

**RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK**

**VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER**

**A R R E S T**

**nr. 234.323 van 7 april 2016  
in de zaak A. 218.736/XII-8112**

In zake: de BVBA R.T.S. INFRA  
bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaat Jo Goethals  
kantoor houdend te 8800 Roeselare  
Kwadestraat 151 B/41  
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD NIEUWPOORT  
bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaat Katia Bouve  
kantoor houdend te 8420 De Haan  
Mezenlaan 9  
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partijen:

1. de BVBA DANIEL SERU EN ZONEN  
2. de BVBA AANNEMINGEN VANLERBERGHE  
samen vormend een tijdelijke handelsvennootschap  
bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaat Gitte Laenen  
kantoor houdend te 2800 Mechelen  
Antwerpsesteenweg 16-18  
bij wie woonplaats wordt gekozen

---

*I. Voorwerp van de vordering*

1. De vordering, ingesteld op 15 maart 2016, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van het College van Burgemeester en Schepenen van de Stad Nieuwpoort van 23 februari 2016 houdende de ‘gunning’ van de overheidsopdracht ‘Vernieuwen

van de Franslaan tussen de Albert I laan en de Vlaanderenstraat (excl. Zone Sint Bernardusplein), miv de riolering' aan de THV Seru - Vanlerberghe voor € 4.048.828,58”.

## *II. Verloop van de rechtspleging*

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 25 maart 2016 hebben de bvba Daniël Seru en Zonen en de bvba Aannemingen Vanlerberghe, samen vormend een tijdelijke handelsvennootschap, een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 5 april 2016, om 10.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Jo Goethals, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Nick De Wint, die *loco* advocaat Katia Bouve verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Yasmine D’hanis, die *loco* advocaat Gitte Laenen verschijnt voor de tussenkomende partijen, zijn gehoord.

Adjunct-auditeur Thomas Maes, daartoe gemachtigd bij beslissing van 21 oktober 2015 van de adjunct-auditeur-generaal, 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 stad Nieuwpoort schrijft een overheidsopdracht voor werken uit voor het “vernieuwen van de Franslaan tussen de Albert I-laan en de Vlaanderenstraat (excl. zone Sint-Bernardusplein), miv de riolering”. De opdracht

wordt geraamd op 5.784.171,87 euro, btw inbegrepen. De gekozen gunningswijze is de open aanbesteding. De opdracht wordt aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen van 29 oktober 2015.

3.2. Op 11 december 2015 worden de offertes geopend. Zes inschrijvers blijken een offerte te hebben ingediend aan volgende bedragen, btw inbegrepen:

|                            |                    |
|----------------------------|--------------------|
| de thv Seru – Vanlerberghe | 4.048.828,58 euro, |
| de bvba RTS Infra          | 4.697.106,95 euro, |
| de nv Verhelst Aannemingen | 4.786.784,76 euro, |
| de nv Stadsbader           | 4.830.173,33 euro, |
| de nv Aswebo               | 4.842.025,32 euro, |
| de nv Aannemingen Penninck | 4.892.166,75 euro. |

Bij de offerte van de bvba RTS Infra – de verzoekende partij – wordt opgemerkt dat er een korting wordt gegeven van drie procent.

3.3. Het door de verwerende partij aangestelde studiebureau stelt op 18 december 2015 een gunningsverslag op.

Alle inschrijvers worden geselecteerd. Geen enkele offerte wordt onregelmatig bevonden. Vervolgens worden de rekenfouten verbeterd en wat de offerte van de verzoekende partij betreft, wordt de aangeboden korting van drie procent toegepast. Na rekenkundig nazicht worden de offertes opnieuw gerangschikt. De verzoekende partijen tot tussenkomst hebben met een bedrag van 4.048.828,58 euro, btw niet inbegrepen, nog steeds de laagste offerte. De offerte van de verzoekende partij is de tweede laagste met een bedrag van 4.559.193,90 euro, btw niet inbegrepen.

Vervolgens wordt een “financiële controle van de laagste offerte” uitgevoerd, dit is het abnormale prijzenonderzoek. Wat de totale offerteprijzen betreft, wordt het gemiddelde van de totaalprijzen berekend, rekening houdend met de offerteprijs van de bvba RTS Infra met korting. Er wordt besloten dat de laagste offerte, deze van de verzoekende partijen tot tussenkomst, minder dan 15 % onder het berekende gemiddelde ligt, meer bepaald 14,84 %, en

dat het dus niet noodzakelijk is om een prijsverantwoording te vragen wat het totale inschrijvingsbedrag betreft.

Wat het onderzoek naar abnormale eenheidsprijzen betreft, wordt vastgesteld dat in de offerte van de verzoekende partij de posten 264 en 376 abnormaal laag lijken en de posten 216 en 290 abnormaal hoog. Wat de offerte van de verzoekende partijen tot tussenkomst betreft, wordt vastgesteld dat de eenheidsprijzen van de posten 132, 216, 290, 342, 344, 346 en 359 abnormaal laag lijken en dat er geen abnormaal hoge eenheidsprijzen in deze offerte lijken.

Ook bij de overige inschrijvers worden diverse posten als abnormaal hoog dan wel laag aangewezen.

Vervolgens wordt er in het gunningsverslag tot het volgende besluit gekomen:

#### “5.3. Besluit

Gezien de laagste inschrijving minder dan 15% afwijkt van de gemiddelde inschrijvingsprijs moet er geen prijsverantwoording gevraagd worden voor de totale inschrijvingsprijs.

Echter vertonen enkele ingeschreven eenheidsprijzen, zijnde posten 132, 216, 290, 342, 344, 346 en 359, een abnormale afwijking t.o.v. de gemiddelde inschrijvingsprijs. Voor deze posten adviseert het studie bureau om een prijsverantwoording aan te vragen.

Echter is het aan het opdrachtgevend bestuur om te beslissen of men voor bovenvermelde posten een prijsverantwoording zal vragen.

Indien er geen prijsverantwoording zou gevraagd worden dan kunnen de werken gegund worden aan de voordeligste laagste regelmatige inschrijver THV Seru – Vanlerberghe BVBA [...] voor een bedrag van € 4 048 828,58 excl. btw.”

3.4. Op 12 januari 2016 gunt het college van burgemeester en schepenen van de stad Nieuwpoort de opdracht aan de verzoekende partijen tot tussenkomst.

3.5. De bvba R.T.S. Infra stelt op 29 januari 2016 een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in tegen de tenuitvoerlegging van de beslissing van 12 januari 2016.

Met het arrest nr. 233.862 van 18 februari 2016 schorst de Raad van State de gunningsbeslissing van 12 januari 2016 in haar tenuitvoerlegging.

3.6. Op 23 februari 2016 beslist het college van burgemeester en schepenen van de stad Nieuwpoort om de gunningsbeslissing van 12 januari 2016 in te trekken.

Eveneens op 23 februari 2016 neemt het college een nieuwe gunningsbeslissing. Deze bevat in tegenstelling tot de eerste gunningsbeslissing een uitgebreide opgave van de redenen waarom de verwerende partij meent dat de betrokken posten in de offerte van de verzoekende partijen tot tussenkomst geen aanleiding geven tot het voeren van een abnormale prijzenonderzoek en het vragen van een prijsverantwoording. De opdracht wordt vervolgens opnieuw gegund aan de verzoekende partijen tot tussenkomst. Dit is de thans bestreden beslissing. Hierbij wordt onder meer als volgt overwogen:

“Overwegende dat het studiebureau meedeelt dat de laagste totaalprijs van de THV Seru-Vanlerberghe minder dan 15% onder het gemiddelde ligt volgens art. 99§2 van het KB 15-07-2011; dat de totaalprijs bijgevolg geen abnormale afwijking t.o.v. het gemiddelde toont; dat het derhalve niet noodzakelijk is om een prijsverantwoording te vragen;

Overwegende dat de handels- en berekeningswijze van het studiebureau, wat betreft het nazicht artikel 99§2 van het KB 15-07-2011, uitdrukkelijk werd bevestigd door de Auditeur in zijn mondeling advies bij de behandeling van de zaak gekend onder het rolnr. 233.862 houdende het verzoek tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid ingeleid door RTS Infra BVBA tegen de eerste (thans ingetrokken) gunningsbeslissing dd. 12 januari 2016;

Overwegende dat het studiebureau opmerkt dat de laagste inschrijving van de THV Seru-Vanlerberghe BVBA posten omvat met een schijnbaar abnormaal laag karakter, zijnde de posten 132, 216, 290, 342, 344, 346 en 359; dat het studiebureau adviseert om een prijsverantwoording voor deze posten te vragen;

Overwegende dat een opdrachtgevend bestuur over een ruime discretionaire bevoegdheid beschikt om al dan niet een prijsverantwoording te vragen en dat enkel wanneer zij overweegt de inschrijver te weren, er een verplichting is om een dergelijke verantwoording te vragen;

Overwegende dat het opdrachtgevend bestuur op grond van artikel 21 §1 van het KB 15-07-2011 wel de verplichting heeft tot het voeren van het prijsonderzoek;

Overwegende dat het onderzoek naar abnormale (eenheids-)prijzen in offertes ingediend in het kader van een gunningsprocedure voor een overheidsopdracht, ertoe strekt ‘fantasieprijzen te weren, die, in feite het normale spel van de mededinging zouden vervalsen, een schadelijke invloed zouden hebben op de uitvoering van de aanneming of het zouden mogelijk maken met misbruik te speculeren’ (D’hooghe, D. (ed.), De gunning van overheidsopdrachten, in Administratieve Rechtsbibliotheek, Brugge, Die Keure, 2009, 791);

Overwegende dat het opdrachtgevend bestuur in functie hiervan, en in het kader van de zorgvuldigheidsplicht, is overgegaan tot eigen bijkomend onderzoek naar de vermeende abnormaliteit van bepaalde eenheidsprijzen in de offertes van alle inschrijvers en naar de impact op het totaal bedrag van de offertes, dit alles in toepassing van artikel 21 §1 van het KB 15-07-2011;

Het opdrachtgevend bestuur komt hierbij tot de volgende vaststelling en overwegingen:

A. Geen doorslaggevende invloed op de rangschikking - geen mededinging verstorend of vervalsend karakter

1. De door het studie bureau geïdentificeerde posten, met schijnbaar abnormale prijzen, hebben geen invloed op de rangschikking:

| Inschrijver             | Totaal zonder rekening te houden met ‘afwijkende’ posten laagste inschrijver |
|-------------------------|------------------------------------------------------------------------------|
| THV Seru - Vanlerberghe | 3.981.745,28                                                                 |
| RTS Infra BVBA          | 4.283.739,12                                                                 |
| Verhelst Aannemingen Nv | 4.540.463,05                                                                 |
| Nv Stadsbader           | 4.575.231,08                                                                 |
| Nv Aswebo               | 4.670.860,32                                                                 |
| Nv Aannemingen Penninck | 4.727.345,50                                                                 |

2. Ook de vergelijking van de offertes met invulling van gemiddelde prijzen in de offerte van de THV Seru-Vanlerberghe voor de posten met schijnbaar abnormale prijzen toont geen invloed op de rangschikking:

| Inschrijver             | Bedrag       |
|-------------------------|--------------|
| THV Seru - Vanlerberghe | 4.048.828,58 |
| RTS Infra BVBA          | 4.350.822,42 |
| Verhelst Aannemingen Nv | 4.607.546,35 |
| Nv Stadsbader           | 4.642.314,38 |
| Nv Aswebo               | 4.737.943,62 |
| Nv Aannemingen Penninck | 4.794.428,80 |

M.a.w. stelt het opdrachtgevend bestuur vast dat de prijszetting door de THV Seru-Vanlerberghe voor de geïdentificeerde posten niet van aard was om de mededinging te verstoren of vervalsen, aangezien zij sowieso geen impact heeft op de rangschikking van de offertes.

B. Beperkte impact ten aanzien van het geheel – beperktere impact ten opzichte van de andere inschrijvers – Geen risico op fantasieprijzen, niet-conforme/niet-kwalitatieve uitvoering in het licht van de totaalprijs

1. Uit verdere prijsanalyse wordt vastgesteld dat het aandeel van posten met schijnbaar abnormale prijzen voor de laagste regelmatige inschrijver minimaal is (procentuele verhouding van de totale schijnbaar abnormale lage en hoge prijzen t.o.v. hun inschrijvingsprijs van de inschrijvers):

|   | Inschrijver             | % schijnbaar lage prijzen | % schijnbaar hoge prijzen | totaal % schijnbaar abnormale prijzen |
|---|-------------------------|---------------------------|---------------------------|---------------------------------------|
| 1 | THV Seru - Vanlerberghe | 1,6569%                   | 0,0000%                   | 1,6569%                               |
| 2 | RTS Infra BVBA          | 0,8265%                   | 2,6674%                   | 3,4940%                               |
| 3 | Verhelst Aannemingen Nv | 0,0000%                   | 9,9199%                   | 9,9199%                               |
| 4 | Nv Stadsbader           | 0,3120%                   | 3,1632%                   | 3,4753%                               |
| 5 | Nv Aswebo               | 1,1173%                   | 2,2347%                   | 3,3520%                               |
| 6 | Nv Aannemingen Penninck | 0,2530%                   | 7,2524%                   | 7,5053%                               |

2. Dit geldt eveneens voor de procentuele verhouding van de totale schijnbaar abnormaal lage en hoge prijzen ten opzichte van ‘gemiddelde-15% grens’ van de inschrijvers:

|   | Inschrijver             | % schijnbaar lage prijzen | % schijnbaar hoge prijzen | totaal % schijnbaar abnormale prijzen |
|---|-------------------------|---------------------------|---------------------------|---------------------------------------|
| 1 | THV Seru - Vanlerberghe | 1,6599%                   | 0,0000%                   | 1,6599%                               |
| 2 | RTS Infra BVBA          | 0,9324%                   | 3,0092%                   | 3,9416%                               |
| 3 | Verhelst Aannemingen Nv | 0,0000%                   | 11,7496%                  | 11,7496%                              |
| 4 | Nv Stadsbader           | 0,3729%                   | 3,7807%                   | 4,1536%                               |
| 5 | Nv Aswebo               | 1,3386%                   | 2,6774%                   | 4,0160%                               |
| 6 | Nv Aannemingen Penninck | 0,3062%                   | 8,7791%                   | 9,0853%                               |

3. De impactberekening van de schijnbaar lage en hoge posten ten opzichte van het offertebedrag van de inschrijver geeft eveneens een uiterst beperkt aandeel aan:

Impact berekening schijnbaar lage prijzen

[uit de bijgevoegde tabel blijkt dat de zeven ‘schijnbaar lage posten’ in de offerte van de gekozen inschrijver elk minder dan 0,50% van zijn offertebedrag bedragen].

Uit voorgaande berekeningen en vergelijkingen blijkt dat:

- De procentuele verhouding van de prima facie abnormale eenheidsprijzen bij de THV Seru-Vanlerberghe t.o.v. de totaalprijs uiterst beperkt is; en dat
- De procentuele verhouding van de prima facie abnormale eenheidsprijzen bij de THV Seru-Vanlerberghe sowieso lager ligt

dan bij elk van de andere inschrijvers en dit zowel t.o.v. de eigen offerte als t.o.v. de gemiddelde offerteprijs.

Aldus is het niet noodzakelijk om een verdere prijsverantwoording op te vragen.

Het opdrachtgevend bestuur verwijst hierbij ter ondersteuning naar het Arrest nr. 222.986 van 26 maart 2013 van de Raad van State, waarin een identieke handelswijze in haar rechtsgeldigheid werd bevestigd, met name:

- Een aanbestedende overheid die in het kader van een prijsonderzoek voorgaande drie bewerkingen had uitgevoerd;
- Die aansluitend heeft vastgesteld dat de prima facie abnormale prijzen van de offerte van de eerst gerangschikte inschrijver gunstiger lagen dan die van de tweede gerangschikte (procentuele verhouding lager zowel t.o.v. de eigen offerte als t.o.v. het gemiddelde) en dat de impact van de individueel prima facie abnormale prijzen minder groot was dan bij de tweede inschrijver, en
- Die op grond daarvan besloot dat er geen noodzaak was tot het vragen van (verdere) verantwoording.

Bovendien blijkt uit de laatste tabel dat de geïndiceerde eenheidsprijzen in de offerte van de THV Seru-Vanlerberghe slechts een fractie uitmaken van de totaalprijs (afgerond 1,66%), waarbij de individuele posten telkens minder dan 0,5% uitmaken van de totaalprijs.

Het gering belang van de posten t.o.v. het totaal geeft mee aan dat de conforme en kwaliteitsvolle uitvoering van de opdracht niet in het gedrang komt en een verder onderzoek, ondermeer, onder de vorm van prijsverantwoording cf. artikel 21 §3 KB 15-07-2011 niet noodzakelijk is. Het gering belang van de posten maakt ook dat zij niet van aard zijn om aanleiding te geven tot speculatie door de inschrijver, noch tot prefinanciering van de werken door het opdrachtgevend bestuur.

Ook hier kan het opdrachtgevend bestuur ter ondersteuning van haar beoordeling verwijzen naar de rechtspraak van de Raad van State, o.m. het Arrest nr. 218.210 van 27 februari 2012.

#### C. Aard van de posten

Tot slot stelt het opdrachtgevend bestuur vast dat uit een vergelijking van de door het studiebureau geïdentificeerde posten voor alle inschrijvers blijkt dat de bij de THV Seru-Vanlerberghe weergehouden posten, posten zijn waarvan de prijszetting sowieso in sterke mate uiteenloopt. Zo kan op basis van het gunningsverslag worden vastgesteld dat minstens de posten 216, 290, 342, 346 en 359 (of m.a.w. 5 van de 7 posten) posten zijn die bij andere inschrijvers als vermoedelijk abnormaal hoog worden aangemerkt. 3 van de 7 posten (m.n. diezelfde posten 216 en 290, alsook post 322) zijn posten die ook bij bepaalde andere inschrijvers als laag worden geïdentificeerd. De bij de THV Seru-Vanlerberghe weergehouden posten blijken m.a.w. uit hun aard onderhevig te zijn aan de eigen (risico-)inschatting door de inschrijver, en aanleiding te geven tot grote(re) verschillen.

Besluit:

Uit de vergelijking van bovenstaande punten blijkt dat de laagste inschrijver geen abnormale totaalprijs heeft ingediend. Bovendien blijkt dat de vermeende abnormale posten geen invloed hebben op de rangschikking. Hieruit blijkt eveneens dat de laagste inschrijver gunstig en regelmatig is, nl. de procentuele verhouding van de totale schijnbare abnormale prijzen ligt aanzienlijk lager dan de overige inschrijvers en is minimaal.

Mede is de impact van de individuele lage prijzen op de totale inschrijving beperkt, en maakt maar een fractie uit van de totaalprijs.

Overwegende dat het opdrachtgevend bestuur tot de bevinding komt, en dit op basis van de reeds door de laagste inschrijver uitgevoerde werken voor het bestuur en de lijst van uitgevoerde werken toegevoegd aan de ingediende offerte, dat de laagste, regelmatige inschrijver voldoende referenties en ervaring heeft om de werken correct en kwalitatief uit te voeren;

Overwegende dat het opdrachtgevend bestuur, rekening houdend met bovenvermelde vaststellingen, een prijsverantwoording volgens artikel 21§3 van het KB 15-07-2011 niet nodig acht, nu de door het studie bureau aangegeven posten geen risico inhouden om het normale spel van de mededinging te vervalsen, om een schadelijke invloed te hebben op de uitvoering van de aanneming en/of om het mogelijk te maken met misbruik te speculeren.”

3.7. Met aangetekende brieven van 29 februari 2016 brengt de verwerende partij de verzoekende partij op de hoogte van de intrekkingbeslissing en de nieuwe gunningsbeslissing. Geen van de beide beslissingen blijkt echter te zijn bijgevoegd. Met een e-mailbericht van 9 maart 2016 vraagt de verzoekende partij om de twee beslissingen van 23 februari 2016 te mogen ontvangen. Deze worden haar bezorgd met een e-mailbericht van 10 maart 2016.

#### *IV. Tussenkomst*

4. De bvba Daniel Seru en Zonen en de bvba Aannemingen Vanlerberghe, samen vormend een tijdelijke handelsvennootschap, blijken voordeel te halen uit de bestreden beslissing en hebben er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet hun verzoek tot tussenkomst worden ingewilligd.

## V. Schorsingsvoorwaarden

5.1. 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.

5.2. 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 beslissing 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 beslissing kunnen verantwoorden.

## *VI. Onderzoek van de middelen*

### *A. Eerste middel*

#### *Uiteenzetting van het middel*

6. De verzoekende partij voert de schending aan van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, van artikel 11 van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ samen genomen met het *patere legem quam ipse fecisti*-beginsel en van het zorgvuldigheidsbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur.

De verzoekende partij laakt in essentie het feit dat, hoewel de bestreden beslissing werd genomen op 23 februari 2016, er pas op 29 februari 2016 wordt meegedeeld dat er een nieuwe gunningsbeslissing werd genomen en de beslissing zelf haar pas op 10 maart 2016 werd meegedeeld.

De motieven van de beslissing werden aldus eerst tien dagen na de kennisgeving en het startmoment van de beroepstermijn aan de verzoekende partij bezorgd. Aldus werd haar niet de wettelijk gegarandeerde beroepstermijn van 15 dagen toegekend. Zij stelt hierdoor in haar belangen te zijn geschaad: het opstellen van een kwalitatief verzoekschrift vereist grondig studiewerk, waarvoor de termijn van 15 dagen al het minimum is.

#### *Beoordeling*

7. Het middel betreft op het eerste gezicht een gebrek in het verloop van de kennisgeving, wat op het eerste gezicht niet raakt aan de eigenlijke wettigheid van de bestreden beslissing. Een gebrek in de kennisgeving tast de wettigheid van de gunningsbeslissing immers niet aan. Minstens overtuigt de verzoekende partij de Raad niet van het tegendeel met de in een procedure tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid vereiste mate van ernst.

Voorts kan nog worden gewezen op het feit dat de termijn van 15 dagen om een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in te stellen tegen een gunningsbeslissing pas een aanvang lijkt te nemen bij de kennisgeving van de gunningsbeslissing en haar motieven zelf, en niet met de loutere mededeling vanwege het bestuur dat er een beslissing werd genomen. Overigens toont de verzoekende partij ter terechtzitting niet aan welke inhoudelijke argumenten zij bijkomend, naast deze die uitvoerig in haar tweede middel zijn ontwikkeld, nog zou hebben bijgebracht.

Het middel is niet ernstig.

#### *B. Tweede middel*

##### *Uiteenzetting van het middel*

8. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 24 van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’, van artikel 29 *juncto* artikel 4, 8°, van de voormelde wet van 17 juni 2013, van artikel 21, § 3, en artikel 95 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’(hierna: koninklijk besluit Plaatsing), van de artikelen 2 en 3 van de voormelde wet van 29 juli 1991 en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, namelijk de zorgvuldigheidsplicht, het gelijkheidsbeginsel, het *patere legem quam ipse fecisti*-beginsel alsook het materiële motiveringsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel.

De verwerende partij heeft de opdracht opnieuw aan de tussenkomende partijen gegund zonder de abnormaliteit van de prijzen, standpunt van het studiebureau, tegen te spreken of te weerleggen. “*Grosso modo*”, zo doet de verzoekende partij gelden, “volstaat de verwerende partij zich met het minimaliseren van het aandeel van de kwestieuze schijnbaar abnormale prijzen”, spijts de overwegingen van het arrest nr. 233.862 van 18 februari 2016 waarbij de eerste gunningsbeslissing werd geschorst.

De verzoekende partij ontwikkelt vervolgens een reeks kritieken op de bestreden beslissing.

Tegenover de stelling dat er spijs de schijnbaar abnormale prijzen in een bepaalde offerte kan worden gegund aan de inschrijver van die offerte, omdat het aandeel van deze prijzen gering zou zijn en de rangschikking niet zou verstoren, doet de verzoekende partij gelden dat de verwerende partij zich hierbij baseert op achterhaalde rechtspraak en regelgeving, aangezien op huidige opdracht de voormelde wet van 15 juni 2006 en het koninklijk besluit Plaatsing van toepassing zijn. Uit deze nieuwe wet- en regelgeving volgt dat niet over abnormale prijzen kan worden heengestapt, ook niet wanneer zij slechts een miniem aandeel hebben in de totaalprijs. Er mag niet worden gegund aan een offerte met abnormale eenheidsprijzen, hoe beperkt die ook zijn.

Wat de redenering van de verwerende partij in de bestreden beslissing betreft inzake het aandeel in het geheel en de andere inschrijvers – zo lijkt deel B. van de bestreden beslissing – doet de verzoekende partij gelden dat het studiebureau een duidelijke en objectieve werkwijze heeft ontwikkeld om abnormaal lage prijzen te bepalen. De verwerende partij legt in de bestreden beslissing echter niet uit waarom de werkwijze van de ontwerper onjuist zou zijn. De herberekening die de verwerende partij in de bestreden beslissing uitvoert onder B. heeft, zo stelt de verzoekende partij, niets te maken met het weerleggen van de abnormaliteit van de betrokken prijzen, maar alles met het marginaliseren van het aandeel van de abnormale prijzen. Een abnormale prijs met een gering aandeel is volgens de huidige wetgeving daarom echter niet minder abnormaal en onregelmatig.

Wanneer de verwerende partij ten slotte meent dat er geen prijsverantwoording moet worden gevraagd omdat de posten uit hun aard onderhevig zouden zijn aan de eigen risico-inschatting van de inschrijver en dus aanleiding geven tot grotere prijsverschillen – zo lijkt punt C. van de bestreden beslissing – bevestigt zij, aldus de verzoekende partij, dat het om fantasieprijzen gaat. Bij het abnormale prijzenonderzoek gaat het er volgens de verzoekende partij om te achterhalen in hoeverre de inschrijving afwijkt van de normale marktprijs; de verwerende partij gaat niet na welke de normale marktprijs is en bovendien is er

te dezen een raming gebeurd, die echter niet als toetssteen wordt gebruikt, wat kennelijk onredelijk is. De verwerende partij kan niet, zonder grondig onderzoek van de samenstelling van de prijs, posten die schijnbaar abnormaal laag zijn, goedpraten door erop te wijzen dat voor dezelfde posten door andere inschrijvers abnormaal hoge prijzen worden geboden. De verwerende partij laat na een daadwerkelijk prijsonderzoek te doen om de abnormaal hoge prijzen te verklaren. Door in de “schijn” te blijven en te weigeren verantwoording te vragen, is de verwerende partij onzorgvuldig, aldus de verzoekende partij.

### *Beoordeling*

9. In de eerste plaats moet er worden vastgesteld dat het uitgangspunt van de verzoekende partij bij haar eerste kritiek feitelijk onjuist lijkt. Wanneer zij zich steunt op de schending van artikel 21, § 3, van het koninklijk besluit Plaatsing dat bepaalt dat “[a]ls de aanbestedende overheid bij het prijsonderzoek vaststelt dat in een offerte een prijs wordt geboden die abnormaal laag of abnormaal hoog lijkt in verhouding tot de uit te voeren prestaties en alvorens die offerte om die reden te weren, [...] ze de inschrijver [verzoekt] in kwestie per aangetekende brief om de nodige schriftelijke verantwoording” en van artikel 95, § 3, van hetzelfde koninklijk besluit dat bepaalt dat “een offerte substantieel onregelmatig” is “in geval van een abnormale prijs als bedoeld in [artikel] 21”, verliest de verzoekende partij uit het oog dat hier geen beslissing van de verwerende partij voorligt dat bepaalde posten schijnbaar abnormaal zijn noch dat zij een verantwoording hiervoor zal of moet vragen, laat staan dat hiervoor een niet aanvaarde verantwoording door de gekozen inschrijver is gegeven.

Te dezen is er een gunningsverslag van het studiebureau waarbij het zeven posten aanwijst als hebbende een “abnormale afwijking t.o.v. de gemiddelde inschrijvingsprijs” en het “adviseert” een verantwoording te vragen maar eraan toevoegt dat het echter “aan het opdrachtgevend Bestuur [is] om te beslissen of men voor bovenvermelde posten een prijsverantwoording zal vragen” en dat indien er “geen prijsverantwoording zou gevraagd worden” “de werken [kunnen worden] gegund” aan de tussenkomende partijen.

Ten onrechte meent de verzoekende partij dan ook dat dit advies van het studiebureau een beslissing is van de verwerende partij over het prijzenonderzoek. Integendeel moet worden vastgesteld dat de verwerende partij een eigen onderzoek heeft verricht en zich een eigen opvatting heeft gevormd over de prijsproblematiek en zodoende het genuanceerd advies van het studiebureau nader heeft uitgewerkt.

10. In de mate dat de verzoekende partij kritiek uit inzake de motieven die de verwerende partij ertoe hebben gebracht om de eenheidsprijzen voor de betrokken posten niet als schijnbaar abnormaal laag aan te merken en geen verantwoording te vragen, moet het volgende worden opgemerkt.

De Raad van State mag zich, gesteld voor de toetsing van de beoordeling van de motieven van een aanbestedende overheid om prijzen als niet abnormaal te beschouwen of geen prijsverantwoording te vragen, niet in de plaats stellen van het bestuur. Hij mag desgevraagd wel nagaan of de betrokken motieven in rechte ter verantwoording van de bedoelde beslissing in aanmerking mogen worden genomen.

De verzoekende partij lijkt hier op het eerste gezicht onvoldoende aan te tonen dat de verwerende partij bij haar beoordeling te dezen ten onrechte heeft rekening gehouden met een geheel aan feitelijke elementen, namelijk dat de betrokken posten ten aanzien van het geheel van de opdracht van een zeer geringe omvang zijn, hier minder dan 1,66 % van het totale offertebedrag van de tussenkomende partijen, dat de individuele posten telkens minder dan 0,5 % uitmaken van de totaalprijs van die offerte, dat deze posten niet bepalend zijn voor de rangschikking van de inschrijvers en dus de mededinging niet verstoren, dat gelet op het geringe belang van de posten er geen aanleiding is om speculatie noch prefinanciering van de werken door de overheid te vermoeden, dat de posten gelet op hun geringe belang de conforme en kwaliteitsvolle uitvoering van de werken, hierbij ook in rekening brengend de ervaring die de aanbestedende overheid heeft met deze inschrijver, niet in het gedrang brengen en dat de posten, na vergelijking met de offertes van de overige inschrijvers, uit hun aard onderhevig lijken aan sterk uit elkaar liggende prijzen. De verzoekende partij laat na grondige en concrete kritiek op die elementen bij te brengen.

Overigens beweert de verzoekende partij hier niet, laat staat dat zij het aantoont, dat de kwestieuze posten, niettegenstaande hun financieel geringe belang, toch een bepalend essentieel element van de opdracht uitmaken, wat de motivering van de verwerende partij inzake het marginale karakter van deze posten, substantieel zou kunnen ondergraven.

In tegenstelling tot wat de verzoekende partij betoogt, is de verwerende partij dus niet “blind gebleven” voor de betrokken posten, maar heeft zij deze aan een onderzoek onderworpen en op basis van dit onderzoek besloten dat deze geen aanleiding geven tot een nader onderzoek inzake abnormale prijzen. De feitelijke elementen die de verwerende partij daarvoor in haar bestreden beslissing aanbrengt, lijken op het eerste gezicht niet ondeugdelijk te zijn, minstens toont de verzoekende partij het tegendeel niet aan.

Voorts lijkt de kritiek van de verzoekende partij dat eenheidsprijzen die onderhevig zijn aan een risico-inschatting door de inschrijvers per definitie fantasieprijzen zouden zijn, niet meer dan een blote bewering. Dat de verwerende partij in dit verband heeft rekening gehouden met de eenheidsprijzen van de overige inschrijvers en niet heeft verwezen naar de raming, toont op zich ook niet aan dat zij daardoor onzorgvuldig of buiten de perken van de redelijkheid zou hebben gehandeld; de raming overstijgt overigens in ruime mate alle offerteprijzen.

11. Het tweede middel is niet ernstig.

## *VII. Besluit*

12. Geen van de middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

In de gegeven omstandigheden past het de kosten ten laste van de verzoekende partij te leggen.

De verwerende partij vraagt dat de verzoekende partij zou worden veroordeeld tot betaling van een rechtsplegingsvergoeding van 840 euro, namelijk “700,00 Euro + 20%”.

Er is te dezen grond om met toepassing van artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en van artikel 67 van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’ het basisbedrag van 700 euro toe te kennen. De verwerende partij maakt niet aannemelijk dat er hier omstandigheden zijn die een verhoging van dit bedrag rechtvaardigen, te meer omdat er geen beroep tot nietigverklaring is ingediend, laat staan hierover moet worden beslist.

### **BESLISSING**

**1. Het verzoek van de bvba Daniël Seru en Zonen en de bvba Aannemingen Vanlerberghe, samen vormend een tijdelijke handelsvennootschap, tot tussenkomst wordt ingewilligd.**

**2. De Raad van State verwerpt de vordering.**

**3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.**

**De tussenkomende partijen worden verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op een rolrecht van 300 euro, elk voor de helft.**

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 7 april 2016,  
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

|                    |                                    |
|--------------------|------------------------------------|
| Pierre Barra,      | staatsraad, waarnemend voorzitter, |
| bijgestaan door    |                                    |
| Greta Scheveneels, | griffier.                          |

**De griffier**

**De voorzitter**

**Greta Scheveneels**

**Pierre Barra**