

VOF CARU Rogierlaan 9 B4 8400 OOSTENDE



VORMINGEN FORMATIONS CONSULTANCY
rudiclaeys@telenet.be

CARU OVERHEIDSOPDRACHTEN 2018

NIEUWSBRIEF DECEMBER 2018

1. ALGEMENE INLEIDING ROND PRIJS-ONDERZOEK EN ABNORMALE PRIJZEN. .
2. PRIJS-ONDERZOEK RVS NR. 242.707 VAN 18 OKTOBER 2018 IN DE ZAAK A. 226.274/XII-8623
3. BEGRIPPEN PRIJS-ONDERZOEK ABNORMALE PRIJS EN ONAANVAARDBARE PRIJS RVS ARREST NR. 242.833 VAN 30 OKTOBER 2018 IN DE ZAAK A. 226.361/XII-8626.
4. HET TOEZICHT-RAPPORT OVERHEIDSOPDRACHTEN 2018 EN DE ABNORMALE PRIJZEN
5. SLOT-BEMERKING : HOE KAN EEN PRIJS VERANTWOORD WORDEN ?

Prof. RUDI CLAEYS

1. ALGEMENE INLEIDING ROND PRIJS-ONDERZOEK EN ABNORMALE PRIJZEN

We herinneren hierbij graag aan de grote principes zoals deze ook nog eens bevestigd zijn geworden door de Raad van State

Het verplichte gewone prijsonderzoek

1. het prijsonderzoek vormt een verplicht onderdeel van het regelmatigheidsonderzoek voor alle offertes bij alle overheidsopdrachten : dus ook bij leveringen en diensten en niet alleen bij werken.
2. Het doel is : in eerste instantie na te gaan of de prijs correct realistisch en normaal is, en dit zowel globaal als voor de onderscheiden posten
3. Dit onderzoek kadert in de sfeer van de eerlijke concurrentie en de gelijke behandeling van de kandidaten.
4. Dit betekent dat zowel een onderzoek naar de haalbaarheid wordt uitgevoerd, als het opsporen van afspraken tussen kandidaten en het niet correct toepassen van sociale afspraken , hiervan deel kunnen uitmaken

De procedure bij vaststelling van abnormale prijzen

Naast dit gewone prijsonderzoek, zijn er nog specifieke regels vastgelegd voor het geval de aanbesteder vaststelt dat er abnormale prijzen worden gehanteerd (prijzen die meer dan 15% afwijken van het gemiddelde worden vermoed abnormaal te zijn voor de fraudegevoelige sectoren en ook als het bestek dit voorziet, maar ook geringere afwijkingen kunnen door de aanbesteder als abnormaal aangemerkt worden)

1. als een vermoedelijk abnormale prijs wordt vastgesteld MOET de aanbesteder nu prijsverantwoording vragen terwijl dit vroeger facultatief was.
2. De ondernemer moet binnen de twaalf dagen reageren op deze vraag naar verantwoording
3. De aanbesteder beschikt hier over een ruime beoordelingsvrijheid om de verantwoording al dan niet te aanvaarden
4. Als de verantwoording niet aanvaard wordt is de offerte verplicht als substantieel onregelmatig te weren.

Slotbemerking : het onderzoek kan ook beperkt worden tot abnormale posten. Waarbij bv. als praktisch criterium de vraag kan gehanteerd worden : kan de ondernemer voor een dergelijke prijs aan deze post wel een correcte uitvoering geven .

2. PRIJS-ONDERZOEK

RVS NR. 242.707 VAN 18 OKTOBER 2018 IN DE ZAAK A. 226.274/XII-8623

Artikel 84 van de wet overheidsopdrachten 2016 luidt: “De aanbestedende overheid voert een prijzen- of kostenonderzoek uit op de ingediende offertes, overeenkomstig de door de Koning te bepalen nadere regels. De Koning kan in uitzonderingen voorzien op het prijzen- of kostenonderzoek voor de door Hem te bepalen opdrachten.

Op haar verzoek verstrekken de inschrijvers tijdens de plaatsingsprocedure alle nodige inlichtingen om dit onderzoek mogelijk te maken.”

Artikel 35 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 „plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren“ luidt: “De aanbestedende overheid onderwerpt de ingediende offertes aan een prijs- of kostenonderzoek. Daartoe kan de aanbestedende overheid, overeenkomstig artikel 84, tweede lid, van de wet, de inschrijvers verzoeken alle nodige inlichtingen te verstrekken.”

De verwerende partij beschikt bij het betrokken onderzoek als aanbestedende overheid over een aanzienlijke beoordelingsruimte om al dan niet een procedure in te zetten waarbij de aanwezigheid van abnormale prijzen nader wordt onderzocht.

Te dezen wordt in het gunningsverslag, dat integraal als bijlage is gevoegd bij de bestreden gunningsbeslissing, met betrekking tot het prijsonderzoek van de offertes vermeld:

“Prijsonderzoek

De aanbestedende overheid onderwierp de offertes aan een prijsonderzoek. De prijzen van de ingediende offertes werden nagekeken en er werden geen onregelmatigheden vastgesteld inzake de eenheidsprijzen en totale offerteprijzen.”

Op het eerste gezicht blijkt aldus uit het gunningsverslag dat een prijsonderzoek werd gevoerd overeenkomstig artikel 84 van de wet overheidsopdrachten 2016. Dit blijkt bovendien ook uit de vertrouwelijke stukken van het administratief dossier, die de Raad van State bij zijn onderzoek mag betrekken, en de daarin als stuk 8 aangebrachte vergelijkende prijzentabel, waarbij de prijzen per post van de vier ingediende offertes naast elkaar werden gelegd.

Indien, zoals te dezen, de aanbestedende overheid bij het prijs- onderzoek oordeelt dat er geen schijnbaar abnormale prijzen zijn, toont de verzoekende partij op het eerste gezicht niet aan dat de aanbestedende overheid te dezen met betrekking tot dit prijsonderzoek een ruimere motivering diende op te nemen in de bestreden gunningsbeslissing dan wel in het gunningsverslag. Gelet op die vaststelling lijkt enige bijkomende motivering dan die opgenomen in het gunningsverslag – “De prijzen van de ingediende offertes werden nagekeken en er werden geen onregelmatigheden vastgesteld inzake de eenheidsprijzen en totale offerteprijzen” –, alvast niet vereist.

Het lijkt dan ook niet dat de formelemotiveringsplicht die de verzoekende partij afleidt uit de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 „betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen“ werd geschonden doordat de bestreden beslissing te dezen over het prijsonderzoek geen andere informatie bevat dan wat in het gunningsverslag wordt vermeld.

De vraag die hier voorts dan lijkt te rijzen, is of het gevoerde onderzoek deugdelijk is en de verwerende partij mocht oordelen dat de prijzen niet abnormaal zijn.

Daarbij dient in de eerste plaats te worden herhaald dat de aanbestedende overheid, zeker bij een onderhandelingsprocedure, over een aanzienlijke beoordelingsruimte beschikt inzake de beoordeling van abnormale prijzen.

Uit de gegevens van de zaak blijkt dat het prijsverschil tussen de offerte van de verzoekende partij en die van de gekozen inschrijver 29 % bedraagt. Uit de vertrouwelijke stukken van het administratief dossier, die de Raad van State bij zijn onderzoek mag betrekken, blijkt dat op onbekende datum een raming werd opgesteld. Op het eerste gezicht valt daarbij onmiddellijk op dat alle ingediende prijzen van de verschillende offertes beduidend lager liggen dan de raming, zodat de referentiewaarde van de raming te dezen beperkt lijkt. De verwerende partij verwijst overigens noch in de gunningsbeslissing noch in de huidige procedure in haar nota naar de raming in het kader van het gevoerde prijsonderzoek. Voorts blijkt uit de vergelijkende prijstabel, het als vertrouwelijk neergelegd stuk 8, dat slechts voor vier van de twintig posten in de inventaris de prijs van de offerte van de gekozen inschrijver enigszins afwijkend is van de drie andere ingediende offertes

BESLUIT : uit de motivatie van de gunningbeslissing blijkt

- 1. dat er een prijsonderzoek is gebeurd**
- 2. en gelet op de ruime beoordelingsvrijheid van de aanbesteder, welke hier nogmaals bevestig wordt, blijkt ze ook deugdelijk te zijn**

3 BEGRIPPEN PRIJS-ONDERZOEK ABNORMALE PRIJS EN ONAANVAARBARE PRIJS

RVS ARREST NR. 242.833 VAN 30 OKTOBER 2018 IN DE ZAAK A. 226.361/XII-8626

Uit de bestreden gunningsbeslissing van 21 september 2018 blijkt duidelijk dat de offerte van de verzoekende partij “onregelmatig [wordt] bevonden omdat de totale offerteprijs van de inschrijver onaanvaardbaar is. De totaalprijs ligt namelijk 35 % boven het beschikbare budget”.

Tevens wordt in deze beslissing verwezen naar de beoordeling van “de enige geselecteerde en regelmatige offerte” en gesteld dat de opdracht wordt gegund “aan de enige, regelmatige inschrijver”. Ook uit deze bewoordingen lijkt a contrario te moeten worden afgeleid dat de offertes van de overige twee inschrijvers, waaronder dus ook de offerte van de verzoekende partij, onregelmatig werden bevonden.

In het verslag van nazicht, waar de bestreden gunningsbeslissing naar verwijst, wordt de offerte van de verzoekende partij in het kader van het “Algemeen regelmatigheidsonderzoek” als “in orde” bevonden “wat de regelmatigheid van de offertes betreft”.

Daarentegen wordt onder het daaropvolgende kopje “Prijsonderzoek” vastgesteld:

“De aanbestedende overheid onderwierp de offertes aan een prijsonderzoek. De aanbestedende overheid is van oordeel dat de totale offerteprijs van inschrijver onaanvaardbaar is en beslist deze offerte niet verder te beoordelen.

De totaalprijs ligt 35% boven het beschikbaar budget en daarom kan de aanbestedende overheid deze prijs niet aanvaarden.

Overeenkomstig artikel 83 van de wet overheidsopdrachten 2016 en het in het middel geschonden geachte artikel 76 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 gaat de aanbestedende overheid na of de offertes regelmatig zijn.

Overeenkomstig artikel 35 van hetzelfde besluit onderwerpt de aanbestedende overheid de ingediende offertes aan een prijs- of kostenonderzoek.

Dat de verwerende partij te dezen beoogde toepassing te maken van de voormelde wettelijke en reglementaire bepalingen blijkt uit de aanhef van de bestreden beslissing, waarin onder meer naar deze bepalingen als “juridische grond” voor de bestreden beslissing wordt verwezen.

Ook uit het verslag van nazicht blijkt dat de verwerende partij het door haar uitgevoerde “aanvaardbaarheidsonderzoek” zelf situeert in het kader van een prijsonderzoek.

Doch, anders dan de verwerende partij dit ziet, lijkt een “onaanvaardbare prijs”, op zichzelf en zonder nader onderzoek met prijsbevraging, evenwel geen rechtsgeldig motief te kunnen zijn om in het kader van het prijsonderzoek tot

onregelmatigheid van de offerte van de verzoekende partij te mogen besluiten en deze te weren.

In de mate dat de verwerende partij het zogenoemd onaanvaardbaar karakter van de totale offerteprijs afleidt uit een overschrijding van het beschikbare budget valt overigens op te merken dat dit budget nergens in de opdrachtdocumenten lijkt te zijn vermeld noch lijkt het dat dit kon worden geraadpleegd en de inschrijvers aldus hiervan kennis hadden of konden hebben bij de indiening van hun offertes.

Op het eerste gezicht voorzien de hiervoor vermelde wettelijke en reglementaire bepalingen inzake het prijsonderzoek bovendien nergens in de mogelijkheid van een zogenoemd “aanvaardbaarheidsonderzoek” in het kader van het prijsonderzoek. Dit laatste lijkt dus doorgang te hebben gevonden op een wijze die niet in te passen is in de regels inzake het prijsonderzoek, minstens is het gebeurd met schending van de zorgvuldigheidsplicht.

Het voormelde artikel 35 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, waar de bestreden beslissing naar verwijst, betreft voorts slechts het algemeen prijs- of kostenonderzoek dat dient te worden onderscheiden van een eventueel navolgende formele onderzoeksprocedure naar abnormale prijzen of kosten, zoals vervat in artikel 36 van het voormelde besluit.

Het laatstgenoemde artikel bepaalt dat, indien uit het prijs- of kostenonderzoek overeenkomstig artikel 35, blijkt dat er prijzen of kosten worden aangeboden die abnormaal laag of hoog lijken – beslissing die de aanbestedende overheid dus op de eerste plaats moet nemen - zij een bevraging van deze prijzen of kosten dient uit te voeren.

In het kader van het prijsonderzoek lijkt de offerte van een inschrijver dan ook niet onregelmatig te mogen worden bevonden en te worden geweerd wegens een abnormale prijs, ook al is het zo dat deze prijs te dezen als “onaanvaardbaar” wordt bestempeld, zonder dat die inschrijver over die prijs voorafgaand is bevraagd.

Het voormelde prijsonderzoek lijkt ook te moeten worden onderscheiden van het geval waarbij aan een gunningsprocedure geen gevolg wordt gegeven omdat slechts “onaanvaardbare” prijzen worden ingediend.

Het begrip “onaanvaardbare offertes” lijkt door de wetgever immers uitsluitend te worden gehanteerd in artikel 38, § 1, 2°, van de wet overheidsopdrachten 2016 overeenkomstig welke bepaling een aanbestedende overheid gebruik kan maken van een mededigingsprocedure met onderhandeling met betrekking tot werken, leveringen of diensten waarvoor, naar aanleiding van een openbare of niet-openbare procedure, enkel onregelmatige of “onaanvaardbare” offertes werden ingediend.

In de bestreden beslissing lijkt de verwerende partij dan ook ten onrechte het begrip “onaanvaardbare prijs” te hebben binnengebracht in het prijsonderzoek.

In de mate dat de verwerende partij nog betoogt dat geen enkele zorgvuldige overheid een opdracht kan gunnen aan een inschrijver waarvan het offertebedrag boven het beschikbare budget ligt, lijkt zij zelf voorbij te gaan aan artikel 85 van de wet overheidsopdrachten 2016, overeenkomstig welke bepaling het volgen van een procedure geen verplichting inhoudt voor de aanbestedende overheid tot het gunnen of het sluiten van de opdracht.

Het feit dat er te dezen geen mogelijkheid zou zijn om te besluiten tot stopzetting van de procedure en tot gunning via een mededingingsprocedure met onderhandeling met toepassing van artikel 38, § 1, 2° van de wet overheidsopdrachten 2016, zoals de verwerende partij betoogt, omdat er hier ook een offerte met een aanvaardbare prijs zou zijn ingediend, lijkt prima facie geen afbreuk te doen aan de algemene mogelijkheid tot stopzetting van de procedure en het aangaan van een andere dan de voormelde onderhandelingsprocedure. Evenzeer zou de aanbestedende overheid de bestreden beslissing kunnen intrekken en de procedure deels kunnen overdoen, waarbij ditmaal de verzoekende partij wordt bevraagd over haar prijzen. Aldus lijken ook de excepties te moeten worden verworpen aangezien het niet vast staat dat de opdracht op geen enkele wijze nog ooit aan de verzoekende partij zou kunnen worden gegund.

Besluit

Het enig middel is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden ingewilligd.

4. HET TOEZICHT-RAPPORT OVERHEIDSOPDRACHTEN 2018 EN DE ABNORMALE PRIJZEN

We besluiten dit thema met de vaststellingen van het **toezicht-rapport 2018** op blz. 23-24 :

“Prijzenonderzoek – abnormale prijs

Een groot aantal aanbesteders beschikt niet over een databank of tool om een abnormale prijs vast te stellen.

En zelfs als de aanbesteder een abnormale prijs vaststelt, kan hij de relevantie van de hem gestuurde bewijsstukken niet altijd juist beoordelen en kan hij dus niet naar behoren motiveren waarom hij de verantwoording van vermoedelijk abnormale prijzen aanvaardt of weigert. Dit blijkt ook uit de overvloedige (en soms heterogene) rechtspraak van de Belgische Raad van State.

Aanbesteders die niet over gespecialiseerde diensten beschikken, ondervinden met andere woorden problemen door de motiveringsverplichtingen in verband met het aanvaarden of afwijzen van een verantwoording.

Op dit vlak kunnen Europese initiatieven worden genomen: de indicatieve lijst van aanvaardbare verantwoordingen aanvullen, een databank opmaken van de voornaamste courante prijzen, een interpretatieve mededeling publiceren enz. “

5. SLOT-BEMERKING : HOE KAN EEN PRIJS VERANTWOORD WORDEN ?

Hoe de inschrijver zijn prijs verantwoordt, moet verband houden met een van de elementen die in artikel 36, § 2 van het KB plaatsing van 18 april 2017 staan.

Deze elementen zijn:

- de doelmatigheid van het bouwproces, van het productieproces van de producten of van de dienstverlening
- de gekozen technische oplossingen of de uitzonderlijk gunstige omstandigheden waarvan de inschrijver kan profiteren bij de uitvoering van de werken
- de originaliteit van de door de inschrijver aangeboden werken
- de naleving van alle verplichtingen op het vlak van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht
- de eventuele ontvangst van rechtmatig toegekende overheidssteun door de inschrijver

Inschrijvers moeten er zich van bewust zijn dat een prijsverantwoording vragen geen formaliteit is, maar kan leiden tot het weren van hun offerte. De motivatie die de inschrijver geeft, mag daarom niet beperkt blijven tot vaagheden of algemeenheden. Alleen naar de prijzen van een onderaannemer verwijzen, vermeerderd met een winstmarge, volstaat niet als prijsverantwoording.

Als de motivatie van de inschrijver onvoldoende is, kan u ook zelf een prijsverantwoording geven. Dit kan op basis van uw eigen kennis of op basis van informatie die niet van de inschrijver komt. In dit geval moet u deze prijsverantwoording voorleggen aan de betrokken inschrijver. Zo heeft hij de kans om hierop te reageren.

Abnormale prijzen door het niet naleven van milieu-, sociaal- en arbeidsrecht

Wanneer u een inschrijver om een prijsverantwoording vraagt, moet u hem ook vragen aan te tonen dat hij alle verplichtingen op het vlak van milieu-, sociaal- en arbeidsrecht naleeft.

U controleert o.a. of de inschrijver:

- zijn loonkosten correct berekent
- zijn sociale bijdragen correct betaalt
- zijn werknemers correct huisvest
- de arbeidstijd en wekelijkse rusttijd van werknemers respecteert

Als u vaststelt dat de abnormale prijzen van de inschrijver het gevolg zijn van het niet naleven van vermelde verplichtingen, bent u verplicht de offerte te weren.