

Nederlandse tekst (titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973).

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

Nr. 73.631 van 13 mei 1998

A. 56.963/VI-11.774

In zake : **de naamloze vennootschap BAGECI**,
die woonplaats heeft gekozen bij
Mrs. Yvon HANNEQUART en
André DELVAUX, advocaten,
Place des Nations Unies 7
4020 Luik,

tegen :

**de Nationale Maatschappij der
Belgische Spoorwegen (N.M.B.S.)**,
die woonplaats heeft gekozen bij
Mr. Philippe GERARD, advocaat,
Louizalaan 523
1050 Brussel

DE RAAD VAN STATE, VIe KAMER,

Gezien het op 17 maart 1994 ingediende verzoekschrift, waarbij de naamloze vennootschap BAGECI de nietigverklaring vordert van "de beslissing van de verwerende partij (de Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen) d.d. 21 januari 1994, waarbij deze beslist de bestreden aanbesteding (dossier H.S.T. 1308 - gedeelte Edingen-Rebecq - bestek nr. TR93/014) toe te wijzen aan de aannemerscombinatie MULLER - PIETERS - DE GELDER - SEPUL - DE STREE - SOCOGETRA, en de inschrijving van de verzoekende partij, waarvoor zij een aannemerscombinatie heeft aangegaan met de vennootschap

C.F.E., niet als de laagste regelmatige inschrijving te beschouwen";

Gezien de regelmatig uitgewisselde memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag van de heer THIBAUT, adjunct-auditeur bij de Raad van State;

Gelet op de beschikking van 24 september 1997, waarbij de neerlegging van het dossier en het verslag ter griffie wordt gelast;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan de partijen en gezien de laatste memories;

Gelet op de beschikking van 18 februari 1998, waarvan aan de partijen kennis is gegeven en waarbij wordt bepaald dat de zaak voorkomt op de terechtzitting van 25 maart 1998;

Gehoord het verslag van de heer HANSE, staatsraad;

Gehoord de opmerkingen van Mr. DELVAUX, advocaat, die voor de verzoekende partij verschijnt, en van Mr. VLASSEN BROUCK, loco Mr. GERARD, advocaat, die voor de verwerende partij verschijnt;

Gehoord het eensluidend advies van de heer DEROUAUX, eerste auditeur bij de Raad van State;

Gelet op titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

Overwegende dat de volgende feiten dienstig zijn voor het onderzoek van het beroep :

1. In september 1993 beslist de Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen (N.M.B.S.) een offerteaanvraag uit te schrijven voor de openbare aanbesteding van de werken voor het gedeelte Edingen-Rebecq van de hogesnelheidslijn Parijs-Brussel. Het gaat om project nr. 1308, geregeld bij bestek nr. TR 93/014, dat betrekking heeft op "grondwerken, het optrekken van kunstwerken, wegenbouwwerken, drainage en opvangputten".

2. Op 22 november 1993 worden bij het openen van de inschrijvingen twaalf offertes geteld.

De offerte van de aannemerscombinatie MULLER - PIETERS DE GELDER - SEPUL DE STREE - SOCOGETRA blijkt de laagste te zijn (1.248.977.237 BEF), gevolgd door de offerte van de aannemerscombinatie waarvan de verzoekende partij deel uitmaakt (1.297.761.419 Bf.).

3. Op 8 december 1993 schrijft de verwerende partij aan de aannemerscombinatie MULLER - PIETERS DE GELDER - SEPUL DE STREE - SOCOGETRA het volgende :

" Bij het onderzoek van uw inschrijving van 22 november 1993 hebben wij vastgesteld dat de specificaties van de forfaitaire prijzen en de eenheidsprijzen van de posten van de opmetingsstaat, waarvan het bedrag boven de 5.000.000 BEF ligt, niet de gegevens bevatten zoals die zijn beschreven in artikel 15, § 2, van het eerste deel van het bestek.
Gelieve ons de specificaties toe te sturen, zoals voorgeschreven in het genoemde artikel.
Daarnaast vragen wij u, op grond van artikel 25, § 2, van het koninklijk besluit van 22 april 1977, de prijs van post 2.6.35.1. "Levering, transport naar het werk en opslag op de bouwplaats van de stabilisatie-producten - ongebluste kalk" te verantwoorden.

Die verantwoording moet binnen twaalf kalenderdagen na de ontvangst van deze aangetekende brief worden gegeven."

4. De verzoekende partij zegt in haar brief van 21 december 1993 dat zij de aandacht van de verwerende partij gevestigd heeft op het prijsverschil tussen haar offerte en die van de laagste inschrijver (48.522.706 BEF), en meer bepaald "op de anomalie van de prijs van post 2.6.35.1. betreffende de levering van ongebluste kalk, die is opgegeven door de inschrijver die bij de opening van de offertes als eerste gerangschikt is, en die geenszins redelijkerwijze verantwoord kon worden aangezien die prijs duidelijk onder de geldende marktprijzen ligt", waarbij ze "in het bijzonder heeft aangevoerd dat die post een zeer belangrijk element vormde voor de uitvoering van de opdracht, aangezien de stabilisatie met kalk van de leemhoudende ophogingen bepalend is voor de kwaliteit van de grondwerken en voor het goede verloop van de werkzaamheden op de bouwplaats in haar geheel, volgens de planning".

5. Op 22 december 1993 antwoordt de aannemerscombinatie PIETERS DE GELDER - MULLER Travaux Publics - SEPUL DE STREE - SOCOGETRA als volgt op de brief van 8 december 1993 :

" Onze prijsspecificaties geven, overeenkomstig artikel 15, § 2, van het bestek, aan wat de kostprijs is van de bouwplaats en wat de verwachte werkresultaten zijn. In de bijgevoegde tabel staan per werkuur, de afschrijvingen, de personeelskosten, en de verbruiks- en leveringskosten.

In onze verkoopprijzen is begrepen :

- 14% op onze werkzaamheden, inclusief leveringen
- 5% op de prijzen van de in onderaanbesteding gegeven werkzaamheden.

Onze prijs voor de levering van kalk (post 2.6.35.1) blijkt uit een offerte waarvan een kopie gaat als bijlage. Die exclusieve offerte, die wij om begrijpelijke redenen geheimhouden voor de concurrentie, stelt ons in staat de NMBS een zeer interessante prijs te bieden. De bewuste offerte is verkregen doordat we verscheidene werken hebben samengevoegd (waaronder de autosnelweg A28 Abbeville-Rouen) en is verhoogd met 2,3% voor kleine kosten en speling."

Bij die brief is als bijlage een offerte gevoegd van een zekere José FRANÇOIS aan het bedrijf MULLER Frères van 16 november 1993, die betrekking heeft op de levering van ongebluste kalk franco bouwplaatsen voor de prijs van 1.215 Belgische frank.

6. Op 13 januari 1994 vestigt de vennootschap CARMEUSE, die zich aandient als "één van de voornaamste producenten van kalk in België", maar niet behoort tot de vennootschappen die op 22 november 1993 inschrijvingen hebben ingediend, de aandacht van de verwerende partij erop dat de prijzen van 1.000, 1.500 en 2.000 BF/T kalk franco bouwplaats "uit de lucht gegrepen en volkomen onrealistisch zijn", waarbij zij aangeeft dat de gemiddelde prijzen van de laatste maanden 3.300 F/T franco bouwplaats bedragen.

7. Op 20 januari 1994 wijst de tijdelijke aannemerscombinatie BAGECI-CFE in een nieuwe brief aan de verwerende partij op "de abnormaal lage en kennelijk speculatieve prijs die de laagste inschrijver opgeeft voor de post ongebluste kalk" en besluit ze "dat de offerte van die inschrijver kennelijk onregelmatig is en geweerd dient te worden". Ter staving van haar beweringen geeft ze de prijzen die haar zijn opgegeven voor de HST-projecten 1308, 1307 en 1304 door verschillende Belgische, Duitse, Spaanse, Griekse en Turkse leveranciers.

8. Op 21 januari 1994 wordt door de diensten van de verwerende partij een voorstel van beslissing uitgewerkt, waarin onder meer het volgende staat :

" De laagste regelmatige offerte is ingediend door de aannemerscombinatie MULLER T.P. nv uit Boulay (Frankrijk) - PIETERS - DE GELDER nv uit Wetteren - SEPUL-DE STREE nv de Stree-Modave en SOCOGETRA nv uit Marche-en-Famenne voor een bedrag van 1.248.977.237 BEF, exclusief BTW.

De bepalingen van artikel 25, § 3, van het K.B. van 22 april 1977 zijn nageleefd. Op basis van artikel 25, § 2, van het K.B. van 22 april 1977 is de genoemde aannemerscombinatie verzocht de prijs van post 2.6.35.1 betreffende "de levering, het transport naar het werk en de opslag op de bouwplaats van de stabilisatieproducten-ongebliste kalk" te wettigen.

De ontvangen wettiging is aanvaard.

De offerte is conform de bepalingen van het bestek en de prijzen zijn aanvaardbaar.

Het verschil tussen de raming en de offerte bedraagt -15%.

Dat verschil is te wijten aan de sterke concurrentie die enerzijds voortvloeit uit de zwakke conjunctuur in de bouwsector, en anderzijds uit de grote aantrekkingskracht van het HST-project op ondernemers.

De aannemerscombinatie is erkend in de vereiste klasse en categorie 8G.

Het departement Infrastructuur en de dienst Coördinatie van het HST-project 09 stellen voor de offerte van de aannemerscombinatie MULLER T.P. nv uit Boulay (Frankrijk) - PIETERS - DE GELDER nv uit Wetteren - SEPUL-DE STREE nv de Stree-Modave en SOCOGETRA nv uit Marche-en-Famenne voor een bedrag van 1.248.977.237 BEF, exclusief BTW, goed te keuren."

9. Nog steeds op 21 januari 1994 "beslist" de raad van bestuur van de NMBS, "zoals voorgesteld in de bovengenoemde stukken", het volgende :

- (...)
- anderzijds, de werken voor de aanleg van de hogesnelheidslijn Parijs-Brussel tussen km 55.40 en km 66.35, op het grondgebied van de gemeenten Edingen en Rebecq, toe te vertrouwen aan de aannemerscombinatie MULLER T.P. nv uit Boulay (Frankrijk) - PIETERS - DE GELDER nv uit Wetteren, nv SEPUL-DE STREE - de Stree-Modave en nv SOCOGETRA uit Marche-en-Famenne, die de laagste regelmatige offerte in het kader van een openbare aanbesteding heeft gedaan, voor een bedrag van 1.248.977.237 BEF."

Dat is de bestreden handeling.

Overwegende dat de verzoekende partij in haar verzoekschrift een enig middel ontleent "aan de schending van artikel 12, § 1, van de wet van 14-7-76 betreffende de overheidsopdrachten, van artikel 25 van het K.B. van 22-4-77 betreffende de overheidsopdrachten, van het algemeen beginsel van behoorlijk bestuur en inzonderheid aan de zorgvuldigheidsplicht van het bestuur wanneer het nagaat of de aangevoerde feiten en wettigingen kloppen, van het beginsel dat alle inschrijvers gelijk moeten worden behandeld en (van) artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, onder meer wegens schending van de vormvoorschriften en machtsoverschrijding"; dat zij in een eerste onderdeel stelt dat, gelet op het "duidelijke" prijsverschil dat veroorzaakt wordt door een welbepaalde post, de verwerende partij haar beoordelingsbevoegdheid "des te nauwkeuriger moest uitoefenen daar de levering van ongebluste kalk, de post waarvan de prijs bestreden wordt, één van de belangrijkste elementen is voor de uitvoering van de aanbesteding, zowel voor de kwaliteit van het werk als voor de verplichte naleving van de uitvoeringstermijn", dat "de laagste inschrijver, met de abnormaal lage eenheidsprijs voor de levering van ongebluste kalk, zeer duidelijk heeft willen speculeren op een sterk beperkt gebruik van dat product" en dat zulk een speculatie de regelmatigheid van de hele inschrijving aantast; dat zij in een tweede onderdeel aanvoert dat "de verwerende partij, nadat zij door brieven van de verzoekende partij op de hoogte was gesteld van de gemiddelde marktprijzen voor de levering van ongebluste kalk, moest nagaan of en in welke mate de prijs die door de laagste inschrijver was aangeboden, realistisch en mogelijk was, zowel op de Belgische markt als op de buitenlandse markten, onder meer de Griekse en de Turkse"; dat zij er in een derde onderdeel op wijst dat "de bevoegdheid van de verwerende partij om na te gaan of de eenheidsprijzen van een

inschrijving al dan niet normaal zijn, juist bedoeld is om de opdrachtgever in staat te stellen na te gaan of het mogelijk is tegen de aangeboden prijzen binnen de termijn en met waarborging van de technische kwaliteit de verbintenissen uit te voeren die voortvloeien uit het bestek, en of er geen speculatie in het geding is die de fundamentele belangen van de opdrachtgever schaadt en in strijd is met het beginsel dat alle inschrijvers gelijk moeten worden behandeld"; dat zij in een vierde middel aanvoert dat "aangezien het verschil tussen de eerste en de tweede inschrijver voornamelijk verklaard wordt door de prijs van de bestreden post, een bijzonder nauwkeurige controle nodig was om na te gaan of die prijs normaal was, zodat de verwerende partij de beoordelingen die zij heeft gemaakt bijzonder omstandig behoorde te motiveren";

Overwegende dat uit het dossier blijkt dat de verwerende partij reeds op 8 december 1993 de aannemerscombinatie MULLER c.s. spontaan gevraagd heeft om met name de prijs van de post betreffende de ongebluste kalk te wettigen; dat uit het feit dat het administratief dossier "een vergelijkende tabel (bevat) met de eenheidsprijzen die zijn opgegeven voor de levering, het transport naar het werk en de opslag op de bouwplaats van ongebluste kalk" blijkt dat zij zich niet tevreden heeft gesteld met de wettiging die haar op 22 december 1993 is bezorgd, aangezien zij 66 prijsopgaven voor die post, verdeeld over 5 aanbestedingen van rond dezelfde periode, vergeleken heeft; dat zij op 21 januari 1994, op het tijdstip dat zij geoordeeld heeft dat de prijs die door de verzoekende partij wordt aangevochten, normaal was, over al die gegevens beschikte en kon vaststellen dat die prijs geenszins uitzonderlijk was, dat andere inschrijvers nog lagere prijzen voorstelden, en dat de verzoekende partij zelf, die in haar brief van

20 december 1994 nog aanvoerde dat de prijzen schommelden tussen 3.250 fr. en 5.000 fr. per ton, op 30 november 1993 voor het HST-project 1307 een prijs van 2.700 Fr. per ton had voorgesteld, waarbij zij aldus haar prijs in één week met 1.100 fr. heeft verminderd; dat zij op basis daarvan heeft kunnen oordelen dat die prijs normaal was en de zaak niet nader behoefde te controleren of om meer uitleg behoefde te vragen; dat het middel in geen van de onderdelen gegrond is;

Overwegende dat de verzoekende partij, in haar memorie van wederantwoord en op basis van het administratief dossier, een nieuw middel, het tweede van haar beroep, ontleent "aan de schending van de artikelen 3 en 4 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen; dat zij de verwerende partij ten laste legt dat zij zich ertoe heeft bepaald te verwijzen naar de stukken ter voorbereiding van haar beslissing, zonder te motiveren waarom zij oordeelt dat de prijs van de bestreden post normaal is en de inschrijving in haar geheel regelmatig is, en dat zij in ieder geval slechts verwezen heeft naar een uiterst bondig oordeel waarbij zij stelt dat de prijs normaal is en de offerte conform;

Overwegende dat de overheid niet verplicht is om te antwoorden op alle tegenargumenten die één of andere belanghebbende partij inbrengt tegen een beslissing die zij van plan is te nemen;

Overwegende dat de verwerende partij, zoals reeds is opgemerkt, de aannemerscombinatie MULLER c.s. spontaan verzocht heeft de prijs van de post betreffende de ongebluste kalk te wettigen en dat zij een prijsvergelijking heeft uitgevoerd; dat zij bijgevolg, door te stellen dat de inschrijving van de aannemerscombinatie MULLER c.s. "de laagste regelmatige

offerte" was en, onder uitdrukkelijke verwijzing naar een voorstel van haar diensten ("doc. E 4359"), dat de wettiging van de prijs van de post betreffende de ongebluste kalk "ontvangen" en "aanvaard" was, haar beslissing voldoende heeft gemotiveerd; dat het middel niet ernstig is;

Overwegende dat de verzoekende partij in dezelfde memorie van wederantwoord een nieuw middel, het derde van haar beroep, ontleent "aan de schending van artikel 12, § 2, van de wet van 14 juli 1976, van artikel 25 van het koninklijk besluit van 22 april 1977 en van artikel 15, § 2, van het bestek voor de bestreden aanbesteding"; dat zij opwerpt dat de inschrijving van de aannemerscombinatie MULLER c.s. geen specificaties bevatte van de forfaitaire prijzen en van de eenheidsprijzen die waren opgesteld op basis van de kostprijs van de bouwmachines, de werkplaatsen, de ploegen, de kostprijs van het materiaal en de beoogde werkresultaten, zoals voorgeschreven bij artikel 15, § 2, van het bestek, terwijl deze volgens haar onontbeerlijk waren om na te gaan of de prijzen over het algemeen, en de eenheidsprijs voor de post "levering van ongebluste kalk" in het bijzonder, normaal waren; dat zij daaruit besluit dat de verwerende partij een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt toen zij niettemin heeft geoordeeld dat de inschrijving wat dat betreft conform en regelmatig is;

Overwegende dat dat nieuwe middel, dat de verzoekende partij pas na inzage van het administratief dossier als dienstig heeft kunnen beschouwen, ontvankelijk is;

Overwegende dat artikel 15, § 2, van het bestek "in fine" bepaalt dat "de NMBS iedere inschrijving waarbij die documenten ontbreken, van nul

en gener waarde kan verklaren"; dat het gelaakte feit dat de prijzen niet nader gespecificeerd worden derhalve geen onregelmatigheid in absolute zin is, maar gewoon een mogelijkheid waarin de verwerende partij had voorzien om een al te vage inschrijving te weren; dat in het kader van een openbare-aanbestedingsprocedure, waarin de laagste totaalprijs in de regel het criterium is, het gelaakte verzuim het oordeel van de verwerende partij niet heeft gewijzigd; dat de verzoekende partij zelf overigens niet aangeeft in welk opzicht dat verzuim de verwerende partij bij haar beoordeling zou hebben misleid; dat het middel niet gegrond is,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het beroep wordt verworpen.

Artikel 2.

De kosten, bepaald op 4.000 frank, komen ten laste van de verzoekende partij.

Aldus uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van de VIe kamer, op dertien mei 1900 achtennegentig door :

de HH. CLOSSET, kamervoorzitter,
HANSE, staatsraad,
LEWALLE, staatsraad,
Mevr. NOTEBAERT, griffier.

De Griffier,

De Voorzitter,

Chr. NOTEBAERT.

Ch.-L. CLOSSET.

VERTALING OVEREENKOMSTIG ARTIKEL 63,
EERSTE LID, VAN DE WETTEN OP DE RAAD VAN STATE,
GECOÖRDINEERD OP 12 JANUARI 1973.