RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 206.395 van 2 juli 2010
in de zaak A. 196.730/XII-6223

In zake: 1. de NV BESIX
2. de NV DESIRE STADSBADER-FLAMAND
samen vormend de thv Besix-D. Stadsbader-Flamand
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bettina Poelemans
kantoor houdend te Sint-Denijs-Westrem
Kortrijksesteenweg 1144 G
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

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

Tussenkomende partij:

de NV ANTWERPSE BOUWWERKEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Peter Flamey en Joost Bosquet
kantoor houdend te Antwerpen
Jan van Rijswijcklaan 16
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 9 juni 2010, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van

"(i) de beslissing van 20 mei 2010 van het College van Burgemeester en Schepenen van de Stad Gent waarbij werd beslist om na het voeren van een openbare aanbesteding de overheidsopdracht van aanneming van werken 'Kobra-project : herinrichting van de Korenmarkt en het Emile Braunplein te Gent Deelgebied 2 : Emile heraanleg Braunplein en omgeving. Bijzonder bestek nr 09418/01/00/00' te gunnen aan de nv Antwerpse Bouwwerken en

(ii) de daarmee samenhangende impliciete beslissing om de betreffende opdracht niet te gunnen aan de THV Besix-Stadsbader-Flamand".

II. Verloop van de rechtspleging

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 24 juni 2010, om 10.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Bettina Poelemans, die verschijnt voor de verzoekende partijen, advocaat Hendrik Vermeire, die loco advocaat Patrick Devers verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Joost Bosquet, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Luc Vermeire 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 openbare aanbesteding met Europese bekendmaking uit voor een overheidsopdracht van werken, genaamd "Kobra-project : herinrichting van de Korenmarkt en het Emile Braunplein te Gent. Deelgebied 2 : heraanleg Braunplein en omgeving".

De opdracht heeft een geraamde waarde van 13.276.971,19 euro, btw niet inbegrepen.

3.2. De opdracht is onderworpen aan het bijzonder bestek nr. 09418/01/00/00.

Het voorwerp van de opdracht wordt in artikel 1.1 van het Algemeen deel / Algemene bepalingen van het bestek (p. 12/82) als volgt omschreven :

> "Onderhavig bestek omvat de algemene bepalingen betreffende de volgende uit te voeren werken: Heraanleg Braunplein, Gouden Leeuwplein, Poeljemarkt, Klein Turkije, Stadhuissteeg en de Botermarkt; realisatie van een verdiepte gelijkvloerse inrichting en van een stadshal.
>
> Deze werken betreffen
> •maken van een gescheiden rioleringsstelsel
> •archeologisch onderzoek
> •heraanleg bovenbouw in natuurlijke materialen
> •aanleg van een park en bijhorende pomp- en, bufferinstallatie
> •aanleg van nieuwe tramsporen en signaletica
> •vervolledigen van een keermuur langsheen het nieuwe park
> •maken van een evenementenhal op het plein
> •maken van een verdiepte gelijkvloerse inrichting onder het Braunplein met:
> - casco-ruimte voor grand-café
> - artiestenloges en bergingen
> - publiek sanitair
> - publieke fietsenstalling
> - hoogspanningscabine
> - gasreduceercabine".

Het bestek maakt een onderscheid tussen meerdere bouwdelen E tot en met H. Het bouwdeel G "Bouwwerken" omvat drie subdelen, subdeel G1: Architectuur, subdeel G2: Stabiliteit en subdeel G3: Technieken. Bij het offertebiljet is voor elk bouwdeel en subdeel een eigen samenvattende meetstaat gevoegd.

De werken worden uitgevoerd voor rekening van de stad Gent, TMVW en De Lijn. De stad Gent, de huidige verwerende partij, treedt op als leidinggevend bestuur voor de drie opdrachtgevende besturen overeenkomstig artikel 19 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten (hierna: de wet van 24 december 1993).

Het bestek bepaalt onder Hoofdstuk I, 2, K.B. art. 19 van het Algemeen deel / Algemene bepalingen van het bestek, onder meer de volgende "Indicaties van de technische bekwaamheid":

> "Door de aanbestedende overheid geëiste documenten ter beoordeling van de technische bekwaamheid van de inschrijver en dit dmv. onderstaande, gevraagde referenties:

Referenties : de lijst van werken uitgevoerd tijdens de laatste vijf jaar (bij de offerte te voegen door de inschrijver), gestaafd door getuigschriften van goede uitvoering; voormelde referenties dienen te slagen op werken uitgevoerd voor openbare besturen en omvat

- Bestrating: 2 referenties van bestratingswerken op de rijweg in keien gevoegd met gemodificeerde mortel; voor een bedrag van min. 300.000 EUR incl BTW. De technische bekwaamheid voor een dergelijke uitvoering moet gestaafd worden met een getuigschrift van goede uitvoering.

[...]

Het bestuur behoudt zich het recht voor om zelf de referentie te inspecteren om het daarna te kwalificeren".

3.3. De aankondiging van de opdracht wordt op 1 februari 2010 gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen en op 3 februari 2010 in het Publicatieblad van de Europese Unie.

De aankondiging bepaalt onder III.2 "Voorwaarden voor deelneming" onder III.2.3 "Vakbekwaamheid":

"Inlichtingen en formaliteiten om na te gaan of aan de vereisten is voldaan :
- een bewijs van registratie: de aannemer moet als aannemer geregistreerd zijn conform de bepalingen van het KB van 27 november 2007 in uitvoering van de artikelen 400, 401, 403, 404 en 406 van het Wetboek Der Inkomstenbelastingen 1992 en van artikel 30 bis van de Wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders.
-De aannemer moet voldoen aan de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken.
De aannemer moet erkend zijn in de (onder)categorie D.
De werken behoren op basis van de raming tot klasse 8".

3.4. De offertes worden geopend op 25 maart 2010. Er worden zeven offertes ingediend waaronder deze van de nv Strabag voor een bedrag van 10.154.988, 30 euro, deze van de tussenkomende partij voor een bedrag van 10.844.640,00 euro en deze van de verzoekende partijen voor een bedrag van 11.237.881,61 euro. Al deze bedragen zijn btw niet inbegrepen.

3.5.1. Op 17 mei 2010 wordt een omstandig gunningsverslag opgesteld.

3.5.2. In de eerste plaats wordt in dit verslag geoordeeld dat alle inschrijvers voldoen aan de criteria van de kwalitatieve selectie.

Voor de tussenkomende partij wordt vastgesteld:

> "Slechts één referentie van bestratingswerken toegevoegd.
> Naderhand werden bijkomende gegevens opgevraagd. In de ontvangen documenten werden uitvoeringsbedragen van bestratingswerken vermeld en in orde bevonden".

In een brief van 2 april 2010 had de verwerende partij aan de tussenkomende partij meegedeeld dat haar offertedossier slechts één referentie met betrekking tot bestrating bevat en had de verwerende partij gevraagd een bijkomende referentie toe te voegen.

De tussenkomende partij antwoordde met een brief van 19 april 2010:

> "Referenties mbt. de bestrating.
>
> In onze bieding hebben wij reeds aangetoond dat de gegeven referentie een dermate belangrijke referentie is dat ze alleen reeds onze bekwaamheid aanduidt.
>
> Daarnaast voegen wij als bijlage als een tweede relevante referentie van uitgevoerde bestratingswerken voor het Huis van Vlaamse Volksvertegenwoordigers te Brussel toe.
> Het bedrag voor de uitgevoerde bestratingswerken bedroeg : 811 780,77 euro.
> In deze werken was ook de heraanleg van de 4 straten rondom het gebouw inbegrepen, welke bestonden uit natuursteenbevloering, asfalt en kasseien in mortelbed.
> De betrokken werfverantwoordelijken van beide referenties zijn nog steeds werkzaam in ons bedrijf".

Het bijgevoegde getuigschrift verwijst naar de werken Huis van de Vlaamse Volksvertegenwoordigers uitgevoerd "tijdens de jaren 11/1999 à 08/2002" en vermeldt bij "algemene aannemingen van wegenbouwkundige werken" een bedrag van 811.780,77 euro.

3.5.3. Vervolgens wordt de regelmatigheid van de offertes onderzocht.

Wat het onderzoek van de prijzen betreft werd volgens het gunningsverslag de volgende methodologie gehanteerd:

> "De posten van de offertes en van de raming die hoger dan 0,75 % van de raming excl. btw bedragen, werden nader beschouwd

Raming : 13.276.971,19 € - 63.546,00 € leveringen van materialen door De Lijn =- 13.213.425,19 € excl. btw
0,75 % op raming = 99.100,39 € afgerond 100.000,00 €".

Vervolgens werd "onderzocht of deze posten 50 % afwijken van het gemiddelde van de inschrijvers of van de raming".

Aan de tussenkomende partij werd met een brief van 2 april 2010 een prijsverantwoording gevraagd van de eenheidsprijs van de volgende posten:

"Bouwdeel G - subdeel G1	
Post met volgnr. 441	artnr. F 1 H.VIII 2.1 'Lijnvormige elementen in RVS - Leveren en plaatsen van profiel in RVS 316, br 1,5 cm, type 15/480, incl. bevestiging op gewapende betonbalk' - rechte delen'
Post met volgnr. 442	artnr. F 1 H.VIII 2.2 'Lijnvormige elementen in RVS - Leveren en plaatsen van profiel in RVS 316, br 1,5 cm, type 15/480, incl. bevestiging op gewapende betonbalk' - kromme delen.'
Post met volgnr. 897	artnr. G1.2-07.04.38 'Bekleding schouw uit gelakte staalplaat'
Post met volgnr. 902	artnr. G1.2-11.02.11 A 'Plafondbekleding met eiken planken'
Bouwdeel G - subdeel G2	
Post met volgnr. 967	artnr. 03.06.14 'Trekstaven S460'".

In een brief van 19 april 2010 gaf de tussenkomende partij de volgende verantwoording van de prijzen voor deze posten:

"De verantwoording van de door u gevraagde prijzen zijn deels gebaseerd op prijzen levering en eigen werk en deels op prijzen van onderaanneming.

De desbetreffende posten dewelke in uw lijst werken opgenomen werden door ons nogmaals nagezien en gecontroleerd op marktconformiteit met het bestek.

Wij kunnen in ieder geval bevestigen dat onze prijzen een volledige conforme uitvoering waarborgen.

Wij benadrukken dat het project door ons grondig werd bestudeerd. Onze ervaring in werken in stadsomgeving, waarin we tal van referenties hebben gerealiseerd, heeft ons in staat gesteld een specifieke expertise in dit domein op te bouwen die gedeeld wordt door onze onderaannemers en toeleveranciers. Deze expertise gecombineerd met motivatie van de

betrokken medewerkers heeft ertoe geleid een uiterste competitieve prijs op te maken.

Te verantwoorden prijzen

Wij bevestigen dat de eenheidsprijzen zijn opgemaakt conform de bepalingen van het KB van 26 januari 1996. In het bijzonder omvatten de eenheidsprijzen volgende items:

1. de indirecte (niet rechtstreeks aan een post toewijsbare) werfkosten voor een percentage van 7% van de inschrijvingsprijzen,
2. de algemene kosten, winst en risico voor een percentage van 10% op de ingeschreven eenheidsprijzen,
3. de productiekosten, zijnde de rechtstreekse kosten voor leveringen, arbeid, onderaanneming of specifiek materieel, dit voor een uitvoering volledig conform de besteksbepalingen.

Dit betekent dat 17% van de vermelde eenheidsprijs dient als kostenvergoeding voor de indirecte werfkosten (punt I) + de algemene kosten, winst en risico (punt 2)".

Bij deze brief is de volgende "Detaillijst prijsverantwoordingen" gevoegd:

"Bijlage B

Kobra: Openbare aanbesteding Herinrichting Korenmarkt en Emile Braunplein te Gent Deelgebied Braunplein en omgeving
Besteknummer 9418/01/00/00

Postnummer 441 (442 in bieding AB)
artnr. F 1 H.VIII 2. 1 'Lijnvormige elementen in RVS'
Leveren en plaatsen van profiel in RVS 316, br 1,5 cm, type 15/480 incl bevestiging op gewapende betonbalk - rechte delen

Prijs onderaannemer RVS elementen, staalconstructie en stalen bekleding:		28.04€/m
kostprijs		28.04 €/m
ak/risico/winst	17%	5.74 €/m
Eenheidsprijs Verkoop		33,78 €/m

Deze prijs werd ons doorgegeven door onze onderaannemer RVS elementen, staalconstructie en stalen bekleding en dient vanzelfsprekend tesamen beschouwd te worden met de totaliteit van RVS elementen zijnde posten 440 (ab 411 tem 443), met de totaliteit van staalbekleding zijnde posten 895 tem 898 (ab 897 tem 900) alsmede met de totaliteit van staalconstructie zijnde posten 964 tem 967 (ab 966 tem 969).

Postnummer 442 (443 in bieding AB)
artnr. F1 H.VIII 2.2 'Lijnvormige elementen in RSV'
Leveren en plaatsen van profiel in RVS 316, br 1,5 cm, type 15/480 incl bevestiging op gewapende betonbalk - kromme delen

Prijs onderaannemer RVS elementen, staalconstructie en stalen bekleding

		43,51 €/m
kostprijs		43,51 €/m
ak/risico/winst	17%	8,916 €/m
Eenheidsprijs Verkoop		52,42 €/ m

Deze prijs werd ons doorgegeven door onze onderaannemer RVS elementen, staalconstructie en stalen bekleding en dient vanzelfsprekend tesamen beschouwd te worden met de totaliteit van de RVS elementen zijnde posten 440 tem 442 (ab 441 tem 443), met de totaliteit van staalbekleding zijnde posten 895 tem 898 (ab 897 tem 900) alsmede met de totaliteit van staalconstructie zijnde posten 964 (ab 966 tem 969).

Postnummer 897 (899 in bieding AB)
artnr. G1.2-07.04.38 'bekleding schouw uit gelakte staalplaat'

Prijs onderaannemer RVS elementen, staalconstructie en stalen bekleding:

		3 746.70 €
kostprijs		3 746.70 €
ak/risico/winst	17%	767.40 €
Eenheidprijs Verkoop		4 514.10 €

Deze prijs werd ons doorgegeven door onze onderaannemer RVS elementen, staalconstructie en stalen bekleding en dient vanzelfsprekend tesamen beschouwd te worden met de totaliteit van de RSV elementen zijnde posten 440 tem 442 (ab 441 tem 443), met de totaliteit van staalbekleding zijnde posten 895 tem 898 (ab 897 tem 900) alsmede met de totaliteit van staalconstructie zijnde posten 964 tem 967 (ab 966 tem 969).

Postnummer 902 (904 in bieding AB)
artnr. G1.2-11.02. 11A 'Plafondbekleding met eiken planken'

Leveren eiken planken, draagstructuur en RVS bevestigingsmiddelen,		39.38 €/m2
Plaatsen		
Arbeider		33 €/u
Rendement		8 m2/u
		4.13 €/m2
kostprijs		43.51 €/m2
ak/risico/winst	17%	8.91 €/m2
Eenheidsprijs Verkoop		52.42 € /m2

Postnummer 967 (969 in bieding AB)
artnr. 03.06.14 'Trekstaven'

Prijs onderaannemer RVS elementen, staalconstructie en stalen bekleding:		2.65 €/kg
kostprijs		2.65 €/kg
ak/risico/winst	17%	0.54 €/kg
Eenheidsprijs Verkoop		3.19 €/kg

Deze prijs werd ons doorgegeven door onze onderaannemer RVS elementen, staalconstructie en stalen bekleding en dient vanzelfsprekend tesamen beschouwd te worden met de totaliteit van RVS elementen zijnde posten 440 tem 442 (ab 441 tem 443), met de totaliteit van staalbekleding zijnde posten 895 tem 898 (ab 897 tem 900) alsmede met de totaliteit van de staalconstructie zijnde posten 964 tem 967 (ab 966 tem 969)".

In het gunningsverslag, dat in het kader van het prijsonderzoek niet expliciet verwijst naar post 441, worden de eenheidsprijzen voor de posten 442, 897, 902 en 967 als volgt aanvaard:

"F1. art 2.2, volgnummer 442
Leveren en plaatsen van profiel in RVS 316, br. 1,5 cm type 15/480, incl., bevestiging op gewapende betonbalk, kromme delen incl. gewapende betonbalk

Inschrijver Antwerpse bouwwerken	
ingediende eenheidsprijs:	52,42 €
gemiddelde eenheidsprijs:	351,83 € (298,56 + 257,95 + 461,00 + 506,90 + 270,75 + 52,42 + 615,25)/7
geraamde eenheidsprijs:	210,50 €

De ingediende eenheidsprijs is lager dan 50% van het gemiddelde (zijnde 50% van 351,83 € of 175,92 €) en wijkt sterk af van de raming.
Er werd hieromtrent verantwoording opgevraagd bij de inschrijver. Antwerpse Bouwwerken meldt dat deze post samen met posten 440 tem 442, 895 tem 898 en 964 tem 967 dient te worden beschouwd. In vergelijking met de totaalprijzen (samen beschouwd) van de andere inschrijvers zijn er geen grote afwijkingen merkbaar en worden de eenheidsprijzen van desbetreffende posten, in zijn geheel, als marktconform beschouwd. De aanbestedende overheid besluit, gezien voorgaande redenering eenheidsprijs te aanvaarden.

[...]

G1.2 art. 07.04.38, volgnummer 897
Bekleding schouw uit gelakte staalplaat

Inschrijver Antwerpse Bouwwerken	
ingediende eenheidsprijs:	4.514,10 €
gemiddelde eenheidsprijs:	56.518,56 € (77.008,69 + 83.805,34 + 62.000,00 + 47.087,87 + 57.754,31 + 4.514,10 + 63.459,63)/7
geraamde eenheidsprijs:	125.000,00 €

De ingediende eenheidsprijs is lager dan 50% van het gemiddelde (zijnde 50% van 56.518,56 € of 28.259,28).
In vergelijking met alle eenheidsprijzen is de ramingsprijs geheel te hoog ingeschat. M.a.w. de ingediende eenheidsprijs is laag.

Er werd hieromtrent verantwoording opgevraagd bij de inschrijver. Antwerpse Bouwwerken meldt dat deze post samen met posten 440 tem 442, 895 tem 898 en 964 tem 967 dient te worden beschouwd. In vergelijking met de totaalprijzen (samen beschouwd) van de andere inschrijvers zijn er geen grote afwijkingen merkbaar en worden de eenheidsprijzen van desbetreffende posten, in zijn geheel, als marktconform beschouwd. De aanbestedende overheid besluit, gezien voorgaande redenering eenheidsprijs te aanvaarden.

[...]

G1.2 art. 11.02.11A, volgnummer 902
Plafondbekleding met eiken planken

Inschrijver Antwerpse Bouwwerken	
ingediende eenheidsprijs:	52,42 €
gemiddelde eenheidsprijs:	153,85 € (164,37 + 159,11 + 185,00 + 160,82 + 116,91 + 52,42 + 238,33)/7
geraamde eenheidsprijs:	125,00 €

De ingediende eenheidsprijs is lager dan 50% van het gemiddelde (zijnde 50% van 153,85 € of 76,93 €), m.a.w. de ingediende eenheidsprijs lijkt laag.
Er werd hieromtrent verantwoording opgevraagd bij de inschrijver. Inschrijver Antwerpse Bouwwerken geeft meer informatie omtrent de eenheidsprijs van de materialen en de plaatsingskosten (met een hoog plaatsingsrendement). Gezien de standaardisatie van de afmetingen van de bekleding in het ontwerp aanvaardt de aanbestedende overheid de inhoud.
Rekening houdend met de werfcoördinatie, opeenvolging van de werken, de noodzakelijke werfinstallatie hoort deze post samen met art.07.04.11, volgnummer 893, Verticale beplanking met open voegen en art.07.04.12, volgnummer 894, Verticale beplanking en kepers met open voegen. Deze posten worden opeenvolgend, al dan niet op hetzelfde tijdstip, gebruikmakend van dezelfde werfinrichting geplaatst. In vergelijking met de totaalprijzen (van volgnummer 893, 894 en 902; samen beschouwd) van de andere inschrijvers zijn er geen grote afwijkingen merkbaar en worden de eenheidsprijzen van desbetreffende posten, in zijn geheel, als marktconform beschouwd. De aanbestedende overheid besluit, gezien voorgaande redenering de eenheidsprijs te aanvaarden.

[...]

G2.2 art.03.06.14, volgnummer 967
Trekstaven S460

Inschrijver Antwerpse Bouwwerken	
ingediende eenheidsprijs:	3,19 €
gemiddelde eenheidsprijs:	6,82 € (7,43 + 6,87 + 8,27 + 7,51 + 7,20 + 3,19 + 7,26)/7
geraamde eenheidsprijs:	8,40 €

De ingediende eenheidsprijs is lager dan 50% van het gemiddelde (zijnde 50% van 6,82 € of 3,41 6) m.a.w, de ingediende eenheidsprijs is laag.

> Er werd hieromtrent verantwoording opgevraagd bij de inschrijver. Antwerpse Bouwwerken meldt dat deze post samen met posten 440 tem 442, 895 tem 898 en 964 tem 967 dient te worden beschouwd. In vergelijking met de totaalprijzen (samen beschouwd) van de andere inschrijvers zijn er geen grote afwijkingen merkbaar en worden de eenheidsprijzen van desbetreffende posten, in zijn geheel, als marktconform beschouwd. De aanbestedende overheid besluit, gezien voorgaande redenering de eenheidsprijzen te aanvaarden".

Ook aan de nv Strabag Belgium werd voor een aantal posten een prijsverantwoording gevraagd. Deze werd echter niet aanvaard en de offerte van de nv Strabag Belgium wordt aangemerkt als onregelmatig wegens abnormaal lage eenheidsprijzen, inzonderheid wegens het feit dat voor een bepaalde post prijs gegeven werd enkel voor het leveren en niet voor het leveren en plaatsen van de stenen voor de bestrating.

3.5.4. In de eindrangschikking wordt de offerte van de tussenkomende partij met een prijs van 12.740.134,33 euro, btw inbegrepen, als laagste inschrijver gerangschikt, vóór de verzoekende partijen met een prijs van 13.198.871,90 euro, btw inbegrepen. Na definitieve verbetering van de laagste regelmatige offerte wordt de inschrijvingsprijs van de tussenkomende partij bepaald op 10.636.839,79 euro, zonder btw en 12.413.908,82 euro, met btw.

3.6. Op 20 mei 2010 keurt het college van burgemeester en schepenen van de stad Gent het gunningsverslag goed. Er wordt beslist de opdracht toe te wijzen aan de tussenkomende partij die de laagste regelmatige offerte indiende, aan het voormelde bedrag.

Dit is de bestreden beslissing.

3.7. Met een aangetekend verzonden brief van 25 mei 2010 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partijen mee dat de opdracht werd toegewezen en dat hun offerte niet werd uitgekozen. Bijgevoegd is het collegebesluit van 20 mei 2010 en het gunningsverslag. *In fine* wordt vermeld dat de verzoekende partijen overeenkomstig artikel 21*bis* van de wet van 24 december 1993, beschikken over een termijn van 15 dagen, ingaand op de datum volgend op de verzendingsdatum van de brief, om eventueel beroep aan te tekenen en dat het stadsbestuur zal overgaan tot betekening van de opdracht indien zij binnen de toegestane termijn geen schriftelijke kennisgeving in die zin ontvangt.

3.8. Op vraag van de verzoekende partijen deelt de verwerende partij, per e-mail en brief van 4 juni 2010, kopie mee van het verzoek om prijsverantwoording van de verwerende partij aan de tussenkomende partij alsook diens antwoord.

De voorliggende vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt ingediend op 9 juni 2010.

IV. Tussenkomst

4. Met een op 17 juni 2010 ter post aangetekend verzoekschrift vraagt de nv Antwerpse Bouwwerken om in het geding te mogen tussenkomen.

Zij blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet haar verzoek worden ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van het beroep

5. De vordering tot schorsing is naast de bestreden toewijzingsbeslissing eveneens gericht tegen de “de daarmee samenhangende impliciete beslissing om de betreffende opdracht niet te gunnen aan de THV Besix - Stadsbader-Flamand”.

De verzoekende partijen tonen evenwel niet aan welk bijkomend voordeel de schorsing van de impliciete beslissing om de opdracht niet aan hen toe te wijzen hen zou verschaffen, zodat hun het belang bij dit deel van de vordering dient te worden ontzegd.

VI. De schorsingsvoorwaarden

6. 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.

VII. Beoordeling van de eerste en de derde schorsingsvoorwaarde

7. Inzake de vereiste van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel beroepen de verzoekende partijen zich in essentie op de mogelijkheid om zelf de opdracht te kunnen uitvoeren. Ze merken op dat indien door de betekening van de bestreden toewijzingsbeslissing een overeenkomst tot stand komt met de gekozen inschrijver, conform de Feyfer Formanova rechtspraak van de Raad een vordering tot schorsing naar alle waarschijnlijkheid zal worden afgewezen en het herstel in natura onmogelijk worden. Ook benadrukken zij de financiële waarde van de opdracht en de referentiewaarde.

Inzake de uiterst dringende noodzakelijkheid herhalen zij de mogelijkheid te willen vrijwaren de opdracht zelf uit te voeren en wijzen zij op de in toepassing van artikel 21*bis* van de wet van 24 december 1993 door de verwerende partij in haar brief van 25 mei 2010 toegekende wachttermijn van 15 dagen.

Beoordeling

8. Door de betekening van de bestreden toewijzingsbeslissing zou tussen de verwerende partij en de gekozen inschrijver een overeenkomst tot stand komen tengevolge waarvan, in de lijn van de rechtspraak van de Raad van State, arrest nr. 87.983 van 15 juni 2000 van de algemene vergadering van de afdeling bestuursrechtspraak een gewone vordering tot schorsing naar alle waarschijnlijkheid zou worden afgewezen. Het bestaan van die overeenkomst zou de betrachting van de verzoekende partijen om zelf de opdracht nog uit te voeren, ernstig bemoeilijken en zou een mogelijk herstel in natura verder af brengen.

Er moet worden aanvaard dat de verzoekende partijen door de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden toewijzingsbeslissing het rechtens vereiste moeilijk te herstellen ernstig nadeel kunnen ondergaan, mede gelet op de aard en de waarde van de in het geding zijnde opdracht, onderworpen aan bekendmaking in het Publicatieblad van de Europese Unie.

Voorts, wegens de dreigende betekening die door de verwerende partij in haar brief van 25 mei 2010 wordt aangekondigd en de te dezen verplicht gestelde procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid overeenkomstig voormeld artikel 21*bis*, § 2, wordt aanvaard dat de verzoekende partijen een beroep deden op de procedure tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Hieruit volgt dat is voldaan aan de eerste en de derde van de door het voormelde artikel 17 gestelde voorwaarden.

VIII. Beoordeling van de tweede schorsingsvoorwaarde

9. Het is passend het tweede middel eerst te bespreken.

A. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

10. De verzoekende partijen leiden een tweede middel af uit de "schending van artikel 15 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten van aanneming van werken, leveringen en diensten; schending van artikel 19 en van artikel 110 § 1 van het KB van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken [...]; schending van de artikelen 2 en 3 van de Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen; schending van het algemeen beginsel waardoor elke overheid verplicht wordt haar beslissing op deugdelijke gronden te motiveren / de materiële motiveringsplicht; schending van het algemeen beginsel 'patere legem quam ipse fecisti'".

In essentie voeren zij aan dat het bestek vereiste dat de inschrijvers ten bewijze van hun bekwaamheid een welbepaald aantal referenties moesten voorleggen, uitgevoerd tijdens de laatste vijf jaar, waaronder ook twee referenties van bestratingswerken op de rijweg in keien gevoegd met gemodificeerde mortel voor een bedrag van minimum 300.000 euro, btw inbegrepen, en dat de tussenkomende partij niet aan die voorwaarden voldeed, zodat zij niet zonder schending van de ingeroepen rechtsregels en beginselen geselecteerd kon worden en dus ook de opdracht niet kon bekomen.

Uit het gunningsverslag en de brief van 2 april 2010 van de verwerende partij aan de tussenkomende partij blijkt dat deze slechts één referentie van bestratingswerken had toegevoegd.

Deze door de tussenkomende partij opgegeven referentie inzake bestratingswerken, de opdracht "Kon. Astridplein te Antwerpen - spoorwegtunnel en parking" betreft geen uitvoering tijdens de laatste vijf jaar zoals in het bestek vereist, aangezien uit de referentielijst van de tussenkomende partij zelf op haar website blijkt dat deze opdracht werd uitgevoerd in de jaren 2001 tot 2004.

De bij brief van 19 april 2010 voorgelegde tweede referentie - uitgevoerde bestratingswerken voor het Huis van Vlaamse Volksvertegenwoordigers te Brussel - komt evenmin in aanmerking, nu uit het bijgevoegde getuigschrift blijkt dat de betreffende werken werden uitgevoerd tussen november 1999 en augustus 2002, zodat dit geen referentie is uitgevoerd gedurende de laatste vijf jaar. Uit dat getuigschrift blijkt dat het aandeel van de "wegenbouwkundige werken" in die opdracht een bedrag beliep van 811.780,77 euro maar hiermee is echter niet aangetoond dat deze ook "bestratingswerken op de rijweg in keien gevoegd met gemodificeerde mortel" voor een bedrag van minstens 300.000 euro omvatten. De tussenkomende partij poneerde weliswaar dat de heraanleg van de vier straten rondom het gebouw bestonden uit natuursteenbevloering, asfalt en kasseien in mortelbed, doch verduidelijkte helemaal niet - laat staan bewijst - dat de bestratingswerken in kasseien in mortelbed alleen 300.000 euro beliepen.

Aldus heeft de verwerende partij onwettig, in strijd met eigen voorgeschreven regels en artikel 19 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken (hierna: het KB van 8 januari 1996), de gekozen inschrijver geselecteerd. Aldus is meteen ook artikel 15 van de wet van 24 december 1993 geschonden, nu niet de tussenkomende partij de laagste regelmatige inschrijving heeft ingediend, maar wel de verzoekende partijen.

De verzoekende partijen besluiten dat in zoverre in het gunningsverslag wordt gesteld dat de aan de tussenkomende partij terzake de ontbrekende referentie van bestratingswerken, gevraagde bijkomende gegevens werden ontvangen en in orde werden bevonden, deze motivering en beoordeling

onjuist zijn, wat eveneens een schending van de formele, minstens van de materiële motiveringsplicht inhoudt.

Beoordeling

11. Artikel 19, eerste lid, van het KB van 8 januari 1996 luidt onder meer als volgt:

> "Onverminderd de bepalingen betreffende de erkenning van aannemers van werken, kan de technische bekwaamheid van de aannemer aangetoond worden door één of meer van de volgende referenties:
>
> [...]
>
> 2/ door de lijst van de werken uitgevoerd tijdens de laatste vijf jaar, en gestaafd door getuigschriften van goede uitvoering voor de belangrijkste werken. Deze getuigschriften bevatten het bedrag, het tijdstip en de plaats van uitvoering van de werken en geven duidelijk weer of deze uitgevoerd werden volgens de regels van de kunst en of ze op regelmatige wijze tot een goed einde werden gebracht. In voorkomend geval zullen deze getuigschriften door de bevoegde overheid rechtstreeks aan de aanbestedende overheid toegezonden worden".

Het vierde lid van deze bepaling luidt:

> "De aanbestedende overheid geeft in de aankondiging van opdracht of in de uitnodiging tot het indienen van een offerte aan, welke van deze referenties zij verlangt".

Artikel 110, § 1, van ditzelfde koninklijk besluit bepaalt :

> "De gunning vindt plaats op basis van het gunningscriterium of van de gunningscriteria, nadat de geschiktheid van de inschrijvers of van de kandidaten die niet zijn uitgesloten door de aanbestedende overheid is nagegaan overeenkomstig de regels in verband met de kwalitatieve selectie".

12. In de huidige stand van het geding volstaat de vaststelling dat bepaalde referenties weliswaar vereist worden in het bestek, maar dat in de aankondiging van de opdracht, onder III. 2 "Voorwaarden voor deelneming" onder III.2.3 "Vakbekwaamheid", geen referenties worden gevraagd maar enkel registratie als aannemer en erkenning in klasse 8, categorie D.

Het voornoemde artikel 19, eerste lid, van het KB van 8 januari 1996, bepaalt door welke referenties de technische bekwaamheid van de aannemer kan worden aangetoond onverminderd de bepalingen betreffende de erkenning van aannemers. Luidens artikel 19, vierde lid, van dit koninklijk besluit geeft "de aanbestedende overheid in de aankondiging van de opdracht of in de uitnodiging tot het indienen van een offerte aan, welke van deze referenties zij verlangt". Bijgevolg dient verwezen naar de lijst opgesomd in de aankondiging en niet naar de verdergaande eisen gesteld in het bestek, waarnaar de aankondiging voor vakbekwaamheid zelfs niet verwijst.

De verwerende partij kon dan ook niet wettig een inschrijver niet selecteren op basis van het niet voorleggen van de vereiste referenties. Dit volstaat om het middel niet ernstig te bevinden.

B. Eerste middel

Standpunt van de verzoekende partijen

13. De verzoekende partijen leiden een eerste middel af uit de "schending van artikel 15 van de Wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten van aanneming van werken, leveringen en diensten; schending van artikel 110 § 2 en § 3 van het KB van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken [...]; schending van de artikelen 2 en 3 van de Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen; schending van het algemeen beginsel waardoor elke overheid verplicht wordt haar beslissing op deugdelijke gronden te motiveren / de materiële motiveringsplicht; schending van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid van het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel, van het 'patere legem quam ipse fecisti' beginsel, van het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel".

In dit middel wordt uiteengezet dat de verwerende partij de ingeroepen rechtsregels en -beginselen geschonden heeft door de eenheidsprijzen van de tussenkomende partij voor de posten 441, 442, 897, 902 en 967 waarvoor een prijsverantwoording werd gevraagd in het gunningsverslag te aanvaarden terwijl de offerte van de tussenkomende partij wegens abnormale prijzen had moeten worden

geweerd als substantieel onregelmatig en absoluut nietig. Bijgevolg had de opdracht overeenkomstig artikel 15 van de wet van 24 december 1993 moeten worden toegewezen aan de verzoekende partijen.

14. Daarbij worden de volgende grieven aangevoerd :

14.1. De door de tussenkomende partij gegeven verantwoording voldoet om de volgende redenen niet als rechtvaardiging.

14.1.1. Het argument dat de betreffende posten nogmaals werden nagezien en gecontroleerd op marktconformiteit met het bestek en dat de prijzen een volledige conforme uitvoering waarborgen, maakt geen enkele verantwoording uit van de betreffende eenheidsprijzen, want is niet of niet minder dan een loutere bevestiging van de prijs zonder enige concrete uitleg ter rechtvaardiging.

14.1.2. De beweerde ervaring met en expertise in werken in stads-omgeving is geen concreet element op basis waarvan de tussenkomende partij zich onderscheidt van de andere inschrijvers, nu alle betrokken inschrijvers één voor één een gelijkaardige ervaring en expertise bezitten. Er wordt ook niet aangetoond hoe die beweerde eigenheid invloed heeft gehad op de bewuste eenheidsprijzen, nu de tussenkomende partij zelf aangeeft de werken van de kwestieuze posten niet zelf uit te voeren, maar wel die te zullen laten uitvoeren door een onderaannemer.

14.1.3. Voor de posten 441, 442, 897 en 967 wordt telkens verwezen naar de beweerde prijs van haar onderaannemer RVS elementen, staalconstructie en staalbekleding, vermeerderd met 17 % algemene kosten, risico en winst. Dit laatste is geen rechtvaardiging. Er wordt immers geen offerte van de beweerde onderaannemer voorgelegd en evenmin wordt concreet en onderbouwd uitgelegd hoe die prijs van de onderaannemer is samengesteld noch om welke objectieve redenen de onderaannemer die lage prijs kon bieden.

14.1.4. De verdere verantwoording dat ieder van deze eenheidsprijzen “vanzelfsprekend samen dient beschouwd te worden met de totaliteit van RVS elementen zijnde posten 440 tem 442 (ab 441 tem 443), met de totaliteit van staalbekleding zijnde posten 895 tem 898 (ab 897 tem 900) alsmede met de totaliteit van de staalconstructie zijnde posten 964 tem 967 (ab 966 tem 969)” is strijdig met de regelgeving zelf inzake abnormale eenheidsprijzen, zoals opgenomen in

artikel 110, § 3, van het KB van 8 januari 1996, waarin immers uitdrukkelijk is voorzien in de mogelijkheid een offerte ook als onregelmatig af te wijzen wegens abnormale (lage) eenheidsprijzen van welbepaalde posten, ongeacht of ook de totaalprijzen abnormaal (laag) zijn of niet. De ratio legis van de regelgeving der abnormale eenheidsprijzen beoogt precies na te gaan of die welbepaalde posten, waarvoor abnormale - te dezen lage - eenheidsprijzen werden geboden, wel werkelijk tegen die prijs kunnen worden uitgevoerd, ongeacht de normale totaalprijs van de opdracht dan wel van een deel van die opdracht. De prijsverantwoording en het prijsonderzoek dienen wat betreft abnormale eenheidsprijzen uiteraard te gebeuren op het niveau van de post zelf, waarvan de inschrijver op zich inderdaad moet aantonen dat hij de werken van die post voor die eenheidsprijs kan uitvoeren. De redenering van de tussenkomende partij doortrekken betekent anders dat, tenzij ook de totaalprijs abnormaal is, men elke abnormale eenheidsprijs wel kan gaan verantwoorden door te verwijzen naar een groter geheel van posten en de totaalprijs van al die posten samengenomen om de afwijking minder groot en aanvaardbaar te maken. De tussenkomende partij tracht hier de lage eenheidsprijzen van de posten 441, 442, 897 en 967, waarvan de totaalprijs in haar inschrijving amper 0,68% uitmaakt van haar inschrijvingsbedrag, in feite te verantwoorden door te verwijzen naar de totaalprijs van de posten 440 tot 442, 895 tot 898 en 964 tot 967 samen, die 8,79%, dit is 15 maal méér, van haar inschrijvingsprijs vertegenwoordigen. Zeker wanneer men ook posten gaat bijnemen waarvan de geboden eenheidsprijzen van de betreffende inschrijver bijvoorbeeld zelfs maar 5 of 10% hoger liggen dan de gemiddelde eenheidsprijs van die posten, maar die posten een grote(re) hoeveelheid omvatten, zoals bijvoorbeeld de posten 964 en 965 waarnaar de tussenkomende partij ook verwijst, kan men op die wijze gemakkelijk een afvlakking bekomen en het aanzienlijke verschil in eenheidsprijzen van welbepaalde posten in de veel grotere totaliteit doen verzinken. Aangezien totale prijzen van posten mee worden bepaald door hun uit te voeren hoeveelheid, kan het evident nooit opgaan eenheidsprijzen te gaan vergelijken -laat staan te verantwoorden- door te verwijzen en te vergelijken met totaalprijzen van verschillende posten samen.

Aannemen dat een inschrijver vrij naar eigen inzicht posten of onderdelen van posten van de meetstaat onderling kan uitwisselen en elders beprijzen, gaat ook in tegen het transparantiebeginsel dat dient te waarborgen dat alle inschrijvers binnen voor iedereen gelijke krijtlijnen prijs bieden en aldus de objectieve vergelijkbaarheid van de offertes niet in het gedrang brengen.

De betrokken posten 441, 442, 897 en 967, en de andere posten waarnaar men tracht te verwijzen, hebben ook betrekking op totaal verschillende werken, die behoren tot geheel verschillende onderdelen van het werk, en betreffen geheel andere materialen die verwerkt moeten worden. Men kan in ieder geval bezwaarlijk een abnormale lage eenheidsprijs van een welbepaalde post verantwoorden door te verwijzen naar posten die op geheel andere werken en materialen betrekking hebben.

De posten 441 en 442 gaan over RVS-profielen die langsheen de tramsporen ingewerkt moeten worden in de wegenis bovenop een betonbalk, en behoren tot het subdeel F 1 (Omgevingswerken van de opdracht).

Post 440 betreft daarentegen het maken van een uitsparing of doorboring in de Kandla-Grez boordstenen met het oog op het inbouwen van verlichting.

Posten 895 tot 897 betreffen gelakte staalplaat, welke verwerkt dient te worden in een geheel ander deel van het werk, namelijk voor de bekleding van de dakgoot, de schouw en de sokkel van het dak van de op te trekken stadshal dan wel de stadshal zelf en maken aldus deel uit van het subdeel van de opdracht "Architectuur Stadshal". De beweerde synergie met de vorige posten is hier dus ver te zoeken zowel wat betreft het materiaal, de locatie van uitvoering en de fasering.

De posten 964 tot 967 maken deel uit van het onderdeel der werken betreffende de stabiliteit van de stadshal; het gaat ook hier over een ander materiaal, met name profielstaal voor de staalstructuur (964), kokerprofielen voor de staalstructuur (965), verbindingsstukken voor de staalstructuur (965) en trekstaven voor de staalstructuur (967), zodat ook hier de synergie met de vorige posten zowel qua materiaal, fasering en plaats van uitvoering onbestaande is.

Het is ook ongeloofwaardig, zo vervolgen de verzoekende partijen, dat éénzelfde leverancier deze drie heel verschillende types staal, met name inox voor de RVS-profielen, bekledingsstaal voor de afwerking van diverse onderdelen van het bouwwerk, en profielstaal voor de staalstructuur van het gebouw - die heel verschillende bewerkingsprocessen vergen - zal aanleveren, zoals de tussenkomende partij voorhoudt, maar niet bewijst.

14.1.5. Uit eenvoudig nazicht van het dossier blijkt dat de aangeboden eenheidsprijzen voor deze posten 441, 442, 897 en 967 inderdaad abnormaal laag zijn en dat de daarin voorziene werken absoluut niet tegen die aangeboden prijzen kunnen worden uitgevoerd, en dus meteen ook dat de gegeven verantwoording absoluut niet volstaat.

De tussenkomende partij biedt voor de post 441 (lijnvormige elementen in RVS rechte delen) een eenheidsprijs van 33,78 EUR/m en voor post 442 (lijnvormige elementen in RVS kromme delen) een prijs van 52,42 EUR/m terwijl blijkens voorgelegde offertes van leveranciers alleen al de prijs van de rechte lijnvormige elementen in RVS (post 441) 214,76 EUR/m bedraagt en van de kromme lijnvormige elementen (post 442) 238,99 EUR/m. De gemiddelde eenheidsprijs voor post 442 - 351,83 EUR/m - bewijst dat voormelde offertes een goede weergave zijn van de leveringsprijs der lijnvormige elementen in RVS. De gemiddelde eenheidsprijs van post 441 blijkt weliswaar niet uit het gunningsverslag, maar het is aan te nemen dat die gemiddelde eenheidsprijs ook aanzienlijk veel hoger ligt dan de eenheidsprijs van de tussenkomende partij, die alleszins meer dan 50% in min afwijkt conform de eigen regel voor nazicht door het bestuur zichzelf opgelegd.

Wat betreft de post 967 (trekstaven S460) blijkt uit de verschillende offertes die de verzoekende partijen voor de kwestieuze opdracht bij onderaannemers opvroegen dat de prijzen voor deze trekstaven variëren tussen de 5,82 EUR/kg à 6,08 EUR/kg tot 7,97 en 8,22 EUR/kg zodat de eenheidsprijs van de tussenkomende partij voor deze post - amper 3,19 EUR/kg - totaal onmogelijk is.

De vereiste staalkwaliteit van deze trekstaven, die een cruciaal element vormen in de stabiliteit van de staalstructuur van de te bouwen stadshal en fungeren als windverbanden om aldus te verhinderen dat de staalstructuur kan bewegen, is “S460" en dus veel hoger dan de vereiste staalkwaliteit van het profielstaal, de kokerprofielen en de verbindingsstukken van de posten 964, 965 en 966, reden waarom de eenheidsprijzen per kg van die posten aanmerkelijk lager (kunnen) liggen, of vice versa, de eenheidsprijs van de trekstaven S460 hoe dan ook een stuk hoger moet liggen. De eenheidsprijs van de tussenkomende partij voor de trekstaven S460 (3,19 EUR) is echter niet veel hoger dan haar eenheidsprijzen voor de posten 964 (2,49 EUR), 965 (2,96 EUR) en 966 (2,67 EUR), wat eveneens bewijst dat haar eenheidsprijs voor post 967 veel te laag is.

14.1.6. Wat de voor post 902 “plafondbekleding met eiken planken” vermelde leverprijs van de eiken planken, draagstructuur en RVS-bevestigingsmiddelen samen 39,38 EUR/m², met een plaatsingskost van amper 4,13 EUR/m², gebaseerd op een plaatsingsrendement van 8m² per uur, betreft , stellen de verzoekende partijen dat deze onmogelijk is.

De tussenkomende partij beweert de gevraagde eiken planken, die dienen te voldoen aan een aantal in het bestek voorgeschreven hoge eisen op het vlak van afmetingen en kwaliteit , namelijk planken met een minimale dikte van 27 mm, een minimale lengte van 3000 mm en een kwaliteit “Europees eiken met visuele sorteringsklasse Q-Fla”, en de RVS-bevestigingen geleverd te krijgen voor amper 39,28 EUR/m², maar legt geen enkele offerte van haar leverancier ter staving voor ook al bedraagt haar eenheidsprijs amper 1/3de van de gemiddelde eenheidsprijs voor deze post. De verzoekende partijen hebben in het korte tijdsbestek waarover ze beschikten om hun offerte op te stellen, van hun leverancier voor de eiken planken slechts een prijs kunnen bekomen voor eiken planken van de gevraagde kwaliteit met een dikte van 20 mm en lengte van 2 meter, welke reeds 59 EUR/m² bedroeg waarbij nog de leverprijs bijkomt van de RVS-bevestigings-middelen.

Het door de tussenkomende partij beweerde plaatsingsrendement waarbij één man per uur 8m² eiken planken in tand en groef gaat plaatsen, is de facto absoluut onmogelijk, te meer nu de eiken planken tot op een hoogte van wel 18 meter dienen te worden geplaatst, normaal met gebruik van een hoogtewerker of een stelling. In het handboek van de Bouwunie “calculatienormen en richtprijzen voor de woningbouw” geeft men onder het hoofdstuk “plafonds” voor het aanbrengen van houten planken met een breedte van 90 mm als richtlijn een rendement van 0,5u/m² of 2 m² per uur. Zelfs wanneer het rendement wel wat hoger zal liggen omdat de te plaatsen planken conform het bestek 145 mm breed moeten zijn, zal men nooit een vierdubbel rendement halen van 8m² per uur, zoals door de tussenkomende partij wordt beweerd.

In de prijsopbouw van de tussenkomende partij ontbreekt ook het noodzakelijk gebruik van een hoogtewerker, nu de planken tot op 18 meter hoogte moeten worden geplaatst.

14.2. De verwerende partij heeft helemaal geen daadwerkelijke beoordeling gemaakt van de door de tussenkomende partij geboden

rechtvaardigingen, laat staan de geboden rechtvaardiging grondig en gedetailleerd onderzocht zoals vereist wordt door artikel 110, § 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 en door het zorgvuldigheidsbeginsel.

14.2.1. Voor de posten 442, 897 en 967 werd de door de tussenkomende partij gegeven prijsverantwoording door opgave van de beweerde prijs van de onderaannemer helemaal niet in de beoordeling betrokken en dus kennelijk ook niet onderzocht, maar werd volstaan met een loutere overname van de verantwoording dat elk van deze posten samen met de posten 440 tot en met 442, 895 tot en met 989 en 964 tot en met 967 dient te worden beschouwd en dat in vergelijking met de totaalprijzen voor deze posten samen van de andere inschrijvers er geen grote afwijkingen merkbaar zijn en de eenheidsprijzen van de desbetreffende posten in hun geheel als marktconform worden beschouwd.

Aldus wordt gewoon gezegd dat deze gegeven verantwoording afdoende is, zonder die echter substantieel te onderzoeken op haar aanvaardbaarheid en wettigheid.

14.2.2. Over de post 441, waarvoor ook prijsverantwoording werd gevraagd aan de tussenkomende partij, wordt in het gunningsverslag met geen woord meer gerept.

14.2.3. Ook voor post 902 werd de gegeven prijsverantwoording helemaal niet grondig onderzocht, noch daadwerkelijk beoordeeld, maar bevestigt de verwerende partij enkel dat de tussenkomende partij informatie heeft gegeven omtrent de eenheidsprijs van de materialen en de plaatsingskosten. Er wordt enkel vastgesteld dat men een hoog plaatsingsrendement opgeeft dat de verwerende partij vervolgens aanvaardt met een zelf toegevoegd argument, met name gezien de “standaardisatie van de afmetingen van de bekleding in het ontwerp”.

Bij een grondig, behoorlijk en zorgvuldig onderzoek had zij moeten vaststellen dat geen enkel bewijs van de beweerde - zeer lage - materiaalprijs voorlag, dat een rendement van 8m² per uur absoluut onmogelijk kan worden gehaald en dat geen noodzakelijke hoogtewerker in de prijsopbouw is ingecalculeerd.

Het komt de verwerende partij ook niet toe om zelf bijkomende argumenten aan te voeren, die niet door de betrokken inschrijver zelf zijn aangebracht, om dat extreem hoge plaatsingsrendement dan maar te aanvaarden.

Eens zij beslist heeft dat een bepaalde eenheidsprijs blijkbaar abnormaal is en daarvoor verantwoording moet worden gegeven is zij gehouden om in het licht van de bekomen toelichting te oordelen. Wanneer de door de inschrijver aangebrachte verantwoording er niet is, die onaanvaardbaar, niet bewezen of onwettig is, moet zij de abnormaliteit van de prijs vaststellen. Het argument "de standaardisatie van de afmetingen van de bekledingen in het ontwerp" faalt overigens, nu dit voor alle inschrijvers op identieke wijze geldt en dus geenszins een verantwoording kan vormen waarom precies de tussenkomende partij een zo hoog rendement zou kunnen halen en een zo lage materiaalprijs zou kunnen bekomen, en de andere inschrijvers niet.

Ook de argumentatie:

> "Rekening houdend met de werfcoördinatie, opeenvolging van de werken, de noodzakelijke werfinstallatie hoort deze post samen met art.07.04.11, volgnummer 893, Verticale beplanking met open voegen en art.07.04.12, volgnummer 894, Verticale beplanking en kepers met open voegen. Deze posten worden opeenvolgend, al dan niet op hetzelfde tijdstip, gebruik-makend van dezelfde werfinrichting geplaatst. In vergelijking met de totaalprijzen (van volgnummer 893, 894 en 902; samen beschouwd) van de andere inschrijvers zijn er geen grote afwijkingen merkbaar en worden de eenheidsprijzen van desbetreffende posten, in zijn geheel, als marktconform beschouwd. De aanbestedende overheid besluit, gezien voorgaande redenering de eenheidsprijs te aanvaarden"

is een bijkomende verantwoording van de verwerende partij zelf en komt daarom alleen al niet in aanmerking. Het toont enkel aan dat de verwerende partij zelf niet overtuigd was van de door de tussenkomende partij gegeven verantwoording. Voorts kan een eenheidsprijs van een welbepaalde post, die een aanzienlijke afwijking vertoont, onmogelijk als normaal en aanvaardbaar worden verantwoord door te verwijzen naar een groter geheel en totaalprijs van andere posten.

Post 902 betreft voorts de plafondbekleding met eiken planken binnen in de stadshal die met tand en groef moeten worden aangebracht, terwijl de door de verwerende partij terzake aangehaalde posten 893 en 894 de verwerking van geheel ander materiaal betreffen, namelijk van buitengevel padoekplanken die aldus op een andere plaats, de buitengevels van de stadshal, moeten worden aangebracht,

zonder tand en groef en die met open voeg moeten worden bevestigd. Noch materiaaltechnisch, noch uitvoeringstechnisch, horen deze posten dus bij elkaar. Het is aldus ook volkomen gratuit te beweren dat bij de uitvoering van deze posten gebruik wordt gemaakt maken van dezelfde specifieke werfinrichting, nu de uitvoering van de eiken plafonds binnen zal moeten gebeuren met een eigen werfinrichting (hoogtewerker, stelling) en ook voor de houten gordijngevel buiten een dergelijke inrichting op hetzelfde moment aan de buitenzijde zal moeten worden voorzien, zeker nu men deze werken aan binnen en buitenzijde deels tegelijkertijd - zoals de verwerende partij zelf toegeeft - uitvoert.

Hoe de werfcoördinatie, dan wel de algemene noodzakelijke werfinstallatie, specifiek voor deze posten zou bepalen dat deze samen horen, is de verzoekende partijen een volkomen raadsel.

14.3. Aangezien aldus weliswaar “een”, maar absoluut geen “afdoende”, motivering voorligt ter aanvaarding van de prijsverantwoording voor deze posten is ook de formele motiveringsplicht geschonden; ook de materiële motiveringsplicht is geschonden nu de gegeven motivering onwettig is en in werkelijkheid geen verantwoording, minstens geen deugdelijk of draagkrachtige verantwoording van de betreffende abnormale lage eenheidsprijzen kan uitmaken.

14.4. De verwerende partij, aldus de verzoekende partijen, heeft bij de beoordeling van de gevraagde prijsverantwoordingen van de tussenkomende partij en de nv Strabag niet dezelfde maatstaven voor beiden gehanteerd en aldus deze beide inschrijvers niet op een gelijke wijze behandeld.

De door Strabag in haar eerste verantwoording vermelde elementen werden als onvoldoende duidelijk beoordeeld, reden waarom haar een bijkomende toelichting werd gevraagd. De door Strabag gegeven (eerste en bijkomende) prijsverantwoording wordt door de verwerende partij in haar gunningsverslag zéér omstandig en gedetailleerd geanalyseerd en zeer grondig beoordeeld en grondig en omstandig gemotiveerd afgewezen. Dit staat in schril contrast met het totaal gebrek aan onderzoek, controle en analyse van de prijsverantwoordingen die werden opgegeven door de tussenkomende partij, die in werkelijkheid helemaal niet werden beoordeeld maar zomaar voor waar werden aanvaard, zowel wat betreft prijzen van onderaannemers, prijzen van leveranciers als wat betreft rendement.

15. De verzoekende partijen benadrukken ten slotte nog dat de verwerende partij in haar gunningsverslag zelf als werkregel heeft vooropgesteld dat enkel de eenheidsprijzen van de posten van de offertes en de raming groter dan 0,75% van de raming op abnormaliteit worden onderzocht; daarmee geeft ze zelf aan dat deze posten voor haar belangrijk en essentieel zijn zodat abnormale lage eenheidsprijzen voor die posten een substantiële onregelmatigheid betreffen en dus moeten leiden tot het onregelmatig verklaren van de offerte. Ook los daarvan gaat het om essentiële zaken in het ontwerp. Post 967, zijnde de trekstaven, is een essentieel onderdeel van de stabiliteit van de hele staalstructuur van de op te richten stadshal nu deze fungeren als wind-verbanden en aldus verhinderen dat de staalstructuur kan bewegen. Ook het houten plafond in eiken planken is een zeer kenmerkend onderdeel van de "houten" stadshal die men wil optrekken en waarvan zowel de buitengevels als de binnenzijde volledig in hout worden uitgevoerd, net zoals de bekleding van de grote schouw met gelakte staalplaat.

Zij wijzen er voorts nog op dat het verschil in prijs voor de litigieuze posten 441, 442, 897, 902 en 967 zoals aangeboden door de tussenkomende partij enerzijds en deze posten berekend aan de hand van de gemiddelde eenheidsprijzen van alle inschrijvers anderzijds, een bedrag van 369.699,82 euro bedraagt. Indien de tussenkomende partij voor de kwestieuze posten normale eenheidsprijzen had aangeboden, kon dit de rangschikking van de offertes wijzigen nu het verschil tussen de rangschikkingsbedragen van de tussenkomende partij en de verzoekende partijen minder bedraagt.

Het feit dat de tussenkomende partij nog net een lagere rangschikkingsprijs zou behouden indien zij dezelfde (normale) eenheidsprijzen zou hebben geboden voor deze posten als de verzoekende partijen kan de verwerende partij niet inroepen om aan te voeren dat niet tot een substantiële onregelmatigheid kan worden besloten, nu de verwerende partij dat argument of motief niet gebruikte om de offerte van Strabag waarin ook abnormale eenheidsprijzen werden vastgesteld, niet substantieel, maar slechts relatief onregelmatig te verklaren en ook wel te behouden. Indien Strabag voor de posten waarvoor zij prijsverantwoording moest geven, ook dezelfde eenheidsprijzen zou hebben gegeven als de tussenkomende partij, zou het verschil kleiner zijn dan het verschil in rangschikkingsbedrag tussen de beide inschrijvers bedraagt.

Vermits de opdracht aldus werd toegewezen aan een inschrijver die een substantieel onregelmatige offerte indiende, schendt de

toewijzingsbeslissing ook artikel 15 van de wet van24 december 1993. Aangezien de verzoekende partijen de laagste regelmatige offerte hebben ingediend, schendt ook de impliciete beslissing om de opdracht niet aan de verzoekende partijen toe te wijzen evenzeer artikel 15.

Standpunt van de verwerende partij

16. De verwerende partij werpt in de eerste plaats een exceptie op waarin zij de verzoekende partijen het rechtens vereist rechtstreeks en persoonlijk belang bij het middel ontzegt, in zoverre de verzoekende partijen aanvoeren dat de prijsverantwoording op grond van artikel 110, § 3, van het KB van 8 januari 1996, niet met eenzelfde mate van gestrengheid zou zijn uitgevoerd wat betreft enerzijds Strabag en anderzijds de tussenkomende partij. De verwerende partij wijst er daartoe op dat, waar de tussenkomende partij verantwoording diende af te leggen betreffende de levering en montage van roestvrij staal elementen die binnen een geheel van gelijkaardig uit te voeren werkzaamheden werd aangewend, uit de door nv Strabag verschafte prijsverantwoording voor de posten die betrekking hadden op de levering en montage van stenen voor de bestrating, bleek dat deze inschrijver het bestek verkeerd had geïnterpreteerd, waardoor de levering van de stenen niet was betrokken in de prijszetting. De vergelijkbaarheid van de offertes was dus aangetast door de nv Strabag. De gelijke behandeling van de inschrijvers tijdens het onderzoek naar de abnormale eenheidsprijzen werd aldus wel degelijk in acht genomen.

Voorts stelt de verwerende partij dat, in zoverre de verzoekende partijen aanvoeren dat ter verantwoording van abnormale eenheidsprijzen niet zou mogen worden teruggegrepen naar de bundeling en opname in een totaalprijs van andere posten binnen de samenvattende meetstaat, noch een eigen redenering van de verwerende partij zou mogen worden ingeroepen, de verzoekende partijen het persoonlijk belang bij het middel ontberen, nu bepaalde prijzen van de verzoekende partijen zelf juist door hun verband met andere posten als normaal zijn beschouwd, dan wel door gebruik van een eigen redenering van de verwerende partij als normaal zijn aangemerkt. Indien het standpunt van de verzoekende partijen zou worden aanvaard, zou zulks inhouden dat ook haar eigen offerte als onregelmatig diende te worden beschouwd.

Wat de gegrondheid van het middel betreft verwijst de verwerende partij naar de hierna ter sprake komende argumenten van de tussenkomende partij, waar zij zich ten volle bij aansluit.

Standpunt van de tussenkomende partij

17. De tussenkomende partij werpt vooreerst dezelfde exceptie op wat het belang van de verzoekende partijen betreft.

17.1. Ten gronde wijst de tussenkomende partij op de "zeer ruime discretionaire beoordelingsbevoegdheid" waarover een aanbestedende overheid beschikt "teneinde bepaalde prijzen in eerste instantie als klaarblijkelijk abnormaal te beschouwen, vervolgens de prijsverantwoording te bepalen en tot slot na te gaan of de prijszetting blijvend abnormaal dient te worden beschouwd en of dergelijke abnormaliteit tot het weren van de offerte als onregelmatig dient te leiden". Ten aanzien van een dergelijke discretionaire beoordelingsbevoegdheid mag de Raad van State enkel nagaan of de grenzen van het redelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel door de aanbestedende overheid werden gerespecteerd.

Wanneer een eenheidsprijs of een globale prijs bij toepassing van artikel 110, § 3, van het KB van 8 januari 1996, als abnormaal wordt beschouwd, kan de aanbestedende overheid de offerte als onregelmatig beschouwen. Deze beslissing dient op aanvaardbare motieven te zijn gesteund en dient binnen de grenzen van de redelijkheid te blijven. Een offerte dient derhalve geenszins als onregelmatig te worden beschouwd wanneer de posten die abnormale prijzen bevatten slechts van gering belang zijn, of niet van aard zijn geweest de rangschikking van de offertes te beïnvloeden. Slechts wanneer de abnormale prijzen tot gevolg hebben dat de mededinging wordt vervalst en de vergelijkbaarheid van de offertes wordt aangetast, dient tot een substantiële onregelmatigheid van de offerte te worden besloten.

Aan deze bewijslast voldoen de verzoekende partijen volgens de tussenkomende partij geenszins. Teneinde hun middel te zien slagen dienen zij immers niet enkel aan te tonen dat de prijsverantwoording werd aanvaard op rechtens niet aanvaardbare elementen, doch dienen zij tevens aan te tonen dat de abnormale prijszetting voor de betrokken posten de vergelijkbaarheid van de offertes in het gedrang brengt opdat sprake is van een substantiële onregelmatigheid.

De verzoekende partijen trachten volgens de tussenkomende partij door middel van “een kluwen van ondoorzichtige bespiegelingen betreffende de rangschikking en de drempel van 0,75% van de totale waarde” voor te houden dat een substantiële onregelmatigheid zou hebben voorgelegen bij de abnormaliteit van de vijf eenheidsprijzen die werden bevraagd in de offerte van de tussenkomende partij. De tussenkomende partij wijst op het gering belang van deze vijf posten - volgens haar maken zij slechts 1,59% uit van de totaalprijs van haar offerte; indien de raming van de verwerende partij wordt gevolg bedragen de posten nog steeds slechts 4,16% van de totale geraamde waarde van de opdracht waardoor de vergelijkbaarheid van de offertes niet in het gedrang zou zijn gekomen.

Zelfs indien voor de posten van de meetstaat waarvan de eenheidsprijs werd onderzocht de gemiddelde eenheidsprijs zou worden ingevuld, zou de rangschikking niet worden gewijzigd en zou de tussenkomende partij nog steeds een voordeligere prijs hebben geboden dan de verzoekende partijen. Waar de verzoekende partijen voor deze posten de in het gunningsverslag opgegeven eenheidsprijs substitueren, waardoor zij tot een prijsverschil van zogenaamd 369,699,82 euro komen -wat de rangschikking van de offertes zou wijzigen- hanteren zij een té eenvoudige logica. Hierbij gaan de verzoekende partijen volstrekt voorbij aan het principe van communicerende vaten bij geclusterde eenheidsprijzen en aan het verschuiven van kosten binnen samenhangende posten op de meetstaat, waar bepaalde eenheidsprijzen lager kunnen zijn omdat zij gedeeltelijk dubbel gebruik uitmaken inzake levering en/of montage met andere posten waarin reeds de kosten voor beide posten zitten vervat. Ook gaan de verzoekende partijen eraan voorbij dat, ware eenzelfde gestrengheid betoond geweest betreffende de posten op de meetstaat die aangaande hun offerte als abnormaal werden beschouwd en aanvaard, ook zou dienen te worden besloten tot het vervangen ervan door de gemiddelde eenheidsprijs teneinde hun belang bij deze argumentatie te beoordelen. De redenering van de verzoekende partijen faalt in die zin zowel in feite als in rechte.

17.2. In de tweede plaats wijst de tussenkomende partij er op dat de door haar verstrekte prijsverantwoording is gesteund op een toegelaten clustering van eenheidsprijzen zonder verboden prefinanciering.

De tussenkomende partij benadrukt dat zij voor elke post van de meetstaat waarvoor verantwoording werd gevraagd, de prijsopgave van haar onderaannemer heeft vermeld, de gehanteerde winstmarge en de verrekening van

de gemiddelde algemene kosten die evenredig over de posten van de meetstaat werden verdeeld. Er werden derhalve wel degelijk cijfermatige gegevens meegedeeld die de aanbestedende overheid in staat stelden na te gaan of de prijsverantwoording een bepaald prijsniveau kon verantwoorden. Daarenboven werd verwezen naar de systematische samenhang van de onderzochte eenheidsprijzen binnen een aantal posten die binnen de meetstaat eenzelfde uitvoeringsaspect wat betreft te hanteren en te monteren materialen betreft of een gezamenlijk uitvoeringsprocédé kunnen kennen. Er is volgens de tussenkomende partij te dezen dan ook geen sprake van "algemene nietszeggende formuleringen" die niet in concreto aangeven waarom een bepaald prijsniveau kan worden gehanteerd, noch van een loutere vermelding van de prijszetting van de onderaannemer aangevuld met de winstmarge zonder bijkomende duiding.

De zogenaamde clustering van bepaalde prijzen waardoor volumekortingen worden verkregen en schaalvoordelen worden benut, is een perfect verantwoorde motivering die in redelijkheid kan leiden tot het besluit dat de prijszetting niet als abnormaal dient te worden beschouwd.

De posten waarvan in de prijsverantwoording werd aangegeven dat zij dienden te worden geclusterd ter verantwoording van de prijszetting, zijn volgens de tussenkomende partij de volgende:

> "- Lijnvormige elementen in RVS (roestvrij staal): posten met volgnr. 442 t.e.m. 444 (in de offerte AB): dit betreffen allen elementen van uitvoering in roestvrij staal, waardoor volumekortingen en schaalvoordelen kunnen worden verrekend;
> - De dunne gevelbekledingen in gelakte staalplaat: posten met volgnr. 897 tem 900: opnieuw staalleverancier met overeenstemming qua aan te leveren materiaal;
> - Structuurelementen uit staal met inbegrip van de afwerkingen: posten 966 tem 969
> waaronder de trekstaven S460".

Het valt volgens de tussenkomende partij onmiddellijk op dat dit allen posten betreffen aangaande de aanlevering van inox-componenten en de montage ervan, en dus een aanlevering door dezelfde leverancier, wat aanleiding geeft tot een verdeling van een globale offerteprijs inzake staalcomponenten over diverse deelposten, waardoor de normaliteit van de prijszetting over deze deelposten gezamenlijk kan worden beoordeeld. Enkel voor post 902 werd een afzonderlijke prijsverantwoording in ogenschouw genomen.

De tussenkomende partij verwijst vervolgens naar het arrest van de Raad van State, nr. 116.055 van 18 februari 2003, inzake de nv Betonac, waaruit zij afleidt dat de clustering van eenheidsprijzen die met elkaar verband houden een prijsverantwoording kan uitmaken in overeenstemming met artikel 110, § 3, van het KB van 8 januari 1996, in zoverre er geen sprake is van prefinanciering, wat volgens de tussenkomende partij te dezen niet het geval is. Door met dergelijke verantwoording inzake geclusterde prijzen rekening te houden heeft de verwerende partij derhalve wel degelijk objectieve factoren in rekening gebracht die op een objectieve wijze en binnen de grenzen van de redelijkheid leiden tot het niet abnormaal karakter van de prijszetting. Anders dan de verzoekende partijen voorhouden, wordt niet verwezen naar de totaalprijzen om de eenheidsprijzen te verantwoorden, doch wel naar een clustering van diverse eenheidsprijzen die met elkaar verband houden.

In zoverre de verzoekende partijen nog trachten aan te tonen dat de diverse posten geen betrekking hebben op gelijktijdig uit te voeren werken, voert de tussenkomende partij aan dat zulks ook niet is vereist, daar de kwestieuze posten allen betrekking hebben op staalelementen die door een bestelling bij eenzelfde leverancier aanleiding geven tot volume -en getrouwheidskortingen en die leiden tot een besparing op transportkosten. De clustering van de posten geschiedt niet louter in functie van gelijktijdige uitvoering, doch wel in functie van de levering van bouwmaterialen en elementen in hetzelfde materiaal, te dezen roestvrij staal.

De tussenkomende partij stelt dat uit een offerte die zij bij haar verzoekschrift tot tussenkomst heeft gevoegd duidelijk blijkt dat de onderneming Verlooy, die zij voor het inox als leverancier gebruikt, tevens gelakte staalplaat en leuningen aanlevert die desgevallend op een ander tijdstip verwerkt worden. Het is de centralisatie van leveringen van elementen door dezelfde leverancier die aanleiding geeft tot scherpe prijszetting door bundeling, clustering, van diverse posten van de meetstaat.

Ook wat betreft de posten inzake de plafondbekleding met houten en eiken planken voegt de tussenkomende partij een offerte van haar leverancier bij, de bvba HEM Interieurs. Deze leverancier bood een totaalprijs voor de posten 893, 894, 901, 902 en 903, die door de tussenkomende partij zelf werd opgesplitst binnen de posten van de meetstaat, wat volgens haar geen aanleiding heeft gegeven tot een abnormale prijszetting. Ook de houten elementen benodigd voor de realisatie van

de werken werden door één leverancier gecentraliseerd voor de samenhangende posten van de meetstaat.

De tussenkomende partij besluit dat de verwerende partij, door een clustering van eenheidsprijzen als een afdoende prijsverantwoording te beoordelen, de haar toegekende ruimte discretionaire beoordelingsbevoegdheid geenszins te buiten is gegaan.

Beoordeling

18. Prima facie dient te worden aangenomen dat de opmerking van de tussenkomende partij in haar prijsverantwoording dat zij haar prijzen opnieuw onderzocht, dat deze marktconform zijn en een volledig conforme uitvoering waarborgen, geen verantwoording uitmaakt nu dit een loutere bevestiging van de prijs is zonder enige concrete rechtvaardiging. In het gunningsverslag waarop de bestreden beslissing steunt, wordt trouwens ook niet naar deze elementen verwezen zodat de verwerende partij haar beslissing om de eenheidsprijzen voor de voornoemde posten te aanvaarden, hierop ook niet lijkt te hebben gesteund.

Ook in de mate de tussenkomende partij in de prijsverantwoording in het algemeen verwijst naar haar ervaring in werken in stadsomgeving waarin tal van referenties werden gerealiseerd en die haar in staat stelde een specifieke expertise in dit domein op te bouwen die gedeeld wordt door de onderaannemers en toeleveranciers en die, gecombineerd met de motivatie van de betrokken medewerkers, ertoe geleid heeft een uiterst competitieve prijs in te dienen, dient prima facie vastgesteld te worden dat het gunningsverslag niet verwijst naar deze elementen zodat de verwerende partij haar beslissing om de eenheidsprijzen voor de voornoemde posten te aanvaarden, hierop niet lijkt te hebben gesteund.

Daarenboven dient worden vastgesteld dat de tussenkomende partij zelf ook niet verder concreet aantoonde hoe die referenties en ervaring een invloed hadden op de eenheidsprijzen in kwestie.

19. In het gunningsverslag wordt bij posten 442, 897 en 967 enkel vermeld dat de tussenkomende partij meldde dat deze posten samen met posten 440 tem 442, 895 tem 898 en 964 tem 967 dienen te worden beschouwd, en wordt geconcludeerd: “In vergelijking met de totaalprijzen (samen beschouwd) van de andere inschrijvers zijn er geen grote afwijkingen merkbaar en worden de

eenheidsprijzen van desbetreffende posten, in zijn geheel, als marktconform beschouwd. De aanbestedende overheid besluit, gezien voorgaande redenering eenheidsprijs te aanvaarden".

Aldus lijken de eenheidsprijzen voor deze posten te zijn aanvaard op basis van een zogenaamde clustering van eenheidsprijzen.

In de mate de verzoekende partijen in het algemeen aanvoeren dat de prijsverantwoording en ook het prijsonderzoek wat betreft abnormale eenheidsprijzen dient te gebeuren op het niveau van de post zelf en dat die niet verantwoord kunnen worden door te verwijzen naar een groter geheel van diverse samenhangende posten en de totaalprijs van dat geheel, lijken zij niet te kunnen worden bijgevallen. De verzoekende partijen tonen niet aan dat dergelijke werkwijze op zich een schending van artikel 110, § 3, van het KB van 8 januari 1996, uitmaakt.

Daar voornoemd artikel 110, § 3, inhoudt dat een offerte ook wegens abnormale eenheidsprijzen kan en soms moet worden afgewezen en dus veeleer lijkt uit te gaan van een onderzoek en verantwoording per post, lijkt wel prima facie aangenomen te kunnen worden dat uit het dossier en de bestreden beslissing moet blijken waarom in een bepaald geval de verantwoording van een eenheidsprijs aan de hand van een clustering met andere eenheidsprijzen wordt aanvaard.

In dit verband kan worden vastgesteld dat de tussenkomende partij in haar verantwoording enkel stelt dat de prijs voor posten 441, 442, 897 en 967 werd doorgegeven door "onze onderaannemer RVS elementen, staalconstructie en stalen bekleding en [...] vanzelfsprekend [dient] tesamen beschouwd te worden met de totaliteit van de RSV elementen zijnde post 440 tem 442 (ab 441 tem 443), met de totaliteit van staalbekleding zijnde posten 895 tem 898 (ab 897 tem 900) alsmede met de totaliteit van de staalconstructie zijnde posten 964 tem 697 (ab 966 tem 969)" en dat de verwerende partij in het gunningsverslag niet aangeeft waarom de clustering van deze posten wordt aanvaard. Er wordt in dit verband in feite enkel herhaald "Antwerpse Bouwwerken meldt dat deze post samen met de posten 440 tem 442, 895 tem 898 en 964 tem 967 dient te worden beschouwd".

Er blijkt dus niet dat de verwerende partij zelf onderzocht of de eenheidsprijzen voor elke van deze posten inderdaad verantwoord kon worden door

de door de tussenkomende partij voorgestelde clustering die deze zelf in de prijsverantwoording evenmin toelichtte.

De door de tussenkomende partij bij haar verzoekschrift tot tussenkomst gevoegde factuur van haar leverancier bvba Metaalconstructies Verlooy en de tabel met nacalculatie naar eenheidsprijzen en haar prijsverantwoording maken niet prima facie duidelijk hoe de toeleveringsprijs van de verschillende posten uiteindelijk leidde tot de ingediende eenheidsprijzen en hoe de clustering van de bestelling en levering van deze materialen leidde tot de volume- en getrouwheidskortingen en besparingen op transportkosten en dus tot een lagere kostprijs waarnaar de tussenkomende partij trouwens pas voor de Raad van State verwijst.

De tussenkomende partij dient de eenheidsprijzen van de posten in kwestie voldoende concreet en onderbouwd te verantwoorden en de verwerende partij dient vervolgens te beoordelen of die prijzen al dan niet worden aanvaard. De Raad kan vervolgens beoordelen of dit onderzoek voldoende zorgvuldig gebeurde en of de genomen beslissing wettig is. Nog daargelaten de vaststelling dat het gunningsverslag niet meer uitdrukkelijk ingaat op post 441 waarvoor nochtans een prijsverantwoording was gevraagd, staat dit om de voornoemde redenen wat betreft de voornoemde posten 441, 442, 897 en 967 niet voldoende vast.

20. Wat betreft post 902 - plafondbekleding met eiken planken - verwijst de tussenkomende partij in de verantwoording naar de leveringsprijs en de plaatsingskost met de kost per arbeider per uur en een rendement (8 m²/u). Ook hier stelt zij dat een indirecte werfkosten/algemene kosten/risico/winst-percentage van 17 % werd toegepast.

Het gunningsverslag vermeldt dat de tussenkomende partij meer informatie geeft omtrent de eenheidsprijs van de materialen en de plaatsingskosten (met een hoog plaatsingsrendement) en dat “Gezien de standaardisatie van de afmetingen van de bekleding in het ontwerp aanvaardt de aanbestedende overheid de inhoud”. Verder stelt zij: “Rekening houdend met de werfcoördinatie, opeenvolging van de werken, de noodzakelijke werfinstallatie hoort deze post samen met *art.07.04.11, volgnummer 893, Verticale beplanking met open voegen en art.07.04.12, volgnummer 894, Verticale beplanking en kepers met open voegen*. Deze posten worden opeenvolgend, al dan niet op hetzelfde tijdstip, gebruikmakend van dezelfde werfinrichting geplaatst. In vergelijking met de totaalprijzen (van

volgnummer 893, 894 en 902; samen beschouwd) van de andere inschrijvers zijn er geen grote afwijkingen merkbaar en worden de eenheidsprijzen van desbetreffende posten, in zijn geheel, als marktconform beschouwd. De aanbestedende overheid besluit, gezien voorgaande redenering de eenheidsprijs te aanvaarden".

In de mate de verzoekende partijen aanvoeren dat de verwerende partij aldus rekening houdt met een element dat niet in de verantwoording is vermeld, tonen zij niet prima facie aan dat een bestuur, wanneer het een verantwoording vraagt, in het kader van de beoordeling van het al dan niet abnormaal karakter van de prijs, enkel rekening mag houden met de elementen zoals opgenomen in de verantwoording en desgevallend niet ook rekening mag houden met andere objectieve factoren zoals de voormelde clustering met bepaalde andere posten.

Er werd voordien ook reeds op gewezen dat door de verzoekende partijen niet prima facie wordt aangetoond dat een eenheidsprijs niet verantwoord kan worden in het licht van een clustering met andere posten.

Anders dan voor de posten 441, 442, 897 en 967 verantwoordt de verwerende partij in het gunningsverslag waarom de post 902 samen hoort met andere posten, met name de posten 893 en 894; er dient, aldus het verslag, rekening gehouden te worden met de werfcoördinatie, de opeenvolging van de werken en de noodzakelijke werfinstallatie en met het feit dat deze posten opeenvolgend, al dan niet op hetzelfde tijdstip, worden geplaatst. De verzoekende partijen betwisten dit weliswaar maar werpen aldus een technische vraag op die zich niet lijkt te lenen tot een prima facie beoordeling in het kader van een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid. Ook in de mate dat de verzoekende partijen aanvoeren dat het door de tussenkomende partij gehanteerde rendement van plaatsing voor post 902 - 8 m²/u - zoals aanvaard door de verwerende partij, blijkbaar "gezien de standaardisatie van de afmetingen van de bekleding in het ontwerp" onmogelijk kan worden gehaald, kan de Raad in het kader van een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid bezwaarlijk deze bij uitstek technische vraag beantwoorden. Er kan in ieder geval worden vastgesteld dat de verwerende partij dit rendement aanneemt gezien de "standaardisatie van de afmetingen van de bekleding in het ontwerp" en dat de verzoekende partijen weliswaar erop wijzen dat de Bouwunie in het Handboek "calculatienormen en richtprijzen voor woningbouw" uitgaat van een rendement van 0,5 u/m² voor het aanbrengen van houten planken

met een breedte van 90 mm of 2 m² per uur maar ook erkennen dat het rendement omwille van de opgelegde breedte van 145 mm te dezen meer kan zijn. Zij lichten niet verder toe waarom 8 m²/u nooit kan worden gehaald.

Anders lijkt het echter voor de vraag hoe deze door de verwerende partij in aanmerking genomen elementen die veeleer de uitvoering lijken te betreffen en dus slechts betrokken lijken te kunnen worden op 4,13 €/m² van de totale eenheidsprijs ad 52,42 €/m² zoals opgegeven in de verantwoording door de tussenkomende partij, de totale eenheidsprijs verantwoorden en dus ook de door de tussenkomende partij vermelde leveringsprijs eiken planken, draagstructuur en RVS bevestigingsmiddelen ad 39,38 €/m². De tussenkomende partij verwijst in haar verantwoording zelf niet naar de door de verwerende partij aangenomen clustering met de posten 893 en 894, die een ander soort hout - Padoek - lijken te betreffen. Onduidelijk is of en zo ja waarom die cluster ook geldt voor de leveringsprijs dan wel hoe die cluster van het geheel van de eenheidsprijzen leidt tot de conclusie dat de eenheidsprijs aanvaard wordt.

De tussenkomende partij voegt weliswaar bij haar verzoekschrift tot tussenkomst een offerte van haar leverancier bvba Hem Interieurs waaruit zou kunnen blijken dat er een clustering aanvaardbaar is ten aanzien van de levering. Deze offerte echter, die niet bij de prijsverantwoording was gevoegd en niet bij het gunningsverslag lijkt betrokken te zijn geweest, was ter zitting het voorwerp van een aantal opmerkingen van de verzoekende partijen zonder dat deze door de andere partijen concreet werden weerlegd zodat ook hier lijkt te moeten worden vastgesteld dat de verwerende partij deze clustering grondiger lijkt te moeten onderzoeken.

Bijgevolg staat ook voor deze post 902 niet prima facie vast dat dit onderzoek door de verwerende partij voldoende zorgvuldig gebeurde.

21. In de huidige stand van het geding dient dan ook vastgesteld dat niet prima facie vaststaat dat het prijsonderzoek van de offerte van de tussenkomende partij voldoende zorgvuldig gebeurde en dus evenmin dat de bestreden toewijzingsbeslissing wettig is en dat overeenkomstig artikel 15 van de wet van 24 december 1993 de opdracht werd toegewezen aan de inschrijver die de laagste regelmatige inschrijving indiende. Deze vaststelling alleen al volstaat om het eerste middel in die mate ernstig te bevinden.

De stelling van de tussenkomende partij dat zelfs indien de eenheidsprijzen voor deze posten 441, 442, 897, 902 en 967 abnormaal worden bevonden, dit niet inhoudt dat haar offerte geweerd moet worden onder meer omdat deze slechts een klein deel van haar totaalprijs vormen, leidt daarbij niet tot een andere conclusie. De Raad zou zich immers in de plaats van het bestuur stellen door thans te oordelen dat dit niet kan leiden tot het weren van de offerte. De verwerende partij diende daaromtrent tot op heden geen standpunt in te nemen en deed dit ook niet aangezien het de eenheidsprijzen uiteindelijk aanvaardde. De schorsing van de bestreden toewijzingsbeslissing op de voornoemde grieven houdt in dat zij de geboden prijsverantwoording opnieuw dient te beoordelen en vervolgens, indien zij dan oordeelt dat bepaalde prijzen toch abnormaal zijn, of de offerte van tussenkomende partij om die reden al dan niet wordt geweerd.

Wat de door de verwerende partij en de tussenkomende partij aangevoerde exceptie van gebrek aan belang bij het middel betreft, namelijk dat, in zoverre het middel de bestreden beslissing verwijt dat clustering van eenheidsprijzen en eigen redengeving van de verwerende partij bij beoordeling van abnormale eenheidsprijzen in alle omstandigheden verboden zijn terwijl dezelfde procédés gebruikt werden bij de beoordeling van de offerte van de verzoekende partijen zelf, blijkt uit de beoordeling van het middel dat deze kritiek van de verzoekende partijen niet ernstig werd bevonden.

In zoverre de verzoekende partijen aanvoeren dat het gelijkheidsbeginsel geschonden werd doordat de prijsverantwoording van de nv Strabag niet werd aanvaard en strenger werd beoordeeld dan deze van de tussenkomende partij, dient erop gewezen te worden dat, mochten de verzoekende partijen al belang hebben bij het in het geding betrekken van de situatie van een andere inschrijver, de prijsverantwoording van de nv Strabag door de verwerende partij niet werd aanvaard omwille van het feit dat deze inschrijver blijkbaar enkel prijs gaf voor het leveren en niet voor het plaatsen van de stenen voor de bestrating hetgeen een andere casus lijkt dan deze waarin de tussenkomende partij zich bevindt.

22. Het eerste middel is in de voormelde mate dan ook ernstig en leidt tot de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de als eerste beslissing bestreden toewijzingsbeslissing.

IX. Besluit

23. Uit wat voorafgaat volgt dat is voldaan aan de voorwaarden gesteld in artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, die cumulatief moeten zijn vervuld wil een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden toegewezen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Antwerpse Bouwwerken tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 20 mei 2010 van het college van burgemeester en schepenen van de Stad Gent om de overheidsopdracht van aanneming van werken 'Kobra-project : herinrichting van de Korenmarkt en het Emile Braunplein te Gent Deelgebied 2 : heraanleg Emile Braunplein en omgeving, bijzonder bestek nr 09418/01/00/00' toe te wijzen aan de nv Antwerpse Bouwwerken.

3. De Raad van State verwerpt de vordering voor het overige.

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 2 juli 2010, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	wnd. kamervoorzitter, staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Silja Doms	**Pierre Barra**