

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 244.492 van 16 mei 2019
in de zaak A. 222.967/XII-8427**

In zake: de NV BOUWBEDRIJF VMG - DE COCK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Filip Geerts
kantoor houdend te 9300 Aalst
Bauwensplein 1 bus 10
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE WOMMELGEM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Dirk De Keuster
kantoor houdend te 2980 Zoersel
Handelslei 60
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 28 augustus 2017, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing van de gemeente Wommelgem van 6 juni 2017 tot gunning, ingevolge open aanbesteding, van de aanneming van werken inhoudende de uitbreiding en verbouwing van GBS ‘Het Oogappeltje’ aan de nv Brebuild Algemeen Bouwbedrijf, alsook van de beslissing tot het niet weerhouden van de offerte van de [nv Bouwbedrijf VMG - De Cock] als de laagst regelmatige en van de impliciete beslissing om de werken niet te gunnen aan de [nv Bouwbedrijf VMG - De Cock]”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Eerste auditeur Jozef Stevens heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij en de verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 30 april 2019.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Filip Geerts, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Uschi Steurs, die loco advocaat Dirk De Keuster verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Thomas Maes 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 uit voor werken, namelijk de uitbreiding en verbouwing van de gemeentelijke basisschool “Het Oogappeltje”, bestek referentienummer 1503.

Het betreft een open aanbesteding met als enig gunnings-criterium de prijs.

3.2. Er zijn negen inschrijvers waaronder de verzoekende partij en de nv Brebuild Algemeen Bouwbedrijf.

3.3. Op 23 mei 2017 wordt een gunningsverslag opgesteld. Na rekenkundig nazicht wordt de offerte van de nv Brebuild Algemeen Bouwbedrijf eerste gerangschikt met een prijs van 2.547.534,66 euro, btw niet inbegrepen, en de offerte van de verzoekende partij als tweede met een prijs van 2.563.662,95 euro, btw niet inbegrepen.

3.4. Op 6 juni 2017 gunt de verwerende partij de opdracht aan de nv Brebuild Algemeen Bouwbedrijf voor een bedrag van 2.547.534,66 euro, btw niet inbegrepen.

3.5. Met een brief van 22 juni 2017 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat de opdracht wordt gegund aan de nv Brebuild Algemeen Bouwbedrijf. Hierbij is de gunningsbeslissing gevoegd.

3.6. De verzoekende partij vraagt de verwerende partij met een brief van 28 juni 2017 om inlichtingen met betrekking tot het feit dat het rangschikkingsbedrag en bestelbedrag met betrekking tot de nv Brebuild Algemeen Bouwbedrijf hetzelfde zijn.

Bijkomend stelt de verzoekende partij dat inzake het onderzoek naar abnormale prijzen het niet duidelijk is in hoeverre en hoe toepassing werd gemaakt van de wettelijke bepalingen inzake het voeren van het prijsonderzoek, gelet op het ontbreken van bijlage 5 waarnaar wordt verwezen in het nazichtverslag. Zij vraagt de verwerende partij dan ook aanvullende gegevens te willen meedelen om een nazicht mogelijk te maken.

3.7. Met een e-mailbericht van 7 juli 2017 bezorgt de verwerende partij het gunningverslag aan de verzoekende partij.

3.8. Met een brief van 7 juli 2017 merkt de verzoekende partij vervolgens op dat op grond van het gunningverslag nog steeds niet op te maken valt hoe men tot de rangschikkingsbedragen komt.

Daarnaast stelt de verzoekende partij dat uit de meegedeelde stukken blijkt dat de gekozen inschrijver gebruikmaakt van verboden prefinanciering.

Bijkomend merkt de verzoekende partij op dat het nazicht van de eenheidsprijzen louter een schijnvertoning is aangezien er criteria worden opgelegd om er vervolgens niets mee aan te vangen. Dit levert volgens de verzoekende partij het bewijs dat geen deugdelijk prijsonderzoek werd gevoerd.

Ten slotte vraagt de verzoekende partij inzage van de door de gekozen inschrijver gegeven prijsverantwoording.

3.9. Met een brief van 28 juli 2017 antwoordt de verwerende partij als volgt:

“Het prijsonderzoek is door onze architecten grondig uitgevoerd en maakt op geen enkele wijze melding van enige voorfinanciering. Uw stelling dat er sprake zou zijn van voorfinanciering en derhalve van onregelmatige offerte wordt derhalve betwist. Het nazicht van de eenheidsprijzen betreft geenszins een schijnvertoning.

De inhoud van de prijsverantwoording van Brebuild kunnen wij u niet meedelen. Deze prijsverantwoording bevat immers commerciële gegevens. Overeenkomstig het overheidsopdrachtenrecht kan u geen kennis nemen van commerciële gegevens van uw concurrenten.

Wij zijn dan ook verplicht om al uw aanspraken vermeld in bovenvermelde brief formeel en integraal te betwisten. Wij beëindigen hier ook de discussie.”

IV. Onderzoek van het eerste onderdeel van het tweede middel

Standpunt van de partijen

4. De verzoekende partij voert in haar tweede middel de schending aan van artikel 24 van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’, en de schending van de artikelen 21, 95 en 99 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’.

Wat het eerste middelonderdeel betreft inzake een ontoereikend prijsonderzoek, wijst zij erop dat uit het gunningsverslag – meer bepaald bijlage 5 – blijkt dat voor het onderzoek inzake abnormale eenheidsprijzen de volgende methodiek werd aangewend:

“Nazicht eenheidsprijzen op grote afwijkingen
Artikels die minstens 1% van het totaalbedrag uitmaken worden onderzocht
Prijzen die 30% lager dan het gemiddelde liggen worden onderzocht
Prijzen die 50% hoger liggen dan het gemiddelde worden onderzocht.”

Deze drempels zijn volgens de verzoekende partij niet redelijk en niet realistisch.

De vooropgestelde methode impliceert dat mogelijks schijnbaar abnormale eenheidsprijzen *in casu* pas nader worden onderzocht wanneer de post in kwestie meer dan 25.200 euro bedraagt, wat de prijzen betreft van de nv Brebuild Algemeen Bouwbedrijf, of meer dan 28.500 euro, wat de prijzen betreft van de nv Dillen Bouwteam, voor zover de totale rangschikkingsbedragen al correct zouden zijn. Het kan volgens de verzoekende partij niet worden aanvaard “dat enkel posten waarvoor minimaal een prijs van 25.200 Euro werd opgegeven (voor wat betreft de nv Brebuild Algemeen Bouwbedrijf), nader zouden moeten worden onderzocht wanneer er aanwijzingen zijn dat het om een abnormale prijs kan gaan”.

Voorts wijst de verzoekende partij erop dat de “methode die de verwerende partij heeft gebruikt om de eenheidsprijzen te selecteren die nader zouden worden onderzocht, [...] het bovendien mogelijk [maakt] dat een abnormaal lage prijs niet nader wordt onderzocht precies doordat die prijs abnormaal laag is en als gevolg daarvan lager uitkomt dan de minimumgrens die de verwerende partij heeft vooropgesteld voor het voeren van een onderzoek”.

Zij betoogt:

“Stel dat de nv Brebuild Algemeen Bouwbedrijf voor een bepaalde post een eenheidsprijs heeft opgegeven van 15.000 Euro terwijl de eenheidsprijzen van de andere inschrijvers voor die post allemaal hoger zijn dan 50.000 Euro en het gemiddelde van de eenheidsprijzen van de andere inschrijvers voor die post bv. 60.000 Euro bedraagt, dan is het volgens de methode die de verwerende partij heeft gehanteerd niet nodig om de eenheidsprijs van de nv Brebuild Algemeen Bouwbedrijf nader te onderzoeken... omdat die lager is dan 25.200 Euro, zijnde 1% van de totaalprijs van de NV Brebuild Algemeen Bouwbedrijf.

Op die manier ontsnappen abnormale lage eenheidsprijzen aan nader onderzoek (en de offerte eventueel aan wering) precies doordat zij zo abnormaal laag zijn... .”

Ten slotte voert zij aan dat “het ook weinig ernstig en onzorgvuldig [is] om een eenheidsprijs pas nader te onderzoeken wanneer deze minstens 30% lager ligt dan het gemiddelde of 50% hoger dan het gemiddelde”. “Ook hiervoor [zo vervolgt zij] bestaat geen juridische grond”. “Een afwijking van méér dan 15% is inderdaad reeds substantieel en noopt tot nader onderzoek teneinde fantasieprijzen, prijzen waarin niet alles is begrepen of prijzen die maar mogelijk zijn door miskennen van sociaalrechtelijke en/of fiscaalrechtelijke verplichtingen, te detecteren en de offertes die de regels van de eerlijke mededinging niet respecteren te weren”.

5. De verwerende partij benadrukt in haar memorie van antwoord in de eerste plaats dat “voor elke opdracht afzonderlijk zal dienen te worden nagegaan of prijsvariaties een abnormaal karakter hebben in het licht van het voorwerp van de opdracht en de omstandigheden”. Zij vervolgt: “De

aanbestedende overheid beschikt ter zake dan ook over een ruime discretionaire bevoegdheid om te bepalen welke prijzen al dan niet als vermoedelijk abnormaal dienen te worden beschouwd en waarbij in bevestigend geval een prijsverantwoording dient te worden gevraagd”.

Volgens de verwerende partij slaagt de verzoekende partij er niet in aan te tonen dat de gehanteerde methodiek niet objectief aanvaardbaar en verantwoordbaar zou zijn. Zij meent dat zij geen onzorgvuldig prijsonderzoek heeft gevoerd. De verwerende partij besluit dat zij “[i]n casu [...] met het oog op het voorwerp van de opdracht en de omstandigheden een methodiek [heeft] gehanteerd dewelke *in concreto* aanvaardbaar en verantwoordbaar is en binnen haar discretionaire bevoegdheid valt”.

6. In haar memorie van wederantwoord benadrukt de verzoekende partij dat de verwerende partij niet aantoont “welke de wettelijke basis is om het prijsonderzoek te beperken tot de eenheidsprijzen die minstens 1% van het totaalbedrag uitmaken en die bovendien 30% lager of 50% hoger liggen dan het gemiddelde”. Voorts zijn de drempels volgens de verzoekende partij willekeurig.

Ook wijst de verzoekende partij erop dat de “verwerende partij [...] ook geen antwoord [biedt] op de bemerking dat de werkwijze waarbij slechts die eenheidsprijzen voor onderzoek in aanmerking komen die minstens 1% van de totaalprijs uitmaken, tot gevolg kan hebben dat bepaalde abnormaal lage eenheidsprijzen niet worden onderzocht precies doordat zij abnormaal laag zijn en daardoor niet boven de 1%-grens uitkomen”.

7. Na een voor haar ongunstig uitvallend auditoraatsverslag merkt de verwerende partij in haar laatste memorie het volgende op.

Zij meent dat de in dit verslag vermelde vergelijking tussen de huidige zaak en die van het arrest nr. 243.217 van 13 december 2018 inzake de nv Bouwbedrijf VMG - De Cock tegen het OCMW Gent waarin gelijkaardige

drempels zouden zijn gehanteerd, niet opgaat. In die laatste zaak sanctioneerde de Raad de werkwijze dat een controle werd uitgevoerd enkel op de prijzen die hoger waren dan 1% van het offertebedrag en terzelfdertijd meer dan 30% onder de gemiddelde eenheidsprijs of meer dan 50 % boven dit gemiddelde lagen; de 1%-regel werd aldus toegepast per offerte. In de huidige zaak echter, zo merkt de verwerende partij op, blijkt uit bijlage 5 van het gunningsverslag dat het onderzoek van de betreffende post zich echter niet beperkte enkel tot de offerte van de inschrijver die de betreffende post bevatte, doch dat dezelfde post tevens werd onderzocht in de offertes van de overige inschrijvers.

Zij vervolgt:

“Deze offerte-overstijgende werkwijze blijkt tevens uit het proces verbaal van nazicht der inschrijvingen, hetgeen vertrouwelijk wordt gevoegd [bij de laatste memorie] ten behoeve van Uw Raad onder Stuk nr. 13 én de overzichtstabel van de onderzochte posten zoals vertrouwelijk gevoegd onder Stuk nr. 14.

Het proces-verbaal van nazicht (Stuk nr. 13) bevat onder Bijlage 5bis het volledige prijsonderzoek zoals gevoerd door verwerende partij. Hierbij werden door verwerende partij de verschillende offertes van de verschillende inschrijvers per post vergeleken met elkaar waarbij tevens het percentage van de betreffende post op het totaalbedrag van de offerte werd opgenomen. Dit teneinde het prijsonderzoek op de abnormale eenheidsprijzen te kunnen voeren. Er is door de Gemeente Wommelgem op een zeer zorgvuldige wijze een prijsonderzoek gevoerd.

Uw Raad zal kunnen vaststellen dat er een aantal posten minder dan 1% van het totaalbedrag van de offertes vertegenwoordigen.

De overzichtstabel van de onderzochte posten (Stuk nr. 14) bevat een overzicht van de posten dewelke werden onderzocht in het kader van het prijsonderzoek abnormale eenheidsprijzen waarbij per post werd opgenomen voor welke offerte van welke inschrijver een afwijking werd vastgesteld van 30% minder of 50% meer dan het gemiddelde.

Daarnaast bevat de overzichtstabel tevens per offerte en per inschrijver de posten dewelke minder dan 1% van het totaalbedrag van de offerte vertegenwoordigen.”

en

“De werkwijze in onderhavige zaak bestaat er dan ook in de eenheidsprijzen te toetsen aan de hand van de opgegeven criteria, namelijk

allereerst na te gaan of de betreffende post 1% van het totaalbedrag van de offerte uitmaakt, waarbij de werkwijze niet wordt beperkt per offerte per inschrijver.

Hieruit volgt dan ook dat in het geval één bepaalde offerte van een bepaalde inschrijver een post bevat dewelke 1% van het totaalbedrag van de offerte bedraagt, deze post wordt onderzocht in alle offertes van alle inschrijvers waarbij wordt nagegaan of de betreffende post minder dan 30% of meer dan 50% van het gemiddelde afwijkt. Hierin ligt het fundamentele verschil met de situatie in het arrest nr. 243.217.

Door deze offerte-overstijgende werkwijze is er van het onder de radar van detectie blijven van bepaalde posten net omdat zij onder de 1%-drempel blijven, dan ook geen sprake in onderhavig geval. Indien één inschrijver met een bepaalde post doelbewust en kunstmatig onder de 1%-drempel zou willen blijven, wordt deze post immers tevens opgemerkt met deze werkwijze aangezien alle betreffende posten van de betreffende offertes worden onderzocht van zodra de betreffende post in een andere offerte voldoet aan één van de bovenvermelde criteria.”

De verwerende partij concludeert dat zij wel degelijk een “zeer zorgvuldig prijsonderzoek” heeft uitgevoerd.

8. In haar laatste memorie merkt de verzoekende partij in de eerste plaats op dat de argumentatie en de nieuwe stukken van de verwerende partij laattijdig in het debat zijn gebracht. De argumentatie is volledig nieuw tegenover die van de memorie van antwoord; er worden thans pas twee nieuwe stukken bijgebracht. Zij benadrukt dat de verwerende partij in haar memorie van wederantwoord het bij algemeenheden hield en de concrete methodiek niet uiteenzette en geen repliek voerde op het argument van de verzoekende partij “dat een abnormaal lage prijs niet nader werd onderzocht precies doordat die prijs abnormaal laag was en als gevolg daarvan lager uitkwam dan de minimumgrens die de verwerende partij had vooropgesteld voor het voeren van een onderzoek”.

In haar laatste memorie echter gooit de verwerende partij het volgens de verzoekende partij over een andere boeg. De verzoekende partij wijst erop dat, aangezien het zagezegd gaat om methodiek en stukken die gebruikt werden bij het gunningsverslag en de gunningsbeslissing, dit aan bod diende te komen bij de memorie van antwoord en in het administratief dossier aangezien het zeer essentiële stukken zijn. De verzoekende partij wijst op rechtspraak van

de Raad van State waaruit volgens haar blijkt dat er met de laattijdig bijgebrachte nieuwe argumentatie en stukken geen rekening mag worden gehouden.

Voorts wijst zij erop dat het “helemaal niet zeker [is] dat de nieuwe stukken die de verwerende partij aanwendt (haar stukken 13 en 14) authentiek zijn, in die zin dat zij werden opgemaakt vooraleer de bestreden beslissing werd genomen, wel integendeel”. Ook is het voor de verzoekende partij onduidelijk van wanneer de stukken dagtekenen, te meer omdat ze vertrouwelijk worden neergelegd. Dat het nieuw stuk 13 “proces verbaal van nazicht der inschrijvingen” iets anders of hetzelfde is als stuk 7 van het administratief dossier, het gunningsverslag, is onduidelijk. Van het nieuwe stuk 14 “overzichtstabel onderzochte posten” is ook nergens sprake in het gunningsverslag of de bestreden beslissing. Bij het nieuwe stuk 13 zou dan weer een bijlage 5*bis* zitten die “het volledige prijsonderzoek [zou] bevatten”. Bij wat de verzoekende partij kreeg van de verwerende partij als gunningsverslag zat een bijlage 5 bestaande uit twee bladzijden, doch hierin is er geen verwijzing naar een inhoud zoals thans vermeld wat de nieuwe stukken 13 en 14 betreft. In het gunningsverslag wordt bij het overzicht van de bijlagen geen melding gemaakt van een bijlage 5*bis* of van een “overzichtstabel van de onderzochte posten”, dit is het nieuwe stuk 14. Hieruit leidt de verzoekende partij af dat het “er dus zeer sterk op [lijkt]” dat het stuk 14 werd opgesteld in de loop van de huidige procedure en dat het oorspronkelijk gunningsverslag werd aangepast met een bijlage 5*bis*.

Ten slotte vraagt de verzoekende partij “minstens de mogelijkheid [te] krijgen om de nieuwe stukken te onderzoeken en om aan de hand daarvan de stellingen en argumentatie van de verwerende partij te controleren en te evalueren”, in het bijzonder de nieuwe stukken 13 en 14. Zo wenst de verzoekende partij concreet na te gaan of de beweringen van de verwerende partij juist zijn.

Beoordeling

9. De verzoekende partij voert onder meer aan dat het prijsonderzoek ontoereikend is gevoerd. De gehanteerde drempels zouden niet redelijk en realistisch zijn. Zij stelt in dit verband expliciet dat mogelijks schijnbare eenheidsprijzen maar worden onderzocht wanneer de post in kwestie 1 % van het totale offertebedrag overschrijdt. Zij wijst erop dat deze werkwijze het mogelijk maakt dat een abnormaal lage prijs niet nader wordt onderzocht precies doordat die prijs abnormaal laag is.

De verwerende partij heeft hiertegen geen verweer gevoerd in haar memorie van antwoord.

De verzoekende partij herneemt deze kritiek in haar memorie van wederantwoord en wijst erop dat de verwerende partij geen verweer voert.

In het auditorsverslag concludeert de verslaggever na bestudering van de stukken dat deze kritiek gegrond is.

In haar laatste memorie weerspreekt de verwerende partij deze punctuele kritiek met nieuwe argumenten en twee nieuwe stukken 13 en 14.

10. In de eerste plaats wordt vastgesteld dat het pas na het auditorsverslag is dat de verwerende partij concreet verweer voert tegen de specifieke grief van de verzoekende partij dat de drempel van 1 % contraproductief kan zijn.

Daarvoor voert zij een nieuwe argumentatie aan waarbij zij stelt dat bij vaststelling van een post van meer dan 1 % bij één offerte die voorts afwijkt met 30 % of 50 % naargelang het geval, deze post ook bij de andere offertes wordt onderzocht zodat er geen sprake kan zijn dat bewust onder de 1%-drempel blijven, niet wordt gedetecteerd. Zij brengt ter staving, vertrouwelijk,

twee nieuwe stukken bij. Stuk 13 is het gunningsverslag, dit keer echter aangevuld met een bijlage 5bis waaruit de vergelijking van de diverse offertes per post zou blijken en tevens de 1%-drempel zou zijn vastgesteld; op te merken valt dat dit stuk als datum van laatste aanpassing 5 februari 2019 draagt en er van een bijlage 5bis in het gunningsverslag zoals neergelegd met de memorie van antwoord geen sprake is. Stuk 14 geeft volgens de verwerende partij een overzicht van de onderzochte posten en zelfs van de posten die de 1%-drempel niet halen. De verwerende partij heeft in haar memorie van antwoord onder randnummer 12 nochtans opgemerkt dat de verzoekende partij over het volledige gunningsverslag beschikt en heeft bij haar memorie van antwoord een administratief dossier gevoegd, zonder dat er sprake is van die twee stukken.

Met deze nieuwe argumentatie en deze nieuwe stukken wordt geen rekening gehouden. In de eerste plaats kan niet worden ingezien waarom de verwerende partij dit veel pertinentere verweer niet reeds in de memorie van antwoord heeft ontwikkeld en deze stukken niet in haar administratief dossier heeft opgenomen. In de tweede plaats heeft de handelwijze van de verwerende partij tot gevolg dat haar standpunt werd onttrokken aan de schriftelijke tegenspraak door de verzoekende partij in haar memorie van wederantwoord en aan het schriftelijk onderzoek van de zaak door het auditoraat, beide essentieel in de bij uitstek schriftelijke annulatieprocedure.

De verzoekende partij heeft op 29 maart 2019 bij de onderzoeksrechter een klacht met burgerlijke partijstelling wegens valsheid in geschrifte en gebruik van valse stukken ingediend wat die stukken 13 en 14 betreft.

Aangezien deze stukken uit het debat worden geweerd, dient deze klacht niet te leiden tot een schorsing met toepassing van artikel 51 van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’.

11. Ten gronde wordt het volgende geoordeeld.

Zoals de verwerende partij terecht opmerkt, beschikt een aanbestedende overheid over een grote beoordelingsruimte bij het prijsonderzoek en is het haar in beginsel aldus toegelaten criteria te hanteren waarbij zij screent op abnormaliteiten, teneinde op een praktische en efficiënte wijze haar onderzoek te verrichten. Vereist is wel dat deze criteria zorgvuldig worden opgesteld, wat te dezen betekent dat ze de gelijke behandeling van de inschrijvers waarborgen, de nodige transparantie bieden en relevant zijn.

In het gunningsverslag zoals bij de memorie van antwoord gevoegd, wordt inzake abnormale eenheidsprijzen het volgende opgemerkt:

“F Onderzoek abnormale prijzen

1. Onderzoek abnormale totaalprijzen

[...]

2. Onderzoek abnormale eenheidsprijzen

Zie bijlage 5

Ik adviseer het opdrachtgevend bestuur dat de offerte van Willems & Co als substantieel onregelmatig wordt afgewezen omdat er onvoldoende prijsverantwoording werd meegedeeld.”

De bijlage 5 – er is hier geen sprake van een bijlage 5bis – vangt aan met volgende passage:

“1. Nazicht eenheidsprijzen op grote afwijkingen

Artikels die minstens 1% van het totaalbedrag uitmaken worden onderzocht

Prijzen die 30% lager dan het gemiddelde liggen worden onderzocht

Prijzen die 50% hoger liggen dan het gemiddelde worden onderzocht.”

Hierna worden dertien posten opgenomen waarbij enkel wordt vermeld dat er bij bepaalde offertes een afwijking is van 30 % of 50 %, waaruit mag worden afgeleid dat het posten betreft van minstens 1 % van de totaalprijs van de offerte, die de aandacht hebben gaande gehouden.

Uit die stukken kan niet met zekerheid worden afgeleid, en de verwerende partij voert, zoals reeds opgemerkt, in haar memorie van antwoord allerminst het tegendeel aan, dat, wat de verzoekende partij aanklaagt bij het

systeem, een eventueel abnormaal lage prijs, precies door dit kenmerk, onder de radar van detectie kan blijven. Overigens mag ook worden opgemerkt dat door een dergelijke werkwijze met de 1 % een andere drempel per inschrijver wordt toegepast wat klemmt met de gelijkheid en waaruit dus blijkt dat het criterium ook om die reden onzorgvuldig werd opgesteld en toegepast.

12. Het middel is in de aangegeven mate gegrond.

De beoordeling van het middel leidt evenwel niet tot de vaststelling dat de impliciete weigering tot gunning van de kwestieuze overheidsopdracht aan de verzoekende partij ook moet worden vernietigd, mocht al moeten worden aangenomen dat de verzoekende partij hier voldoende aannemelijk maakt dat er uitzonderlijke omstandigheden daartoe zijn.

In het auditorsverslag wordt geconcludeerd op grond van het gegrond bevinden van het eerste onderdeel van het tweede middel – het verslag is daartoe beperkt – dat de gunningsbeslissing dient te worden vernietigd doch dat het beroep tegen de impliciete weigering dient te worden verworpen.

De verzoekende partij merkt in haar laatste memorie het volgende op:

“De andere middelen (of onderdelen ervan) van de verzoekster en de argumentatie daaromtrent werden in het auditorsverslag niet besproken, dit gelet op het feit dat het auditoraat tot de conclusie is gekomen dat het eerste onderdeel van het tweede middel gegrond is. Indien de Raad het standpunt van het auditoraat omtrent het eerste onderdeel van het tweede middel niet mocht volgen, dan dient door het auditoraat een bijkomend verslag uitgebracht te worden omtrent de andere middelen.”

Gelet op dit standpunt van de verzoekende partij dienen het eerste middel en de overige onderdelen van het tweede middel, eventueel in relatie tot de wettigheid van de impliciete weigeringsbeslissing, niet te worden onderzocht.

V. Vertrouwelijkheid van de stukken

13. Aangezien zoals hiervoor blijkt, het eerste onderdeel van het tweede middel gegrond is, dient er niet te worden ingegaan op de vraag van de verzoekende partij tot opheffing van de vertrouwelijkheid van de door de verwerende partij aldus neergelegde stukken. Met toepassing van artikel 26 van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’ verklaart de Raad van State deze stukken in de huidige procedure vertrouwelijk.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van de gemeente Wommelgem van 6 juni 2017 waarbij de aanneming van werken inhoudende de uitbreiding en verbouwing van de gemeentelijke basisschool “Het Oogappeltje” wordt gegund aan de nv Brebuild Algemeen Bouwbedrijf.

2. Het beroep wordt voor het overige verworpen

3. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verzoekende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 16 mei 2019,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Dierk Verbiest