheden aan de verwerende partij heeft bezorgd, valt op te merken dat hieruit niet kan worden afgeleid dat die andere inschrijvers geen zorgvuldige prijscalculatie zouden hebben gemaakt.

22. De verzoekende partij doet nog gelden dat in het kader van een eerdere overheidsopdracht de verwerende partij haar eveneens om een prijsverantwoording heeft gevraagd en dat haar offerte toen niet onregelmatig werd verklaard, meer nog, dat de opdracht zelfs aan haar werd gegund.

Een aanbestedende overheid dient bij de beoordeling van offertes voor een bepaalde overheidsopdracht de offertes evenwel steeds *in concreto* te beoordelen. Bijgevolg kan niet worden ingezien hoe een aanbestedende overheid een rechtmatige verwachting zou kunnen wekken bij een inschrijver die bij een andere overheidsopdracht een opdracht gegund kreeg, om bij een gelijkaardige opdracht opnieuw op dezelfde wijze te worden beoordeeld binnen het raam van het prijsonderzoek.

23. Uit het voorgaande volgt dat de verzoekende partij niet aantoont dat de verwerende partij de grenzen van een redelijke en zorgvuldige beoordeling zou hebben overschreden door te oordelen dat de schijn van abnormaliteit niet is weggenomen na de gegeven prijsverantwoording voor post 40.11. Evenmin toont zij aan dat de daartoe verstrekte motieven niet deugdelijk zouden zijn.

Eerste middel, tweede onderdeel

24. De verzoekende partij betoogt in het tweede onderdeel van het eerste middel dat de verwerende partij in het licht van zowel het zorgvuldigheidsbeginsel als de bij artikel 36, § 2, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 geboden mogelijkheid om aan een inschrijver aanvullende inlichtingen te vragen, haar opnieuw had moeten ondervragen om de “veronderstellingen en vermoedens” van de verwerende partij te verifiëren.

Zoals de verzoekende partij ook zelf erkent, impliceert de mogelijkheid geboden aan de aanbestedende overheid bij artikel 36, § 2, laatste lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, om de inschrijvers opnieuw te bevragen, in beginsel geen verplichting daartoe.

Hoewel aangenomen kan worden dat een tweede bevraging te dezen mogelijk meer klaarheid had kunnen brengen, blijkt niet dat de verwerende partij de grenzen van een zorgvuldige beoordeling te buiten is gegaan door in de gegeven omstandigheden niet tot een nieuwe bevraging over te gaan.

25. Voor zover de verzoekende partij erop wijst dat zij reeds in haar prijsverantwoording had aangegeven bereid te zijn om nadere toelichting te verschaffen, gaat zij eraan voorbij dat een inschrijver die een verzoek tot prijsverantwoording ontvangt, dient te weten dat hij het risico loopt dat zijn offerte in geval van een onvoldoende verantwoording, onregelmatig wordt verklaard. Hij kan daarbij niet zonder meer uitgaan van een herkansingsmogelijkheid.

Verzoek tot aanstelling van een deskundige

26. Wat het door de verzoekende partij in ondergeschikte orde geformuleerde verzoek tot aanstelling van een deskundige betreft, valt op te merken dat in beginsel alleen die technische problemen waaromtrent de Raad van State niet over de vereiste technische kennis beschikt en die reeds door de partij die een deskundigenonderzoek vraagt met een minimum aan geloofwaardige gegevens worden onderbouwd, aanleiding kunnen zijn tot de aanstelling van een deskundige.

Te dezen wordt de Raad van State, om de twee middelen te kunnen beoordelen, niet voor technische vraagstukken geplaatst die zouden nopen tot de aanstelling van een deskundige. Het daartoe strekkend verzoek wordt dan ook verworpen.

Besluit

27. Het eerste middel, in de beide onderdelen, en het tweede middel kunnen niet aangenomen worden.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende 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 770 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op eenentwintig juni tweeduizend vierentwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Paul Lemmens,	kamervoorzitter,
Patricia De Somere,	staatsraad,
Inge Vos,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Paul Lemmens