

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 212.691 van 19 april 2011
in de zaak A. 199.690/XII-6546**

In zake: de NV FABRICOM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Bruno De Winter en Carlo Van Caekenberg
kantoor houdend te 9000 Gent
Stapelplein 33
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Kris Wauters
kantoor houdend te 3500 Hasselt
Gouverneur Roppesingel 131
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de NV EGEMIN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Frederik Vandendriessche en Joos Roets
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 1 april 2011, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van 1 maart 2011 van het Vlaams Gewest, Departement Mobiliteit en Openbare Werken, Agentschap Wegen en Verkeer [om] de overheidsopdracht voor aanneming van werken ‘Haven Zeebrugge- vernieuwen van de elektromechanische uitrusting van de Pierre Vandammesluis op basis van bestek

MDL/10C01' toe te wijzen aan de nv Egemin en de impliciete beslissing om de opdracht niet te gunnen aan [de nv Fabricom]”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 14 april 2011, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Carlo Van Caekenberg, die verschijnt voor verzoekende partij, advocaat Kris Wauters, die verschijnt voor verwerende partij, en advocaten Frederik Vandendriessche en Joos Roets, die verschijnen voor de tussenkomst partij, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. Het Vlaamse Gewest, Departement Mobiliteit en Openbare Werken, Agentschap Wegen en Verkeer, schrijft een overheidsopdracht uit voor een aanneming van werken “Haven van Zeebrugge – vernieuwen van de elektromechanische uitrusting van de Pierre Vandammesluis”. De opdracht wordt gegund onder de vorm van een openbare aanbesteding en wordt geraamd op 17.093.810,55 euro inclusief btw.

3.2. De opdracht wordt aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen van 18 oktober 2010 en in het Publicatieblad van de Europese Unie van 15 oktober 2010.

3.3. De opdracht is onderworpen aan de bepalingen van het bijzonder bestek MDL/10C01. In het bestek wordt verduidelijkt dat de opdracht bestaat uit twee deelopdrachten. De eerste deelopdracht betreft de renovatie van de elektromechanische uitrusting van het complex van de Pierre Vandammesluis. Het onderhoud tijdens de waarborgperiode, in het bijzonder vanaf de voorlopige oplevering tot op datum van de definitieve oplevering, maakt deel uit van deze opdracht. De tweede deelopdracht heeft betrekking op het onderhoud na de waarborgperiode en vangt aan op datum van de definitieve oplevering. De duur van deze tweede deelopdracht is één jaar, verlengbaar jaar per jaar tot maximum vijf jaar.

Tevens bepaalt het bestek dat de rangschikking van de inschrijvingen gebeurt op basis van een bedrag dat verkregen wordt door de volgende bedragen samen te tellen:

- het totale inschrijvingsbedrag van de deelopdracht “Renovatie van de elektromechanische uitrusting van het complex Pierre Vandammesluis”, btw niet inbegrepen;
- het totale inschrijvingsbedrag van de deelopdracht “Onderhoud na de waarborgperiode” vermenigvuldigd met de coëfficiënt 5, overeenstemmend met het maximaal aantal jaren onderhoud, btw niet inbegrepen;
- het bedrag van de btw.

3.4. Uit het proces-verbaal van de opening van de inschrijvingen van 14 december 2010 blijkt dat vijf inschrijvers een offerte indienen:

1. nv Egemin	12.308.637, 95 euro, btw inbegrepen,
2. nv Fabricom	13.859.191, 40 euro, btw inbegrepen,
3. nv Cegelec	13.869.208, 72 euro, btw inbegrepen,
4. nv Spie	16.749.830, 89 euro, btw inbegrepen,
5. nv VS&E	16.660.141, 67 euro, btw inbegrepen.

3.5. Aangezien het inschrijvingsbedrag van nv Egemin 1,80 % lager ligt dan het grensbedrag berekend overeenkomstig artikel 110, § 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, vraagt verwerende partij, met toepassing van deze bepaling, aan nv Egemin om de totale inschrijvingsprijs te verantwoorden.

3.6. Met een e-mail en een aangetekend schrijven van 15 december 2010 verstrekt de nv Egemin een prijsverantwoording:

“Naar aanleiding van uw vraag naar verantwoording van onze totale inschrijvingsprijs, wenst Egemin volgende argumentatie naar voor te brengen:

Egemin heeft reeds jaren ervaring met renovaties van elektrische, sturing technische, mechanische en hydraulische werken aan sluizen, stuwen en beweegbare bruggen.

De berekende prijzen, opgenomen in onze offerte van bovenstaande aanbesteding zijn gebaseerd op deze ervaring, de kennis van de site ‘Vandammesluis’ en de ervaring van onze calculators met dergelijke werkzaamheden. Ook werden de specifieke problemen van dit project grondig onderzocht via de nodige plaatsbezoeken gekoppeld aan interne besprekingen met de, in onze organisatie voorhanden zijnde, specialisten. Waar nodig, werden de prijzen voor koopedelen en onderaanneming, geverifieerd op de markt en onderbouwd met de nodige offertes. De in aanmerking genomen offertes zijn prijszettingen van, voor de overheid, bekende en erkende leveranciers. De opgenomen aannemers voor het uitvoeren van specifieke werkzaamheden zijn allen in het bezit van de vereiste overheidserkenningen voor werken in deze specialistische omgeving.

Los van de uitgebreide lijst van reeds opgeleverde werken, lijst die ook werd medegedeeld als addendum bij de aanbesteding en welke ik voor de eenvoud als bijlage meegeef, is Egemin heden bezig aan gelijkaardige werken op Van Cauwelaertsluis in de Antwerpse haven, de verschillende sluiscomplexen (5 stuks) op het Albertkanaal en de Kattendijksluis te Antwerpen.

Deze 3 projecten, welke qua planning de uitgezette projectdoelen volgen, hebben, wat scoop betreft, grote gelijkenis. Namelijk het vervangen van de HS, het uitwerken en verwezenlijken van een spanningsverdeling, het plaatsen van een nieuwe PLC configuratie met bijbehorende sturing en SW en een PC bediening (SCADA), dit alles voor zowel het sluiscomplex in zijn geheel als van de bijbehorende bruggen.

Wij denken hiermee voldoende argumenten te hebben aangevoerd die als basis hebben gediend voor de manier waarop en de middelen waarmee we de calculatie hebben uitgevoerd. Wij zijn er dan ook van overtuigd dat we, op basis van het voorgaande, een eerlijke, juiste en marktconforme prijs hebben neergelegd voor het uitvoeren van bovenstaand bestek (MDL/10C01).

Indien het bestuur het nodig acht om bijkomende vragen te stellen en/of bijkomende bewijsstukken op te vragen, zijn we graag bereid om onze verdere medewerking te verlenen”.

3.7. In het gunningsverslag, dat werd opgesteld op 15 december 2010 en door het afdelingshoofd werd goedgekeurd op 12 januari 2011, wordt aangaande het prijsonderzoek en de regelmatigheid van de offerte van nv Egemin het volgende opgemerkt:

“4.2.3 Prijsonderzoek

Het prijsonderzoek wordt uitgevoerd in overeenstemming met de bepalingen van art. 110, 111 en 112 van het KB van 08.01.1996 en de aanbestedingsdocumenten.

De bijgevoegde tabellen ‘Tabel der Prijzen’ en ‘Analyse der prijzen’ geven een samenvatting van de eenheidsprijzen van de verschillende posten voor de verschillende inschrijvers in absolute cijfers (euro) en de relatieve afwijking van de gekozen inschrijver ten opzichte van de geraamde eenheidsprijzen en de gemiddelde eenheidsprijzen.

4.2.4. Onderzoek van de eenheidsprijzen van de NV Egemin

Uit de analyse der prijzen kan afgeleid worden dat de NV Egemin scherpe prijzen geboden heeft voor de elektrische uitrusting (hoofdstuk 2 van de samenvattende opmeting) en voor het onderhoud (hoofdstuk 8 van de samenvattende opmeting). Elektrische uitrusting zijn een core-business voor de NV Egemin. Er kan niet aangetoond worden dat de prijzen abnormaal laag of hoog zijn. De vermoedelijke hoeveelheden werden nagekeken en deze blijken juist te zijn, zodat ook niet kan aangetoond worden dat er gespeculeerd werd op anomalieën in de samenvattende opmeting.

De eenheidsprijzen worden aanvaard.

4.2.5. Onderzoek van de prijzen per hoofdstuk van de samenvattende opmeting

De bijgaande tabel geeft het overzicht per hoofdstuk van de samenvattende opmetingstaat.

Hieruit blijkt eveneens dat in de offerte de algemene kosten regelmatig verdeeld zijn over alle hoofdstukken. geen enkele speculatie of onregelmatigheid kan aangetoond worden.

[...]

4.2.6. Onderzoek van de totale prijs van de NV Egemin

De totale offertebedragen zijn tussen 2,55 en 27,99 % lager dan de raming. Gezien het complexe karakter van het project en het feit dat dergelijke werken slechts zelden uitgevoerd worden, beschikte de aanbestedende overheid voor de opmaak van de raming niet over voldoende nauwkeurige elementen om de raming op te baseren.

Het offertebedrag van de NV Egemin is 1,8 % lager dan het grensbedrag berekend volgens artikel 110 § 4 van het KB van 08-01-1996. In toepassing van dit artikel werd aan de NV Egemin gevraagd de inschrijvingsprijs te verantwoorden. Met haar brief van 15-12-2010 gaf de NV Egemin haar verantwoording.

4.2.7. Onderzoek van de prijsverantwoording van de NV Egemin

De NV Egemin verantwoordt zijn lage totale prijs met de volgende argumenten:

- Haar jarenlange ervaring inzake de renovatie en de nieuwbouw van gelijkaardige installaties (lijst van uitgevoerde gelijkaardige installaties werd bijgevoegd);
- Haar kennis van de site 'Vandammesluis' door meerdere plaatsbezoeken;
- Haar grondig onderzoek naar de specifieke problemen van het project;
- Haar marktonderzoek voor de leveringen en onderaannemingen;
- De scherpe prijszetting door leveranciers en onderaannemers die bij de overheid wel bekend en erkend zijn;

De NV Egemin argumenteert verder dat zij drie projecten lopende heeft die grote gelijkenissen hebben met het aanbestede project:

- Van Cauwelaertsluis te Antwerpen
- Sluiscomplexen op het Albertkanaal
- Kattendijksluis te Antwerpen

De NV Egemin stelt dat zij door ervaring in de voormelde projecten een eerlijke juiste en marktconforme prijs heeft geboden.

Overwegende dat:

- De NV Egemin in het verleden verschillende grote projecten die gelijkaardig zijn aan het aanbestede project tot een goed einde heeft gebracht;
- De totale prijs van de NV Egemin 11 % lager is dan de totale prijs van de 2 volgende offertes;
- Dit prijsverschil kan aanvaard worden door de grote expertise waarover de NV Egemin beschikt inzake engineering en elektromechanische uitrustingen;
- De NV Egemin zich ter plaatste vergewist heeft van de moeilijkheidsgraad van de opdracht;
- Het verschil met het grensbedrag berekend volgens artikel 110 van het KB van 8-01-1996 slechts 1, 8 % bedraagt;
- Het feit dat de totale prijs van de NV Egemin onder de voormelde grenswaarde gezakt is, te wijten is aan de hoge prijs van de vierde inschrijver, de NV VS&E, die inschreef met een prijs die ruim 25 % hoger ligt dan de offerte van de NV Egemin en 15 % hoger dan de 2de en derde offerte;
- Noch uit de analyse van de eenheidsprijzen, noch uit de analyse van de totalen per hoofdstuk van de samenvattende opmetingstaten enige onregelmatigheid in de prijsvorming kan afgeleid worden;

Wordt de verantwoording van de NV Egemin aanvaard.

Zowel de eenheidsprijzen als de totale prijs zijn regelmatig.”

In het voorstel van gemotiveerde beslissing, opgenomen op het einde van het gunningsverslag, wordt nog het volgende overwogen:

“Overwegende dat:

- de laagste regelmatige inschrijving ingediend werd door Egemin NV voor een bedrag van 12.308.637,95 euro (incl. BTW) en rangschikkingsbedrag van 12.548.146,80 euro (BTW inbegrepen);
- uit de analyse van de eenheidsprijzen van de offerte van Egemin NV geen speculatieve of onregelmatige prijsvorming kan afgeleid worden en deze dus aanvaard worden;
- de totale prijs van de NV EGEMIN 1,8% onder het grensbedrag ligt berekend volgens artikel 110 van het KB van 08-01-1996;
- de verantwoording van de NV EGEMIN dd. 15-12-2010 voldoende aangetoond heeft dat:
 - de NV EGEMIN een ruime ervaring heeft met grote projecten op het vlak van elektromechanica;
 - verschillende gelijkaardige projecten lopende heeft zodat de firma zich kan beroepen op synergieën met andere aannemingen;
 - de NV EGEMIN voldoende expertise in huis heeft;

- de NV EGEMIN de moeilijkheidsgraad juist heeft ingeschat door meerdere plaatsbezoeken aan de site;
- de firma beroep doet op onderaannemers die bekend en erkend zijn bij de overheid;
- de totale prijs van de NV EGEMIN 1% lager ligt dan de tweede en derde gerangschikte offerte.
- Een dergelijke marge aanvaardbaar is gezien de expertise en synergieën waarop de NV EGEMIN zich kan beroepen;
- De totale prijs aanvaard wordt”.

3.8. Met toepassing van voormelde besteksbepaling inzake de rangschikking van de inschrijvingen, vermeldt het gunningsverslag de volgende eindrangschikking.

1. nv Egemin	12.548.146, 80 euro, btw inbegrepen,
2. nv Fabricom	14.144.834, 87 euro, btw inbegrepen,
3. nv Cegelec	14.349.046, 49 euro, btw inbegrepen,
4. nv Spie	17.264.600, 81 euro, btw inbegrepen,
5. nv VS&E	17.460.591, 33 euro, btw inbegrepen.

3.9. Vervolgens beslist de Vlaamse minister van Mobiliteit en Openbare Werken op 1 maart 2011 om de opdracht, overeenkomstig het verslag van nazicht, te gunnen aan nv Egemin.

3.10. Bij aangetekend schrijven van 17 maart 2011 wordt aan verzoekende partij meegedeeld dat haar offerte niet werd gekozen.

IV. Tussenkomen

4. Met een op 8 april 2011 ter griffie neergelegd verzoekschrift vraagt nv Egemin om in het geding te mogen tussenkomen.

Zij is begunstigde van de bestreden beslissing en heeft er dus belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet haar verzoek worden ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

5. Verwerende partij en tussenkomende partij werpen beide een exceptie *ratione temporis* op aangezien het verzoekschrift pas op 4 april 2011 zou zijn ingediend terwijl de overeenkomstig artikel 65/23 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, toepasselijke termijn van 15 dagen reeds op 1 april 2011 zou zijn verstreken.

6. Uit het griffiedossier blijkt dat deze exceptie feitelijke grondslag mist, nu het verzoekschrift per fax en aangetekend schrijven werd verzonden op 1 april 2011.

VI. De schorsingsvoorwaarden

7. Overeenkomstig artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

8. De kwestieuze opdracht werd evenwel bekendgemaakt na 24 februari 2010.

Dienvolgens is de wet van 23 december 2009 tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten van toepassing.

De voornoemde wet van 23 december 2009 is immers in werking getreden op 25 februari 2010 krachtens artikel 76 van het koninklijk besluit van 10 februari 2010 tot wijziging van bepaalde koninklijke besluiten tot uitvoering

van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten.

Overeenkomstig artikel 7 van de voornoemde wet van 23 december 2009 bepaalt de Koning de datum van haar inwerkingtreding en zijn enkel overheidsopdrachten die zijn bekendgemaakt vanaf die datum, zoals de in het geding zijnde opdracht, onderworpen aan de nieuwe wet.

Volgens het in de wet 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is aldus voor de schorsing van de thans bestreden beslissingen het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist. Anderzijds verplicht artikel 65/15, tweede lid, verzoekende partij tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient dan ook enkel nog te worden onderzocht of ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de bestreden beslissingen kunnen verantwoorden.

VII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

9. In het eerste middel voert verzoekende partij de schending aan van artikel 110 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende overheidsopdrachten van werken, leveringen en diensten en concessies voor openbare werken, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder van het beginsel inzake de formele- en materiële-motiveringsplicht, alsook het zorgvuldigheidsbeginsel en het verbod op kennelijke onredelijkheid.

Het middel wordt opgesplitst in twee onderdelen.

9.1. In het eerste onderdeel stelt verzoekende partij dat de prijsverantwoording die door nv Egemin werd gegeven bezwaarlijk als een prijsverantwoording in de zin van artikel 110, § 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 kan worden beschouwd aangezien zij slechts algemeenheden en geen enkel cijfermatig gegeven bevat, geen van de aangegeven verantwoordingen pertinent is en de verantwoording bovendien behept is met onjuistheden. Bij gebrek aan een effectieve prijsverantwoording diende verwerende partij de offerte van nv Egemin onregelmatig te verklaren.

Voor zover de brief van 15 december 2010 toch als een prijsverantwoording zou worden beschouwd, merkt verzoekende partij op dat verwerende partij in elk geval nagelaten heeft om deze op zorgvuldige wijze te onderzoeken of te controleren, wat, gelet op een tijdsperiode van hoogstens enkele uren tussen de ontvangst van de verantwoording en de redactie van het gunningsverslag, per definitie onmogelijk zou zijn. Zo zou niet blijken dat verwerende partij nagegaan heeft of de door nv Egemin aangehaalde installaties werkelijk door haar werden uitgevoerd en of deze gelijkaardig zijn met het specifieke voorwerp van het bestek, met name de renovatie van een sluis terwijl deze in dienst dient te blijven. Voorts kan het feit dat nv Egemin de site herhaaldelijk heeft bezocht geen verantwoording bieden aangezien dit zou gelden voor alle inschrijvers. Vervolgens zou nergens uit het gunningsverslag blijken of en hoe nv Egemin de “specifieke problemen” waarnaar zij verwijst zou hebben ingeschat. Een marktonderzoek voor de leveringen en onderaannemingen zou voorts eigen zijn aan elk project van dergelijke grootorde. Er zou ook niet blijken dat verwerende partij de stelling aangaande de beweerde scherpe prijszetting door leveranciers en onderaannemers zou hebben onderzocht. De drie aangehaalde lopende projecten, nog niet opgeleverd, zouden niet vergelijkbaar zijn en er zou niet blijken dat verwerende partij dit heeft onderzocht.

Ten slotte stelt verzoekende partij dat de aanbestedende overheid ook ten onrechte zou hebben nagelaten om met toepassing van artikel 110, § 3, van het voornoemd koninklijk besluit en het zorgvuldigheidsbeginsel, de opgegeven eenheidsprijzen van nv Egemin aan een zorgvuldig nazicht te onderwerpen. De

eenheidsprijzen van nv Egemin, in het bijzonder de eenheidsprijzen vervat in hoofdstuk 2 die betrekking hebben op de elektrische uitrusting en de prijzen betreffende het onderhoud wijken opvallend af van het gemiddelde voor deze posten en van de raming van deze posten.

9.2. In het tweede onderdeel stelt verzoekende partij dat de motivering die de aanbestedende overheid in het gunningsverslag geeft aangaande de aanvaarding van de prijsverantwoording van nv Egemin wat betreft de totaalprijs, evenals aangaande het onderzoek van de eenheidsprijzen, niet voldoet aan de formele- en materiële-motiveringsplicht. Verzoekende partij meent dat de motivering van de aanbestedende overheid gestoeld is op subjectieve assumpties en niet onderzochte onjuistheden. Hierbij voert zij onder meer aan dat een aanbestedende overheid niet zomaar haar eigen raming aan de kant mag schuiven.

Beoordeling

10. Beide onderdelen van het middel worden samen beoordeeld.

11.1. Teneinde te voldoen aan de formele-motiveringsplicht die verzoekende partij afleidt uit de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991, moet de bestreden beslissing de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die daaraan ten grondslag liggen; die motivering moet afdoende zijn teneinde de belanghebbende in staat te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt.

11.2. De bestreden gunningsbeslissing steunt op een gunningsverslag waarin uitdrukkelijk wordt gemotiveerd waarom de totaalprijs en eenheidsprijzen in de offerte van nv Egemin worden aanvaard. In de huidige stand van het geding toont verzoekende partij niet aan waarom deze formele-motivering haar niet in staat stelde terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht haar ter beschikking stelt; het tegendeel blijkt veeleer uit het verzoekschrift waarin zij deze beoordeling en motieven ook inhoudelijk betwist. Er lijkt dan ook om deze redenen alleen al voldaan aan de formele-motiveringsplicht.

Het middel is niet ernstig wat betreft de beweerde schending van de formele-motiveringsverplichting.

12.1. Wat de grieven van verzoekende partij met betrekking tot de totaalprijs van de offerte van nv Egemin betreft.

12.2. Overeenkomstig artikel 110, § 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, dient de aanbestedende overheid de offerte als onregelmatig te beschouwen indien na onderzoek van de gevraagde rechtvaardigingen blijkt dat het bedrag van de offerte abnormaal is of bij gebrek aan rechtvaardigingen binnen de opgelegde termijn. Aangezien nv Egemin wel degelijk en tijdig een prijsverantwoording heeft verstrekt, mocht verwerende partij, in tegenstelling tot wat verzoekende partij lijkt te betogen, deze offerte dus niet onregelmatig verklaren zonder eerst de opgegeven rechtvaardigingen te onderzoeken.

Ook niet cijfermatige gegevens kunnen een prijsverantwoording uitmaken, te meer omdat in dit geval een prijsverantwoording werd gevraagd voor de totaalprijs. Bovendien lijkt de verstrekte prijsverantwoording op het eerste gezicht niet beperkt te zijn tot algemeenheden.

Uit het gunningsverslag blijkt op het eerste gezicht dat verwerende partij de totale offerteprijs van nv Egemin en de prijsverantwoording van deze inschrijver wel degelijk concreet heeft onderzocht.

Het loutere feit dat het gunningsverslag lijkt te zijn opgesteld op dezelfde dag dat de prijsverantwoording werd verstrekt, lijkt, gelet op de inhoud van de motivering verstrekt door de inschrijver, niet van aard om het voorgaande te ontkrachten nu hiertoe op het eerste gezicht geen verdere berekeningen vereist waren en het gunningsverslag weliswaar reeds op 15 december 2010 lijkt te zijn opgesteld, doch pas op 12 januari 2011 werd goedgekeurd door het bevoegde afdelingshoofd.

Voorts wordt in het verslag van nazicht onder “4.2.7. Onderzoek van de prijsverantwoording van de NV Egemin” en in het bijgevoegde voorstel van gemotiveerde beslissing, geenszins louter de gegeven prijsverantwoording

hernomen, doch destilleert verwerende partij hieruit bepaalde motieven die, samen met de motieven die resulteren uit haar eigen onderzoek, volgens haar van aard zijn om de totale prijs van de offerte van nv Egemin te aanvaarden.

Verzoekende partij lijkt verwerende partij bezwaarlijk te kunnen verwijten dat zij nagelaten zou hebben na te gaan of de aangehaalde installaties werkelijk door nv Egemin werden uitgevoerd, nu de inschrijvers overeenkomstig het bestek verplicht ook getuigschriften van goede uitvoering dienden te voegen bij hun offerte.

Verzoekende partij lijkt ten slotte uit het oog te verliezen dat verwerende partij blijkbaar bepaalde elementen uit de prijsverantwoording zoals het beweerd “grondig onderzoek naar de specifieke problemen van het project” en “het marktonderzoek voor de leveringen en onderaannemingen” niet hernomen heeft om het aanvaardbaar karakter van de totaalprijs te motiveren.

12.3.1. De aanbestedende overheid beschikt over een grote beoordelingsvrijheid om de in het kader van artikel 110, § 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 gegeven prijsverantwoordingen al dan niet te aanvaarden. De Raad van State kan zich bij dergelijke beoordeling niet in de plaats stellen van het bestuur, hij mag wel nagaan of de betrokken motieven in rechte ter verantwoording van de bestreden beslissing in aanmerking mogen worden genomen, wat onder meer vereist dat ze naar behoren zijn bewezen.

12.3.2. Met voormelde beoordeling, die zowel gesteund is op een eigen onderzoek door verwerende partij als een onderzoek van de prijsverantwoording verstrekt door nv Egemin, lijkt verwerende partij het voornoemde artikel 110, § 4, niet geschonden te hebben.

12.3.3. Daarbij lijkt het op het eerste gezicht aanvaardbaar om op grond van beide motieven, met name het feit dat alle offertebedragen lager liggen dan de raming en het gebrek aan voldoende nauwkeurige elementen om de raming op te baseren, de afwijking ten opzichte van de raming te aanvaarden. In dit verband dient opgemerkt dat het loutere feit dat de globale prijzen afwijken van de raming op het eerste gezicht niet van aard is om een zorgvuldige overheid te verplichten

om prijsverantwoordingen te vragen van de inschrijvers wanneer deze afwijking geldt voor de prijzen van alle inschrijvers.

12.3.4. Verder dient te worden vastgesteld dat verzoekende partij het in de prijsverantwoording aangehaalde “grondig onderzoek naar de specifieke problemen van het project en het marktonderzoek voor de leveringen en onderaannemingen”, verwerpt als mogelijke motivering voor het beweerd normaal karakter van de totaalprijs. Deze kritiek van verzoekende partij is echter irrelevant aangezien deze elementen door verwerende partij zelf niet in aanmerking werden genomen als motief om de bestreden beslissing te schragen.

12.3.5. Verwerende partij kon op het eerste gezicht terecht vaststellen dat de totale prijs van nv Egemin slechts 11% lager ligt dan de tweede en derde gerangschikte offerte, dat het verschil met het grensbedrag berekend volgens het voornoemde artikel 110 slechts 1,8 % bedraagt en dat het feit dat de totale prijs van nv Egemin onder de voormelde grenswaarde gezakt is, te wijten is aan de hoge prijs van de vierde inschrijver, nv VS&E, die inschreef met een prijs die ruim 25 % hoger ligt dan de offerte van nv Egemin en 15 % hoger dan de tweede en derde offerte. In tegenstelling tot wat verzoekende partij voorhoudt, gaat verwerende partij hierbij geenszins voorbij aan artikel 110, § 4, nu het bedrag van de hoogste offerte, zijnde de offerte van nv Spie Belgium, wel degelijk werd uitgesloten voor de berekening van het gemiddelde; er is trouwens een zeer opmerkelijk verschil tussen het inschrijvingsbedrag van de eerste drie inschrijvers en dit van de vierde en vijfde.

12.3.6. Voorts blijkt dat verwerende partij zich niet heeft beperkt tot een onderzoek van de totaalprijs, doch dat zij ook vastgesteld heeft dat noch uit de analyse van de eenheidsprijzen, noch uit de analyse van de totalen per hoofdstuk van de samenvattende opmetingstaten, enige onregelmatigheid in de prijsvorming kan worden afgeleid.

12.3.7. Verzoekende partij maakt voorts niet aannemelijk dat verwerende partij in het kader van het onderzoek naar het abnormaal karakter van de totaalprijs niet mocht besluiten dat een afwijking van 11 % ten opzichte van de tweede en derde gerangschikte offerte aanvaardbaar is gezien de expertise en

synergieën waarop nv Egemin zich kan beroepen. Uit het gunningsverslag blijkt dat daarbij in het bijzonder rekening gehouden werd met het feit dat nv Egemin in het verleden verschillende grote projecten die gelijkaardig zijn aan het huidige project tot een goed einde heeft gebracht, dat zij over een grote expertise beschikt inzake engineering en elektromechanische uitrustingen, dat zij verschillende gelijkaardige projecten lopende heeft zodat de onderneming zich kan beroepen op synergieën met andere opdrachten, dat zij de moeilijkheidsgraad juist heeft ingeschat door meerdere plaatsbezoeken aan de site en dat zij beroep doet op onderaannemers die bekend en erkend zijn bij de overheid.

Op het eerste gezicht kan worden aangenomen dat voormelde expertise en mogelijkheid tot synergieën een “uitzonderlijk gunstige omstandigheid” vormen in de zin van artikel 110, § 3, derde lid, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, waarop deze inschrijver zich kan beroepen.

12.3.8. Het bestek bepaalt als uitvoeringsvoorwaarde onder meer dat de werken in principe moeten worden uitgevoerd zonder enige buitendienststelling van de sluis, wat inhoudt dat te allen tijde van elk sluishoofd ten minste één sluisdeur in dienst blijft en dat alle bruggen te allen tijde in dienst blijven. Verder worden een aantal limitatieve uitzonderingen opgesomd.

Het bestek vraagt aangaande de technische bekwaamheid van de inschrijver slechts de voorlegging van de lijst van werken uitgevoerd tijdens de laatste vijf jaar.

In de lijst van uitgevoerde werken die nv Egemin bij haar offerte voegt, wordt bij de omschrijving van het project meermaals verwezen naar de vernieuwing van elektromechanische uitrusting bij bruggen en sluizen. In haar prijsverantwoording wijst nv Egemin er bovendien op dat zij heden ook drie projecten in uitvoering heeft die grote gelijkenis vertonen met het huidige project “namelijk het vervangen van de HS, het uitwerken en verwezenlijken van een spanningsverdeling, het plaatsen van een nieuwe PLC configuratie met bijbehorende sturing en SW en een PC bediening (SCADA), dit alles voor zowel het sluiscomplex in zijn geheel als van de bijbehorende bruggen”.

Op het eerste gezicht maakt verzoekende partij niet aannemelijk dat verwerende partij niet mocht aannemen dat voormelde projecten in het licht van het geheel van de besteksbepalingen als gelijkaardig aan te merken zijn. Zoals verwerende partij terecht opmerkt houdt het specifiek kenmerk van de opdracht waarnaar verzoekende partij verwijst, op het eerste gezicht niet in dat er geen gelijkaardigheid is met de projecten die werden bijgebracht door de inschrijver.

12.4. De grieven betreffende de totaalprijs van de offerte van nv Egemin zijn niet ernstig.

13.1. Wat de grieven met betrekking tot de eenheidsprijzen van de offerte van nv Egemin betreft.

13.2. Inzake de beweerde schending van artikel 110, § 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, dient te worden aangenomen dat de aanbestedende overheid over een ruime discretionaire bevoegdheid beschikt om al dan niet een procedure in te zetten waarbij op zoek wordt gegaan naar de aanwezigheid van abnormale eenheidsprijzen of totaalprijzen. Indien de overheid de offerte niet afwijst omwille van abnormale prijzen, is een bevraging van de inschrijver volgens artikel 110, § 3, niet vereist, doch er bestaat wel een plicht voor de aanbestedende overheid om de regelmatigheid van een offerte na te gaan en één van de elementen van regelmatigheid is dat de offerte geen abnormale prijzen bevat. Dit onderzoek moet gebeuren met inachtnaam van de zorgvuldigheidsverplichting.

Het argument dat verwerende partij geen rechtvaardiging heeft gevraagd voor de beweerd abnormale eenheidsprijzen gaat er dus aan voorbij dat dit overeenkomstig artikel 110, § 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 slechts is vereist wanneer het bestuur zich voorneemt een offerte wegens abnormale prijzen als onregelmatig af te wijzen. Er wordt niet aangetoond dat zulks het geval was.

13.3. Voorts blijkt uit de punten 4.2.3. tot en met 4.2.5. van het gunningsverslag en uit de door verwerende partij opgestelde vergelijkende prijzentabellen, met name de vergelijkende prijzentabel op bladzijde 7 van het

gunningsverslag en de analyse der prijzen, welke beiden werden neergelegd als vertrouwelijke stukken 7 en 8 van het administratief dossier, dat ook de eenheidsprijzen door verwerende partij wel degelijk werden onderzocht, werden vergeleken met de raming en met het gemiddelde van de inschrijvingen.

13.4. Door in het gunningsverslag te oordelen dat de scherpe prijzen van nv Egemin voor de elektrische uitrusting en het onderhoud aanvaardbaar zijn aangezien elektrische uitrusting een core-business is voor nv Egemin, lijkt verwerende partij op het eerste gezicht tot een aanvaardbare conclusie te zijn gekomen. Artikel 110, § 3, derde lid, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 lijkt verwerende partij toe te laten om met dergelijke verantwoording rekening te houden.

13.5. Wat betreft de grote afwijking voor het onderhoud wijst verwerende partij er, op het eerste gezicht niet onterecht, op dat dit slechts 0,4 % van de totale prijs uitmaakt en dat de afwijking bovendien werd vastgesteld ten aanzien van het gemiddelde van alle inschrijvingen en dus niet ten aanzien van het gemiddelde berekend overeenkomstig artikel 110, § 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996.

Bovendien blijkt uit de vergelijkende prijzentabel opgenomen op bladzijde 7 van het gunningsverslag dat de eenheidsprijzen van alle inschrijvers bijzonder ver uiteenlopen; de prijs die verzoekende partij voor hoofdstuk 8 (onderhoud) heeft opgegeven wijkt eveneens op zeer belangrijke wijze af van de raming en het gemiddelde. In die omstandigheden kan verwerende partij niet zomaar onzorgvuldige beoordeling worden verweten.

13.6. De grieven betreffende de eenheidsprijzen van nv Egemin zijn niet ernstig.

14. Het eerste middel is in zijn geheel niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

15. In het tweede middel roept verzoekende partij de schending in van artikel 15 van de wet van 24 december 1993, alsook van de artikelen 110, § 1, en 115 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996.

Verzoekende partij stelt dat aangezien de offerte van nv Egemin als onregelmatig dient te worden beschouwd wegens een abnormale totaalprijs en abnormale eenheidsprijzen, verzoekende partij als laagste regelmatige inschrijver dient te worden beschouwd.

Beoordeling

16. Aangezien het eerste middel niet ernstig werd bevonden, wordt op het eerste gezicht evenmin aangetoond dat de opdracht in strijd met de in het middel aangehaalde bepalingen niet zou zijn toegewezen aan de laagste regelmatige inschrijver.

Het tweede middel is dan ook niet ernstig.

VIII. Besluit

17. Nu geen van beide middelen ernstig werd bevonden dient de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid te worden verworpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van nv Egemin tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 175 euro.

De tussenkommende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 19 april 2011, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Pierre Barra