

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIVe KAMER

A R R E S T

**nr. 261.972 van 13 januari 2025
in de zaak A. 243.723/XIV-39.695**

In zake: NV D.
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Ann Eeckhout en Lotte Ottevaere
kantoor houdend te 9700 Oudenaarde
Droesbekeplein 20
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE SINT-GILLIS-WAAS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Erika Rentmeesters en Tom Huygens
kantoor houdend te 9100 Sint-Niklaas
Vijfstraten 57-59
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

NV B.
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Filip Geerts
kantoor houdend te 9300 Aalst
Bauwensplein 1, bus 10
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 13 december 2024, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Sint-Gillis-Waas van 28 november 2024 waarbij de opdracht ‘Brandweerkazerne en gemeentemagazijn renoveren en uitbreiden – uitvoering’ wordt gegund aan een derde en de offerte ingediend door de verzoekende partij nietig wordt verklaard.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een administratief dossier ingediend.

Met een verzoekschrift van 31 december 2024 heeft de nv B. gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 8 januari 2025 om 11:00 uur.

Staatsraad Inge Vos heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Ann Eeckhout, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Jorn Houvenaeghel, die *loco* advocaten Tom Huygens en Erika Rentmeesters verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Filip Geerts, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Frederic Eggermont heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht voor werken uit met als voorwerp ‘Brandweerkazerne en gemeentemagazijn renoveren en uitbreiden – uitvoering’. De opdracht wordt geraamd op 2.497.990,77 euro (btw inbegrepen).

Als plaatsingsprocedure wordt gekozen voor de openbare procedure, met de prijs als enig gunningscriterium.

De opdracht wordt nationaal bekendgemaakt.

3.2. Vier inschrijvers, waaronder de verzoekende partij en de verzoekende partij tot tussenkomst, dienen tijdig een offerte in.

3.3. Op 4 juli 2024 beslist het college van burgemeester en schepenen van de verwerende partij om de opdracht te gunnen aan de verzoekende partij, die de offerte met de laagste prijs heeft ingediend, voor een bedrag van 2.583.488,97 euro (btw inbegrepen).

De inschrijvers worden hiervan in kennis gesteld met een schrijven van 23 juli 2024.

3.4. Met een aangetekend schrijven en e-mailbericht van 6 augustus 2024 uit de verzoekende partij tot tussenkomst kritiek op de voormelde gunningsbeslissing, inzonderheid wat het prijsonderzoek betreft.

3.5. Op 5 september 2024 beslist het college van burgemeester en schepenen van de verwerende partij om de gunningsbeslissing van 4 juli 2024 in te trekken.

3.6. Met een aangetekend schrijven van 2 oktober 2024, afzonderlijk verstuurd naar elk van de inschrijvers, wijst de verwerende partij alle inschrijvers op een aantal “afwijkende eenheidsprijzen” in hun offerte en vraagt zij om deze prijzen, binnen een termijn van twaalf kalenderdagen, “grondig te verantwoorden, volgens de motieven opgesomd in art. 36, § 2, van het KB plaatsing overheidsopdrachten van 18 april 2017”. Tevens wordt gevraagd om “de verantwoordingen [over te maken] inzake de eerbiediging van de verplichtingen zoals bedoeld in artikel 7, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten, die van toepassing zijn in de domeinen van het sociaal, arbeids- en milieurecht, met inbegrip van de verplichtingen die van toepassing zijn op het vlak van welzijn, lonen en sociale zekerheid.”

Wat de offerte van de verzoekende partij betreft, wordt inzonderheid gevraagd om de volgende eenheidsprijzen te verantwoorden:

- “- 04.01.02.2 — afbraak volledige constructie — grenzend aan andere gebouwen/slopen gebouw
- 20.02.03.3 — binnenspouwblad — betonsteen met gewone granulaten/dikte 29 cm
- 20.4.03.3 — dragende binnenmuur — betonsteen met gewone granulaten/dikte 19 cm
- 22.02.01.2 — gevelstenen — bakstenen/handvorm- en vormbakstenen
- 53.01.01.2 — tegelvloeren — keramisch/geperste tegels 20 x 10 cm
- 56.01.04 — keukenmeubelen/toog — volgens plan
- 64.12.5.2 — vacumbusboiler
- 75.5 — ASTRID & Inhouse GSM dekking
- 79.01 — Personenlift 630kg, 8 personen, 2 stopplaatsen, met automatische verluchting van liftschacht.”

3.7. De verzoekende partij tot tussenkomst verstrekt een prijsverantwoording op 10 oktober 2024, de verzoekende partij op 14 oktober 2024.

3.8. In het verslag van nazicht van 7 november 2024 wordt in het kader van de beoordeling van de uitsluitingsgronden onder meer het volgende opgemerkt:

“Wat de overige facultatieve uitsluitingsgronden betreffen:

In het kader van de gevraagde prijsverantwoording (infra) werd overeenkomstig artikel 36 § 2, 4e lid aan alle inschrijvers gevraagd om de schriftelijke verantwoordingen over te maken inzake de eerbiediging van de verplichtingen bedoeld in artikel 7, eerste lid, van de wet, die van toepassing zijn in de domeinen van het sociaal, arbeids- en milieurecht, met inbegrip van de verplichtingen die van toepassing zijn op het vlak van welzijn, lonen en sociale zekerheid.

Door Dero Construct werd enkel geantwoord dat bevestigd wordt dat zij aan alle verplichtingen, bedoeld in artikel 7, eerste lid van de wet van 17 juni 2026 voldoen. Dit antwoord kan niet volstaan als afdoende verantwoording. Uit de wettelijke verplichting voor de opdrachtgever om, ingeval een prijsverantwoording wordt gevraagd, ook een specifieke verantwoording te vragen inzake de eerbiediging van de verplichtingen op vlak van welzijn, lonen en sociale zekerheid, volgt logischerwijze dat die verantwoording ook gegeven moet worden. Het Verslag aan Koning bij het KB Plaatsing bepaalt hierover :

‘De aandacht wordt er eveneens op gevestigd dat aan de aanbestedende overheid wordt gevraagd de inschrijver systematisch te verzoeken de

verantwoordingen te geven die betrekking hebben op de eerbiediging van de regels inzake milieu-, sociaal en arbeidsrecht, met inbegrip van de verplichtingen die gelden op het vlak van welzijn, lonen en sociale zekerheid. Moeten aldus nagezien worden: de juiste berekening van de loonkosten, de correcte betaling van de sociale bijdragen of het bestaan van een globaal preventieplan (wanneer dit vereist is) in hoofde van de inschrijver. Als voorbeelden in het domein van welzijn kan het volgende aangehaald worden: correcte logementsvoorwaarden (niet op de werf), de arbeidstijd, de wekelijkse rusttijd, ...'

De loutere bevestiging dat aan alle verplichtingen wordt voldaan, kan dan ook niet als verantwoording aanvaard worden."

Besloten wordt dat de offerte van de verzoekende partij omwille van bovenvermelde redenen nietig wordt verklaard, maar dat de gegevens van de offerte wel meegenomen worden in het verdere nazicht.

Wat het prijsonderzoek betreft, bevat het verslag van nazicht voorts de volgende algemene opmerking inzake de door de verwerende partij gehanteerde werkwijze:

"Nazicht abnormale eenheidsprijzen en totale offerteprijzen:

De verschillende eenheidsprijzen werden nagekeken en onderling vergeleken.

De controle is gebeurd met een marge van 15% afwijking in meer of min ten opzichte van de gemiddelde eenheidsprijzen van de inschrijvers.

De posten waarvan het totaal bedrag kleiner is dan 1% van de gemiddelde aanbestedingsprijs van de inschrijvers worden niet vergeleken, enkel de posten waarvan het gemiddelde van de eenheidsprijzen van de inschrijvers hoger is dan 1% worden vergeleken op abnormale eenheidsprijzen.

Berekening abnormale totale offerteprijzen (excl. btw)

De prijs van elke offerte wordt vergeleken met de gemiddelde offerteprijs.

Berekening gemiddelde offerteprijs op basis van:

Maximale afwijking: 15,00%

Dit geeft een gemiddelde van: € 2.435.921,04 (excl. btw)

Dit geeft een MAXIMUM van: € 2.801.309,20 (excl. btw)

Dit geeft een MINIMUM van: € 2.070.532,89 (excl. btw)

Er werden geen abnormale totale offerteprijzen vastgesteld.

Berekening abnormale eenheidsprijzen (excl. btw)

Berekening gemiddelde EHP op basis van:

Laagste EHP meegerekend.

Hoogste EHP meegerekend.

Enkel posten waarvan de gemiddelde EHP meer dan 1 % van de totale gemiddelde offerteprijs bedraagt werden gecontroleerd.

Maximale afwijking: 15,00%

Zowel abnormaal HOGE als abnormaal LAGE prijzen.”

De door de verzoekende partij verstrekte prijsverantwoording voor de hiervoor vermelde eenheidsprijzen wordt als volgt beoordeeld:

“Door [de nv D.] werd enkel geantwoord dat bevestigd wordt dat zij aan alle verplichtingen, bedoeld in artikel 7, eerste lid van de wet van 17 juni 20[1]6 voldoen. Dit antwoord kan niet volstaan als afdoende verantwoording. Om die reden wordt de offerte van [de nv D.] nietig verklaard.

Bij de inschrijver [de nv D.] werden voor de volgende artikels afwijkende prijzen vastgesteld, die niet correct verantwoord werden:

04.01.02.2 afbraak volledige constructie – grenzend aan andere gebouwen/slopen gebouw

Eenheidsprijs raming € 65.000,00

<15% = € 55.250,00

>15% = € 74.750,00

Gemiddelde eenheidsprijs inschrijvers € 83.474,89

<15% = € 70.953,66

>15% = € 95.996,12

[de nv D.] heeft voor dit artikel een abnormale eenheidsprijs opgegeven namelijk: € 45.982,57

20.04.03.3 dragende binnenmuur – betonsteen met gewone granulaten/dikte 19 cm

Eenheidsprijs raming € 550,00

<15% = € 467,50

>15% = € 632,50

Gemiddelde eenheidsprijs inschrijvers € 611,95

<15% = € 520,16

>15% = € 703,75

[de nv D.] heeft voor dit artikel een abnormale eenheidsprijs opgegeven namelijk: € 450,47

De gegeven prijsverantwoording beperkt zich tot een opgave van de in de offerte opgegeven prijs, met een verdere opsplitsing in posten, en de vermelding dat de prijzen gebaseerd zijn op prijsoffertes van verschillende onderaannemers, waar de jarenlange samenwerking en opgebouwde vertrouwensband kan leiden tot prijsgunstige offertes.

Dergelijke verantwoording kan niet volstaan. Artikel 36 §2 KB Plaatsing bepaalt:

‘§ 2. Bij de prijzen- of kostenbevraging verzoekt de aanbestedende overheid de inschrijver om de nodige schriftelijke verantwoording over de samenstelling van de abnormaal geachte prijs of kost te verstrekken binnen een termijn van twaalf dagen, tenzij de uitnodiging een langere termijn bepaalt.

Wanneer echter gebruik wordt gemaakt van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking, kan de aanbestedende overheid, mits uitdrukkelijk gemotiveerde bepaling in de opdrachtdocumenten, in een kortere termijn voorzien.

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

De verantwoording houdt met name verband met :

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

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

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

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

Het louter vermelden van subprijzen, zonder verantwoording van deze prijzen zelf, voldoet niet aan de eisen van dit artikel. Het Verslag aan de Koning bij het KB Plaatsing vermeldt ook uitdrukkelijk dat het niet volstaat om te verwijzen naar de prijzen van de onderaannemers : in dat geval moet er minstens een verantwoording worden gegeven van hun prijzen :

‘Ook dient aangestipt dat een inschrijver zich niet eenvoudigweg kan beroepen op de met een winstmarge verhoogde prijs van een onderaannemer om zijn prijs uit te leggen. In dit geval is verdere informatie over de prijs van de onderaannemer vereist.’

Zie ook : Meylemans R. ‘Het onderzoek van de offerte – Het verbod op abnormale prijzen’ in [SCHUTYSER] B. (ed.) De aanbesteding van overheidsopdrachten en concessies. Een interpretatieve benadering, Mechelen, Wolters Kluwer, 2023, p. 1290 :

‘Een inschrijver kan zich er niet toe beperken zijn prijs te detailleren, hij moet ook de diverse samenstellende delen van die prijs verantwoorden. (RvS 14 september 2017, nr. 239.105, [B.] e.a.; RvS 31 maart 2017, nr. 237.894, [T.]; RvS 7 maart 2017, nr. 237.583, [C.] e.a.; RvS 29 december 2016, nr. 236.950, [Q.]; RvS 19 februari 2015, nr. 230.239, [A.]; RvS 15 mei 2013, nr. 223.475, [A.]; RvS 5 april 2012, nr. 218.830, [S.]). Een inschrijver kan om zijn prijs uit te leggen niet eenvoudig weg naar de prijs van een onderaannemer of leverancier verhoogd met een winstmarge verwijzen. De vraag verlegt zich dan naar die onderaannemer of die leverancier en een afdoende verantwoording van diens prijzen is dan vereist. (RvS 1 maart 2022, nrs. 253.139 en 253.218, [H.]; RvS 5 april 2018, nr. 241.206, [A.]; RvS 31 mei 2011, nr. 213.585, [B.]; RvS 12 mei 2011, nr. 213.205, [F.]). Het is immers mogelijk dat ook een onderaannemer of een leverancier een abnormaal lage prijs heeft ingediend.(...)

De inschrijvers moeten dus een verantwoording indienen die zo veel mogelijk bewezen en becijferd is, om niet het risico te lopen dat hun verantwoording door de aanbesteder onvoldoende wordt geacht.’

Hierdoor wordt de offerte van [de nv D.] nietig verklaard.”

Voorgesteld wordt om de opdracht te gunnen aan de verzoekende partij tot tussenkomst.

3.9. Op 28 november 2024 beslist het college van burgemeester en schepenen van de verwerende partij om het verslag van nazicht goed te keuren en om de opdracht te gunnen aan de verzoekende partij tot tussenkomst voor een bedrag van 2.811.645,85 euro (btw inbegrepen). Daarbij wordt wat de offerte van de verzoekende partij betreft tevens het volgende overwogen:

“Overwegende dat na het regelmatigheidsonderzoek volgende offertes nietig worden verklaard:

- [de nv D.]: de prijsverantwoording voor de abnormale eenheidsprijzen wordt onvoldoende geacht
- [...].”

Dit is de bestreden beslissing.

3.10. Met een aangetekend schrijven en e-mailbericht van 28 november 2024 wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat de opdracht aan een andere inschrijver werd gegund. Tevens wordt meegedeeld dat haar offerte nietig werd verklaard om de volgende reden(-en):

“Uw prijsverantwoording voor abnormale prijzen is onvoldoende:

-Overeenkomstig artikel 36 § 2, 4e lid werd gevraagd om de schriftelijke verantwoordingen over te maken inzake de eerbiediging van de verplichtingen bedoeld in artikel 7, eerste lid, van de wet, die van toepassing zijn in de domeinen van het sociaal, arbeids- en milieurecht, met inbegrip van de verplichtingen die van toepassing zijn op het vlak van welzijn, lonen en sociale zekerheid.

Er werd door jullie enkel bevestigd dat jullie aan alle verplichtingen, bedoeld in artikel 7, eerste lid van de wet van 17 juni 20[1]6 voldoen. Dit antwoord kan niet volstaan als afdoende verantwoording.

-De gegeven prijsverantwoording beperkt zich tot een opgave van de in de offerte opgegeven prijs, met een verdere opsplitsing in posten, en de vermelding dat de prijzen gebaseerd zijn op prijsoffertes van verschillende onderaannemers, waar de jarenlange samenwerking en opgebouwde vertrouwensband kan leiden tot prijsgunstige offertes.

Dergelijke verantwoording kan niet volstaan.

Het artikel 36 §2 KB plaatsing bepaalt:

[...]

Dus het louter vermelden van subprijzen, zonder verantwoording van deze prijzen zelf, voldoet niet aan de eisen van dit artikel. Het Verslag aan de Koning bij het KB Plaatsing vermeldt ook uitdrukkelijk dat het niet volstaat om te verwijzen naar de prijzen van de onderaannemers : in dat geval moet er minstens een verantwoording worden gegeven van hun prijzen :

‘Ook dient aangestipt dat een inschrijver zich niet eenvoudigweg kan beroepen op de met een winstmarge verhoogde prijs van een onderaannemer om zijn prijs uit te leggen. In dit geval is verdere informatie over de prijs van de onderaannemer vereist.’

3.11. Met een e-mailbericht en aangetekend schrijven van 10 december 2024 uit de verzoekende partij kritiek op de bestreden beslissing en verzoekt zij de verwerende partij om deze beslissing in te trekken.

3.12. Nadat zij hierom op 11 december 2024 heeft verzocht, wordt de verzoekende partij op 12 december 2024 in kennis gesteld van de integrale gunningsbeslissing en het bijbehorende verslag van nazicht.

3.13. Met een e-mailbericht en aangetekend schrijven van 13 december 2024 zet de verwerende partij uiteen waarom er volgens haar geen reden is om over te gaan tot intrekking van de gunningsbeslissing van 28 november 2024.

IV. Tussenkoms

4. De nv B. blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet haar verzoek tot tussenkoms worden ingewilligd.

V. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

5. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, zoals van toepassing op de voorliggende vordering, gelezen in samenhang met de 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; de wet van 17 juni 2013), moet enkel worden onderzocht of in de voorliggende vordering tot schorsing die is ingesteld volgens de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid wordt aangevoerd.

VI. Onderzoek van het tweede middel

Standpunt van de partijen

6. Het tweede middel is genomen uit de schending van artikel 7, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: de wet van 17 juni 2016), van de artikelen 36, §§ 2 en 3, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: het koninklijk besluit van 18 april 2017) en van “de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder de zorgvuldigheidsplicht, het redelijkheids-beginsel, de gelijkheid van de inschrijvers en de motiveringsplicht”. In dit middel uit de verzoekende partij kritiek op de beoordeling van de door haar verstrekte prijsverantwoording op grond waarvan haar offerte nietig werd verklaard.

Het middel wordt door de verzoekende partij als volgt samengevat:

“Schending van het artikel 36§2 en 36§3 KB Plaatsing, alsmede van artikel 7 1e lid Wet Overheidsopdrachten, alsmede van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijnde: de zorgvuldigheidsplicht, het redelijkheids-beginsel, de gelijkheid van de inschrijvers en de motiveringsplicht.

Doordat SGW de prijsverantwoording voor ‘abnormale prijzen’ als onvoldoende beoordeelt, omdat geen afdoende verantwoording wordt gegeven inzake de eerbiediging van de verplichtingen bedoeld in artikel 7 1° lid van de Overheidsopdrachtenwet en omdat de verantwoording niet voldoet aan de eisen van art. 36 § 2 KB Plaatsing en het niet volstaat om te verwijzen naar de prijzen van de onderaannemer.

Terwijl de offerte van DC geen abnormale prijzen bevat.

Artikel 36 § 3 KB Plaatsing bepaalt dat artikel 7 1° lid van de Wet Overheids-opdrachten maar een reden tot weigeren van een offerte is als de aanbestedende overheid vaststelt dat de abnormaal lage totaalprijs te wijten is aan het niet nakomen van de verplichtingen op het vlak van het milieu-, sociaal- of arbeidsrecht zoals bedoeld in artikel 7, eerste lid Wet Overheidsopdrachten. In casu zijn deze voorwaarden evenwel niet vervuld. Er is geen abnormaal lage totaalprijs (en zelfs geen abnormaal lage eenheidsprijs) waaruit kan afgeleid worden dat verplichtingen inzake milieu, sociaal- of arbeidsrecht of verplichtingen op vlak van welzijn, lonen en sociale zekerheid zouden miskend worden.

Artikel 36 § 2 KB Plaatsing de aanbestedende overheid toelaat om de inschrijver uit te nodigen om een schriftelijke verantwoording te geven ‘over de samenstelling van de abnormaal geachte prijs of kost’. In artikel 36 § 2 KB Plaatsing zijn ook voorbeelden opgenomen van zaken waarop de verantwoordingen betrekking kunnen hebben. Deze zijn evenwel niet exclusief en niet limitatief. Zowel cijfermatige als niet-cijfermatige gegevens kunnen een prijsverantwoording uitmaken. DC heeft de eenheidsprijzen waarvoor SGW een prijsbevraging stuurde voldoende verantwoordt. DC heeft zich niet beperkt tot een loutere verwijzing naar de prijs van een onderaannemer.

De beoordeling van de prijsverantwoording op zorgvuldige wijze moet gebeuren. De beoordeling door de aanbestedende overheid moet na zorgvuldig onderzoek berusten op voldoende veruitwendigde en in feite en in rechte draagkrachtige motieven. Dit is in casu niet het geval.

De aanbestedende overheid haar beslissing moet motiveren. Alle inschrijvers moeten de zorgvuldigheid van het onderzoek kunnen nagaan. Ook de niet gekozen inschrijver moet de mogelijkheid hebben om de beoordeling op haar waarde te schatten (RvS 02.02.2021, nr. 249.703)”.

In de toelichting bij het tweede middel zet zij in de eerste plaats uiteen dat de motivering in het verslag van nazicht dat zij in haar prijsverantwoording enkel zou hebben bevestigd dat zij aan alle verplichtingen, bedoeld in artikel 7, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016 voldoet, niet kan worden aanvaard. Zij betoogt dat geen toepassing kan worden gemaakt van artikel 36, § 3, tweede lid, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 omdat de aanbestedende overheid te dezen niet heeft vastgesteld dat het totale offertebedrag abnormaal is. De stelling dat de prijsverantwoording enkel een bevestiging zou inhouden dat zij aan de voormelde verplichtingen voldoet, is volgens de verzoekende partij ook feitelijk en juridisch onjuist. Zij doet gelden dat zij dit heeft aangetoond in haar prijsverantwoording onder meer door telkens ook de toegepaste uurtarieven te vermelden waaruit een correcte verloning blijkt, door de storkosten afzonderlijk te vermelden die een storting conform de milieuwetgeving toelaten, alsook door de vermelding van een toeslag van 10 % die toelaat om al de voormelde verplichtingen na te leven. Zij verwijst ook naar haar offerte waaruit reeds blijkt dat zij beschikt over een globaal preventieplan en voldoet aan alle vereisten op het vlak van kwaliteit, veiligheid, gezondheid en milieu. Ook merkt zij op dat er bij haar geen inbreuken zijn vastgesteld en dat zij onmogelijk het bewijs kan leveren van inbreuken die niet zijn gepleegd.

In de tweede plaats doet zij gelden dat niet blijkt waarom de verwerende partij de prijsverantwoording voor de eenheidsprijzen van twee van de negen posten, waarvoor een prijsverantwoording werd gevraagd, niet heeft aanvaard en dat evenmin blijkt dat de verwerende partij haar prijsverantwoording op zorgvuldige wijze heeft onderzocht. Zij wijst er onder meer op dat zij in haar prijsverantwoording met betrekking tot post 04.01.02.2 ook gewezen heeft op de verkoopbaarheid van recuperatiemateriaal.

In de derde plaats betoogt zij dat, anders dan in het verslag van nazicht wordt gesteld, de door haar verstrekte prijsverantwoording wel beantwoordt aan artikel 36, § 2, van het koninklijk besluit van 18 april 2017. Zij wijst erop dat luidens voormeld artikel 36, § 2, de inschrijvers wordt gevraagd een schriftelijke verantwoording te geven ‘over de samenstelling van de abnormaal geachte prijs of kost’, hetgeen zij omstandig heeft gedaan, dat de in de voormelde bepaling opgesomde verantwoordingen niet limitatief zijn en dat zowel cijfermatige als niet-cijfermatige gegevens een prijsverantwoording kunnen uitmaken. Uit haar cijfermatige detaillering van de eenheidsprijzen blijkt volgens de verzoekende partij hoe in de uitvoering van de betrokken post is voorzien, en met welke rendementen (manuren/hoeveelheid) gerekend is bij de prijsbepaling en dus de doelmatigheid van het bouwproces. De doelmatigheid van het bouwproces wordt ook verantwoord door de melding dat er gewerkt wordt met onderaannemers waarmee al jaren zeer goed wordt samengewerkt. Ook de verwijzing naar een toeslag van 10% gerekend voor werfinrichting, algemene kosten en winst is volgens haar marktconform. De prijsverantwoording bevat volgens haar ook geenszins een loutere verwijzing naar de prijzen van onderaannemers nu zij gedetailleerde informatie heeft gegeven over de samenstelling van haar eenheidsprijzen.

7. De verwerende partij heeft geen nota ingediend en verklaart ter terechtzitting zich te gedragen naar “de wijsheid van de Raad van State”.

8. De tussenkomende partij stelt in haar verzoekschrift tot tussenkomst dat het niet is omdat een totaalprijs minder dan 15% afwijkt van het gemiddelde zoals bedoeld in artikel 36, § 4, van het koninklijk besluit van 18 april 2017, dat er geen sprake zou kunnen zijn van een abnormale totaalprijs. De

totaalprijs is steeds de resultante van de eenheidsprijzen en wanneer er sprake is van (meerdere) abnormaal lage eenheidsprijzen dan zal de totaalprijs veelal ook abnormaal zijn (tenzij de abnormaal lage eenheidsprijzen zouden worden ‘gecompenseerd’ door abnormaal hoge eenheidsprijzen).

De verzoekende partij toont volgens haar niet aan dat de verwerende partij niet mocht besluiten dat de prijsverantwoording ondeugdelijk of ontoereikend is. De verzoekende partij heeft geen gevolg gegeven aan het verzoek van de verwerende partij inzake de eerbiediging van de verplichtingen bedoeld in artikel 7, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016. Zij heeft dienaangaande geen enkele verantwoording geboden, geen enkele concrete informatie gegeven en geen enkel bewijs voorgelegd.

Wat de eenheidsprijzen betreft, bevat de zogenaamde ‘verantwoording’ die de verzoekende partij heeft gegeven, volgens de tussenkomende partij niets anders dan een opsplitsing van iedere abnormale prijs in verschillende kostencomponenten, zonder dat enige bijzondere omstandigheid of specifiek element wordt opgegeven dat een verklaring zou (kunnen) vormen voor het feit dat de prijs zodanig afwijkt van de prijzen van de andere inschrijvers.

Naast het feit dat niet gespecificeerd wordt (en aldus niet duidelijk is) welke prijzen gebaseerd zijn op prijzen van onderaannemers, mocht de verwerende partij volgens de tussenkomende partij wettig besluiten dat een verwijzing naar prijsoffertes van onderaannemers op zich niet volstaat.

Zij voegt daaraan toe dat de verzoekende partij niet nuttig kan verwijzen naar de ingetrokken gunningsbeslissing van 4 juli 2024, noch naar de niet langer actuele raming, om voor te houden dat haar prijzen niet abnormaal zouden zijn.

Het enige wat de verzoekende partij als zogenaamde verantwoording heeft meegedeeld, met name de opsplitsing van de eenheidsprijzen in kwestie, blijkt volgens de tussenkomende partij ook een puur verzinsel te zijn. Er zijn tal van vragen te stellen en bemerkingen te maken bij de zogenaamde prijsdetaillering die de verzoekende partij heeft gegeven. Zo zou uit de

gepubliceerde jaarrekening van de verzoekende partij voor het boekjaar 2023 blijken dat het opgegeven percentage van 10% voor werfinrichting, algemene kosten en winst niet eens volstaat om de algemene kosten te dekken en evenmin zonder meer aangenomen kan worden dat deze toeslag marktconform is. Ook de bewering van de verzoekende partij met betrekking tot post 04.01.02.2 dat materialen ten belope van 22.000 euro zouden kunnen worden gerecupereerd, is volgens de tussenkomen de partij ongeloofwaardig. Ook omtrent de maatregelen die volgens het opgelegde stappenplan moeten worden genomen, is niets terug te vinden.

Beoordeling

9. In het tweede middel uit de verzoekende partij kritiek op de beoordeling van haar prijsverantwoording door de verwerende partij en de nietigverklaring van haar offerte.

In zoverre in het verslag van nazicht ook in het kader van de beoordeling van de uitsluitingsgronden wordt opgemerkt dat de offerte van de verzoekende partij nietig wordt verklaard omdat zij in haar prijsverantwoording enkel bevestigt dat zij aan alle verplichtingen bedoeld in artikel 7, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016 voldoet en dat dit antwoord niet kan volstaan als afdoende verantwoording, blijkt op het eerste gezicht niet dat de bestreden beslissing steunt op een ander motief dan waartegen de verzoekende partij grieven uit in dit middel. Ook in de bestreden beslissing en de kennisgeving wordt enkel vermeld dat de offerte van de verzoekende partij nietig wordt verklaard omdat de prijsverantwoording voor de abnormale eenheidsprijzen onvoldoende wordt geacht. Dit wordt door de verwerende partij ook niet betwist nu zij geen nota heeft neergelegd en zij zich ter terechtzitting gedraagt naar de wijsheid van de Raad van State.

10. Overeenkomstig artikel 7, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016 zijn de ondernemers ertoe gehouden alle toepasselijke verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht uit hoofde van het Europees Unierecht, nationale recht of collectieve arbeidsovereenkomsten of uit hoofde van de in bijlage II vermelde bepalingen van internationaal milieu-, sociaal en arbeidsrecht,

na te leven en te doen naleven door elke persoon die handelt als onderaannemer in welke fase ook, en door elke persoon die personeel tewerkstelt voor de uitvoering van de opdracht.

Artikel 36, §§2 en 3, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 luiden:

“§ 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.

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

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

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

§ 3. 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.

De aanbestedende overheid wijst de offerte eveneens af wanneer zij heeft

vastgesteld dat het totale offertebedrag abnormaal laag is omdat de offerte niet voldoet aan de in artikel 7, eerste lid, van de wet, bedoelde verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal- of arbeidsrecht omwille van de substantiële onregelmatigheid waarmee deze behept is. Wanneer de offerte niet voldoet aan de verplichtingen op het gebied van het federaal sociaal- of het arbeidsrecht, deelt de aanbestedende overheid dit mee overeenkomstig paragraaf 5, tweede lid.
[...]"

De aanbestedende overheid beschikt bij de toepassing van artikel 36, § 3, van het voornoemde koninklijk besluit over een beoordelingsruimte om de gegeven prijsverantwoording al dan niet te aanvaarden. De Raad van State mag, gesteld voor de toetsing van een dergelijke beoordeling, zijn eigen beoordeling niet in de plaats stellen van die van het bestuur. Het komt aan de Raad van State enkel toe om desgevraagd na te gaan of de administratieve overheid is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens, of zij die correct heeft beoordeeld en of zij op grond daarvan binnen de perken van de redelijkheid tot haar besluit is kunnen komen. Hierbij moet zij op zorgvuldige wijze haar beslissing voorbereiden, hetgeen impliceert dat de beslissing dient te steunen op werkelijk bestaande en concrete feiten die met de vereiste zorgvuldigheid werden vastgesteld.

11. De verzoekende partij werd gevraagd om een prijsverantwoording te verstrekken voor negen abnormaal lijkende eenheidsprijzen en om verantwoordingen te bezorgen inzake de eerbiediging van de verplichtingen zoals bedoeld in artikel 7, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016, die van toepassing zijn in de domeinen van het sociaal, arbeids- en milieurecht, met inbegrip van de verplichtingen die van toepassing zijn op het vlak van welzijn, lonen en sociale zekerheid.

12. De door de verzoekende partij verstrekte prijsverantwoording blijkt te dezen niet te zijn aanvaard en haar offerte nietig verklaard om reden dat de verzoekende partij enkel bevestigd zou hebben dat zij aan alle verplichtingen, bedoeld in artikel 7, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016 voldoet, wat niet volstaat als voldoende verantwoording, alsook omdat de eenheidsprijzen voor twee posten niet correct zouden zijn verantwoord.

13. Wat de naleving van de in artikel 7, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016 bedoelde verplichtingen betreft, blijkt op het eerste gezicht niet dat de verwerende partij toepassing heeft gemaakt van artikel 36, § 3, tweede lid, van het koninklijk besluit van 18 april 2017. De verwerende partij heeft geen prijsverantwoording voor de totaalprijs gevraagd, noch een abnormaal lage totaalprijs vastgesteld.

Wel wordt in het verslag van nazicht in het kader van de beoordeling van de gevraagde prijsverantwoording gesteld dat de verzoekende partij in haar prijsverantwoording enkel heeft bevestigd dat zij aan alle verplichtingen, bedoeld in artikel 7, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016 voldoet, en dat dit antwoord niet kan volstaan als afdoende verantwoording.

Deze motivering mist op het eerste gezicht feitelijke en juridische grondslag.

Zo blijkt de verzoekende partij in haar prijsverantwoording voor elk van de bevroegde posten onder meer ook inzicht te hebben geboden in het aantal manuren en de door haar gehanteerde uurtarieven waarbij voor bepaalde prestaties ook wordt voorzien in een hoger uurtarief. Dat de toegepaste uurlonen een belangrijk element zijn op grond waarvan de eerbiediging van de verplichtingen zoals bedoeld in artikel 7, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016 kan worden verantwoord, blijkt op het eerste gezicht uit de tekst zelf van voormeld artikel 36, § 2, vierde lid, van het koninklijk besluit van 18 april 2017. Het vindt ook bevestiging in de door de tussenkomende partij verstrekte prijsverantwoording waarin de opgegeven uurlonen als verantwoording centraal staan. De Raad van State stelt daarbij op het eerste gezicht overigens vast dat het door de verzoekende partij in haar prijsverantwoording opgegeven laagste uurloon hoger ligt dan het door de tussenkomende partij in haar prijsverantwoording opgegeven uurloon en waarvan de tussenkomende partij zelf stelt dat het beduidend hoger ligt dan de toe te passen minimumlonen.

Evenzo lijken de door de verzoekende partij in het kader van de verantwoording van post 04.01.02.2 opgegeven storkosten voor gemengd puin en

beton op het eerste gezicht relevant als verantwoording in het kader van de naleving van milieuverplichtingen.

14. Wat de motieven betreft dat de eenheidsprijzen voor twee posten niet voldoende zouden zijn verantwoord, weze eraan herinnerd dat van een normaal zorgvuldige aanbestedende overheid mag worden verwacht dat zij een prijs-verantwoording in haar geheel onderzoekt en bespreekt, tenzij een bepaald element uit de prijsverantwoording op zich genomen afdoende gewichtig is om de prijsverantwoording in haar geheel onderuit te halen. Zoals ook wordt bevestigd in het verslag aan de Koning bij de betrokken bepaling, hebben de in artikel 36, § 2, derde lid, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 opgesomde rechtvaardigingen om het normaal karakter van een offerte aan te tonen bovendien geen limitatief karakter.

Te dezen blijkt de verzoekende partij in haar prijs-verantwoording een aantal elementen te hebben bijgebracht waarvan op het eerste gezicht niet gezegd kan worden dat zij niet relevant zijn om het normale karakter van de betrokken eenheidsprijzen te kunnen verantwoorden. In het verslag van nazicht worden die elementen niet nader besproken, laat staan weerlegd.

Wat de prijsverantwoording van de verzoekende partij voor de eenheidsprijs voor post 04.01.02.2 ‘afbraak volledige constructie – grenzend aan andere gebouwen/slopen gebouw’ betreft, blijkt uit het verslag van nazicht dat deze wordt verworpen om reden dat het louter vermelden van subprijzen, zonder verantwoording van de prijzen niet volstaat, alsook omdat een verwijzing naar de offertes van onderaannemers niet afdoende is. Uit de door de verzoekende partij verstrekte prijsverantwoording blijkt evenwel dat zij, wat de voormelde post betreft, onder meer ook melding maakt van een prijsvermindering van 22.000 euro wegens de verkoop van recuperatiemateriaal, waaronder Beerse steen, metalen en sectionaalpoorten. Er blijkt op het eerste gezicht niet dat de verwerende partij deze andere in de prijsverantwoording opgegeven reden voor de abnormaal likkende eenheidsprijs heeft onderzocht. Evenmin wordt gemotiveerd waarom de ingeroepen recuperatie niet dienstig zou kunnen zijn om het normale karakter van de betrokken eenheidsprijs te verantwoorden.

De argumentatie van de tussenkomende partij dat er tal van vragen te stellen zijn bij de zogenaamde prijsdetaillering van de verzoekende partij en dat het volstrekt onmogelijk zou zijn dat 22.000 euro wordt verkregen met de verkoop van recuperatiemateriaal doet niet anders besluiten nu vooralsnog niet blijkt dat de verwerende partij deze elementen heeft onderzocht, laat staan gehanteerd als motivering om de prijsverantwoording te verwerpen.

Wat post 20.04.03.3 ‘dragende binnenmuur – betonsteen met gewone granulaten/dikte 19 cm’ betreft, blijkt eveneens uit de prijsverantwoording dat er voor bepaalde onderdelen van de post wordt verwezen naar andere posten waarin de betrokken kostprijs zou zijn opgenomen. Meer bepaald wordt uitdrukkelijk vermeld dat wat post 20.04.03.3 betreft, de benodigde spouwhaken van roestvast staal en murfor zijn opgenomen in respectievelijk de posten 22.02.01.2 en 22.01.04. Uit de motivering in het verslag van nazicht, waarop de gunningsbeslissing steunt, blijkt wederom niet dat dit aspect van de prijsverantwoording werd onderzocht, laat staan dat wordt verantwoord waarom dit gegeven niet van aard kan zijn om de normaliteit van de eenheidsprijs te verantwoorden.

15. Dat er in de prijsverantwoording van de verzoekende partij sprake zou zijn van het louter vermelden van subprijzen, zonder verantwoording van de prijzen zelf, vindt op het eerste gezicht dan ook geen bevestiging in het administratief dossier.

Evenmin blijkt dat de abnormaal bevonden eenheidsprijzen louter zouden worden verantwoord door te verwijzen naar de prijzen van onderaannemers. Voor beide posten wordt immers een gedetailleerde prijsopbouw voorgelegd waaruit, zoals hiervoor reeds werd gesteld, op het eerste gezicht ook andere elementen van verantwoording blijken. Waar de verzoekende partij in haar prijsverantwoording verwijst naar offertes van onderaannemers gaat het voorts om een niet-cijfermatige verantwoording waarin gesteld wordt dat zij met verschillende onderaannemers reeds een jarenlange samenwerking heeft lopen die resulteert in een sterke vertrouwensband waardoor zij kan genieten van prijsgunstigere offertes.

16. Aldus blijkt op het eerste gezicht niet dat de verwerende partij met de vereiste zorgvuldigheid de prijsverantwoording van de verzoekende partij heeft onderzocht. Evenmin blijkt dat de verwerende partij wettig kon besluiten tot het verwerpen van de prijsverantwoording van de verzoekende partij en het weren van haar offerte louter op grond van de voormelde motieven in het verslag van nazicht waarop de bestreden beslissing steunt.

Het tweede middel is in de aangegeven mate ernstig.

VII. Besluit

17. Het tweede middel is in de aangegeven mate ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt dan ook ingewilligd.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv. B. tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van het college van burge-meester en schepenen van de gemeente Sint-Gillis-Waas van 28 november 2024 waarbij de opdracht ‘Brandweerkazerne en gemeente-magazijn renoveren en uitbreiden – uitvoering’ wordt gegund aan de nv B. en de offerte ingediend door de verzoekende partij nietig wordt verklaard.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op dertien januari tweeduizend vijftientig, door de Raad van State, XIVE kamer, samengesteld uit:

Inge Vos,
bijgestaan door
Johan Pas,

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De griffier

De voorzitter

Johan Pas

Inge Vos