RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 237.547 van 2 maart 2017
in de zaak A. 221.384/XII-8305

In zake: de NV DC INDUSTRIAL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten William Timmermans, Caroline De Mulder en Julien Gaul
kantoor houdend te 1000 Brussel
Havenlaan 86 C/414
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Karel Van Hoorebeke en Rebecca Denys
kantoor houdend te 9000 Gent
Coupure Rechts 162
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de vennootschap naar Deens recht ROHDE NIELSEN A/S
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Barteld Schutyser en Tom Villé
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 99
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 2 februari 2017, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "de gunningsbeslissing van het intern verzelfstandigd agentschap voor Maritieme Dienstverlening en Kust, afdeling Kust van het Vlaams Gewest van 16 december

2016, waarbij het de opdracht nr. 216.145, bestek nr. 16EH/16/32 - open aanbesteding voor aanneming van werken - onderhoud Vlaamse stranden, toekent aan Rohde Nielsen A/S".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 13 februari 2017 heeft de vennootschap naar Deens recht Rohde Nielsen A/S gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 21 februari 2017, om 11.00 uur.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaten William Timmermans en Caroline De Mulder, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaat Rebecca Denys, die in eigen naam en Karel Van Hoorebeke verschijnt voor de verwerende partij, en advocaten Barteld Schutyser en Tom Villé, die verschijnen voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos 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. Het intern verzelfstandigd agentschap voor Maritieme Dienstverlening en Kust, afdeling Kust, van het Vlaamse Gewest schrijft een

overheidsopdracht voor de aanneming van werken uit voor het onderhoud van Vlaamse stranden.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 17 oktober 2016 en in het Publicatieblad van de Europese Unie op 22 oktober 2016.

De korte beschrijving van het voorwerp van de opdracht in de aankondiging luidt als volgt:

> "Onderhoud Vlaamse stranden:
> De opdracht heeft tot doel het uitvoeren van onderhoudssuppleties op één of meer stranden langs de Vlaamse kust én/of de droge aanvoer van zand naar andere stranden of duinen vanuit de kusthavens.
> Het totaal bedrag van de uit te voeren werken gedurende de oorspronkelijke uitvoeringstermijn bedraagt 3.000.000 euro (btw inbegrepen)."

3.3. In de aankondiging en het op de opdracht toepasselijke bijzonder bestek nr. 16EH/16/32 wordt de gunningswijze als volgt omschreven:

> "De opdracht wordt gegund ingevolge een openbare aanbesteding.
> Het gegarandeerd totaal bedrag van de uit te voeren werken gedurende de uitvoeringstermijn bedraagt 3 000 000 EUR incl. btw.
> De offertes worden vergeleken op basis van de fictieve inschrijvingsprijs, zijnde een som van de verschillende indicatieve vermoedelijke hoeveelheden vermenigvuldigd met hun eenheidsprijzen en rekening houdende met het door de inschrijver op te geven toeslag- of kortingspercentage. Dit percentage wordt toegepast op de posten 2 t/m 5 (alle posten m.u.v. post 1, post 6 en post 7). Belangrijk: de toeslag/korting heeft dus enkel betrekking op de posten 2 tot en met 5 (aanvoer van zand en regiewerken grondverzet).
> De eenheidsprijzen voor de posten 1 ((de)mobilisatie) en 6 (transport) zijn vast.
> Het toeslag- of kortingspercentage wordt afgekondigd tijdens de openingszitting en de opdracht wordt gegund ingevolge een openbare aanbesteding op basis van de rangschikking van de fictieve inschrijvingsprijs."

Bij het bestek is een samenvattende meetstaat gevoegd.

Dienaangaande bepaalt het bestek het volgende :

"Art. 83 Samenvattende opmeting <afwijking>

§1 In de samenvattende opmeting gaat de post vergezeld:

a) van de vermelding "GP", globale prijs, als de hoeveelheid niet aangegeven is;
b) van de vermelding "VH", vermoedelijke hoeveelheid;
c) van de vermelding "VS", voorbehouden som;

De aanbestedende overheid garandeert enkel de uitvoering van de opdracht voor het bedrag vermeld in het onderhavig bestek. De verdeling van dit bedrag over de verschillende posten behoort tot de discretionaire bevoegdheid van de aanbestedende overheid, die volgens de noodzaak of omwille van opportuniteitsredenen de verdeling kan aanpassen.

[…]

§ 2 Vermoedelijke hoeveelheden noch de opgegeven eenheidsprijzen mogen verbeterd worden in de samenvattende opmeting."

Inzake prijsopgave bepaalt het bestek bovendien:

"Art. 88 Prijsopgave <afwijking>

De inschrijver geeft hetzij een meerprijs (toeslag), hetzij een minprijs (korting) op met betrekking tot de posten 2 tot en met 5 (alle posten m.u.v. post 1, post 6 en post 7). Belangrijk: De toeslag/korting heeft dus enkel betrekking op de (deel)posten 2 tot en met 5.

Toeslag / Korting in te vullen in het offerteformulier als percentage op de EHP van (deel)posten 2 tot en met 5 tot op twee cijfers na de komma.

Aan de posten (de)mobilisatie (=post 1) en transport (post 6 verleng) mag bijgevolg niets gewijzigd worden."

3.4. Op 3 november 2016 wordt nog een terechtwijzend bericht nummer 1 gepubliceerd met 5 bijlagen, waaronder het V&G-plan en een aangepaste meetstaat. In het terechtwijzend bericht 1 wordt de meetstaat onder meer als volgt gewijzigd:

Nr post	Code	Omschrijving samen-vattende meetstaat	Aard	Eenheid	Hoeveelheid	Eenheidsprijs/ bedrag (EUR)	Eenheidsprijs/ bedrag voluit geschreven	Vermindering/ vermeerdering	Totaal (incl. vermindering/ vermeerde-ring) (EUR)
1	1*	Mobilisatie én demobilisatie voor suppletie met zinker en/of drijvende leiding (incl. alle kosten van bijhorende werken, leveringen en diensten zoals beschreven in het bestek) BELANG-RIJK: EHP van deze post niet wijzigen	VH	stuk	1,00000(	180.000,00000	**honderdtachtigduizend euro en nul eurocent**		180.000,00
2	6*	Transport van zeezand met vrachtwagens en dumpers inclusief overslag. (incl. alle kosten van bijhorende werken, leveringen en diensten zoals beschreven in het bestek) BELANG-RIJK: EHP van deze post niet wijzigen	VH	m³km	1,00000(	0,40000	**nul euro en veertig eurocent**		0,40

Voorts wordt het bestek ook onder meer als volgt aangevuld:

"Bestek pg. 25: De aanbestedende overheid garandeert enkel de uitvoering van de opdracht voor het bedrag vermeld in onderhavig bestek. De verdeling van dit bedrag over de verschillende posten behoort tot de discretionaire bevoegdheid van de aanbestedende overheid, die volgens noodzaak of omwille van opportuniteitsredenen de verdeling kan aanpassen.

Wordt aangevuld met:

Er wordt een maximum aantal m³ opgegeven dat binnen de opdracht via de haven droog kan worden doorgevoerd naar stranden langs de Vlaamse kust. Deze maximale hoeveelheid zand bedraagt 40.000 m³ volgens de verschillende daartoe voorziene posten van het bestek.

De overige hoeveelheid zand (tot uitputting van het bedrag vermeld in onderhavig bestek voor de uitvoering van de opdracht) wordt aldus nat aangevoerd."

3.5. Vier inschrijvers dienen tijdig een offerte in :

Inschrijver	Toeslag/Korting
DC Industrial	Toeslag + 2,00 %
Dredging International	Toeslag + 8,25 %
Ondernemingen Jan De Nul	Toeslag + 10,00 %
Rohde Nielsen A/S	Korting -15,40 %

3.6. Met een e-mailbericht van 4 december 2016 en aangetekend schrijven van 5 december 2016 deelt de nv DC Industrial aan de verwerende partij mee dat de door Rohde Nielsen A/S aangeboden prijzen niet marktconform zijn en dringt zij aan op een grondig prijsonderzoek. Tevens verstrekt zij spontaan zelf een gedetailleerde prijsverantwoording met betrekking tot haar offerte.

3.7. Met een aangetekend schrijven van 5 december 2016 deelt de verwerende partij aan Rohde Nielsen A/S mee dat zij de ingediende offertes onderwerpt aan een prijsonderzoek "conform art. 21 van het KB 15.07.2011". Zij vraagt vervolgens "een prijsverantwoording te bezorgen m.b.t. onderhavig dossier", en wijst erop dat deze minimaal volgende elementen dient te bevatten:

"– Kostprijs (de)mobilisatie zinker- en / of drijvende leiding;
– Kostprijs hopper (kost per dag) incl. brandstof – en personeelskosten;
– Productie rekening houdende met de in het bestek vermelde winzone's, vaarafstanden, stortlocaties, stillig, etc.;
– Overige kosten o.m. werfkosten (grondwerk), personeelskosten, surveykosten, kost assistentievaartuig(en), etc.;
– Kostprijs veiligheidsmaatregelen;
– Diverse kosten".

De gedetailleerde verantwoording dient voorts te worden opgemaakt voor de verschillende win- en stortlocaties rekening houdende met de vaar- en transportafstanden en ook moet worden aangegeven hoe de droge aanvoer vanuit de kusthavens zal worden georganiseerd.

Dit schrijven wordt door deze inschrijver beantwoord met een schrijven van 9 december 2016.

3.8. In het gunningsverslag worden de vier inschrijvers geselecteerd. Inzake het prijsonderzoek wordt in het gunningsverslag het volgende opgemerkt:

> "4. Prijsonderzoek
>
> Specifieke regeling
>
> In geval van een opdracht voor werken, gegund bij aanbesteding en voor zover minstens vier offertes worden ingediend, dient de aanbestedende overheid het eventueel abnormaal karakter van de prijs na te zien van elke offerte waarvan het bedrag minstens 15% onder het gemiddeld bedrag van de door de inschrijvers ingediende offertes, regelmatig of niet, ligt (KB 15.07.2001 - art. 99, § 2, lid 1).
>
> De offertes worden vergeleken op basis van de fictieve inschrijvingsprijs (VH = 1), zijnde een som van de verschillende indicatieve vermoedelijke hoeveelheden vermenigvuldigd met hun eenheidsprijzen en rekening houdende met het door de inschrijver op te geven toeslag- of kortings-percentage (art 23).
>
> Het rekenkundig gemiddelde bedraagt 2.440.595,71 euro excl. BTW (fictief 280.595,71 euro excl. BTW). Het wettelijk gemiddelde, d.i. met uitsluiting van de laagste en hoogste offerte, bedraagt 2.440.618,74 euro excl. BTW, (fictief 280.618,72 euro excl. BTW). Conform artikel 99, § 2 van het KB van 15.07.2011 wordt het grensbedrag bepaald op 2.074.525,93 euro excl. BTW (fictief 238.525.91 euro excl. BTW).
>
> Geen enkele van de ingediende offertes ligt sensu stricto onder dit grensbedrag
>
> Aanvullend kwalitatief prijsonderzoek
>
> Het gegarandeerd totaal bedrag van de uit te voeren werken gedurende de uitvoeringstermijn bedraagt 3.000.000 euro incl. BTW. hetzij 2.479.338,84 euro excl. BTW. De aanbestedingsdocumenten impliceren voor dat bedrag minimaal de uitvoering van (lx) de post mobilisatie én demobilisatie voor suppletie met zinker en/of drijvende leiding in combinatie met de posten voor aanvoer van zand (m3). Daarnaast kan ook zand (max. 40k m3) droog aangevoerd worden uit de havens.

De inschrijvers geven enkel een toeslag- of kortingspercentage op, van toepassing op de eenheidsprijzen van de posten 2 t.e.m.5. De posten 1, 6 en 7 hebben een vaste eenheidsprijs.

Het prijsonderzoek werd cf. art. 21 van het KB 15/07/2011 evenwel grondig gevoerd mede gelet op de beduidende verschillen in de opgegeven toeslag- of kortingspercentages op de eenheidsprijzen door de inschrijvers.

Op datum van 5/12/2016 werd een gedetailleerde prijsverantwoording gevraagd aan Rohde Nielsen A/S. Deze prijsverantwoording werd ontvangen op 9/12/2016. Aanvullend werd dd. 7/12/2016 een gedetailleerde prijsverantwoording bezorgd door DC Industrial. Beide verantwoordingen worden mee in beschouwing genomen en nauwgezet onderzocht.

De overgemaakte verantwoordingen zijn voldoende om een duidelijk inzicht te krijgen in de verschillende elementen die de kostprijs bepalen conform de bestek eisen en de gevraagde dienstverlening als beschreven in het bestek en dit voor zowel de vaste ((de)mobilitatie)kosten als voor de variabele eenheidsprijzen.

Alle kostenelementen worden in beschouwing genomen alsook realistische cyclustijden en productiecijfers. De wijze waarop de droge aanvoer zal gebeuren wordt nagegaan en aanvaard.

Na rekenkundige analyse en kwalitatieve beoordeling van de offertes worden de maximaal te leveren hoeveelheden zand als niet onrealistisch ingeschat.

Er worden géén abnormale prijzen vastgesteld. De kosten en aldus de opgegeven toeslag- of kortingspercentage(s) wordt realistisch bevonden en aanvaard.

De ingediende prijzen worden derhalve als normaal en regelmatig beschouwd.”

Vervolgens worden alle offertes regelmatig bevonden en wordt op grond van de rangschikking voorgesteld om de opdracht te gunnen aan Rohde Nielsen A/S.

3.9. Op 16 december 2016 beslist de verwerende partij om de opdracht, overeenkomstig het gunningsverslag, te gunnen aan Rohde Nielsen A/S.

Dit is de bestreden beslissing.

3.10. Met een aangetekend schrijven van 19 januari 2017 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat haar offerte niet werd gekozen. Als bijlage wordt een kopie gevoegd van de gunningsbeslissing en het gunningsverslag.

3.11. Op 25 januari 2017 verzoeken de raadslieden van de nv DC Industrial met een e-mailbericht en aangetekend schrijven om een afschrift van de briefwisseling gevoerd tussen de verwerende partij en inschrijver Rodhe Nielsen A/S.

Aangezien de betrokken inschrijver zich verzet tegen de openbaarmaking, wordt voormeld verzoek door de verwerende partij slechts gedeeltelijk ingewilligd en wordt aan de verzoekende partij op 26 januari 2017 een afschrift bezorgd van voormeld schrijven van 5 december 2016 vanwege de verwerende partij, evenals een gedeeltelijk onleesbaar gemaakte versie van het door Rodhe Nielsen A/S verstrekte antwoord van 9 december 2016.

IV. Tussenkomst

4. De vennootschap naar Deens recht Rohde Nielsen A/S blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet haar 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.

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 het enig middel

Uiteenzetting van het middel

6.1. Het enig middel is geput uit de schending van artikel 24 van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ (hierna: wet van 15 juni 2006), de artikelen 21, 95 en 99 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit Plaatsing), het gelijkheidsbeginsel, de formele motiveringsplicht, zoals onder meer vervat in de artikelen 4 en 5 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’ en in de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de formele motivering van de bestuurshandelingen’ en van de verplichting dat de motivering afdoende moet zijn, alsook van het zorgvuldigheidsbeginsel.

De verzoekende partij acht deze bepalingen en beginselen geschonden:

> "Doordat, *eerste onderdeel*, de ingediende offertes voor deze opdracht onvergelijkbaar zijn en het Agentschap MDK de gelijkheid van de inschrijvers heeft geschonden,
>
> Dat het Agentschap MDK immers heeft toegelaten dat de onderscheiden inschrijvers het bestek op verschillende wijzen interpreteren, in het bijzonder voor wat betreft de posten 1 en 6,
>
> Dat sommige inschrijvers (waaronder DC Industrial) post 1 (mobilisatie - demobilisatie) hebben beschouwd als één globaal maximumbedrag, terwijl het blijkbaar niet uitgesloten is dat andere inschrijvers er op hebben gespeculeerd dat ze deze post meerdere keren konden aanrekenen,
>
> Dat, wat betreft post 6 (transport van zeezand met vrachtwagens) sommige inschrijvers op meerdere vestigingen aan de Vlaamse kust beroep kunnen doen zodat de afstand in kilometers beperkt blijft, terwijl andere inschrijvers hierover niet beschikken zodat niet uitgesloten is dat deze post voor hen uiteindelijk aanzienlijk hoger zal zijn,
>
> Dat dit tot de onvergelijkbaarheid van de offertes leidt, nu het Agentschap MDK heeft toegelaten te speculeren op de invulling van de betrokken posten,
>
> Dat aldus niet op eenduidige en rechtmatige wijze kan worden vastgesteld welke de laagste regelmatige offerte is en dus de 'best value for money' biedt voor het Agentschap MDK,
>
> Terwijl het Agentschap MDK de gelijkheid der inschrijvers moet respecteren en niet mag overgaan tot het vergelijken van onvergelijkbare offertes,
>
> En doordat, *tweede onderdeel*, het Agentschap MDK de offerte van Rohde Nielsen A/S niet heeft geweerd ondanks het abnormaal lage karakter van de door deze inschrijver opgegeven prijzen (in de vorm van de toegekende korting van 15,40% op de posten waarop een korting mocht worden toegekend),
>
> Dat het Agentschap MDK ten onrechte van oordeel was dat geen toepassing moest worden gemaakt van artikel 99, § 2 KB Plaatsing ten aanzien van de offerte van Rohde Nielsen A/S,
>
> Dat *prima facie* een korting van meer dan 15% op de door de aanbestedende overheid zélf vooropgestelde eenheidsprijzen (op basis van jarenlange ervaring) op zichzelf genomen al een bijzonder ernstige

aanwijzing is van de onregelmatig lage prijzen van deze inschrijver, die in elk geval noopte tot een zorgvuldig en gedetailleerd prijsonderzoek, des te meer nu alle overige inschrijvers een toeslag hebben aangerekend en geen korting hebben toegestaan,

Dat de prijzen van Rohde Nielsen A/S (in de vorm van de opgegeven korting) abnormaal zijn en dat hiervoor geen regelmatige en gegronde verantwoording werd verschaft,

Dat geenszins blijkt dat het Agentschap MDK de prijsverantwoording zorgvuldig heeft onderzocht,

Dat het Agentschap MDK ten onrechte van oordeel is dat de prijzen van Rohde Nielsen A/S niet abnormaal zijn,

Terwijl het feit dat één der inschrijvers abnormale prijzen hanteert de vergelijkbaarheid van de offertes in het gedrang brengt, en dat aanbestedende overheid verplicht is om een offerte te weren die aangetast is door abnormale prijzen,

En doordat, *derde onderdeel*, in de besteden beslissing de vereiste motivering ontbreekt betreffende de door Rohde Nielsen A/S verschafte prijsverantwoording en betreffende de redenen waarom het Agentschap MDK deze prijsverantwoording heeft aanvaard,

Dat de opgegeven, motivering in elk geval geenszins afdoende is om de bestreden beslissing te dragen,

Dat immers geenszins duidelijk is op basis van welke redenen Rohde Nielsen A/S in concreto heeft verantwoord dat zij een korting kan verlenen van meer dan 15% ten opzichte van de door de aanbestedende overheid zélf vooropgestelde eenheidsprijzen (op basis van jarenlange ervaring) (des te meer nu alle overige inschrijvers een toeslag hebben aangerekend en geen korting hebben toegestaan), noch op basis van welke redenen het Agentschap MDK *in concreto* van oordeel was dat zij dergelijke prijsverantwoording heeft onderzocht en aanvaard,

Dat uit de bestreden beslissing geenszins kan worden afgeleid dat het Agentschap MDK het prijsonderzoek zorgvuldig heeft uitgevoerd,

Terwijl de motiveringsplicht vereist dat de bestreden beslissing, zowel in rechte als in feite, een duidelijke motivering bevat die bovendien afdoende moet zijn,

Dat de motiveringsplicht onder meer beoogt dat een belanghebbende derde (zoals te dezen DC Industrial als afgewezen inschrijver) in staat moet zijn de motieven te evalueren en de kwalitatieve en inhoudelijke beoordeling van het door het Agentschap MDK uitgevoerde prijsonderzoek op haar

waarde te schatten, om op basis hiervan in te schatten of hij al dan niet tegen deze bestreden beslissing (en de erin vervatte motieven) in rechte zou treden".

Beoordeling

Eerste onderdeel

6.2. In een eerste onderdeel van het enig middel betoogt de verzoekende partij dat de ingediende offertes voor deze opdracht onvergelijkbaar zijn omdat de inschrijvers het bestek op een verschillende wijze hebben geïnterpreteerd wat de posten 1 en 6 betreft, waardoor de verwerende partij de gelijkheid van de inschrijvers heeft geschonden.

6.3. Het gelijkheidsbeginsel zoals neergelegd in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en artikel 5 van de wet van 15 juni 2006, gebiedt de aanbestedende overheden de aannemers, de leveranciers en de dienstverleners op gelijke wijze te behandelen.

6.4. Wat post 1 (mobilisatie - demobilisatie) betreft, stelt de verzoekende partij dat sommige inschrijvers, waaronder zijzelf, de post hebben beschouwd als één globaal maximumbedrag, terwijl andere inschrijvers er volgens de verzoekende partij zouden op hebben gespeculeerd dat ze deze post meerdere keren konden aanrekenen.

6.5. De litigieuze post 1 wordt in de meetstaat omschreven als "Mobilisatie én demobilisatie voor suppletie met zinker en/of drijvende leiding (incl. alle kosten van bijhorende werken, leveringen en diensten zoals beschreven in het bestek)". De termen "Mobilisatie" en "demobilisatie" lijken aldus in het enkelvoud te worden gehanteerd.

Voorts wordt in het bestek enkel opgemerkt dat de eenheidsprijs voor post 1 (de)mobilisatie vast is, dit in tegenstelling tot de posten 2 tot en met 5 waarvoor een toeslag of korting kan worden opgegeven. Als hoeveelheid wordt "1" vermeld. Zoals duidelijk blijkt uit de meetstaat, staat bij post 1 echter ook de

vermelding “VH”, vermoedelijke hoeveelheid. Op dit punt lijkt het bestek dan ook niet voor verschillende interpretaties vatbaar.

Artikel 2, § 1, 5° van het koninklijk besluit Plaatsing bepaalt:

> “opdracht tegen prijslijst: de opdracht waarbij de eenheidsprijzen voor de verschillende posten forfaitair zijn en de hoeveelheden, voor zover er hoeveelheden voor de posten worden bepaald, vermoedelijk zijn of worden uitgedrukt binnen een vork. De posten worden verrekend op basis van de werkelijk bestelde en gepresteerde hoeveelheden.”

De verzoekende partij lijkt er dan ook ten onrechte van uit te gaan dat het in de meetstaat vermelde bedrag van 180.000 euro voor post 1 dient te worden beschouwd als een forfaitaire globale prijs die het geheel van de prestaties van deze post dekt. Daarentegen lijkt deze post betrekking te hebben op vermoedelijke hoeveelheden, zodat de prijs vatbaar lijkt voor fluctuatie. Bij vermoedelijke hoeveelheden wordt immers na de uitvoering van de werken op grond van het reële aantal uitgevoerde hoeveelheden de afrekening gemaakt.

De grief van de verzoekende partij lijkt op het eerste gezicht dan ook geen steun te vinden in de besteksbepalingen, noch in de bijgevoegde meetstaat.

Overigens stond het de verzoekende partij vrij, indien er in haren hoofde onduidelijkheid zou hebben bestaan over de wijze van prijsbepaling van post 1, om hierover een vraag tot verduidelijking te stellen aan de aanbestedende overheid, wat zij niet heeft gedaan. Het is pas na de openingszitting dat de verzoekende partij in haar schrijven van 3 december 2016 aan de verwerende partij hierover een opmerking lijkt te hebben gemaakt.

Daargelaten de vraag of de vergelijking met de vroegere opdrachten afdoende opgaat, toont de verzoekende partij in het licht van het uitvoerige verweer van de verwerende partij in de nota dienaangaande – dat op het eerste gezicht niet onaannemelijk lijkt – op het eerste gezicht niet aan dat zij er op grond van haar ervaring met de uitvoering mocht van uitgaan dat het bedrag voor

post 1 als een globaal maximumbedrag te beschouwen was dat aan alle (de)mobilisaties voor het uitvoeren van de opdracht gedurende één contractsjaar mocht worden besteed. In de mate dat zij er in haar verzoekschrift zelf op wijst dat zij steeds de werkelijke kost van de mobilisatie en demobilisatie diende te factureren, lijkt dit op het eerste gezicht evenzeer verband te houden met een prijsopgave aan de hand van vermoedelijke hoeveelheden.

Alleszins blijkt op het eerste gezicht niet dat offerte van de tussenkomende partij op dit punt afwijkt van de wijze van prijsbepaling zoals vermeld in het bestek, zodat er voor de verwerende partij op het eerste gezicht dan ook geen reden bestond om de offerte van deze inschrijver om die reden te weren.

6.6. Bovendien blijkt uit de offerte van de tussenkomende partij, evenals uit haar schrijven van 9 december 2016, op het eerste gezicht ook niet dat zij geanticipeerd zou hebben op de omstandigheid dat zij meer dan één keer de in post 1 bedoelde vergoeding zou ontvangen.

Anders dan het geval was in het arrest nr. 223.748 van 5 juni 2013, waar de verzoekende partij naar verwijst, blijkt uit voormeld schrijven van de verzoekende partij niet dat zij uitgaat van andere hoeveelheden dan de vermoedelijke hoeveelheden vermeld in het bestek.

De verwerende partij wijst er in haar nota op het eerste gezicht ook terecht op dat uit de prijsverantwoording blijkt dat Rohde Nielsen A/S in de door de aanbestedende overheid bepaalde prijs van 180.000 euro, exclusief btw, voor mobilisatie én demobilisatie geheel correct de kosten verbonden aan de zinker, de persleidingen en de kostprijs voor de (de)mobilisatie van de hopper heeft aangerekend en dat de prijsverantwoording aldus geen verdoken kosten lijkt te bevatten, die dienen te worden toegerekend op de andere posten, waarvoor er een toeslag of korting in rekening kon worden gebracht.

Ook het feitelijk uitgangspunt van het middel dat de offertes van beide inschrijvers onvergelijkbaar zijn, wordt *prima facie* dus niet afdoende aangetoond door de verzoekende partij.

6.7. Wat post 6 – transport van zeezand met vrachtwagens – betreft, voert de verzoekende partij in het eerste onderdeel van het eerste middel nog aan dat sommige inschrijvers op meerdere vestigingen aan de Vlaamse kust een beroep kunnen doen zodat de afstand in kilometers beperkt blijft, terwijl andere inschrijvers hierover niet beschikken zodat niet is uitgesloten dat deze post voor hen uiteindelijk aanzienlijk hoger zal zijn.

Volgens de verzoekende partij hebben de inschrijvers aan het bestek en de samenvattende meetstaat ook voor deze post verschillende interpretaties gegeven, wat eveneens tot onvergelijkbaarheid van de offertes zou hebben geleid.

6.8. De litigieuze post 6 wordt in de meetstaat als volgt omschreven "Transport van zeezand met vrachtwagens en dumpers inclusief overslag. (incl. alle kosten van bijhorende werken, leveringen en diensten zoals beschreven in het bestek)". De eenheidsprijs voor deze post (0,40 euro) is uitgedrukt in de eenheid "m^3.km".

Uit de samenlezing met de overige besteksbepalingen lijkt te kunnen worden afgeleid dat het droog zand dient te worden aangeleverd vanuit één van de Belgische kusthavens (Nieuwpoort, Oostende of Zeebrugge).

Op het eerste gezicht blijkt echter niet dat de gekozen inschrijver aan het bestek op dit punt een andere interpretatie zou hebben gegeven dan de verzoekende partij.

Zo lijkt uit de offerte en het schrijven van Rohde Nielsen A/S van 9 december 2016 te kunnen worden afgeleid dat deze inschrijver wel degelijk in aanvoer van droog zand vanuit de kusthavens voorziet. De tussenkomende partij legt ten bewijze daarvan in het kader van huidige procedure ook een offerte neer van een van haar zandleveranciers met depots in Zeebrugge en Oostende die dateert van voor de datum van de indiening van de offerte.

De argumentatie van de verzoekende partij dat Rohde Nielsen A/S niet over enige locatie aan de Vlaamse kust zou beschikken, laat staan over diverse, lijkt dan ook feitelijke grondslag te missen.

Voorts stelt de verzoekende partij in haar verzoekschrift nog "dat nergens in het bestek staat dat de inschrijver steeds vanuit de dichtstbijzijnde haven het zand per vrachtwagen dient te leveren".

Onder punt 4.1. "Terreinen" bepaalt het bestek evenwel het volgende:

> "De zones voor droge aanvoer vanuit de kusthavens (Nieuwpoort, Oostende of Zeebrugge) zijn eveneens niet gedefinieerd doch dit kunnen stranden en / of duinen zijn langs de volledige Vlaamse kust. De meest gunstige route (enkele rit) wordt vooraf bepaald en afgerond tot op 0,5 km. Deze afstand wordt samen met het onder punt 4 bepaalde volume voor droge aanvoer gehanteerd voor de bepaling van het aantal m³ km. …"

Op het eerste gezicht lijkt de vaste post 6 voor de inschrijvers op gelijke wijze te zijn ingevuld aangezien deze post enkel een vergoeding lijkt in te houden voor het transport vanuit de kusthavens naar de stortplaats en overeenkomstig voormelde bepaling van het bestek vooraf de meest gunstige route dient te worden bepaald.

De verzoekende partij toont bijgevolg niet *prima facie* aan dat de offertes ook wat deze post betreft niet vergelijkbaar zouden zijn. Bovendien lijkt de verwerende partij er op het eerste gezicht terecht op te wijzen dat de hoeveelheid volume voor de aanvoer van droog zand hoe dan ook beperkt is tot 40.000 m³.

6.9. Het eerste middelonderdeel is niet ernstig.

Tweede onderdeel

6.10. In het tweede middelonderdeel voert de verzoekende partij aan dat de verwerende partij ten onrechte geen prijsonderzoek zou hebben gevoerd overeenkomstig artikel 99, § 2, van het koninklijk besluit Plaatsing, minstens dat

zij zou hebben nagelaten om een zorgvuldig prijsonderzoek te voeren naar de voorgestelde eenheidsprijzen gelet op de in de offerte van Rohde Nielsen A/S geboden korting van 15 %. Er blijkt volgens haar geenszins dat de verwerende partij de door deze inschrijver verstrekte prijsverantwoording zorgvuldig heeft onderzocht zodat de verwerende partij ten onrechte van oordeel zou zijn dat de prijzen van deze inschrijver niet abnormaal zijn.

6.11. Overeenkomstig artikel 24 van de wet van 15 juni 2006 dient bij een aanbesteding de opdracht te worden gegund aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte indient.

Overeenkomstig artikel 21, § 1, en 99, § 1, van het koninklijk besluit Plaatsing onderwerpt de aanbestedende overheid de ingediende offertes aan een prijsonderzoek. Artikel 21, § 3, van hetzelfde besluit bepaalt voorts dat wanneer 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, zij de inschrijver in kwestie om een prijsverantwoording dient te vragen.

Het eveneens in het middel geschonden geachte artikel 95, § 3, van hetzelfde koninklijk besluit, bepaalt dat op materieel vlak een offerte substantieel onregelmatig is als ze afwijkt van de bepalingen van dit besluit of van de opdrachtdocumenten betreffende met name de prijzen, termijnen en technische specificaties, in de mate dat die bepalingen essentieel zijn, of in geval van een abnormale prijs als bedoeld in de artikelen 21 en 99.

Artikel 99, § 2, van het koninklijk besluit Plaatsing,bepaalt:

> "§ 2. Als er bij een opdracht voor werken gegund bij aanbesteding minstens vier offertes door geselecteerde inschrijvers werden ingediend, wordt elke offerte waarvan het totale offertebedrag minstens vijftien percent ligt onder het gemiddelde bedrag van de door deze inschrijvers ingediende offertes, regelmatig of niet, beschouwd als een offerte waarvan het vermoedelijk abnormale totale offertebedrag noopt tot een onderzoek door de aanbestedende overheid.
> Het gemiddelde bedrag wordt als volgt berekend:

1° indien het aantal offertes gelijk is aan of groter is dan zeven, door zowel de laagste offerte uit te sluiten als de hoogste offertes die samen een vierde van het aantal ingediende offertes vormen. Indien dit aantal niet deelbaar is door vier, wordt het vierde naar de hogere eenheid afgerond;
2° indien het aantal offertes lager ligt dan zeven, door de laagste en de hoogste offerte uit te sluiten.
In geval van een offerte waarvan het totale offertebedrag noopt tot een onderzoek, zal de aanbestedende overheid:
1° ofwel in de gunningsbeslissing motiveren dat het totale offertebedrag geen abnormaal karakter vertoont;
2° ofwel de inschrijver verzoeken de nodige verantwoording, zoals bepaald in artikel 21, § 3, tweede tot vierde lid, te bezorgen. Indien na onderzoek van deze verantwoording blijkt dat het totale offertebedrag effectief abnormaal is of bij gebrek aan verantwoording binnen de opgelegde termijn, is de offerte onregelmatig.
De opdrachtdocumenten kunnen deze paragraaf toepasselijk maken bij offerteaanvraag en bij opdrachten voor leveringen of diensten."

6.12. Te dezen achtte de verwerende partij, zoals blijkt uit de motivering geciteerd onder randnummer 3.8., voormeld artikel 99, § 2, niet toepasselijk.

Volgens de verzoekende partij is de verwerende partij uitgegaan van foutieve totaalprijzen zodat zij op volstrekt kunstmatige wijze ten onrechte geen toepassing zou hebben gemaakt van artikel 99, § 2. Zij merkt op dat Rohde Nielsen A/S met 15,4 % korting meer dan 15 % onder het gemiddelde van de prijzen zit indien men de formule van artikel 99, § 2, toepast met uitsluiting van de hoogste en de laagste prijs. Dit blijkt volgens haar uit een eenvoudige berekening waarin de prijs van het Agentschap MDK voor de posten waarop een korting of toeslag moest worden gegeven forfaitair op 100 wordt gezet en waarbij de hoogste en laagste prijs wordt uitgesloten: 102 + 108,25/2= 105,125, terwijl Rohde Nielsen 84,6 aanrekent.

De regeling vervat in artikel 99, § 2, lijkt uitsluitend betrekking te hebben op het totale offertebedrag. Te dezen lijkt het totale offertebedrag te bestaan uit zowel vaste posten, als posten waarvoor een toeslag of korting kon worden opgegeven.

De alternatieve berekening die de verzoekende partij in haar verzoekschrift vooropstelt, blijkt echter uitsluitend rekening te houden met de kosten waarop een korting of toeslag moest worden gegeven zodat deze om die reden alleen al niet lijkt te kunnen worden aanvaard. Dit geldt evenzeer voor het door de verzoekende partij berekende wiskundig gemiddelde van de door de inschrijvers toegekende percentages.

Om dezelfde reden toont het feit dat de korting van Rohde Nielsen A/S van 15,4 % meer dan 15 % ligt onder de door de verwerende partij opgegeven eenheidsprijzen voor de posten 2, 3, 4 en 5 niet de toepasselijkheid van artikel 99, § 2, van het koninklijk besluit Plaatsing, aan.

Bovendien lijken te dezen de aankondiging en het bestek zelf uitdrukkelijk te bepalen dat het totaal bedrag van de uit te voeren werken gedurende de uitvoeringstermijn 3.000.000 euro (btw inbegrepen) bedraagt. Ook in het verbeteringsbericht is sprake van de aanvoer van zand “tot uitputting van het bedrag vermeld in onderhavig bestek voor de uitvoering van de opdracht”.

De inschrijvers blijken in hun offertes op het eerste gezicht dan ook zelf geen afzonderlijk totaal offertebedrag te hebben opgegeven, doch slechts een prijskorting of toeslag voor een bepaald aantal posten te hebben bepaald zoals voorzien in het bestek. De verzoekende partij vermeldt in haar offerte bij haar meetstaat overigens zelf als algemeen totaal btw inbegrepen een bedrag van 3.000.000 euro, zodat zij dit ook zo lijkt te hebben begrepen.

Aangezien het totale offertebedrag voor alle inschrijvers op het eerste gezicht aldus hetzelfde lijkt te zijn, maakt de verzoekende partij niet aannemelijk dat de offerte van de gekozen inschrijver met toepassing van artikel 99, § 2, van het koninklijk besluit Plaatsing, diende te worden beschouwd als een offerte waarvan het vermoedelijk abnormale totale offertebedrag noopt tot een onderzoek door de aanbestedende overheid.

Enkel de door de inschrijvers opgegeven eenheidsprijzen van de verschillende (doch niet alle) posten lijken verschillend te zijn ingevolge de opgegeven toeslagen of kortingen.

Daarnaast lijkt ook de fictieve inschrijvingsprijs verschillend te zijn, doch deze prijs lijkt volgens het bestek slechts de grond te zijn voor de vergelijking van de offertes wat het prijscriterium betreft.

Aldus wordt niet met de in het kader van voormelde procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid vereiste *prima facie* ernst aangetoond dat de verwerende partij te dezen toepassing diende te maken van voormeld artikel 99, § 2, van het koninklijk besluit Plaatsing.

6.13. De aanbestedende overheid beschikt voorts in de gevallen waarin artikel 99, § 2, van het koninklijk besluit Plaatsing 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 overheid de offerte niet afwijst omwille van abnormale prijzen, is een bevraging van de inschrijver volgens artikel 21, § 3, van het voormelde koninklijk besluit 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.

Te dezen lijkt te moeten worden vastgesteld dat de offerte van de gekozen inschrijver niet werd afgewezen door de verwerende partij, zodat zij op grond van artikel 21, § 3, van het voormelde koninklijk besluit Plaatsing dan ook niet gehouden was een prijsverantwoording te vragen.

In de huidige stand van het geding wordt evenmin om de volgende redenen *prima facie* aangetoond dat de verwerende partij met schending van de ingeroepen normen handelde door de door de gekozen inschrijver opgegeven prijzen niet als schijnbaar abnormaal te beschouwen en bijgevolg geen formele prijsverantwoording te vragen, noch de offerte te weren.

Uit de gegevens van het dossier lijkt op het eerste gezicht te kunnen worden begrepen dat de verwerende partij weliswaar geen formeel verzoek tot prijsverantwoording overeenkomstig artikel 21, § 3, van voormeld koninklijk besluit heeft gericht aan inschrijver Rohde Nielsen A/S, doch wel degelijk een uitgebreid algemeen prijsonderzoek lijkt te hebben gevoerd overeenkomstig artikel 21, § 1, van voormeld koninklijk besluit.

Met een e-mailbericht van 4 december 2016 en aangetekend schrijven van 5 december 2016 blijkt de verzoekende partij zelf aan de verwerende partij te hebben meegedeeld dat de door Rohde Nielsen A/S aangeboden prijzen volgens haar niet marktconform zijn en te hebben aangedrongen op een grondig prijsonderzoek. Bij dit schrijven blijkt zij zelf reeds een gedetailleerde prijsberekening met betrekking tot haar offerte te hebben verstrekt.

Met een aangetekend schrijven van 5 december 2016 heeft de verwerende partij vervolgens aan Rohde Nielsen A/S meegedeeld dat zij de ingediende offertes onderwerpt aan een prijsonderzoek “conform art. 21 van het koninklijk besluit van 15 juli 2017” en gevraagd om haar kostprijzen “gedetailleerd” toe te lichten opdat de verwerende partij duidelijk inzicht zou krijgen in de verschillende elementen die de kostprijs bepalen conform de bestekseisen.

Vervolgens heeft de tussenkomende partij op 9 december 2016 de gevraagde bijkomende toelichting aan de verwerende partij bezorgd. Uit dit schrijven, dat als vertrouwelijk stuk werd neergelegd doch op welke gegevens de Raad van State vermag acht te slaan, blijkt dat Rohde Nielsen A/S een toelichting geeft omtrent alle door verwerende partij in haar schrijven van 4 december 2016 gevraagde punten en meer bepaald zowel omtrent de door haar gehanteerde werkwijze en het gebruikte materiaal als omtrent de wijze van de berekening van de kostprijzen. Als bijlage wordt tevens een gedetailleerde prijsberekening gevoegd.

De verwerende partij acht deze verantwoording “voldoende om een duidelijk inzicht te krijgen in de verschillende elementen die de kostprijs bepalen conform de besteksvereisten en de gevraagde dienstverlening als

beschreven in het bestek en dit voor zowel de vaste ((de)mobilitatie)kosten als voor de variabele eenheidsprijzen". Zij licht toe in het gunningsverslag dat "alle kostenelementen […] in beschouwing [worden] genomen alsook realistische cyclustijden en productiecijfers. De wijze waarop de droge aanvoer zal gebeuren wordt nagegaan en aanvaard. Na rekenkundige analyse en kwalitatieve beoordeling van de offertes worden de maximaal te leveren hoeveelheden zand als niet onrealistisch ingeschat". Zij besluit dat "er […] géén abnormale prijzen [worden] vastgesteld. De kosten en aldus de opgegeven toeslag- of kortingspercentage(s) wordt realistisch bevonden en aanvaard".

De verzoekende partij kan uit de enkele vaststelling van de verwerende partij in het gunningsverslag, dat er "beduidende verschillen [zijn] in de opgegeven toeslag- of kortingspercentages op de eenheidsprijzen" en dat het om die reden aangewezen was om een "grondig prijsonderzoek" te voeren, niet afleiden dat de verwerende partij ernstige vermoedens had van "abnormale prijzen". Zij toont evenmin aan dat de verwerende partij, gelet op het feit alleen dat een korting wordt geboden van meer dan 15% op de door de aanbestedende overheid zélf vooropgestelde eenheidsprijzen, ernstige vermoedens had moeten hebben en om die reden een formele prijsverantwoording van het opgegeven kortingspercentage diende te vragen.

De verzoekende partij verwijst in dit verband uitsluitend naar de afwijking van de raming en van de gemiddelde prijzen voor de betrokken posten.

Wat de afwijking van de raming betreft, valt echter op te merken dat het bestek uitdrukkelijk er in voorzag dat zowel een korting als een toeslag op de betrokken eenheidsprijzen mocht worden gegeven.

Bovendien blijkt dat de opgegeven kortings- en toeslagpercentages sterk uiteenlopen van (-15,40 %, + 2 %, + 8,25 % en + 10 %).

De gekozen inschrijver blijkt bovendien de enige buitenlandse inschrijver te zijn.

Voorts beschikte de verwerende partij naar aanleiding van haar algemeen prijsonderzoek reeds over een gedetailleerde prijsberekening vanwege zowel de verzoekende partij als de tussenkomende partij waaruit volgens haar blijkt dat het door de gekozen inschrijver geboden kortingspercentage realistisch is.

Op het eerste gezicht dient daarbij ook te worden vastgesteld dat de door Rohde Nielsen A/S verstrekte "prijsverantwoording" geenszins beperkt is tot "enkel en alleen een opsomming van de verschillende kosten", zoals de verzoekende partij doet gelden. Alle kostprijzen blijken zeer concreet en cijfermatig te zijn onderbouwd, evenals de door de verzoekende partij tot tussenkomst aangeboden korting. Anderzijds lijkt dit schrijven ook geenszins te zijn beperkt tot een loutere specificatie van de prijzen zonder motivering.

Met de tussenkomende partij dient op het eerste gezicht te worden vastgesteld dat zij het door haar gehanteerde kortingspercentage van 15,40 % voor de posten 2 tot 5 op een concrete en onderbouwde wijze heeft verantwoord en dat haar prijsverantwoording niet beperkt is tot een uitsplitsing van de prijzen, maar ook met een nadere, *in concreto* aan de opdracht gerelateerde onderbouwing gepaard gaat. Daarbij lijkt niet alleen een overzicht te worden gegeven van de prijzen voor elk van de kostenelementen, maar ook te worden verduidelijkt:

(i) hoe de verzoekende partij bij de uitvoering van de opdracht precies te werk zal gaan:
   - specificatie van de materialen en de voer- en vaartuigen die zullen worden gebruikt;
   - specificatie van de methode die voor de uitvoering van de werkzaamheden zal worden toegepast (bv. gebruik van geprepareerde en onmiddellijk beschikbare zinkerleidingen, …);
   - specificatie van de concrete organisatie van de werkzaamheden (bv. transportplan, depot als buffer voor het verkeer op de weg en op het strand, …);

(ii) hoe de verzoekende partij, rekening houdende met de voorgenomen uitvoeringswijze van de opdracht, haar prijzen precies heeft vastgesteld:
- specificatie van de voor de prijsvaststelling gehanteerde vaartrajecten;
- specificatie van de voor de prijsvaststelling gehanteerde cyclustijden.

De arresten waar de verzoekende partij naar verwijst in haar verzoekschrift lijken op het eerste gezicht, naast de vaststelling dat deze betrekking lijken te hebben op gevallen waarin een formeel prijsonderzoek heeft plaatsgevonden, ook om die reden niet vergelijkbaar met de voorliggende zaak.

Voorts blijkt uit het gunningsverslag, evenals uit de overige stukken van het administratief dossier dat de verwerende partij deze inlichtingen ook effectief grondig heeft onderzocht en nagegaan heeft of alle kostprijzen, evenals de geboden korting, op realistische elementen zijn gesteund en op een correcte wijze werden berekend. Daarbij blijkt zij tevens de prijsdetaillering die door de verzoekende partij werd verstrekt te hebben betrokken.

Uit het gunningsverslag blijkt immers dat de verwerende partij volgende zaken heeft onderzocht:

- de prijsopbouw voor de vaste kosten en de variabele eenheidsprijzen,
- of er rekening werd gehouden met alle kostenelementen,
- of er rekening werd gehouden met realistische cyclustijden en productiecijfers,
- de wijze waarop de droge aanvoer zou worden georganiseerd,
- of de maximaal hoeveelheid te leveren zand realistisch was.

De opmerking in het gunningsverslag dat bij het prijsonderzoek zowel het prijsverantwoording van de verzoekende partij als van de tussenkomende partij “in beschouwing werden genomen en nauwgezet onderzocht”, lijkt ook bevestiging te vinden in het als vertrouwelijk meegedeelde stuk 12 van het

administratief dossier, dat niet alleen een algemeen vergelijkend prijsonderzoek met de prijzen van alle inschrijvers en de raming omvat, doch ook een concrete prijsvergelijking tussen de offerte van de verzoekende partij en deze van de gekozen inschrijver inzake de detailberekeningen van de “kuub prijs”.

Bij het gevoerde prijsonderzoek lijkt de verwerende partij ten slotte ook aandacht te hebben gehad voor de bezorgdheden die de verzoekende partij reeds geuit had in haar brief van 3 december 2016 inzake de mobilisatie-kosten, enerzijds, en de levering van zand vanuit de kusthavens, anderzijds. Zoals reeds blijkt uit de beoordeling van het eerste onderdeel, lijkt de bewering van de verzoekende partij dat de inschrijver niet zou beschikken over het materiaal en de inrichtingen die een dermate lage prijs rechtmatig kunnen verantwoorden, op het eerste gezicht niet te kunnen worden gevolgd.

6.14. In het licht van al het voorgaande dient dan ook te worden besloten dat ook het tweede middelonderdeel niet ernstig is.

Derde onderdeel

6.15. In het derde middelonderdeel werpt de verzoekende partij nog een schending van de formele motiveringsplicht op omdat uit de bestreden beslissing niet blijkt wat de vraag tot prijsverantwoording exact inhield, welke argumenten Rohde Nielsen A/S *in concreto* aanbrengt om haar prijzen te verantwoorden en waarom de verwerende partij *in concreto* heeft besloten dat de prijsverantwoording regelmatig was en ten gronde van oordeel was dat er geen sprake is van abnormale prijzen.

6.16. Wat de formele motivering van de bestreden beslissing betreft, moet deze, teneinde te voldoen aan 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’, de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen; die motivering moet afdoende zijn teneinde de belanghebbende in staat te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt.

Overeenkomstig artikel 4, eerste lid, 8°, *juncto* artikel 5, 9°, van de wet van 17 juni 2013, waarvan eveneens de schending wordt ingeroepen, stelt de aanbestedende instantie een gemotiveerde beslissing op "wanneer ze een opdracht gunt, ongeacht de procedure", die "de namen van de gekozen inschrijver of de gekozen deelnemer of deelnemers bij de raamovereenkomst en van de deelnemers en inschrijvers van wie de regelmatige offerte niet werd gekozen en de juridische en feitelijke motieven, waaronder de kenmerken en relatieve voordelen van de gekozen offerte" bevat.

Op het eerste gezicht lijkt dit vereiste ook in te houden dat, wanneer de aanbestedende overheid van oordeel is dat er sprake is van abnormale prijzen in de offerte van de gekozen inschrijver en de bijzondere procedure opstart bepaald in artikel 21, § 3, van het koninklijk besluit Plaatsing waarbij zij de gekozen inschrijver om een prijsverantwoording vraagt, zij vervolgens in de bestreden beslissing weergeeft welke argumenten haar ertoe hebben geleid de offerte alsnog regelmatig te bevinden.

6.17. Op het eerste gezicht blijkt echter niet dat de verwerende partij te dezen in de bestreden beslissing bijzondere beschouwingen diende op te nemen naar aanleiding van mogelijke abnormale prijzen en de opstart van de bijzondere procedure bepaald in artikel 21, § 3, van het koninklijk besluit Plaatsing.

Zoals reeds uit de beoordeling van het tweede onderdeel van het eerste middel is gebleken, had de verwerende partij immers geen intentie om de gekozen offerte te weren wegens abnormale prijzen en blijkt op het eerste gezicht niet dat zij de bijzondere procedure bepaald in artikel 21, § 3, van het koninklijk besluit Plaatsing heeft opgestart en aan de gekozen inschrijver een formeel verzoek tot prijsverantwoording heeft gericht. Er blijkt dan ook niet dat de formelemotiveringsplicht werd geschonden doordat de bestreden beslissing te dezen over de prijzen en het prijsonderzoek geen andere informatie bevat dan wat hiervoor werd vermeld.

6.18. Wat de eerste grief betreft, valt verder op te merken dat uit het gunningsverslag duidelijk blijkt dat de gevraagde inlichtingen zowel betrekking hebben op de vaste (de)mobilisatie kosten als op de variabele eenheidsprijzen.

Bovendien heeft de verzoekende partij reeds voor het instellen van haar vordering kennis kunnen nemen van het integrale schrijven van 5 december 2016 zodat zij geen belang lijkt te hebben bij deze grief.

Daarenboven werden de opgegeven kortingen of toeslagen reeds afgekondigd tijdens de openingszitting en is in het gunningsverslag een vrij uitvoerige woordelijke uitleg opgenomen over het gevoerde prijsonderzoek op grond waarvan de verzoekende partij haar grieven in het kader van de huidige procedure reeds heeft kunnen uiten en onderbouwen.

6.19. De verwerende partij lijkt zich voorts niet ten onrechte te beroepen op artikel 4, 3°, van de formelemotiveringswet evenals op artikel 10 van de voormelde wet van 17 juni 2013 overeenkomstig welke bepaling bepaalde gegevens niet mogen worden meegedeeld indien de openbaarmaking ervan de toepassing van een wet zou belemmeren, in strijd zou zijn met het openbaar belang, nadelig zou zijn voor de rechtmatige commerciële belangen van overheids-bedrijven of particuliere bedrijven of de eerlijke mededinging tussen de ondernemingen zou kunnen schaden.

Dat de inhoud van de verstrekte inlichtingen en gedetailleerde prijsberekeningen te dezen ingepast kan worden in dergelijke gegevens lijkt *in casu* door beide inschrijvers te worden bevestigd.

Zo blijkt Rohde Nielsen A/S zich uitdrukkelijk te verzetten tegen de openbaarmaking van haar schrijven van 9 december 2016.

Daarnaast vraagt echter ook de verzoekende partij zelf in haar verzoekschrift om de door haar verstrekte prijsdetaillering als vertrouwelijk stuk te behandelen.

6.20. Ook het derde middelonderdeel is niet ernstig.

VII. Besluit en kosten

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

7.2. De kosten, met inbegrip van de door de verwerende partij gevraagde rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, worden ten laste van de verzoekende partij gelegd.

BESLISSING

1. Het verzoek van de vennootschap naar Deens recht Rohde Nielsen A/S 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 partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op een rolrecht van 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 2 maart 2017, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Johan Bovin,	staatsraad, waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Silja Doms,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Silja Doms	**Johan Bovin**