RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 238.505 van 13 juni 2017
in de zaak A. 222.209/XII-8379

In zake: de NV SWINNEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Christiaan Lesaffer
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
Meir 22-24/2
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD LOMMEL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Wim Rasschaert
kantoor houdend te 9300 Aalst
Désiré De Wolfstraat 18
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 17 mei 2017, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "[d]e beslissing van de stad Lommel van 25 april 2017 waarbij de overheidsopdracht van werken (afbraakwerken bestaande vleugel rusthuis en nieuwbouw gedeelte kunst-academie) gegund werd aan bvba Gebroeders Janssens en niet aan [de nv Swinnen".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 30 mei 2017, om 10.30 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Christiaan Lesaffer, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Wim Rasschaert, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd 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 overheidsopdracht voor werken uit met als voorwerp “Afbraakwerken bestaande vleugel rusthuis [en] nieuwbouw gedeelte Kunstacademie”.

De opdracht, volgens de bestreden beslissing met een geraamde waarde van 1.824.394,08 euro, btw niet inbegrepen, wordt op 1 februari 2017 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen.

De gunningswijze is de open aanbesteding en het bijzonder bestek “Afbraakwerken bestaande vleugel rusthuis en nieuwbouw gedeelte Kunstacademie” is van toepassing.

3.2. De offertes worden geopend op 24 maart 2017. Er blijken drie offertes te zijn ingediend, met de volgende prijzen, btw niet inbegrepen:
- de bvba Gebroeders Janssen: 1.520.223,71 euro
- de nv Swinnen: 1.721.432,93 euro
- de nv Heijmans Bouw: 1.733.068,71 euro.

3.3. In een aanbestedingsverslag van 18 april 2017 wordt, na een onderzoek van de uitsluitingsgronden, het toegangsrecht, de kwalitatieve selectie en de "[v]orm en inhoud [van de] offerte", geen inschrijver "uitgesloten". Wel wordt bij de drie inschrijvers vermeld dat bij gunning bepaalde documenten dienen te worden bezorgd. Na een rekenkundig nazicht, een onderzoek "wijzigingen hoeveelheden", met een aanpassing van de hoeveelheid van "Art. 03.05.11 Gewapende betonnen prefab gevelpanelen – type 1" in min bij de rangschikking voor de nv Heijmans Bouw en met een aanpassing van de hoeveelheid van "Art. 03.09.11 Opgaand metselwerk met kalkzandsteen" in plus bij alle inschrijvers, en een onderzoek van de leemten, komt het aanbestedingsverslag tot de volgende voorlopige rangschikking (bedragen btw niet inbegrepen):

- de bvba Gebroeders Janssen: 1.523.358,66 euro
- de nv Swinnen: 1.724.803,44 euro
- de nv Heijmans Bouw: 1.737.853,07 euro.

Het aanbestedingsverslag bevat voorts een onderzoek van bepaalde opmerkingen en het volgende "Nazicht van de prijzen" :

> "9. Nazicht van de prijzen
> 9.1 Afwijking van de totaalprijs t.o.v. het gemiddelde
> De afwijking van de totaalprijs t.o.v. de gemiddelde totaalprijs is voor de inschrijvers als volgt:
> - Gebroeders Janssen BVBA: - 8,34 %
> - Swinnen NV: + 3,78 %
> - Heijmans Bouw NV: + 4,56 %
>
> De afwijking schommelt tussen -9 % en + 5 % en is als normaal te beschouwen.
> 9.2 Abnormale eenheidsprijzen
> Het prijsonderzoek naar abnormale eenheidsprijzen is uitgevoerd.
> Bij alle 3 de inschrijvers zijn voor een aantal posten behoorlijke verschillen zowel in plus als in min t.o.v. gemiddelde eenheidsprijzen terug te vinden.
> De verschillen in de eenheidsprijzen zijn evenwel niet van dien aard dat ze een wezenlijke invloed hebben op de economische haalbaarheid of dat er een redelijke en voorzienbare vrees bestaat dat de inschrijvers bepaalde posten niet voor de prijs in kwestie kunnen uitvoeren.
> Te meer daar het totaalbedrag van de offertes schommelt tussen -8,34 % (Gebroeders Janssen BVBA) en + 4,56 % (Heijmans Bouw NV) lijkt een prijsverantwoording voor abnormale eenheidsprijzen ons niet aan de orde.
> 9.3. Eenheidsprijzen ter info op te geven

> Er werd aan de inschrijvers gevraagd een aantal eenheidsprijzen ter info op te geven, welke niet mee opgenomen dienen te worden in het totaalbedrag. De eenheidsprijzen zijn door inschrijvers opgegeven maar worden niet mee in rekening gebracht in de prijsvergelijking. De opgegeven eenheidsprijzen van de 3 inschrijvers liggen zeer dicht in elkaars buurt met een zeer kleine schommeling."

Er wordt ten slotte voorgesteld de opdracht te gunnen aan de bvba Gebroeders Janssen voor de som van 1.522.798,34 euro, btw niet inbegrepen.

3.4. Op 25 april 2017 keurt het college van burgemeester en schepenen van de stad Lommel dit aanbestedingsverslag goed en gunt het college de opdracht aan de bvba Gebroeders Janssen tegen het nagerekende inschrijvingsbedrag van 1.522.798,34 euro, btw niet inbegrepen, of 1.843.263,98 euro, btw inbegrepen.

Dit is de bestreden beslissing.

3.5. Met een blijkbaar aangetekend verzonden brief van 2 mei 2017 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat het college van burgemeester en schepenen op 25 april 2017 de opdracht heeft gegund aan de bvba Gebroeders Janssen. De "gemotiveerde beslissing" wordt volgens deze brief bijgevoegd.

IV. Schorsingsvoorwaarden

4.1. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

4.2. Te dezen is evenwel ook de wet van 17 juni 2013 'betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en

bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten' van toepassing.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissingen in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

Overeenkomstig artikel 15, tweede lid, echter wordt de vordering tot schorsing voor de Raad van State uitsluitend ingesteld volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Overeenkomstig artikel 31 gelden deze bepalingen ook voor opdrachten die de drempelbedragen voor Europese bekendmaking niet bereiken.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of minstens één ernstig middel wordt aangevoerd, dan wel een klaarblijkelijke onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissingen kunnen verantwoorden.

V. Onderzoek van het enig middel

Standpunt van de partijen

5. De verzoekende partij steunt het enig middel op de schending van artikel 21, §§ 1 en 3, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 'plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren" (hierna: koninklijk besluit Plaatsing) en van "de formele, minstens de materiële motiveringsplicht, samen gelezen met het zorgvuldigheidsbeginsel", "doordat niet formeel, minstens niet materieel afdoende wordt gemotiveerd waarom, zonder prijsverantwoording te vragen, de eenheids-prijzen (van bvba Gebroeders Janssen[…]) als normaal te beschouwen zijn".

In de toelichting benadrukt de verzoekende partij dat de stad Lommel in het aanbestedingsverslag concludeert dat "bij alle 3 de inschrijvers … voor een aantal posten behoorlijke verschillen zowel in plus als in min t.o.v. gemiddelde eenheidsprijzen terug te vinden" zijn, en dat de term "behoorlijke verschillen" dient te worden gelezen als "abnormale eenheidsprijzen" ten opzichte

van de gemiddelde prijzen aangezien de stad Lommel vervolgens een eigen prijsverantwoording geeft. De stad Lommel stelde dus volgens de verzoekende partij objectief vast dat er substantiële afwijkingen zijn ten opzichte van de gemiddelde eenheidsprijzen van bepaalde posten, maar vroeg geen prijsverantwoording op en motiveerde zelf waarom die afwijkingen niet abnormaal zouden zijn.

Betreffende het eerste motief, namelijk "[d]e verschillen in de eenheidsprijzen zijn evenwel niet van dien aard dat ze een wezenlijke invloed hebben op de economische haalbaarheid of dat er een redelijke en voorzienbare vrees bestaat dat de inschrijvers bepaalde posten niet voor de prijs in kwestie kunnen uitvoeren", betoogt de verzoekende partij dat het aanbestedingsverslag niet aangeeft over welke posten het gaat en over welke offertes, zij het dat "wellicht […] vooral de offerte van Gebroeders Janssen afwijkend [is], zeker t.o.v. de globale raming door de stad Lommel". Aldus is elke – zelfs marginale – controle op het prijsonderzoek onmogelijk, nu de verzoekende partij noch de Raad van State weten over welke posten en prijzen van welke inschrijver het precies gaat. Ook wordt niet concreet gemotiveerd waarom er geen effect is op de "economische haalbaarheid" en waarom er geen "vrees" moet zijn dat niet aan de opgegeven eenheidsprijs zou kunnen worden uitgevoerd. De gebruikte formulering is een nietszeggende stijlformule. Er blijkt nergens uit het aanbestedingsverslag dat de eenheidsprijzen daadwerkelijk normaal zijn, wat precies daarmee wordt bedoeld en welke elementen en criteria in overweging werden genomen om tot die conclusie te komen zonder dat een prijsverantwoording opgevraagd werd.

Het tweede motief, namelijk "[t]e meer daar het totaalbedrag van de offertes schommelt tussen -8,34 % (Gebroeders Janssen BVBA) en + 4,56 % (Heijmans Bouw NV), lijkt een prijsverantwoording voor abnormale eenheidsprijzen ons niet aan de orde" is volgens de verzoekende partij evenmin dienstig. De normaliteit van de totaalprijs is op zich immers niet het bewijs van de normaliteit van de diverse eenheidsprijzen (en omgekeerd).

6. De verwerende partij antwoordt in de nota dat zij een algemeen prijzenonderzoek heeft verricht overeenkomstig artikel 21, § 1, van het koninklijk besluit Plaatsing, "alsook de eenheidsprijzen afzonderlijk heeft onderzocht", dat

naar aanleiding van dit onderzoek weliswaar enkele eenheidsprijzen werden bestempeld als “behoorlijk verschillend t.o.v. de gemiddelde eenheidsprijzen” maar dat tegelijk werd aangegeven waarom deze niet als “(schijnbaar) abnormaal” dienen te worden beschouwd, waarom er “om die reden geen (enkele) offerte zal worden geweerd” en waarom er bijgevolg dus ook geen formeel onderzoek naar (schijnbaar) abnormale prijzen moest worden gevoerd op grond van artikel 21, § 3, van het koninklijk besluit Plaatsing.

De verwerende partij merkt voorts op dat de afwijking van de offerteprijs van de bvba Gebroeders Janssen ten opzichte van het gemiddelde van de inschrijvingen minder dan 10 %, namelijk 9,34 %, bedraagt en dus geen kennelijk substantieel prijsverschil inhoudt waarbij mag worden verwacht dat een prijsverantwoording wordt opgevraagd. De drie inschrijvingsprijzen situeren zich tevens onder het ramingsbedrag van de opdracht.

Volgens de verwerende partij hebben de ontwerpers dit onderdeel in het aanbestedingsverslag (bladzijde 12) logischerwijze bestempeld als “9.2 Abnormale eenheidsprijzen”, “hetgeen als misleidend kan worden opgevat” en “had [men] beter geopteerd voor ‘Onderzoek naar schijnbaar abnormale eenheidsprijzen’ als titelonderdeel”, maar kan dit haar niet ten kwade worden geduid, “nu aangetoond wordt dat een prijzenonderzoek heeft plaats-gevonden (prijsvergelijking) waaruit besloten werd dat geen enkele offerte diende […] afgewezen te worden wegens (schijnbare) abnormale prijzen” zodat de verwerende partij op grond van artikel 21, § 3, van het koninklijk besluit Plaatsing dan ook niet gehouden was vooraf een prijsverantwoording te vragen.

Met de opgegeven – formele en materiële – motivering is volgens haar bovendien voldaan aan de voornaamste bedoeling van het prijzen-onderzoek, namelijk nagaan of de geboden prijs toelaat de verplichtingen voortspruitend uit het lastenboek zowel op technisch vlak, als op vlak van de termijn na te leven en om iedere speculatie ten nadele van de fundamentele belangen van de aanbestedende overheid en de openbare budgetten uit te sluiten. De motivering in het aanbestedingsverslag geeft aldus duidelijk aan dat in de offertes eenheidsprijzen worden aangeboden die in verhouding blijken te staan tot de uit te voeren prestaties en aldus – weze het impliciet maar zeker – geen

vertekening van de mededinging betekenen. In dat opzicht, zo betoogt de verwerende partij, heeft zij zorgvuldig gehandeld en terecht kunnen besluiten dat het prijzenonderzoek niet heeft geleid tot het besluiten tot schijnbaar abnormale prijzen en tot het weren van offertes op die grond, waardoor het mechanisme van artikel 21, § 3, van het koninklijk besluit Plaatsing niet verplicht in werking diende te treden.

In casu zouden volgens de verwerende partij ook geen bijzondere beschouwingen en bijkomende argumentaties dienstig zijn geweest om haar keuze om de offerte van de bvba Gebroeders Janssen niet te weren – minstens deze inschrijver niet te ondervragen inzake schijnbaar abnormale eenheidsprijzen – te motiveren. Het prijzenonderzoek, uitgevoerd door specialisten ter zake, heeft op zichzelf immers uitgewezen dat de prijzen als normaal dienen te worden beschouwd.

Zij benadrukt dat de ontwerpers in de bijlagen bij hun aanbestedingsverslag hun onderzoek naar de prijzen ook hebben gedetailleerd, verduidelijkt en uitgewerkt. Hieruit blijkt dat de ingediende prijzen aan een onderzoek zijn onderworpen met vergelijkende tabellen. De onderlinge verschillen in prijszetting zijn per artikel opgemerkt en vermeld met kleurcodes. De ontwerpers vonden het niet noodzakelijk om de offerteprijzen als schijnbaar abnormaal aan te merken.

Deze bijlagen werden niet bij de gunningsbeslissing gevoegd zoals meegedeeld aan de verzoekende partij, gelet op het vertrouwelijk karakter van de eenheidsprijzen. Aldus werd besloten enkel het aanbestedingsverslag van de ontwerpers met algemene conclusies en percentages te bezorgen en niet de bijlagen waarin de prijstabellen zijn opgenomen met vermelding van alle prijzen van de inschrijvers, *de facto* behorend tot het zakengeheim en rechtmatige commerciële belangen van de inschrijvers.

De verwerende partij meent voorts dat uit de in de gunningsbeslissing opgenomen motivering op zich afdoende kan worden afgeleid dat een degelijk prijsonderzoek is gevoerd waaruit besloten mocht worden dat geen enkele offerte diende te worden geweerd op grond van schijnbaar abnormale prijzen,

zodat het mechanisme van artikel 21, § 3, van het koninklijk besluit Plaatsing niet in werking diende te worden gesteld.

Zij betoogt concreet nog dat in de bijlagen van het aanbestedingsverslag gewag wordt gemaakt van grote onderlinge verschillen in eenheidsprijzen van ongeveer 16 posten, maar dat "[d]e daarbij horende rekenkundige analyse van de onderlinge verschillen [aantonen] dat, ondanks de (soms grote) onderlinge verschillen in de eenheidsprijzen, deze in relatie tot (tussen)totalen t.o.v. de gemiddeldes van deze (tussen)totalen verwaarloosbaar zijn (i.c. het hoofdstuk architectuur en art. 'thermische muurisolatie' in samenhang met 'gevelbekleding')". De afwijkingen van de eenheidsprijzen zelf zijn volgens haar bovendien niet van die aard dat zij als schijnbaar abnormaal moeten worden bestempeld, onder meer gelet op het feit dat "de lage prijzen bij de ene, worden uitgevlakt/gecompenseerd door hogere prijzen bij een andere inschrijver waar de ene inschrijver daarvoor net relatief lage eenheidsprijzen heeft opgegeven". De ontwerpers hebben in hun aanbestedingsverslag en bijlagen – zoals integraal overgenomen door de verwerende partij – met kennis van zaken besloten dat op grond van hun prijsanalyse blijkt dat de opdracht door elke inschrijver zonder problemen zal kunnen worden uitgevoerd.

Om die reden werd volgens de verwerende partij "de prijszetting (in al haar facetten) van de drie (3) inschrijvers (!)" als aanvaardbaar bestempeld. Het onderzoek is aldus volgens de verwerende partij gevoerd bij alle inschrijvers volgens dezelfde maatstaven, waarbij de samenvatting van de bevindingen in het aanbestedingsverslag werd overgenomen, alsook zo gecommuniceerd naar de verzoekende partij.

De verwerende partij benadrukt nog dat zij te dezen besloten heeft dat er geen sprake is van schijnbaar abnormale prijzen in de respectieve offertes en dus niet heeft willen motiveren waarom het schijnbaar abnormaal karakter van eenheids- en totaalprijzen wordt aanvaard zonder daartoe een prijsverantwoording te vragen. Zij heeft de offertes in kwestie dus niet willen verwerpen en zij diende geen beroep te doen op het mechanisme overeenkomstig artikel 99 van het koninklijk besluit Plaatsing, gelet op het feit dat slechts drie offertes werden ingediend.

De verwerende partij besluit dat zij, met naleving van het zorgvuldigheidsbeginsel, de regelmatigheid van de offertes *in casu* grondig heeft nagegaan “zoals op vlak van het verplicht prijzenonderzoek (getuige het administratief dossier, in het bijzonder het verslag van de ontwerpers en bijlagen)”, en zeker niet arbitrair tewerk is gegaan door te besluiten dat de prijszettingen voor deze opdracht geen schijnbaar abnormale prijzen inhouden.

Beoordeling

7. De partijen betwisten niet dat artikel 99, § 2, van het koninklijk besluit Plaatsing te dezen niet van toepassing is, nu er slechts drie offertes werden ingediend voor de kwestieuze opdracht. De aanbestedende overheid beschikt in de gevallen waarin, zoals te dezen, het voormelde artikel 99, § 2, niet van toepassing is, bij het al dan niet opstarten van de procedure van blijkbaar abnormale prijzen over een ruime discretionaire bevoegdheid. De Raad van State mag zich in de uitoefening van zijn wettigheidscontrole niet in de plaats van die overheid stellen, doch mag desgevraagd wel nagaan onder meer of de beoordeling met de vereiste zorgvuldigheid is gebeurd en berust op voldoende veruitwendigde en draagkrachtige motieven. Indien de aanbestedende overheid de offerte niet afwijst omwille van abnormale prijzen, is een bevraging van de inschrijver volgens artikel 21, § 3, van het koninklijk besluit Plaatsing niet vereist. Er is wel een plicht voor een aanbestedende overheid, die met naleving van het zorgvuldigheidsbeginsel wil handelen, om de regelmatigheid van een offerte na te gaan en één van de elementen van regelmatigheid is dat de offerte geen abnormale prijzen bevat.

8. In de huidige stand van het geding wordt vastgesteld dat de verzoekende partij niet de conclusie in het aanbestedingsverslag en gevolgd door de bestreden beslissing, lijkt te betwisten dat geen van de totaalprijzen abnormaal waren, dus ook niet de totaalprijs van de gekozen inschrijver.

9. Het middel betreft wel de hiervoor reeds aangehaalde beoordeling van de eenheidsprijzen in het aanbestedingsverslag, luidend:

“9.2 Abnormale eenheidsprijzen

Het prijsonderzoek naar abnormale eenheidsprijzen is uitgevoerd.
Bij alle 3 de inschrijvers zijn voor een aantal posten behoorlijke verschillen zowel in plus als in min t.o.v. gemiddelde eenheidsprijzen terug te vinden.
De verschillen in de eenheidsprijzen zijn evenwel niet van dien aard dat ze een wezenlijke invloed hebben op de economische haalbaarheid of dat er een redelijke en voorzienbare vrees bestaat dat de inschrijvers bepaalde posten niet voor de prijs in kwestie kunnen uitvoeren.
Te meer daar het totaalbedrag van de offertes schommelt tussen -8,34 % (Gebroeders Janssen BVBA) en + 4,56 % (Heijmans Bouw NV) lijkt een prijsverantwoording voor abnormale eenheidsprijzen ons niet aan de orde."

10. In zijn advies ter terechtzitting stelt het lid van het auditoraat, belast met het onderzoek in de onderhavige procedure, daaromtrent onder meer het volgende vast:

Uitgangspunt van het middel is dat de verwerende partij door vast te stellen dat er voor een aantal posten behoorlijke verschillen in plus en min waren ten overstaan van de gemiddelde eenheidsprijzen in feite aannam dat dit abnormale eenheidsprijzen zijn en deze vervolgens op grond van niet afdoende motieven, zonder prijsverantwoording te vragen, heeft aanvaard.
Deze grief is weliswaar vaag maar dit kan bezwaarlijk verweten worden aan de verzoekende partij nu zij via de bestreden gunningsbeslissing geen kennis had van de posten waarvoor deze "behoorlijke" verschillen werden vastgesteld noch wat deze verschillen zijn.
Uit bijlage 8 "Abnormale eenheidsprijzen" en bijlage 10 "Prijsonderzoek eenheidsprijzen" bij het volledige aanbestedingsverslag, dat door de verwerende partij als vertrouwelijk stuk 4 werd neergelegd doch op welke gegevens de Raad van State vermag acht te slaan, blijkt om welke posten en welke verschillen in plus en min het gaat en voor welke inschrijvers.
Overeenkomstig artikel 26 van de wet van 17 juni 2013 moet de verhaalinstantie, en dus ook de Raad van State, de vertrouwelijkheid en het recht op eerbiediging van zakengeheimen waarborgen met betrekking tot de informatie die is vervat in dossiers, door de betrokken partijen, in het bijzonder door de aanbestedende instantie die het volledige dossier dient over te leggen, aan haar overgelegd, ook al kan de verhaalinstantie zelf van deze informatie kennis nemen en deze in haar beschouwing betrekken. Het komt deze instantie toe te oordelen in welke mate en op welke wijze de vertrouwelijkheid en het geheime karakter van deze informatie moet worden gewaarborgd, rekening houdend met de vereisten van een effectieve rechtsbescherming en van de eerbiediging van het recht van verweer van de procespartijen en met het vereiste dat de procedure op alle onderdelen het recht op een eerlijk proces eerbiedigt, beoordelings-bevoegdheid waarnaar de verwerende partij in het antwoord op het middel zelf verwijst.
Daargelaten de vaststelling dat de verwerende partij de vraag tot vertrouwelijke behandeling van dit stuk 4 niet uitdrukkelijk lijkt te

motiveren zij het dat impliciet en welwillend onrechtstreeks motieven voor die vraag lijken te kunnen worden teruggevonden in het verweer op dit middel, namelijk dat dit stuk de eenheidsprijzen van concurrenten bevat, lijken de vereisten van effectieve rechtsbescherming te dezen te vereisen dat bepaalde elementen, maar niet de concrete eenheidsprijzen, uit deze bijlagen toch worden weergegeven. In die mate wordt de ingeroepen vertrouwelijkheid dan ook gelicht. Aangezien zoals hierna zal blijken tot schorsing wordt besloten, lijkt dit ook noodzakelijk met het oog op het rechtsherstel na heroverweging en dus ook in het belang van de verwerende partij.

Aldus blijkt uit het administratief dossier dat voor de drie inschrijvers de procentuele afwijking van de eenheidsprijzen ten opzichte van het gemiddelde werd berekend en dat blijkens voormelde bijlage 10 voor de volgende posten “grote” verschillen bij de eenheidsprijzen werden vastgesteld. Het gaat daarbij volgens die bijlage om de posten “waarvan het bedrag ongeveer 1 % of meer bedraagt van het totaalbedrag van de offerte”:

- 01.01.20 Werfinrichting
- 01.01.40 Veiligheidsmaatregelen
- 01.05.12 Slopen van een aangebouwd bouwwerk
- 02.08.11 Drooghouden van bouwputten: droogzuigen
- 03.05.11 Gewapende betonnen prefab gevelpanelen - type 1
- 03.05.12 Gewapende betonnen prefab gevelpanelen - type 2
- 03.05.13 Geïsoleerde gewapende betonnen prefab gevelpanelen
- 03.12.13 Thermische isolatie achter geprofileerde staalplaten - type 1
- 03.12.14 Thermische isolatie achter geprofileerde staalplaten - type 2
- 09.03.11 Vloerafwerking rubber
- 09.03.12 Vloerafwerking rubber akoestische variant
- 11.01.11 Verlaagd plafonds met minerale vezelplaten op metalen ophangsystemen
- 14.11.11 Kelderwanden
- 26.36.22 Welfsels met inbegrip van net 150x150x6x6 in druklaag - NB 5kN/m²
- 27.12 Profielstaal balken gemetalliseerd
- 27.32 Profielstaal kolommen gemetalliseerd.

Deze verschillen gaan van +81,23 % tot -68,47 % en zijn bij elk van de drie inschrijvers zowel in plus als in min terug te vinden, zij het dat meer verschillen in min worden vastgesteld bij de gekozen inschrijver.

In voormelde bijlage 10 wordt blijkbaar voor 10 van deze posten, waarbij de gekozen inschrijver 5 maal een eenheidsprijs met de hoogste afwijking voorstelt telkens in min, opgemerkt dat bijna systematisch de laagste van de 3 eenheidsprijzen evenveel onder de gemiddelde eenheidsprijs ligt dan dat de hoogste eenheidsprijs boven de gemiddelde eenheidsprijs ligt, dat er slechts drie inschrijvers zijn en bijgevolg geen rekenkundig gemiddelde gemaakt kan worden door na het weglaten van de laagste en hoogste eenheidsprijs, het gemiddelde van de overige eenheidsprijzen te berekenen en dat het gemiddelde in de tabellen het effectieve gemiddelde is van de eenheidsprijzen van de drie inschrijvers en dit door het beperkt aantal inschrijvers een vertekend beeld kan geven.

Zelfs indien dit in beginsel juist kan zijn, lijkt dit geen afbreuk te doen aan de vaststelling dat er aanzienlijke prijsverschillen zijn en dat de prijzen van de gekozen inschrijver voor deze posten vaak veel lager zijn dan de andere prijzen en soms veel hoger. Die voorgaande opmerkingen lijken op zich dan ook niet afdoende te verklaren waarom geen nader prijsonderzoek werd gevoerd.
Daarnaast zijn er trouwens ook de ramingen van de eenheidsprijzen waarmee niet wordt vergeleken en waarvan vele eenheidsprijzen voor deze posten – en andere posten – afwijken.
Voorts wordt in voormelde bijlage 10, zo lijkt, bij deze 10 posten vermeld dat de verschillen in eenheidsprijzen "gedeeltelijk" kunnen worden verklaard door het verschil bij de eenheidsprijs van de werfinrichting, bepaald vanuit de eigenheid en interne organisatie van elk bedrijf, welke bij de gekozen inschrijver "een stuk hoger is terwijl de eenheidsprijzen van een aantal artikels merkelijk lager is dan de gemiddelde eenheidsprijzen".
Uit het dossier blijkt echter niet met welke gegevens inzake de eigenheid en interne organisatie van elke inschrijver werd rekening gehouden bij de beoordeling van de eenheidsprijs voor die post, noch waarom die hogere eenheidsprijs van de gekozen inschrijver voor werfinrichting de aanmerkelijk lagere eenheidsprijzen voor andere posten verklaart. In de mate dat aldus zou zijn uitgegaan van een zekere "clustering" van posten, heeft de Raad van State dergelijke "clustering" reeds aanvaard, maar dan moet, zo lijkt, uit het dossier en de bestreden beslissing blijken waarom in een bepaald geval een eenheidsprijs aan de hand van een clustering met andere eenheidsprijzen wordt aanvaard. Dit blijkt te deze niet afdoende uit het dossier. Bovendien is dit volgens deze bijlage zelf slechts een "gedeeltelijke" verklaring. Evenmin blijkt dat hier werd onderzocht of er sprake zou kunnen zijn van prefinanciering of "frontloading".
Tevens wordt in bijlage 10 vermeld dat de grootste verschillen bij de eenheidsprijzen te zien zijn in het hoofdstuk architectuur en dat, gezien de tussentotalen voor het hoofdstuk architectuur bij de drie inschrijvers maximale verschillen vertonen van -5,21 % (bvba Gebroeders Janssen) en + 2,95 % (de nv Heijmans Bouw) ten opzichte van het gemiddelde tussentotaal, deze verschillen bij de eenheidsprijzen niet onaanvaardbaar zijn en de economische haalbaarheid "in zeer geringe mate beïnvloeden".
Naast de vaststelling dat bijlage 8 onderaan een subtotaal geeft voor architectuur na post 13.40.11 en deze verklaring dus niet relevant lijkt voor de posten 14.11.11, 26.36.22, 27.12 en 27.32 opgenomen in het subtotaal "stabiliteit", lijkt aldus opnieuw te zijn uitgegaan van een zekere "clustering" van posten die in het dossier niet wordt onderbouwd.
Voor posten 01.01.40, 01.05.12 en 03.05.12 lijkt dit de enige verklaring in bijlage 10; aldus lijkt in feite ook elke concrete verklaring te ontbreken voor post 14.11.11.
Inzake "Art. 03.12.10 Thermische muurisolatie" wordt in bijlage 10 gewezen op de verschillen in eenheidsprijzen voor de thermische isolatie type 1 "(art. 03.05.13)" [lees 03.12.13] – van min 36 % tot plus 64 % vergeleken met de gemiddelde eenheidsprijs, en voor thermische isolatie type 2 "(art. 03.05.14)" [lees 03.12.14] – van min 61 % tot plus 81 %, maar

overwogen dat dit artikel onlosmakelijk gekoppeld is aan artikel 04.01.11 Gevelbekleding - geprofileerde staalplaat - verticaal geplaatst en vastgesteld dat de tussentotalen voor deze artikelen een verschil geven van slechts - 5,13% en + 5,40 % van het laagste respectievelijk hoogste tussentotaal ten opzichte van het gemiddelde van deze tussentotalen en dus als normaal te beschouwen zijn.
Ook hier ontbreekt een nadere onderbouwing van deze “clustering”. Onduidelijk is ook hoe de eerder beperkte verschillen in prijs ten opzichte van de gemiddelde prijs voor dit artikel 04.01.11 de veel grotere verschillen voor de artikelen 03.12.13 en 03.12.14 verklaren.
Voormelde bijlage 10 gaat vervolgens in op “Hoofdstuk technieken”. Hierna wordt aangenomen dat hiermee “Technieken – Deel 6: Fluida” en “Technieken – Deel 7: Elektro” zijn bedoeld. In die bijlage 10 wordt vastgesteld dat er verschillen zijn tussen de eenheidsprijzen van de gekozen inschrijver en deze van de twee andere inschrijvers en dat deze verschillen alleen bij posten met lage tussentotalen zijn. Bij de posten met hogere tussentotalen zijn de verschillen bij de eenheidsprijzen beperkt.
Er blijkt niet *prima facie* waarom dit de verschillen verklaart.
Voorts wordt in die bijlage vastgesteld dat, aangezien het totaalbedrag van de offertes schommelt tussen - 8,34 % (Gebroeders Janssen bvba) en + 4,56 % (Heijmans Bouw nv), deze eenheidsprijzen niet als abnormaal of onaanvaardbaar te beschouwen zijn.
Dat de totaalprijs niet abnormaal is, lijkt, zoals de verzoekende partij opmerkt, echter niet afdoende te verantwoorden dat een reeks eenheids-prijzen niet nader werden onderzocht.
Zelfs wanneer *prima facie* niet het uitgangspunt van het middel lijkt te kunnen worden bijgevallen dat de verwerende partij deze eenheidsprijzen schijnbaar abnormaal beschouwde, blijkt te dezen niet afdoende uit het administratief dossier dat de verwerende partij deze prijzen voldoende zorgvuldig heeft onderzocht en terecht tot haar conclusie betreffende de prijzen kwam.
Het eerste middel is dan ook in ieder geval ernstig in de mate dat het steunt op de schending van de materiëlemotiveringsplicht samen genomen met het zorgvuldigheidsbeginsel.
Evenmin lijken dan de motieven ter zake opgegeven in het aan de verzoekende partij meegedeelde aanbestedingsverslag, waarop de bestreden beslissing steunt, afdoende onderbouwd.
De nota bevat, voor zover dit al relevant zou zijn en dit geen *a posteriori*-motivering zou uitmaken, geen afdoende argumenten om anders te oordelen. In wezen worden trouwens de besproken elementen uit de voormelde bijlage 10 hernomen. Nieuw is de nadruk die de verwerende partij legt op het onderzoek uitgevoerd door de ontwerpers die specialisten zijn en die, mede in het licht van subtotalen en gelet op de uitvlakking of compensatie van lage eenheidsprijzen bij de ene door de hogere prijzen bij de andere inschrijvers, concludeerden dat de opdracht door elke inschrijver zonder problemen zal kunnen worden uitgevoerd.

Herhaald wordt dat die conclusie in bijlage 10 bij het aanbestedingsverslag door de ontwerpers niet voldoende zorgvuldig en gemotiveerd lijkt onderbouwd. Dat zij specialisten zouden zijn, sluit die conclusie niet uit.

11. De Raad van State valt deze vaststellingen en conclusie bij.

VI. Besluit en kosten

12. Het middel is in de besproken mate ernstig en dit rechtvaardigt reeds de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de bestreden beslissing tot gunning van de opdracht aan de bvba Gebroeders Janssen.

In de omstandigheden van deze zaak volstaat deze vaststelling wel niet om ook reeds de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid te bevelen van de impliciete beslissing om de opdracht niet te gunnen aan de verzoekende partij. De verzoekende partij dient in dit verband immers specifiek aannemelijk te maken, in haar middelen, dat de opdracht aan haarzelf had moeten worden gegund. Dergelijke uitzonderlijke omstandigheid wordt hier niet aangetoond. De vastgestelde schending heeft hier enkel betrekking op de materiëlemotiveringsplicht en de zorgvuldigheidsplicht in hoofde van de aanbestedende overheid, waarbij de uitkomst van een eventueel nieuw zorgvuldig onderzoek niet bij voorbaat vaststaat.

Het is passend, gelet op de hierna ingewilligde vordering tot schorsing en het daaropvolgende nog noodzakelijke procedureverloop, de kosten, de gevorderde rechtsplegingsvergoeding inbegrepen, in beraad te houden.

BESLISSING

1. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 25 april 2017 van het college van burgemeester en schepenen van de stad Lommel waarbij de opdracht “Afbraakwerken bestaande vleugel rusthuis en nieuwbouw gedeelte

kunstacademie", onder bestek nr. 2017052, wordt gegund aan de bvba Gebroeders Janssen.

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 13 juni 2017, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,

bijgestaan door

Greta Scheveneels	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Greta Scheveneels	**Dierk Verbiest**